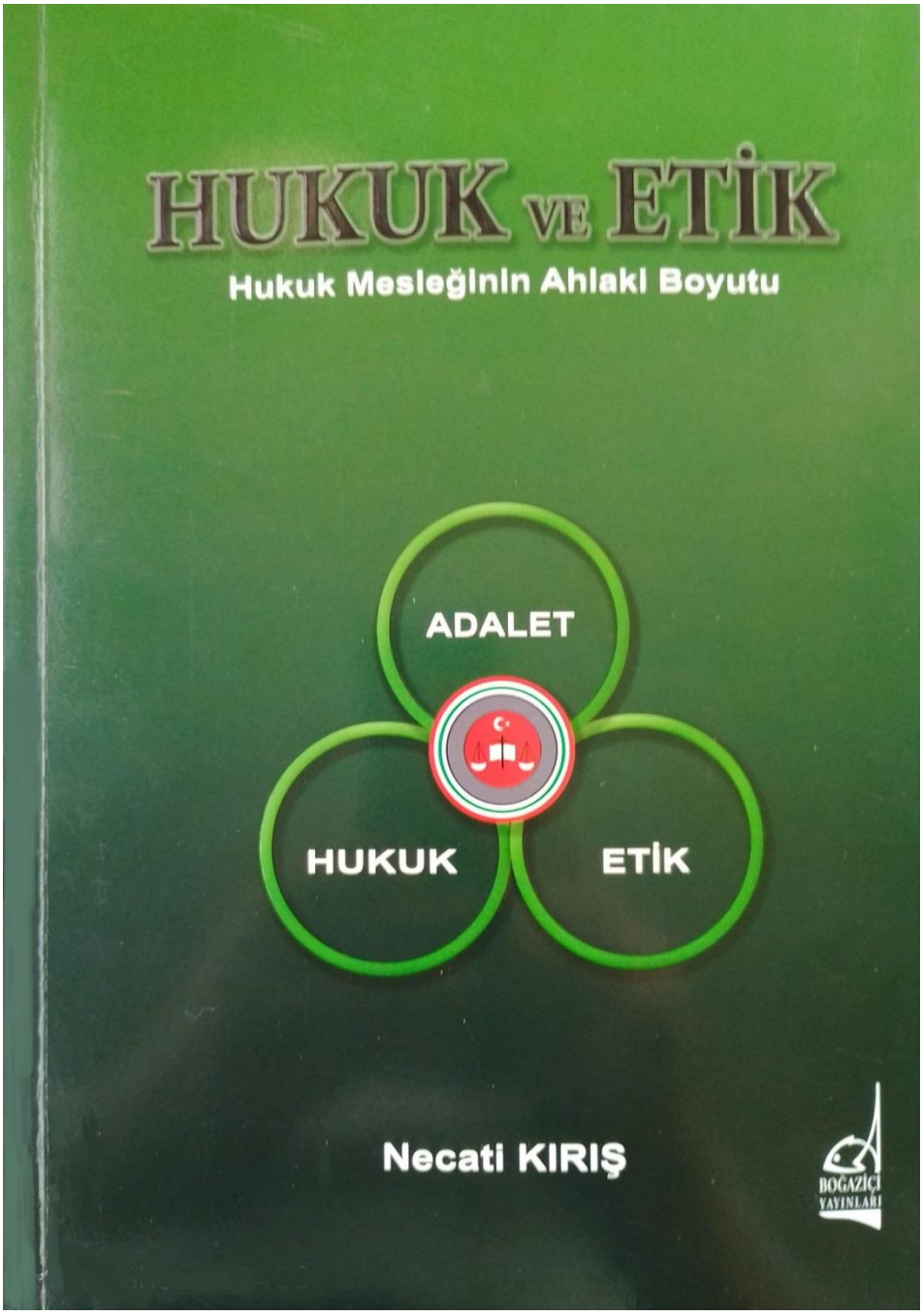
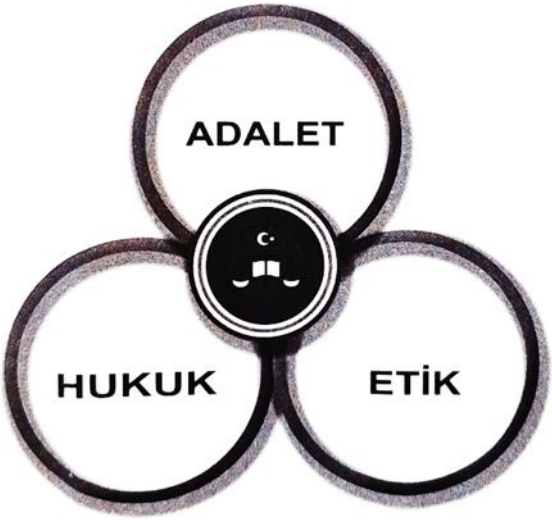

HUKUK VE ETİK
Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu
ADALET
HUKUK
ETİK
Necati KIRIŞ
BOĞAZİÇİ YAYINLARI

HUKUK VE ETİK

Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu



Necati KIRIŞ

BOĞAZİÇİ YAYINLARI NO: 377

HUKUK VE ETİK
Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu

Av. Necati KIRIŞ

ISBN: 978-975-451-343-1

Kapak / Mizanpaj
Handegül TURUNÇ

MART 2016 / İSTANBUL

Boğaziçi Yayınları A.Ş.

Alemdar Mah. Çatalçeşme Sok. Meriçli Ap.
No:44 Kat:2 Cağaloğlu - Fatih / İSTANBUL
Tel: 0212 520 70 76 Faks: 0212 526 09 77
www.bogaziciyayinlari.com.tr

Baskı, Cilt
Seçil Ofset
0212 629 06 15

ÖZ GEÇMİŞİ

Necati Kırış 1955 yılında Ordu'da doğdu. İlk ve orta öğrenimini Ordu'da tamamladı. 1982'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. 1986'dan itibaren Ordu'da serbest avukatlığa başlayan Kırış, üç dönem Ordu Barosu Yönetim Kurulu üyeliği görevini yürüttü. 22 yıllık serbest avukatlık görevinden sonra noterlik mesleğine geçiş yaptı. 2009 yılı başında Ordu/Ulubey Noterliğine atandı.

Daha sonra bir süre Tokat/Reşadiye noteri olarak da çalışan Necati Kırış, halen Bursa/İznik noteridir. Kırış, mesleki çalışmalarının yanı sıra kültür ve sanat faaliyetleriyle de ilgilenmektedir. 1970'li yıllarda önde gelen aylık kültür ve sanat dergisi Pınar'da şiirleri yayınlandı. Uzun bir süre ara verdiği şiir çalışmalarına son yıllarda yeniden başladı. 'Bir Ses Duyuldu' ve 'Güllerim Sensin' isimli iki şiir kitabı yayınlandı. Ahşap oyma sanatıyla da ilgilenen Necati Kırış'ın bu konuda eserleri bulunmaktadır. Kırış, evli ve dört çocuk babasıdır.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ

BİRİNCİ BÖLÜM
HUKUK VE ETİK/AHLAKIN TANIMI VE NİTELİĞİ

I. HUKUKUN TANIMI VE NİTELİĞİ

A) HUKUKUN TANIMI
1) HUKUKUN TANIMINDAKİ ZORLUK
2) HUKUKU TANIMLAMA ZORUNLULUĞU
3) HUKUKUN İŞLEVİNE GÖRE TANIMI
4) HUKUKUN TEK BOYUTLU TANIMLARI
4.1) Norm Boyutundan Hareket Eden Anlayış
4.2) Sadece Sosyal Realite Boyutundan Hareket Eden Anlayış
4.3) Etik Değerden Hareket Eden Anlayış
5) HUKUKUN TANIMINDA GURVİTCH'İN ÇOĞULCU HUKUK ANLAYIŞI

B. HUKUKUN NİTELİĞİ
1) HUKUKUN NİTELİĞİ KAVRAMI
2) HUKUKUN AMAÇ VE İŞLEVLERİ
2.1) HUKUKUN ADALETİ GERÇEKLEŞTİRME İŞLEVİ
a) Adaletin Tanımı
b) Adaletin İçeriği
c) Adalet ve Görecelik/Değişkenlik
d) Hukukun Adaletli Olup Olmadığının Ölçüsü
2.2) HUKUKUN, TOPLUMUN DÜZENİNİ SAĞLAMA İŞLEVİ
a)İnsanların Toplum Halinde Yaşama Zorunluluğu
b)Toplumsal Hayatın Hukuk Kurallarıyla Düzenlenmesi Gereği
c)Hukuk Düzeni ve Zorlayıcılık
d)Hukuk Düzeni ve Biçimcilik/Şekilcilik
e)Hukukun, Pozitif Hukuk Kurallarından Ayrılığı

2.3) HUKUKUN TOPLUMUN İHTİYAÇLARINI KARŞILAMA İŞLEVİ
a)Hukuk ve Toplumsal İhtiyaçlar
a.a) Hukuk ve Biyolojik, Psikolojik/Manevi İhtiyaçlar
a.b) Ekonomik İhtiyaçlar

C. HUKUKUN DİĞER SOSYAL NORM VE DEĞERLERLE İLİŞKİSİ
1) HUKUK VE ÖRF ADETLER
2) HUKUK VE DİN

a) Dinin Hukuk ve Toplum Üzerindeki Etkisi
b) Batıda Hukuk-Din İlişkisinde Yaşananlar ve Bunun Bize Yansıması
3) HUKUK VE AHLAK

II. AHLAK, ETİK VE DEĞERİN TANIMI VE NİTELİĞİ

A) AHLAK, ETİK VE DEĞER KAVRAMLARI
1) AHLAK
a) TANIMI
b) AHLAKI DOĞRU TANIMLAMANIN ÖNEMİ
c) HUKUKA TEMEL OLUŞTURACAK AHLAK ANLAYIŞINA DUYULAN İHTİYAÇ
d) AHLAK DEĞİŞİR Mİ?

2) ETİK
3) DEĞERLER
a) DEĞERLERİN TANIMI, NİTELİĞİ VE ÖNEMİ
b) DEĞERLER VE DEĞER YARGILARI
c) DEĞERLERİN BİLGİSİNE NASIL ULAŞILIR?
d) DEĞERLERİN TÜRLERİ
e) HİYERARŞİ (SIRADÜZENİ) BAKIMINDAN DEĞERLER
f) DEĞERLERİN DEĞİŞMEZLİĞİ
h) DEĞER-EYLEM İLİŞKİSİ

B) AHLAK ETİK VE DEĞERLERİN İNSAN HAYATI İÇİN ÖNEMİ

C) TEMEL AHLAKİ KAVRAMLAR
1) AHLAKTA İYİ VE KÖTÜ KAVRAMI
a) Ahlak Felsefesinde İyi ve Kötü
b) İlahi Dinlerde İyi-Kötü Kavramları
b.a) Hıristiyanlık ve İyi-Kötü Kavramları
b.b) İslam ve İyi-Kötü Kavramları
c) Ahlaken İyi Olanın Seçilmesi ve Ahlaki Bilinç
2) AHLAK VE ÖZGÜRLÜK
a) Ahlak Felsefesinde Özgürlük
b) İlahi Dinlerde Özgürlük
c) Özgürlük ve İnsan İradesi
d) Özgürlük ve Benlik/Şahsiyet/Kişilik
3) AHLAK VE VİCDAN
a) Vicdanın Tanımı
b) Vicdanın Oluşumu
c) Vicdan ve Ahlaki Bilinç
4) AHLAK VE ALIŞKANLIKLAR
Adetler/Alışkanlıklar ve Ahlakın Gereği Olan Özgün Davranış
5) AHLAK VE NİYET

E) AHLAK VE YAPTIRIM

F) AHLAK ÇEŞİTLERİ
1) YETERSİZ AHLAK ANLAYIŞLARI
a) Egoizm (Bencillik) Ahlakı
b) Haz Ahlakı (Hedonizm)
c) Natüralizm Ahlakı (Vital Ahlak)
d) Formel Ahlak
e) Kültür Ahlakı
2) TEORİK VE PRATİK AHLAK
3) GENEL AHLAK VE MESLEK AHLAKI
a) TANIMI
b) SADECE MESLEK AHLAKI YETERLİ MİDİR?

G) AHLAKTA TEMELLENDİRME
1) AHLAKTA TEMELLENDİRMENİN TANIMI
2) TEMELLENDİRME TÜRLERİ
2.1) DİN DIŞI TEMELLERE DAYANAN AHLAK ANLAYIŞLARI
a) AKIL İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞI
b) DUYGU İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞI
c) SEZGİ İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞI
2.2) DİN İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞLARI
a) HIRİSTİYAN DÜNYASINDA
b) İSLAM DÜNYASINDA
2.3) DİN DIŞI TEMELE DAYANAN AHLAK ANLAYIŞLARIYLA DİN TEMELİNE
DAYANAN AHLAK ANLAYIŞLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

H) AHLAKTA GÖRECELİK VE EVRENSELLİK
İ) TOPLAM AHLAK

III. HUKUK VE ETİK/AHLAK İLİŞKİSİ

1) HUKUK-ETİK/AHLAK İLİŞKİSİNİN ÖNEMİ
2) HUKUK-ETİK/AHLAK İLİŞKİSİ
3) YASALAR VARKEN ETİK DEĞERLERE NEDEN İHTİYAÇ DUYULMAKTADIR?
4) AHLAK HUKUKU ÖNCELER
5) AHLAK HUKUKA DEĞER BOYUTU KATAR
6) HUKUKLA AHLAK ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE AHLAK
(İYİ HUKUK)

I. HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE KANUNLAŞTIRMA
A) HUKUKUN OLUŞTURULMASI ZORUNLULUĞU
B) KANUNLAŞTIRMA VE HUKUKTA FORMALİZM/BİÇİMCİLİK
C) DOĞRU HUKUKUN OLUŞTURULMASI

II. HUKUKUN OLUŞTURULMASINDA AHLAKİ BOYUT
A) HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE HUKUKUN TEMEL İLKELERİ
1) Hukukun Temel İlkelerinin Tanımı ve İşlevi
2) Anayasa Mahkemesi ve Hukukun Temel İlkeleri
3) Anayasaüstü İlkeler Konusunda Farklı Görüşler
B) HUKUKUN ÖN KABULLERİ
1) HUKUKUN MAKUL NEDENLERE DAYANMASI
2) HUKUKUN İNSAN DOĞASINA UYGUN OLMASI
3) HUKUKUN İNSAN HAKLARI VE ONURUNA DAYALI OLMASI
4) HUKUKUN TEMEL İLKESİ OLARAK İNSAN AKLINA UYGUNLUK
4.1) Akıl ve Akla Uygunluk Ne Demektir?
a) Doğru Düşünmek ve Akıl İlkeleri
b) Hukukun Yeter-Neden İlkesine Dayanması
4.2) Hukukun Akla Uygun Olması ve Rasyonalizm

III. HUKUKUN TEMELLENDİRİLMESİ VE HUKUKTA MEŞRUİYET
A) GENEL OLARAK MEŞRUİYET KAVRAMI VE TEMELLENDİRME
1) MEŞRUİYET KAVRAMININ TANIMI
2) HUKUKTA TEMELLENDİRMENİN ÖNEMİ
B) HUKUKTA MEŞRUİYET
1) HUKUKTA BİÇİMSEL/ŞEKLE İLİŞKİN MEŞRUİYET
2) HUKUKTA ESASA/AMACA İLİŞKİN MEŞRUİYET
3) HUKUKTA MEŞRUİYETİN ÖNEMİ
C) HUKUKTA MEŞRUİYETİ AÇIKLAYAN TEMEL GÖRÜŞLER
1) HUKUKTA MEŞRUİYETİN HUKUKUN YİNE KENDİ İÇİNDEN ÇIKTIĞI GÖRÜŞÜ
(HUKUKİ POZİTİVİZM)
2) HUKUKTA MEŞRUİYETİN, HUKUKUN DIŞINDA VE HUKUKTAN DAHA ÜSTÜN
DEĞER VE ÖLÇÜTLERE DAYANDIĞI ANLAYIŞI (DOĞAL HUKUK)
2.1) Hukukta Meşruiyetin Kaynağı ve Halkın İradesi
a) Demokrasi, Egemenlik ve Meşruiyet
b) Meşruiyet, Egemenliğe Değer Boyutu Katmaktadır
c) Meşruiyet ve Egemenliğin Kullanım Biçimleri
2.2) Hukukta Meşruiyet ve Toplumsal Sözleşme
2.3) Hukukta Meşruiyetin Kaynağı ve Uluslararası Hukuk
a) Temel Sorun; Hukukun Üstünlüğü Yerine Menfaat Temeline Dayalı Hukuktur

b) Bosna Savaşı ve Uluslararası Hukuk
c) Kuveyt - Bosna Hersek ve İki Farklı Batılı Tavır
d) Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatının Yapısındaki Çelişkiler
e) Uluslararası Hukuk Temel Güvencelerden Uzaktır

D. HUKUKUN OLUŞUMUNU AÇIKLAYAN TEMEL GÖRÜŞLER
1) HUKUK TEORİLERİ
1.1) DOĞAL HUKUK
1.2) HUKUKİ POZİTİVİZM
1.3) SOSYOLOJİK POZİTİVİZM
2) HUKUKUN OLUŞUMU KONUSUNDA BÜTÜNCÜL BAKIŞ AÇISINA İHTİYAÇ
3) HUKUKUN OLUŞUMUNDA HUKUK SOSYOLOJİSİNİN YERİ VE ÖNEMİ
4) HUKUKUN OLUŞTURULMASINDA HUKUK FELSEFESİNİN ÖNEMİ
5) HUKUKUN OLUŞTURULMASINDA YETKİLİ ORGAN VE KURUMLAR

E. HUKUKUN EVRENSEL BOYUTU
F. HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE HUKUKTA İKTİBAS
1) Osmanlıda Kanunlaştırma Faaliyetleri
2) Ülkemizde Kanunlaştırmalar ve Hukukta İktibasın Nedenleri
3) Yabancı Hukuk İktibaslarının Olumsuz Sonuçları
3.1) Tanzimat Döneminde Hukuk İktibasının Sonuçları
3.2) Cumhuriyet Döneminde Hukuk İktibasında Yaşanan Çelişkiler
3.3) AB'ne Tam Üyelik Süreci Döneminde Hukuk İktibasında Yaşanan Çelişkiler
4) Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Açısından Hukukta İktibasın Değerlendirilmesi
5) Hukukun Kültür ve Medeniyetle İlişkisi
6) Batının Bize Bakışı ve Batı Hukukunu İktibas Çelişkisi
7) Batıdan Sosyal-Kültürel Farklılığımız ve Bunun Hukuk Alanlarına Somut Etkileri
8) Batı Hukukunun İnsanın Varlık Yapısı, Doğası ve İhtiyaçları Açısından Sorgulanması
9) Batı Hukukunun Adalet ve İnsan Haklarının Uygulanması Açısından Sorgulanması

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKÇUNUN EĞİTİMİ VE ETİK
(İYİ HUKUKÇU)

I. HUKUKÇUNUN TANIMI VE İŞLEVİ
II. EĞİTİMİN TANIMI VE İŞLEVİ
III. EĞİTİMİN AHLAKİ TEMELLERİ

1) Eğitim ve Hür Düşünce
2) Sağlam ve Hür İradeye Sahip İnsan Yetiştirmek
3) Eğitimde Felsefî Boyut; Nasıl Bir Eğitim, Nasıl Bir İnsan?
4) Eğitimin Öğretimden Farkı

IV. HUKUKÇUNUN EĞİTİMİ

1)Hukukçunun Eğitimi Kavramı
2)Hukukçunun Eğitimini Sistem Bütünlüğü İçinde Ele Almak
3) Hukukçunun Eğitiminin Kapsamı Sorunu
4) Hukukçunun Eğitimine İnsanın Eğitimi Çerçevesinde Bakmak

V. GENEL OLARAK İNSAN VE EĞİTİM

1) Ülkemizde Genel Olarak İnsan Unsuru Açısından Ciddi Eğitim Sorunları Vardır
2) İnsanın Eğitilmesi Mümkün müdür?
3) İnsan Eğitilmesi Gereken Bir Varlıktır
a) İnsanın Varlık Yapısındaki İtici ve Frenleyici Güçler
b) İnsan Bedeni İyi ve Kötü Duyguların Çarpışma Alanıdır.
c) Eğitimde Süreklilik
3) Eğitimli İnsanın Toplumsal Hayata Etkisi
4) Toplumsal Hayat İçin İyi Yetişmiş İnsana Duyulan İhtiyaç
5) Kamu Hizmeti ve İyi Yetişmiş İnsan
6) İnsan Unsuru ve Toplam Kalite Yönetimi (TKY) Anlayışı

VI. HUKUKÇUNUN EĞİTİMİNDE ETİK İLKELER

A) HUKUKÇUDA BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER

1) HUKUKÇUNUN NİTELİĞİ KAVRAMI VE ÖNEMİ
2) HUKUKÇUNUN NİTELİĞİ KAVRAMININ KAPSAMI
2.1) HUKUKÇUNUN GENEL OLARAK İKİ NİTELİĞİ
2.2) HUKUKÇUNUN KİŞİSEL AHLAKI
a) Hukukçunun Kişisel Ahlakının İçe Dönük Boyutu
a.a) Hukukçu İnsanın Beden Varlığına İlişkin Ahlaki Nitelikleri
a.b) Hukukçu İnsanın Ruhsal/Psikolojik Varlığına İlişkin Ahlaki Nitelikleri
a.b.a) Güçlü İrade Sahibi Olmak
a.b.b) Özgür İrade Sahibi Olmak
a.b.c) Zihni Kötü Düşüncelerden Korumak
a.b.d) Kendini Tanımak/Bilmek
b) Hukukçunun Kişisel Ahlakının Dışa Dönük Boyutu
b.a) Adil ve Tarafsız Olmak
b.b) Doğru ve Dürüst Olmak
b.c) Sabırlı Olmak, Öfkesine Hâkim Olmak
b.d) Para ve Maddi Şeylere Zaafı Olmamak
b.e) Cesaret Sahibi Olmak
b.f) Sevgi Duygusuna Sahip Olmak
2.3) HUKUKÇUNUN SOSYAL AHLAKI

2.3.1) Hukukçu İnsanın Aile Ahlakı
2.3.2) Hukukçu İnsanın Çalışma ve Meslek Ahlakı
2.3.3) Hukukçu İnsanın Topluma Karşı Ahlaki Görevleri
2.3.4) Hukukçunun İnsanlığa Karşı Ahlaki Görevleri

B) HUKUKÇUNUN FAKÜLTE ÖNCESİ EĞİTİMİ
1) HUKUKÇUNUN İLKÖĞRETİM VE ORTAÖĞRETİM AŞAMASINDA ALDIĞI
HUKUK EĞİTİMİ
a) İlköğretim ve Hukuk Eğitim-Öğretimi
b) Liselerde Verilen Hukuk Eğitim Öğretimi
b.a) Genel Liseler ve Hukuk Eğitimi
b.b) Adalet Meslek Liseleri ve Hukuk Eğitimi

2) HUKUKÇUNUN VİCDAN VE AHLAK EĞİTİMİ
2.1) HUKUKÇUNUN VİCDAN VE AHLAK EĞİTİMİNE OLAN İHTİYAÇ
2.1.1) Hukukçunun Değer Yargısıyla Soyut Değer Arasındaki Uyumsuzluğun Nedenleri
2.1.2) Hukukçunun Vicdan ve Ahlak Eğitiminin Zamanı Sorunu
2.1.3) Ülkemizde Vicdan ve Ahlak Eğitimi ve Bu Konudaki Tartışmalar

2.2) HUKUKÇUNUN VİCDAN VE AHLAK EĞİTİMİNDE TEMEL İLKELER
a) Vicdan ve Ahlak Eğitimiyle İlgili İlkeler
a.a) Ahlak Eğitimi Açısından Çocukluk Döneminin Önemi
a.b) Çocuklarda Ahlaki Bilincin Oluşturulması
b) Aile ve Ahlak Eğitimi
b.a) Genel Olarak Ailenin İşlevi
b.b) Aile Eğitiminin Genel Eğitim İçindeki Yeri ve Önemi
b.c) Önce Anne-Babaların Eğitimi
b.d) Aile Toplumsal Hayata İnsan Yetiştiren Alt Bir Kurumdur
b.e) Aile Eğitiminin Çocuğun Kişilik ve Ahlaki Gelişimine Etkisi
c) Ahlak Eğitiminde 'Temel Eğitim' Dönemi
d) Ahlak Eğitiminde Okul Arkadaş ve Meslek Çevresinin Etkisi

C) HUKUK FAKÜLTELERİ VE HUKUK EĞİTİMİ
I) GENEL OLARAK ÜNİVERSİTELER VE HUKUK EĞİTİMİ
1) ÜNİVERSİTELERİN İŞLEVLERİ
2)ÜNİVERSİTELERİN EĞİTİM-ÖĞRETİM SORUNLARI
a) AKADEMİK ÖZERKLİK
b) AKADEMİK ÖZGÜRLÜK
c) AKADEMİK LİYAKAT
d) AKADEMİK KALİTE
e) DEMOKRATİK YÖNETİM
f) BİLİMSEL ETİK/AKADEMİK AHLAK

II. ÜNİVERSİTELER VE HUKUK EĞİTİM-ÖĞRETİMİ

A) TÜRKİYE'DE OSMANLIDAN GÜNÜMÜZE HUKUK EĞİTİM-ÖĞRETİMİ
1) Osmanlının Klasik Döneminde Hukuk Eğitimi
2) Osmanlı'da Batılılaşma Sürecinde Hukuk Eğitimi
3) Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Hukuk Eğitimi
B) HUKUKÇULARIN EĞİTİMİNDE ÜNİVERSİTELERİN ROLÜ
C) ÜNİVERSİTELERDE HUKUK EĞİTİMİNİN AŞAMALARI
1) ÖNLİSANS EĞİTİMİ
2) LİSANS EĞİTİMİ
3) LİSANSÜSTÜ EĞİTİMİ
3.1) YÜKSEK LİSANS EĞİTİMİ
3.2) DOKTORA EĞİTİMİ

D) HUKUK FAKÜLTELERİNDE LİSANS EĞİTİM-ÖĞRETİMİ
1) FAKÜLTEDE EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNTEMLERİ
2) EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNTEMLERİNİN ÖNEMİ
3) FAKÜLTEDE BELLİ BAŞLI EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNTEMLERİ
3.1) ANLATIM (TAKRİR) YÖNTEMİ
3.1.1) Anlatım Metodunun Olumlu Yanları
3.1.2) Anlatım Metodunun Eksik Yanları
3.2) SORU-CEVAP YÖNTEMİ
3.2.1) Soru-Cevap Yönteminin Yararlı Yanları
3.2.2) Soru-Cevap Metodunun Eksik Yanları
3.3) PROBLEM ÇÖZME YÖNTEMİ
3.3.1) Problem Çözme Metodunun Yararlı Yanları
3.3.2) Problem Çözme Metodunun Eksikleri
3.4) TARTIŞMA METODU
3.4.1) Tartışma Yönteminin Şartları ve Sınırları
3.4.2) Tartışma Metodunun Yararları
4) ÖĞRETİM YÖNTEMİNİN SEÇİMİNDE ETKİLİ OLAN FAKTÖRLER
5) ÖĞRETİM YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ
5.1) Öğretim Yöntemlerinden Sadece Birini Kabul Etmenin Yanlışlığı
5.2) Anlatım Metodunun Diğer Metotlarla Birlikte Uygulanması (Karma Yöntem)
5.3) Öğretim Yöntemlerinin Usulüne Uygun Kullanılması
6) HUKUK FAKÜLTELERİNDE SINAVLAR
6.1) Sınavların Önemi
6.2) Sınav Türleri
6.3) Sınav Türlerinin Objektiflik Açısından Karşılaştırılması
7) HUKUK FAKÜLTELERİNDE DERS KİTAPLARI KONUSU
Kalın-Karışık Hukuk Ders Kitapları ve Institutiones Örneği
8) HUKUK FAKÜLTELERİNE ÖĞRENCİ SEÇİMİ

D) FAKÜLTE SONRASI HUKUK EĞİTİMİ (STAJ VE MESLEK İÇİ EĞİTİM)

1) Hukuk Eğitimi ve Staj

2) Hukuk Eğitimi ve Meslek İçi Eğitim

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN UYGULANMASI VE AHLAK
(İYİ UYGULAMA)

I. GİRİŞ
A) HUKUKUN UYGULANMASI KAVRAMI VE AHLAK
1) HUKUKUN UYGULANMASINDA AHLAKİ BOYUT
2) HUKUKUN UYGULANMASINDA TEORİ-UYGULAMA İLİŞKİSİ
B) HUKUKUN UYGULANMASINDA TEMEL İLKELER
1) HUKUK KURALLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMASI
2) HUKUK KURALLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI
3) HUKUK KURALLARININ ANLAM BAKIMINDAN UYGULANMASI
3.1) Yorum çeşitleri
3.2) Yorum yöntemleri

C) HUKUKUN UYGULAMASINDA BAŞVURULACAK KAYNAKLAR
1) ASLİ KAYNAKLAR
1.1) YAZILI KAYNAKLAR
1.1.1) ANAYASA
1.1.2) ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR
1.1.3) KANUNLAR
1.1.4) KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER
1.1.5) TÜZÜKLER
1.1.6) YÖNETMELİKLER
1.2) YAZILI OLMAYAN KAYNAKLAR
2) YARDIMCI KAYNAKLAR
2.1) YARGISAL İÇTİHATLAR
2.2) BİLİMSEL İÇTİHATLAR (ÖĞRETİ/DOKTRİN)

II) HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

1) UYUŞMAZLIKLAR ORTAYA ÇIKMADAN ÇÖZÜMÜ VE KORUYUCU HUKUK
*Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümü ve Koruyucu Hukuk
1.1) KORUYUCU HUKUK KAVRAMININ TANIMI VE ÖNEMİ
1.2) KORUYUCU HUKUK ANLAYIŞINA DUYULAN İHTİYAÇ
1.3) KORUYUCU HUKUKA HİZMET EDECEK ARAÇ VE TEDBİRLER
1.3.1) BİREYLERİN HUKUK VE ADALET KONUSUNDA EĞİTİLMESİ
1.3.2) MESLEKİ VE TİCARİ İŞLEMLERİN HUKUKA UYGUN YAPILMASI
*Koruyucu Hukukta Hukuk Müşaviri ve Avukatların Rolü
1.3.3) HUKUKİ İŞLEMLERİN BELGELENDİRİLMESİ

*Koruyucu Hukukta Noterlerin Rolü

2) UYUŞMAZLIKLARIN ORTAYA ÇIKMASINDAN SONRA ÇÖZÜMLENMESİ
2.1) YARGI YOLU
2.2) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI
2.2.1) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARINA DUYULAN İHTİYAÇ
2.2.2) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLU TÜRLERİ
2.2.2.1) MÜZAKERE
2.2.2.2) ARABULUCULUK
2.2.2.3) UZLAŞTIRMA
2.2.2.4) TAHKİM
2.2.3) HUKUK SİSTEMİMİZDE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI
a) Türk Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
b) İdari Yargıda Alternatif Çözüm Yolları
b.a) Yargı Öncesi Çözümler
b.b) İdari Yargı Organlarında Uzlaştırma
c) Yeni HMK ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
2.2.4) ESKİ HUKUKUMUZDA (GELENEKSEL) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI
2.2.5) GÖNÜLLÜ/SİVİL UZLAŞTIRMA YÖNTEMİ
2.2.6) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI VE YASAL DÜZENLEME İHTİYACI

III. HUKUKUN UYGULAMASINDA ETİK SORUNLAR

A. YARGININ (ORTAK) ETİK SORUNLARI
1) YARGI BAĞIMSIZLIĞI SORUNU
a) YARGI BAĞIMSIZLIĞININ TANIMI VE ÖNEMİ
b) YARGI BAĞIMSIZLIĞININ FİKRİ TEMELLERİ-KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ
c) YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HUKUK DEVLETİ
c.a) Yargının Yasama ve Yürütmeye Karşı Bağımsızlığı
c.b) Yargının Çevreye Karşı Bağımsızlığı
c.c) Yargının İç Bağımsızlığı
d) ULUSLARARASI BELGELERDE YARGI/HÂKİM BAĞIMSIZLIĞI
d.a) Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri
d.b) Bangalor Yargı Etiği İlkeleri
d.c) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesi
d.d) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi
e) YARGIYA BASKI VE MÜDAHALELERE ÖRNEKLER
f) ÜLKEMİZDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI İLKESİNE AYKIRI DURUMLAR
f.a) Anayasamızda Yargı Bağımsızlığına Aykırı Hükümler
f.b) Hâkimlerin Terfi, Tayin İşlemleri ve Yargı Bağımsızlığı
f.c) HSYK ve Yargı Bağımsızlığı

f.d) Hâkim-Savcıların Mesleğe Alınmaları ve Yargı Bağımsızlığı
f.d.a) Genel olarak
f.d.b) Hâkim ve Savcı Alımında Mülakat Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı
f.d.c) Mülakat ve Yargısal Denetim

2) DAVALARIN MAKUL SÜREDE SONUÇLANMAMASI SORUNU
a) YARGIDA GECİKMENİN İNSANİ VE VİCDANİ/AHLAKİ SAKINCALARI VARDIR
b) DAVALARIN MAKUL SÜREDE SONUÇLANMASI
c) GECİKMENİN SAKINCALARI
d) GECİKMENİN TANIMI VE YARGILAMADA MAKUL SÜRE
e) HIZLI YARGILAMANIN SINIRLARI
f) GECİKMENİN NEDENLERİ
f.a) İNSAN UNSURU
f.a.a) Hâkim, Savcı Ve Avukat
f.a.b) Kolluk
f.a.c) Davacılar-Davalılar Ve Sanıklar-Mağdurlar
f.a.d) Tanıklar
f.a.e) Bilirkişiler
f.b) Adlî Alışkanlık/Adli Kültür
f.c) Kanun Yolları
f.d) Sosyal Ve Kültürel Faktörler
f.e) Devletin Teşkilat Yapısı Ve Bürokratik Etkenler
f.f) Tebligatlar
f.g) Hukuk Mesleği Mensuplarının Psikolojik Tatmin Ve Moral Durumu
f.h) Uygulamada Gecikmeye Neden Olan İşlemler

3) DAVA DOSYALARININ ÇOKLUĞU (AĞIR İŞ YÜKÜ)
a) AĞIR İŞ YÜKÜ KAVRAMI
b) AĞIR İŞ YÜKÜNÜ AZALTACAK YÖNTEMLER
b.a) SİSTEM İÇİ YÖNTEMLER
b.a.a) Ceza Hukukunda Hafif Suçların Yargı Sistemi Dışına Çıkarılması
b.a.b) Uzlaşma (Ve Alternatif Yöntemler)
b.a.c) Hâkim ve Savcı Sayısını Artırmak
b.a.d) Aynı Hâkim ve Savcıyla Davaları Karara Bağlamak
b.a.e) Uzmanlaşmak ve Dosyalara Vakıf Olarak Duruşmaya Çıkmak
b.a.f) Yargı Sisteminin Aktörleri Arasında Sağlıklı İletişim
b.b) SİSTEM DIŞI YÖNTEMLER

4) HUKUK SİSTEMİNDE EHLİYET VE LİYAKAT SORUNU
a) EHLİYET VE LİYAKATİN TANIMI
b) EHLİYET VE LİYAKATİN ÖLÇÜTÜ
c) İNSAN UNSURUNDAKİ NİTELİK EKSİKLİĞİ BAŞKA ŞEYLERLE GİDERİLEMEZ

5) YARGIDA ETKİNLİK VE KALİTE SORUNU
6) HÂKİM-SAVCI VE DİĞER ADLİ PERSONEL EKSİKLİĞİ SORUNU
7) YARGI BİRLİĞİ-YARGI AYRILIĞI SORUNU

B) İDARİ YARGININ KENDİNE ÖZGÜ SORUNLARI
1) İDARİ YARGIDA İŞ YÜKÜ VE ETKİNLİK SORUNU
2) İDARİ YARGIDA ETKİNLİĞİ ARTIRACAK ÇÖZÜM YOLLARI
a) Etkinliği Arttıracak İdari Yargıya Özgü Tedbirler
a.a) İdari Yargının Usul Hükümlerinde Yapılacak Düzenlemeler
a.b) Asıl Çözüm Hukuka Uygun Davranan İdaredir
b) İdari Uyuşmazlıkların Özel Hükümlerle Çözümü
b.a) Vergi Uyuşmazlıklarında Uzlaşma
b.b) Kamulaştırma Kanunu Kapsamında Uzlaşma
b.c) Kamu İhaleleriyle İlgili Uzlaşma
b.d) Kamu Denetçiliği Kurumu
3) İDARİ YARGI YETKİSİNİN SINIRLARI SORUNU
4) YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARINDA ZORLUKLAR
5) DURUŞMA KURALLARI VE TANIK DİNLENMEMESİ SORUNU
6) HÂKİMLERİN HEPSİNİN HUKUK FAKÜLTESİ MEZUNU OLMAMASI
7) İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASI SORUNU
7.1) Yargı Kararlarının Uygulanmaması İki Biçimde Ortaya Çıkmaktadır
7.2) İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sıradan Bir Hukuk İhlali Olarak Görülemez
7.3) Yargı Kararının Uygulanmamasıyla İlgili Ders Verici Bir Olay
7.4) İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununun Çözümü
7.4.1) Mevcut Yasalar Çerçevesinde Çözüm Önerileri
7.4.2) Yeni Yasal Düzenleme Önerileri

IV) HUKUKUN UYGULANMASINDA YARGININ TEMEL UNSURLARI

A) YARGININ KURUMSAL UNSURU OLARAK MAHKEMELER
1) YARGI ORGANLARINA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER
1.1) HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ
1.2) TABİİ (KANUNİ, OLAĞAN) HÂKİM İLKESİ
1.3) HÂKİMLİK TEMİNATI İLKESİ
2) TÜRKİYE'DE YARGI TEŞKİLATININ YAPISI
2.1) MAHKEMELERİN KURULUŞ VE ÇALIŞMA BİÇİMLERİNE GÖRE AYRIM
2.2) MAHKEMELERİN YARGI SİSTEMİ İÇİNDEKİ KONUMUNA GÖRE AYRIM
a) HUKUK SİSTEMİMİZDE MEVCUT YARGI KOLLARI
a.a) ADLİ YARGI
a.a.a) ADLİ YARGI İLK DERECE MAHKEMELERİ
a.a.b) ADLİ YARGI İKİNCİ DERECE MAHKEMELERİ
a.a.c) ADLİ YARGI YÜKSEK MAHKEMESİ: YARGITAY

a.a.c.a) Yargıtay'ın İşlevleri
a.a.c.b) Yargıtay'da İş Yükü Sorunu ve Çözüm Yolları
a.b) İDARİ YARGI
a.b.a) İDARENİN EYLEM VE İŞLEMLERİNİN DENETİMİ VE HUKUK DEVLETİ
a.b.b) İDARİ YARGI KOLUNDA DANIŞTAY'IN YERİ VE ÖNEMİ
a.b.c) DANIŞTAY'IN İŞLEVLERİ
a.b.d) DANIŞTAY'IN İDARE İLE İLİŞKİSİ VE BAĞIMSIZLIK
a.c) ASKERİ CEZA YARGISI
a.d) ASKERİ İDARİ YARGI
a.e) UYUŞMAZLIK YARGISI
a.f) HESAP YARGISI: Sayıştay
a.f.a) Sayıştay'ın İşlevleri
a.f.b) Sayıştay'ın Niteliği
a.g) SEÇİM YARGISI: Yüksek Seçim Kurulu
a.h) ANAYASA YARGISI
a.h.a) ANAYASA YARGISININ TÜRLERİ
a.h.a.a) Anayasa Yargısında Yaygın Denetim Sistemi (Amerikan Modeli)
a.h.a.b) Anayasa Yargısında Özel Denetim Sistemi (Avrupa Modeli)
a.h.b) ANAYASA MAHKEMESİ'NE DUYULAN İHTİYAÇ
a.h.c) ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU SORUNU VE YARGISAL AKTİVİZM
a.h.c.a) Anayasa Mahkemesi Bir Araçtır
a.h.c.b) Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi Biçimleri
a.h.c.c) Anayasa Mahkemesi -Yasama Organı Çatışması ve Yargısal Aktivizm
a.h.c.d) Anayasa Yargısı ve Hukukun Genel İlkeleri

b) YARGI SİSTEMİNDEKİ AYRIM VE KOLLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.3) YARGI SİSTEMİYLE İLGİLİ DİĞER ÖNEMLİ KURUMLAR
2.3.1) HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU (HSYK)
2.3.1.1) HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN İŞLEVLERİ
2.3.1.2) YÜKSEK YARGI KURULUNA DUYULAN İHTİYAÇ
2.3.1.3) HSYK VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI
2.3.1.4) HSYK'YA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER
2.3.1.5) 2010 DEĞİŞİKLİĞİ VE HSYK'NIN YENİ YAPISI
2.3.1.6) HSYK'DA 2010 DEĞİŞİKLİĞİNDEKİ EKSİKLER
2.3.1.7) HSYK'DA YAPILAN 2010 SONRASI DEĞİŞİKLİKLER
2.3.2) TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ
2.3.2.1) Türkiye Adalet Akademisi'nin İşlevleri
2.3.2.2) Türkiye Adalet Akademisi Eğitim-Öğretim Elemanları
2.3.2.3) Türkiye Adalet Akademisi Eğitim-Öğretim Planları
2.3.2.4) Türkiye Adalet Akademisi'nin Yapısı Hakkında Eleştiriler

B) YARGININ BEŞERİ (İNSAN) UNSURU

1) GENEL OLARAK İNSAN UNSURU
2) YARGIDA İNSAN UNSURU
2.1) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK HÂKİMLER
Genel Olarak Yargıda Hâkimlerin Rolü
2.1.1) HÂKİMİN NİTELİKLERİ
a) Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na göre Hâkimin Nitelikleri
b) Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri
c) Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde Hâkimin Nitelikleri
c.a) Bağımsızlık
c.b) Tarafsızlık
c.c) Doğruluk ve Tutarlık
c.d) Dürüstlük
c.e) Eşitlik
c.f) Ehliyet ve Liyakat

2.1.2) YARGIDA HÂKİMİN ROLÜ VE YARGI KARARLARI
a) Yargısal Kararlar/İçtihatlar
b) Yargısal Kararların/İçtihatların Nitelikleri
c) Üst Derece Mahkeme Kararları
d) Yargısal İçtihatların Hukuk Uygulayıcıları Bakımından Önemi
d.a) Hâkim ve Savcılar Açısından Önemi
d.b) Avukatlar Açısından önemi
e) İçtihadı Birleştirme Kararları

2.1.3) HÂKİM VE HUKUKTA YORUM
a) Genel Olarak Yorum
b) Hukukta Hâkimin Yorumu
c) Hukukta Hâkimin Yorumunun Sınırları
d) Hukukta Yorum Türleri
d.a) Sözel/Lâfzî Yorum
d.b)Tarihi Yorum
d.c) Amaca Göre Yorum
e) Yorum Türlerinin Değerlendirilmesi
2.1.4) KANUNDA BOŞLUK VE HÂKİMİN HUKUK OLUŞTURMASI
2.1.5) HÂKİMİN VİCDANİ KANAATİ VE TAKDİR YETKİSİ
2.1.6) TUTUKLAMA KARARI VE AHLAKİ YÜKÜMLÜLÜKLER
a) Tutuklamanın Tanımı ve Önemi
b) Tutukluluk Süresi
c) Tutuklama Ceza Değil Koruma Tedbiridir
d) Tutuklama Kararları Gerekçeli Olmalı
e) Tutuklunun Güvenliği ve Sağlığının Korunması Zorunluluğu
f) Tutukluluğun Belirli Aralıklarla İncelenmesi
g) Tutuklama Tedbirinin Alternatifi: Adli Kontrol
h) Tutuklu ve Hükümlüler Açısından Cezaevinin İşlevleri ve Cezaevi Şartları
h.a) Cezaevlerinin Suçtan Caydırıcı İşlevi

h.b) Cezaevlerinin Islah Edici Rolü
h.c) Tutukluların Yakınlarıyla Haberleşmesi
h.d) Tutukluların Avukatla İletişimi
h.e) Yeniden Sosyalleştirme ve Topluma Kazandırma

2.2) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK SAVCILAR
a) Savcıların Ceza Yargılamasında Görev ve Yetkileri
b) Soruşturma Evresine İlişkin Ahlaki Yükümlülükler
c) Soruşturmada Etkinlik ve Kalite
d) Yakalama ve Gözaltı İşleminde Ahlaki Yükümlülükler
e) Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinde Devletin Sorumluluğu
f) Delillerin Toplanmasında Hukuki ve Ahlaki Yükümlülükler
f.a) Delilin Tanımı
f.b) Delillerin Özellikleri
f.c) Delillerin Hukuka Uygun Toplanması
f.d) Gizli İzleme ve Gizli Görevli Kullanma
f.e) İletişimin Dinlenmesi
f.f) Bilgilerin Gizliliğinin Korunması ve Keyfiliği Önleyici Tedbirler
g) Bilişim Suçları ve Delillerin Toplanması (Adli Bilişim)

2.3) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK AVUKATLAR
2.3.1) AVUKATLIĞIN TANIMI VE ÖNEMİ
2.3.2) AVUKATLIK MESLEĞİNİN NİTELİKLERİ
2.3.2.1) Avukatlık Mesleğinin Bağımsız Niteliği
a) Genel Olarak Bağımsızlık
b) Avukat-Müvekkil İlişkisi ve Bağımsızlık
c) Avukat-Devlet İlişkisi ve Bağımsızlık
d) Avukat-Baro İlişkisi ve Bağımsızlık
e) Avukatın Kendisine Karşı Bağımsızlığı
f) Avukatın Ekonomik Sorunları ve Bağımsızlık
g) Kurum/Şirket Avukatlığı ve Bağımsızlık
2.3.2.2) Avukatlığın Kamu Hizmeti Niteliği
2.3.2.3) Avukatlığın Serbest Meslek Niteliği
2.3.3) HUKUKUMUZDA AVUKATLIK MESLEĞİ
a) Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Mesleği
b) Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları ve Avukatlık Mesleği
b.a) Genel Kurallar
b.b) Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler
b.c) Meslektaşlar Arası Dayanışma ve İlişkiler
b.d) İş Sahipleriyle İlişkiler
2.3.4) ULUSLAR ARASI BELGELERDE AVUKATLIK MESLEĞİ
a) Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeler (Havana Kuralları) Bildirgesi
b) Avrupa Konseyi'nin 'Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Hürriyetler' Hakkında 9 Nolu Tavsiye Kararı

c) Avrupa Konseyi Budapeşte Toplantısı Sonuç Bildirgesi
2.3.5) TÜRKİYE'DE AVUKATLIK MESLEĞİ VE SORUNLARI

2.4) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK NOTERLER
2.4.1) NOTERLİK MESLEĞİNİN TANIMI VE NİTELİĞİ
2.4.2) NOTERLİĞİN HUKUK SİSTEMİMİZ İÇİNDEKİ YERİ VE ÖNEMİ
2.4.3) NOTERLİK MESLEĞİ VE AHLAK
a) Noterlerin Hukuki Sorumluluğu
b) Noterlik Meslek Ahlak Kuralları
b.a) Türkiye Noterler Birliği ve Meslek Kuralları
b.b) Noterlik Mesleğinde Uyulması Zorunlu Etik Kurallar

2.5) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK YAZI İŞLERİ MÜDÜRLERİ VE KALEM PERSONELİ
2.5.1) ADLİYE YAZI İŞLERİ MÜDÜRLERİ
2.5.2) KALEM PERSONELİ
2.5.3) ADLİYENİN İDARİ YÖNETİMİ VE ADLİYE MÜDÜRLERİ
a) Adliyelerde İdari Müdürlükler Kurulmalıdır
b) Adliye Müdürlerinin Yapmaları Düşünülen Görevler

2.6) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK İCRA MÜDÜRLERİ
a) İcra Müdürlüğünün Önemi
b) İcra Dairesi Görevlileri
c) İcra Dairesi Görevlilerinin Yetkinliği

BEŞİNCİ BÖLÜM

HUKUK DÜZENİ VE ERDEMLİ TOPLUM
(İYİ TOPLUM)

I) İYİ BİR HUKUK SİSTEMİ İÇİN ERDEMLİ TOPLUM OLUŞTURMA İHTİYACI

II) ERDEMLİ TOPLUMUN ÖNÜNDEKİ ENGELLER
1) Suçlar ve Hak İhlalleri
2) Suçun ve Hak İhlalinin Nedenleri
a) Suçun ve Hak İhlalinin Bireysel Nedenleri
a.a) Denetlenemeyen Duygular
a.b) Kişisel Düzensizlik Hali
a.c) Başıboşluk ve Sorumsuzluk
a.d) Suçun ve Hak İhlalinin Bireysel Nedenlerini Ortadan Kaldırma İmkânı
b) Suçun ve Hak İhlalinin Sosyal Nedenleri

III) ERDEMLİ TOPLUMU OLUŞTURMAK İÇİN GEREKLİ ARAÇLAR

A) ERDEMLİ TOPLUM OLUŞTURMAK VE SOSYAL KONTROL

1) SOSYAL KONTROLÜN TANIMI

2) SOSYAL KONTROLÜN ÖNEMİ

3) SOSYAL KONTROLE DUYULAN İHTİYAÇ

4) SOSYAL KONTROL VE ÖZGÜRLÜKLER

5) SOSYAL KONTROL BİR TOPLUM MÜHENDİSLİĞİ DEĞİLDİR

6) SOSYAL KONTROL VE 'SOSYAL HUKUK DEVLETİ' İLKESİ

B) SOSYAL KONTROL TÜRLERİ

1) ŞEKLİ (FORMEL) SOSYAL KONTROL

1.1) ŞEKLİ SOSYAL KONTROL ARACI OLARAK CEZA ADALET SİSTEMİ

a) Suçun Niteliği ve Sosyal Kontrol

b) Cezalandırmanın Amaçları ve Cezaevleri

c) Cezanın Caydırıcılığı ve Suçları Önlemedeki Etkisi

d) Cezaevlerinin Suçları Önlemede Başarılı Olamamasının Nedenleri

e) Cezanın Caydırıcılığı İçin Neler Yapılmalı

1.2) CEZA ADALET SİSTEMİNE ELEŞTİRİLER

1.3) SUÇLARIN ÖNLENMESİ VE SOSYAL KONTROL

1.3.1) SUÇ SİYASETİ VE KRİMİNOLOJİ

a) Suç Siyaseti Bağlamında Çocuk Suçluluğu

b) Suçlu Çocukların Yeniden Topluma Kazandırılması

1.3.2) SOSYAL POLİTİKALAR

a) Sosyal Politikaların Maliyeti İle Hak İhlali ve Suçun Toplumsal Maliyeti

b) Toplumsal Yapıyı Oluşturan Unsurlar Birbirileriyle Bağlantılıdır

1.3.3) TOPLUM ODAKLI SUÇ ÖNLEME ANLAYIŞI VE SOSYAL KONTROL

2) ŞEKLİ OLMAYAN (ENFORMEL) SOSYAL KONTROL

2.1) GENEL OLARAK ENFORMEL SOSYAL KONTROL

2.2) ŞEKLİ OLMAYAN/ENFORMEL SOSYAL KONTROLÜN DEĞERİ

3) ŞEKLİ OLMAYAN/ENFORMEL SOSYAL KONTROL ARAÇLARI

3.1) ENFORMEL SOSYAL KONTROL ARACI OLARAK SOSYAL DEĞERLER

a) SOSYAL DEĞERLERİN TANIMI VE ÖNEMİ

b) SOSYAL DEĞERLERİN İŞLEVLERİ VE SOSYAL KONTROL

c) SOSYAL DEĞERLER VE SOSYAL KONTROL

c.a) HUKUK VE SOSYAL KONTROL

c.b) DİN VE SOSYAL KONTROL

c.c) AHLAK/ETİK VE SOSYAL KONTROL

c.d) ÖRF-ADETLER VE SOSYAL KONTROL

4) SOSYAL DEĞERLERİN KORUNMASI VE SOSYAL KONTROL

a) Sosyal Değerlerin Korunmasının Önemi

b) Sosyal Değerlerin Bozulması

b.a) Sosyal Değerlerin Bozulmasının Nedeni Olarak Değer Yargılarındaki Değişim

b.b) Sosyal Değerlerin Bozulması Nedeni Olarak Yabancılaşma

b.c) Sosyal Değerlerin Bozulması Nedeni Olarak Kitle İletişim Araçları
b.d) Sosyal (Dini ve Ahlaki) Değerlerin Zayıfladığı Alanları Neler Dolduruyor
c) Sosyal Değerlerin, Kontrol Etkinliği Bakımından Karşılaştırılması

3.2) SOSYAL KONTROL ARACI OLARAK TOPLUMSAL KURUM VE KURULUŞLAR

1) TOPLUMSAL KURUM VE KURULUŞLARIN ROLÜ
2) TOPLUMSAL KURUMLAR VE SOSYAL KONTROL
a) AİLE VE SOSYAL KONTROL
b) EĞİTİM VE SOSYAL KONTROL
c) EKONOMİ VE SOSYAL KONTROL
c.a) Genel Olarak Ekonomik Şartların Suça-Hak İhlaline Etkisi ve Sosyal Kontrol
c.b) İşsizlik ve Suçlar-Hak İhlali Davranışları
c.c) Yoksulluk ve Suçlar-Hak İhlali Davranışları
c.d) Yerleşim Yerleri ve Suçlar - Hak İhlali Davranışları
d) SİYASET KURUMU
3) TOPLUMSAL KURULUŞLAR (SİVİL TOPLUM KURULUŞLARI) VE SOSYAL KONTROL
3.1) SİVİL TOPLUM KURULUŞLARININ ÖNEMİ
3.2) BELLİ BAŞLI SİVİL TOPLUM KURULUŞLARI
3.2.1) VAKIFLAR
3.2.2) DERNEKLER
3.2.3) SENDİKALAR
3.2.4) MESLEKLER
3.2.4.1) MESLEKLER VE SOSYAL KONTROL
3.2.4.2) GENEL OLARAK MESLEK KURULUŞLARI
3.2.4.3) MESLEK KURULUŞU OLARAK ODALAR - BİRLİKLER VE SOSYAL KONTROL
3.2.4.3.1) BAROLAR - TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ (TBB)
3.2.4.3.2) NOTER ODALARI – TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ (TNB)
3.2.4.3.3) MİMAR VE MÜHENDİS ODALARI - MÜH. VE MİM. ODA. BİRLİĞİ (TMMOB)
3.2.4.3.4) TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ (TOBB)
3.2.4.3.5) TABİPLER ODASI - TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ (TTB)
3.2.4.3.6) ESNAF VE SANATKÂRLAR ODASI - TÜRKİYE ESNAF VE SANATKÂRLAR
KONFEDERASYONU (TESK
3.2.4.4) ÖRNEK BİR MESLEK KURULUŞU OLARAK AHİLİK VE SOSYAL KONTROL
3.2.4.4.1) Ahiliğin Günümüz Meslek Kuruluşlarına Işık Tutan İlkeleri ve Sosyal Kontrol
3.2.4.4.2) Günümüz İş ve Meslek Hayatında Ahiliğe Benzeyen Uygulamalar
e) MEDYA KURULUŞLARI VE SOSYAL KONTROL
e.a) Medyanın Önemi ve Toplum Üzerindeki Etkileri
e.a.a) Medyanın Olumlu İşlevleri
e.a.b) Medyanın Olumsuz Etkileri

e.b) Medya Sosyal Kontrole Nasıl Hizmet Eder
e.c) Medya, Suçlar/Hak İhlalleri ve Sosyal Kontrol
e.d) Medyanın Suça/Hak İhlaline Etkileri
e.d.a) Klasik Medya
e.d.b) Sosyal Medya
SONUÇ BÖLÜMÜ

ÖNSÖZ

Hukuk ve ahlak, insan ve toplum hayatını bütün yönleriyle içine alan sosyal düzen kurallarıdır. İnsan hayatını düzenleyen ve etkileyen bu iki değer sistemi, bu özelliği ile insanın varlığını ve gelişmesini yakından ilgilendirmektedir. Denebilir ki insan ve toplum hayatında hukuk ve ahlakın, özellikle de ahlakın ilgilenmediği hiçbir alan yoktur.

Hukuk ve ahlak arasında birbirinden ayrılması mümkün olmayan bir ilişki vardır. Etik ve ahlakı hukuktan ayırdığımızda geriye hukuk adına ruhtan yoksun bazı kaba kurallardan başka bir şey kalmaz. Bu nedenle bu kitabın en önemli bölümlerinden biri, hukuk ve etik ilişkisidir. Hukuk ve ahlak, bazı farklı niteliklere sahip olsalar da insanın nasıl davranması; neleri yapması ya da yapmaması gerektiği konusunda benzer buyruklara sahiptirler. Hukuk ve ahlakın temel amacı büyük ölçüde aynıdır. Öncelikle hukukun amacı adalettir. Adalet ise en önemli ahlaki değerdir. Diğer yandan hukukun en önemli hedeflerinden olan insanların birbirlerine zarar vermemesi, ahlakın da en temel buyruklarından biridir. Bu anlamda hukukun, toplum hayatı için belirlenmiş asgari ahlak kuralları olduğu söylenebilir.

İnsan ve toplum hayatına büyük ölçüde etkili olan hukuk ve ahlakın doğru tanımlanması gerekir. Çünkü her hukuk ve ahlak tanımı bizi o tanımlara uygun bir hukuk ve ahlak anlayışına götürür. Doğru hukuk ve ahlak anlayışına ancak hukuk ve ahlakın doğru tanımıyla ulaşabiliriz. Hukuk ve ahlakın doğru tanımlarından yola çıkılmadığında, ne hukuka ne de ahlaka ilişkin sorunlara çözüm bulunması mümkün değildir.

Bir sorunun çözüme kavuşturulması, öncelikle o soruna doğru teşhis konulmasına bağlıdır. Hukuk ve yargı sorunlarının çözümlenmesinde, bu sorunlara doğru teşhis konulması merkezi bir öneme sahiptir. Ülkemizde hukuk ve yargı sorunlarının yıllar boyunca çözümlenemeyişi, öncelikle bu sorunlara doğru teşhisler konulmamasıyla ilgilidir. Hukuk ve yargı sorunlarından söz edildiğinde, çözüm olarak sadece bazı kanun maddelerinin değiştirilmesi ya da hâkim ve savcıların özlük hakları, hukukçuların yetersizliğinden söz edildiğinde ise, sadece hukuk fakültelerindeki 4 yıllık lisans eğitimi gündeme getirilmektedir. Şüphesiz ki bunların da önemi olmakla birlikte, yargının temel sorunlarının çözümü için daha geniş bakış açılarına ve köklü tedbirlere ihtiyaç bulunmaktadır.

Bugün hukuk ve yargı sistemimiz, etiksel sorunlarla karşı karşıya bulunmaktadır. Hukukun oluşturulmasından başlayarak hukukçunun eğitimi ve hukukun uygulanması aşamalarında ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Hukukun amacına ve tekniğine uygun olmayan hukuk kurallarının oluşturulması, hukukun felsefi boyutunu kavrayan yetkin ve cesaret sahibi hukukçuların yetişmemesi, davaların makul sürede sonuçlanmaması, adaletin geç tecelli etmesi, hukuki uyuşmazlıkların gittikçe artış göstermesi, diğer sosyal değerlerin (ahlak, örf adet) bireyler ve toplum üzerindeki etkisinin gittikçe azalması nedeniyle hukuki uyuşmazlıkların çözümünde hukuk kurallarına daha çok başvurma ihtiyacının ortaya çıkması, yargı bağımsızlığını ihlal eden tutum ve davranışlar, hukuk ve yargı sistemimizin karşılaştığı belli başlı sorunlardır. Kısaca hukuk alanında yaşanan etik dışı tutum ve uygulamalar, hukukun oluşturulması aşamasından başlayarak, hukukçunun eğitimi, hukukun uygulanması ve sağlıklı bir hukuk düzeni için gerekli olan erdemli toplumun oluşturulması aşama-larında kendini göstermektedir. Hukuk alanında yaşanan etik dışı tutum ve uygulamalar, toplumsal hayatta derin yaralar açmakta; hukuk devleti ve adaletin varlığı ve etkinliği konusunda toplumda ciddi şüpheler doğurmakta, bu nedenle hukuk ve yargı sisteminin meşruiyeti sorgulanır hale gelmektedir.

Hukuk ve yargı sorunlarının gerçek anlamda çözümlenmesi, sorunların kaynağına inilmesine bağlıdır. Bugün ülkemizde davaların sayısının artması ve yargının iş yükü sorununun çözümü için suçların ve hukuki uyuşmazlıkların artmasının nedenlerine bakmak gerekir. Diğer sosyal değerlerin (ahlak, örf-adet) bireyler ve toplum üzerindeki etkisinin zayıflamış olduğu gerçeği dikkate alındığında, suçların ve hak ihlallerinin sürekli artış gösterdiği bir toplumda hukuki uyuşmazlıkların çözümü işinin gittikçe hukuk kuralları ve yargı organlarının üzerinde kalması mukadderdir. Hukuki uyuşmaz-lıkların çözümü işinin sadece hukuk kuralları ve yargı organlarının üzerinde kalması ise, altından kalkılamayacak ciddi yargı sorunlarına neden olmaktadır. Bunların başında dava dosyalarının sayısı-nın artması, buna bağlı olarak davaların makul sürede sonuçlanmaması ve adaletin gecikmesidir. Bu ise, bireylerin makul süre içinde adil yargılanma hakkının işlevselliğini yitirmesi anlamına gelmek-tedir.

Hukuk devleti ilkesinin benimsendiği ülkelerde adalete erişimin sağlanması, uyuşmazlıkların makul sürede sonuçlanması ve adaletin gecikmeden tecelli etmesi için, yargı sistemini oluşturan temel unsurların kendi içinde ideal bir konuma getirilmesi yanında, suçların ve hak ihlali niteliğindeki davranışların kaynağının kurutulması ya da bireyleri suça ve hak ihlali davranışına özendiren faktörlerin ortadan kaldırılması, temelli bir çözüm yolu olarak karşımızda durmaktadır. İşte bu noktada erdemli bir toplum inşa edilmesi gibi ciddi bir projeyle yüz yüze kaldığımızı söyleyebiliriz.

Bir hukuk sisteminde doğru hukuk kurallarının var olması, adaletin alt yapısını oluşturur. Hukuki uyuşmazlıkların adilce çözümlenmesi için, doğru oluşturulmuş hukuk kurallarına ihtiyaç vardır. Hukuk kurallarının oluşturulmasında, hukukun üçlü saç ayağı diye bilinen etik değer/adalet, toplumun ihtiyaçlarını karşılama ve düzen işlevinden meydana gelen üç temel unsurunun yeterince dikkate alınmaması halinde, doğru hukukun oluşturulması söz konusu olamaz. Adalet değerine

dayanmayan, toplum ihtiyaçlarını karşılamayan ve toplumsal düzeni sağlamayan hukuk kurallarıyla adaletin tecelli etmesi mümkün değildir. Çünkü adalet, hukukun hem amacı hem de hukuk kurallarını değerlendirmede temel bir ölçüttür.

Hukuk kurallarının doğru oluşturulması kadar doğru uygulanması da önemlidir. Soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasında, hukuk kurallarının öncelikle doğru anlaşılması, açık olmayan hükümlerin doğru yorumlanması ve dava konusu olaylara uygulanarak en doğru ve adil kararların verilmesi, uygulayıcı konumunda bulunan hukukçuların yetkinliğine bağlıdır. Hukukçu-nun yetkinliği kavramı, onun hem hukuk bilgisi bakımından yeterli olması hem de etik değerler yönünden donanımlı olması gibi niteliklerini kapsamaktadır. Hukukçunun adil kararlar verebilmesi için gerekli olan bağımsız ve tarafsız olma niteliği, onun etik değerlere bağlılık derecesiyle ilgilidir. Hukukçu, etik değerlere bağlı olduğu ölçüde bağımsız ve tarafsız karar verebilme gücüne sahip olur.

Hukukçularda bulunması gereken niteliklere bakıldığında, hukukçunun eğitimini sadece 4 yıllık lisans eğitimiyle sınırlandırmak mümkün değildir. Hukukçunun eğitimini, hukuk fakültelerindeki 4 yıllık lisans eğitiminden ibaret görmek, insan için eğitimin zamanını ve önemini tam olarak kavramamak anlamına gelir. Hukukçunun eğitimi, insanın eğitimi çerçevesinde ve geniş olarak ele alınmadıkça, yargının insan unsurunu oluşturan iyi hukukçuların yetişmesi oldukça zordur. Bugünkü hukuk eğitimi anlayışıyla; hukukun felsefi boyutunu kavrayan, adaletli karar veren dünya çapında büyük hukukçular yetiştirmek yerine ancak hukuk teknisyenleri yetişebilir.

Türkiye'de hukuk ve yargı alanında görülen en temel sorun, etiksel/ahlakidir. Etiksel sorun ise, her şeyden önce insan unsuruyla ilgilidir. Türkiye'de hukuk ve yargı sorunlarının çözümü için zaman zaman ortaya atılan 'hukuk/yargı reformu' kavramının gerçek içerikten yoksun, temel sorunlara çözüm bulmaktan uzak ve daha çok ayrıntılarla dolu olduğunu belirtmek gerekir. Hukuk ya da yargı reformu kavramı adı altında, sadece bazı kanun maddeleri değiştirilmekte ya da hukuk mesleği mensuplarının özlük haklarıyla ilgili bazı düzenlemeler yapılmaktadır. Hatta 'yargı reformu' adı altında bazı dönemlerde siyasal iktidarların, sırf yargı erki üzerindeki kontrollerini artırma amacı taşıyan anayasa ve yasa değişiklikleri yaptıklarına tanık olmaktayız.

Bir hukuk ve yargı sisteminin temel unsurlarının; doğru oluşturulmuş hukuk kuralları, iyi yetişmiş hukukçular, hukukun iyi uygulanması ve hukuk-toplum ilişkisi bağlamında erdemli toplum olduğu söylenebilir. Bir toplumda adaletin gerçekleşmesi, hukuk mesleğinin kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi; bu temel unsurların ideal konumda olmasına bağlıdır. Kısaca, ideal bir hukuk sistemi için; iyi hukuk, iyi hukukçu, iyi uygulama ve iyi toplum gerekir. Bu temel bölümlerin birbirleriyle sıkı bir ilişki içinde bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu unsurlardan herhangi birinde ortaya çıkacak sorunlar, yargı düzeninin tamamında sorunlara neden olmaktadır. Örneğin, bir hukuk sisteminde diğer unsurlar iyi olsa bile, eğer suç ve hak ihlali davranışları makul bir düzeyin üstündeyse, yani bu hukuk sistemi erdemli bir toplumdan yoksun ise, böyle bir toplumda hukuki uyuşmazlıklar çok olacağından yargı sistemi tıkanacak ve adaletin gerçekleşmesi gecikecektir.

Erdemli toplumun olmadığı bir hukuk sisteminde, yargının bütün yükü hukukçuların omuzlarına yüklenir. Bir toplum erdemli bireylerden oluşmuyorsa, suçlar ve hak ihlalleri çoğalır ve sürekli artan uyuşmazlıkların çözümü sadece hukuk kurallarına ve yargıya kalır. Çünkü o toplumda suç ve hak ihlali davranışlarını önleyecek ahlak, örf-adet ve din gibi sosyal düzen kurallarının etkinliği zayıflamıştır. Ayrıca erdemli olmayan toplumunda, iyi hukukçuyu bulmak da zordur. Suç ve hak ihlali davranışlarının genel olarak yaygın olduğu bir toplumda iyi hukukçular bulunsa bile, böyle bir toplumda yargı organlarına intikal eden uyuşmazlık ve dosya sayısı çok olacağından hukuk sistemi, bu ağır iş yükünün altından kalkamaz, hatta felç olur. Hukukun uygulanacağı ve hukukçuların da içinden çıkacağı erdemli toplumun inşa edilmesi, toplumsal hayatın bütün alanlarını olduğu kadar hukuk ve yargı alanını da olumlu yönde etkileyen vazgeçilmez bir zorunluluktur.

Hukuk düzeniyle toplum arasında böylesine kuvvetli bir ilişki bulunduğu halde; ülkemizde hukuk ve yargı sorunlarından söz edildiğinde, çoğunlukla bu ilişki göz ardı edilerek konuya yaklaşıldığını belirtmek zorundayız. İyi bir hukuk ve yargı düzeni için, 4-i formülü ile tanımladığımız iyi hukuk, iyi hukukçu, iyi hukuk uygulaması ve iyi/erdemli toplum unsurları birlikte bulunmalıdır. Bu unsurların bir toplumda ideal konumda olması gerekir. Bunlardan herhangi birinde sorun olması halinde, hukuk sisteminde ve toplumsal hayatın tamamında sorunların ortaya çakması kaçınılmazdır. Bugün Türkiye'nin hukuk ve yargı sistemi, böyle bir sorunla karşı karşıya bulunmaktadır.

Elinizdeki bu kitabın ana çatısını, birbirleriyle çok sıkı ilişki içinde olan iyi hukuk, iyi hukukçu, iyi uygulama ve iyi toplum oluşturmaktadır. Buna göre 'Hukuk ve Etik - Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu' adını verdiğimiz bu kitap, 5 ana bölüm halinde ve 4-İ formülü çerçevesinde planlanmıştır. Bu ana bölümler; sırasıyla 'hukuk ve ahlakın tanımı ve niteliği', 'hukukun oluşturulması ve ahlak', 'hukukçunun eğitimi ve ahlak', 'hukukun uygulanması ve ahlak' ve hukuk-toplum ilişkisi bağlamında 'hukuk düzeni ve erdemli toplumdur'. Hukukun tanımı ve niteliği, hukukun oluşturul-ması, hukukçunun eğitimi, hukukun uygulanması ve erdemli toplum konularına ilişkin etik ilkeler, ilgili bölümlerde teorik ve pratik yönleriyle, felsefi ve uygulamaya yönelik boyutlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Kitabın teknik boyutuyla ilgili yararlı görüşlerini bildiren Av. Tevfik Karabulut'a, dil bilgisi ve gramer yönünden katkıda bulunan edebiyat öğretmeni Musa İşleyen'e şükranlarımı sunuyorum. Kitabın, hukuk camiasına ve fikir hayatımıza yararlı olması dileğiyle…

Necati KIRIŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK VE AHLAKIN TANIMI VE NİTELİĞİ

I. HUKUKUN TANIMI VE NİTELİĞİ

Kitabın bu birinci bölümünde; hukukun ve etik/ahlakın tanımı, niteliği ve hukuk-ahlak ilişkisi konularını inceleyeceğiz. Çünkü hukuk, etik/ahlak ve hukuk-etik/ahlak ilişkisi kavramları, hukuk ve yargı sorunlarının çözümünü sağlayacak anahtar niteliği taşımaktadır. Öyle ki; hukuk, etik/ahlak kavramları doğru tanımlandığında ve hukuk-etik ilişkisi iyi kavrandığında hukuk sistemini ve onun sorunlarını da doğru anlama imkânına sahip olabiliriz.

A) HUKUKUN TANIMI

1) HUKUKUN TANIMINDAKİ ZORLUK

Bugün bütün hukukçuların, belirli bir **hukuk** tanımında anlaşabildikleri söylenemez. **E. Kant**'ın, "Hukukçular, kendi **hukuk** kavramına hala bir tanım aramaktadır" sözü bu durumu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

İnsanlık tarihi kadar eski olan bir kavramın belirli bir tanımında bütün hukukçuların anlaşamamalarının nedeni, herhalde hukuk kavramının birbirinden çok farklı anlamlar içermesindendir. Tıpkı insanların, hayatlarını sürdürebilmek için ihtiyacı olan ve birbirinden farklı nitelik ve özellikte gıda maddelerini içeren yemeğin; sadece bir vitamin veya proteinle, ya da sadece bir mineralle tanımlanamadığı gibi…

Bir kavramın doğru tanımlanması, onun nitelik ve özelliklerinin iyi anlaşılması ve diğer kavramlardan çok net biçimde ayıt edilebilmesi bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu tanımlama, **hukuk** gibi çok boyutlu bir kavram için söz konusu olduğunda, işin önemi ve zorluğu kendini açıkça göstermektedir.

2) HUKUKU TANIMLAMA ZORUNLULUĞU

Hukukun tanımındaki zorlukları kısaca dile getirdik. Ancak bu zorluk, hukukun tanımlan-masından kaçınmayı gerektirmez. Dolayısıyla bütün zorluklarına rağmen hukukun tanımlanması bir zorunluluktur. Hukuk, insan ve toplum hayatında önemli bir kavramdır. İnsan hayatının doğumdan ölüme kadar bütün alanları hukukla ilişkilidir. Hukuk kavramını tanımlamadan önce kavram sözcüğünün ne anlama geldiğini ve önemini belirtmekte yarar vardır. Çünkü maddi ve manevi nesnelere ancak 'kavramlar' ile anlam verebiliriz. O halde hukuk kavramına vereceğimiz anlam, hukukla ilgili olan her şeyi derinden etkileyecektir.

Prof. Ozankaya, toplumbilimler sözlüğünde kavramı şöyle tanımlıyor:

"Kavram, sözcüklere gerçek anlamlarını vermek ve bunlar aracılığıyla düşünmek, olayların ve süreçlerin özünü kavrayıp temel yanlarına ve özelliklerine ilişkin genellemeler elde etmek olanağını sağlayan, nesnel çevrenin insan düşüncesindeki yansıma biçimidir."[1]

Prof. Akarsu, kavram hakkında şu görüşü dile getiriyor:

"Kavram, düşüncenin bir başlangıç noktası olmayıp, düşüncenin kendisini topladığı, yoğunlaştırdığı bir noktadır; düşüncenin bir bütüne, bir bileşime, bir birliğe dönüşmüş biçimidir."[2]

Prof. Ural da bu konuda; 'Kavramlaştırabildiğimiz takdirde bir şey düşüncede var olabilir; yani kavram yoksa bir görüşten, fikirden veya düşünceden de söz edilemez. Dolayısıyla kavramına sahip olmadıkça, bireyin bu kavramın işaret edebileceği somut bir varlığı kavraması, onun hakkında düşünce üretmesi, hatta onun varlığından söz etmesi mümkün olmayacaktır.' demektedir. O'na göre kavram, dil içinde anlam taşıyan en küçük birimdir. Kavramlar; bütün nesneleri ve olayları, yani olguları ifade etmeye yararlar.[3]

Kavram, düşüncenin kendisini topladığı, yoğunlaştığı bir noktadır; düşüncenin bir bütüne, bir birliğe dönüşmüş biçimidir. Kavram, dünyadaki varlıkların, olayların, davranışların ve düşüncelerin dildeki ifadesidir.[4]

Eğer dilin temel öğeleri olan kavramlar olmasaydı, düşündüklerimizi dille ifade edemezdik. Bir konudan söz ederken herkes farklı bir şey söylemiş olsaydı, bundan bir şey anlaşılamaz ve bir sonuca varılamazdı. Bu nedenle her kavram gibi hukuk için de ayırt edici bir tanım yapmak gerekir. Hukuk kavramının doğru tanımı ve hukukun niteliğinin doğru belirlenmesi, hukuk ve yargı düzeninin, dolayısıyla hukuk mesleğinin doğru anlaşılmasının da temelidir.

Tanımlama; bir kavramı, bir durumu bütün nitelik ve özellikleriyle belirleme; işlevini gösterme ya da onu benzerlerinden ayıran ayırt edici yönlerini açıklamaya denir.

Tanımlama, bir nesne ya da varlığın nitelik ve özelliklerini eksiksiz olarak belirtmedir. Tanımlamada öncelikle varlığın veya nesnenin özellikleri ile onu benzerlerinden ayıran yönleri belirtilmelidir. Diğer bir ifadeyle tanımlaması yapılan varlığı diğerlerinden ayırt etmek, onun sınırlarını belirlemek gerekir.

---

[1] Prof.Dr. Özer Ozankaya, Toplumbilim Terimleri Sözlüğü
[2] Prof.Dr. Bedia Akarsu, Felsefe Terimleri Sözlüğü
[3] Prof.Dr. Şafak Ural, Klasik Mantık-I
[4] TDK Büyük Türkçe Sözlük

Tanımlama, bir şeyin nitelik ve özelliklerini belirleme, onu diğerlerinden ayırt etme ve hatta o şeyin ileri derecede bir anlatımıdır. Tanım, aynı zamanda belirli bir bilim alanı içinde temel alacağımız bir kavramı belirlemekte başlangıç noktasıdır. Bir işin başlangıç noktası doğru ve sağlam olursa, onun sonucu da doğru ve sağlam olur. Tıpkı gömleğimizin birinci düğmesini doğru iliklediğimizde diğerlerinin de doğru iliklenmesi; birinci düğmesini yanlış iliklediğimizde diğerlerinin de buna bağlı olarak yanlış iliklenmesi gibi. Hukuk kavramı, bütün hukuk sistemi için bir başlangıç noktası ya da temel niteliğindedir. Hukuk kavramı doğru tanımlandığında, bu tanıma bağlı olarak sistemin tamamında doğru sonuçlara varılabilir. Aksi halde yanlış temel üzerine bina inşa edilemeyeceği gibi hukuk da kurulamaz.

Hukuk kavramı, Arapça kökenli hak kelimesinin çoğulu olup haklar anlamına gelmektir. Ancak haklar sözcüğü her zaman hukuk anlamına gelmez. Bu yüzden örneğin haklar felsefesi değil, hukuk felsefesi ya da haklar fakültesi değil, hukuk fakültesi kavramlarını kullanırız. Hukuk kavramının temel unsuru olan **hak** ise; bir şeye sahip olma, onu kullanma veya bir şeyi yapma ya da yapmama yetkisi anlamına gelir. Bir başka tanıma göre hak, hukuk düzeni tarafından kişilere tanınmış olan yetkilerdir. Başka bir deyişle hak, hukuk düzeninin, bireylere onların menfaatlerini korumak amacıyla tanıdığı hukuksal güçtür.

Hak, davranış ve varlığın meşruiyet kaynağıdır. Hak; bireylerin, diğer insanların yaşama biçimine müdahale etmeden kendi hayatına yön verme özgürlüğüdür Başka bir tanıma göre **hak**, hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir. Bazı durumlarda **haklar**, aynı zamanda yükümlülükler anlamına gelir. Örneğin, askerlik çağına gelen her kişinin askerliğini yapması hem bir hak, hem de aynı zamanda bir yükümlülüktür. Yine seçimlerde oy kullanmak, hem bir hak hem de yükümlülüktür. Hak ve yükümlülüklerin belli bir sistem içinde insanlara sunulması, bir hukuk düzenini ortaya koymaktadır ki, buna bazen hukuk, bazen de hukuk sistemi denilir.[5]

Hukuk düzeninin belirli bir kişi için tanıdığı **hak**, başka bir kişi için hukuki yükümlülük, **borç** veya **ödev** doğurabilir. Örneğin hukuk kuralının, alacaklıya alacağını isteme yetkisi vermesi **hak** olurken, borçlu için bu durum bir yükümlülük olmaktadır. Hukuk, 'toplum halinde yaşayan insanların birbirleriyle ve devletle arasındaki ilişkileri düzenleyen ve devletin yaptırım gücüne dayalı kurallar bütünü' şeklinde tanımlandığında bu tanım, belli bir ülkede, belli bir dönemde yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütününü, yani pozitif veya müspet/yürürlükteki hukuku ya da **olan hukuku** ifade eder. Hukuk bazen, 'Türk Hukuku', 'Roma-Germen Hukuku', 'Anglosakson Hukuku' şeklinde bir milletin hukuk sistemini ifade eder. Ya da 'Ortaçağ Hukuku', 'Modern Hukuk' şeklinde bir çağın hukukunu anlatır.[6]

Hukukun farklı tanımlarının olması olumsuz bir durum olarak görülmekle birlikte, aslında bu farklı tanımlar olumlu bir işlev de görebilir. Farklı tanımlardan her biri, değişik amaçlara ulaşma ve bilimsel araştırmanın konusunu oluşturan

[5] Ord. Prof. A. Esat Arsebuk, A. Ü. Hukuk Fakültesi 1943-1944 Yılı Açılış Dersi Konuşması

[6] Ord. Prof. A. Esat Arsebuk, A. Ü. Hukuk Fakültesi 1943-1944 Yılı Açılış Dersi Konuşması.

şeylere farklı açılardan bakabilme yönünde yararlı olabilirler. Her tanım aynı zamanda konuyu ele alışımızdaki hareket noktamızı ve sınırlarımızı gösterecektir.[7]

Hukukun farklı tanımlarının olumlu ve yararlı yönleri olmakla birlikte, hukukun bütün işlevlerini içine alan ortak bir tanımının yapılmasının da zorunluluk olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü hukukun tanımı, hukuk anlayışlarının anahtarı gibidir. Yaptığınız tanım, ona uygun bir hukuk anlayışının kapısını açar. Doğru hukuk anlayışına ulaşmak için hukukun doğru tanımlanması gerekir.

Tarihi süreç içinde hukukun ne olduğuna cevap aranmıştır. Doğu Roma İmparatoru I. Justinianos tarafından hazırlattırılan ve MS. 533 yılında yürürlüğe giren Corpus Juris Civilis'de yer alan Ulpianus'un ünlü tanımına göre, "hukuk bilimi, Tanrısal ve beşeri olanın bilgisi, haklı ve haksızın bilimidir." Birçok çalışmada temel alınan bu tanım bizim hukukumuzda da etkili olmuştur.[8]

Ünlü düşünür Kant, hukuku özgürlük açısından şöyle tanımlar: "Hukuk, evrensel bir hürriyet kuralı gereğince, herkesin keyfiliğinin, başkalarının keyfiliği ile bir arada mevcut olabilmesini mümkün kılan şartların toplamından ibarettir." Hukukun tanımlanması konusunda bütün teorik/fikri çalışmaları genel olarak iki temel başlık altında toplama imkânı bulunabilir. Bunlardan birincisi, hukukun kesinliği, toplumsal barış ve düzen kavramları üzerinde yoğunlaşırken, ikinci grup ise; hukukun amacını bazı toplumsal menfaatlerin ya da değerlerin gerçekleştirilmesi olarak görmektedir.

Biçimsel hukuk yaklaşımı; hukuku, olması gereken hukuk ile olan hukuk arasındaki boşluğun araştırılması bağlamında ve daraltıcı bir tanımla ele almaktadır. Amaçsal hukuk yaklaşımı ise, hukuku salt olması gereken anlamında ele alıp, pratik anlamda hukukun gördüğü işlevleri ihmal edebilmektedir. Sonuçta her iki yaklaşım da dar bir hukuk anlayışını ifade ettiklerinden yetersiz kalmaktadırlar.[9] İdeal bir hukuk sisteminden beklenen, bütün sosyal durumlar karşısında hem net bir etkinliği, hem de işlevsel ve amaçsal olanın gerçekleştirilmesini sağlamasıdır.[10]

Hukukun niteliğini açıklamaya yönelik olarak bugüne kadar ileri sürülen görüşler, hukuku genellikle tek yönlü açıklamaya çalışmışlardır. Hukukun niteliğini doğru kavramanın yolu, bu tek yönlü görüşlerin çıkmaz sokaklarına girmeden hukuku bütün yönleriyle ele almaktır. Böyle bütüncül bir yaklaşım sayesinde tek yanlı görüşlerin sakıncaları ortadan kalkabilir ve tarihi süreç içinde ortaya çıkan bu yaklaşımların her birinin, hukuk kavramına içerik kazandırması mümkün hale gelebilir.

3) HUKUKUN İŞLEVİNE GÖRE TANIMI

Hukukun, insanların birbirinin haklarına saygılı olmasını sağlayan bir düzen olduğundan toplumsal hayat için hukuka ihtiyaç vardır. Çünkü herkesin istediğini yaptığı yerde, aslında hiç kimsenin bir şey yapamayacağını hemen herkes kabul

---

[7] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuku Tanımlama Zorunluluğu.
[8] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuku Tanımlama Zorunluluğu.
[9] Feeley, s 571; aktaran: Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuku Tanımlama Zorunluluğu.
[10] Bodenheimer, s 168; aktaran: Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuku Tanımlama Zorunluluğu.

eder. Ancak toplumsal hayatta hukuka olan ihtiyacın kabul edilmesi, hukuku tanımlamaya yeterli değildir. Hukukun tanımını yapmak aynı zamanda onun ne olduğunu ortaya koymak anlamına gelecektir.

Hukukun en uygun tanımı, onun yerine getirdiği bütün işlevleri kapsayacak genişlikte ve onu diğer sosyal normlardan ayırt edilebilmesini sağlayacak şekilde olmalıdır. Bu tanım da şöyle olabilir: "Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal hayat düzenidir". Bu tanım, hukukun üç temel işlevini içine almaktadır. Bunlar hukukun etik, sosyal olgu ve normatif yanıdır. Bu nedenle yukarıdaki tanım, hukukun bütün işlevlerini kapsayan bir tanımdır. Bu tanımda, toplumsal hayatta insan ihtiyaçlarının bir düzen içinde ama ancak adaleti gerçekleştirerek karşılanması öngörülmektedir. Hukukun bu temel üç işlevinden sadece birisinin ön plana çıkarıldığı tanımlar, tek boyutlu tanımlardır.[11]

Hukukun, 'adalete yönelmiş toplumsal hayat düzeni' şeklindeki tanımında hukukun üç temel işlevi de yer almaktadır. Bunlar;

a) Etik boyutu, adaletin gerçekleşmesidir.

b) Sosyal olgu boyutu; pratik yararın gerçekleşmesi; insan ihtiyaçlarının karşılanmasıdır.

c) Norm boyutu, hukukun düzen işlevinin gerçekleşmesidir. Bu üç işlev arasında, dengeli ve bir sanatçı hassasiyetiyle ilişki kurulmalıdır.[12] Hukukun işlevleri içinde herhangi birisinin abartılı bir biçimde öne çıkarılması, diğer işlevlerin gerçekleşmesine engel olmaktadır. Hukukun tanımlanması, hukukla ilgili belirli anlayışlara açılacak kapıların anahtarı niteliğindedir. Hukukun tanımında üç unsurdan sadece birinin dikkate alınıp diğer unsurların göz ardı edilmesi, bizi doğru bir hukuk anlayışına götürmez. Burada hukukun tanımı yapılırken, onun üç işlevi arasında dengeli bir ilişki kurulması, onun sanatsal yanını ortaya koymaktadır. Hukukun bu sanatsal yanı, onun tanımından başlayarak hukukun oluşturulması ve uygulanması aşamalarında kendini gösterir. Bu sanatsal dengeyi kurmak, hukuk oluşturmaya yetkili her kanun koyucunun ve uygulayıcı olarak her hâkimin üstesinden gelebileceği bir iş değildir. Hukukun işlevleri açısından ele alınması**,** hukukun doğru uygulaması için olduğu kadar, onun net bir tanımının yapılabilmesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

4) HUKUKUN TEK BOYUTLU TANIMLARI

Hukuk, doğru ve bütüncül bir biçimde incelendiğinde; norm (kural), sosyal realite (sosyal olgu) ve etik değer (adalet, ahlak) gibi üç boyutu olduğu görülmektedir. Farklı hukuk ve felsefe ekolleri hukukun üç boyutundan her birini tek başına ele alarak, sadece o boyuta önem verip diğer iki boyutu dışlayarak aşırı felsefi yorumlar yapmışlardır. Şöyle ki;

4.1) Norm Boyutundan Hareket Eden Anlayış: Hukukun norm boyutunu öne çıkaranlar 'Hukuk, yetkili organ tarafından gerekli usullere uyularak konulmuş maddi yaptırımlı davranış kurallarıdır.' derler. Bu anlayışa göre, ortada herhangi bir

---

[11] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuku Tanımlama Zorunluluğu.

[12] Amselek, s. 31; aktaran: Prof.Dr. Yasemin IŞIKTAÇ, Hukuku Tanımlama Zorunluluğu.

şekilde ya da her nasılsa oluşturulmuş kanun, kural olarak ne varsa o hukuktur. Onlara göre sosyal realite ve etik değerler önemli değildir. Şu ya da bu şekilde devlet yönetimini ele geçirmiş olan otoritenin oluşturduğu kurallar hukuktur. Bu yaklaşımda, mevcut kanun ya da hukuk kurallarının adaleti gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakılmaz.[13]

4.2) Sosyal Realite Boyutundan Hareket Eden Anlayış: Hukukun sadece sosyal boyutunu ön plana çıkaran sosyolojistlere göre 'Hukuk, sosyal hayatta gömülü ve karışık düzenin açığa çıkmasından oluşan kurallardır.' Yani hukuk mevcut sosyal, ekonomik ilişkilerin kurallaşmış halidir. Onlara göre, etik değer/ahlak ve norm/ilke unsurları önemli değildir.[14]

4.3) Etik Değerden Hareket Eden Anlayış: Hukukun sadece etik boyutunu öne çıkaran doğal hukukçulara göre; 'Hukuk, etik değerlerin sosyal ortamda gerçekleşmesini sağlayan davranış kurallarıdır.' Yani hukuk, ahlak ve adaletten ibarettir, sosyal realite ve normun bir önemi yoktur.[15]

Görüldüğü gibi hukukun tanımında tek yanlı, tek boyutlu yaklaşımlar hukuku tam olarak açıklamaktan uzak bulunmaktadır. Belirtilmelidir ki hukuk üç boyutlu bir yapıdır ve bunlardan norm ya da sosyal realite boyutundan birinin eksikliği halinde hukuk aksak bir duruma gelir. Etik boyutun yokluğu halinde ise hukuk, hukuk olma özelliğini tümüyle kaybeder.

Hukuku tek boyutlu tanımlayan anlayışların yanılgısı açıkça ortadadır. Biçimsel hukuk yaklaşımında, hukukun düzen işlevi ve bu işleve bağlı olarak, düzen kurucu organ niteliğinde ele alınan devlet ve onun yaptırım gücü üzerinde durulduğunu, hukukun diğer iki işlevinin göz ardı edildiğini görmekteyiz. Hukuku sadece amaç yönünden ele alan teoriler ise, hukukun diğer boyutlarını göz ardı ederek sadece yöneldiği amaç açısından tanımlamaktadırlar. Bu tür tek yanlı yaklaşımlar, hukuku tam olarak tanımlayamadığı için eleştirilmişlerdir. Hukukun üç temel işlevinden belki adalet unsurunun daha önemli olduğu söylenebilir. Hatta adil olmayan yasal düzenlemeler hukuk olarak nitelendirilemez.[16]

5) HUKUKUN TANIMINDA GURVİTCH'İN ÇOĞULCU HUKUK ANLAYIŞI

Hukuk; **Gurvitch**'in, hukuk dünyasında en fazla taraftar toplayan **çoğulcu hukuk** anlayışına göre şöyle tanımlanmaktadır: "Hukuk, sosyal hayatı ahlaki değerlere göre düzenlemeyi hedefleyen maddi yaptırıma bağlanmış davranış kuralları arasındaki ilişkiler bütünüdür."[17]

Bu tanım, sosyal realiteyi, etik değeri ve norm boyutunu yani hukukun üç unsurunu da içine alan üç boyutlu bir tanım olup yukarıdaki ifrata/aşırılığa varan

[13] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuksal Pozitivizm.
[14] Prof. Dr. Tarık Özbilgen, Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri.
[15] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuksal Pozitivizm.
[16] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuku Tanımlama Zorunluluğu.
[17] Gurvitch, Hukuk Sosyolojisi; aktaran: Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi Dersleri.

yetersiz görüşlere karşılık çok daha kapsayıcı ve gerçekçidir. Bilindiği gibi çoğulcu hukuk anlayışı, hukuki pozitivizmde olduğu gibi hukuku devletin tekelinde sayan, hukukun kaynağını sadece kanunla sınırlandıran yaklaşımlara karşı duran bir eğilimi ifade etmektedir. Gurvitch'e göre pozitif hukuk bilimi, sadece belirli bir topluluğun, belirli bir zamandaki hukuksal tecrübesini yansıtan normlar sistemini gösterir ve bu yönüyle bütün toplumları kapsayıcı değildir. Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, hukukun tanımında daha fazla genişletilecek yönleri olmakla birlikte Gurvitch'in çoğulcu hukuk anlayışının, geniş ve elverişli bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir.[18] Prof.Dr. Niyazi Öktem de, Gurvitch'in, sosyal olgu boyutundan hareket ederek hukukun tanımında bütün ekolleri birleştirici bir tutum izlediğini, hukuku tek boyutlu olarak açıklayan görüşlerin, taassupla, körü körüne bağlılıkla ve aşırı ölçüde inatla savunularak ortaya konulduğunu ve hukukun aslında çok boyutlu olduğunu vurgulamaktadır.[19]

Hukuk kavramı, sadece yürürlükte bulunan hukuk kurallarını yani olan hukuku değil, aynı zamanda ve genellikle **olması gereken hukuk**u ifade için kullanılır.[20] Ancak bugün hukukun tanımı yapılırken, daha çok pozitif/yürürlükte olan hukuk tanımlanmaktadır. Örneğin 'Hukuk, insanların birbirleriyle ve devletle ilişkilerini düzenleyen ve devletin yaptırım gücüne dayalı kurallar bütünüdür' şeklinde yapılan tanım, pozitif/yürürlükteki hukukun tanımıdır. Bu tanım, hukuku çok dar bir açıdan ele alan bir anlayışın ürünüdür. Hâlbuki yürürlükteki **olan hukuk**tan ayrı bir de **olması gereken hukuk** vardır. Hukuk, onu oluşturan bütün unsurlarını içine alacak biçimde tanımlanmalıdır.

Hukuk, zorunlu olarak yasalar biçiminde somutlaşmış bir şekle, yani pozitif hukuk ya da '**olan hukuk**' kimliğine girse de, bu onun sadece pozitif hukuktan ibaret olduğunu göstermez. Gerçekte hukuk, ideal anlamda bir **olması gerekendir**.[21] Bu nedenle hukukun tanımı yapılırken sadece **olan hukuk**tan hareket edilirse, hukukun gerçek anlamda tanımı yapılmış olmaz. Doğru tanımlanmayan hukuk, bizi hukukla ilgili doğru anlayışlara götürmez.

Hukuk, sadece bilme işi değildir. Hukuk bilimi, sadece bilme işlemi ile yetinemez. O, aynı zamanda doğru ve yanlış hukuki davranış ve kararların ilke ve ölçüleriyle ilgili bir bilimdir. Böyle olunca hukukun yalnızca ne olduğu değil, aynı zamanda ne olması gerektiği sorusu da cevaplandırılmalıdır. Çünkü hukuk, sırf var olduğu ve bilindiği için değil, bir toplumda adalet ve hakkaniyetle düşünen tüm bireylerin vicdanlarına uygun bulunduğu için ya da bulunduğu zaman hukuktur. Hukukun **adalet** ve **etik ilkelere** sırt çevirmesi, onu sadece bir teknik ve politika düzeyine düşürür. Oysa teknik, ekonomi ve politika kendiliğinden bağımsız bir değere sahip değildirler. Başka bir deyişle teknik, ekonomi ve politika, onların arka planında var olan temel anlayış ve etik değerlere göre şekil alır. Teknik, ekonomi ve politika; insanlığın **bilim**, **adalet** ve **etiksel** yönden gelişmesine katkıda bulunduğu

[18] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi Dersleri.
[19] Prof.Dr. Niyazi Öktem, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri.
[20] Ord. Prof. A. Esat Arsebuk, A. Ü. Hukuk Fakültesi 1943-1944 Yılı Açılış Dersi Konuşması.
[21] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk Felsefesi.

ölçüde asıl değerini kazanır. Bu üç araç, adalet ve etik ilkelerden uzak kaldığında, sadece güç sahibi bireylerin, gurupların ya da ülkelerin **kaba iktidar** arzularını gidermeye yarar ki, bu da kültür ve uygarlığın **hayvanlaşması** sonucunu doğurur.[22]

Bugün hukukçu olanlar arasında bile hukukun tanımı yapılırken, daha çok yürürlükteki pozitif hukuk tanımlanmaktadır. Hatta bazıları hukuku, sadece 'mahkemelerin uygulamak zorunda olduğu kurallar' olarak görmektedirler.

Hukukçu olmayan kimselerin de hukuka, çok daha dar bir anlam verdiklerini görüyoruz. Bunlara göre hukuk; suç ve ceza, jandarma ve polis karakolları; mahkeme, mahkûmiyet, cezaevi veya alacak, borç, icra işlemleri, haciz; ya da hırsızlık, kavga ve boşanma davalarından ibarettir. Bu kimselerin hukuk diye bildikleri şey, genellikle bu tür olumsuz adli olaylardır. Hâlbuki bu olaylar; yani suç, ceza, cezaevi, hırsızlık, kavga gibi olgu ve olaylar hukukun bizzat kendisi değil, hukukun ihlâlinin sonuçlarıdır. Tıpkı yalan söylemenin, büyüklere karşı saygısızlığın ahlâkın kendisi olmayıp, ahlâkın ihlâli olduğu gibi… Aslında hukuk, bu tür olumsuz olayları önlemek veya ortadan kaldırmak için kabul edilen kurallardır. Nasıl ki hastalık ve ölüm, tıp biliminin amacı değilse, suç ve ceza da hukukun amacı olamaz.

Bilindiği gibi tıp bilimi, koruyucu hekimlik alanında insanlara, sağlıklı bir vücuda sahip olabilmek için neler yapılması gerektiğini, sağlığının hangi nedenlerle bozulabileceğini ve bozulduğu zaman da ne gibi tedbirler alınması gerektiğini öğretir. Hukuk da bir toplumun, barış, güvenlik ve düzen içinde hayatını sürdürebilmesi için hangi kurallara uyulması gerektiğini, bu kuralları ihlal edenlere karşı ne gibi yaptırımlar uygulanması gerektiğini anlatır. Tıp bilimi, hastanelerin varlığını gerekli görüyorsa da, aslında ideal bir hedef olarak hastaneye ihtiyaç duyulmamasını ister. Bunun gibi hukuk da, mahkeme ve cezaevlerinin varlığını gerekli görmekle birlikte aslında bunlara gerek kalmayacak bir ideal toplumsal hayatı arzu eder.

Sonuç olarak **hukuk,** bir **olması gerekendir.** Hukuk sadece bir kavram değil, aynı zamanda bir üst dildir. Hukuk, haklar anlamına gelir, haklardan söz eder. Ancak bunun yanında normatif/ilkesel güç ve değer taşıyan yapı olarak bir **olması gerekendir**. Hukuk dünyasında farklı şekillerde tanımlanmasına karşılık, hem olan hukuku hem de olması gereken hukuku içine alacak biçimde hukukun en kapsayıcı tanımı şöyle yapılabilir. "**Hukuk, adaleti sağlamaya yönelmiş, makul toplumsal kurallar bütünüdür."** [23]

B. HUKUKUN NİTELİĞİ

1) HUKUKUN NİTELİĞİ KAVRAMI

Nitelik, sözlükte; "Bir şeyin nasıl olduğunu belirten, onu başka şeylerden ayıran özellik, vasıf, keyfiyet; bir şeyin iyi veya kötü olma özelliği, kalite" beklinde tanımlanmıştır.[24]

---

[22] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[23] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[24] TDK. Büyük Türkçe Sözlük.

Hukukun niteliği kavramıyla, hukukun nasıl bir şey olduğu; hukuku hukuk yapan ve onu başka şeylerden ayıran özelliklerin; hukukun yapısının, vasıf ve mahiyetinin neler olduğu ifade edilmek istenmektedir. Hukukun niteliği; hukukun amacı ve işlevlerinin ne olduğu, hukukun hangi real ve ideal etmenlere dayandığı, hangi temel unsurlardan meydana geldiği, meşruiyet ve kabul edilebilirliğini nereden aldığı, hukukun; örf-adet, din ve ahlak gibi diğer toplumsal kurallarla ilişkisi; benzer ve farklı yönlerinin neler olduğunun açıklanmasıyla daha iyi anlaşılabilir.

Hukukun niteliğinin iyi anlaşılması; hukuk normlarının gerek oluşturulması ve gerekse uygulanması aşamasında, hukukçulara ışık tutacak önemli bir konudur. Bir bina için temel ne ise yargı düzeni ve hukuk mesleği için de hukukun niteliği konusu odur. Bu nedenle hukukun niteliğine ilişkin temel noktaların belirtilmesinde yarar vardır. Hukukun ne olduğu ve hukukun niteliğinin belirlenmesi konusu, hukuk felsefesinin ilk ve temel sorunudur. Hukukçu düşünürlere göre, hukuk felsefesi başlıca üç sorunla uğraşmalıdır. Bunlar; hukukun ne olduğu (niteliği), hukukun, bağlayıcılığını (meşruiyetini) nereden aldığı, kanun koyucuya hangi ilkelerin yol göstereceği konularıdır.

2) HUKUKUN AMAÇ VE İŞLEVLERİ

Toplumsal hayatta kargaşanın, karışıklığın ve kaosun bulunması, orada bir hukuk düzeninin olmadığını gösterir. Ancak bu hukuk düzeninin nasıl bir düzen olduğu, hangi değerlere dayandığı hayati önem taşır. Çünkü bir toplumda düzen herhangi bir biçimde de kurulabilir. Herhangi bir biçimde kurulmuş bir toplumsal düzene hukuk düzeni denilmesi mümkün değildir. Hukuk düzeninin belirli ölçütleri, olmazsa olmaz nitelikleri bulunmalıdır.

Hukuk düzeninin üç ayrı görünümü olarak **düzen**, **barış** ve **adalet**, hukuk binasını ayakta tutan bir **saç ayağıdır**. Bu üçlü saç ayağı birlikte olmadığı takdirde hukuk düzeninden söz etmek mümkün değildir.[25]

O halde hukukun işlevlerinden sadece düzenin var olması, o toplumda doğru hukukun varlığı için yeterli değildir. Bir toplumda yönetimi elinde bulunduranların, belirli bir dönemde, adalet, eşitlik, insan hak ve hürriyetlerine yer vermeksizin, halk üzerinde baskı kurarak, korku yaratarak ya da başka bir yolla adaletten uzak bir düzen kurmaları da mümkündür. Tarihte ve günümüzde bu tür toplumlar var olmuştur. Ancak böyle bir düzenin hukuk düzeniyle ilgisi olduğu söylenemez. Demek ki, hukukun amaçladığı düzen, herhangi bir şekilde kurulan düzen değil, bir etik ilke olan adalete dayanan bir düzendir.

Doğru hukukun oluşması için, düzen, toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve adalet dediğimiz üç işlevin birlikte bulunması gerekir. Ancak bu işlevler hukukun oluşumunda her zaman aynı ölçüde etkili olmamaktadır. Bu işlevler arasında ince ve hassas ilişkiler bulunmaktadır. Hukukun toplumsal ihtiyaçları karşılama işlevi, hukukun oluşumunda adalet ve düzen işleviyle birlikte etkilidir. Bu işlevlerin her birinin özelliklerine bakıldığında, bunların birbirleriyle tam bir uyum içinde değil,

[25] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Bir Adalet Sorunu Olarak Hukukun Yorumlanması.

bir gerilim ilişkisi içinde olduğu görülür. İşte hukukun, gerek teorik planda norm ve ilkelerle meydana getirilmesinde, gerekse somut uygulamalarında yapılması gereken iş, bu işlevler arasında bir **uyum** ve **denge** sağlamaktır. İnce bir sanat diyebileceğimiz bu **denge işinin** sağlanmasında ortaya bir 'doğru hukuk' sorunu çıkmaktadır. Bu **uyum** ve **dengeyi** en iyi sağlayan bir hukuk ancak doğru bir hukuk olabilir. Hukuku hukuk yapan onun adaletli olmasıdır.[26]

Hukukun tanımında öne çıkan norm/düzen, toplumun ihtiyaçlarını karşılama ve adalet unsurları arasında uyum ve dengenin ne anlama geldiği de önemlidir. Aslında değerler felsefesi açısından bu üç unsuru değerlendirdiğimizde norm/düzen ve toplum ihtiyaçlarını karşılama unsurları araç/yarar değer, adalet ise amaç/yüksek değerdir. Hukukun oluşturulması ve uygulanmasında bu unsurlar arasındaki uyum ve dengenin sağlanmasına araç/yarar ve amaç/yüksek değer ilişkisi açısından da bakılmalıdır.

Eğer hukukun oluşturulması sürecinde, hukukun işlevlerinden sadece 'toplumun ihtiyaçlarının karşılanması' işlevi yönünde seçme yaparak 'topluma yararlı olanların düzenlenmesi hukuktur' diye kabul edilirse, bu seçmede **aşağı bir değer** olan **yarar değer** (araç değer) öne alınmış, **yüksek değer** olan **adalet** devre dışı bırakılmış olacaktır. Bu durumda hukukun işlevleri arasında bulunması gereken uyum ve dengenin varlığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla burada doğru ve adaletli hukuktan da söz edilemez. Doğru bir hukukun oluşturulmasında; düzen, toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve adalet işlevlerinden sadece birisi tek başına temel alınamaz. Ancak hukukun işlevleri arasında adaletin ön planda olduğu söylenebilir. Çünkü adalet ilkesi, etik/ahlaki bir değer olduğundan kesin bir buyruğu ifade etmekte ve hukuka bağlayıcılık kazandırmaktadır.[27] Bu nedenle ahlaki değer olan **adalet**, hukukun diğer işlevleri arasında bir önceliğe sahiptir. Doğan Özlem bu önceliği farklı bir biçimde şöyle dile getirir: "Etik/ahlak, hukuku önceler."[28] Bu kısa cümlenin bile, ahlak-hukuk ilişkisinde karşılaşılan sorunların çözümünde önemli bir katkı sağladığı söylenebilir. Ancak hukukun adalet işlevinin ön planda olması, diğer işlevlerin göz ardı edilmesi anlamına gelmez. Gerçekten insanların davranışlarına belli bir yön veren, onları bağlayıcı kılan, vicdanları ve onda yerleşmiş ahlaki değerleridir. Adalet de ahlaki bir değer olmakla insan davranışlarına hem yön vermekte hem de düzen getirmekte, böylece toplumu insanların oluşturduğu gerçek bir topluluk niteliğine sokmaktadır.

Hukuk, insan davranışlarını değerlendiren, onlar arasında meydana gelebilecek menfaat çatışmalarına çözüm getiren kurallardan meydana gelen bir düzendir. "Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal kurallar düzenidir."[29] Bu tanımdan hukukun, üç ayrı işlevi yerine getirdiğini görmekteyiz. Doğru/iyi hukukun, aralarında uyum ve denge bulunması gereken amaç ve işlevleri şöyle sıralanabilir:

1) Hukukun, adaleti gerçekleştirme amaç ve işlevi (adalet işlevi),

2) Hukukun, toplum hayatını normlarla düzenleme amaç ve işlevi (düzen işlevi),

---

[26] Prof.Dr. Vecdi Aral, H. Felsefesi.
[27] Prof.Dr. Vecdi Aral, H. Felsefesi.
[28] Prof.Dr. Doğan Özlem, Etik/Ahlak Felsefesi.
[29] Prof. Dr. Vecdi Aral, H. Felsefesi.

3) Hukukun, toplumun ihtiyaçlarını karşılama amaç ve işlevi (pratik yarar işlevi).

Hukukun niteliğinin iyi anlaşılmasında, hukukun amaç ve işlevlerini daha geniş olarak açıklamak-ta yarar bulunmaktadır.

2.1) HUKUKUN ADALETİ GERÇEKLEŞTİRME İŞLEVİ

a) Adaletin Tanımı

Hukukun temel amacı olan **adalet**; sözlükte, davranış ve hükümde doğru olmak, hakka göre hüküm vermek, eşit olmak, eşit kılmak gibi anlamlara gelir. Yine aynı kökten bir isim olan **adl**, orta yol, istikamet/dosdoğru yol, bir şeyin karşılığı demektir. Adalet; düzen, denge, denklik, eşitlik, gerçeğe uygun hükmetme, doğru yolu izleme, dürüstlük, tarafsızlık gibi anlamlarda da kullanılmıştır. Bir başka açıdan adalet; kendi nefsinin ya da başkalarının gelişigüzel istek ve telkinlerinden etkilenmeyen sürekli/kesintisiz bir doğruluk ve etik ilkelere uymakla gerçekleşen psikolojik/ruhi denge hali ve ahlaki olgunluktur.[30]

Romalı hukukçu **Ulpian** adaleti "herkese kendi payına düşeni/hakkını vermek konusunda sonsuz ve sürekli çaba harcanması" olarak tanımlamıştır. Hollandalı hukukçu Grotius'a göre adalet, "söze bağlılıktır" . Ünlü Alman filozofu Kant, adaleti; "şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese payına düşeni ver" ilkeleriyle tanımlar.[31]

Hukuki pozitivizm, adalet kavramının tanımının çok zor olduğu görüşündedir. Bu nedenle bazı pozitivist hukukçular adalet konusunun bütünüyle inceleme dışı bırakılmasını önermişler, bazı hukuki pozitivistler ise, adaletin tanımının zor olmasının, bu konunun bir yana bırakılmasını haklı gösteremeyeceğini belirtmişlerdir. Ancak onlar adaleti, "adaletsizliğin olmadığı somut durumlar toplamı" olarak tanımlamaya kalkışmışlardır.[32]

Mevlâna'ya göre adalet, her şeyi lâyık olduğu yere koymaktır; ayakkabı ayağındır, külâh başındır. Aristoteles; adaleti, devletin orta direği olarak görür. Çünkü siyasal topluluğun temeli **hak**tır ve hak neyin adaletli olduğuna karar vermenin ayracıdır.[33]

İslam düşüncesinde adalet özel bir öneme sahiptir. İslam toplumlarının ahlaki bir niteliği olarak ifade edilen '**vasat/orta toplum**' (Bakara: 143) kavramında geçen '**vasat'** kavramı bilim adamları tarafından '**adalet'** olarak yorumlanmıştır. İnsanın, Tanrı yanında en üstün değer ölçüsü olan 'takva' yani Tanrı'ya yakın olma (Hucurat:13) erdemine ulaşabilmesi için **adil** olması (Maide:8) ve adalete uygun söz söylemesi/karar vermesi (Enam:152) gerekir. Bu nedenle bir kişinin Tanrı yanındaki değeri, onun diğer insanlara karşı ne ölçüde adaletli söz ve davranışta bulunduğuna bağlıdır. **Hak** ve **adalet**, objektif birer kavram ve etik ilkedirler. Dolayısıyla bireysel menfaat temini, akrabalık, düşmanlık gibi hissi/duygusal

[30] İ. Ansiklopedisi, DV. Yayınları.
[31] Prof.Dr. Adnan Güriz, Adalet Kavramı.
[32] Prof.Dr. Adnan Güriz, Adalet Kavramı.
[33] Aristoteles, Politika; çev. Mete Tunçay, 2002.

durumlar; taraflardan birinin soylu veya aşağı tabakadan olması; bedeni veya ruhi bakımdan kusurlu bulunması gibi nedenler bir hakkın ihlalini, örtbas edilmesini ve sonuç olarak adalet ilkesinden sapmayı haklı gösteremez. (Maide:8, Nisa:3, Al-i İmran:75)[34]

Eflatun'a ait olan 'her fazilet/erdem, **ifrat** ve **tefritten** (aşırılıklardan) oluşan iki kötülüğün ortasıdır' şeklindeki **vasat** (orta yol) ve **itidal** (ölçülülük) görüşü, **İbn-i Sina** ve **İbn-i Miskeveyh** gibi ahlak düşünürleri tarafından **adalet** erdemine de uygulanmış, **adaletin**; zulüm ve zulme boyun eğme diye adlandırılan **iki** reziletin/kötülüğün ortası olduğu belirtilmiştir.

İslam düşünürleri, kâinatın her alanında var olduğunu kabul ettikleri **düzeni**, tabiatı gereği medeni varlıklar sayılan insanların birbirleri arasındaki ilişkilerde de aramışlardır. Buna göre sosyal hayat, zorunlu olarak kişiler arasında ortak ilişkiler kurulmasıyla gerçekleşir. Toplum yapısının oluşması ve sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, bu ilişkilerin **İbn-i Sina**'nın dediği gibi **adalet** ilkelerine uygun düzenlenmesine bağlıdır. Bu da hukuku oluşturacak kişi ve kurumlara düşen bir görevdir.[35]

İbn-i Sina'ya göre evrenin düzenini sağlayan, onun idaresi elinde olan Tanrı'nın sonsuz gücü ve iradesidir. Evrendeki düzene dikkatle bakarsak, cansız ve şuursuz olarak gördüğümüz hemen her varlığın, yerli yerinde durarak ve kendilerine verilen görevi yaparak (ki bu evrenin adaletidir) sanki birbirlerine yardımcı olduklarını görmekten kendimizi alamayız. İşte yeryüzünün idaresi kendisine verilen insan da, evrendeki düzenden ilham alarak bu konuda kendisine düşen yükümlülüğün gereğini yerine getirmeli; toplumsal düzen ve barışı sağlayabilmesi için adaleti icra etmelidir.

Şüphesiz ki, tabiat kanunlarıyla sosyal hayatı düzenleyen kanunlar birbirinin aynısı değildir. Tabiat kanunları insan hayatı için birer veridirler. Tabiat kanunları insanın iradesinden bağımsızdır. O yüzden insan ya da hayvan; bitki, taş ya da toprak, uzun ya da kısa her şey yerçekimi kanununa aynı şekilde tabidir. İnsan kendini tabiat kanunlarının düzenlediği bir ortam içinde bulur ve bu kanunları değiştiremez ve iptal edemez.

Doğa yasası, değişmez kanunlardan oluşur. Toplumsal düzen kurallarından hukukun da belirli 'olmazsa olmaz ilkelere' dayalı olması gerektiği söylenebilir. Bireylerin insanca ve özgür olarak hayatlarını güven içinde sürdürebilecekleri; maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilecekleri sosyal ortamın varlığı ve insan neslinin davamı için hukuk, yer ve zamana göre değişmeyen çerçeve ilkelere dayanmalıdır. Örneğin adaletin yer almadığı ve insan hayatının güvenliğini sağlamayan bir hukuk sisteminde meydana gelebilecek kargaşa/karışıklık, bir yönüyle, doğal yasa olan yer çekimi kanununun bulunmadığı bir anda yeryüzündeki düzenin bozulup bütün her şeyin uzayın boşluklarına doğru dağılmasına benzer. Bu nedenle yerçekimi kanunu nasıl ki bütün varlıkların yeryüzünde yerli yerinde olmasını sağlıyor ve küresel/evrensel karışıklığa/kargaşaya engel oluyorsa, bir

[34] İ. Ansiklopedisi, DV. Yayınları.
[35] İ. Ansiklopedisi, DV. Yayınları.

hukuk düzeninde adalet ve eşitliği sağlayan kanunlar da sosyal kargaşayı/karışıklığı önlemektedir.

Evrenin muhteşem düzeni, **iki ön kabul** üzerine kurulmuştur. Birinci ön kabul; bu dünyada ve evrende var olan düzen, denge ve her şey, insanın doğasına ve hayatını sürdürmesine uygundur. İkinci ön kabul; bu uygunluk, onu düzenleyen, planlayan irade sahibi bir varlığın bulunmasını zorunlu kılar. Çünkü bu düzen, denge ve uygunluğun tesadüfen meydana gelmesi mümkün değildir. Tanrı, bu evreni mükemmel bir denge, düzen, itidal üzere ve her türlü aşırılıklardan uzak olarak yaratmıştır.

İşte hukukçular ve kanun koyucular, toplumu sosyal düzen içinde yaşatabilmek için hukuk kurallarını oluştururken, her türlü aşırılıklardan uzak, itidal ve denge hali demek olan **adaleti** daima gözetmelidirler. Bunun için kanunlar ne çok sert ne de çok yumuşak olmayacak şekilde dengeli olmalıdır.[36] Bilindiği gibi **dengeli olma**, bir konuda karşıt etkilerin birbirine eşdeğer olduğu durumu ifade eder. Hukukun oluşumunda etkili olan unsurların birbirleriyle dengeli olması da; bunlardan herhangi birini aşırı ölçüde öne çıkarmamak ya da bütünüyle göz ardı etmemektir.

Hukuk Devleti anlayışının da temelini **adalet** erdemi oluşturur. Adalet, herkese hakkını ve hak ettiğini vermek demektir. 'Tabiat boşluk kabul etmez' diye bir söz vardır. Eğer bir toplumda hukuk tam işletilemez ve eğer vicdanlarda bir adalet ve hakkaniyet terazisi denk bir şekilde kurulamazsa, insanlar son çare olarak konuşan kanun olan hâkime başvurur. **Farabi**, adaleti ortak menfaatlerin paylaştırılmasına ve bu payların korunmasına ilişkin olmak üzere iki gruba ayırmıştır. Bu alanlarda eşitliği gözetmek adaletin gereğiyse de bu mutlak ve hayali bir eşitlik değildir. Çünkü İbn-i Miskeveyh'in örneğiyle bir mühendis az düşünüp az iş yapsa da onun bu durumu, yönetiminde çalışan ve onun çizdiği projeyi uygulayan işçilerin çok çalışmasına denktir. İbn-i Miskeveyh'e göre, toplumsal ilişkilerdeki dengenin/itidalin yahut adalet ve eşitliğin sağlanmasında temel kaynak **hukuk**, temel araç ise Aristo'nun deyimiyle 'konuşan hukuk' demek olan **hâkim**dir.[37]

Adalet, insanlar arası ilişkilerde asgari düzeyde bir etiksel ilkedir. Adaletten daha üstün ahlak ilkesi de vardır. Yardımseverlik, merhamet ve **ihsan** adaletten daha geniş içerikli ve üstün ahlaki değerler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ragıp el-İsfahani'ye göre **adalet**, borcunu vermek, alacağını istemektir; görevini yerine getirmek ve hakkını almaktır. Adaletten daha üstün ahlaki değer olan **ihsan** ise, borcundan daha fazlasını vermek, alacağından daha azına razı olmaktır.[38] Ancak adalet, **asgari düzeyde etiksel bir ilke** ve toplumsal ilişkilerde bir anlamda **ortak payda** olduğundan hukukun oluşturulmasında adaletten daha üstün değerin yer alması beklenemez. Başka bir deyimle adaletten daha üstün değer olan yardımseverlik ve ihsanı, herkesin uymak zorunda olduğu hukuka koymak yerine, bu değerleri bireysel tercihlere bırakmak gerekir. Hukukta, asgari ölçüde etiksel ilke olan **adaletin** yer alması gerekli ve yeterlidir. Herkesten daha fazlası beklenemez.

---

[36] İbn-i Sina, Eş-şifa.
[37] İbn-i Miskeveyh, Tezhibül-ahlak
[38] Ragıp el- İsfahani, El- Müfredat; İ. Ansiklopedisi, DV.Yayınları.

Diğer yandan insanların, adaletin teorik anlamda iyi bir değer olduğu yönündeki düşünceleriyle, onun toplumsal ilişkilerde ve pratik hayatta uygulandığı her bir somut olayda hangi davranışlarla ortaya çıkacağı konusundaki değerlendirmeleri arasında farklılıkların olduğu görülmektedir. İnsan ilişkilerinde adaletin iyi olduğu konusunda teorik anlamda ortak bir görüşün olduğu söylenebilirse de, uygulamada adaletin hangi belli somut davranışla gerçekleşeceğinde görüş ayrılığı vardır. İşte bu noktada **adaletin**, ancak uygulamada ortaya çıkabilecek **içeriği** konusu gündeme gelmektedir.

b) Adaletin İçeriği

Doğru/iyi ya da adaletli bir hukuku oluştururken, öncelikle adaletin içeriğinin bilinmesi gerekir. Adalet soyut bir kavram olduğundan uygulamada onun hangi somut davranışla gerçekleşeceği önemlidir. İyi olduğu yönünde hemen herkesin ortak bir görüşe sahip olduğu adalet kavramının, uygulamada da asli işlev ve yapısını bozmadan gerçekleşmesi gerekir. Adalete, onun esas ve özüne uygun bir içerik kazandırılması hayati bir öneme sahiptir. O halde adaletin içeriği ne olmalıdır?

Adaleti eşitlikle açıklayan görüşler vardır. Eşitlik, iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavat anlamına gelir. Eşitlik, biçimsel ve yaygın bir tanıma göre, ahlâki ve toplumsal bir hedef olarak insanların birbirleriyle, aynı insan doğasına sahip olmak bakımından, aynı konum ve değerde olmaları hâlidir. İlkesel anlamda eşitlik, insanların birbirleriyle eşdeğerde olduklarını, bundan dolayı insanlar arasında ayrım gözetilmemesi gerektiğini dile getirir. Ancak bu tanım, eşitliğin genel ve şekli yanıdır.[39] Adaletin içeriği, herkese hak ettiğini (liyakat ve yeteneğine ya da ihtiyacına göre) verme, insanlar arası ilişkilerde yapılan sözleşmelere aykırı davranmama, verilen söze bağlı kalma, diğer insanlara zarar vermeden düzgün yaşama şeklindeki ilkelerle açıklanmaktadır. Herkese liyakatine göre verme ilkesi, insanın gerçek iş yapma ölçüsüne göre bir işleme tabi tutulmasını öngören adaleti; herkese ihtiyacına göre verme ilkesi de, temel ihtiyaçlar bakımından aynı durumda olan insanların aynı işleme tabi tutularak ihtiyaçlarının karşılanmasını ifade eder.

Eşitlik kavramının, bütün bu ilkelerin ortak paydası olduğu söylenebilir. Adaletin içeriğini eşitlik olarak ele aldığımızda, eşiklik düşüncesinin ne anlama geldiğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Eşitliği, benzer olanların aynı işleme tabi tutulması olarak tanımlayabiliriz. Eşitlik, birden fazla kişi arasındaki ilişkilere bir anlam yüklenerek yapılan bir denklik ve karşılaştırma işlemidir. Eşitliğin değişik boyutları vardır.

Hukuksal eşitlik; Kanunlar yönünden insanlar arasında ayrım bulunmaması durumu, diye tanımlanmaktadır. Diğer taraftan bedensel, ruhsal başkalıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayrım bulunmaması hali olarak ifade edilmiştir.

---

[39] Prof. Dr. Doğan Özlem, Adalet ve Görelilik; 'Hukuk ve Adalet' Konulu Sempozyum Bildirisi; HFSA-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 2004.

Toplumsal eşitlik; Yasalarla tanınmış hak ve yükümlülüklerde bütün vatandaşların eşit olması; siyasal eşitlik: Seçme ve seçilme gibi ülke yönetimine katılma hakları konusunda bütün vatandaşların eşit olması; fırsat eşitliği: Bireylere eğitim, kültür, ekonomi gibi toplumsal hayatın her alanında kendilerini geliştirebilmeleri için eşit imkânlar sağlanması.[40]

İslam düşünürlerine göre adaletin yakından ilgili olduğu bir kavram eşitliktir (müsavat). Hatta büyük ahlak düşünürü İbn-i Miskeveyh, adaletle eşitliği eş anlamlı sayar. O'na göre adalet, sapmanın ve zulmün zıddıdır. Adalet, benzerlik (misil) ve denkliği ifade eder. Hakkaniyet ve mizan kelimeleri de bazı ince ayrım farkıyla da olsa adaleti ifade ederler. O'nun adalet anlayışının özünü denge düşüncesi oluşturur. İbn-i Miskeveyh adalet kavramının lügat açısından tahlilini şöyle yapar: Yüklerde denklik, ağırlıklarda ölçülülük, itidal, denge ve eylemlerde adalet düşüncesi, hep eşitlik anlamından türetilmiştir. (İbn-i Miskeveyh, Tezhibül-ahlak)

Adalet kavramı, sağlam bir temele dayandırılmalıdır. Hukuk felsefesi alanında bazı düşünürler, adalet kavramının içeriğinin aslında boş olduğu, değişen yer ve zamana göre toplumsal uzlaşma çerçevesinde doldurulduğu görüşünü savunurlar. Bu görüşün, hukukun ve insan haklarının evrensel ilkeleri açısından büyük sakıncalar taşıdığı ifade edilmelidir. Çünkü estetik değer yargıları alanında dahi ortak asgari ilkeler bulunmasına rağmen ahlaki değer olan **adalet** konusunda değişkenliğin ve göreceliğin hâkim olduğunu ileri sürmek tutarlı bir düşünceye dayanmaz. Örneğin, bir tablonun fiziki/maddi varlığı; eni, boyu, hacmi, hangi maddeden yapıldığı konusunda insanlar arasında farklılık olmamakla birlikte bu tablonun nasıl bir sanat eseri olduğu konusunda değişik görüşler ileri sürülebilir. Ancak insanların bu konuda bile belirli ortak noktalarda buluştuklarını, benzer yargılarda bulunduklarını görürüz. Bir tablonun güzel olduğu birçok insan tarafından onaylanmaktadır. Adalet değeri konusunda da vicdanı sağlam insanların genel olarak benzer yargılarda bulundukları söylenebilir. Adalet değerinin, her insanın kendisine göre uydurduğu ve içeriğini doldurduğu içi boş bir kavram olmasına imkân yoktur.

Adaletin iki boyutu vardır. Bunlar eşitlik adaleti/denkleştirici adalet ve somut olay adaleti/dağıtıcı adalettir. Birincisi, genel boyut olan eşitlik adaletidir ki, evrensel insan hakları ve insanlık onuru açısından bireyler arasında dil, din, cins, ırk gibi hiçbir gerekçe ile ayırımcılık yapılmamasını ifade eder.[41]

Adaletin genel boyutu olan eşitlik adaletine **denkleştirici adalet** de denilmektedir. İnsanlar arasında hiçbir ayrım yapılmaksızın, herkese eşit olanın verilmesi, herkesin eşit bir işleme tabi tutulması, denkleştirici adaletin gereğidir. Verilen herhangi bir zararın sonuçlarını ortadan kaldırmak ve bozulan menfaat dengesini yeniden kurmak eşitliğin gereği olduğu gibi ceza ile suç arasında da eşitlik ve denkliğin bulunması da denkleştirici adaletin gereği olarak kabul edilir.[42]

Adaletin ikinci boyutu ise **somut olay adaletidir**. Buna dağıtıcı adalet de denilmektedir. Herkese somut olayın özelliğine göre emeğinin karşılığını, suçunun

[40] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[41] Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Adalet Kavramının İçeriği ve Mutlaklığı.
[42] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

cezasını; liyakat ve ehliyetine uygun görevleri verme adaletidir.[43] Hiçbir ayrım yapmadan herkese eşit olanın verilmesi ya da herkesin eşit işleme tabi tutulması, bazı durumlarda bizzat eşitliğin bozulması sonucunu doğurabilir ki bu hakkaniyete uygun düşmez. Örneğin, biri büyük diğeri küçük iki çocuğu bulunan annenin, her iki çocuğa eşit miktarda ve aynı türden yemek vermesi değil, büyük çocuğa küçüğüne göre daha çok ve daha başka türden yiyecek vermesi adalet ve hakkaniyete uygundur.

Bunun nedeni, insanların yetenek, ihtiyaç ve imkânlar bakımından birbirleriyle eşit durumda bulunmamasıdır. Böyle olunca değişik durumda bulunan kişilere eşit işlem yapılması, gerçekten eşitliğin çiğnenmesi anlamına gelir. Bu gibi değişik durumlarda herkesin eşit bir işleme değil, farklı işlemlere tabi tutulması, ancak aynı durumda olanlara eşit olanın verilmesi eşitlik düşüncesine uygun düşecektir. Örneğin vergi mükelleflerinin, gelirlerine göre vergi ödemeleri ve bu şekilde ülkenin ortak giderlerine katılmaları **somut olay** ya da **dağıtıcı adaletin** bir gereğidir.

Dağıtıcı/somut olay adaletinin de bir eşitlik düşüncesine dayandığı görülmektedir. Ancak bu, mutlak bir eşitlik değil, orantılı bir eşitliktir. Dağıtıcı adaletin istediği eşitlik; ihtiyaç ve yetenek bakımından aynı durumda olan birden çok kişinin eşit tutulmasını ifade etmektedir.[44]

Somut olay adaletinin, adalet kavramını değişken/izafi kıldığına ilişkin bazı iddialar varsa da, adaletin iki boyutundan birisi olan somut olay adaleti veya **hakkaniyet**, adalet kavramını değişken/izafi kılmaz. Aksine yer ve zamana göre değişmeyen ahlaki değer olan adaletin, somut olaylarda, hayatın değişen şartlarına uygulanmasını sağlar. Başka bir deyişle, hakkaniyet veya somut olay adaleti, değişken ve hareketli toplumsal hayatta, yer ve zamana göre değişmeyen adalet değerinin uygulanabilmesini amaçlar.

Adalet kavramının içeriği doğru bir şekilde doldurulmadığı takdirde, çok yanlış adalet anlayışları ortaya çıkabilir. Dünyanın yıkılması pahasına da olsa, adalet gerçekleşsin sözü, gerçek anlamda adalet için değil, ancak zulmün bir türü için kullanılabilir. Çünkü aslında dünya, adaletin gerçekleşmesiyle değil, gerçekleşmemesiyle yıkılır.[45]

c) Adalet ve Görecelik/Değişkenlik

Hukuk felsefesi alanında bazı düşünürler, adalet kavramının gerçekte değişmez temel ilkelere dayanmadığını, toplumsal uzlaşmalara ilişkin bir norm olduğu, dolayısıyla adalet kavramının içeriğinin aslında boş olup, değişen yer ve zamana; toplumsal uzlaşmalara göre doldurulduğu görüşünü savunurlar. Bu görüş, hukuk devleti ve insan hakları açısından son derece sakıncalıdır.

Adalet kavramı göreceli/değişken olamaz. Yani adalet ilkesi, yer, zaman ve topluma göre değişkenlik göstermez. Gerek eşitlik adaleti (denkleştirici adalet) ve gerekse somut olay adaleti (dağıtıcı adalet) ve bunun üst kavramı olan genel adalet

[43] Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Adalet Kavramının İçeriği ve Mutlaklığı.
[44] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[45] (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Adalet Kavramının İçeriği ve Mutlaklığı)

ilkesine karşı ileri sürülen menfaatçi ve göreceli/değişken hiçbir görüşün haklı ve makul dayanağı olmadığı gibi, bu görüşler aynı zamanda evrensel insan hakları ve hukuk devleti düşüncelerinin yerleşmesine engel olan zararlı görüşlerdir.

Doğal hukukun temel kavramı olan adalet, yer ve zamana göre değişmez evrensel bir ahlaki değerdir. Adalet, kişiden kişiye ya da toplumdan topluma değişken/göreceli olursa hukuk devleti de değişken olur. Bu durumda, inceleme konusu yaptığı adalet kavramı değişken olan hukuk felsefesi de ancak boş vakit geçirmeye yarayan bir eğlence aracı olarak kalmaya mahkûm olur.

d) Hukukun Adaletli Olup Olmadığının Ölçüsü

Hukuk ve adalet ilişkisinde temel sorun, hukuk kurallarının adil olup olmadığını belirleyecek ölçünün ne olduğudur. Bu sorun, hukukun hedeflediği amaçlar olan adalet, düzen ve pratik yarar/ toplumun ihtiyaçlarını karşılama değerleri açısından önem taşımaktadır.

Hangi tutum ve davranışın adaletli olduğunu belirleyebilecek bir ölçümüz yoksa neyin hukuk sayılacağının anlaşılması da mümkün değildir. Adil olan hukukun ölçülerinin tam olarak tespit edilememesi, usulüne uygun yürürlüğe girmiş pozitif hukukun, adalet gibi etiksel ilkeler boyutunda tartışılamayacağı görüşüne haklılık kazandırır ve bu ise pozitivist hukukun dolaylı olarak kabul edilmesi sonucuna götürebilir. Bununla birlikte pozitif hukuk, eşitliğe açıkça aykırı kurallara dayanması nedeniyle yanlış hukuka dönüşmesi ve adalete aykırılığı dayanılmaz boyutlara ulaşması halinde artık hukuktan söz etmek imkânı bile kalmayacaktır. Eğer adaletin özü ve içeriği olan eşitlik ilkesi, mevcut pozitif hukuk kurallarına yansımamışsa, bu hukuk sadece yanlış hukuk değil, özünden de yoksun hukuktur. Yanlış ve özünden yoksun hukuk, hukuk görüntüsü taşıyan zulüm mekanizmasıdır. İşte hukukun, adaleti gerçekleştirmeye yönelmiş bir düzen olarak tanımlanması bundandır.[46]

Hukuki pozitivizmi savunan bazı düşünürler, adaletin, tanımı zor bir kavram olduğu gerekçesiyle, tamamen inceleme dışı bırakılmasını savunmuşlardır. Bazı pozitivist düşünürler adaleti, 'adaletsizliğin olmadığı somut durumlar' olarak tanımlamışlardır. Onlara göre, bir toplumda herhangi bir şekilde oluşturulmuş hukuk kurallarının düzenli bir biçimde uygulanması doğrudan doğruya adaletin gerçekleşmesi; yine bir toplumda adaletsizliğin olmaması ise dolaylı olarak adalete uygunluğun gerçekleşmesidir.[47]

Bu görüşün ciddi sorun ve çelişkilerle dolu olduğu açıktır. Örneğin, adaletsiz hukuk kurallarının bir toplumda düzenli bir biçimde uygulanmasıyla adaletin nasıl gerçekleşeceği ya da adaletin ne olduğunu bilmeyenlerin 'adaletsizliğin olmadığı' durumları nasıl bileceği soruları cevapsız kalmaktadır.

Hukuk alanında sadece yürürlükteki kanun önünde eşitliğin sağlanması ve hukuku uygulayanların keyfi davranışlarının önlenmesi, adalet ilkesinin içeriğini oluşturan eşitliğin ve temel insan hak ve hürriyetlerinin korunması için tam bir güvence oluşturmaz. Çünkü bir toplumda özü itibariyle adalete aykırı öyle kanunlar

[46] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi.
[47] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi.

olabilir ki, bu kanunların yürürlükte olduğu bir ülkede 'kanun önünde eşitliğin sağlanması', adaletsizlikte eşitlik anlamına gelir. Yine böyle kötü kanunların yürürlükte olduğu bir ülkede, kanunu uygulayanların 'keyfi davranışlarının önlenmesi', adalet ve eşitliği sağlamak yerine, aksine adaletsizlik doğurabilir.

Ronald Dworkin bu durumu şu çarpıcı cümlelerle vurgulamıştır:

"Sadece yazılı olmakla biçimlenmiş hukuk kurallarına uygun davranmak doğrudan adaletin gerçekleşmesi için yeterli değildir; aksine eğer söz konusu kural adil değilse bu kurala şaşmaksızın uymak çok büyük bir adaletsizlik yaratabilir." Bu nedenle 'kanun önünde eşitlik' kavramı aslında 'doğru/iyi kanun önünde eşitlik' olarak ele alınmalıdır. Böyle olunca 'hukukun üstünlüğü' de, 'doğru hukukun üstünlüğü' şeklinde düşünülmelidir. Bu çerçevede adil olan hukukla, adil olmayan hukuku ayıran temel ölçütün ne olabileceği sorunu, hukuk felsefesinde çözümlenmelidir.[48] Hukuk felsefesi, doğru hukukla doğru olmayan hukuku ayıran temel ölçütün **adalet** ve insan hak ve onuru olduğunu söylüyor.

Adaletli olmayan devlet, deyim yerindeyse resmi kimliğe bürünmüş büyük çete birliği düzeyine düşer. Çünkü içeriği adalet olmayan hukuk, hukuk olmaktan çıkıp yalnızca kaba bir güçten, sırf bir zorlamadan ibarettir ve bu durumda hukuk, resmi bir baskı ve zulüm aracı olmaktan başka bir anlam taşımaz. Sonuç olarak denebilir ki, adaletin bu üstünlüğünden dolayı doğru/iyi hukuk kavramı, adaletli hukuk kavramı ile aynı anlama gelmekte, onunla özdeş bulunmaktadır.[49] Bir toplum düzeni kurmak yolunda hukuk meydana getirilirken, adaletin gerekleri en başta düşünülmelidir; çünkü adaletsiz bir düzen sırf kaba güce dayalı kalacaktır ki bu, o düzenin varlığını ve sürekliliğini büyük ölçüde tehlikeye sokacaktır.

2.2) HUKUKUN, TOPLUMUN DÜZENİNİ SAĞLAMA İŞLEVİ

a) İnsanların Toplum Halinde Yaşama Zorunluluğu

Hukukun amacını oluşturan adalet, eşitlik düşüncesini ifade eder. Eşitlik ise, ancak birden çok kimselerin ilişkilerinde söz konusu olabilir. Bu nedenle adalet, birden çok insanların bir arada bulunduğu toplumsal hayatta gerçekleşme imkânı bulur. Dolayısıyla hukuk, adalet ve eşitlikten söz edebilmek ve onları uygulayabilmek için toplumsal hayatın varlığı şarttır.

İnsanlar diğer canlılar gibi varlığını sürdürmek ister. Varlığını sürdürebilmek için ihtiyaç duyduğu araçları tek başına temin edemez. Ayrıca varlığını tehdit eden güçlerle tek başına baş edemez. İşte bu biyolojik gerçek, insanların sosyal bir varlık olduğunu, hayatını ancak bir toplum içinde sürdürebileceğini göstermektedir.

Toplum, insanların birbirlerine olan maddi ve manevi ihtiyacının bir sonucudur. Bu bakımdan insanların sosyal bir varlık olduğu ve insanda toplumsal bir istek ve eğilim olduğu söylenebilir. Toplumsal hayata ihtiyacı olmayan bir varlık, ya insanüstü ya da insandan aşağı bir varlık olabilir.[50] Hobbes ve Nietzsche gibi düşünürlerin iddia ettiği şekilde insanın, toplum ve toplumsallıktan uzak olduğu,

[48] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi.
[49] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[50] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

herkesin herkese karşı yürüttüğü sürekli bir savaş içinde bulunduğu tarihte hiçbir zaman görülmemiştir. O halde insan için doğal olan, toplumsal hayat içinde yaşamaktır.

b)Toplumsal Hayatın Hukuk Kurallarıyla Düzenlenmesi Gereği

Toplum halinde yaşamak sadece insanlara ait bir özellik değildir. Hayvanların da topluluk halinde yaşadıkları görülmektedir. Örneğin arılar, karıncalar, kuşlar ve diğerleri… Bu hayvanların ilişki ve davranışları, iradi değil içgüdüseldir. Bu içgüdüler, hayvanlara doğuştan verildiğinden onlar, içinde yaşadıkları topluluğu değiştiremezler. Bu yüzden hayvanların ilişki ve davranışlarında gelişme de olmaz. Onlar benzer davranışları tekrar eder dururlar. Hatta hayvanların birbirlerine verdikleri zarar da sınırlıdır.[51]

İşte insan toplumları ile hayvan toplulukları arasındaki temel farklılık buradadır. İnsan, toplumsal eğilimine rağmen aynı zamanda bencil bir varlıktır. Kendi menfaati gerektirdiğinde, çoğu zaman gücünü başkalarının zararına kullanmaktan çekinmez. Hatta bazen işi öldürmeye kadar götürür. Bu nedenle insanın muhtaç olduğu toplumsal barış ve güven ortamının kendiliğinden, doğal olarak gerçekleşmeyeceği, gerçekleşse bile bunun sürekli olmayacağı ortadadır. Dolayısıyla bu hayatın bir düzene bağlanması zorunludur. İşte hukuk kuralları, insan hayatı için gerekli olan bu düzeni sağlamaya yararlar.[52]

Doğası gereği toplum halinde yaşamak durumunda olan insan, toplumsal hayat içinde maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmek ister. Bunun için, bir toplumda insanlar arasındaki ilişkilerin barış ve uyum içinde yürümesinin önemi açıktır. İnsanın toplumsallık eğilimi nedeniyle toplum içinde yaşaması, kaos ve kargaşa ile mümkün olmayıp makul bir düzeni gerektirmektedir. Çünkü insanı, hayvan topluluklarından ayıran özelliği, onun bir yandan toplumsallık eğilimine, bir yandan da bencil bir yapıya sahip olmasıdır. Bir insanın kişisel menfaati zarar gördüğünde, buna neden olanlara karşı meşru ya da gayri meşru yöntemlerle her türlü gücünü kullanmaktan çekinmez. Hatta bu davranışıyla toplumsal barışı bozduğunu, aklından bile geçirmez.[53]

O halde toplumsal hayat, bir düzeni zorunlu kılmakta, bu düzen için de belirli hukuk kurallarının varlığı gerekmektedir. İşte bu hukuk kurallarının, diğer

---

[51] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

[52] Konfüçyüs'e atfedilen aşağıdaki hikâye, insanın, ihtiraslı ve bencil bir varlık olduğu, bu nedenle yeterli ahlaki eğitimi almadığı takdirde diğer insanlara zulüm edebileceği, hatta hayvanlardan daha çok zarar verebileceğini vurgulamaktadır. Hikâye şöyledir: Bir gün Konfüçyüs Tai dağı (diğer adı: doğu dağı) eteklerinde öğrencileriyle dolaşırken bir kadıncağızın feryadını işitmiş. Sordurmuş niçin böyle ağlayıp sızlanıyor? Aldığı cevap: "Kocamın babasını bir kaplan parçaladı. Kocam ve oğlum da aynı akıbete uğradılar." Konfüçyüs: O halde bu kadar tehlikeli bir yerde neden oturuyorsunuz? Kadın: "Çünkü burada bana zulmeden insan yok." Konfüçyüs, yanındakilere dönüp şöyle söylüyor: Evlatlarım! Bunu hiç unutmayın; zalim bir insanın idaresi, bir kaplandan daha korkunçtur." (Hasan Ali Yücel, İyi Vatandaş İyi İnsan)

[53] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak ve Hukuk İlişkisi.

toplumsal kurallar yanında daha çok öneme sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla hukukun düzen niteliğini gösteren hukuk kuralları ile toplumsal barış ve dayanışmanın sağlandığı, menfaat çatışmalarının önlendiği çok açık olarak ortadadır. Sonuç olarak toplumsal hayatın, bazı normlarla düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu normların en önemlisi de hukuk normlarıdır. Gerçekten hukuk kuralları, din, ahlak ve örf gibi diğer toplumsal kuralların yanı sıra toplumun düzenini sağlar. Bu nedenle hukuk, her şeyden önce bir düzeni ifade eder.[54]

c) Hukuk Düzeni ve Zorlayıcılık

Adaletin iyi bir şey olduğu konusunda insanlar arasında genel olarak ortak bir görüş olmakla birlikte, adaletin gereği olan herkese hak ettiğini verme ve kendi aleyhine de olsa eşitliğe uygun davranma işine gelince, insanların çoğunluğunun isteksiz davrandıklarını, hatta hukuk ve adalete uygun olmayan bu davranışlarını meşru göstermeye çalıştıklarını görmekteyiz.

İşte bu tür insanlar, hukukun amacı olan adalete uygun davranışı kendi iradeleriyle ortaya koymaktan kaçındıklarından dolayı hukuk, onları adalet çizgisine zorla getirmek için bazı yaptırımlara sahip olmalıdır. Bu anlamda zorlayıcılık, hukukun niteliği gereğidir.

Hukukun zorlayıcılık niteliğine karşı olanlar, adaletin ahlaki bir değer olduğunu, ahlaki değer konusunda zorlayıcı (emredici) olmanın ise hukukun değer niteliğine zarar verebileceğini, bu nedenle zorlayıcılığın, hukukun bir niteliği olamayacağını ileri sürmüşlerdir.

Hâlbuki her ahlaki değerin, insanlar için aslında emredici bir yanı vardır. Çünkü ahlak, insanların şöyle veya böyle davranmasını buyurur. Yani zorlayıcılık, ahlakın niteliğinde vardır. Zaten emredici ve buyurucu olma yönünden hukuk ve ahlak kuralları arasında bir fark olduğu söylenemez. Ancak insanlar, ahlaki değerlerin ya da hukuk kurallarının buyruklarını, yine bizzat kendi iradesi ve özgür seçimi ile kabul veya reddeder.

Bir toplumda hukuk düzeninin, o toplumu oluşturan insanların kendi iradi seçimleriyle yürümesi, ideal olan bir durum olmakla birlikte, bütün insanların doğru bir adalet anlayışında birleşip onu gerçekleştirmeleri ve kendiliğinden toplumsal bir hukuk düzeni kurmaları beklenemez. Bu nedenle insanların yapısı gereği hukuk kurallarına aykırı davranışta bulunma ihtimali her zaman vardır.

Bu yüzden hukuk kurallarının buyruğunu yerine getirecek, bu kurallara aykırı davrananlara yaptırım uygulayacak ve toplumda düzeni sağlayacak, bireylerin dışında bir üst iradeye ihtiyaç bulunduğu açıktır. İşte bu, hukukun zorlayıcılık niteliğini göstermektedir.

Ancak hukukun bu zorlayıcılık niteliği, adaletten beslendiği için fiziki zorlamaya dayanan kaba güç kullanmaktan ayrılmakta ve meşruiyet kazanmaktadır. Çünkü hukuk, insanları ancak adalet için bir davranışta bulunmaya zorlayabilir. Bu nedenle insanları bir arada tutan her düzen, mutlaka bir hukuk düzeni demek değildir.

Hukuk kurallarının meşruiyeti, onların zorla uygulanmasında değil, adalet değerine dayalı olması nedeniyle; insanların onlara, içeriğini kabul ederek

[54] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Sosyolojisi.

uymalarında temellendirilebilir. Belirtilmelidir ki, hukuk kurallarına herkesin gönüllü uyması beklenemez. Ancak bu, hukukun zorlayıcılık karakterine sahip olmasına ihtiyaç bulunmadığı anlamına gelmez. Zorlayıcılığı hukukun dışında tutmak, hukukun değer ve saygınlığına, gerekli olduğu durumlarda güç kullanılmasının vereceği sanılan zarardan daha çoğunu verir.[55]

d) Hukuk Düzeni ve Biçimcilik/Şekilcilik

Hukuk, toplumsal ilişkileri düzenlerken belirli bir düzen kavramına dayanmalıdır. Düzen ise belirli bir şekil ve biçimi gerekli kılmaktadır. Bu durumda hukuk düzeni için zorunlu olan biçim ve şekil, hukukun niteliği olmaktadır.

Hukuk, hukuk kurallarıyla şekil kalıbına dökülür. Hukukta biçim ve şekil, hem hukuk güvenliği, hem de adaletle ilgilidir. Hukuk güvenliği, hukuk kurallarının önceden kestirilebilir ve öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini ifade eder. **Hukuki güvenlik**, hukuk devleti kavramının unsuru olarak görülmüştür. Hukuk devleti, en kısa tanımıyla, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eder.[56]

Hukuk, insanların davranışlarının genellikle şekline yani dış görünüşüne bakar. Ancak istisnai olarak niyetlerini (amaçlarını) de dikkate alır. Bu nedenle hukuki işlemlerde şekil ve biçim önemlidir. Hukuki işlemlerde şekil, bazen işlemlerin yapılmasını zorlaştıracağı düşünülebilirse de, insanların yaptıkları hukuki işlemlerde daha dikkatli davranmasını sağlamak ve işlemlerin ispatlanmasını mümkün kılmak için önem taşımaktadır.

e) Hukukun, Pozitif Hukuk Kurallarından Ayrılığı

Hukuk, bir düzeni ifade etmekle birlikte, bu düzeni gerçekleştirme aracı olan hukuk kurallarının, hukukla tamamen aynı olduğu söylenemez. Çünkü hukuk, sadece 'olan' değil, daha çok 'olması gereken' bir sistemdir.

Adalet dediğimiz ahlaki değerin, toplumsal hayatta gerçekleşmesi, şüphesiz ki hukuk kurallarının uygulanmasına bağlıdır. Toplumsal hayatta uygulanma talebi olmayan bir hukuk, sadece teorik görüşlerden ibaret kalmaya mahkûmdur. Ancak hukukun, belirli kurallar aracılığıyla uygulanması, onun içerdiği ilkelerin toplumsal hayatta tümüyle gerçekleştiğini göstermez. Çünkü insan özgürce seçim yapan bir varlık olduğundan, iradesini hukukun buyrukları doğrultusunda kullandığı gibi ona aykırı olarak da kullanabilmektedir.

Olması gereken olarak hukuk, bir toplumda aynen gerçekleşmesi durumunda bile o daima ayrı olarak varlığını sürdürür; somut olaylarda uygulanmakla eriyip gitmez, ortadan kaybolmaz. Hukuk ve adalet gibi değerler, varlık ve geçerliklerini fikir dünyasında (teorik olarak) her zaman korur. Örneğin, bir hukuk sisteminde 'adalet' değeri tam olarak yer almış olabilir. Başka bir hukuk sisteminde ise tümüyle göz ardı edilmiş olabilir. Bu durumlarda hukuk, pratik hayatta kendisine aykırı davranıldığında bile değerini ve yürürlüğünü yitirmemektedir. Yani olması

[55] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[56] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

gereken (ideal) hukuk, yazılı hukuk kurallarına yansıyarak pratik hayatta gerçekleşse de gerçekleşmese de ya da hangi ölçüde gerçekleşirse gerçekleşsin, o her zaman asli değerini yitirmeden varlığını sürdürmeye devam eder. Bu, olması gereken hukukla toplumsal hayatta uygulanan hukuk kurallarının farklılığını gösterir.[57]

2.3) HUKUKUN TOPLUMUN İHTİYAÇLARINI KARŞILAMA İŞLEVİ

a)Hukuk ve Toplumsal İhtiyaçlar

a.a) Hukuk ve Biyolojik, Psikolojik/Manevi İhtiyaçlar

Toplumsal ilişkileri düzenleyen hukuk, öncelikle toplumu meydana getiren insanların biyolojik ve psikolojik/manevi yapısını dikkate alarak onların bu yöndeki ihtiyaçlarını karşılamak zorundadır. Çünkü toplumsal hayatın temel unsuru olan insanın varlık yapısı beden ve ruhtan oluşmaktadır.

Hiçbir hukuk düzeni, insanın doğum, ölüm, yeme, içme, giyinme, barınma gibi biyolojik yapısıyla; eğitim, terbiye, ahlak, kültür, din gibi psikolojik/ruhi yapısıyla ilgili olan hayatın temel ihtiyaçlarını ihmal edemez.

Bir hukuk düzeninde, insanların ihtiyaçlarının tam olarak karşılanabilmesi için bu ihtiyaçların neler olduğunun kavranmasına, kavranması için de, hayat ve evren içinde insanın nasıl bir varlık olduğuna ilişkin bir insan telakkisi ve anlayışına ihtiyaç bulunmaktadır. İnsanın nasıl bir varlık olduğu konusunda belirli bir anlayışa varılmalıdır ki, onun ihtiyaçları anlaşılsın. İnsanın nasıl bir varlık olduğu konusunda kitabın ilgili bölümlerinde geniş açıklamalar yapılmıştır.

Kısaca hatırlayacak olursak; insan, gözle görünen, elle tutulan, eni, boyu, hacmi olan bir varlık olarak biyolojik bir yapıya sahiptir. İnsan ayrıca psikolojik/ruhi bir yapıya da sahiptir. Dolayısıyla insan, hem biyolojik hem de psikolojik/ruhi yapısıyla birlikte ele alınıp ihtiyaçları da buna göre karşılanmalıdır. İnsanın sadece biyolojik bir varlık olarak anlaşılması halinde, onun yalnızca biyolojik varlığının gerektirdiği ihtiyaçları olduğu sonucuna varılacağı, hukuk normlarının buna göre oluşturulacağı; bu durumda da insan ve toplum yapısını tam olarak tanımayan; onun psikolojik/ruhi yapısının ihtiyaçlarını karşılamayan **eksik bir hukukla** karşılaşılacağı şüphesizdir.

a.b) Ekonomik İhtiyaçlar

Hukuk, toplum hayatının varlığı ve devamı için, onun ekonomik ihtiyaçlarını karşılar nitelikte olmalıdır. Hukukla ekonomi arasında önemli bir bağlılık vardır. Bir toplumda ekonomik güçler, hukukun oluşumunda nasıl bir etkiye sahip ise, hukuk düzeninin yıkılmasında da o ölçüde etkilidir. Bu nedenle ekonomik yoksulluğun, hukuku öldüreceği ifade edilmiştir.[58] Ekonominin bozuk olduğu toplumlarda hukukun etkinliğini sağlayabilmek ve hukuk düzenini ayakta tutabilmek kolay değildir. Bu gerçekler bize, hukuk ile ekonominin çok sıkı bir ilişki içinde olduğunu gösterir. Üretim aşamasından tüketim aşamasına kadar bütün

[57] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[58] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

ekonomik faaliyetler, kişiler arası ilişkilerin önemli bir bölümü olduğundan, hukuk bu ilişkileri de düzenlemek durumundadır.

Ekonominin kuralları, dünyanın bütün maddi kaynaklarının insan ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik makul seçimlerini göstermektedir. Hukuki düzenleme yapılacak ekonomik faaliyetlerin doğasının iyi kavranması, bu düzenleme ile hedeflenen doğru sonuçlara en iyi şekilde ulaşmayı sağlar. Ekonomik faaliyetleri bir ırmağa benzetirsek, bu ırmağın kaynağından itibaren denize dökülmesine kadar doğal bir yatağı vardır. Irmağın suyunun azaldığı ve çoğaldığı dönemler vardır. İşte bunlar ekonomi biliminin görevidir. Ancak bu ırmağı daha yararlı hale getirmek ve zararlarından korumak için gerekli tedbirleri almak, örneğin ırmak yatağının ıslahı, su miktarı yeterli ise üzerinde baraj yapılarak enerji üretimi ve sulama imkânlarının sağlanması ise hukuk bilimine düşen bir görevdir. Ancak ırmağın yatağı ıslah edilirken nasıl ki onun doğasına aykırı olacak şekilde ırmağın yatağı değiştirilemiyor ya da akışı ters yöne çevrilemiyorsa, ekonominin kuralları göz ardı edilerek de hukuk kuralları oluşturulamaz. Hukuk, ekonominin yasalarını tersine çevirmeye değil, ancak belirli ve uygun bir sınır içinde düzenlemeye ve sakıncalarını azaltmaya uğraşır.[59]

Hukuk ve ekonomi, dünyada sınırlı maddi kaynaklara sahip insanoğlunun, bu kaynakları nasıl kullanacağı konusunu birlikte düzenlemelidir. Başka bir deyişle ekonomik konularla ilgili hukuki düzenlemeler yapılırken ekonomi biliminin temel kuralları daima dikkate alınmalıdır. Hukuk ve ekonominin kuralları, bu kaynakların adalet ve hakkaniyet ilkelerine göre dağıtılması konusunda araçlar olarak görülebilir. Her iki bilimin kuralları, ilk bakışta birbirinin alternatifi gibi görünse de, aslında birbirleri ile çok yakın ilişki içindedirler.

Hukuk kuralları, genellikle, ekonominin üretim ve tüketim aşamalarının tümünü içine alacak şekilde ticari ilişkileri kolaylaştırmak ve bu ilişkilerde insanların birbirlerine zarar vermelerine engel olmak için oluşturulur. Bu arada ekonomik piyasalar, mülkiyet hakları ve sözleşmeler yargı organlarıyla korunmak suretiyle hukuki kurumlar tarafından şekillendirilir. Ancak hukuk ve ekonomi bilimleri arasında teorik anlamda bu kadar yakın bir ilişki olmasına rağmen, gerçek hayatta bu iki disiplinin birbiriyle yeterince işbirliği içinde olduğu söylenemez.[60]

Ekonomik sistemin yapısı ve insan ihtiyaçlarını karşılama konusundaki yeterliliği, zorunlu olarak hukuk kurallarına bağlıdır. Doğru/iyi hukukun bulunmadığı ya da hukukun iyi işlemediği bir toplumda ekonomik ilişkilerin de sağlıklı yürümesi ve dolayısıyla insanların ekonomik ihtiyaçlarının iyi karşılanması mümkün değildir. Örneğin serbest piyasa şartlarında ekonomik ilişkiler, rekabet kurallarına göre düzenlenir. Yani ekonomik faaliyetlerin temeli, rekabet esaslarına dayanır. Rekabet esasları ise, hukuk sistemi tarafından oluşturulur. Ekonomik ilişkilerde adalet düşüncesiyle bağdaşmayan haksız rekabet, ancak doğru bir rekabet hukuku sayesinde önlenir. Doğru bir rekabet hukuku oluşturulmadığı takdirde ekonomide rekabetten değil, ancak kargaşadan söz edilebilir.

---

[59] Yrd. Doç.Dr. Bünyamin Gürpınar, Hukuk ve Ekonominin Ortak Temelleri.
[60] Yrd. Doç.Dr. Bünyamin Gürpınar, Hukuk ve Ekonominin Ortak Temelleri.

Ekonomik ilişkilerin düzenlenmesi, yeni ürün ve üretim tekniklerinin geliştirilmesi, ekonomik ve ticari faaliyetlerde uluslar arası rekabet şartlarının hazırlanması, üretimde belirli standartların yerleştirilmesi, kamu mülkiyetinin düzenlenmesi gibi konular, doğru ve gerçek hukuk bilgileriyle çözümlenmesi gerekmektedir. Ancak bu alanlarda düzenleme yapacak hukukçuların, ekonomi biliminin verileri ve özelliklerini dikkate almaları gereklidir. Bugün hukuk ve ekonomi arasındaki ilişki, hukuk eğitimine de yansımıştır. Hukuk fakültelerinde ekonomi ve iktisat derslerinin varlığı, hukuk ile ekonomi bilimlerinin birbiriyle olan sıkı ilişkisini açıkça göstermektedir. Hatta bu ilişki nedeniyle, bazı üniversitelerde **ekonomi hukuku** bir yüksek lisans programı olarak bilimsel çalışma alanı haline getirilmiştir. Bu nedenle, ekonominin hukuki altyapısını iyi bilen ekonomistlere, hukuk kurallarının ekonomik etkilerini kavrayabilen hukukçulara ihtiyaç olduğu, yani hukuk ve ekonomi alanında yetkin insanların yetişmesi gerektiği söylenebilir.[61]

Sonuç olarak hukuk kuralları ekonomik faaliyetleri şekillendirmekte olduğundan ekonominin temel verileri, kanun koyucular, hukuk bilimciler ve hukuk uygulayıcıları açısından büyük önem taşımaktadır. Birçok açıdan hukuk ve ekonomi birbiriyle çok sıkı bir ilişki içindedir. Bu sıkı ilişki, hukuk ve ekonomi bilim dallarının birlikte uygulama yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Hukukun, toplumun ekonomik ihtiyaçlarını karşılama işlevini tam olarak yerine getirebilmesinde bu ilişkinin önemi büyüktür. Bu konuda kanun koyucu ve hukukçuların, hukuk kurallarını oluştururken, ekonominin temel ilke ve verilerini dikkate almaları gerektiği, aksi halde büyük sorunların ortaya çıkabileceği bilinmelidir.

C. HUKUKUN DİĞER SOSYAL NORM VE DEĞERLERLE İLİŞKİSİ

Bilindiği gibi norm; yargılama ve değerlendirmelerin kendisine göre yapıldığı ölçüt; uyulması gerekli olan ilke anlamına gelir. Toplumsal hayatı düzenleyen hukuktan başka bazı sosyal değerler bulunmaktadır. Hukukun daha iyi anlaşılabilmesi için onun diğer sosyal değerlerle ilişkisinin ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

İnsan hayatına yön veren ve insan davranışlarını düzenleyen normlar; hukuk, ahlak, din, örf adet, mantık ve estetik gibi normlardır. Estetik ve mantık normları, hukuk normlarından kolayca ayırt edilebilir. Çünkü estetik (güzellik duygusuyla ilgili) kurallar insanın duygusal yanına, mantık normları ise düşünce yapısına ilişkindir. Ancak ahlak, din ve örf adet normlarının hukuk normlarından ayırt edilmesi o kadar kolay değildir. Hâlbuki pozitif hukuk bilimi, neyin hukuk normu olduğunu, neyin olmadığını kesinlikle bilmek; hukuku diğer sosyal/toplumsal değerlerden ayırmak durumundadır.[62]

Her toplumda toplumsal hayatı düzenleyen sosyal norm ve değerler vardır. Yukarıda da belirtildiği gibi bu norm ve değerler; hukuk, örf adetler, görgü kuralları, etik ve estetik değerler, din ve ahlaktır. O halde hukuk normları,

[61] Yrd. Doç.Dr. Bünyamin Gürpınar, Hukuk ve Ekonominin Ortak Temelleri.
[62] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

toplumsal hayatı düzenleyen sosyal norm ve değerlerden biridir. Bütün bu sosyal norm ve değerler toplumda düzen ve güveni sağlamaya yöneliktir.

Hukuk, toplumsal düzen kuralları içinde devletin maddi yaptırım gücüne sahip olanıdır. Bu sosyal değerlerin her biri kendisine göre farklı özellikler taşımakta ise de, birçok ortak ve benzer işlevler görmekte ve birbirleriyle çok sıkı bir ilişki içinde bulunmaktadırlar. Aralarındaki önemli farklılıklara rağmen ortak özellikleri, insanların maddi ve manevi dünyalarını ve davranışlarını etkileyerek sosyal hayatı düzenleyen kurallar olmalarıdır. Bu yönüyle hukuk ile birlikte bütün diğer sosyal değerler, birbirlerine destek olmakta ve birbirlerini tamamlamaktadır. Hukukun niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından onun diğer sosyal değerlerle ilişkisini ayrı ayrı ve daha yakından görmekte yarar bulunmaktadır.

1) HUKUK VE ÖRF ADETLER

Her toplumda insanların davranışlarını düzenleyen bir takım kurallar ve standartlar vardır. Toplumların tarih sürecinde yaşadıkları hayat içinde yerleşmiş ve benimsenmiş, insanların diğer insanlarla ilişkilerinde uymak zorunda oldukları ve büyüklerinin sözlü anlatımlarıyla öğrendikleri, kuşaktan kuşağa aktarılan standart davranış kurallarına örf adetler denir.[63]

Örf adet kuralları; toplumsal hayatta bugüne kadar süregelen davranış kalıplarının bundan sonra da devam etmesini buyuran alışkanlıklardır. Alışkanlıklar, bireysel olduğu gibi toplumsal da olabilir. İşte, toplumsal alışkanlıklardan doğan örf adetler, insanları birbirine bağlayarak, sosyal ilişkilere bir rahatlık ve kolaylık sağlar.

Örf adetlerin, hayatımıza büyük ölçüde etkili olduğunu söyleyebiliriz. Örf adetlere göre, her durumda uygun olan ve olmayan davranışlar vardır. Örf adetler olmasaydı toplumsal hayatta karşılaştığımız değişik olay ve durumlarda nasıl davranacağımızı yeni baştan düşünmek zorunda kalacak, başkalarının nasıl davranacaklarını da hiçbir zaman tahmin edemeyecektik. Her gün değişik konularda nasıl davranacağımızı yeni baştan düşünmek zorunda kalmak insan hayatını çekilmez kılardı. O halde örf adetler; toplumların, hayatı kolaylaştırmak için ortaya koydukları bir buluştur.[64]

Örf adetler, toplumsal iradenin bir görünümü olup doğrudan doğruya hayatın ihtiyaçlarından doğar. Hukuk da toplum içinde var olabileceğine göre, genel olarak örf adetlere uymak, içeriğinde onları yansıtmak durumundadır. Hatta toplumsal ilişkileri düzenleyen hukuk, önceki çağlarda bütünüyle örf adetlerden meydana gelmiştir. Örf adetler, eskiden olduğu şekliyle hukuku oluşturan tek kaynak olmasa bile, bugün de hukukun temel kaynaklarından biri olduğu ve hukukun oluşturulmasında etkin faktörlerden olmaya devam ettiği söylenebilir.[65]

2) HUKUK VE DİN

[63] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[64] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[65] Prof.Dr.Yasemin Işıktaç, Hukukun Toplumdaki Fonksiyonları.

İslam düşünürleri dinin tanımını şöyle yapmaktadırlar: "Din, akıl sahibi insanları kendi tercihleriyle bizzat hayırlı olan şeylere götüren ilahi kurallar bütünüdür." Bu tarifte temel noktalar-dan biri dinin ilahi kaynaklı olduğunun vurgulanmasıdır. Buna göre **gerçek din** beşer kaynaklı olamaz. Yine bu tariflerde dinin **akıl** ve **irade** ile ilişkisi gösterilmiştir; bu da dinin bir **akıl ve tercih** konusu olduğu anlamını taşır. Son olarak dinin insanları özü itibariyle hayır olana yönelten kurallar şeklinde tanımlanması dinin sadece inanç değil aynı zamanda bir eylem ve davranışlar alanı olduğunu gösterir. Buna göre din, insanın evrendeki varlıkları gözlemleyerek duyular üstü ilahi gerçekleri kavramasından ibaret görülebileceği gibi kişinin kendi çabasıyla ulaşamayıp, sadece vahiy kanalıyla elde edebildiği gerçekler bütünü olarak da tarif edilebilir.[66]

Din, insanlara belli bir hayat tarzı ve dünya görüşü sunan ilkeler/kurallar bütünü; Tanrıya isteyerek inanma/bağlanma ve O'nun emir ve yasaklarına uygun iradi davranışlarda bulunma olgusu; ahlaki değerlere inanmayı sistemleştiren ibadetler bütünüdür. Arapça bir sözcük olan din kavramı 'yol, hüküm, benimsemek, kabul etmek, ikrar etmek' anlamlarına gelmektedir. Batıda ise din kelimesinin karşılığı olarak **ibadet** anlamını taşıyan '**religio**' kullanılmıştır.[67] Batıdaki gibi dinin, sadece ritüeller biçiminde **ibadet** olarak tanımlanması, eksik bir tanımlamadır. İlahi temele dayanmadığı halde 'din' olarak gösterilen inanış ve anlayışların, felsefi görüşlerden ibaret olduğu söylenebilir. Kavram olarak aşkın bir varlığa bağlanma ve bu inancın gerektirdiği düşünce ve uygulamaların bütünü şeklinde ifade edilen **din**, bir inanç, ibadet ve ahlak sistemidir.[68]

a) Dinin Hukuk ve Toplum Üzerindeki Etkisi

Durkheim, dinin toplumla ve ahlakla çok sıkı bir ilişki içinde olduğunu söyleyen düşünürlerden biridir. Ancak **dinin** kaynağını topluma dayandıran Durkheim, onu sosyal tecrübenin bir yansıması olarak ele alır. Böylece kutsal/ilahi olanla sosyal/beşeri olanın aynı şeyler olduğunu ileri sürerek din bakımından önemli iki unsur olan tapanla tapılanı karıştırmış ve hataya düşmüştür. Bütün dinlerin, özellikle de (büyük) **ilahi dinlerin** toplumsal şartların bir ürünü olarak ortaya çıktığını savunmak oldukça hatalı bir davranıştır. **Wach, Comte**'un ve **Durkheim**'in toplumla kutsalı/dini bir tutmasını '**gülünç bir yanlış anlama**' olarak değerlendirmektedir. (Yrd. Doç. Dr. Mustafa Keskin, Din ve Toplum)

Dinin, toplumsal düzeyde ne tür etkiler yarattığı konusu, günümüzde din sosyolojisinin temel konusunu oluşturmaktadır. **Weber**'in din sosyolojisi anlayışı, sosyoloji ekollerinin aşırı tutumlarının yanlışlığını ve din konusunda orta yolun tutulması gerektiğini göstermiştir.

Dinin en temel işlevlerinin başında, insan ve toplumlara belli bir **zihniyet kazandırma** veya **yeni bir dünya kurma ideali** kazandırması gelmektedir. Nitekim **Berger**'in ifadesiyle: "Hayata anlam ve gaye kazandıran din, insanın

[66] İ. Ansiklopedisi, DV. Yayınları.
[67] Doç.Dr. Ahmet Çaycı, Mitoloji ve Din-Kavramlar ve Tanımlar.
[68] Yrd. Doç. Dr. Mustafa Keskin, Din ve Toplum.

dünya kurma girişiminde stratejik bir rol oynamaktadır. Din, evrenin tamamını insan açısından anlamlı bir varlık olarak kavramanın cesur bir girişimidir. Bütün büyük (ilahi) dinler (özellikle de İslam), hayatın bütün sorunlarıyla ilgili oldukça zengin bir fikri içeriğe sahiptir." **Berger**'e göre, toplumsal gerçekliğin en önemli unsurlarından birisi olan din, insan ve toplumların davranışlarının belirlenmesinde merkezi bir konuma sahiptir.[69]

Din sosyolojisinin kurucusu olarak kabul edilen **Weber**, bir dinin etkisiyle bireylerde oluşan zihniyetin, sadece doğal âleme ilişkin değil, aynı zamanda aile ve evlilik, iş ve meslek hayatı, ekonomi, eğitim, hukuk gibi birçok sosyal olaylara ilişkin de belirli davranış kalıpları oluşturmasına neden olduğu görüşündedir. Ona göre din, belirli bir zihniyet oluşturarak toplumların kültürleri üzerinde etkili olmakta, kültürler ise birey ve toplumların davranışlarına yön vermektedir.

Freyer de, dinin, iktisat, hukuk, sanat, ilim, eğitim gibi kültürün bir parçası şeklinde değerlendirilemeyeceğini, bunlardan farklı olarak dinin kuşatıcı bir yönünün bulunduğunu belirtmekte ve şöyle demektedir: "Sonuç olarak din, kültürün kendisinden ayrılması mümkün olan bir parçası değildir. Belki o, zihniyetiyle bütün kültür alanlarına nüfuz etmiş (işlemiş) bulunmaktadır. **Wach**'a göre de "Din, çok çeşitli biçimlerde devleti; hukuk, uygulama, şekil ve içerik bakımından etkiler ve yönlendirir." Dinin, diğer bir önemli toplumsal işlevi de **sosyal kontroldür.** Yani din, insanları bazı kuralların sınırı içerisinde tutarak toplumsal düzeni sağlamaya yardım etmektedir. **Berger**'e göre "dinin, toplumsal hayatta hoş karşılanmayan davranışlardan (insanları) uzak tutacak şekilde **insan bilincini** şekillendirebilmesi, onun en belirgin işlevlerinden birisidir."[70]

Din, insanın **Tanrı** ile olan ilişkilerini düzenlediği gibi, insanın diğer toplum bireyleriyle olan ilişkileri konusunda da kurallar getirmektedir. Din, bireyleri değişik biçimlerde yönlendirerek toplumsal düzenin sağlanmasında önemli işlevler görür. Din, iyi ahlaklı olma; haklara saygılı davranma, yardımlaşma; insanların birbirleri hakkında sürekli olarak iyi şeyler düşünmesi (iyi niyet) gibi yüksek ahlâki değerlere yönelik norm ve ilkeler içerir.

Dinin, toplumsal hayatta hak ihlali ve suç davranışlarından insanları uzak tutacak şekilde sağlam bir vicdan ve **ahlaki bilinç** oluşturması, hukukun amaç ve işlevleriyle tam anlamıyla örtüşmektedir. Dinin bu işlevi, hukukun bir tür koruyucu hekimliği gibidir. Bireylerde ve toplumda ahlaki bilinç ve zihniyet oluşturarak onların toplumsal barış, kardeşlik ve güveni sağlamaya yönlendirmesi ve onları hak ihlali ya da suç davranışlarından uzak tutması, din ile hukukun buluştuğu temel noktalardan biridir. Çünkü bu anlamda dinin de hukukun da temel amacı toplumsal barış ve güveni sağlamaktır.

Her türlü hak ihlali ve suç davranışının en temel nedenlerinden biri, bireylerde sağlam bir vicdanın oluşmaması ya da ahlaki bilincin tam olarak gelişmemiş olmasıdır. Din, insanlarda sevgi, şefkat ve merhamet duygularının gelişmesini sağlar ve onların kalplerini yumuşatır. İnsanlarda yerleşmiş sevgi, şefkat ve merhamet duyguları, herkese hak ettiği şeyi vermek anlamına gelen **adalet**

[69] Yrd. Doç. Dr. Mustafa Keskin, Din ve Toplum.
[70] Yrd. Doç. Dr. Mustafa Keskin, Din ve Toplum.

değerinden daha **üstün değerler** olduğundan, toplumsal hayatta hak ihlali ve suç davranışlarının önlenmesinde etkin rol oynar. Bu ise, hukuk sisteminin yükünü azaltır.

b) Batıda Hukuk-Din İlişkisinde Yaşananlar ve Bunun Bize Yansıması

Din ile hukuk ilişkisi, insanlık tarihi boyunca değişik aşamalar geçirmiştir. Bunlardan en önemlisi, bütün dünya insanlığını ve hukuk sistemlerini etkileyen özelliği bakımından batıda 19. yüzyıl başında yaşanan din ve hukuk ilişkisidir, denebilir. Din ve hukuk ilişkisinde 19. yüzyılın başı, temel kırılma noktası olmuştur. 19. yüzyılın başında batıda gelişen **pozitivizm** akımı, toplumsal hayatın her alanından din ve ahlakın izlerini kaldırdığı gibi, onun **hukuki pozitivizm** versiyonu da **hukuk**u din, ahlak ve değerlerden uzaklaştırmıştır. Bu akım batılı toplumları derinden etkilediği gibi Osmanlının son dönemlerinden itibaren bizim aydınlarımızı ve toplumumuzu da ciddi olarak sarsmış ve onların beyinlerinde din, hukuk, devlet ilişkilerinin nasıl kurulacağı konusunda tereddütler doğurmuştur.

Şüphesiz ki batıdaki dine karşı bu mesafeli duruşun ortaya çıkmasında, o dönemde Hıristiyanlığın bazı aşırı düşünce, akıl ve insanlık dışı uygulamalarının büyük payı vardır. Ancak bu ifrat, tam tersine bir gelişmeyi (tefriti) doğurmuştur. Batı'da Kilise'nin aşırı taassup ve baskısı, genel olarak dinin aleyhinde bir düşünce akımının (rasyonalizm/akılcılık) ortaya çıkmasına neden olmuş, Orta Çağdaki Hıristiyanlık uygulamasının bu ağır baskısına tepki olarak ortaya çıkan pozitivizm ve rasyonalizm akımları bütün ilahi dinlere karşı bir muhalefete dönüşmüş; insan aklı ve duyuları mutlaklaştırılmış, böylece akıldan ve duyulardan yana **aşırılığa** düşülmüştür.

Dine karşı bu mesafeli ya da uzak duruş, hukuk ve diğer sosyal normları en kıymetli hazine ve kaynaktan mahrum bırakmıştır. Çünkü dini ve ahlaki değerler, bütün sosyal normların en önemli ve güçlü kaynaklarından biridir. 19. yüzyılın başına kadar Hıristiyanlık dini adına batıda görülen akıl ve insanlık dışı uygulamalar, seküler bir hayat anlayışının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Osmanlının son dönem aydınları ile bugünkü aydınlarımızın temel problemlerinden birisi, dini (yani İslam'ı, hatta bütün dinleri) aslına uygun olarak kavramak ve diğer sosyal normlarla ve özellikle de hukukla nasıl bir ilişki içinde olduğunu objektif olarak ortaya koymaktır.

Bazı akıl dışı teori ve uygulamalarıyla Hıristiyanlık; batının, gerçeği arama konusunda güçlü bir istek ve çabaya sahip olan büyük entelektüel düşünür ve dehaları için tatmin edici cevaplar sunamamıştır. Diğer yandan Kilise; aforoz, engizisyon, ateş ve hatta ölümler şeklinde acımasız baskı yöntemleriyle insanlar üzerine yürümüş, bu da batıda yüzyıllar boyunca insan düşüncesini çıkmaza sürükleyen din-bilim çatışmasına neden olmuştur. Ancak Hıristiyanlık adına yapılan ifrata (olumlu aşırılığa) karşı haklı olarak cephe alan batılı hukukçu, sosyolog ve düşünürler, Hıristiyanlığın yanlışlarına karşı çıkarken, din olgusuna bütünüyle cephe almaları, ya da bütün dinlere karşı düşman olmaları, onları hayatın dışına itmeleri gibi başka bir yanlışlık içine yani tefrite (olumsuz aşırılığa) girdikleri anlaşılmaktadır.

Batıda Hıristiyanlığın yanlışlık ve aşırılıklarına karşı gelişen rasyonalizm ve pozitivizmin sonuçları şu şekilde özetlenebilir: 1) Kilise ve devlet ayırımı kesinlik kazandı. 2) Akıl mutlaklaştı. 3) Bilim, din ve felsefe yerine geçti. 4) Metafizik inkâr edildi ve bilimin konusu dışında kalan hayatın anlamı, evrenin ve insanın varlık nedeni ve sırrı, ölüm sonrası ile ilgili konular terk edildi. 5) Değersizlik, değer yerine geçti. 6) Tanrı'nın yerine insan konuldu. 7) Modernleşmeyle birlikte gelişen rasyonalizm ve pozitivizm akımları, her alanda olduğu gibi hukuk alnında da etkili oldu. İşte hukuki pozitivizm akımı, bu etkinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Hukuki pozitivizm, ilgili bölümlerde geniş olarak açıklandığı gibi, din, ahlak ve bütün etiksel değerlerin hukuktan dışlanması, hukukun yine hukuk içinden temellendirilmesi girişimidir.

3) HUKUK VE AHLAK

Hukukun diğer sosyal düzen kurallarıyla ilişkilerini incelediğimiz bu bölümünde şüphesiz ki hukuk ve ahlak ilişkisi konusu özel bir öneme sahiptir. Çünkü hukukun tanımlanması ve farklı hukuk anlayışlarının ortaya çıkmasında en etkili faktör, hukukun ahlakla ilişkisi konusudur. Hukuk ve ahlâk arasındaki ilişkiye bakıldığında, bu iki kavram arasında özellikle konu ve içerik bakımından benzerlikler bulunmaktadır. Hukuk ve ahlak ilişkisi konusu, bu önemi nedeniyle kitabın 'hukuk ve etik ilişkisi' diye ayrı bir başlık altında daha geniş olarak aşağıdaki bölümlerde ele alınmıştır.

II. AHLAK, ETİK VE DEĞERİN TANIMI VE NİTELİĞİ

A) AHLAK, ETİK VE DEĞER KAVRAMLARI

Birbirleriyle çok sıkı bir ilişki içinde olan ve günlük hayatta çoğunlukla aynı anlamda kullanılan ahlak, etik ve değer kavramları aslında birbirlerinden farklıdır. Ahlak, toplumsal hayatta bireylerin uymak zorunda oldukları davranış kuralları olarak tanımlanırken, etik, kısaca ahlak felsefesidir. (Doğan Özlem, Etik Ahlak Felsefesi) Değer ise, bireylere ve topluma yön veren, davranışlarını belirleyen temel ilkelerdir. Değer, etik ve ahlaka göre daha kapsayıcı bir kavramdır. Her iki kavramı da içine alır. Ahlak, etik ve değer kavramlarının doğru tanımlanması, hukuk ve ahlak/etik/değer arasındaki ilişkinin de doğru ve sağlam temellere dayanmasını sağlar. Eğer hukuk ile ahlak/etik/değer arasında önemli bir ilişki varsa; bu ilişkinin mahiyeti nedir ve hukukla ilişkili olan ahlak, etik ve değer kavramlarının nitelikleri nelerdir? Hukukun, ahlak, etik ve değerle bağlantısının olup olmadığı konusunda karşımıza çıkan temel görüşlerden birisi, hukuk ile ahlak/etik/değer arasında hiçbir ilişkinin olmadığı yönündeki anlayıştır ki, bu 'hukukun oluşturulması' bölümünde incelenmiştir. İkincisi ise, hukuk ile ahlak/etik/değer arasında önemli bir ilişkinin olduğu görüşüdür. Ancak hukuk ile ahlak/etik/değer arasında önemli bir ilişkinin var olduğunu kabul eden anlayış sahiplerinin, bununla bağlantılı olarak üzerinde durmaları gereken önemli bir konu da, ahlak, etik ve değer kavramlarının doğru anlamlarını bulmak ve ortaya çıkarmaktır. Başka bir deyişle, hukuk ile ahlak, etik

ve değer arasında bir ilişkinin varlığını kabul etmek kadar, ahlak, etik ve değer kavramlarının doğru tanımlanması da önemlidir. Hukuk-değer ilişkisini kabul etmekle birlikte, doğru tanımlanmayan ahlak, etik ve değer anlayışına sahip olanlar, yeni sorunlarla karşılaşacakları muhakkaktır. Çünkü ahlak, etik ve değer kavramları, felsefe tarihinde en çok tartışılan ve farklı anlamlar verilen kavramlardır.

1) AHLAK

a) TANIMI

Ahlak; sözlükte seciye, tabiat, huy anlamlarına gelmektedir. Ahlak kavramı, Arapça 'hulk' sözcüğünden türemiş olup iki anlamı içinde barındırmaktadır. Birincisi; insanın fıtrat, tabiat, yaratılış ve ruh özelliklerinin tümünü dile getiren bir deyimin çoğulu olarak 'huylar, seciyeler, mizaçlar, alışkanlıklar' anlamına gelirken, ikincisi; yaratılmış veya yaratıklar, yani halk veya toplum anlamına gelir. Buna göre ahlak, insanın bir amaca yönelik olarak, kendi istek ve iradesiyle iyi davranışlarda bulunup, kötülüklerden uzak kalmak istemesidir. Ahlak, insanların fıtratlarına, yani yaratılışlarına uygun olan davranış biçimlerinin bütünüdür. Ahlak, insanların ruhlarında/nefislerinde yerleşik olan iyi/güzel veya kötü/çirkin eğilimlerin, doğuştan gelen veya sonradan kazanılan iyi ve kötü davranışların toplamıdır.[71]

Başka bir tanıma göre ahlak, insanın iyi veya kötü olarak nitelendirilmesine yol açan huyları ve bunların etkisiyle ortaya koyduğu iradeli davranışlar bütünü, bu konularla ilgili ilim dalı; ya da bir toplumda veya sosyal grupta belli bir dönemde benimsenmekte olan ve bireylerin birbiriyle ilişkilerini düzenleyen doğru ve yanlışa yönelik davranış kurallarının bütünüdür.[72]

Ahlak, insan hayatının düzenlenmesi, idaresi ve özgürlüğünün iyi/doğru kullanılması ilmidir. Ahlak aynı zamanda iyi olma sanatıdır.[73] Ahlak, insan davranışlarını idare eden ideal kuralların ilmi ve bunları hayatın değişik durumlarına en iyi şekilde uygulayabilmek sanatıdır.[74] Bir tanıma göre ahlak, belli bir dönemde belli insan topluluklarınca benimsenmiş olan, bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen davranış kurallarının, yasalarının, ilkelerinin bütünüdür.[75]

İslam düşünürleri ahlakı, bir tür 'ruhi tababet' yani ruh hekimliği olarak kabul etmişlerdir. Çünkü onlara göre ahlak, nefiste yerleşik olan yatkınlıklar/eğilimlerdir. Bu yatkınlıklar sayesinde bireylerin davranışları, onların nefislerinde herhangi bir fikrî ve iradî zorlukla karşılaşmadan ortaya çıkar. Eğer bu yatkınlıklar/eğilimler iyi yönde olursa ondan erdemler/faziletler yani iyilikler; kötü yönde olursa da kötülükler/reziletler ortaya çıkar. İşte ahlakın temel görevi, insan nefsi (asli/ruhi varlığı) hakkında doğru bilgiler vermek ve onu kendisinden erdemli/faziletli

[71] İ. Ansiklopedisi, DV. Yayınları.
[72] Ahlak Terimleri-Ansiklopedik sözlük/Prof. Dr. Ali Seyyar.
[73] Alexis Bertrand-Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[74] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[75] Prof.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.

davranışlar çıkacak biçimde sürekli eğitmek ve terbiye etmektir.[76] Meşhur ahlak düşünürü Kınalızade Ali Efendi'ye göre ahlak, mevcut 'olanı' ahlakı değil, 'olması gereken' ahlakı ifade eder. Bu nedenle ahlak, bireylerin fiilen nasıl yaşadıklarını değil, nasıl yaşamaları gerektiğini bildiren kurallar bütünüdür.[77]

Kâtip Çelebi, Keşfüz-zunun adlı eserinde ahlakı şöyle tanımlamaktadır. "Ahlak ilmi, faziletler (iyilikler) ve reziletler (kötülükler) ilmidir ki, nefsi faziletlerle süsleme ve reziletlerden koruma yollarını gösterir." Bu tanım, ahlak kavramını çok güzel bir biçimde ortaya koymaktadır.[78] Ahlak, iyiliğin ideal hayat düzeninin bilimidir. Ahlak, en iyi davranış tarzının ve en iyi hayat biçiminin ne olduğunu belirtmeye çalışır. Ahlak, hangi davranış ve duyguların iyi, hangi davranış ve duyguların kötü olduklarını gösterir.[79]

Kelime anlamı ile huy, hal ve hareket tarzı gibi manalara gelen ahlak, insanda yerleşmiş bulunan bir karakter yapısına işaret etmekte ve fertlerin iradi hareketleriyle ilgilenen bir alan olmaktadır. Zamana, toplum ve kültürlere göre değişiklik gösteren davranış biçimlerine karşılık ahlak, zorunlu ve değişmeyen davranış kurallarına işaret etmektedir.[80]

Ahlakın yukarıda yapılan tanımları, ahlak konusunda iki temel bakış açısının varlığını bize gösteriyor. Birincisi, belli bir toplumda ve belli bir dönemde yaşanmış ya da yaşanmakta olan, toplumsal hayatta uygulanarak somut hale gelmiş bir (olan) ahlakı ifade eden anlayıştır. İkincisi ise, 'olması gereken' ideal ahlak kurallarını ortaya koyan anlayıştır. Her iki tanım ve anlayış arasında ciddi farklılıklar vardır. 'Olması gereken' ahlak, insanların nasıl yaşadıklarını değil, nasıl yaşamaları gerektiğini bildirir ve bu niteliğiyle o daima örnek alınacak ahlak kuralları olarak kalmaya devam eder. Birey ve toplumlar 'olması gereken' ahlaka, pratik hayatta ister uysunlar isterse tam olarak uymasınlar, onlar hiç değişmeden ideal varlıklarını 'olması gereken' olarak sürdürürler. Bu nedenle ahlakı, sadece belli bir toplumda ve belli bir dönemde yaşanan, yani 'olan' ahlak olarak tanımlamak, ciddi bir eksiklik olacaktır. Çünkü belli bir toplumda belli bir dönemde yaşanmış ya da yaşanmakta olan ahlak, o toplumun ahlaki değer yargılarını gösterir ve bu ahlaki değer yargıları toplumdan topluma değişiklik gösterebilir. Ancak bu bizi, ahlakın her topluma ve zamana göre değişebileceği yanılgısına düşürmemelidir. Değişen sadece ahlaki değer yargılarıdır, ahlaki değerlerin bizatihi kendisi değildir.

Bazı düşünürler, 'ahlak nedir' sorusundan önce 'insan nedir' sorusuna cevap verilmesi gerektiğini söylerler. Çünkü insanın ne olduğu, nereden gelip nereye gideceği ve sonunun ne olacağı sorularına doğru cevap verilebildiği takdirde onun, hayatı boyunca neleri değerli sayması ve nasıl davranması gerektiği konusuna da açıklık getirilebilir. Nelerin değerli olduğu, nelerin yapılması gerektiği soruları, sonuçta bizi 'ahlaki değer' görüşüne götürür. İnsan, neyin iyi neyin kötü olduğuna

[76] Kınalızade Ali Efendi, Ahlak-ı Âlâi, sadeleştiren: Hüseyin Algül.
[77] Kınalızade Ali Efendi, Ahlak-ı Hamide.
[78] Prof.Dr. C.Can Aktan, Toplam Ahlak.
[79] M.Münir Raşit Öymen, Ahlak Eğitimi.
[80] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakın Dini Temeli.

ilişkin bilgiye sahip olunca, eylem ve davranışlarını hangi amaca yöneltmesi gerektiği de ortaya çıkmış olur.[81]

İnsan, bir beden bir de nefisten/ruhtan oluşan varlıktır. Nefsin; a) Bitkisel/nebati düzeyde; beslenme, büyüme ve üreme güçleri, b) Hayvani düzeyde; bitkisel düzeydeki güçlere ilaveten hareket etme ve anlama güçleri, c) İnsani düzeyde ise, nebati ve hayvani düzeydeki güçlere ilaveten hareket etme, anlama, bilme, düşünme ve yapma güçleri vardır. Doğru bir ahlak tanımına ulaşabilmek, öncelikle insanın bu üç özelliği dikkate alınarak bütüncül açıdan tanımlanmasına bağlıdır. Çünkü insanın nasıl bir varlık olduğunun bilinmesi, onun hayatta nasıl davranması gerektiği sorununu çözümlemede önemli bir adımdır.

Ahlakın bir başka açıdan tanımı, insanın sahip olduğu üç güçle ilgili olarak yapılmıştır. Bilindiği gibi insanda akıl gücü, öfke gücü ve şehvet gücü vardır. Öfke ve şehvet gücü insanın yaratılışında var olan ham duygulardır. Ahlaki davranış, bu iki doğal güçle ilgili ortaya çıkabilecek iki aşırı tutumdan uzaklaşıp orta yolu bulmaktır. Bu orta yola ulaşabilmek ise, ahlak ve karakter eğitimiyle gerçekleşir. Öfke gücünün terbiye edilmesi ve kontrol altına alınması halinde bu güçten kahramanlık/ şecaat; şehvet gücünün kontrol altına alınması ve evlilik gibi meşru bir yöntemle tatmin edilmesiyle iffet adı verilen ahlaki davranışlar ortaya çıkar.[82]

Akıl da insana doğuştan verilen bir güçtür. Aklın, sahibi tarafından herhangi bir nedenle kullanılmaması ya da kısmen veya tamamen devre dışı bırakılması aşırılık/tefrit olduğu gibi, onun mutlaklaştırılması, bilginin tek kaynağı haline getirilmesi de aşırılık/ifrattır. Akıl gücü konusunda olması gereken denge hali ve orta yol, aklıselimdir. Aklıselim/salim akıl, insana dıştan ya da kendi iç dünyasından gelecek bencil, değişken, aşırı duygu ve etkenlerden uzak kalabilen akıldır. Bencil, değişken, aşırı duygu ve etkenlerin işgali altındaki bir aklın, sahibini doğru yöne götürmesi mümkün değildir. Buna göre ahlaki/erdemli davranış, insanda doğal olarak var olan her bir gücün dengede bulunması halidir. Başka bir deyişle ahlaki/erdemli davranış, iki aşırı ucun (ifrat ve tefrit) ortasında yer alan bir durumdur. Örneğin kahramanlık; atılganlık ile korkaklık arasında yer alır.

Bu açıklamalar ışığında ahlakı; bireylerin, hayatın her alanında nasıl davranmaları gerektiğini gösteren davranış kuralları olarak tanımlamak mümkündür.

Şu da bilinmelidir ki, ahlak kavramının halk arasında daha çok ‘cinsel ahlak’ ya da ‘namus’ anlamında kullanıldığı görülmektedir. Bu yüzden günlük hayatta cinsel ahlak bakımından doğru ve iyi davranışa ‘namuslu’, kötü davranışa ‘namussuz’ davranış denilmektedir. İşin ilginç yanı toplumda ahlak sistemi konusunda yapılan tartışmaların çoğunluğu da cinsel ahlak alanı ile ilgili olmasıdır. Hâlbuki namus, cinsel ahlakla ilgili olup genel olarak ahlaki davranışın bütününü değil, sadece bir bölümünü ifade eder. Başka bir deyişle cinsel davranış, insan davranışlarının sadece bir bölümüdür. Ahlak da cinsel ahlaktan ibaret değildir.[83]

---

[81] İ. Ansiklopedisi, DV. Yayınları.
[82] İ. Ansiklopedisi, DV. Yayınları.

[83] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.

Ahlakın 'namusa/cinsel ahlaka' indirgenmesi biçiminde oluşan yanlış/eksik ahlak anlayışı, toplumun bu konuda yanlış değerlendirmeler yapmasına neden olmaktadır. Örneğin, bazı kesimler, toplumda cinsel ahlaka ilişkin kurallara bağlılığın azalması halinde, toplumun ahlak bakımdan çökeceğine ya da sarsılacağına inandıkları halde; 'adaletli davranmak', 'insanların hak ve hukukuna riayet etmek' gibi toplumu ayakta tutan yüksek ahlaki değerlerin zayıflaması halinde toplum düzeninin bozulacağını bilmez ya da bunu önemsemezler. Demek ki, cinsel ahlak toplumun en fazla önem verdiği ve en çok düzenlemeye ihtiyaç duyduğu bir davranış alanıdır. Bu anlayışın düzeltilmeye ve toplum bireylerinin bütün yüksek ahlaki değerler konusunda duyarlı olmalarını sağlamaya ihtiyacı vardır.

b) AHLAKI DOĞRU TANIMLAMANIN ÖNEMİ

Hukuku önceleyen, başka bir deyişle hukuka göre önceliğe sahip olan ahlakın, hangi ahlak tanımına dayandığı önemlidir. Çünkü ahlak felsefesi tarihine ve günümüzdeki yansımalarına bakıldığında, çok farklı ahlak anlayışlarının bulunduğunu; ahlakın, gittikçe bireylerin değişken/ rölatif istek ve menfaatlerine dayandırılmaya çalışıldığını görmekteyiz. Her birini karşılaştırmak ve değerlendirmek için bu farklı ahlak anlayışlarını bu bölümün alt başlıkları içinde kısaca özetledik. Özellikle günümüzde bireysel özgürlüğün öne çıkması ve aşırı bireyselciliğin yaygınlaşması; yanlış özgürlük anlayışının sonucu olarak bireylerin, kendilerini sınırlayan genel ahlak ve değer ölçülerine mesafeli duruşları, neredeyse herkese göre farklı (rölatif/değişken) bir ahlak anlayışını beraberinde getirmektedir. Günümüzde ahlak alanında karşılaşılan en büyük yanlış, **ahlakın**, herkesi bağlayıcı olmayan; yer ve zamana göre ve bireyden bireye değişen (rölatif) bir yapıya; insanüstü ve aşkın bir otoriteye değil, bireylerin değişken menfaatlerine, haz, zevk ve duygularına dayandırılmasıdır.

Ahlak konusunda diğer bir yanlışlık; bireylerin, genellikle ahlaki değerleri hayatın her alanında tam olarak uygulamak ve değerlerle yaşamak yerine sadece belirli alanlarda ve bölük pörçük biçimde yaşamalarıdır. Bunun nedeni, bireylerin ahlaki bilinç eksikliği ve gönül dünyalarındaki dağınıklıktır. Ahlak alanındaki bu bölünmüşlük, dağınıklık ve ilkesizlik, bireylerin ve toplumların, benzer olaylar karşısında çok farklı tutum ve davranış ortaya koymalarına neden olmaktadır. Ahlaki değerler yönünden belirli sabit ilkelere bağlı olmayan bireyler ve toplumlar, ilkesiz; konjonktüre uygun olarak ya da durum ve vaziyete göre davranmaktadır. Toplam ahlak anlayışına sahip olmayan insanlar, dağınık ve parçalı ahlaki tutum ve davranış sergilemektedirler.

Genellikle bireyler, aile hayatında sevgi, fedakârlık, hoşgörü gibi bir takım ahlaki değerleri yaşıyorsa da, hayatın diğer alanlarında; toplumsal ilişkilerde, ticari ve mesleki hayatta bu değerleri yaşama konusunda isteksiz davranmaktadırlar. Yine bazı anne ve babalar, aile hukuku içinde kendi çocukları arasında **adalet** ve eşitlik gibi ahlaki değerleri uygulamazken, ülkeyi idare edenlerin adaletsiz uygulamalarından yakınmaktadırlar.

Değişken (rölatif) ahlak anlayışını benimseyen bireylerin, benzer olaylar karşısında gösterdikleri tutum ve davranışlar bile farklı farklıdır. Bu dağınık ve

bölünmüş ahlak anlayışıyla; sabit, değişmez, evrensel ahlak ve hukuk ilkelerine ulaşmak mümkün değildir. Değişken (rölatif) bir ahlak ve değer anlayışıyla hukuka sağlam bir etiksel temel oluşturulamaz. Hukuka değer niteliği kazandıran ahlakın doğru tanımı ve niteliklerinin tam olarak ortaya konulması, doğru hukukun varlığı ve devamında belirleyici rol oynamaktadır. Hatta denilebilir ki, nasıl bir ahlak anlayışına sahipseniz, ancak ona uygun bir hukuka sahip olursunuz. Çünkü hukukun hem oluşturulması hem de uygulanması ahlaki bir faaliyettir.

c) HUKUKA TEMEL OLUŞTURACAK AHLAK ANLAYIŞINA DUYULAN İHTİYAÇ

Hukuk ve etik/ahlak konusunun, kitabın en belirleyici bölümünü oluşturduğu söylenebilir. Hukukun tanımı ve niteliğine ilişkin bölümlerde, hukuku hukuk yapan temel ölçütün adalet olduğu, adaletin ise bir ahlaki değer olduğu belirtilmiştir. Hukukun alâmetifarikası **adalet** olduğu, adaletin de bir ahlaki değer olduğu ve hukuk mesleğinin temel unsuru olan hukukçuların bir takım ahlaki niteliklere sahip olması gerektiği dikkate alındığında **ahlak** ve daha genel deyimiyle değerler konusunun hukukta merkezi bir önem taşıdığını ifade etmeliyiz. Nitekim hukuk alanında yaygın olarak kullanılan hukuk etiği, yargı etiği, hâkim-savcı etiği, avukat etiği ve noter etiği gibi kavramlar, hukuk işinin ya da hukuk mesleğinin en iyi ve kaliteli bir biçimde yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı gibi hukuk, genel etik ilkelere göre oldukça kısmi kalan meslek ahlakına bırakılamaz. Çünkü meslek ahlakı, etik ve ahlakın yalnız belirli bir bölümünü içine almaktadır. Daha kapsayıcı olan kavram genel ahlak ve etik ilkelerdir.

Hukukla uğraşan ya da hukuk mesleğini yürüten hukukçuların, bu işi en iyi ve kaliteli bir biçimde yapabilmeleri, etik/ahlaki değerlere uygun olarak davranmalarına bağlıdır. Ancak bu konuda doğru sonuçlara ulaşabilmek için **etik** ve **ahlak** kavramlarının ve daha genel ifadesiyle **değerler** konusunun ana hatlarıyla irdelenmesi gerekmektedir. Çünkü etik/ahlak ve değerler konusundaki tartışmalara bakıldığında, farklı ahlak anlayışlarının olduğu görülecektir. O halde temel soru şudur: hukuk alanında bizi en doğru anlayış ve en iyi sonuçlara ulaştıracak etik/ahlak ve değer anlayışı ne olmalıdır?

d) AHLAK DEĞİŞİR Mİ?

Ahlak; yer ve zamana, toplumdan topluma göre değişir mi? Ahlak kurallarını kim koymuştur? İnsanlar bu kurallara uymak zorunda mıdır? Ahlakın, mutlaka uyulması gereken kuralları var mıdır? Ahlakın; yer ve zamana, toplumdan topluma göre değiştiği kabul edildiğinde, bu ahlakın mutlak bir otoritesi bulunabilir mi? Ahlakın ölçüsü ne olmalıdır? Herkes kendi ahlak anlayışının doğru olduğunu savunmaktadır. Bu durumda bu ahlak anlayışlarından hangisi doğrudur? Çağlardan çağlara, toplumdan topluma değişmeyen, her davranışın ölçüsü, her yer ve zamanda geçerli olan, bütün insanların uyacakları genel bir ahlak yasası olabilir mi?

Ahlakın değişebilir (rölatif) olduğu görüşünü savunan bazı düşünürler karşısında **Rousseau** ve **Pascal** gibi ünlü düşünürler, geçici ve yöresel değişikliklerin yanında evrensel ahlaki değerlerin bulunduğuna dikkat çekmişlerdir. Ahlak olayları

bireylerin iradesinden bağımsız olarak bir takım ilkelere bağlıdırlar. **N.Hartmann**, ahlaki değerlerin sürekli değişken olduğu yönündeki görüşün bireyleri ahlak bakımından anarşiye, kargaşaya götüreceğini söylemiştir.[84] Ahlakın değişken olup olmadığı, ahlak kurallarını kimin belirlediği ya da kaynağının ne olduğu konusuyla ilgilidir. Ahlak kurallarının kaynağının ne olduğu sorusuna verilecek cevap, ahlakın değişken olup olmadığını büyük ölçüde belirleyecektir.

Ahlak ve ahlakın kaynağı sorunu; felsefe tarihinde hem teorik hem de pratik yönleriyle yoğun olarak incelenen bir konudur. Örneğin **Platon**'da ahlak konusu, bilgi ile erdem arasında bağlantı kurularak erdemin kaynağının bilgi olduğu şeklindeki bir düşünce üzerine inşa edilmiştir. **Aristoteles,** sadece iyiyi ve erdemi amaç edinen düşünmeyi ahlakın kaynağı kabul eder. **Kant**; insanın, kendi ahlak yasasını yine kendisinin koyması gerektiğini söyler. O'na göre, eğer insan kendi ahlak kurallarını kendi koyarsa ancak özgür, dolayısıyla ahlaki bir kişi olur. Kısaca ahlakın kaynağının insan **aklı** olduğunu ileri sürer.[85]

Sosyolojist bir yaklaşıma göre; insanların, toplum halinde yaşayan varlıklar olduğu, bu nedenle onların birbirleriyle sürekli sosyal ilişkiler içinde bulundukları, ahlak ya da ahlaki değerlerin de bu sosyal ilişkilerden ortaya çıktıkları iddia edilmiştir. Başka bir ifadeyle bu yaklaşıma göre ahlak, bireylerin sosyal ilişkilerinden ortaya çıkmaktadır.

Bireylerin sosyal ilişkilerinden, herkesi bağlayan mutlak bir ahlak kuralı ortaya çıkar mı? Bir toplumda sosyal ilişkilerden bireyler için bazı görevler çıkarılabilir. Ancak bunlar herkesi bağlayan mutlak ahlak kuralları olmayıp sonuçta bireylerin isteklerinden ibarettir ve bunlara mutlaka uyulması zorunluluğu yoktur. Böyle olunca bu kuralları eleştirme imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla bu kurallara uymak nasıl bir ödev ise, onları eleştirmek ve karşı çıkmak da aynı derecede bir ödev olacaktır. Böyle bir durumdan herkesi bağlayan, yer ve zamana göre değişmeyen bir ahlak kuralı çıkmayacağı açıktır. Çünkü ahlak kuralları buyurucu nitelikte olup, insanlardan uygulanmayı beklerler.

2) ETİK

Günlük hayatta etik ve ahlak kavramları aynı anlamda kullanılmakta ise de, aslında bu iki kavram arasında farklar vardır. Etik, ahlakın felsefi temellerini inceleyen ve insan davranışlarının kaynağını irdeleyen bilimdir. Etik ideal ve soyut olanı, ahlak ise somut olan insan davranışlarını konu alır. Bu yüzden etikte ilkelerden, ahlakta ise kurallardan söz etmek mümkündür.

Etik kavramı, Yunanca **karakter** anlamına gelen **'ethos'** kelimesinden türetilmiştir. Ethos'tan türetilen **ethics** kavramı da, ideal ve soyut olana işaret ederek, ahlak kurallarının ve değerlerin incelenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Etiğin ilgi alanı, insanın bütün davranış ve eylemlerinin temelinin araştırılmasıdır.[86]

Etik, kısaca ahlak felsefesidir. Ahlak felsefesinin inceleme konusu, insanların tutum ve davranışlarıdır. Ahlak felsefesi, iyi ve kötünün ne olduğunu, ahlaklı ve

[84] Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak ve Hukuk İlişkisi.
[85] Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak ve Hukuk İlişkisi.
[86] Prof.Dr. T.Mengüşoğlu; aktaran: Prof.Dr. İnayet Aydın, Kamuda Etik.

ahlaksızın ne anlama geldiğini, bu çerçevede insan davranışlarının iyi veya kötü olduğu yargısına nasıl varıldığını inceler. İnsan davranışlarında etkin olan ve onların arka planında yer alan niyet ve amaçları sorgular. Etik/ahlak felsefesi, ahlak konusunun aydınlatılması ve temellendirilmesine yönelik bir fikri çabadır. Ahlak felsefesi, insana ilişkin ahlaki sorunlarda doğrulanabilir bilgiler ortaya koyan bir disiplindir. Acaba ahlaki davranışlara yön veren kararlarımız nasıl oluşmaktadır? Ahlaki kararlarımızı belirleyen doğuştan gelen bir yeteneğimiz var mı? Hırsızlık yapmak, yalan söylemek neden kötüdür? İnsanlara yardım etmek neden iyidir? Bunların iyi veya kötü olmasını belirleyen nedir? İşte etik, bu konularla ilgili yürütülen felsefi bir faaliyettir.[87]

Etik, her şeyden önce istenilecek bir yaşamın araştırılması ve anlaşılmasıdır. Daha geniş bir bakış açısı ile bütün etkinlik ve amaçların yerli yerine konulması; neyin yapılacağı ya da yapılamayacağının; neyin isteneceği ya da istenemeyeceğinin; neye sahip olunacağı ya da olunamayacağının bilinmesidir. Kısacası etik, insan tutum ve davranışlarının iyi-kötü, doğru-yanlış açısından değerlen-dirilmesidir.[88]

Etik, yani ahlak felsefesi, ahlak konusuyla ilgili bir düşünme faaliyetidir. Etik/ahlâk felsefesi, insan davranışlarını ve bu davranışların dayandığı ilkeleri konu alan felsefe dalıdır. Buna göre etik; ahlâk alanında hâkim olan temel ilkeleri, **iyi** ve **kötü**nün ne olduğunu, ahlaklı olmanın ne anlama geldiğini, insanın, davranışlarında özgür olup olmadığını inceler. "Kısacası etik/ahlâk felsefesi, ahlak konusunda sistemli bir düşünme ve araştırma çabasıdır."[89]

Etik/ahlak felsefesi; bir ahlak sisteminde, iyi ve kötünün ne olduğunu, norm/kural koyucu niteliğindeki temel öncüller hâlinde belirler ve bu temel öncüllere göre özgürlük, eşitlik, ödev, sorumluluk, erdem ve yükümlülük gibi kavramların tanımını yapar. Buna göre ahlaki doğruluk da, temel öncüller olarak kabul edilen iyi ile bu iyi kavramına uygun olarak yapılan davranışlar arasındaki tutarlılık olarak görünür. Kısaca **etik** yani ahlak felsefesi, ahlaken iyi ve kötünün ne anlama geldiğini, bireylerde ahlaki bilinç ve yargının nasıl oluştuğunu, ödev ve sorumluluk kavramlarını, ahlaken özgür davranışın niteliğini, bireylerin ve toplumun neden ahlaka uygun davranması gerektiğini inceleyen bir bilimdir.[90]

Etik (ahlâk felsefesi), farklı ahlak anlayışlarını irdeleme, eleştirme ve ahlaki kavramların anlamlarını belirleme, değişik ahlâk türlerini inceleme; bunların özelliklerini, benzerlik ve farklılıklarını ortaya koyma çabasıdır.

3) DEĞERLER

Değerler, ahlak felsefesinin en önemli kavramlarından biridir. Şüphesiz ki insan bir değerler varlığıdır. Onun hayatını anlamlı kılan, sahip olduğu değerlerdir. Değerler, etik ve ahlaka göre daha kapsayıcı bir kavramdır. Her iki kavramı da içine

[87] Prof.Dr. Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş.
[88] Prof.Dr. İnayet Aydın, Kamuda Etik.
[89] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.
[90] Prof.Dr. Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş.

alır. Çünkü etik ve ahlaki değerler, değerlerin önemli bir bölümünü oluşturur. Genel olarak değerler; etik/ahlaki, estetik ve maddi değerler diye üçe ayrılır. Değerler konusunda başka bir ayrım ise; yüksek/yüce değerler, aşağı değerlerdir. Hukukun asıl amacını oluşturan adaletin bir ahlaki değer olması nedeniyle hukuk felsefesinde merkezi bir konuma sahip olan değerlerin niteliğinin araştırılması büyük bir önem taşımaktadır.

a) DEĞERLERİN TANIMI, NİTELİĞİ VE ÖNEMİ

Değer, bireylere ve topluma yön veren, davranışlarını belirleyen ilkelerdir. Her toplum ve birey sahip olduğu değerlere göre davranışlarına yön verir, tercihlerini onlara göre belirler. Değerler, her türlü olgu ve olayı anlamlandırmada insanlara ışık tutan, önünü aydınlatan hayat düsturlarıdır.[91] Değerler; insanların düşünce, karar, tutum gibi bütün davranışlarını yönlendiren birer ölçüt olarak kabul edilir.

Prof. Tolan değerleri şöyle tanımlıyor: "Değerler, bireylerin düşünce, tutum, davranış ve yapıtlarında birer ölçüt olarak ortaya çıkarlar ve toplumsal bütünselliğin ayrılmaz bir öğesini oluştururlar."[92] Prof. Aral'a göre değer; değerlendirmeye konu olan bir şeyin (objenin) değeri algılayan kişi ile ilişkisinde sahip olduğu özelliğidir.[93] Bir başka tanıma göre değerler, "Yapıpetmelerimizi (davranışlarımızı) belirleyen, yöneten, yönlendiren, onların temelinde yatan ilkelerdir."[94] Bu tanıma göre, değerlerle ilişkisi olmayan insan davranışı bulunmamaktadır. İnsanları belirli yönde davranmaya yönlendiren mutlaka bir değer vardır. Bir insan **adaletli** ve **dürüst** davranıyorsa bu, onun, **adaleti** ve **dürüst olmayı** yaşanması gereken bir değer olarak görmesindendir. O halde insanların ahlaki değerlere uygun bir davranış göstermesi için **değerlerin bilgisine** sahip olması ve değer **eğitimini** alması gerekir.

Değerler, normatif/emredici bir niteliğe sahiptir, bir 'olması gereken'dir. Bu nedenle değerler, 'olan'la yani gerçekleşen durumla aynı değildir. Değerler; birey ve toplum için niteliği itibariyle benimsenmeye değer hayat modelidir. Örneğin bir insan, davranışlarıyla değerlere ne kadar uymaya çalışırsa, o ölçüde onlara yaklaşmış olur. Yine 'olması gereken hukuk' da bir toplumda yaşanmaya ve uygulanmaya değer örnek hukuk ilkeleridir. Bu nedenle bir toplumda yürürlükteki 'olan hukuk', 'olması gereken hukuk'a benzediği ölçüde birbirlerine yaklaşırlar.

Değerler, birey ve toplum hayatı için büyük **önem** taşırlar. Şüphesiz ki insanın maddi/biyolojik yönü, yani bedensel varlığı ve onun ihtiyaçları küçük görülmemelidir. Ancak insan hayatı, mutlak bir ahlak yasasının varlığı ile bir değer kazanır. Genel olarak değerlerden ve özellikle de ahlaki değerlerden uzak bir hayat, hayvanların hayatından farksız; amaçsız, idealsiz, bayağı bir hayattır.[95]

İnsan, hayatın anlamını ve yüceliğini ancak bu dünyada değerleri gerçekleştirmekle kavrayabilir. Bu bakımdan değerlere uygun davranmak, aslında insanın kendi doğasına uyması anlamına gelmektedir. Eğer insan değerleri

[91] Prof.Dr. Şafak Ural, III. Teknoloji Kongresi Bildirileri.
[92] Prof. Dr. Barlas Tolan, Toplumbilimlere Giriş.
[93] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları.
[94] Doç.Dr. Enver Uysal, Değerler Üzerine Düşünceler.
[95] Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak ve Hukuk İlişkisi.

reddederek hayatını sürdürmek istiyorsa, bu kendisini reddetme anlamına gelecektir. Bir sosyal düzen kuralı olarak hukukun amacı, ahlaki değer olan **adaletin** gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle hukukun, toplumsal hayatta değerlere dayalı bir düzen kurulmasını sağlayan bir işlevi vardır.

b) DEĞERLER VE DEĞER YARGILARI

İnsanlar, toplumsal hayat içinde gelişen olayları; örneğin bir insanın iyi veya kötü bir davranışını, bir müzik eserinin, bir tablonun ya da manzaranın güzelliğini algılar, düşünür, duyar ve hissederler. Sonra buna göre bir değerlendirme yaparak bir yargıya varırlar. Buna değer yargısı denir. Doğru bir değer yargısında bulunmak için; olay ve olguları iyi algılamak ve değerlerin bilgisine sahip olmak gerekir.[96]

Değerlendirmeye konu olan bir şeye ilişkin değer yargısıyla varlık yargısı büyük ölçüde birbirinden ayrılmaktadır. Çünkü değer yargısı, o şeyin estetik/manevi kıymetiyle, varlık yargısı ise, maddi yapısıyla ilgilidir. Örneğin bir tablonun varlık özellikleri tablonun büyüklüğü, biçimi, yapıldığı madde, rengi ve kullanılan boyanın cinsi gibi şeylerdir. Bunlar herkesin yapacağı bir gözlem ve ölçmeyle tespit edilebilir ve bu tabloyla ilgili ortak bir varlık yargısı ortaya çıkabilir. Hâlbuki tablonun estetik/manevi kıymeti böyle değildir. Tablonun varlık özellikleri üzerinde hemen herkes ortak sonuçlara (yani ortak varlık yargısına) ulaşmasına rağmen, estetik (güzellik) bakımdan genellikle herkes aynı biçimde değerlendirmez. Yani aynı değer yargısına sahip olmaz. Bu nedenle değerlendirme yapan kişiyle değer arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. O halde değer ölçüsü nedir, kişi midir?

Değerlerin ölçüsü tek tek bireyler olabilir mi? Son yıllarda özellikle etik ve ahlak alanına ilişkin konular tartışılırken iyi, kötü, güzel, çirkin vb. gibi değer yargılarımızı belirleyen değerler üzerinde uzlaşma olamayacağına, dolayısıyla bu tür kavramlarla ilgili değerlendirmelerin tamamen bireysel/ sübjektif değerlendirmeler olabileceğine ilişkin görüşlerin toplumda yaygınlık kazandığı görülmek-tedir. Şüphesiz ki, bu durumun günümüz insanının, diğer sorunlar yanında **değerlerin bilgisi** ve buna bağlı olarak **değer bilinci** eksikliğinden kaynaklandığı bilinmektedir. Öyle bir etik ve ahlak anlayışı yaygınlaşmaktadır ki, ahlaki konularda her bireyin sübjektif görüşü, değerlerin tek ölçütü haline gelmektedir.

Bilindiği gibi etik/değer sübjektivizmi, ahlak felsefesinde etiksel/ahlaki yargıların, insanların kişisel istek ya da duygularını yansıtmaktan ibaret olduğunu iddia eden teorinin genel adıdır. Bu anlayışın felsefi ve tarihsel köken ise, David Hume'un ahlak teorisine dayandığı görülmektedir. David Hume, 'ahlakın bir duygu ve hissiyat meselesi olduğunu' açıkça belirtir.[97]

Değerler konusunda günümüzün hastalığı haline gelen etik/değer sübjektivizmi sorunu nasıl çözülebilir? Değer sübjektivizmi sorununun çözülmesi; değerlerin, değerlendirmeyi yapan kişiyle sıkı bir bağlantısı olmasına bağlıdır. Bu, kişinin

---

[96] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları.

[97] David Hume, İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme; aktaran: Doç.Dr. Kurtul Gülenç, Etik Sübjektivizmin Felsefi

Temelleri Üzerine Bir Soruşturma.

değer bilgisine ve değer bilincine sahip olması demektir. İnsanların, sadece kendi keyfi duygularına göre bir değerlendirme yapmaları, onların değer bilincinden yoksun olduklarını, neyin değerli neyin değersiz olduğuna ilişkin sabit ahlaki ölçütlere sahip olmadıklarını göstermektedir.

Değerler dünyasında değerlendirme yapan bireylerin; neyin değerli, neyin değersiz olduğunu düpedüz kendilerinin belirlemesi söz konusu değildir. Somut bir konuyla ilgili yapılan değerlen-dirme, onu yapan kişinin değer bilincine göre yaptığı bir değerlendirmedir. Herkesin keyfine göre bir değer ölçüsü olmaz.[98]

Bir insanın ya da toplumun pratik hayatında gerçekleştirmiş olduğu değer, değerin bizzat kendisi değildir. Bir ahlaki değer pratik hayatta gerçekleşmiş olsa da, gerçekleşen değer ideal değerin aynısı olamaz. Bir değerin somut bir olayda gerçekleşmesi, değeri gerçekleştirenin değer bilincine bağlı olarak onun davranışının değere uydurulmasıdır. Değerleri kendisine rehber sayan bir birey ya da toplum, pratik hayatta değerlere ne ölçüde uygun davranırsa, ideal değerlere o ölçüde yaklaşmış olur.

Ahlaki bir değer olarak adalet, toplumsal ilişkilerde gerçekleşse bile gerçekleşen bu değer, ideal adalet değerinin bizzat kendisi değildir. Çünkü değerlerin gerçekleşmesi, bir cevher/öz olarak somut olaylarda/bireylerin davranışlarında varlık kazanması değil, bir insan davranışının bir ahlaki değere uydurulması demektir. Ne ölçüde uydurulduğu ve gerçekleştiği ayrı bir konudur. Değerler, somut olaylarda ne ölçüde gerçekleşirse gerçekleşsin, varlıklarını hiç değişmeden ve yok olmadan sürdürürler. Hatta **adalet** ahlaki değerine bağlı bir insan, bu yöndeki düşüncesini değiştirebilir ve böylece adaletli bir insan olma niteliğini de kaybeder. Ancak bu durumda bile değerlere hiçbir şey olmaz. Etik ve estetik değerler kendi ideal varlıklarını her zaman sürdürürler.[99]

Toplumsal hayatta bireylerin değer bilincine göre gerçekleşen değer, değerin bizzat kendisi olmayıp, pratikte içselleştirilmiş bir değer yargısı olduğundan, bireyler ve toplumlar kendilerine, bir değerin pratik hayatta somutlaşmış değer yargılarını değil, hiç değişmeyen ideal değerleri model olarak almalıdırlar. Aksi tutumla eğer değerlerin bizzat kendileri değil de değer yargıları model olarak alındığında, bunun büyük sakıncaları ortaya çıkar. Çünkü bir bireyin hayatında somutlaşmış değer yargıları, hiçbir zaman ideal değerlerin bizzat kendileri (cevheri/özü) olamayacağından eksik olanın örnek alınması, değerlerin yaşanmasında donuklaşma ve taklit tehlikesini doğurur. Bu da, 'Tavşanın suyunun suyu' deyimiyle ifade edildiği gibi 'ideal değerlerle pratik hayatta gerçekleşen değer arasındaki çok uzak bir mesafenin oluşmasına neden olur. Bir birey, pratik hayatında değerleri belirli ölçüde de olsa gerçekleştirmişse, bu onun değer bilincinin seviyesini gösterir. Ancak değerlere karşı bütünüyle kör ise, o kişide değer bilincinin hiç oluşmadığı söylenebilir.

Bir doğa manzarası karşısında güzellikten coşup duygulandığımızda, yüksek bir ahlaki değeri gerçekleştiren bir davranış gördüğümüzde içimizin aydınlanmasına rağmen, bir başkasının bu müthiş güzellikler karşısında duygusuz ve kör olması, o

[98] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları.
[99] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları.

kişide **değer organının** hiç olmadığı ya da henüz gelişmediğini gösterir. Değerler konusunda temel sorun, bireysel ve sübjektif değerlerin dışında daha yüksek, bireyüstü geçerliğe sahip değerlerin bulunup bulunmadığıdır. Böyle değerler vardır. Bunlar **yüksek** ya da **tinsel/manevi** değerlerdir.[100]

c) DEĞERLERİN BİLGİSİNE NASIL ULAŞILIR?

Felsefe tarihinde değerlerin bilgisine nasıl ulaşılacağı ve değerlerin nasıl bilinebileceği konusu önemlidir. Değerlerin bilgisine nasıl ulaşılacağı sorununda öne çıkan iki felsefi görüşten söz edilebilir. Bunlardan **birincisi**, değerlerin bilgisinin de diğer varlık bilgileri gibi sadece rasyonel olarak elde edilebileceğini ileri sürer.

İkinci görüşe göre ise, değerlerin kavranması faaliyeti, sıradan bir bilgi işlemi değil, bir duygu/gönül işlemidir. Burada **sezgi**, değerlerin bilgisine ulaşmada bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla değerlerin bilgisine ulaşma konusunda deney ve gözleme dayalı metot geçerli değildir. **Sezgi**; insanın, gözlem ve deneyden bağımsız doğrudan bir kavrayış yeteneği diye tanımlanmıştır.

Daha önceki çağlarda, özellikle tanrıbilim alanında **sezgi** tanrısal bir uyarı, tanrısal bir ışık olarak nitelenmiştir. Augustinus'tan Thomas'a kadar gelen Hıristiyan tanrıbilimcilerinde **sezgi** gerçeğin kavranmasından önemliydi. İslam tasavvufunda, gerçeğin kavranması **içe doğuş** niteliği taşıyan sezgiyle sağlanır. Gazali'de **sezgi**, Tanrı'nın insana bilgi ve bilgelik verdiği bir yetenektir. Şahabeddin Sühreverdi'ye göre sezgi, Tanrısal gerçekleri kavramak için bir duyuştur, içe doğuştur. Böyle bir yeteneği sağlamak için, insanın bütün gönlüyle Tanrı'ya, üstün gerçeğe yönelmesi, bütün geçici eğilimlerden, tutkulardan sıyrılması, içinde Tanrı'dan başka bir varlık bırakmaması gerekir.[101]

Aklı son derece gelişmiş insanlar vardır ki, bunlar bazı değerler bakımından kördürler. Bu tür insanların tek yanlı olarak sadece **aklı** gelişmiş olup, estetik/güzellik duygusu, sanat ve etik/ahlaki değerlerle pek ilişkileri yoktur. Eğer değerler sadece akla ve bilgiye dayalı (entelektüel) bir şey olsaydı, aklı gelişmiş olan hiç kimsenin değer körlüğüne düşmesi söz konusu olmazdı. Değerlerin bilgisi, sadece aklın değil, değer duygusuyla aklın düşünce işlevlerinin birlikte iş görmesiyle oluşur. Sonuç olarak, değerlerin bilgisi, aklın/düşüncenin ve duygunun birlikte iş görmesi ile meydana gelir. Değerlerin, ispatlanmaya ihtiyacı yoktur. Örneğin, 'bütün, parçalarından büyük ve parçalarının toplamına eşittir' gibi aksiyomlara benzerler. Bizzat kendileri apaçık olduklarından, başka delil ve unsurlarla ispat edilmesi gerekmez. Prof. Aral'a göre **değerler**, bir anlamda kendi ışıklarıyla aydınlanırlar.[102]

d) DEĞERLERİN TÜRLERİ

---

[100] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları.
[101] http://www.felsefe. gen.tr/sezgicilik_nedir.asp
[102] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları.

Değerleri; 1) Etik değerler (Yüksek ahlaki değerler), 2) Estetik değerler, 3) Maddi değerler diye üçe ayırmak mümkündür. Etik değerler, adalet, eşitlik, insan hakları, sevgi, yardımlaşma, iyi niyetli olma, yalan söylememe, dürüst olma, sözünde durma ve benzeri ahlaki değerlerdir. Estetik değerler, güzel sanatlar diye de ifade edebileceğimiz resim, şiir, müzik gibi insanda güzellik duygusu ortaya koyan estetik değerlerdir. Maddi değerler de; para, mal, mülk ve eşya gibi maddi değeri olan şeylerdir. İnsanın, her üç değere de ihtiyacı vardır. Ancak bu değerler arasında bir öncelik sırası, hiyerarşik düzen bulunmaktadır.

e) HİYERARŞİ (SIRADÜZENİ) BAKIMINDAN DEĞERLER

İnsan ve toplumun değerler bütünlüğü içinde yaşadığı kabul edilmekle birlikte bu değerler arasında bir sıralamanın yapılması gerekliliği kaçınılmaz görünmektedir. Ünlü düşünür Scheler'e göre; en üstte yüksek (yüce) değerler, sonra manevi değerler, sonra fikri değerler, sonra hayati değerler, en altta da maddi değerler bulunur.[103] Görüldüğü gibi Scheler, yüksek (amaç) değerlerin birinci sırada, maddi (araç) değerlerin de en alt sırada yer aldığını vurgulamaktadır. Etik değerler, diğer değerlerden daha önceliğe sahiptir. Çünkü etik değerler, toplumda etkinliğini yitirmeye ya da yok olmaya başlarsa diğer değerlerin de tehlikeye girmesi muhakkaktır.[104]

Aslında değerleri kabaca iki bölüme ayırmak da mümkündür: 1) Yüksek (amaç) değerler, 2) Maddi (araç) değerler. Yüksek değerler; idealler, inançlar, adalet ve eşitlik, doğruluk, dürüstlük, sevgi, sadakat, yardımseverlik, merhamet gibi değerleri kapsamaktadır. Bu değerler insan için amaç değerlerdir. Maddi değerler ise; para, mal, mülk, makam, mevki, menfaat, tutkular, güç ve iktidar gibi ve her türlü maddi değerleri kapsamaktadır. Bu değerler de insan için araç değerlerdir.

Öyle anlaşılıyor ki değerlerin bir öncelik sırasına konulması, aynı zamanda bir ahlaki sorun olmaktadır. Değerlerin gerçek anlamda hiyerarşik düzeni, ahlaki bir sorun olarak karşımıza çıktığına göre, 'bunlar arasında nasıl ve neye göre bir tercih yapılmalıdır' sorusu büyük önem kazanmaktadır. Değerlerin öncelik sırasıyla bağlantılı bu konu "hayatta neler yapmalıyım, nasıl davranmalıyım, hangi değerlere öncelik vermeliyim" sorularıyla ilgilidir. Bu sorulara doğru cevap verilmesi, insan hayatının amacının, insanın dünyadaki görevinin ne olduğunun doğru belirlenmesine bağlıdır. Gerçekte maddi/araç değerler, insanların isteklerine, içgüdü ve duygularına hitap ettiğinden onlar için daha çekici gelmektedir. Yüksek değerler ise insanın akıl ve iradesine hitap eder ve bu yüzden bireylerden ilgi ve çaba bekler.[105] O halde maddi değerler, insanın, istek ve duygularına daha cazip gelse de bunları yüksek değerlerin yerine koyması, ahlaki soruna neden olmaktadır.

Yüksek değerlerin, maddi değerlere göre önceliği olmalıdır. Maddi değerler, yüksek değerleri gerçekleştirmek için yardımcı olabilir. Bireysel ve toplumsal hayatta maddi değerler, yüksek değerlerin önüne geçirildiğinde, araç değerler amaç

---

[103] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.

[104] Prof.Dr. Erdem Aydın, Araştırma ve Yayın Etiğinde Araştırmacının Değerler Sistemi.

[105] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.

haline gelir ve bu durumda etik temele dayalı toplumsal bir hayattan söz edilemez. Yüksek değerlerin göz ardı edildiği ve maddi değerlerin öne çıkarıldığı hatta tek değer olarak görüldüğü bir toplumda, hukukun, oluşumunda belirleyici unsur olan etik değerlerden yoksun kalacağı belirtilmelidir. Çünkü hukuku hukuk yapan; adalet, eşitlik ve hakkaniyet gibi ahlaki değerlerdir. Yüksek değerlerin göz ardı edildiği bir toplumsal hayatta evrensel bir ahlaki değer olan adalet ve eşitliğin ayakta durması ve temel niteliklerine uygun olarak insan hayatında gerçekleşmesi mümkün olamaz.

Toplumsal hayatta birçok insan, ne pahasına olursa olsun ekonomik güce ulaşmayı, zengin olmayı amaçlamaktadır. İnsanların, araç değerlere yönelik bu tutkusu, sadece maddi (dünyevi) şeyleri değer haline getirmekte ve bu yüzden yüksek ahlaki değerlerin geri plana itilmesine neden olmaktadır. Prof. Kuçuradi, "Bugün etiğin orta çağını yaşadığının söylenebileceğini, bu nedenle etik değerlerle hesaplaşma gerektiğini, bu yapılmadığı takdirde değerler adına değer harcamalarının çağımıza damgasını vuracağını" söylemektedir.[106] Bireysel anlamda değerlerden uzaklaşmalar, küresel anlamda da kendini çok açık bir biçimde göstermektedir. Örneğin ABD'nin; kimyasal silahların olduğu iddiasıyla Irak'a saldırarak sivil, yaşlı, çocuk demeden öldürmesi, küresel güçlerin değerleri nasıl saptırıp değersizleştirdiğini gözler önüne sermektedir. Çünkü bu saldırısına, Irak'a özgürlük, barış ve demokrasi getirmeyi gerekçe olarak göstermiştir. İnsanların öldürülmesi, bir ülkenin yağmalanması özgürlük ve demokrasi olarak nitelendirilmiştir. Böylece güya sözde değerler adına ciddi bir değersizleştirme yapılmıştır. Bu nedenle doğru bir hukukun oluşturulması için, gerçek anlamda ve doğru tanımlanmış adalet ve eşitlik kavramlarına, doğru adalet ve eşitlik tanımı için de doğru bir **değer** ve **ahlak** anlayışına ihtiyaç vardır.

f) DEĞERLERİN DEĞİŞMEZLİĞİ

Değerler değişmez ama değer yargıları değişebilir. Değerlerin gösterdiği yönde, ne yapacağımıza ve nasıl yapacağımıza biz karar veririz. Örneğin 'yalan söyleme' biçimindeki ahlaki buyruğun ve 'insan sevgisi', 'adalet' gibi değerlerin gereklerini her birey, sahip olduğu değer bilincine, içinde bulunduğu şartlara, ilişkilerin niteliklerine göre farklı derecelerde ve değişik olarak yerine getirirler.

Değerlerin değişmezliği konusunda değer ile değer yargısını birbirinden ayırmak gerekir. **Değer yargısı**, her bireyin değer bilincine göre kendi pratik hayatında değerleri özgün davranışlarıyla gerçekleştirme biçimidir. Bir davranışın ahlaki değeri, bir yiyeceğin besin değeri, bir tablonun sanat değeri hakkında her bireyin mutlaka bir görüşü ve değerlendirmesi vardır. Bir yemeğin lezzetli, bir şiirin güzel, bir aracın yararlı, bir insan davranışının nazik veya kaba olduğunu kendimize göre ifade ederiz.

Her bireyin değer yargısında bazı ince ayrım ve farkların olması normal ve doğal bir durumdur. Ancak bu makul farklılık, bir kişinin siyah dediğine diğerinin beyaz diyebildiği keskin bir boyuta ulaşmışsa, artık burada bir tarafın değer körlüğünden söz edilebilir. Başka bir deyişle bireylerin değer yargılarında görülen makul

[106] Prof.Dr. İoanna Kuçuradi, Etik.

farklılıklar, değerlerin kısmen ya da tamamen inkâr edilmesinden ayrı bir durumdur. Örneğin adaleti bir değer olarak kabul eden bir kişi, sahip olduğu değer bilinci ve kendi özgün anlayışına göre bu adalet değerini hayatında belirli ölçüde gerçekleştirir. Ancak bir kişi, adaletin bir değer olduğunu hiç kabul etmiyor ve hayatta uygulamaktan kaçınıyorsa bu kişinin değer yargısının farklılığından değil, adalet değeri bakımından kör olduğundan söz etmek gerekir. Adalet değeri bakımından kör olan bir hukuk mesleği mensubunun, yasalardan kaçırabildiği durum-larda her türlü haksızlık ve adaletsizliği yapmaya namzet olduğunu söyleyebiliriz.

Demek ki, bireylerin değer yargılarındaki farklılıklar makul ve insanidir. Her birey, örneğin adalet değerini kendi hayatında, değer bilinci ölçüsünde gerçekleştirir. Herkesin aynı derecede adil olması mümkün değildir, olamaz da. Bireyler adalet değerini, sahip oldukları değer bilinci ve bu konudaki kararlı tutumuna bağlı olarak ideal adalet yolunun faklı kilometrelerinde gerçekleştirirler. Bireylerin pratik hayatında gerçekleştirdikleri adalet değeri hangi derecede gerçekleşmiş olursa olsun, yani değer yargıları farklı olsa bile ideal adalet değeri asla değişmez.

Değerler felsefesi alanında büyük düşünür Takiyettin Mengüşoğlu, etik olay ve olguları insan bilimi ve varlık felsefesi açısından ortaya koyarken, araştırmasında değişmez değerler ve değişen davranışlardan söz eder. Mengüşoğlu, etik olay ve olguları antropolojik-ontolojik bir yaklaşımla ele almakta ve araştırmasını değişen davranışlarla değil, değişmez değerlerle temellendirmek istemektedir. Böylece antropolojik-ontolojik (yani insan bilimi ve varlık felsefesi üzerine) bir etik kurmayı amaçlamıştır.[107]

Meşhur felsefeci Kuçuradi de, hocası olan Mengüşoğlu'nun bu girişimini daha sınırlı bir alanda, "değer problemi" çerçevesinde gerçekleştirmeye çalışmıştır. Kuçuradi de, değer yargılarının ya da değerlendirmelerin değişmesine karşılık, değerlerin değişmez olduğuna vurgu yapmıştır. Böylelikle Kuçuradi etik ile ahlâkı birbirinden ayırma amacında oldukça önemli bir mesafe kaydetmiştir.

Kuçuradi, değerler konusunda antropolojiyi temele aldığı kadar zaman üstü ve evrensel olmaya da önem verir. Çünkü Kuçuradi için bütün insanları aşan, herkesi bağlayan ama tek tek kişilerin haklarını ve değerini ortaya koyan bir etiğin kurulması esas amaçtır. Bu amaçla kurulacak bir değer felsefesinin başarabileceği şeyler hayati önem taşır. Kuçuradi, insan ve toplum hayatında değer felsefesini temel alan bir yaklaşımın öne çıkmasını sağlamıştır.

Kuçuradi'ye göre de, değerler değişmez özelliktedirler ve hiçbir zaman göreceli değildirler. Değerlerin bizzat kendileri mutlak ve değişmezdirler. Ancak bizim değerlerle ilgili olarak ortaya koyduğumuz değer yargılarımız değişebilir. O'nun vurgusu, değer yargılarının ve değerlendirmelerin değişmesine karşılık, değerlerin değişmez olduğu üzerinedir.[108] En kalıcı olan değer ise, diğer değerleri de temellendiren ve göreceli/izafi olmayan değerler yüce değerlerdir.

---

[107] Prof.Dr. Takiyettin Mengüşoğlu, Değişmez Değerler ve Değişen Davranışlar-Felsefi Etik İçin Kritik Bir Hazırlık.

[108] Prof.Dr. İoanna Kuçuradi, İnsan ve Değerleri.

Sürekli değer değişkenliği insanları düşünsel anarşiye götürür. Değerler değişmezse de değer yargıları değişir. Değerler, bireylerin hayatında özgün davranışlar biçiminde yaşanmasıyla dış dünyada anlam kazanır. 'Her yiğidin bir yoğurt yiyişi vardır' atasözü, bireylerin değerleri kendi hayatlarında yaşayarak ortaya çıkan özgün davranışlarını çok güzel ifade etmektedir. Burada yiğit, herhangi bir birey; yoğurt, yaşanan değerler; yoğurt yiyiş biçimi de değerlerin her bireyin hayatında yaşanma biçimidir. Ancak her yiğit, ne şekilde yerse yesin, sonuçta yoğurt yemiş olmaktadır. Yani her bireyin değer bilincine göre değerleri yaşama biçimi farklı da olsa sonuçta hayatlarında değerleri yaşamış olmaktadırlar.

Bugün modern değer teorisine göre değerlerin, insanın keyfiliğinden arınmış, insanı bağlayıcı ve objektif bir niteliğe sahip olduğu ortaya konulmuştur. Bu objektiflik, ahlaki değerlerin insanı yükümlü kılan 'olması gereken' niteliğinde kendisini göstermektedir.

Değerler, toplumsal hayatta eksik olarak gerçekleşse de, hatta hiç gerçekleşmiş olmasa bile varlıklarını aynen sürdürürler. Bireyler tarafından uygulanan değerler, onların özgün davranışlarıyla bireysel niteliğe bürünür. Böylece değer yargıları oluşur. Değerler değişmez ancak değer yargıları değişebilir. Bu nedenle bireylerin örnek almaları gereken, bireysel uygulamalardan oluşmuş değer yargıları değil, '**olması gereken**' niteliğindeki değişmeyen genel ahlaki değerler olmalıdır. Genel ahlaki değerlerin değil de bireysel uygulamalardan oluşan değer yargılarının örnek alınması, bir yandan bireyin kişilik kazanmasına engel olduğu gibi, diğer yandan belli bir kişi ya da toplumun değerleri anlama ve uygulama biçimiyle ortaya çıkan her tutum ya da davranış taklit niteliği taşımaktan kurtulamaz.[109] Böylece değerlerin kendi orijinal varlığını, donmuş kalıplar içinde kaybetmeden herkese kabul ettirme fırsatı kaçırılmış olur. Bireyler, adalet konusunda kendilerine mutlak adalet değeri yerine örneğin Hz. Ömer'in ya da Fatih'in adaletini model olarak almaları halinde, adalet değerinin özünü/cevherini, taklit yüzünden kalıplaşmış davranışlar içinde kaybetme tehlikesiyle karşılaşırlar.

Ahlaki değerler başta olmak üzere etik, estetik, hakikat değerleri ve dinsel tüm değerler insana bir yandan bazı yasaklar koyarken, diğer yandan da olumlu hedefler gösterirler. İnsan, değerlere uygun bir biçimde yaşamakla hayatına anlam kazandırır. Çünkü insanın, 'hayatta ne yapmalıyım' sorusuna en uygun cevap, ancak 'değerli olanı yapmalısın' buyruğu olmalıdır. Çünkü her değer, bir 'olması gereken' olarak insanın karşısına kendisini gerçekleştirmesi buyruğu ile çıkar. Aslında her etik değerin, insanı belli davranışlarda bulunmaya yönlendiren bir niteliği vardır. Ancak değerlerin bu yönlendirmesi, doğa yasalarındaki gibi bir zorunluluk değil, manevi bir zorunluluğu ifade eder. Değerler emredici bir nitelikte olmasına rağmen insan, bu değerlere uymaya ve hayatında onları gerçekleştirmeye kendi özgür iradesiyle karar verir.

Sonuç olarak etik ilke ve değerler değişmez niteliğe sahiptirler. Bunlar kuşaktan kuşağa aynen intikal ederler. Etik ilke ve değerler değişmediğine göre, insan hayatında değerlerin yaşanmasında görülen farklılıklar, bireylerin değer yargılarının değişebildiğini göstermektedir. İnsanın kişilik sahibi olabilmesi, ancak değerlerle

[109] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.

mümkündür. İnsan, değerlere göre yaşamadığı takdirde, doğal güdüleriyle, kendi keyfince davranan bir hayvandan farkı kalmaz.

Kuşkuculuk diye de ifade edilen anlayışa göre, ahlak ve bütün değerler değişkendir (rölatiftir). Dolayısıyla bir kimsenin değerli olarak gördüğünü bir başkası değersiz bulabilir. Bu yaklaşımı savunanlar büyük bir çelişki içindedirler. Çünkü bir yandan değerlerin değişmezliğini reddetmekte, öte yandan bu reddedişlerini adeta bir 'değişmez' değere dayanarak yapmaktadırlar. Örneğin adalet, eşitlik ve fedakârlığı ahlaki birer değer olarak kabul ettikleri halde, değerler alanında sübjektifliğin geçerli olduğunu, objektifliğin ileri sürülemeyeceğini belirtmektedirler. Rölativizmi savunanlar, 'Değerlerin değişken (rölatif) olduğu' yönündeki anlayışı da değişmez bir gerçek gibi ifade ederek, kendi ilkeleriyle çelişkiye düşmektedirler.[110]

Her şeyden önce insan, fizik ve kimya yasalarının geçerli olduğu maddi bir varlığa sahiptir. Bu aynı zamanda biyolojik bir olgudur ve onun yasalarına tabidir. Bunlardan başka insanın tinsel/manevi bir dünyası ve bu dünyanın da kendine göre yasaları vardır. İnsan tinsel/manevi bir yapıya sahip olduğu ve bu yapı bütün insanlarda aynı olduğundan, her insan için aynı değerlerin geçerli olacağı, bir anlamda **bireyüstü** genel bir geçerliğe sahip ve **evrensel** olduğu söylenebilir.[111]

Göreceli/izafi/değişken (rölatif) bir ahlak anlayışına dayalı olarak sağlam ve doğru bir hukuk oluşturulamaz. Göreceli bir değer anlayışıyla, yer ve zamana göre değişmeyen ve herkesi bağlayıcı bir ahlak sistemi kurulamaz. Hukukun amacı olan adalet, bir ahlaki değer olduğundan; herkesi bağla-yan, sübjektiflikten uzak bir ahlak anlayışı olmadan da sağlam temellere dayalı bir hukuk oluşturmak mümkün değildir. Ahlakın, yer, zaman ve topluma göre değişebileceği kabul edildiğinde, bir ahlaki değer olan adaletin bireyüstü, değişmez bir değer olduğu ilkesine ulaşılamaz.

h) DEĞER-EYLEM İLİŞKİSİ

İnsan davranışlarının içe ve dışa dönük boyutları vardır. İçe dönük boyutu, insanın **niyet** ve düşünceleridir. Dışa dönük boyutu ise hukuken de sonuç doğuran eylemlerdir. Davranış, insan bedeninin bir eylemi şeklinde görünse de aslında iradenin sinir sistemi aracılığıyla organlara yaptırdığı eylemlerin tümüdür.[112] Yani insan, davranışlarından önce bir niyete ve bu doğrultuda oluşan iradeye sahiptir. O halde her ahlaki davranışın arkasında bir niyet/düşünce ve irade vardır. İrade sözlükte, 'bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü, istenç' olarak tanımlanmıştır.[113]

İnsan, zekâ ve bilgisiyle değil, ancak iradesi ile insandır. Zekâ ve bilgi az çok hayvanlarda da vardır. Ahlaki anlamda irade, sadece insana özgü bir güçtür. İrade,

---

[110] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.
[111] Prof.Dr. Takiyettin Mengüşoğlu, Değişmez Değerler ve Değişen Davranışlar-Felsefi Etik İçin Kritik Bir Hazırlık.
[112] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.
[113] TDK. Büyük Türkçe Sözlük.

değişik alternatiflerden birini 'seçmek, karar vermek ve bu kararı eyleme dönüştürmek' şeklinde tanımlanabilir.[114]

Değerlere ilişkin bir bilgi ya da düşünce, eyleme dönüşmeden önce belirli aşamalardan geçer. Öncelikle ahlaki davranışın amacı oluşur. Bu amaca uygun seçim yapılır ve seçim işleminden sonra karar aşaması gelir. Karardan sonra da uygulama aşamasına geçilir. O halde bir bütün olarak iradi davranışta sırasıyla amaç, seçme, karar ve uygulama aşamaları vardır.[115]

En ideal ahlaki davranış; niyeti doğru, eylemi doğru, sonucu doğru olmasıdır. Dışa yansımayan ya da eyleme dönüşmeyen düşünce/niyet, hukuken kural olarak değer taşımaz (İstisna da olsa niyet ve düşüncenin hukuk yönünden de önemli olduğu bazı durumlar vardır) ama ahlaki bakımdan önemlidir. Ahlakta bireylerin, diğer insanlarla ilgili olarak daima iyi niyet/iyi düşünce sahibi olması merkezi bir öneme sahiptir. Başka bir deyimle ahlakta niyetin, eylemden bağımsız olarak, tek başına da önemi vardır.

Değerlerin eyleme dönüşmesi olayında irade içi ve irade dışı davranışları birbirinden ayırmak gerekir. İrade konusunda, biyolojik hayatımızda irademiz dışında ve bizden habersiz olarak sürüp giden organik faaliyetleri nasıl değerlendirmek gerektiği önemlidir. İnsan vücudundaki iç organların çalışması ve refleksle yapılan davranışlar irade dışıdır. Refleks dediğimiz ani hareketler de, bilinçsiz ve hızlı bir biçimde gerçekleşir. Bilinçsizdir çünkü kararı beyinden değil omurilikten gelir. İrade dışı yapılan bu davranışlardan insanların hukuken ve ahlaken sorumlu olması söz konusu değildir.

Değerlerin bilgisine vakıf olmak kadar, değerlerin eyleme dönüşmesi, yani pratik hayatta uygulanması da önemlidir. Değerler uygulanmak için vardır ve uygulandıkları ölçüde dış dünyada gözle görünürler. Değerler, uygulanmakla yani toplumsal hayatta gerçekleşmekle meyvelerini verirler. Pratik hayatta yaşandıkları takdirde insanlar değerlerden yararlanırlar. Sadece bilgi düzeyinde kalan, toplumsal hayatta gerçekleşmeyen değerler, bir kavanozun içinde saklanan fakat yenilmeyen bal gibidir. Onun yenilmemesi kendisine zarar vermez ancak yenilmediği sürece insanlara da bir yararı olmaz. Dünyada güçlü devletler; uluslar arası düzeyde bilinen ve yazılı metinlerde yer almış olan birçok evrensel insani ve ahlaki değeri, kendi menfaatlerine aykırı gördüklerinde uygulamayıp bir anda görmezden gelebilmektedirler. Bu durum, değer-eylem ilişkisinde son derece olumsuz bir olgudur.

B) AHLAK ETİK VE DEĞERLERİN İNSAN HAYATI İÇİN ÖNEMİ

> "Bir toplumun varlığının devam etmesini ve refahını mümkün kılan, üyelerinin ahlaki kapasitesidir, tersi değil." (Zygmunt Bauman)

> "Bozulan bir bedenle yaşamaya değmiyorsa,

[114] Dökmen, 2000, s.213; aktaran: Yrd. Doç. Dr. Yener Özen, Değerler Felsefesi Açısından İrade ve Bileşenleri.
[115] Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.

bozulan bir ruhla yaşamak daha da değersizidir." (Alexander Nehamas)

İnsan her şeyden önce bir değer varlığıdır. O, dünyada öncelikle değerleri gerçekleştirmekle görevlidir. Bu değerler içinde en önemlisi, yüksek ahlaki değerlerdir.

İnsan, düşünce ve davranışlarıyla bu dünyadaki varlıkların devamlılığını sağlayacak bir temele; kısaca üstün bir **değere** ihtiyaç duymaktadır. Değerler olmaksızın içinde yaşadığı dünyayı anlamlandıramaz. İnsanın varlık yapısı ve manevi dünyasının anlaşılmasında değerlerin büyük önemi vardır. İnsan, hayatı boyunca olaylar karşısında daima belirli tavırlar ortaya koyar. Olaylar karşısında her tavır alış ise bir **değere**, bir değer duygusuna dayanır.[116] Hiçbir değere bağlı olmadığını söyleyenler bile 'değersizlik' düşüncesine bağlıdırlar.

İnsan hayatı, ancak etik ilkelerin ve ahlaki değerlerin varlığı sayesinde bir değer ve anlam kazanır. Bu etik ilkelerden ve ahlaki değerlerden mahrum olan bir hayat, bir hayvanın hayatından daha aşağı ve bayağı bir hayat olabilir. İnsan bir değer varlığıdır. Değerlerle birlikte yaşıyorsa hayatı bir anlam kazanır.

Değerlere bağlılığın azaldığı toplumlarda bireyler sağlam ahlaki kişilik oluşturamazlar. Değersiz bir hayat yaşayan bireylerin ruh sağlığı bozulur. Yaşanan hayat anlamsız olarak algılanmaya başlar. Çünkü değerler davranışlarımıza yön veren en önemli ilke ve standartlardır. Bir toplumda değerlerin sarsılması, o toplumun bireylerini sağlıklı bir gelişimden yoksun bırakır. Niçin, hangi amaçla yaşadığını bilmeyen bireylerde tatminsizlik, huzursuzluk, stres, bıkkınlık ortaya çıkar.[117] Bir toplumda bu tür olumsuzlukların ortaya çıkması, özellikle yüksek ahlaki değerlerin zayıflamasından kaynaklanır. Bir sorun neden kaynaklanıyorsa çözümü de yine aynı türden olur.

Şüphesiz ki insanın maddi/bedensel varlığı ve onun ihtiyaçları da küçük görülmemelidir. İnsanın gerçekten insan olması; ahlaken doğru ve iyi davranışlarıyla tutarlı bir tutum sergilemesiyle mümkün olabilmektedir. Bu nedenle değerlere uygun davranmak, aslında insanın kendi varlık amacına uyması anlamına gelmektedir. Eğer insan, değerleri reddederek hayatını sürdürmek isterse, bu kendisini reddetmesiyle eşdeğer bir durum olacaktır. İnsan, hayatın anlamını ve yüceliğini ancak bu dünyada değerleri gerçekleştirmekle kavrayabilir. Hayatında değerleri gerçekleştirmekle insan, hayvandan farklı ve üstün bir konuma yükselir.[118]

C) TEMEL AHLAKİ KAVRAMLAR

Her bilgi dalının kendine göre temel kavramları vardır. Etik, yani ahlak felsefesi alanında da iyi, kötü, özgürlük, vicdan, ahlak yasası, saygı, ahlaki karar, ahlaki eylem gibi kavramlar vardır. Bu kavramlar ahlak alanına ilişkin temellerdir. Bu kavramları doğru tanımlamadan değerleri ve ahlakı doğru anlamak mümkün değildir.

---

[116] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.
[117] Prof. Dr. Hayati Hökelekli, Modern Eğitimde Yeni Bir Paradigma: Değerler Eğitimi.
[118] Yrd. Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.

1) AHLAKTA İYİ VE KÖTÜ KAVRAMI

İyi ve kötü, ahlak felsefesinin temel kavramlarındandır ve ne oldukları önemlidir. Öyle ki, iyi ve kötüye verilecek anlam, ahlak anlayışında temel belirleyici rol oynamaktadır. Çünkü iyi ve kötünün ne olduğu belirlendiğinde, insan da ona göre bir ahlaki düşünceye sahip olacak ve ona göre davranacaktır.

Ahlak alanında iyi ve kötü şeklindeki nitelendirmeyi yapan kimdir? İyi ve kötünün niteliği nedir? Bir şeye iyi, diğerine kötü derken, bu değerlendirmeleri neye dayandırıyoruz? Ahlakın kaynağı nedir? Bu iyidir, şu kötüdür derken, bunu hangi ölçülere göre söylediğimiz çok önemlidir. Hatta bu kavramların, dini ya da din-dışı bir kaynağa dayanarak açıklanması tartışma konusu yapılsa da iyi ve kötünün ahlakın temel kavramları olduğunu herkes kabul etmektedir.[119] İyi ve kötünün, gerek ahlak felsefesinde gerekse bütün büyük dinlerde ahlakın temel kavramları olduğu bilinmektedir.

a) Ahlak Felsefesinde İyi ve Kötü

Ahlak felsefesinde ahlaken iyi ve kötü kavramlarının ne anlama geldiği konusu, temel tartışma alanlarından biridir. Bireylerin, ahlaki değerlere uygun davranışlarda bulunması, ahlaken iyi ve kötünün bilinmesine bağlıdır. Bütün ahlak teorileri, 'ahlaken iyi' olanın niteliğinin ne olduğu ya da bir davranışa ne zaman 'ahlaken iyi' diyebileceğimiz sorusuna cevap vermeye çalışmışlardır. Ahlaken iyi olan, değer niteliği taşıdığından ahlaki davranışı genel olarak 'değerli bir davranış' diye tanımlayabiliriz. O halde ahlaki davranışı, diğer davranışlardan ayıran kendine özgü nitelikleri vardır.

Ahlaki davranışı, diğer davranışlardan ayıran kendine özgü nitelikleri nelerdir, sorusuna cevap olmak üzere diyebiliriz ki, bilinçli/iradi bir eylem olarak her ahlaki davranış, bir seçmeye dayanır. Seçme için bilgiye ihtiyaç vardır. Ancak sadece bilmek, ahlaklı davranmak için yeterli değildir. Ahlâki olan şey aynı zamanda değer özelliği taşıdığından, ahlâki davranışı 'genel olarak değeri gerçekleştiren bir davranış' diye niteleyebiliriz. Ancak bir davranış, önceden değerli bulunmadan onu seçmenin ya da istemenin bir anlamı olamaz. Bu nedenle ahlaki karar, değişik değerler arasında bir seçme yapmaktan ibarettir. Çünkü hayatın her alanında insanın önüne aynı anda birçok değerler çıkar ve insan, eyleminin amacı olarak bunlardan birini tercih eder. Farklı seçeneklerden birini tercih etme; iyi ve kötü davranışta bulunma yeteneklerinin çekirdeği sadece insanda vardır. Bu yüzden insanın mutluluğu ve mutsuzluğu kendi elindedir.[120]

Gerçekten çok sayıda kötü davranma yolları varken ahlaklı davranan bir insan, Jüpiter'den bile üstündür. Çünkü Jüpiter doğası (doğa kanunu) gereğince böyle hareket eder. Hâlbuki ahlaklı davranan insan, başka türlü de davranması mümkün iken kendi iradesinin çabasıyla ahlaklı davranmıştır.[121]

---

[119] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[120] Prof.Dr. Takiyettin Mengüşoğlu; aktaran: Prof.Dr. Vecdi Aral, Ahlak Teorisi.
[121] Alexıs Bertrand – Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.

Ahlak felsefesi, bireylerin uyması gereken kuralları iyi ve kötü kavramlarıyla açıklar. Soyut olarak tanımlanacak olursa iyi; 'değerli, işe yarar ve istenilen nitelikte olan' anlamına gelmektedir. Günlük hayatta ise iyi, öncelikle ihtiyaçlarımızı gideren, amaçlarımıza uygun düşen, kendimize, ailemize, ülkemize ve insanlığa yararlı olan şeydir. Kötü ise, iyinin zıddı olan şeydir.

İyinin temel bir ahlaki değer olduğu üzerinde hiçbir tartışma yoktur. Ancak bir ahlaki değer olarak iyinin ne olduğu konusunda farklı tanımlar yapılmaktadır. Örneğin 'iyi' kavramını adalet olarak tanımlayanlar olduğu gibi haz ve mutluluk olarak tanımlayanlar da vardır. Bu nedenle iyinin tanımı insanlar tarafından yapılamaz. Buna göre; 'ahlaken iyi' daha yüksek değerin, 'ahlaken kötü' ise daha aşağı değerin seçilmesinden ibarettir.[122]

Platon'un (Eflatun'un) diyalogunda iyi ve kötü kavramları önemli bir yer tutar. İyi ve kötü kavramları, felsefe tarihinde 'Euthyphron ikilemi' ya da 'İlahi buyruk teorisi' çerçevesinde Platon'un Euthyphron ile diyalogunda tartışılmıştır. Tartışmanın esası kısaca, 'Ahlaki (iyi) davranışlar Tanrı tarafından emredildiği için mi ahlakidir/iyidir, yoksa ahlaki/iyi olduğu için mi Tanrı tarafından emredilmiştir' şeklinde bir sorudan ibarettir.

Platon'un (Eflatun'un) bu diyalogda, kendisini dinsiz olarak suçlayan Euthyphron'a; 'iyi ve doğrunun özünde Tanrısal mı olduğu? Tanrı emrettiği için mi iyi, yoksa iyi olduğu için mi Tanrı emretti' şeklindeki soruları sorarak, onun din ve dini kavramlar hakkındaki çelişkilerini ve bilgisizliğini ortaya koymak ister.

Bu diyalogda geçen Euthyphron aslında gerçek bir kişi olmayıp kibirli, kendini beğenmiş edebi bir karakterdir ve Atina halkının dinle kurduğu gülünç ilişkinin temsilcisi olarak yer alır. Platon, bu diyalogda dile getirilen ikilemden, 'Bir şey **iyi** olduğu için **Tanrı** tarafından emredilmiştir. Yoksa Tanrı emrettiği için iyi olmamıştır' şeklindeki bölümü benimsediğini dolaylı olarak anlatmak ister.[123] Leibniz, tartışmayı benzer biçimde şöyle dile getirmiştir: "Genellikle Tanrının emrettiği şeylerin iyi ve adil olduğu, yasakladığı şeylerin de kötü olduğu kabul edilir. Fakat geriye şu soru kalır: Bir şey Tanrı emrettiği için mi iyi ve adildir, yoksa iyi ve adil olduğu için mi Tanrı tarafından emredilmiştir? Başka bir deyimle iyilik ve adalet Tanrı'nın keyfi bir seçimi midir, yoksa iyilik ve adalet, eşyanın doğasına ait zorunlu ve ebedi gerçekler midir?[124]

b) İlahi Dinlerde İyi-Kötü Kavramları

Ahlak felsefesinin temel kavramlarından olan 'iyi' ve 'kötü' konusu, felsefe tarihinde olduğu gibi, çok az değişiklikle ilahi dinlerde de geniş bir biçimde tartışılmıştır. Yahudilik, Hıristiyanlık ve İslam dininde bu tartışma halen de sürmektedir.

b.a) Hıristiyanlık ve İyi-Kötü Kavramları

[122] Prof.Dr. Vecdi Aral, Ahlak Teorisi.
[123] Platon, Euthyphron; Çev. P. Nail Boratav.
[124] http://tr.wikipedia.org/wiki/Euthyphron_ikilemi.

Ortaçağ'ın Hıristiyan düşüncesinde Ockhamlı William (İngiliz filozof), 'Tanrı, bir şeyi emrettiği için o şey iyidir' şeklindeki bir ahlak anlayışını benimsemiştir. Ockhamlı William'a göre ahlak, 'Tanrı'nın iradesinin mutlak' olduğu düşüncesine dayanır. Bu nedenle iyi ve kötü hakkında şöyle der: 'Kendi başına iyi ve kötü yoktur, iyi ve kötü ancak Tanrı'nın iradesiyle belirlenir. Yani O, 'Euthyphron ikilemi' ya da 'ilahi buyruk teorisi'nin 'bir şey Tanrı emrettiği için iyidir' kısmını benimser. On'a göre hırsızlık bile eğer Tanrı'nın bir emri olsaydı, kötü değil iyi davranış olurdu. Bu görüş, Ockhamlı William'ın ahlak anlayışının temelini oluşturur. Thomas Aquinas ise 'Bir şey, iyi olduğu için Tanrı onu emretmiştir' görüşünün daha doğru olduğunu ileri sürer.[125]

"Bir şey Tanrı emrettiği için ahlakidir" seçeneğini ileri sürenler şu önermeden yola çıkıyorlar: Tanrı X'i istiyor; Öyle ise X iyidir. Ancak bu önerme eksiktir. Eksik önermeden hareket edilince sonuç da eksik kalmaktadır. Bu önermenin doğru sonucu vermesi için ona bir başka önerme daha eklemek zorunluluğu ortaya çıkar ki bu da şöyledir: Tanrı X'i istiyor; Tanrı'nın istediği her şey **iyi**dir; Öyle ise X iyidir.

Bu son önerme bizi, doğru bir Tanrı tanımına götürür. Söz konusu olan Tanrı kimdir, nasıl bir varlıktır? Salt Tanrı'nın var olduğuna inanmak bu sorunu çözmemektedir. Çünkü öyle Tanrı inancı vardır ki, bu inanç sistemi kendi içinde çelişkiler taşımaktadır. Kendi içinde çelişkilerle dolu bir din ve Tanrı anlayışıyla, ahlak alanında iyi-kötü kavramlarını makul ve kabul edilebilir bir temele dayandırmamız mümkün değildir. Bu konuda yapılması gerekli olan şey; Tanrının sadece varlığına inanmak değil, iyi-kötü kavramlarının doğru tanımlanmasını mümkün kılacak; hem Tanrı'nın kudret sıfatına, hem de insanın davranış özgürlüğüne ters düşmeyecek bir biçimde O'nun bütün sıfatlarına da inanmaktır.

Bu açıdan bakıldığında, bugün Hıristiyanlıktaki Tanrı inancı, teslis/üçleme inancı nedeniyle birçok dini/ahlaki sorunlara neden olduğunu görmekteyiz. Bu Tanrı inancıyla doğru bir din ve ahlak anlayışına, dolayısıyla doğru tanımlanmış iyi-kötü kavramına ulaşmak mümkün değildir.

Aslında doğru bir Tanrı inancı, yukarıda ifade edilen 'Euthyphron ikilemi' ya da 'ilahi buyruk teorisi'nin kısır döngüsünden insanı kurtarır. O, öyle bir Tanrı'dır ki, insana daima ve mutlaka iyi bir şeyi emreder, kötü şeyleri de yasaklar. O, hiçbir zaman, insandan kötü bir şey yapmasını istemez. O halde yukarıdaki ikileme düşmenin bir gereği yoktur. Çünkü Tanrı insana mutlaka iyi şeyi emreder. Bu nedenle Tanrı'nın yapılmasını istediği her şey iyidir. O, kötülük yapmayı emretmez. Buna gücü yetmediğinden değil, kötülüğü emretmenin O'nun noksanlık kabul etmeyen sıfat ve niteliklerine uygun düşmediğinden emretmez. Yukarıdaki söz konusu ikilemin kısır döngüsüne kendisini kaptıranlar, Tanrı'nın kim ve nasıl bir varlık olduğu konusunda net ve kesin bir görüş ve inanca sahip olmayanlardır.

b.b) İslam ve İyi-Kötü Kavramları

"Ve biz dedik ki: Ey Âdem! Sen ve eşin (Havva) cennete yerleşin.
Orada dilediğiniz gibi bol bol yiyin, ama şu ağaca yaklaşmayın,

[125] Prof.Dr. M. Sait Reçber, Tanrı ve Ahlaki Doğruların Zorunluluğu.

yoksa zalimlerden olursunuz."[126]

İnsanoğlunun ilk babası ve anası olarak kabul edilen 'Hz. Âdem ve Havva'nın, cennete yerleştirildikten sonra kendilerine, oradaki bütün nimetlerden bol bol yiyebilecekleri, ancak bir ağaca yaklaşmamaları gerektiği, aksi halde zalimlerden olacaklarını' bildiren bu Kuran ayeti, İslam'da **iyi** ve **kötü** kavramlarını sade bir biçimde ortaya koymakta ve bu konuda bize ipuçları vermektedir. Buradaki iyi diye tanımlanan davranış, cennette bulunan ve Tanrı'nın izin verdiği bütün nimetlerden yenmesidir. Kötü olarak gösterilen davranış ise, orada gösterilen bir ağaca yaklaşılması, yani onun meyvesinden yenmesidir.[127]

İyi ve kötünün ne olduğu konusu, genel felsefe tarihinde olduğu gibi İslam düşünce tarihinde de kelam ilmi çerçevesinde yoğun bir biçimde tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda her ekole göre farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlar içinde en makul ve kabul edilebilir olanı, Maturîdî'nin ve Hanefi ekolüne mensup düşünürlerin çoğu tarafından 'hüsün (iyi) ve kubuh (kötü)' başlığı altında ortaya konulan görüşlerdir. Buna göre Allah bir şeyi bizatihi güzel/iyi olduğu için emreder. Allah'ın bir işi emretmesi, o işin güzelliğine/iyiliğine delil teşkil eder. Bir şey niteliği itibarıyla çirkin/kötü olduğu için de Allah o şeyi yasaklar. Allah'ın bir şeyi yasaklaması da, o şeyin aslında çirkinliğine/ kötülüğüne delil teşkil eder. Maturidi'ye göre iyi ve kötü kavramları konusunda işler iki kısma ayrılır: a) İnsan aklının tek başına güzel/iyi ve çirkin/kötü olanı anladığı şeyler, c) Tek başına insan aklının iyi ve kötü olanı anlayamadığı şeylerdir ki, bunlar ancak Allah'ın bildirmesiyle (vahiyle) anlaşılır.

Akıl, Allah'ın kendisine verdiği doğal yetenek sayesinde bazı şeylerin iyiliğini/güzelliğini ve kötülüğünü/çirkinliğini anlayabilir. Örneğin akıl, vahiy olmasa da Allah'ın varlığını anlayıp kavrayabilir. Bu nedenle ilahi buyruk kendisine ulaşmayan, hak dinden haberi olmayan kimseler de Allah'a inanmakla yükümlüdürler. Ancak aklın tek başına yükümlü kılma ve sorumlu tutma hakkı yoktur. Sorumlu tutma hak ve yetkisi yalnız Allah'ındır.[128]

Maturidi'ye göre insan aklının vahiyden bağımsız olarak bazı ahlaki ilkeleri bilebilmesi konusunda temel nokta, insan aklının niteliğine ilişkin sahip olduğumuz anlayıştır. Öncelikle insan aklının, Allah'ın yarattığı ilahi düzenin dışında olduğu söylenemez. Allah'ın yarattığı ilahi/ahlaki düzenin metafizik boyutunu dikkate aldığımızda onun bir parçası olarak yaratılmış insan aklının vahiyden bağımsız olarak bir şeyi bilmesi, onun, bu ilahi/ahlaki düzenden bağımsız olarak meydana geldiği anlamına gelmez. Dolayısıyla insan aklının, bir takım ahlaki doğruları vahiyden bağımsız olarak bilmesi, dolaylı bir biçimde yine Allah'ın yarattığı ahlaki bir düzenle açıklanmış olmaktadır.[129]

Sonuç olarak; İslam düşüncesinde (ilm-i kelam) Allah bir şeyi bizatihi güzel/iyi olduğu için emreder. Bir şey niteliği itibarıyla çirkin/kötü olduğu için de Allah onu

[126] Kuran/Bakara: 35; Diyanet İş. Bşk. Meali.
[127] Prof. Dr. C. Can Aktan, Toplam Ahlak.
[128] Prof.Dr. Sönmez Kutlu, Maturidi ve Maturidilik.
[129] Prof. Dr. M. Sait REÇBER, Tanrı ve Ahlaki Doğruların Zorunluluğu.

yasaklar. Allah için kötü şeyleri emretmesi düşünülemez. Bu nedenle 'bir şey Allah emrettiği için mi iyidir, yoksa iyi olduğu için mi Allah onu emretmiştir' gibi bir kısır döngüye girmenin anlamı yoktur.

c) Ahlaken İyi Olanın Seçilmesi ve Ahlaki Bilinç

Değerler bir hiyerarşik yapıya, yani sıradüzenine sahip olduğundan, bu hiyerarşik yapıda yer alan yüksek/yüce/amaç değerler, aşağı/araç değerlere tercih edilmek istemiyle karşımıza çıkar. Asıl ahlaki davranış, yüksek değerin seçilmesi, buna karşılık aşağı değerin geriye, ikinci plana itilmesidir. Ancak bu seçmede araç değerlerin tümüyle reddedilmesi ve inkârı söz konusu olmayıp yüksek/yüce/amaç değeri öncelemek vardır. Görüldüğü gibi ahlakta değer kavramı belirleyici bir role sahiptir. Hatta değer kavramı olmadan ahlak olmaz.[130]

Herkesin ahlaken iyi olanı seçmesi kolay değildir. Ancak insan kendisini yüksek/yüce/amaç değere öylesine verebilir ki, o kişi değerler arasında seçme yaparken çok fazla düşünme gereği duymaz. Yüksek/amaç değeri eylem haline getirmekte onun için zorluk yoktur. Çünkü onda yüksek/amaç değerlere göre davranmak alışkanlık/refleks/doğal bir tavır haline gelmiştir. Ahlaken iyi olanı, iyi insan seçer. İyi insan, değerler arasında seçim yaparken uzun süre düşünüp tartmaz; onun sahip olduğu değer duygusu, hayatın en karmaşık durumlarında bile onu güvenilir biçimde yönetir.[131] O halde bir insanın, hayatın her alanında karşısına çıkan değerler arasında doğru seçimler yapabilmesi; değerler arasındaki öncelikleri doğru belirlemesi, ondaki değer duygusu ya da değer bilincine bağlıdır. Bilindiği gibi insan hayatının anlamı değerlerle ortaya çıkar. Çünkü gerçek anlamda insan olmak, ancak değerlerle mümkündür.

İnsan, gönül dünyasını ne kadar değerlerle doldurursa, o ölçüde tam anlamıyla insan olur. Değerlerin bu kişilik oluşturan işlevi, ahlaki değerlerde daha da belirgindir. Ahlaki değerler, insana onur/şeref denilen özelliği kazandırarak onu insan varlığının daha yüksek derecesine çıkarır. Örneğin sözünde durma, yalan söylememe, adaletli davranma, iyiye yönelik bir irade, genel ve temel ahlaki değerleri ifade eder.[132]

Sözünde durma, yalan söylememe, adaletli davranma gibi ahlaki değerler genel olarak toplumsal hayat için olduğu gibi özellikle hukuk mesleği açısından büyük önem taşımaktadır. Aslında sözünde durma, bireyde ahlaki kişiliğin bir sonucu olarak ortaya çıkması gereken bir davranıştır. İdeal olan, insanların bu ahlaki kişiliğinin gereği olarak verdikleri sözde durmalarıdır. Ancak insanları, verdikleri sözü yerine getirmeye sadece içten değil dıştan zorlayan bir sisteme de ihtiyaç duyulur. İşte bu da, verilen sözün yerine getirilmesini sağlayacak maddi yaptırımları içeren 'yazılı sözleşmeler' şeklindeki hukuk kurallarıdır.

2) AHLAK VE ÖZGÜRLÜK

---

[130] Prof.Dr. Vecdi Aral, Ahlak Teorisi.
[131] Nicolai Hartmann; aktaran: Prof.Dr. Vecdi Aral, Ahlak Teorisi.
[132] Prof.Dr. Vecdi Aral, Ahlak Teorisi.

Ahlakın temel kavramlarından biri de özgürlüktür. Bir davranışın ahlaki olması, onun bir insan tarafından **özgür** iradeyle yapılmasına bağlıdır. Genel olarak özgürlük; "Herhangi bir zorlama, kısıtlamaya bağlı olmaksızın düşünmek ve davranışta bulunmak; bir şarta bağlı olmama durumu; herhangi bir dış etkene bağlı olmadan insanın kendi kendine düşünüp karar alabilmesi ve onu eyleme geçirebilmesi"[133] şeklinde tanımlanabilir. Ahlakta özgürlük, kendi kendini belirleyebilme yetisi, insanın eylemlerini başkasının zoru ile değil, kendi iradesiyle gerçekleştirmesidir.

Özgürlük, var olan alternatif davranış biçimleri arasında bir seçim yapabilmek ve yaptığı seçimin gereğini yerine getirebilme gücüne sahip olmaktır. Kant'a göre özgürlük; insanın, dıştan gelen etkileri ya da kendi iç psikolojik ve biyolojik yapısının belirlediği şartları aşabilmesi, kendi ideallerine ve isteklerine uygun davranabilmesidir. Böyle bir insan, kararını özgürce verdiği duygusuna sahiptir.[134]

Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, ahlak bakımından özgürlük, bireylerin ortaya koydukları iyi ya da kötü davranışların, kendi hür irade ve kararlarının bir sonucu olmasıdır. Başka bir deyişle bir insan, doğru ya da yanlış bir şey de yapmış olsa bunu, dıştan maddi ve manevi bir etkenin zorlaması ile değil, yine kendi özgün irade ve düşüncesiyle yapmasıdır. İnsanın yaptıklarının karşılığı olarak mükâfat ve ceza verilmesi ancak bu durumda anlam kazanır.

Özgürlük kavramı, ahlak olgusunun temel taşıdır. Çünkü herhangi bir davranışı yapma ya da yapmama konusunda bir seçeneğe sahip olmayan bireylerin, ahlaki taleplerin muhatabı olması ve sorumlu tutulması mümkün değildir.

Herkesin üzerinde anlaşabileceği bir özgürlük tanımana ulaşmamız mümkün değildir. Ancak ahlaki özgürlüğü, herkesin her istediğini yapma ya da istemediğini terk etme gibi basit, kuralsız ve olabildiğince keyfi bir konuma indirgeyemeyiz. O halde yapılması gereken, ahlaki özgürlüğü insanın ahlaki niteliklerine bağlamaktır. Ahlaki emir ve yasaklar ahlaki bilinç veya vicdanımızın doğrudan bir belirlemesi olmadıktan sonra özgür sayılamazlar. Bireylerin, yaptıkları davranışlardan sorumlu olmasını gerektiren nedenlerden biri, değişik faktörlerin etkisi altında gelişen insanlar arası ilişkilerin, başka türlü de olabileceği ihtimalidir. Bireylerin ortaya koyduğu davranışlarda kendisinin dışında değişik faktörler de etkili olmakla birlikte bireylerin, başka türlü de davranabilme seçenekleri vardır. İşte ahlaki sorumluluk, başka türlü de olması mümkün iken, bireylerce başka türlü değil de böyle bir davranışın seçilmesinden doğmaktadır.[135]

a) Ahlak Felsefesinde Özgürlük

Felsefede özgürlük konusu, genellikle **iç özgürlük** bakımından araştırılmış ve incelenmiştir. İnsanda iç özgürlük, davranışların temeli olan **iradi kararların** oluşmasıyla ilgilidir. Bu anlamda **irade özgürlüğü**, insan iradesinin her hangi bir etki altında kalarak şartlandırılmadığını ifade etmektedir. Özgürlük, insanın kendi iradesine dayanarak eylem ve davranışlarını belirlemesidir. İradenin en belirgin

[133] TDK. Büyük Türkçe Sözlük.
[134] Prof.Dr. Doğan Özlem, Hukuk Felsefesi ve Etik.
[135] Prof.Dr. Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş.

niteliğinin akılla ilgili olduğu söylenebilir. Bu nedenle otomat hareketten, yani mekanik bir aracın hareketlerinden bir insanın iradi davranışını ayıran nitelik burada ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda irade, bir davranışla ilgili akla dayalı bir taleptir.

Özgürlük, özgür iradeyi gerektirir. Özgür irade; kişinin davranışlarını niyet ve amaçlarına göre kontrol altında tutabilme gücüdür. Kişinin, eylemlerini gerçekleştirirken herhangi bir dış zorlama ya da zorunluluk olmaksızın, karar verme ve uygulama gücüdür.[136]

Platon'a göre; özgürlük bir bütün olarak hayata ilişkin seçimlerde bulunmaktır. Aristo, özgürlüğü; 'insanın kendi aklı aracılığıyla tercihte bulunması' olarak tanımlar. Başka bir deyişle özgürlük, insanın yapıp etmelerini, kendi gücü ve imkânları dâhilinde yapabilmesidir. Tercih ise, kendi elimizde olan şeylerin düşünülerek seçilmesidir.

Seçme, insanın önündeki seçeneklerden bir tanesini diğerlerinden ayırması demektir. Sağlıklı seçimler yapabilmek kişiyi güçlü kılar. "İradenin en hâkim göründüğü an, karar anıdır". Karar zihinsel bir faaliyettir, seçimle son bulur.[137]

Etik/ahlak felsefesi tarihinde, insanın davranışlarında özgür olup olmadığı konusunda kabaca iki temel görüş bulunmaktadır. Birincisi, insanın eylemlerinde özgür olduğunu (indeterminizm), ikincisi ise özgür olmadığını (determinizm/gerekircilik) savunan görüştür. Her iki görüşe sahip olan düşünürler de kendilerine göre psikolojik, sosyal, ahlaki ve hukuki deliller ileri sürmektedirler.

Bilindiği gibi determinizm/gerekircilik evreninin işleyişinin, evrende gerçekleşen olayların fizik yasalarla belirlenmiş olduğunu ve bu belirlenmiş olayların gerçekleşmelerinin zorunlu olduğunu öne süren öğretidir. İnsanın, davranışlarında özgür olmadığını savunan bu anlayışa göre, bize özgü sandığımız davranışlarımız, evrende geçerli fiziksel yasaların işleyişinden ibarettir. İnsan iradesi, doğadaki nedenler zinciri ile gelişen bir durum olduğundan insanın özgür bir iradesi yoktur. Bu görüşü savunanlara göre insan, rüzgârın önündeki bir yaprak gibidir. İnsan iradesine tamamen içten ve dıştan gelen etkenler yön verir. İnsan bir davranışa karar verirken içinde bulunduğu şartların etkisinde kalır. Bu şartlar özgür bir biçimde karar vermeyi önler.

Bu iki görüşün dışında **Descartes** gibi düşünürler de bulunmaktadır ki, onlar bu iki görüşün aşırılığından uzak ve bu konuda daha orta bir yolu benimsemişlerdir.

Ahlaki davranışı, kaba bir içgüdü, basit bir refleks ya da fiziksel yasa olarak görmek yanlıştır. Çünkü ahlaki davranışın kaynağında kör ve bilinçsiz olmayan bir irade bulunur. İrade, kendi isteğinle karar verebilmek demektir.

Özgürlük; 'her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi yasasına, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi (seçme özgürlüğü), insanın

---

[136] http://tr.wikipedia.org/wiki/ Özgür_irade.

[137] Dwelshauvers-Tunç, s. 400; aktaran: Yrd. Doç.Dr. Yener Özen, Değerler Felsefesi Açısından İrade ve Bileşenleri.

kendi istemesi, kendi iradesiyle davranışta bulunabilme imkânı; insanın dıştan engellenmeden etki yapabilmesi' şeklinde tanımlanabilir.[138]

b) İlahi Dinlerde Özgürlük

İnsanın, davranışlarında özgür olup olmadığı konusu, genel felsefe tarihinde olduğu gibi İslam felsefe (kelam) tarihinde de tartışılmıştır. İnsanın eylem ve davranışları konusunda üç temel ekol ortaya çıkmıştır:

a) Cebriye ekolü: Bu ekole göre insan, eylemlerinde özgür değildir. Adeta rüzgâr önünde sürüklenen bir yaprak gibidir. Eylem ve davranışlarında kendi irade ve istemesinin bir önemi yoktur.

b) Mutezile ekolü: İnsan, eylem ve davranışlarında tamamen hürdür. Hatta bu konuda otonomi söz konusudur. Yani yaptığı eylemleri, Tanrı tarafından önceden verilmiş bulunan güç ve yetenekle kendisi yaratır.

c) Maturidi ekolü: İnsan, hangi eylem ve davranışlarda bulunacağını hür iradesiyle kendisi seçer (Cüzi irade). O eylem ve davranışları yapmak zorunda değildir. İnsan, belirli bir yönde davranışta bulunmayı ister, Tanrı da bu seçime uygun olarak o eylemi yaratır (Külli irade). Büyük düşünür Matüridi; insanların, farklı davranışlardan dilediğini özgürce seçebilme imkânına (cüzi iradeye) sahip olduğunu vurgular. Aksi takdirde onların yaptıkları davranışlar nedeniyle bir mükâfat (ödül) ve cezaya (yaptırıma) muhatap olmaları düşünülemezdi.[139]

İnsanın davranışlarında özgür olup olmadığıyla ilgili olan bu görüşlerden birinin kabul edilmesi, ahlak anlayışımızı temelinden etkileyecek bir öneme sahiptir. Çünkü özgürlük probleminin çözümü, hem felsefi hem de ahlaki/hukuki problemlerin çözümlenmesinde kilit rol oynamaktadır. Bireylerin, eylem ve davranışlarında özgür olduğu kabul edildiğinde, onların kendi seçimlerinin sonuçlarına katlanması; mükâfat veya cezayı hak etmesi söz konusu olacaktır. Eğer insanın seçme/irade özgürlüğü yoksa insanın yaptığı kötülüklerin sorumlusu kim olacaktır? Bütün bunlar, ahlak ve hukukun önde gelen sorunlarından biridir.

İnsan davranışlarında iradenin rolünü inkar eden Cebriye ekolü, bu açıdan insanın eylemlerinde özgür olmadığını iddia eden felsefi determinizm/gerekircilik görüşüne benzer. Eğer Cebriye ekolünün ileri sürdüğü gibi, insan iradesinden söz etmek mümkün değilse, bu durumda insan, Tanrı'nın kendisi için yazdıklarını çaresiz olarak yerine getirmek zorunda olan sadece bir mekanik uygulayıcı konumundadır ve eylemlerinden sorumlu değildir. Bu yaklaşımın oldukça uç bir görüşe dayandığı açıktır. İnsanı, rüzgâr önünde savrulup giden bir çöpe benzetmek, onu hiç tanımamak demektir.

Mutezile ekolünün, Cebriye'nin tam tersine, insanların iradeye sahip olduğunu ve kendi davranışlarının da yaratıcısı olduğunu, bu konuda otonominin söz konusu olduğunu ileri sürmesi, Tanrı inancı bakımından ciddi sorunlar doğurmaktadır. Çünkü bu anlayışa göre insan, tüm eylem ve davranışlarını kendisi yaratan bir

[138] Akarsu, 1984; aktaran: Yrd. Doç.Dr. Yener Özen, Değerler Felsefesi Açısından İrade ve Bileşenleri.

[139] Prof.Dr. M. Saim Yeprem, İrade Hürriyeti ve İmam Maturidi.

varlık olarak, gerçekte sadece Tanrı'da bulunan yaratma özelliğini kendisinde taşıdığı iddiasında bulunmaktadır.

Maturidi ekolüne göre ise, Allah'ın, insanların ne yapacaklarını önceden bilmiş olması, insan davranışlarının determinist (gerekirci) olmasını gerektirmez. Bu ekol, 'orta yol' diye de ifade edebileceğimiz anlayışıyla; evreni yaratan, her şeyi denge halinde tutan ve devamını sağlayan Tanrı'nın evrensel/külli iradesini, insanın seçme özgürlüğü (cüzi iradesi) ile çelişkiye düşmeksizin bağdaştırır. Bunların birbirine aykırı şeyler olmadığını açıklar.[140]

Özgürlük konusunda Tanrı'nın külli iradesiyle insanın seçme özgürlüğünün (cüzi iradesinin) çelişmeksizin bağdaştırılması, ahlak alanındaki birçok temel sorunu ortadan kaldırmaktadır. Çünkü böylece hem ahlakta merkezi bir role sahip Tanrı inancı zedelenmemekte, hem de Tanrı'nın evrensel ahlak ilkelerinin muhatabı olan insanın nasıl davranacağı konusunda bir seçme özgürlüğüne sahip olduğu, dolayısıyla onun, doğa yasalarına tabi olan diğer varlıklar gibi mekanik bir icracı/uygulayıcı olmadığı, aksine akleden, düşünen ve seçim yapan bir değer varlığı olduğu kabul edilmektedir. Bu anlayış, aynı zamanda ahlakın, bir yandan evrensel anlamda Tanrısal bir boyut ve temelini, diğer yandan da insani/akli boyut ve temelini ortaya koymaktadır.

Ahlakta özgürlük problemi konusunda İslam felsefesinde (kelam ilminde) incelenen üç türlü görüş, yani cebriyenin determinizmi/gerekirciliği, Mutezile'nin mutlak özgürlüğü ve Matüridi'nin bu iki aşırı görüşten uzak, makul orta yoluna benzer görüşler, batı dünyasında da görülmüştür. Descartes, insanın külli bir irade (Tanrı) tarafından belirlendiğini, ancak cüzi bir iradeye de sahip olduğunu kabul eder. Farabi, Tanrı'nın, insanla ilgili bilgisini onun eylem ve davranışlarının oluşumunda zorunlu neden olarak görmez. Yani Tanrı'nın, insanın geleceğini biliyor olması, onun kendi iradesiyle seçim yapmasına engel değildir. Başka bir deyişle Tanrı'nın insanla ilgili bilgisi, insan iradesi üzerinde zorunlu bir etki yaratmaz. Ahlakta özgürlük probleminin çözümü konusunda İslam felsefesi (kelamı) düşünürlerinin büyük katkıda bulunduğu açıktır. Günümüzde de Hıristiyanlığın bu konuyla ilgili mevcut düşüncesinin oluşumunda önemli rol oynayan Thomas Aquinas'ın büyük ölçüde İslam felsefesi (kelamı) düşünürlerinden etkilendiği bilinmektedir.[141]

Tanrı'nın bir şeyi emretmesi, insanın iradesini ortadan kaldırmaz. İnsan, hür iradesiyle bu emre uyar ya da uymaz. Tanrı, insanların iyi olmalarını sadece arzu eder. Yoksa onları zorla iyi ya da kötü yapmaz. Bu anlamda ahlaki emirler, ilahi bir arzuyu dile getirir. Tanrı insana yönelik emir ve yasaklar koyarken, onu doğa yasasına tabi sıradan bir varlık olmaktan çıkararak, aklilik ve insaniliğini keşfetmesini istemektedir. Böylece Tanrı, insanların iyi olmalarını dilemekte, ancak bunu insanın kendi özgür seçimine bırakmakta ve verilen aklı kullanma fırsatı vermektedir.[142]

---

[140] Prof.Dr. Şerafettin Gölcük- Süleyman Toprak, Kelam Tarih-Ekoller- Problemler.
[141] Prof.Dr. Necati Öner, Hürriyetin Sınırı/Felsefe Dünyası.
[142] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

c) Özgürlük ve İnsan İradesi

Özgürlük; var olan alternatif davranış biçimleri arasında bir seçim yapabilme ve yaptığı seçimin gereğini yerine getirebilme gücüne sahip olabilmektir. Özgür insan, dış şartların ve psikolojik yapının belirlediği etkileri aşabilen, kendi özgün iradelerine ve amaçlarına uygun olarak karar alan ve davranışta bulunan insandır. Aynı insan, kararını özgürce verdiği duygusuna sahip olmalıdır.[143]

Ahlaki değer ve normların muhatabının sadece insan olmasının nedeni, onun diğer varlıklardan farklı olarak irade/düşünce sahibi olmasıdır. Diğer varlıkların, kendileri için belirlenen doğal yasalara uygun davranmak zorunluluğu vardır. Onlar bu doğa yasaları nedeniyle aynı davranışları mekanik olarak tekrar eder dururlar. Farklı davranış biçimlerinden dilediğini seçme özgürlüğü sadece insan için söz konusudur. Bu nedenle insan, doğal yasalara uygun hareket eden diğer varlıklar gibi salt mekanik bir icracı değildir.[144]

Tanrı'nın, hiçbir varlığa yapmadığı biçimde insanlara "Ben sizin Rabbiniz değil miyim" diye soru sorarak hitap etmesi, buna karşılık insanların/ruhların "Evet, sen bizim Rabbimizsin"[145] diye cevap vermeleri, insan aklı ve iradesinin önemini göstermektedir. Eğer insan, mekanik bir görev icracısı olsaydı, Tanrı insana soru şeklinde değil, doğrudan doğruya "Ben sizin Rabbinizim" diye hitap ederdi. Büyük bilim adamı/düşünür Elmalılı Hamdi Yazır, Tanrı'nın insanlara bu hitabını ve insanların verdiği cevabı, bir tür metafizik sözleşme (icap ve kabul) olarak nitelendirmektedir.[146]

İnsan ne yaptığının, nasıl davrandığının farkında olması gereken bir varlıktır. Bu da bize, onun öncelikle aklını ve iradesini iyi kullanması ve bir davranışta bulunurken deyiş yerindeyse gözlerini dört açması gerektiğini göstermektedir. Aklını ve iradesini iyi kullanabilmesi için özgür düşüne-bilmesi ve maddi/fiziki - manevi/psikolojik etki ve baskılardan uzak olması gerekir. Bu nedenle insan aklı ve düşüncesini kısmen veya tamamen devre dışı bırakan, onun adeta robot gibi davranmasını isteyen her türlü siyasi, sosyal, dini, ahlaki ve iktisadi oluşum ve yapılanma, ahlaki ve insani olmaktan uzaktır ve insana yapılan en büyük kötülüktür. Hangi gerekçeyle olursa olsun, insanı düşünmekten, iradesini kullanmaktan ve seçimini özgürce yapabilmekten alıkoyan her anlayış, uygulama, her türlü yapılanma ahlak ve insanlık dışıdır. Bu gerekçe, dini ya da siyasi de olsa değişmez. Örneğin lider ya da önderlerinin söz ve davranışlarının tartışılamadığı, üye ya da mensuplarının farklı görüş ve düşüncelerine, yapıcı itiraz ve muhalefetlerine fırsat, izin ve imkân verilmeyen, her türlü siyasi, iktisadi, sosyal, kültürel ve dini grup, topluluk ya da organizasyon ahlaki ve insani olmaktan uzaktır. Tartışılmaz lider ya da önder anlayışı, insani ve ahlaki olmadığı gibi dini/ilahi dayanaktan da yoksundur.

Ahlak, insan aklı ve iradesiyle ilgili bir konudur. Ahlakın insan aklı ve iradesiyle ilgili olması onun, kaynağı ne olursa olsun insan aklına seslenmesi nedeniyledir.

---

[143] Prof.Dr. Doğan Özlem, Hukuk Felsefesi ve Etik.
[144] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın akli ve İnsani Temeli.
[145] Kuran, Araf Suresi:172
[146] Elmalılı Hamdi Yazır, Hak Dini Kuran Dili; Tefsir, Araf Suresi, Ayet:172.

İster ilahi, ister insan kaynaklı olsun her türlü etik ilke ve ahlak kuralının muhatabı, insan ve onun aklıdır. Çünkü ahlak, akılla kavranılıp özgür bir biçimde tartışılabilecek bir gerçeğe, yine insan sayesinde ulaşabilmektedir.[147]

İnsan iradesiyle özgürlük arasında birbirinden ayrılması mümkün olmayan bir ilişki vardır. Çünkü özgürlük, ahlaki ve iradi davranışın temel şartıdır. İnsanı irade ve özgürlükten ayrı düşünmek, onu insan dışında bir varlık olarak tanımlamak demektir. Bu nedenle irade ve özgürlük insanın alâmetifarikasıdır. İnsanı, özgürce düşünmek ve davranmaktan kısmen ya da tamamen alıkoyan her türlü sosyal, kültürel, siyasi, iktisadi, dini yapı ve anlayış, insani ve ahlaki olmaktan uzaktır.

İradeden söz edildiğinde özgürlük kavramı zorunlu olarak gündeme gelmektedir. Çünkü bireyler özgür olmayınca, hür olarak düşünmesi ve ahlaken değer taşıyan iradi davranışlarda bulunması mümkün değildir. Bu nedenle ahlaki davranış; insanın, kendi düşünce merkezinden ortaya çıkan kararlarla oluşan iradi eylemleridir.

Bu çerçevede ahlâki özgürlük; bireylerin, kendi karar ve davranışlarını düzenlemesi ve yönlendirmesi hâlidir. Bu tanıma göre ahlâki özgürlüğe sahip olan bireyler, kendilerini dış baskı, etken ya da zorlamalardan bağımsız olarak, kendi amaç ve isteklerine göre davranabilen insanlardır. Bir insanın, başkalarının baskı ve etkisiyle değil de, kendi istek ve iradesiyle karar verebilmesi ve davranışta bulunabilmesi, onun özgür olduğunu gösterir.

İnsandan özgürce çıkan bir irade, ahlaki davranışın temel niteliklerinden biridir. Ahlaki bakımdan olgun bir insan, bir emre ne zaman uyacağını, ne zaman uymayacağını, hangi hallerde otoriteyi dikkate alacağını almayacağını, bir lideri gerektiğinde ne zaman terk edeceğini bilen kişidir. Ahlaki bakımdan olgun davranışta bulunmak için gereken diğer nitelikler ne olursa olsun, özgürlük olmazsa olmaz bir şarttır; yeterli olmayabilir ama zorunludur.[148]

Özgür iradeye sahip bir insan başkalarının otoritesine bağımlı değildir. Otoriteye karşı ne körü körüne boyun eğer ne de kolay aldanır. Bu kişi sağlıklı akıl yürütebilir, ama ne zaman kendi aklının yetersiz kaldığını da bilir; mevcut otoritenin getirdiği her öneriye saflıkla inanmaz, hemen kabul de etmez; kimin açıklamasının güvenilir, kiminkinin güvenilmez olduğunu yargılayabilecek güçtedir; ne zaman ve nasıl kuşku duyulması gerektiğini bilir. Özerklik erdemi, kişinin fikir oluşturma, seçme ve eyleme geçme konusunda kendi güçlerine dayanması anlamında ortalama bir karakter durumudur. Bunun tersi bağımlılıktır.[149]

d) Özgürlük ve Benlik/Şahsiyet/Kişilik

Özgürlükle yakından ilgili bir kavram da şahsiyettir/kişiliktir. Şahsiyet, bir kimsenin kendi öz varlığı, kişiliği, onu kendisi yapan şeydir. Benlik ve şahsiyet, insanın kendi kendisinin farkında olması ve kendi davranışlarını idare etmesidir. Benlik veya şahsiyetin temeli akıl ve özgürlüktür. Akıl, benliğin psikolojik temeli,

[147] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın akli ve İnsani Temeli.
[148] R.Billington, Felsefeyi Yaşamak; Çev. A.Yılmaz.
[149] Nigel C. Benson, Psikoloji; Çeviri: Aysun Yavuz.

özgürlük onun ahlaki görünüşüdür.[150] Görülüyor ki, insandaki kişiliğin temel taşları akıl ve özgürlüktür. Bu iki unsurun birbirinden ayrılması düşünülemez. Aklın devre dışı kaldığı durumlarda özgürlük yok demektir. Özgürlüğün olmadığı yerde ise aklın işlevselliği ortadan kalkar.

İnsan kişiliğini meydana getiren unsurlar; maddi, ruhsal ve sosyal olmak üzere üçe ayrılır. Bu unsurlar, ilk çocukluk çağından başlayarak sıra ile gelişir ve bütün ömür boyunca insanın düşünen varlığı ve ahlaki yapısının dokusunu işlerler. Ruhsal benliği zayıflayan insanlarda maddi benlik gittikçe ön plana çıkar; gelişen düşünce yapısı maddi benliğin/kişiliğin hizmetine girer. Sadece maddi benliklerine değer veren bireyler, çok kazanmak ve bedenlerini iyi yaşatmak için bütün yüksek değerleri çiğnemekten çekinmezler. İnsanda maddi benliği kuşatan ruhsal/ahlaki benlik, gelişmesini sürdürürken benliğin üçüncüsü olan sosyal benlik/kişilik unsuru doğmaya başlar ve insanın bağlı olduğu sosyal sınıf ve mesleği, onun benliğinin bir parçasını meydana getirir.[151]

Böyle olunca insan toplumsal hayatta; hâkim, avukat, doktor, mühendis, öğretmen, işçi vb. olarak sosyal bir benlik yapısına sahip olur ve artık insanın mesleği, şerefinin ölçüsü olur. Ruhsal benlik/kişilik güçlü ve olgun değilse, sosyal benliğin parçası olan meslekler, bazen insanın gözlerini karartarak ahlaki benliği törpüleyen ve böylece insanı kendi gerçek yapısından uzaklaştıran araç/güç haline gelir. Bu yüzden daha önceki hayatında bütün samimi duygularıyla tutum ve davranışlarını yakından tanıdığımız bir arkadaşı, mesleki açıdan toplumdaki yeri ve mevkii yükseldikten sonra gördüğümüzde, onun adeta tanınmaz bir hale geldiğine tanık olabiliriz. Hatta bazen aynı kişi olduğundan bile şüphe ederiz.

Ahlaki benlik ve kişiliği zayıf olan bireyler, kendilerinin sosyal kişilikleriyle yani meslekleriyle tanınmasını ister ve onunla övünürler. Örneğin ahlaki kişiliğe sahip iyi bir 'insan Ahmet' yerine 'Hâkim Ahmet', 'Savcı Ahmet', 'Doktor Ahmet', 'Müdür Ahmet' gibi sosyal kimliklerden hoşlanırlar. Bazıları da onlara yaranmak için nefislerine hoş gelen sözler söylerler.

Böylece ahlaki benlikten yoksun bireyler sosyal benliklerine esir olurlar. Sosyal benliklerine esir olanlar, sosyal kişiliklerini kaybetmemek için ahlaki benliklerini çiğnemeyi bile göze alıyorlar. İşte ahlaki benlikleri zayıf oldukları halde sırf bazı yüksek makamlarda bulundukları için insanların 'büyük adam' diye nitelendirdiği bu bireyler, çoğunlukla ahlaken düşük davranışlara kapılmaları bundan ileri gelmektedir.

Ahlaki benliğini sosyal (mesleki) benliğine feda eden bu insanlara 'şahsiyetsiz/kişiliksiz adam' denilmektedir. Buna karşılık toplumda öyle insanlar da vardır ki, güçlü olan ahlaki benliklerini, toplumun onlara verebileceği en çekici şöhret ve menfaatlere bile feda etmezler; sosyal benliğin değerini ahlaki benliklerinden üstün tutmazlar. Bunlar hep kendi vicdanlarına bağlı yaşarlar. Toplum içindeki sosyal/mesleki benlik ve mevkileri ne olursa olsun bunlara da 'şahsiyet/kişilik sahibi adam' denir.[152]

---

[150] Prof.Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.
[151] Prof.Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.
[152] Prof.Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.

Karakter, bir bireyi başkalarından ayırt eden, alışkanlık haline gelmiş davranışların bütünüdür. Karakter; şahsiyetin, davranışlar şeklinde görülen özelliklerine denir. İnsana yakışan davranış, öncelikle sağlam bir karakter/kişilik yapısına sahip olmak ve bundan sonra da her yerde, her türlü şartlar altında bile değişmeyerek hep aynı kalan kendi kişiliğini davranışlarında yaşatmaktır.

3) AHLAK VE VİCDAN

"Vicdan, temyiz talebi olmayan bir mahkemedir."

Ahlaki kavramlardan biri de vicdandır. **Vicdan**, bireylerin içyapısında yer alan bir ahlaki yargı organıdır. Vicdanın niteliğinin ne olduğu, kaynağının insanın kendi varlığında mı yoksa ilahi bir düzeyde mi aranması gerektiği, vicdanın insanı yanılgıya sürükleyip sürüklemeyeceği konuları hem ahlak felsefesinin, hem de din, psikoloji ve sosyoloji gibi bilimlerin ana tartışma alanlarıdır.

Vicdan, bütün insanların sosyal ilişkilerde davranışlarını etkileyen çok önemli bir iç denetim organı olmakla birlikte hukuk mesleğini yürüten hukukçularda özellikle önem taşımaktadır. Çünkü yargı kurumunun karar mercii olan hâkimler vicdani kanaate göre karar verir. Bu nedenle ahlakın en temel kavramlarından olan vicdanı doğru tanımlamak, onun oluşumunu, eğitimini ve işleyişini iyi anlamak gerekmektedir.

a) Vicdanın Tanımı

İnsanların, sosyal olay ve olgular karşısında sergilediği tutum ve davranışlarında önemli işlev gören **vicdan**, bir iç denetim organıdır. Hâkimlerin, hukuka, yasalara uygun olarak ve **vicdani** kanaatlerine göre karar verdikleri düşünüldüğünde, vicdanın doğru tanımlanmasının ve onun oluşum şartlarının önemi de kendiliğinden ortaya çıkar. Hançerlioğlu, felsefe sözlüğünde vicdanı şöyle tanımlıyor:

"Vicdan, insanın görgü ve bilgileriyle kendini yargılama yetisidir. İnsanda doğuştan var olmayan, insanın yaşadığı toplumsal şartlarda oluşan görgü ve bilgisinin sonucudur; bir bilinç olgusudur."[153] Prof. Akarsu'ya göre vicdan, "Ahlaksal bilinç; iyi ve kötü üzerine bilinç" demektir.[154] Prof. Kuçuradi vicdanı, "Kişinin benimsemeyi istediği, doğallıklarına inandığı genel değer yargılarından, bunların temelindeki kural ve ilkelerden kendini sorumlu duyması" olarak tanımlamakta ve bireyin kendi eylemlerine değer biçmesini izleyen yaşantısında vicdan denilen bilinç olgusuyla karşılaşıldığını ifade etmektedir.[155]

Vicdan, insanda bir eylemin ahlaki değerini ayırt edecek doğal bir yetenektir. Başka bir deyişle vicdan, iyiyi kötüden ayırt etme yeteneğinin özel bir adıdır. Gerçekte ahlak duygusu herkeste vardır. Belki herkeste olmayan şey, ahlaki kuvvettir. Ahlaki kuvvet kavramı, hem insandaki kesin kanaati oluşturan irade

[153] Orhan Hançerlioğlu, Felsefe Sözlüğü.
[154] Prof.Dr. Bedia Akarsu, Felsefe Terimleri Sözlüğü.
[155] Prof.Dr. İ.Kuçuradi, Etik.

kuvvetini, hem de bu oluşan kanaate göre eylem yapma konusunda kuvvetlerin kararlılığını, başka bir deyişle vicdanın sağlamlığını ifade eder.[156]

Vicdan, insanların davranışlarını ahlak sınırları içinde tutan kuvvettir. Ancak bilinmelidir ki, vicdan dediğimiz kuvvet, iyi bir ahlak eğitim ve terbiyesi sonucunda oluşur. Yoksa her insan sağlam bir vicdanla dünyaya gelmez. İnsanların eğitimi bütün hayatları boyunca devam ettiğine göre, ahlaki eğitim de hayatın sonuna kadar sürer.[157]

Vicdan, insanları hem ahlaki davranışta bulunurken tutarsızlıklardan kurtarır, hem de dışarıdan bir kontrol olmadan da ahlaklı davranmalarını sağlar. Vicdanın, herkeste aynı kuvvette olmayışı, özellikle, çocukluk çağında görülen eğitim, terbiye farkındandır.

Ahlak düşünürleri arasında vicdanın niteliği hakkında iki temel görüş vardır. Birincisi, vicdan ve ahlaklılığın insanda fıtri, yani doğuştan var olduğu görüşüdür. İkincisi ise, onun insanda sonradan eğitim ve terbiye sonucunda oluştuğu yönündeki görüştür. Aslında vicdan basit değil, aksine karışık manevi bir varlıktır. Öncelikle her insanda, birey olmak itibariyle vicdan ve ahlaklılığın tohumları doğuştan bulunur. İşte bireylerde bulunan bu vicdan ve ahlaklılığın tohumlarını eğitim ve terbiye ile geliştirmek gerekir. Vicdan/ahlak eğitim ve terbiyesi, bireysel vicdanla toplumsal vicdanın (maşeri vicdan) ilişkisini birlikte sürdürmeyi gerekli kılar.[158]

b) Vicdanın Oluşumu

Vicdan, insanın ahlaken mükemmelliğini veya noksanlığını gösteren içsel duygusudur. Vicdan, bir sanatçının ortaya koyduğu eserde bıraktığı işaret/iz gibi, Yaratıcı tarafından insanın içine işlenmiş ilahi bir nişandır. Ancak insanın içinde yerleşik olan ve iyiyi kötüden ayırt etmeye yarayan vicdan hatasızdır, denebilir mi? Yani her vicdan iyiyi kötüden ayırt edebilir mi?

Vicdanın mahiyetinin ne olduğu, kaynağının insanda mı yoksa ilahi bir mercide mi aranması gerektiği, insan davranışları için insan dışında yüksek etik ilkelerin kabul edilip edilemeyeceği, vicdanın insanı yanılgıya sürükleyip sürüklemeyeceği ahlak felsefesinin olduğu kadar din, psikoloji ve sosyoloji gibi bilimlerin de ana tartışma konularıdır.

Vicdanı sadece fıtrattan, yani yaratılıştan gelen bir özellik olarak görürsek, bu durumda onun hata yapmayacağı gibi bir düşünceye, her türlü eğitim ve terbiyeyi faydasız görme gibi bir sonuca varmış oluruz. En temiz bir vicdan bile, sahibini kötülüğe yöneltebilir. Bu nedenle ahlaki eylem ve davranışlarımızı, bütünüyle böyle bir kuvvetin eline bırakamayız.[159] Yani hiçbir insan için, 'vicdanı tamamıyla olgunlaşmış ve bir daha hata yapmayacak bir konuma gelmiştir' denemez. Hiç bir vicdan hatasız değildir. Eğer vicdanlar hatasız olsaydı, yüksek bir ahlak kurmak için zaman harcamak ve ahlak eğitimi yapmak gereksiz olurdu.[160]

---

[156] Alexıs Bertrand - Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[157] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[158] Kınalı zade Ali Efendi, Ahlak-ı Hamide.
[159] Kınalı zade Ali Efendi, Ahlak-ı Hamide.
[160] Alexıs Bertrand – Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.

Bireylerin davranışlarını ahlaki sınırlar içinde tutan kuvvet, sağlam bir vicdandır. İnsan ahlak kurallarını sadece öğrenmekle değil, belli olaylar karşısında bir takım sevgi, nefret, sevinç, keder, sabır ve heyecan gibi tavırlar/tutumlar ortaya koymakla iyi ahlaklı veya kötü ahlaklı olur. İnsanların ahlaki davranışlarında asıl önemli rolü oynayan unsur, sadece ahlakla ilgili bilgiler değil, duygulardır. İnsanı ahlaklı davranmaya iten asıl kuvvet işte bu duygu unsuru, yani ahlaki bilinçtir. Bir insan pişmanlık veya vicdan azabı duymadığı takdirde, yanlış ve kötü olarak bilinen davranışları rahatlıkla yapabilir. Ahlak bilgisini nasıl öğrenmek gerektiğini belki bilebiliriz. Ancak bu ahlak bilgisiyle duygular nasıl bir araya gelerek vicdan dediğimiz iç denetim mekanizması meydana gelmektedir? Burada önemle belirtilmelidir ki, sağlam bir vicdan ve ahlaki kuvvet, ancak ciddi bir ahlak eğitim ve terbiyesi (ya da nefis terbiyesi) ile meydana gelir. Yoksa insan, doğal bir ahlak duygusuna sahip olmakla birlikte doğuştan sağlam vicdan getirmez.[161] Prof. Kuçuradi de, vicdanın oluşumunda bireylerin sosyalleşme dönemi üzerinde durmakta; kültür ve eğitimin rol ve etkisine dikkat çekmektedir.[162]

Ahlaki vicdan ve kişiliğin oluşumunda rol oynayan bazı önemli faktörler vardır. İnsan, hem iyi ahlaka hem de kötü ahlaka eğilimli olarak yaratılmıştır. Ancak ahlaka yön verecek faktörler çevreseldir. Eğer insan, kendisini iyi ahlaka sevk edecek çevresel faktörlerle karşılaşırsa iyi ahlaklı; kötü ahlaka sevk edecek çevresel faktörlerle karşılaşırsa kötü ahlaklı bir kişi olabilir.

Çevresel faktörlerin başında aile büyükleri gelmektedir. Özellikle anne-babaların söz, tutum ve davranışları; iyi ahlak modeli olmaları, çocukların ahlaki gelişimlerini olumlu yönde etkiler. Diğer yandan akran ve arkadaş grubunun huy ve alışkanlıklarını edinmek insan psikolojisinin özelliğindendir. Bu nedenle iyi ahlaklı olması istenilen bireylerin, güzel ahlak sahibi kişilerle dostluk ve arkadaşlık kurmaları faydalı olacaktır. Eğitim sistemi ve kurumları, insanın ahlaki vicdanının oluşmasında önemli faktörlerden biridir. Bireylerin ahlaki yapısını, eğitim vasıtasıyla etkileyip değiştirebilmek, kötü ahlaki düşünce ve davranışları iyi hale dönüştürebilmek mümkündür. Diğer önemli bir faktör de, medya ve kitle iletişim araçlarıdır. Bu araçlar, iyi yönde kullanıldığı takdirde bireylerin vicdan eğitiminde önemli katkılar sağlayabileceği gibi, kötü amaçla kullanıldığında da vicdan ve ahlak yönünden olumsuz sonuçların doğmasına neden olabilmektedir.[163]

c) Vicdan ve Ahlaki Bilinç

Ahlakla ilgili yargıların organı olan vicdan, aynı zamanda ahlaki bilincin de ifadesidir. Ahlaki bilinç; insanın geçmiş, bugün ve geleceğe ilişkin bir dünya görüşüne sahip olmasına yardımcı olur.[164] Herkeste aynı sağlam bir vicdan ve ahlaki kuvvetin olmayışı, özellikle çocukluk çağında görülen eğitim ve terbiyenin farkındandır. En sağlam vicdan; anne-babasından ancak iyi davranışlar yapınca sevgi gören ve genellikle onlar tarafından sıcak karşılanan çocuklarda görülmüştür.

---

[161] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[162] Prof.Dr.İoanna Kuçuradi, Etik.
[163] Mustafa Şengün, Ahlak Gelişimin Psiko-Sosyal Dinamikleri.
[164] Prof.Dr. Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş.

İnsan, kendisinin farkında olan, bu fark edişi de fark eden bir varlık olmalıdır. Eğer insanın böyle bir özelliği olmasaydı, belki ahlaki davranış da olamazdı. Çünkü insan kendisini kontrol edemezdi. Fakat bu kontrolün de iyi işlemediği, yani ahlaki bilincin, bencil isteklere kendini uydurmaya çalıştığı görülebilir.

Bazen insanı bir davranışa götüren nedenler hiç de ahlaka uygun olmayabilir. Fakat bu davranış için insan kendine göre haklı nedenler bulabilir/gösterebilir. Yani bencil ve bayağı istekler insana öyle hâkim olabilir ki, yaptığı birçok yanlış davranışın doğru olduğu konusunda kendi kendisini ikna eder. Bu ise, insanın kendi kendisini aldatması demektir. O halde, vicdanın kuvveti, insanın kendi benliğini bilme derecesiyle orantılıdır. İnsan, vicdanın kuvveti ölçüsünde kendini kötü davranışlardan alıkoyar. Her dürüst bir davranışın arkasında daima sağlam bir ahlaki vicdan bulunduğunu söyleyebiliriz.[165]

Amaçları yüksek bir ahlaka erişmek olan bireyler, kendi benlikleriyle daima hesaplaşma ve mücadele halinde olmuşlardır. Bu da, insanın sürekli olarak içe-bakış yoluyla benliğini kontrol etmesi, yaptığı davranışların ahlaka uygun olup olmadığını düşünmesi (nefis muhasebesi) demektir.

Her meslek üyesi için gerekli olmakla birlikte, hukukçular vicdani kanaatlerine göre karar vererek hukuk mesleğini yürüttüklerinden, hukukçular için vicdan eğitim ve terbiyesi merkezi bir öneme sahiptir. Bu vicdan eğitim ve terbiyesi eksik kaldığı sürece hukuk düzeninin etiksel sorunlardan kurtulması mümkün değildir.

Genel olarak eğitim var olanı geliştirir. Önceden var olmayınca hiçbir şey gelişmez. İnsanlarda ahlak eğitimiyle ortaya çıkan sağlam vicdandan önce, doğal ve gizli bir vicdan vardır. Her insandaki ahlak duygusu da bundandır. Ancak insanın yaratılışında ahlak duygusunun var olması, ahlaki kuvvet yani sağlam vicdan için yeterli değildir. Sağlam vicdan ve ahlaki kuvvet için, özel bir ahlak eğitimine ihtiyaç vardır.

Her sıradan insan, şu veya bu şekilde iyi ve kötünün ne olduğuna ilişkin bir duyguya sahiptir. İşte, bu kendiliğinden, özel bir ahlak ve felsefe eğitimi almaksızın sahip olunan iyi ve kötü bilgisine gündelik dilde vicdan diyoruz. Vicdan, kişilere ait içsel bir ahlaki yargı organını ifade eder. Her yargı gibi vicdani yargı da doğru veya yanlış olabilir.[166] Ahlakta ödül ve ceza fikirleri vicdandan sonra gelir. Çünkü o bir haysiyet ve şeref duygusudur. Hiç kimse, ahlaken iyi davrandığı için ödül talep etmez.

4) AHLAK VE ALIŞKANLIKLAR

Ahlak, iradi davranışlar demek olduğundan, iradeyi azalttığı hatta tamamen ortadan kaldırdığı gerekçesiyle adet ve alışkanlıklar ahlak felsefesinde eleştirilmiştir. Bu nedenle iradi davranış ile adet ve alışkanlıklar arasında nasıl bir ilişkinin olduğunun açıklanması gerekir.

Alışkanlık, iradi eylemlerin sürekli yapılmasıyla pekişen belli davranışları tekrarlama eğilimidir. İlk başta alışkanlık, çabayı azalttığı için, yeteneklerin

[165] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[166] Prof.Dr. Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş.

gelişmesine zarar verir gibi görünür. Hâlbuki öyle değildir. Alışkanlık, biriktirilmiş çaba demektir. Alışkanlıklar, iradenin bir tür devre dışı bırakılması olduğu gerekçesiyle bazı ahlakçılar tarafından eleştirilmiştir. Ancak insanlar, alışkanlıkları oluşturan ilk hareketlere kendi iradeleriyle başlarlar. Kaldı ki bu alışkanlıklar, insanlarda ilk ortaya çıktıkları düzeyde kalmayıp, her defasında iradenin özenli tutumu ya da ihmaliyle kuvvet kazanırlar. Bu nedenle insanlar, alışkanlıklar yoluyla yaptıkları davranışlardan sorumludurlar.[167]

Adetler/Alışkanlıklar ve Ahlakın Gereği Olan Özgün Davranış

Alışkanlıklar konusunda biraz farklı düşünen Prof. Filiz'e göre; adet ve alışkanlıklar insanlara hiçbir şey öğretmemekte ve onu diğer varlıklardan ayıran Tanrı vergisi olan niteliklerden hiçbirini geliştirmemektedir. Diğer varlıklardan farklı olarak insanlarda anlama ve değerlendirme gücü, olay ve olguları birbirinden ayırt etme duygusu ve ahlaki seçim gibi kendine özgü melekeler vardır. Bunlar ancak çeşitli alternatifler arasından bir seçim yapmakta kullanılırlar. Herhangi bir davranışı 'adet ve alışkanlıktır' diye yapan bir insan, bilinçli tercih yapmış olmaz. Ona göre adet ve alışkanlığa uyan insan, akli ve zihinsel melekelerini tam kullanmamış demektir. Bu nedenle sırf 'adet ve alışkanlıktır' diye bir davranışı yapan insan, en iyi olanı yapmış sayılmaz. Hâlbuki insandan, bütün akıl ve bilinciyle en iyi olanı seçmesi beklenir. İnsanın beden gücü gibi, zihinsel ve manevi güçleri de ancak kullanılmakla daha iyi duruma gelir.[168] Alışkanlık ve adetlerin, ahlakın gereği olan bireyin özgür ve özgün davranmasına engel olan özellikler taşıdığı görüşü, dikkate alınmalıdır. Alışkanlıkların insan hayatını kolaylaştıran olumlu yanı olmakla birlikte, bir toplumda adet haline gelmiş alışkanlıkların ahlakta büyük sorunlar doğurduğunu da belirtmek gerekir. Her bireyden, ahlaki davranışta bulunmak için kendi akıl ve zihin gücünü tam olarak faaliyete geçirmesi beklenir. İnsanda daha çok duyguların hâkim olduğu kaygan ve değişken bir hayat tarzı, onu özgün varlığından uzaklaştırabilir. Bu ise, temel ahlaki değerleri tehdit eden bir durumdur.

Prof. Akarsu, alışkanlıklarla ilgili 'Felsefe Terimler Sözlüğü'nde şunları söylemektedir: "Töre (örf-adet/alışkanlıklar), bir toplulukça benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, gelenek ve göreneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların tümüdür." Ona göre, alışkanlık haline gelmiş örf-adet ve gelenekler, ahlak alanında büyük yer tutmasına rağmen, aşılması zor olan bazı önemli sorunlara yol açmaktadırlar. Töre ve örf-adetlerin, sorgulama süzgecinden geçirilip değişmeleri kolay olmamaktadır. Bu sorunların en önemlisi, ülkemizin bazı bölgelerinde yaygın olan töre cinayeti ve kan davası gibi hiçbir ahlaki ve insani değerle bağdaşmayan insanlık dışı vahşet gösterileridir. İnsanın hayat hakkıyla bağdaşmayan bu alışkanlıklar etiksel ve ahlak ilkeleriyle açıklanamaz."[169]

---

[167] Alexıs Bertrand-Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi
[168] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[169] Prof.Dr. Bedia Akarsu, Felsefe Terimler Sözlüğü.

Alışkanlıkların, insan davranışlarında büyük ölçüde etkili olduğu bilinmektedir. Hayvanlarda, varlığı sürdürmek ve korunmak için, gerekli davranışları yapmaya iten bir içgüdü vardır. Bu doğal içgüdü hiç değişmeden aynı şekilde devam eder. Hâlbuki insan aklı ve zekâsı sonsuzluk için yaratılmıştır, sürekli gelişir. İnsanlarda alışkanlıklar akıl ve zekâ ile karışık olduğundan insan hayatı için büyük yararları vardır.[170]

Alışkanlıkların, insan aklı ve iradesiyle ilişkisi üzerinde durmak gerekir. İnsanların akıl ve iradeye dayalı davranışları vardır. İnsanlarda bir de iradi olmayan, doğal refleks şeklinde davranışlar görülür. Örneğin bir insanın gözüne şakadan bir yumruk vuruluyor gibi olsa, bu doğal refleksle göz kapakları kapanır ve bu tür hareket insanı korur. İnsanlarda refleks sonucu ortaya çıkan bu tür davranışlar, irade dışıdır. İnsanlar irade dışı olarak refleks gösterirler. Ancak adet haline gelmiş olan alışkanlıklar akıl ve iradeden bağımsız değildir. Bu nedenle töre cinayeti ve kan davası gibi adetler, irade dışı ve insanlar tarafından yapılması doğal olarak zorunlu sayılan davranışlardan değildir. Töre ve kan davası gibi insanlık dışı eylemleri, insanların işlerini kolaylaştıran alışkanlık-lardan ayırmak gerekir.

Bertrand-Altıntaş, ahlak düşünürlerinin, alışkanlıklar aleyhinde bulunmamaları gerektiğini söyler. Çünkü alışkanlık, Aristo'nun dediği gibi, iyi alışkanlık (itiyad-ı hayır) şeklinde tanımlanan erdemin temelidir. Daha sonra gelen davranışlarla güçlenmiş ve tamamlanmış erdemin ilk eylemiyle başlayan bu alışkanlıklar olmasaydı; görevin yapılması, gücümüzü aşan, sürekli yenilenen aynı gayret ve çabaya muhtaç bulunurdu. Bu ise insanın gücücü aşan bir durum olurdu. Alışkanlığa, artırılmış irade veya biriktirilmiş çaba demek mümkündür. Bu nedenle alışkanlık, insanın üstünlük niteliğini azaltan bir şey değildir.[171]

Alışkanlık, insanların hiç düşünmeden, sürü psikolojisiyle ve körü körüne davranışta bulunması anlamına gelmez. Alışkanlıkları, insan iradesini devre dışı bırakan ve dolayısıyla insanın özgün niteliğini ortadan kaldıran bir şey değil, bir otomobili kullanırken şoförlerin debriyaj-vites ve gaz-fren ilişkisinde gösterdikleri refleks ve alışkanlığa benzeyen ve insanların işini kolaylaştıran bir durum olarak görmek gerekir. Alışkanlıkların zararlarını önlemenin bir yolu, belki de alışkanlık oluşturacak ilk davranışta insanın gözlerini dört açmasıdır. Yani iyi alışkanlıklar (itiyad-ı hayır) edinmektir. Alışkanlıklar ne kadar yerleşmiş olursa olsun, aklı, iradesi ve vicdanı sağlam bir insanın töre cinayeti gibi eylemlere girişmesi düşünülemez. Töre cinayeti, temeli cehalete dayanan ve körü körüne yapılan bir davranış olup genel örf-adet ve alışkanlıkları bundan ayırt etmek gerekir.

Bireysellik ve özgün olma, insanın önemle vurgulanması gereken nitelikleridir. Herkesin, yaptıklarından dolayı öncelikle kendi başına sorumlu olması, aslında insanların sürü psikolojisiyle davranmalarının istenmediğini gösterir. Çünkü Tanrı insan topluluğunu bir sürü olarak ve toptan değil, tek olarak muhatap almaktadır.[172]

5) AHLAK VE NİYET

[170] Alexıs Bertrand-Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[171] Alexıs Bertrand-Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[172] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

Kant, insan eylemlerinin ahlaki değerinin niyetten ibaret olduğunu ve dünyada gerçekten iyiyi istemekten başka bir hayır olmadığını açıklar.[173] Kant'ın bu sözü, insanın taşıdığı niyetin/amacın ahlakta önemini vurgulamaktadır. İslam ahlakında da "Ameller (davranışlar) niyetlere göredir."[174] Yani insan davranışlarının değeri, onları yapanın niyetine göredir.

Gerçekten bireylerin, insanlar arası ilişkilerde iyi niyete sahip olmalarından daha büyük bir ahlaki değer olmadığı söylenebilir. Ancak bu 'iyi niyet' değeri, kötüye kullanıldığında da birçok kötülüğe zemin oluşturabilmektedir. Örneğin depremde göçük altında kalan bir insanın, kurtarma ekibi tarafından zamanında müdahale edilmediğinden ya da yeterli beceri ve donanıma sahip olmadığından ölmesi; bir hukukçunun, yeterli hukuk bilgisine sahip olmadığından bireylerin hak kaybına uğramasına neden olması olaylarında kurtarma ekibi ve hukukçunun iyi niyetli olmalarının, olumsuz sonuçları engellemediği bir gerçektir. Bu nedenle iyi niyet, ancak doğru bilgi ve iyi davranışa eşlik etmesi halinde ahlaki bir değere sahiptir.[175]

Bireylerin davranışlarının arkasındaki gerçek niyet ve düşüncelerinin ne olduğu konusu, hukukun belirli alanlarında da önemlidir. Örneğin hukuk, akitlerde gerçek iradeyle açıklanan irade arasında bir uyum olmasını ister. Özellikle taşınmaz satışlarında akdi yapanların gerçek iradesiyle açığa çıkan iradeleri arasındaki uyumsuzluk yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla hukuk açısından da niyetin önemi vardır. Ancak ahlakta niyetin önemi daha büyüktür.

Kant, insanın içinde var olan ve onu eylem yapmaya yönlendiren 'hareket ettirici kuvvetlerden' söz eder. Ahlak yasasına itaatin gerçek anlamı, makine gibi, iradesiz bir meşruiyet veya dıştan/şekli bir rıza biçiminde değildir. Gerçi ahlakta mükâfat/ödül ve ceza gibi karşılıkların önemi vardır. Ancak ideal olanı, bu tür kaygılar taşımadan ahlaklı olmaktır. Bu nedenle ahlakta en ideal olan durum, ahlaki davranışın menfaatten soyutlanmasıdır. Yani ahlaki davranışta bulunan kişi bunu, sonunda ödül almak (cennete girmek veya halkın takdirini kazanmak) ya da cezadan (cehennemden veya halkın kınamasından) kurtulmak için yapmamalıdır.

Ahlaki davranışın menfaatten soyutlanması gereğini, Joinville yaşlı bir kadının takdire şayan ve hayret uyandıran ifadeleriyle dile getirmektedir. Joinville, bu sözü, o kadına Saint Louis Akka'da iken, Şam'dan Sudan'a gönderdiği sefirlerinden birine söyletmiştir:

"Sokakta çok yaşlı bir kadına tesadüf etti. Bu kadının sağ elinde, ateş dolu bir çanak, sol elinde içi su dolu bir sürahi vardı. Rahip Yves, bu kadar birbirine zıt unsurları ne yapacağını kadına sorduğu zaman, kadın şu cevabı verdi:

-Ateş ile cenneti yakmak, su ile de cehennemi söndürmek isterim. Ta ki hiçbir şey kalmasın.

Rahip Yves, kadına, bunu söylemekten amacının ne olduğunu sordu. Kadın:

---

[173] Alexıs Bertrand-Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[174] Hadis; Buhârî, Müslim, Ebu Davut.
[175] Prof.Dr. Lokman Çilingir, Ahlak Felsefesine Giriş.

-Çünkü bu dünyada, hiç kimse cennete gitmek için iyilik yapmasın, hiç kimse de cehennem korkusuyla günah işlemekten çekinmesin. Fakat tam ve mükemmel bir aşkı ilahi (Tanrı sevgisi) ile bunu yapsın, dedi."[176]

Yaşlı kadının bu hikâyede vurguladığı aşkı ilahi (ilahi aşk, sevgi) anlayışının benzeri İslam ahlakında vardır. Bilindiği gibi İslam ahlak anlayışına göre, cennete girmek ümidiyle iyi davranmak, cehenneme düşmek korkusuyla kötülükten kaçınmak da meşru görülmekle birlikte en ideal olan durum ve ahlaki bakımdan en yüksek derece, iyiliğin cennete girme düşüncesinden bağımsız olarak sırf Allah rızası için yapılması; kötülükten de sırf Allah rızası için ve cehennem korkusundan bağımsız olarak kaçınılmasıdır. Yunus Emre bunu bir şiirinde şöyle dile getirir:

"Cennet cennet dedikleri
Birkaç köşkle birkaç huri,
İsteyene ver onları
Bana seni gerek seni."

E) AHLAK VE YAPTIRIM

Ahlak kurallarının doğal ve sosyal yaptırımları nelerdir? Ahlak kurallarına uyulmasından ya da uyulmamasından kaynaklanan ödül ve cezalar nelerdir? Doğal yaptırım, vicdanın yaptırımıdır. Yani yerine getirilen görevden dolayı ortaya çıkan hoşlanma veya yapılmış kötülüklerden dolayı insanın içinde doğan pişmanlık hali ve vicdan azabıdır. Vicdanı sağlam bir insan için belki bundan başka bir yaptırıma gerek yoktur. Fakat acaba bu doğal vicdani yaptırım yeterli midir?

Ahlakta vicdan azabı, hiçbir şekilde yeterli değildir. Çünkü pişmanlık, herkesin vicdani hassasiyet derecesine göre değişir. Öyle elastiki vicdanlar vardır ki, büyük bir cinayet onların gözünde hafif bir kabahattir. Ve öyle mahcup ve endişeli vicdanlar vardır ki, kusurlarını adeta dev gibi görürler. Sosyal yaptırım ise, ahlaki değerlere uygun davranan bireyleri toplumun takdir etmesi, aykırı davrananları da kınaması ya da dışlamasıdır.[177] Dine dayalı ahlak anlayışlarında, cennet ümidi ve cehennem korkusu önemli ve etkili bir yaptırım biçimidir. Bundan daha yüksek düzeyde yaptırım ise, Allah'ın rızasını kazanma çabası ya da kaybetme korkusudur.

F) AHLAK ÇEŞİTLERİ

1) YETERSİZ AHLAK ANLAYIŞLARI

a) Egoizm (Bencillik) Ahlakı

Bencillik/egoizm ahlakı, tek doğru ve ahlaklı davranışın 'kendi çıkarları için yaşamak' olduğunu öne süren, bireylerin her zaman kendi çıkarlarına uyan şeyi yapmalarının ahlaken en iyi davranış olduğunu savunan ahlak anlayışıdır. Bu ahlak anlayışına göre; bireylerin davranışlarına, iyi ya da kötü diyen bireylerin yine

[176] Alexis Bertrand-Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[177] Alexis Bertrand-Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.

kendileridir. Bireyler, her zaman çıkarına uygun olan davranışı yapar. Her bireyin çıkarı farklı olacağından evrensel bir ahlak yasasından söz edilemez.[178]

Temsilcisi Thomas Hobbes olan egoizm/bencillik ahlakına göre; kendini sevme, erdemin ve ahlakın tek kaynağıdır. Hâlbuki insanın varlık yapısında hem bencillik ve hem de yardımseverlik başkasına yardım etme duyguları bulunmaktadır. Dolayısıyla bencillik (egoizm) ahlakı, bu tezinde yanılmaktadır. Bencillik (egoizm) ahlakı, değer ve ahlak bilincimizle açık bir biçimde çelişmektedir. Aslında bir eylemin ahlaki değeri, onun bencil duygulardan arınması ölçüsünde büyüktür. Gerçek ahlaki davranışın kaynağı, sadece kendini sevme değil, diğerkâmlık yani başkalarını da sevmek ve onların da hukukunu korumaktır. Egoizmde bireyler daima kendi yarar ve menfaatine uygun olanı yapar. Buna göre her bireyin yarar ve menfaati farklı olduğundan evrensel ahlak yasasından söz edilemez. Bu nedenle bencillik (egoizm) ahlakına dayalı olarak, bütün bireyleri bağlayıcı, yer ve zamana göre değişmeyen bir ahlak düzeninin kurulması mümkün değildir.[179]

b) Haz Ahlakı (Hedonizm)

Temsilcisi Epikür olan hedonizm (haz ahlakı), ahlaki davranışın değerinin, her davranışın sonucunda elde edilen hazza dayandığını savunan ahlak anlayışıdır. Haz duygusu, her kişide farklı derecede ve kişiye bağlı olduğundan, bir evrensel ahlak yasası yoktur.

Haz; hoşlanma, eğlenme, zevk alma gibi şeylerdir. Hedonizm'in temel görüşü, anlık ve geçici bir niteliğe sahip olan bedensel haz ve lezzeti ahlakın kaynağı yapmaktır. Buna paralel olarak, sadece ruhen bizi mutlu kılan, içimizde mutluluk yaratan davranış ahlaken iyidir. Bu anlayışın, ahlakın niteliğinde yanıldığı anlaşılmaktadır. İnsanların ahlaki davranışlarının temel ölçüsü, haz ve mutluluk olamaz. Bir davranışın ahlaki olmasını belirleyen, o davranışın sırf bireylerce istenmiş olması değildir. Onun olması gereken değerlere uygunluğudur. Bu olması gereken değerler, insanın dışından ona seslenen ilkelerdir/normlardır. O ilkeler/normlar, kendisini algılayan vicdana, yüksek ahlaki değerler için bireysel hazdan vazgeçmeyi buyurur ve bu değerler uğruna sıkıntı ve güçlüklere katlanmayı erdemli bir davranış olarak görür.[180]

c) Natüralizm Ahlakı (Vital Ahlak)

Natüralizm ahlakı (vital ahlak); ahlâkı; doğaya, doğanın özelliklerine indirgemeye, ahlâki davranışı, insana özgü doğal niteliklerle temellendirme ve açıklamaya çalışan, insanı yalnızca biyolojik bir varlık olarak kabul eden ahlak anlayışıdır. Bu görüş, geçerli bir ahlâk sisteminin ancak insan tabiatını oluşturan biyolojik eğilimler üzerine kurulacağını ileri sürer.

Natüralizme göre insan, yalnızca doğal bir varlıktır. Onun manevi yanı hiçbir özelliğe sahip değildir. İnsan, davranış normlarını ideal değerlerden değil, kendi doğasından alır. Dolayısıyla ahlaki davranış, doğal olana uygun olan davranıştır.

---

[178] http://www.felsefe.gen.tr/felsefe_akimlari/egoizm_bencillik_nedir_ne_demektir.asp
[179] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi/Ahlak Teorisi.
[180] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi/Ahlak Teorisi.

Kısacası, insan için sadece vital (doğal) değerler söz konusudur. Sağlıklı olmak, güzel olmak ve güçlü olmak iyi; buna karşılık güçsüz ve hastalıklı olmak kötüdür. Aslında bu görüş, ahlaka bütünüyle son vermek demektir. Çünkü ahlaka temel olmak üzere insanın biyolojik yapısını önermek, ahlakın yerine biyolojiyi oturtmak demektir. Hâlbuki ahlaki olanla vital olan birbirine o denli az benzer ki, aralarında bir tür karşıtlık ve gerilim bile bulunur. İnsanın amacı, hayvansal yanının aşılması, doğal ve içgüdüsel yanının tinsel ve değerlerle ilgili yanına tabi kılınmasıdır.[181]

d) Formel Ahlak

Bu ahlak anlayışı, bir eylemin ahlaki değerini, insan iradesinin objektif bir değere uygunluğunda değil bizzat kendi kendisiyle uyuşmasında arar. İnsan iradesinin ortaya koyduğu eylem genel bir yasa niteliği taşıyorsa, davranışımız ahlaken iyidir. Bu anlayışa göre ahlak yasası bireylere sadece yasal olarak davranmasını söyler. İnsan her zaman bir davranışta bulunurken kendisine "Davranışım genel bir yasa niteliğinde olsaydı, tüm insanlık böyle davrandığında ne olurdu" diye sormalıdır. Eğer bir eylem yapıldığında bu eylemin sonucunda 'genel bir yasa kabul edilemeyecek' bir durum ortaya çıkıyorsa, bu eylem ahlaka aykırıdır.

Bu ahlak anlayışının, bir ödev ahlakı olduğu söylenebilir. Bu anlayışa göre ahlakın niteliğini, değerler değil aklın buyruğu olan ve içerikten yoksun, sırf biçimsel (şekli/formel) bir ödev belirlemektedir. Hâlbuki ahlaken iyi olan davranışın belirlenmesinde sırf biçimsel bir ölçüt yeterli olamaz. Kant'ın geliştirdiği bu ahlak anlayışında bireysel her türlü istek, genel yasa niteliğine yükselebilir. Örneğin mülkiyet fikrini kabul ettiği halde hırsızlık yapan bir kimse, kendi eylemiyle çelişkiye düşer. Çünkü hırsızlık yapmakla çiğnediği mülkiyet fikrinin kaldırılmasını istemez. Fakat mülkiyet kurumunu kendisi için bile reddeden kimse, kendi isteminin genel bir yasa/ilke olmasını istemesiyle çelişkiye düşmüş olmaz. Yine evliliği bir kurum olarak kabul etmeyen bir kimsenin, kendi evliliğini bozduğunda bunu genel bir yasa olarak kabul etmesiyle çelişkiye düşmüş olmaz. Görülüyor ki, insanın neyi isteyip neyi istemeyeceği konusu, değerler ve değerlendirmelerle ilgilidir.[182]

e) Kültür Ahlakı

Bu ahlak anlayışına göre insan hayatı, kültürün gelişmesine paralel olarak tamamlanır. Bu nedenle insan davranışlarının değeri, kültürün gelişmesine yaptığı katkıya bağlıdır. Burada temel amaç, kültürün en üst düzeyde geliştirilmesidir. Dolayısıyla insan davranışları da kültürün gelişmesine hizmet ettiği ölçüde ahlaki değer taşır.

Bu ahlak anlayışı, insan davranışlarını değerlendirme ölçüsü olarak kültürü kabul emişse de, kültür ve ahlak kavramları birbirinden ayrı şeylerdir. Bir toplumda oluşan genel kültür düzeyi, bir davranışın ahlakiliğinin ölçüsü olamaz. Bugün insanlık kültür alanında büyük bir ilerleme kaydettiği halde, ahlaki yönden aynı

[181] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi/Ahlak Teorisi
[182] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi/Ahlak Teorisi.

ölçüde ilerlediği söylenemez. İnsanı ahlaken geliştirmeyen kültürün hiçbir kıymeti olamaz.[183]

2) TEORİK VE PRATİK AHLAK

Bir ayrıma göre ahlak, teorik ve pratik ahlak olarak ikiye ayrılır. Teorik ahlak, ahlaka bir temel oluşturmayı amaçlar. Teorik ahlakta insanın hangi amaçlar için yaşaması gerektiği, iyi ve kötünün ne olduğu, ödev ve yükümlülük, özgür irade, vicdan, vicdanın oluşumu gibi genel sorunlar incelenir. Buna karşılık pratik ahlak, insanın kendisine, aile bireylerine, mesleğine, ülkesine ve diğer insanlara karşı olan ödevlerini belirtmek ve bunlarla olan ilişkileri inceler. Böylece pratik ahlak, teorik ahlakın özel durumlara uygulanmasıyla meydana gelen ve bütünüyle ona bağlı olan bir bölüm gibi görünmektedir.[184]

3) GENEL AHLAK VE MESLEK AHLAKI

a) TANIMI

Ahlakın türlerini incelediğimiz bu bölümde, son yıllarda oldukça öne çıkan ve neredeyse genel ahlakın yerine konulmak istenen 'meslek ahlakı' kavramını bir ahlak türü olarak ele alarak 'genel ahlak' ile bağlantısını göstermenin yararlı olduğunu düşünüyoruz. Genel ahlak ve meslek ahlakı ayrımı ne ölçüde doğrudur? Son zamanlarda meslek ahlakına neden genel ahlak kurallarından daha fazla önem veriliyor? Meslek ahlakı, genel ahlak dışında ve ondan bağımsız olarak ele alınabilir mi? Meslek ahlakı, bir toplumda geçerli genel ahlaki değerlerin dışında değerler içermekte midir? Genel olarak dünyanın ve ülkemizin içinde bulunduğu ahlaki sorunların aşılmasında sadece meslek ahlakı yeterli olabilir mi? Meslek ahlakı hangi amaca yönelik olarak ele alınmalıdır? Ahlak konusunda en doğru yaklaşım; ahlaklı meslek adamı yetiştirmek mi, yoksa ahlaklı insan yetiştirmek mi; olaya nereden bakmalıyız, gibi sorular üzerinde durulmalıdır.

Genel ahlak; bireylerin, hayatın her alanında nasıl davranmaları gerektiğini gösteren kurallardır. (Kınalızade Ali Efendi, Ahlak-ı Hamide) Meslek ahlakı ise, meslek sahiplerinin, mal ve hizmet üretiminde ve satışında uymaları gereken ahlaki kurallar ya da kısaca 'meslek hayatındaki doğrular ve yanlışlar' biçiminde tanımlanabilir.[185] Meslek ahlakı, bir mesleki faaliyetin yerine getirilmesi aşamasında ahlaki kurallara göre davranılması olarak tanımlanabilir.[186] O halde genel ahlak, insan hayatının tamamını içine aldığı halde, meslek ahlakının sadece mesleki faaliyetlerle sınırlı bir alanı kapsadığı söylenebilir.

b) SADECE MESLEK AHLAKI YETERLİ MİDİR?

Birey ve toplum hayatı için sadece meslek ahlakı yeterli olur mu? Ya da ahlaklı meslek adamı mı yoksa ahlaklı insan mı yetiştirmek gerekir? Bu sorular, genel ahlak ve meslek ahlakı arasındaki bağlantıyla ilgilidir. Bu soruya verilecek doğru

[183] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi/Ahlak Teorisi.
[184] Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak Hukuk İlişkisi.
[185] Prof. Dr. Ali Seyyar, Ahlak Terimleri Sözlüğü.
[186] Dr. Veysi Seviğ, Meslek Etiği.

cevap, meslek ahlakının yeterli olup olmadığını ortaya koyacak, dolayısıyla hukuk mesleğinin insan unsuru için kabul edilecek davranış kurallarının da doğru olarak belirlenmesine önemli bir katkı sağlayacaktır.

Bugün dünyada ve ülkemizde son yıllarda etik ve ahlakla ilgili dernekler kurulmakta, merkezler oluşturulmakta, iş/meslek ahlakı, çevre etiği ve hatta evrensel etik gibi kavramlar ortaya atılmaktadır. Bunlardan meslek ahlakı kavramı daha çok öne çıkmakta; hemen her alanda birçok kurum ve kuruluş, kendi mesleklerine yönelik meslek ahlak kuralları belirlemektedirler.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, son yıllarda dünyada ve ülkemizde meslek hayatında 'meslek ahlakı/etiği' kavramının öne çıkması ve meslek ahlak kurallarının belirlenmesi, genel olarak yaşanan değerlerden uzaklaşma sorununa karşı bir çare olabilir mi sorusunu gündeme getirmiştir. Günümüzde meslek ahlakının öne çıkması, ilk bakışta iş ve meslek hayatında **ahlaka** ilgi ve bağlılığın arttığı izlenimi veriyorsa da, bu konuda en azından acele hüküm vermemek gerektiği ifade edilmelidir.

Meslek ahlakının, yukarıda ifade edilen bazı yararları olabileceği söylenebilirse de, genel ahlakla bağlantısının kesilmesi halinde ciddi sakıncalar doğabileceğini belirtmek gerekir. Bu konuda yaşanabilecek en önemli sorun, meslek ahlakının genel ahlakla olan bağının koparılmasıdır. Meslek ahlakı, genel ahlaka dayanmadığı, ondan bağımsız düşünüldüğü takdirde mevcut otoriteye ve yasalara kayıtsız şartsız bağlılığı gerektirir. Bu yüzden bazen adalet, eşitlik ve insan haklarından uzaklaşan bir sosyal sisteme karşı çıkmayı, tavır koymayı öneremez. Adalet, eşitlik ve insan hakları gibi etik değerler dışındaki başka unsurlara dayanan sosyal, siyasal ve hukuksal sistemlere karşı ancak genel **etik ilkeler** ışığında temelli itiraz ve tavır ortaya konabilir. İnsanlığın aleyhine olan bu tür olumsuz yönelişlere, ancak tarihi süreç içinde insan aklı ve düşüncesinin doğruladığı genel ahlaki/etik değerlerle karşı çıkılabilir. 'Meslek ahlakı' gibi mevzi/yerel kalmaya mahkûm bir kavramla, bu büyük görev yerine getirilemez.

Prof. Tepe, 'Etik ve Meslek Etikleri' isimli kitabında; son yıllarda **meslek etiği** sayısının hızla arttığını, gerçekte bu çalışmaların etik kavramıyla ifade edilmesinin pek de uygun olmadığını, bunların meslek kuralları olduğunu belirttikten sonra; bireyin bireyle ve toplumla ilişkilerinde yaşanan ahlaki sorunların, meslekten mesleğe tümüyle değişmesinin söz konusu olamayacağını, bu sorunların birçok durumda benzerlik taşıdığını ifade eder.[187]

Prof. Kuçuradi de, doğa bilimcilerinin ve tıp doktorlarının, araştırmalarını yaparken ve mesleklerini icra ederken karşılaştıkları etiksel sorunların, insanların diğer faaliyet alanlarında karşılaşılan etik/değer sorunlarından kendine özgü farklılığı olsa bile tür olarak aynı sorunlar olduğunu; bunların, ilgili bilimsel disiplinin bilgisini de gerektiren aynı türden etik sorunlar olduğunu söyler.[188]

Prof. İnam, çağımız insanının, kendine etiksel kodlar aradığını, karşılaştığı sorunları faydacı (pragmatik) düzeyde çözmeye çalıştığını belirtir. Bu çerçevede meslek kuruluşlarının; hukukçular, doktorlar, mühendisler ve iş adamlarının, içine

[187] Prof.Dr. Harun Tepe, Etik ve Meslek Etikleri.
[188] Prof.Dr. İ.Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu; Meslek Etikleri Sempozyumu.

düştükleri ahlaki yozlaşmadan kurtulmak için meslek kurallarına acil ihtiyaç duyduklarını ve bir takım ahlaki kurallar yazılı hale getirilirse, ahlakın düzelebileceğini zannettiklerini vurgulayarak şöyle devam eder:

"Meslek etikleri konusunda asıl üzerinde durulması ve aydınlatılması gereken sorun şudur: Bir insan; bilim adamı, hekim, hukukçu, eczacı vb. olarak mesleğini yaparken, karşılaştığı belirli bir etik sorunu, sadece kendi mesleğine ait hazır normların yani meslek kurallarının ortak gereklilik kalıplarıyla sınırlamadan aydınlatabilmelidir. Bu ise, insanı sorgulayıcı bir bakış açısıyla mümkün olabilir."[189]

Prof. Kuçuradi, etik sorunların sadece meslek etiği kavramına sarılarak çözmeye çalışmanın ciddi sakıncalarını, bu konuda asıl yapılması gerekenleri çok açık olarak şöyle ifade ediyor:

"Bir meslek etikleri patlaması yaşıyoruz. Ama burada da bir tehlike görüyorum: Çok defa değer yargılarına karşı başka değer yargılarıyla karşı çıkılıyor. Bu da çıkmaz bir yol. Bunu felsefi değer bilgileriyle yapmak uygun olur. **Asıl sorun**, etiğin hala normlardan ibaret sayılmasıdır. Yerli yersiz bazen de gereksiz meslek etikleri geliştirme modası bunun bir göstergesi. Ne var ki insanları normlara göre davranmaya zorlayabilirsiniz. Hukuk da bunun peşinde ve bir noktaya kadar işe yarıyor. Yapılabilecek olan, belirli bir **eğitimle** bazı değer bilgilerinin temeli üzerinde kişilerin kendi kendileriyle hesaplaşmasına yardımcı olmaktır. Bunları yapmakla dünyanın (hemen) cennete döneceğini sanmayın. Bu bitmeyecek çabadır, ama muhakkak sürekli olarak gösterilmesi gereken bir çaba."[190]

Kısaca, bütün mesleklerin meslek ahlak kuralları, temel ve genel bir **ahlaki değere**, yani mesleğini en iyi bir biçimde icra etme ilkesine dayanmaktadır. İşte bu temel ahlaki değer, mesleki çalışmanın bizzat kendisine bir **değer** yüklemektedir. Yukarıda kısaca özetlediğimiz görüşlerden açıkça anlaşılmaktadır ki, bugün karşılaşılan **etiksel sorunlar**, sadece meslek kuruluşlarının üyelerini disipline etmek için uygulamaya koymak istedikleri **meslek ahlak kuralları**yla altından kalkılabilecek sorunlar olmaktan uzaktır.

Bu nedenle hukukçu, doktor, mühendis ve mimarların mesleki ve toplumsal ilişkilerini mesleki alan/meslek dışı alan ayrımı yapmadan genel anlamıyla etik ilişkiler temelinde bir bütün olarak değerlendirmek gerekir. Etik/ahlak felsefesinin toplumsal niteliği, bireyler arası ilişkilerde, olay ve olgulara sadece belirli bir meslek açısından bakmanın ötesinde hayatın her alanını kapsayacak şekilde yaklaşmayı gerektirmektedir. Meslek etiği düşüncesinin, mesleklere özgü teknik bilgi, birikim ve tecrübelerle zenginleştirilmesi gibi olumlu bir yanı olmakla birlikte, toplumsal olay ve olgulara sadece belli bir meslek açısından bakmanın, insan düşüncesinin alanını **daraltması** gibi bir sakınca doğurabileceğini belirtmek gerekir. Bu nedenle meslek ahlakını, genel ahlaka alternatif olarak görmek asla doğru bir yaklaşım değildir. O halde meslek ahlakının; genel ahlak kurallarıyla bağdaştırılabilme ve birlikte ele alınabilmesinin belki de en makul yolu; meslek ahlakını, verimlilik ve kaliteyi artıran mesleki bilgi ve uzmanlık boyutuyla ele

[189] Prof.Dr. Ahmet İnam, Türkiye Felsefe Kurumu; Meslek Etikleri Sempozyumu.
[190] Prof.Dr.İ.Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu; Meslek Etikleri Sempozyumu.

alarak genel ahlakın yanında meslek adamlarına yüklenen ek bir sorumluluk olarak kabul etmektir. Dolayısıyla meslek ahlakını, genel ahlaka bir alternatif olarak değil, bütün mesleklerde mesleki bilgi, uzmanlık ve verimliliği artıran bir sorumluluk olarak görmek ve anlamak gerekir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere genel ahlak, meslek ahlakına göre daha kapsayıcıdır. Hatta genel ahlakın kapsamına girmeyen hiçbir insan davranışı yoktur. Genel ahlakın; insan hayatının tamamını kapsayan niteliği karşısında, onun sadece meslek ahlak kurallarıyla sınırlandırılması; toplumsal hayatta farklı kimliklere sahip olan insanın sorumluluğunu sadece iş ve meslek hayatındaki davranışlarına indirgemek olacaktır ki bu, bütünsel bir ahlak anlayışına ters düşmektedir. Belirtilmelidir ki ahlak; kişiye has ya da onun sadece mesleki davranışlarına ilişkin bireysel bir değer değildir. Bu nedenle ahlak konusunu, insanın bütün sosyal ilişkileri ve bağlantılarıyla birlikte ele alarak bir bütünsellik içinde değerlendirme gereği vardır.

Ahlakın; toplumun ekonomik, kültürel, sosyal, siyasal, hukuki vb. yapı ve etkenlerden bağımsız ele alınmaması gerektiği vurgulanmalıdır. Anığ, bu bağlantıyı "Etik kategoriler tek başına ele alınmamalı, diğer kategorilerle örneğin, ekonomi, hukuk, eğitim alanlarındaki diğer belirleyici kategorilerle birlikte ele alınıp irdelenmelidir." ifadesiyle vurgulamaktadır.[191]

Ahlak konusunun, böylesine geniş çerçevede ele alınıp incelenmesi, ülkemizde toplumsal boyut kazanan ahlaki yozlaşmanın önlenmesi konusunda ortaya konulacak çözüm önerilerinin de isabetli olmasında etkili olacaktır. Meslek ahlakı, genel ahlakla birlikte ele alındığında ve ahlak olayına bütüncül açıdan bakıldığında, meslek hayatının somut durumlarında genel ahlakı teyit/takviye eden bir unsur olarak görülebilir ve olumlu bir işlev yapabileceği söylenebilir. Ancak bütüncül açıdan bakılmadığında, meslek ahlakının genel ahlaka alternatif olarak görülmesi tehlikesi her zaman vardır.

Meslek ahlakını, genel ahlak yasasının her mesleğe yönelik uygulama ayrıntılarını gösteren bir teknik yönetmeliği olarak kabul edersek belki yukarıda belirtilen sakıncalar ortadan kalkabilir. Bu durumda meslek ahlak kurallarının, mevcut otorite ya da sisteme kayıtsız şartsız ve körü körüne bağlılığı getiren sakıncaları giderilebilir.

Meslek ahlakı kavramından anlaşılan, belirli bir mesleki eğitim sonucunda kazanılan bilgi, birikim ve tekniğe dayalı değer ve özelliklerin meslek hayatında uygulanmaya konulması yöntemidir. İş ve meslek adamlarının, meslek hayatında ve sosyal hayatın her alanında istikrarlı ahlaki davranışlar ortaya koymaları için, meslek ahlakı boyutlarını aşan, konuya genel ahlak anlayışı içinde yaklaşılması zorunluluğu vardır. Ahlak meselesinin sadece meslek ahlakı içinde dar kapsamda ele alınması, onun genel ve toplumsal boyutunun göz ardı edilmesine neden olmaktadır. Meslek mensuplarının; karşılaştıkları sorunları değerlendirip kavraması, ahlakın bütününü görerek bu bütünü oluşturan parçaların arasındaki ilişkiyi tanımaları ve ellerindeki verilerin gereklerine uymaları gerekir.

---

[191] Doç.Dr. Tüten Anığ, Hangi Ahlaksal Değerlerle.

Ahlak, bütünsellik niteliğinden soyutlanarak ve onu sadece bir iş ve mesleğin icra edilmesinde ortaya konulan davranış şekli/meslek ahlakı biçiminde basite indirgenerek ele alındığında, ahlaki sorunların toplumsal boyutunun gözden kaçırılması ve ahlaki sorunlara çözüm arayışlarının amacından saptırılması tehlikesi ortaya çıkar.

Prof. İnam, ahlakın insan hayatındaki kapsayıcı niteliğini şöyle dile getirir:

"Ahlak, bir arada yaşamayı başarmaya çalışan insanların yalnızca siyasal, hukuksal ve sosyal bakışlarla sorunlarını çözemeyeceklerini bir gün anladıklarında, üzerinde daha önemle düşünecekleri bir alan olacaktır."[192]

Meşhur Alman düşünür W.F.Foerster, genel ahlak ilkeleri ile meslek ahlak ilkeleri arasındaki ilişkiyi çarpıcı bir şekilde şöyle dile getiriyor: "genel ahlak bakımından yanlış olan, iş ve meslek hayatında da yanlıştır."[193]

O halde iş ve meslek hayatına ilişkin bütün sorunların odak noktasında, insan unsurunun genel ahlaki değerlere uygun olarak yetiştirilmesi konusu bulunmaktadır. Kirli bir sosyal ortamın varlığı halinde, bir toplumdaki ahlaki sorunlara sadece meslek ahlakı çerçevesinde, dar sınırlar içinde kalarak çözüm aramak, sorunların temeline inmek yerine etrafında gezinmekten başka bir şey kazandırmaz.

Ahlak konusunun sadece meslek alanlarıyla sınırlı tutulması, doğru ve yeterli olamaz. Örneğin iş ve meslek hayatında başarılı davranışlar sergileyen bir meslek adamının, ev hayatında eşi ve çocuklarına karşı iyi davranmaması, çevresinde sorunlar yaratması, meslek ahlakı dışında tutulması gereken bir olay olmamalıdır. Bu nedenle bir meslek adamının ahlaki bütünlüğe sahip olması; kendisinde mevcutla yetinmeyen, araştıran, sorgulayan, değerlendiren, özgürce davranan, değişik verilerden senteze ulaşan, eleştiri ve özeleştiri yapan niteliklere sahip kimlik ve kişiliği gelişmiş bir insan olması gerekir. Bu nitelikler ise, genel ahlakla ilgilidir.

Prof. Işıktaç, ahlakın bütünsel niteliği konusunu farklı bir biçimde ele almaktadır. O'na göre geleneksel toplumlar, ahlaki bütünlük anlayışına sahiplerdi. Yani toplum bireyleri, hayatın her alanında ortaya koydukları davranışlarda ahlaki değerlere genel olarak uygun davranıyorlardı. Hâlbuki modern toplumlarda ahlaki bütünlük yerine, dağınık ve ayrışmış bir ahlaki yapı hâkim olmuştur. En önemli ayrım ise, bireylerin evlerindeki davranışlar ile 'iş ve meslek hayatındaki davranışlarının birbirinden ayrılmasıdır. Hayatın bu iki alanı, genellikle birbirinden farklı değerlerin gerçekleştiği yerlerdir. İş ve meslek hayatı, genel olarak kar ve verimlilik temeline; ev hayatı ise duygusal yoğunluklu değerler; sevgi ve fedakârlık temeline dayanıyor.[194] Böyle bir gönül dağınıklığının ve ikili ya da çoklu bir ahlak anlayışının, bireyleri ve toplumu ahlaki bakımdan hangi noktaya götüreceği açıktır.

Bugün gelişmiş ülkelerin, gelişmişliklerini neye borçlu oldukları sorulduğunda, zorunlu olarak bir ahlaki değerlendirmeyi gündeme getirmektedir. Teknik bakımdan gelişmiş ülkeler, ahlaki yönden de gelişmiş değildirler. Teknik ilerleme ve zenginleşmenin, insanların bütün sorunlarını çözeceği düşünülürken, ne pahasına olursa olsun üretimin arttırılması düşüncesi, birçok ahlaki sorunu tetiklemiştir.

---

[192] Prof.Dr. Ahmet İnam, Doğu Batı Düşünce Dergisi.
[193] W.F.Foerster, İyi İnsan İyi Vatandaş; Çev. İsmail Husrev Tökin.
[194] Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuk ve Ahlak İlişkisi.

Günümüzde insan hakları konusunda yaşanan sorunların nedenlerine bakıldığında, ne yazık ki bu sorunların baş sorumlularının gelişmiş ülkeler olduğu görülmektedir. Daha çok kar sağlamak adına insanların/toplumların, sırf tüketen varlıklar olarak görülmesi, her türlü ilişkinin pazar ilişkisi olarak anlaşılmasına, bu da her alanda ahlaki sığlığa neden olmaktadır.[195]

Günümüzde bireylerin ahlaki bütünlüğe sahip olmayışı, ciddi bir ahlak sorunudur. Buna gönül dağınıklığı da denilebilir. Dağınık/parçalı bir gönül dünyasına ve ahlaki yapıya sahip olan bireyler, belki hayatın belirli bir alanında ahlaki değerlere uygun davranıyor görünse de, bu tutum istikrarlı değildir, her an değişebilir. Çünkü bu tür insanlar, ahlaki değerlere adeta pamuk ipliğiyle bağlıdır; ahlaki tutumları ilkesel değil, yer, durum ve zamana göre değişebilir niteliktedir. Böyle bir anlayışla sağlam bir ahlak sitemi oluşturmak mümkün değildir.

Meslek ahlakının, genel ahlakla bağlarının koparılması ve ondan bağımsız olarak düşünülmesi halinde, ortaya çıkabilecek sakıncaları şöyle sıralayabiliriz: Sadece meslek ahlakıyla yetinilmesi, toplumsal boyutta ahlaki yapıyı kirleten büyük güç odaklarına dokunmadan, bu kirli ortamda ahlakın bireysel/mevzi davranışlarla yerleşebileceği yanılgısına bizi götürebilir. Ahlaki sorunlara sadece meslek ahlakı açısından yaklaşılması, ahlaki sorunun bütünselliğini ortadan kaldırmakta; mevcut sistemin formatlarına uygun bir yaklaşımı özendirmekte, dolayısıyla toplumsal gelişmeye hız kazandıracak yapısal, hukuki, sosyal, siyasal, ekonomik tedbirleri gündemden uzaklaştırmaktadır. Örneğin suçu önleyecek köklü tedbirler yerine, sadece suça verilecek ceza miktarı ile ilgili değişiklikler; hukuki ihtilafların doğmasına engel olacak tedbirler yerine, yargı reformu adı altında bazı yasalar değiştirilmekte ya da hâkim-savcıların maaşlarında düzenlemeler yapılmaktadır.

Sonuç olarak, meslek ahlakını; bir mesleği kendine özgü özelliklerini dikkate alarak daha iyi yapabilmek, o mesleğin gereklerini daha iyi yerine getirebilmek için uyulması zorunlu kurallar olarak tanımlamakta ve bu çerçevede ele almakta bir sakınca olmadığı söylenebilir. Genel ahlak, meslek ahlakına göre daha kapsayıcı niteliğe sahiptir. Kabul edilmelidir ki, insan hayatının bütününü içine alan genel ahlak yerine, mevzi/kısmi/yerel konumdaki meslek ahlakının ikame edilmesi, ahlaki bütünsellik açısından büyük sakıncalar doğurabilir. Meslek ahlakının, genel ahlaka alternatif olarak düşünülmesi, etik ilkelerin hayatın tümünü içine alan özelliğini ortadan kaldırır ve onu belli bir alanla sınırlandırır. Hatta yazılı kurallara bağlandığından ahlakı hukukileştirir. Hâlbuki ahlaki değerler, hukuka ve diğer sosyal düzen kurallarına göre daima üst konumdadır. Bu ise etik/ahlak felsefesine yapılan en büyük kötülüktür. Ancak genel ahlakla birlikte, onu takviye ve teyit eden, her mesleğin kendine özgü kural ve gereklerini daha iyi yerine getirebilmek için uyulması zorunlu kurallar olarak anlaşılan bir meslek ahlakı yaklaşımının faydalı olabileceği söylenebilir.

Günümüzde bazı kesimlerin meslek ahlakına bakışı, genel ahlakı adeta devre dışı bırakmayı amaçlamaktadır. Meslek ahlakı, genel ahlakın alternatifi olarak görülemez. Ahlakta parçacı yaklaşım, bütüncül ahlak anlayışının toplumda yaygınlaşarak bireylerin düşünce ve bilincine yerleşmesini önlemektedir. Genel ve

[195] Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuk ve Ahlak İlişkisi.

bütüncül ahlak anlayışının toplum bireylerinin düşünce ve bilincine yerleşmemesi durumunda, o toplumda ne iyi bir hukukun oluşması, ne iyi hukukçuların yetişmesi, ne de hukukun iyi uygulanması mümkün değildir.

G) AHLAKTA TEMELLENDİRME

1) AHLAKTA TEMELLENDİRMENİN TANIMI

Temellendirme; gerekçelendirme ya da haklılık kazandırma anlamına gelmektedir. Ahlakın temellendirilmesi, ahlaki kural ve değerlerin temelde neye dayandığının araştırılmasıdır. Aslında ahlakı bir temele dayandırma sorunu; ahlaken iyi ve kötünün ne olduğu, ahlaklı ve ahlaksızın ne anlama geldiği ya da insan davranışlarının iyi veya kötü olduğu yargısına nasıl varıldığını inceleyen ahlak felsefesinin en temel sorunudur. Kısaca ahlakta temellendirme kavramından, insana yön veren ahlak kurallarının neye dayanılarak tespit edildiğinin araştırılması ve ahlaki iyi-kötü hakkındaki bilgimizin temellerinin sorgulanması anlaşılmaktadır. Ahlak felsefesi tarihinde ahlakla ilgili farklı temellendirmeler yapılmıştır.

2) TEMELLENDİRME TÜRLERİ

Felsefe tarihinde ahlakın temellendirilmesi konusunda çok farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bu görüşleri öncelikle iki ana gruba ayırmak mümkündür. Bunlar; din-dışı ve din ile yapılan temellendirmelerdir. Başka bir deyişle ahlakın temellendirilmesinde en derin ayrım, herhalde ahlakın din ile ve din dışı temellendirilmesidir. Din-dışı temellendirme, akılla, duygu ile ve sezgi ile temellendirme diye üç bölümü ayrılabilir. Ahlakı din-dışı bir temele dayandırmak sonuç itibariyle insana dayandırmaktır. Çünkü akıl, duygu ve sezgi sonuç itibariyle insanın kendi bedensel ve psikolojik varlığı içinde yer alan şeylerdir. Bu nedenle ahlakta temellendirmeyi aslında iki ana bölüme ayırmak mümkündür. Birincisi, din-dışı unsurlarla temellendirilen ahlak, ikincisi din/Tanrı ile temellendirilen ahlak… Ahlakın gerek din ile temellendirilmesi, gerekse din-dışı unsurlarla temellendirilmesi, farklı ahlak anlayışlarının ortaya çıkmasında belirleyici olmaktadır.

2.1) DİN DIŞI TEMELLERE DAYANAN AHLAK ANLAYIŞLARI

İnsan, tarihin arabasına hayvanca koşulmuş, savaşı ve ölümü bekleyen bir varlık mı?

Yoksa bir hak ve yükümlülüklere muhatap öz bilince sahip bir kişi midir?

İnsan, hem ahlaken yükümlü hem de ahlaki yükümlülüğün kaynağı olabilir mi?

(Jean-Paul Sartre)

a) AKIL İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞI

Ahlakın temellendirilmesi, bilindiği gibi ahlak kurallarının neye dayandırıldığını ve ahlaken iyi ve kötü hakkındaki bilgilerin nasıl elde edildiğini ifade etmektedir.

Sokrat'ın ahlak felsefesi, akılla temellendirilen ilk ahlak felsefesidir. Sokrat'a göre; hiç kimse bilerek kötülük işleyemez. İnsanlar, kötülüğü bilgi eksikliğinden işler. Sokrat'ın bu görüşü, insan davranışı ve hürriyeti konusunda insanın sorumluluğuna yer vermemektedir.

Aristo da ahlakı akılla temellendirmiştir. Aristo, insanın dünyada kendine has bir işi olduğunu, sadece insana özgü olan bu işin, beslenme ve büyüme olamayacağı gibi, insan duygusunun da olamayacağını, çünkü bunların bitki ve hayvanlarda da bulunduğunu söyler. O'na göre, diğer canlılar arasında sadece insana özgü olan iş, insanın akla uygun davranışlarıdır. Bizdeki en iyi, en değerli şey akıldır. Dünyada insanın, Tanrı'ya ait bir hayatı yaşamasını sağlayan ilahi unsur, akıl ve derin düşüncedir.

Ahlakı akılla temellendiren düşünürlerden biri de Kant'tır. Kant, pratik akla dayalı bir ahlak anlayışı geliştirmeye çalışmıştır. Pratik akıl (ameli akıl); aklın, insanın ne yapması gerektiğine karar veren yönüdür. Pratik akıl; neyin iyi neyin kötü; neyin doğru neyin yanlış olduğu ile ilgilenir. O'na göre, ahlakın kaynağı ve yükümlülüğün temeli pratik akıldır. Ahlaki konularda verdiğimiz hükümlerin temel kaynağı insan aklıdır. İnsanın istemesi/niyeti, ahlak kanununun kaynağıdır.

İnsan, hem ahlaken yükümlü hem de ahlaki yükümlülüğün kaynağı olabilir mi? Kant'ın, evrensel düzeyde bağlayıcı olarak kabul ettiği ahlak yasasının kaynağı insan iradesidir. Buna iradenin otonomluğu prensibi denir. İnsan iradesinin otonom olması demek, onun uyacağı ahlak yasasını insanın bizzat kendisinin koyması demektir. Bu düşünce bizi, 'gayeler krallığı' kavramına götürür. Kant'a göre; "akıl sahibi her varlık, bu krallığın hem üyesi hem de kralı olabilir." İnsan, bu krallığın hem üyesi hem de kralı nasıl olmaktadır? "Evrensel kanun koyucu olarak bulunduğu ve koyduğu kanunlara kendisi de tabi olduğunda krallığın bir üyesi; kanun koyucu olarak başkasına bağımlı olmadığı zaman da, kralı olur."[196]

Kant, ahlakın dinden önce geldiğini dolayısıyla ahlaki davranışın asıl sebebinin, Tanrının emirlerine itaat değil, vazifeden dolayı vazife olduğunu ileri sürer. O'na göre, din ahlaka değil, ahlak dine götürmektedir. Görüldüğü gibi Kant'ın anlayışında ahlak, pratik akılla temellendirilmiştir ve dolayısıyla Kant'ın ahlâk felsefesinin merkezinde Tanrı değil, pratik aklın yönettiği insan bulunmaktadır. Buna göre insan aklı, hem emredici kurallar (normlar) koyabilen hem de bu kuralları uygulayan konumundadır. Kant'ın anlayışına göre, 'aklın otonomluğu/özerkliği' prensibi gereği, ahlaki kuralları koyan insan, uygulayan da insandır.

Burada bir yandan ahlak kurallarını insan aklının belirlediğini, diğer yandan da ahlâk kurallarının evrensel, objektif ve genel geçer nitelikte olması gerektiğini ileri sürmek, kendi içinde büyük mantıki çelişki oluşturmaktadır. Çünkü maddi ve manevi şartların etkisiyle her zaman değişebilen bir varlık olan insanın ortaya koyduğu ahlak kurallarının, bütün insanlar için bağlayıcı ve mutlak olabileceği

[196] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.

tartışmaya açıktır. Eğer akıl, tek başına mutlak ahlaki kuralları belirleme güç ve yetisine sahip olsaydı, insanlar bir tek ahlak anlayışına sahip olurlardı. Hâlbuki ahlak felsefesi tarihinde çok farklı ahlak anlayışları ortaya konulmuştur. Belirsiz bir ruhsal yapıya sahip insanın, önceden neler yapabileceğini kestirmek zordur. İnsandaki bu belirsiz ve dengesiz hal, bazı temel ahlaki gergin-liklere yol açar. İnsanın değişken yapısından kalıcı ahlak yasaları çıkarmak mümkün değildir.[197]

Immanuel Kant, akılla temellendirdiği ahlak anlayışındaki eksikliği, dinlerde merkezi bir öneme sahip Tanrı kavramıyla tamamlamaya çalışmıştır. Ancak Kant'ın, ahlak teorisine dâhil ettiği Tanrı, dini içeriklerden bütünüyle soyutlanmış, Hilmi Ziya Ülken'in deyişiyle "Varlığı veya yokluğu hiçbir ontolojik temele dayanmamakta, sadece pratik aklın bir ihtiyacını tatmine yaramaktadır."[198]

Kant'ın Tanrı anlayışı; evreni, dünyayı ve insanları yaratan ama insanlar için toplumsal hayat kuralları koymayan, onları bütünüyle kendi haline/başıboş bırakan bir anlayışa dayanmaktadır. Bu nedenle Kant'ın Tanrı anlayışı, sadece O'nun sisteminin eksikliğini tamamlamaya yönelik olarak düşünülen, sosyal hayatta işlev görmeyen; insanların dünyada yapıp ettiklerinden dolayı mükâfat veya ceza öngörmeyen ve insanların davranışlarına etkili olmayan bir anlayış olarak kalmaktadır. Başka bir deyişle Kant'ın ahlak anlayışında, dinlerde toplumsal hayata ilişkin Tanrı'ya ait rol ve sıfatların insana verildiği söylenebilir. Bir yandan genel geçer/objektif normlar koyan (insanüstü) varlık olarak 'tanrılaştırılırken', diğer yandan da bu kurallara uyan olarak da insan formunda bir varlık. Bu nedenle Kant'ın, dini içeriğinden tamamen soyutlayarak sistemine dâhil ettiği Tanrı'nın ahlakta fonksiyonu ve önemi kalmamış gibidir.[199]

Kant'ın aşırı akılcı yaklaşımının batı düşüncesine önemli etkisi olmuştur. Batının ifrata varan akılcılığında, Kilise'nin yanlışları büyük rol oynamıştır. Edgar Morin'in deyişiyle Kilise karşısında akıl ve gerçek dışı bir tavra girecek kadar çıldıran batının ifrata varan akılcılığı, İslam düşünce tarihinde Tanrı'nın insana armağan ettiği büyük bir nimet olan aklın, İslam medeniyetinin gerileme dönemine rastlayan süreçte kötü bir sicil almasına katkı sağlamıştır.[200]

Kilise'nin yanlışlarına karşı batı akılcılığının ifrata (aşırılığa) varan tutumu, akıl konusunda bütün dünyaya kötü örnek olmuştur. Hâlbuki batılı düşünürler, Kilisenin akıl dışı tutumuna karşı haklı bir duruş sergilediği o aşamada 'aklını başına alması' gerekirken, akla kutsallık atfederek ona taşıyamayacağı bir yükü yüklemiştir.

İskoç düşünür David Hume, ahlakı aklın dışına iterken, Immanuel Kant da ahlakı hem aklın hem de dinin dışına çıkarmıştır. Bir dinin temel taşı olan ahlak, bu şekilde sadece duygular alanına itilince, din-bilim çatışması kaçınılmaz olarak ortaya çıkmıştır. Ahlakın, akılla ilişkisinin koparılması, İslam düşüncesinde sadece dini muhtevaya önem veren ve akla mesafeli duruşu temel alan bir anlayışın gelişmesine etkili olmuştur. Böylece dini bilimler ve müspet bilimler ayrımı ortaya çıkmış, bu da İslam'da bir tür seküler ahlak anlayışını doğurmuştur. Descartes;

---

[197] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[198] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.
[199] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.
[200] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

aklın, arzu ve tutkuları sınırlandırıp kontrol altına aldığını söyleyerek, ahlakın akli bir yanının olduğu gerçeğine vurgu yapmıştır. Ancak akıl, değerlerden bağımsız olarak tek başına mutlak hakikatin ve ahlaki davranışın kaynağı olamaz. [201]

Şüphesiz ki ahlakın akli ve iradi bir yanı vardır. Çünkü değerler ve ahlak kuralları, duygular ve heyecanlardan akla seslenir. Değerler ve ahlak kuralları, akıl sahibi varlık olarak sadece insanı muhatap alır. İnsan dışında ahlak kurallarına muhatap olan bir varlık yoktur. İşte değerlerin ve ahlak kurallarının insanı muhatap alma olgusu, ahlakın akli ve iradi yönünü ifade eder. Ancak ahlakın akli ve iradi yönünün olması, onun, ahlakın tek kaynağı olduğunu göstermez.

b) DUYGU İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞI

Ahlakı duyguyla temellendirme; ahlakın ve ahlaki davranışların, insan duygularına dayandığını ileri süren bir görüştür. Buna göre duygu, insanda doğuştan var olduğuna göre insan, hangi davranışların ahlaki olduğunu anlama yeteneğine yaratılıştan sahiptir.

Ahlakı duyguyla temellendiren Roussuau'ya göre vicdan; ilahi, doğal, yanılmaz içsel bir duygu ve güvenli bir kılavuzdur. J.J.Rousseau; vicdanın, fıtri/ilahi ve yanılmaz bir güdü olduğunu söyler. Roussuau, bu konuda ileri sürdüğü görüşüyle aynı zamanda, duyguya dayanan ahlak anlayışının zayıf noktasını da gösteriyor. Çünkü Roussuau, "Duygu, ancak tabiatın yetiştirdiği ve doğal olarak kalabilmiş insanda kusursuzdur. Hâlbuki böyle bir adam mevcut değildir. Çünkü biz, hepimiz toplum tarafından, az çok terbiye ediliyor ve düzeltiliyoruz." diyor. Bununla birlikte O'na göre, dünyada duyguların lezzetinden başka iyi bir şey yoktur.[202]

İddia edildiği gibi, insanda doğuştan var olan vicdan yani ahlak duygusu, bireyin ahlaki davranışlarının tek belirleyici ilkesi olabilir mi? Vicdan ahlakın tek belirleyici kaynağı olamaz. Çünkü herkeste var olan vicdanın sesi birbirinden farklı çıkabilmektedir. Kaldı ki insanlar, vicdanının sesini kendi menfaatine göre ayarlayabilmektedir. Bu nedenle insanda doğuştan var olan vicdan (ahlak duygusu), ahlak için gerekli olmakla birlikte ahlakın tek başına kaynağı olması söz konusu olamaz.

Ahlakı duygu üzerine temellendiren başka bir düşünür olan Hume'a göre; tutku ve duygular insan davranışlarını yöneten temel unsurlardır. İnsan davranışlarını ahlaken iyi kılan şey tutku ve duygulardır. Hume'un anlayışında akıl; duygu ve tutkuların emrine verilmiş; aklın rolü, insanın duygu ve tutkularının en iyi şekilde tatmin edilmesi yollarını bulmaya indirgenmiştir. Bu anlayışa göre; insanlarda psikolojik bir durum olan beğenme duygusu ortadan kalktığında, bütün ahlaki değerler, içi boş birer zarf olarak kalacak, dolayısıyla adalet, zulüm ve doğruluk gibi kavramlara verilen anlamlar, kişinin duygu hallerine göre değişecektir.[203] Hâlbuki insanın duygularının onayladığı bir durum, ahlaki değerlere ters düşebilir. Bu durumda toplumsal ilişkilerde adalet ve düzen, denetimsiz ve hiçbir kural tanımayan duygu ile mi sağlanacaktır?

---

[201] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[202] Alexıs Bertrand - Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[203] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.

Ahlakı duyguyla temellendiren diğer bir düşünür de Epikür'dür. Epikür'e göre insan için dünyada temel amaç, mutluluğa ulaşmaktır. İnsanın mutlu bir hayat yaşayabilmesi için; öncelikle ölüm ve Tanrı düşüncesi, davranışlarımıza etkili olmamalıdır. İkinci olarak da bütün arzularımız, kolayca tatmin edilebilir türden arzulara indirgenmelidir. İnsanın doğru davranışta bulunması için doğru bilgiye ihtiyacı vardır. Doğru bilginin kaynakları ise, biri duyunun verileri, diğeri ise haz ve acı duygularıdır.

Epikür, insanı ölüm ve Tanrı düşüncesinden kurtararak mutluluğa kavuşturmak istemektedir. O'na göre, mutlulukla özdeş olan haz ve lezzet, insan için ahlaki davranışın kaynağıdır. Mutluluğa ulaşabilmek için haz ve zevk veren şeyleri istemek, acı veren şeyleri de terk etmek gerekmektedir. Haz/lezzet duygusu, hem insanın gerçekleştirmesi gereken en yüksek iyi, hem de ahlaklılığın temel ölçütüdür. Bu nedenle Epikür'ün ahlaklı diye tanımladığı bir kişiyi, cezadan kurtulabileceği durumlarda kendisine haz veren bir cinayeti işlemekten alıkoyacak hiçbir neden yoktur. Çünkü bu ekole göre her insan, lezzet/haz veya elem veren bir şeyi en iyi bizzat kendisi belirlediği ve bu konuda tek söz sahibi olduğuna göre, bir kişiyi öldürmekten zevk alan/haz duyan kimseye bu ekolün söyleyebileceği hiçbir şey yoktur. Bu nedenle Epikür ahlakı, bencil bir ahlak sistemidir.[204]

Alexıs Bertrand/Hayrani Altıntaş; ahlakı duyguyla temellendiren bu görüşlerin hepsinin, ahlakı bütünüyle alt üst eden şeyler olduğunu söylerler. Bir haz ve lezzet ahlakı var demek, gerçekte 'ahlak yok' demektir. Lezzet/haz gibi geçici ve sabit olmayan bir duygudan nasıl olurda sabit ve sürekli bir ahlaki davranış kuralı elde edilir? Mutluluğu, haz ve lezzetlerin en yükseği diye tanımlamak kadar yüzeysel bir şey yoktur.[205]

İnsanlar, istek, hırs, ihtiras, tutku ve heyecan gibi duygular bakımından hayvanlarla ortak özelliklere sahiptirler. Bu duygular kendi başlarına ahlaki bir değer ifade etmezler. Akıl ve ahlaki değerlerin kontrolü olmadan; denetimsiz, sınırsız ve yönsüz iç eğilimler olarak bilinirler. Başka bir deyişle duygu, insan denilen varlığın sadece kendisine özgü bir davranış olmayıp, hayvanlarla birlikte sahip olduğu niteliktir. Hâlbuki bir varlık, özellikle kendine özgü niteliklerle ayrıcalık kazanır. İnsan topluluğunun sadece kendine özgü niteliği olmayan, hayvanlarla ortak özelliği olan duygu, ahlaki davranışın kaynağı olamaz. İnsan nefsi, kendisine zevk ve haz veren şeylere büyük arzu duyar. Bu arzular eğer çok şiddetli olursa, bazen insanın aklını başından alabilir. Bir şeyin iyi ya da kötü olduğunu, insan, bazen duygularıyla da sezebilir. Ancak bu her zaman emin bir yol **değildir**.[206]

İnsanda bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ilişkin bir istek ve arzu oluştuğu zaman, bu istek ve arzunun vicdandan mı yoksa kötü ve zararlı bazı eğilimlerden mi kaynaklandığı nasıl bilinecek? Bu durumda insanın (akıl,) vicdan, duygu ve eğilimlerinin üstünde bir ahlaki ölçüye ihtiyaç olduğu söylenebilir. Görüldüğü gibi duygu ile temellendirilen bu ahlak anlayışı; vicdan, haz ve lezzet gibi değişken

---

[204] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.
[205] Alexıs Bertrand - Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[206] Prof.Dr.Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

niteliğe sahip duygulara dayandırılmaktadır. Bu durumda değişken nitelikli duygularla; yer ve zamana göre değişmeyen, herkes için bağlayıcı ahlak kurallarına ulaşılması ve sağlam temele dayalı bir ahlak sistemi kurulması mümkün değildir. Duyguyla temellendirilen bu ahlak anlayışında, ahlak kurallarının her insana bağlı olarak değişmesi kaçınılmazdır. Bu da ahlaki değişebilirliği/ rölativizmi beraberinde getirecektir. Haz ve lezzet, akıcı ve değişken bir şey olduğundan, bundan genel bir hayat kuralı çıkmaz. Sonuç olarak; duygu ve haz/lezzet, insan davranışlarının tamamlayıcı unsuru olup, ahlaki davranışın kaynağı olamaz. Ahlaki davranışın temeli, bireyden bireye ve zamana göre değişen bir yapıya sahip olan duygulara dayandırılamaz.

c) SEZGİ İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞI

Ahlak felsefesinde **sezgi**, ahlaki gerçeğin başka bir araca başvurmadan doğrudan doğruya kavranması, vasıtasız olarak bilinmesidir.[207]

Ahlakı sezgiyle temellendiren bu ekole göre, bir davranışın ahlaken iyi veya kötü olduğunu anlamada tek ölçü sezgidir. Bu ekolün temsilcilerinden Moore'a göre, ahlaki değer ve kuralları sezgi yoluyla kavrama yetisi, her insanda potansiyel olarak (kuvve halinde) vardır. Her bireyin sezgi yoluyla kavradığı ahlaki değerler, bütün insanlar için objektif olarak doğru, evrensel olarak zorunludur. Moore; 'iyi nedir' sorusuna "iyi, iyidir; 'iyi nasıl tarif edilir' sorusuna da 'iyi tarif edilemez' diye cevap verir. Demek ki, bu anlayışa göre; ahlak teorisinin temel kavramı olan iyi, tarif edilemeyen basit bir kavramdır. Bir davranışın ahlaken doğruluğu veya yanlışlığını anlamak, mantıki akıl yürütmelerle değil, doğrudan doğruya bir kavrayışla yani sezgiyle olmaktadır. Dolayısıyla iyinin ne olduğunun belirlenmesi, her insanın bireysel sezgi yetisine bırakılmıştır.[208]

Öyle anlaşılıyor ki bu ekole göre, bir davranışın ahlaken iyi veya kötü olduğunu anlamakta tek ölçü sezgidir ve dolayısıyla bu ekol, ahlakı sezgi ile temellendirmektedir. Ancak sezgi, herkesin bireysel yapısına göre değişen bir özellik olduğundan, sezgiden ahlak için sabit ve değişmez bir ölçü çıkarmak mümkün değildir.

George Edward Moore'un bu anlayışı, ahlak alanında ciddi sorunların çıkmasına neden olabilir. Çünkü bu anlayışa göre iyilik, insan tarafından doğrudan doğruya kavranılan ama açıklanamayan, tanımı da yapılamayan kavramdır. Bu nedenle hiç kimsenin davranışını ahlaken yanlış olarak nitelendirmek mümkün olamaz. Bu anlayışta ahlak, her şeyden önce bir tartışma konusu olmaktan çıkartılmaktadır. Ayrıca temel ahlak normlarının aklen doğrulanmasına gerek görülmemesi, aşırı bir sübjektivizme/göreceliğe yol açmaktadır. Her ne kadar Moore, ahlaki objektivizmi ve evrenselliği savunuyor gözükse de, benimsediği ahlak görüşü, buna imkân vermemektedir.[209]

Ahlakı; akıl, duygu ve sezgiyle temellendirilen ahlak anlayışlarının ortak özelliği, aşkın bir varlık olan Tanrı'dan bağımsız ve din dışı temellere dayanmış

---

[207] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[208] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.
[209] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.

olmalarıdır. Tanrı'sız bir ahlakın, hem yetki hem de sorumluluğun aynı anda insana yüklenmesini gerektireceği açıktır. Bunun için Tanrı'sız bir ahlak, akli ve insani realiteye uygun düşmemektedir. İşte bu noktada 'Ahlakın dini' sorunu ortaya çıkmaktadır.[210]

Sonuç olarak, ahlak felsefesinde yer alan akıl, duygu ve sezgiyle temellendirilen ahlak anlayışlarının, insanlık için sağlam, güvenilir ve herkes için bağlayıcı genel-geçer bir ahlak sistemi oluşturacak özelliklerden uzak olduğu anlaşılmaktadır. Ahlakın din dışı unsurlardan herhangi biriyle temellendirilmesinde karşılaşılan ortak temel sorun, ahlaki rölativizm, yani ahlaki görecelik/ izafiliktir. Ahlaki görecelikten (rölativizmden) kurtulabilmek için, evrensel ahlak normlarına ihtiyaç vardır. Ahlaki değerlerin evrensel olabilmesi de, onların ancak mutlak bir varlıkla (Tanrı) ilişkili olmasına, sabit bir ölçüte dayanmasına bağlıdır.

2.2) DİN İLE TEMELLENDİRİLEN AHLAK ANLAYIŞLARI

Din ile temellendirilen ahlak teorilerinin ayırt edici özelliği, Tanrı'nın varlığı ve vahiy gerçeğinden hareket etmiş olmalarıdır. Bu ahlak anlayışında ahlak kuralları; insanüstü mutlak bir varlık ve otoriteyle, ya da bir ilahi emirle ilişkilendirilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, din ile ahlak birbirinden ayrı şeyler değillerdir. Tanrı'nın varlığı, din temeline dayanan ahlak anlayışlarında merkezi bir önem taşır.

Din, ahlak için en önemli kaynaktır. Dine yabancı olan ahlak, fakirleşir, zenginliğini ve genişliğini yitirir. Din, insanın her türlü söz ve davranışlarının Tanrı tarafından bilindiğini ve özel bir deftere (amel defteri) yazıldığını söyler. Dünyanın hiçbir hukuk ve devlet sistemi, bu ilahi uygulama kadar insanı yakından izleyerek kontrol edemez. Ayrıca sosyal düzen kurallarından hukuk düzeni ve yasalar, hukuka aykırı davranışlara karşı yaptırım uygularken hukuka ve ahlaka uygun davranışları ödüllendirmez. Bunu ancak dinle temellendirilen ahlak yapar. Dine dayanmayan ahlak, gerçekte yok demektir. Din ile temellendirilmemiş olan ahlak temelsiz bir bina gibidir. En basit bir sarsıntıda bile yıkılmaya mahkûmdur.[211]

Bir davranışa, ahlaki iyilik veya kötülük niteliği kazandıran şey, sırf Tanrı buyruğu olması mıdır, yoksa davranışların bizzat kendisinin ahlaken iyi veya kötü olmak gibi özellikleri var mıdır? Yani **ahlaken iyi** veya **kötünün** ne olduğu bilgisi, tamamen Tanrı'ya mı aittir, yoksa Tanrı'nın varlığını kabul eden insan aklının, vahiyden bağımsız olarak ahlaken iyi ve kötünün bilgisine sahip olma imkânı var mıdır? Ahlak felsefesi açısından önemli olan bu soru, hem Hıristiyan hem de İslam dünyasında çok tartışılan bir konu olmuştur.

a) HIRİSTİYAN DÜNYASINDA

Ahlakta iyi ve kötünün Tanrı ile bağlantısı Hıristiyan dünyasında; ilk defa **Eflatun** tarafından sistemli bir şekilde tartışılmıştır. Euthyphro, dindarlığı 'Tanrı'nın sevdiği şey', dinsizliği ise, 'Tanrı'nın sevmediği, nefret ettiği şey' olarak

[210] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[211] A.Hamdi Akseki, Ahlak İlmi.

tarif edince Eflatun, 'dindarlık, bizatihi dindarlık olduğu için mi Tanrı tarafından seviliyor; yoksa o, Tanrı tarafından sevildiği için mi dindarlık oluyor' şeklinde bir soru sorar.

Ahlakla ilgilenen birçok filozofu tarih boyunca meşgul eden Eflatun'un bu sorusu, daha sonra 'Bir şey Tanrı istediği için mi iyidir, yoksa iyi olduğu için mi Tanrı onu istemektedir' şeklinde ifade edilmiş ve ahlak felsefesinde buna 'Euthyphro tartışması' adı verilmiştir.

Hıristiyan dünyasındaki 'Euthyphro diyalogu' adı verilen problemle İslam dünyasında 'Hüsün (iyi) ve kubuh (kötü) meselesi' denilen problem temelde aynıdır. İşte bu probleme verilen cevaplara göre, ahlak felsefesi tarihinde dinle temellendirilen farklı ahlak anlayışları ortaya çıkmıştır.

Hıristiyan dünyasında Protestan din bilginlerinin çoğunluğu, 'Bir şey, Tanrı istediği için iyidir' görüşünü savunmuşlar ve ahlaki iyi-kötü kavramlarını, Tanrı'nın buyruklarına göre tarif etmişlerdir. Onlara göre, iyi ve kötü hakkında bilgimizin kaynağı Tanrı'dır.

Eflatun, söz konusu tartışmayı, kesin bir sonuca bağlamamakla birlikte, 'dindarlık iyi olduğu için, Tanrı onu seviyor' görüşünü benimsediği izlenimi vermektedir. Katolik din bilginleri ise, insanın vahiyden bağımsız olarak 'hangi davranışın iyi, hangisinin kötü olduğunu bilebileceğini' ileri sürmüşlerdir.

Karl Barth, E.Brunner, Luther ve Kierkegaard gibi düşünürlerin ortak görüşü: 'vahiyden yardım görmeyen aklın, ahlaki gerçeklerin ne olduklarını bilemeyeceği' şeklindedir. Onlara göre, İsa'yı hayatımıza sokmadan kurtuluş ümidi yoktur.

İtalyan filozof ve Katolik din bilgini Saint Thomas Aquinas geleneğine bağlı olanlar ise, ahlak kurallarının gerçek kaynağı olarak Tanrı'yı görmekle beraber, insanın ahlak kurallarını kendi aklı ile de bilebileceğine inanırlar. Fransız filozof Pierre Abelard diyor ki, "İyi ile kötünün ayırt edilmesi ilahi iradeye tabidir." Daha sonra gelen İskoç düşünür Duns Scot (Jean) de şöyle der: "Allah bir şeyi emrederse, o iş iyidir." Gerson ise, daha açık bir biçimde: "Tanrı bazı şeyleri, iyi olduğu için emretmiyor. Belki onları emrettiği için, o şeyler iyi oluyor. Nasıl ki diğerleri de kötüdür, çünkü onları yasaklıyor." diyor.[212] Ahlaki olan davranışın belirlenmesinde vahyin rolü meselesi, Yahudi düşünürleri arasında da benzer tartışmalara neden olmuştur.

b) İSLAM DÜNYASINDA

İslam dünyasında; 'Bir şey, Tanrı istediği için mi iyidir, yoksa iyi olduğu için mi Tanrı onu istemektedir' şeklinde ifade edilen tartışma, din ile temellendirilen Mutezile, Eşariye ve Maturidi isimli üç farklı ekolün oluşmasına neden olmuştur.

Bunlardan **Mutezile** ekolüne göre; ahlaki değerler, Tanrı'nın iradesinden bağımsız bir varlığa sahiptir. Bu ahlaki değerler genellikle sadece insan aklıyla bilinirler. Ahlaki değerlerin akılla bilinmesi, vahiyle bilinmesinden daha öncedir. **Eşariye** ekolünde ise; adalet, iyilik, kötülük gibi ahlaki değerlerin Tanrı'nın dilediği şeyden başka herhangi bir anlamları yoktur. Buna göre, Tanrı tarafından emredilen, buyrulan davranışlar ahlaken iyi, yasaklananlar ise ahlaken kötüdür. Neyin iyi ve

[212] Kınalızade Ali, Ahlak-ı Hamide.

neyin kötü olduğunu yalnız başına kavrama gücüne sahip olmayan insan aklı, ancak vahiyle bildirilmiş olan ilahi buyrukları anlayabilen bir yetiye sahiptir.

Maturidi ekolü; Mutezile ve Eşariye ekollerinin ahlakı temellendirme konusunda ortaya çıkardığı problemleri, Tanrı'nın 'kudret' sıfatına zarar vermeden ve insan özgürlüğünü de zedelemeden çözüme kavuşturan, din temeline dayalı üçüncü bir ahlak anlayışıdır. Maturidi'nin ahlak anlayışı, Mutezile ve Eşari ahlak görüşlerinin bir araya getirilmiş hali değil, her konuda kendi içinde bütünlük arz eden orijinal bir ahlak anlayışıdır.

Maturidi'ye göre, iyilik, kötülük gibi kendinden iyi ya da kötü olan ahlaki değerler akıl yoluyla bilinebilir. Yani adalet, doğruluk, zulüm ve yalanın ahlaken iyi veya kötü oldukları, normal şartlarda aklen kavranmaktadır. Ancak iyilik ve kötülük arasındaki diğer ahlaki değerlerin bilgisine ancak vahiyle ulaşılır. Aklın kavradığı ahlaki değerler alanında vahyin işlevi, aklın doğru karar vermesini güçleştiren durumlarda ona yardım etmektir. Ahlaki iyilik ve kötülüklerin bilinmesinde **akıl** yeterli ise de, insanın gerek duygusal ve gerekse fiziki şartları, aklın doğru karar vermesine engel olabilmektedir. Bu gibi durumlar göz önüne alındığında, Allah'ın Peygamber gönderip vahiyle emir ve yasaklarını bildirmesi akıl için bir kolaylaştırma ve yardımdır. Aynı zamanda bu, aklın muhtemel kusurlarını bir hatırlatma ve bu konuda uyarmadır.

Maturidi'ye göre, insanın bilgi edinme yolları: 1) Akıl, 2) Beş duyu, 3) Sadık/Doğru haberdir. Sadık haber; kaynağı Allah ya da insan olmasına göre ikiye ayrılır. Allah kaynaklı haber (kitap) bize Peygamberler vasıtasıyla ulaşmakta ve doğruluk bakımından en açık ve kesin bilgi vermektedir. İnsan kaynaklı sadık haber ise, yalan söylemeleri aklen mümkün olmayan çok sayıda kalabalığın bir haberi birbiri ardınca ileterek sonraki kuşaklara aktarmalarıdır. (Ömer Nesefi, İslam Akaidi) Maturidi'nin, 'ahlaken iyi' ve 'kötünün' ne olduğu konusunda önerdiği 'bilgi kaynakları' görüşünün, tek yanlı ve aşırı diğer yaklaşımlardan uzak, bütüncül, dengeli ve daha makul olduğu söylenebilir. Bu nedenle insan, doğru ahlaki bilgiye ulaşmada bu 'bilgi edinme yollarını' kullandığı takdirde yanılgıya düşme ihtimali yoktur. Çünkü ulaşılan ahlaki bilgi; akıl, beş duyu ve sadık/doğru haberle, yani çok yönlü bilgi kaynaklarıyla teyit edilmektedir. Başka bir deyişle sadece akla, duyguya ya da sezgiye dayanmak gibi tek yanlı, göreceli bakış açılarının kısır döngüsüne girmekten kurtulmuştur. Ayrıca bu ahlak anlayışı, Tanrı'nın kudret sıfatıyla insanın özgürlüğü arasında makul bir denge sağlanmıştır.

Büyük mütefekkir Gazali de bu konuda benzer görüşlere sahiptir. Gazali'ye göre akıl, yalnız başına eşyanın külli prensiplerini idrak edebilir, ancak eşyanın bireysel oluşumunu ve onlara ait bireysel hükümleri bilemez. Örneğin akıl, Allah'a inanmanın, doğru sözlü olmanın, iyi işler yapmanın, doğruluk ve adaletin iyi ve güzel olduğunu bilir. Ancak domuz etinin, akmış kanın ve şarap içmenin, insanın kendi kardeşiyle evlenmesi gibi hususların kötülüğünü, yasak olduğunu bilemez. Bu nedenle Gazali, akıl ile vahiy/din arasında bir ilişki kurarak aklı yaratılmışların en şereflisi, dinin dayanağı ve ilahi teklifin muhatabı, sorumluluğun dayanağı olarak kabul eder. O'na göre akıl ile dinin ilişkisi, göz ile ışığın birbirine olan ilişkisine benzer. Akıl göz yerinde, din de ışık yerindedir. Işık olmayınca gözün görmesi nasıl mümkün değilse, göz olmayınca da ışığın varlığı görmesi mümkün değildir. Aklı

olmayanın dini de yoktur. Din, akılla olan ilişkisini kopardığı anda ondan hiçbir şey çıkmaz. Bunlar birbirlerine yardım eder, kuvvet verirler.[213]

İslam felsefesinde (kelamında), azınlıkta kalan bazı ekollerin 'İyiliğin, Tanrı'nın emrinin gereği olduğu, asıl olanın ilahi irade olduğu, aklın yalnız bu ilahi emri anlamaya yarayan bir araç olduğu' yönündeki görüşleriyle, yukarıda özetlediğimiz batılı düşünürlerin görüşleri büyük benzerlikler göstermektedir. Belirtilmelidir ki, gerek Hıristiyanlıkta gerekse İslam düşüncesinde ahlakın dini temele dayandığını ileri süren bazı ekoller, ahlak ile akıl arasında gizli bir soğukluk olduğu görüşünü daima muhafaza etmişlerdir.

Dine uygun davranışın derinlik ve yoğunluğu, adeta akla karşı ilgisiz davranmanın derecesine bağlanmış gibidir. Bu yaklaşımın sonucu olarak, en sağlam ve yoğun dindarlığa, sanki aklı devre dışı bırakan bir ahlak anlayışıyla ulaşılabilirmiş gibi bir yargıya varılmaktadır. Kısaca, din ile akıl kavramı, sanki birbirleriyle zıt kavramlarmış gibi gösterilmektedir. Din ile temellendirilen ahlakın, akıl ile nasıl bir sorunu olabilir? Ahlak felsefesi tarihine bakıldığında, dinle temellendirilen bazı ahlak anlayışlarında, aklı göz ardı etmenin gerekçesi olarak daha yoğun dindarlığın gösterildiği anlaşılır. Gerçekte İslam düşüncesinde daha yoğun dindarlık adına aklı dikkate almamak ya da ona mesafeli durmak, dinin kendi özüne aykırıdır. Daha çok dindarlık adına aklı göz ardı eden, devre dışı bırakan ahlak anlayışı ile daha çok sekülerlik adına dini devre dışı bırakan ahlak anlayışı arasında nitelik bakımından bir fark yoktur.[214] Sonuç bakımından her ikisi de aşırılığı ifade eder.

Ancak hemen ifade edelim ki, İslam felsefesinde (kelamında) düşünürlerin büyük çoğunluğu, işi bu aşırı uç noktalara götürmemişlerdir. Onlara göre ahlaken iyi olan davranış, sırf Allah'ın emrettiği için iyi değil, belki bizzat kendi niteliği gereği iyidir ve iyi olduğu için Allah emretmiştir. Ancak Allah'ın emretme veya yasaklama iradesi belirince insanların sorumluluğunu gerektirir.[215]

Bilindiği gibi akılla doğrudan doğruya ilgili olan bilgi ve bilincin, insanda sağlam bir vicdanın oluşumunda temel bir rolü bulunmaktadır. Hatta denebilir ki; ahlaki davranış, vicdanın derinlik-lerine iyice yerleşmiş bilgi ve bilincin bir sonucudur. Akıl/aklıselim, ahlaka uygun davranmak gerektiği bilincinde olduğu sürece, kendi özüne uygun davranmış olur. Akıl, insanın varlığındaki denetimsiz duygulardan doğan olumsuz sonuçları da sınırlandırır. Ahlak; her şeyden önce özgür, iradi ve bilinçli bir davranıştır. Dinle temellendirilen ahlak anlayışında da, ahlaki davranışla aklilik birbirinden ayrılamaz.[216]

Büyük hukukçu ve mütefekkir Ömer Nasuhi Bilmen, ahlakın dine dayanması gerektiğini ifade etmekle birlikte, ahlak alanında, aklın önemli bir rolü olduğu görüşündedir. Akılla ilgili düşüncelerini şöyle ifade etmektedir:

"İnsandaki akıl, pek ulvî (yüce) bir cevherdir. Akıl; hayır (iyi) ve şerri (kötüyü) temyize (ayırt etmeye) medar (dayanak, yardımcı; neden, vasıta) olan, ilahi hitapları

---

[213] Prof.Dr. Hüsamettin Erdem, Büyük Mütefekkir Gazali; DİB Yayınları.
[214] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[215] Kınalızade Ali, Ahlak-ı Hamide.
[216] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

(emir ve yasakları) anlayan, birçok hakikatleri (gerçekleri) idrake (anlamaya) müsait bulunan ruhani (manevi) bir kuvvettir. Bu bakımdan Müslümanlık insanın fıtratına/doğasına ve aklına büyük bir kıymet vermiştir… Şunu da ilave edelim ki, vazifenin hakiki menşeinin (görevin gerçek kaynağının), din olması (ahlakın dinle temellendirilmesi), aklın değerini azaltmış olmaz. Çünkü esasen medar-ı teklif (dinde ilahi teklifin nedeni) akıldır."[217]

Görüldüğü gibi, Bilmen'e göre insan, görevlerini ve diğer varlıklardan üstünlüğünü kendi aklının zarif ve ince aydınlığı sayesinde anlayabilir. Bu nedenle ahlakın dinle temellendirilmiş olması, aklın önemini ortadan kaldırmamaktadır.

Ahlakın dini temele dayalı olması, akli temelini göz ardı etmeyi ya da aklı devre dışı bırakmayı gerektirmez. Çünkü akıl, hem insanın ilahi mesaja muhatap olmasını, hem de görevlerinin tam olarak anlaşılmasını sağladığı için, aklın olmadığı bir yerde Tanrı'nın ve dinin söyledikleri, yalçın kayalardan yansıyan sesin tekrar sahibine dönmesinden ibaret kalacaktır.[218] Bu nedenle akıl ile din arasında karşıtlık değil, aksine karşılıklı bir ilişki vardır.[219]

Bilmen; aklı, iyi ve kötüyü bilen, ilahi hitabı ve birçok gerçekleri anlayan manevi bir kuvvet olarak ele almakla birlikte, aklı tek ve mutlak bir kaynak olarak kabul etmemektedir. Çünkü O'na göre akıl, her konuda yeterli olan mutlak bir bilgi kaynağı değildir.

Batılı filozoflar; din ile temellendirilen ahlakın yetersiz olmasından dolayı değil, belki;

a) kendi çevrelerindeki yanlış dini anlayışlara, uygulamalara,

b) orijinal niteliklerini kaybetmiş dinlere (Hıristiyanlık, Yahudilik gibi) karşı çıktıkları,

c) ya da insanları, içinde bulundukları kötü durumlardan kurtarmak istedikleri ve akla uygun olmayan bu dinlerin ahlaka temel oluşturamayacaklarını anladıkları için ahlakı akıl, duygu, haz ve fayda gibi kavramlarla temellendirme yoluna gitmişlerdir. Bilmen'e göre, yetersiz ya da eksik olan din İslam değil, orijinal niteliklerini kaybetmiş ve bu yüzden akla uygun olmayan (Hıristiyanlık, Yahudilik gibi) diğer dinlerdir.[220]

Sonuç olarak, İslam düşüncesinde dinle temellendirilen ahlak anlayışında, ahlakilikle aklilik birbirinden ayrılamaz. Daha yoğun ve derin bir aklilik adına dini devre dışı bırakan ya da daha yoğun ve derin bir din adına aklı devre dışı bırakan ahlak anlayışları **iki aşırı uç** düşünceyi temsil etmektedir. Akıldan uzak bir din ve ahlak anlayışıyla bilim ve teknikte ilerlemek mümkün olmadığı gibi, dinden uzak bir akılla sağlam insani/ahlaki temele dayalı, omurgalı sistemler ve medeniyetler kurmak mümkün değildir. Ahlak alanında, bu iki aşırı uç noktanın dışında, daha ılımlı, orta yolu ifade eden bir din-ahlak ilişkisi kurulmalıdır. Çünkü akıl ve din

---

[217] Ömer Nasuhi Bilmen, Yüksek İslam Ahlakı.

[218] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

[219] Prof.Dr. Hüseyin Karaman, Ömer Nasuhi Bilmen'e Göre Ahlakı Temellendirme Problemi.

[220] Prof.Dr. Hüseyin Karaman, Ömer Nasuhi Bilmen'e Göre Ahlakı Temellendirme Problemi.

insanın ahlaki hayatında birbirinden ayrı düşünülemeyecek ve birbirini tamamlayan temel unsurlardır. Asli özelliklerini kaybetmeyen din olmaksızın akıl, akıl olmaksızın da din insanlığı doğru bir noktaya götürecek bir ahlak anlayışı oluşturulamaz. Akıl ve din, Tanrı'nın insana bahşettiği iki nimettir. Bunların birbirine zıt olmaları düşünülemez. Aklilik ve dinilik aynı temel ilkeleri savunmaktadırlar. Bugün insanlığın, tahrif edilmemiş dinle temellendirilen, ancak aklı devre dışı bırakmayan bir ahlak görüşüne muhtaç olduğu söylenebilir.

Ahlakın, dinden bağımsız olamayacağını ileri süren düşünürler olduğu gibi, ahlakın din ile hiçbir bağlantısının olmadığını savunan düşünürler de vardır. Ahlakın din ile ilişkisinin olmadığını düşünenlerden biri A.Jules Ayer'dir. Ayer, "Çok iyilik din adına yapılmaktadır. Ama çok kötülük de aynı şey adına yapılıyor. Dinin hoşgörüsüz ve baskıcı uzun tarihini aldığımızda, bu gerçeği görebiliriz." diyor. Genel olarak dinler tarihine bakıldığında, gerçekten Ayer'in dediği gibi hem pek çok iyilikler hem de pek çok kötülükler genellikle din adına yapıldığı görülebilir. Ancak bu kötülükleri yapan, dinin kendisi değildir. J.Ayer, insanların dinle ilgili kötü uygulamalarına bakarak ve olgulardan hareketle dinleri yargılamaktadır. Hâlbuki en yüksek ahlaki/insani değerleri inançlarının temeline yerleştirmiş olan ve bunları kutsal kitaplarıyla, peygamberleriyle savunan dinlerin, insanların yaptığı kötü uygulamalar nedeniyle suçlanması, dinlere yapılan büyük bir haksızlıktır. Aslında, dinden bağımsız ve ona rağmen var olma iddiasını taşıyan her ahlak sisteminin de mutlaka bir dini vardır; dinsizlik dini…[221]

2.3) DİN DIŞI TEMELE DAYANAN AHLAK ANLAYIŞLARIYLA DİN TEMELİNE DAYANAN AHLAK ANLAYIŞLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Öncelikle ifade etmek gerekir ki insan, diğer varlıklardan farklı olarak bir değer varlığıdır. İnsanı, değerlerden bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. İnsanı değerlerden ayırdığımızda o, insan olmaktan çıkar. O halde değerler, insan için olmazsa olmaz bir niteliktir. Değerler, insanın muhtaç olduğu, onu tamamlayan bir varlıktır ve insanüstü/aşkın bir varlığı gerekli kılmaktadır. Değerler, yükümlülük yükleyen, mecbur tutan kural niteliğine sahiptir. Bir değere bağlı olarak ortaya çıkan ahlaki kuraldaki yükümlülüğün temeli, rastgele-herhangi bir kural olmasında değil, o kuralın bağlı olduğu değerin aşkınlığında aranmalıdır. Ahlaki değerleri, herkesin uymak zorunda olduğu kurallar yapan, onların insanüstü/aşkın varlıkla (Tanrı) bağlantısıdır. Aksi halde ahlak kuralları; genel-geçer ve herkes için bağlayıcı olmayan; sübjektif, rölatif, izafi, kişisel düşünce ve duygular olmaktan öte geçemez. Böyle izafi, rölatif, sübjektif ve kişisel duygular üzerine doğru bir ahlak sistemi kurulması ve bu sistemin herkesi bağlayıcı olması mümkün değildir. Din dışı temele dayanan ahlak anlayışlarıyla din temeline dayanan ahlak anlayışlarının karşılaştırılması şu başlıklar altında yapılabilir.

- Ahlakı, sadece akılla temellendiren Kant'a göre, insan, uymak zorunda olduğu ahlak kurallarını bizzat kendisi koyar. Çünkü O'na göre insan, gayeler krallığının

[221] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

hem kralı hem de üyesidir. Kant'ın, bir yandan ahlak kurallarını insanın koyduğunu, diğer yandan da temel ahlak kurallarının evrensel, objektif ve genel-geçer karakterde, herkesi bağlayıcı olması gerektiğini savunması, açık bir çelişkiyi gösterir. Kant, bu çelişkiden kurtulmak için ahlak sistemini Tanrı ile tamamlamak zorunda kalmıştır. Ancak bunda başarılı olamamıştır. Çünkü O, dinin Allah'a verdiği işlev ve sıfatları, öncelikle insana vermiştir. Dolayısıyla zoraki olarak ahlak sistemine ilave ettiği Tanrı'nın ahlaktaki işlevselliği ve önemi kalmamaktadır. Hâlbuki ahlaki kuralları koyan insan; ruhi ve fiziki şartların etkisiyle değişebildiğine göre, her insanın koyduğu kural farklı olacağından onun koyduğu ahlaki kuralların ne kadar mutlak, evrensel, herkesi bağlayıcı olacağı tartışmaya her zaman açık bir konu olarak kalacaktır. Oysa evrensel nitelikli ve bütün insanlar için bağlayıcı olan temel ahlak kuralları, aşkın bir varlığı (Tanrı'yı) gerekli kılar.

- Ahlak kurallarının doğruluğu veya yanlışlığını anlamanın, doğrudan doğruya bir kavrayışla yani **sezgiyle** mümkün olduğunu ileri süren ve dolayısıyla iyinin ne olduğunun belirlenmesinin, her insanın bireysel **sezgi** yetisine bırakıldığı ahlak anlayışında (G.E. Moore), hiç kimsenin davranışını ahlaken yanlış olarak nitelendirmek imkânı bulunmamaktadır. Çünkü insanların bir kısmının iyi diye nitelendirdiği şeyi, diğer bir kısım insanlar kötü olduğunu söylemekte ısrar ettiği takdirde, iki tarafın ahlaki tartışmayı sürdüremeyecekleri ve hangi tarafın doğru söylediğinin anlaşılamayacağı açıktır.
- Ahlakı **duygu** üzerine temellendiren Epikür, Hume ve Mill gibi filozoflar, kendi kendine iyi olan tek şeyin haz olduğunu; doğruluk, dürüstlük ve fedakârlık gibi davranışların bile kişiye **haz** verdikleri sürece ahlaki erdem olabileceğini ileri sürerken, ahlakı 'haz' duygusuna indirgemişlerdir.

Ahlaki erdem, 'kişiye **haz** veren duygusal bir faaliyet' olarak tanımlandığında, bunun mantıki sonucu, bireydeki psikolojik bir hal olan bu 'haz duygusu' ortadan kalktığında ahlaki erdem adı verilen bütün değerlerin boş birer zarf olarak kalacaklarını kabul etmektir. Dolayısıyla adı geçen filozofların ahlak anlayışlarında; adalet, zulüm, doğruluk gibi kavramların anlamları, bireylerin duygusal hallerine göre değişebileceği için, bu anlayışla, farklı zaman ve durumlarda değişmeyen, herkes için bağlayıcı mutlak ahlaki değerler sisteminin kurulması mümkün değildir.[222]

- Din dışı ahlak anlayışlarının aksine din ile temellendirilen ahlak anlayışlarında yer ve zamana göre değişmeyen, bütün insanlar için bağlayıcı, genel geçer olan ahlaki doğruları vardır. Çünkü insanüstü/aşkın bir varlık olan Tanrı'nın iradesinde yer ve zamana göre değişiklik olmadığından, O'nun iradesine uygun olarak belirlenen değerlere göre oluşan bir ahlak anlayışında görecelik/ izafilik söz konusu değildir.

Din ile temellendirilmiş olan Mutezile ve Maturidi ahlak teorileri arasında benzerlikler olmakla beraber, Maturidi'nin görüşleri daha açık ve sistemlidir. Maturidi'nin ahlak teorisi, ahlaken iyi ve kötü davranışların Tanrı ile bağlantısını sağlarken, hem Tanrı'nın kudret ve yaratma sıfatına, hem de insan özgürlüğüne (cüzi iradeye) zarar vermemekte, her ikisi arasında makul bir denge ve uyum

[222] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakın Dini Temeli

sağlamaktadır. Maturidi, ahlaki değerler arasında, 'hiçbir halde değişmeyenler' ve 'şartlara ve duruma göre değişenler' olmak üzere bir ayrıma gitmektedir. Adalet, iyilik, doğruluk gibi hiçbir halde değişmeyen mutlak ahlaki değerleri akıl, normal şartlarda vahye ihtiyaç duymadan kavramakta ve keşfetmektedir. Şart ve durumlara göre değişen göreli ahlaki değerler ise ancak ilahi buyruklar (vahiy) aracılığıyla kavranabilmektedir. Her iki halde de bütün ahlaki değerlerin kaynağı mutlak varlık olan Tanrı olduğundan, bu değerlere bağlı olarak ortaya çıkan ahlak kuralları, her türlü görecelikten/izafilikten kurtulmakta ve mutlak bir nitelik kazanmaktadır.[223]

- Din dışı temellere dayandırılan ahlakla din ile temellendirilen ahlak anlayışlarını karşılaştırır-ken, bu iki görüşün Tanrı anlayışlarında temel bir farklılık olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin ahlakı; insana mutluluk veren davranış, mutluluğu da; ruhun akla uygun davranışta bulunması olarak tanımlayan Aristo, evrenin ilk hareket ettiricisi (ilk muharrik) olarak Tanrı'yı kabul etmekle birlikte, 'Tanrı'nın dünya olaylarına tamamen kayıtsız kaldığını, yani dünyada insanların davranışlarıyla ilgilenmediğini' söyler.[224] Böyle olunca Aristo'nun Tanrısı, ilahi dinlerin kabul ettiği 'her şeyi yaratan, her şeyi bilen, ezeli ve ebedi, her şeye gücü yeten, insanları dünyada yaptıklarından dolayı hesaba çekecek olan; yani evrenle ve beşeriyetle her an ilişki içinde olan' Tanrı inancından tamamen farklıdır. Bu nedenle din-dışı temellere dayanan ahlak anlayışında, 'bu kural beni bağlamaz' diyen kişilere karşı söylenecek bir söz yoktur. Çünkü bu anlayışta ahlak kuralının kaynağı da insan, buna itiraz eden de insandır. Buna karşılık dinle temellendirilen ahlak anlayışlarında; "Tanrı, X'i yapmamı buyuruyor ama bu buyruğu yerine getirmem gerekmez, bu kural beni ilgilendirmez" demek mümkün değildir. İşte bu iki görüşün farklı Tanrı anlayışı, onları zorunlu olarak farklı ahlak anlayışlarına götüren belirleyici faktör olmaktadır.
- Din dışı ve dinle temellendirilen iki ahlak anlayışına, ahlak kurallarının doğrulanması/ onaylanması açısından bakıldığında, yine benzer sonuçlara varıldığı görülecektir. Örneğin, 'zina kötüdür' şeklindeki ahlak kuralında; bizzat zina eyleminin kötülüğünü doğrulamak için 'ailenin bütünlüğü ve devamının sağlanması gerektiği' ilkesine başvurulabilir. Din dışı temellere dayanan ahlak anlayışlarında, 'ailenin bütünlüğü ve devamını korumak' bir ahlak kuralı olabilir ancak bu kural beni ilgilendirmez, diyen bir kişiye verilecek bir cevap bulmak zordur. Dolayısıyla din dışı temellere dayanan ahlak anlayışlarında; bir kişinin 'niçin ahlaklı olmalıyım' sorusuna 'çünkü ahlaklı olmalısın'dan başka cevap bulunamaz. Ahlak kuralları hakkında mantıki bir doğrulama yapıla-maması, birçok ahlak düşünürünü ya ahlaki şüpheciliğe ya da aynı konuda birbirine zıt iki ahlak kuralından ikisini de aynı ölçüde kabullenmeye götürmektedir. (Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakın Dini Temeli). Nitekim ahlakı duygu (haz) ile temellendiren **Hume**, **zina**nın itibar gördüğü bir toplumun ahlak kurallarıyla, **zina**nın her türünü kötü kabul eden bir toplumun ahlak

[223] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakın Dini Temeli.

[224] Aristoteles, Rhetorica, X, 7.9; aktaran: Prof.Dr. Mahmut Kaya, Aristoteles'in Ahlâk ve Siyaset Felsefesinin İslâm
Dünyasına Yansıması.

kurallarını aynı derecede doğru kabul etmektedir. Bu görüş, mantık ilkelerine, değerler ve ahlak bilimine bütünüyle aykırıdır.

Sonuç olarak; İnsanların bireysel duygusuna dayanan göreceli ahlak anlayışı yerine, herkes için bağlayıcı olan sağlam/etkin bir ahlak sisteminin varlığı, insan ve toplum hayatı için büyük önem taşımaktadır. Aynı konuda birbirine zıt olan ahlak kurallarının ikisinin de aynı ölçüde geçerli sayılması demek olan ahlaki göreceliğe/şüpheciliğe insanı götüren temel neden, ahlak konusunda ahlaki iyiyi kötüden ayıracak **sabit bir ölçütün** olmayışıdır. Ahlakta neyin **iyi** neyin **kötü** olduğuna ilişkin sabit ve değişmez bir ölçütün olmayışı, insanı ahlaki rölativizme/göreceliğe götürmektedir ki, bu anlayışla objektif, herkesi bağlayıcı ve evrensel nitelikte sağlam bir ahlak sistemi kurulamaz.

Ahlaki değerlerin objektif, herkes için bağlayıcı, mutlak ve evrensel olabilmesi, mutlak ve aşkın bir varlıkla bağlantılı olması ile mümkündür. Ahlak kuralları, ancak evrensel nitelikte olması halinde gerçek işlevlerini yerine getirir. Ahlaki değerlerin, aşkın/mutlak bir varlık (Tanrı) ile bağlantısı da ancak dinlerle kurulabilir. D.Stewart'ın da belirttiği gibi, "Ahlak kuralları bizi ahlaklı kılamazlar. Onlar buyurur, kınar fakat motive edemezler. İhtiyaç duyduğumuz şey, bizim ahlak kurallarına uygun davranmamızı sağlayacak bir motivasyon kaynağıdır." İşte ahlaka böyle bir motivasyon kaynağı oluşturacak olan da dindir. Kısaca ahlakın, aşkın/insanüstü bir varlıkla ilişkisi kurulmadığı takdirde, evrensel nitelikli ahlaktan söz etmek imkânı da kalmayacaktır. Warnock'un bu konuda çok çarpıcı bir sözü şöyledir: " Eğer otorite yoksa gerçekte buyruk da yok demektir. Eğer Allah yoksa her şey mubahtır demek de mümkündür. Elbette bu, Allah yoksa ahlaken hiçbir şey ne doğru, ne de yanlıştır demek değil, fakat hiçbir şey emredilmemiş, hiçbir şey yasaklanmamıştır, anlamındadır."[225]

H) AHLAKTA GÖRECELİK VE EVRENSELLİK

Ahlakın, kişiden kişiye ya da yer ve zamana göre değişkenlik gösterip göstermediği konusu ahlak felsefesinde en temel sorunlardan biridir. Bilindiği gibi her ahlak anlayışı kendi görüşünün doğru olduğunu savunmaktadır. Ahlak anlayışlarını birbirinden ayırt eden en temel özelliklerden biri de ahlakın göreceli ya da evrensel olmasıdır. Bu açıdan ahlak teorilerinin ikiye ayrıldığı söylenebilir. Birincisi, ahlakın yer ve zamana göre göreceli/değişken olduğu, ikincisi ise ahlakın yer ve zamana göre değişmeyen, herkes için bağlayıcı ve evrensel olduğu görüşüdür.

Ahlakın değişken/göreceli olduğu kabul edildiğinde, bu tür bir ahlak anlayışının herkesi bağlayan mutlak bir otoritesi bulunabilir mi? Ahlakın mutlak buyrukları, kuralları var mıdır? Ahlak kurallarını kim koymuştur? Bunlar insanlar tarafından mı konulmuştur, yoksa aşkın bir varlığa (Tanrı'ya) mı dayanır? İnsanlar bu kurallara uymak zorunda mıdır, neden? İnsanın davranış veya eylemlerini değerli (ahlaklı) ya da değersiz (ahlak dışı) kılan nedir? Ahlakın ölçüsü ne olacaktır?

---

[225] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakın Dini Temeli.

İlk çağ sofistlerine gelinceye kadar düşünürler, ahlak yasa ve kurallarının neden geçerli oldukları, insanların ve toplumların ahlak yasalarına niçin uydukları, bunların kaynağının ne olduğu konusu üzerinde genellikle düşünmemişlerdir. İnsan davranışlarının ölçüsü, her yer ve zamanda geçerli olan, tüm insanların uyacakları genel bir ahlak yasası olabilir mi? Sofistlere göre, ahlak yasaları insanlar tarafından konulmuş olduğundan her yer ve zamanda geçerli olan bir **iyi** ve **kötü** olgusu yoktur. Dolayısıyla ahlak göreceli/değişkendir. İlk çağda Yunanistan'da kuşkuculuk/şüphecilik (Septisizm) akımına bağlı birçok düşünür, ahlakın değişebilir (rölatif) olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık Rousseau ve Pascal gibi düşünürler, ahlakta kişiden kişiye, yer ve zamana göre değişebilir yerel özelliklerin yanında evrensel ahlak değerlerinin de bulunduğunu savunmuşlardır. N. Hartmann, sürekli değer değişmesinin (rölativizminin) insanı anarşiye götüreceğini; değerlerden sıyrılmış, kutsallığını yitirmiş bir dünyada yaşamaya kimsenin katlanamayacağını söyler.[226]

Bazı ahlak filozofları ne kadar şüphe ederse etsinler, ahlakın değişmeyen değerleri vardır ve bunlar bütün zamanlarda ve yerlerde geçerli olagelmiştir. Bütün insanlara sevgi ve merhamet göstermek, başkalarının kişiliğine saygı, muhtaçlara yardım etmek, dürüst davranmak gibi genel ahlaki değerler, farklı toplumlarda ve zamanlarda birbirinden farklı biçimler alsa da, biçimlerin arkasındaki ilkeler değişmezler.[227]

Ahlak, bireylerin iradesinden bağımsız olarak bir takım ilkelere bağlıdır. Gerçi her toplumun kendine ait bir ahlakı vardır ve bu ahlak o toplumun hayat biçimini oluşturur. Ancak bu, her birey ve toplumun pratik hayatta ortaya koydukları ahlaki değer yargılarıdır. Dolayısıyla her toplumun kendine özgü bir ahlakının bulunması, ahlakın evrensel boyutunu, onun 'olması gereken' niteliğini ortadan kaldırmaz. Ahlaki değer ve ilkeler, bireyler ya da toplumlar onları hayatlarında gerçekleştirmeseler bile ayakta durur ve varlığını aynen sürdürürler.

Dünyada genel olarak her toplumun, hırsızlığa, yalancılığa ve sahtekârlığa karşı olması; hak, adalet, eşitlik, yardımseverlik gibi değerleri de onaylaması, ahlaki değerlerin evrensel ve değişmez bir niteliğe sahip olduğunu gösteren bir olgudur.

Toplumların, birbirleriyle ilişkilerini farklı yol ve yöntemlerle düzenlemeleri, ahlaki değerleri aynı temele dayandırmalarına engel değildir. İnsan doğasına dayanan ahlak, bütün insanlarda ortaktır. Haksızlık, her yerde haksızlıktır. Zulüm, her yerde zulümdür. İyilik ve yardımseverlik her yerde iyi bir davranıştır. Adam öldürme, her yerde kötü bir davranış olarak bilinir. Adalet, her yerde adalettir. Bu ve benzer ahlaki kavramlar hakkında genel olarak insanlar arasında ortak bir görüş vardır. Bu ahlaki kavramların temel nitelikleri bir kaymaya ve bozulmaya uğramadığı sürece, bu ortak/evrensel anlayış değişmez.[228]

Medeni ve siyasi yasaların bir zamana ve ülkeye özgü olması, toplumların ve kurumların farklı bulunmalarının doğal bir sonucudur. Ancak ahlaki değerler, her zamanın ve her ülkenin insanlarına hitap eder. Kant, "Ben, daima öyle

[226] Prof.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak ve Hukuk.
[227] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[228] Prof.Dr. Şaban Ali Düzgün, Değerlerin Kaynağı.

davranmalıyım ki, benim bu davranış prensibim genel bir kanun olsun" demekle böyle bir arzuyu dile getirir.[229]

İnsanlar hangi durumlarda genel olarak nasıl davranmaları gerektiğini bildikleri takdirde, başkalarının nasıl davranacağı hakkında da kuvvetli tahminlerde bulunabilir ve böylece toplumsal hayatta güvenlik duygusu içinde yaşarlar. İnsanlarda neyin **iyi** ve neyin **kötü** olduğu hakkında ortak bir anlayış bulunmasaydı, toplumsal hayatta düzen ve huzur yerine tam bir kargaşa hüküm sürerdi.[230]

Ahlaka evrensel boyut kazandıran asıl kaynak, büyük ilahi dinler olmuştur. Ahlakta göreceliği/değişkenliği (rölativizmi) aşan evrensel nitelik, ancak bir Tanrı'nın varlığına ilişkin fikir bağlamında ortaya çıkmıştır.[231] 19. yüzyılın ikinci yarısında, etiksel değerleri toplumsal hayattan dışlayan bir düşünce sistemi olarak pozitivizmin batı felsefe ve bilimine hâkim olmasından itibaren, din dışı batı ahlakının, göreceliğin (rölativizmin) girdabına girerek evrensel boyuttan yoksun kaldığı söylenebilir. Bunun nedeni, ahlak ve hukuk alanının, bütünüyle insanın değişken niteliğe sahip duygu ve düşüncesine bırakılmasıdır. Ahlak ve hukukun düzenlenişi, değerlerden bağımsız olarak sırf insana bırakıldığında, bu düzenleme işinin, evrensellikten uzak ve göreceli (rölatif) olması doğal bir durum olacaktır. Yeniçağ Avrupa düşüncesinde kurulmaya çalışılan aydınlanmacı tez, görünüşte insanın insanilik ve akliliğini bulmasını amaçlamış, ancak ne yazık ki özellikle ahlak felsefesinde, insanın salt duygu ve eğilimlerini insanlığın ortak paydası haline getirerek aklilik ve insaniliği yakalayamamıştır. İnsanilik ve aklilik uğruna yine insanilik ve aklilik kurban edilmiştir.[232]

Batı pozitivizmi, Kilisenin akıl dışı karar ve uygulamalarına karşı, akıl adına ortaya konulan akıl dışı bir tavır ve anlayışı temsil etmiştir. Başka bir deyişle batı pozitivizmi, Kilisenin akıl dışı tutum ve uygulamalarına karşı, aklı yerli yerinde kullanarak Kilisenin akıl dışılıklarına karşı çıkmak yerine insanı ve aklı kutsallaştırmış, Tanrı yerine koymuştur. İnsanın yapısında var olan akıl, duygu, hırs, ihtiras, heyecan, arzu ve isteklerin kuvvet dereceleri ve bunların dışa yansımalarında rol oynayan iç ve dış faktörler farklıdır. Batı pozitivizmin temel yanılgısı; hukuku ve ahlakı, **evrensel** nitelik taşımayan ve insanlığın ortak paydası olamayacak bu tür bireysel his, duygu, arzu ve isteklere dayan-dırmasıdır.

Prof. Filiz, "Tanrı düşüncesinden uzak olan bir insan, insan olmasının gereği olan arzu ve isteklerle; onun, bazen tanrılıkla eşdeğer olan içgüdüsel arzu ve istekleri arasındaki ayrımı nasıl yapacaktır" diye soruyor haklı olarak. Öyle bir varlıktan söz ediyoruz ki; bazen insan, akıl ve bilincini kaybederek kendi doğasıyla bağdaşmayan ve onun iç dünyasından, yani kendi nefsinden gelen bir takım çağrılara kulak vererek insanlıktan bile çıkabilir. İyi ve kötü davranışta bulunma eğilimlerini potansiyel olarak birlikte taşıyan insan, insanlık çizgisinden çıkıp tanrılık iddiasında bulunmaya yeltenmemesi için, kendi kendisiyle hesaplaşmak zorundadır. Bu hesaplaşmayı ancak görecelikten/değişkenlikten uzak doğru ahlaki

---

[229] Alexıs Bertrand – Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.
[230] Prof.Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[231] Prof.Dr.Teoman Duralı, Dindışı Ahlâk Olabilir mi.
[232] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

değerlerin ışığında yapabilir. Çünkü akılla türlü kurnazlık ve kötülük yollarını öğrenmiş bir insana, insanlığının sınırlarını gösterecek şaşmaz ölçüler ancak doğru tanımlanan ahlakta vardır. Ancak bunun için o insanın eğitilip hayvanlar gibi içgüdüleri ya da sırf his ve duygularının doğrultusuna değil, insanlık çizgisine doğru yönlendirilmesi gerekir. Ancak insan, bunun bilincine ulaşabilmesi için, ahlakın kaynağını kendi nefsine değil, ilahi otoritenin evrensel yasalarına dayandırmalıdır.[233]

Ahlaki davranışı, özgür bir insanın, iyilik amacıyla yaptığı iradeli ve istekli davranışlar olarak tanımlayan Nurettin Topçu, ahlaki davranışta amacın; insanın arzu ve isteklerine, hazlarına ya da toplum düzeninin (sosyal olguların) emirlerine değil, sonsuz/ilahi varlığın iradesine ve böylece evrensel düzene ulaşmak olduğunu vurgulamaktadır.

Nurettin Topçu, ahlaki değerlerin evrensel olup olmadığı konusunu ahlakın kaynağı konusuyla ilişkilendirmektedir. O'na göre; sevgi, saygı, doğruluk, adalet, merhamet gibi ahlaki değerlerin iyi olduğunun; yalan, haksızlık, zulüm ve hırsızlık gibi davranışların ahlaken kötü olduğunun tarih boyunca bütün toplumlarda kabul edilmiş olması, bu değerlerin evrensel bir boyutunun olduğunu ve insanın doğuştan sahip olduğu bir takım duygulardan kuvvet aldığını göstermektedir. Demek ki Topçu'ya göre, bazı ahlaki değerler evrensel niteliktedirler.[234]

Tanrıya inanan insanlarda var olan iman, şüphesiz ki ahlak için çok önemli bir dayanaktır. Çünkü dünyaya gelir gelmez adeta teneffüs etmeye başladığımız yanlış düşüncelerden ve hayatımız süresince bizi takip eden kötü söz ve davranışlar, bireysel menfaat ve ihtiraslarımızın etkisiyle içimizde ortaya çıkar. Her insanın içinde, potansiyel olarak nice kötülükler vardır ki, vicdanını etkisi altına alarak ve bunları kendine göre yorumlayarak güya doğru iş yaptığına dair onu iknaya çalışır. Bu kötü söz ve davranışlardan bizi ancak sağlam inançtan beslenen, evrensel bir ahlak kurtarabilir.[235] Ancak inancın ahlak için çok kıymetli bir dayanak olduğu görüşü yanlış anlaşılmamalıdır. İnancın ahlak için bir dayanak olması, bütün inançsız insanların ahlaksız olacağını ifade etmediği gibi, inançlı olan herkesin de mutlaka ahlaklı davranacağını garanti etmez.

İ) TOPLAM AHLAK

"Herkes ahlaklı olmayınca hiç kimse ahlaklı olamaz." (Herbert Spencer)

Toplam ahlak kavramı, toplumu oluşturan bütün bireylerin ve sosyal kurumların bir bütün olarak ahlaki kurallara uygun davranması, birey ya da kurumların sadece belirli bir alanda değil, her alanda ahlaki kurallara uygun davranmaları gerektiğini ifade eder. Herbert Spencer'in, "Herkes ahlaklı olmayınca hiç kimse ahlaklı olamaz." sözüyle vurgulamak istediği şey çok açıktır: Toplumsal hayatta sadece

[233] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[234] Prof.Dr. Hüseyin Karaman; Nurettin Topçu'da Ahlak-Ahlaki Hareket ve Ahlaklılık Problemi.
[235] Alexıs Bertrand – Prof.Dr. Hayrani Altıntaş, Ahlak Felsefesi.

belirli kişilerin ahlaklı olması yetmez. Ya da insanların sadece belirli alanlarda ahlaka uygun davranışta bulunmaları yeterli değildir. Sosyal hayatın her alanında ahlaka uygun kurallar ve standartların belirlenmesi ve bunların yaşanır bir durumda olması gerekir.[236] Toplumsal ahlak, bir toplumun ortak ruhudur. Toplumun genel olarak ahlakının bozulması ve çökmesi, bireyler için zor bir durumdur. Çünkü toplumsal zeminin ahlaken uygun olması, bireysel ahlakın yaşanması için büyük bir kolaylık ve imkân hazırlar.

Belirtilmelidir ki, bir toplumda bütün alanlarda ahlaki değerler geçerli kılınarak ahlaka uygun davranışlar yerleştirilmeden, o toplumda ahlaki düzenin kurulması çok zordur. Çünkü sosyal hayatın bir alanında görülen ahlaki yozlaşma diğer alanları da kolayca etkileyebilmektedir. Bu nedenle ahlaki bozulma, bir tür salgın hastalık gibidir.

Bir toplumda her iş ve mesleğin kendine özgü nitelikleri ve dolayısıyla meslek ahlak kuralları vardır. Ekonomi, sanayi, ticaret, sosyal ve kültürel alanlarda çalışan bireylerden, mesleki faaliyetleri yürüten avukatlık, hâkimlik, doktorluk, mühendislik gibi mesleklere kadar bütün sosyal alanlarda geçerli ahlaki davranış kurallarının bulunması gerekir.

Hava kirliliği, nefes alıp vermeyi nasıl güçleştiriyor ve biyolojik hayat için nasıl tehdit oluşturuyorsa, ahlaki hayattaki kirlilik de değerler dünyasını aynen öyle tehdit etmektedir. Bu kirli atmosferin temizlenmesi, ancak toplum olarak top yekûn bir ahlak bilincine sahip olmakla mümkündür. Ahlaki değerlere gerçek etkinliğini kazandırmak için bireylere ve toplumsal kurumlara büyük görevler düşmektedir. Bu da büyük ölçüde ahlak eğitimi ile gerçekleşebilir.[237]

Prof. Aktan, toplam ahlak konusunda ülkemizde yaşanan ahlaki krizle ile ilgili şöyle diyor: "Ülkemizde son yıllarda siyasetten medyaya, iş dünyasından eğitim ve bilime kadar her alanda ciddi bir ahlak krizinin yaşandığı çok açık olarak görülmektedir. Her alanda yaşanan bu ahlak krizine toplam ahlaksızlık da denilebilir. Toplumumuzda bir tür ahlaksızlık mozaiği oluşmaktadır. Dürüst ve namuslu vatandaşlar çaresizlik içerisinde bulunmakta, bir kısım dürüst insanımız ise mevcut sistemin çarkları arasında ezilmekte, sisteme ve ahlaksızlığa karşı mücadele edememektedirler. Aksine bu sistem, ister istemez bazı insanlarımızı çarkın içerisine alarak ahlaksızlaştırmaktadır."[238] Sonuç olarak, bugün ülkemizde sadece belirli bir alanda değil, toplumun bütün katmanlarında bu ahlaki kirliliğin ve yozlaşmanın giderek arttığını görmekteyiz.

Bir ticaret ve meslek adamının, sadece mesleki çalışmalarında meslek kurallarına uygun davranıp, toplumsal hayatın diğer alanlarında ahlaki yönden hiçbir kaygısının olmaması ahlaki bütünlük açısından büyük bir eksikliktir. İnsanları sadece mesleki hayatlarıyla ilgili ortaya koydukları ahlaki tutum ve davranışlarıyla değil, sosyal bir varlık olarak bütün toplumsal tutum ve davranışlarıyla ele almak gerekmektedir. Çünkü bir meslek mensubu, mesleki çalışmalarında ahlaki kurallara uygun davrandığı halde, sosyal hayatın diğer

---

[236] Prof.Dr. Coşkun C. Aktan, Toplam Ahlak.
[237] Doç. Dr. Enver Uysal, Değer ve Ahlak.
[238] Prof.Dr. Coşkun Can Aktan, Toplam Ahlak

alanlarında ahlaken tamamen farklı bir davranış ortaya koyması, o kişinin vicdan, karakter ve ahlak bütünlüğünden yoksun olduğunu gösterir.

Genel olarak bütün meslek mensuplarıyla ilgili ifade ettiğimiz bu değerlendirmeler hukuk mesleği mensupları için de geçerlidir. Böyle olunca toplam ahlak kavramı çerçevesinde, hukuk mesleğini icra eden hukukçuların sadece bu mesleği icra ederken değil, sosyal hayatın her alanında ahlaki kurallara uygun davranmaları beklenir. Çünkü hukukçuların yapacakları her olumlu ya da olumsuz davranışın, diğer alanlara olduğu gibi hukuk mesleğine de doğrudan veya dolaylı birer yansıması olmaktadır. Ahlaki bütünlük açısından düşündüğümüzde, bir hukuk mesleği mensubu da herkes gibi bir insandır. Onlar sadece bir meslek mensubu değil, aynı zamanda toplumun bir üyesi; bir vatandaş, anne-baba, karı-koca, kardeş, hısım-akraba ve bir komşu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla hukuk mesleği mensuplarının bir meslek üyesi olarak yapacakları davranışlarla diğer sosyal alanlardaki tutum ve davranışlarını ahlaki bakımdan birbirinden ayırabilmek kolay değildir. Bunun yanı sıra toplumu oluşturan bütün bireylerin ve sosyal kurumların bir bütün olarak genel ahlak kurallarına uygun davranması gerekmektedir.

III. HUKUK VE ETİK/AHLAK İLİŞKİSİ

"İyi ahlak için iyi yasalar gereklidir. Yasalar da iyi ahlak olmadan korunamaz."

(Niccolo Machiavelli)

1) HUKUK-ETİK/AHLAK İLİŞKİSİNİN ÖNEMİ

'Hukuk ve Etik-Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu' adını verdiğimiz kitabın belki en önemli bölümü hukuk ve etik/ahlak ilişkisidir. Çünkü hukuk ile ahlak arasında ciddi bir bağlantı ve ilişkinin var olduğunu kabul etmek ya da etmemek, hukuka bakış açımızı temelden belirleyecek bir tercihtir. Yani farklı hukuk anlayışlarının oluşmasında, hukuk ile etik arasındaki ilişki merkezi bir rol oynamaktadır. Hukuk felsefesi tarihi, farklı hukuk anlayışlarının doğmasında hukuk-etik ilişkisinin en etkili faktör olduğunu göstermektedir. Bu konudaki en belirgin ayrımın, doğal hukuk ile pozitivist hukuk anlayışları arasında olduğu bilinmektedir.

Hukukla ahlak arasındaki ilişkiyi gösteren en önemli göstergelerden biri, toplumsal hayatta ahlaki değerlerin zayıflaması sonucunda ortaya çıkan boşluğun hukuk kuralları ile doldurulmaya çalışılması olgusudur. Günümüzde insanlar, toplumsal hayatta giderek daha fazla hukuk kuralları ve hukuk kurumlarıyla karşı karşıya gelmektedirler.

Modernleşme süreci; din, eğitim, aile, siyaset ve ekonomi gibi temel sosyal kurumlarda olduğu gibi, hukuk alanında da önemli ve kapsamlı değişikliklere yol açmaktadır. Benzer biçimde; yakın ve samimi insan ilişkilerinin yerini mesafeli ilişkiler almaktadır. Ahlaki yozlaşmanın yaygınlaşmasına paralel biçimde devlet tarafından sürekli olarak hukuk kuralları oluşturulmaktadır. Modern hukuk

düzenleri giderek karmaşık hale gelerek büyürken, etkinliği zayıflamaktadır. Toplum hayatında hukuk normlarının ağırlığı artarken ahlak kurallarının yeri zayıflamaktadır. Böyle bir sonuç; ahlaki değerlerin ve normların yeterli bir şekilde gelişmesini engellemektedir. Hâlbuki bu değerler ve normlar, bireysel ve toplumsal hayatın önemli parçalarıdır.[239]

Ahlaki değerler, hukuk kurallarının yükünü azaltırlar. Hukuk kurallarıyla ahlaki değerler arasında ters orantı söz konusudur. Bir toplumda ahlaki değerler ne kadar zayıflamışsa, hukuk kurallarına ve yargıya o ölçüde daha çok iş düşmektedir. Çünkü ahlaki değerlerin zayıfladığı toplumlarda, insanların birbirlerinin haklarına saygı azalmakta, suç ve hak ihlallerinin ve hukuki uyuşmazlıkların sayısı artmakta, bu ise hukuk kuralları ve kurumlarına olan ihtiyacı daha da artırmaktadır.

İnsanlık tarihi boyunca ahlaki değerlerin; hakkın, adaletin, sevgi ve merhametin kısacası hukuk ve ahlakın, toplumsal hayatta belirleyici ve kapsayıcı kavramlar olduğu bilinmektedir. Değerlerden uzak hayat süren bir takım insanlar ve toplumlar bulunmakla beraber ahlaka ve değerlere dayalı hukuk, her çağda daima var olmuştur. Adaleti, iyiliği, güzelliği ve doğruluğu kendi hayatlarında somutlaştırmış büyük kişiler; düşünürler, hakikat arayıcısı bilge insanlar ve peygamberler söz ve davranışlarıyla hukuki ve ahlaki değerleri ortaya koymuş ve insanlığa örnek olmuşlardır.[240]

İnsan olmak, bir anlamda yeryüzünün en değerli varlığı olmak demektir. Bu ise insanın, ancak ahlaki değerleri kendi hayatında gerçekleştirmesiyle; toplumsal hayat için asgari etik değer olan adaleti kabul edip onu toplumsal hayatta uygulamasıyla mümkün olabilir. Ahlaken olgun ve erdemli bir insan olabilmek, öncelikle bireylerin iyi niyet sahibi olmasına yani kalp temizliğine, ikinci olarak davranışlarının da bu iyi niyete uyum sağlamasıyla mümkündür. Böyle bir insan tipi, erdemli bir toplumun ve sağlam bir hukuk sisteminin temelidir.

Hukuk ve ahlak kavramlarının, normatif (emredici/ilke değeri taşıyan) nitelikleri dikkate alındığında, her ikisi de sosyal hayatı düzenleyen kurallar olarak ilk bakışta kolay tanımlanabilir görünseler de, insan hayatının tamamını içine alan kavramlar olduğundan anlam ve niteliklerinin çok daha geniş olduğu anlaşılır. Hukuk ve etik/ahlak kavramları tarih boyunca daima önemini korumuş ve düşünce tarihinde bu kavramlarla ilgili zengin bir tartışma ve fikir birikimi oluşmuştur. Örneğin hukuk ve ahlak kavramlarının içeriğinde yer alan hak, adalet, eşitlik, insan onuru, özgürlük, vicdan, iyilik, kötülük, erdem gibi kavramlar tarihte ve günümüzde yoğun olarak tartışma konuları olmaya devam etmektedir.[241]

Özellikle ahlakın kesintisiz bir biçimde hayatın her alanını kuşattığı ve yönlendirdiği, insan hayatında temel değerler olarak yürürlükte bulunduğu ve hukukla çok sıkı bir ilişki içinde hatta onunla iç içe olduğu bir gerçektir. Bu nedenle ahlaki değerlerden yoksun bir hukuk düşünülemeyeceği gibi, ahlaki değerler ile çatışan bir hukuk da toplumsal hayat bakımından işlevsel olamaz.

---

[239] Prof.Dr. Mehmet Yüksel, Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış.

[240] Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak ve Hukuk İlişkisi.

[241] Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Ahlak ve Hukuk İlişkisi.

Hukukla ahlak arasındaki ilişkinin tam olarak anlaşılabilmesi için hukuk ve ahlak kavramlarının doğru tanımlanıp bütün niteliklerinin ortaya konulması gerekir. Hukuk ve ahlakın tanımı, nitelikleri önceki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu bölümde ise, kitabın en önemli kısmı olan hukuk-etik/ahlak arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır. Bu bölümünde incelenecek olan hukuk ahlak ilişkisi konusu, daha önce ele aldığımız hukuk ve ahlakın tanımı ve nitelikleri hakkındaki bilgiler hatırlanarak değerlendirilirse daha yararlı olacaktır.

2) HUKUK-ETİK/AHLAK İLİŞKİSİ

Yukarıdaki bölümlerde, insan ve toplum hayatı için büyük önem taşıyan hukuk, etik, ahlak ve genel olarak değerlerin tanımı ve niteliği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Hukuk-etik/ahlak ilişkisi konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için 'hukukun tanımı ve niteliği' bölümü ile 'etik, ahlak ve değer' bölümünün birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Hukuk ile ahlak ilişkisinde bireylerin günlük hayatta ortaya koydukları davranışlar bakımından dört ihtimalden söz edilebilir: a) Etik ve yasal olan davranışlar, b) Etik olmayan ve yasal olan davranışlar, c) Etik ve yasadışı davranışlar, d) Etik olmayan ve yasadışı davranışlar. (Prof. Dr. Binnur Yeşilyaprak, Psikolojik Danışmanlar İçin Etik ve Yasal Konular)

Bir hukuk düzeninde bireylerin ortaya koyacakları davranışlar, yasalara ve aynı zamanda ahlaki değerlere uygun olabilir. Herhalde ideal olan durum budur. Hem yasalara ve hem de ahlaki değerlere uygun davranan bireyler, ahlaki bir varlık olmanın gereği olarak ahlaki değerlere uygun davranmakta, bir vatandaş olarak da o ülkede yürürlükte olan hukuk kurallarına uygun davranmaktadır. Hukuk kurallarıyla ahlaki değerlerin uyum içinde bulunduğu bir hukuk düzeninde, bunların her ikisine de uygun davranmak isteyen bir kişi açısından bir iç çatışmadan söz edilemez. Çünkü birey öncelikle ahlaki değerlere uygun davrandığı için vicdanen ve manevi açıdan rahattır, huzurludur. İkinci olarak mevcut yasalara uygun davrandığı ve toplumsal barış ve düzeni ihlal etmediği; dolayısıyla yasal takibata uğramadığı için de rahattır.

Buna karşılık ideal durum olarak ifade ettiğimiz 'etik ve yasal' davranış dışındaki diğer bütün ihtimaller, insan ya da toplum için farklı sorunlara yol açabilir. Bir davranış, ahlaki değerlere uygun düşmediği halde halen yürürlükte bulunan yasalara uygun olabilir. Yine bir davranış, ahlaki değerlere uygun fakat mevcut yasalara aykırı olabilir. Bu iki davranış biçimi, hukukla ahlak arasındaki ilişkilerin sağlıklı yürümediği, her iki sosyal değer arasında bulunması gereken uyumun olmadığı bir toplumsal düzeni işaret etmektedir. Son olarak bir davranış, hem ahlaki değerlere aykırı hem de mevcut yürürlükteki yasalara aykırı olabilir. Örneğin hırsızlık eylemi, hem ahlaka ve hem de yasalara aykırı bir davranıştır. Bu eylemi gerçekleştiren birey, vicdani yönden bir iç huzursuzluk, yasaların yaptırımıyla karşılaşma gibi iki türlü bir çatışmanın içine girmektedir. Bu son üç

ihtimal, bireylerin ahlaki bilinç durumuyla ilgili olduğu kadar, mevcut hukuk kurallarıyla ahlak arasındaki ilişkiyle de bağlantılıdır.

Ahlakın alanı, hukukun alanından daha geniştir. Genellikle her hukuki olan aynı zamanda ahlakidir; ancak her ahlaki olan, aynı zamanda hukuki olmayabilir. Genel olarak yalan söylemek, sözünde durmamak, insanlara ve diğer varlıklara karşı sevgisiz davranmak, kıskançlık, cimrilik gibi eylemler ahlaken kötüdür ama yasa dışı değildirler. Adam öldürmek, hırsızlık, sözleşme hükümlerine uygun davranmamak, trafik kurallarına uymamak gibi davranışlar hem hukuki ve hem de ahlaki alanla ilgilidir. Hukuk, sürekli olarak ahlaktan beslenmek zorundadır ve ahlak hukuka göre daha kapsayıcıdır.[242]

Eskiden ahlakın etki alanına giren konular, gittikçe hukuk kurallarıyla düzenlenmeye çalışılmış, bireylerin kendi istekleriyle özgürce uydukları ahlaki kural ve değerler, hukukun ve yasaların maddi zorlama gücüne bırakılarak içten gelmeyen/zorlama bir itaat duygusu oluşturulmuştur. Bu nedenle ahlakın, hukuk sisteminin işlerini kolaylaştıran işlevi gittikçe azalmaya başlamıştır. Bu gelişmeler de gösteriyor ki, hukukla ahlak arasında kopması mümkün olmayan bir ilişki vardır.

Hukukçular, günümüzde ahlaktan boşalan alanları yasalarla doldurmaya çalışmaktadırlar. Ancak ahlakın boşluğunun hukuk kurallarıyla doldurulması mümkün değildir. Büyük düşünür **Konfüçyüs**'a göre, "Eğer halk, kanunlarla yönetilir ve cezalarla yola getirilmek istenirse, onlar kendilerini cezalardan kurtarmaya çalışacaklar, fakat hiç utanç duymayacaklardır. Eğer onlar erdemle yönetilir ve terbiye ve eğitimin gerekleriyle yola getirilmek istenirse, utanç duyacaklar ve böylece iyi olmaya çalışacaklardır."[243]

3) YASALAR VARKEN ETİK DEĞERLERE NEDEN İHTİYAÇ DUYULMAKTADIR?

Hukuk ile etik ilişkisi konusunda 'Anayasa, yasa, yönetmelik ve tüzük gibi hukuki düzenlemeler varken ayrıca etik değerlere neden ihtiyaç duyulmaktadır' sorusu halen güncelliğini korumaktadır.

Yasal mevzuatın yanında etik değerlere ihtiyaç duyulmasının **birinci nedeni**, etik ilkelerin ve ahlak kurallarının, sadece toplum bireylerini ve yasaları uygulamakla görevli aktörleri değil aynı zamanda yasa koyucuları da kapsıyor olmasıdır. Dolayısıyla toplum bireylerinin yasalara uygun davranmaları, yargı mensuplarının yasaları uygularken gösterdikleri özen ve yasa koyucuların yasaları hazırlarken adalet ölçütüne dayanmaları, etiksel davranışlardır. Yasa koyucuların etik değerlere bağlı olması, yasaların etik ilkelere uygun yapılmasını sağlar.

Yasalara rağmen etik değerlere ihtiyaç duyulmasının **ikinci nedeni**, yasaların somut olaylara uygulanmasında karşılaşılan sorunlardır. Yasaların uygulanacağı somut olayların her durumuna uygun yasal düzenlemeler yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla yasalarla her bir somut olayın özellikleri arasında ancak hâkimin değerlendirmesi ile giderilebilecek boşluklar bulunmaktadır. İşte etik değerler bu boşlukları doğru ve işin esasına uygun doldurmayı amaçlamaktadır.

---

[242] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.
[243] Prof.Dr. Şahin Filiz, Ahlakın Akli ve İnsani Temeli.

Örneğin kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde hâkim şüpheli hakkında tutuklama kararı verebilir. Burada yasa koyucu, tutuklama kararının verilmesinde, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguları değerlendirme işini zorunlu olarak hâkime bırakmaktadır. Değerlendirmede hâkimin yasal sorumluluğu yanında vicdani sorumluluk duyarak karar vermesi, onun etik değerlere bağlı ahlaki bilincinin varlığı ile mümkündür. Hâkimlere verilen bu ve benzeri takdir yetkilerinin yerinde kullanılmasında etik ilkelerin önemli rolü olduğu bir gerçektir.

Yasaların varlığına rağmen etik değerlere ihtiyaç duyulmasının **üçüncü nedeni** ise; hukuk mesleği çalışanlarının oluşturduğu ve olumlu ya da olumsuz da olabilen meslek alt kültürünün, olumsuz olan yanlarının neden olabileceği zararları gidermede etik değerlerin önemli rolünün bulunmasıdır. Bilindiği gibi etik ilkeler, toplum bireylerinin iyi ve kötü davranışlarının ne olduğunu gösterir. Anayasa, yasa, meslek ahlak ilkeleri ve diğer mevzuatta yer alan kurallar, etik ve ahlakın toplumsal mutabakata varılan ürünleridir. Başka bir deyişle yasal mevzuat, toplumsal ve siyasal olarak üzerinde anlaşma sağlanan kurallar bütünüdür. Onlar bireylerin yapmaları gereken davranışların asgari standartlarını ortaya koyarlar. Ancak yasalar, hiç bir kişinin ahlaken ne yapacağını, onların yasalara ne ölçüde uyacağını tam olarak hiçbir zaman belirleyemez. Toplum bireylerinin yasalara uygun davranması, yaptırım kaygısından çok etik ilkelere bağlılıktandır. Yani insanlar, ceza korkusundan değil etik değerlere bağlılık nedeniyle yasalara uygun davranırlar. Aksi takdirde yasaların ulaşamadığı yerlerde her türlü kanunsuz davranışlar yaygınlaşır, toplumsal hayat yaşanamaz hale gelirdi. Bu nedenle etik değerler, yasal ve ahlaki davranışların tümünü kapsayan üst derecede davranış ilkeleridir.

Hukuk kuralları yanında etik ilkelerin var olmasının **bir başka nedeni**, yasalar oluşturulurken bireylerin çatışan menfaatlerini uzlaştıracak yasalar üstü bir ölçüte duyulan ihtiyaçtır. İnsan, diğer canlılardan farklı olarak hür bir varlık olduğundan, onda toplumsal hayata destek veren yetenek ve eğilim olduğu gibi, toplumsal düzen ve yapıya karşı duran bir eğilim de vardır. Bazen bencil duygularının etkisinde kalarak elinde bulunan güç ve imkânlarını bireysel menfaati için ve diğer insanların aleyhine kullanabilmektedir. Bu nedenle toplumsal düzeni sağlayacak hukuk kurallarına ihtiyaç vardır.

Kural ve düzen olmadan toplumsal hayatın devamının mümkün olamayacağı yönünde genel ve ortak bir görüş bulunduğu söylenebilir. Ancak sorun, toplumsal hayatın korunmasında, insanların ihtiyaçlarının giderilmesinde, birbirlerine zıt olan menfaatlerin uzlaştırılmasında hangi ölçünün esas alınacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Toplumdaki bu zıt menfaatler konusunda hukuka düşen görev; herhalde çatışan menfaatleri olduğu gibi yansıtmak değil, bunlardan bazılarını diğerlerine üstün tutmak, menfaatler arasında bir değerlendirme yapmaktır. İşte bu değerlendir-menin ölçüsü adalettir ve adalet olmalıdır. Çünkü davranışlarımıza yön veren temel ölçü ahlaktır ve adalet de toplumsal hayatın genel çerçevesini oluşturmaya yönelik asgari bir ahlak ölçüsüdür. Demek ki hukukun, düzen ve toplumsal ihtiyaçları karşılama gibi işlevlerinin yanı sıra adalet değerini gerçekleştirmek gibi ahlaki bir işlevi de bulunmaktadır. Bu nedenle hukukun adaleti

gerçekleştirme işlevi, hukukla etik/ahlak arasındaki ilişkinin temelini oluşturmaktadır.[244]

4) AHLAK HUKUKU ÖNCELER

Hukukla ahlak arasındaki ilişki konusunda akla gelen önemli bir soru şudur: hukuk ile ahlak arasında bir öncelik sırası var mıdır? Prof. **D. Özlem**, hukuk ile ahlak ilişkisi konusunda çok net ve çarpıcı bir deyim kullanır: "Ahlak, hukuku önceler". Ahlakın, hukuka göre bir önceliği vardır. Hukuk felsefesi ahlak felsefesinden bağımsız olamaz. Hukuki olan, aynı zamanda ahlakidir. Ahlâki değerlerden bağımsız bir hukuk düzeni yoktur, olmamıştır. Hukuk normları aynı zamanda ahlaki normlardır ve bir hayat görüşünden bağımsız olarak ortaya konulamazlar.[245]

Ahlakın, değer bakımından hukuka göre bir önceliği olduğu gibi, tarihsel açıdan da bir önceliği vardır. Başka bir deyişle insan toplumlarında ahlak kavramı; devlet ve hukuk kavramlarına göre daha önce ortaya çıkmıştır. Devletsiz ve hukuksuz toplumlar olmuştur; fakat bir ahlaka sahip olmayan toplum olmamıştır. Bu nedenle tarihsel açıdan da ahlak hukuku önceler.

Hukuk felsefesi, ön kabullerini ahlak felsefesinden almak zorundadır. Bir hukuk normu, her şeyden önce ahlaki bir nitelik taşır. Kant; hukukun, daima ahlaki ön kabullere, yani doğru olduğu kabul edilen önermelere dayandığını, hatta hukuktan değil, hukuk etiği kavramından söz edilmesi gerektiğini söyler. Ancak 19. yüzyılda, özellikle hukuki pozitivizm ekolünün etkisiyle hukuku etiğin üstüne koyma veya onu hiç olmazsa etikten bağımsız kılma çabalarına rastlanmıştır. Kant'a göre bu tür ekoller bile; sonuçta açık ya da kapalı, bilerek ya da bilmeden, kendilerince belirledikleri etik normlara dayanmak zorunda kalmışlardır.[246]

Ahlâk kurallarını hukukun dışına atan dışlayıcı/katı hukuki pozitivizmin yerine ahlâki değerlere açık bir pozitivist yaklaşımı (Kapsayıcı Hukuki Pozitivizmi) kabul eden Alman hukukçu Güstav Radbruch, hukuk ile ahlak ilişkisi konusunda şöyle der: "Hukuk, yürürlüğünü ancak ahlakın yürürlüğünden alabilir. Hukuk kuralları, yalnızca ahlaki kişiliğin, o kuralları etik normlar olarak benimsemesi ile yürürlüğe kavuşur. Bu nedenle hukuk sadece 'bir zorlama aracı ve bir yaptırım makinesi olarak görülmemelidir."[247] Bu görüş; hukuku, ahlaki değerlerden bağımsız ele alan ilk dönem katı hukuki pozitivistlere karşı, 'kapsayıcı hukuki pozitivizm' taraftarlarının, hukuk normunun içeriğinin ahlaki değerlere bağlı olabileceğini kabul ettiklerini göstermektedir.

Hukuk kurallarının yetkili ve meşru organlar tarafından kabul edilmesi ve oluşturulması gerekliliği, hukuk-ahlak ilişkisinin başka bir boyutunu bize gösterir. Hukukun biçimsel anlamda meşru ve ahlaki olması, hukuk kurallarının oluşturulmasında uygulanacak usul ve yöntemlerden en makul ve doğru olanının

---

[244] Prof.Dr. Vecdi Aral, Doğru Hukuk.
[245] Prof.Dr. Doğan Özlem, Hukuk Felsefesi.
[246] I. Kant, Hukuk Öğretisinin Metafizik İlkeleri; aktaran: Prof.Dr. Doğan Özlem, Hukuk Felsefesi.
[247] Kenneth Einar Himma, Hukukun Ahlaki Kriterleri; Çev. Saim Üye.

seçilmesi demektir. Ancak bir hukuk normunun sadece yetkili organlarca kabul edilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda onun asgari bir yürürlük ve geçerliğe sahip olması da zorunludur.[248] Yürürlük ve geçerliğin belirlenmesi ise felsefi bir sorun olup etiksel/ahlaki alanla ilgilidir.

İyi ile kötü, doğru ile yanlış nitelemesi ahlak ile ilgili olduğundan denebilir ki, hukuk kurallarının ahlaka uygunluğu şeklinde bir zorunluluk vardır. İlk bakışta ahlakla ilgisi olmadığı düşünülen bazı hukuk kurallarının bile geniş anlamda bakıldığında ahlakla ilgili olduğu görülür. Mesela otomobillerin park edilecekleri yerleri belirleyen hukuk kuralları, yollarda otomobillerin hızlarını belirleyen kurallar, şehirlerde mağazaların hangi saatte kapanacaklarına ilişkin hukuk kuralları aynı zamanda ahlaki içerik de taşımaktadır. Çünkü ahlak, geniş anlamda insanlara zararlı olacak hiçbir davranışı onaylamaz. Genellikle hukuki yükümlülükle ahlaki yükümlülük arasında bir ahenk ve uygunluk olduğu söylenebilir. Bireylerin genel olarak hukuka uymalarında, ona uymanın ahlaki bir görev olduğu düşüncesinin toplumda varlığı çok önemli bir etkendir.

Hukukun ahlakla sıkı bir ilişki içinde olduğunu gösteren değişik olgu ve veriler vardır. Hatta Türk Medeni ve Borçlar Kanununun bazı maddelerinde ahlak kurallarının açıkça yer aldığı görülmektedir. Örneğin Türk Borçlar Kanununun 'Kesin Hükümsüzlük' başlığını taşıyan 27. maddesinde "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." denilmektedir. Yine 'Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri' başlığı altındaki 81. maddede "Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez…" hükmü yer almaktadır.

Bunun gibi Türk Medeni Kanununun 'Karşılıklı yükümlülükler' başlığını taşıyan 322. maddede "Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler." Hükmü yer almaktadır. Aslında bir kişinin, yoksulluğa düşecek anne ve babasına yardım etmesi ahlaki bir görevdir ve bu bizim medeni kanunumuza da yansımıştır. Yine 'Doğruyu söylemek' de aslında ahlaki bir emrin gereğidir. Bu ahlaki kurala paralel olarak Türk Ceza Kanununun 'Yalan tanıklık' başlığını taşıyan 272. maddesi, "Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir." hükmü; 'Yalan Yere Yemin' başlığını taşıyan 275. maddede ise "Hukuk davalarında yalan yere yemin eden davacı veya davalıya bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir." hükmü yer almaktadır. Bu örnekleri daha çok arttırabiliriz. Bütün bunlar, hukukla ahlak arasında çok sıkı bir ilişki ve paralellik olduğunu göstermektedir.

5) AHLAK HUKUKA DEĞER BOYUTU KATAR

Hukukla ahlak arasındaki ilişki, tarih boyunca hukuk alanında yapılan tartışmaların odağında yer almıştır. Hukuk normlarının, bütün sosyal normlar gibi

[248] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi.

bir değer ölçüsüne dayandıkları bilinmektedir. Hukukun amacı olan ve çoğunlukla üstün bir değer olarak kabul edilen adalet aynı zamanda bir ahlaki değerdir ve hukuk felsefesinin konusunu teşkil etmektedir.[249]

Hukuk, ancak ahlakla anlam ve değer kazanır. Yasaların, sadece hukuki bir düzenleme olmaktan dolayı bir sihir ve kerameti yoktur. Hukuku hukuk yapan değerlendirici ölçütleri olmalıdır. Yasalar eğer adil, demokratik ve özgürlükçü ise olumlu bir anlam ifade ederler.[250] O halde adalet değerine, insan hakları ve onuruna dayanmayan yasal hükümler hukuk olarak kabul edilemez. Adalet ve insan hakları gibi değerler, hukuk için olmazsa olmaz şartlardır. Hukukun bir ahlaki değer olan adaletle ilişkisi, daha geniş açıdan bakıldığında da hukuk ahlak ilişkisi üzerinde derinlemesine bir incelemeyi gerektirir.

İngiliz hukukçu H.L.Hart, hukukla ahlak arasındaki ilişki konusunda birbiriyle bağlantılı birçok sorudan söz edilebileceğini ifade etmiştir. Bunları şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

*Hukuk ile ahlak arasında nasıl bir karşılıklı etkileşim söz konusudur? Tarihsel olarak hukukun gelişimi ahlaktan etkilenmiştir; ancak, burada adaleti gerçekleştirme ile oluşturulan düzen ortamı olarak hukukun da ahlakın gerçekleşmesi için zemin oluşturduğuna dikkat çekmek gerekir.

*Hukukun doğru ve tam bir tanımında, ahlaka bir gönderme yapma gereği var mıdır?

*Hukukun hukuka aykırılık oluşturması, bir ahlaki değer olan adalet ilkesinin yokluğu ya da eksikliği demek olduğuna göre, bu konuda hangi ahlaki ölçüt esas alınacaktır?

*Adaletin içeriğinin doldurulması ile ilgili sorunlar nasıl aşılacaktır? Daha farklı bir ifadeyle hukuk uygulamasının hukuka aykırılığa yol açması olgusu ya da bunun çözümlenmesi nasıl gerçekleşecektir?

Hukuk için hayati önem taşıyan temel sorulardan biri de, 'hukuk olarak nitelendirdiğimiz şeyin bir değeri gerçekleştirmekte olup olmadığıdır. Bir hukuk normunun adalete uygunluğu sorunu, o normun belli bir hukuk sisteminin temeli olan yüksek değerlere veya amaçlara cevap verip vermediği sorunudur. Bir normun adalet değeri açısından ele alınması, 'olan' ve 'olması gereken' hukuk arasındaki fark bakımından sorgulanması anlamına gelir. Başka bir deyişle hukukun adalet işlevi açısından sorgulanması, aslında hukukun 'olması gereken' hukuk açısından değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Böyle olunca adalet, 'olan' hukukla 'olması gereken' hukuku birbirinden ayırt etmede temel ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle halen yürürlükte bulunan pozitif hukukun (olan hukukun) ideal hukuka ya da 'olması gereken' hukuka ne kadar yakın olduğunu gösteren temel ölçüt, adalettir. Adalet ise ahlaki bir değerdir.

6) HUKUKLA AHLAK ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR

[249] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[250] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukukun Hukuka Aykırılığı Olgusu.

Ahlak, bireylerden iyi olan davranışı gerçekleştirmelerini ister. Ahlaka göre daha dar bir talepte bulunan hukuk ise, toplumsal hayatta iyi davranışların asgari düzeyi olan adaletin gerçekleşmesini bekler. İşte hukukla ahlak arasındaki bağlantıyı, hukuk ve ahlakın talepleri olan 'iyi' ve 'adalet' değerleri üzerinden kurabiliriz. Çünkü 'herkese hakkı olanı vermek' olarak tanımlayabileceğimiz adalet ilkesi, asgari düzeyde 'iyi' olduğundan genel iyinin içinde de yer almaktadır. Adalete uygun davranma ahlaki bir davranıştır. Ancak diğer ahlaki değerlere göre adaleti asgari ahlak olarak tanımlayabiliriz. Çünkü adalet, bir eşitlik düşüncesi olarak 'hakkı olana hakkını vermeyi' ister ama bu kadarını yeterli görür. Bunun nedeni, toplumsal düzeni sağlamak için adalet ölçüsünde bir ahlaki değerin hukuka yeterli olmasıdır. Hâlbuki ahlakın içeriğinde var olan sevgi, yardımlaşma, fedakârlık ve merhamet gibi yüksek ahlaki değerler, hakkı olandan azına razı olmayı öğütler.[251] O halde ahlak, adaletten daha üstün değerleri bünyesinde taşımaktadır. Buradan hareketle denilebilir ki, "ahlak, hukuku önceler."[252]

Hukuk ile ahlak arasında, normatif (buyurucu/yasaklayıcı) olma ve yaptırıma sahip olma gibi özellikler açısından farkların olduğu ileri sürülmüştür. Ancak birbirlerinden farklı özellikler taşıma-larına rağmen sosyal düzeni sağlayan kurallar olarak hem hukuk ve hem de ahlak, buyurma ve yasaklama (normatiflik) ve bunlara uyulmaması durumunda da yaptırım/müeyyide öngörme gibi belirgin ortak özelliğe sahiptirler. Çünkü bu kurallar, sosyal hayatı düzenleme amacına yönelik olup, bu amacı gerçekleştirmeleri için, insanları belirli davranışlarda bulunmaya ya da bulunmamaya yönlendirmekte ve aksi davranışta bulunanlar için de yaptırımlar içermektedirler. Hukuk alanında olduğu gibi, ahlak alanında da her kural, bireylere belli bir biçimde davranmalarını buyurur. Bu nedenle hem hukuk hem de ahlak normunun gösterdiği doğrultuda hareket etmek, bireyler için bir yükümlülüktür. O halde hukuk ve ahlak kuralları, normatif (buyurucu/yasaklayıcı) bir yapıya sahip olma ve yaptırım içermesi bakımından ortak özellik taşımaktadır. Ancak bu yaptırımın niteliği konusunda hukuk ve ahlak arasında farklılar bulunmaktadır.

Yaptırım, sosyal hayatı düzenleyen hukuk ve ahlak kurallarına uyulmaması durumunda gösterilen tepkidir. Bu tepki, söz konusu kurallara uymayan bireylerin sadece fiziki/biyolojik yapısında bir güç kullanımı biçiminde maddi yaptırım olabileceği gibi, onların ruhsal yapısında sonuçlar doğuracak nitelikte manevi yaptırım da olabilir. Hatta ihlal edilen bir ahlak kuralının aynı zamanda hukuk kuralı olması durumunda her iki yaptırım da geçerli olur. Hukukta yaptırım maddi, ahlakta ise manevi nitelik taşır. Yaptırımın şekli ve ağırlığı, ihlal edilen toplumsal kuralın türüne göre değişkenlik göstermektedir. Örneğin, hukuk kurallarında öngörülen yaptırım, kuralın konusuna göre değişmekle birlikte, belirgin biçimde ve zorlayıcıdır. Hukukun yaptırımı devlet eliyle uygulanır. Ahlakın yaptırımı ise, vicdan azabı, pişmanlık duygusu ve toplumun ayıplaması ya da dışlaması biçimlerinde gerçekleşir. Böyle olunca yaptırım ve zorlayıcılık bakımından hukukla ahlak arasında bir ayrım yapmanın doğru olmayacağı söylenebilir. Gerçekte hukuk

[251] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukukun Hukuka Aykırılığı Olgusu.
[252] Prof.Dr.Doğan Özlem, Hukuk Felsefesi.

ile ahlak arasında yaptırımlı olma açısından değil, ama yaptırımın niteliği açısından fark vardır.

Diğer yandan içerik açısından da hukuk ile ahlak arasında çok büyük benzerlikler bulunmaktadır. İçerik açısından hukuk ile ahlakın birbirinden ayrılması zordur. Örneğin adam öldürmek, hırsızlık yapmak, yalan söylemek, yalan yere şahitlik yapmak, hakaret etmek ve sövmek gibi eylemler hem hukuk ve hem de ahlak tarafından kötü ve zararlı görülmüş; yasaklanmıştır. Yaptığı bütün işlerinde dürüst olmak, adalet ve eşitlik ilkelerine göre davranmak, sözünde durmak, iyi niyetli olmak, sözleşme hükümlerine bağlı kalmak, hem hukukun hem de ahlakın onayladığı davranışlardır. Ancak ortak alanlarda, ahlakın taleplerinin hukuktan daha geniş olduğu daha önce de belirtilmişti. Örneğin hukuk, yardım etme yükümlülüğünü, muhtaç duruma düşen ve bu konuda talepte bulunan eş ve yakın akraba ile sınırlandırırken, ahlak hiçbir sınırlama yapmaksızın 'herkese yardımda bulunmayı' öğütlemektedir.[253]

Sonuç olarak; hukuk ve ahlakın, hem yaptırım ve normatiflik yönünden, hem de konu ve içerik yönünden birbirlerine çok yakın olduklarını, birini diğerinden ayırmada büyük zorluklar yaşandığını görmekteyiz. Hukuk ile ahlak, ruhla beden gibidir, birbirlerinden ayrı düşünülemez. Nasıl ki ruhla beden bir arada bulunduğunda insan varlığı oluşuyor, ayrıldığında insan ölüyorsa, hukuk da ahlaktan ayrı olduğunda hukuk olma niteliğini kaybeder.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE AHLAK
(İYİ HUKUK)

I. HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE KANUNLAŞTIRMA

A) HUKUKUN OLUŞTURULMASI ZORUNLULUĞU

Hukuk, bireylerin nasıl davranmaları gerektiğini gösteren ve belirli ilke ve kabullerden oluşan bir 'olması gereken'dir. Böyle olmakla birlikte, hukukun

[253] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukukun Hukuka Aykırılığı Olgusu.

toplumsal hayatta uygulanabilmesi ve herkes tarafından açık olarak bilinebilmesi için, onun belirli bir düzen çerçevesinde, yazılı maddeler halinde ve yasalar şeklinde somutlaşması, yani 'olan' kimliğine girerek pozitif bir şekle dönüşmesi gerekir.

Diğer yandan yasalar, ne zaman ve ne şekilde kabul edilmiş olursa olsun, hayatın değişen çok yönlü ihtiyaçlarını tam olarak karşılamaktan uzaktırlar. Bir hukuk kuralı, oluşturulduğu dönemde ne kadar iyi olursa olsun, zaman ve şartlar değiştikçe değiştirilmesi ve yeni şartlara uygun hale getirilmesi ihtiyacı doğabilir. Bu nedenle, gerektiği zaman toplumun ihtiyaçlarına göre uygun hukuk kurallarının oluşturulması bir zorunluluk olarak görülmektedir. Ancak hemen belirtilim ki hukukun; zamana, şartlara ve toplumun ihtiyaçlarına göre değişmesi gereken yanları olduğu gibi, yer ve zamana göre ya da toplumdan topluma değişmeyen adalet, eşitlik ve insan haklarına dayalı olmak gibi temel ilkeleri de bulunmaktadır.

Hukukun, yasalar biçiminde şekil kalıbına dökülmesinin, ilk kez ciddi olarak Fransız ihtilaliyle gerçekleştiği söylenebilir. Yazılı metinler şeklinde oluşturulan yasalar, Fransız İhtilalinden beri insan haklarının temel güvencesi olarak önem kazanmıştır. Yasalara verilen bu önem, o zamana kadar iktidarların keyfi karar ve uygulamalarına karşı oluşan bir tepki olmuştur. Halkın, halk tarafından seçilen yöneticilerce idare edilmesinin temel aracı olarak yazılı ve sınırları belirlenmiş bir hukuk, şüphesiz ki insan hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturur.[254]

Hukukun oluşturulması, yani yasalar halinde şekil kalıbına dökülmesi; insan haklarının güvencesi olması ve toplumsal hayatın değişen çok yönlü ihtiyaçlarını karşılaması açısından önemli ve gerekli olduğu kadar, bazı tehlikeleri de içinde barındırmaktadır. Çünkü şekil kalıbına giren yasaların, bir yandan insan haklarını güvence altına alırken, diğer yandan da insan haklarının çiğnenmesinde kullanılan bir aldatmaca olabileceğini ve bu nedenle adaletsizlik ve haksızlığın yasa kılığına girmiş görüntüsü olarak ortaya çıkabileceğini hukuk ve insanlık tarihi bize göstermiştir. Bu nedenle bir yasa sırf yasa olduğundan dolayı değil, adalet değerini taşıdığı için kabul edilebilirdir. Demek ki, kanun koyucunun, yasaları oluştururken uyacakları sınırlar vardır.

Yasalar da bir sınırla belirlenmiş olmalıdır. İnsanların devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve özgürlüklerini güvenceye almak bu sınırı oluşturur. Yasaların ulaştığı bu yüksek nokta; sadece yönetilenlerin değil yönetenlerin de yasayla bağlı olması, yasaya karşı sorumlu olması, yasaların herkese eşit uygulanması gibi ilkeler, özgürlüklerin ve meşruiyetin de temel dayanaklarıdır.[255]

Demek ki Fransız ihtilalinde, iktidarların keyfi karar ve uygulamalarına karşı insan haklarını güvence altına almak için oluşturulan yazılı yasalar, bazı durumlarda yine insan hak ve özgürlükleri için bir tehlike oluşturabilmektedir. Bu durum, hukukun oluşturulması faaliyetinin önemini açıkça ortaya koymaktadır.

'Yasalar kötülük etmez' düşüncesi, ilk bakışta ilgi çekici görünse de, kutsallaştırılan bu yasa anlayışının uygulamada her zaman böyle olmadığı bir gerçektir. Ülkelerin hukuk tarihi, 'yasalar kötülük etmez' düşüncesinin gerçeğe

[254] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukukun Hukuka Aykırılığa Yol Açması Olgusu.
[255] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukukun Hukuka Aykırılığa Yol Açması Olgusu.

dayanmayan, asılsız bir kavram olduğunu göstermektedir. Diğer yandan yasaların, insan hak ve özgürlükleri açısından güvence olduğu kadar aynı zamanda bir tehdit kaynağı da olabileceğini gösteren en önemli göstergelerden biri de, anayasa mahkemelerinin, yasaların anayasaya uygun olup olmadığı konusunda yaptığı denetim sonucunda verdiği kararlardır.[256]

Toplum sözleşmesi ve ulusal egemenlik kavramlarının önemli temsilcisi olan Rousseau, yasada ifadesini bulan genel iradeye; genel yararı yansıtma, yanılmazlık ve bölünemezlik vasıflarını da tanıyarak adeta onu aşkın/insanüstü/Tanrısal bir ilke düzeyine yükseltmiştir. Bu ise, toplumsal hayat için zorunlu olan yasaların aşırı bir biçimde abartılarak topluma zararlı bir boyuta getirilmesidir. Bu nedenle hukukun, toplumsal hayatta uygulanabilmesi ve herkes tarafından bilinebilmesi için yasalar şeklinde somutlaşması, yani 'olan' kimliğine girmesi bir zorunluluk olmakla birlikte, bu konuda aşırılığa kaçmamak, hukuk kuralları oluşturulurken daima hukukun temel ilkelerini ve yasaları önceleyen bir ahlakın varlığını unutmamak gerekir.

B) KANUNLAŞTIRMA VE HUKUKTA FORMALİZM/BİÇİMCİLİK

Hukukta içerikten çok, şekle/biçime önem veren hukuki **formalizm**/şekilcilik anlayışıyla hukukta kanunlaştırmayı birbirinden ayırmak gerekir. Felsefi kuram olarak formalizm, biçimi içerikten/özden üstün tutan kuramların genel adıdır. Formalizm, biçimle içerik/öz ilişkisinde biçimin rolünü abartan ya da onu tek geçerli değer sayan bir anlayıştır. Bu anlayışın hukuk alanındaki yansıması ise hukuki formalizm/şekilciliktir. Örneğin bir tarlada tarımsal üretim için bütün biçimsel gerekler yerine getiriliyor; tarla sürülüyor, gübreleniyor, sulanıyor ancak tarlaya tohum atılmıyor. Böyle bir tarladan ürün alınabilmesi mümkün değildir. Bunun gibi yargısal faaliyette hâkim, hukukun bütün biçimsel kurallarını titizlikle uyguluyor. Ancak ne var ki davanın aydınlatılması ve adaletle karar verilmesine önem vermiyor. İşte hukukta formalizm yani şekilcilik kavramının anlamı budur.

Amaç ve içerikten yoksun böyle bir yargı faaliyetinden, adaletin gerçekleşmesi ve toplumsal bir yarar ortaya çıkması mümkün değildir. Bu durum, hukukta içeriği şekle feda eden bir uç anlayışın ürünüdür. Hukukta kanunlaştırma ise, şekil ve biçim unsurunu kullanmakla birlikte hukukun amacı ve içeriğine bağlı kalarak yürütülen önemli bir hukuksal faaliyettir. Başka bir deyişle kanunlaştırma, hukukun temel amaç ve ilkelerinin, herkes tarafından bilinecek şekilde yazılı biçim kalıbına dökülmesidir. Ancak bu faaliyet, sanıldığı kadar kolay değildir. Çünkü biçimsel açıdan yasa niteliği taşıyan nice hukuk kurallarının aslında hukukun temel amaç ve ilkelerinden uzak olduğu, bu nedenle de hukuk sayılamayacağı bilinmektedir. Yani hukuk, yazılı metinler halinde biçim kalıbına dökülürken ya da hukuk kuralları oluşturulurken hukukun amaç ve ilkelerinin ne ölçüde dikkate alındığı önemlidir. Şekil, hukuk için beden, temel amaç ve ilkeler de ruh gibidir. Temel amaç ve ilkelerden yoksun bir hukuk, ruhsuz bedene benzer.

---

[256] Prof.Dr. Bülent Tanör, s.179-180; aktaran: Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukukun Hukuka Aykırılığa Yol Açması Olgusu.

C) DOĞRU HUKUKUN OLUŞTURULMASI

Hukukun, hangi **temel ilkeler** çerçevesinde ve nasıl oluşturulacağı konusu, hukuk-etik ilişkisinde merkezi bir öneme sahiptir. Bu nedenle hukukun oluşturulması denildiğinde, öncelikle hukukun içeriği ve dayanacağı temel ilkeler, ikinci olarak da hukukun kim tarafından ve nasıl oluşturulacağı konuları akla gelmektedir. Bilindiği gibi hukuk mesleği ve yargı düzeninin temel unsurlarından biri de iyi/doğru hukuktur. Hukuk mesleği mensupları, yargılama faaliyetlerini hukuk kurallarını uygulayarak ve onları yorumlayarak icra etmektedirler. İyi bir hukuk ve yargı düzeni, öncelikle etik ilkelere dayalı, doğru ve usulüne uygun biçimde oluşturulmuş hukuk kurallarına ihtiyaç gösterir. Hukukun şekil kalıbına dökülmesi ve olan kimliğine bürünmesi faaliyetinde doğru hukukun ilkelerinin dikkate alınması hayati önem taşımaktadır. Doğru hukukun ilkeleri göz ardı edildiğinde, adı hukuk ama gerçekte hukuk görünümlü zulüm aracı olan bir takım kurallar yığını ile karşılaşma ihtimali her zaman vardır. Hukukun oluşturulmasında adalet, eşitlik ve insan hakları gibi etik ilkeler, yargı sistemi için olmazsa olmaz bir değerdedir. Demek ki etik ilkelere uygun olarak ve doğru yöntemlerle oluşturulmuş hukuk kuralları, hukuk ve yargı sisteminin vazgeçilmez unsurlarıdır.

II. HUKUKUN OLUŞTURULMASINDA AHLAKİ BOYUT

'Hukukun tanımı ve niteliği bölüm'ünde; hukukun, bütün zorunlu unsurlarını içine alan doğru bir tanımını yapmanın önemini vurgulamış, yapılan tanıma göre hukuk anlayışlarının ortaya çıktığı ya da hukuk anlayışlarına göre hukukun tanımının yapıldığını ifade etmiştik. Hukukun bütün işlev ve temel unsurlarını kapsayan tanımının şöyle yapılabileceğini belirtmiştik: "Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal düzen kurallarıdır". Ya da 'hukuk, adalete dayalı toplumsal düzen kurallarıdır'.

Şüphesiz ki, hukukun tanımı ya da hukuk anlayışıyla 'hukukun oluşturulması' arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Hukuku nasıl tanımlıyorsak o tanıma uygun bir 'hukuk oluşturma' faaliyetinden söz edebiliriz. Yani hukuk anlayışımız hangi temel ilkelere dayanıyorsa, bunun bir gereği olarak hukukun oluşturulması faaliyetinde de bu ilkelere uygun davranılması gündeme gelmektedir. İşte 'hukukun oluşturulmasında ahlaki boyut' başlığı, yetkili organın meşruiyetini kapsadığı gibi bu organ tarafından hukuk kuralları oluşturulurken, hukuku hukuk yapan temel ilkelere ne ölçüde uyulduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle bir 'hukuk oluşturma' faaliyetinin, üçlü saç ayağı diye tanımlanan hukukun sosyal, etiksel ve norm unsurlarını dikkate alması halinde ahlaki nitelik taşıdığı söylenebilir. Ayrıca hukukun içeriği yanında hukuku oluşturacak olan yetkili organın, meşru yol ve yöntemlerle seçilmesi ve bu hukuk oluşturma faaliyetini doğru usul ve yöntemler kullanarak yürütmesi de bu ahlaki boyut içine girmektedir. Kısaca, hukukun oluşturulması faaliyetinde ahlaki boyut; hukukun içerik yönünden sosyal veriler, etiksel ilkeler ve norm unsurlarıyla donatılmasını, yasama organının seçilme yöntemini ve bu organın hukuku oluştururken uyması gereken meşru yol ve yöntemleri kapsamaktadır.

A) HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE HUKUKUN TEMEL İLKELERİ

1) Hukukun Temel İlkelerinin Tanımı ve İşlevi

Genel olarak **temel ilke**; her türlü tartışmanın dışında sayılan prensip, temel düşünce, temel inanç; **ön kabul** (aksiyom) ise, ispatı gerekmeden doğruluğu kabul edilen önerme; doğruluğu veya yanlışlığı herkes tarafından tartışılmadan kabul edilen, kendiliğinden apaçık olan ve böyle olduğu için kesin olarak doğru ya da yanlış hükümler bildiren ifadelerdir.[257] Örneğin 'Bir bütün, parçalarından büyüktür.' Matematik biliminde ön doğrular/ön kabuller nasıl gerekliyse, hukukun da benzer biçimde temel ilkeleri vardır, olmalıdır. Hukuk kuralları oluşturulurken bu temel ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır.

Hukukun temel ilkeleri, bir tanıma göre felsefi, ahlaki, sosyolojik ve ekonomik alanda ortaklaşa biçimde benimsenen değerlerin hukuk dilindeki anlatımıdır. Bu nedenle hukukun temel ilkeleri toplumsal bir ihtiyaca ve ortak adalet duygusuna dayanır. Başka bir tanıma göre, hukukun genel/temel ilkeleri; genellilik, süreklilik ve aşkınlık (deney ve gözlem dışılık) nitelikleri taşıyan, çok sayıda somut durumu içine alarak daha bütüncül bir biçimde düzenleyen, birçok özel norma temel oluşturan genel hukuk normlarıdır.[258]

Hukukun her alanına ilişkin temel/genel ilkelerden söz edilebilir. Ancak hepsini kapsayacak nitelikte ilkeler; adalet, eşitlik, insan hakları/onuru ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan 'hukuk devleti' ve 'hukukun üstünlüğü', 'adil yargılanma' ve 'yargı bağımsızlığı' ilkeleridir. Bu ilkeler, hukukun ön kabulleridir. Bu nedenle adalet ve insan onuru/insan hakları gibi ahlaki değerler olmaksızın hukuktan söz edilemez. Genel olarak insanlar, yürürlükte bulunan pozitif hukuk dışında bir adalet ilkesinin varlığını kabul ederler.[259] Adalet, eşitlik ve insan hakları/onuru hukukun ön kabulleri olduğu için, bunlar olmadan hukuk da olmaz. Deyim yerindeyse bunlar, hukukun 'olmazsa olmazlarıdır'. Bu temel ilkelere ilişkin geniş değerlendirmeler ilgili bölümlerde yapılmıştır.

Anayasa üstülük kavramı; insan hakları ve onuruna saygı, adil yargılanma, kişi güvenliği, insanın fiziki ve manevi varlığına dokunulmaması, kuvvetler ayrılığı ilkesi, adalet ve özgürlük gibi genel anayasa üstü ilkeleri kapsadığı gibi, bazı değiştirilemez hükümler gibi iç-anayasa üstü ilkeleri de içine almaktadır. Hakkın kötüye kullanılmaması, ihkak-ı haktan kaçınma, kazanılmış haklara saygı, kesin hükme saygı, ahde bağlılık, ayrımcılığın reddi gibi hukukun genel ilkelerinin de, anayasa üstü bir değerde olduğu söylenebilir. Bunlar, anayasanın da üzerinde ve hukuku oluşturanları hatta kurucu yasama organını bile bağlayan hukuk ilkeleridir. Asli ve tali kurucu iktidarlar, keyfine göre her şeyi düzenleyemezler. Bu nedenle gerek anayasayı ilk kez yapan asli kurucu iktidar ve gerekse anayasayı değiştirme yetkisine sahip tali kurucu iktidar, insan hakları ve uluslar arası hukuk normlarıyla doğal olarak bağlıdırlar. Devletler, bunları tek taraflı iradeleriyle ortadan

[257] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[258] Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri ve anayasa Yargısı.
[259] Doç.Dr. İsmail Kıllıoğlu, Hukuk ve Ahlak.

kaldıramazlar. Aksi halde hukuk alanında, modası geçmiş Kelsen'ci hukuki pozitivizme geri dönüş olur.[260]

Bir hukuk sisteminde hukukun genel/temel ilkelerinin varlığı, hukukun yasalarla çakışmadığını gösterir. Hukukun genel ilkeleri, yasaların ruhudur. Yasaların bu ruha uygun oluşturulması gerekir. Hukuk kuralları, hukukçular tarafından kendine özgü yöntemlerle oluşturulsa da, hepsi de toplumun ortak adalet duygusuna dayanmalıdır. Hukukun temel ilkeleri, hukuk düzeninin temelidirler ve yasaların hem oluşturulmasında hem de yorumlanmasında önemli rol oynarlar. Hukuk kuralları, hukukun temel ilkelerine göre oluşturulduğundan, bu temel ilkeleri kabul etmek takdire bağlı bir iş değildir. Çünkü onlar, adalet, eşitlik, özgürlük, dayanışma gibi hukukun eksen ilkeleriyle donatılmıştır. Bu ilkeler, Anayasa mahkemelerine hukuk kurallarını yorumlamada ışık tutmakta ve hukuka 'yazılı olmayan ilkeler' kategorisi kazandırmaktadır.[261]

2) Anayasa Mahkemesi ve Hukukun Temel İlkeleri

Bizim Anayasa Mahkemesi, uluslararası hukukta geçerli olan bazı genel/temel ilkeleri, kararlarında referans (ölçü-norm) olarak kullanmıştır. "Kazanılmış hakların tanınması ve korunması, hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur, olması da düşünülemez." [262] Anayasa Mahkemesi'ne göre; "kanunlarımızın anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır." [263] Yine "hukukun ana prensiplerine dayanmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar, toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır." [264]

Anayasa Mahkemesi bir kararında; "hukuk devleti, hukukun genel ilkelerinin geçerli olduğu devlettir." diyerek 'hukuk devleti' kavramının hukukun temel ilkelerini de içerdiğini vurgulamıştır.[265] Yani hukukun temel ilkeleri, hukuk devletinin içeriğini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesini anayasaya uygunluk denetiminde ölçüt olarak kullandığı başka bir kararında, "Yasa koyucunun, anayasa ve hukukun üstün/temel kuralları ile bağlı olması gerektiğini belirlemiş ve kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk kurallarının var olduğunu" ifade etmiştir.[266]

Hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukta da referans olarak gösterilmektedir. Özellikle insan hakları alanında medeni ülkelerin anayasa mahkemeleri hukukun genel ilkelerini ortaya koymakta 'hukuk devleti','adalet/eşitlik' ve

---

[260] Prof.Dr. H.Tahsin Fendoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Ölçü Norm Sorunu.
[261] Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı.
[262] Anayasa Mahkemesi'nin E.1963/106, K.1963/270, T.11.11.1963 Sayılı Kararı.
[263] Anayasa Mahkemesi'nin E.1963/166, K.1964/76, T.22.12.1964 Sayılı Kararı.
[264] Anayasa Mahkemesi'nin E.1963/124, K.1963/243, T.11.10.1963 Sayılı Kararı
[265] Anayasa Mahkemesi'nin E.1985/31, K.1986/11, T.27.03.1986 Sayılı Kararı.
[266] Anayasa Mahkemesi'nin, E.1986/3, K.1986/15 Sayılı Kararı.

'ölçülülük/orantılık' gibi ölçütler kullanmaktadır. Uluslar arası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinin (c) bendine göre; "uygar ülkelerce benimsenen hukukun genel ilkeleri, uluslar arası hukukun kaynaklarından" kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme Avrupa insan Hakları Sözleşmesinde de yer almıştır. Buna göre 'uygar ülkelerce benimsenen hukukun genel ilkeleri', Avrupa hukukunun doğrudan kaynağını oluşturmaktadır. Adalet Divanına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; temel insan hakları, hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz parçasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından 'hukuk devletine uygunluk ilkesi' bir **ölçü-norm** olarak görülmektedir. 'Adil yargılanma' ve 'savunma hakkı' da hukukun temel ilkesi olarak kabul edilmektedir.[267]

Bizim anayasamız, uluslar arası hukuk kurallarını, hukukun genel ilkelerini ve bazı değiştirilemez hükümleri anayasa üstü ilkeler olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de, anayasanın başlangıcı ile 2. maddesindeki 'hukuk devleti' ve 'insan haklarına saygılı devlet' kavramlarını referans yaparak uluslar arası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünü kabul etmiştir.[268]

Anayasa Mahkemesi'ne göre; "insanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın bir üyesi bulunması, çağımızda insan hak ve özgürlüklerini yalnızca bir ulusal hukuk sorunu olmaktan çıkarmış, ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır." [269]

3) Anayasaüstü İlkeler Konusunda Farklı Görüşler

Hukukun temel ilkeleri yani anayasa üstü ilkelerle ilgili olarak; anayasa normları arasında bir hiyerarşi olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre temel hakların sert çekirdeğine ilişkin anayasa hükümlerinin diğerlerine göre üstünlüğü vardır. Dolayısıyla insan haklarına ilişkin olan anayasal hükümlerin özü itibariyle değiştirilmesi mümkün değildir. Bu konuda hukukçular arasında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Yukarıda görüşlerini özetlediğimiz Kaboğlu ve Fendoğlu'dan başka bazı hukukçular da, uluslar arası sözleşmeleri yasaların üzerinde görmektedirler. Gölcüklü ve Gözübüyük'e göre; AİHS, kanunlardan ve anayasadan da üst bir konumdadır. Ulusal anayasalar, AİHS'ne aykırı hüküm koyamaz.[270] Yüzbaşıoğlu'na göre; AİHS ve insan haklarına ilişkin uluslar arası belgeler, anayasa-üstü bir değer taşımaktadır.[271] Çelik'e göre de, üye devletler AİHS'nin 1. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükleri tanımış olduklarından AİHS'ne aykırı hüküm koyamazlar.[272]

---

[267] Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı.

[268] Prof.Dr. H.Tahsin Fendoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Ölçü Norm Sorunu.

[269] Anayasa Mahkemesi'nin E.79/38, K.80/11, 29.01.1980 tarih Sayılı Kararı.

[270] Prof.Dr. Feyyaz Gölcüklü ve Prof. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması.

[271] Prof.Dr. Nemci Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku.

[272] Prof.Dr. F. Edip Çelik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması.

Buna karşılık anayasa üstü ilkeleri benimsemeyen hukukçular da vardır. Özbudun'a göre, uluslararası sözleşmeler, kanuna eşdeğerdir. Dolayısıyla bu tür normlar, anayasa üstü **ölçü norm** olmayıp destek normlardır. Ne anayasa ne de kanundan üstün değildirler. Anayasadan üstün olsaydı bunu anayasa açıkça belirtirdi. Uluslar arası normlar, genel ve bağımsız bir ölçü norm sayılamaz, ancak anayasanın uluslar arası hukuka açıkça atıfta bulunduğu alanlarda ölçü norm olabilir. O'na göre insan haklarıyla ilgili uluslar arası hukuk kuralları genel uluslar arası hukuk kurallarını aşan bir özelliğe sahiptir.[273] Pazarcı'ya göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri, yasa değerindedir.[274] Meray'a göre AİHS, Anayasanın 90.maddesinde gösterildiği gibi yasa değerindedir.[275] Balta'ya göre de AİHS yasa değerindedir.[276]

Prof. Gözler'e göre de AİHS ile Türk Anayasası arasında bir hiyerarşi yoktur. Pozitivist hukuk anlayışını benimseyen Gözler; yasalara ve anayasaya yansımayan ilkelerin hiç bir hukuki değerinin olmadığını, anayasadan üstün kuralların varlığını kabul etmenin ve bunun uygulamasını yüksek yargı organına bırakmanın, yüksek yargı organına kurucu iktidar yetkisini vermek anlamına geleceğini savunur. O'na göre adalet, anayasaüstü bir ilke değildir. Çünkü âdil olanı, âdil olmayandan ayıracak objektif ve evrensel bir ölçüt yoktur. Yine bazı insan haklarının anayasaüstü ilkeler olduğu görüşü de doğru değildir. Çünkü anayasa metinlerinde yer alan insan hakları ilkeleri anayasaüstü değil, anayasal bir değere sahiptir. Hukuk normlarının geçerliliğinin asıl şartı ise, bu normların biçimsel geçerliliği yani bir hukuksal metinde yazılı olmasıdır. Maddi ve şekli olarak mevcut olmayan bu ilkeler, herhangi bir hukukî değere sahip olamazlar.[277]

Hukukun sadece normatif niteliğini öne çıkaran yani hukuk üstü etiksel herhangi bir değer tanımayan pozitivist hukuk anlayışını yansıtan bu görüşler ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır.

Doğal hukuk anlayışını savunan İsviçreli anayasa hukukçusu Jean Darbellay, anayasayı değiştirme iktidarını tanımlıyor ve onun sınırlarını şöyle ortaya koyuyor: "Anayasayı değiştirme iktidarı, egemen bir iktidardır; ama sınırsız bir iktidar değildir. Bu iktidar ancak siyasal topluluğun bütününün iyiliği için vardır. Çünkü siyasal toplum, insanın iyiliği için vardır. Bu iktidar, insanın temel doğal eğilimlerine karşı anayasa normları ihdas edemez. Kurucu iktidarın oluşturacağı hukuk düzeni, adaletin gereklerini bilmezden gelemez. Çünkü adalet dışında başka bir temel üzerinde insanlar arasında medenî ilişkilerin kurulması mümkün değildir.

---

[273] Prof.Dr. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku.
[274] Prof.Dr. Hüseyin Pazarcı, Uluslar arası Hukuk Dersleri.
[275] Prof.Dr. Seha Meray, Devletler Hukukuna Giriş.
[276] Tahsin Bekir Balta, AİHS ve Türkiye; aktaran: Prof.Dr. H.Tahsin Fendoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Ölçü Norm Sorunu.
[277] Prof.Dr. Kemal Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu/Anayasaüstülük Sorunu.

O halde, kurucu iktidar, keyfi bir iktidar ile karıştırılamaz. Apaçık bir adaletsizliği kabul eden bir anayasa hükmü, hukuken geçerli bir anayasa normu olamaz." [278]

Serge Arne'ye göre, insan hak ve onuruna saygı ilkesi tamamen anayasaüstü değerdedir. Bu ilkenin gereği olarak; insanın fizikî varlığına dokunulmaması, insanın manevi varlığına yönelik aşağılayıcı muamele yapılmaması, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı, insan hayatına, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi ve kişi güvenliği ilkeleri de anayasaüstü değerdedir. Stéphane Rials da; temel hakların, anayasa koyucu iktidarın iradesinin üstünde olduğunu savunmaktadır.[279]

Hukuki pozitivizm, adalet ve insan hakları gibi anayasaüstü ilkelerin, ancak hukuku oluşturan yetkili organ tarafından kabul edilmiş bir yazılı hukuksal metinde yer alması halinde hukuken geçerli olduğunu, anayasa metninde yer almıyorsa bu ilkelerin hukuken geçerli olmadığını savunmaktadır. Bu anlayışın yanıldığı nokta, adalet ve insan hakları gibi anayasa üstü ilkelerin, pozitif hukuk ürünü olan anayasalarda yer alan kurallarla aynı olduğunu kabul etmesidir. Adalet ve insan hakları gibi anayasaüstü etiksel değerlerin, pozitif hukuk kuralları halinde somut şekle bürünmesi bir zorunluluktur. Bu ilkeler, pozitif hukuk kuralı haline dönüşürken anayasa yapıcı organların değer bilincine bağlı olarak bir şekil alır. Anayasa yapıcıların değer bilinci ne kadar yüksek ise, oluşturulan anayasal metinler de o ölçüde ideal ve evrensel ilkelere yaklaşır. Ancak bu ilkeler, anayasal metinlerde yer alsa da almasa da, ya da hangi ölçüde yer alırsa alsın, hatta uygulansa da uygulanmasa da ideal ve evrensel değerler olarak hukuk üstü varlıklarını sürdürürler. Eğer bir hukuk sisteminde hukuk üstü, aşkın/insanüstü etik değerler yoksa orada egemen güce ve sübjektif/izafi/bireysel tercihlere dayalı kurallar var demektir ki, bu da, hukukun evrensel, herkesi bağlayıcı nitelik ve işlev kazanmasına engel olur.

B) HUKUKUN ÖN KABULLERİ

1) HUKUKUN MAKUL NEDENLERE DAYANMASI

Hukukun ön kabullerinden biri, onun makul nedenlere dayanmasıdır. Hukuk, insanın akıl ve düşünce dünyasına yönelen, ondan belirli davranışlar bekleyen **makul** normlar sistemidir. Bu nedenle hukuk, mantığın kurallarından yararlanır. Hukukta hukuk mantığından söz edilmesi bundandır. Ancak bu önemli görev, sadece mantıki düşünce ile yerine getirilemez. Bunun yanında, hukukun niteliği gereği olarak ahlaki değerlere dayalı bir seçme ve değerlendirme faaliyetine ihtiyaç vardır. Hukuk normları, akıl ve düşünce sahibi bir varlık olan insanı muhatap aldığına göre, insan açısından bağlayıcı olabilmesi için, hukuk normlarının makul nedenlere dayanması gerekir. Hukukta bu makul nedenler, adalet ve hakkaniyet gibi

---

[278] Prof.Dr. Kemal Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu/ Anayasaüstülük Sorunu.

[279] Prof.Dr. Kemal Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu/Anayasaüstülük Sorunu.

ahlaki değerlerdir.[280] Hâkimin, bir soyut hukuk normunun somutlaştırılmasıyla elde edeceği kararın taraflar ve toplum yönünden inandırıcı ve bağlayıcı olması için, onun hem yasadan mantıken doğru olarak çıkarılmış olması, hem de adalete uygun bulunması gereklidir. Gerek hukukun oluşturulmasında ve gerekse mevcut hukukun yorumlanması ve boşluklarının doldurulmasında, adalet ve hakkaniyete en uygun olanını seçmek, ortaya çıkacak kararların inandırıcı ve bağlayıcı olması açısından büyük önem taşımaktadır.

Hâkimin verdiği karar, 'iki çarpı iki eşittir: dört eder' şeklinde matematiksel hesap gibi her bir somut durum ve olayın, genel bir şablon olarak hukuk normuna sokulmasından ibaret sadece mantıki bir işlem değil, aynı zamanda bu durumlarda bireyler arası menfaat çatışmalarının adalet ve hakkaniyet açısından değerlendirilmesini gerektiren ahlaki bir işlemdir.

Kanun koyucu, öncelikle hukukun sadece güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmadığını, onun aynı zamanda ve daha çok ahlaki değer açısından bağlayıcı bir düzen olduğunu bilmelidir. Önemle ifade edelim ki, hukuku oluşturanlar ve uygulayanlar, yaptıkları bu faaliyette özellikle ahlaki bir sorunla karşı karşıya olduklarını unutmamalıdırlar. Öncelikle adalet ve hakkaniyete uygun olması gereken hukuk normları ayrıca mantık kurallarına göre oluşturulmalı ve normlar arasında çelişki bulunmamalıdır. Bu nedenle doğru hukuk, hem makul nedenler olan adalet ve hakkaniyet değerinin ışığı altında ve ona uygun oluşturulan, hem de çelişkilerden uzak, mantıklı ve sistemli bir düzendir.[281]

Kanun koyucunun, sağlıklı, doğru ve uzun ömürlü yasalar çıkartabilmesi için, bilimsel çalışmaya ihtiyacı vardır. Bunun için de pozitif hukuk bilimi ile hukuk felsefesinin birbirine yakın olması gerekir. Hukuk bilimi, doğru ve yanlış hukuki kural, karar ve davranışların ilke ve ölçüleriyle ilgili bir bilimdir. O, sadece normların içeriğini araştırmakla değil, aynı zamanda kanun koyucuya adaletli çözüm yollarını göstermekle görevlidir. Oluşturulan hukuk kurallarının, sosyal hayatta yerleşmesi, yaşama imkânı bulması onun, adalet ve hakkaniyet şeklinde ifade edilen 'makul nedenlere' dayanmasına bağlıdır. Bir hukuk oluşturma faaliyeti, hukuk felsefesine yabancı kaldığında, **ilkesiz, eleştirisiz ve tutarsız** bireysel bir felsefenin içine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalır.[282]

2) HUKUKUN İNSAN DOĞASINA UYGUN OLMASI

İnsan doğası nedir, hukukun temel ilkelerinden ya da kaynaklarından biri olabilir mi? İnsan doğası tanımlanırken, dünyada insan varlığının anlamı ve amacı dikkate alınmalıdır. Bütün insanların genel olarak doğası/yaratılışı aynı olduğundan doğru/iyi hukuk, insanların hayat varlığını, sahip oldukları temel haklarını ve onurunu güvence altına almalıdır. İnsanlar, hangi çağda, hangi ülkede yaşarsa yaşasın, hangi dine, fikre, inanca, ırka mensup olursa olsun hayatını güven içinde devam ettirebileceği; düşüncesini, inancını tam bir özgürlük çerçevesinde

[280] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[281] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

[282] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

açıklayabileceği bir hukuki düzen ve sosyal ortama ihtiyaç duyarlar. İşte bu ortak ihtiyaç insanın doğasından/yaratılışından kaynaklanır ve bu durum hukuka evrensel bir boyut kazandırır. Başka bir deyişle insanların evrensel nitelikteki doğası/yaratılışı, evrensel hukuku gerektirir.[283] Hukuk, insan doğası/yaratılışı gibi ona evrensel bir boyut kazandıran niteliğe sahip olmasının yanında, bu temel evrensel değerlerle çelişmeyen yerel veri ve değerleri de içinde barındırabilir.

Diğer yandan insanın doğası, onun maddi/biyolojik olarak tek yönlü değil, aynı zamanda tinsel/manevi yapıya sahip olması nedeniyle iki yönlü bir varlık olduğunu göstermektedir. İşte **doğru hukuk,** insanın ancak hem maddi/biyolojik hem de tinsel/manevi yapısının ihtiyaçlarının birlikte dikkate alınmasıyla oluşturulabilir. İnsan doğasından anlaşılması gereken başka bir boyut da budur. Burada 'insan doğası' kavramından ne anlaşıldığı konusunun önemli olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü hukuk ve felsefe tarihinde bu kavram farklı biçimlerde anlamlandırılmıştır.

Bilindiği gibi insan doğasının, hukukun kaynaklarından birisi olduğu görüşü, doğal hukukun temel ilkelerindendir. Ancak tarih boyunca doğal hukukun adı değişmediği halde, doğadan/insan doğasından kastedilen şeyin, doğal hukuk ekollerine göre değiştiği görülmektedir. Doğal hukukun klasik döneminde bu doğa kavramından insan doğası; ortaçağda doğayı yaratan Tanrısal irade, başka bir deyimle din anlaşılmıştır. Daha sonraki dönemlerde rasyonalizmin etkisinde gelişen doğal hukuk ekollerine göre ise, insan aklından kaynaklanan hukuk anlaşılmıştır.[284] O halde doğal hukukta önemli bir yer tutan 'doğa' ya da 'insan doğası' kavramı, doğal hukukun değişik ekollerine göre farklı tanımlanmıştır. Ancak bununla birlikte doğal hukuk kuramının, doğru hukukun oluşturulması noktasında kabule değer ilkeleri bulunmaktadır. Bunlar, adalet, eşitlik, insan hakları/onuru ve hukukun evrenselliği gibi ilkelerdir.

Çiceron, doğru hukukun oluşumunda doğa/insan doğası ile doğru aklın uyumlu olması gereğine ve evrenselliğe şöyle vurgu yapmaktadır: "Doğru anlamıyla hukuk, doğru aklın doğa ile ahengidir. Bütün insan topluluklarını kapsar, değişmez ebedîdir; iptal edilemez, değiştirilemez, feshedilemez. Bütün zamanlarda, bütün insanları kapsayan tek ve değiştirilemez bir hukuk vardır. Kim bu hukuka uymayı reddederse, kendisine sırt çevirmiş olur. İnsan olarak kendi doğasını reddetmesinden dolayı diğer cezalardan kaçsa da, sırf bu yüzden en acı cezalarla karşılaşacaktır". Aristoteles de konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir: "Yazılı (pozitif) hukuk, davamıza karşı ise adalet ve hakkaniyeti daha büyük olduğunu ileri sürerek evrensel hukuka başvurmalı; adalet ve hakkaniyetin ilkelerinin sürekli ve değişmez olduğunu ileri sürmeliyiz. Yazılı hukuk sık değişebildiği halde, evrensel hukuk doğanın yasası olduğu için değişmez". Doğal hukukun kaynaklarından birinin, doğa ya da insan doğası olduğunu Paul Sigmund şöyle açıklamaktadır: "Doğada (ve onun parçası olan insan doğasında), rasyonel (akıllıca) bir düzen vardır. Bu düzen uygulama bakımından evrensel, içerikleri yönünden değişmez, ahlaki bakımdan ise zorunludur." [285] Doğal hukuka evrensel nitelik kazandıran

[283] Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.
[284] Prof.Dr. Kemal Gözler, Hukuka Giriş.
[285] Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.

özelliklerden biri de, işte bu **insan doğasıdır**. Evrensel hukuk, insan doğası temel alınarak oluşturulur. Bu anlayışa göre, bütün insanlar benzer doğaya/yaratılışa sahip olduklarından, bu durumun hukuka yansıması, 'herkesin eşit haklara sahip olması' şeklinde olmalıdır.[286] Prof. Çağıl, doğal hukukun temel kavramlarından olan insan doğasının hukukla olan ilişkisini, 'hukuk, **insan doğasına** ve onun **manevi** niteliğine uygun olmalıdır' şeklinde ifade etmiştir.[287]

İngiliz hukukçu William Blackstone, insan doğası ile ilgili şunları söylemektedir: "Tanrı, maddeyi yarattığı zaman, maddeye belirli hareket prensibini de bahşetmiştir; hareketin daimi yönüne ilişkin belirli kurallar koymuştur. İnsan doğasına ilişkin de değişmez yasalar koymuş, ayrıca insana bu yasaları keşfedecek akli meleke de vermiştir." Blackstone'a göre, doğal yasayı keşfedecek olan akıldır. Ancak akıl, insanın önyargılarından dolayı her zaman mükemmelliğini koruyamaz. Bu nedenle doğanın yasalarını doğrudan vahiy yoluyla ortaya koymak için bazı zamanlarda, değişik yollarla ilahi müdahaleler gerekli olmuştur. Blackstone'a göre bu şekilde oluşan hukuka, ilahi/doğal hukuk denir. Aslında doğal hukuk ile ilahi hukuk, Blackstone'a göre, aynı kaynaktan gelmektedir. İtalyan hukukçu Giorgio Del Vecchio, doğal hukukta temel amacın, hukukun oluşturulmasında keyfiliğin önüne geçmek olduğunu; bunun için, eşyanın doğasıyla/özüyle hukuk normları arasında zorunlu bir ilişkinin olduğunu söyler. Bu durum, insanın doğuştan sahip olduğu temel haklar düşüncesini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla hukuk oluşturulurken, insanın doğuştan sahip olduğu temel haklar görmezden gelinemez.[288]

İlahi/doğal hukukta doğa, Tanrı ile ilişkilendirilir. İlahi doğal hukukta, insan doğası, tek başına doğal hukukun kaynağı değildir. Doğal hukukun temelinde Yaratıcının tasarladığı ve bir amaç yüklediği insan doğası vardır. Eğer insan doğası, tek başına hukukun kaynağı kabul edilirse, bu anlayışın diğer tek boyutlu doğal hukuk ekollerinden farkı kalmazdı. Demek ki ilahi/doğal hukuktaki doğanın anlamı, yaratılışın amacıyla oluşturulmuştur. İtalyan filozof Thomas Aquinas'ın doğal hukuku, "Rasyonel yaratıkların (insanların), ebedi olan en yüksek akıldan (Tanrı'dan) pay alması" biçiminde tanımlaması bu görüşü teyit etmektedir. Prof. Zeydan, "İnsanın yapısı (doğası) vaz'ı kanundur (yani kanun koyucudur). Fakat bir kısım kanunlar daha vardır ki temeli insan değil, yaratıcısıdır" diyerek insan doğası ile ilahi iradeye vurgu yapmıştır.[289]

Blackstone gibi doğal hukukun 'ilahi doğal hukuk' ekolünü benimseyen St. Augustine, doğru dinden başka erdem bulunmadığını, Tanrı ile irtibatlı olmayan şeylerin erdem olarak kabul edilemeyeceğini söyler. (Bertrand Russell, Batı Felsefesi Tarihi) Hukuk bakımından da Augustine, pozitif hukukun, ilahi/doğal hukuka uygun olması gerektiğini düşünür. (Curzon, s. 38) Düşünüre göre, pozitif hukuk değişebildiği halde, en yüksek akıl olan ilahi doğal hukuk, değişmez bir

[286] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi.
[287] Prof.Dr. Orhan Münir Çağıl, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş.
[288] Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.
[289] Abdülkerim Zeydan, İslam Hukukuna Giriş; aktaran: Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.

niteliğe sahiptir ve ilahi doğal hukuka uygun olmayan pozitif hukuk adaletli hukuk olamaz. (Christopher, s. 159) [290]

Hukuk, insan için vardır ve insan için oluşturulmaktadır. Bu nedenle insan davranışlarını düzenleyecek olan hukukta; *İnsanın doğası ve onun ihtiyaçları, *insan için neler düşünüldüğü, *nasıl bir insan anlayışının yer aldığı konuları asıl temeli oluşturmalıdır. Nasıl bir insan anlayışının yer aldığı konusu ise, etikle/ahlakla ilgili bir sorundur. Doğru/iyi denilebilecek bir hukukta, nelerin amaçlandığı, ne gibi niteliklerin bulunacağı ve nasıl bir insan anlayışının kabul edildiği önemlidir.

Aslında felsefenin temel sorunlarından biri de 'nasıl bir insan anlayışına ihtiyaç vardır' sorusudur. İnsanlar; neyi, nasıl bilebiliriz ve ne yapmamız, nasıl davranmamız gerekir gibi soruları cevaplandırmadan önce, bunların ön şartı olarak 'insan nedir' sorusunun cevabını bulmalıdırlar. Çünkü bir insan telakkisi/tasarımı olmaksızın düşünmeye başlanılan yerde, insanlık dışı düşünceler içeriye dalar.[291] O halde insan nedir?

İnsan nedir sorusu doğru cevaplandırıldığında, insanın dünyada nasıl davranması gerektiği de ortaya çıkacaktır. Hukuk kurallarının oluşturulmasında esas alınacak bir insan telakkisi/anlayışı nasıl olmalıdır? İnsanın ne olduğu, onun nasıl bir yaratılışa ve varlık yapısına sahip olduğunun bilinmesiyle anlaşılabilir. Bu konuda doğru ve sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için insan, bütüncül bir anlayışla incelenmelidir. İnsan hayatının başlangıcından bu yana, insanın ne olduğuna ilişkin çok değişik anlayışların, felsefi görüşlerin ortaya çıktığı bilinmektedir.

Felsefe tarihinde çok farklı insan tanımıyla karşılaşılması nedeniyle Mitchell'in, 'insanın en azından kesin olarak olduğu bir şey yok mudur' sorusuna, E. Kant'ın teorisinden ve daha öncesinde Aristoteles'in etik görüşünden hareketle, 'insanın kesin olarak olduğu bir şey vardır; o da insanın akıl sahibi bir varlık olmasıdır' cevabını vermek mümkündür. İnsan doğası kavramı konusunda da aynı şey söz konusudur. Bayertz, insan doğası kavramının tanımlanmasında doğa ve kültür arasında bir ayrım olduğunu söyler. Buna göre insan doğası hem doğal bir öze sahiptir, hem de sonradan oluşturulmuş, yapma bir şeydir yani eğitimle kazanılan kültürdür. Ancak insandan ayrı düşünemeyeceğimiz, onun özünü oluşturan şeyler de vardır. Bunlar, sonradan oluşturulmuş özellikler değil, insana ait genel nitelikler olup, her yerde ve her zaman bulunacak olmaları bakımından evrensel niteliklerdir. İnsan doğası denildiğinde sadece maddi/biyolojik bir doğa değil, aynı zamanda bütün insanlarda ortak olan ve insanı insan yapan akıl denilen bir yetiyi de kapsayan bir doğa düşünülmelidir.[292]

İnsanın doğası kavramıyla anlatılmak istenen nedir? İnsan doğası kavramı, insanın sadece maddi/biyolojik yapısını mı ifade etmektedir? İnsan doğası ile hukukun oluşturulması faaliyeti arasında nasıl bir ilişki vardır? Doğru hukukun, insan doğasına uygun olması gerektiği dikkate alındığında, insan ve insan doğası kavramlarının iyi bilinmesi ve tanımlanmasının önemi büyüktür. İnsanın tanımı ve

---

[290] Aktaran: Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.
[291] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[292] Berfin KART, Günümüz Düşünürleri ve Habermas'ta İnsan Doğası.

evrendeki konumuyla ilgili bilgi, çok önemli ve belirleyicidir. Eğer insan doğru tanımlanıp, doğru bir konuma oturtulamamışsa, yeryüzündeki hiçbir şey hakkında doğru ve sağlıklı bir sonuca ulaşılamaz. Bu nedenle insanın kendine ilişkin doğru bilgiye sahip olması ve kendini doğru tanımlaması temel bir konudur. Evrende merkezi bir role ve konuma sahip, hatta büyük düşünür Mevlana'nın deyişiyle âlemin/evrenin özü olan insanın, öncelikle kendi varlık yapısını doğru tanıması ve tanımlaması, her işin esası olduğu gibi hukukun oluşturulmasının da temel noktasıdır.

Dünyada hatta bir bakıma evrende diğer varlıklar içinde yaratılışı ve taşıdığı sorumlulukları bakımından insanın, merkezi bir konuma sahip olduğu söylenebilir. Yeryüzündeki her şey, insanın yararlanmasına sunulmuş ve onun ihtiyaçlarına göre düzenlenmiştir. Bu nedenle insanın tanımı ile hayat ve kâinat içindeki konumu çok önemli ve belirleyicidir. Eğer insanın tanımı ve konumu konusunda doğru sonuçlara varılamamışsa, yeryüzünde hiçbir şey yerli yerine konulamaz. İnsan doğru tanımlanmadığı takdirde, ahlaki durumu yani onun dünyada nasıl davranması gerektiği tam olarak anlaşılamayacağı gibi, ihtiyaçlarının neler olduğu da doğru olarak bilinemez. Bu yüzden insanın tanımı ve konumu temel ve belirleyici bir konudur. Doğru tanımlanmayan bir insan anlayışından/telakkisinden yola çıkılarak yapılacak her işin sonucu, sorunlarla karşılaşmak olacaktır. İnsanların, tarih boyunca eşyayı ve evrendeki diğer varlıkları tanımaya çalıştıkları halde kendi varlık yapılarını tanımaktan uzak olmaları, karşılaşılan bütün sorunların temelini oluşturur.

Bugün insanlar kendi dışındaki dünyayı bilmeye, anlamaya çalıştıkları halde, bu dünyada yaşadıkları hayatın anlamını tam olarak bildikleri söylenemez. Çünkü bu konuya yeterince önem vermemektedirler. 'İnsan Denen Meçhul' adlı eserinde, şimdiye kadar insanın tam ve doğru olarak tanımlanamadığı gerçeğine dikkat çeken Fransız düşünür Dr. Alaxis Crarel, "İnsan, kendi dışındaki dünyaya yöneldiği ve bu alanda kaydettiği gelişme ölçüsünde kendisinden uzaklaşmış ve kendi gerçekliğini unutmuştur. Böylece giderek kendisine yabancılaşan bir süreci yaşamaktadır." şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.[293]

İnsanın ne olduğunu tanımlamaya çalışan batılı bazı filozof ve düşünürlerin, bu konuda tek yanlı bakış açılarıyla büyük bir yanılgı içine düştükleri görülmektedir. Bir düşünür 'insan, iki ayaklı tüysüz bir hayvandır' (Platon) derken, diğer bir düşünür insanı 'düşünen hayvan' diye tanımlamıştır. İnsan için 'hayâları olmasaydı Tanrı derdim' (Nietzsche) diyen filozof olduğu gibi, onu 'ekonomik hayvan' (Adam Smith) olarak tanımlayan düşünürler de vardır. İnsan; sadece ekonomik çıkarları için hareket eden, tek amacı çok kazanmak, ekonomik çıkar ve haz duygusu olan, hayvani bir boyutta ele alınmış ve 'insan insanın kurdudur' (Hobbes) denilmiştir. Böyle bir anlayıştan, doğru hukuka temel olabilecek, insanın yaratılışı ve dünyadaki konumuna uygun düşen onurlu, şerefli bir varlık görüşünün ortaya çıkması mümkün değildir.[294]

---

[293] Alaxis Crarel, İnsan Denen Meçhul; Çev. Ömer Durmaz.

[294] http://www.felsefe.net/b-c-c/2485-aristotales-e-ait-ozlu-sozler.

İnsanların, yeme, içme, çoğalma, gezip dolaşma gibi ihtiyaçları bakımından ilk bakışta hayvanlarla ortak yanlarının var olduğu görülse de, bu ihtiyaçların giderilmesi şekil ve yöntemleri bakımından aralarında ciddi farklılıklar olduğu açıktır. Örneğin insanlar da hayvanlar gibi yerler, içerler. Ancak insanlar, yediklerini hayvanlar gibi kabaca ve doğal yapısıyla değil, kendilerinden bir şeyler ilave ederek; suda, ateşte pişirerek, değişik şekillere sokarak, tat, lezzet gibi estetik özellikler katarak yemektedirler. Bu nedenle insanların, binlerce çeşit yemek türüyle bir damak tadı ve yemek kültürü oluşmuştur. Hayvanlar ise, çok az sayıda olan yiyecek çeşidini buldukları haliyle yer ve bunun şekli hiç değişmez. İnsanların çoğalmalarını sağlayan cinsel ilişkileri de hayvanlardan çok farklıdır. İnsanların cinsel ilişkileri, hayvanlar gibi kaba ve ilkesiz bir biçimde olmayıp, bilinçli ve estetik bir özellik taşımaktadır.

Felsefi antropolojinin (insan biliminin) ülkemizdeki en önemli temsilcisi olan Prof. Dr. Takiyettin Mengüşoğlu'na göre insan; bilen, yapıp eden, değerlerin sesini duyan ve eylemlerinde değerleri gerçekleştiren, tavır takınan, önceden gören ve belirleyen, isteyen, özgün olan, tarihsel olan, amaç taşıyan, seven, çalışan, eğiten ve eğitilen, inanan, sanatın ve tekniğin yaratıcısı olan, konuşan, devlet kuran bir varlıktır.[295]

Tarihi süreç içinde toplumsal hayatta ortaya çıkan bütün kültür ve medeniyet olayları; insanların, farklı seçenek ve ihtimaller arasından beğenerek seçmesini ifade eden ruhi/manevî bir iradenin eseri, bir değerlendirmenin ürünüdürler. Böyle değil de insanın doğuştan getirdiği bir yapı ve mizacın gereği olarak, belirli bir davranışta sabit olarak kalmak onun için bir zorunluluk olsaydı, o zaman insan değil, sadece içgüdülerinin etkisi altında yaşayan bir başka varlık, yani hayvan olurdu.[296] Hâlbuki insan, ruhi/manevî yapısı ve sahip olduğu değerleri kavrama yeteneği ile kendini geliştirme imkânına sahip olan bir varlıktır. İşte bu anlamda insan, diğer canlılardan farklıdır. Demek ki insanların, hayvanlarla en çok benzer görünen yanları bile, çok farklılıklar göstermektedir.

İnsan denilen varlığa hak ettiği saygı ve değerin verilebilmesi, onun bir kişilik olarak ele alınmasına ve tam olarak anlaşılmasına bağlıdır. İnsanın bir şahsiyet olarak tanınması, onun herhangi bir eşya ya da varlık olmadığının kabulü anlamına gelir ki bu görüş, doğru ve sağlıklı bir insan anlayışının adeta giriş kapısıdır. Çünkü bu anlayış, insanı doğada bulunan herhangi bir varlık olmaktan ve onu doğal ve sosyal çevrenin bir sonucu görmekten kurtarmaktadır. Bilindiği gibi insan, diğer varlıklardan farklı olarak bir irade, bilinç ve değer varlığıdır.

İnsanı, doğadaki herhangi bir canlı gibi görmek ve onu sadece biyolojik bir varlık olarak algılamak ne kadar eksik ve yanlış ise, bütünüyle toplumun yarattığı bir varlık olduğu yönündeki sosyolojist bir yaklaşım da eksik ve yanlıştır. Her iki görüş de bir aşırılıktır. İnsanın sadece maddi/biyolojik yapısını tanımak, insanı tam

---

[295] Prof.Dr. Takiyettin Mengüşoğlu, Felsefi Antropoloji-İnsanın Varlık Yapısı ve Nitelikleri.

[296] Ord. Prof.Dr. M.Ş. Tunç, Veraset ve Terbiye/aktaran: Yrd. Doç.Dr. Levent Bayraktar.

olarak tanımak değildir. Çünkü biyolojik yapısı insanın yalnızca bir yönüdür. Onun psikolojik/ruhi yapısını da tanımak gerekir.[297]

İnsanla ilgili yapılacak olan hukuk kurallarının oluşturulması ya da her hangi bir faaliyet, onu tam olarak tanımadan olumlu sonuç vermesi mümkün değildir. Yunus Emre'nin şu mısraları, insanın öncelikle kendi kendisini gerçek anlamda tanıması ve bilmesinin önemini çok güzel dile getirmektedir:

İlim, ilim bilmektir,
İlim kendin bilmektir.
Sen kendini bilmezsen,
Bu nice okumaktır.

Yunanistan'da Delphoi tapınağının girişinde yazılı şöyle bir öğüt yer alır: "Kendini Bil, Rabbini Bil, Tekâmül Et (Kendini Geliştir)." [298] Kendini bilmek, bir anlamda nefsin terbiye edilmesidir. Bedendeki ihtirasın, cehaletin, taassubun/önyargının, nefretin, her türlü aşırı duygunun kontrol edilmesidir. Aşırılıklardan uzaklaşıp orta yolda, yani denge yolunda iyi, doğru ve güzele gidiştir. Kendini bilmek, davranışlarının farkında olmak, bilinçlenmek; 'eline, beline, diline sahip olmak'tır.

İnsanın varlık yapısı, tek yönlü değildir. Bu nedenle o sadece görülen yanıyla ele alınacak bir varlık değildir. O bir mikrokosmostur; yani küçük evrendir. İnsan, taşlarla varlığı, bitkilerle vejetatif (bitkisel) hayatı, hayvanlarla duygusal hayatı, meleklerle de tinsel/ruhsal/manevi hayatı paylaşır. Yani insan, taş ve topraklarla 'varlık' ortak paydasında, bitkilerle vejetatif/bitkisel hayat ortak paydasında, hayvanlarla duygusal hayat ortak paydasında, meleklerle tinsel/ruhsal/manevi hayat ortak paydasında birleşmektedir. Nicolai Hartmann'a göre, insanı insan yapan ve diğer canlılardan ayıran olay ve olgular, teknik, sanat, ahlak, din gibi başarılardır. Bu başarılar, insanla hayvan arasın-da, bir derece farkının değil, bir mahiyet/nitelik farkının varlığını kanıtlar. Bunu görmek için insan, bütünsel bir varlık olarak ele alınmalıdır. Bütünsel olarak bakıldığında insanda hiç bir hayvanlık olmadığı gibi, hayvanda da bütünsel olarak bakıldığında hiç bir insanlık yoktur.[299] Nitekim Max Scheler, insanla diğer canlı varlıklar arasında bir derece farkının değil, bir yapı ve mahiyet farkının olduğunu iddia eder.[300]

Gerçekten insan, maddi/fiziki bir bedene sahip olup, diğer varlıklarla birlikte fizik ve kimya kanunlarına tabidir. Ancak insan aynı zamanda tinsel/manevi bir varlıktır. İnsanın ayırıcı niteliği bu tinsel yani manevi varlığıdır. Bu yönüyle o diğer bütün canlı ve cansız varlıklardan ayrılır. Hukukun oluşturulması faaliyetinde, insanın bu ayırıcı niteliğinin dikkate alınmaması halinde, doğru bir hukuk oluşturulmasından söz edilemez.

Bazıları, yalnızca elle tutulan ve gözle görülen şeylerin var olduğunu söyler. Gözle görülebilen belirli bir kütlesi, ağırlığı, bedeni ya da vücudu olan **cisim** ile **varlığı** birbirinden ayıramazlar. Bu gibi insanlar, gözle görülmeyen cisimsiz

---

[297] Ord. Prof.Dr. M. Ş. Tunç, Ruhiyat; aktaran: Yrd. Doç.Dr. Levent Bayraktar.
[298] http://arsiv.indigodergisi.com
[299] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[300] Prof. Dr. Takiyettin Mengüşoğlu, Felsefi Antropoloji Hakkında Düşünceler.

varlıkların da bulunduğunu söyleyen düşünürleri görünce onlara kulaklarını kapatırlar. Onlar sadece görebildikleri şeylerin var olduğuna inandıklarından, insanın tinsel/manevi yanını kabul etmezler. Bu eksik anlayışla yola çıkan hiçbir hukukçu, insanla ilgili doğru karar alamaz, doğru iş yapamaz, doğru hukuk da oluşturamaz. İnsan, yaratılmışların baş tacıdır. İnsan, diğer varlıklara olan üstünlüğünü taşıdığı yüksek değerlerden alır. Böylece insan varlığı, asıl değer ve anlamını tinsel/manevi yanından aldığına göre, **doğru hukukun** dayalı bulunacağı **hukuk ilkeleri**, insanın ahlaki kişiliği, hakları ve onuru ile ilgili bulunmalıdır.[301]

3) HUKUKUN İNSAN HAKLARI VE ONURUNA DAYALI OLMASI

Doğru hukukun temel ilkelerinden biri de onun, insan haklarına ve onuruna dayalı olmasıdır. Hukukun; insan doğasına uygun olması, onun temel ilkelerinin, insan hakları ve insan onuruyla ilgili olmasını gerekli kılar. Başka bir deyişle insan hakları ve onuru, hukukun temel kriterlerinden biridir.

İnsan hak ve özgürlükleri, devlet tarafından verilmez, tanınır. Hatta devlet bu hak ve özgürlüklere dayanır. Bu, hukuk devleti anlayışının bir sonucudur. Çünkü devlet bu hakları tanısa da tanımasa da onlar zaten vardır. Ancak bu hak ve özgürlüklerin devlet tarafından sadece tanınmış olması da yetmez. Dolayısıyla kâğıt üzerinde tanınan hak ve özgürlüklerin ne ölçüde hayata geçirilmiş olduğu; siyasal iktidarlara, siyasal iktidarlara etkili olabilecek egemen güçlerin olumsuz etkilerine engel olabilme, onları hukuk sınırında tutabilme başarısına bağlıdır. Bu nedenle, hukuktan söz edildiğinde, öncelikle devletin ya da siyasi iktidarların bu konudaki tavırlarına bakmak gerekir.[302]

Bu nedenle hukukun oluşturulmasında ahlaki davranmak kavramı; hak ve özgürlüklerin yasa ve anayasalarda sadece yazılmış olmasını, yani sadece iyi yasalar yapmayı değil, aynı zamanda hukuki metinlerde var olan bu hak ve özgürlüklerin hayata ve uygulamaya geçirilmiş olması gerektiğini de ifade eder. İnsan hakları, her hangi bir devlet tarafından insanlara verilen değil, onların doğuştan sahip oldukları ve devredilmesi mümkün olmayan temel haklardır. İnsan onuru ise; onun, duyan, düşünen ve özgür bir varlık olarak taşıdığı değerdir.

İnsan onuru ve değerini eş anlamda kullanan Kuçuradi bu konuda şöyle der: "İnsanın değeri derken bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünler olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar insanın değerini ya da onurunu oluşturur."[303] İnsanın, insan olmasından dolayı sahip olduğu ve hayatta kendisini geliştirebileceği vazgeçilemez temel hak ve özgürlükleridir. Doğru hukukun dayalı bulunacağı temel ilke ve ön kabuller işte bu insan hakları ve

[301] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[302] Prof. Dr. Doğan Özlem, Hukuk Felsefesi ve Etik.
[303] Prof. Dr. İoanna Kuçuradi, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri.

onurudur. İnsan haklarına ve onuruna, sıradan bir hayat için değil, fakat onurlu/değerli bir hayat için ihtiyaç duyulur.

İnsanın temel hakları ve onuru etik ilkeler olduğu için, hukukun temel ilke ve ön kabullerinden biridir. Hukuk, bütün aşamalarında bu temele dayalı olarak oluşturulmalıdır. İnsan hakları, insan doğasının temelindeki ahlaki görüşün gerçekleştirilmesi için gerekli olan sosyal değişmeleri gerekli kılmaktadır. İnsan haklarından yararlanamayan bir insanın kendi ahlaki doğasına yabancılaşmış olduğu söylenebilir. Çünkü insanın doğası, insan haklarının kaynağı ve temelini oluşturur.[304]

Doğru ya da iyi hukuk, herhalde insanın insan olmasının gereğine uygun olarak yaşayabileceği ve kendisini geliştirebileceği hukuki ortamı hazırlamalıdır. Doğru hukukun dayalı olması gereken temel hukuk ilkeleri, insanın kişilik ve onuru olduğuna göre, bu durumda 'insanın kişilik ve onurunun bağlı bulunduğu **yüksek değerler** nelerdir' sorusu akla gelmektedir. Çünkü insanın kişiliği, temel hakları ve onuru kavramları, gerçek anlamını bulduğu değerler sistemine dayanmadığı takdirde, her zaman içerikten yoksun kalma ve özelliklerini yitirme tehlikesiyle karşılaşabilir.

Bireyin manevi menfaatlerinin, onurunun, kişiliğinin bağlı bulunduğu yüksek değerlerin; hakikat, etik, estetik gibi değerlerle birlikte **yücelik değerleri** (yüksek, büyük, ulu, ulvi; dini değerler) olduğu söylenebilir. İnsan ancak bu değerlere uygun bir benliğe sahip olup ona göre davranışta bulunduğu zaman varlığını ve gelişimini tamamlamış, yetkin ve mutlu bir insan, tam anlamıyla bir insan olmuş olur.[305] Çünkü insan, ahlaki bir varlık olup onun dünyadaki asıl varlık nedeni yüksek değerleri gerçekleştirmektir.

İnsan, tek yönlü değil, bütün özellikleriyle ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Etik değerler bakımından, insanın sadece maddi/biyolojik doğasının ele alınması yeterli değildir. İnsanı, diğer canlılardan ayıran özünün dikkate alınması gerekir. Örneğin, insan onuru sadece insana ait olan bir niteliktir. İnsanın, manevi/ruhsal bakımdan mutluluk ve huzur içinde olması, sadece maddi/biyolojik ihtiyaçlarının giderilmesiyle mümkün değildir. Hiç şüphe yok ki insanın maddi/biyolojik doğası dikkate alınmalıdır. Ancak insanın maddi/biyolojik doğasına, onun varlığının amacına uygun ahlaki ve hukuki bir biçim verilmelidir. Örneğin evlilik kurumu, insanın maddi/biyolojik doğasına ahlaki ve aynı zamanda hukuki bir biçim kazandırılmasıdır. Bu ahlaki ve hukuki biçim, toplumun en küçük birimi olan aileyi ortaya çıkarmıştır.[306] İşte evlilik kurumu, insan doğasına ve onun varlık amacına en uygun ahlaki ve hukuki bir kurum olduğundan, evlilik kurumunu göz ardı eden, ona aykırı hükümler içeren ya da onu korumayan bir hukuk, doğru/iyi hukuk olamaz.

4) HUKUKUN TEMEL İLKESİ OLARAK İNSAN AKLINA UYGUNLUK

4.1) Akıl ve Akla Uygunluk Ne Demektir?

[304] Prof. Dr. İoanna Kuçuradi, İnsan Hakları.
[305] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[306] Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.

Batılı filozoflardan Sokrates'e göre akıl; insanın, değişmez ve mutlak varlığın bilgisine ilişkin doğuştan sahip olduğu yetidir. Platon; aklın, insan zihninde doğuştan yer alan ve zorunlu, kesin, genel geçer bilginin kaynağı olduğunu ileri sürer. Aristo'ya göre; akıl, bilgi edinme yetisi ve bilgiyi taşıyan değil, üreten bir kaynaktır.

Fârâbî, El-Esile isimli kitabında; aklın 'bağlamak, hapsetmek, tutmak, kavramak, bir şeyin hakikatini anlamak, sığınmak, korunmak' gibi sözlük anlamlarından 'hapsetmek, alıkoymak' anlamlarını öne çıkararak bu kavrama ahlâki bir içerik yükler. Ona göre akıl; engellemek, tutmak, alıkoymak demektir. Akıllı kimse, eşyayı yerinde tutan ve onları kendilerine ait yere koyan kimsedir. Bunu 'her şeyi yerli yerine koymak, yerinde yapmak, gerektiğinde ve gerektiği kadar yapmak' şeklinde genişlettiğimizde elbet ahlâki bir içerik de kazanır. Ünlü düşünür Kindî'ye göre; "akıl, varlığın haki-katlerini kavrayan bir cevherdir." [307] Cevher ise, bir şeyin aslı, özü, mayasıdır.[308] Bu tanımın ahlâki sonucu şudur: Aklı sayesinde varlığın hakikatlerini belirli ölçüde kavrayabilme yeteneğine sahip olan insan, öncelikle kendi varlık yapısını doğru okuyacak, dünyadaki konumunu doğru belirleyecek ve davranışlarını da bu bilince göre gerçekleştirecektir.

Maturidi; aklı, 'varlıkları ve onlarla ilgili bilgileri sınıflandırarak bunlardan sonuçlar çıkaran ve insana karşılaştırma yapma imkânı veren zihinsel bir alet' olarak tanımlar.[309] Aklı, ruhi bir güç olarak kabul eden Elmalılı M. Hamdi Yazır, aklı 'duyu organlarıyla elde edilemeyen bilgiyi bizzat **keşfeden**, kavrayan bir alet' diye tanımlamıştır. Akıl, olay ve olguları inceleyen, onların iyi ve kötülüğünü belirleyebilen, olaylar arasında ilişkiler kuran ve onları karşılaştırıp sınıflandıran, bunun sonucunda genel hükümler elde edebilen ve insanı güvenilir bilgiye ulaştıran araçlardan biri olan zihinsel bir varlıktır.[310] Akıl, insanın bilgi kaynaklarından biridir. İnsanlar akılları sayesinde güzellikle çirkinliği; iyilikle kötülüğü, doğruyla yanlışı tanırlar ve diğer varlıklara göre üstünlüklerini akıl sayesinde anlarlar.[311] Akıl, Tanrı'nın insana verdiği en büyük nimettir. İnsan, akıl sayesinde diğer varlıklardan ayrılır. İnsanın yaptıklarından dolayı sorumlu bir varlık olması da aklı nedeniyledir. Akıl, insanın eski deyişle alâmetifarikasıdır, yani insanın ayırıcı niteliğidir.

Akıl; basit içgüdülerle değil, düşünme ve muhakeme yoluyla karar verme ve davranışta bulunma yeteneğidir. Hukuka temel olacak değerlerin bilgisine ancak akıl aracılığıyla ulaşılabilir. Hukuka temel olacak değerler hakkındaki bilgilere ulaşma zorunluysa, insan için bu bilgilere ulaşmayı sağlayan sağlam araçlara başvurmak da zorunludur.

Günlük hayatta aklı iyi kullanmaya ilişkin farklı kavramlar kullanılmaktadır. Akıl dolu, akıllıca, rasyonel, akıl etmek, aklın yolu birdir, akıllı çocuk, aklı başında

---

[307] Prof.Dr. Enver Uysal, Kindî ve Fârâbî'de Akıl ve Nefs Kavramlarının Ahlâki İçeriği.
[308] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[309] Maturidi, Kitabüt-Tevhit.
[310] Doç. Dr. Mahmut Ay, Kelam'da Akıl-İman İlişkisi.
[311] Prof. Dr. Sönmez Kutlu, Maturidi Akılcılığı ve Günümüz Sorunlarını Çözmede Katkısı.

insan gibi… Akıl dolu veya akıllıca; aklı iyi kullanmak, akla uygun, doğru, makul demektir. Örneğin halk dilinde 'ne yaparsanız yapın, yeter ki akıllıca olsun' denilir. Akılcı/rasyonel; akla uygun, aklın kurallarına göre, ölçülü, hesaplı anlamına gelir. Bir işin amaca en uygun bir biçimde ve önyargılardan ve duygusal saplantılardan arınmış bir akıl yürütmeyle yapılmasını ifade eder. Örneğin yapılan bir işin, amaca uygun, hesaplı ve ölçülü olduğunu belirtmek için 'bu iş, rasyonel bir çalışma oldu' şeklinde ifade edilir. Aklı başında insan; sürekli akıllı, ölçülü davranan insan demektir.[312] Örneğin, 'birbirini çekiştirmek, aklı başında olan insanların yapacağı iş değildir.'

Ayrıca herhangi bir tedbir ve çareyi zamanında düşünmeyi, vaktinde hatırlamayı ifade etmek üzere **akıl etmek** kavramının kullanıldığı da bilinmektedir. Örneğin, 'hava tahmin raporlarına göre bugün yağmur yağacağı bildirilmişti ama ben şemsiye almayı akıl edemedim' denilir.

Felsefi bir kavram olarak ise akıl, 'İnsandaki kavrama, bağıntı kurma, düşünme, farklılıkların ve benzerliklerin bilincine varma, çıkarsama (bir önermeden, düşünce yoluyla bir başka önermeye geçme işi) yapabilme yeteneği (Cevizci, Paradigma Felsefe Sözlüğü) ve eşyanın nedenlerini yakalama melekesi (Bolay, Felsefî Doktrinler ve Terimler Sözlüğü) gibi farklı biçimlerde tanımlanmaktadır.[313] Gerek halk dilinde kullanımına ve gerekse felsefi bir kavram olarak yukarıdaki tanımlarına bakıldığında, genel olarak aklın; eşyanın mahiyetini kavrama, doğru düşünme kurallarına bağlı kalarak olay ve olguların nedenlerini anlama yeteneği, aracı ve aleti olduğu anlaşılmaktadır.

a) Doğru Düşünmek ve Akıl İlkeleri

Hukukun temel ilkelerinin akla uygun olması ne anlama gelir? Akla uygun olmak, hukukun temel ilkelerinin belirlenmesinde tek kaynak olarak aklı kabul etmek midir? Yoksa hukukun muhatabının başka varlıklar değil de akıl sahibi insan olması nedeniyle, hukukun akıl ve mantık ilkelerine uygun olmasını mı ifade etmektedir? Bu soruların doğru cevabı, herhalde hukukun, akıl ve mantık ilkelerine uygun olmasını ifade ettiğidir. Bu durumda, doğru düşünmenin ve aklın ve mantığın ilkelerinin ne olduğu önem taşımaktadır.

Mantık, **doğru düşünmenin** bilimidir. Akıl ve mantığın ilkeleri, insan aklını düzenli kullanmanın, **doğru bilgi** elde etmenin kurallarını ve yollarını gösterirken, yanlış düşünmeyi ve yanlış akıl yürütmeleri önlemektedir. Felsefede bilgi kuramı, bilginin kaynağı ve değeri, bilginin sınırları gibi sorunları ele alırken, bunları mantıksal bir tutarlılık; akla uygunluk içinde sistemleştirir. Bu nedenle bilgi kuramı ve mantık birbirinin tamamlayıcısıdır.

İnsan, genel olarak evrenle ilgili bir takım bilgilere sahip olur. Zihnimizde iyiliğe, kötülüğe, güzelliğe, çirkinliğe, hakikat ve hayata vs. ait bilgiler vardır. Acaba zihnimizdeki mevcut bilgiler nasıl meydana gelmektedir? Bilgilerin meydana gelmesinde aklın rolü nedir? Felsefe tarihinde, doğru bilginin elde

[312] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[313] Aktaran: Doç.Dr. Hüseyin Karaman, Aklın Sınırları ve Din-Felsefe İlişkileri.

edilebilip edilemeyeceği, eğer elde edilebilirse bunun kaynağının ne olduğu konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Doğru bilginin mümkün olamayacağını savunan felsefe ekollerine karşı rasyonalizm, doğru bilginin elde edilebileceğini ve aklın mutlak bir bilgi kaynağı olduğunu savunmuştur. Rasyonalizm/ akılcılık, doğru bilginin ancak akıl ile elde edilebileceği tezini savunan felsefi yaklaşımın adıdır. Buna göre, kesin ve evrensel bilgilere ancak akıl aracılığıyla ve tümdengelim yöntemiyle ulaşılabilir. Bu kuramın temsilcilerinden Laibniz'e göre, olgulara dayalı bilgiler vardır. Bu bilgiler 'yeter neden' ilkesine dayanırlar. Aristo'ya göre mantık, doğruya vardıran bir araçtır. O, mantıklı düşünmeyi tümdengelim olarak değerlendirir. Gerçek bilgi, tümdengelim yoluyla elde edilebilirler. Descartes'e göre matematiğin metodunda analiz ve sentez vardır. Bu yol gerçeği elde etmede kullanılacak en doğru yoldur.[314]

b) Hukukun Yeter-Neden İlkesine Dayanması

Felsefede yeter-neden ilkesi, bir şeyin var olabilmesi için yeterli nedenin bulunması gerektiğini ileri süren mantık ilkesidir. Bu ilkeye göre, her yargının doğruluk nedeni bir başka yargıdır. O halde, her yargının doğruluğu için bir başka yargı gereklidir.[315] Örneğin, doğal hayattaki olayların varlık nedeni, onları meydana getiren yine doğal hayattaki başka olaylardır. Başka bir ifadeyle doğadaki olaylar, varlıklarını yine doğadaki başka olaylara borçludurlar. Düşünce dünyasındaki düşünceler ve yargılar ise, varlıklarını başka düşüncelerden; temel ilkelerden alırlar. Doğadaki olayların birbirlerini oluşturması gibi, düşünce dünyasında da düşünceler birbirini oluşturur ve temellendirir.[316] Buna mantıkta yeter-neden ilkesi denir. Bilindiği gibi yeter-neden ilkesi, yeter neden olmadan hiçbir şeyin var olmayacağı ilkesidir. Her şey var oluş nedenine sahiptir. Bir düşünce, yeter nedenlere dayandırılabildiği ölçüde daha iyi anlaşılabilir.

Mantık ilkesi olarak, bir yargının doğru olarak kabul edilebilmesi için, bir **yeter nedene** yani temel bir düşünce ve ilkeye dayanması gerekir. Örneğin Tanrı kavramı, evrenin var olması ve onun bir düzen içinde devam etmesi olgusunun yeter nedenidir. Hukuk da bir düşünce ürünü olmasından dolayı, ancak yeter nedenlere dayanmakla geçerlik kazanabilir. Bunun içindir ki pozitif hukukun üstünde, onun fikri temellerini oluşturacak bir **temel nedene** ihtiyaç vardır. Çünkü anayasa ile birlikte bütün pozitif hukuk kuralları için, onları temellendirecek yani gerekçelendirecek **daha üstün** ve **son bir nedenin bulunması** mantıken zorunludur.[317] Kelsen'ci pozitivist hukukun temel yanılgısı da, hukuk kurallarının geçerlik ve yürürlüğünü, bir hiyerarşik yapı içinde en alt dereceden başlatıp en üst konumda yer alan ve sonuç itibariyle kendisi de bir pozitif hukuk kuralı olan anayasaya kadar getirip orada sonlandırmasıdır. Bilindiği gibi Kelsen'ci anlayışa göre bir hukuk sisteminde en üst hukuk normu olan anayasanın nihai hukuki

---

[314] Rasyonalizm http://www.webhatti.com/felsefe.

[315] Ömer Yıldırım, http://www.felsefe.gen.tr/mantik/yeter_sebep_neden_ilkesi_nedir_ne_demektir.asp.

[316] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

[317] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

geçerlilik kaynağı asli kurucu iktidarın ortaya koyduğu iradedir. Bu iradenin dışında başka bir temel neden yoktur.

4.2) Hukukun Akla Uygun Olması ve Rasyonalizm

Hukukun akla uygun olmasını, aklı kutsayan rasyonalizm akımıyla karıştırmamak gerekir. Rasyonalistler, doğru bilginin ve hakikatin yegâne kaynağının akıl olduğuna inanırlar. Onlara göre, hakikate sadece akılla ulaşılabilir. Aklın kavrayamayacağı bir şey yoktur. Bir hukuk teorisi olarak rasyonalizm, hukuku akıl ile temellendiren yaklaşımın adıdır.[318] Rasyonalizm, insanın doğuştan zihinde var olarak kabul ettiği fikir ve yetilerden hareket etmekte, zihnin bütün insanlar için değişmez yetilere sahip olduğunu ileri sürmekte, dolayısıyla zihnin gelişmesini inkâr etmektedir ki bu doğru bir şey değildir.[319]

Rasyonalizm; aklı, mutlak bilginin tek kaynağı olarak görmektedir. Bu yönüyle rasyonalizm, akla taşıyamayacağı yükü yüklemiştir. Rasyonalizmin hukuku olumsuz yönde etkileyen boyutu, hukuku oluşturan diğer zorunlu unsurları dışlamasıdır. Aklı mutlaklaştıran/kutsallaştıran tek yönlü tutumu nedeniyle rasyonalizmin, doğru hukukun oluşturulmasının önünde bir engel olduğu söylenebilir. Çünkü bu akım, aklı mutlak bilginin tek kaynağı görmekle, hukuku oluşturan diğer temel faktörleri inkâr ve bütünüyle göz ardı etmektedir. Aklın, tek başına mutlak hakikate ulaşamayacağı, felsefe tarihinde filozofların aynı konuda çok farklı görüşlere sahip olmasından da anlaşılmaktadır. Eğer akıl, mutlak hakikatin tek kaynağı olsaydı, her filozofun aklı aynı görüşte birleşirdi.

Rasyonalizm, aklın işlevleri konusunda aşırılığa düşmüştür. Rasyonalistler, aklın anlama sınırlarını aşan, aklın söz sahibi olmadığı gerek metafizik inançları ve gerekse kutsal değerleri kabul etmeyerek kendi alanı dışına çıkmış, kendi imkânlarını aşırı ölçüde zorlamıştır. Rasyonalizm, aklın kutsallaştırılması ve suiistimalidir, kötüye kullanılmasıdır. Şüphesiz ki metafizik inançların ve değerlerin de anlaşılması ve kavranması ancak akılla mümkündür. Ancak akıl kavrasa da kavramasa da metafizik inançlar ve değerler kıymetinden bir şey kaybetmez. O halde akıl, mutlak çözümleyici değil, sınırlı çözümleyicidir. Akıl da duyular ve deney gibi bir bilgi imkânıdır. Onun bilgilerine de sınırlı ölçüler içinde güvenilir. Tek başına bilginin kaynağı olarak görülemez. Rasyonalistlerin iddia ettikleri gibi aklın bilgilerini mutlak, genel geçer kabul etmek, aklın her şeyi çözümleyeceğini ileri sürmek tek yanlı ve aşırılığa kaçan bir değerlendirmedir.[320]

Hemen belirtilmelidir ki, bir hukuk sisteminin, aklı ve aklın ilkelerinden yararlanmış olması, indirgemeci bir mantıkla onun rasyonalist bir düşünce sistemi olduğunu göstermez. Başka bir deyişle felsefi bir akım olan ve akıl yoluyla elde edilen bilginin mutlak ve genel geçer olduğunu ileri süren rasyonalizm başka bir şey, akıl yürütmenin ya da doğru düşünmenin yöntemini gösteren aklın ilkelerinin hukukta kullanılması ayrı bir şeydir. Gerçi rasyonalizmde önemli bir yer tutan **tümdengelim** yöntemi, matematik, mantık gibi bazı bilimlerde ve hukuk alanında

[318] Prof.Dr. Orhan Münir Çağıl, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş.
[319] Prof.Dr. Hüsamettin Erdem, Rasyonalizm.
[320] Prof.Dr. Hüsamettin Erdem, Rasyonalizm.

da kullanılmaktadır. Ancak yanlış olan, aklın sınırlarını aşan konularda da bu yöntemi kullanmak ve aklı, bilgiye ulaşmanın tek kaynağı görmektir.

Akıl, her zaman potansiyel olarak iyiyi seçme yetisine sahiptir. Ancak bununla birlikte insan tabiatından kaynaklanan bir takım olumsuz etkiler nedeniyle (örneğin akıl, bazen duyuların etkisinde kaldığından) insanların, her zaman aklıyla hareket edememe ihtimali de bulunmaktadır. İnsanların yanlış davranışlarda bulunması aklını iyi kullanmayışı yüzündendir.[321] Bu nedenle akıl, insanı bilgiye ulaştıran bir araç; hukuka temel olacak değerleri keşfeden bir alet olmakla birlikte tek başına hukuku üreten temel kaynak olduğu söylenemez. İnsanın yaratılmış doğası/tabiatı görmezden gelinerek, sadece **pratik akılla** doğru hukukun ilkelerinin belirlenmesi söz konusu olamaz. Pratik akla kılavuzluk edecek veri ve etik değerlerin de olması gerekir.

J. Locke, doğal hukukun rasyonalist boyutuna daha çok önem verenlerin dile getirdiği ve hukuku üreten bir kaynak olarak gösterdiği 'insanlarda akla göre yaşamak içgüdüsü' ile ilgili yaptığı değerlendirmede aklın, **hukuku üreten temel kaynak** olamayacağını açıkça dile getirmektedir. Bilindiği gibi doğal hukukun rasyonalist yönüne vurgu yapan bu görüşe göre, **akıl,** insan doğası hakkında bazı genel aksiyomlardan tümdengelim yoluyla pozitif hukuka da temel/dayanak oluşturabilecek bir takım temel hukuk ilkelerini üretme ve kurma imkânına sahiptir. Örneğin, Hollandalı Hugo Grotius'a göre, insanlarda akla göre yaşama içgüdüsü vardır ki işte bu içgüdü hukukun kaynağıdır. [322]

Ancak J. Locke'a göre bu görüş doğru değildir. Çünkü akıl, var olan doğal yasaları araştırıp bilebilir ama onları üretemez, yani hukukun tek kaynağı olamaz. Locke, bu konuda şöyle der: "Bazı insanların tabiat kanununu aklın buyruğu olarak adlandırmaları bana doğru bir tanımlama olarak görünmüyor. Çünkü **akıl**, **tesis** etmekten çok onu **araştırır** ve üstün gücün koyduğu ve kalplerimize yerleştirdiği bir kanun olarak **keşfeder**." Görüldüğü gibi **Locke**'a göre doğal yasaların aklın buyruğu olarak nitelendirilmesi ve **kaynağının** da **akılda aranması** çok doğru değildir. Çünkü aklın yasa koymak gibi bir gücü yoktur. O ancak olan bir yasanın bilinmesine/kavranmasına ve o yasaya uygun bir hayat sürülmesine imkân sunabilir.[323]

Rasyonalistlerin aklı mutlaklaştıran tek yanlı yaklaşımına karşılık bazı doğal hukuk düşünürleri **aklı**, pozitif hukuka yol gösterecek **değerleri keşfeden bir alet** olarak görmüşlerdir. Bu düşünürler, genel olarak hem insanın maddi ve manevi doğası, hem de insan aklını birlikte değerlendirerek **olması gereken hukuku** inşa etmeye çalışmışlar, böylece tek yanlı yaklaşımların zararlı sonuçların-dan kurtulmak istemişlerdir.

Doğal hukukun temellendirilmesinde, **akıl** ve **insan doğası** birlikte değerlendirildiğinde, belki daha tutarlı ve verimli bir doğal hukuk kavramına

---

[321] Doç. Dr. Hülya Alper, Maturidî'de Akıl-Vahiy İlişkisi.

[322] Yrd. Doç.Dr. Ferhat AKDEMİR, Doğal Hukuk Anlayışında Hukukun Temellendirilmesi.

[323] Yrd. Doç.Dr. Ferhat Akdemir, Doğal Hukuk Anlayışında Hukukun Temellendirilmesi.

ulaşılabilir. **İnsan doğası** ile **aklı** birlikte değerlendirdiğimizde bu bize, insan doğasının yaratılışına ilişkin 'amaçsallık' düşüncesini, yani insan gibi akıllı bir varlığın yaratılışında özel ve yüce bir amacın bulunduğu fikrini kazandırır. İngiliz filozof Richard Cumberland, doğal hukuku tanımlarken, Tanrı'nın iradesiyle insan doğası ve **aklı** arasındaki ilişkiye vurgu yapar: "Doğal hukuk, **ilk neden** olan Tanrı'nın iradesi tarafından, eşyanın ve insanın doğası yoluyla aklın keşfine/gözlemine sunulmuş bir öneridir. Bu öneri, ortak iyiyi ve kişilerin mutluluğunu sağlayabilecek rasyonel (akıl dolu/akıllıca) bir eyleme işaret eder.[324]

Bu tanımda eşyanın ve insanın doğasının, insan aklının keşfine ve gözlemine sunulmuş olduğu değerlendirmesi dikkat çekmektedir. Bu tanımda evrendeki canlı ve cansız bütün varlıkların müthiş bir düzen ve birbiriyle bağlantı içinde ve hayatı mümkün kılacak biçimde, değişmeyen bir doğal yasa çerçevesinde hareketlerine devam etmesinin, bütün bu varlıkların hareketlerini tanzim ve idare eden Tanrı tarafından insan aklına, sosyal hayatta, eşyanın ve insanın doğasından çıkaracağı ilkeler çerçevesinde yürüteceği bir hukuk düzeni kurması konusunda sunulmuş bir teklif olduğu ifade edilmektedir. İşte doğal hukuk anlayışına göre insan aklının, eşyanın doğasından çıkaracağı sosyal hayat ilkeleri adalet, eşitlik ve düzen ilkeleridir. Tanrı'nın koyduğu doğal yasalar, nasıl ki evrenin bir düzen içinde devamını sağlıyorsa, insanın oluşturacağı hukuk kuralları da toplumsal hayatın düzen içinde devamı için gerekli adalet, eşitlik, hakkaniyet gibi ilkeleri içermelidir.

Akıl, hukuka temel oluşturacak değerleri tanımlama ve kavramada önemli bir araçtır. Ancak, insan aklının sınırlı olduğunun farkında olmak gerekir. Dolayısıyla bu sınırlı yapının eksiklerini giderecek başka verilere ihtiyaç vardır. Aklın, teorik olarak iyiyi kötüden; yararlıyı zararlıdan ayırt etme gücünün pratik alanda ancak bu yolla kesinlik kazanabileceği söylenebilir. John Finnis, hukuk ilkeleri için akla yardımcı olabilecek ve akıl yürütmenin başlangıç noktasını oluşturacak temel iyi'lerden söz eder. Finnis'in; hayat, bilgi, dostluk, estetik değer, pratik akla uygunluk ve din olarak tanımladığı bu **temel iyiler**, başka değerlere dayanmayan ve doğrulukları için herhangi bir ispata da ihtiyaç duyulmayan **kendi kendine iyi,** apaçık değerlerdir. Dolayısıyla insanın maddi ve manevi doğası/tabiatı ve kendi kendine iyi olan **apaçık değerler,** insan için akıl yürütmenin kapısını açacak; zeminini oluşturacak verilerdir. Ayrıca, insanoğlunun kültürel mirası ve sosyolojik veriler bu akıl yürütmede insana yardımcı olacak verileri sunabilir.[325]

Sonuç olarak; aklın ve mantığın ilkeleri, hukukun oluşturulması ve uygulanmasında doğru düşünmenin, insan aklını düzenli kullanmanın, **doğru bilgi** elde etmenin kurallarını ve yollarını gösterir. Yanlış düşünmeyi ve yanlış akıl yürütmeleri önler. Doğru ile yanlışı; doğru hukuk ile yanlış hukuku ayırt etmek ancak akılla mümkündür. Bununla birlikte akıl, doğru hukuku tek başına oluşturacak kaynak değildir. **Akıl**, hukuk kurallarını oluşturacak kanun koyuculara yol gösterecek **değerleri keşfeden,** kavrayan **bir alettir**. Dolayısıyla doğru hukukun akla uygun olması ilkesini, aklı mutlaklaştıran ve bilginin tek kaynağı

[324] Doç. Dr. Sururi Aktaş, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.
[325] Aktaran: Doç. Dr. Sururi AKTAŞ, İdeal Hukuk Kavramı Üzerine).

olarak gören rasyonalizme uygunluk değil, doğru düşünmenin yöntemlerini gösteren aklın ve mantığın ilkelerine uygunluk olarak anlamak gerekir.

III. HUKUKUN TEMELLENDİRİLMESİ VE HUKUKTA MEŞRUİYET

Hukuk normlarına neden itaat edilmektedir? Hukuk normları, sırf bir otoritenin emri olduğu için mi onlara itaat edilmektedir? Yoksa hukuka itaat etmenin akla uygun bir davranış olduğuna inandığımız için mi? Ya da bu itaatin nedeni, insan zihnine doğuştan konulmuş olan bir adalet duygusunu tatmin ihtiyacı mıdır? [326]

İşte bütün bu sorular hukukun temellendirilmesi ve meşruiyeti ile ilgilidir. Hukukun temellendirilmesi ve hukukta meşruiyet konusu, hukukun oluşturulması faaliyeti açısından merkezi bir öneme sahiptir. Hukukun bağlayıcılığını sağlayan nedir? İnsanların, hukuk normlarına neden uymak zorunda olduklarının mutlaka temellendirilmesi/gerekçelendirilmesi ve hukuk kurallarının insanlar için neden bağlayıcı olduğunun açıklanması gerekmektedir.

A) GENEL OLARAK MEŞRUİYET KAVRAMI VE TEMELLENDİRME

1) MEŞRUİYET KAVRAMININ TANIMI

Meşruiyet, kelime olarak 'kabul edilebilirlik' anlamına gelir. Meşruiyet, meşru olma durumudur. Meşru kavramı sözlükte; 'yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu, yasalara uygun, kanuni, legal olan; din ve hukuk kurallarına uygun düşen' anlamlarına gelmektedir. Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğünde 'meşru' sözcüğü**,** "yasaya ve dine uygun olan; yasanın ve dinin doğru bulduğu" şeklinde tanımlanmıştır.[327] Osmanlıca-Türkçe Okul Sözlüğü'nde 'meşru' kavramı, 'kanuna, dine ve töreye uygun olan; meşruiyet ise 'meşruluk, yasallık, kanuna uygun olma' durumu olarak tanımlanmıştır.[328] Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat'e göre meşru, 'kanuna, yasaya uygun'; meşruiyet ise, 'meşruluk, meşru olma, kanuna uygun bulunma hali' şeklinde tanımlanmıştır.[329] Türk Hukuk Lügatinde meşru; 'yasal, legal'; meşruiyet ise hukuk düzenine uygun olan örneğin 'meşru çocuk' gibi bir olguyu ya da 'meşru müdafaa' gibi bir davranışı anlatan kavram olarak tanımlanır.[330]

Meşruiyet, karşılıklı uygun bulma ve bir tür razı olma halidir. Meşruiyet, yönetici ve yetkili kişi ya da kurumların, bir işin esası ve yöntemiyle ilgili yaptıkları şeylerin doğruluğuna bireylerin duydukları inançtır. Meşruiyet, bir otoriteye itaati, egemen olan güce körü körüne boyun eğme veya alışkanlıklara dayalı sıradan bir davranış olmaktan çıkarıp etiksel bir gerekçeye dayandıran ilkenin adıdır. Birey ve yöneticilerin, otoritenin haklılığına duydukları inançtır. Bu nedenle mevcut yasalara

---

[326] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[327] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[328] Ferit Develioğlu ve Neval Kılıçkını, Osmanlıca-Türkçe Okul Sözlüğü.
[329] Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat.
[330] Prof. Dr. Ender Ethem Atay, Hukukta Meşruiyet Kavramı.

uygun olarak kurulan bir hükümet belki yasal olabilir ancak adalet ve insan hakları gibi etik değerleri ihlâl ettiği takdirde meşruiyetini kaybeder.

Littré Sözlüğü, meşru olanla yasal olan arasındaki farklılığı açıkça ortaya koymaktadır. Littré Sözlüğüne göre; yasalara uygun olan hukukîdir/yasaldır. Buna karşılık adalet ve hakkaniyete uygun olan meşrudur. Kanunu ihlâl eden bir davranış hukukî/yasal olamaz, ancak duruma göre meşru olabilir. Bu açıklamalar, meşruiyet ve yasallığın birbirinden tamamen farklı iki kavram olduğunu göstermektedir. Meşruiyet kavramı, bir kurum veya kuralın kendisinin üstünde bulunan etiksel bir norma uygun olmasını ifade eder. Kısaca; hukukun, ahlâkın ve geçerliliği olan bir değerin üzerine kurulmuş olan kurum veya kural meşrudur. Bu nedenle meşruiyetin, yetkili organlar tarafından konulmuş olan bir kanuna uygun olmayı belirten yasallık kavramından ayırt edilmesi gerekir. Bu anlamda meşruiyet, pozitif hukuka uygunlukla karıştırılmamalıdır. Çünkü hukuk kuralları meşruiyete doğrudan doğruya bir ölçüt oluşturma niteliğine her zaman sahip değildir.[331] Sonuç olarak, hukuki veya şekli meşruiyet olarak da ifade edilebilen yasallık/kanunîlik, genel olarak meşruiyetin karinesi sayılabilir. Ancak meşruiyetle kanunîlik/yasallık birbirinden farklıdır. İdeal olan durum, yasallık/kanunilik ile meşruiyetin bir arada bulunmasıdır. Kanunîlik, mevcut pozitif hukuk kurallarına uygun olmayı, buna karşılık meşruiyet; bir normun, etiksel bir değere uygunluğu ifade eder.

2) HUKUKTA TEMELLENDİRMENİN ÖNEMİ

Temellendirme, ileri sürülen bir iddia için temel, dayanak, gerekçe vermektir. Bir düşüncenin temellendirilmesi; ortaya atılan düşüncenin, değerlere, akla ve mantığa uygun gerekçelere dayandırılmasıdır. Hukukta temellendirme kavramı ise, hukuk ilkelerinin neye dayanılarak belirlendiğinin araştırılması ve **hukuken iyi** ve **kötü** hakkındaki bilgilerimizin temellerinin sorgulanması anlamına gelmektedir.

Felsefede yapılan herhangi bir temellendirme teşebbüsünde karşılaşılan temel sorun, ahlaki rölativizm/görecelik olmaktadır. Ahlaki görecelik/izafilik, ahlak bakımından mutlak olmayan, göreceli, izafi, nispi; yani kişiden kişiye, toplumdan topluma, yer ve zamana göre değişen, varlığı başka bir şeyin varlığına bağlı bulunan anlamına gelmektedir. İyi ile kötü hakkındaki bilgilerimizin izafi, göreceli, değişken olması halinde mutlak ve sabit doğrulara ulaşmak mümkün değildir. Mutlak iyi ve sabit doğrulara sahip olamadığımız takdirde; herkesi bağlayan, nesnel/objektif, genel geçer, yer ve zamana göre değişmeyen ahlak ve hukuk normlarından söz edemeyiz. Bu durumda 'ahlâk alanında mutlak değerlere ulaşma imkânı var mıdır' sorusunun cevabı aranmalıdır. Eğer varsa bu mutlak değerler nerede aranmalıdır?

Hukukun amacı, ahlaki bir değer olan adalet olduğundan, hukukta bir temellendirmeden söz edildiğinde, bunun değerlerden ve ahlaktan bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir. Ahlaki görecelikten/izafilikten (rölativizmden) kurtulabilmek için; mutlak, evrensel ahlaki değerlere ihtiyaç vardır. Ahlaki değerlerin evrensel olabilmesi, bu değerlerin ancak mutlak olmasıyla mümkün olabilir. Çünkü her etik ilke, bir değere bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Değerlerin

[331] Prof. Dr. Ender Ethem Atay, Hukukta Meşruiyet Kavramı.

mutlak/genel geçer olabilmesi yani bütün insanları bağlayıcı ya da evrensel olabilmesi için, değerlerin ancak mutlak bir varlık ile ilişkilendirilmesi gerekir. Etik/ahlaki değerler, mutlak/aşkın bir varlık ile ilişkilendiril-mediği takdirde, ahlaki ve hukuki göreceliği/izafiliği aşmanın mümkün olamayacağı söylenebilir.[332] Çünkü değerler ya mutlak ve aşkın bir varlığa ya da insanın bizatihi kendisine dayanacaktır. Mutlak ve aşkın bir varlıkla ilişkilendirilmemesi halinde değerler zorunlu olarak insana dayanacaktır ki, bu son durumda ahlak ve hukukun genel geçer ve herkesi bağlayıcı niteliğinden söz edilemez. Çünkü 'bir insanın buyrukları diğer insanlar için neden bağlayıcı olsun' sorusunun makul bir cevabı olduğu söylenemez.

B) HUKUKTA MEŞRUİYET

Hukukta meşruiyet, hukuk kurallarının, oluşturulma yöntemi ve amaçları yönünden meşru/kabul edilebilir ya da bağlayıcı olmasını ifade eder. Hukukta meşruiyeti, bir yandan hukuk normlarının amaçlarının ve içeriğinin, diğer yandan oluşturulma yönteminin ve uygulanmasının en doğru içerik, yöntem ve uygulama olduğu yolundaki inanç ve güven olarak tanımlayabiliriz.

Hukukta meşruiyetle yasallığı birbirine karıştırmamak gerekir. Meşruiyet, yasallıktan farklı bir kavramdır. Yasallık, mevcut yasalara uygunluğu ifade etmektedir. Mevcut yasalara uygun davran-mak, o yasaların meşru olduğu anlamına gelmez. Sözlükte meşruiyet, 'kanuna uygunluk' anlamına da geldiğinden genellikle bu kavram kanuna uygunluk ya da yasallık olarak anlaşılmaktadır. Hâlbuki meşruiyet, yasallığın dar tanımına sığacak bir kavram değildir. Meşruiyet kavramının yasallığa indirgenmesi, pozitivist hukuk anlayışının izlerini taşımaktadır.

Tanımlardan da anlaşılacağı gibi hukuk alanında iki türlü meşruiyetten söz edilebilir. Birincisi şekle ilişkin/biçimsel meşruiyet, ikincisi esasa/amaca ilişkin meşruiyettir.

1) HUKUKTA BİÇİMSEL/ŞEKLE İLİŞKİN MEŞRUİYET

Hukukta şekli/biçimsel meşruiyet; hukuk kurallarının, yetkili organlar tarafından, önceden belirlenmiş makul usul ve yöntemlere uygun olarak oluşturulması durumunu ifade eder. Hukuk kuralları, yetkili organlar tarafından oluşturulduğuna göre, biçimsel meşruiyet için yasama organının nasıl seçildiği konusu önem arz etmektedir. O halde hukuku oluşturacak yasama organının **seçilme yöntemi**, **halkın iradesi** ve **hukuk devleti** gibi kavramlar şekli meşruiyette belirleyici rol oynar.

Yasama organının seçilme yöntemi ve halkın iradesi denildiğinde seçim sistemi akla gelmektedir. Yasama organı için gerekli meşruiyetin biçimsel ön şartlarından olan halkın iradesine aynı zamanda siyasi meşruiyet de denilebilir. Hukukta şekli/biçimsel meşruiyetin şartlarının oluşması için yasama organının oluşum şekli önemlidir. Öyle ki, yasama organı, halkın iradesinin tam olarak yansıdığı bir yer olmalıdır.

---

[332] Prof.Dr. Recep Kılıç, Ahlakı Temellendirme Problemi.

Hukuk normlarını oluşturacak yasama organı, halkın iradesine dayalı, demokratik usul ve yöntemlerle seçilir. Seçim kısaca; yönetilenlerin, kendilerini yönetecek olanları belirlemek için yapılan hukuksal, siyasal usul ve yöntemler bütünü olarak tanımlanabilir. Günümüzde demokratik sistemlerin başlıca özelliği; halkın, seçtiği temsilciler aracılığıyla egemenlik hakkını kullandığı temsili demokrasi uygulamasıdır. Fransız hukukçu/siyaset bilimci Duverger'a göre; bir rejimin değeri, büyük ölçüde onu oluşturan yöneticilerin değerine bağlı olduğundan bunların seçilme yöntemleri (seçim sistemi), rejimin temel esaslarından biridir.[333] Geniş anlamda seçim sistemi denildiğinde; seçme ve seçilme yeterliliği, adaylara ilişkin kurallar, oy verme usulleri, seçimlerin yönetim ve denetimi gibi seçimle ilgili bütün özellikler akla gelmektedir.[334]

Ülkemizde yaklaşık son elli yıldan bu yana **yedi** farklı seçim sistemi uygulanmıştır. Çoğunluğa dayalı sistemle başlayan seçimler, temsilde adalete olan ihtiyaç nedeniyle 1961 yılından itibaren nispi temsil esasına göre uygulanmaya başlamıştır. 1980 sonrası tekrar yönetimde istikrar ilkesini hayata geçirmek amacıyla seçim çevrelerinde ve ülke genelinde belirli bir kotayı/barajı aşma zorunluluğu getirilmiştir.[335]

Ülkemizde seçim sisteminin bu kadar çok değişmesinde, siyasi partilerin iktidara geldikten sonra seçimlerde kendilerini tekrar iktidar yapacak seçim sistemini getirmek istemeleri belirleyici rol oynamıştır. Ancak bazı temel siyasi hak ve değerlerin kısa vadeli siyasi hesaplarla etkisizleştirilmesi, demokratik katılımın azalmasına, siyaset kurumuna güvenin zayıflamasına neden olmaktadır.

Yasama organının oluşumunu sağlayan seçimin, serbest, demokratik, adil ve halkın iradesini tam olarak yansıtıyor olması gerekir. Bu da seçim sistemlerinde temsil unsurunun önemini ortaya koymaktadır. Bugüne kadar ülkemizde ve diğer demokratik ülkelerde uygulanan seçim sistemlerini; *çoğunluk sistemi, *nispi temsil sistemi ve *karma sistem olarak üçe ayırmak mümkündür. Bunlar-dan nispi temsil sisteminin; toplumdaki farklı siyasi eğilim ve görüşlerin mecliste temsil edilmesini sağlaması nedeniyle 'temsilde adalet' ilkesini en iyi gerçekleştiren sistem olduğu söylenebilir.

Halkın iradesinin yasama organına tam olarak yansıması, hukukta şekli meşruiyeti sağlayan önemli unsurlardan biridir. Demokratik yönetimler için hayati derecede önem taşıyan seçim sistemleri; kendine göre farklı iktidar yapıları ortaya çıkarmakta ve halkın tercihlerini farklı biçimde yansıtmaktadır. Bu nedenle üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Seçim sistemleri, toplumun iradesinin adil bir biçimde yasama organına yansımasına imkân sağlamalıdır. Bu konuda halkın iradesinin önüne konulan her türlü engel, şekli meşruiyetin içine sokulan zararlı bir virüs gibidir. Genellikle siyasi istikrar bahanesiyle seçim

---

[333] Maurice Duverger,1986; aktaran: Müge Yüce, Seçim Sistemleri, Türkiye'deki Uyg. ve Ortaya Çıkan İktidar Yapıları.

[334] Yenidoğan,2005; aktaran: Müge Yüce, Seçim Sistemleri, Türkiye'deki Uygulamaları ve Ortaya Çıkan İktidar Yapıları.

[335] Müge Yüce, Seçim Sistemleri, Türkiye'deki Uygulamaları ve Ortaya Çıkan İktidar Yapıları.

sistemlerine konulan bu engeller, seçim çevrelerinde ve ülke genelinde uygulanan baraj ve kotalardır. Ülkemizde özellikle 1980 sonrasında **siyasi istikrar** adına **temsilde adalet** ilkesinden oldukça uzaklaşılmıştır.

Ülkemizde halen %10 genel seçim barajı uygulanmaktadır. Hiçbir demokratik ülkede bu ölçüde yüksek oranda seçim barajı yoktur. Bu seçim barajı nedeniyle, seçmen iradesinin yasama organına yansıması konusunda büyük sorunlar ortaya çıkmıştır. Hatta 2002 seçimlerinde seçmen iradesinin %45,3'ü parlamentoya yansımamış ve siyasi hayatımızda en büyük temsil adaletsizliği yaşanmıştır. Böyle bir seçim sisteminde halkın iradesine dayalı meşruiyetten söz edilmesi mümkün değildir. Yine aynı seçimde seçmenin %35'inin oyunu alan bir siyasi partinin, yasama meclisinde 2/3 çoğunluğu elde edebilmesi de şekli/biçimsel meşruiyet açısından tartışmaya açıktır.[336] İstikrar adına halkın iradesi önüne engeller konulması, kabulü mümkün olmayan bir durumdur. Halkın iradesi önüne istikrar gerekçesiyle baraj engeli konulması, anayasa ile güvence altına alınan **seçme** ve **seçilme** hakkını işlevsel olarak ortadan kaldırmaktadır. Çünkü %10 genel seçim barajını aşamayan partilere oy veren halkın iradesi yasama organına yansımamaktadır. 2002 seçimlerinde DYP % 9,54, MHP % 8,36, Genç Parti % 7,25, DEHAP % 6,22, ANAP % 5,13, SP % 2,49, DSP % 1,22, YTP % 1,02, BBP % 1,02 oranında oy aldıkları halde, %10 genel seçim barajını aşamadıkları için bu partilere oy veren seçmenlerin, anayasada yer alan seçme ve seçilme hakları işlevsel olarak bertaraf edilmiştir. Seçme ve seçilme gibi temel anayasal hakları işlevsiz kılarak siyasi istikrarın sağlanması düşünülemez. Kaldı ki, koalisyonlara yol açtığı gerekçesiyle eleştirilen **barajsız** d'Hont sisteminin **nispi temsil** esasının uygulandığı 1969 seçimlerinde Adalet Partisi, oyların %46,5'ini alarak tek başına iktidar olabilmiştir.

Yasama organına seçilecek olan adayların siyasi partilerce belirlenmesinde uygulanan yöntemin de, şekli meşruiyetle yakın bir ilişkisi olduğu açıktır. Milletvekili adaylarının, siyasi parti genel merkezleri ya da genel başkanları tarafından belirlenmesi, meşruiyet açısından oldukça sakıncalıdır. Çünkü bu sistemde; yasama meclisine kimlerin gireceğine halkın iradesi değil, siyasi parti genel merkezleri ya da genel başkanları karar vermektedir. Halk ise, sadece önüne konulan isimleri seçmek zorunda kalmaktadır. Böyle bir seçim sistemiyle yasama meclisine seçilen üyelerin yapacakları hukuk oluşturma faaliyetinde şekli meşruiyetten söz edilmesi zordur. Siyasi partiler, demokrasinin vazgeçilmez unsurları ise, adayların demokratik yöntemle belirlenmesi de parti içi demokrasinin vazgeçilmez kuralı olmalıdır. Herhalde şekli meşruiyete en uygun yöntem, adayların seçmenler tarafından belirlenmesidir. Bu ise, seçmenin parti tercihi ile birlikte aday tercihi de yaparak oyunu kullanmasıyla gerçekleşebilir.

Sonuç olarak; hukukta şekli meşruiyet için, hukuk kurallarını oluşturacak yasama meclisi üyelerinin seçiminde seçmenin iradesi önüne baraj ve engel konulmaması, adayların siyasi parti genel başkanları yerine seçmen tarafından belirlenmesi gerekir.

---

[336] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk ve Meşruiyet.

2) HUKUKTA ESASA/AMACA İLİŞKİN MEŞRUİYET

Meşruiyet kavramının biçimsel ön şartları olduğu gibi esasa/amaca ilişkin ön şartları da vardır. Hukukta amaca ilişkin meşruiyet kavramı, hukuk kurallarının, hukukun amacı olan adalet, eşitlik ve insan haklarını tam olarak yansıtıyor, toplumun ihtiyaçlarını karşılıyor olması durumunu ifade eder.

Amaca ilişkin meşruiyette; pozitif hukuk kurallarının, normlar hiyerarşisi gereğince bir üst norma uygun olması yeterli değildir. Hukuk kurallarının ayrıca adalete, eşitliğe, insan haklarına uygun olması önemlidir. Örneğin, yetkili yasama organının, usul ve yasalara uygun bir biçimde kabul ettiği bir yasa, yasama meclisinde yeterli çoğunlukla kabul edilerek belki şekli meşruiyete sahip olabilir. Ancak bu yasa, hukukun amaçlarına; adalet ilkesine, eşitliğe, insan hakları ve onuruna aykırı ve toplumun ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak ise, sırf şekli meşruiyete sahip olduğu için **meşru** bir yasa olarak kabul edilemez.

Hukukun amaç ve işlevi; adalet, eşitlik ve insan haklarına dayalı bir düzen oluşturmaktır. Hukuk, temelde insanın insanlarla olan ilişkilerini düzenler. Konusu insan olduğuna göre, insan hakları ve onuruna uygun bir düzenleme söz konusu olmalıdır. Adalete, insanların temel hak ve özgürlüklerine dayalı olmayan hukuki düzenlemeler eninde sonunda kargaşaya ve toplumun yıpranmasına neden olur.[337]

Hukuku, etik ilke ve değerlerle temellendirmek/gerekçelendirmek, onun **hukuk üstü bir ölçüte** dayandırılması demektir. Hukuk, toplumsal olgu ve olaylarla ilgili, yani sosyal boyutlu olmakla birlikte, **doğru davranışları** düzenleyen normlardan oluşmaktadır. Bu, hukukun hem normatif bir niteliğe sahip olduğunu, hem de etiksel temele dayandığını gösterir. Çünkü hukuk kurallarının, belli davranışların yapılmasını ve belli davranışlardan kaçınılmasını emredici özelliği hukukun normatif yapısını, doğru davranışları düzenlemesi ise onun etiksel yapısını ifade eder.

İnsanların uymak zorunda oldukları hukuk kuralları, onlar açısından bağlayıcı olabilmesi için mutlaka makul nedenlere dayandırılmalıdır. Hukuk, insanı muhatap alan, insandan belirli davranışlar bekleyen makul normları içerir. Başka bir anlatımla hukuk, doğal dünyaya değil, insanın düşünce dünyasına yönelmiştir. Çünkü hukuk, ancak mantık yoluyla kavranıp açıklanabilir. Hukukta mantığın önemi de buradan gelir ve bu nedenle pozitif hukuk alanında bir hukuk mantığı kavramından söz edilir. Ancak hukukun, aynı zamanda etiksel/ahlaki bir değerlendirmeye ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç, hukukun niteliğinden doğmaktadır. Hukuk, insanlar tarafından uygulanması ve böylece bir toplumsal düzenin sağlanması için vardır. Toplumu oluşturan insanlar ise **akıl**, **mantık** ve **vicdan** sahibi varlıklar olduğundan, hukukun insanlar açısından bağlayıcı olabilmesi için, **makul nedenlere** dayanması, **akıl** ve **vicdan** tarafından kabul edebilir olması gerekir. Hukukta bu makul nedenler, **adalet** ve **hakkaniyet** gibi etiksel/ahlaki değerlerdir.[338]

Bilindiği gibi pozitif hukuk normları, normlar hiyerarşisine göre geçerliklerini daha üstün bir normdan alırlar. Pozitif hukuk düzeninde yönetmelikler tüzüklere,

---

[337] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk ve Meşruiyet.

[338] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

tüzükler yasalara, yasalar ise anayasalara dayanır. Bunların her biri, aşağıdan yukarıya doğru bir yol izleyerek geçerliklerini daha üstteki bir norma borçludurlar. Peki, normlar hiyerarşisine göre en üst konumda bulunan anayasalar geçerliliğini nereden almaktadır? Bu hiyerarşik yapıyı, en alt normdan (yönetmelikten) en üst norma (anayasaya) kadar getirip o noktada sonlandırmak mümkün müdür? Anayasalar, asli kurucu iktidarların iradesiyle oluştuğuna göre, asli kurucu iktidarın iradesi hukukta meşruiyetin kaynağı ve **son neden** olabilir mi? Normlar hiyerarşisi içinde yer alan anayasa da dâhil olmak üzere bütün normların, pozitif hukuk kuralları olmak yönünden birbirlerinden bir farkı yoktur. O halde hukuk sisteminin en üst normu olan anayasalara herkesin uyma zorunluluğu nereden gelmektedir? Başka bir deyişle anayasaların meşruiyet ve geçerlilik kaynağı nedir?

Hukuk felsefesi tarihinde, hukukun tanımı ve meşruiyetinin kaynağına dair yapılan tartışmalarda iki kuram/teori öne çıkmaktadır. Bu kuramlar; pozitivist hukuk teorisi ile doğal hukuk ilkelerine ya da etiksel temele dayalı hukuk teorileridir. Hukuk felsefesi alanında bu iki teori taraftarları arasında köklü, kadim ve derin bir tartışma vardır ve söz konusu bu tartışmanın uzun yıllar devam edeceği söylenebilir. Bu kuramlardan hukuki pozitivizm, Hans Kelsen'de en etkili ifadesini bulmuş ve Herbert L. A. Hart ile etkisi devam etmektedir. Diğeri ise hukuksal pozitivizmi eleştiren Ronald Dworkin'in hukuk anlayışıdır.[339]

Hukuki pozitivizmin katı bir versiyonu olan Kelsen'ci anlayışa göre, anayasaların meşruiyet ve geçerlilik kaynağının ne olduğu sorusunun cevabı; varsayımsal/farazi bir kavram olarak nitelen-dirilen 'Grundnorm' yani 'Temel norm'dur. Bu anlayışa göre anayasalar, asli kurucu iktidarların iradesiyle oluşturulduğuna göre, grundnorm (temel norm) ile asli kurucu iktidarın iradesi arasında bir ilişki olduğu söylenebilir. Zaten her ikisi de anayasaya ve hukuk sistemine meşruiyet ve geçerlilik sağlamak için ortaya konulmuş kavramlardır. Herkes için bağlayıcı olan anayasa, meşruiyet ve geçerliğini grundnorm'dan ya da asli kurucu iktidarın iradesinden almaktadır. Grundnorm; içeriği belli olmayan varsayımsal bir düşünceye dayanmakta, **asli kurucu iktidar** ise, devrim, darbe, iç savaş gibi sosyal bir olay sonucunda yönetimi ele alan hâkim siyasi güçtür. Bu durumda; bir yandan Grundnorm gibi niteliği belli olmayan farazi bir kavram, diğer yandan asli kurucu iktidarı doğuran sosyal olaylar, anayasanın meşruiyet ve geçerlilik kaynağı olarak kabul edilmiş olmaktadır.[340] Bu tür meşruiyet anlayışının akli, mantıki ve ahlaki bir açıklaması yoktur.

Kelsen'ci hukuki pozitivizm, hukuku bir kurallar bütünü olarak tanımlar ve bu anlayışa göre hukukta meşruiyetin kaynağı; sırf bireylere emreden ve yasaklayan bir hukuk kuralının var olmasıdır. Bu anlayışta; hukuk normlarını oluşturan organın meşruiyeti sorgulanmaz ve bu normların adaletli olup olmadığına da bakılmaz. Hukuki bir kuralın bireyleri bir şey yapmaya zorladığı ya da bir şeyi yapmaktan alıkoyduğu durumlarda bireyler, hukuki bir yükümlülük altına girer ve bu hukuki yükümlük, kendi meşruiyetini kural veya yasa olmakta bulur. Bu açıdan

---

[339] Yrd. Doç. Dr. Murat Satıcı, Hukukun Meşruiyet Sınavı: Ronald Dworkın'in Sivil İtaatsizlik Yorumu.

[340] Ali Acar, Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir.

bakıldığında, hukukun meşruiyetinin kaynağına dair hukuk felsefesinin kadim sorusuna hukuki pozitivizmin cevabı, bir kuralın kural olmasından dolayı **meşru** olduğudur.[341] Bu meşruiyet anlayışı, 'hukuk kuralına uymak zorundasın, çünkü o bir hukuk kuralıdır' şeklindeki bir mantığa, daha doğrusu mantıksızlığa dayanır.

Hukuki pozitivizm, bütün yasaların meşruiyet ve geçerliliğini anayasaya dayandırmış, bireylerin veya toplumun hak ve özgürlüklerinin sadece pozitif hukuk kuralları tarafından belirlenen haklardan ibaret olduğunu ileri sürmüştür. Kısaca; hukuki pozitivizmde, bir hukuk normunun meşruiyet ve geçerlilik kaynağı, o normun yetkili organ tarafından kabul edilmesine dayanır. Yani bu anlayışa göre; bütün yasalar meşruiyet ve geçerliliğini, yasaları yapan organdan almaktadır. Yasaları yapan organın neden meşru ve geçerli olduğu sorulduğunda ise, bu organı oluşturan hukuki-politik bir düzen gösterilmektedir. Bu hukuki ve politik düzenin nasıl oluştuğu, hangi yöntemle kurulduğu yani ahlakiliği önem taşımaz. Dolayısıyla hukuki pozitivizme göre, ne hukuk kurallarının oluşturulmasında adalet ve insan hakları gibi etik ilkeler, ne de hukuk normlarının meşruiyet ve geçerliliğinin kaynağı olarak gösterilen hukuki ve politik düzenin oluşum yöntemi önem taşımaz. Başka bir deyişle hukuki pozitivizm, bir ülkede anayasayı yapan asli kurucu iktidarın ya da hukuki politik düzenin, hangi yöntemle egemen olduğunun ve yasaları yapan yasama organının oluşturduğu hukukun adil olup olmadığının sorgulanmadığı, kuralları egemen güç tarafından belirlenen bir hukuk sistemidir.

Hukuki pozitivizmin diğer bir temsilcisi olan **Hart**'a göre de; bir kuralın hukuk kuralı olması için, yetkili organ tarafından usulüne uygun olarak çıkarılmış ve kabul edilmiş olması yeterlidir. Ayrıca **adalet** gibi ahlaki bir meşruiyet ölçütüne gerek yoktur. Bu bakış açısıyla **Hart**, herhangi bir yasanın ahlaki anlamda kabul edilemez olmasının o yasanın hukuk niteliğini kazanmasına engel teşkil etmeyeceği görüşündedir.[342]

Hukuk normları arasındaki hiyerarşik yapıyı, en üst norm olan ve aynı zamanda pozitif bir hukuk kuralı olan anayasada sonlandıran Kelsen, bu haliyle kurduğu sistemin temelsiz ve dayanaksız kaldığını kendisi de anladığı için, bunu, içeriği belli olmayan **grundnorm** kavramıyla çözmeye çalışmıştır. Ancak bunun makul bir çözüm olduğu söylenemez. Çünkü Kelsen kendi mantığıyla çelişkiye düşmüştür. Anayasa, pozitif hukukun üstünde etiksel bir değere dayanmıyorsa, asli kurucu iktidarın gücüne dayanıyor demektir. Asli kurucu iktidar tarafından yapılan anayasanın, sonuçta bir pozitif hukuk kuralı olması nedeniyle öznel/sübjektif/izafi bir nitelik taşıması nedeniyle herkes için bağlayıcı olduğu söylenemez. Anayasanın meşruiyet ve geçerliğini dayandırdığı **grundnorm** kavramını, adalet ve insan hakları gibi etik değerlere alternatif olarak ortaya koymuştur. Nitekim Kelsen, bir makalesinde, Grundnorm'u pozitif hukukun ötesine gitmeyen ve bu nedenle varsayılmak zorunda olan temel bir olgu olarak tanımlamıştır.[343] Böyle olunca

---

[341] Yrd. Doç. Dr. Murat Satıcı, Hukukun Meşruiyet Sınavı: Ronald Dworkın'in Sivil İtaatsizlik Yorumu.

[342] Herbert Lionel A. Hart, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Çev. Erol Öz.

[343] Hans Kelsen, Doğal Hukuk Düşüncesi ve Pozitif Hukukun Özü; aktaran: Ali Acar, Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir.

Kelsen'in; anayasa ve hukuk sistemini, sırf aşkın/insanüstü değerlere ya da etik ilkelere dayandırmamak için böyle bir formüle başvurduğu anlaşılmaktadır.

Kelsen'ci hukuki pozitivizm, etik ilke olan adalete dayalı hukuk yerine hukuk kurallarına dayalı adaleti savunmaktadır. Çünkü bu anlayışa göre, gerek anayasayı hazırlayan asli kurucu iktidarın, iktidara geliş yönteminin ve gerekse yasaları yapan yasama organının oluşum biçiminin ahlaki boyutu önemli değildir. Yine bu organların hukuk kurallarını oluştururken adalet gibi bir ölçüte bağlı kalması söz konusu değildir. Hukuki pozitivizmde adalet, hukukun dayalı bulunması gereken etiksel bir ölçüt değil, pozitif hukuk kurallarının herkese karşı eşit uygulanmasıdır. Dolayısıyla Kelsen'ci hukuk sisteminde, hukuk kurallarının **adaletli** olup olmadığı kaygısı yoktur. Bu nedenle Kelsen'ci hukuki pozitivizme göre; normlar hiyerarşisi gereğince her bir hukuk kuralı aşağıdan yukarıya doğru meşruiyet ve geçerliğini bir üst normdan alır. Ancak bu kademeli yapı anayasaya geldiğinde burada tıkanmaktadır. Çünkü bu sistemde anayasanın meşruiyet ve geçerliğini nereden aldığına ilişkin makul bir cevap yoktur.

Kelsen'ci hukuki pozitivizm, hukuk felsefesi tarihinde ciddi eleştirilere uğramıştır. Bu eleştiriler, yine hukuki pozitivizmin kendi içinden geldiği gibi, hukukta meşruiyetin kaynağını insan hak ve özgürlükleri gibi değerlere dayandıran etiksel temelli hukuk anlayışını savunan hukukçulardan da gelmiştir. Hukuki pozitivizme eleştiri getiren düşünürlerden biri de Ronald Dworkin'dir. Dworkin, insan hak ve özgürlüklerini kısıtlayan her türlü hukuk ve yasaya karşı çıkar. Hatta O, adil olmayan, meşruiyet temelinden yoksun olan pozitif hukuk kurallarına karşı direnme hakkının varlığından söz eder.[344]

Pozitif hukuk düzeninin geçerlik ve yürürlüğüne ilişkin olan hiyerarşik yapıyı, anayasaya kadar getirip orada sona erdirmek, aklıselim düşünceye aykırıdır. Çünkü anayasa da pozitif hukukun bir parçasıdır ve bu yüzden onun da **geçerlik** ve **yürürlük** bakımından hukuk üstü bir temele dayanması gereklidir. Bu kademeli yapıya göre yönetmeliklerin geçerlik ve yürürlüğü tüzüklerle, tüzüklerin geçerlik ve yürürlüğü yasalarla, yasaların geçerlik ve yürürlüğü de anayasa ile temellendirilmektedir. Peki, anayasalar da pozitif hukuk kuralları sayıldığına göre, anayasaların geçerlik ve yürürlüğü neyle temellendirilecektir? Bu noktada hukukun nihai temeli, hukukun çıktığı kaynak olarak adalet ile karşılaşmaktayız. Anayasaların da dayanması gereken geçerlik ve yürürlük temeli, ahlaki değer olan adalettir. Bu yüzden hukuk, adalete yönelen, bütün normlarının içeriğinde onu yansıtan ve yansıtması gereken bir kurallar bütünüdür. Adalete yönelmeyen bir hukuktan söz etmenin anlamı yoktur.[345]

Hukuk bilimine göre hukuk kurallarını oluşturma, devletin yasama organına ait bir hak ve yetkidir. Yasama organı, hukuku oluşturma konusunda başka bir iradeye tâbi değildir. Ancak hukuku oluşturma (yasama) faaliyetinin hukukun gerçek amaç ve kaynaklarına uygun olması gerekir. Demek ki hukuku oluşturma işi, yasama organının keyfi bir faaliyeti değildir. Bu işi yerine getirirken yasama organının da hukukun temel amaç ve ilkelerine uyması gerekir.

---

[344] Yrd. Doç. Dr. Murat Satıcı, Hukukun Meşruiyet Sınavı.
[345] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

Kanunlar, ancak hukukun gerçek amaç ve kaynaklarına uygunluğu ölçüsünde kabule şayan olabilir. İnsanların doğuştan sahip oldukları temel haklara, toplumun örf ve âdetlerine, ihtiyaçlarına uygun olan kanunlar, toplumun ortak vicdanına uygun demektir. Kanunların temel insan haklarına uygun olması öyle önemli bir noktadır ki, medeni ülkeler anayasalarında kesin olarak buna yer vermektedirler. Örf ve âdetler de hukukun bir kaynağı olmakla birlikte bunların hukukun asıl kaynağına uygun olması gerekir. İnsanların temel hak ve özgürlüklerine aykırı; onların mal, can, ırz gibi değerlerini korumayan ve güçlülerin zayıfları ezmesine neden olan örf ve âdetler, hukukun amaçlarına uygun değildir. Demek ki, hukuka kaynak olabilecek örf ve adetler, ancak temel insan haklarına uygun olanlardır.[346]

Hukukun, herkes için bağlayıcı olmasının gerekçesi; **adalet** ilkesi gibi makul nedenler olduğuna göre, adaletin, hukuk kurallarının oluşturulmasında belirleyici rolü vardır. Bu yüzden adalet ve hakkaniyet gibi konuları inceleyen hukuk felsefesi, kanun koyucunun yolunu aydınlatan ışıktır. Çünkü hukuk kurallarının doğru olarak temellendirilmesi/gerekçelendirilmesi, hukuk felsefesine ihtiyaç gösterir. Hukukun temellendirilmesi ve makul nedenlerin tespitinde hukuk felsefesi hukukçuların ve kanun koyucunun önünü aydınlatır. Hukuk felsefesi, hukukun amacı olan adalet ve hakkaniyet gibi ahlaki değerleri inceler. Hukuk felsefesinden uzak kalındığında, bilinçsiz, tutarsız ve dar bir kişisel felsefenin içine düşülme tehlikesi vardır. **Hukukun makul nedenleri** olan **adalet** ve **hakkaniyetin**, bir hukuk düzeninin yürürlüğü ve yaşama şansı ile yakından ilgisi vardır. Hukuk, sadece var olduğu için değil, bir toplumda adalet düşüncesine sahip insanların **vicdanlarına** uygun bulunduğu için hukuktur ve öyle olduğu sürece onlar için bağlayıcıdır.[347]

Günümüzde, hukukun ve hukukla ilgili bazı değerlerin bizde ve dünyada insan haklarının korunması için değil, daha çok siyasi iktidarların politik anlayışlarına meşruiyet kazandırmak için kullanıldığını görmekteyiz. Siyasi iktidarların, kendi politik uygulamalarına farklı gerekçelerle meşruiyet kazandırmak için hukuku bir **araç** olarak kullandıkları, bunun da hukuk devleti anlayışı/ ideali için ciddi bir tehdit oluşturduğu açıktır.[348] Hukuk dışı uygulamaların, yine hukuk adına yapılmakta olması, hukuk için daha çok yıpratıcı olduğu görülmektedir. Siyasi iktidarların, haksız ve adaletsiz uygulamalarına meşruiyet kazandırmak için hukuku bir araç olarak kullanmaları, hukuk tanımaz zorbalardan daha tehlikelidir.

Hukuk ve siyaset alanındaki bu gelişmeler, hukukun meşruiyetinin yine kendi içinden mi üretileceği yoksa pozitif hukukun dışından **adalet** ve **insan hakları** gibi etiksel değerlerle mi temellendirileceği şeklindeki kadim tartışmanın, günümüz hukuk sistemlerinin de temel sorunu olduğunu göstermektedir. Bu konu, hukuk ve yasaların içeriklerinin adalet açısından yeniden tartışıldığını göstermektedir. Hukuku, sadece normlardan ibaret zanneden pozitivist hukuk anlayışıyla etik temele dayalı hukuk anlayışı arasında tarihten günümüze kadar devam eden bu tartışmanın daha uzun yıllar süreceği anlaşılmaktadır.

---

[346] Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir.
[347] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi
[348] Yrd. Doç. Dr. Murat Satıcı, Hukukun Meşruiyet Sınavı: Ronald Dworkın'in Sivil İtaatsizlik Yorumu.

Sonuç olarak; hukuk, sadece yazılı normlar şeklinde var olduğu için değil, adalet düşüncesine ve insan haklarına dayandığı için hukuktur ve öyle olduğu sürece bireyler ve toplum için bağlayıcıdır. Dolayısıyla hukukun amaca/esasa ilişkin meşruiyet ve geçerliliğinin temeli, ahlaki değer olan **adalettir**. Adalet ve insan haklarına dayanmayan hukuk, meşruiyetten yoksun demektir.

3) HUKUKTA MEŞRUİYETİN ÖNEMİ

Gerekçelendirme ya da haklı gösterme dediğimiz şey, hukuk için oldukça önemlidir. Hepimizin bildiği gibi, hukuk normlarının doğru veya yanlışlığı, diğer doğa bilimlerindekinden farklıdır. Kimya biliminde su, H2O'dur denildiğinde; bunun doğru veya yanlış olduğunun kanıtlanması, gözlem ve deney süreciyle anlaşılır. Hâlbuki hukukta bir önermenin doğru veya yanlış olduğunu, gözlem ve deneyle kanıtlamanız mümkün değildir. İşte burada zorunlu olarak karşımıza gerekçelendirme ya da haklı gösterme çıkmaktadır.[349]

Hukuk kurallarının yaşama kabiliyeti, 'hukuka niçin itaat edilmelidir' sorusuyla yakından ilgilidir. Bir toplumda, 'hukukun meşru temellere dayandığı ve ona uyulması gerektiği' düşüncesi ne kadar yaygın ise, toplumda yaşama imkânı o ölçüde artar. Bir hukuk normunun meşruiyet kaynağı ne ölçüde sağlam ise, o hukuk normunun ömrü ve hayat süresi o kadar uzun olur. Demek ki insanlar, hukuka niçin itaat ettikleri konusunda sağlam gerekçeler bulabildikleri ölçüde o hukuk yaşama yeteneğine sahip olabilir.[350]

Prof. Topçuoğlu, meşruiyetin önemini bazı sorularla vurguluyor: Hukuk, nasıl bir güçtür ki ona uymak bir görev, aykırı davranmak ise suç ya da kusur olarak değerlendirilmektedir? Ahlakın, hukuku desteklemesinin, meşru kılmasının sebebi nedir? İnsanlar, niçin kendisini hukukla bağlı saymaktadır? Hukukun amacı olan **adalet**, bir etik ilke ve ahlaki değerdir. Asırlarca bazı toplumlarda görülen insanlara karşı her türlü kötü muamele, haksızlıklar ve ayrımcılık hep hukuk kuralları olarak kabul edilip sözde adaletin gereği sayılmamış mıdır? O halde hukuk kurallarına uymanın, soyut olarak bir görev sayılmasının açıklaması ne olabilir? [351]

Bu sorular, hukukta meşruiyetin önemini gösterdiği gibi, hukukun etiksel meşruiyetinin ispatını da gerektirir. Hukukun hangi değeri öncelikli olarak gerçekleştirmesi; hangi amacın hizmetinde olması gerektiği ve adalet değerinin hangi tür hukuk sistemi ile daha iyi gerçekleşebileceği gibi konular, meşruiyet ve temellendirme ile ilgilidir.

Meşruiyet kavramı o kadar önemlidir ki, tarihte devlet gücünü elinde bulunduranlar, hukuki ve siyasi iktidarlarını güçlü kılmak ve sürdürebilmek için, yapıp ettiklerini, yönetilen halk kesiminin itirazsız kabul edebileceği meşruiyet temeline dayandırma ihtiyacı duymuşlardır. Örneğin geleneksel dönemde batılı düşünür (Hıristiyan din adamı) Bossuet'nin görüşlerini benimseyen batı dünyası, egemenlik gücünün doğrudan doğruya Tanrı tarafından belli şahıs ve hanedanlara verildiğine inanmıştı. 'Devlet benim' diyen Fransa kralı XIV. Louis, egemenlik

[349] Prof.Dr. Harun Tepe, Hukukta Temellendirme.
[350] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[351] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

gücünü Tanrıdan aldığını, devlet yönetiminde hiç bir gücün onu sınırlayamayacağını ve meşruiyetinin tartışılamayacağını söylemişti. Egemenlik gücü O'na Tanrı tarafından verildiğine (!) göre, dilediği gibi yasalar koyabilme ve uygulamalar yapabilme yetkisine sahipti. Çünkü Tanrı tarafından verilen gücün yaptığı eylem ve işlemler tartışılamaz ve meşruiyet sorunu da olamazdı. Başka bir Fransız düşünür/din adamı Jean Bodin de egemenliği benzer bir biçimde tanımlamıştır.[352]

Emevi devletinde de, benzer bir biçimde 'Allah, egemenlik gücünü ve hükmetme yetkisini kendisinin seçtiği halifelere verir' diyen Emevi hanedanı, bu düşünceyi topluma telkin etmiş, 'halifeye/sultana, zulüm ve ahlaksızlık gerekçesiyle bile itiraz edilemez, karşı çıkılamaz' şeklinde gerçekte İslam'ın temel ilkelerine aykırı düşen kurallar koymuş ve böylece kendi zalim yönetimlerini meşrulaştırmaya ve buna karşı muhalefet oluşmasına da engel olmaya çalışmışlardır.[353] Yani Emevi devletini yönetenler de, sırf siyasi iktidarlarını güçlendirmek, sürdürmek ve yaptıkları zulüm ve kötülüklere meşruiyet kazandırmak için işi, din adına dinin en temel ilkelerini tahrif etmeye kadar götürmüşlerdir.

Görüldüğü gibi meşruiyet kavramı, her dönem ve toplumda kendisine farklı anlamlar yüklenmekle birlikte önemini korumuştur. Hatta batıda dine/kiliseye ve kutsal değerlere dayanan geleneksel meşruiyet anlayışında, modernleşmeyle birlikte köklü bir değişim yaşanmış olsa da, meşruiyetin sadece kaynağı/temeli değişmiş fakat **meşruiyete** duyulan ihtiyaç devam etmiştir. Batıda modernleşme ile birlikte **meşruiyet** fikri, etik içerikten yoksun kılınmış, buna karşılık beşeri mekanizmalar ön plana çıkarılmıştır.

Batıda meşruiyet konusunda modernleşmeyle başlayan gelişmeler, meşruiyetin kaynağının kutsaldan/uhreviden dünyeviye geçmesine neden olmuştur. Örneğin **toplumsal sözleşme** kuramı, meşruiyet anlamında devletle halk arasına başka bir gücün (kutsalın/kilisenin) girmesini engellemeye yöneliktir. Rousseau'da toplumsal sözleşme fikrinin zirveye ulaşmasıyla toplumsal sözleşme kavramı, meşruiyeti temellendirmenin yeni boyutu olarak ortaya çıkmıştır. Modern batı düşünce-sinde laikleşme diye adlandırılan süreç sonunda kutsaldan/kiliseden boşalan tahta devlet oturmuştur. Bundan sonra otoritenin meşruiyet kaynağı kutsallık yerine 'halk iradesi' olacaktır. Pozitif hukuk da bütün yönleri ile insan yapısıdır ve kutsal/din ile bağlarını koparmıştır. Modern meşruiyet, etik ilkeler yerine hukukî metotlar üzerine temellendirilir. Ancak anayasalar dâhil hukukî metotların meşruiyete ihtiyacı olup olmadığı sorgulanmaz. Bu anlayışla birlikte meşruiyet kavramı etik içerikten arındırılmıştır. Devlet ve onu yönetenler ahlak açısından sorgulanamaz. Çünkü ahlakın kendisi, egemenliği elinde tutan iktidarın ortaya koyduğu bir olguya dönüşmüştür. Bunun doğal sonucu ahlaki görecelilik-tir (değişkenliktir).[354]

Batıda kutsaldan/dinden bağını koparan modernleşme anlayışı, dinsel bilgi anlayışını terk ederek, akıl ve duygularla algılanamayan bilgiye itibar etmeme şeklinde farklı bir bilgi kaynağına yönelmiştir. Akıl, değerleri ve kutsalı anlamanın

[352] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk ve Meşruiyet.
[353] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk ve Meşruiyet.
[354] M. Hilmi Özev, Meşruiyet Kavramının Dönüşümü.

bir aracı olmaktan çıkmış kendi başına bir amaç (rasyonalizm/akılcılık) haline gelmiş ve yıkılan kutsalın/mukaddesin tahtına oturmuştur. Metafizik inkâr edilmiş, kutsal olan her şey, akıl ve mantık dışı olduğu gerekçesiyle bilim dışı ilan edilmiştir. Etiksel olan; hukuk, ahlak, ekonomi, siyaset ve bilim gibi hayatın her alanından dışlanmıştır. Toplumsal hayattan dışlanan kutsalın/dinin yerini beşeri yeni kutsallar doldurmuştur. Yeni kutsal artık akıl, ideoloji, devlet ya da demokrasi olmuştur. Meşruiyetin ölçütü, etik ilkelere uygun olmak değil, kendilerinin ön plana çıkardığı ve herkese göre değişebilen/göreceli kavramlardır. Tartışılmayan, mutlak hakikat olarak görülen ve bu yönüyle eleştirilen Tanrı, din ve etik gibi metafizik değerlerin yerine konulan akıl, halkın iradesi, demokrasi ve devlet gibi her biri farklı dünya görüşlerine göre farklı tanımlanan kavramlar da kutsanmaya başlanmıştır. Dolayısıyla batıda kutsalın sadece adı değişmiştir. Tanrı'ya ilişkin olan kutsalın yerine dünyevi kutsal konulmuştur.

Batıda daha önce meşruiyetin kaynağı olarak Tanrı/din kabul edilirken, modern dönemde meşruiyetin kaynağı, daha çok maddi-dünyevi kavramlar olmuştur. Kendi içinden temellendirilmesi ve kaynağı kendi içinde olan bir yapı olarak düşünülmesi imkânsız olan **hukukta meşruiyet**, etiksel ve yüce değerlerle bağları koparıldıktan sonra, toplumsal sözleşme, ulusal devlet, halk egemenliği, demokrasi ve insan aklı gibi kavramlarla temellendirilmeye çalışılmıştır. Ancak, bu kavramların kendisi tartışmaya açıktır ve bunların içeriği, farklı düşünce akımları ve dünya görüşleri tarafından farklı biçimde doldurulmaktadır. Meşruiyet kavramının, kutsal ve etik değerlerle bağlarının koparılması, onun yer ve zamana göre değişmeyen evrensel niteliklerinin kaybolmasına ve göreceli, bireysel tercihlere bağlı hale gelmesine de neden olmuştur. Özellikle, insan aklı ve duyularının sınırları konusundaki tartışmalar sonuçlandırılmadıkça meşruiyetle ilgili tartışmalar da sürecektir.[355]

Sonuç olarak, dünyada devlet gücü ve iktidarını elinde bulunduranlar, her çağda kaynağı ne olarak kabul edilirse edilsin, yönetimde karar ve uygulamalarını daima bir meşruiyet temeline dayandırma ihtiyacı duymuşlardır. Asıl olan, bu meşruiyetin kaynağının, bireysel tercihlere göre değişebilen, insan aklı ürünü olan, ancak dayandığı temel dünya görüşüne göre şekil ve anlam kazanan ve her biri kendi başına kutsal olmayan toplumsal sözleşme, demokrasi, halkın egemenliği ve insan aklı gibi **göreceli** kavramlara değil, yer ve zamana göre değişmeyen **adalet**, **eşitlik**, **insan hakları/onuru** gibi **etiksel, yüce** ve **evrensel değerlere** dayandırılmasıdır. Aslında meşruiyetin etik temele dayanması, insanlar ve sosyal hayat için daha güvencelidir. Çünkü etik dışı bir temele dayanan meşruiyette, insanın sonuçta yine kendi eseri olan bir kurala bağlanması söz konusudur.

C) HUKUKTA MEŞRUİYETİ AÇIKLAYAN TEMEL GÖRÜŞLER

Hukuk literatüründe **meşruiyet** kavramı, belirli hukuk anlayışlarına göre farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Bu konuda iki temel hukuk anlayışı ve bu anlayışlara paralel olarak ortaya konulan meşruiyet tanımlarından söz etmek mümkündür. Bunlardan **birincisi** hukuk kurallarının, **meşruiyetini** yine **kendi içinden**

[355] M. Hilmi Özev, Meşruiyet Kavramının Dönüşümü.

üretmekte olduğu anlayışıdır. **İkincisi** ise, **hukukta meşruiyetin,** hukukun kendi içinden değil, dışarıdan başka ölçütlere dayandığı anlayışıdır.

1) HUKUKTA MEŞRUİYETİN, HUKUKUN YİNE KENDİ İÇİNDEN ÇIKTIĞI GÖRÜŞÜ (HUKUKİ POZİTİVİZM)

Bu anlayış, hukukun meşruiyet kaynağını etikle/ahlakla değil, yine hukukun kendi içinden temellendirmektedir. Hukukta meşruiyetin, etik değerlerden değil de, hukukun yine kendi içinden çıktığını ileri süren hukuk öğretisi hukuki pozitivizmdir.

Hukuki pozitivizme göre **meşruiyet**, 'genel olarak bir işlemin ya da olayın, yürürlükteki bir hukuk normuna uygun olması' şeklinde tanımlanmaktadır. Hukukî pozitivizmin hukuk anlayışının izlerini taşıyan bu tanım, **meşruiyet** kavramının çok dar anlamını dile getirmekte olup, bu kavramın geniş içeriğini tam olarak ortaya koymaktan uzaktır.[356]

Hukukun, **meşruiyeti** yine **kendi içinden üretebileceği** görüşünü savunan pozitivist hukukçu **Kelsen**'in ortaya koyduğu **normlar hiyerarşisi** yönünden **meşruiyet**, öncelikle kanunların anayasaya uygun olmasıdır. Çünkü bu anlayışa göre hukukta anayasanın üstünlüğü veya normlar hiyerarşisi (normlar piramidi) denilen temel bir ilke vardır. Bu aynı zamanda hukukun mantıki bir yapıya sahip olmasını ifade eder. Normlar hiyerarşisi sisteminde sırasıyla yönetmelikler tüzüklere, tüzükler kanunlara, kanunlar da anayasaya uygun olmak zorundadır. Yani her bir norm geçerlilik ve meşruiyetini bir üstteki norma uygunluğundan alır. Bu durumda anayasa gibi en temel kanunun meşruiyeti ve dayanağı, güvenilirlik ve sağlamlığı en üst düzeyde olmalıdır. Anayasaya en üst düzeyde meşruiyeti sağlayacak olan şey nedir? Kelsen'in normlar hiyerarşisi sistemi, bu en üst düzeyde olması gereken meşruiyeti hukuka sağlayabilmekte midir?

Hukuki pozitivizmi geliştiren Hans Kelsen, normlar hiyerarşisi görüşüyle pozitif hukuk sistemine olumlu katkı sağlamışsa da, meşruiyet konusunda yanılgıya düşmüştür. Bilindiği gibi Kelsen'in normlar hiyerarşisinde, alt norm meşruiyet ve geçerliliğini bir üst normdan alır. Genelge yönetmelikten, yönetmelik kanundan, kanun da anayasadan meşruiyetini alır. Peki, 'anayasa meşruiyetini nereden alır' sorusu sorulduğunda Kelsen'in sistemi bu soruya makul cevap verememekte ve o noktada tıkanmaktadır.

Konuyu bir örnekle açıklayalım. Sınavda kopya çeken bir öğrenciye hocasının:

- "Kopya çekme, yanlış yapıyorsun" dediğini düşünelim. Buna karşı öğrenci:
- "Kopya çekmenin yanlış olduğunu nereden çıkartıyorsun" diyerek davranışının doğru veya yanlışlığını tespit etmek istediğinde, o zaman hocası, 'sınavlara ait yönetmeliğe' göre bu davranışının yanlış olduğunu söyler. Yani bu yönetmelik, öğrencilerin sınav sırasındaki davranışlarını düzenleyen bir hukuki metin ve onlar için bir ölçüt olmaktadır. Ancak öğrenci:

---

[356] Selahattin Keyman, Hukuki Pozitivizm, A. Ü. Huk. Fak. Dergisi; aktaran: Prof. Dr. Levent KÖKER, Hukukun Temellendirilmesi.

- "Bu yönetmeliğe uymak zorunda mıyım, beni neden bağlasın ki?" diye de sorabilir. Öğrenci bu sorusuyla yönetmeliğin meşruiyetini sorgulamış oluyor. Bu durumda hocası öğrenciye:

- "Bu yönetmelik, 'Eğitim öğretim Kanunu'ndan kaynaklanıyor" diyebilir. Bu kez de öğrenci:

- "Bu kanuna uymak zorunda mıyım, beni neden bağlasın ki" dediğinde hocası, bu kanunun dayandığı anayasadaki ilgili maddeyi gösterebilir. Ancak ne var ki anayasadaki bu ilgili maddenin **meşruiyeti** de aynı gerekçelerle sorgulanabilir.[357] Anayasanın ilgili maddesinin meşruiyetinin yine aynı gerekçelerle sorgulanması halinde, Kelsen'in normlar sisteminde bu sorunun makul ve somut cevabı verilememektedir.

Bilindiği gibi Hans Kelsen'in geliştirdiği hukuki pozitivizm, hukukun dıştan değil, yine hukuk içinden temellendirilmesi esasına ve hukukun, devlet tarafından konulmuş bir normlar hiyerarşisinden ibaret olduğu varsayımına dayanmaktadır. Kelsen, hukuk normları arasında hiyerarşik bir ilişki öngörmüş ve hukukun geçerlilik ve meşruluk temelinin, bu hiyerarşik yapının tepe noktasındaki **temel norm** (**Grundnorm**) olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre en alt kademede yer alan tüzükler geçerliliğini yasalardan; yasalar anayasadan; anayasalar da temel normdan almaktadır.

İşte bu **sistemin tıkandığı nokta**, bütün normların üstünde yer alan ve onlara adeta kaynaklık eden, onları hukuken geçerli kılan **temel normun geçerliliği** sorunu olmuştur. Kelsen'in sisteminde meşruiyetin kaynağı sorunu, normlar piramidinin en üst noktasında bulunan anayasada **tıkanıp** kalmaktadır. Asıl **sorun** bu temel normun içeriğine ve geçerliliğine nasıl karar verileceğidir. Dolayısıyla Kelsen'in temel normu dayanaksız olarak boşlukta kalmıştır.[358]

Kelsen, hukuku, hukuk dışı olduğunu ileri sürdüğü değerlerden; etik/ahlâk alanından ayrı ve bağımsız olarak ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Kelsen, yürürlükteki pozitif hukuk kuralları dışında ve bunlardan önce gelen bir **hak** ve adalet kavramını reddetmiştir. Kelsen'e göre üstün güç, neyi hak ve adalet olarak tanımlarsa, o, haktır ve adalettir.[359] Bu anlayış açısından **hak**, pozitif hukuk kurallarının, somutlaşmış biçiminden başka bir şey değildir. **Adalet** de, pozitif hukuk kurallarının insanlara **eşit** olarak uygulanmasıdır. Hâlbuki adaletli olmayan pozitif hukuk kurallarının insanlara **eşit** olarak uygulanması, adaletsizlikte eşitlik anlamına gelmektedir. Dolayısıyla böyle bir düşünce üzerine kurulacak bir hak ve adalet tanımlaması yetersiz olduğu gibi, bu düşünceyle hukukun temellendirilmesi mümkün değildir.

Kelsen'in, **meşruiyet** konusunda yetersiz kaldığı açıktır. Çünkü Kelsen'in savunduğu hukuki pozitivizm; **meşruiyeti,** yürürlükte olan hukuk kurallarını itirazsız kabullenmeye dayandırmaktadır. Hâlbuki meşruiyet kavramı, bunun çok

---

[357] Prof. Dr. Mustafa Şentop, Gücün Hukuku mu, Hukukun Gücü mü/Hukukta Meşruiyet.

[358] Prof.Dr. Levent KÖKER, Hukukun Temellendirilmesi.

[359] Selahattin Keyman, Hukuki Pozitivizm; aktaran Prof. Dr. Levent KÖKER, Hukukun Temellendirilmesi.

üstündedir. **Meşruiyette** sosyolojik ve felsefi dayanaklarla, insanlığın çağlar boyunca oluşturduğu birikim, **değerler** ve kazanımlar vardır. **Meşruiyet,** insanın **maddi** ve **manevi** doğasında, sosyolojinin verilerinde ve etik değerlerde aranmadığı takdirde, insanlar ve toplumlar hukuki pozitivizmin katı anlayışının sonucu olarak, güçlünün gücünü ve her nasılsa kurulmuş bir otoriteyi **meşruiyetin** kaynağı olarak görmeye devam eder. Bu açıklamalardan anlaşılıyor ki, hukukun tanımıyla meşruiyet arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Hukukun tanımında benimsenen anlayış hangi temel ilkeye dayanıyorsa, meşruiyetin kaynağı da bu anlayışa uygun olarak ortaya çıkar.

Hans Kelsen'e göre hukuk devleti, hukuk normlarının belirli bir hiyerarşik mantık içerisinde üst üste yer almasıyla ortaya çıkar. Normlar piramidi diye adlandırdığı hukuk düzeni keyfi yönetim ve keyfi egemenlik karşısında hukuk güvenliğini ve hukukun güvenirliliğini vurgulamaktadır. Yasalar anayasaya uyacaklardır. Hiyerarşik piramidin en altında hukuksal tasarruflar, onların üstünde tüzük ve yönetmelikler, onların üstünde yasalar, yasaların üstünde anayasa yer almaktadır. Bir alt norm etkinliğini ve geçerliliğini bir üst normdan alır.

Hukuk düzeninde **en üst norm** olan **anayasa** etkinliğini ve geçerliliğini nereden alıyor? Kelsen'e göre anayasalar meşruiyet ve geçerliliğini **temel norm** (Grundnorm) denilen belirgin olmayan/farazi bir kuraldan almaktadır. Temel normun mahiyeti Kelsen'de pek açık olmasa da hukuk camiasında 'ilk yasa koyucu' ya da 'asli kurucu iktidarın iradesi' olarak yorumlanmaktadır.

Anlaşılıyor ki Kelsen'in amacı, hukuku, hukuk üstü/etiksel faktörlerden arındırmaktır. Ancak Kelsen böyle bir arındırmayı gerçekleştirememiştir. Gerçekleştirmesi de mümkün değildir. Çünkü O, hukukun oluşumunda, sosyal bir realite olan ilk kurucu iktidar ve verilen sözün tutulması, ahde vefa prensibi gibi **ahlaki** ve **felsefi** ilkelerin rol oynadığını kabul etmek zorunda kalmıştır. Kelsen **meşruiyeti,** sosyal ve felsefi boyutta aramakla kendi pozitif sistemine bir tür ihanet etmekte; istemese de sosyolojinin verilerine ve felsefi alana yaklaşmak zorunda kalmaktadır. Bilinmelidir ki bir hukukçu, felsefe, etik ve sosyolojiden uzaklaşınca mekanik bir teknisyenden farkı kalmaz.[360]

Aslında Kelsen ve Rousseau hukuka iyi başlangıç yapmışlar ancak sonunda kendi fikirleriyle ciddi bir çelişkiye düşmüşlerdir. Her iki düşünürün dile getirdiği; egemenliğin topluma dayandırılması, hukuka hem yönetenlerin hem de yönetilenlerin uyması, keyfiliğin ortadan kalkması ve hukukun üstünlüğü gibi kavramlar hukuk tarihinin ve tüm insanlığın önemli kazanımlarıdır. Ancak bütün bu sistem ve kavramlar acaba hangi esaslara dayandırılırsa gerçekten **meşru** olabilirler?

Asli kurucu iktidar ya da ilk yasa koyucu eğer savaş ve zulüm yanlısı ise, hak ve adaletten değil de güç ve otoriteden yana ise, hukuk düzeninde adalete, insan haklarına, insanın ve toplumların doğasına aykırı düzenlemeleri rahatlıkla yapabilir. Bu durumda 'sırf kurucu iktidar yaptı' diye böyle bir hukuk düzeni meşru sayılır mı? Örneğin böyle bir düzen tıpkı Engizisyon Mahkemelerinde olduğu gibi işkenceyi hukuk sisteminin içine sokarsa, işkencenin şeklini bile tüzük ve

[360] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk ve Meşruiyet.

yönetmeliklere göre düzenlemişse meşruiyetten söz edebilir miyiz? Böyle bir düzende, Kelsen piramidinin kurallarına ve normlar hiyerarşisine ne kadar uyulmuş olursa olsun, belki kanun/yasa devletinden söz edilebilir ama gerçek anlamda meşruiyetten söz edilmesi mümkün değildir. Normlar hiyerarşisine harfiyen uymak meşruiyet için yeterli değildir. Bu belki keyfi hukuk uygulamalarını ortadan kaldırabilir. Ancak mevcut hukuk normlarının adaletli olup olmadığını sorgulamadığı, sosyoekonomik faktörleri, insan doğasını dikkate almayıp sadece mekanik bir uygulama sürecine girdiği için meşruiyet bağlamında daima tartışılmaya açıktır.[361] Bu durum, bir hastanın, içeriği zehirli maddelerden oluşan bir ilacın reçetesine ve kullanım şekline, sırf bu bir reçete olduğu için, ölümü pahasına da olsa tam olarak uyması olayına benzer.

Kelsen'in, hukuku saflaştırma adı altında yapmak istediği şey, hukuku etik/ideal ve sosyal değerlerden bağımsız kılmaktı. Hâlbuki hukuku etik ve sosyal faktörlerden arındırarak, onu **içerik**/muhteva yerine sadece **biçimsel** bir çabaya indirgemek, hukukçuluğu hukuk teknisyenliğine indirgemekle sonuçlanmaktadır. Çünkü etik ve sosyal veri ve faktörlerle ilgilenmemek, politik alandan gelen verileri olduğu gibi kabullenmek demektir ki, bu da sadece politik etkilerle hukuk kurallarının oluşturulması anlamına gelir. Böylece yasa koyucunun politik eğilimleri olduğu gibi kabullenilmekte, politika ve ideolojilerin kör bir uygulayıcısı olunmaktadır. Böyle bir anlayışla hukuka bilimsellik getireceğim diye, hukukun sosyolojik ve filozofik tarafını ihmal etmek de bilimsel olmayı değil, ideolog olmayı ifade eder.[362]

Kelsen'in hukuk anlayışının, özelikle, **temel norm** (Grundnorm) varsayımından dolayı şiddetle eleştiriye uğraması doğaldır. Çünkü anayasanın dayanağı olarak gösterdiği **temel normun** (Grundnorm), etik dışı bir varsayım olduğunu belirtmesi, O'nu, hukuk görünümlü her türlü siyasal rejimin adalete uygunluğunu da kabul etmek gibi bir konumuna düşürmektedir. Böyle bir anlayış içinde, çağdaş diktatörlük ile parlamenter demokrasi eşit derecede meşruiyet kazanmış olabil-mektedir.[363] Görüldüğü üzere Kelsen'in temel normu, bilinen klasik anlamda bir hukuk normu değil, bir felsefe ve hayat görüşüdür.

Hukukun temel unsurları olan norm, soysal olgu ve etik değer unsurları birbirinden bağımsız düşünülemeyecek kavramlardır. Bu unsurlardan sadece biri ön plana çıkarılıp diğerleri dışlanarak yapılacak meşruiyet temellendirmesi, eksik ve sakat bir temellendirmedir. Hukukun temel unsurla-rından olan etik değer, sahip olduğu evrensellik niteliği nedeniyle elimizdeki en önemli malzemedir.

Hukukun, ahlaktan bağımsız olması düşünülemez. Örneğin, kırmızı ışıkta durulması gerektiği yönündeki bir hukuk kuralı, bağlayıcılığını sadece bir kural olmasından almamaktadır. Ahlak, insana aynı yoldan yayaların ve diğer araçların da yararlanma hakkı olduğunu, onlara da geçiş hakkı verilmesi gerektiğini öğütler. Bu nedenle yayaların ve araçların ortak kullanımını düzenleyen ışıklandırma sistemi,

---

[361] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk ve Meşruiyet.

[362] Öktem-Türkbağ, Felsefe Sosyoloji ve Devlet; aktaran: Ali Sağlam, Kelsen ve Hukuki Pozitivizm.

[363] Adnan Güriz; Hukuk Felsefesi; aktaran: Ali Sağlam, Kelsen ve Hukuki Pozitivizm.

bu ahlaki bağlayıcılığından dolayı hukuken de bağlayıcıdır. Etik değer boyutunu göz ardı eden bir hukukun ya da ahlakı insanın sadece düşünce dünyasına hapseden bir hukuk sisteminin meşruiyetinden söz etmek mümkün değildir.

Hukuk sadece anayasaya, anayasaya göre çıkarılan kanunlara ve bunlarla uyum içerisindeki tüzük ve yönetmelikler gibi hukuki metinlere ve hiyerarşik sisteme indirgenemez. ABD'li hukukçu Roscoe Pound, 'olması gereken hukukun', uygulamada 'olan hukuk' kadar önemli olduğunu dile getirmiş ve hukukun "yargıçların nasıl karar verdikleriyle" değil hukukun gelişimi için "nasıl karar vermeleri gerektiğiyle" de ilgilenmesi zorunluluğunu belirtmiştir.[364]

2) HUKUKTA MEŞRUİYETİN, HUKUKUN DIŞINDA VE HUKUKTAN DAHA ÜSTÜN DEĞER VE ÖLÇÜTLERE DAYANDIĞI ANLAYIŞI (DOĞAL HUKUK)

Hukukta meşruiyetin, hukukun dışında ve hukuktan daha üstün değer ve ölçütlere dayandığı anlayışına göre meşruiyet kavramı, bir kurum veya kuralın, kendisinden daha üstün konumda bulunan hukuksal veya etiksel bir ilke ya da değere uygun olmasını ifade eder. Buna göre yüksek bir ahlaki değerin üzerine kurulmuş olan kurum veya kural meşrudur. Bu nedenle hukukta meşruiyet, halen yürürlükteki bir kanuna uygun olmayı belirten yasallık kavramından daha farklı ve geniş olarak ele alınması gerekir. Çünkü pozitif hukuk kuralları, meşruiyete doğrudan doğruya bir ölçüt oluşturma niteliğine sahip değildirler. Başka bir ifadeyle yürürlükteki pozitif hukuk normları, meşruiyetlerini, kendi dışında ve kendilerinden daha üstün olan belirli değerlere dayandırmak zorundadırlar.[365]

Hukukta etik değerlere dayalı meşruiyete, amaca ilişkin meşruiyet de denilebilir. Çünkü hukukun amacı adalet ve eşitliktir. Adalet ve eşitlik ise ahlaki değerlerdir. İşte hukuk, adalet ve eşitliğin temellendirilmesi de, bu ahlaki değerlerin neden iyi olarak kabul edildiği ve onlara uymanın geçerlilik kaynağının ne olduğu hususlarıdır.

Hukukun amacı olan adalet ve eşitliği iyi olarak nitelendiren nedir? İnsan düşüncesi midir? Adalet ve eşitlik bizatihi/kendi başına iyi olan bir değer midir? Hukuka, adalete ve eşitliğe iyi dedirten ve onları geçerli, meşru, kabul edilebilir kılan şey nedir?

Bir görüşe göre; eşitlik, adaletin gereği olup onu yansıtmakta ve insandaki hukuk duygusundan çıkmaktadır. İnsanları, eşitliğe uymayan bir işleme tabi tutmanın adaletsizlik olacağı herkes tarafından kabul edilir. Hatta eşitlik duygusu, insanın çocukluk çağında bile kendini gösterir. Bir anne-babanın, bir konuda çocuklardan birini diğerine üstün tutması halinde, anne-babanın bu davranışı diğer çocuk tarafından haksız olarak görünür. Dolayısıyla eşitlik düşüncesi, insanın yaratılışında var olan en önemli özelliklerinden biridir.[366]

---

[364] M. Buhari Çetinkaya, Hukuksal ve Siyasal Açıdan Meşruiyet.

[365] Prof.Dr. Gerhard Wehrıg, Almanca Sözlük, 1985; aktaran: Prof. Dr. Ender Ethem Atay, Hukukta Meşruiyet Kavramı.

[366] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

İnsanlarda doğuştan bir hukuk ve adalet duygusunun olduğu şüphesizdir. Ancak hukuk ve adalet düşüncesinin insanlarda doğuştan var olması, onların toplumsal ilişkilerde her zaman bu ilkelere uygun davranacağını garantilemez. Ortaya koyacakları davranışlar konusunda önceden belirsizlik hâkim olan insanda, doğuştan bir hukuk ve adalet düşüncesi olmakla birlikte, aynı insanda hukuk tanımazlık ve adaletsizlik yapma eğilimi de bulunmaktadır. Tıpkı insanlarda toplum halinde birlikte yaşama duygusu doğuştan var olmasına rağmen, aynı zamanda onlarda kavga eden, savaş yapan, insan öldüren, düzen bozan eğilimlerin de bulunması gibi… Adalet ve eşitlik düşüncesi, insanda doğuştan ham bir duygu olarak mevcut olup, mutlaka etiksel bir eğitim ve ahlaki bilinçle insanın vicdanında asıl kıvamını bulur ve istikrarlı bir biçimde en uygun bir konuma gelir. Doğuştan hukuk ve adalet duygusuna sahip olmak, insanlarda bu değerlere yönelik bir eğilimin olduğunu gösterir. Ama aynı insanlarda, onları ters yönlere götürebilecek başka eğilimler de vardır. Bu nedenle adalet ve eşitlik gibi etik değerlerin, insanlarda doğuştan var olan duygularla temellendirilmesi tartışmaya açıktır. Belki insanda doğuştan hukuk ve adalet düşüncesinin bulunması, onun bu doğal yapısına ancak adalet temeline dayalı bir hukukun uygun olabileceğini göstermektedir.

Bir başka görüşe göre, adalet ve eşitlik düşüncesi bizatihi/kendi başına iyi ve ahlaki bir değer olup, onun ispatlanmaya ihtiyacı yoktur. Buna göre; adalet ve eşitlik, 'kendi kendine (bizatihi) iyi' olan bir ahlaki değerdir. Platon ve Aristoteles'e göre meşruiyetin kaynağı olan adalet; sosyal alanda iyi ve erdemli olan davranıştır. Çünkü bir davranışın iyi olması için; *ölçülü ve dengeli olması, *kendi kendine yeter olması, *kendi başına amaç olması gerekir. Sosyal alanda iyi olanın bu üç tipik özelliğini, adaletle; düzen, barış ve eşitlikle birlikte düşündüğümüzde, karşımıza adalete dayalı hukuk düzeninin temel ilkeleri çıkar.[367]

Hukukta meşruiyet ile ilgili bazı kavramlar vardır. Bu kavramlar; demokrasi, halkın iradesi, egemenlik ve egemenliğin kullanım biçimleridir. Hukukta meşruiyetin daha iyi anlaşılabilmesi için bu kavramların açıklanması gerekir.

2.1) Hukukta Meşruiyetin Kaynağı ve Halkın İradesi

Bugün batı demokrasilerinde genel olarak kabul edilen anlayışa göre; kanunların meşruiyetinin kaynağı 'halkın iradesi'dir. Halkın iradesi, hukukta meşruiyetin kaynağı olabilir mi? Hukuk kurallarının ya da kanunların, meşruiyet ve kabul edilebilirliklerini halkın iradesinden aldığı yönünde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Burada halkın iradesi kavramı, toplumda herhangi bir grup ya da güç odağının iradesinin değil, toplumun iradesinin geçerli olduğunu ifade etmektedir.

Bu anlayışa göre egemenliğin kaynağı millettir. Başka bir deyişle egemenlik, siyasi anlamda halkın iradesine dayanmaktadır. Ancak egemenliğin sahibi olan halkın, devlet yönetiminde nasıl söz sahibi olacağı ve iktidarı nasıl kullanacağı noktasında sorun ortaya çıkmaktadır.[368]

Egemenlik-iktidar ilişkisinde egemenlik ile iktidar kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Siyasi olarak egemenlik, millete aittir. Siyasi iktidarlar,

[367] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi.
[368] Dr. Gürsel Özkan, Avrupa Birliği Hukuku ve Milli Egemenliğin Devri.

egemenliği millet adına kullanmaktadırlar. Siyasi iktidarı elinde bulunduranlar, devleti yönetme yetkisini, egemenliğin gerçek sahibi olan millet adına ve belirli süreyle kullanırlar. Millet adına egemenliği kullanan siyasi iktidarlar, ihtiyaç halinde yeni hukuk kuralları oluşturabilir, var olanları değiştirebilirler. Demokratik ülkelerde siyasi iktidarlar, halkın iradesiyle seçildiklerinden, kabul ettikleri hukuk kuralları siyasi meşruiyetini, halkın iradesinden almaktadır. Ancak, halkın iradesiyle seçilmiş olmak, siyasi iktidarlara hukuk oluşturma konusunda sınırsız bir yetki vermez.

Demokratik ülkelerde halkın, siyasi partilere ve milletvekillerine seçim yoluyla iktidar yetkisi vermesi, bir kişinin, davasını takip etmesi için avukata verdiği yetkiye benzer. Müvekkili tarafından dava takibi için kendisine yetki verilmiş olmakla birlikte, avukat bu davada müvekkili aleyhine olacak bir işlemi yapamaz. Örneğin, müvekkilinin özel bir talimatı olmadan davadan vazgeçemez. Yani benim 'vekâlet yetkim var' diye her işlemi yapamaz. Siyasi iktidarların durumu da buna benzemektedir. Siyasi iktidarlar, egemenliğin asıl sahibi olan milletin genel amaçlarına, adalet, eşitlik ve insan haklarına aykırı hukuk kuralları kabul etmeleri halinde siyasi meşruiyetten uzaklaşmış olur. Demek ki, halkın iradesi tek başına meşruiyetin kaynağı değildir.

Gerçekte her iktidar kendisini meşru ve haklı olduğunu iddia eder. O halde meşruiyetin objektif bir ölçütü var mıdır? Bir tanıma göre siyasi meşruiyet; bir iktidarın, meşru yollardan iktidara gelmesi, iktidara geldikten sonra da mevcut yasalara uyması ve onları aynen uygulaması anlamına gelir. Buna göre bir iktidarın, sadece meşru yollardan iktidara gelmesi yetmez. İktidara geldikten sonra da hukuka ve toplumun amaçlarına uygun davranması gerekir. Bunu yapmadığı takdirde, başlangıçta var olan meşruiyetini sonradan kaybedebilir. Bu nedenle bir siyasi iktidarın meşruiyeti, onun seçimle ve halkın iradesine dayalı olarak işbaşına gelmesini ve ondan sonra da bu meşruiyeti, toplumun amacına ve hukuka uygun yapacağı icraatlarıyla sonuna kadar sürdürmesini ifade etmektedir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi siyasi meşruiyet, bir hukuk düzeninde iki bakımdan önem taşır. Birincisi iktidara sahip olmak, ikincisi ise iktidarın elde tutulması, yani devamıdır.

Yönetilen kesim/toplum, iktidarın meşruluğuna inandığı ölçüde onun kararlarına kendiliğinden uyma eğilimi gösterir. Böyle bir toplumda, bireyler genel olarak yönetimden hoşnut olduğundan zora başvurma gereği duyulmaz. Ancak halk arasında iktidarın meşruluğuna olan inancın zayıflaması halinde, siyasal kararlara uyma eğilimi de zayıflayacaktır. Bu durumda iktidar, otoriteyi sağlamak ve sırf ayakta kalabilmek için baskı hatta kuvvet kullanma yoluna bile gidebilmektedir. Bu nedenle meşruiyet, yönetimi kolaylaştıran, sağlamlaştıran, onu daha istikrarlı ve etkili kılan bir niteliktir. Böyle olduğu içindir ki, iktidar sahipleri her zaman ve her yerde iktidarlarının meşru olduğu inancını halk arasında yaymak hususunda çaba harcarlar.[369]

[369] Münci Kapani, Politika Bilimine Giriş; aktaran: Prof. Dr. Ender Ethem Atay, Hukukta Meşruiyet.

a) Demokrasi, Egemenlik ve Meşruiyet

Sözcük anlamına göre **demokrasi**, halkın kendi kendini yönetmesi, kaynağı halkta bulunan egemenliğin halk tarafından ve halk için kullanılması; halkın yönetimi olarak tanımlanabilir.[370] Bu nedenle her türlü kamusal yetki, halktan doğmalı ve hukuk devleti ilkesine uygun olarak kullanılmalıdır. Her kamu görevi, ya doğrudan seçilmiş görevliler tarafından ya da doğrudan seçilmiş bir parlamentoya karşı sorumlu görevlilerce yürütülmelidir.

Hukuk normları, toplumsal hayatı düzenleyen ve uyulmaması durumunda belli yaptırımları olan emir ve yasaklardan oluşur. Demek ki hukuk normunun unsurlarından birisi emirdir. Her hukuk normu, olumlu veya olumsuz bir buyruğu içerir. 'Yönetecek ve emredecek olan kimdir' şeklindeki temel soruyu cevaplandırmada en belirleyici olarak egemenlik kavramı bulunmaktadır. Millete ait olan egemenliğe dayalı olarak siyasi erki ve yasama gücünü elinde bulunduran iktidar, hukuk kurallarını nasıl koyacak ve bu kurallara kimler, neden uymak zorunda kalacaktır? Bu anlamda egemenliğin sınırları var mıdır? Egemenliğin sahibi ve kullanıcıları, her istediğini yapma hakkına sahip olacak mıdır? İşte meşruiyet, bu soruların cevabını belirleyecek temel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.[371] Bu çerçevede egemenlik-meşruiyet ilişkisi gündeme gelmektedir. Batıda Fransız devrimiyle birlikte egemenlik, halkın iradesi ve onunla bağlantılı olarak meşruiyet kavramları değişik bir zemine oturtulmuştur. Rönesans ve aydınlanma dönemiyle birlikte egemenlik artık toplumundur.

Meşruiyeti genel irade ve toplum sözleşmesine dayandıran Fransız düşünür Rousseau, halk egemenliğine dayalı devletin iradesini, yanılmaz, devredilmez olarak görürken, kendi ifadesiyle insan doğası ve toplumsal doğadan uzaklaşmıştır. Egemenliği, 'halkın iradesi' anlayışıyla aslında siyasal meşruiyet zeminine oturtan Rousseau, genel iradeyi ve onun eseri olan devlet iradesini adeta kutsallaştırmıştır. Bu anlayışa göre artık mutlak söz sahibi olan, yanılmayan bir genel irade, halk iradesi ve ona dayalı bir devlet vardır ki buna herkes uymak zorundadır. Bu anlayışın, toplumu yanlış yönlere götüreceği, otoriter ve hatta totaliter devletçiliğe kapı açarak adalet ve insan haklarına dayalı devlet anlayışından toplumu uzaklaştıracağı söylenebilir. Aynı dönemlerin bir başka Fransız düşünürü Montesguieu, insan doğasına uygun hukuk, egemenlik ve meşruiyet yaklaşımıyla sorunu daha gerçekçi temellere oturtmuştur.[372] Montesquieu, devlette; kanun yapma/yasama, yürütme ve yargı diye üç kuvvet bulunduğunu, bu üç kuvvetin birbirinden ayrılması gerektiğini söylemiştir. Ona göre; bir ülkede bir kurum hem kanun yapar, hem onu uygular hem de ortaya çıkan uyuşmazlıkları kendisi çözmeye kalkışırsa o ülke yönetiminin, diktatörlüğe doğru yol aldığı söylenebilir.

b) Meşruiyet, Egemenliğe Değer Boyutu Katmaktadır

---

[370] A. Şeref Gözübüyük, aktaran: Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.

[371] S. Akkuş, 1995; aktaran Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.

[372] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk ve Meşruiyet.

Meşruiyetin, egemenliğe değer boyutu katması, egemenlik ve iktidarın kaba bir biçimde değil, etik ilke ve değerlere uygun olarak kullanılmasını ifade eder. Bu gerçek, devlet yönetimi ve hukukta meşruiyetin hukuktan daha üstün etik değerlere dayandığını bize göstermektedir. Egemenliğin halka ait olması, toplumun genel eğilimini yansıtmayan belirli güç ve menfaat odaklarının ya da ırk, inanç, mezhep, fikir ve ideolojik grupların tek yanlı ve baskıcı etkilerinden uzak olması anlamına gelmektedir. Yoksa halkın ya da halk adına iktidar gücünü kullananların meşru-gayri meşru ayrımı gözetmeksizin her istediğini yapması demek değildir. Meşruiyet ve güç, egemenliğin iki temel ayağıdır. Asırlar ve yıllar ne kadar geçse; kavram ve tanımlar ne kadar değişse de, egemenliğin değişmeyen iki ana unsuru olarak meşruiyet ve gücün hukuk ve egemenlikle birlikte var olmaya devam edeceği söylenebilir.[373]

Demek ki hukuktan daha üstün etik değerler, egemenliğin sahibi ve kullanıcılarına doğru karar ve davranış için genel nitelikte ilkeler sunmaktadır. Bu etik ilkelerden ve dolayısıyla meşruiyetten yoksun güç ve egemenlik, kaba güç olmaktan kurtulamaz. Halkın iradesinin önemini bu çerçevede vurgulamakla birlikte, değer boyutundan uzak bir egemenlik ve halk iradesi meşruiyet bakımından tartışmaya açıktır. Etik değerlerden uzak olan bazı siyasi iktidarların, çoğu zaman halkın iradesine dayandıklarını söyleyerek yaptıkları yanlış işlere meşruiyet kazandırmaya çalıştıkları görülmektedir. Hâlbuki halkın iradesi, sırf halkın iradesi olduğu için mutlak doğru ve kutsal değildir.

Hukuk kurallarını oluşturma ya da değiştirme konusu gündeme geldiğinde, yasalara uygunluk kavramı yanında mutlaka meşruiyet kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Bir hukuk normu, meşru ve değerler bakımından kabul edilebilir olması sayesinde yaşama imkân ve gücüne de sahip olur. Bu nedenle hukuk; iktidar, toplumsal rıza ve etiksel değerlerin kesiştiği ve örtüştüğü bir meşruiyet alanıdır. İktidar; içeriğinde yüksek değerleri barındıran bir hukuka ve toplumsal rızaya dayanmadıkça bir kaba gücü ve zorbalığı temsil etmekten kurtulamaz. Öyleyse meşruiyet; iktidar gücüne değer boyutu kazandırdığı gibi toplumun yönetenlere itaatini de sağlayan temel unsurdur.

c) Meşruiyet ve Egemenliğin Kullanım Biçimleri

Siyasi egemenliğin ve devletin sahibi halktır, millettir. Temsili demokrasilerde millet bu egemenliği seçtiği temsilcileriyle kullanır. Siyasi iktidarlar, egemenliğin sahibi değil kullanıcılarıdır. Siyasal iktidarlar millet adına egemenliği kullanırken, aşırıya kaçmaları, devlet gücünü suiistimal etmeleri ihtimali her zaman bulunduğundan bu konuda bazı denetim mekanizmaları düşünülmüştür.

Siyasi egemenliğin millete ait olduğu düşüncesinin engellendiği bir devlet ve hukuk sistemi, içinde barındıracağı hoşnutsuz çoğunluk nedeniyle kargaşa ve çatışmalardan kurtulamaz. Bilinmelidir ki hoşnutsuz kalabalıklar devlet ve hukuk

[373] A. Davutoğlu, 2003; aktaran: Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.

sistemini sarsar. Temelleri en sağlam devlet ve hukuk sistemi, meşruiyete ve halkın memnuniyetine dayalı egemenliğin bütün topluma ait olduğu devlettir.[374]

Millete ait olan egemenliği fiilen kullanan iktidarlar, toplumun amaçlarına, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun hukuk kuralları oluşturdukları ve uyguladıkları sürece meşruiyet kazanacaklar, toplumun amaçlarına ve adalet/eşitlik ilkelerine uygun olmayan hukuk kuralları oluşturduklarında da meşruiyetlerini kaybedeceklerdir.

Egemenlik, kavram olarak kullanıldığı andan günümüze kadar hukuk ve siyaset biliminin en tartışmalı konularından biri olmuştur. Halkın iradesine dayandığı söylendiği halde, halka hesap verme zorunluluğu duymayan iktidarların, halkın amaç ve hedeflerine aykırı olmasına rağmen halk adına yasalar çıkardığı, kararlar alabildiği egemenlik anlayışı, demokratik devlet ve egemenlik anlayışının değil, otoriter bir devlet ve egemenlik anlayışının sonucudur. İşte ünlü düşünür J.J.Rousseau, egemenliğin ve meşruiyetin temelini sadece toplum sözleşmesine, yani 'halkın genel iradesi'ne dayandırmaktadır. Bu yaklaşımda toplum sözleşmesi ve halkın genel iradesi anlayışından hareketle bir devlet yapısı kurulmakta, halkın genel iradesinin ifadesi olan egemenlik kavramı kabul edilmekte ve bu sistem üzerinden halkın iradesine dayalı seçilen yasama organı tarafından da hukuk oluşturulmaktadır. Yasama meclisinin kabul ettiği yasaların sırf halkın iradesine dayanmış olması, belki şekli meşruiyeti gösterse de amaca/esasa ilişkin meşruiyet açısından yeterli olduğu söylenemez.

Gerçi meşruiyetin, halkın genel iradesine dayandırılması bütünüyle yanlış değildir. Çünkü halkın iradesine dayanmayan siyasi iktidarlar, zorunlu olarak bazı güç ve menfaat odaklarına dayanacaktır. Halkın, kendi iradesi ve amaçları doğrultusunda yönetilmesi en uygun bir yönetim biçimi olmakla birlikte yöneticilerin sadece halkın iradesiyle işbaşına gelmiş olmasının, meşruiyet için tek başına yeterli bir ölçüt olduğunu söylemek zordur.

Meşruiyet için halkın iradesi yanında hukuk devleti ilkesinin birlikte bulunması gerekir. Prof. Özer'in (A. Özer, 2003) belirttiği gibi hukuk devleti ve halkın iradesi (demokrasi) birbirlerinin olmazsa olmaz şartlarıdır. Prof. Özbudun'a (E. Özbudun, 2004) göre, egemenliğin millete ait olduğu bir toplumda, demokratik hukuk devleti de olması gerekmektedir.[375] Meşruiyeti sadece toplum sözleşmesi bağlamında halkın genel iradesinde aramanın sakıncaları ortaya çıkabilir. Çünkü eğer topluma yön veren temel ilkelere otoriter bir zihniyet hâkim olursa, adalet, eşitlik ve özgürlük gibi etik değerler ihmal edilebilir ve baskıcı bir toplumsal yapıyla karşı karşıya kalabiliriz. Böyle bir devlet yapısının meşruiyeti tartışılabilir. Oysa Dworkin gibi etiksel temellere dayandırılan meşruiyet çok daha sağlam temelli bir toplum yapısının zeminini oluşturur. Eğer toplumsal konsensüs isteniyorsa bunu etik boyutta aramak gerekir.[376]

Demokratik egemenlik anlayışında, hukuk kurallarının oluşturulması da dâhil olmak üzere bütün kararlar iktidarda bulunan çoğunluk tarafından alındığından,

---

[374] Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.
[375] Aktaran: Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.
[376] Prof.Dr. Niyazi Öktem, Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi.

azınlıkta kalanların haklarının ihlal edilebileceği kaygısıyla bazı itirazlar ileri sürülmüştür. Ancak çoğunluğa dayalı iktidarın otoriter bir yapıya dönüşmesine engel olan ve onu denetleyen yani çoğunluk iradesinin aşırılıklarını sınırlayan hukuki metinler olarak **anayasalar** vardır. Ülkeyi yöneten çoğunluk iktidarı, hukuk oluşturma faali-yetinde ve bütün siyasi kararlarında anayasada belirlenen sınırlara uymak zorundadır.[377] Demokratik toplumlarda çoğunluğa dayalı iktidarların, ellerindeki devlet gücünü azınlıktaki insanlar aleyhinde kullanmalarına engel olacak bu tedbirlere rağmen, demokratik kültürün tam olarak yerleşmediği ülkemizde, bazı siyasi iktidarlar, kendilerinin milli iradeyi temsil ettiklerini, hatta yargı kararları da dâhil olmak üzere milletin iradesinin üzerinde hiçbir şeyin olmadığını ifade ederek 'milli irade' kavramına abartılı anlamlar verdikleri görülmektedir. Gerçi halkın oylarıyla seçilen siyasal iktidarın, seçim sistemi nedeniyle milletin iradesini ne ölçüde temsil ettiği de tartışmalıdır. Diğer yandan siyasi kararlarının önünde engel olarak gördükleri yargı kararlarını kendi amaçları doğrultusunda yönlendirmek için anayasa ve yasalarda değişiklikler yapmaktadırlar. Bu tür sakıncalı uygulama-ların, anayasaların sağladığı güvenceyi zayıflattığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelediği söylene-bilir. Bu kavramların doğru anlaşılması ve sistemin iyi işlemesi için öncelikle demokrasi kültürünün toplumda yerleşmiş olması gerekir.

Milli iradenin denetimsiz olarak kullanılması, sadece siyaset alanını genişletmekle kalmayıp yürütme erkini temsil eden siyasal iktidarın, devletin yasama ve yargı erkleri üzerinde de bir hâkimiyet kurmasına yol açabilir. Milli iradenin, abartılı olarak 'her şeyin üzerinde olduğu' düşüncesi, devlet yönetiminde **meşruiyetin** tek kaynağı olarak seçimlerde sandığa yansıyan **halkın iradesini** gören, egemenliği bir elde toplayan ve kuvvetler ayrılığı ilkesiyle kavgalı bir anlayıştır. Bu anlayışa göre 'milli irade' kutsal olduğundan, onu temsil eden siyasal iktidar ya da yürütmenin her yaptığı iş meşru, siyasal iktidarın amaç ve hedeflerine uygun olmayan yargı kararları dahi gayrimeşrudur. Buna göre, meşruiyetin kaynağı, adalet, hakkaniyet ve insan hakları değil, siyasal iktidarı seçim yoluyla işbaşına getiren halkın iradesidir. Ülkemizde milli irade kavramına aşırı anlamlar yüklendiği görülmüştür. Hâlbuki insanlık tarihi boyunca iktidar gücünün sadece bir elde toplan-masının ciddi sakıncaları görüldüğü için, insanlığın ulaştığı en makul sistem; egemenliğin, devletin yasama, yürütme ve yargı erkleri tarafından birlikte kullanılmasıdır. Bu erklerin, birbirinden ayrı ama aynı amacı gerçekleştirmeye yönelmesi ve aralarında dengeli bir ilişkinin var olması gerekir.

Devlet yönetiminde önemli yetkilere sahip olanların, yetkileri sınırlanmadığı takdirde, yetkilerini genellikle kötüye kullandıkları tecrübeyle sabittir. Bu nedenle hukuk sistemi, yetkilerin kötüye kullanılmasına engel olacak bir yapıda kurulmalıdır.[378] İktidar yetkisinin kullanılmasında anayasal ilke şudur ki; iktidar, millete ait olan egemenliği kullanırken, bu çerçevede yasama yetkisine dayalı

[377] Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.

[378] Prof.Dr. Oktay Uygun, Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi.

olarak hukuku oluştururken ve uygularken adalet, eşitlik ve temel insan haklarına uygun davranmak zorundadır.[379]

Egemenliğin kullanım biçimleri ile meşruiyet arasında nasıl bir ilişki vardır? Egemenliğin kullanım biçimleri olan demokratik sistemler ile meşruiyet arasında şüphesiz ki bir ilişki vardır. Egemenliğin kullanım biçimlerinden hangisi meşruiyeti daha iyi sağlayabilir? Bilindiği gibi egemenlik, demokratik sistemlerde genel olarak; *doğrudan demokrasi, *yarı doğrudan demokrasi ve *temsili demokrasi olmak üzere üç biçimde kullanılmaktadır.

Doğrudan demokrasi, halkın, egemenliğini aracısız olarak doğrudan doğruya kendisinin kullanmasıdır. Genel görüşe göre doğrudan demokrasi, uygulanmasında pratik açıdan zorlukların bulunması nedeniyle imkân dışı olarak kabul edilmektedir.[380] Ancak teknolojik gelişmeler sonucunda çağımızda iletişim araçları, toplumun/halkın iradesini açıkça ifade etmesi için yeterli görüldüğünden, doğrudan demokrasilerde eski imkânsızlığın ortadan kalktığını düşünenler de bulunmaktadır.[381] Doğrudan demokrasinin en önemli savunucusu Rousseau'ya göre, yasama yetkisi mümkün olduğu ölçüde devredilmemeli ve halk tarafından kullanılmalıdır. Yürütme ve yargı fonksiyonları ise temsili organlar tarafından yerine getirilebilir.[382] Bu görüşe göre, iletişim teknolojisinin imkânlarından yararlanmak suretiyle yasama faaliyetlerine halkın doğrudan katılımı sağlanabilir, görüşleri alınabilir.

Yarı doğrudan demokrasi şekli, temsili demokrasinin eksikliklerini giderme amacını taşır ve bu eksiklikleri önemli ölçüde giderir. Yarı doğrudan demokrasi, temsili demokrasi ile doğrudan demokrasinin karışımı ya da uzlaşımı olarak değerlendirilebilir. Temsili demokraside görülen eksikler nedeniyle saf temsili demokrasi anlayışının terk edilerek yarı doğrudan demokrasi uygulamalarının kademeli olarak yerleşmekte olduğu görülmektedir.[383] Yarı doğrudan demokrasilerde, bir yandan seçilmiş parlamento yasama yetkisini kullanırken, diğer yandan kanun teklifi/halk girişimi, referandum ve halk vetosu yöntemleriyle halkın, egemenliğin kullanılmasına doğrudan katılması da sağlanır.[384]

Halk girişimi/halk teşebbüsü, seçme yeterliliğine sahip belirli sayıda vatandaşın, imza toplayarak anayasa veya kanun çıkarılması ya da değiştirilmesini önerme yetkisine verilen isimdir.[385] Halkın yasama faaliyetine katılmasını sağlayan halk girişimi yöntemi, ABD ve İsviçre'de etkili ve geniş bir biçimde uygulanmaktadır.[386]

Referandum/halk oylaması ise, anayasa ya da yasa konusunda bir yasama işlemi hakkında halkın oyuna başvurulmasıdır. Halk, bu yöntemle kendi seçtiği

---

[379] Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.
[380] Prof.Dr. A.Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri.
[381] Prof.Dr. Turgut Önen, Türk Anayasası ve Özellikle Adalet Reformu.
[382] Prof.Dr. Fevzi Demir, Türkiye'de Siyasi İstikrar Sorunu ve Çözüm Yolları; aktaran Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.
[383] Prof.Dr. Fevzi Demir, Türkiye'de Siyasi İstikrar Sorunu ve Çözüm Yolları.
[384] Prof.Dr. A.Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri.
[385] Prof.Dr. Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı.
[386] Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.

temsilcilerinin yaptığı kanunu kabul ya da reddetmektedir.[387] Halkın özellikle anayasanın temel ilkeleriyle ilgili değişiklikleri referandum yöntemiyle kendisinin karara bağlamasının, amaca en uygun olan çözüm tarzı olduğu söylenebilir. **Halk vetosu** ise, halkın kendiliğinden harekete geçip belirli sayıda imza toplayarak, yasama organı tarafından kabul edilmiş bir kanuna hayır diyebilmesine denir.[388]

Temsili demokraside, egemenliğin asıl sahibi olan millet, bu egemenliğin kullanılmasını kendisini temsil eden organlara devreder. Temsili demokrasilerde seçmen, yalnızca seçimlerde hatırlanmaktadır. Temsilcileri seçtikten sonra seçmenler alınacak kararlarda ve çıkarılacak kanunlarda etkili olma imkânına sahip değildir.[389] Ayrıca temsilcilerin belirlenmesinde siyasal partilerin özellikle de parti liderlerinin tek karar verici olmasından dolayı bu konuda halkın dışlanması söz konusudur.

Temsili demokrasilerin başlıca iki şekli bulunmaktadır. Birincisi, halkın sadece **yasama** meclisi üyelerini seçtiği ve yasama meclisi üyelerinin **yürütmeyi** belirleyip denetlediği sistem, ikincisi ise yasama meclisi üyelerinin yanında ayrıca devlet başkanının da seçildiği, yasamanın üstünlüğünün dengelendiği sistemdir.[390]

Sonuç olarak, şekli meşruiyet bakımından siyasal egemenliğin halkın iradesine dayanması ve bununla bağlantılı olarak halkın iradesinin tam olarak ortaya çıkmasını sağlayan yönetim biçimlerinden birinin tercih edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Ancak şekli meşruiyetle yakın ilişkisi olmakla birlikte egemenlik, demokrasi ve onun dayanağı olan halkın iradesi kavramlarının, hukukta meşruiyet konusunu tek başına tam olarak karşıladığı söylenemez. Halkın iradesi kavramı, meşruiyet konusunda hukukçu ve düşünürleri tatmin etmediği için hukukçular ve düşünürler daha derin ve geniş araştırmalar yapma ihtiyacı duymuşlardır.

Halkın iradesi kavramının, tek başına meşruiyetin kaynağı olamayacağını, 'Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 5. maddesi de ortaya koymaktadır. Bilindiği gibi bildirgenin 6. maddesinde, "Yasa, genel iradenin ifadesidir" denilirken, sözü edilen 5.maddede ise "Yasa, sadece toplum için zararlı olan eylemleri yasaklayabilir…" hükmü yer almaktadır. Yani bir yasa eğer insanların ve toplumun yararına değilse, halkın iradesinin ürünü olması onu **meşru** hale getirmez. Demek ki toplum iradesinin tek başına meşruiyetin kaynağı olamayacağını bildirgeyi hazırlayanlar da kabul etmiştir.

Önemle belirtilmelidir ki; yasalar, ancak **adalet** üzerine kurulu düzenin, hakların korunması, insanın, toplumun ve çevrenin yararına olarak konulabilir. **Temel hak** ve **özgürlükler**, insanların doğuştan sahip olduğu haklardır. Bu nedenle kanunlar temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz. Çünkü bu hak ve özgürlükler, insanlara kanun koyucu tarafından verilmiş değildir. Bu haklar, sadece korunması ve güvence altına alınması için kanunlara konu olabilir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan bir kanun, halkın iradesine dayansa bile hukuka uygun ve meşru olamaz. Bu nedenle halkın iradesi kavramına mutlak bir anlam vermek ve onu

---

[387] Prof.Dr. Fevzi Demir, Türkiye'de Siyasi İstikrar Sorunu ve Çözüm Yolları.
[388] Prof.Dr. A. Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku.
[389] Prof.Dr. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku.
[390] Dr. Aydın İpek, Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi.

kutsallaştırmak doğru değildir. O halde hukuk kuralları **meşruiyetini**, halkın iradesi yanında hukukun amacı olan **adalete**, **temel hak** ve **özgürlüklere bağlı** ve **insanların ihtiyaçlarını karşılıyor** olmasından almaktadır.

2.2) Hukukta Meşruiyet ve Toplumsal Sözleşme

Hukukun geçerlik ve meşruiyet kaynağını **toplumsal sözleşme** ya da **sosyal sözleşme** ile açıklayan görüşler vardır. 'Toplumsal sözleşme' düşüncesinin temsilcisi Thomas Hobbes, hukuku ve devleti, devletin olmadığı bir doğal durumdan; herkesin herkesle savaştığı bir halden kurtulmak ve doğal durumdaki güvensiz ve vahşi olan hayatı güvenli ve yaşanır kılmak için bireylerin iradeleriyle oluşturulmuş yapay/farazi bir varlık olarak görmektedir. Buna göre hukuk ve devletin varlık nedeni, herkesin herkesle savaştığı doğal durumdur. Hukuk ve devlet, varlık ve geçerlik kaynağını yani meşruiyetini doğal savaş durumundan almaktadır.[391]

Hobbes'un anlayışına göre; insanlar, tüm haklarını bir toplumsal sözleşmeyle devlet denilen egemen güce devretmeleri halinde bu güvensizlik, savaş ve kargaşa ortamından kurtulabilirler. Buna göre devlet, bireylerin kendi kişiliklerini taşıyacak bir tek kişi (kral, hükümdar) veya bir grubu (milletvekillerini) seçerek o kişi veya gruba tabi olmasıyla oluşan ve herkesin birleştiği topluluk olmaktadır.

Hobbes'un, yukarıda belirttiğimiz doğal hayatın güvensizlik ortamından kurtulmak için çare olarak gösterdiği toplumsal sözleşme; karşılıklı rıza ve katılıma dayalı **meşruiyet** anlayışı, devlet denilen egemen gücün ortaya çıkmasıyla son bulur. Hukuk felsefesinde temel ilke olarak kabul edilen **meşruiyetin** sürekliliği Hobbes'un anlayışında söz konusu değildir. Çünkü O'nun anlayışında meşruiyetin sürekliliği, yerini egemen devlet iktidarının sürekliliğine bırakır. Bireylerin **toplumsal sözleşme**deki rızası ise yerini mutlak itaate bırakır. Bu nedenle bireylerin bütün hak ve özgürlüklerinden vazgeçtikleri **toplumsal sözleşme,** bir anlamda egemen devlete kulluk ve boyun eğme anlaşmasına dönüşür. Bu durumda Hobbes'ta meşruiyet, sadece toplumsal sözleşmenin kuruluşuna ait bir arayıştır. Hâlbuki meşruiyet, iktidarın kuruluşundan başlayarak bütün karar ve uygulamalarında aranması gereken bir toplumsal rıza ve siyasal katılımdır.[392]

Hobbes'un yaklaşımı, temelde devleti ve hukuku **kuvvet** ile özdeşleştirmeye dayanır. O'na göre, herkesin herkesle savaş içinde olduğu bir hayat, insanlar için belirsiz bir ortam oluşturur ve bu ortamda kimse birbirine üstünlük sağlayamaz. Bundan dolayı insanlar sürekli bir güvensizlik içinde olacaklardır. İşte bu anlayışa göre hukuku yaratan şey de, güvensizlik içinde olan insanların, genel güvenliklerini sağlamak üzere bir toplumsal sözleşmeyle devlet kurmak zorunda olmalarıdır.

Toplumsal sözleşme düşüncesi, J. Locke'de farklı boyut kazanmıştır. Buna göre devletin varlığı doğal hukukla sınırlanmış, devlet, hukuk aracılığıyla sadece bireylerin güvenliğini sağlama işleviyle yükümlü kılınmıştır. Görüldüğü gibi ilk bakışta birbirine karşıtlık içinde görülen her iki düşünürün görüşü ortak bir noktada buluşmaktadır ki, o da hukukun ve devletin geçerlilik kaynağı ve meşruluk

[391] Prof. Dr. Levent KÖKER, Hukukun Temellendirilmesi.
[392] Prof.Dr. Halis Çetin, Egemenlik ve Hukuk İlişkisi.

temelinin, bireylerin güvenlik ihtiyacı olduğudur. Başka bir deyişle, hukukun ve devletin geçerlik ve meşruluk temeli, Hobbes'a göre birbirleriyle sürekli savaş hâlinde olan ya da Locke'a göre huzuru ve güvenliği bozma ya da savaşma ihtimali açık olan bireylerin 'güvenlik ihtiyacı' olmaktadır.[393] Bu durumda Hobbes'ın 'Toplumsal sözleşme' düşüncesinin, hukuk felsefesinde önemli bir yeri olan 'hukukta meşruiyet' kavramını karşılayacak bir nitelik taşımadığı görülmektedir.

2.3) Hukukta Meşruiyetin Kaynağı ve Uluslararası Hukuk

Hukukta meşruiyetin kaynağı uluslararası hukuk olabilir mi? Hans Kelsen'in, her hukuk normunun geçerlilik ve meşruiyetini bir üst normdan aldığını söylediği normlar hiyerarşisi sisteminin, anayasada tıkandığını daha önce ifade etmiştik. Bilindiği gibi bu sisteme göre, yönetmelikler meşruiyetini tüzüklerden, tüzükler yasalardan, yasalar da anayasadan almaktadır. Ancak anayasa meşruiyetini nereden almaktadır, diye sorulduğunda sistem bu noktada tıkanmaktadır. Kelsen, tıkanan sistemine güya çözüm olarak soyut/belirsiz bir kavram olan temel normu (Grundnorm) ilave etmiştir.

İşte hukuk literatüründe anlaşılır görülmeyen bu belirsiz/soyut **temel norm** (Grundnorm) kavramının nitelik ve içeriği, Kelsen'den günümüze kadar geçen tarihi süreç içinde bazı hukukçular tarafından açıklanmaya çalışılmıştır. Örneğin bu temel norm (Grundnorm) kavramının, uluslararası (uluslar üstü) hukukla, uluslararası hukukun da bir tür uluslararası politik ilişkiler sistemiyle temellendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak dünyada her toplumda bütün hukuk normlarına kaynaklık edecek, onları meşru, makul ve geçerli kılacak bir temel bulanamadığı sürece, bu temellendirme işini uluslar arası alanda aramanın, ne ölçüde doğru ve gerçekçi yaklaşım olduğu tartışmalıdır. Günümüz dünyasında hayatın gerçekleri açıkça gösteriyor ki, devletlerin, ulusal ve uluslararası alanlarda yapıp ettiklerinin **meşruiyetini** sürekli bir sorgulama, gözetim ve denetim altına alma imkânı verecek **etkin yöntem** ve **araçlara** ihtiyaç vardır.[394] Bu ihtiyaç, örneğin Birleşmiş Milletler Teşkilatı, BM Güvenlik Konseyi, Uluslar arası Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi kurum ve kuruluşlar yoluyla giderilebilmekte midir?

Şüphesiz ki Birleşmiş Milletler Teşkilatı, BM Güvenlik Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı, Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve NATO gibi kuruluşlarla ve yine bu konuda yazılmış 'BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi', 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' gibi uluslararası sözleşmelerle, **insan haklarının** teorik olarak da olsa **evrensel düzeyde** ve oldukça ayrıntılı bir biçimde yazılı metinlerde yer alması konusunda önemli başarılar sağlanmıştır. Hiçbir ırk, din, dil, mezhep, fikir, düşünce, ideoloji ayrımı yapılmadan dünyada yaşayan bütün insanların temel haklara sahip oldukları ve bu hakların ulusal ve uluslararası düzeyde belirli güvencelere bağlanması gerektiği hususlarının tüm ayrıntılarıyla yazılı metin ve sözleşmelerde yer alması bile insanlık adına önemli bir aşamadır. Bu hakların ayrıntılı ve sistematik hale getirilmesi ve evrensel boyut

[393] Prof. Dr. Levent KÖKER, Hukukun Temellendirilmesi.
[394] Prof. Dr. Levent KÖKER, Hukukun Temellendirilmesi.

kazanmasında batılı ülkelerin büyük payı vardır. Ancak insan hakları konusunda oluşturulan bu uluslararası belgelerdeki ilkelerin pratik hayatta uygulanmasında ciddi sorunlar bulunmaktadır.

Bugün Birleşmiş Milletler Teşkilatı, BM Güvenlik Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı, Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve NATO gibi uluslararası kuruluşların; dünyadaki devletlerin ulusal ve uluslararası alanlarda oluşturdukları hukuk kuralları ve uyguladıkları politika-ların **meşruluğunu** sürekli bir sorgulama, gözetim ve denetim altına alma imkânı verecek uluslararası **etkin araçlar** olduğunu söyleyemeyiz. Bunun en önemli nedenlerinden biri, uluslararası hukuka etkili olan ülkelerin, hukukun gücüne değil gücün hukuku anlayışına sahip olmaları, uluslararası ilişkilerde çıkar temeline dayalı politikalar izlemeleri ve adalet, insan hakları gibi etik ilkelere kayıtsız kalmalarıdır. Bu nedenle dünyada maddi anlamda gelişmiş güçlü devletlerin, uluslararası alanda adalet ve insan hakları doğrultusunda tutum ortaya koymalarının önündeki en büyük engel, onların sadece maddi anlamda ve tek yanlı gelişmiş olmaları, etik değerler yerine **çıkar temeline dayalı hukuk** anlayışına sahip olmalarıdır.

Yakın geçmişte yaşanan ABD'nin Irak ve Afganistan'ı işgal etmesi, **Bosna soykırımı, Hocalı katliamı**; yıllar önce İsrail'in Filistin topraklarının büyük bir bölümünü işgal etmesiyle başlayan ve günümüzde yaşanmaya devam eden Filistin'de **Gazze** halkına karşı uyguladığı zulüm karşısında batının ve uluslararası toplumun sessiz kalması, hatta etnik temizlik ve soykırım yapanları sırf politik çıkarları doğrultusunda desteklemesi bu konuda çok çarpıcı örneklerdir.

Ayrıca ülkemizi yıllardır meşgul eden, binlerce insanımızın ölümüne, çok büyük maddi zararlara yol açan ve bir insanlık suçu olarak kabul edilen **terör faaliyetlerini** birçok batılı ülkenin desteklediği ve yönlendirdiği bilinmektedir. Bir yandan adalet, insan hakları; hak, hukuktan yana görünüp hatta bu değerlerin tek sahibi olduğunu savunup diğer yandan insanlık suçu işleyen terör örgütlerini desteklemek, samimiyetten uzak bir tutumdur. Diğer yandan dünyanın değişik bölgelerinde **açlıktan ölen insanlar** olduğu halde, uluslar arası politikaları yönlendiren büyük devletlerin bu konuya da yeterli duyarlılığı göstermediği görülmektedir. Bu konuda karşılaşılan temel sorunları şöyle sıralayabiliriz:

a) Temel Sorun; Hukukun Üstünlüğü Yerine Menfaat Temeline Dayalı Hukuktur

Uluslararası hukukta temel sorun, güçlü devletlerin, hukukun üstünlüğü yerine çıkar temelli hukuk anlayışına göre hareket etmeleridir. 11 Eylül 2001'de ABD'nin, dışarıdan bir güç tarafından yapıldığı henüz ispat edilemeyen ikiz gökdelenlere yönelik saldırılardan sonra, güvenliğini öne çıkararak hukukun üstünlüğünü kendi çıkarlarına feda etmesi ve böylece uluslararası hukuku gerekirse yok sayabileceğini ortaya koyması, uluslararası kamuoyunda haklı endişeler doğurmuştur. Bu endişelerden en önemlisi, ABD'nin kendisine müttefikler de bularak, kendi çıkarları için bütün dünyayı bir savaş alanına çevirmesi, böylece yüzyılların kazanımı olan

ve **hukukun üstünlüğüne** dayalı bir dünya düzeni yönünde geliştirilmesi gereken uluslararası hukukun ilke ve değerlerini tahrip etmesidir.[395]

ABD'nin İngiltere ile birlikte, uluslararası hukuk açısından bir **meşruiyete** ihtiyaç duymadan ve uluslararası kuruluşları devre dışı bırakarak, kendi uydurdukları bazı bahanelerle **Irak** ve **Afganistan**'ı işgal etmeleri bunun en açık örnekleridir.

Bugün ABD'nin bir numaralı hedefi olarak gösterilen El-Kaide, Sovyetler Birliği işgali döneminde ABD tarafından desteklenen örgütlerden biridir.[396] CIA tarafından eğitilen, birçok olayda piyon olarak kullanılan Usame Bin Ladin'in 1990'ların sonunda ABD karşıtlığıyla kontrolden çıkarak ikiz gökdelenlere saldırıda adının geçmesi, (Hilal Önal, ABD'nin Afganistan Politikasının Açmazları) 'besle kargayı oysun gözünü' halk deyiminde ifadesini bulduğu gibi uluslararası ilişkilerde terörü bir araç ve yöntem olarak kabul eden ve onu destekleyen bir ülkenin, bu aracın bir gün kendisini de vurabileceğini açıkça göstermektedir.

"11 Eylül olayı, aslında zaten değişim geçiren ABD dış politika araçlarının kullanımı için mükemmel fikri ve psikolojik alt yapı oluşturmuştur. Her şeyden önce, saldırıların El-Kaide tarafından gerçekleştirildiğini kanıtlayan uluslararası hukuka uygun herhangi bir soruşturma mevcut değildi. Öte yandan, **BM bünyesinde** de Afganistan'a yönelik askeri müdahaleyi meşru kılacak herhangi bir karar alınmamıştır. **BM Güvenlik Konseyi**'nin 12 Eylül 2001 tarihli 1368 sayılı ve 29 Eylül 2001 tarihli 1373 sayılı kararlarında 11 Eylül saldırılarına karşı **askeri güç** kullanılabileceğine dair hiçbir ifade bulunmamasına rağmen, gerek **ABD** gerekse **İngiltere** bu kararları bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkını kapsayan **BM** Antlaşması'nın 51. maddesi çerçevesinde değerlendirerek saldırılara karşı gereken askeri karşılığı verebileceklerini iddia etmişlerdir." (Hilal Önal, ABD'nin Afganistan Politikasının Açmazları).

Bu, sadece iddia boyutunda kalmamış, Afganistan işgal edilmiştir. Hatta 11 Eylül 2001'de ABD'de ikiz gökdelenler ve Pentagon'a yönelik saldırının, Usame Bin Ladin'in lideri olduğu El-kaide örgütü tarafından düzenlendiği açıklandıktan sonra, dönemin ABD başkanı **George W. Bush'un** yeni bir **haçlı seferi** başlattıklarını dünya kamuoyuna açıklaması, ABD'nin, uluslararası hukuk açısından bir meşruiyet arayışına ihtiyaç duymaksızın İslam coğrafyasına yönelik işgal ve müdahale sürecinin tetikleyicisi olmuştur.

b) Bosna Savaşı ve Uluslararası Hukuk

Uluslararası hukuka etkili olan güçlü devletlerin, uluslararası alanda başka ülkelerin topraklarını işgal etmek gibi haksızlık ve adaletsizleri bizzat kendilerinin yapması yanında ayrıca başka bir ülke tarafından işlenen katliam, tecavüz ve soykırım gibi insanlık suçları karşısında sırf çıkarları için sessiz kaldıkları ya da BM Güvenlik Konseyini çalıştırmayarak bu eylemleri dolaylı olarak destekledikleri de açıkça görülmektedir. Katliam ve soykırım karşısında uluslararası hukuk

[395] Prof. Dr. Levent KÖKER, Hukukun Üstünlüğü Ve Uluslararası Politika.

[396] Jim Marrs, CIA ve Pentagon'un Gizli Dosyaları; 11 Eylül, Afganistan, Irak İşgali ve Uyuşturucu Ticareti, Çev. Bülent Ucpunar.

kurumlarının ve onlara etkili olan devletlerin sessiz kalmasına en çarpıcı örnek Bosna savaşıdır. Bu nedenle Bosna savaşıyla ilgili uluslararası hukukun yaklaşımını kısaca irdelemekte yarar var.

"Bosna, uluslararası aktörlerin, egemen bir devlet olan **Bosna-Hersek**'in paramparça edilmesi, topraklarının Sırplar tarafından işgal edilmesi ve özellikle Müslüman Boşnak halkının **soykırım**, **işkence** ve **tecavüz** felaketine uğratılması karşısında sergilediği alçakça sessizliğin kanla yazılmış ders kitabıdır. Gerçekten de Sırp saldırganlara karşı Batılı devletlerin benimsediği yatıştırma ve tarafsızlık politikaları, (uluslararası) siyasetin nasıl **ahlâktan** yalıtılabildiğinin trajik bir örneği olmuştur." [397]

Aslında Bosna savaşını, bu olaydan iki yıl önce yaşanmış Irak'ın Kuveyt'i işgaliyle karşılaştırarak ele alırsak, batılı devletlerin ve uluslararası toplumun her iki olayda ortaya koydukları ikiyüzlü tutumlarını daha net olarak anlayabiliriz.

c) Kuveyt - Bosna Hersek ve İki Farklı Batılı Tavır

Bosna savaşından iki yıl önce Kuveyt'e saldıran Irak lideri Saddam'a gecikmeksizin, sert bir biçimde karşılık veren ve Irak'ı işgal eden Batılı devletlerin, bu olaydan sadece **iki yıl** sonra Sırpların Bosna'da yaptığı **katliam**, **tecavüz** ve **soykırım** karşısında birdenbire sessizliğe gömüldüklerini gördük. Her iki olayda da ülkesi işgal edilen iki **meşru** ve **egemen** devlet söz konusudur; Kuveyt ve Bosna Hersek… Ancak bu iki olayla ilgili olarak uluslararası güçlerin (BM-ABD-AB) birbirinden tamamen faklı iki tavrına şahit oluyoruz: Irak'ın Kuveyt'i işgalinde hiç gecikmeden yapılan sert bir müdahale; Sırpların, Bosnalı Müslümanlara yönelik uyguladığı **tecavüz, katliam** ve **soykırım** karşısında derin bir sessizlik ve görmezden gelme uygulaması…

Bosna-Hersek devleti, bağımsızlık ilânından bir ay kadar sonra Avrupa Topluluğu tarafından tanınmış, iki ay sonra ise Birleşmiş Milletler (BM) Teşkilatına üye olmuştur. Uluslararası toplumun büyük çoğunluğunca tanınan, BM üyesi olan **egemen** bir devlet yabancı bir gücün yani Sırbistan'ın işgaline uğramıştır. Bosna savaşı sırasında Sırplar tarafından pek çok insanlık ve savaş suçu işlenmiştir. Bosna'da sadece Müslümanların hedef alındığı bir **işgal**, **işkence**, **katliam**, **tecavüz** ve **soykırım** yaşanmıştır. Sırp güçleri, daha önce BM Güvenlik Konseyince **güvenli bölge** ilân edilmiş olduğu halde Bosna'daki Srebrenitza'yı işgal etmiş, burada yaşlı genç demeden **8000** erkeği topluca katletmiştir. Tecavüze uğrayan Boşnakların sayısının **20 bin** ile 50 **bin** arasında olduğu bilinmektedir. Bosna savaşında **150.000** Müslüman Boşnak hayatını kaybetmiş; bunların büyük çoğunluğu evlerini terk etmek zorunda kalmış; birçok köy ve kasaba yakılmış; birkaç yüz cami yok edilmiştir. Bosna'da Müslümanların kimliğini ve tarihi hafızasını yok etmek için birçok kütüphane ve arşiv yakılıp yıkılmış; mezarlıklar da bu vahşi saldırılardan paylarını almıştır.[398]

Sırbistan Demokratik Partisi'nden Vladimir Srebov'a göre amaç, 'Bosna'yı tamamıyla Müslümanlardan temizlemekti. Bunun için Müslüman Boşnakların

[397] Doç.Dr. Berdal Aral, Bosna Savaşı ve Uluslararası Hukuk.
[398] Doç. Dr. Berdal Aral, Bosna Savaşı ve Uluslararası Hukuk.

yarısından çoğu öldürülecek, daha küçük bir kısmı da Ortodoks yapılacaktı.' Bosna'da Sırplar tarafından yürütülen, asla görmezlikten gelinemeyecek kapsamlı ve sistematik bir **etnik temizlik** hareketi ve **soykırım** vardı ve bu felaket, Avrupa'nın ortasında batılıların ve herkesin gözleri önünde yaşanıyordu.

Sırpların Bosna Müslümanlarına saldırması karşısında, hem Batılı hâkim güçlerin hem de onların güdümündeki BM Güvenlik Konseyi'nin Bosna`ya yönelik görmezden gelme ya da Sırp saldırılarına karşı etkili önlem almaktan uzak tutumu, Bosna'nın siyasi varlığının korunmasını bütünüyle imkânsız kılmıştır. Bosna krizinde **BM Güvenlik Konseyi**, Sırp saldırganlığına karşı daha işin başında müşterek bir askeri zorlama tedbiri almama yönünde niyetini ortaya koymuştur. Bosna dramı karşısında Avrupa ve ABD'nin kayıtsızlığı, pek çok uzman tarafından **ikinci Münih ihaneti** olarak değerlendirilmiştir. Bilindiği gibi 1938 yılında Münih'te düzenlenen mahut konferansta, İngiltere ve Fransa, Avrupa'da yayılmacı politikalar izleyen Almanya lideri **Adolf Hitler**'i yatıştırmak (!) için, müttefikleri olan Çekoslovakya'nın sahip olduğu toprakların önemli bir bölümünü **Hitler**'in ele geçirmesine göz yummuşlardı. Bu yüzden ABD'de yayımlanan **Time dergisi**, Bosna savaşından 5 ay sonra bu sorunu ele almak için Londra'da toplanacak olan uluslararası konferans öncesinde, Bosna'ya yönelik benzer ihanet kuşkusunu '**Yeniden Münih mi'** başlığıyla ortaya koymuştur.[399]

Nitekim 1992'de yapılan Londra Konferansı sırasında, diğer ülkeleri de peşine takan İngiltere'nin Bosna'ya ilişkin diplomatik tavrı son derece acımasız olduğu gibi, 1993'te hazırlanan Vance-Owen Barış Planı da, Bosna vahşetine engel olmaktan uzak kalmıştır.

BM Güvenlik Konseyi, savaşın başladığı **1992**`den sona erdiği **1995** sonuna kadar Bosna'ya ilişkin kararlarında, etnik temizliği, zorla göç ettirmeleri ve kadınlara yönelik tecavüzleri sadece bol şiddetle kınamış ama 1995 yılının ikinci yarısına kadar aktif ve fiili müdahaleden uzak kalmıştır. BM'nin daimi üyeleri, bu krize baştan itibaren pek fazla bulaşmama niyetinde oldukları için, BM Güvenlik Konseyi sadece bir şeyler yapıyor görünmüş**,** ancak **etkili tedbirler**i içeren kararlar almamıştır. Bosna Cumhurbaşkanı Aliya İzzetbegoviç, bu acımasız tutum karşısında batılı güçlere hitaben şu açıklamayı yapmıştır:

"Eğer uluslararası toplum, kendi varlık nedeni olarak benimsediği ilkeleri korumaya hazır değil ise, bunu hem Bosna halkına hem de dünya halklarına açıkça söylesin ve desin ki; bizim benimsediğimiz yeni davranış ilkelerine göre, bir devletin haklılığının ölçüsü sadece ve sadece güçtür." Batılı devletlerin bu aymazlığı karşısında Balkan uzmanı Noel Malcolm, batı adına adeta özür niteliği taşıyan şu cümleleri yazmak zorunda kalmıştır:

"Ölüyor Avrupa Bosna'da.
Avrupa seyrediyor kendi gözlerinin oyulmasını, ırzına geçilmesini, katledilişini.
Affedin bizi, çocuklar - doğmuş ve doğacak olanlar,
Affet bizi İsa, affet bizi Marx,
Affet bizi Bruno, affet Rahibe Teresa,
Affet bizi meçhul direnişçi,

[399] Doç. Dr. Berdal Aral, Bosna Savaşı ve Uluslararası Hukuk.

Affedin özgürleşmeyle barış için yaşamış olanlar,
Affedin bizi çocuklar,
Affedin bizi, işkenceyle öldürülmüş olanlar,
Çünkü biz affedemeyiz kendimizi…" [400]

d) Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatının Yapısındaki Çelişkiler

Bosna savaşındaki işgal, katliam ve soykırımı, BM Güvenlik Konseyi ve uluslararası toplumun sadece izlemesi ve etkin tedbirlere yönelik kararlardan özellikle kaçınması, BM Teşkilatının dünya kamuoyu ve özellikle İslam dünyası tarafından ciddi biçimde sorgulanmasına neden olmuştur. Bu sorgulamanın odak noktasında, şüphesiz ki uluslararası hukukun ve BM Teşkilatının **temel ilkelerinin**, genel olarak **menfaat temeline dayalı hukuk** anlayışına feda edilmesi gerçeği yer almaktadır.

Diğer yandan BM Teşkilatı bünyesinde sorgulanması gereken ve bu kurumu güçlü devletlerin güdümüne sokan olgulardan biri, BM Güvenlik Konseyinde alınacak kararlarda beş daimi üyenin, bir tür **veto hakkına** sahip olmasıdır. BM. Güvenlik Konseyinde veto hakkı bulunan beş daimi üye; ABD, Çin, Fransa, Rusya ve İngiltere'dir. Bu beş büyük devletten her birinin kendi çıkarları temeline dayalı politikalar yönünde veto hakkını kullanması nedeniyle BM Güvenlik Konseyinin, dünya barışına katkıda bulunacak kararlar alabilmesi mümkün olamamaktadır.

Aslında beş daimi üye ülkeye tanınan söz konusu veto hakkı, BM Teşkilatının kuruluş prensiplerine aykırıdır. Öncelikle Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "BM Teşkilatı, bütün üyelerinin **egemen eşitliği prensibi** üzerine kurulmuştur." hükmüne göre veto hakkı, devletlerin hukuki eşitliği prensibini ihlâl etmektedir.

İkinci olarak hükümranlık, bir devleti oluşturan temel unsurlardan biridir. Prensip olarak her devlet aynı şekilde hükümrandır. Veto hakkı, küçük devletlerin hükümranlık hakkını ihlâl eder. Çünkü Devletler, milletlerarası kurumlar kurarlarken hükümranlıklarından eşit biçimde fedakârlık etmeyi kabul ederler.

Beş daimi üye devletin veto hakkı bulunduğu sürece, Güvenlik Konseyinin daimi üyelerine ya da onların istemediği herhangi bir ülkeye karşı hiçbir fiili ve pratik yaptırım kararı alınması mümkün olamayacaktır. Bu nedenle BM Güvenlik Konseyinin **adaletli** ve **etkin kararlar** alabilmesi için öncelikle beş daimi üye devletin veto yetkisinin kaldırılması gerekmektedir.

Yakın geçmişte yaşanan bütün bu kötü örnekler, adalet, eşitlik ve insan hakları gibi etik ilkelerin, uluslararası hukuki metinlere yazılması kadar pratik hayatta uygulanması gerektiğinin de önemini bize göstermektedir. Bugün uluslararası hukuk alanında; adalet, eşitlik ve insan hakları gibi etik değerlerin teorik anlamda belirlenmesi ve yazılı metinlerde ifade edilmesi konusunda elde edilen başarı, ne yazık ki bu değerlerin pratik hayatta uygulanması noktasında sağlanamamıştır. Bu evrensel etik değerlerin, uluslararası alanda tam olmasa da asgari ölçüde

[400] Noel Malcolm, Kosova Balkanları Anlamak İçin; Çeviren: Özden Arıkan; Yüz Temel Eser Özetleri, Kitap Özetleri; aktaran: Doç. Dr. Berdal Ara, Bosna Savaşı ve Uluslararası Hukuk.

uygulanabilme imkân ve ihtimali var mıdır? Bu değerlerin günümüzde uygulanamamasının nedenleri nelerdir?

e) Uluslararası Hukuk Temel Güvencelerden Uzaktır

Dünyada uluslararası hukukun ve bununla bağlantılı olarak adalet, eşitlik, insan hakları ve barış gibi değerlerin geleceğini ilgilendiren konu, onun temel güvencelere sahip olup olmayacağıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, dünyada teorik planda genel olarak kabul gören adalet, eşitlik, insan hakları ve barış gibi etik değerlerden hiçbiri, sırf etik değer olması nedeniyle pratik hayatta etkin olamaz. Bunun için ilk önce bu değerleri kayıtsız, şartsız ve samimi olarak çoğunlukla kabullenen bir insanlık camiası; ikinci olarak da bu değerlerin arkasında duracak ve onların uygulanmasını sağlayacak, **hukukun üstünlüğüne dayalı** uluslararası **bir gücün** varlığı gereklidir. Gerek ulusal ve gerekse uluslararası planda ne kadar haklı ve meşru bir talep olursa olsun, arkasında hukuka dayalı bir güç olmadıkça bu haklı ve meşru taleplerin istenen sonuca ulaşmaları mümkün değildir. Çünkü içinde yaşadığımız dünyada; adalet, eşitlik, insan hakları ve barış gibi etik değerlere bağlı insanlar olduğu kadar, çıkar temelli duygularla hareket eden, bu etik değerlere düşman olan ya da bu değerleri istismar eden insanlar ve toplumlar da var olmuş ve olacaktır. Bunun için gerekli temel felsefi düşünce, 'gücün hukukuna değil, hukukun gücüne' inanmak ve hukuk, adalet ve insan hakları düşüncesini uluslararası alanda belirli hukuki güvencelere bağlamaktır.

Uluslararası alanda adalet ve insan hakları gibi evrensel etik ilkelerin hâkim olabilmesi için, uluslararası hukuk metinlerinde, devletlerin iç hukuk normlarının, **adalet** ve **temel insan haklarını** ihlal etmesi durumunda, bunlara karşı çıkmak gerektiğinin bir norm olarak yerleşmiş olması ve bunun uluslararası bir yaptırıma da bağlanmış olması gerekir. Bunun da gerçekleşmesi, uluslararası ceza mahkemelerinin kurumsallaştırılması ve devletlerin politik güçlerinin sınırlandırılmasına paralel olarak **uluslararası hukuk** ve **adaletin** üstün değer olarak görülmesine; ayrıca hukuku, **menfaat, kaba güç** ve **savaş** kavramlarıyla temellendiren zihniyetle, hukuku etik/ahlaki temele dayandırmaya çalışanların arasındaki mücadelenin, **etik** ve **ahlaktan** yana olanlar lehine sonuçlanmasına bağlıdır. Başka bir deyişle uluslararası hukuk birikiminin etik bir temelde, bir ebedi barış dünyasının oluşturulabilmesi yönünde, yeniden inşa edilmesi gerekmektedir.[401]

Bu açıklamalardan sonra 'Hukukta meşruiyetin kaynağı uluslararası hukuk' olabilir mi, sorusuna şimdilik olumlu cevap verilebilmesi mümkün değildir. Uluslar arası hukukun, hukukta meşruiyetin kaynağı olabilmesi için; öncelikle dünya ülkelerinin çoğunluğunun, uluslar arası hukukun ilkelerini kayıtsız-şartsız ve samimi olarak kabullenmesi**,** ikinci olarak da uluslar arası hukuk ilkeleri ve evrensel etik değerlerin arkasında duracak ve onların uygulanmasını sağlayacak **uluslararası etkin** ve **adil** bir **gücün** varlığı gereklidir.

D. HUKUKUN OLUŞUMUNU AÇIKLAYAN TEMEL GÖRÜŞLER

[401] Prof.Dr. Levent Köker, Hukukun Temellendirilmesi.

1) HUKUK TEORİLERİ

Hukuk normları hangi temel unsurlardan oluşmaktadır? Hukuk tarihinde, hukukun hangi faktörlerin etkisiyle oluştuğunu açıklamaya çalışan belli başlı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunlar; kozmik düzeni esas alan **doğal hukuk** yaklaşımı, norm boyutundan yola çıkan **hukuki pozitivizm** anlayışı ve sosyal boyuttan hareket eden **sosyolojik pozitivizm** yaklaşımıdır.[402]

Aslında hukukun hangi temel unsurlardan oluştuğu konusundaki görüşler daha geniş açıdan ele alındığında iki ana grupta toplanabilir. Şöyle ki; sosyolojik pozitivizm ve hukuki pozitivizmin, hukukun sadece gözlenebilen yanı ile ilgilenmeleri ve hukukun değer boyutuna uzak durmaları nedeniyle her iki yaklaşım tek kategoride toplanabilir. Her iki yaklaşım arasındaki tek farklılık ise, hukuki pozitivizmde hukukun gözlenebilen yanının normlar, sosyolojik pozitivizmde ise sosyolojik olgular olmasıdır. Dolayısıyla hukukun hangi unsurların etkisiyle oluştuğunu açıklayan yaklaşımlar, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm şeklinde iki ana bölümde toplanabilir.

Hukukun hangi unsurlardan oluştuğuna ilişkin görüş ve yaklaşımlar farklı hukuk teorilerini oluşturmaktadır. Hukuk tarihinde doğal hukuk, hukuki pozitivizm ve sosyolojik pozitivizm adıyla anılan hukuk kuramlarının dayandığı görüşleri kısaca gözden geçirmekte yarar bulunmaktadır.

1.1) DOĞAL HUKUK

Doğal hukuk, etiksel boyut unsurunu ve kozmik düzeni esas alan teoridir. Doğal hukuk teorisi; hukuku, kozmik düzeni esas alarak; 'en genel anlamda temelleri tabiatta bulunan, oluşumları insan iradesinden bağımsız davranış modelleri' diye tanımlamıştır. Yine etiksel boyutu esas alarak hukukun amacının adalet ve insan hakları olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle hukukun asıl işlevi, yaptırım tehdidiyle insanı belirli bir davranışa zorlamak değil, insan davranışlarına bir değer ve amaç kazandırmaktır. Örneğin trafik kanunu normları, sadece egemen gücün emirlerinden ibaret değil, insanın var olan yaşama hakkını korumak içindir. Trafik kanunlarından önce insanın yaşama hakkı vardır.[403]

Doğal hukuk anlayışı, bir pozitif hukukun varlığını da kabul etmekle birlikte, kendisinin, her toplumda yürürlükte bulunan pozitif hukuk sistemlerine bir ölçü/örnek işlevi gördüğünü ileri sürer. Bu da onun evrensel niteliğini ortaya koyar. Doğal hukuk, genel olarak hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye dayalı ve adalet, insan hakları gibi değerler bakımından çağdaş devlet/hukuk anlayışının ve uluslararası hukukun gelişmesinde önemli rol oynayan bir hukuk kuramıdır.

Doç. Dr. Türközer, hukuk tarihinde; hukuka, kişisel irade dışında objektif ve güvenilir bir temel bulmaya yönelik çabaların büyük bir önem taşıdığını, bu çabaların en önemlisinin **doğal hukuk** görüşü olduğunu söyler. Ona göre; doğal hukuk düşüncesi, insanların davranışlarının doğal yasalara, bir başka deyişle

---

[402] Prof.Dr. H.Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

[403] Prof.Dr. Selahattin Keyman, Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili.

eşyanın doğasına uygun olması fikrine dayanmakta, adalet ilkesi de, bu doğal hukuk anlayışının temelini oluşturmaktadır.[404]

Bilindiği gibi belirli bir toplumda, belirli bir dönemde fiilen yürürlükte bulunan hukuka pozitif hukuk denilmektedir. Pozitif hukukun içeriğinin ne olacağını, onu oluşturan yetkili organ ya da irade belirler. Bu irade, gerekli gördüğünde mevcut hukuk kurallarını değiştirebilir. Dolayısıyla pozitif hukuk kuralları, bazen iyi bir iradenin ürünü, bazen de kötü bir iradenin ürünü olabilmektedirler. Kusurlu insanın bir ürünü olarak pozitif hukukun bu değişken yapısından kuşku duyan insanlar, değişmeyen ilkelere sahip olan doğal hukuka umut bağlamışlardır.[405]

Günümüz anayasalarında yer alan temel hak ve özgürlükler bu doğal hukuk ilkelerini yansıtmaktadır. Ayrıca 'kazanılmış haklar', 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ve 'objektif iyi niyet' gibi birçok doğal hukuk ilkeleri, hukuk bilimi literatüründe ve mahkeme kararlarında tartışılmaz ilkeler olarak kabul edilmektedir. Bu durum, doğal hukuk düşüncesinin göz ardı edilemeyeceğini, hatta onu kabul etmenin zorunluluk olduğunu göstermektedir. Doğal hukuk düşüncesini zorunlu kılan nedenler vardır.

Birinci olarak belirtilmelidir ki, pozitif hukuk kuralları sırf yasal düzenleme oldukları için bizi her zaman ve her durumda vicdanen yükümlü kılacak bir güce sahip değildir. Pozitif hukuk kurallarının bu yetersizliği, doğal hukuk ilkelerinin ne kadar gerekli olduğunu gösterir. Akıl ve vicdana sahip bir varlık olan insan için kabul edilen yasaların içeriğinde, insanı içten ve gönüllü bir davranışa yönelten anlaşılabilir bir temel neden bulmak gerekir ki, bu da ancak adalet ilkesidir. Bir hukuk kuralı, insandan belirli bir davranışta bulunmasını ancak adalet adına isteyebilir ve insan bu davranışı, her yer ve zamanda yerine getirme ihtiyacı duyar. İkinci olarak, **adalet ilkesi** genel ve soyut bir kavram olduğundan hukuk düzeninde anlam ve uygulama birliği ve bütünlüğünü sağlamak için adalete içerik kazandıracak bir takım ara ilkelere ihtiyaç vardır. İşte doğal hukuk, bu **ara ilkeleri** hukuk sistemine kazandırmaktadır.[406]

Hukuk tarihi boyunca farklı biçimlere bürünse de, her zaman pozitif hukukun üstünde bir doğal hukuk anlayışı varlığını sürdürmüştür. Doğal hukuk anlayışının, tarihte büründüğü farklı görünüm-lere rağmen bazı ortak özellikleri vardır ki, o da; doğal hukukun genel geçer niteliğe sahip olması, yani her zaman ve her toplum için geçerli ve insanların keyfi olarak değiştiremeyecekleri evrensel normlar düzeni olarak pozitif hukuk sistemleri için bir örnek olmasıdır.

Bu çerçevede bakıldığında doğal hukuk anlayışı, pozitif hukuk kurallarına örnek olduğundan, hukuk kurallarını oluşturan yasa koyucu, yasal düzenlemeyi yaparken doğal hukuk ilkelerini göz önünde bulunduracaktır. Diğer yandan doğal hukuk, pozitif hukuk sistemlerinin adalete uygunluğunu denetleyen bir ölçü görevi de yerine getirmektedir.

Bu **kuramın** en **temel özelliği**, etiksel değerleri bir amaç ve insan aklı tarafından anlaşılabilir olarak görmesidir. Etiksel değerlerin başında ise adalet gelir. Doğal

---

[404] Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, Sosyolojik Hukuk.
[405] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[406] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

hukuk anlayışına göre, bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için **adil** olması gerekir.[407]

Doğal hukukta adil olanın ne olduğu konusu, doğal hukukun tarihi süreç içinde aldığı biçimlere göre değişmiştir. Örneğin İlk Çağdaki doğal hukuk anlayışına göre tabiata/doğaya uygun olan **adil** kabul edilirken, Orta Çağda geçerli olan doğal hukuka göre Tanrı buyruklarına uygun olan, Yeni Çağda ise akla uygun olan şey adil olarak kabul edilmiştir. Doğal hukuk kuramı, tarih boyunca aldığı bu farklı biçimlere rağmen hukuk-ahlak arasındaki ilişkilere, ahlaki olanın bilgisine nasıl ulaşılacağına, siyasi/idari eylemin sınırlarının olduğuna dair önemli görüşler ortaya koyan ve hukuka evrensel nitelik kazandıran bir yaklaşımdır.

Doğal hukukta, haklar ve ödevler için sağlam temel oluşturan Tanrı inancı önemli bir yer tutar. Ancak doğal hukukun, hukuk tarihi boyunca farklı biçimlere bürünmesi, Tanrı'nın rolünü azaltan bir sonucu doğurmuştur. Doğal hukukun farklı biçimlerinde insan aklı ve iradesinin ağırlığı ve etkinliği ölçüsünde Tanrı'nın rolü azaltılmıştır. Hatta doğal hukukun farklı biçimlerini birbirinden ayıran şeyin bu özellik olduğu söylenebilir. Ancak tarihi süreç içindeki bu gelişmeler, hukukta Tanrı'nın rolünü azaltmış olmakla birlikte tamamen ortadan kaldırmamıştır. Çünkü Tanrı, mutlak haklar ve ödevler için daima güçlü bir temel oluşturmuştur.[408]

Doğal hukuk anlayışında hukuk; genellikle, ilahi güçler tarafından insanların uymaları için konulmuş temel ilkelere dayanır. Doğal hukuk görüşünün en önemli sürümlerini Aristo ve Platon'da görmek mümkündür. Ancak doğal hukuka asıl sistematik biçim kazandıran Thomas Aquinas'tır. Doğal hukuk düşüncesinin önemli isimlerinden Thomas Aquinas; ilahi güçler tarafından devlet görevlilerine, doğal hukukla uyumlu yasalar çıkarmaları için emirler verildiğine inanmaktadır. Bu nedenle doğal hukuka uygun oluşturulan pozitif hukuk kuralları, insanı vicdanen daha çok bağlayıcı bir güce sahiptir. Çünkü hukuk kurallarının ahlâki yükümlülük doğurması için adil olması gerekir. Adalet ise, doğal hukukun öne çıkardığı en önemli ahlaki değerdir.

Ortaçağda Hugo Grotius, J. J. Rousseau ve John Locke gibi düşünürlerin eserlerinde doğal hak ve hukuk gibi kavramlar; toplumsal hayatın vazgeçilmez değerleri olmuştur. Doğal hukuk düşüncesi, tarihi süreç içinde değişimlere uğramıştır. Bazı dönemlerde kurulu bir düzeni, bazı dönemlerde de köklü değişimleri savunmak için kullanılmıştır. Yine bazen bireysel anlamda erdemli bir hayat nasıl yaşanır sorunuyla ilgili görülürken, bazen de toplumsal ve uluslar arası sorunlarla ilgili görülmüştür.

'Doğal' kavramı, ahlak ilkelerinin doğadan ya da evrendeki düzenden çıkarılan ilkeleri; insanın ortak temel ayırıcı niteliği ya da evrendeki ilahi düzen içindeki amaç ve hedeflerimizi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Burada doğal hukuk düşüncesinin pozitif hukukla olan ilişkisinin ne olduğu önemlidir. Doğal hukukun, pozitif hukukla ilişkisinin; doğal hukuka hâkim olan temel etiksel ilkeler çerçevesinde olduğu söylenebilir. Geleneksel doğal hukuk, hukukun ahlâkî/etiksel sorunlarıyla ilgili görüşleriyle pozitif hukuka önemli etkilerde bulunmuştur. Bu

[407] Brian H. Bix, Doğal Hukuk - Modern Gelenek; Çeviren: Arş. Gör. Ertuğrul Uzun.
[408] Brian H. Bix, Doğal Hukuk - Modern Gelenek; Çeviren: Arş. Gör. Ertuğrul Uzun.

etkilerden en önemlisi; pozitif hukukun **adalet** gibi bir ahlaki temele oturtulmasıdır. Bugün adalet ilkesi, genel olarak bütün hukuk sistemlerinde ulaşılması amaçlanan bir değer olarak görülmektedir. Diğer yandan bu kuramın, hukuka evrensel boyut kazandırmasıyla uluslararası hukukun gelişimindeki merkezi rolü ve temel insan haklarının günümüz pozitif hukuk sistemlerinde yer almasındaki etkisi de belirtilmelidir.

Pozitif hukuk kurallarının, vicdanen bağlayıcılık gücüne sahip olması, doğal hukukun ortaya koyduğu adalet ve insan hakları gibi temel etik ilkelere dayanmasına bağlıdır. Doğal hukukla pozitif hukukun ilişki alanı da bu noktadır. Doğal hukuk kuramının savunucularından İngiliz hukukçu William Blackstone şöyle der: "Doğa yasasına karşıt ise, hiçbir beşeri yasa (pozitif hukuk kuralı) geçerli değildir." Doğal hukuka göre; adil olmayan yasalar, vicdanen ve ahlâken bağlayıcı değildir. Ancak yine de, bazı durumlarda adil olmayan yasalara, daha büyük kötülükleri önleyecekse, diğer insanlar bakımından kerhen uyma yükümlülüğü söz konusu olabilir.[409]

Son dönemin ünlü Amerikalı hukukçusu Ronald Dworkin, çağdaş doğal hukukçu olarak hukuki pozitivizmi eleştirmiş, hukuk ve ahlâkın birbirinden ayrılamaz bir bütün olduğunu savunmuştur. Dworkin, yazmış olduğu 'Hakları Ciddiye Almak' isimli kitabında belirttiği gibi; demokratik bir hukuk devleti, gerçekten hukukun üstünlüğünü, hukuk devletini istiyorsa hakları ciddiye almalıdır. Hakların ciddiye alınması; hukuktan ayrılması mümkün olmayan etiksel değerlerin dikkate alınması, hukukta etiksel boyutun amaçlanması anlamına gelmektedir.[410] O, hukuku pozitivist hukukçular gibi sadece kurallardan ibaret görmez. Ona göre hukuku şöyle formülü etmek mümkündür: hukuk = kural + etik ilke.

Görüldüğü gibi Dworkin kurallar ve etik ilkeler ayrımını yapmaktadır. Ona göre; yürürlükteki hukuk kuralları kanun koyucu tarafından oluşturulmaktadır. Ancak o, hukukun sadece kanun koyucunun oluşturduğu kurallardan ibaret olmadığını, bu kuralların yanında önceden var olan evrensel hukuk ilkelerinin ve doğal hukukun var olduğunu belirtir. Kanun koyucu, hukuk kurallarını oluştururken ve hâkimler de hukuku uygularken bu ilkelere uygun davranmak zorundadır. Çünkü bu ilkeler, hem kanun koyucular, hem de uygulayıcılar için yol gösterici, aydınlatıcı niteliktedir. İşte hukukta bu yol göstericiliği ve aydınlatmayı, etiksel boyut sağlamaktadır. Dworkin'e göre; kanunların bir hukuki uyuşmazlığın çözümünü düzenlemediği durumlarda, hâkim bu ilkelere başvuracaktır.[411]

---

[409] Finnis, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar; aktaran:Brian H.Bix,Doğal Hukuk:Modern Gelenek;Çeviren:Arş.Gör. Ertuğrul Uzun.

[410] Prof.Dr. Niyazi Öktem, Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi.

[411] Dworkin bu görüşünü desteklemek için gerçek hayattaki davalardan da örnek veriyor. O, 'Hakları Ciddiye Almak' isimli kitabında şöyle bir örneğe yer verir; "1889 yılında bir New York Mahkemesi; ünlü Riggs-Palmer davasında, büyükbabasının vasiyet-namesinde adı geçen bir mirasçının, büyükbabasını miras için öldürmüş olduğu halde, mirastan payına düşeni alıp alamayacağına karar vermek durumundaydı. Mahkeme akıl yürütmesine şunu kabul ederek başladı: "Vasiyetnamelerin yapılma, kanıtlanma ve sonuçları ile miras olarak dağıtımını düzenleyen yasalar sözel

Görüldüğü gibi doğal hukuk anlayışı; hukuk ile ahlak arasında birbirinden ayrılması mümkün olmayan bir ilişkinin bulunduğu, hukuka yön veren bazı temel etiksel ilkelerin bulunduğu, bu etik ilkelerin kanun koyucuya ve hukuku uygulayanlara ışık tuttuğu, adalet ilkesinin olmadığı yerde hukukun da olmadığı görüşüne dayanır.

1.2) HUKUKİ POZİTİVİZM

Pozitivist hukuk anlayışı, hukuku sadece norm boyutunu esas alarak açıklamaktadır. Pozitivist hukuk anlayışına göre hukuk, yetkili organ ya da irade tarafından kabul edilmiş normlardan ibarettir. Hukuki pozitivizm, pozitif hukuktan ayrı ve üstün olarak başka bir hukuk anlayışını kabul etmez. Çünkü bu hukuk anlayışını benimseyenler, insanın pozitif hukuktan başka bir hukuk sistemine ilişkin güvenilir bir bilgi elde etmesinin mümkün olmadığına inanırlar. Bunlara göre, adaletli olsun ya da olmasın pozitif hukuk normları bağlayıcıdır.

Adaletli olmasa bile pozitif hukuk normları bağlayıcı ise; yasa koyucunun, kendisine verilen yetki ve gücü kötüye kullanabilmesinden doğan tehlikeye karşı yapılabilecek hiçbir şey yoktur. Ayrıca adaletsiz olduğu apaçık belli olan bir yasanın uygulanması konusunda bir hâkimin yapacağı tek şey söz konusu yasayı körü körüne uygulamaktır. Çünkü bu anlayışa göre; hâkimin pozitif hukuktan daha adaletli bir hukuku bulacağı şüphelidir. Bu nedenle hâkimin pozitif hukuka sıkı sıkıya bağlı kalarak karar vermesi, haksız da olsa bir hukuk normunun herkese eşit uygulanmasını, bu da en azından adaletsizlikte eşitliği sağlayacaktır. Bu durumda hukuki pozitivizme göre adalet, haksız da olsa bir hukuk normunun eşit uygulanmasıdır.[412]

Hukuki pozitivizm, haksızlığı/adaletsizliği yasallaştırmaya ortam hazırlayan bir hukuk anlayışıdır. Haksızlık ve hukuksuzluğu hukuk görüntüsü altında, yani yasal haksızlık biçiminde gerçekleştirir. Bu özelliğiyle totaliter devletlerin/rejimlerin

---

yorumlanırsa ve yasaların güç ve etkisi hiçbir şekilde ve hiçbir koşulda kontrol edilemezse ve değiştirilemezse, bu malın katile verilmesi tamamen doğrudur. Ancak mahkeme şunu belirterek devam etti: Tüm yasa ve sözleşmelerin işleyiş ve sonuçları common law'ın (yani örf ve adet hukukunun) genel, temel ilkeleri doğrultusunda kontrol edilebilir. Hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlamasına ya da kendi yanlışından üstünlük elde etmesine ya da iddiasını kendi haksızlığına dayandırmasına, ya da kendi suçu ile mal elde etmesine izin verilmez. Sonuç olarak katil miras payını alamadı." Söz konusu davadaki hukuki uyuşmazlığa bakıldığında; pozitif hukukun düzenlemediği alandaki hukuki boşluğu mahkeme, doğal hukuk ilkesi olan 'hiç kimsenin kendi hilesinden ya da işlediği bir suçtan menfaat elde edeme-yeceği' ilkesine başvurarak doldurmuştur. (Ronald Dworkin, Hakları Ciddiye Almak; Çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ)

[412] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

gelişmesine ve yaşamasına imkân hazırlar ve hukuk tarihi boyunca da gerçekten bu tür devletlerin gelişmesine ortam sağlamıştır.[413]

Pozitivist hukuk anlayışını savunan H. L. A. Hart, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm arasındaki sınırı, hukuk ve etik/ahlâk ayırımının belirlediğini söyler. Bu anlayışa göre, hukukun oluşumunda etiksel/ahlaki değerler temel unsur olarak yer almışsa buna hukuk denilemez. Yani Hart'a göre bir kuralın **hukuk** olup olmadığı konusunda ahlâkî değerin önemi yoktur. Hukuki pozitivizm; hukuku, sadece normdan hareket ederek yasa koyucunun iradesi olarak tanımlamakta ve doğal hukuk kuramının ortaya koyduğu adalet ilkesinin soyut niteliği nedeniyle **ideolojik** değerlendirmelere dayalı olacağını ileri sürmektedir.

Hukuki pozitivizme göre; doğal hukuk, adaletin içeriği konusunda rölatif/göreceli/izafi bir görüş ortaya koymaktadır. Çünkü adaletin içeriği genel geçer ve herkesi bağlayıcı olacak biçimde açıklanamaz. Adalet, herkesi eşit bir işleme tabi tutmak olarak mı anlaşılacak, yoksa bazı ayrımlar gözetilecek midir? İnsanlar arasında ayrımlar gözetilecekse bunun ölçütü ne olacaktır? Bu sorulara karşı herkesin, birbirinden farklı bir cevabı vardır. Örneğin bazıları bireylerin liyakatinin dikkate alınması gerektiğini savunur. Diğerleri ise, bireyin ihtiyaçlarının temel alınmasını ister. Bu da bizi sonuçta herkesin kendi dünya görüşüne ve kendi ideolojik anlayışına göre farklı adalet anlayışına götürür.

Hukuki pozitivizmin adalet kavramına yönelttiği bu eleştiriler, kendi içinde çelişkilerle dolu olduğu gibi gerçek durumla bağdaşmamaktadır. Bir değer olarak adaletin ne olduğu konusunda insanlar arasında farklılıklardan daha çok ortak görüşlerin yaygın olduğu söylenebilir. En basit insan ilişkilerindeki haklı-haksız ayrımında bile **adalet** en önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Adalet soyut bir kavram olmakla birlikte onun içeriğinin doldurulmasında keyfiliğin/izafiliğin barınması düşünülemez. Adaletin içeriğinin doldurulmasında hakkaniyet kavramı önemli bir yer tutar. Çünkü adalet mutlak eşitlik anlamında kullanılamaz.

Hukuki pozitivizm; adaleti, ideolojik değerlendirmelere dayandığı gerekçesiyle eleştirirken, aynı konuda bizatihi kendisi büyük açıklar vermektedir. Çünkü hukuki pozitivizmin iddia ettiği gibi hukuk, sadece bir 'davranış düzenleyici' olarak kabul edilse bile, davranışların başka bir biçimde değil de, yapıldığı biçimde düzenlenmesi, içinde bireysel bir değerlendirme unsurunu, değer unsurunu her zaman barındırır. Bu düzenlemeyi yapan kişi veya kişiler, en azından davranışları bu şekilde düzenlemenin daha doğru ya da iyi olduğunu değerlenmektedirler. Her yasal düzenleme sonuçta bir tercihe dayanır. Her tercihin değerlerle ilgili bir boyutunun olması kaçınılmazdır. Hukuki pozitivizmde olduğu gibi bu yasal düzenlemeyi yapanlar değerlerden bağımsız olarak düzenleme yaptıklarını ileri sürseler de, onlar da sonuçta 'değersizlik' ideolojisini esas almaktadırlar.

Her yasal düzenlemede bir değerlendirme, her değerlendirmede bir tercih, her değerlendirme sonunda bir yargıya varma söz konusudur. Her değerlendirme, bir değer yargısını zorunlu kılar. Menfaatler çatışmalarının bulunduğu toplumda, eğer

---

[413] Prof. Dr. iur, Dr. phil. Dr. h. C. Kristian Kühl; aktaran: Araş. Gör. Mehmet Cemil Ozansü, Radbruch Formülü.

başkası değil de mevcut hukuk kuralı oluşturuluyorsa, bu demektir ki, oluşturulan kural amacı sağlamaya yeterli görülmekte, başka bir deyişle doğru sayılmaktadır. Bu anlamda her yasal düzenleme, doğru sayılan bir değerin yazılı biçim kazanmasıdır. Yasayı yapan bunun farkında olmasa da, her yasada değere ilişkin böyle bir boyut vardır.[414]

Hukuki pozitivizmin adalet değerine ilişkin eleştirileri, kendi içinde çelişkiler doğurmaktadır. Çünkü adalet ilkesini soyut diye eleştiren hukuki pozitivizm, hukukta son neden olarak 'grundnorm/ temel norm' diye daha soyut ve temelden yoksun bir kavram ortaya koymaktadır. Bu 'temel normun' yetersizliği ortadadır. Çünkü 'grundnorm/temel norm/ daha genel ve soyut niteliktedir ve sadece mantıki bir hipotez olarak düşünülmüş olduğundan insanların vicdani davranışlarında herhangi bir etkisi yoktur. Bu nedenle doğrudan doğruya insanlar arası ilişkilerde, onları doğru davranış yönünde motive edecek işleve sahip değildir.

Doğal hukuk ilkesi olan adaletin, insanların dünya görüşlerine dayandığından izafi/göreceli olduğu gerekçesiyle pozitivist hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Adalet anlayışının, dünya görüşüyle bağlantılı olduğu doğrudur. Çünkü adalet, felsefenin konusu olan değerlerden biridir. Bu nedenle hukuk ve adalet anlayışının, dünya görüşünden bağımsız olmadığı söylenebilir. Ancak dünya görüşü, adından anlaşılacağı üzere dünya ve hayatın anlamı konusunda ortaya konulan temel düşüncedir. Dünya görüşü, dünya ve içindeki insanın nereden geldiği ve niçin var olduğu şeklindeki hayati sorulara cevap aradığından önemlidir. Bir şeyin ne ölçüde anlamlı olduğu, onun, değerlerin gerçekleşmesine yaptığı hizmete bağlıdır.[415]

O halde dünya görüşü, değerleri gerçekleştirmeye ne ölçüde hizmet ediyorsa o kadar önemlidir. Dünya görüşünün hayati önem taşıyan yönü, insanın ve dünyanın son (nihai) değerine ilişkin olan yanıdır. Dünyanın ve insan varlığının anlamı, insanın nereden ve niçin gelip nereye gittiği sorunuyla ilgilidir. İnsanın; niçin, nereden geldiği ve nereye gideceği sorularına cevap veren dünya görüşü, insanın bütün düşünce ve davranışlarına etkili olmaktadır. Bu nedenle doğru bir dünya görüşüne sahip olmak, insan için **en zor** ama **en yüksek** bir çabadır. Bu işin zorluğu, dünya görüşünün değer bilincine dayalı olarak oluşturulmasıdır. Gerçekte her dünya görüşü, kendisinin doğru olduğunu ileri sürer. Ancak bu konudaki ölçüt, dünya görüşünün yüksek değerlere dayalı olup olmadığıdır. Yüksek değerlere dayanmayan dünya görüşleri, insanı hakikatten, dürüstlükten ve samimiyetten uzaklaştırır.

Dünya görüşü konusunda böyle bir tehlike var olmakla birlikte, dünyada insanın varlık nedenini hakikate uygun olarak anlama çabasından insanın vazgeçmesi mümkün değildir. Çünkü insanı insan yapan en belirgin özellik, onun bilmesi ve bilgi edinme çabasıdır. İnsanın bilgi edinme ihtiyacı, sadece pozitif bilimler alanıyla sınırlı kalamaz. Aksine bütün varlığın anlam ve bilgisini içine alır. Bu nedenle bir dünya görüşüne sahip olmayan insan yoktur. Sonuç itibariyle her insan, doğru ya da yanlış bir dünya görüşüne; bütün varlığın nedenine dair bir bilgiye sahiptir. Değerlendirici bir özelliğe sahip olarak dünya görüşü, değerlerin bilgisine ve değer

[414] Prof.Dr. Harun Tepe, Hukuk ve Değer.
[415] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

bilincine dayanır. İşte objektif ve genel geçerliğe sahip **adalet** değerine içerik kazandıracak, onu somut bir biçimde yansıtacak doğal hukuk ilkelerinin bulunması da mümkündür. 'Olan hukuk' anlamına gelen pozitif hukukun dışında ve üstünde bir 'olması gereken hukuk' anlayışını inkâr etmek, toplum hayatında totaliter bir devlet yönetiminin yerleşmesine ortam hazırlar.

1.3) SOSYOLOJİK POZİTİVİZM

Metafizik ve etik değerleri inkâr eden bir düşünce akımı olan pozitivizm, hukuk alanında kendisini değişik versiyonlarla göstermiştir. Bu pozitivist hukuk versiyonları farklı hukuk teorilerini oluşturmuştur. Pozitivist hukuk teorilerinde görünüşteki bu farklılığa rağmen, her ikisinin ortak yanı; adalet, eşitlik ve insan hakları gibi etiksel değerlere karşı çıkmalarıdır. Bunlar 'olması gereken'le değil, sadece 'olan' la ilgilenir. Bunlardan biri hukuki pozitivizm, diğeri ise sosyolojik pozitivizmdir.[416] Sosyolojik pozitivizm; hukuku, tamamen insanın dışında, insandan bağımsız oluşan toplumsal olay ve olgulara dayandıran ve hukukun sadece gözlenebilen yanıyla ilgilenen bir hukuk anlayışıdır.

Sosyolojik pozitivizme göre hukuk; toplumda gözlemle belirlenmesi mümkün tek gerçek olan toplumsal ilişkilerin gerektirdiği davranış kurallarıdır. Bu yaklaşımın temsilcilerinden Fransız düşünür Leon Duguit, hukuku doğal/temel haklar ve adalet gibi bir takım **metafizik** kavramlardan temizlemek istiyordu. O'na göre, kanun koyucu ve hâkim her zaman bu toplumsal ilişki ve dayanışma olgusundan meydana gelen objektif hukuku keşfetmeli ve ancak onu kanunlaştırmalıdır. Bu nedenle kanun koyucunun yapacağı iş, aslında hukuku yaratmak değil, toplum bireylerinin vicdanlarında oluşan dayanışmanın gereği olarak kabul edilen ve bu nedenle uyulması gerektiğine inanılan hukuk ve davranış kurallarını bulup çıkarmaktır.[417]

Sosyolojik pozitivist hukuk akımının diğer öncüsü Fransız hukukçu Maurice Hauriou ise, Duguit'in aksine olarak sosyal hayatta maddi ihtiyaçlardan doğan dayanışmadan çok daha fazla şeyler olduğu; fikir ve inançların toplumsal yapıyı şekillendirdiği görüşünü ileri sürmekte; hatta fikirler ve inançların hayata yön verdiklerini savunmaktadır. Hauriou bu görüşüyle sosyolojik pozitivizme daha geniş bir boyut kazandırmaya çalışmıştır.

Fransız düşünür Fustel De Coulanges ise; hukuki kurumların, hukuk alanında üretilen fikirleri arkadan takip ettiklerini, onlardan biraz geride kaldıklarını ileri sürer. İnsanların düşünce ve inançları nasıl ise; onların bütün kurumları, kanunları ve adetleri de ona göredir. Dolayısıyla bir dönemin var olan hukuki kurumlarını anlamak için, o dönemde toplumun düşünce ve inanç temellerine inmek gerekir. O'na göre hukuk, kanun koyucunun eseri değildir. Hukuk, kendisini oluşturan yerleşik toplumsal kurallardan kendiliğinden (spontane) bir biçimde oluşmuş ve kanun koyucuya kendini kabul ettirmiştir. Hukukun doğduğu çevre ailedir. Hukuk, evrensel olarak kabul edilmiş olan, iradeler üzerinde hüküm süren dini inançlardan fışkırmıştır. Daha sonraki yıllarda dinin etkisi zayıflamış, buna paralel olarak halkın

---

[416] Prof.Dr. Sururi Aktaş, Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon.
[417] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

kabul ettiği bir hususun ancak kanun olacağı, bu şekilde hukukun oluşacağı sonucuna varılmıştır. On iki levha kanunları[418] buna bir örnektir.[419]

Grotius'a göre hukuk, insanın sosyal doğasından çıkmaktadır. İnsanın sosyal doğasının her yerde aynı olması nedeni ile hukuk, evrensel ve değişmez niteliktedir. O'na göre hukukun kaynağı, insanın doğasında var olan toplumsallık eğilimidir. Grotius'un bu görüşü, doğal hukuk düşüncesine rasyonalist bir nitelik kazandırmıştır. Böylece hukuk ve sosyal olgu arasında güçlü bir ilişki kurulmuş; hukuk, teolojiden ve metafizik etkilerden uzak tutularak sosyal olguyla açıklanmaya çalışılmıştır.[420]

Hukukun oluşturulmasında, metafizik ve etik değerlerden uzak durulması ve sadece sosyal olgu ve şartların esas alınması, farklı olumsuz sonuçlara götürebilir. Örneğin, bir toplumda var olan toplumsal olgu ve şartlar ile insanın hayat hakkı ve insanlık onuru gibi değerler çatıştığında bunun hukuka yansıması nasıl olacaktır? Hukuk sosyolojisi bilimi çerçevesinde genel olarak hukuka etkili olduğu kabul edilen toplumsal olgu ve şartların, iyi-kötü ayrımı yapmadan hukukun tek kaynağı olarak görülmesi mümkün müdür?

Prof. Tepe'ye göre hukuk, içinde yaşanılan toplumsal şartların ürünü olan değer yargıları ve alışkanlıklardan bağımsız ve farklı olabilir, hatta bazen olmalıdır. Ancak değerlerden bağımsız olamaz. Bunun nedeni, toplumsal değer yargıları ve alışkanlıklar gibi bir sosyal olgunun bazen yanlış olabilme ihtimalidir. Örneğin bir toplumda, töre cinayetleri bir gelenek/sosyal olgu olarak yerleşmiş ve toplum tarafından kabullenilmiş olsa bile, bunu toplumsal bir olgu ve değer olarak kabul edip buna uygun hukuk yapılamaz. Eğer yapılırsa buna gerçek anlamda bir hukuk denemez. Bunu yapan kişi, toplumsal değer yargıları ve alışkanlıkların (iyi-kötü ayrımı yapmaksızın) iyi bir savunucusu belki olabilir ama hukukçu ya da bilim adamı olamaz.[421]

Hukuk bir bardak ise; bardağın içinin neyle doldurulduğu konusu, hukuk felsefesi ve etik bakımından önemlidir. Hâlbuki sosyolojik pozitivist hukuk için bardağın içinin neyle doldurulduğunun hiçbir önemi yoktur. Bardak suyla

---

[418] 12 Levha Kanunları, günümüz Avrupa Hukuku'nun temelini oluşturan Roma Hukukunun gelişiminde ve yazılı olmayan örf ve adet hukukunun yazılı biçimde hukuk kuralları haline getirilmesinde önemli rol oynayan hukuk kaynağıdır. Roma İmparatorluğu dönemine ait ilk yazılı kanunlar olan 12 Levha Kanunları, Roma toplumundaki soylular ile halk arasındaki sınıf mücadelesi sonucu ortaya çıkmıştır. Halkın soylulara baskısıyla M.Ö. 450'de kanunları yazmak üzere halk içinden seçilen 10 kişilik bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. 12 madeni veya tahta levha üzerine yazılarak ve meclisin onaylamasından sonra, herkesin görebilmesi için Roma'nın en büyük meydanına asıldı. (Vikipedi Özgür Ansiklopedi; https://tr.wikipedia.org/wiki/12_Levha_Kanunları)

[419] Prof.Dr. H.Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

[420] Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, Sosyolojik Hukuk.

[421] Prof.Dr. Harun Tepe, Hukuk ve Değer.

doldurulabileceği gibi zehirle de doldurulabilir. Önemli olan bardağın içinin doldurulmasıdır.

Prof. Topçuoğlu, hukukçular arasında sosyolojik pozitivist yaklaşımları ifrata/aşırılığa vardıranların, hukuk bilimini bir çeşit sosyoloji konumuna indirgemeye çalıştıklarını ancak bu konuda başarılı olamadıklarını belirtir. Ona göre sosyolojik pozitivizm, toplumsal yapıyla ilgili olan hukuk, ahlâk, din ve saire gibi sosyal gerçekliğin en temel unsurlarının kendi araştırma alanı dışına çıkmasına meydan vermiştir.[422]

Pozitivist hukuk anlayışına sahip Kelsen ve benzeri hukukçular, hukuku norma indirgemeye, sosyolojist hukuk anlayışına sahip Leon Duguit gibi hukukçular da hukuku sosyolojiye indirgemeye çalışmışlardır. Yani hukuki pozitivizmde hukuk denince sadece norm unsuru, sosyolojik pozitivizmde ise sadece sosyal olgu unsuru geçerli kabul edilmekte, hukuku oluşturan diğer unsurlar inkâr edilmektedir. Her iki görüş de tek yanlı ve kendi alanında ifrata/aşırılığa varan anlayışları temsil ettikleri için hukuku bütüncül anlayışla tanımlamaktan uzaktırlar.

2) HUKUKUN OLUŞUMU KONUSUNDA BÜTÜNCÜL BAKIŞ AÇISINA İHTİYAÇ

Tarihi süreç içinde oluşan doğal hukuk, hukuki pozitivizm ve sosyolojik pozitivizm gibi ekoller, hukukun **norm** (kural), **sosyal gerçeklik** (sosyal olgu) ve **etik değer** gibi üç temel unsurundan birini öne çıkarmışlardır. Söz konusu hukuk ekollerinin her biri, bu üç unsurdan genellikle sadece birine önem vermiş, diğerlerini ya bütünüyle reddetmiş ya da görmezden gelmiş ve hukuk tarihinde **ifrat** ve **tefrite** (aşırılıklara) varan görüşler ortaya çıkmıştır.

Hukukun sosyal gerçeklik/sosyal olgu, etik değer ve norm unsurunun birlikte ele alınması, bazı hukuk ekollerinin saplandığı yetersiz, tek yönlü, sığ, ifrat ve tefrite (aşırılıklara) varan fikirlerden bizi korur. Bu görüş, büyük düşünür Gurvitch'in çoğulcu (plüralist) hukuk anlayışına da uygundur ve bilimsel çevrelerde en fazla taraftarı olan anlayıştır.[423]

Hukukun, hangi unsurlardan oluştuğu konusunda hukuk tarihinde ortaya konulan yaklaşımlar; kozmik düzeni ya da etiksel değerleri esas alan doğal hukuk kuramı, norm boyutundan yola çıkan pozitivist yaklaşım ve sosyal boyuttan hareket ederek hukukun sosyal olgu unsuruna dayandığını ileri süren sosyolojik pozitivizm anlayışıdır. Bu görüşlerin her birisi, hukukun bir yönünü dile getirmekte ise de tek başına hukuku açıklamakta yetersiz kaldığı ve bu üç unsurun da hukukun oluşumunda etkili olduğu belirtilmelidir.

Hukuk tarihinde; norm, sosyal olgu ve etik değer ekseninde yapılan tartışmalara rağmen, hukukun; **norm** boyutu, **sosyal olgu** boyutu ve **etik değer** (adalet) boyutu gibi ihmal edilemez **üç temel unsur**dan oluştuğu gerçeği unutulmamalıdır. Bu üç unsurun herhangi birisinden mahrum olan bir hukuk anlayışı, daima eksik olarak kalacaktır.[424]

---

[422] Prof.Dr. H.Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[423] Prof. Dr. Niyazi Öktem, Hukuk Felsefesi.
[424] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hukukun Hukuka Aykırılığa Yol Açması Olgusu.

Hukuku oluşturan unsurlardan sadece birinin geçerli sayılıp diğerlerinin inkâr edilmesi insanı tek yanlı, dar, eksik ve yetersiz görüşlere götürür. Hukuku tanımlamaya yönelik görüşler, tekçi, dar açılı ve yetersizdir. Çünkü bu görüşlerin her biri, hukukun sadece bir niteliğini öne çıkarmış, diğerlerini inkâr etmiştir. Hukukun niteliği konusunda ortaya konulan tek yanlı görüşlerin, hem aklen/mantıken hem de etiksel/ahlaki açıdan çok ciddi kusurlar taşıdığı söylenebilir. Çünkü var olan bir şeyin varlığını inkâr ahlaken ne kadar kötü ise, abartılarak olduğundan daha fazla gösterilmesi o ölçüde yanlış bir davranıştır. Hâlbuki hukuka bütüncül açıdan bakılmalıdır. Hukuk, norm/kural, sosyal olgu ve etik boyutlarıyla birlikte ele alındığında hukuk niteliğini taşır. Yani hukuk, normatif, real ve ideal unsurlardan meydana gelir. Bunlardan birinin eksikliği halinde hukuk, hukuk olma özelliğini kaybeder.

Hukuk normlarının hangi temel unsurların etkisiyle oluştuğu konusunda yeterli bir anlayışa sahip olabilmek için; normatif, sosyolojik ve etiksel/felsefi görüş açılarının birlikte değerlendirilmesinin gerekli olduğu belirtilmelidir. Hukuk tarihinde genellikle bu konuda, ya sadece norm boyutundan, ya sosyal boyuttan, ya da kozmik boyuttan hareket edilerek tek yanlı kuramlar ortaya konulmuştur. Hâlbuki hukuka yalnız bir görüş açısından ve tek yanlı bakıldığında onun yalnız bir yönünü görme imkânı olabilir.[425]

Hukuka; bu tek yanlı bakış açısı, körlerin fili tarifine benzer.[426] Günümüzde hukukun; **sosyal olgu** (sosyolojik boyut), **adalet** (değer boyutu) ve **normatif** (kural koyucu) açılardan tanımlanabileceği büyük oranda kabul görmektedir. Hukuk tarihine bakıldığında, hukukun hangi temel unsurlardan oluştuğuna ilişkin sorulara, bu üç temel unsurdan sadece birisini geçerli kabul edip yola çıkan kuramlarla dolu olduğu görülür. Ancak günümüz hukuk anlayışları, hukukun; ne sosyolojik boyutunun, ne normatif yani biçimsel yanının, ne de hukukun adalet gibi değer boyutunun ihmal edilemez olduğunu kabul etmektedirler. Hukuk, bunların hepsidir. Sadece bir boyutundan yola çıkarak hukuku değerlendirmek eksik bir tanımlama olacaktır.[427]

---

[425] Prof.Dr. H.Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

[426] Körlerin fili tarifi hikâyesi: Gözleri kör üç kişiyi bir filin yanına getirmişler. "Bu nedir, bize anlatın" demişler. Körlerden birisi, eliyle filin hortumunu tutmuş ve demiş ki; "bu fil dediğiniz, ince, uzun ve yumuşak bir şey olsa gerektir". İkincisi gövdesini tutmuş ve "bu şey kocaman yumuşak bir kayadır" demiş. Filin kuyruğunu tutan üçüncü kör ise "bu fil dediğiniz şey, aşağıya sarkmış yılan gibi bir şeydir" demiş. Yani körlerin her birisi, sadece kendi elleriyle dokundukları ve bu şekilde bildikleri kadarıyla fili anlatmaya çalışmışlar. Bu hikâye bize şunu göstermektedir: Bir şeye sadece tek yönlü bakanlar, o şey hakkında tam bilgi sahibi olamazlar ve bu konuda sadece kendi bildiklerine göre hareket ederlerse yanlış hüküm verirler. Kısaca, insanlar bir konu hakkında tam bilgi sahibi değilse ve yeterli araştırma yapmamışsa, eksik bilgiyle yanlış sonuçlara varabilir.

[427] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Dil ve Hukuk.

Hukuk hakkında tam bir bilgiye sahip olabilmek için onun normatif (kural koyucu), etiksel/felsefi ve sosyolojik boyutlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiği görüşünün doğruluğunu daha açık bir şekilde belirtmek açısından Borçlar Kanununun akit kavramını tanımlayan maddesini örnek verelim:

Borçlar Kanununun 1.maddesinde "iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur" der. Bu maddenin sadece normatif (kural koyuculuk) açıdan incelenmesi; •iki tarafın varlığı, •karşılıklı olma, •birbirine uygun şekilde rızaların beyanı (yani irade beyanı) gibi hukuki kavramları ortaya koyar. Ancak sadece normatif inceleme, hukuk kuralları hakkında insanlara yeterli bilgiyi vermeye yetmez. Hukuk kuralları, normatif özelliklerinin yanında felsefenin alanına giren başka niteliklere de sahip olduğundan, çok daha farklı sorunlara cevap verebilmektedirler. Yapılan akdin hükmü; taraflardan biri bunun gereklerini yerine getirmediği takdirde, diğerine karşı devletin gücünü harekete geçirme imkânını vermektedir. O halde devletin gücü, akit yapıp da sözünde durmayan insanı, yasal yollarla sözünü tutmaya ya da sözünü tutmamasından doğan zararları karşılamaya zorlayacak demektir.[428]

Bunun ahlaki açıdan anlamı; insanın irade hürriyetine sahip kabul edilmesi, insanlık onuruna uygun davranmakla yükümlü tutulması ve kendi verdiği sözün, kendisi için bir dayanak sayılması demektir. Bu yönüyle bakıldığında insan, kendi iradesi ve sözüyle kendini sınırlayan bir varlıktır. Gerçekte insandan beklenen kişilik değeri de budur. İnsan, söz verip vermemekte özgürdür ama eğer söz vermişse sözünde durmalıdır. Bir değer varlığı olan insan, verdiği sözün gereğini yerine getirme ihtiyacı duymayan, rüzgârın önündeki kuru yaprak gibi kendisini olayların seyrine kaptırmış, rastgele yaşayan bir varlık değildir.

O halde bir kişi, diğer insanlarla belirli bir şeyin yerine getirilmesi konusunda anlaşmışlarsa, bu söz verme, insan için üstün bir **değere** sahip olan bir olaydır. Öyle ki, verilen söz yerine getirilmediği takdirde toplumun/devletin yaptırım gücü harekete geçebilmektedir. İşte bu **değerin** açıklanması felsefe ve etiğin alanına giren bir konudur. İnsan iradesine böylesine bir değer yüklenmesi, insan, hayat ve kâinat hakkında belirli bir dünya görüşünün, etiksel bir ilkenin ifadesidir. Etiksel değerlerin açıklanması ise ahlak felsefesinin alanına girer. Bu nedenle bir hukuk kuralını sadece norm ya da sadece sosyal olgu boyutuyla ele almamız mümkün değildir.[429]

3) HUKUKUN OLUŞUMUNDA HUKUK SOSYOLOJİSİNİN YERİ VE ÖNEMİ

Bugünkü anlamda hukuk sosyolojisi genç bir bilim dalıdır. Devlet ile toplum ayrımının ilk farkına varanlardan biri olan İbn-i Haldun, doğrudan doğruya toplumların tiplerini belirleme ve ayırt etme yöntemini ortaya koyma başarısını göstermiştir. İbn-i Haldun, bir yandan bilimsel tarihçiliğin ilkelerini koyarken diğer yandan da sosyolojinin temellerini atmıştır. O, dehalara has bir sezgi ile topluluk halinde yaşamanın sonucu olan çeşitli olay ve olguların, tabiat ve din bilimlerinden

[428] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[429] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

ayrı bir bilim dalına konu olabileceğini görüp ortaya koymuştur. Bu nedenle hukuk sosyolojisinin öncülerinden sayılır.[430]

İbn-i Haldun'a göre, tarihin gerçek bilgisine ulaşmak için sosyal olay ve olguların tarafsız ve objektif gözleminden işe başlamalı, uygarlık ve toplum tiplerinin çeşitliliği, zaman içindeki değişmeleri ve bu değişmelerin sebepleri gözden kaçırılmamalıdır. İşte bu noktalar genel sosyoloji ile hukuk sosyolojisine girişin ifadesi olmaktadır. Hukuk, sosyal bir bilim dalı olduğundan onun ilmi bir bilgiye ihtiyacı olduğu söylenebilir. Hukuk sosyolojisi de, sosyolojinin esaslı bir kolunu teşkil eder. Bir bilim dalı olarak hukuk sosyolojisinin ortaya koyduğu bilgi ve veriler, hukukun oluşturulmasında şüphesiz ki büyük önem taşımaktadır.

İngiliz filozof ve sosyologu Herbert Spencer, bilgiyi; a) Sıradan/bayağı bilgi, b) İlmi bilgi, c) Felsefi bilgi şeklinde üç gruba ayırır. İlmi bilgi; delile dayanmak zorundadır. Sıradan bilgi ise, delile dayanmayan, bütünlükten uzak bilgidir. Dolayısıyla delile dayanan bilgiye ilmi bilgi denir.[431]

Toplumsal bir varlık olan insan, değişik yapısıyla farklı bilimlerin inceleme alanına girmektedir. İnsan, maddi yapısı ile fizik kanunlarına, organik yapısıyla biyolojinin kanunlarına, ruhsal yapısıyla psikolojinin kanunlarına tabi olduğu gibi, yaratılışına uygun olarak bir toplum içinde yaşamak zorunda olması nedeniyle de toplumsal hayatın kurallarına tabidir. Hukuk, doğrudan doğruya insan davranışlarıyla ilgilidir. İnsanla ilgili bir şey hazırlanırken, öncelikle insanın kendine özgü bütün nitelikleriyle incelenmesi ve kavranması gerekir.

İnsanı, bütün özellikleriyle kavrayamayan teoriler büyük yanlışlara düşmüşlerdir. Günümüzde yeni ontoloji yani varlık bilimi, parçalı insan düşüncesini reddeder. Bu yeni varlık bilimine göre; insanın maddi yapısıyla manevi yapısını karşı karşıya getirmek yerine, onu aşağı varlıklar derecesine indirgemeden kendine özgü niteliğiyle incelemek gerekir.[432]

İşte hukukun oluşturulmasında bize gerekli olan insan anlayışı, insanı beden-ruh bütünlüğü içinde kavrayan anlayıştır. Hukuk sosyolojisi; bireylerden meydana gelen toplumun, hukukun oluşumundaki etkilerini inceleyen bilim dalıdır. Hukuk sosyolojisi ile bireyi bütün yönleriyle inceleyen varlık biliminin (ontoloji) verileri arasında ilişki kurulduğunda bu konuda daha doğru sonuçlara varılacağı söylenebilir.

Hukuk kurallarının uzun ömürlü ve kalıcı olabilmesi, toplumun etik/kültürel değerlerine uygun olmasına bağlıdır. Dolayısıyla hukuk oluşturulurken; toplumsal değerler dikkate alınmalıdır. Hukuk sosyolojisi, hukukun oluşumunda etkili olan toplumun maddi ve manevi değerlerini araştırır.

Rus asıllı Fransız sosyolog Georges Gurvitch'e göre hukuk sosyolojisi; din, ahlak, hukuk, bilgi, sanat ve eğitim sosyolojilerini içine alan kültür sosyolojisinin bir dalıdır. Hukuk sosyolojisi, sosyal gerçekliğin manevi yönünü, diğer bölümleriyle olan bağlantılarını, insan ruhunun toplumsal hayatta ortaya koyduğu her türlü ürünü inceleyen sosyoloji dalıdır. Gurvitch, sosyal gerçekliğin çok yönlü,

---

[430] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[431] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[432] Hilmi Ziya Ülken, Felsefeye giriş.

karmaşık bir yapısı olduğunu, etik değerlerin de sosyal gerçeklik kavramı içine girdiğini, etiksel ve hukuki değerlerin, dünya görüşlerinin de aynı şekilde sosyal gerçekliğin bölümlerini meydana getirdiğini, bu nedenle toplumsal hayatta var olan fikirlerin ve din, ahlak, örf-âdet, hukuk gibi değerlerin sosyoloji bilimi açısından incelenmesi gerektiğini belirtir.[433]

Sosyal gerçeklik kavramı içinde yer alan hukuk, örf-adetler, din, ahlak, etik değerler arasında devamlı bir ilişki vardır. Toplumların sahip oldukları köklü inançlar, değer ölçüleri, adalet anlayışları o toplumun hukukunda etkili olurlar. Hukuk sosyolojisi, hukukun diğer sosyal olgularla olan ilişkilerini incelemekle görevli bir bilim dalıdır. Sosyolojik pozitivizmin dar ve tek yanlı görüşüne saplanmadan, hukuk sosyolojisi biliminin verileriyle hukuk arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir.

Hukuk sosyolojisi, bir kanunu, toplum şartları içindeki bütün oluşum aşamaları ile ele alıp inceler: Bu kanun, hangi sosyal ihtiyacın, hangi grubun veya genel menfaatin gereği olarak, hangi tür sosyal faktörün ve hangi fikir akımının etkisiyle kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir? Hukuk sosyolojisi, bütün bu sorulara cevap arar. Hukuk sosyolojisi bu konuyla ilgili bütün bilgileri; olay ve olguların verilerini, kendi yöntemine göre değerlendirir. Diğer toplumlarda benzer şartlarda oluşturulan benzer nitelikteki kanunların sonuçlarını araştırır. Belirli yöntemle yapılan inceleme sonunda söz konusu kanun hakkında bir sonuca varır. Kanunun gerçek sosyal nedenlerini ve doğurması mümkün olan sonuçlarını, başarı şansını ortaya koyar. [434]

Hukuk, hukuk sosyolojisinin verilerinden yararlanır. Sosyal veriler, sosyolojik bir sonuca varabilmek için gerekli olan bilgilerdir. Sosyal gerçeklikte var olan etik ilkeler, ahlak, örf ve hukuk kuralları birbiriyle ilişki içindedir. Yer altındaki madenleri; altını, gümüşü vs. toprağın içinden seçip ayırabilen insan, hukuk ile diğer sosyal düzen kuralları arasındaki, özellikle hukuk-ahlak arasındaki ilişkiyi iyi araştırmak zorundadır.

Haklı-haksız, iyi-kötü, adil-zalim gibi değerlendirmeler yapan, sosyal ilişkilerde bütün insan davranışlarına mutlaka bir değer biçen, kimini takdir eden, kimini de ayıplayan insanların, bu değerlendirme ölçülerini nereden buldukları önemlidir. Evrendeki müthiş dengeyi, dünyanın hangi güç ve etkenlerin etkisi altında döndüğünü anlamaya çalışan insan, toplum bireylerine hâkim olan bu değerlerin, ahlak ve hukuk kurallarının niçin ve hangi nedenlerden dolayı ortaya çıktığını da anlamaya çalışmalıdır.[435]

Toplumsal normlar yani sosyal düzen kuralları ile sosyal gerçeklik/olgu arasında bir ilişki vardır. Bunlar birbirinin karşıtı olan kavramlar değildir. Hukuk, ahlak, örf, din gibi sosyal normlar sosyal gerçeklikle bağlantılıdır. Sosyal gerçeklik kavramı, toplumsal hayatta somut olarak var olan olay ve olguların bütününü ifade eder. İnsanların, toplum halinde yaşamalarından doğan duygu ve düşünceleri ve her tür olguyu içine alır. Sosyal gerçeklik, toplumsal hayatta somut olarak var olan-ların

[433] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[434] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[435] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

bütünüdür. Gerçi insanın ihtiyacı olan şey, sadece sosyal gerçeklikten ibaret değildir. Sosyal gerçeklik yanında bir de hakikat/doğruluk kavramı vardır. Yani hakikat/doğruluk, sadece sosyal olgudan ibaret değildir. O halde hukukun oluşumunda etkili olan faktörleri, sosyal gerçeklikle sınırlı tutamayız. Bu gerçeği tespit ettikten sonra bir gerçeklik ilmi olan hukuk sosyolojisinin, hukukun oluşumunda ve değişiminde geçerli olan kuralları bulmaya yöneldiğini belirtelim.

Bazen kanun koyucular, sosyal gerçekler hakkında yanlış veya eksik bilgilere sahip oldukları için toplumsal yapıya uygun olmayan yasalar yapabilmektedirler. Bu şekilde yapılan yasalar, toplumda uygulama alanı bulamadığından uzun ömürlü olmaz. Bazen de toplumda belli bir konuda çok önemli yasal düzenleme ihtiyacı olduğu halde, kanun koyucu bu ihtiyacın farkında olmayabilir. Bu gibi durumlarda hukuk sosyolojisi, kanun koyucular için aydınlatıcı ve yol gösterici olabilir.

Diğer yandan **hukuk**, hukuk felsefesi ekollerinin de üzerinde durduğu gibi sadece sosyal hayatın bir ürünü değil, aynı zamanda toplumsal hayatın bütün alanlarında etkili olan bir **sosyal etkendir**. Hukukun niteliğini inceleyen hukukçular, onun norm niteliği yani emredici karakteri ve hukuk kurallarını oluşturan yasama organlarının varlığı nedeniyle, hukuku normdan ve bir irade faaliyetin-den ibaret görmüşlerdir.[436] Hukukun yalnız norm değerini temel alan günümüz pozitivist hukukçuların yanıldığı nokta da budur. Ancak hukuk sosyolojisi, hukukun normatif yani düzenleyici yönünü inkâr etmemekte, hukukun, bazı sosyal olayların belirli yönde gelişmesine etken olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla hukuk, hem toplumsal hayatın bir ürünü, hem de toplumsal hayat üzerinde etkili olan bir güçtür.

Hukuk, ahlak, din ve örf/adet gibi bütün davranış kuralları, toplum halinde yaşayan insanın manevi varlığına hitap eder. Bu davranış kuralları, insandan ve onun toplumdaki rolünden bağımsız değildir. Hukuk normları, sosyal normların önemli bir türünü oluşturmaktadır ve diğer sosyal normlar gibi içinde doğdukları toplumun özelliklerini yansıtırlar. Sonuç olarak hukuk; içinden çıkmış olduğu toplumun özelliklerinden etkilenir. Hukuk sosyolojisi de toplumsal yapının hukuka olan etkilerini yani hukuk-toplum ilişkisini inceler. Farklı iklim, ekonomik şartlar, medeniyet seviyesi, gelenekler ve farklı dini inançlar, farklı kültürler hukuk sistemlerinde bazı farklılıklara neden olmaktadır. Bütün bunlar bize hukuk normları ile sosyal şartlar arasındaki sıkı bağlantıyı göstermektedir.

Hukukun toplumsal şartlarla ilişkisi konusunda akla şu soru gelebilir: Hukuk normları ile toplumsal/yerel şartlar arasında var olan bu bağlantı, hukukun evrensel niteliğine zarar verir mi? Bir hukuk sistemi, hem belirli bir toplumun kendine özgü/yerel şartlarından etkilenip hem de evrensel nitelikte olabilir mi? Toplumsal şartlar ile hukukun amacı olan değerler arasında çelişki olduğunda ne yapılacaktır? Bu sorular, toplumsal şartların hukukun oluşumundaki etkisinde bir sınırın olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir. Bilindiği gibi hukukun evrensel nitelikleri; temel insan hakları, adalet ve eşitlik gibi etik ilkelerdir. O halde adalet, eşitlik ve insan hakları ilkelerine aykırı olan normlar hukuk olamayacağı gibi, aynı şekilde bu ilkelere aykırı olan bazı toplumsal/yerel gelenek ve şartlar da hukukun

[436] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

oluşumunda etkili olmamalıdır. Bu durumda, her toplumun kendine özgü farklı özelliklerinin hukuka etkili olması doğal karşılanmakla birlikte bunun genel bir çerçevesi olmalıdır ki, o da adalet ve temel insan hak ve özgürlükleridir. Böyle olunca; her toplumun kendine özgü şartları ve özellikleri, adalet ve temel insan hak ve özgürlüklerine aykırı olmamak kaydıyla o toplumun hukukuna yansıyacaktır.

Hukukun sadece norm unsurunu gören hukuki pozitivizm ve onun yalnızca sosyal boyutunu dikkate alan sosyolojik pozitivizm gibi kuramlar, hukukun diğer boyutlarını inkâr etmesi nedeniyle hukukun tek yanlı ve aşırı uçlardaki tanımlarını ifade etmektedir. Çünkü sosyal şartların hukuka olan etkisi abartıldığında, hukukun oluşmasında olumlu katkıları olabilecek hukuk sosyolojisinin verileri yerine sosyolojik pozitivizmin tek yanlı, dar kalıpları içine girilmesi kaçınılmazdır.

Büyük hukukçu sosyolog Maurice Hauriou, hukukla sosyoloji arasındaki ilişkiyi çarpıcı biçimde şöyle ifade etmiştir: "Sathi/yüzeysel bir sosyoloji hukuktan uzaklaşsa, derin bir sosyoloji onu hukuka sevk eder".[437]

Bunu şöyle de söylemek mümkündür. Yüzeysel bir hukuk, sosyolojiden uzaklaştığında, derin bir hukuk onu sosyolojiye yönlendirir. Bu nedenle hukukun ve sosyolojinin öncüleri, birbirlerine karşı duydukları güvensizliğe rağmen onlardan her biri kendi alanlarında çalışma yaparken, bu bilimsel yolların güzergâhında birbirleriyle karşılaşmaktadırlar. Şüphesiz ki, hukukçu ve sosyologların karşılaştıkları bu nokta hukuk sosyolojisidir. Bugün hukukçu ve sosyologlar arasında görülen uyuşmazlıkların, aslında onların hukuk ve sosyoloji bilimleri hakkında sahip oldukları tek yanlı, dar ve aşırı görüşlerin sonucu olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, hukukla toplumun yapısı ve şartları arasında önemli ilişki vardır. Bu nedenle toplum hakkında, tek yanlı/dar görüşlerden uzak olarak, doğruluğunda şüphe edilmeyen, sağlam yöntemlerle elde edilmiş bilimsel bilgilerden hukukun oluşumunda yararlanmak, tamamen meşru ve ahlaki bir çabadır. Hukuk kurallarının oluşturulması, toplumun amacının ve gerçek ihtiyaçlarının ne olduğu hususunda ilmi verilere dayanılmalıdır. Bu bilimsel anlayış bizi, düşünce tarihinde örneğine çok rastladığımız ilim, akıl ve mantık dışı ütopyalardan uzaklaştırır. Hukukun oluşumunda, hukukçunun bilimsel anlayışla hareket etmesi; hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi, ahlak felsefesi gibi bilimlerin verilerinden yararlanması en önemli etiksel/ahlaki davranıştır.

Böyle olmasına rağmen üzüntüyle belirtmeliyiz ki, ülkemizde hukukun oluşturulmasında hukuk sosyolojisinin bilimsel verilerinden yeteri kadar yararlanıldığını söyleyemeyiz. Toplumun amaç ve gerçek ihtiyaçlarıyla bağdaşmayan kanunların kabul edildiğini ne yazık ki görmekteyiz. Ülkemizde belirli bir sosyal kesimde, herhangi bir nedenle yasal düzenleme ihtiyacı bulunduğu görüşü yerleşince, bu yasal düzenleme faaliyetini yürütecek olan hukukçuların, öncelikle bu durumun gerçek toplumsal şartlarını ve gerçekten böyle bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığını bilmeleri gerekir. Bu bilgi, ancak hukuk sosyolojisinden elde edilebilir.

---

[437] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

Hukukun oluşturulmasında ilmi bilgiden faydalanmanın bir zorunluluk olduğu; her toplumda, hukuk kurallarının oluşturulmasında özel bir bilgiye ihtiyaç olduğu teorik olarak kabul edilmekle birlikte, en azından uygulamada henüz yerleşmiş değildir. Kanun koyucu, uygulamada genellikle kendisinin zaten bu bilgi ile donanımlı olduğu zannıyla hareket etmektedir. Yani bilmediği halde bildiğini zannederek hukuk oluşturmaktadır. Bu durumun çok ciddi etiksel/ahlaki sorun ortaya çıkardığı muhakkaktır.

Hukuk sosyolojisinde, bazı sorunların objektif, tarafsız bir şekilde incelenmesine ulusal nedenler ve politik önyargılar en büyük engeli oluştururlar. İşte hukuk sosyolojisi bilimi, bu gibi durumlarda, en önemli ahlaki değer olan objektif, tarafsız kalabilmeyi başarabilmek için hukukçu sosyologlara zor bir nefis terbiyesini önerir. Hukukçu sosyologlar, hukuk oluşturma faaliyetinde her şeyden önce kendi bireysel his ve duygularını aşmasını bilecek ahlaki olgunluğa ulaşmış olmalıdırlar. Bir toplumda sosyal olgu ve olaylar, tam olarak anlaşılmadan önce insanların psikolojik yapıları gereğince iyi-kötü, haklı-haksız, meşru-gayri meşru yahut faydalı-zararlı gibi ayrımlara tabi tutularak tümüyle kabul veya reddedilmeye konu olmuşlardır. Bu nedenle bir sosyal olgu veya olayın, bütün boyutlarıyla anlaşılmadan tamamen önyargıyla kabul veya reddedilmesi, hukuk alanında yaşanabilecek en önemli etiksel/ahlaki sorunlardan biridir.[438]

Hukukun oluşumunda kullanılacak bilimsel bilginin elde edilmesinde, toplumsal olgu ve olaylar arasındaki sürekli ve derin ilişkiyi dikkate almak gerekir. Tek tek bireylerden oluşan toplumların bir bütün yanı vardır. Toplum içinde meydana gelen sosyal olaylar, birbirleriyle o kadar sıkı ilişki içindedir ki, bu olgu ve olayların her birini, diğerlerinden bağımsız olarak inceleyebilmek mümkün değildir. Dolayısıyla sosyal olay ve olguların, tek başlarına incelenmesi yöntemiyle elde edilen bilgi ve veriler sağlıklı değildir. Böyle bilgiye dayalı olarak doğru hukuk oluşturulmasının mümkün olmadığı söylenebilir.

4) HUKUKUN OLUŞTURULMASINDA HUKUK FELSEFESİNİN ÖNEMİ

Hukuk sosyolojisi; hukukla toplumsal yapı arasındaki bağlantı noktalarını ortaya koyar. Toplumların kendilerine seçtikleri amaç ve hedefleri, iyilik-kötülük ya da doğruluk-yanlışlık bakımından değil, bu amaç ve hedeflerin gerçekleşme imkânına sahip olup olmadığı, toplum açısından olumsuz yan etkiler meydana getirip getirmeyeceği bakımlarından inceler. Yan etkiler doğurması muhtemel olan amaç ve hedefler hakkında, kendine düşen ikaz görevini yerine getirir.

Prof. Topçuoğlu; hukuk sosyolojisinin, hukukun oluşturulmasında önemli işlevler yerine getirdiğini ancak onun bir bilim dalı olarak hukukta **amaç** ve **değerler** sorunu konusunda hakem olmadığını ifade eder. Bu görüşünü şöyle gerekçelendirir: 'Hukuk sosyolojisi bir bilim dalı olarak, hukukta **amaç** ve **değer** problemlerinde hakem değildir' derken bununla, bu problemin sıradan/rastgele çözüm yollarına terk edilmesi gereğini değil, aksine bu bilimden daha geniş ve bilhassa eleştirel bir görüş açısına sahip olan hukuk felsefesi ve değerler felsefesinin

[438] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

yetkisine bırakılmasını anlatmak istiyoruz. Hukuk sosyolojisi, böyle bir hakemlik iddiasında bulunduğu takdirde kendisini, tekniğine güvenilebilecek ciddi bir bilim olarak kabul ettiremez.[439]

Hukuk sosyolojisi ile hukuk felsefesi arasındaki ilişkiyi; tıp alanında bir hastalıkla ilgili yapılan tetkik ve tahlil sonuçlarının, bu hastalığı tedavi edecek olan doktorla ilişkisine benzetebiliriz. Örneğin bir hastanın akciğer filmini çeken radyoloji uzmanı, hastalıkla ilgili bir durum tespiti yapar, elde ettiği verileri asıl uzmanına sunar, hastalığı bizzat kendisi tedaviye kalkışmaz. Hukuk sosyolojisi de toplumsal yapıyı inceler, araştırır, elde ettiği verileri hukuku oluşturacak olanların yararlanmasına sunar. Hukukta amaç ve değer sorunları konusunda hukuk sosyolojisi görüş bildirmez, bu konuyu hukuk felsefesine bırakır. O halde hukuk felsefesi, hukukta amaç ve değer sorunlarının çözümü için öneriler sunan bir sosyal bilimdir.

Alman düşünür STAMMLER'e göre; hukuk felsefesi, *hukukun ne olduğu (niteliği), *hukukun, bağlayıcılığını (meşruiyetini) nereden aldığı ve kanun koyucuya hangi ilkelerin yol göstereceği gibi başlıca üç sorunla ilgilenmelidir. Hukuk felsefesi; hukuk kavramının tanımını yapmak durumunda olduğundan, insanı bağlayan hukukun ne olduğunu belirtmek için belirli bir görüşün benimsenmesi gerekir. Çünkü hukuk kavramının odak noktasında, belirli bir şekilde davranmayı (emri) veya belirli bir davranıştan kaçınmayı (yasağı) belirten davranış biçimleri vardır. Hukuk felsefesinin, oluşturulacak hukukla ilgili olarak, **iyi** ya da **kötü**, **haklı** ya da **haksız** biçiminde değerlendirmeler yapması, gerçekte hukuk normlarının değerlendirilmesi anlamına gelir. Bu tür değerlendirmeler de, insanların **iyi** ya da **kötü**, **haklı** ya da **haksız** biçimindeki ahlaki değer yargılarına dayanmaktadır. [440]

Prof. Öktem; hukuk felsefesinin önemini ciddi olarak ortaya koyan ve bu yönüyle hukuk camiası-nın dikkatini çeken ilk düşünürün Ronald Dworkin olduğunu söyler. Dworkin, hukuk camiasında büyük yankı uyandıran 'Hakları Ciddiye Almak' isimli kitabında; hukukun üstünlüğünü gerçekten isteyen bir ülkenin, hakları ciddiye alması gerektiğini; hakları ciddiye almanın ise, hukuktan ayrılması mümkün olmayan ahlaki değerlerin göz önünde bulundurulması ve etiksel boyutun hedeflenmesiyle mümkün olacağını vurgular. Sosyoloji ve ekonomi hukukun dayandığı zemin, amacı ise etik bir değer olan **adaletin** gerçekleşmesidir.[441] Prof. V. Aral; hukuk felsefesinin iki temel sorunu olduğunu, bunlardan ilkinin hukukun tanımı ve niteliğinin ortaya konulması, ikincisinin hukukun amacı olan adalet dediğimiz üstün değerin ve bu değeri noksansız olarak yansıtacak olan 'olması gereken hukukun' açıklanması olduğunu belirtir. [442]

İnsan, her şeyden önce bir değer varlığıdır. Hukukun amacı olan adalet, etiksel bir değerdir ve insan davranışlarını hayvanların hareketlerinden ayırır. Her insan davranışı, bilme ve değerlendirmeye dayanır. Yani insanın hayvanlaşmasına engel

---

[439] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[440] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi Notları.
[441] Prof.Dr. Niyazi Öktem, Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi.
[442] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

olur. Adalet, hakkaniyet, eşitlik ya da iyi-kötü, haklı-haksız gibi kavramlar değerlendirme faaliyetiyle ilgilidir.

Adalet, hukukun hem amacı, hem de hukuku değerlendirme ölçüsüdür. Peki, hukukta değerlendirme ölçüsü olan adalet konusunda, hangi ölçüye göre değerlendirme yapılacak? Bu çerçevede hukukta temellendirilmenin nasıl yapılacağı; yani hukuk kurallarının dayanacağı temel normun/son nedenin/anayasayı temellendirecek üstün nedenin ne olacağı, bu üstün değerin adalet olduğunun kabul edilmesi halinde, adaletin içeriğinin ve değerlerin niteliğinin ne olduğu gibi konular hukuk felsefesinin temel sorunlarıdır.

Hukuk sosyolojisi bir gerçeklik (olan) ilmi olmasına karşılık hukuk felsefesi (olması gereken) değerlerle ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Hukuk sosyolojisinin konusu olan gerçeklik ile hukuk felsefesinin konusu olan etik değerler yani 'olan' ile 'olması gereken' nasıl bağdaştırılacak? Çünkü değerlerin 'olması gereken' ve gerçekliğin de 'olan' olarak ilk bakışta birbirlerinin karşısında yer aldığı düşünülebilir. Hâlbuki değerlerle gerçekliğin ayrı özelliklere sahip olmakla birlikte birbiriyle sıkı ilişki içinde olduğunu belirtmeliyiz. Değerler, bir 'olması gereken' olarak 'olan'a daima örnek/model olacak, gerçeklik (olan) de değerlerin taşıyıcısı ve değerlere sahip olacaktır. Dolayısıyla 'olan' ile 'olması gereken' arasında sıkı bir ilişki vardır.[443]

Genel olarak felsefenin bir alt dalı olan hukuk felsefesinin; hukukun her aşaması ama öncelikle hukukun oluşturulması ve uygulanması aşaması için hukukçunun ufkunu açan, ona ışık tutan bir derinliği vardır. Hukuk felsefesini, hukuk kurallarının felsefi olarak eleştirilmesi, sorgulanması olarak da tanımlayabiliriz. Her işte olduğu gibi hukukun oluşturulması ve uygulanması faaliyetinde felsefi bir derinliğe ihtiyaç vardır. Friedrich Nietzsche'ye atfedilen şu söz konuyu güzel ifade etmektedir: "Yaptığınız işin felsefesini yapmazsanız yalnızca teknisyen olarak kalırsınız". Hukuk felsefesi olmadığı takdirde, bütün hukukçular hukuk teknisyenleri konumuna düşerler. Hak, adalet, ahlak gibi felsefi kavramları hukuk dışında tutan anlayış, hukuku, hukuk teknisyenliğine indirger. Felsefi derinliği olmayan bir hukukçu, hukuk kurallarını sorgulamaz, eleştirmez, yanlış da olsa olduğu gibi kabullenir. Böyle hukukçular için, hukukun amacının ne olduğu, kanun koyucuya hangi ilkelerin yol göstereceği, pozitif hukuk kurallarının doğruluğunu kanıtlamak için başvurulacak ölçütlerin neler olduğu gibi konular gereksizdir. Onlar 'gözlerimi kaparım, vazifemi yaparım' anlayışını benimser. Bu yanlış düşüncenin aksine hukukçu, görevini yaparken 'gözlerini dört açmak' zorundadır.

Halen yürürlükte olan bir takım kuralların gerçekten hukuk olup olmadığını sorgulamayan, hukuku, kanun koyucu tarafından önceden hazır bir biçimde kendisinin önüne konulmuş ve asla dokunulmayacak bir ürün olarak gören hukukçu, mesleğini gereği gibi yapmıyor, mesleğinde yanılıyor demektir. Gerçek hukukçu, toplumda güçlü menfaat gruplarının hizmetçisi, hâkim dünya görüşlerinin sözcüsü değil, hukukun eleştirel uygulayıcısı, hâkim güçlere ve menfaat gruplarına

[443] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

karşı çıkabilen bir kahramandır. Bu niteliklere sahip hukukçu ise, ancak hukuk felsefesini iyi bilen, yani hukukta felsefi derinliği olan kişiler arasından çıkar.[444]

Adalet nedir, etiksel davranış nedir, iyi-kötü nedir, adil olan ve olmayan ayrımı hangi ölçütlere göre yapılmalıdır, hukukun kaynağı ne olmalıdır, hukukun evrensel ilkeleri var mıdır? Bütün bu soruları, ancak hukuk felsefesi cevaplandırabilir. Kendisini, bu sorunlara doğru cevap verecek şekilde yetiştirmeyen bir kişi, yasaları sadece teknik olarak bilmekle gerçek anlamda hukukçu olamayacağı gibi, yeterli hukuk felsefesi eğitimi almadan işbaşına gelen hukukçuların hâkim, savcı, noter ve avukat olarak görev yapmaları, uygulamada o toplumdaki hukuk sistemini her türlü tehlikelere açık konuma getirir. Ülkemizde bazı siyasi iktidarların, sevmedikleri belirli kesimleri etkisiz hale getirmek amacıyla hukuku araç olarak kullanmak suretiyle yaptıkları adaletsizlikler, hukukçuların ciddi bir hukuk felsefesi eğitimi almaları gerektiğini çok açık bir biçimde bize göstermektedir.

Hukukun, hukuk felsefesinden uzak durması, onun etik ilkelerden uzak kalması demektir. Bu nedenle pozitivist hukukçuların, hukuk felsefesine karşı olumsuz tutumlarının nedenlerinin başında, felsefenin etik değerlerle ilişkisi ve onun metafizik bir faaliyet olarak görülmesi gelmektedir. Hâlbuki hukukun değerlerden ve dolayısıyla hukuk felsefesinden bağımsız olması mümkün değildir.[445]

Sonuç olarak, hukukun oluşturulması faaliyeti için önemli olan üç temel unsur vardır. Bunlar; toplumsal yapıya ilişkin sosyal veriler, toplumun amaç ve hedeflerine ilişkin etik değerler ve hukukta uzmanlık bilgisidir. Kısaca, hukukun oluşturulmasında ideal (değerler/olması gereken) ve real (gerçeklik/olan) tüm etkenlerin birlikte rolü olduğunu söyleyebiliriz.

Hukukçu, toplumsal yapının verilerine ilişkin bilgiyi hukuk sosyolojisinden, hukukun amacı hakkındaki değer ölçüsünü hukuk felsefesi ve etikten (ahlak felsefesinden), hukukta uzmanlık bilgisini de hukuk eğitimiyle elde edecektir. O halde hukukçunun hukuku oluşturma faaliyeti; etiksel değerler, toplumsal yapının verileri ve hukuk bilgisinden oluşan üçlü sacayağına dayanmaktadır.[446]

5) HUKUKUN OLUŞTURULMASINDA YETKİLİ ORGAN VE KURUMLAR

Toplumun bütünü veya bir bölümünü ile ilgili olarak hukuk normlarının oluşturulması işlemi, hukuku oluşturmakla görevli olan yetkili, resmi organların varlığını gerektirir. Toplumun tamamını ilgilendiren hukuki düzenleme işleminde bu görev, yasama meclislerine ve onların yetki verdikleri organ ya da kurumlara düşer. Bundan başka sosyolojik bakımdan kendi iç mevzuatını kendi iradeleriyle oluşturma durumunda olan bütün teşkilatlanmış meslek kuruluşları, bu çerçevede hukuk mesleği kavramı içinde yer alan Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği gibi kuruluşlar**,** kendi iç hukuklarını oluştururken böyle bir görevi yerine getirmektedirler. Bunların yaptığı da bir tür hukuk oluşturma faaliyetidir. O halde

[444] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.
[445] Prof. Dr. Harun Tepe, Hukuk ve Değer.
[446] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

hukukun oluşturulması konusunu, hukukun yalnız bir şekli olan 'kanunların çıkarılması' faaliyeti olarak görmek doğru değildir.

Hukuk normlarının sosyal ilişkileri düzenlemesi olayında, bu faaliyeti sona erdiren şey, normların hayata uygulanmasını sağlayacak organların faaliyetidir. **Yasama meclisleri** bu organlardan yalnızca birisi ama en önemlisidir. **Yargı organları** ise, hem hukuk normlarını uygulayan hem de aynı zamanda içtihatlarla hukuk oluşturan organlardır. Çünkü soyut hukuk normlarının somut olay ve olgulara uygulanmasında yargı içtihatlarının oluştuğunu biliyoruz.[447]

O halde gerek yasama meclisleri, gerekse diğer mesleki kurumlar ve mahkemeler hukuk normları oluşturan organlardır. Hukukun oluşturulmasında rolü olan yasama meclislerinin, mesleki kurumların üyeleri ve yargı içtihatlarını oluşturan hâkimlerin, bu hayati görevi yürütürken etik ilkelere uygun davranmaları büyük önem taşımaktadır.

Acaba yasama organları**,** hukuk oluşturma faaliyetinde, hukuki düzenlemenin üç unsuru olan amaç, bilgi ve uygulama araçlarını ne ölçüde bağdaştırabilmektedir? Kanun koyucu, hukuku oluştururken amaç, bilgi ve uygulama araçlarını nasıl kullanmaktadır?

Hukukta **amaç** unsuru, kanun yapma faaliyetinde etkisini siyasi süreçle gösterir. Kanun koyucu, hukuki bir düzenlemeye tabi tutmak istediği toplum sorunlarını, bizzat bu toplumun amaçlarına uygun bir biçimde çözmek durumundadır. Hukuk felsefesinde bunun etiksel/ahlaki bir görev olduğu kabul edilir. Hukuk sosyolojisinde ise bunun, kanun koyucu için isteyerek veya istemeyerek katlanacağı bir zorunluluk olduğu söylenebilir.[448]

Demek ki toplumun genel amacının hukuk oluşturma faaliyetindeki rolü, bu faaliyeti somut olarak yürüten organlar tarafından kabul edilmelidir. Hukukun oluşturulmasında ilmi bilgiden yani hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi ve ekonomi/iktisat gibi diğer bilimlerin verilerinden faydalanmanın aynı şekilde bir zorunluluk olduğunu ifade etmek gerekir. Şüphesiz ki bilimsel bilgiden yararlanmadan oluşturulan hukuk mutlaka eksik kalacaktır. Yasama meclislerinin hukuku oluşturmada yeterliliği, bu noktada kendisini gösterir. Yasama yetkisi, toplumun genel amaç ve ihtiyaçları doğrultusunda ve bilimsel bilgiden yararlanarak mı, yoksa toplumun genel amaç ve ihtiyaçları dışında ve bilimsel bilgiden uzak olarak mı kullanılmaktadır? Yasama yetkisinin, toplumun genel amaç ve ihtiyaçları için kullanılmasının zıddı, özel amaçlar için kullanılmasıdır. Bu da yasama yetkisinin suiistimali, yani kötüye kullanılmasıdır ki, vicdan ve ahlak dışı bir davranıştır.

E. HUKUKUN EVRENSEL BOYUTU

İnsanlık tarihi boyunca, insan davranışlarının iyi-kötü ya da haklı-haksız ayrımı boyutunda değerlendirildiği, iyi ve haklı davranışların temel ölçütlerinin ne olması gerektiği konusu insanı yakından ilgilendirmiştir. Özellikle felsefi düşüncenin

[447] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[448] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

gelişmeye başladığı MÖ 6. yüzyıldan itibaren insan davranışları, değerler boyutunda incelenmeye ve evrensel geçerliliğe sahip **iyi** ve **haklı** davranışın temel ilke ve ölçütleri açıklanmaya çalışılmıştır. Bir yandan felsefenin bir boyutu olan etik alanında, diğer yandan site devletlerinde görülen yasa farklılıklarını ortadan kaldırarak bütün site devletleri için geçerli olacak **evrensel** ilke ve normların oluşturulması yönünde çalışmalar yapılmıştır.

Prof. Duralı; evrensellik fikrini insanlığa büyük ilahi dinlerin kazandırdığını ileri sürer. Ona göre; bütün insanlarda ortak kabul olunan birtakım temel maddi/beşeri özellikler ile manevi değerler, evrenselliği oluştururlar. Tek Tanrılı büyük ilahi dinlerde vurgulanan "Kim, bir cana veya yeryüzünde bozgunculuk çıkartmaya karşılık olmaksızın, haksız yere bir cana kıyarsa, bütün insanları öldürmüş gibi olur. Her kim bir can kurtarırsa, bütün insanları kurtarmış gibi olur." (Kuran, Maide: 32) veya "Öldürmeyeceksin, hırsızlık ve zina etmeyeceksin, yalan söylemeyeceksin" (Tevrat, On emir; Çıkış/Bap: 20) şeklindeki buyruklar, evrensel nitelik taşır. O halde evrensellik, büyük ilahi dinlere dayanan bir fikirdir. Evrensellik, insanın ilahi/dini tabiatından kaynaklanır. İlahi dinlerde bütün insanların Hz. Âdem ve Havva'dan türediğine ilişkin var olan inanış da evrensellik düşüncesinin temelini oluşturmaktadır. Bütün insanların aynı anne babadan gelmeleri, aynı doğal yapıya sahip olmalarını, aynı doğal yapıya sahip olmaları da benzer kurallara tabi olmalarını gerektirmektedir.[449]

Hukuk tarihinde; hukuku bireysellikten/izafilikten kurtarmak ve ona nesnellik/evrensellik kazandırmak, en önemli tartışma konularından biri olmuştur. Bu tartışmalar, hukuku bireysellikten kurtararak onu objektif/nesnel ilkeler temeli üzerine kurmaya ve her yer ve zamanda geçerli/evrensel kılmaya yönelik olmuştur. Bu çalışmalar sonucunda, devlete hâkim olan gücün oluşturduğu hukuk kurallarının içeriği, onların adil olup olmadığı sorgulanmaya başlanmıştır.[450]

Doğal hukuk anlayışı, hukuka evrensel nitelik kazandırma çabasına çok önemli katkılar sağlamıştır. Doğal hukuk, bilindiği gibi eşyanın doğasına dayanır. Genel olarak eşyanın doğası ve daha dar anlamda insanın yaratılış özelliği, onun hayat biçimi ve içinde yaşadığı doğal ortamla etkileşimini ifade etmektedir. İnsan doğası, değişmeyen bir niteliğe sahip olduğundan doğal hukukun değişmesi de düşünülemez, o evrenseldir. Doğal hukuka evrensel nitelik kazandıran şey, onun ortaya koyduğu adalet değeri ve her insanın doğuştan sahip olduğu temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu düşüncesidir. Doğal hukuk, pozitif hukukun üstündedir ve ona örnektir. Bu durum; doğal hukukun, hukuka evrensel nitelik kazandırdığını; kanun koyucuyu da etiksel değerlerle sınırlandıran bir hukuk anlayışı olduğunu göstermektedir.

Doğal hukuk, insan doğasına ve evrenin düzenine ilişkin düşünceye dayandığından, insanın doğası ve evrenin düzenine ilişkin bu düşünceler, bütün hukuk sistemlerinde sosyal düzene ilişkin benzer normların yer almasına yol açar. Doğal hukuk normlarının ortak kaynağı, insan ve evrenin doğasındaki değişmez özelliklerde bulunur. Bu değişmez özelliklerin açıklanmasında, Tanrı inancı ve ilahi

---

[449] Prof. Dr. Teoman Duralı, Müzakere; http://www.teomandurali.com/node/29

[450] Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci.

dinler önemli rol oynamıştır. Doğal hukukun özü olan adalet, eşitlik ve her insanın doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, hukuka evrensel bir nitelik kazandırmaktadır.[451]

Alman düşünür A. Hermann Post, hukukun çeşitli toplumlardaki oluşum şekillerini, birbirleriyle aynı sosyal yapıya sahip olan toplumların hukuklarındaki benzerlikleri incelemiştir. Hatta Post, çeşitli toplumlarda tespit ettiği hukuki kurumları, aynı insan yaratılışının, aynı sosyal yapılarda ortaya çıkardığı doğal ve zorunlu sonuçlar olarak kabul etmiş ve aynı sosyal yapıya sahip değişik toplumlarda farklılıklardan çok benzerlikler üzerinde durarak bütün toplum türleri hakkında geçerli bir hukuki gelişme sürecini tespit ettiğini ifade etmiştir.[452]

Diğer yandan İbn-i Haldun (1332-1406) ve Montesquieu (1689-1755) dönemlerinden bu güne kadar, farklı karakter ve hayat tarzına sahip değişik toplumlarda farklı hukuk kurallarının uygulanmasının doğru olacağı fikri, savunulan görüşlerden biri olmuştur. Her toplumun kendine özgü sosyolojik bir yapısı, coğrafi ve biyolojik şartları vardır ve bunlar hukuk kurallarının oluşturulmasında etkili olan faktörlerdir. Ancak bununla birlikte hukukun ayrıca evrensel bir boyutunun da olduğu yönündeki görüşler, bundan daha eskiye dayanır. Başka bir deyişle hem yerel/ulusal hukuk kuralları hem de evrensel hukuk ilkeleri ayrı ayrı varlıklarını sürdürmüşlerdir.

Gerçekten her toplumda hukukun ortak unsuru insandır. İnsan ise dünyanın her yerinde aynı tabiata/yaratılışa sahip, ortak ihtiyaçları bulunan bir varlık olduğuna göre, hukukun her toplumda genel çerçevede bazı evrensel ilkelere dayanması gerektiğini söyleyebiliriz. Örneğin insan için hayat ve can güvenliği en başta gelen değerlerdendir. İnsanın en değerli varlığı hayatıdır ve her hukuk düzeni için insanın hayat varlığının korunması temel bir ilke olmalıdır. Başka bir deyişle hukukun, her toplumda insan hayatını güvence altına alan normlar içermesi gerekir. Yine insanlar, doğuştan eşit olarak ve temel haklara sahip olduklarından onların; düşünce, ırk, din, mezhep, dil, siyah, beyaz ve benzeri farklılıkları ayrımcılık için gerekçe olamayacaktır. Hangi toplumda yaşıyor olursun olsun herkese eşit muamele edilmesi ve ayrımcılık yapılmaması, hukukta **adalet** ilkesini işaret etmektedir. İnsanların sahip oldukları fikirler, düşünceler, dini inançlar, felsefi görüşler de hayat varlığı kadar önemlidir. Bütün bunlar, hukukta bir evrensel boyutun var olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla fikir, düşünce ve dini inanç özgürlükleri, hukuk sistemlerinde yer alması gereken evrensel niteliklerdir. Bu nedenle her toplumda hukukun, adalete, temel insan hak ve hürriyetlerine dayalı olması ve her türlü ayrımcılığı yasaklaması gerekmektedir.

Diğer yandan her toplumda insan hayatının devamı ve kalitesi ancak sağlıklı yaşamla mümkün olduğuna göre, bilimsel olarak insan sağlığını ve toplumsal yapıyı tehdit eden kötü davranış ve alışkanlıklara (içki, kumar, uyuşturucu, fuhuş ve benzeri) karşı önleyici tedbirler içermesinin, her toplumun hukukunda bulunması gereken bir özellik olduğu söylenebilir.

---

[451] Roman A. Tokarczyk, Sosyal Düzenin Evrensel Temeli Olarak Doğal Hukuk; Çev. Sururi Aktaş.

[452] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

Prof. Topçuoğlu; hukuk normlarının, değişik toplumlarda yer, zaman ve şartlardan doğan farklılıklara sahip olduğu, ancak bu farklılıklar yanında ortak birçok nitelikler de taşıdığını söyler. Ona göre bu görüş ciddi gerekçelere dayanmaktadır. Öncelikle bütün toplumların ortak unsuru **insan** olduğuna göre, hukukun insan tabiatı/yaratılışı ile olan ilişkisi bu temel gerekçelerden birisidir. Hatta insan tabiatı/yaratılışı ile hukuk arasındaki ilişki üzerinde hukuk felsefesi alanında kuramsal araştırmalar yapılmış ve bu noktadan hareketle hukukun akliliği, iradiliği gibi ortak özellikleri üzerinde durulmuştur. Bu nedenle bütün toplumlarda var olan hukuku belirli ortak evrensel ilkelere dayandırma düşüncesi, farklı hukuk felsefesi akımlarının doğmasına neden olmuştur.[453]

F. HUKUKUN OLUŞTURULMASI VE HUKUKTA İKTİBAS

İktibas; Arapça bir kavram olup sözlük anlamı 'ödünç alma, ödünç alınan şey, alıntı' demektir.[454] Genel olarak bir yazıyı, bir düşünceyi alma; başkasına ait bir sözü, görüşü veya yazıyı aynen aktarma; alıntı anlamına gelmektedir. Hukukta iktibas ise, resepsiyon; yabancı hukukun ithal edilmesi; yabancı bir kanun ya da hukukun, aynen olduğu gibi ya da çok az değişiklikler yapılarak bir ülke yasama organında kabul edilmesiyle milli kanun haline getirilerek hukuk kurallarının oluşturulmasıdır.[455]

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde Tanzimat ile başlayan ve bugün de AB uyum yasaları adı altında devam eden iktibas/resepsiyon faaliyetleri, ülkemiz için bir hukuk oluşturma yol ve yöntemi haline geldiğinden, bunun hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi ve etik ilkeler açısından değerlendiril-mesinde yarar bulunmaktadır.

Ülkemizde uzun bir tarihi süreci kapsayan yabancı hukuk iktibası faaliyetlerine bakıldığında, bu iktibasların hangi yol ve yöntemlerle yapıldığı konumuz açısından önemlidir. Osmanlı Devletinde ilk kez Tanzimat döneminde başlayan, Cumhuriyet dönemiyle daha da hız kazanan ve günümüzde AB uyum yasaları çerçevesinde zirve noktaya çıkan hukukta iktibas faaliyetleri, acaba ülkemizin bütün hukuk adamlarının bilimsel, fikri çaba ve gayretlerine, toplumumuzun; kendi amaç, ihtiyaç, rıza ve taleplerine dayalı olarak mı gerçekleşmiştir? Yoksa güçlü batılı devletlerin birçok siyasi, iktisadi baskı yöntemlerini kullanarak bize zorla kabul ettirmeleri sonucu mu gerçekleşmiştir?

Tanzimat döneminde eğitim, kültür ve sosyal alanlarda yapılan ıslahatların ve özellikle hukuk alanında yapılan yabancı hukuk iktibaslarının, dışarıdan hiçbir baskı ve zorlama olmadan tamamen Osmanlı toplumunun kendi iç dinamiklerinin sonucunda; toplumun kendi amaç, ihtiyaç, rıza ve talepleri doğrultusunda yapıldığını söyleyebilmek, objektif düşünen hiçbir kimse için mümkün değildir. Doğrusunu söylemek gerekirse ilk kez Tanzimat döneminde başlayan hukuk iktibaslarının gerçek **amacı** ve niteliğinin ne olduğu sorusunun cevabı, ne yazık ki yerli düşünür ve yazarlarımız tarafından verilememiş ve bu önemli olayın tarafsız

[453] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[454] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[455] http: //www. turkavukatlar. com /40533/ iktibas ne demektir.

bir biçimde değerlendirilmesi tam olarak yapılamamıştır. Konuyla ilgili bazı değerli çalışmalar ve görüşler bulunmakta ise de, bunlar genellikle ifrat ve tefrit (aşırılıklar) noktasında kalmaktan kurtulamamıştır.

Osmanlı tebaasından Hollandalı bir gayrimüslim hukukçu tarafından kaleme alınıp Sultan II. Abdülhamid'e sunulan ve objektif bir biçimde Tanzimat hareketinin muhasebesinin yapıldığı 'Tanzimat'tan Sonra Yapılan Hukuki Islahatın Gerçek Sebepleri' başlıklı raporda şu çarpıcı tespitler yer almaktadır:

"1894-1895 yıllarında Osmanlı Devleti'nin geçirmiş olduğu buhran/bunalım üzerine batılı Hıristiyan devletlerinden bazıları Osmanlı Kanunlarında yeni bir değişiklik yapılması için Bab-ı Ali nezdinde bir takım teşebbüslerde bulundular. İşin gidişine bakılırsa bu teşebbüsler semeresiz kalmadı. Çünkü o günlerde Osmanlı Padişahlarının, dostları olan batılı devletlerin gösterdikleri yola girmeye meylettiği herkesçe görünmekteydi…

Osmanlı devleti, Avrupa devletleri sırasına dâhil olduğu günden beri, Avrupa Devletleri Osmanlı devletinde önemli ölçüde ıslahat icra edilmesi için Padişahlara tavsiyeden geri durmadılar. Fakat şunu açıkça ifade etmek gerekir ki, bugünlerde yapılması istenen ıslahatlara bakılırsa, 1859 yılından beri Osmanlı'da yapılmış olan yeni ıslahatın hiçbir işe yaramadığı veyahut onlardan beklenen fayda ve yararlarının görünmediği güneş gibi açıktır. Bir buçuk asırdan beri Osmanlı Devletinde iyi niyet ve titizlikle ıslahat icrası sürdürüldüğü halde neden iyi sonuç elde edememiştir? Gerçek o ki, Avrupa gazetelerinde;

"Osmanlı devleti sakat ve hasta bir devlettir. Bugün yürürlükteki kanunlar ise, rüşvet, suiistimal, ahlak bozukluğu ve zulümden ibarettir." diyorlar.

Fakat Avrupalılar bu fenalıkları saydıkları sırada, acaba Türkler kendilerine isnat olunan bu ayıplara müstahak olacak kadar kötü adamlar mıydı, diye sormuyorlar. Avrupalı diplomatların, İslam dini hakkındaki bilgileri pek yüzeysel olmasından dolayı Osmanlı yönetimine yaptıkları nasihat ve ihtarlarında hataları olmadı mı? Ve onlar, nasihat ve ihtarlarını bir takım tehditler yoluyla yaptıkları için bazı paşaların yolsuz işlemler yapmalarına kendileri neden olmamışlar mıdır, diye sormuyorlar.

Bir batılı devlet, fenn-i siyasette pek ileri olması nedeniyle, doğu milletlerinin kanun ve nizamlarını ıslah etme iddiasına kalkışması gerekmez. Batılı milletler, kendi uyguladıkları kanunların, Osmanlı devletinde icrasının imkânsız olduğunu bilmeleri gerekirdi. Diğer taraftan Osmanlı devlet adamları da, kendilerine mahsus olarak bir takım kurallar ve esas kanunlar üzere yaşamakta olduklarını Avrupa'ya karşı ispat ve izaha çalışmadılar. Körü körüne bir topluluğun, bütünüyle (başka bir toplumu taklit ederek) değişmesi mümkün değildir. Belirli bir yerde oluşmuş ve gelişmiş bir kanun, o yerin tabii ve doğal sonucu olduğundan Türk kanunlarına karşılık Londra, Paris ve Berlin şehirlerine mahsus (ait) kanunlara benzer kanun hükümleri oluşturmaya kalkışmak, doğuştan mükemmel olan bir hayvana iğreti bir organ takmak gibi akılsızlıktır.

Şunu inkâr etmem ki, bir âlim Türk, hukuk alanındaki ıslahat hakkındaki görüş ve mütalaasını hem Türklere hem de yabancı diplomatlara beyan ve izah ederse, bu pek makul ve iyi olur. Fakat böyle iyi fikirli, âlim bir Müslüman Türk meydana

çıkıncaya kadar, hiç olmazsa benim gibi Flemenkli (Hollandalı) bir gâvurun görüş ve mütalaasını okumak faydadan uzak değildir." [456]

Görüldüğü gibi Flemenkli (Hollandalı) gayrimüslim hukukçu; batılı devletlerin, bilim ve teknolojide ileri düzeyde olmaları nedeniyle bu avantajı kullanarak diğer milletlerin kanunlarına müdahaleye kalkışmalarının doğru olmadığını, Osmanlı devlet adamlarının da körü körüne batılı toplumları taklit ederek gelişmeye çalıştıklarını, bunun; doğuştan mükemmel olan bir hayvana eğreti bir organ takmak gibi akılsızlık olduğunu, çünkü bir toplumda oluşmuş olan kanunların, ancak o toplumun doğal şartlarına uygun olabileceğini açıkça belirtmektedir. Gerçekten batılı devletlerin bilim, fen ve teknolojide ilerlemiş olmaları, diğer milletlere kendi siyasal rejim, kanun ve hukuk sistemlerini kabul ettirmek için baskı yapma hakkı vermemelidir. Batılı ülkelerin, kendi siyasal rejim ve hukuk sistemlerini başkalarına baskıyla kabul ettirmelerinde, bilim, fen ve teknoloji alanındaki ulaştıkları bütün imkânları araç olarak kullandıkları bir gerçektir.

Hukukta iktibasın başlıca iki yolla yapıldığı söylenebilir:

a) Devlet ve toplumun kendi rızasına uygun olarak bir yabancı hukuku kısmen ya da tamamen benimsemesi, buna göre yerel hukukunu oluşturması biçiminde olabilir.

b) Yabancı bir hukuku sisteminin, başka bir devlet ve topluma maddi ya da manevi baskılar sonucu benimsetilmesi biçiminde olabilir.

Birinci durumda; bir toplum tarafından yabancı bir hukuk sisteminin gönüllü olarak, kısmen ya da tamamen kabul edilmesi, benimsenmesi olgusu vardır. Burada bir baskı ve zor kullanma olmadığı, bütünüyle rızaya dayalı ve isteyerek kabullenme söz konusu olduğundan belki etiksel açıdan sorun olduğu söylenemez. İkinci durumda ise olay tamamen farklıdır. Burada maddi ve manevi olmak üzere iki tür baskıdan söz edilebilir. Yabancı hukukun bir topluma benimsetilmesi için yapılan maddi ya da manevi baskılar, yöntem olarak birbirlerinden farklılık gösterse de sonuçları bakımından aynıdır. Maddi baskılar, bir devletin başka bir ülkeyi fiilen işgal ederek kendi hukukunu orada hâkim kılmasını ifade eder. Manevi baskılar ise, bir devletin ya da uluslar arası bir kuruluşun, başka bir ülkeye, orayı fiilen işgal etmeksizin kendi hukuk düzenini, her türlü siyasi, iktisadi baskı, tehdit ve yıldırma yöntemlerini kullanarak benimsetmesini anlatır. Tarihi süreç içinde dünyada her iki yöntemin de kullanıldığını görmekteyiz.

Hukukta iktibas olgusuna, hukukun oluşturulması çerçevesinde bakıldığında, onun bir tür hukuk oluşturma işlemi olduğu söylenebilir. Osmanlı Devletinin son dönemlerinden başlayarak günümüze kadar ülkemizin gündeminden düşmeyen, hukuk sistemimizi ve toplumsal hayatımızı derin bir biçimde etkileyen hukukta iktibas faaliyetleri, hukuk tarihimiz açısından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle hukukun oluşturulması çerçevesinde hukukta iktibas faaliyetlerinin etiksel/ahlaki açıdan değerlendirilmesinde yarar vardır.

1) Osmanlıda Kanunlaştırma Faaliyetleri

[456] Prof.Dr. Ahmet Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri.

Osmanlıda Tanzimat dönemine kadar uygulanan hukuk metinleri, devletin öncülüğünde belirli bir meclis ya da organ tarafından hazırlanmış metinler değildi. Bu durum, hem anayasa hem de hukukun diğer alanları için söz konusuydu. Bu nedenle medeni hukuk; miras, aile, borçlar hukuku, ceza hukuku, ticaret hukuku, anayasa hukuku ve diğer alanlarla ilgili hükümler, hukukçular tarafından kaleme alınan fıkıh/hukuk kitaplarında bulunmaktaydı.[457] Mahkemelerde uygulanan bu hukuki metinlerin, bugünkü modern anlamda kodifiye edilmiş/derlenmiş ve düzenlenmiş olmaması, ilk bakışta bir karışıklık gibi görünse de bu durum yadırganmamalıdır. Çünkü bu dönemlerde batıya ve dünyaya baktığımızda, 19. yüzyıla kadar kayda değer bir kanunlaştırma faaliyetine rastlanma-maktadır. Kaldı ki Osmanlı hukukçuları tarafından özet halinde hazırlanan ve yargıda uygulanması gereken kuralları gösteren fıkıh/hukuk kitapları, bu dönemde kanun ihtiyacını karşılamıştır.[458] Osmanlı Devletinde Tanzimat döneminin en belirgin özelliği, hukukta kanunlaştırma hareketidir diyebiliriz. Osmanlı aydını ve hukukçularının bu kanunlaştırmalarda iki farklı yol ve yöntem kullandıkları söylenebilir. Bunlardan birincisi, yabancı hukuku aynen iktibas etmek isteyenler, diğeri ise köke/öze bağlı kanunlar yapanlardır.

Birçok ülkede örneğini gördüğümüz iktibas yöntemiyle kanun yapma yolunu tutanlar, çeşitli batılı ülkelerin kanunlarını ya aynen ya da bazı küçük değişiklikler yaparak benimsemişlerdir. Yabancı hukukun aynen benimsenmesi, bazen yabancı hukuka ilişkin sadece bir hukuki kurum ya da kavramın alınması biçiminde de gerçekleşebilir.

Yerli köke bağlı kalarak kanunlaştırma faaliyetleri ise, şekil ve teknik bakımından batılı kanunları esas alan, fakat muhteva/içerik bakımından Osmanlı Hukuku esaslarına, yerli örf-âdet ve teamüle bağlı kalan bir metot uygulanarak yürütülmüştür. Bu çalışmanın en önemli örneği Mecelle'dir. Mecelle, yerli hukukun esaslarına bağlı kalarak batılı kanunların teknik ve formuna uygun kanunlaştırma yapılabileceğini gösteren önemli bir eserdir. O dönemde uygulanmakta olan hukuki hükümlerin, fıkıh kitaplarında dağınık bir biçimde bulunması nedeniyle hâkimlerin bunlardan yararlanmasında zorlukların olması, hâkimlerin önlerine gelen uyuşmazlıkları çözmelerinde onlara yardımcı olacak, kolay anlaşılır yasaların gerekli olması, Mecelle gibi sistemli bir kanunlaştırma faaliyetine ihtiyaç gösteriyordu. Bu nedenle Mecelle; medeni, borçlar ve bazı usul hukuku hükümleriyle sınırlı olsa da Osmanlı hukuk sistemindeki dağınıklığı gideren modern anlamda ama öze bağlı bir kanunlaştırma örneğidir. Başka bir deyişle Osmanlı Devleti'nde o zamana kadar geçerli olan fıkıh kitaplarındaki hukuki metinler bir araya getirilerek ilk kez kodifiye edilen yani hukuk kurallarını sistemli olarak düzenleyen yerli bir kanundur. O dönemde Mecelle benzeri çalışmaların hukukun her alanında gerçekleştirilmesi, Osmanlıda yabancı hukukun aynen iktibasının doğurduğu birçok sakıncayı belki ortadan kaldırabilirdi. Mecelle örneği aynı zamanda yabancı hukukların aynen iktibas edilmesi yerine, onlardan sadece teknik düzeyde yararlanmanın mümkün olduğunu göstermektedir.

---

[457] Prof.Dr. M. Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi.

[458] Prof.Dr. Osman Kaşıkçı, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle.

Prof. Tekinay; Osmanlı Devletinde yeni ve batılı ölçülere uygun bir kanuna sahip olmak ihtiyacının iki yoldan biriyle karşılanabileceğini; bunlardan birinin Türk hukukçuları tarafından ülkemizin özelliklerine uygun kanunların hazırlanması, diğerinin de, batılı ülkelerde mevcut kanunlardan birinin aynen olduğu gibi ya da bazı küçük değişiklikler yapılarak alınması biçimde olabileceğini belirtir.[459]

Bizde gerçekleşen ise, bir yerli hukuk denemesi olarak Mecelle örneği dışında, yabancı hukukun ufak tefek değişikliğe bile gerek duyulmadan aynen olduğu gibi iktibas edilmesi şeklinde olmuştur. Bunun da çok ciddi etiksel/ahlaki, bilimsel, sosyal ve kültürel sakıncaları görülmüştür.

Bu dönemdeki hukuki değişiklikler ve kanunlaştırmalar, genellikle yabancı hukukun iktibası biçiminde ve batılı devletlerin istek ya da baskıları doğrultusunda gerçekleştiği için devletin hukuki yapısını olumsuz yönde etkilemiş, hatta deyiş yerindeyse Osmanlı hukuk sistemi yamalı bohçaya dönmüştür. Batıdan hukuk iktibas edilmesine dair ısrarcı tutuma karşı, yerli kanun yapılması görüşünü savunan devlet adamları ve hukukçular da Mecelle'nin hazırlanmasında etkili olmuştur. (Osman Kaşıkçı, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, 1997).

2) Ülkemizde Kanunlaştırmalar ve Hukukta İktibasın Nedenleri

Ülkemizde Osmanlının son dönemlerinden günümüze kadar yaşanan tarihi sürece bakıldığında hukuk alanında üç önemli iktibas faaliyetini görmekteyiz. Birincisi, Osmanlıda Tanzimat döneminde, ikincisi Cumhuriyet döneminde, üçüncüsü de Türkiye'nin AB'ne tam üyelik sürecinde 'uyum yasaları' adı altında batılı devletlerden yapılan büyük çaplı yabancı hukuk iktibası faaliyetleridir.

Her üç iktibas faaliyetinin nedenleri ve yöntemleri, hukukun oluşturulması bağlamında öne çıkan hukuk ve etik konusuyla yakından ilgilidir. Öncelikle Tanzimat döneminde hukuk alanında yapılan kanunlaştırmaların iç ve dış nedenleri olarak; a) Batıda sanayi devriminin etkisiyle ticari, iktisadi ve sosyal hayatta gelişmeler, b) Osmanlı hukukunda hâkimlerin kararlarına dayanak yaptıkları içtihatların dağınık olarak bulunmasının uygulamada zorluklara neden olmasından dolayı hukuki dağınıklığı gidermek için modern anlamda kanunların tedvin edilmesi ihtiyacı, c) Batılı devletlerin baskı ve etkisi gösterilmiştir.[460]

Hâlbuki bunlardan ilk iki neden, yani batıda sanayi devriminin etkisiyle ticari, iktisadi ve sosyal hayatta görülen gelişmeler ve Osmanlıda hukuk kurallarının dağınık halde bulunması, bir kanunlaştırma ihtiyacını açıkça gösteriyorsa da, bu ihtiyacın mutlaka yabancı hukukun aynen olduğu gibi iktibas edilmesi yöntemiyle karşılanması gerekmediği ortadadır. Dünyadaki ticari, iktisadi ve sosyal gelişmelere uygun olarak yeni bir hukuk oluşturma faaliyetinin uzun zaman alacağı ve dolayısıyla iktibasın gerekli olduğu yönünde ortaya konulan gerekçelerin hiçbir bilimsel ve toplumsal karşılığı yoktur. Bu türden gerekçeler, aynen iktibası asla mazur gösteremez. Böyle olunca geriye üçüncü neden, yani 'batılı devletlerin Osmanlıya baskı ve etkisi' kalmaktadır ki, ülkemiz için asıl belirleyici olan da bu olmuştur.

---

[459] Prof. Dr. S. Sulhi Tekinay, Medeni Hukuka Giriş.

[460] Prof.Dr. Hayrettin Karaman, Osmanlıda Kanunlaştırmalar.

Tanzimat başta olmak üzere, sonrasında yapılan bütün düzenlemelerde batının siyasi, iktisadi ve kültürel etkisi ve baskısı söz konusudur.[461] Yani Tanzimat dönemi başta olmak üzere, Cumhuriyetin ilk yıllarında ve günümüzde Türkiye'nin AB üyelik sürecinde 'uyum yasaları' çerçevesinde yabancı hukuk iktibaslarında ve hukuki düzenlemelerde batının etkisi olmuştur. Bu etki iki yönlü kendini göstermiştir. Birincisi, iç faktör olarak Osmanlıda batılı dünya görüşünü benimsemiş belirli sayıda yönetici kesimin varlığıdır. Çünkü bu dönemde hukuki düzenlemeleri planlayan/tasarlayan meclis ve hükümetlerin birçok üyesi, hayranlık derecesinde batıya yönelmiş bir zihniyete sahiptiler. İkincisi ve en önemlisi batılı ülkelerin Osmanlıya yaptıkları siyasi, iktisadi baskılardır. Çünkü batılı devletler, kendi hukuk düzenlerinin Osmanlı ve Cumhuriyet yöneticileri tarafından kabul edilmesi için siyasi, iktisadi, sosyal vb. çeşitli baskılar yapmışlardır.[462]

Kısaca; Osmanlı Devletinde batılılaşma fikrini benimseyen aydınların çalışmaları, dışarıdan gelen baskılar, Osmanlı Devletinde yaşayan Hıristiyan halkın batıya karşı ilgisi, devletin sosyal, iktisadi, ticari yapısındaki değişiklikler ve yeni kurulan mahkemeler, yeni bir hukuki düzenleme yapma ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Böyle bir ihtiyaç var olmakla birlikte, bu ihtiyacın doğrudan iktibas yoluyla karşılanması yönündeki görüş ve uygulamalar, yerli bir hukuk metni olan Mecelle hariç Osmanlıda belirleyici olmuştur. Yerli hukuk oluşturma faaliyetleri, ne yazık ki Mecelle ile sınırlı kalmıştır.

3) Yabancı Hukuk İktibaslarının Olumsuz Sonuçları

3.1) Tanzimat Döneminde Hukuk İktibasının Sonuçları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir ülkenin hukuk sisteminin, o ülkedeki ve hatta dünyadaki iktisadi, ticari ve sosyal gelişmelere uygun olarak yeniden düzenlenmesi ve toplumun ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için hem içerik hem de teknik bakımdan yenilenmesi bir zorunluluktur. Ancak ülkemizde Tanzimat'tan itibaren yapılan kanunlaştırma faaliyetleri, bir hukuk sistemi için gerekli olan ve hukukun, toplumun ihtiyaçlarını karşılaması amacına yönelik bir çaba değil, kendi kültür, medeniyet ve hukuk sistemimizi bütünüyle terk ederek, yabancı hukuk iktibası yoluyla batı medeniyeti ve kültürünün aynen kabul edilmesi faaliyetidir. Bu yabancı hukuk iktibası faaliyetlerinde Osmanlının batıcı kültürle yetişmiş aydın ve bürokratları önemli rol oynamıştır. Dolayısıyla bu dönemde başlayan ve sonraki dönemlerde devam eden hukukta iktibas faaliyetleri, sadece bir hukukun alınması olayı değil, toplumumuza yeni bir hayat tarzı ve dünya görüşünün benimsetilmesi projesinin önemli bir parçasıdır. Nitekim Tanzimat döneminde hukuk alanındaki iktibaslarla birlikte sosyal ve kültürel ıslahat hareketleri de yürütülmüştür.

Tanzimat döneminde farklı yabancı hukukların iktibas edilmesi faaliyetleri, Osmanlı hukuk sistemi üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmiştir. Hukuk sistemine dışarıdan sokulan batılı ülkelerin yasaları belirli alanlarda etkin olurken,

---

[461] Prof.Dr. Halil Cin - Prof.Dr. Ahmet Akgündüz, Türk-İslam Hukuk Tarihi.

[462] Prof.Dr. Osman Kaşıkçı, Mecelle; Prof.Dr. Halil Cin - Prof.Dr. Ahmet Akgündüz, Türk-İslam Hukuk Tarihi.

Osmanlı hukuk kuralları toplum hayatının çoğu alanlarında geçerliliğini koruyordu. İşte bu birbirinden çok farklı iki sistemin bir arada uygulanmaya çalışılması, hukuk sisteminde açık bir biçimde bir ikilik doğurmuş ve içinden çıkılmaz bir kargaşaya yol açmıştır.[463] Ayrıca yapılan hukuk iktibasları, sadece belirli bir ülkeden değil, farklı ülkelerden, farklı yasalar bir araya getirilerek gerçekleştirildiğinden hukukta sistem bütünlüğü de kurulamamıştır.

Tanzimat döneminde yabancı hukukun iktibası faaliyetleri, Osmanlı hukuk sisteminde etkileri günümüzde de hissedilen bir kargaşaya yol açmıştır. Bir yanda batılı ülkelerden aynen iktibas edilen yasalara, diğer yanda geleneksel Osmanlı hukukuna göre işleyen iki hukuk sistemi dengelerin bozulmasına neden olmuştur. Çünkü bu iki sistemin birbiriyle bağdaşması mümkün değildir. Bugün ülkemizde hukuk sisteminde etik ilkelerin istenen düzeyde etkili olmamasının nedenlerinden birisi de, yakın geçmişte sistemde yaşanan bu büyük dönüşümlerin ortaya çıkardığı derin yaralardır.[464]

3.2) Cumhuriyet Döneminde Hukuk İktibasında Yaşanan Çelişkiler

Hukuk alanındaki iktibas faaliyetleri, Cumhuriyet döneminde de hız kazanmış, hatta ülkemizin hemen bütün kanunları, toplumsal yapımızda ve hukuk sistemimizde ne gibi olumlu ya da olumsuz etkiler meydana getireceği düşünülmeden, değişik ülkelerden aynen iktibas edilerek oluşturulmuştur. Bu aynen iktibas faaliyetlerinin gerekçesi olarak da, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş aşamasında kendi hukukçularımızın, hukuk kurallarını baştan sona yeniden oluşturmaları için yeterli zamanın olmadığı gösterilmiştir. Ancak bu gerekçenin haklı ve makul bir gerekçe olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü hukuk bilimi, hukuk felsefesi ve sosyolojisinde bu tür bir gerekçeyi oturtacak yer bulamayız.

Hukukun oluşturulmasında hukuk dışı faktörler devreye girdiği takdirde bunun hangi olumsuz sonuçlara götüreceğini tahmin etmek zordur. Ülkemizde Tanzimat döneminde olduğu gibi Cumhuriyet döneminde gerçekleşen hukuk iktibaslarında da büyük çelişkiler yaşanmıştır. Cumhuriyet döneminde, Ceza Kanunu İtalya'dan alınırken, bu kanunla uyum içinde olması gereken ceza yargılamasının nasıl yapılacağını gösteren Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu Almanya'dan alınmıştır. Yine Medeni Kanun İsviçre'den alınmış, ancak hukuk yargılamasının nasıl yapılacağını gösteren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, bu ülkenin 22 Kantonundan yani devletçiğinden biri olan Nöşatel Kantonu'ndan iktibas edilmiştir. Diğer yandan İdare Hukuku büyük ölçüde Fransa'dan alınmış, Anayasa Hukuku alanında ise Almanya etkisinde kalınmıştır.

Böylece hukukumuz bir bakıma 'yamalı bohçaya' dönmüş, hukukta sistem bütünlüğü ve estetik göz ardı edilmiştir. Üstelik bu kanunlar iktibas edilirken ciddi bir araştırma ve inceleme yapılmadan aceleye getirilerek toptan kabul edilmiş, hatta bu nedenle kanunlar büyük çeviri hatalarıyla dolmuştur. Bir milletin psiko-sosyal ve

[463] Prof.Dr. Zafer Cinhirlioğlu, Türkiye'de Hukuk Mesleği.
[464] Prof.Dr. Zafer Cinhirlioğlu, Türkiye'de Hukuk Mesleği.

kültürel hayatını belirleyen Ceza Kanunu ve Medeni Kanun gibi temel yasalar, maddeler halinde müzakere edilip tartışılmadan aynen ve toptan kabul edilmiştir.

3.3) AB'ne Tam Üyelik Süreci Döneminde Hukuk İktibasında Yaşanan Çelişkiler

Batıdan hukuk iktibası, Tanzimat ve Cumhuriyet dönemleriyle sınırlı kalmamıştır. AB'ne tam üyelik sürecinde, özelikle son yıllarda 'AB uyum yasaları' başlığı altında yoğun olarak batıdan hukuk iktibası yapılmıştır. Önceki dönemlerde olduğu gibi bu dönemde de hukuk iktibaslarında görülen temel özellik, iktibas edilen hukukun, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisinin ortaya koyduğu temel ilke ve veriler ve toplumsal yapımız ve değer yargılarımız açısından denetime tabi tutulmadan aynen alınmış olmasıdır.

Batılı ülkeler, kendi anlayış ve değer yargılarına göre biçip dikerek hazırladıkları elbiseyi, herkes tarafından mutlaka benimsenmesi gereken ideal bir elbise olarak, bütün dünya toplumlarına giydir-meye çalışmaktadırlar. Hâlbuki batı düşüncesinin, toplumların ve bireylerin doğal olarak sahip oldukları farklılık ve ince ayrımları yok eden bu tek tip anlayışın sorgulanması gerekmektedir. Bu konuda sağlıklı olan düşünce, adalet ve insan hakları gibi evrensel ahlaki değerlere bağlı kalınması kaydıyla, toplumların kendine özgü sosyal ve kültürel farklılıklarının yaşaması gerektiğidir. Batının bencil ve emperyal düşünce yapısı, diğer toplumlara ve bireylere bu özgürlük alanını kapatmaktadır. 'Hukukunu benimkine benzeteceksin, benim gibi düşünecek, hatta benim gibi yaşayacaksın' anlayışı, batı düşüncesinin temel özelliği olmuştur.

Ünlü hukukçu ve filozof Prof. Kuçuradi, 'AB uyum yasaları' kapsamında yapılan hukuk iktibasları konusunda şöyle demektedir: "Günümüzde ülkemizdeki yasaları, AB uyum yasaları adı altında Avrupa Birliğindeki yasalara uydurmaya çalışıyoruz. Ama Avrupa Birliğindeki yasaların hepsi yerli yerinde midir, onu hiç düşünüyor muyuz? Belirli ölçütlerle bakıldığında Avrupa Birliği yasalarının birçok maddelerinde sorunlar bulunduğu görülecektir." [465] Kuçuradi'nin de ifade ettiği gibi Avrupa Birliği yasaları, mutlaka uyulması gereken **ideal** yasalar değildir. Çünkü hukuku oluşturan temel unsurlar ve özellikle etiksel boyut açısından bakıldığında batı hukukunda da ciddi hatalar, eksikler vardır.

4) Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Açısından Hukukta İktibasın Değerlendirilmesi

Yabancı bir hukukun maddi ve manevi baskılarla kısmen ya da tamamen benimsetilmesinde hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi açısından ne gibi sakıncalar vardır? Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisinin, hukukun oluşturulmasındaki etkisi ve önemi dikkate alındığında, yabancı bir hukukun aynen iktibas edilmesi nasıl izah edilebilir? Hukuk alanında doğrudan yapılan iktibaslar, hukuk sosyolojisi ve hukuk biliminin verileriyle nasıl bağdaştırılabilir?

---

[465] Prof. Dr. İoanna Kuçuradi, İnsan Hakları Konferansı, Ankara Barosu ve Hacettepe Üniversitesi, 2005.

Hukuk, ilgili olduğu toplumla sıkı bir ilişki içindedir. Bu konuda hukuk, sosyolojinin verilerinden yararlanır. Hukuk sosyolojisi, toplumsal yapının deyiş yerindeyse EMARINI (MR) çeker. Toplumsal yapı hakkında doğru bilgi sahibi olmamızı sağlar. Toplumsal yapı ile ilgili doğru ve sağlıklı bilgi alınırsa, doğru bilgiye dayalı olarak yapılan hukuk oluşturma faaliyeti de isabetli olur. Hukukun oluşturulması çalışmasına katılacak hukukçunun bu konuda başarılı olabilmesi, hukukun toplumsal işlevinden haberdar olmasına bağlıdır. Bu ise toplumsal yapının temel unsurlarını araştıran sosyoloji biliminin gerçeklerini bilmekle mümkündür.

Bir devletin, yabancı bir hukuk sistemini aynen iktibas etmesinin, hukukun oluşturulması çerçevesinde bir takım sosyal, kültürel ve etiksel/ahlaki sorunlara yol açıp açmayacağı üzerinde durulmalıdır. Çünkü **iktibas**, bir devletin kendi hukukçularıyla, kendi toplumunun şartlarını ve amaçlarını dikkate alarak hukuk kurallarını kendisinin belirlemesi yerine, yabancı bir hukuku olduğu gibi **ithal** ederek bir tür hukuk oluşturma faaliyetidir.

Hukuk kuralları uygulama yeteneğini, yaptırımlarından çok gerçekte bir toplumsal ihtiyaca cevap vermelerinden alırlar. Bu yüzden, kanunların oluşturulması faaliyeti, toplumun gerçek yapısını ve ihtiyaçlarını ortaya koyan hukuk sosyolojisi biliminin verilerine dayanmalıdır. Buna göre bir kanunun hukuk niteliği taşıyabilmesi için sosyal gerçekliğe uygun olması zorunludur. Hukuk kuralı sosyal bünyeye uygun olmalıdır. Çünkü hukukun uygulama alanı toplumdur. Toplum gerçeklerinden ve ihtiyaçlarından uzak olarak oluşturulan hukuk kuralları uzun ömürlü olamaz. Hukuk kurallarının, toplumsal yapıyı oluşturan, örf-adet, kültür, din ve ahlak gibi sosyal değerlerle çatışır olmaması gerekir. Bu nedenle Jean Cruet, "Hukuku anlayabilmek için bütün bir sosyoloji zorunludur" diyor. Ona göre, hukukun oluşturulmasında, hukuk sosyolojisinin verilerine şiddetle ihtiyaç bulunmaktadır.[466] Ülkemizde Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinden itibaren başlayan batıdan hukuk iktibas edilmesi hareketlerine bu açıdan bakıldığında, hukuk sosyolojisinin bu verilerinin göz ardı edildiği ve dışarıdan ithal edilen hukuk kurallarının toplumsal yapıyla uyumlu olup olmadığının dikkate alınmadığı görülmektedir.

Her hukukçu ya da hukuku oluşturmakla yetkili organ, hangi toplumla ilgili hukuki bir düzenleme yaptığını, bu toplumun halen mevcut yapısının özelliklerinin neler olduğunu bilmelidir. Nasıl düzenlemek gerektiği kadar, neyi, hangi sosyal olguyu düzenlemek istediğini bilmek önemlidir.[467]

Ülkemizde Tanzimat'la başlayan, Cumhuriyet döneminde yoğunlaşan ve günümüzde AB'ne üyelik sürecinde, 'uyum yasaları' çerçevesinde yürütülen yabancı hukukun aynen iktibas edilmesi faaliyetlerinde tespit edilen ortak özellik, bu iktibasları yapan yönetici kadrolarda, batı hukukunun bizim için, hatta dünya için bir ideal hukuk sistemi olduğu düşüncesinin hâkim olması ve yapılan iktibasların, yabancı hukuk kurallarının ülkemiz şartlarına ve toplumsal yapımıza uygun olup olmadığı tartışılmadan, hiçbir değişiklik yapma ihtiyacı duyulmadan

[466] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.
[467] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi.

gerçekleşmiş olmasıdır. Denilebilir ki hukuku oluşturan üç unsurdan biri olarak kabul edilen sosyal boyut ve toplumun amaç ve hedefleri dikkate alınmamıştır.

Bugün hukuk fakültelerinde hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi ayrı bilim dalları olarak okutulmaktadır. Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi bilimlerinin varlık nedeni nedir? Bir yabancı hukuk, doğrudan iktibas edilerek hukuk oluşturulacaksa, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisinin ortaya koyduğu temel veriler ve ölçütler ne olacaktır? Hukuku oluşturmakla yetkili organ ya da kurumların, bu konuda toplumun genel amacını dikkate almaları gerektiği konusu, hukuk felsefesi ve hukuk biliminin temel esaslarından biridir. Bu durumda ülkemizdeki yabancı hukuk iktibaslarını, toplumun amacı yönünden nasıl değerlendireceğiz? Yabancı hukuk iktibası, toplumun genel amacına ne ölçüde uymaktadır? Hukukun amacı olan adalet ve temel insan hakları açısından bakıldığında bu etik değerler batılı devletlerin hukukunda tam anlamıyla yer almakta mıdır? Hukukun amacı olan adalet ilkesi ve insan hakları konusunda önemli katkı ve kazanımlar sağlamasına rağmen batılı hukuk sistemleri, bizim için ideal hukuk sistemleri midir?

Bugün batı hukukunun, adalet ve insan hakları kavramlarına önemli katkılar sağladığı söylenebilirse de, bizim ve dünya ülkeleri için bir ideal hukuk sistemi olduğu iddiası tartışmaya açıktır. Batı hukukunun, hem hukukun amacı olan etik değerler ve toplumsal yapımıza uygun olup olmadığı açısından hem de hukuk sistemlerinin dayandığı kültür ve medeniyet anlayışı bakımından irdelenmesi gerekmektedir. Çünkü bir hukuk sisteminin aynen iktibası, alındığı toplumun kültür ve medeniyet anlayışı, dünya görüşü ve insan telakkisinden bağımsız olarak gerçekleşmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle yabancı hukukun aynen iktibası, zorunlu olarak o hukukun dayandığı temel dünya görüşü, medeniyet ve kültür anlayışını da beraberinde getirir.

5) Hukukun Kültür ve Medeniyetle İlişkisi

Batı dünyası, kendi siyasal rejim ve hukuk sistemlerinin, tek **ideal** sistem olduğu, hatta bütün dünya ülkeleri tarafından uyulması ve uygulanması gereken **evrensel** sistem olduğu yönünde **bencil** bir anlayışa sahiptir. Onlar, dünya ülkelerinin kabul etmeleri ve uymaları gereken siyasi, demokratik, hukuki, insani ve ahlaki değerlerin sadece kendilerinde bulunduğuna inanmaktadırlar. Batılıların, kendi siyasal rejim ve hukuksal sistemlerinin dünyada tek ideal bir sistem olduğu yönündeki **bencil** bir anlayışa sahip olmalarının nedenleri nelerdir? Bunun nedenlerini, onların, kültür ve medeniyet kavramına **tek yanlı** bakış açılarında aramak gerekir.

Prof. Kaplan'a göre Medeniyet ve kültürler, bir bütün teşkil ederler. Her medeniyet kendine özgü bir kültür ve sanat ortaya koyar.[468] Prof. Abadan'a göre kültür, sadece tabiatın insan eliyle işlenmesi değil, bizzat insanın ahlâki, sosyal, entelektüel, teknik yetenek ve kabiliyetlerinin geliştirilmesi demektir.[469]

---

[468] Doç.Dr. İbrahim Arslanoğlu, Kültür ve Medeniyet Kavramları.
[469] Prof.Dr. Yavuz Abadan, Kültür Mefhumu ve Değişimi.

Taylor'a göre **kültür**, bilgileri, inançları, sanatı, hukuku, morali, töreleri, kişinin toplumdan edindiği bütün yetenek ve alışkanlıkları içeren karmaşık bir bütündür. Taylor, kültür sözcüğü ile maddi kültürden çok manevi kültürü kastetmektedir. Sosyal Psikolog Prof. Güngör, sosyolojinin maddi ve manevi kültür ayrımına bağlı kalarak kültürü şöyle tanımlar: 'Kültür, bir inançlar, bilgiler, hisler ve heyecanlar bütünüdür. Yani maddî değildir." [470]

Medeniyet ise, milletlerarası ortak değerler düzeyine yükselen anlayış, davranış ve yaşama araçlarının bütünüdür. Bu ortak değerlerin kaynağı kültürlerdir.[471] Her medeniyet bir değerler sistemidir. İnsan; inanan, düşünen ve etki eden bir varlık olduğu için, bütün medeniyetlerin temelinde bir inanış, düşünce ve davranış sistemi vardır[472]

Ünlü hukukçu Prof. Arsal'a göre **medeniyet**, insanoğlunun, evreni ve kendisini tanıma, açıklama ve ortak hayatın davranışlarını düzenleme bağlamında ürettiği maddi ve manevi tüm değerlerdir. Şüphesiz bu değerlerden birisi de hukuktur. Bunun içindir ki, **hukuk,** 'kaideler/kurallar biçiminde belirmiş olan bir medeniyet' olarak tanımlanmaktadır. Ona göre hukuk, medeniyetle beraber doğar, beraber gelişir ve medeniyetle beraber yok olur. Onun için hukukun geçirdiği evreleri araştırmak medeniyetin evrelerini öğrenmektir.[473]

Medeniyet kavramının yukarıdaki tanımlarına bakıldığında, onun hem maddi hem de manevi değerlere işaret ettiği görülür. Medeniyet kavramına sadece maddi anlamlı yaklaşıldığında onun, batılı milletlerin 19. yüzyılda ulaştıkları maddi gelişme ve kalkınmışlığı ifade etme anlamında kullanıldığı görülmektedir. Ancak medeniyet/uygarlık kavramına sadece maddi temelli bir bakış açısı ile yaklaşılması yeterli olmadığından, onu gerçek anlamda ele almak için aslında değerlerden hareket etmenin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü batılı bilim adamları genellikle kendi toplumlarının sadece bilim ve teknolojide ileri olmasını medeniyet olarak kabul etmişlerdir. Buna sahip olmayan toplumları da ilkel/geri olarak tanımlamışlardır. Bu da gösteriyor ki batılılar kendilerine göre bir medeniyet tanımlaması yapmaktadırlar. Hâlbuki bu tür tanımlar, medeniyetin sadece bilim ve teknolojiyi ifade eden maddi kültür unsurlarıyla ilgilidir. Maddi kültür unsurlarına dayanılarak yapılan medeniyet tanımları ise, medeniyet kavramını açıklayan bilimsel teorik anlayıştan oldukça uzaktır. Sadece maddi temelli bir bakış açısıyla ele almayanlara göre medeniyet, "inanç ve ahlak düzeni olarak kültürü doğuran ruh enerjisi ve ilham kaynağıdır" [474] Buna göre medeniyet, aslında değerler ve ahlak sisteminden oluşmaktadır. Böylece bir medeniyeti diğer medeniyetlerden ayıran en

---

[470] Prof.Dr. Erol Güngör, Kültür Değişmesi ve Milliyetçilik; aktaran: Doç.Dr. İbrahim Arslanoğlu, Kültür ve Medeniyet Kavramları.
[471] Prof.Dr. İbrahim Kafesoğlu, Milli Kültür-Siyaset İlişkisi.
[472] Hilmi Ziya Ülken, Millet ve Tarih Şuuru; aktaran: Doç.Dr. İbrahim Arslanoğlu, Kültür ve Medeniyet Kavramları.
[473] Prof.Dr. Sadri Maksudi Arsal, Umumi Hukuk Tarihi; aktaran: Prof. Dr. Zeki Hafızoğlulları, Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni.
[474] Prof.Dr. Yılmaz Özakpınar, İnsan Düşüncesinin Boyutları.

belirgin özelliği yani **değerler** ve onu beslemiş olan ahlakilik yönü, en ön sırada bulunmaktadır.[475]

Bütün medeniyetlerin bir inanç boyutu vardır. Medeniyetlerin soyut temeli inanç, toplumsal temeli de bu inancın oluşturduğu ahlak düzeni olarak ifade edilebilir.[476] Hukuk sistemi ise, bir ülkenin kültür ve medeniyetinin önemli bir parçasıdır. İnsan telakki ve tasarımı ise, kültür ve medeniyet için merkezi öneme sahiptir.

Hukukun kültür ve medeniyetle bağlantılı olduğu görüşümüzü destekleyen önemli olgulardan biri de, bizde yapılan hukuk iktibaslarının, ülkemizde batı kültür, medeniyet ve dünya görüşünü benimseyen belirli bir yönetici/aydın kesim tarafından, toplumu batı kültür ve hayat tarzı yönünde değiştirme ve dönüştürme aracı olarak kullanılmış olmasıdır. Bütün bunlar, bir toplumun hukuk sistemiyle o toplumun kültürü, medeniyeti ve dünya görüşü arasında güçlü ilişkilerin olduğuna işaret etmektedir. Bununla bağlantılı olarak belirtilmelidir ki, iktibas edilen batı hukukunun, ülkemiz ve dünya milletleri için **ideal hukuk** sistemleri olduğunu savunanlar, ya hukukla kültür ve medeniyet arasındaki sıkı ilişkiyi göremeyen ya da batı kültür ve medeniyetini zaten amaç olarak kabullenmiş ve benimsemiş olanlardır. Bugünkü batılı hukuk sistemlerinin hukuk devleti ve insan hakları kavramlarına teorik anlamda önemli katkılar sağlamış olsa da, bir pozitif hukuk sistemi olarak ne kadar mükemmel olursa olsun, dünya toplumları için ideal (olması gereken) hukuk olduğu söylenemez. Çünkü 'olması gereken' (ideal) hukukun temel ilkeleri bellidir. Bu temel ilkeler, herhangi bir pozitif hukuk sisteminden ayrı ve bağımsız olarak var olup her ülkenin hukuk sistemi için bir örnek olarak varlığını sürdürmektedirler. Batı hukukuna yönelik teorik planda ortaya koyduğumuz eleştirilere ilave olarak ve bundan daha önemli olan sorun, hukuki ve ahlaki değerlerin uygulanması aşamasında görülmektedir. Batının kültür ve medeniyetinden oluşan menfaat temeline dayalı batılı ahlak anlayışı, en temel hukuksal ve etiksel ilkeleri, çıkarına uygun görmediği takdirde görmezden gelebilmektedir. Bu durum, batılı hukuk sistemlerinin hukuk devleti ve insan hakları konusundaki mevcut kazanımları ve müktesebatı inkâr etmemiz anlamına gelmez.

Aslında medeniyet kavramı, öncelikle temelde bir insan tasarımı ve anlayışına dayanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında batı düşünce sistemi, insan konusunda bütünüyle bir yanılgıya dayanır. Marshall Sahlins, 'Batı'nın İnsan Doğası Yanılsaması' adlı kitabında; 'batının insan doğası kavrayışına göre insan, menfaati için her şeyi yapabilecek, hatta birbirini boğazlayabilecek ölçüde açgözlü ve ihtiraslı olduğunu' söyler. M. Sahlins bu anlayışı, ilkel toplumların insana bakışıyla karşılaştırır ve batı toplumları dışında hiçbir toplumun böyle bir 'insan doğası'

---

[475] Lipson, 2000; aktaran: Yrd.Doç.Dr. Osman Şimşek, Türkiye'de ve Batıdaki Medeniyet Kavramlarına Zihniyet Bağlamında Yaklaşım.

[476] Yrd. Doç.Dr. Osman Şimşek, Türkiye'de ve Batıdaki Medeniyet Kavramlarına Zihniyet Bağlamında Yaklaşım.

anlayışına sahip olmadığı sonucuna varır.[477] Böylece temel bir yanlıştan yola çıkan batı kültür ve medeniyetinin insanlığı doğru sonuçlara götürebileceği söylenemez.

Şunu da belirtmeliyiz ki, hukuk konusunu, medeniyet ve insan telakkisi bağlamında ele almamızın nedeni, şüphesiz ki hukuk ve diğer sosyal olguların, genel anlamda bir toplumun medeniyet, dünya görüşü ve insan telakkisinin/tasarımının birer ürünü olmasındandır. Her hukuk düzeni, etik/ahlaki değerler yanında bir dünya görüşüne, insan telakkisine/tasarımına ve içinden doğduğu toplumun genel amaçlarına dayanır. Medeniyet, kültür ve insan telakkisi bağlamında batı hukukuna bakıldığında, yazılı hukuk metinlerinde ne kadar adalet, eşitlik ve insan haklarına dair hükümler yer alırsa alsın, kendi menfaatleri söz konusu olduğunda batı düşüncesinde kök salmış bencil, menfaatçi anlayış, adalet, eşitlik ve insan hakları gibi her türlü etik değerin önüne geçebilmektedir.

Ülkemizi de etkileyen ve bizi toplum olarak değerlerden; şefkat, merhamet, yardım ve fedakârlık anlayışından büyük ölçüde uzaklaştıran, bizi gittikçe dünyevileştiren batının madde merkezli medeniyetinin arka planındaki dünya görüşünü geniş olarak incelemek ayrı bir çalışmanın konusudur. Bu nedenle kısaca belirtmek gerekirse medeniyet, sadece maddi/teknik gelişme ve kalkınmayla değil, değerler ve ahlak sistemiyle meydana geldiğine göre, evrensel bir hukuk sistemi ve medeniyete sahip olduğu iddia edilen batının en büyük eksiği; bencil, menfaatçi, çarpık ve tek yanlı bir insan tasarım ve anlayışına sahip olması ve bu anlayışın, daima etik değerlerin önüne geçmesidir.

6) Batının Bize Bakışı ve Batı Hukukunu İktibas Çelişkisi

Batı kültür, medeniyet ve hukuk anlayışı, evrensel hukuk ve insani değerler açısından sorgulanmalıdır. Ancak cumhuriyet döneminde, ülkemizi işgal eden ve bizimle savaşan ülkelerin hukukunu almış olmamızın, öncelikle büyük bir çelişkiyi ortaya koyduğunu belirtmek gerekir. Bu çelişki; hukuk sistemlerini iktibas ettiğimiz batılı devletlerin, Osmanlıyı sudan bahanelerle 1. dünya savaşına dâhil ederek büyük toprak parçalarını bizden koparan, Çanakkale boğazına saldıran, binlerce insanımızın şehit olmasına neden olan ve daha sonra Anadolu'yu dört bir yandan işgal eden ve kendileriyle istiklal mücadelesi yapmak zorunda kaldığımız ülkeler olmasıdır. Dışarıdan ithal ettiğimiz hukuk, iktibas faaliyetlerinin yoğunlaştığı 1926 yılından sadece 3-5 yıl önce haçlı zihniyetiyle Anadolu'yu işgal eden emperyalist batılı ülkelerin hukukudur. Binlerce insanımızın hayatına mal olan istiklal savaşıyla ülkemizden kovduğumuz emperyalist batının kültür ve medeniyetinin birer görünümü olan hukuk sistemlerinin iktibas edilmesi faaliyeti, kendi içinde böyle bir çelişkiyi taşımaktadır. Ülkemizi işgal eden, hür ve bağımsız bir devlet olma hakkımızı ortadan kaldırmaya yeltenen ülkelere hâkim olan emperyalist bir zihniyetin, medeniyet ve hukuk anlayışının, diğer milletler için örnek ve **ideal hukuk sistemi** olarak kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olmasa gerektir.

[477] Marshall Sahlins, Batı'nın İnsan Doğası Yanılsaması; Çev. Emine Ayhan - Zeynep Demirsü.

7) Batıdan Sosyal-Kültürel Farklılığımız ve Bunun Hukuk Alanlarına Somut Etkileri

Özellikle bir toplumun sosyal ve kültürel yapısıyla sıkı bir bağlantısı olan ceza ve aile hukuku alanında batılı toplumlarla bizim aramızda büyük farklılıklar vardır. Örneğin batının **aile** kavramına bakışıyla bizimki aynı değildir. Batının aile kurumuna, evliliğe bakışı, ticari şirketlere bakışından çok farklı değildir. Batının aile hukukunda eşler arasındaki ilişkiler, bir ticari şirketin ortakları arasındaki ilişkiye benzemektedir. Hatta denebilir ki sırf karşılıklı maddi menfaatlerin ve cinsel duyguların tatmin edilmesinden ibarettir.

Bizim kültür ve medeniyetimizde ise evlilik ve aile kurumu, cinsel duyguların tatmininden öte bir anlama sahiptir. Aile bireylerinin aralarındaki deruni ilişkiler; sevgi, saygı, sadakat, vefa, fedakârlık, bir yastıkta kocama anlayışı gibi batılı toplumlarda olmayan birçok değeri içinde barındırır. Bizim kültür ve ahlak anlayışımızda ailenin manevi ve kutsal bir yanı vardır. Bizde aile bireyleri arasındaki sevgi, saygı, sadakat ve fedakârlık gibi ahlaki değerleri batılı insanın gündeminde görmek zordur. Dolayısıyla aile hukuku alanında bizim daha üstün olduğumuz bilindiği halde AB'nin aile hukuku kuralları bizim için neden ölçüt olmaktadır? Bir hukuk kuralının AB ülkelerinde kabul edilip uygulanıyor olması, onun diğer ülkeler için de **ideal** bir **hukuk** ya da **hukukta ölçüt** olduğunu göstermez. Batı hukukunun, her toplum için tek ölçüt olarak kabul edilmesi gibi bir zorunluluk bulunamaz. Hukuk felsefesi bize göstermektedir ki, her toplumda örnek alınacak hukuk, batının ya da herhangi bir ülkenin hukuku değil, 'olması gereken' hukuktur.

AB uyum yasaları kapsamında ceza hukuku alanında zinanın suç olmaktan çıkarılması da aile kurumunun aleyhine olmuştur. AB'den iktibas edilen zinanın suç olmaktan çıkarılmasına ilişkin hukuki düzenlemenin, aile kurumuna, toplum düzenine zarar verdiği ve bizim ahlak anlayışımıza ters olduğu açık olarak görülmektedir. Zina, kısaca erkek ya da kadının evlilik dışı cinsel ilişkide bulunmasıdır. Hukuki tanımıyla zina, evli erkek ya da kadının başkalarıyla gayrimeşru ilişkiye girmesidir. Zinanın suç olmaktan çıkarılması, şüphesiz ki ona meşruiyet kazandırır ve onun toplumda yaygınlaşmasına neden olabilir. Zinanın meşru hale getirilmesi ve yaygınlaşması, en küçük toplumsal birim olan evlilik kurumunu sarsacağı gibi bir toplumun ahlaken çöküşünü hızlandırır. Zinanın suç olarak kabul edilmesi, aileyi ve insan neslini korumaya yöneliktir. Ailenin ve insan neslinin korunması ise, insan hayatının en temel ilkelerinden biridir. Bu nedenle AB hukukuna uyum kapsamında batıdan alınan ve bizim sosyal ve kültürel yapımıza uygun olmayan ceza ve aile hukukuna ilişkin bazı hükümlere karşı oluşumuz, bu hükümlerin sadece bizim toplumsal yapımıza uygun olmaması değil, **hukukun**, insan varlığı ve neslini devam ettirmeye yönelik ilkelerine zıt olması gibi objektif nedenlere dayanmaktadır. Özgürlük, sınırsız olarak her tür davranışın yapılması değildir. Zinanın suç olmaktan çıkarılması, sınır tanımayan bir cinsel özgürlük adına, bir toplumun geleceğinin güvencesi olan aile kurumunun sarsılması sonucunu doğurabilir. Bunun da, ahlaki sakıncalarının yanında akıllıca bir iş olmadığı açıktır.

Zina eylemi, suç olması nedeniyle ceza hukukunu, evli eşler arasında bulunması gereken sevgi, saygı ve sadakat gibi duyguları tahrip etmesi nedeniyle de aile hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Ceza ve aile hukuku alanları ise toplumsal değerlerin yoğun etkisi altında bulunmaktadır. Bir toplumun kültürel ve ahlaki değerlerini en çok yansıtan hukuk alanları medeni, aile ve ceza hukuklarıdır. AB uyum yasaları kapsamında batıdan hukuk kuralları iktibas edilirken, konunun bu boyutu dikkate alınmamıştır.

Bilindiği gibi zina, tarih boyunca her toplumda kötü bir davranış olarak görülmüştür. İnsanlık tarihinin en eski yasak ilişkilerinden biri olan zina, hemen her toplumda eşlerin birbirleri üzerindeki haklarına, Tanrı'ya, topluma, evlilik ya da aile kurumuna karşı işlenmiş büyük bir suç olarak görülmüş ve cezalandırılmıştır. Zinanın tanımı, ona verilen cezanın türü, miktarı ve cezalandıran otorite bakımından toplumdan topluma farklılıklar olsa da, her toplumdaki ortak özelliği onun bir suç olarak kabul edilmesidir. Bazı toplumlarda cezası ölüm iken, bazılarında kırbaç, sopa ve para cezası biçimindedir. Hammurabi kanunlarına göre bir kadına tecavüz eden erkeğe ölüm cezası ya da erkeklikten men cezası verilmiştir.[478]

İslam dini başta olmak üzere Hıristiyanlık ve Yahudilikte de zina suç sayılmıştır. Eski Mısır, Yunan ve Roma'da da zina suç olarak kabul edilmiştir. Eski Türklerde zina en büyük suçlar arasında kabul edilmiş ve bu suçu işleyenlere ölüm cezası uygulanmıştır.[479]

Aşağı duyguların esiri olmamış, salim akılla düşünebilen hiçbir insanın bu çirkin eylemi gerek bireysel gerekse toplumsal açıdan onaylaması söz konusu olamaz. İçki, kumar, uyuşturucu nasıl ki insan ve toplum sağlığına zararlı ise ve bu nedenle yasaklanmış ya da denetim altına alınmışsa, zina da aile düzenine ve insan neslinin devamına zarar verdiği için yasaklanmış ve suç olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla zinanın AB'ne dâhil olan ülkelerde suç olmaktan çıkarılması, bizim için neden uyulması gereken bir ölçüt oluyor? Hâlbuki zinanın yasaklanmasının ve suç olmasının, ahlaki olduğu kadar hukuki ve mantıki haklı gerekçeleri vardır.

Zinanın suç olmaktan çıkarılmasına itirazımız, zinanın sadece ahlaka ve toplumsal yapımıza uygun olmadığı gerekçesine dayanmıyor. Bu düşüncenin objektif ciddi nedenleri de bulunmaktadır. Bu objektif nedenlerin başında zinanın, evlilik kurumuna zarar vermesi, insan neslinin sağlıklı olarak devamına engel olması olgusu gelmektedir. Ailenin, bir toplumun hayatını düzen içinde devam etmesini sağlayan en küçük sosyal kurum olduğu, bilimsel bir gerçektir. Sağlam aile kurumları, ancak sağlam evliliklerle kurulabilir. Evliliğin ve aile kurumunun, toplumsal hayatın düzen ve devamı konusundaki işlevleri ve zina eyleminin bu kurum için oluşturduğu tehdit ve tehlike dikkate alındığında, bu eylemin suç

---

[478] Prof. Dr. Mebrure Tosun, Doç. Dr. Kadriye Yalvaç, Sumer, Babil ve Asur Kanunları ve Ammi Şaduqa Fermanı;

Sumer-Babil-Asur Kanunları, Ana Britannica Ansiklopedi.

[479] Serdar Kaangil,Dinlerde ve Toplumlarda Zina;http://panteidar.wordpress.com/2010/04/17/dinlerde-toplumlarda-zina.

olmaktan çıkarılmasının makul hiçbir hukuki, sosyal, kültürel ve ahlaki dayanağı olduğu söylenemez.

8) Batı Hukukunun İnsanın Varlık Yapısı, Doğası ve İhtiyaçları Açısından Sorgulanması

Hukuk felsefesi ve hukukun amaçları çerçevesinde olaya baktığımızda, insanın akıl, ruh ve beden sağlığı insan hayatı için çok önemli unsurlardır. İnsana bir an için haz, zevk ve lezzet verdiği zannedilen bazı alışkanlıklar vardır ki bunu yapan bireyler, kendi hayat varlıklarına zarar verdiklerini sonradan görür ve anlarlar. Ancak o zaman çoğunlukla iş işten geçmiş olur. Hele bu kötü alışkanlıklar bireysel olmaktan çıkıp toplumsal boyut kazandığında, sadece bireyler için değil, toplumların geleceği için tehdit oluşturacağı açıktır. İşte bu nedenle hukuku oluşturmakla yetkili ve görevli kişi ya da organların, insan ve toplumun akıl, ruh ve beden sağlığına zarar verecek bir düzenleme yapmaları hukukun amaçlarına ters düşecektir. Çünkü hukuk insan için vardır ve onun öncelikli amacı, insanın hayat varlığını korumak olmalıdır.

Bir hukuk sisteminin, insanın bütün özgürlüklerini düzenlerken, onun akıl, ruh ve beden sağlığını ihmal etmesi, bunların korunması için gerekli özeni göstermemesi ya da bunların aleyhine olabilecek düzenlemeler içermesi düşünülemez. İnsanın ve toplumun hayat varlığını korumak, sadece ona dıştan yapılan fiili saldırıları önlemek ya da cezalandırmakla değil, aynı zamanda onun akıl, ruh ve beden sağlığına zarar verecek alışkanlık ve davranışlara imkân ve ortam sağlamamakla mümkün olabilir.

Batılı bazı ülkelerde, insanlığın sağlığı ve geleceği için büyük tehdit ve tehlike oluşturan kötü alışkanlıklar bireysel özgürlük adı altında yasal güvence altına alınabilmektedir. Bugün eşcinsel evliliklerin yapılabildiği, sperm bankalarından alınan spermlerle çocuk sahibi olabilmenin, taşıyıcı anneliğin ve akraba; amca, dayı, teyze, hala ile evlenmenin, uyuşturucu kullanmanın yasal hale getirildiği ve zinanın suç olmaktan çıkarıldığı batılı ülkelerin hukuku ve ahlak kurallarının ne ölçüde insani olduğu, insanın varlığının devamına nasıl bir katkıda bulunduğu tartışmalıdır. Batının, bütün dünyaya referans ve model olarak sunulan ve bizim de uzun bir tarihi süreç içinde iktibas ederek aldığımız hukuk kuralları, bu özellikleriyle bizim kültür, ahlak ve toplumsal yapımızla örtüşmediği gibi toplumun temel sosyal kurumu olan aile kurumunu korumaktan ve insan neslinin sağlıklı olarak devamını sağlamaktan uzaktır.

Hukuk, bir yandan toplumun ihtiyaçlarını karşılarken, diğer yandan insan varlığının ve toplumsal hayatın devamına engel olan tutum, davranış ve alışkanlıklara karşı gerekli tedbirleri de almalıdır. İnsanın hayat varlığının sağlıklı olarak devam etmesi için gerekli olan şeylerden biri de sağlam bir aile kurumudur. Zinanın yaygın bir hal aldığı toplumlarda, en önemli toplumsal kurum olan aileyi koruyabilmek kolay değildir. Kısaca batının abartılı/sınırsız/aşırı cinsel özgürlük ve insanların ruh ve beden sağlığını tehdit eden kötü alışkanlıklara aşırı hoşgörülü yaklaşımı, hukuk sistemlerine de yansımıştır.

Batı hukukunda idam cezası, güya daha insani ve hümanist yaklaşımın sonucu olarak bütün suçlar için kaldırılmıştır. Bir katil, çok sayıda insanı en vahşi bir

biçimde öldürse bile, idam edilmemekte, ömür boyu hapis cezası da alsa yaşamaya devam etmektedir. Örneğin bir terör olayında hiçbir haklı neden olmaksızın insanları katlederek hayatlarına son veren bir katilin hala hayatta yaşamaya devam etmesi ne kadar insanidir, nasıl bir hümanist duygudur? Belki onlarca, yüzlerce insanın hayatına son veren bir katil, neden yaşama hakkına sahip olsun? Suçlunun haklarını düşünen hatta bu konuda aşırıya kaçan batı hukuku, maktul ve mağdurların haklarını nedense göz ardı etmektedir. Bir yandan, kendisini ya da bir başkasını öldürmek isteyen birini öldürebilme hakkı demek olan 'meşru müdafaa' diye bir kurumu kabul eden bir hukuk sisteminin, idam cezasını kaldırarak daha çok suçlunun haklarını düşünmesi ve ölenlerin hakkını göz ardı etmesi, ne ölçüde insani ve ahlaki bir anlayıştır?

İnsan doğası ve adalet duygusu açısından Batı hukuku, insan hayatına yönelik suçlarda suç-ceza dengesi yönünden de sorgulanmalıdır. İdamın kaldırılması, daha insani ve çağdaş bir düşüncenin gereği olduğu ileri sürülmekte ise de, halen birçok medeni ülkede idam cezalarının uygulanmakta olması karşısında bu gerekçenin doğru olmadığı ortadadır. Bu yüzden her suç için idam cezasını kaldıran bir hukuk sisteminin, bütün ülkelerin örnek alacağı ideal hukuk anlayışı olması düşünülemez. Bazı suç ve suçlular için (Terör eylemleriyle insanları katleden ya da kadınların, çocukların ırzlarına geçtikten sonra öldürenler için) idam cezasının uygulanması, insanın doğasına ve adalet duygusuna daha uygundur.

9) Batı Hukukunun Adalet ve İnsan Haklarının Uygulanması Açısından Sorgulanması

Batılı ülkelerin, hukukun amacı olan adalet, eşitlik ve temel insan hakları gibi ahlaki değerlerin bölgesel ve uluslar arası düzeyde yazılı metinlere geçirilmesi ve bunların evrensel boyut kazanması konusunda çok önemli katkıları bulunduğu bir gerçektir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve insan haklarıyla ilgili diğer bölgesel hukuki metinler, teorik anlamda insan hakları konusunda gelinen olumlu noktayı göstermektedir. Ayrıca; soykırım, insanlığa karşı suçlar ile savaş suçlarının yargılamalarının yapılması için kurulan Uluslar arası Ceza Mahkemesi ve Avrupa Birliği ülkelerini kapsayacak şekilde de olsa insan haklarına aykırı davranan ülkelere karşı yargısal denetim sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulması, bu konuda çok önemli gelişmelerdir.

Hukukun amacı olan adalet ilkesi ve insan hakları konusunda batının demokratik hukuk devletleri, zengin bir hukuk literatürü hazırlanmasına önemli katkılar sağladıkları halde, bu değerleri daha çok kendi ülkelerinin insanlarına uyguladıkları, bu değerlerin özellikle uluslar arası hukuk alanında uygulamaya geçirilmesi konusunda pek istekli olmadıkları somut olaylarla anlaşılmıştır. Batılı ülkeler, uluslararası alanda insan hakları ve etik değerlere bağlılık konusundaki sınavı kazanamamışlardır. Yakın geçmişte yaşanan **Bosna soykırımı**, **Hocalı katliamı** ve günümüzde yaşanmaya devam eden Filistin'de **Gazze** halkına karşı uygulanan zulüm karşısında batının sessiz kalması, hatta etnik temizlik ve soykırım yapanları sırf politik çıkarları nedeniyle desteklemesi bu konuda çok çarpıcı örneklerdir.

Ayrıca dünyayı ve ülkemizi yıllardır meşgul eden, binlerce insanın ölümüne, çok büyük maddi zararlara yol açan ve bir insanlık suçu olarak kabul edilen **terör**

faaliyetlerini birçok batılı ülkenin desteklediği ve yönlendirdiği bilinmektedir. Bir yandan adalet, insan hakları, hak, hukuktan yana görünüp hatta bu değerlerin tek sahibi olduğunu savunup diğer yandan açıkça soykırım yapan devletlere karşı sessiz kalmaları, insanlık suçu işleyen terör örgütlerini desteklemeleri, samimiyetten uzak bir tutumdur. Diğer yandan dünyanın değişik bölgelerinde **açlıktan ölen insanlar** olduğu halde, batı dünyasının bu konuya da yeterli duyarlılığı göstermediği görülmektedir. Bütün bu yaşanan kötü örnekler, batılı ülkelerin; adalet, eşitlik ve insan hakları gibi etik değerlerin, hukuki metinlere yazılmasında gösterdikleri başarıyı, uygulamada gösteremediklerini bize anlatmaktadır.

Her batılı ülkenin, hukukun amacı olan adalet ve insan hakları gibi etik değerleri belki kendi ülkesinin insanları için uyguladıkları söylenebilirse de, uluslar arası alanda uygulanması konusunda isteksiz hatta kendi çıkarlarına göre davrandığı bilinmektedir. Batılı ülkelerin, uluslar arası alanda haklı ve haksızın net olarak ortaya çıktığı durum ve olaylarda bile, kendi çıkarlarına aykırı gördükleri takdirde adalet, eşitlik ve insan hakları gibi evrensel etik değerleri içeren sayfalar dolusu yazılı hukuk metinlerini bir gecede çöp sepetine atabildikleri görülmektedir. Bu nedenle denebilir ki, batılı ülkeler etik ilkeleri hukuki belge ve metinlere yazmayı ve yazdırmayı başarmışlar, ancak bunları uluslar arası alanda hiçbir ayrım gözetmeden yaşamayı ve yaşatmayı başaramamışlardır. Bunun temel nedenini, batının ahlak anlayışı ve dünya görüşüyle açıklamak mümkündür.

Adalet ve insan hakları gibi etik ilkeleri hukuki metinlere yazmak ayrı, bunları pratik hayatta uygulamak ve yaşamak ayrı şeylerdir. Teori ile pratiğin/uygulamanın birlikte yürümesi, o teoriye bağlılığı test eden bir samimiyet ölçüsüdür. Aslında etik değerlerin yaşanması ve uygulanması ahlak alanının en önemli konularından biridir ve ahlaki bilinç ve motivasyonla ilgilidir. 'Başka biçimlerde davranmak varken neden ahlaki davranmalıyız' sorusunun cevabı, bizim ahlaki değerlere bağlılığımızla, bu konudaki samimiyetimizle ilgilidir. Başka bir deyişle 'neden ahlaklı davranmalıyız' sorusuna verilecek cevap hayati bir öneme sahiptir. Kendi kişisel zevk, haz ve menfaatini en üstün değer olarak kabul eden ve göreceli bir ahlak anlayışını savunan bir toplumun, her zaman ve her durumda adaletten yana tutum ve davranış sergilemesi beklenemez. Onların ahlaki davranması tesadüfîdir. İnsanları ya da toplumları başka türlü davranmak yerine ahlaki davranmaya yönlendiren, isteklendiren ve motive eden nedenler kişisel düzeyde kalıyorsa, o kişi ya da toplumun ne zaman ne yapacağı belli olmaz. Haksızlık ve adaletsizliği çok açık olan bir olay karşısında bile o kişi ya da toplum tarafından 'bu beni/bizi bağlamaz' denildiği anda yapılacak bir şey yoktur. Ancak insanları ahlaki davranmaya yönlendiren, isteklendiren ve motive eden bu etkenler, bireyüstü/insanüstü yüksek değerlere dayanıyorsa bu durumda istikrarlı bir ahlaki duruş ve davranışla karşılaşabiliriz. Bireyüstü/insanüstü ahlaki değerler, insan ve toplumlara, kendi bireysel çıkarlarına zıt olsa bile kendilerine her hal ve şart altında, insan ve toplumlar arasında hiçbir ayrım yapmadan uyulması gerektiğini buyururlar.

Hukukun evrensel ahlaki değerleri, toplumdan topluma, zaman ve şartlara göre değişen bir yapıya sahip değildir. Bu değerler, farklı durumlara, şartlara ve her birey ya da her toplumun kendi çıkarlarına göre değişkenlik göstermezler. Aksi takdirde

hukuk ve ahlakta görecelik söz konusu olur ki, izafi/değişken bir hukuk ve ahlakın, insanları zamana, şartlara, topluma ve bireysel menfaatlere göre değişmeyen istikrarlı ahlaki davranışlara götürmesi mümkün değildir. Bütün bunlar; batılı devletlerin, teorik planda belirledikleri etiksel hukuk ilkelerini uluslar arası alanda uygulama aşamasına geçirmeleri konusundaki önemli zaaflarını açıklayan nedenlerdir.

Bugün evrensel nitelik taşıdığı kabul edilen adalet, eşitlik ve temel insan hakları gibi ahlaki değerlerin ortaya çıktığı yer olarak gösterilen batılı ülkelerin, bu değerlerin tek sahibi ve savunucusu olarak kendilerini görmelerinin; bu değerleri belki kendi insanları için uyguladıkları halde, uluslar arası düzeyde uygulanması konusunda kendi çıkarlarına ters gördüklerinde isteksiz davranmalarının hatta bu konuda çifte standarda sahip olmalarının nedenlerini, onların kültür, medeniyet, insan ve ahlak anlayışında aramak gerekir. Batının benmerkezci/bencil ve menfaatçi dünya görüşü, onların hukuk ve ahlakına da yansımış görünmektedir. Böyle bir ahlak anlayışına sahip batının, kendi pozitif hukukunu bize ve dünyaya mutlaka 'uyulması gereken' hatta bir anlamda 'olması gereken hukuk' olarak göstermesi kabul edilebilir değildir. Batılı ülkelerin, bugünkü medeniyet, kültür ve ahlak anlayışı devam ettiği sürece, onların hukukunun da üstünlük iddiası kabul edilemez.

Batı dünyası, adalet, eşitlik, insan hakları, demokrasi gibi etiksel kavramların, ulusal ve uluslara arası düzeyde yazılı metinlere geçirilmesinde önemli bir etkiye sahip olmakla birlikte, bu etik değerlerin özellikle uluslar arası alanda uygulanmasında son derece isteksiz davrandığı bilinmektedir. Batılı ülkelerin, dünyanın değişik bölgelerinde hak, hukuk, adalet, eşitlik, demokrasi tanımayan devlet ya da örgütlere karşı sessiz kaldığı, hatta kendi çıkarlarına aykırı gördüklerinde bir ülkeyi açıkça işgal ettikleri, sivil insanları bile hiç acımadan öldürdükleri görülmektedir. Bu nedenle batı hukukunda teorik olarak yer alan adalet ve insan hakları gibi etik değerlerin, uluslar arası hukuk alanında uygulanması konusunda batılı ülkelerin sınıfta kaldığı söylenebilir.

Sonuç olarak, Tanzimat'tan günümüze kadar yapılan hukuk iktibaslarına, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi ve toplumun genel amacı yönünden bakıldığında; hukuku oluşturmakla yetkili organ ya da kurumların, bu konuda toplumun genel amacını dikkate almadıkları, en temel bilimsel verileri göz ardı ettikleri anlaşılmaktadır. Kendi medeniyet ve hukuk sistemlerini dünyaya örnek olarak gösteren batılı ülkelerin, hukukun amacı olan adalet, eşitlik, hakkaniyet ve temel insan hakları gibi etik ilkelerin yazılı metinlere geçirilmesinde gösterdikleri başarıyı, bunların özellikle uluslar arası alanda uygulanmasında gösteremedikleri; bu konuda çifte standartlara sahip oldukları bilinmektedir. Bu nedenle batı kültür ve medeniyetinin ve onun ürünü olan batı hukukunun dünya ülkeleri için yararlanılacak bir kaynak olsa da tek ideal/örnek olması ve hakikati temsil etmesi söz konusu olamaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKÇUNUN EĞİTİMİ VE ETİK
(İYİ HUKUKÇU)

I. HUKUKÇUNUN TANIMI VE İŞLEVİ

Hukukçu, kısaca hukuku meslek edinen ve hukukla uğraşan kimselere denir. Hukuk fakültesini bitirdikten sonra hukuk mesleğini (hâkimlik, savcılık, avukatlık ve noterlikten birini) tercih edenler, bu alanlarla ilgili sınav, staj gibi zorunlulukları tamamladıktan sonra mesleğe adım atarlar. Bunlar, hukuku meslek edinen kişilerdir. Diğer yandan akademik düzeyde hukukla uğraşanlar da vardır. O halde hukukçu kavramının, hem hâkimlik, savcılık, avukatlık, noterlik gibi hukuk mesleğini yürütenleri ve hem de akademik düzeyde hukukla uğraşan bilim adamlarını içine alan bir kavram olduğu söylenebilir.

Hukukçular, ister akademik düzeyde hukukla uğraşıyor olsunlar, isterse hukuk mesleğinin herhangi bir alanında hizmet etsinler, yüksek düzeyde bir hukuk bilgisine; sağlam bir mantık ve sezgiye; adalet, doğruluk, dürüstlük, çalışkanlık, sabır gibi yüksek ahlaki niteliklere sahip olmalı; hukukçuluğun, büyük sorumluluk gerektiren bir meslek alanı olduğunu, sürekli çalışma, okuma ve araştırma gerektirdiğini öncelikle kabul etmelidirler.

Aslında hukukçunun doğru tanımlanması, hukukun doğru tanımıyla mümkündür. Hukuku bütün boyutlarıyla doğru tanımlayabilirsek, hukukçunun da nasıl olması gerektiği de ortaya çıkacaktır. Hukukun tanımı ve niteliği konusu, kitabın ilgili bölümünde geniş olarak açıklanmıştır. Doğru hukuku iyi bilmek, iyi bildiği doğru hukuku iyi uygulamak… Bunların hepsi ayrı ama birbiriyle ilişkili kavramlardır.

İyi hukuk, iyi hukukçu, iyi uygulama ve iyi toplum, birbiriyle bağlantılı kavramlardır ve hukukun doğrudan doğruya etikle ilişkisini ifade etmektedir. Bunlardan en belirleyici olanı şüphesiz ki iyi hukukçudur. Çünkü hukuku oluşturan da uygulayan da hukukçulardır. Gerçi hukukun oluşturulmasında, hukukçu olmayan ve meclis ya da kurucu meclis üyeleri, siyasi partiler, sivil toplum kuruluşları da doğrudan veya dolaylı olarak rol oynamaktadır. Ancak bu konuda en belirleyici olanı, hukukla ilgili teknik ve yüksek düzeyde bilgiye sahip olan hukukçulardır.

Denilebilir ki, iyi hukuk ve iyi uygulama, iyi hukukçunun varlığına bağlıdır. İyi hukukçu yoksa iyi hukukun oluşturulabilmesi ve iyi uygulamanın var olabilmesi mümkün değildir. O halde iyi hukukçunun varlığı, bu konuda belirleyici olmaktadır.

İyi hukukçu öncelikle yaptığı mesleğin sorumluluğunu taşıyan insandır. Onun sadece pozitif (yürürlükteki) hukuku bilmesi de yeterli değildir. Evrene, dünyaya ve insana dar kalıplar arasından bakmayan ve hukuk kurallarını uygulamakla birlikte, onları ‘olması gereken hukuk’ açısından irdeleyen ve eksiklikleri konusunda telafi edici çaba gösteren kişidir. Hukukçular, bağımsız, sorgulayıcı, insani, ahlaki nitelikleri yüksek, araştırmacı, toplumsal sorunlara karşı duyarlı ve sorumlu bireyler olmalıdır.

Hukukçunun daha kapsamlı tanımı, hukukun amacı ve işlevi ile bağlantılı olarak yapılabilir. Bilindiği gibi hukukun amacı adalettir. Adalet, en üstün etik değerlerden

biridir. Hukuk için yön belirleyen bir ideal olan adalet, toplumsal hayatın düzen, barış ve güvenlik içinde devam etmesinin de temel şartıdır. Toplumsal hayat, ancak hukuk ve adalet sayesinde varlık ve süreklilik kazanabilir. Bir toplumsal düzen, adaleti gerçekleştirdiği ölçüde vardır. Adaletten uzak bir toplumsal hayat, her türlü değer ve anlamdan yoksun kalır.

Ünlü düşünür Kant, 'adalet gerçekleşmiyor ise, insanın yeryüzünde yaşamasının bir anlamı yoktur' diyor. Şu halde adalet, insan hayatına anlam katan olmazsa olmaz bir değerdir. Sıradan bir insanın bile adalet olmaksızın dünyada yaşamasının bir anlamı yoksa hukukçunun adalet değerinden uzak yaşamasının anlamı hiç yoktur. Hukukçu, gerçek tanımını, adalet değerinin toplumsal hayatta gerçekleşmesi faaliyetinde bulur. Hukuk, **adalet** değeri nedeniyle güçlü bir **ahlaki** temele dayanmaktadır. O halde hukuk düzeni içinde gerçek anlamda **hukukçu** olmayı başarmak, adalet idealini toplumsal hayatta yaşanabilir kılmanın en temel şartlarından biridir.[480] Çünkü adaletin pratik olarak toplumsal hayatta gerçekleştirilmesini sağlayacak olanlar hukukçulardır. Böyle olunca, hukukçunun yaptığı iş, doğrudan doğruya vicdan ve ahlakla ilişkilidir. Toplumsal hayatta adalet, barış ve düzeni sağlamakla görevli hukukçuların, adaleti, öncelikle kendi içlerinde üstün bir değer olarak benimsemeleri gerekir. Bu, adalet idealine ulaşmakta hukukçular için bir zorunluluktur. Bu nedenle toplumsal düzende adalet dağıtımından sorumlu olan hukukçular, daima saygın bir konuma sahip olmuşlardır. Aynı zamanda evrensel bir ahlaki değer olan adaletin toplumsal hayatta gerçekleşmesi, büyük ölçüde hukukçuların sahip olduğu niteliğe, ulaştığı düzeye ve etiksel duyarlılığa bağlıdır.

Hukukçu, adaleti benliğinde üstün bir değer olarak taşıyan ve onu varlığının ayrılmaz bir parçası haline getirmiş, adalet kültürü ile yoğrulmuş bir kişiliği ifade eder. Adalet bilinci ve değeri, onun kişiliğini belirleyen ve tanımlayan kapsamlı bir içeriğe sahiptir. O, adaleti sağlamak adına kendi kendisini bile denetleyen güçlü bir kişiliği temsil eder.[481]

İster hâkim-savcı, isterse avukat olsun bir hukukçunun, adaleti gerçekleştirmek için yürüttüğü faaliyetin arka planında, yeterli ve sağlam bilgi birikimi, mesleki tecrübesi, ahlaki bilinci ve insanlık onuru olmalıdır. Haklı olanı yapmak, haksız olandan kaçınmak ve herkese hak ettiğini vermek hukukçunun temel ilkesidir. Hukukçu bu ilkeyi, hem meslek hayatında hem de özel hayatında güçlü bir bilinçle gerçekleştirmek için bütün gücünü ve yeteneğini ortaya koymalıdır. Hukukçu, meslek hayatında başka, özel hayatında başka davranış sergilemez. Çünkü o, toplam ahlak anlayışı içinde ahlaki bütünlüğe sahiptir. Hukukçu, özeleştiri yapmaktan kaçınmayan, kendi kendisini denetleyen ve düzenleyen bir bilinç yapısına sahiptir.

Görüldüğü gibi hukukçunun tanımında, adalet değeri belirleyici bir role sahiptir. Çünkü hukukun amacı adalettir. Başka bir ifadeyle hukuk, adaleti gerçekleştirmenin bir yoludur. Hukukçunun temel çabası, toplumsal hayatta adaletin gerçekleşmesini

[480] Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci.
[481] Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci.

sağlamak olmalıdır. Hukukçu, toplumda yaşanır kılmaya çalıştığı adaletle bütünleşen, anlam ve değer kazanan bir kişidir.[482]

Hukukçu, adaletin gerçekleşmesi için hiçbir eksikliği göze alamaz. Çünkü o, **etiksel zafiyet** ya da **bilgi eksikliği** ile adaletin gerçekleşmeyeceği bilincine sahiptir. Bu anlamda hukukçu kendisini her zaman yenilemelidir. İçinde yaşadığı toplumda ve dünyada hukuk alanında ve mesleki alandaki değişimleri, bilimsel gelişmeleri yakından takip etmelidir. O daima, kendisini geliştirmenin gerekliliğini duyar. Onun sahip olduğu etik değerler, hem mesleki hayatının hem de özel hayatının vazgeçilmez bir parçasıdır.

II. EĞİTİMİN TANIMI VE İŞLEVİ

"İnsan eğitimle doğmaz, ama eğitimle yaşar." (Cervantes)

Eğitim (eski adıyla terbiye**)**, bilgi aktarmanın yanında insanı ruh ve beden bütünlüğü içinde geliştirme, oluşturma ve yönlendirme faaliyetidir. Eğitimin sözlük anlamı; belli bir konuda, bir bilgi ve bilim dalında yetiştirme ve geliştirme, eğitme işi; yeni kuşakların toplum hayatında yerlerini almaları için gerekli bilgi, beceri ve anlayışları elde etmelerine, kişiliklerini geliştirmelerine yardım etme, terbiye; insanın yeteneklerinin, özellikle ahlak yetilerinin geliştirilmesi için ona yön ve biçim verme; bu doğrultuda yapılan bilinçli ya da bilinçsiz etkilerdir.[483] Öğretim ise, belirli konularda yöntemine uygun olarak sadece bilgi aktarma işidir.

Dar anlamda eğitim; insan gelişiminin düzenli, bilinçli olarak yönetilişi; davranışları değiştirme sanatı, yani insanda istenilen iyi davranışların yerleştirilmesi, olumsuz davranışların ortadan kaldırılması amacıyla sürdürülen sistematik bir terbiye programıdır. Geniş anlamda eğitim; insanın yeteneklerinin, özellikle ahlaki yetilerinin/melekelerinin geliştirilmesi için ona yön ve biçim verilmesi, bu yolda yapılan bilinçli ya da bilinçsiz etkilerin tümüdür. Pedagoji ve eğitim biliminin tanımıyla eğitim; insanı akıl, duygu ve davranış boyutlarıyla kavrayıp beden ve ruh bütünlüğü içinde ele alan bir oluşturma, geliştirme ve yönlendirme sürecidir. Eğitimin tam ve sağlıklı olabilmesi için, bedensel ve zihinsel eğitimin, vicdan ve ahlak eğitimi ile birlikte sürdürülmesi gerekir.[484]

Eğitim, insan vicdan ve karakterinin oluşumundan ibaret olmakla beraber, aynı zamanda öğretim de demektir.[485] J.Leif, eğitimle bilgi arasında bağlantı kurarak şöyle der: "Eğitim vermeyen öğretimi nasıl kabul etmiyorsam, öğretimsiz, yani bilgiye dayanmayan bir eğitimi de katiyen aklım almıyor" [486] Eflatun'a göre eğitim, 'Bedeni ve ruhu, yetenekleri doğrultusunda geliştirmek, olgunlaştırmak; mümkün olduğu kadar bilgi ve erdem bakımından yetkinleştirmektir.[487] Demek ki insanı

[482] Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci.
[483] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[484] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[485] Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[486] J.Leif, Genel Pedagoji; Çevr. N. Yüzbaşıoğlu.
[487] Cemil Sena Ongun, Usul-ü Tedris (Eğitim-Öğretim Usulü)

insan yapan bazı temel niteliklerin dengeli ve uyumlu bir şekilde ortaya çıkarılması ve gelişmesi, eğitim faaliyeti ile mümkündür. Socrates'e göre eğitim; etik üzerine kurulu bir öğrenim sürecidir. Eğitim, düşünmeyi öğrenmektir. Etkin ve etiksel temele dayalı bir eğitimden beklenilen, bilgiden çok bilgiyi işleyerek düşünme yeteneğinin kazanımıdır.[488]

Eğitim faaliyetini toplumsal boyutuyla da ele alan Fichte'ye göre eğitim, toplumsal hayata öğrenci yetiştirmek ve insanın melekelerini denge ve uyum içinde geliştirmektir. Çiçeron da eğitimi, 'çocuğu insanlığa yükseltmek' olarak tanımlayarak bunu daha açık şekilde ifade etmiştir. Bu anlamdaki eğitim, insanın kişiliğini oluşturmayı amaçlayan bir faaliyet olup, sosyalleşmeye aday olan çocukta ilmi, ahlaki, bedeni, estetik, mesleki kişilik özelliklerinin oluşmasıdır.[489] Eğitim, çocuğun doğal melekelerini, birbirlerine uyumlu bir şekilde onu insaniyetin en yüksek derecesine ulaştıracak şekilde yetiştirme sanatıdır.[490]

Bir görüşe göre eğitim, kendi kendine hareket etmeyi öğrenmek, öğretim ise, öğrenmeyi öğrenmek olarak tanımlanmıştır. Bunun doğal sonucu olarak okulların amacı, öğrencilere sadece bilgi vermek değil, onlara uygun bir eğitim vererek kendi kendine hareket etme, kendi yeteneklerini kullanabilme ve karakter eğitimi vermek olmalıdır. Bilgi, onunla birlikte gelecek; öğrenmeyi öğrenen gençler, öğrenilmesi gereken şeyleri kendiliğinden öğrenecektir.[491]

Kişinin doğuştan getirdiklerine tabiat/huy/mizaç, sonradan kazandıklarına da kültür diyecek olursak **eğitimi**, daha kısa ve öz olarak "Birikmiş olan insanlık kültürünü yeni kuşaklara aktarma ve doğuştan getirdiği yeteneklerini geliştirme faaliyeti" şeklinde de tanımlayabiliriz. Şu halde **eğitim**, doğal insana insanlığı, hayatı öğreten; fiziki, coğrafi ve sosyal çevre ile uyumu öğreten, insanlığın birikmiş, ileri kültürünü aktararak yaşadığı çağın seviyesine çıkaran araçtır; insanı hayvandan ayıran en belirgin özelliktir.[492] Eğitimi doğru tanımlayanlar, gençlerin sadece bilgilerini artırmaya yönelen, insan hayatıyla ilgisi bulunmayan bilgilere yer veren eğitim modelini eleştirmektedirler. Bu nedenle gençlerin sadece bilgilerini artırmaya yönelen bu eğitim biçimine 'yaşatmayıp sadece öğreten', 'gençlerin kafasını tıka basa dolduran eğitim' adı verilmiştir.[493]

"Bilgi, büyük adamı alçak gönüllü yapar, normal adamı şaşırtır, küçük adamı ise kibirlendirir."
(Brıgıtte)

Eğitim, öncelikle insanı yüceltme faaliyetidir. Eğitim, insana kendisinin ne olduğunu göstererek kendini tanımasına, bilmesine, bulmasına yardım etmektir.[494] En geniş anlamıyla eğitim, sosyal hayatın sürdürülme aracı olarak tanımlanır.

---

[488] Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[489] Prof. Dr. İ. Hakkı Baltacıoğlu, Hususi (Özel) Tedris (Eğitim) Usulleri.
[490] Mehmet Ali Ayni, Ahlak Dersleri.
[491] Robert Dottrens; aktaran: Prof.Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[492] Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[493] Prof.Dr. Kemal Aytaç, Çağdaş Eğitim Akımları.
[494] Prof. Dr. İbrahim Ethem Başaran, Eğitim Bilimine Giriş.

Toplumsal hayatın amaç ve alışkanlıklarından habersiz olarak dünyaya gelen insan denilen varlığı, toplumun amaçları ve alışkanlıkları doğrultusunda bilinçlendirmek ve aktif olarak bilgilendirmek gerekir. Bu ise ancak eğitim yoluyla gerçekleşebilir.[495]

"Eğitim, heykeltıraşın mermeri yontup şekillendirmesi gibi, insan ve toplumu (ahlaken) öylece şekillendirme ve kişilik sahibi yapma sanatıdır." (Addison)

Bu tanımlardan yola çıkarak, eğitimin işlevinin **iki** noktada toplandığı söylenebilir**:**

Birincisi, bir toplumun geçmişinden gelen kültürel mirasın, gelecek kuşaklara aktarılması; bireylerin bilim, teknik, güzel sanatlar, iş ve meslek alanında yetiştirilmesi ve geliştirilmesidir. İkincisi ise, bireylerin bedensel, ruhsal, ahlaki ve vicdani gelişimini sağlamak, kişiyi sosyalleştirmektir.

Eğitim; bireyler ve toplum için olumlu ve iyi olanların aktarılmasıdır. Okulda verilen eğitime, şekillendirilmiş, programlı, düzenli terbiye denebilir. Eğitim ve terbiye, küçüklerin toplumsal hayata hazırlanması olduğuna göre, yetişkin büyüklerin toplumsal hayat konusundaki görüşleri, eğitim ve terbiyenin yönünü gösterir. Eğitim, insan ve toplum için olumlu ve iyi olan değerlerin aktarılmasıdır. Bu tanımlara göre, iyi bir eğitimden söz edebilmek için, bu eğitimin yerinde, yararlı, doğru ve yeterli; sağlıklı, uygun bir biçimde yapılmış; işe yarayan, özüne ve doğasına uygun, yüksek ahlaki değerlere bağlı olması gerekmektedir. O halde eğitim, belirli ahlaki temellere dayanmalıdır.

III. EĞİTİMİN AHLAKİ TEMELLERİ

1) Eğitim ve Hür Düşünce

'Öğretmenler! Cumhuriyet sizden fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür nesiller ister.'
(M. Kemal Atatürk)

İnsanı, diğer varlıklardan ayıran, onun akıl ve irade sahibi olmasıdır. Akıl ve irade, insanın, eski bir deyimle alâmetifarikasıdır. Bu nedenle insanın irade ve düşüncesine değer vermeyen eğitim sistemi veya sosyal düzenin **iyi** olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bu açıdan bakıldığında dünyada iki türlü eğitim ve terbiyeden söz edilebilir. Birisi baskıcı, totaliter eğitim ve terbiye, diğeri demokratik eğitim ve terbiyedir. Totaliter, **baskıcı eğitim** türünde okul ve diğer eğitim kurumları, insanın hür iradesine değer vermez. Burada tek tip değer ve model geçerlidir ve insanlar, verilen bu tek tip değerleri kabule zorunlu adeta bir robottur. Totaliter ve baskıcı anlayışa göre, amaçlanan insan modeli ancak bu tipte yetişenlerdir.

---

[495] John Dewey, Demokrasi ve Eğitim; Çev. Salih Otaran.

Demokratik toplumlardaki **eğitim** ve terbiyede **amaç** da iyi vatandaş ve iyi insan yetiştirmektir. Ancak demokratik toplumlarda iyi insan ve iyi vatandaş ancak 'hür' iradeli olarak yetiştirilen insandır. Çünkü demokratik toplumlarda belirli bir sınıf, bütün topluma hâkim değildir. Bu toplumlarda çocuklar ve gençler okullarda **hür iradeli insan** olarak yetiştirilmek üzere ele alınır. **Eğitim ve terbiye**, bireylerde kişiliğin oluşumunu ve bunun için de yeteneklerin gelişmesini sağlamak için verilir. Kişilik ise ancak **hürriyet** içinde gelişebilir. Her iki eğitim ve terbiye arasında araçlar bakımından bir fark olmayabilir. Ancak asıl fark amaçlardadır. Nasıl bir insan modeli amaçlanmaktadır, bu önemlidir.[496]

2) Sağlam ve Hür İradeye Sahip İnsan Yetiştirmek

Toplumsal hayatın her alanında olduğu gibi, adalet, dürüstlük ve tarafsızlık gibi etik ilkelerin özellikle geçerli olması gereken hukuk mesleğinde, bu mesleği yürütenlerin sağlam ve hür bir iradeye sahip olması gerekmektedir. Hür bir iradeye, sağlam bir vicdan ve ahlaki bilince sahip olmak, özellikle hukuk mesleğinin olmazsa olmaz şartıdır. Hukukçunun vicdan ve iradesi, ne pahasına olursa teslim alınamayacak kaleler olmalıdır. Bu kaleler sağlam ve güvenli olmadığı takdirde hukuk mesleğinde ne tarafsızlık sağlanabilir, ne de adalet gerçekleşir. Gerek dıştan herhangi bir kişi ya da kurumdan gelebilecek muhtemel baskı, tehdit ve telkinler ya da insan nefsine cazip gelebilecek çeşitli menfaatler, gerekse insanın iç dünyasında, adalet terazisini sarsacak ölçüde oluşabilecek ön yargı, düşmanlık ve aşırı sevgi gibi duygular karşısında, hür ve sarsılmaz bir iradeye, sağlam bir ahlaki bilince sahip olmayan hukukçunun vicdan ve irade kaleleri her an teslim alınma tehlikesiyle karşı karşıyadır. İşte hukukçunun eğitimi, bu kapsam ve ciddiyette ele alınmalıdır.

Kısaca, sağlam, bağımsız ve hür iradeli insan yetiştirmeyen bir eğitim sistemi, ahlaki temelden yoksundur ve hukuk mesleği için iyi insan yetiştiremez. Ülkemizde iyi hukukçular yetiştirmek isteyen yöneticiler, iyi insan yetiştirmek, bunun için de iyi bir eğitim sistemi oluşturmak zorunda olduklarını bilmelidirler.

3) Eğitimde Felsefî Boyut; Nasıl Bir Eğitim Nasıl Bir İnsan?

Eğitimin tanımı ve işlevine bakıldığında, onun sıradan bir iş olmadığı, aksine ciddi ve hayati önem taşıyan bir iş olduğu anlaşılmaktadır. Yanlış dokunan bir kilimin, yanlış yapılan bir mobilyanın ya da yanlış inşa edilen bir binanın düzeltilmesi ya da yıkılıp yeniden yapılması mümkündür. Bunun insana maliyeti maddi nitelikte olup kısmidir. Ancak insanın yanlış yetiştirilmesinin maddi ve manevi maliyeti büyük olduğu gibi, telafisi de mümkün değildir. Bu nedenle eğitim işinin felsefi boyutuyla ve ciddi olarak ele alınması gerekir.

Eğitim felsefesi, bir kişi ya da kurumun eğitim sorunları hakkında bilimsel verilere dayalı belirli bir anlayışının bulunması, ahlak ile ilgili konularda doğru düşünce ve tasarımlarının olması demektir. Eğitim felsefesi/politikası; eğitim işini, eğitimle ilgili konuları, eğitim-öğretim kuramları ile uygulama arasındaki ilişkiyi, eğitimin hedeflerini, yöntemlerini sorgulayan bir düşünce faaliyetidir. Eğitimde ulaşılmak istenen doğruları gösteren ilke ve değerler bütünüdür.

---

[496] Hasan Ali Yücel, İyi Vatandaş İyi İnsan.

Eğitimle felsefe arasında nasıl bir ilişki olabilir, eğitimin felsefi boyutu var mıdır, ya da felsefi bir temele dayanmayan bir eğitim modeli var mıdır, şeklinde sorular akla gelebilir. Eğitim sistemi ile insan modeli arasında doğrudan bir bağlantı vardır. 'Nasıl bir eğitim' sorusu, 'nasıl bir insan istiyoruz' ve 'nasıl bir toplum istiyoruz' sorularına verilecek cevaplarla ilgilidir. Bu bize, eğitimin felsefi boyutunun olduğunu gösterir.

Bir toplumun kendisine özgü bir eğitim felsefesi olmalıdır. İnsan ve onun eğitimini, felsefi derinlikten ayrı düşünebilmek mümkün değildir. Kendi felsefesi olmayanlar ve kendi beyinleriyle düşünüp, kendi toplumunun değer ve gerçeklerini görmeyi başaramayanlar, güya felsefeyi tenkit ve inkâr ederken, kimliklerini bile bilemedikleri gizli güç ve odakların felsefesine dayalı olarak hazırlanmış hayat anlayışlarına, başkalarının çizdiği rotaya göre yaşamaya devam ederler. Belki farkında bile olmadan onların tasarladığı eğitim modelini alırlar ve onların sunduğu hayatı yaşarlar.

İnsan denilen varlığın, sosyalleşme ve gerçekten insan olabilmesi eğitimle başlar, onunla gelişir ve devam eder. Her insanın bir amacı, kendine göre oluşturulmuş değerleri, inançları ve yaşantıları ile ortaya çıkan bir hayat tarzı vardır. Bütün bunlar sayesinde hayatı anlar, yorumlar ve yeni değerler katar. Felsefe, hayata bir bakış açısı, bir dünya görüşüdür; varlığın, kâinatın özünü araştıran ve olayların temeline inmek isteyen bir anlayıştır.[497]

Felsefe; sevgi, hikmet, bilgi, bilgelik anlamına gelmektedir. Eğitim felsefesi, eğitimin amacı, doğası ve içeriğine ilişkin çalışmalarla ilgilenir. Felsefe olayların temeline, varlığın özüne inmek ister. Aristo felsefeyi; 'ilk nedenlerin bilimi' olarak tanımlamıştır. İlk nedenler ise, varlığı var kılan temel ilkelerdir. İnsanlar gibi devletlerin de belirli felsefeleri vardır. Devletler; eğitim, kültür, ekonomi, güvenlik, sağlık gibi bütün kamu hizmetlerine bu felsefi açıdan bakar ve amaçlarını gerçekleştirmeye çalışırlar.

İnsanın eğitimi, doğduğu andan itibaren, her ailenin ve her toplumun kendi kültürü, değerleri, alışkanlıkları, dünya görüşü ve temel kabulleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Yeni doğan çocuk, anne baba ile kardeşlerden oluşan aile ortamının havasını teneffüs etmeye başlamakta; onların konuşma, oturma-kalkma, yeme-içme ve çalışma gibi bütün davranış ve alışkanlıklarından etkilenmekte, kişiliği bu ortamda oluşmakta, iyi-kötü, güzel-çirkin, doğru-yanlış, temiz-pis, günah-sevap gibi anlayış ve davranış kalıplarının temeli, doğrusu ve yanlışıyla ailede atılmaktadır.

Toplumsal kültürün somutlaştığı ailede başlayan bu eğitim, planlı, düzenli ve resmi bir eğitimin yapıldığı okullarda devam eder. Bu eğitim süreci içinde çocuklar, her geçen gün yavaş yavaş biçimlendirilir. Buradaki biçimlenme, düşünce, söz ve davranış boyutunda ve zaman içinde kendini gösterir. Düşünce, söz ve davranış düzeyinde insanı biçimlendirmeye yönelen her eğitim anlayışının temelinde ise bir felsefi görüş vardır.

Bu nedenle yeni bir eğitim modeli arayışının olduğu her yerde, bu arayış içinde olanların ifade etmek istedikleri şey, 'mevcut eğitim sisteminin, onların istediği

[497] Yrd. Doç. Dr. Muammer Ergün, Eğitimin Felsefi Temelleri.

insan ve toplum tipini yetiştirmeye elverişli olmadığı, kendi istedikleri insan ve toplum tipini yetiştirecek eğitim sisteminin uygulamaya konulması gerektiği' düşüncesidir. Bu düşünce, aslında geleceği yeniden tasarlama ve biçimlendirmeye yöneliktir.

Nasıl bir insan istiyoruz, sorusuyla doğrudan doğruya bağlantılı olan ve felsefi düşünceden bağımsız ele alınması mümkün olmayan diğer bir soru ise, 'insan nedir' sorusudur. Felsefi nitelikli bu sorunun cevabı da felsefidir. Ancak aileler, okullardaki eğitimin nasıl bir felsefi temele dayandığını genellikle araştırmaz, sorgulamazlar. Çocuklarının, 'nasıl bir toplum projesi' için 'nasıl bir insan' olarak yetiştirilmekte olduğunu çoğunlukla bilmezler.[498]

Bu bilinçsizce sürüp giden, sormayan, sorgulamayan davranış biçiminin ahlaki yönden büyük sorunlar doğurduğunu belirtmek gerekir. Çünkü ahlak, aynı zamanda 'bilinçli davranışlar bütünü-dür.' Bilinçli olmayan, sorgulamayan bir davranışın olduğu yerde ahlakilik yoktur. O halde çocuklarımıza belirli davranış kalıplarının sunulduğu ve onların her yönden biçimlendirildiği eğitim faaliyetinin, hangi felsefi düşünceye dayandığının, hangi hayat modelinin ürünü olduğunun sorgulanmaması, ciddi bir ahlaki sorundur.

Bu çerçevede çocukların, aile başta olmak üzere ilköğretim ve ortaöğretimde; hukuk mesleği adaylarının da hukuk fakültelerinde, şekil ve içerik yönünden değerler düzenine, toplumun amacına bilimsel düşünceye, evrensel hukuka ve aklıselime aykırı düşen eğitim sistemini sorgulamamak, yanlışlarını görememek, bilememek ya da bildiği halde gereken çözüm yollarına başvurmamak, ahlaki olmayan bir davranıştır. Eğitimin amacını, hangi felsefi düşünceye dayandığını, metot ve yöntemlerini sorgulamak, araştırmak ve irdelemek ve bu konulardaki yanlışları düzeltmek ahlaki bir görevdir.

4) Eğitimin Öğretimden Farkı

"Eğitim, eğriyi kırmadan doğrultma sanatıdır.
Eğitim kafayı geliştirmek demektir, belleği doldurmak değil." (Mark Twain)

Eğitim ve öğretimin yukarıda yapılan tanımlarından anlaşılacağı üzere eğitim ve öğretim birbiriyle ilişkili ama daha farklı kavramlardır. İnsanların, sorumluluk duygusunu gerçek anlamda kavrayabilmesi ve benimseyebilmesi için öğretim yeterli değildir. Bunun için mutlaka eğitim gereklidir. Eğitim, öğretimden önce gelir ve öğretime göre daha kalıcıdır. Öğretim, insanı bilgilendirmek-tir. Bilgi ise kendi başına kutsal değildir.

"İyiliğin bilgisine sahip olmayana bütün diğer bilgiler zarar verir." (Montaigne)

[498] Atalay Girgin, İnsanın Eğitimi.

Toplumun huzur ve güvenini bozmaya yönelik bazı eylemleri yapan insanların bir kısmının ya üniversite öğrencisi, ya da üniversite mezunu olması bunun en açık göstergesidir. Yani onlar bir şeyler öğrenmiş ama eğitilememişlerdir. Yine dünyada binlerce sivil insanın ölümüne neden olabilecek silahları kullananlar, diğer insanlara göre üstün bilgilere sahip kişilerdir. O halde bilgi öğretmek ya da aktarmak eğitim için gerekli ama asla yeterli değildir.

IV. HUKUKÇUNUN EĞİTİMİ

1)Hukukçunun Eğitimi Kavramı

Hukukçu, hukuku kendisine meslek edinen ve hukukla uğraşan kişilerdir. Hukuku kendisine meslek edinenler; hâkim, savcı, avukat, noterler; hukukla uğraşanlar da hukuk alanında akademik çalışma yapan kişiler, bilim adamlarıdır.

Eğitimin tanımı; daha önce belirtildiği gibi insanın, bilgi ve ahlaki erdemler yönünden yetiştirilmesi ve geliştirilmesi olduğuna göre, hukukçunun eğitimini tanımlamak daha da kolaylaşmış olmaktadır. Buna göre hukukçunun eğitimi, hukuku meslek edinen ve hukukla uğraşan kişilerin, hukuk bilgisi ve ahlaki erdemler ve değer bilinci yönünden yetiştirilmesi ve geliştirilmesidir.

2)Hukukçunun Eğitimini Sistem Bütünlüğü İçinde Ele Almak

Hukukçunun eğitimi, aslında genel olarak insanın eğitimi demek olduğundan hukukçunun eğitimini, toplumdan ve toplumun en küçük birimi olan aileden, ilk ve ortaöğretim sisteminden ayrı ve bağımsız düşünmek mümkün değildir. Çünkü ileride hukuk fakültelerinde okuyacak öğrencilerin kültür ve ahlak alt yapısının temeli aile, ilköğretim ve ortaöğretimde atılmaktadır. Bu kurumlarda eğitim konusunda yapılacak yanlışlıklar, eğitimin sonraki aşamalarına intikal etmekte ve dolayısıyla hukuk eğitimini de olumsuz yönde etkilemektedir. Demokratik hukuk devletlerinde toplumun en temel kurumlarından biri olan hukuk sistemi içinde hukuk mesleğini yürütecek olan ya da hukuk dalında akademik çalışma yapacak hukukçuların çok iyi eğitilmeleri hayati bir önem taşıdığından, hukukçunun eğitiminin, bir sistem bütünlüğü içinde ele alınarak buna göre gerekli çalışmalar yürütülmelidir.

Prof. Gürkan, hukukçunun eğitimindeki bazı aksayan yanların, tek başına yapılacak bölük pörçük çalışmalarla düzeltmeye çalışmak yerine, bu konuda sistem yaklaşımının benimsenmesi gerektiğini, böyle yapılması halinde doğru sonuçlara ulaşılmasının mümkün olacağını söyler. Ona göre; sistem yaklaşımında öncelikle sistemde yer alan bütün boyutların (örneğin, hukukçunun da bir insan olduğu, insanın eğitimi ile ilgili bütün sosyal kurumlar; aile, ilk ve ortaöğretim aşaması, sosyal çevre, üniversitelerin yapısı/hukuk fakülteleri ve adalet meslek yüksek okulları; hocaların eğitimi/akademik ahlakın) masaya yatırılması gerekir. Bu çalışmalar yapılırken sistemin bütün aşamalarını temsil edecek bir grup oluşturulması ve çalışmaların gruplar halinde bilimsel bir yaklaşımla sürdürülmesi gerektiğini belirten Prof. Gürkan, sistemin yalnızca bir boyutunu temsil eden

grupların, masa başında eğitim reformu yapma girişim ve çabalarının sisteme fazla bir katkısı olamayacağını savunur.[499]

Hukuk eğitiminde etiksel boyut, hukukçu-insanın eğitiminin bütün aşamalarında uyulması gereken etik değerleri ve ilkeleri ifade eder. Bu aşamalardan her birinin diğerleriyle sıkı bir ilişki içinde bulunması nedeniyle, herhangi bir aşamada var olan ya da ileride ortaya çıkacak yanlışlık, eksiklik ve etik dışı durumların düzeltilmesi, ancak bütüncül bir yaklaşımla mümkündür. O halde hukuk eğitiminin aşamaları nelerdir?

Hukukçunun Eğitiminin Aşamaları

Hukuk eğitimi, sadece 4 yıllık fakülte eğitiminden ibaret değildir. Hukuk eğitimi, farklı aşamalardan oluşan belirli bir süreci gerektirir. Bu sürecin aşamalarını üçe ayırabiliriz; Birinci aşama, hukuk Fakültesi öncesi hukuk eğitimi, ikinci aşama, hukuk fakültesi eğitimi, üçüncü aşama ise, hukuk fakültesi sonrası hukuk eğitimidir.

a) Hukuk Fakültesi Öncesi Hukuk Eğitimi: Fakülte öncesi hukuk eğitimini de iki bölüme ayırabiliriz; Birincisi, genel hukuk kültürü, vicdan ve ahlak eğitiminin verileceği ilköğretim ve ortaöğretim aşaması, ikincisi, ailede hukukçu için gerekli olan vicdan ve ahlak eğitimidir.

b) Hukuk Fakültesindeki Eğitim: Hukuk fakültelerinde verilen 4 yıllık lisans eğitimidir. Bu lisans eğitimi için üniversite ve fakültenin yönetim anlayışı, öğretim elemanlarının sayı ve kalitesi, ders programı/ders kitapları, öğretim yöntemi en verimli sonucu alacak ve ihtiyacı karşılayacak biçimde belirlenmelidir.

c) Hukuk Fakültesi Sonrası Hukuk Eğitimi: Fakülte sonrası hukuk eğitimini de; hukuk mesleğini (hâkimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik) tercih edenler için; meslek öncesi **staj eğitimi** ve mesleğin devamı süresince **meslek içi eğitimi**, akademik düzeyde hukukla uğraşanlar için lisansüstü eğitim, yani yüksek lisans ve doktora hukuk eğitimi şeklinde sınıflandırılabilir.

Hukuk eğitiminin, bir sistem bütünlüğü içinde birbirleriyle bağlantılı olan bütün bu aşamaların tasarlanması ve işleyişinde etik ilkeler göz önünde bulundurulması gerekir. Hukuk eğitiminin, fakülte öncesi dönem, fakülte dönemi ve fakülte sonrası dönemden oluşan aşamalarının birbiriyle sıkı bağlantı içinde olması nedeniyle, hukuk eğitimi konusunda yapılacak çalışmaların, sistemin bütün aşamalarını temsil edecek uzmanların katılımı ile yapılması gerekir. Nasıl bir hukukçu yetiştirmek istediğimiz, sistem bütünlüğü içinde yapılacak tasarımlarla ortaya çıkar. Hukuk eğitiminin kalitesine yönelik yapılacak tasarımların, örneğin sadece fakülte dönemine ilişkin bir çalışmayla sınırlı kalması halinde, arzu edilen sonucun alınması mümkün değildir.

3) Hukukçunun Eğitiminin Kapsamı Sorunu

> "Ruhlar (ahlaki ve manevi duygular) uyanmadıktan sonra üniversiteler, yollar, trenler, hastaneler neye yarar" (Mahatma Gandi)

---

[499] Prof. Dr. Tanju Gürkan, Hukuk Öğretiminin ve Hukukçunun Eğitiminin Değerlendirilmesi.

Hukukçunun eğitimi denildiğinde ilk önce, şüphesiz ki hukuk fakültelerinde verilen 4 yıllık hukuk öğretimi akla gelmektedir. Hukuk eğitimi konusunun tartışıldığı yerlerde ve ortamlarda genellikle 4 yıllık hukuk eğitim ve öğretiminin gündeme geldiğini görmekteyiz. Hukuk mesleği ve yargı düzeni içinde var olan etik dışı davranışlardan kaynaklanan bütün sorunların çözümü konusunda, genellikle hukuk fakültelerindeki 4 yıllık hukuk eğitim ve öğretimi ele alınıp tartışılmaktadır. Tartışılan konular da bu öğretimin süresi, metodu, hukuk fakültelerinin sayısı, okutulan dersler ve içerikleri, öğretim üyelerinin sayı ve yetkinlik bakımından yeterli olup olmadığıdır.

Şüphesiz ki lisans düzeyinde yapılacak hukuk öğretimi yönünden bu konular önemlidir. Ancak hukuk mesleği gibi etiksel temele dayalı bir görevi yürütecek insanların, bu meslek için hayati önem taşıyan özgür bir iradeye, sağlam bir vicdan ve kişiliğe sahip olmak, adil olmak, tarafsız ve dürüst olmak gibi ahlaki erdemlerle donatılması için gerekli ahlak eğitim ve terbiyesinden; bu eğitim ve terbiyenin temellerinin atıldığı aile ve onu tamamlayan okul (ilköğretim ve ortaöğretim) eğitiminden pek söz edilmemektedir. Hâlbuki hukuk mesleğinde karşılaşılan sorunların en başta geleni, insan unsuru ve onun eğitimiyle ilgilidir. Hukukçunun da bir insan olduğu, iyi bir hukukçunun aslında iyi bir insan olması gerektiği, iyi insan ise ancak iyi bir aile, okul ve çevre eğitimiyle yetiştiği bilinmelidir.

Bu nedenle hukukçunun eğitimini, 4 yıllık fakülte eğitim ve öğretimiyle sınırlandırmak, daha işin başında eğitim gibi önemli bir konunun, dar bir bakış açısıyla ele alınması demek olur ki bu, eğitim biliminin verilerine uygun olmadığı için bilim ahlakına da aykırı bir anlayıştır. Bilindiği gibi eğitim bilimi (pedagoji), eğitim ve öğretimi kurallara bağlayan bir bilim dalıdır. Başka bir ifadeyle pedagoji, öğretme sanatı, uygulaması veya mesleği için gerekli bilgi ve becerileri kazandıran bilim koludur.[500] Eğitim biliminin (pedagoji), insan eğitim-öğretimi konusunda ortaya koyduğu temel ilke, eğitimin, çocuğun doğumundan itibaren başlaması gereken bir faaliyet olduğudur.

Fakülte öncesinde gençlere ne ailede, ne de ilk ve orta öğretim döneminde ciddi ve yeterli bir vicdan, ahlak ve karakter eğitimi verildiği söylenemez. Hukuk fakültelerinde 4 yıllık öğretim süresi içinde de, hukukçu adayı olan öğrencilere, hukuk bilgisi yanında onların ihtiyacı olan vicdan, ahlak ve karakter eğitimi verilmemektedir. Kaldı ki; ailesinde, ilk ve ortaöğretim döneminde yani fakülte öncesi aşamada gerekli vicdan ve ahlak eğitimi almayan gençlerin, fakülte eğitimi aşamasında bu eğitimi almalarının pedagojik açıdan çok etkili olmayacağı bilinmelidir.

4) Hukukçunun Eğitimine İnsanın Eğitimi Çerçevesinde Bakmak

Hukukçunun eğitiminin, sadece 4 yıllık hukuk eğitim ve öğretiminden ibaret görülmesi doğru değildir. Çünkü hukuk mesleği, sadece hukuk bilgisiyle icra edilebilecek bir iş değildir. Hukuk mesleğini yürütenler yani hâkim, savcı, avukat ve noter her şeyden önce birer insandır. İnsanın eğitimi ise, doğumundan itibaren

[500] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

başlar, hayatı boyunca devam eder. O halde hukukçunun eğitimi, genel olarak insanın eğitiminden ayrı düşünülemez. Yani hukukçunun eğitimi, insanın eğitimi olarak ele alınmalıdır.

Hukuku meslek olarak seçen ve hukukla uğraşan kimselerin, yani hukukçuların eğitiminde iki durum karşımıza çıkmaktadır. **Birincisi**, hukukçunun yeterli hukuk bilgisine sahip olması, **ikincisi** ise, yüksek ahlaki erdemlerle donanımlı ve sağlam ahlaki bilince sahip olmasıdır. Bunlardan biri olmadan diğeri tek başına yeterli değildir. Yeterli bir hukuk bilgisi olmadan sadece ahlaklı olmanın, ahlaklı olmadan da sadece hukuk bilgisi bulunmasının hukuk mesleği için yeterli olamayacağı açıktır. Her ikisi de birbirinden ayrılması mümkün olmayan özelliklerdir. O halde, iyi bir hukuk eğitimi, iyi hukukçuyu yetiştirecek, yani hukukçunun yeterli hukuk bilgisine ve ahlaki bilince sahip olabildiği bir eğitim düzenini ifade eder. Bu nitelikleri birlikte taşımayan insan eğitimi ve dolayısıyla hukuk eğitimi etik ilkelerden uzak bir eğitim biçimidir.

V. GENEL OLARAK İNSAN VE EĞİTİM

"Geleceğe yönelik planınız bir yıl için ise pirinç ekin, on yıl için ise ağaç dikin, yüz yıl için ise insanları eğitin" (Huang Che)

1) Ülkemizde Genel Olarak İnsan Unsuru Açısından Ciddi Eğitim Sorunları Vardır

Bugün ülkemizin genel olarak bütün sorunlarının, büyük ölçüde insan unsurundan kaynaklandığı söylenebilir. Hukuk ve yargı sorunları daha çok insan unsuruyla ilgili olduğu gibi, trafik kazalarının tamamına yakınının sürücü hatalarından kaynaklanması, ülkemizde inşa edilen binaların birçoğunun orta şiddetteki depremlerde bile yıkılarak ölümlere, yaralanmalara ve maddi zararlara neden olması, ülkemizde genel olarak insan unsuru açısından ciddi sorunlar olduğunu göstermektedir.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun 2013 verilerine göre; ülkemizde karayolu trafiğinde meydana gelen kazalar; %97 oranında sürücü kusuru, %1 oranında yolcu kusuru ki, toplam olarak %98 oranında insan (sürücü+yolcu) kusurundan kaynaklanmaktadır.[501]

Trafik kazalarının nedenlerine bakıldığında; çoğunlukla aşırı hız, geçiş kurallarına uymama/hatalı sollama), yakın takip, uykusuz, dikkatsiz ve alkollü olarak araç kullanma, kavşaklarda geçiş önceliğine uymama, kırmızı ışık ihlali, emniyet kemerinin kullanılmaması olduğu görülmektedir. Bütün bunlardan, kazaların insan unsuruna dayandığı; trafik kazalarına büyük ölçüde sürücülerin yaptığı kural ihlallerinin neden olduğu (%97), buna yaya ve yolcuların neden olduğu kazalar da eklendiğinde (%1) bütün kazaların %98'inin insan unsurundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. İnsan unsuruna dayanan bu kazaların, trafik kuralı bilgisi eksikliğinden değil, kural bilindiği halde uygulamamaktan, yani eğitim eksikliğinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Çünkü örneğin aşırı hızın,

[501] Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) Trafik Kaza İstatistikleri, 2013.

hatalı sollamanın, alkollü, yorgun ve uykusuz araç kullanmanın tehlikeli olduğunu ve bir kazaya neden olabileceğini her sürücü bilir. Ancak bildikleri halde bu kuralları ihlal ederler. İşte insan unsurundaki sorun da buradadır.

Türkiye'de yaşanan depremlerle ilgili ortaya çıkan bilimsel veriler de benzer sonuçları işaret etmektedir. Ülkemizde şimdiye kadar yaşanan ve büyük kayıplar verdiğimiz depremlerle ilgili yapılan bilimsel incelemelerde; deprem bölgelerinde bulunan binaların büyük bir bölümünün (%92) potansiyel deprem riski taşıdığı belirlenmiştir. Ülkemizde yaşanan depremlerde büyük kayıplara neden olan faktörler teknik olarak ele alındığında; beton ve donatının standartlara uygun olmaması, işçilik düzeyinin düşük olması, taşıyıcı sistem düzenlemesindeki yanlışlıklar, yapı yerinin zemininin incelenmemesi ve zemine uygun temel ve yapı sistemi oluşturulmaması, yönetmelik ve standartlarda belirtilen yapısal ayrıntılara dikkat edilmemesi, statik ve betonarme hesaplarda yapılan hatalar şeklinde görülmektedir.[502] Bu faktörlerin hemen hepsi insan unsuruyla ilgilidir.

Yapılan tespitlere göre, ülkemiz topraklarının büyük bir bölümü deprem riski taşımakta olduğu, binaların yapıldığı alanların zemin ve fizikî yapı olarak yerleşime uygun olmadığı, teknik ölçülere uygun olarak yapılmadığından binlerce binanın yıkıldığı, on binlerce insanın ölümüne, binlerce insanın yaralanmasına, çok büyük maddi zararlara neden olduğu, kısaca inşaat sektöründe başıboşluk hüküm sürmekte olduğu bilindiği halde, bugüne kadar yetkili kişi ve kurumlar tarafından ciddi tedbirlerin alınmaması, yapı denetimiyle görevli kurumların, bu görevlerini tam olarak yerine getirmemeleri, büyük ölçüde insan unsurundan kaynaklanan sorunlar olarak karşımızda durmaktadır.[503]

Daha başka örneklerle de ifade edilmesi mümkün olan bu sorunların, insanlardaki bilgi eksikliğinden çok, eğitimsizlikten; vicdan ve ahlaki bilinç eksikliğinden ortaya çıktığı belirtilmelidir. İnsan unsurundan kaynaklanan bu vicdani ve ahlaki sorunların çözümü ise, ancak insandaki bu eksikliğin giderilmesiyle gerçekleşebilir. Kısaca, genel olarak her meslek alanında görülen sorunların odak noktasında, insanımızın yanlış eğitilmesinin olduğu söylenebilir.

2) İnsanın Eğitilmesi Mümkün müdür?

Eğitim kavramına verilecek anlama göre bu soruya cevap verilebilir. Eğitimin, bir kuşaktan diğer bir kuşağa kültür aktarma faaliyeti olarak geniş anlamda tanımlanması halinde böyle bir soru gereksiz sayılabilir. Çünkü insan şüphesiz ki, hayatta şu ya da bu şekilde bazı şeyler öğrenecektir. İnsanların, hayvanlar gibi doğal içgüdüleri ile yaşaması beklenemez. Ancak eğitimi, insanda yüksek karakter, sağlam vicdan ve güzel ahlak oluşturma süreci ve faaliyeti olarak tanımlarsak o zaman bunun mümkün olup olmayacağı konusunda bir tartışma anlamlı olabilir.

İnsan için eğitimin gerekli olup olmadığı konusundaki tartışmaların tarihi eskilere dayanır. Aristo, J. Rousseau, J.Locke gibi bazı ünlü düşünürler insanın, kendisine verilen her türlü bilgiyi, ahlakı almaya müsait boş bir levha, her türlü

[502] Yrd. Doç. Dr. Ali Ergün, 23 Ekim 2011 Tarihli Van Depremi Raporu.
[503] Mithat Coşkun, M. O. Başkanı, Deprem Gerçeği.

ekim yapılmaya uygun bir tarla olduğunu söylerken, Schopenhauer ve Goethe gibi düşünürler de eğitimle insanda hiçbir şeyin değişmeyeceğini ileri sürmüşlerdir.[504]

Ancak eğitim ve ahlak ile ilgili düşünürlerin büyük çoğunluğu, her doğan çocuğun, doğuştan temiz olduğu, yani doğuştan suçlu olmadığı, ancak hem iyi hem de kötü davranışta bulunmaya yetenekli olduğu, yani her iki yöne de eğilim gösterebilecek yapıda olduğunu ifade etmişlerdir. Ünlü ahlak düşünürü Kınalızade Ali Efendi bu konuda şöyle der: "Çocukların anlama yeteneği, sade ve yalın olması nedeniyle her iki yöne (iyiliğe ve kötülüğe) açıktır" [505]

İnsanın eğitimi, insanın tanımı ve varlık yapısının özellikleriyle ilişkili bir konudur. Bilindiği gibi insanın varlık yapısı ve tabiatı, insanın doğuştan gelen özellikleridir. Bu özellikler tarihin eski çağlarından günümüze kadar değişik tartışmalara konu olmuştur. Tarihi süreç içinde insanı doğuştan suçlu gören görüşler ve inanışlar ortaya çıkmıştır.

İnsanın tanımı ve evrendeki konumunun anlaşılmasında bugün farklı ahlaki yaklaşım tarzları söz konusudur. Ancak insan davranışlarını inceleyen ahlak felsefesinin temel kavramlarından olan **iyi** ve **kötü** konusunda ortaya atılan görüşler, büyük bir karmaşa yaratmıştır. Örneğin insanın doğuştan iyi veya kötü olduğu konusunda ileri sürülen görüşler çeşitli yönlerde insanlığın tarihini etkileyen kararların kaynağı ve dayanağı olmuştur.

a) Bunlardan insanın doğuştan kötü olduğunu iddia eden görüşler, insanın doğasının aslında kötü olduğunu, kötülüğün insanın içinde kök saldığını ve sökülüp atılamayacağını, bu kötülüğü sınırlamak için bir takım kuralların gerekli olduğunu ileri sürmüşlerdir. İnsanların doğuştan kötü ve günahkâr olduğuna ilişkin inancın dinsel kaynağı Hıristiyanlıktır. Bilindiği gibi Hıristiyanlık, insanı doğuştan suçlu ve günahkâr olarak tanımlar.[506] İnsanın doğasının (tabiatının) kötü olduğu iddiasının bir başka boyutu, 'insanın bir çeşit hayvan olduğunu' söyleyen biyolojik temelli görüştür. Bu görüşe göre, insan bir tür hayvandır ve bütün hayvanlar hayatta kalmak için ihtiyaç duyduğu şeyleri elde etmeye çalışır. Bunun için gerekirse başkalarını öldürür.

Bu görüşün katı ifadesini, 'insan insanın kurdudur' diyen Hobbes'te görmekteyiz. Bu anlayış, 'herkesin herkese karşı savaşı' demek olduğundan, herkesin herkesle savaşını önlemek için, abartılı bir devlet gücüne dayalı yeni bir toplumsal yapı gerekir. Bu iki görüş, yani 'insanın doğuştan günahkâr/kötü olduğu' ve 'insanın bir çeşit hayvan olduğu' yönündeki görüşler, sonuç olarak insanın doğası (tabiatı) ile kötülük kavramı arasında doğrudan bağlantı kurmaktadır. [507] İnsanın doğuştan kötü olduğu ya da bir tür hayvan olduğunun kabul edilmesi halinde, onun eğitilmesinin de söz konusu olamayacağı, insan için eğitimin anlamsız kalacağı sonucuna varılır ki bu anlayışın, insanı bütün özellikleriyle tanıyamamaktan doğduğu söylenebilir.

---

[504] Prof.Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[505] Kınalızade Ali Efendi, Ahlak-ı Alâi.
[506] Prof. Dr.Yasemin Işıktaç, Hukuk-Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler.
[507] Prof. Dr.Yasemin Işıktaç, Hukuk-Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler.

b) Bazıları da insanların doğuştan iyi olduğunu, dış çevre şartlarının insanları kötülüklere sürüklediğini, ancak bu durumun geçici olduğunu, bu şartlar düzeltildiği takdirde insanların kötülükten kurtulacağını iddia etmişlerdir.

c) Bazıları ise, insanların doğuştan hem iyi hem de kötü eğilimleri birlikte taşıdıklarını savunmaktadır.

İnsanın doğuştan iyi ya da doğuştan kötü olduğuna ilişkin görüşlerin her ikisi de yanlıştır. İnsan davranışında asıl olan belirsizliktir. Bu nedenle de ahlaki davranış garantilenemez.[508] Yani insanlar, doğuştan iyilik ve kötülük eğilimlerini birlikte taşırlar. İnsanların tümü için doğuştan iyidir veya kötüdür demek doğru değildir.

İyi ve olumlu bir ortam; aile, okul, sosyal çevre, insandaki kötü eğilimlerin ortaya çıkışını bir ölçüde engeller. Aynı şekilde olumsuz ortam da iyi eğilimlerin ortaya çıkışını engeller. Bu bakımdan insan davranışlarına yön verecek ahlak eğitim ve terbiyesine, bu eğitimle elde edilen ahlaki kazanımların devamı için uygun bir sosyal çevreye ihtiyaç vardır.

Bu ahlak eğitimi ve onun sürekliliği için uygun sosyal çevre ihtiyacı, insan kalbinin ve düşünce yapısının değişken olmasındandır. Bu değişme **iyi** yöne olabileceği gibi **kötü** yöne de olabilir. Bu değişmeye, aile ortamı, okul, sosyal çevre, eğitim yöntemleri gibi asli unsurlar etken olduğu gibi, zenginlik, fakirlik, hastalık ve diğer sıkıntılar gibi yan unsurlar da etkili olabilmektedir.[509]

Bu görüş, iyi bir eğitim sonucunda gerekli ahlaki erdemlere sahip olan kişiyi, toplumsal hayat içinde daima iyi insanlarla birlikte olmak, kötü kişilerle ilişkiye bir sınır koymak, kendisini bilimsel ve fikri çalışmalara vermek suretiyle, elde etmiş olduğu ahlaki erdemleri korumak için sürekli bir çaba gösterme düşüncesine yönlendirir. Bu anlayış aynı zamanda insanın hayatını sürdüreceği sosyal çevrenin, eğitim açısından ve eğitimle elde edilecek kazanımların korunması açısından önemli olduğunu göstermektedir.[510]

3) İnsan Eğitilmesi Gereken Bir Varlıktır

Hiçbir insan doğuştan 'tam iyi' olmadığı gibi 'tam kötü' de değildir, dedik. Her insan, doğuştan potansiyel olarak hem iyilik ve hem de kötülük yapabilme eğilimi taşır. İnsanın, küçük yaşlardan itibaren karşılaştığı bazı olumlu ya da olumsuz şartlar, insandaki bu potansiyel güçlerin ortaya çıkmasına, harekete geçmesine, güçlenmesine neden olabilir. İşte insanlara özellikle çocukluk yaşından itibaren verilecek eğitimin önemi bu noktada kendini göstermektedir.

Eğitim ve ahlaki terbiye faaliyeti ile çocuklarda iyi davranışların meleke yani alışkanlık haline getirilmesi gerekmektedir. İnsan, ahlaki yönden olgunlaşmadan, eğitime tabi tutulmadan; onda sağlam bir vicdan ve karakter yapısı oluşmadan kendisini doğasının akışına bırakacak olursa, onda doğuştan var olan kötülük yapma eğilimi güç kazanır ve insana kötü ahlaki davranışlar, hayvani duygular hâkim olabilir. İnsan, düşünme ve iyiyi kötüden ayırt etme yetisiyle hayvanlardan ayrılır. Bu farklı özelliğini kullanmazsa, davranışlarında hayvanlara benzemeye başlar;

---

[508] Prof. Dr.Yasemin Işıktaç, Hukuk-Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler.
[509] Maverdi, Edebüd-dünya; aktaran: Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[510] Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.

varlık yapısında ve doğasında ham madde olarak var olan şehvet, hırs, ihtiras, kin, öfke duyguları, hiçbir denetime tabi tutulmadan bütün varlığını kuşatır; davranışlarına yön verir.[511]

"Hırs, bir sandalın yelkenini şişiren rüzgâra benzer; fazlası gemiyi batırır, azı da gemiyi olduğu yerde tutar." (Woltaire)

Günümüzde; 'yeni eğitim' veya 'aktif eğitim' metotları adı verilen bir kısım eğitim yöntemleri gelişmiştir ki bunlar, iyi-kötü şeklindeki ahlaki ikiciliği (düalizmi) inkâr etmekte, eğitim ve ahlaktan amacın, çocuğun sadece doğal eğilimlerini geliştirmekten ibaret olduğunu ileri sürmektedirler. Özellikle fikri ve ahlaki karmaşanın yoğun olarak yaşandığı çağımızda bu eğitim anlayışları, biyolojik yapı, zihinsel yapı, ruhsal/duygusal yapı şeklinde üç yönlü olan insanın yapısını, sadece biyolojik yapıyı dikkate alıp tek yönlü olarak kabul eden eski filozofların hatalarını tekrar etmekten başka bir şey değildir.

Bunlardan Bentham, 'ahlaki sınırlar, hayatın dışında ve üstünde şeyler olduğundan insanlara ahlaki sınırlara uymayı değil, bunun aksine insana engel olan her çeşit sınırı ve her çeşit freni kaldırıp atmayı öğütlemelidir' demişti. Hâlbuki sosyolojik ve psikolojik bakış açısı, eğitimin temelinde iyi-kötü şeklindeki ikili bir ilkenin bulunması gerektiğini göstermektedir. Çünkü eğitim, her şeyden önce çocuğu doğal eğilimler aşamasından daha üstün bir aşamaya yükseltmekten ibaret olan sosyalleşmedir.[512] Sosyalleşme, toplumsal hayata uyum sağlamaktır. Bir insanın hiçbir eğitime tabi tutulmadan sırf doğal eğilimleriyle toplumsal hayata uyum sağlaması mümkün değildir.

İnsanın varlık yapısı, onun sadece bilgisinin artırılmasına yönelik çalışmaların asla yeterli olmadığını, aynı zamanda ciddi bir vicdan ve ahlak eğitiminden geçirilmesi gerektiğini göstermektedir. Bilgisi çok ama ahlaki erdemlerden uzak bir insan, bilgisi az olandan daha tehlikeli olabilir. İnsanlık tarihi, bilgi ve teknik yönden ileri düzeye gelmiş nice insan ya da toplumların, vicdan ve ahlaktan yoksun oldukları için insanlığa en büyük kötülük ve zulümleri yaptıklarını göstermektedir.

İyi bir vicdan ve ahlak eğitimi almamış nice bilgili insanlar, diğerlerine en vahşi hayvanlardan bile daha fazla kötülük yapabilmektedirler. Çünkü en vahşi bir hayvanın bile yapacağı şey, daima sınırlıdır. Onlar, doğal içgüdüleri gereğince kendilerinden güçsüz olanları sadece karnı doyuncaya kadar parçalar, yerler; karnı doyunca bir kenara çekilir dururlar. Ancak, ahlaki değerlerden uzak bir insanın yapacağı kötülüğün sınırı yoktur. Onun yapacağı zulüm ve kötülüklerin nerede başlayıp nerede duracağı belli değildir. Çünkü vicdan ve ahlak eğitimi sonucunda kendisinde ahlaki davranışlar bir meleke haline gelmemiş insanlarda, sınırsız ihtiras, şehvet, kin, intikam, para ve mal sahibi olma duyguları hâkimdir. Bütün benliğini bu doğal eğilim ve duygular kuşatmıştır. İşte vicdan ve ahlak eğitimi, insanın varlık yapısında doğal ve ham olarak var olan bu eğilim ve duyguları terbiye eder, onların asgari (en az) ve azami (en fazla) sınırlarını gösterir, onları

[511] Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[512] Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.

diğer insanlara zarar vermeyecek şekilde düzenler ve makul sınırda tutar. Bireylerin sosyalleşmesini ve medenileşmesini sağlar.

Dr.Gilbert Robin gibi eğitimciler, 'çocuğun doğal eğilimlerini kendi kendine geliştirmesini beklemenin ve onu doğal eğilimlerle baş başa bırakmanın yanlış olduğunu, çünkü eğitimin işlevinin, insanların doğal eğilim ve içgüdülerini olduğu gibi ortaya çıkarmak değil, insanı doğal eğilim ve içgüdülerin zararlarından korumak olduğunu; ahlakın normal gelişmesinde doğal eğilim ve isteklerin, vicdanın süzgecinden geçtiğini, insan ve toplum için zararlı olan eğilim ve isteklerin vicdan tarafından frenlendiğini' belirtirler.[513]

a) İnsanın Varlık Yapısındaki İtici ve Frenleyici Güçler

İnsanın eğitiminden söz ederken, onun davranışlarına etkili olan faktörleri dikkate almak gerekir. İnsanın varlık yapısındaki itici ve frenleyici güçler, onun iradi davranışlarında etkili olurlar. Prof. N. Topçu, insan davranışlarına etkili olan itici ve frenleyici faktörler üzerinde önemle durur. İnsanda iradi bir davranış meydana gelirken, onun yapısında iki karşıt güç olarak bulunan **itici** ve **frenleyici** güçler etkili olurlar.[514] Topçu'ya göre; itici güç, insanı davranışlarda bulunma kararına götüren her türlü his ve duygulardır. Öfke, kin, ihtiras, şehvet, sevgi gibi… Frenleyici güç ise, bu his ve duyguları denetim altına alan, onların aşırılıklarını giderip zararlarından koruyan güçtür. Akıl, düşünce, vicdan, ahlaki değerler; sabır, metanet gibi... İnsanın, ahlaki davranışta bulunması için en uygun irade, ondaki itici ve frenleyici güçlerin denge halinde bulunduğu iradedir. Karar verme ve davranışta bulunma sürecinde, insanları karar vermeye götüren ve davranışa yönlendiren itici güçle, değerlendirip düşünerek karar verdiren frenleyici güç arasında denge bulunmalıdır. Bu itici ve frenleyici güçlerden herhangi birinde meydana gelecek bir gevşeme ya da aşırılık, bu dengenin bozulmasına neden olur. Bu dengenin bozulması ise, iradenin sağlıklı işleyişine engel olur. İnsanda frenleyici gücün gevşemesi ve sağlıklı çalışmaması halinde o kişi, yapacağı davranışların neden ve sonuçlarını gereği gibi düşünüp değerlendirmeden ani ve atılganca karar verir. İtici gücün aşırılığında da, yine atılgan davranışlar doğmaktadır. Bu tür insanlar, en önemli davranışlara bile düşünmeden ani karar verirler.

Buna karşılık frenleyici kuvvet aşırı güçlenirse, çekingen ve korkak iradeli insan ortaya çıkar. İtici kuvvetin gevşek olması durumunda da, yine o kişi kararsız ve zayıf iradeli insan haline gelir. Bu tür insanlar, herhangi bir davranışta bulunmak için karar vermekte zorlanırlar. Diğer bir durum ise, insanların itici ve frenleyici gücünün her ikisinin de zayıflamış olması halidir ki, bunlar her bakımdan zayıf ruhlu insanlardır. Bu nedenle ideal bir ahlaki davranış için gerekli olan irade, kendisinde itici ve frenleyici güçlerin denge halinde bulunduğu insanların iradesidir.[515]

İnsanda sağlıklı ve doğru oluşmuş vicdan ve ahlaki bilinç, bir otomobilin sağlam yapılı fren sistemine benzer. Nasıl ki, otomobilin fren sistemi sağlam ve bakımlı

[513] Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[514] Prof. Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.
[515] Prof. Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.

olduğu takdirde içindeki şoför ve yolcuların hayatı güvende oluyorsa, bir insanın vicdanı sağlam ve ahlaki değerlerle donanımlı olduğu takdirde o vicdan, sahibini ahlaki kötülüklerden alıkoyar.

İnsanda sağlam bir vicdan ve yüksek ahlaki bilincin oluşması; ahlaki davranış için gerekli olan itici ve frenleyici güçlerin denge halinde bulunduğu iradenin ortaya çıkması, kendiliğinden olmayıp iyi bir ahlak ve karakter eğitimi faaliyetine bağlıdır.

b) İnsan Bedeni İyi ve Kötü Duyguların Çarpışma Alanıdır.

Prof. Mengüşoğlu, insanın varlık yapısındaki karşıt his ve duyguların özelliklerini farklı bir biçimde dile getirmektedir. Ona göre; insanlarda görülen iyi ve kötü olma; yapıcı ve yıkıcı olma; barışçı ve savaşçı olma; sevme ve nefret etme, adaletli davranma ve zulmetme gibi karşıt duygu ve düşünceler, onların varlık yapısının özellikleridir. İnsanın, değerleri duyma, anlama ve hayatında gerçekleştirme yönü, 'kültür ve medeniyet' denilen tarihsel olguyu meydana getirir. İnsanın varlık yapısı, onda bulunan bu karşıt his ve duyguların bir çarpışma alanıdır. Eğer insan bu şekilde uyumsuz/belirsiz (disharmonik) bir yapıda olmasaydı, o, çayırda otlayan koyunlardan farksız olacaktı.[516] Böyle olunca insan için eğitimin de bir anlamı kalmayacaktı.

İnsan için eğitimin önemi yanında, verilecek eğitimin zamanı ve dönemi de büyük önem taşımaktadır. Tanımlanması zor, sınırları belli olmayan bir özgürlük anlayışının sonucu olarak çocukların eğitimi konusunda güya yansız ve tarafsız bir tutum sergilemek doğru değildir. 'Çocuk büyüsün, kendi ahlak düzenini ve kaynağını seçsin, biz ona karışmayalım' düşüncesi pedagojik ilkelere uygun olmayıp bu tür düşüncelerin yaygın olduğu toplumlar, bu yanlış anlayışın sonucu olarak bugün ahlaki sorunlarla uğraşmaktadır.

"Gençliğin ruhunu, işlenmeyen bir tarla gibi kendi haline bırakırsanız, orada
ısırgandan ve dikenden başka bir şey bulamazsınız." (Snallman)

Eğitilmemiş insan, kontrol altına alınamayan ateş ya da sel suyu gibidir. Vereceği zararın boyutunu önceden kestirmek zordur. Ateş ve sel sularının zararlarından korunmak ve hatta onlardan yararlanabilmek için, nasıl ki düzenlenerek kontrol altına alınması gerekiyorsa, insanı da eğitmek, onların doğal eğilimlerini denetim altına almak şarttır. Eğitimsiz insan; toplum, devlet ve insanlık için en büyük tehlikedir.

Eğitilmemiş insanın, evrendeki yerini, görevini ve konumunu kavrayabilmesi mümkün değildir. Hayatın anlamını kavrama ve yaşadığının farkına varma, eğitilmiş insana ait bir özelliktir. Toplumsal hayatta insanların birbirlerinin haklarına, düşüncelerine saygı duyması, yardımseverlik, doğruluk, dürüstlük, önyargıyı yok etmek gibi iyi davranışların temelinde hep eğitilmiş insan modeli vardır. Einstein'ın, 'insanlardaki ön yargıyı yok etmek, bir atomu parçalamaktan daha zordur' sözü, eğitimin hem önemini hem de zor bir faaliyet olduğunu

[516] Prof. Dr. Takiyettin Mengüşoğlu, İnsan Felsefesi.

vurgulamaktadır. Eğitimsiz insan, hayatın anlamını bilmediği için, hayatı anlamından uzak düzeylerde yaşar. Toplumda huzur, refah ve adaletin gerçekleşmesi, sorumluluk duygusu taşıyan kişilerin varlığına, bu da insanın eğitimine bağlıdır.

İnsan, beden ve zekâsıyla sürekli gelişen ve yetişen bir varlıktır. İnsanlar için dengeli bir çalışma, düşünceli bir çaba gereklidir. Toplumun ve hayatın amaçlarından habersiz olarak doğanların, bunlardan haberdar edilmeleri gerekir ki, bu işe eğitim ve terbiye denir. İnsanları toplum halinde yaşatan ve yeni gelişme ve hamlelere yönelten şeyler, ortak amaçlar, inançlar, ortak anlayışın ürünü olan bilgi ve kültür birikimleridir. Bütün bunlar kuşaktan kuşağa eğitim aracılığıyla geçer. Bu geçişler ne kadar derin ve geniş olursa, toplum içindeki bireylerin insanlığı da o kadar derin ve geniş olur.[517]

c) Eğitimde Süreklilik

Eğitim ve terbiye konusu, insanın beşikten mezara kadar devam etmesi gereken sürekli bir faaliyettir. Çünkü hangi yaşta olursa olsun, insanın varlık yapısında, onu kötülüğe sürükleyebilecek potansiyel olarak bazı duygular, eğilimler her zaman vardır. İnsan eğitiminde, farklı yaşlara, dönemlere ve mesleklere göre farklı eğitim biçimleri söz konusu olsa da, eğitimin amaçları konusunda bir değişikliğin ve sürekliliği konusunda da bir şüphenin olmadığı söylenebilir.[518] Bu nedenle insan hangi yaşta, hangi meslekte olursa olsun, hayatı boyunca eğitim faaliyetinden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan bir varlıktır.

3) Eğitimli İnsanın Toplumsal Hayata Etkisi

Toplumsal hayatla ilgili bütün sorunların merkezinde, insan unsurunun yer almakta olduğunu söyleyebiliriz. Sosyal hayat içinde, sağlıklı insan ilişkileri ve kalitesi üzerine kurulmamış hiç bir iş ve meslek kuruluşunun verimli çalışması beklenemez. Sağlıklı insan ilişkileri ve kalitesi ise ancak bireyleri iyi eğitilmiş toplumlarda bulunabilir.

Bugün insanın eğitimi konusu, bütün toplumsal sorunların başında gelir. Çünkü insan, ancak eğitimle verimli, üretken ve başarılı olur; her şey onunla şekillenir. Eğitimsiz bir toplum, donuk bir toplumdur, verimli ve üretken olamaz, adeta bitkisel bir hayat yaşar. İyi bir aile ve okul eğitimi almış insanlar, toplumsal hayatta daha uyumlu ve başarılı olmaktadırlar.[519]

Alman düşünür Gottfried Leibniz, "Eğitim işini bana bırakın, size bir asır içinde Avrupa'nın çehresini değiştireyim" diyerek insan eğitiminin, toplumsal hayat için önemini vurgulamıştır.[520]

Son zamanlarda yapılan araştırmalarda, her türlü kalkınmada en önemli faktörün insan eğitimi olduğu, bir ülkenin kalkınmasında gerekli şartlardan olan kalifiye

---

[517] Hasan Ali Yücel, İyi Vatandaş İyi İnsan.
[518] Maverdi, Edebüd-dünya; aktaran: Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[519] Prof. Dr. Ali Özek, 21. Yüzyılda Çocuğun Terbiyesi ve Korunması/Tebliğ.
[520] Prof. Dr. Bedi Ziya Egemen, Eğitimin problemleri ve Eğitim Felsefesi.

işçilik, teknik bilgi ve sermaye yatırımı üçlüsünden ilk ikisinin ancak eğitimle elde edileceği, eğitilmiş bir insan kadrosunun az sermaye ile dahi çok iş yapacağı kabul edilmiş, sonuç olarak modern toplumun gelişmesinde insan eğitiminin gittikçe artan bir öneme sahip olduğu doğrulanmıştır.[521] Bugün ileri toplumlarla geri toplumlar arasındaki farkı, eğitim faaliyetlerinin kaliteli veya kalitesiz oluşlarıyla açıklamak mümkündür. İleri toplumlarda eğitim faaliyetlerine büyük önem verilmekte, eğitim için bütçelerin-den büyük paylar ayrılmaktadır.

Günümüz toplumlarında eğitim ve özellikle de genç neslin eğitimi en öncelikli sorundur. Her toplum, genç neslin eğitimine büyük önem vermekte, eğitim-öğretim giderlerine bütçede büyük pay ayırmaktadır. Eğitime ayrılan büyük paylara ve teknolojik gelişmelere rağmen genç neslin eğitim öğretiminde bugün ciddi sorunlarla karşılaşılmakta, istenen verim elde edilememektedir.[522]

4) Toplumsal Hayat İçin İyi Yetişmiş İnsana Duyulan İhtiyaç

Her alanda iyi yetişmiş, bilgili, iyi ahlak ve karakter eğitimi almış insan unsuru, toplumsal barışın ve ilerlemenin temel taşıdır. Devrinin insanlarını, ahlak ve karakter bakımından zayıf ve kusurlu gören Yunanlı düşünür Diogenes, sokaklarda elinde fener dolaşıp durурmuş ve kendisinden ne aradığını soranlara:

"Adam arıyorum, adam!" diye cevap vermiş.

İstanbul'da yaşamış hikmet sahibi bir kişi olan Aziz Mahmut Hüdayi, bir gün elinde mumu yanan fenerle güpegündüz Üsküdar çarşısında dolaşır ve "Adam yok, adam yok!" diye yüksek sesle söylenip gidermiş. Bu sözü bir türlü aklı almayan kişilerden birisi şöyle demiş: "Hoca efendi! Adam yok, adam yok" deyip dolaşıyorsun. "Peki, karşındaki bizler neyiz, adam değil miyiz?" Aziz Mahmut Hüdayi, sağ elini bu adamın gözleri üstünden geçirerek "Bak bakalım kendine, bir de etrafına!" demiş. Adam üstüne başına göz gezdirince kendisini bir eşek şeklinde görmesin mi? Etrafındakilerin de kimi sırtlan, kimi aslan, kimi kaplan, kimi kurt, kimi tilki, kimi köpek gibi görünce, Hüdayi'nin ellerine sarılıp ondan özür dilemiş.[523]

Bu iki hikâyede anlatılmak istenen, insan toplumlarında yüksek ahlaki değerlere sahip, doğru, dürüst, güvenilir, bilgili, söz ve davranışlarıyla örnek olabilecek kişilerin sayısının bazen azaldığı gerçeğidir. Çok sayıda insanın sokaklarda görünmesine rağmen, her iki düşünürün de elinde fenerle adam aramasının nedeni, sokaktakilerin şeklen insan görünmesine rağmen, onların insan şeklinde doğup gerçek anlamda insan olamayan, ahlaki erdemlerden yoksun olan varlıklar olmasıdır. Bir insan erdem sahibi değilse ve sağlam bir karakterden yoksun ise onun görünüşü güzel de olsa bu, aldatıcı bir süsten, yaldızdan başka bir şey değildir.

Bugün ülkemizin her konuda var olan ciddi sorunlarına çözüm bulacak genel olarak iyi yetişmiş ve eğitilmiş aydın kadrolara; ehliyet, liyakat ve ahlaki erdem

---

[521] J.Lindeman; aktaran: Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[522] Prof. Dr. Ali Özek, 21. Yüzyılda Çocuğun Terbiyesi ve Korunması/Tebliğ.
[523] Hasan Ali Yücel, İyi Vatandaş İyi İnsan.

sahibi insanlara ihtiyacımız gittikçe artmaktadır. Her alanda olduğu gibi hukuk alanında da iyi insan yetiştirmek, ehliyetli ve liyakatli kadrolar oluşturmak hayati önem taşıyan bir iştir. Hukuk düzeninde bütün yargı sorunlarının odak noktasında insan unsuru bulunmaktadır. Bu nedenle sorunların çözümünde de en etkili ve belirleyici yol ve yöntem, iyi hukukçu, daha genel ifadeyle iyi insan yetiştirmektir.

Gelibolulu Mustafa Âli Efendi, 'Sultanlara Öğütler' isimli kitabında yer alan bir dörtlükte, insan yetiştirmenin önemini şöyle dile getiriyor:

"Mesâcid-ü me'âbidi ko âdem yap.
Ka'be yapmacadır âdem yapmak.
Taş, ağaç kaydı ne lâzım şahım,
Yaraşır şahlara âdem yapmak" [524]

Bugünkü dildeki anlamı:

"Mescit ve mabetler yapmayı bırak da öncelikle iyi insan yetiştir
Çünkü iyi insan yetiştirmek Kâbe'yi inşa ve tamir etmek gibidir
Ey sultanım! Taşın ve ağacın kaydı ve hesabı lazım değil
Ama sultanlara yaraşan insan yetiştirmektir"

Maddi açıdan yükselmiş ancak ahlaki, manevi ve vicdani duyguları zayıf olan bir kişinin 'iyi insan' olması mümkün değildir. Bir toplumda iyi vatandaş**,** iyi iş ve meslek mensubu olma, **iyi insan** olmaya bağlıdır. İyi insan olmayan kişi, iyi vatandaş, iyi iş ve meslek mensubu olamaz. Dolayısıyla **iyi insan** olmak; iyi vatandaş ve iyi meslek mensubu olmanın en doğru yoludur.[525] Doğru ve güzel işler ortaya çıkması için, iyi ve doğru insanların bulunması gerektiğini Yunus Emre bir şiirinde şöyle dile getiriyor:

"Cümleler doğrudur sen doğru isen,
Doğruluk bulunmaz sen eğri isen."

5) Kamu Hizmeti ve İyi Yetişmiş İnsan

Hukuk mesleği, çok temel ve önemli bir kamu hizmetidir. Bu önemi kavramak için hukuk mesleğinin devlet düzeni içindeki işlevini hatırlamakta yarar vardır. Bilindiği gibi devlet, yasama, yürütme ve yargı gücünden oluşur. Yargı erki, adaleti gerçekleştirerek toplumsal düzeni sağlamakla görevlidir. İşte devletin yargı faaliyetini yürütme görevi, hukuk mesleği tarafından yerine getirilmektedir. Toplumda adaletin tesisi gibi önemli bir işlevin kaliteli bir biçimde yerine getirilmesini sağlayacak en önemli faktör ise insan unsurudur. Devletin bütün işleri, bilgiyle, ehliyet ve liyakatle yürütülür. Bilgi, ehliyet, liyakat, yetenek ve tecrübe, devlet yönetiminin esası, adalet hizmetinin de başlıca temelidir. Ehliyet ve liyakat; bir iş için gerekli olan bilgi, tecrübe ve ahlaki erdemler bakımından yeterli, yetkin ve uzman olma durumudur. Bu ise ancak iyi bir eğitim almış **iyi insan** unsuruyla sağlanabilir. Ehliyet ve liyakat, her yönüyle iyi eğitilmiş bir insanın özellikleridir.

Devlet adamı ve tarihçilerimizden Selanik'li Mustafa Efendi'nin Sultan III. Murad'a arzuhal olarak sunduğu bir gazelinde şöyle bir beyit vardır:

"Dehre her dûn-u denî vali olursa,

[524] Haydar Murat Hepsev, Medeniyet Millet Devlet Birlik.
[525] Hasan Ali Yücel, İyi Vatandaş İyi İnsan.

Kalb-i câhil yapılup hâtır-ı dânâ yıkılır"
Bugünkü dilde anlamı:
"Her alçak ve aşağılık (bilgisiz/ahlaksız) kişi ülkeye vali/yönetici olursa,
Cahillerin kalbi yapılır, âlimlerin hatır ve gönülleri yıkılır" [526]

Bir toplumda; kaliteli insan yetiştirmeye her şeyden çok önem veren, yetişmiş kaliteli kadroları hak ettiği makamlara getiren iyi bir yönetim anlayışına ihtiyaç vardır. Gerek devlet yönetiminde gerekse herhangi bir meslek hayatında iyi insan unsurunu; ehliyetli, liyakatli kadroları yetiştirmeden, bu konuda bilgi ve ahlakı esas almadan elde edilebilecek hiçbir başarı yoktur.

6) İnsan Unsuru ve Toplam Kalite Yönetimi (TKY) Anlayışı

Toplam Kalite Yönetimi (TKY) kavramı, daha önce işletme ve kuruluşlarda yönetim programı olarak düşünülürken, insanı merkeze alan bir yönetim felsefesinin sonucu yeni bir içerik kazanarak bugün bütün kurum ve kuruluşlarda hizmet ve mal üretiminde temel faktörün insan olduğu ve bütün bu kurum ve kuruluşların varlık nedeninin yine insana hizmet olduğu gerçeğini ifade etmek üzere kullanılmaktadır.[527]

İnsanı merkeze alan bir yönetim felsefesi olan Toplam Kalite Yönetimi yaklaşımında amaç, insanın gönül gücünü ortaya çıkartmaktır. Toplam Kalite Yönetimi kavramı, günümüzde bütün meslek mensuplarının iş doyumunu, üretilen hizmet ya da ürün kalitesini ve sürekli gelişmeyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Bugün farklı sorunları olmakla birlikte hukuk mesleğinin bütün sorunlarının kesişme noktasında **insan unsuru** yer almaktadır.

Toplam Kalite Yönetimi anlayışı da, kısaca kurumsal yapı içinde insanın konumu ve işleviyle ilgilidir. Dolayısıyla, hukuk mesleği ve yargı sorunlarının temel kaynağı olan insan unsuruna Toplam Kalite Yönetimi anlayışı açısından bakılması, bize neler kazandırabilir, sorusunun cevaplandırılmasında yarar bulunmaktadır.[528]

Toplam Kalite Yönetimi anlayışını hukuk mesleği ve yargı sistemine uyguladığımızda; TKY'nin en önemli özelliği, hem hukuk mesleğini yürütenlerin hem de hukuk mesleğinin hizmet sunduğu toplumsal çevreyi müşteri olarak kabul edersek onların doyumunu/tatmin edilmesini gözetmek olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk mesleğinde insan unsuru, bu meslek mensuplarının kendi aralarındaki ve bu meslek mensuplarıyla hizmet sundukları toplumsal çevre/müşteri arasındaki farklı ilişkiler boyutunda incelenebilir. Ancak bütün bu ilişkilerde temel faktör, insanın, sadece insan olarak değerli ve önemli olması gerçeğidir.

Hukuk mesleğinin icrasında amaç ve yöntemlerin meslek mensuplarıyla paylaşılması da, hukuk mesleğini yürütenlerin gönül gücünü harekete geçirecek ve mesleki çalışmayı bir hayat tarzı haline getirecektir. Sonuç olarak hukuk

---

[526] Haydar Murat Hepsev, Medeniyet Millet Devlet Birlik.
[527] Prof.Dr. Gülsün Atanur Başkan-Prof.Dr. Ayhan Aydın, Eğitim Sisteminde İnsan Unsuru ve Toplam Kalite Yönetimi.
[528] Prof.Dr. Gülsün Atanur Başkan-Prof.Dr. Ayhan Aydın, Eğitim Sisteminde İnsan Unsuru ve Toplam Kalite Yönetimi.

mesleğinde Toplam Kalite Yönetimi (TKY) anlayışı, bir meslek kültürü oluşturmak açısından, insan unsurunun belirleyici bir faktör olduğu ve dolayısıyla insan unsurunun merkeze alınması gerektiği görüşü üzerinde geliştirilebilir.

VI. HUKUKÇUNUN EĞİTİMİNDE ETİK İLKELER

Hukuk eğitiminin ahlaki boyutunu, hukukçunun eğitiminin her aşamasında etiksel ilkelere uyulması olarak ifade edebiliriz. Hukukçunun eğitiminin aşamalarını; a) Fakülte öncesi hukuk eğitimi, b) Fakülte eğitimi, c) Fakülte sonrası hukuk eğitimi biçiminde sınıflandırmıştık. İyi hukukçu yetiştirebilmek için her üç aşamada uyulması gereken etik ilkeler neler olmalıdır? Aşağıdaki bölümde bu sorunun cevaplarını bulmaya çalışacağız. Ancak hukuk eğitiminin aşamalarına geçmeden önce hukukçularda bulunması gereken temel niteliklerin neler olduğunu ortaya koymakta yarar bulunmaktadır. Çünkü hukukçularda bulunması gereken temel nitelikler bilindiğinde, bu nitelikleri kazandıracak eğitim-öğretimin içeriği, zamanı ve yöntemi de kendiliğinden ortaya çıkmış olacaktır.

A) HUKUKÇUDA BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER

1) HUKUKÇUNUN NİTELİĞİ KAVRAMI VE ÖNEMİ

Nitelik, bir şeyin nasıl olduğunu belirten, onu başka şeylerden ayıran özellik, vasıf, keyfiyet; bir şeyin iyi veya kötü olma özelliği, kalite; bireylerin fikir, düşünce ve davranışlarını ötekilerden ayırt etmeye yarayan ve ölçülebilen özellik; bir nesnenin yapısını belirleyen, bir şeyi şöyle ya da böyle yapan özellik, mahiyet; nasıllık, niceliktir.[529] Hukukçunun niteliği kavramı ise, onu diğer insanlardan ayırt eden vasıf, mahiyet, nasıllık, nicelik gibi özellikleri ifade etmektedir.

Hukukla uğraşan, hukuku meslek edinen, üstün bir etik değer olan adaleti toplumsal hayatta gerçekleştirme, fiilen yaşanır kılma görev ve işlevi üstlenen hukukçulara ilişkin nitelikleri ortaya koymanın, büyük önemi vardır. Çünkü hukukçularda bulunması gereken niteliklerin ortaya konulması, onlara verilecek hukuk eğitim-öğretiminin zamanı ve içeriği konusunda da bize fikir ve yön verecektir. O halde hukukçuların belirleyici nitelikleri, hukukçuları diğer insanlardan ayıran, onları 'hukukçu' yapan belirgin özellikleri, vasıfları nelerdir?

2) HUKUKÇUNUN NİTELİĞİ KAVRAMININ KAPSAMI

2.1) HUKUKÇUNUN GENEL OLARAK İKİ NİTELİĞİ

Hukukçu, bir meslek mensubu olmasının yanında aynı zamanda bir insandır ve toplumun üyesidir yani vatandaştır. O halde hukukçunun niteliği kavramının içeriğinde neler vardır? Hukukçunun, bir insan, bir vatandaş ve meslek mensubu olarak birçok niteliğe sahip olması gerekir. Bu nitelikler, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ancak bu nitelikleri genel olarak iki ana bölüme ayırabiliriz. Birincisi; yüksek düzeyde alınması gereken doğru **hukuk bilgisi**, ikincisi; hukuk

[529] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

mesleğini etiksel ilkelere uygun yürütebilmek için gerekli olan **ahlaki nitelikler**dir. Hukuk bilgisi, hukukçunun başvuracağı en önemli araçlardan biridir. Bilgi sözlükte, 'insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, malumat; öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek; insan zihninin çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü' şeklinde tanımlanmıştır.[530]

Bilgi, bir kararın verilmesinde anlam taşıyan, karar veren kişiye gerektiği zamanda ve doğru biçimde ulaştırılan işlenmiş verilerdir. Bir konuda vereceğimiz karar, o konuyla ilgili gerekli ve doğru bilgilere sahip olmayı gerektirir. Doğru bilgiye, doğru zamanda sahip olanlar daha güvenilir kararlar verebilirler. Bu nedenle bilgiyi tanımlarken dikkate alınacak en önemli özellik, onun karar verme sürecindeki rolüdür. Bir olguyu, olayların nedenlerini doğru bir biçimde kavramamız, en isabetli karar almamız, doğru bilgiyle mümkün olabilir.

Bilenlerle bilmeyenler arasındaki fark; gözleri görenle görmeyen, kulakları işitenle işitmeyen; ölü olanla diri arasındaki fark gibidir. Ancak unutmamak gerekir ki, her bilgi faydalı değildir. Bilginin faydalı olması için doğru olması gerekir. O halde bilginin değeri, onun doğru bilgi olmasına bağlıdır. Doğru bilgi, bilimsel yöntemlerle elde edilen ilmi bilgidir. Doğru bilgi, bizi gerçeğe götürür.

Hukukçunun, doğru hukuk bilgisine ihtiyacı vardır. Hukuk alanında her eksik ya da yanlış bilginin, telafisi mümkün olmayan hak kayıplarına neden olabileceği dikkate alındığında, hukuk bilgisinin önemi ortaya çıkmaktadır. Adaletli karar vermek için, her şeyden önce doğru hukuk bilgisine ihtiyaç vardır. Bu nedenle hukukçunun bilgiyi elde etme çabasında bulunması gerekir. Yeterli hukuk bilgisine sahip olmak, hukuk mesleğine giriş için bir zorunluluk olduğu gibi aynı zamanda hukukçunun vicdani ve ahlaki görevidir.[531]

Hâkim, savcı, avukat ve noterlerden oluşan hukuk mesleği mensupları, hukukun amacı olan adaleti gerçekleştirmek için hukuku uygulayan kişilerdir. Adaletin toplumsal hayat için önemi, hukukçuyu ve onun yetişmesini çok önemli hale getirmiştir. Bugün bütün dünyada en önemli ve öncelikli konu; bilgi, hukuk, adalet ve insan haklarıdır. Bu nedenle bu zor görevi yürütecek olan hukukçuları yetiştirmek, yüksek düzeyde doğru hukuk bilgine sahip olmak büyük önem taşımaktadır. İyi bir hukukçunun, hem hukuk ve usul bilgisine hem de toplumsal hayatın bilgisine sahip olması, hukuku ve toplumu iyi tanıması gerekir.

Hukukçular, yüksek düzeyde hukuk bilgisini bilimsel yöntemlerle ancak hukuk fakültelerindeki eğitim-öğretimle elde edebilmektedirler. Ancak hukukçunun sadece hukuku bilmesi yeterli değildir. Hukukçu, hukuk bilgisini elde etme konusundaki bu ahlaki görevinin yanı sıra, hukukun iyi uygulanmasından ve toplumsal hayatta adaletin gerçekleştirilmesinden de sorumludur. Sadece hukuk bilgisine sahip olmak, adaletin gerçekleşmesi için gerekli ama yeterli bir unsur değildir. Çünkü her hukuk bilgisinden zorunlu olarak adalet doğmaz. Bilgi kendi başına kutsal değildir. Hukuku uygulamakla görevli hukuk mesleği mensuplarının, ahlaki bir görev yaptıkları açıktır. Bu görevi yaparken de etik ilkelere uygun davranmak zorundadır.

---

[530] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[531] Vecdi Aral, İnsan Özgür mü.

Hukukçu, hukukun uygulanması aşamasında, soyut hukuk kurallarını somut olaylara uygularken, yürürlükte bulunan hukuk kurallarının açıklamasını yapan ve çözümler üreten hukuk biliminden yararlanacaktır. Bunun için mantıki bir faaliyet yürütecektir. Ancak hukukçunun bu mantıki süreç yanında, adaleti gerçekleştirmek üzere kararını verirken ahlaki ve vicdani bir faaliyet ve değerlendirme yapması gerektiği de ifade edilmelidir. Bunun için hukukçu, pozitif hukuk bilimi yanında hukuk felsefesinden de yararlanmalıdır.[532] Bu nedenle iyi hukukçunun, iyi yasalardan daha önemli olduğu söylenmiştir. İyi hukukçu, hukuku sadece iyi bilen kişi değildir. İyi hukukçu olmak, yeterli hukuk bilgisine sahip olmanın yanı sıra, hukuku iyi uygulamayı ve sağlam bir vicdan ve yüksek ahlaki erdemlerle donanımlı olmayı gerektirir.

Hukukçunun ahlaki nitelikleri ile hukuk eğitimi arasında ayrılmaz ilişki vardır. Hukukçunun eğitiminin nasıl olması gerektiği konusu, nasıl bir hukukçu yetiştirileceği sorusuyla ilgilidir. Hukuk mesleği için gerekli olan ahlaki nitelikler, hukukçunun eğitim ve öğretiminde belirleyici olmaktadır. Hangi niteliklere sahip hukukçu yetiştirmek isteniyorsa genel olarak buna uygun eğitim-öğretim düzeninden söz edilebilir.

Hukuk mesleğinin insan-hâkim, insan-savcı, insan-avukat ve insan-noterlerden oluştuğunu, hâkim, savcı, avukat ve noterin de her insan gibi bir vicdanı ve ahlaki kişiliği olduğunu; hukuk mesleğinde vicdani ve ahlaki özellik taşıyan yorum ve değerlendirmelerin önemli bir yer tuttuğunu dikkate alacak olursak, hukuk mesleğinde verilecek kararların büyük ölçüde vicdani, ahlaki nitelikler taşıdığı söylenebilir. Ancak bu husus ülkemizde çoğunlukla göz ardı edilmiştir. Genel olarak yargının ve bu çerçevede hukukçunun eğitimi konusundaki sorunlar ve çözüm yolları gündeme geldiğinde, genellikle hukuk bilgisi ve 4 yıllık hukuk fakültesi dönemi üzerinde durulmakta, hukukçunun sahip olması gereken yüksek ahlaki nitelikleri nasıl kazanacağı, bunun için nasıl bir eğitime tabi tutulması gerektiği konusu görmezden gelinmektedir. Hukukçuların, yürütecekleri adalet hizmeti için gerekli niteliklerin neler olduğunun belirlenmesinden sonra, bu niteliklerin kazanılması için; ne zaman, nerede ve ne şekilde bir eğitim-öğretim sistemine ihtiyaç olduğu ortaya çıkacaktır. Yani hukuk eğitiminin ne zaman, hangi yaşta, hangi okullarda ve hangi yöntemle yapılacağı belirlenecektir.

Hukuk bilgisi mi ahlak mı önceliklidir? Hukuk mesleği mensuplarında bulunması gereken en önemli niteliğin, ilk bakışta hukuk bilgisi olduğu sanılabilir**.** Ancak hukukçuları diğer insanlardan farklı kılan temel ölçüt, sadece hukuk bilgisi değildir.

Hukuk mesleği, hukuk bilgisinden çok vicdani ve ahlaki nitelikler olan güvenilirlik, dürüstlük, adaletli ve dengeli kişilik özellikleri ile ön plana çıkmaktadır. İnsanlar, eskiden beri hukuki uyuşmazlıklarını çözmek için sadece hukuk bilgisi olan kişilere değil, ahlakına, kişiliğine, tarafsızlığına ve adalet duygusuna güvendikleri kişilere başvurmuşlardır. Bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için ortaya çıkan ilk kurum olan hakemlikte de öne çıkan

[532] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

nitelik, çok bilgi sahibi olmak değil, tarafsızlık ve adil olmak gibi ahlaki niteliklerdir.

Bütün hukuk kurallarının amacı, adaletin gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla adaletin gerçekleştirilmesi için hukuk ilmi bir araç olarak oluşturulmuştur. Hukuk mesleği, sadece hukuk bilgisiyle yürütülebilecek bir meslek değildir. Hukuk bilgisi, hukuk mesleğinin araçlarından sadece biridir.

Bir insandan, gerek aile bireyi, akraba, komşu, dost ve arkadaş olarak ve gerekse iş ve meslek adamı olarak bütün toplumsal ilişkilerde, kendisinden iyi bir ahlaki tutum ve davranış içinde olması beklenir. Çünkü insan, diğer canlılardan ayrı olarak ahlaki bir varlıktır. Bu nedenle toplumsal hayatta temel ahlak ilkelerine uygun davranmak zorunluluğu vardır. Hukuk mesleği mensupları ise, yaptıkları hizmetin önemine uygun olarak diğer insanlardan daha üstün ahlaki niteliklere sahip olması gerekir.

Bilgisiz ahlak ya da ahlaksız bilgi kabul edilebilir bir durum değildir. Çünkü bilgisiz ahlâk; miskinlik, zayıflık ve geriliğe, ahlâksız bilgi ise toplumların ahlaken çökmesine ve toplumsal barış ve düzenin bozulmasına neden olur. Bu nedenle bilgi ve ahlak, birlikte bulunması gerekli olup biri diğeri için terk edilecek kavramlar değildir. Ancak ahlakın bilgiye göre bir önceliği vardır.

2.2) HUKUKÇUNUN KİŞİSEL AHLAKI

Kişisel ahlak, bir insanın kendi varlığına karşı yükümlü olduğu ahlaki görevlerdir. Hukukçu, hukukun amacı olan adaleti toplumda gerçekleştirmek için vardır. Topluma adalet dağıtırken insanlar arasında adil olmak, dürüst, tarafsız ve eşit davranmak, eş dost için kayırmacılık yapmamak, sözünde durmak gibi ahlaki erdemlere sahip olmalıdır. Ancak hukukçu her şeyden önce bizzat kendisi ahlaki kişilik sahibi olarak, kendisine karşı bazı görevlerle yükümlüdür.

İnsanın, kendi benliğinde var olan insanlık niteliğine saygı duyarak insanlığa, kendi varlığında değer vermek zorundadır. Aksi halde kendi varlığına saygı göstermeyen bir kişiden başkalarına saygı göstermesi beklenemez. İnsanın kendi varlığına karşı yükümlü olduğu bu görevler **kişisel ahlak** ya da bireysel ahlak kavramıyla ifade edilmektedir.[533]

İnsanın kendi varlığına karşı yükümlü olduğu bu görevlerin, kişisel ahlakın içe dönük olan birinci boyutunu oluşturduğunu söyleyebiliriz. Kişisel ahlakın dışa dönük olan ikinci boyutu da vardır. Doğruluk ve dürüstlük, samimiyet, adaletli olmak, sabırlı ve dayanıklı olmak, sağlam ve hür bir iradeye sahip olmak, alçak gönüllü olmak, bozguncu olmamak, kötü alışkanlık sahibi olmamak ve bunlar gibi birçok karakter ve kişilik yapısı, bireysel ahlakın dışa dönük boyutunu ortaya koyan ahlaki niteliklerdir.[534]

Hukukun amacı olan adalet, toplumsal hayatta uyulması gereken ahlaki bir değer olması nedeniyle **sosyal ahlak**ın en önemli bölümünü oluşturduğu gibi, aynı zamanda doğrudan doğruya **kişisel ahlak**la da ilgilidir.

---

[533] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof. Dr. Hayrani Altıntaş.
[534] Prof. Dr. C. Can Aktan, Toplam Ahlak.

Hukukçunun bir meslek mensubu olmasının yanında aynı zamanda toplumun bir parçası, bir birey ve vatandaş olması nedeniyle bazı niteliklere sahip olması doğal bir durumdur. Hukukçunun kişisel ahlaki nitelikleri iki ana bölümde incelemek mümkündür. 1) Hukukçu-insanın kişisel ahlak alanına ilişkin nitelikleri, 2) Hukukçu-insanın sosyal ahlak alanına ilişkin nitelikleri. Şimdi hukukçunun kişisel ahlakını içe ve dışa dönük boyutunu ayrı başlıklar halinde inceleyelim.

a) Hukukçunun Kişisel Ahlakının İçe Dönük Boyutu

Hukukçunun kişisel ahlakının içe dönük boyutunu, onun kendi varlığına ilişkin ahlaki görevler oluşturur. Bir insanın, kendi varlığına ilişkin ahlaki görevleri, öncelikle ikiye ayrılır. Bunlar, beden varlığına ilişkin ahlaki görevler ve ruhsal/psikolojik varlığına ilişkin ahlaki görevlerdir.

a.a) Hukukçu İnsanın Beden Varlığına İlişkin Ahlaki Nitelikleri

İnsanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ayıran en önemli özellik olan aklın, verimli olarak toplum ve bütün insanlığın yararına kullanılması, ancak sağlıklı bir bedenle mümkündür. Beden sağlığını tehdit eden kötü alışkanlıkların içinde bocalayan bir kişinin, aklını doğru ve verimli bir biçimde kullanabilmesi mümkün değildir. Akıl ve muhakeme gücünün en üst düzeyde kullanılması gereken hukuk mesleğinde bu konu büyük önem taşımaktadır. İnsanın akıl ve beden sağlığına ilişkin görevlerini iki bölüme ayırabiliriz:

Birincisi; olumlu nitelik taşıyan yani yapılması gereken davranışlardır ki insanın, eğitim ve terbiye yoluyla kendi bedeni, zihni ve ahlaki yetilerini geliştirmesi olumlu nitelik taşıyan görev alanını oluşturur. İkincisi; olumsuz nitelik taşıyan, yani yapılmaması gereken davranışlardır ki sağlığa zararlı olabilecek her türlü kötü alışkanlıklardan sakınılması, olumsuz nitelik taşıyan görev alanı içinde bulunmaktadır.[535] Hayatımızı korumak, bedene ilişkin ahlaki görevlerimizin başında gelir. Bunun için iyi beslenmek, sağlık kurallarına uymak ve vücudu geliştirici sporlar yapmak gerektiği gibi, oburluktan, alkolizmden, cinsel hayatın aşırılıklarından korunmak da zorunludur.[536]

Kişinin, gerekli bedensel olgunluğa ulaşması için beden eğitim ve terbiyesi gerekli olduğu gibi, yeterli ahlaki olgunluğa ulaşması için de ruhsal/ahlaki eğitim ve terbiye gereklidir. Beden terbiyesi, vücut organlarını hem kuvvet hem de güzellik açısından geliştirmek ve sağlıklı kılmaktır. Bunun için insanlar, çeşitli spor ve egzersizler yaparlar. Ruhsal/ahlaki eğitim ve terbiye ise, insan zihninin/ kalbinin kötü düşünce ve duygulardan temizlenmesi ve güzel ahlakla süslenmesidir. Kısaca bu konuda arzu edilen durum, sağlıklı bir bedene ve sağlam bir ruhsal/psikolojik yapıya sahip olmaktır.[537]

Bir insan, beden varlığı olarak ne kadar zayıf ve ne kadar hastalıklı olursa, o kadar kötülüğe eğilimli bulunur. Sağlam bir zihin ve kuvvetli bir beden, insanın ruhsal/psikolojik yapısı için güzel bir araç gibidir. Bu güzel araç, insanı hem ihtiraslardan hem de hayatın bayağı ihtiyaçlarından kutrarabilir. Böyle güzel araçtan

[535] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof. Dr. Hayrani Altıntaş.
[536] Prof. Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.
[537] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.

yoksun ruhsal yapı ise, bu ihtiyaçlar karşısında aciz kalır. Fransız düşünür Blaise Pascal şöyle der: "Yemeyerek, içmeyerek kendini melek yapmak isteyen kimse, zorla hayvan yapar." [538]

İnsanın kendisine karşı öncelikli ahlaki görevi bedenini korumak olduğundan, insanın kendi beden varlığını bizzat kendi eliyle ortadan kaldırması demek olan intihardan sakınması gerekir. Ahlak düşünürleri, intiharı ümitsizliğe teslimiyet ve aşağılık bir olay olarak nitelemekte ve intihar eden kişinin, hayatına kıyarak kendi şahsında ahlaki varlık olan insanı yok ettiği, alçalttığı ve görevden kaçtığını söylemektedirler. Diğer yandan hukukçunun, insan sağlığına zararlı olduğu bilimsel olarak ortaya konulan bazı kötü alışkanlıklara müptela olması da uzun vadeli bir intihar gibidir.

a.b) Hukukçu İnsanın Ruhsal/Psikolojik Varlığına İlişkin Ahlaki Nitelikleri

İnsanın akıl ve ruh sağlığı, onun insan olarak yapacağı bütün etkinlik ve çalışmalar için bir ön şarttır. Her insan için gerekli olan akıl ve ruh sağlığının, hukukçular için daha büyük önem taşıdığını herhalde belirtmeye gerek yoktur. Hukukçu insanın ruhsal/psikolojik varlığına ilişkin nitelikleri şöyle sıralayabiliriz:

a.b.a) Güçlü İrade Sahibi Olmak

İrade, bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü, istenç anlamına gelmektedir.[539] Güçlü irade, bir işi yapmayı ya da yapmamayı belirleyen bir iç dinamiktir. İyi bir işi yapabilmek, iyi bir hizmeti yürütebilmek için, güçlü ve kararlı bir iradeye sahip bulunmak gerekir. Çünkü doğru yapılan işlerin önünde daima zorluklar, bazı engeller vardır. Güçlü ve kararlı irade, insanı etkilemeye yönelen olumsuz iç ve dış etkenler ne kadar şiddetli olursa olsun, onlara boyun eğmeyip dayanma gücünü ifade eder. İradenin güçlendirilmesi ve sürekli kılınması bir eğitim ve çaba sonucunda olur. Güçlü irade, azalmayan bir isteğin varlığına muhtaçtır. Güçlü bir irade, insanın yüksek niteliklerinden biridir.

Hukuk mesleği mensuplarının, adaleti toplumsal hayatta gerçekleştirme ve yaşanır kılma adına yaptıkları etkinliğin önüne büyük zorluk ve engellerin çıkacağı bilinmelidir. Hak ve adalet yolu, zor ve meşakkatli bir yoldur. Bu nedenle hukuk mesleğinde güçlü ve sarsılmaz bir irade, adaletin gerçekleşmesi bakımından hâkim, savcı, avukat ve noterde bulunması gereken hayati bir niteliktir. Akademik düzeyde hukukla uğraşanlar da benzer zorluklarla karşılaşmaktadırlar. Meslek hayatında karşılaşmaları muhtemel zorlukların üstesinden gelmek için hukukçular, güçlü bir iradeye sahip olmak zorundadırlar.

Hukukçu olmak, yüksek bir bilinç düzeyi ve güçlü bir iradeye sahip olmayı gerektirmektedir. Belirtilmelidir ki, genel olarak ahlaki endişelerin zayıfladığı günümüzde, hangi meslekte olursa olsun alışılmış belirli davranış kalıplarından vazgeçebilmek hiç de kolay bir şey değildir. Yıkılmaya yüz tutmuş değerler dünyasını yeniden kurmak, iç ve dıştan gelen baskılara karşı kararlı tutum ve davranış biçimleri geliştirmek, kendi içinde bilinçli bir ahlaki kişiliğe ve iç tutarlılığa sahip olmak, çok büyük zorlukları beraberinde getirir. Bu konuda, bazı

[538] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.
[539] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

bedeller ödemeye her zaman hazır olmak gerekir. Güçlü ve kararlı bir iradeye sahip kişiler ancak bu konuma gelebilir. Etiksel kaygısı olmayan ve hukuk mesleğini sadece geçim kaynağı olarak gören sıradan bir hukukçunun, hukuk düzenine ve toplumsal hayata katacağı hiç bir olumlu şey yoktur. Hukuk adına ulaşılmış yüce hedeflere, etik değerlere bağlı ve bilinçli, kararlı tutum ve davranışlar ortaya koyan hukukçularla varılabilir.[540]

İradenin gevşekliği ve arzuların taşkınlığı, iki yönlü aşırılığı (ifrat ve tefriti) ifade etmektedir. Her iki tutum da ahlaki olmaktan uzaktır. Gevşek bir iradeye sahip olan hukuk mesleği mensupları her an başkalarının etkisinde kalabilir ve bu durumda yargı hizmetinin adalet üzere yürümesi söz konusu olamaz. Ahlaki olan davranış, iki aşırı halin ortası olan azim ve kararlı olmaktır. Duygu ve arzuların taşkın olması halinde akıl zayıflar, hatta bütünüyle devre dışı kalabilir. Bu nedenle arzuların taşkınlığı hukuk mesleği mensuplarını ahlak dışı karar ve davranışlara yönlendirebilir. İradesi zayıf ya da arzuları taşkın olan her hukuk mesleği mensubu, kendisini ahlak dışı davranışa itecek asıl düşmanını kendi yanında taşıyor demektir. Sınırsız hırs ve ihtirasa sahip bir insan, gerçek düşmanını daima kendi içinde taşır. İnsandaki sınırsız hırs ve ihtiras duygusunun zararlarını gidermek ve kontrol altına almak, ancak vicdan ve ahlak eğitim ve terbiyesiyle mümkündür.

a.b.b) Özgür İrade Sahibi Olmak

Erdemli olabilmek için **özgür bir iradeye** sahip olmak gerekir. Çünkü ahlaki davranışın temel taşlarından biri özgür olmaktır. Özgür irade, başkalarının iradesine tabi olmadan, ne şekilde karar vereceğini insanın bizzat kendisinin belirleyebilmesidir. Özgür davranış da, özgür iradeyle alınan kararların hayata geçirilebilmesi demektir. Özgür irade, insana kendi iç dünyasından/nefsinden ve dış dünyadan/çevreden gelen ve onu baskı altına alabilecek olumsuz etkenlere karşı dayanıklı olmayı ifade eder.

Zihin, iradenin tam olarak özgür olması için bir araçtır. Cicero'ya göre düşünmek, eylemin başlangıcında var olan erdemdir.[541] O halde bir eylem ve davranışın başlangıcında aklıselimle düşünme varsa, bu eylemin ahlaklı olduğu söylene-bilir. Aklıselimle düşünme için de en temel şart, iradenin özgür olmasıdır. Hür bir iradeyle yapılma-yan davranış, ahlaki davranış olamaz. Hukuk mesleği mensuplarının, hiçbir iç ve dış baskıya boyun eğmeden, görevlerini özgür bir iradeyle yapmaları, ahlaki bir değer olan adaleti gerçekleştirmeleri için olmazsa olmaz şartlardan biridir. İşte bu nedenle hukukçuların, her şeyden önce özgür bir iradeye sahip olmaları gerekir.

Dışarıdan herhangi bir kişi ya da kurumun baskı, telkin ve talimatlarına, ya da kendi iç dünyasında var olan etnik, dinsel ya da ideolojik düşüncelerin etkisi altında kararını veren hâkimin, mütalaa ve talepte bulunan savcının ve avukatın yaptıkları hukuki ve adli işlemin etik ilkelerle uzaktan ve yakından ilgisi olduğu söylenemez. İradenin özgür olabilmesi için, öncelikle insanın içinden ve dışından gelen etkenlerden uzak düşünebilmesi gerekir. Yargıya ya da hukuk mesleğine dıştan

[540] Doç. Dr. Bahir Güneş Türközer, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci.
[541] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.

yapılan müdahaleler, genellikle siyasi iktidar gücünü elinde bulunduranlardan ya da belirli güç odaklarından gelebilmektedir. Ülkemizde gerek geçmişte ve gerekse günümüzde hukuk mesleğine dışarıdan resmi kişi ve kurumlardan baskı ve yönlendirme yapıldığına ilişkin iddialar, olgu ve olaylar var olagelmiştir.

Bu konuda hukuk tarihimizde birçok örnekler olmakla birlikte özellikle **1960** darbesinden sonra kurulan özel mahkeme ve yapılan yargılamalar çarpıcı örneklerdir. 1960 darbesini gerçekleştiren cunta tarafından, iktidardan uzaklaştırılan siyasi yöneticileri sözde yargılamak üzere Yassıada Mahkemeleri adı verilen özel bir mahkeme kurulmuştur. Bir başbakan ve iki eski bakanın idam edilmesiyle sonuçlanan yargılamalar, devlet gücünü darbeyle ele geçirenlerin, hukuk ve yargı kurumunu baskı altına alıp yönlendirmesi yönünden Türk hukuk ve siyaset tarihinde kara bir leke olarak yer almıştır.

Son yıllarda da hukuk ve siyaset odaklı yapılan tartışmalar, yüksek yargı kurumlarıyla siyaset kurumu arasındaki bir güç kavgasının varlığını açık bir biçimde göstermiştir. Bu süreç, demokratik hukuk devleti düzeni ve güçler ayrılığı ilkesi içinde, her kurumun kendi alanında kalarak faaliyet göstermesi gerekirken, siyasetin ve belirli güç odaklarının yüksek yargıyı etkileme çabası şeklinde işlemiştir. Yaşanan bu süreçte, kişi ve kurumların hukuka uygun davranması yerine, bu mücadelede hukukun ve hukuk kurallarının, özel amaçlar için nasıl araç olarak kullanıldığını ibretle izledik. Bu güç mücadelesinin, hem siyaset hem de yargı kurumunu yıprattığını da ifade etmek gerekir.

Hukuk mesleği ve yargı sisteminin, toplumda adaleti gerçekleştirmek ve hukukun üstünlüğünü sağlamak yönünde kendisinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirebilmesi için, her türlü siyasi baskıdan uzak olmalıdır. Yargının siyasi baskılardan uzak olması gerektiği, ulusal ve uluslar arası düzeyde genel olarak büyük destek bulan bir görüştür. Buna rağmen ülkemizde yürütme erkenin yargı üzerinde baskı oluşturmaya uygun yasal metinler olduğu gibi, sırf uygulamadan kaynaklanan sorunlar bulunduğu bir gerçektir. Ancak ülkemizde son yıllarda yüksek yargı kurumları tarafından verilen bazı kararların, hukukun ve anayasanın bazı temel ilkelerini zorlayacak nitelikte; hatta anayasaya apaçık aykırı olması, yüksek yargıya olan güveni bir ölçüde sarsmış, bu da siyasetin yüksek yargıya müdahalesini kolaylaştıran bir unsur olmuştur.

a.b.c) Zihni Kötü Düşüncelerden Korumak

Ruhsal/psikolojik hayatımıza ilişkin ahlaki niteliklerden birisi, samimi ve **iyi niyet** sahibi olmaktır. Yani zihnin ve kalbin kötü düşüncelerden temizlenmesidir. Daima olumlu düşünce sahibi olmak, iyilik istemektir. Psikolojik/ruhsal hayatımızı sakatlayan, kendi kişiliğimizi bozan, bütün kötülüklerin anası yalancılıktır. Haset; başkalarının yeteneklerini kıskanmak, çekememezlik, kibir; kendini beğenme, başkalarından üstün görme, büyüklenme, benlik, gurur, öfke; başkalarına karşı duyulan kızgınlık, hışım, hiddet, gazap, kin; bir kimseye karşı duyulan öç alma isteği, garaz ve tembellik de zihnimizi bulandıran, ruhumuzu karartan kötü ahlak örneklerindendir.[542]

[542] Prof. Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.

Bir insanın daima iyi niyet sahibi olması, bütün eylem ve davranışlarının hareket noktasıdır. Meşhur İngiliz yazar James Allen, "Bir insan, nasıl düşünüyorsa odur, yani tam olarak düşündüğü şeydir. İnsanın bütün eylem ve davranışları, onun zihnindeki düşüncelerin çiçek açması gibidir. Hayatta yaşanan mutluluk veya acılar da bu çiçeğin meyvesidir." diyor. O halde her insan; davranışlarıyla kendi zihin çiftliğinde yetiştirdiği tatlı ve acı meyveleri toplamaktadır.[543]

Bir insanın zihninde iyi niyet ve güzel düşünceler yerleşmişse, iyi eylem ve davranışlar da onu takip eder. Buna karşılık zihinde kötü niyet ve düşünceler hâkim olmuşsa, onu kötü davranışlar takip eder. İyi niyete sahip olmak ve bunu davranışa dönüştürmek, insanı ahlaki yüceliğe ulaştırır; aksi halde insan, hayvanlardan da aşağı bir dereceye düşer. Tıpkı bir bahçıvanın, bahçesini yabani otlardan temizleyip yararlı çiçek ve meyveleri yetiştirerek toprağını işlemesi gibi, bir insan da zihin bahçesinden bütün zararlı ve kötü düşünceleri ayıklayıp, güzel düşüncelerin çiçek ve meyvelerini yetiştirerek zihin bahçesini işleyebilir. İnsan zihnine ekilen ve orada kökleşmesine izin verilen her düşünce tohumu, mutlaka kendisine uygun davranışlara dönüşerek meyvesini verir. İyi düşünceler iyi meyve, kötü düşünceler de kötü meyve verirler.

a.b.d) Kendini Tanımak/Bilmek

Ünlü düşünür E. Kant, insanın kendisine karşı olan görevlerinden birincisinin 'kendini tanımak (iç dünyasına dönmek), bedensel yapıdan çok kalbini araştırmak (gönül dünyasına yönelmek), ahlaki olgunluğa önem vermek olduğunu' söyler. Sokrates, felsefe ve hikmetin temeli olarak 'Kendini bilmeyi' kabul etmiştir. Onun görüşüne göre bilgi doğru düşünmektir. Doğru olarak düşünülmesi gereken konu da ahlaktır, fazilettir, adalettir. Bu yöntemle o, etrafındakileri iyi insan ve iyi vatandaş yapmaya çalışmış, her ilme üstün bilgi olarak ahlakı kabul etmiştir.[544] Büyük düşünür ve halk ozanı Yunus Emre, ilmin temelinin, kendini bilmek olduğunu bir beytinde şöyle dile getirir:

"İlim, ilim bilmektir. İlim kendin bilmektir.
Sen kendini bilmezsen, bu nice okumaktır."

Ruhun derinliklerine inmek ve kendini sorgulamak çok zor bir iştir. Ancak insanın kendi iç/gönül dünyasına yönelmesi ve kendisini sorgulaması her türlü bilgeliğin temeli ve kaynağıdır. Çünkü bir insanın iradesinin, amacıyla uyuşması olan bilgelik, önce içteki engellerden, insanın kötü istek ve duygularından kurtulmasını, sonra ondan iyi bir irade ve isteğin ortaya çıkmasını gerekli kılar.[545]

b) Hukukçunun Kişisel Ahlakının Dışa Dönük Boyutu

Hukukçu-insanın kişisel ahlakının dışa dönük boyutunu oluşturan etik ilkeler şöyle sıralanabilir: adil olmak, doğruluk ve dürüstlük, sabırlı olmak, para ve maddi şeylere zaafı olmamak, cesaret sahibi olmak.

b.a) Adil ve Tarafsız Olmak

---

[543] JamesAllen, Düşünmenin Gücü; http://www.aymavisi.org/kisiselgelisim/dusunmenin.
[544] Hasan Ali Yücel, İyi insan İyi Vatandaş.
[545] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.

Adaletle iş görmek, adaletten ayrılmamak, hakkı yerine getirmek; haklıya hakkını teslim etmektir. Hukuk mesleği mensubu, hakların ihlal edilmesi karşısında hakları sahiplerine teslim eden kişidir. İnsanlar arasında hüküm verirken ya da dava kabul ederken hiçbir ayrım yapmadan adalet, eşitlik ve tarafsızlık üzere karar vermelidir. Adalet, hukukçunun en belirgin niteliğidir. Adalet üzere karar vermeyen hukukçu en temel ahlaki nitelikten yoksun kalmış demektir.

Hukuk ve adalet çizgisinden kasıtlı olarak/bilerek ayrılan ve insanların haklarının çiğnenmesine neden olan hukukçunun, eli silahlı bir eşkıyadan farkının olmadığını söylemeliyiz. Çünkü böyle bir hukukçu, hukuk düzeninin kendisine verdiği yargı yetkisini, eşkıyanın elindeki silah gibi hukuk dışı bir amaçla ve hukuk dışı bir biçimde kullanarak, hukuk görüntüsü içinde insanların haklarını gasp etmiştir. Böylece eşkıya ile aynı noktada buluşmuş olmaktadır. Hatta denebilir ki, eşkıyadan daha kötü bir konumdadır. Hukukçu, insanların hayatı ve geleceğini ilgilendiren yargı hizmetinin sorumluluk gerektirdiğini bilir. Hukukçu, kendisine düşen görevin, adaleti gerçekleştirmek olduğuna, adaleti gecikmeye uğratmadan; makul sürede gerçekleştirmenin gereğine ve geciken adaletin haksızlık olduğuna inanır.

b.b) Doğru ve Dürüst Olmak

Doğruluk; iyi niyetin, sözün ve davranışların birbiriyle uyumlu olmasıdır. Doğruluk sözcüğü; doğru düşünce, doğru söz ve doğru davranış anlamlarını içerir. İnsanın söz ve davranışlarında, kişisel ve toplumsal ilişkilerinde, emin ve güvenilir olması istenir. Doğruluk, insandaki düşünce, söz ve davranış birliğini de ifade eder. Ahlaki olgunluğa sahip olan kişi, daima düşünce ve davranış bütünlüğü içindedir. Düşünce ve söz planında sürekli iyiliğin, doğruluğun iyi bir erdem olduğunu söylediği halde davranışlarıyla bunu yalanlayan kişinin, ruhî ve ahlaki bütünlüğü parçalanmıştır. Doğruluk, her zaman ve her toplumda üstün ahlaki bir değer olarak görülmüştür. Doğru söylemek, dosdoğru konuşmak ve söze yalan ve hile katmamak önemlidir. Güvenilirlik temeline dayalı hukuk mesleğinde doğruluk ve dürüstlüğün ayrı bir önemi vardır. Dürüstlüğe aykırı tutum ve davranış, güven duygusunu zayıflatan ya da yok eden ahlak dışı bir haldir.

b.c) Sabırlı Olmak, Öfkesine Hâkim Olmak

Sabır**,** zor şartlar ve durumlara karşı katlanma, dayanma, tahammül etme erdemidir. Hâkim ve savcılar, tarafları ve tanıkları sabırla dinlemelidir. Onların taraflara karşı öfkeli, asabi, kızgın davranması, bağırıp çağırarak hitap etmesi, hukuk mesleğinin onur ve şerefini küçültür. Öfkelenecekleri bir olayla karşılaşsalar bile öfkelerini yenmesini bilmeli, öfkeli kızgın, hiddetli bir biçimde karar vermekten kaçınmalıdır. 'Öfkeyle kalkan zararla oturur' atasözü, öfkenin zararlarını çok güzel bir biçimde açıklamaktadır.

b.d) Para ve Maddi Şeylere Zaafı Olmamak

İnsan hayatı için gerekli ve faydalı olan para, mal ve dünyada maddi değeri olan her şeyin şüphesiz ki bir değeri vardır. Ancak bunlar birer araç değerdir. Araç değer olan para ve maddi şeylere aşırı düşkünlük, insanı amaç değer olan adalet ve

doğruluktan ayırabilir. Para ve maddi şeylere aşırı düşkünlüğü ve zaafı olan kişi, kendisine maddi menfaat sağlayanlara karşı iyi davranıp onların lehine karar verirken, menfaati olmayanlara ters davranabilir.

Bencillik duygusuyla, maddi şeylere aşırı düşkünlükle, tutku ve ihtirasları koruyarak ahlaken yüksek bir düzeye ulaşmak ve gerçek hukukçu olabilmek mümkün değildir. Hukukçu, kişisel istek ve menfaat düşüncesinin adalet dağıtımına konu kılınmasını, hak ve hukuku anlamdan yoksun bırakacağını bilir. Bu yolla ne kendi toplumuna ne de insanlığa katkı sağlama imkânı yoktur. Ancak yüksek etik değerlere erişme iradesini taşıyan insanlar, her konuda olduğu gibi hukuk alanında da arzu edilen güzel hedeflere ulaşabilirler. Hukukçu, hukuksal değerler ve adalet ideali adına fedakârlıkta bulunmaktan kaçınmamalıdır. Gerçek anlamda insan olmayı başarmak, insanın en zorlu savaşıdır ve sürekli bir ahlaki çabayı gerekli kılar.

b.e) Cesaret Sahibi Olmak

Adaletin gerçekleşmesinde gerekli olan cesaretin, hukukçu kimliğini oluşturan niteliklerden biri olduğu söylenebilir. Adalette cesaret, hukukçunun kimliğini oluşturan temel niteliklerden biriyse, o zaman hukukçu bu niteliğe sahip olmak ve onu korumak için gerekirse her bedeli ödemeye de hazır olacaktır. Onun ahlaki donanımı, bu yüksek bilinci taşımaya yeterli düzeyde bulunmalıdır. Çünkü hukukçunun yürüyeceği adalet yolunda sayısız zorluk ve engeller vardır.

Hukuk felsefesinin temel ilkelerini konu edinen çalışmalarıyla tanınmış olan Alman hukukçu Gustav Radbruch, 1945 Eylülünde Rhein-Neckar-Zeitung'da yayımladığı ve "Beş Dakika Hukuk Felsefesi" adını verdiği iki sayfalık bir credo (amentü) metninde, üçüncü dakikada şunları söylüyor:

"Yasalar, adalet iradesini bilinçli olarak yadsıyorsa; örneğin, insan haklarını sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur, o zaman halk bunlara itaat borçlu değildir, o zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır." [546]

Hukukçuda; adaletli karar verme ve haksızlığa karşı koyma cesareti, onun kimliğinin ve kişiliğinin ana hattıdır. Adaletli karar vermede cesaret, hukukçunun kimliğinin ve kişiliğinin ana hattı ise, o bunun için gereken her şeyi kaybetmeye de manen hazır olmalıdır. Hukukçunun bu yolda dosdoğru yürüyebilmesi için cesaret ve metanet sahibi olması gerekir. Aslında her insan için söylenebilecek bu sözler, elbette öncelikle bir hukukçu için söylenmelidir. Çünkü hukukçu, başkalarının canları ve malları üzerinde sonuçlar doğurabilecek ve devlet gücüyle yaptırım altına alınmış kararları veren insanlardır.[547]

Hukukçu kararlı ve cesur bir kişiliğe sahip olmalıdır. Hukukçu, kişisel ya da sosyal hayatta farklı düşüncelere saygılı ve hoşgörülü davranabilir ve bu ilişki

---

[546] Gustav Radbruch, Beş Dakika Hukuk Felsefesi, aktaran: Prof.Dr. H. Ökçesiz, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri.

[547] Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı 'Radbruch Formülü.'

sırasında kendi kişisel bazı haklarından vazgeçebilir. Ancak mesleğini yürütürken doğru karara ulaştığı yönünde güçlü bir vicdani kanaate vardığı an, hiçbir etki altında kalmadan kararını vermekten kaçınmaz. Bu yönüyle o, güven veren güçlü bir kişilik yapısına, etik değerlerle kendi kendisini denetleyen bir vicdan gücüne sahiptir. O, daima, güvenilir bir kişiliktir.

Hukukçu, kişiliğini etik değerler üzerine kurmalı ve bu kişilik yapısını her durum ve şartlarda tutarlılık içinde korumalıdır. O kendi içinde çelişkiye düşmez, sözleri davranışlarıyla uyum içindedir. Hukukçunun güvenilir kişilik yapısı içinde çelişkiye yer yoktur. Hukukçu, güçlü esen rüzgârların önünde kuru yaprak gibi yönünü değiştirmez. Rüzgâr hangi yöne ve ne kadar güçlü eserse essin onun yönü daima adalete dönük olmalıdır. Hukukçu, doğruluk ve dürüstlükten ayrılmaz.

Bazı hâkimlerin, hukuka aykırı buldukları yasalara aslında kendilerinin de karşı olduklarını ancak yasa böyle emrettiği için onları uygulamak zorunda olduklarını söyleyerek, kendi eleştirdikleri yasalara kayıtsız şartsız itaat etmeyi mesleki bir görev saydıkları bilinmektedir. Hâkimlerimiz bu görüşlerinden vazgeçmedikleri takdirde bir gün Almanya'daki Nazi hâkimlerinin durumuna düşmekten asla kurtulamayacaklarını bilmelidirler. Hâlbuki hâkimlerin, hukuka aykırı bu yasalara karşı direnme hakları ve görevleri vardır. Hâkimin hukuk üretme işlevi işte burada gerçek anlamını bulur. Hâkim, kendisinde bu cesareti bulmalı, bu sorumluluğu yüklenmelidir. Yargıtay'ın, kararını bozmasından ve dolayısıyla puanının düşmesinden çekinerek bu sorumluluğu yüklenmeyen ve sadece kendi menfaatini düşünen hâkim, hukukçu gibi düşünmüş olmaz**.** Bağımsız, özgür ve gerçek düşünce, sahibini tehlikeye sokan düşüncedir.[548]

b.f) Sevgi Duygusuna Sahip Olmak

Sevgi, insanın en derin ve en yoğun olarak hissedebildiği duygulardan; en temel ahlaki değerlerden biridir. Yaratıcının insana verdiği büyük bir nimettir. İnsan, dünyada var olan maddi manevi tüm nimetlerden çok büyük zevk alır. Güzel bir manzara, iyi bir ev, etkileyici bir müzik, estetik hazırlanmış bir sofra, bunların hepsi insan ruhunda büyük bir coşkuya neden olur. Ancak hiçbiri sevgiden alınan zevklerin yerini tutmaz. Sevgi, bütün ahlaki değerlerin temelini oluşturur. Bu nedenle gerçek anlamda insana olan sevgi, hukukçuyu motive eder ve mesleğini yürütürken insanların haklarının yenmemesi ve adaletin gerçekleştirilmesi yönünde ona sorumluluk duygusu verir.

2.3) HUKUKÇUNUN SOSYAL AHLAKI

Sosyal ahlâk, insanın toplumsal hayatta dışa yansıyan davranışlarını konu alan sosyal davranış bilimidir. Hukukçu, hâkim, savcı, avukat ve noter gibi mesleki sıfatları taşıyan meslek adamı olmasının yanında, bir aile büyüğü, bir akraba, bir komşu ya da bir arkadaştır. Dolayısıyla hukukçuların mesleki çalışma ve davranışlarının dışında toplumsal hayatın gerektirdiği bazı sosyal rolleri vardır. Bu çerçevede hukukçunun sosyal ahlakının değişik boyutlarından söz edilebilir.

[548] Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı 'Radbruch Formülü.'

Bunları şöyle sıralayabiliriz: Hukukçunun aile ahlâkı, hukukçunun çalışma ve meslek ahlâkı, hukukçunun topluma karşı ahlaki görevleri ve hukukçunun insanlığa karşı ahlaki görevleri.

2.3.1) Hukukçu İnsanın Aile Ahlakı

Aile, en küçük sosyal kurumdur. Bu nedenle aile ahlakı, sosyal ahlakın ilk sırasında yer alır. Hukukçu, ya anne-baba, ya da çocuk olarak aile bireylerinden birisidir. Dolayısıyla aile hukuku çerçevesinde bazı ahlaki görevleri vardır.

İnsan, kendisine ve topluma karşı ahlaki görevlerini, ilk önce ailede öğrenir. Aile hayatı, sosyal görevlerin ilk deney mekânıdır. İyi anne-baba, iyi evlat, iyi kardeş, iyi eş, iyi dost olmayan bir kimse, iyi bir meslek adamı olamaz**.** Aile ahlakı, bizi toplumsal ahlaka ulaştırır. Gerçekte aile, büyük bir toplum içinde, küçük bir toplum demektir.[549]

Sosyal ahlakın birinci bölümü aile ahlakıdır. Aile ahlakı, aile bireyleri arasında uyulması gereken etik ilkeleri gösterir. Hukukçunun icra ettiği mesleği ile aile yapısı arasında önemli bir ilişki vardır. Bir toplumda en küçük sosyal kurum ailedir. Aile büyüğü olarak hukukçu, kendi aile bireyleri arasında adalet, eşitlik, doğruluk, dürüstlük gibi ahlaki değerleri gerçekleştiremiyorsa, topluma yönelik olarak mesleğinde bu değerleri gerçekleştirebilmesi zordur.

Toplumsal hayatta belirleyici bir rol oynayan aile hayatı, bilindiği gibi evlilikle kurulmaktadır. Bu nedenle ciddi bir mazereti olmaksızın evlilikten kaçınan bir kişi, bütün görevlerini yerine getirmiş sayılmaz. Bu tür kişiler, beşeri/insani gelişmenin kuvvetli bir aracını kullanmaktan kaçınmakla kendilerindeki yüksek duyguları uyku halinde bırakmış olurlar.[550] Kısaca kişisel ahlak, aile ahlakı ve sosyal ahlak ile tamamlanmadıkça, hiçbir zaman gerçek önemini kazanamaz. Bu nedenle kişiyi aile hayatından, aileyi toplumdan ayrı ve bağımsız olarak düşünmek zordur. Düzenli ve mutlu bir aile hayatı, diğer olumlu getirileri yanında, iyi bir hukukçu olabilmenin temel unsurlarından biridir.

2.3.2) Hukukçu İnsanın Çalışma ve Meslek Ahlakı

Hukukçu, bir meslek sahibi olarak çalışma ve meslek ahlakı kavramlarıyla yakından ilgilidir. Çalışma ahlakı, bireyin ve toplumun refahı için çalışmanın gerekli ve önemli olduğu üzerinde durur. Çalışmak, bireyin hayatını devam ettirebilmesi için bir zorunluluk olmanın yanında bir toplumsal sorumluluk ahlakıdır. Bir insanın çalışması, sadece kendisini değil, toplumsal hayatı da ilgilendirmektedir. Çalışma ahlakının yüksek olduğu toplumlarda, ekonomik gelişmişlik düzeyinin de yüksek olduğu iktisatçılar tarafından kabul edilmektedir. Çalışma ve meslek ahlakına sahip olmayan bir hukukçunun, hukuku uyuşmazlıkların makul süre içinde sona erdirilmesi ve toplumda adaletin bir an önce gerçekleşmesi gibi bir kaygısı yoktur. Çalışma ve meslek ahlakına sahip olmayan bir hukukçu örneğin hâkim ise bir bahane bulup sürekli duruşma günü vermekten, avukat ise gereksiz mazeret vermekten vicdani bir sıkıntı duymaz.

---

[549] Alexıs Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.
[550] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.

Meslek ahlakı ise, meslek hayatındaki mal ya da hizmet üretim ve sunumunda uyulması gereken ahlaki standartları ifade eder. Hukukçunun meslek ahlakı, bir taraftan hukuku meslek edinen hâkim, savcı, avukat ve noterin icra ettikleri yargı hizmeti, diğer taraftan hukukla akademik düzeyde uğraşanların bilimsel çalışmaları sırasında uyulması gereken ahlak kurallarını gösterir. Bu çerçevede hukukçunun; meslektaşlarıyla, hukuk ve yargı personeli ve hizmet sundukları vatandaşlarla ilişkilerinde ahlak kurallarına uygun davranması beklenir.

2.3.3) Hukukçu İnsanın Topluma Karşı Ahlaki Görevleri

Hukukçu, bir meslek sahibi olmanın yanında aynı zamanda toplumun bir üyesi olarak vatandaş sıfatını da taşımaktadır. Hukuku kendisine meslek edinen hâkimler, savcılar, avukatlar, noterler ya da hukukçu akademisyenler sadece geçimini temin etmeye çalışan sıradan bir kişi gibi davranamaz. Mesleğini en iyi şekilde yürütmenin yanında içinde yaşadığı toplumun ve onun teşkilatlanmış şekli olan devletin yönetimi ve sorunlarıyla yakından ilgilenmelidir.

Devlet, her şeyden önce hakların, özgürlüklerin güvencesi ve koruyucusudur. Bu yüzden hangi meslek sahibi olursa olsun bütün vatandaşların toplumla ve devletle ilgili ahlaki görevleri vardır. Vatandaşlık dediğimiz sosyal ve hukuki statünün gereği olan görevlerin tam olarak yapılması, sosyal ahlak kurallarıyla ilgilidir. Vatandaşlığın bize yüklediği sorumluluk, belki görünüşte topluma karşı sorumluluktur. Ancak toplumun, kendimizin dışında bir şey olmadığını unutmamalıyız. İçinde yaşadığımız toplumsal hayatla ilgili karar ve eylemlere katılmak, aslında kendimiz hakkında da karar vermek ve davranışta bulunmak anlamına gelir.[551]

Yoksullara yardım etmeyi insanlık görevi saydığımız halde, ülkemizde demokrasi, hukuk devleti, hak ve özgürlükler, güvenlik gibi toplumsal sorunlarla ya da ülkeyi idare edeceklerin seçimiyle ilgilenmeyi bir tür kişisel tercih konusu gibi görürüz. Unutulmamalıdır ki, haklarımızın neler olduğunu ve bunları ne şekilde kullanacağımızı belirleyen siyasi erkin seçimiyle ilgilenmemek sosyal hayatın yozlaşmasına göz yummak anlamına gelir. Bizim hayatımız hakkında söz sahibi olanları her zaman kontrol etmeliyiz ki, kendimizi de kontrol etmiş olalım.[552]

Görülüyor ki, vatandaş olarak insanın sosyal haklarını kullanması ya da bu haklar yoksa elde etmesi, toplumsal ve bireysel ahlak bakımından kaçınılmaz bir görev olmaktadır. Vatandaşlığın ya da sosyal ahlakın gerektirdiği sorumluluk, doğrudan doğruya topluma karşı sorumluluktur. Ancak hukukçular, sosyal sorumluluklarını yerine getirirken günlük politikanın üstünde bir tutum ortaya koymalıdırlar. Şüphesiz ki, hukukçuların da kendilerine göre dünya görüşleri ve hayat anlayışları vardır. Ancak onların, sosyal ahlak gereğince ortaya koyacakları görüşler ve çözüm önerileri, belirli bir ideolojinin ya da siyasi görüşün dar kalıplarıyla değil, toplumun genelini kapsayacak biçimde olmalıdır.

Birer vatandaş ve sosyal varlık olarak hukukçuların topluma karşı ahlaki görevleri vardır. Hukukçular, aldıkları yüksek hukuk bilgisine ve tecrübelerine

[551] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[552] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.

dayanarak mesleklerini en mükemmel bir biçimde yürütürken, hem ülkeyi yönetenlere hem de toplum bireylerine yol gösterme, sorunlara çözüm önerileri sunma işlevlerini de yerine getirmelidirler. Hukukçular, eğer sosyal bir varlık olmalarının bilinci içinde davranırlarsa, hem kendilerine hem de topluma karşı görevlerini yapmış olurlar. Kaldı ki, bir bireyin kendine karşı ahlaki görevleriyle topluma karşı ahlaki görevleri birbirini tamamlayan, birbiriyle çok sıkı bir ilişki içinde olan şeylerdir. Toplumsal hayat içinde her bireyin davranışı, daima başkalarını da ilgilendiren sonuçlar doğurur.

İnsan, toplum düzeninin pasif bir uydusu değil, aynı zamanda bu düzenin koruyucusudur da. Unutulmamalıdır ki, toplumsal hayatta görülen herhangi bir davranıştan, hiç kimse tek başına zarar veya tek başına yarar görmez. Daima onun zararı ve yararıyla ilgili üçüncü şahıslar bulunacaktır. Toplum, her parçası diğeriyle sıkı sıkıya bağlı bir bütündür. Bir parçanın bozulması mutlaka bütünü de olumsuz yönde etkiler. İnsanın sosyal bir varlık olarak devamı için toplumun yaşaması ve ayakta durması şarttır. Bu yüzden her birimiz, ait olduğumuz bütünü sağlam bir şekilde işletmek üzere kendimize düşeni yapmalı, herkes kadar kendimizi de ilgilendiren adalet idealine yaklaşmakta bize düşen görevi yerine getirmeliyiz.[553]

Başkalarının zararına olacak bazı davranışlarımız, kısa vadede kendimiz için menfaat sağlayabilir. Ancak başkalarına karşı yaptığımız her ahlak dışı davranış ve zarar verici eylemin, uzun vadede bumerang gibi geri dönüp mutlaka bize de olumsuz etkide bulunması kaçınılmazdır. Özellikle hukuk ve ahlak kuralları çiğnenmiş olan bir toplum ve devlet, bir gün bizi de koruyacak kuvvet bulamayacaktır. İkinci olarak, bizim ortaya koyduğumuz hukuk ve ahlak dışı kötü davranışlar, şüphesiz ki diğer insanlar için de kötü örnek olacaktır.

Günümüzde hak, adalet, doğruluk, dürüstlük, fedakârlık gibi ahlaki değerlere bağlılık düşüncesi, eski geniş tabanını yitirmiş görünmektedir. Genel olarak insanlarımız, ahlaki değerleri korumaya ve yaşamaya özendirilmediğinden, bu konuda kendi kişisel zevk ve menfaatlerinin sınırlarını zorlamaya istekli değiller. Sosyal hayatın her alanında ahlaki idealler ciddi anlamda zayıflamış, kişisel menfaat düşüncesi ön plana çıkmıştır.[554] Toplumun bir parçasını oluşturan hukuk mesleği mensuplarının da, doğal olarak bu olumsuz gelişmeden payını almış bulunduğunu ne yazık ki söylemek zorundayız.

Hukukçu ile sıradan bir meslek sahibi arasında farklar vardır. Profesyonel mesleklerden biri olan hukuk mesleğinin bir özelliği de bu meslek mensuplarının sadece kendi menfaatlerini düşünmeyip toplumun yararını da düşünmesidir. Sahip olduğu yüksek hukuk bilgisine rağmen, hukuk ve adalet düşüncesinin gelişmesi yönünde, içinde yaşadığı toplumuna hizmet etmeye yanaşmayan, sadece kendi bireysel menfaatlerini düşünen hukukçu en temel ahlaki görevlerinden birini yerine getirmiyor demektir.

Bir toplumda hukukçuların, genel olarak bireysel menfaat düşüncesini amaç haline getirmeleri ve hukuk ve adalet idealini gündeminden çıkarmaları kadar vahim bir durum düşünülemez. Bu gibi kişilere aslında hukukçu denilmesi de doğru

---

[553] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[554] Prof. Dr.Yasemin Işıktaç, Hukuk-Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler.

değildir. Hukuk ve adalet idealini göz ardı edip, ülkemizin hukuki ve ahlaki sorunlarıyla ilgilenmeyen, sadece para kazanmaya odaklanıp bunu amaç haline getiren hukukçuların, sırf tezgâhındaki simitlerden kaç tanesini satacağını düşünen bir simitçiden ne farkı vardır? Herhalde aradaki fark onların, simitçiye göre daha fazla para kazanmasıdır.

2.3.4) Hukukçunun İnsanlığa Karşı Ahlaki Görevleri

Hangi ülkede yaşıyorsak yaşayalım, hangi meslek mensubu olursak olalım, hepimiz büyük insanlık toplumunun birer üyesiyiz. Bütün insanlığa ilgimiz, her şeyden önce insan olmanın doğal sonucudur. Bunun yanında uluslararası komşuluk ve dostluk ilişkileri, ekonomik, kültürel ilişkiler, bir ülkenin insanlarını diğer ülkelerin insanlarına yaklaştırmaktadır. Bilimsel ve teknolojik gelişmeler karşısında dünya küçülmüş, dünyanın herhangi bir ülkesinde meydana gelen ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasi gelişmeler, diğer ülkelere anında etkili olmaya başlamıştır.

Millet olarak hukuk, tıp, mühendislik, her türlü bilim, kültür, sanat alanlarındaki çabalarımızın ürünü olan şeylerden başka ülkelerin de faydalanmasına çalışmak, bugün kaçınılmaz bir görev halini almıştır. Bugün bireysel ve toplumsal düzeyde ortaya çıkan her türlü eser, sadece bir toplumun sınırları içinde kalmamakta, bütün dünyaya yayılarak insanlığın ortak malı olmaktadır. Bütün büyük insanlar, eserlerini ortaya koyarken yalnız kendi toplumlarına değil, bütün insanlığa karşı kutsal bir görev yaptıklarına inanmışlardır.[555]

Dünyada toplumlar arasında sosyal, kültürel ve hukuksal bazı temel farklılıklar olmakla birlikte, bütün insanların temel ihtiyaçlarında ortak yanların olması, örneğin, hukukun amacı olan adalet ve temel insan hakları, her insan ve toplum için gerekli olan bir değer olması nedeniyle hukuksal alanda evrensel bir boyut kendini göstermektedir. Dolayısıyla ülkemizde hukukun adalet temeli üzerine kurulması ve temel insan haklarının tam olarak yerleşmesi için ulusal düzeyde yapacağımız çalışmaların, ülkemizle sınırlı kalmayacağını bilmeliyiz. Kısaca, hukukçular; bireysel görevlerini yerine getirirken aynı zamanda toplumsal görevlerini, toplumsal görevlerini yerine getirirken bütün insanlığa karşı olan görevlerini yerine getirdikleri bilinciyle çalışmalıdırlar. Kendi içine kapanmış, sadece bireysel menfaat düşüncesi peşinde olan, kendi geçim derdine düşmüş insanlardan ideal anlamda hukukçu olması mümkün değildir.

B) HUKUKÇUNUN FAKÜLTE ÖNCESİ EĞİTİMİ

Hukukçunun fakülte öncesi eğitimi; onun ailede, ilköğretim ve ortaöğretim döneminde aldığı eğitimi ifade etmektedir. Hukukçunun fakülte öncesi eğitiminin niteliği ise; genel kültür, felsefe, mantık, vicdan ve ahlak eğitimidir. Hukukçunun, fakülte öncesinde alacağı genel kültür, felsefe, sosyoloji ve mantık eğitimi, onun görüş ufkunu açar ve filozofik yanını geliştirirken, vicdan ve ahlak eğitimi, adaleti gerçekleştirmek şeklinde özetleyebileceğimiz görevinde ona ahlaki değerlere uygun kararlar verebilmenin temeli olan sağlam vicdan ve karakter yapısı kazandırır.

---

[555] Prof.Dr. Nurettin Topçu, Ahlak.

1) HUKUKÇUNUN İLKÖĞRETİM VE ORTAÖĞRETİM AŞAMASINDA ALDIĞI HUKUK EĞİTİMİ

a) İlköğretim ve Hukuk Eğitim-Öğretimi

İlköğretim, öğrencilere temel eğitimin verildiği bir aşamadır. Bu nedenle bu aşamada öğrencilere verilen hukuk bilgileri, müstakil hukuk dersi olarak değil, dolaylı bir biçimde 'Vatandaşlık ve Demokrasi Eğitimi' dersleri çerçevesinde olup doğal olarak sınırlıdır. Bu derslerde öğrenciler, hukukun alt yapısını oluşturan anayasa, temel insan hak ve özgürlükleri, bu hakların korunması, ahlak, demokrasi, devlet yapısı, vatandaşlık sorumluluğu gibi kavramlarla ilgili temel bilgileri öğrenmektedirler.[556]

İlköğretim aşamasında verilen bu hukuk bilgilerinin genel ve temel nitelikte olması doğru ve gereklidir. Ancak bu aşamada karşılaşılan sorun (ki bu, eğitim sistemimizin genel olarak karşılaştığı sorundur), hukukun alt yapısını oluşturan bu temel bilgilerin gençlere sadece 'bilgi' olarak aktarılmış olmasıdır. Hâlbuki bu bilgiler gençlere, sınıf geçmeye yarayan bilgi depolaması olarak değil, hayatlarının her alanında mutlaka uygulanması gereken ilkeler olarak belletilmelidir. Ailede aile büyükleri, okulda öğretmenler, gençlere aktardıkları bu hayat ilkelerini kendi hayatlarında da yaşamalıdırlar. Böylece gençler, bu ilkelerin insan hayatına ne kadar yakıştığını görmüş olacaklar ve kendileri de yaşamaya başlayacaklardır. Beyinlere sadece depo edilen fakat uygulanmayan bilgilerin pratik hayatta bir yararı olması beklenemez.

b) Liselerde Verilen Hukuk Eğitim Öğretimi

b.a) Genel Liseler ve Hukuk Eğitimi

İlköğretimdeki 'Vatandaşlık ve Demokrasi Eğitimi' dersinde aldıkları bilgiler sayesinde öğrencilerde, hukuk için önemli olan bazı kavramlar hakkında genel bir düşünce oluşmaktadır. Ancak ilköğretimde verilen bu bilgiler önemli olmakla birlikte, özellikle ileride hukuk dalını seçecek bir öğrenciler için yeterli olmadığı açıktır. İlköğretimde verilen bu bilgilerin, hak, adalet, sorumluluklar, insanlar arası ilişkiler konularıyla daha da genişletilerek liselerde de devam etmelidir. Lisans eğitim-öğretimini hukuk alanında yapmak isteyen öğrenciyi bu konuda daha iyi hazırlamak gerekir. Yani öğrencinin hukuk fakültesine hazırlığı, ilköğretimde temel hukuk kavramlarıyla başlayıp liselerde biraz daha genişlik kazanarak yapılmalıdır.

Bilindiği gibi hukuk fakültesini okumak isteyen öğrencinin eşit ağırlık (Türkçe-Matematik) bölümünü seçmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bu fakülteye girmesi zorlaşır. Bir lise mezununun hukuk fakültesine girmesi, üniversite sınavlarında başarılı olmasına bağlıdır.

Bugün liselerde Türkçe-Matematik (eşit ağırlık) alanında birçok **seçimlik ders** vardır. Bunlardan biri de hukukla ilişkili olan Demokrasi ve İnsan Hakları

---

[556] Mehmet VURAL, İlköğretim Okulu Programı.

dersidir.[557] Seçmeli derslerin konuluş amacı, Millî Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliği'nde şöyle ifade edilmiştir:

"Seçmeli dersler; öğrencileri ilgi ve istekleri doğrultusunda hedefledikleri yükseköğretim programlarına hazırlayan ve kişisel yeteneklerini geliştirebilmelerine imkân sağlayan derslerdir."[558] Yönetmelikte ifade edildiği gibi, seçmeli dersler, öğrencileri, hedefledikleri yükseköğretim programına hazırlamak amacıyla konulmuştur. Ancak öğrencilerin, bu seçimlik derslerin önemini tam olarak kavradıklarını söylemek zordur.

Lisede seçmeli olarak verilen 'Demokrasi ve İnsan Hakları' dersinin içeriği, öğrenciye ana hatlarıyla hukuk bilgisi vermektedir. İnsan hakları, hukuk ve hukuk devleti, yönetim ve hayat biçimi olarak demokrasi, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi gibi… Ancak bu ders, mevcut sınav sisteminde öğrencilerin dikkatini çekmemiş ve onların seçiminden uzak kalmasına yol açmıştır. Hâlbuki hukuk fakültelerine giren öğrenciler, henüz lise birinci sınıfta Türkçe-Matematik (eşit ağırlık) bölümünü seçmekle, hukuk fakültelerini muhtemel hedefleri arasına almışlardır.

Ayrıca liselerde okutulan ve hukukla çok önemli ilişkisi olan felsefe, sosyoloji ve psikoloji dersleri gereksiz görülmekte, önemsenmemektedir. Hâlbuki felsefe ve sosyoloji bilinmeden hukukun anlaşılması zordur.[559] Hukuk öğrencilerinin, fakülteye girmeden önce genel bir hukuk mantığını elde etmeleri gereklidir.

b.b) Adalet Meslek Liseleri ve Hukuk Eğitimi

Adalet Meslek Liseleri, ilköğretim okulu üzerine öğrenim veren ve öğretim süresi dört yıl olan okullardır. Bu okullarda meslek dersleri ağırlıklı olup, ortak dersler ile desteklenmiş adalet alanında zabıt kâtipliği ile infaz ve koruma dalları uygulanır. Ülkemizde az sayıda bulunan Adalet Meslek Liselerinde, Türk Millî Eğitiminin genel amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak öğrencilere ortaöğretim seviyesinde asgari olarak bir genel kültür verilmekte, onlara kişi ve toplumun problemleri tanıtılmakta, bilgi ve yetenekleri doğrultusunda adalet alanında istihdam edilecek orta kademedeki nitelikli insan gücü yetiştirilmektedir.

Uygulanan programlarla öğrencilere, alanı ve mesleği ile ilgili temel bilgi ve becerileri kazandırmanın yanı sıra, yeniliğe ve değişime uyum sağlayabilen, çevresindeki insanlarla sağlıklı iletişim kurabilen, hedeflerini belirleyip bunlara ulaşmak için girişimlerde bulunabilen, yaratıcı, gelişime ve eleştiriye açık ve mesleki yeterliklere sahip bireyler yetiştirilmesi hedeflenmiştir. Adalet Meslek Liselerine; ilköğretim okulu mezunu öğrenciler merkezi sınav sistemi ile kabul edilirler.[560]

---

[557] Lise Ders Programı Cilt: I, M. E. B. Orta Öğretim Gen. Müd.

[558] Millî Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliği, Madde: 9.

[559] Güven DİNÇER, Hukuk Fakültelerinde Lisans Öğretimi Hakkında Düşünceler; Hukuk Öğretim Sempozyumu.

[560] http://mebk12.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/75/01/278319/icerikler/adalet-meslek-lisesi_198637.html.

Kısaca, gerek ilköğretim ve ortaöğretimde verilecek genel eğitimde, gerekse adalet meslek liseleri eğitim-öğretim programları içinde verilecek eğitimde, hukukla ilgili konulara özel bir önem vermek gerekir. Bu amaçla öğrencilerin yaş ve bilgi düzeylerine göre onlara hukukun temel kavramlarını ve kurumlarını öğretmek; ekonomi, tarih, sosyoloji, felsefe derslerine paralel olarak hukukun diğer bilimlerle olan ilişkisini ve hukukun toplumsal rolünü ve önemi benimsetmek, program mesleğe yönelik ise bu mesleğe ilişkin mevzuatın genel esaslarını öğretmek gerekir. Bu aşamada verilecek hukuk eğitiminin, temel hukuk kavramlarını iyi bilen, hak ve özgürlüklerine sahip çıkan, sorumlu-luklarının bilincinde olan iyi vatandaş yetiştirme açısından da çok yararlı olacaktır.

2) HUKUKÇUNUN VİCDAN VE AHLAK EĞİTİMİ

2.1) HUKUKÇUNUN VİCDAN VE AHLAK EĞİTİMİNE OLAN İHTİYAÇ

Bilinmelidir ki, hukuk mesleği ve yargıya ilişkin sorunların odak noktasında, hukuk mesleğini yürüten insan unsurundaki değer bilinci eksikliği bulunmaktadır. Sorunların odak noktası insan unsuru olunca, bu sorunun çözümüne de buradan başlanması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Hukukçunun, etik ilkelere uygun kararlar verebilmesi, yeterli hukuk bilgisi yanında onun vicdan ve ahlak, daha genel ifadeyle değerler konusunda iyi bir eğitim almasına bağlıdır. Hukukçuda bulunması gereken değer bilinci, sağlam vicdan ve karakter gibi ahlaki niteliklere sahip olabilmesi için, hukukçunun özel bir eğitime ihtiyacı vardır. Hukukçular için böyle bir eğitime ihtiyaç olması, onların, yukarıda belirtilen ahlaki nitelikleri ne zaman, nerede ve ne şekilde kazanacakları sorusunu gündeme getirmektedir. İnsan denilen varlığın her yaşta ve sürekli bir eğitime ihtiyacı vardır. Ancak hukukçularda sağlam bir vicdan, karakter ve değerler konusunda bilincin oluşması, onların küçük yaşlardan itibaren ahlak eğitim ve terbiyesi almalarına bağlıdır.

Hukukun amacı, bir ahlaki değer olan adalet olup hukuk mesleği mensuplarının verdikleri kararlar, yaptıkları işlemler mutlaka bir değerlendirmeye dayandığından, her değerlendirme ise değerlerin bilgisi ve değer bilinciyle sıkı bir ilişki içinde olduğundan, hukuk mesleğini yürütecek hukukçuların, değerler, vicdan ve ahlak konusunda iyi eğitilmeleri bir zorunluluktur.

Hukuk mesleği mensuplarının, değerler ve ahlaki bilinç konusunda eğitilmesi, bu meslekte büyük önem taşıyan somut değer yargıları olan kararlar, mütalaalar ve değerlendirmeler ile soyut bir değer olan adalet arasındaki uyumun sağlanması amacına yöneliktir.

Hukuk mesleğinde somut değer yargıları, yani soyut hukuk kurallarının somut bir olaya uygulanması işleminde yapılan değerlendirmeler, verilen kararlar, adalet gibi belirli bir soyut değere dayalı olarak verilir. Hukuk mesleği mensuplarının yaptıkları değerlendirme ve verdikleri kararlar (somut değer yargısı), eğer dayanması gereken soyut değere yani adalete uymuyorsa ya da uymadığı sonradan anlaşılırsa, bu yapılan değerlendirmeler elbette ki değişmeli ve soyut değere yani adalete uygun hale getirilmelidir. İşte bu değer yargılarının adalete uygunluğunu

sağlama noktasında vicdan ve ahlak eğitimine çok büyük görevler düşmektedir.[561] Çünkü hukukçunun somut olayla ilgili verdiği karar ile adalet arasında oluşacak uyumsuzluğun daha işin başında büyük ölçüde önlenmesi, hukukçunun değerler ve ahlaki bilinç konusunda iyi eğitilmesine bağlıdır. İşte hukuk mesleği mensuplarının yargılama faaliyetinde yaptıkları değerlendirme, verdikleri karar, sundukları talep ve mütalaaların, soyut değer olan hukuk ve adalete aykırı olması biçiminde ortaya çıkabilecek uyumsuzluğun giderilmesinin en ideal ve sağlıklı yolu, hukukçuları bilgi, vicdan, ahlak ve değer bilinci yönünden iyi yetiştirerek daha işin başında bu uyumsuzluğu önlemektir. Söz konusu uyumsuzluğun giderilmesinin ikinci yolu ise, bilindiği gibi hukuka aykırı olarak verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurmaktır. Birinci yol ve yöntem sağlıklı kullanıldığı takdirde ikinci yola fazla ihtiyaç duyulmayacağı söylenebilir.

2.1.1) Hukukçunun Değer Yargısıyla Soyut Değer Arasındaki Uyumsuzluğun Nedenleri

Hukuk düzeninde ideal olan durum, hukukçuların somut olayla ilgili yaptıkları değerlendirmeler ve verdikleri kararlarla (değer yargısı) soyut değer (hukuk/adalet) arasında bir uyumun olmasıdır. Yani hukukçuların verdikleri kararların, yaptıkları hukuki işlemlerin soyut değer olan hukuka/adalete uygun olmasıdır. Ancak bu uyumun, bazı nedenlerle her zaman sağlanamadığı görülmektedir.

Değer yargısı ile soyut değer arasındaki uygunluğu engelleyen iç ve dış etkenler vardır ki bunlar eğitimle ortadan kaldırılabilir. İç etkenler; ihtiras, kin, öfke, önyargı, yanlış dini inançlar, aşırı para ve mal sevgisi, makam ve mevkie düşkünlük gibi eğilim ve duygulardır. Bu eğilim ve duygular denetim ve kontrol altına alınmadığı takdirde, hukukçu-insanın her türlü adli karar, işlem ve değerlendirmelerinde bunların etkili olması kuvvetle muhtemeldir.

Dıştan gelen etkenler, baskı ve tehdit şeklinde olabilir. Bu baskı ve tehditler ya siyasi erki elinde bulunduran kişi ve kurumlardan, ya da bir takım legal veya illegal güç odaklarından gelebilir. İstedikleri yönde karar vermedikleri takdirde hâkim veya savcının başka yerlere atanması gibi tehditler siyasi iktidarlardan gelebilmektedir. Öldürme veya çeşitli zararlar verme şeklinde ya da belirli menfaatler vaat etme biçiminde yapılan baskı ve tehditler de bazı güç odaklarından gelebilmektedir. İnsanın gerek iç dünyasında var olan eğilim ve duyguların, gerekse dıştan gelebilecek baskı ve tehditlerin, hukukçu-insanın karar ve işlemlerine olumsuz etkide bulunmasını önlemek için, hukukçu-insanın iyi bir vicdan ve ahlak eğitiminden geçirilerek bu eğilim ve duyguların düzene konulması, kontrol altına alınması gerekir.

Hukukçu-insana etki eden iç ve dış etkenlerin varlığı tartışmasızdır. Yapılması gereken, hukukçuların gönül ve ruh dünyalarını bu etkenlere karşı güçlü kılmaktır. İnsanların, paraya, dünya malına, her türlü zevk ve eğlenceye, makam ve mevkie karşı zaafları vardır. Bütün bunlar, insanların manevi hayatında, gönül dünyasında kötülüklere açılan kapılardır. İşte her insanın olduğu gibi hukukçuların da çok çetin olan sınavı, bu alanda gerçekleşmektedir. Bu olumsuz etkenlerin hepsi, hukukçuya

[561] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

değerler konusunda verilecek iyi bir vicdan ve ahlak eğitimiyle ortadan kaldırılabilir ya da hiç değilse en aza indirilebilir.

Hukukçuların, benzer olaylar hakkındaki değerlendirmeleri bazen birbirinden çok farklı olduğu bilinmektedir. Hukukçularda bu değerlendirme farklılığının nedenleri vardır. Adalet gibi soyut değerler aynı kaldığı halde hukuk mesleği mensuplarının bu değerlere dayanarak yaptıkları değerlendirmeler, değer yargıları neden değişmektedir? Örneğin aynı hukuk sistemi içinde, aynı eylem ve aynı delillerin bulunduğu bir ceza davasıyla ilgili olarak, bir hâkim mahkûmiyet verirken, bir başka hâkim neden beraat verebilmektedir? Hâkimlerin ve savcıların verdikleri kararlar arasında bazı makul sayılabilecek farklılıklar olabilirse de, siyah ve beyaz kadar büyük ve keskin farklılıklar neden meydana gelmektedir?

Değer yargılarındaki değişikliğin ya da değer yargılarının bazen soyut değere uygun olmamasının belirli nedenleri vardır. Bu nedenlerin başında, insanlarda bulunan **değer organının** yani **vicdanın** herkeste aynı ölçüde gelişmemiş olması gelir. O halde somut bir olayla ilgili karar verecek yani değer yargısında bulunacak bir hukuk mesleği mensubunun değerler konusunda iyi eğitilmiş, ondaki **değer organı** olan **vicdanın** çok iyi gelişmiş olması gerekir. Bu da ancak ahlak ve değerler konusunda verilecek eğitimle mümkündür. Bunun için, değerleri kendi hayatlarında yaşayan, gerçekleştiren yüksek ahlaki erdemlere sahip örnek kişilerin, eğitilecek kimsenin gözünün önüne konulması gerekir. Çünkü bir kimsenin değerler konusunda eğitilmesinin en kolay ve en güvenilir yolu budur.[562] Demek ki, ahlak eğitiminde sadece teorik bilgiler yeterli olmayıp örnek insanların, ahlaki değerleri hayatlarında yaşayarak eğitilen bireylere örnek-model kişiler olması gerekir. Ahlak eğitiminin etkili olması, büyük ölçüde ahlaki değerlerin yaşanarak gösterilmesi ve öğretilmesine bağlıdır.

2.1.2) Hukukçunun Vicdan ve Ahlak Eğitiminin Zamanı Sorunu

Yukarıdaki bölümde, hukukçuda bulunması gereken niteliklerinin neler olması gerektiği ortaya konulmuştur. Genel olarak iki nitelik öne çıkmaktadır: Yüksek düzeyde hukuk bilgisi ve vicdani ahlaki nitelikler. Bu niteliklere sahip hukukçu, mesleği için gerekli olan yüksek düzeyde hukuk bilgisini hukuk fakültelerinden alacaktır. Ancak onda bulunması gereken vicdani ve ahlaki nitelikleri ne zaman ve nerede kazanacaktır? İnsanlarda değer ve ahlak bilincinin oluşması için verilecek eğitimin belirli bir dönemi ve zamanı var mıdır? Hangi yaş ve dönemlerde, nasıl bir eğitime tabi tutulması gerekir?

Aşağıda ilgili bölümlerde daha ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi eğitim bilimi (pedagoji) bize, insanda iyi ya da kötü davranışlara alışkanlık için en uygun zamanın çocukluk ve gençlik devresi olduğunu, dolayısıyla eğitim açısından en önemli devrenin, doğumdan ergenlik çağına kadar olan dönem olduğunu, insanlarda vicdan ve ahlak eğitiminin küçük yaşlardan itibaren başlaması gerektiğini söylemektedir. Şüphesiz ki vicdan ve ahlak eğitimini insan hayatında belirli yaş ve dönemle sınırlandırmak mümkün değildir. Çünkü insanın ahlaki olgunluğunun bir sınırı yoktur. Vicdan ve ahlak eğitimi, hayat boyu devam eden ve süreklilik arz

[562] Prof. Dr. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesi.

eden bir çaba olmalıdır. Ancak insanın bütün davranışlarına hayatı boyunca yön verecek temel ahlaki davranış kalıpları, çocukluk ve gençlik döneminde kazanılmaktadır. Bu dönemde verilen temel ahlaki değerler konusundaki eğitimin, okullarda, sosyal çevre ve meslek hayatında da sürmesi, bu değerlerin kökleşmesi, teyit edilmesi ve ahlaki davranışın insanda doğal refleks haline gelmesi açısından önemlidir. Bu durumda hukukçunun vicdan ve ahlak eğitiminin temellerinin fakültedeki 4 yıllık lisans eğitiminden çok önceki aşamada atılması gerektiği açıkça ortaya çıkmaktadır. Böyle olunca aslında bu aşamada 'hukukçunun vicdan ve ahlak eğitimi' kavramından daha geniş olan 'insanın vicdan ve ahlak eğitimi' kavramından söz etmek daha doğru olur.

Genel olarak toplumsal hayatta her iş ve meslek sahibinin asgari düzeyde genel etik ilkelere ve meslek ahlak kurallarına uygun davranışta bulunması, kendisinden beklenen bir durumdur. Bu nedenle her insanın, henüz hangi iş ve mesleği seçeceği belli olmadığı çocukluk döneminde, her iş ve meslek dalı için ortak sayılabilecek genel ahlak ilkeleri ve değerler konusunda eğitilmesi büyük önem taşımaktadır. Örneğin doğruluk-dürüstlük, adalet, çalışkanlık, haklara saygı, yalan söylememek gibi etik ilkeler, hem hukuk mesleği için hem de diğer iş ve meslek alanları için vazgeçilemez ahlaki değerlerdir. Ancak sağlam vicdan ve yüksek ahlaki erdemlerle donanımlı olması gereken hukuk mesleği mensuplarının (hâkim, savcı, avukat ve noterlerin) ahlak ve karakter eğitiminin özel bir öneme sahip olduğu belirtilmelidir.

2.1.3) Ülkemizde Vicdan ve Ahlak Eğitimi ve Bu Konudaki Tartışmalar

Ahlaki değerler olmadan, toplumsal hayatın düzenli olarak işlemesi mümkün değildir. Toplumda ahlaki değerlerin yerleşmesinde en önemli etken ise, şüphesiz ki vicdan ve ahlak eğitimidir. Bir ülkede ahlaki sorunlarla mücadelede vicdan ve ahlak eğitimine önemli görevler düşmektedir.

Ahlak eğitimi; bireyden bireye farklılık gösterebilen huy ve mizaçları uygun bir biçimde yönlendirmek ve böylece insanda iyi bir karakterin oluşmasını sağlamak içindir. (Prof.B. Bilgin ve M. Selçuk) Ahlak eğitimi, bireylerin ahlaki bir kişilik geliştirmesini ve ahlaki olgunluğa ulaşmasını sağlar. Bireyin, kendisiyle ve çevresiyle uyum içinde olmasını amaçlayan karakter ve ahlak eğitimi hem bireysel hem de toplumsal yönü olan bir çabadır. (Prof.M.Z.Aydın) Değerler sistemine önemli katkıda bulunan ve ahlak eğitiminin ilk alındığı en önemli kurum ailedir. Aileden sonra okul ve çevre gelir. Gençlerde problemli eğilimleri ortadan kaldırmanın en önemli yolu okullarda verilecek ahlak ve karakter eğitimidir. (Prof.H. Ekşi)[563]

Çocuğun ahlaki kişiliğinin gelişiminde ailenin rolü temel olmakla birlikte, çocuğun zamanının büyük çoğunluğunu içinde geçirdiği planlı ve şeklî bir eğitim kurumu olan okul da etkili olmaktadır. İnsan hayatıyla doğrudan ilgili olan ahlak,

[563] Aktaran: Prof. Dr. Mevlüt Kaya, İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programlarındaki Ahlaki

Konuların Ahlak Eğitimi Açısından Değerlendirilmesi.

her zaman eğitimin hem amacı, hem de konusu olmuştur. (Doç.T.Gündüz)[564] Özellikle ilköğretim döneminin, kişiliğin oluşmaya başladığı dönem olması nedeniyle, bu dönemde yetişecek çocukların kişiliklerini oluşturacak ahlaki değerlerin eğitimine öncelik tanınmalıdır.[565] Aslında amacı, tüm eğitim etkinliklerini tamamlamak ve yüceltmek olan ahlak eğitimi, okulların görevi olup bütün görevlilerin sorumluluğu altındadır.[566]

Milli Eğitim Temel Kanununa göre; okullardaki eğitimin üç genel amacı vardır. Bu amaçlardan birincisi**,** Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimsemiş iyi vatandaşlar yetiştirmektir. İkincisi, beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı kişiliğe sahip bireyler yetiştirmektir**.** Üçüncüsü ise, bireylerin ilgi ve yetenekleri doğrultusunda bir meslek sahibi olmalarını sağlamaktır.[567]

Görüldüğü gibi, Türk Milli Eğitiminin genel amaçları içinde ahlak ve ahlak eğitimi önemli bir yer tutmaktadır. Okullardaki ahlak eğitiminin amacı, çocuk ve gençlere, içinde bulundukları gelişme çağında yardımcı olmak, okul dışındaki çevrelerin çocuk üzerindeki olumsuz etkilerini silerek, onları iyi insan ve iyi vatandaş olmaya hazırlamaktır.[568] İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi öğretim programının genel amaçları da 'Gençlerin ahlaki değerleri bilen, onları yaşayan ve onlara saygı duyan erdemli kişiler olmalarını, ahlaki değerleri içselleştirmelerini' sağlamak şeklinde belirtilmiştir (Milli Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisi). Buna göre program; öncelikle bireylerin ruh dünyalarına yönelmekte, onların gönüllerine ahlakiliği yerleştirmeyi amaçlamakta, sonra da çevresine saygılı, toplumla barışık olmaları için çevreyle uyumunu sağlamaya çalışmaktadır.[569]

Çocukta ahlaki kavramların geliştirilmesi için öncelikle, yaptığı davranışların neden kötü, neden iyi olduğunun öğretilmesi gerekir (Prof. Hökelekli). Ancak ahlak eğitiminde esas olan, neyin iyi neyin kötü olduğunu bilmenin yanında, iyi olan ahlaki değerlerin davranışlara yansıması, yani hayatta uygulanması, kötü olanın ise yapılmamasıdır (V. B. Pars). Ahlak eğitimi öğüt, emir ve yasaklar, cezalandırma, söyletilen ve ezberletilen kurallar bütünü olarak ele alınırsa fazla bir anlam ifade

---

[564] Aktaran: Prof. Dr. Mevlüt Kaya, İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programlarındaki Ahlaki
Konuların Ahlak Eğitimi Açısından Değerlendirilmesi.

[565] Prof.Dr. İlyas Çelebi, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersinin İlk ve Orta Öğretim Programlarına Girişi ve Bugünkü
Müfredatı.

[566] Prof. Dr. Mevlüt Kaya, İlköğretim Din Kültürü Ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programlarındaki Ahlaki Konuların Ahlak
Eğitimi Açısından Değerlendirilmesi.

[567] Milli Eğitim Temel Kanunu, madde:2.

[568] Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak.

[569] Prof. Dr. Hamit Er, İlköğretim Okullarında Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersleri Hakkında Bir Değerlendirme;
Aktaran: Prof. Dr. Mevlüt Kaya.

etmez. Öğrenilen ahlaki davranışların alışkanlık haline getirilmesi gerekir. (M.Z.Aydın) Çünkü ahlak ancak yaşanarak öğrenilir ve davranışlara dönüşür.[570]

Ahlak eğitimi, öğrencilerin ahlaki ve sosyal gelişim özelliklerine uygun olarak yapılmalıdır. Otoriteye ve baskıya dayalı bir ahlak eğitimi başarılı olamaz. Ahlak eğitimi yoluyla bireylerde başkasına bağımlı bir ahlak değil, bilince dayalı bir ahlak anlayışı geliştirilmelidir.[571] Değerli olan, dıştan kontrollü bir ahlak anlayışı değil, içten kontrollü bir ahlak anlayışıdır. Okullarda ahlaki davranışların öğrencilerde görülmesine yönelik demokratik ve hoşgörülü bir eğitim yapılmalıdır. Hoşgörüye ve sevgiye dayalı bir ahlak eğitimi, bir anlamda öğrencilerin vicdanlarına hitap etmeyi ifade eder.[572]

Çocukluk yıllarında başlayan kişilik gelişiminin ahlaki yönü olan karakterin oluşumuna katkı sağlayacak ahlak eğitimi, ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarında yer alması gereken önemli bir eğitim faaliyetidir. İlköğretim okullarında ahlak eğitimi daha çok Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerine odaklanmıştır. İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programı incelendiğinde bazı ünitelerin doğrudan, bazılarının da dolaylı bir şekilde ahlakla ilgili konulara yer verildiği görülmektedir.

Ahlak eğitimi konusunda vurgulanması gereken bir konu, okullarda ahlak eğitiminin, sadece Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersleri yoluyla yapılamayacağıdır. İlköğretim okullarında Türkçe, sosyal bilgiler, beden eğitimi, müzik, resim ve iş eğitimi dersleri, hatta fen ve matematik gibi tüm dersler yoluyla da ahlak ve değerler eğitimi yapılabilir. Ayrıca, bu derslerin yanında genel olarak okul ve sınıf ortamı, olumlu ahlaki değerlerin ve ahlaki davranışların yaşandığı ve uygulandığı birer mekânlar olabilir ve olmalıdır.[573] Çocuklar ahlaki davranışları, model olarak aldığı kişileri taklit ederek kazanırlar. Anne-babalar ve öğretmenler çocuk için iyi bir ahlak modeli olmalıdırlar. Gençlere yönelik en etkili ahlak eğitimi, anne-babaların ve öğretmenlerin örnek-model davranışlar ortaya koymasıyla yapılabilir. Evde, okulda, oyun alanlarında, televizyonda/kitle iletişim araçlarında ve çocuğun etkileşimde bulunduğu her ortamda örnek davranışlar onlar üzerinde daha etkili olmaktadır.

Vicdan ve ahlak eğitimi bir zorunluluk olduğu halde ülkemizde yıllardır tartışma konusu yapılmıştır. Toplumsal yapının her alanında adalet üzere ve barış içinde bir hayatın varlığı ve devamı, ahlaki değerlerin toplumun bütün bireyleri tarafından benimsenip yaşanmasına bağlı olduğu, bunun da iyi bir vicdan ve ahlak eğitimiyle sağlanabileceği sosyokültürel, bilimsel bir gerçek olduğu halde, ülkemizde ahlak eğitimiyle ilgili tartışmalar yıllardan beri sürüp gitmektedir.

---

[570] Aktaran: Prof. Dr. Mevlüt Kaya, İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programlarındaki Ahlaki
Konuların Ahlak Eğitimi Açısından Değerlendirilmesi.

[571] Prof.Dr. Mustafa Köylü, Çocukluk Dönemi Ahlak Gelişimi.

[572] Prof. Dr. Mevlüt Kaya, İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretim Programlarındaki Ahlaki Konuların Ahlak
Eğitimi Açısından Değerlendirilmesi.

[573] Prof.Dr. Halil Ekşi, Karakter Eğitimi Programları.

Genel olarak bu konudaki tartışmalar; eğitim sisteminde ahlak eğitimine yer verilip verilmemesi ya da eğer yer verilecekse bu eğitimin zorunlu olup olmaması yönünde devam etmektedir. Ahlak eğitimine olumsuz bakan kesimlerin bu tutumlarının temel nedeninin, ahlak ve din konularında bilgisizlik, önyargı ve yerli-yersiz oluşan korkular olduğu söylenebilir. Bilindiği gibi bilgisizlik ve önyargı, birçok yanlışlığın da nedeni olan genel sorunlardır. Bilgisizlik ve önyargının doğurduğu hiçbir sonuç yararlı olmamıştır. Bu kesimlere, doğru ahlak ve din anlayışı anlatılarak onların yersiz korku ve endişeleri giderilmeye çalışılmalıdır. Çünkü bilgisizlik, zincirleme olarak birbirini doğuran birçok tehlikeye ve sonu tahmin edilmeyen yanlışlıklara ve karmaşaya kaynaklık edebilir. Bu olumsuz sonuçlardan biri de, iyiyi kötüden, yararlıyı zararlıdan ayırt edememektir. Bilgisizlik; bilgi eksikliği; ya da yanlış bilgi, toplumda farklı ahlâk ve zihniyet bozukluklarının da temel kaynağı olmuştur.

"Bilgi bizi yanlış yollara yöneltebilir, fakat bunun çözümü, bilgiden tamamen uzaklaşmak değil, daha iyi ve doğru bilgiye ulaşmaktır. Çılgınların elindeki cehalet, hiçbir zaman hiçbir şeyi çözememiştir." (Dr. Asimov)

Günümüzde bilgiye ulaşma imkânları çok arttığı halde ulaşılan bilginin güvenilirliği konusunda ciddi kuşkular da bulunmaktadır. Toplum ciddi bir bilgi kirliliği ile karşı karşıya bulunmaktadır. Doğal iletişim, yerini büyük ölçüde güdümlü iletişime bırakmıştır. Ülkemizde genel olarak yaşanan bilgi kirliliği, din ve ahlak konularındaki tartışmalarda kendisini daha çok hissettirmektedir. Kendisini dindar kabul eden kesimlerde bile, din ve ahlak alanında neyin doğru neyin yanlış olduğu konusunda ciddi anlamda bilgisizlik ya da yanlış bilgiler görülebilmektedir.

Bilgi kirliliğinden kurtulmanın yolu, öncelikle doğru, sağlam, güvenilir bilgiye değer vermekten ve dolayısıyla belgeye ve gerçeğe dayanmayan bilgiye itibar etmemekten geçer. 'Bilmediğin şeyin peşinden gitme' uyarısı, bizi bilgiye ve belgeye dayalı davranışlarda bulunmaya yönlendirmelidir. İnsan bilgiye, öğrenmeye açık olmalı, zanla hareket etmemelidir. Her sözü dinlemeli, ama sözün en iyisini, en sağlam ve doğrusunu seçmelidir. Sözün iyisi, doğru, sağlam ve güvenilir olandır. Kısaca, toplumumuz ahlak ve din konularında bilgisizlikten ya da eksik bilgiden kurtulup doğru bilgilere ulaşabildikleri takdirde, insanlarımızın vicdan ve ahlak eğitimi konusunda olumsuz bir düşünceye sahip olması söz konusu olmayacaktır.

2.2) HUKUKÇUNUN VİCDAN VE AHLAK EĞİTİMİNDE TEMEL İLKELER

Hukukçunun eğitiminden söz ederken, sadece hukuk fakültelerindeki eğitimi dikkate almak yerine, konuya genel anlamda **insanın eğitimi** temel noktasından bakılması gerektiğini bir kez daha belirtmekte yarar vardır. Çünkü hukukçunun eğitimini, sadece 4 yıllık fakülte eğitimi olarak gören bir anlayış, bu konuda daha işin başında yanılmaktadır. Genel olarak insan eğitiminin, küçük yaşlardan itibaren başlaması gerektiği, her meslek sahibi insan için gerekli olan vicdan ve karakter oluşumunun temellerinin çocukluk döneminde atılması gerektiği olgusu, bizi zorunlu olarak böyle bir noktaya götürmektedir.

Şüphesiz ki vicdan ve ahlak eğitiminin kendine göre temel ilkeleri vardır. Öncelikle belirtilmelidir ki, gelecekte hangi meslek grubunda yer alırsa alsın, genel olarak insanların vicdanında, çocukluktan itibaren **ahlaki bilinç** oluşturulmalıdır. Çünkü her meslek mensubu için asgari bir ahlaki bilincin, sağlam vicdan ve karakterin varlığı gereklidir. Toplumda adaleti gerçekleştirmek gibi önemli bir işlevi yerine getirecek olan hukuk mesleği mensuplarının ahlaki bilinci söz konusu olunca, bu ahlaki bilincin azami, yani en üst düzeyde olması gerektiği belirtilmelidir.

Bir değer organı olan vicdanın oluşum ve gelişim süreci konusu, 'ahlak bölümünde' daha ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ancak burada şu kadarını belirtelim ki, ahlak eğitiminde vicdanın oluşum ve gelişim süreci çok önemlidir. Eğitimciler, bu sürecin doğumla başladığını, 7 yaşına kadar çocuğun vicdan oluşumunun temellerinin atıldığını söylemektedirler. Çocuklara aile, okul ve çevrede birbiriyle uyumlu verilecek eğitim ve öğretimin olumlu etkisiyle onların gönüllerinde güzel huylar, iyi alışkanlıklar yerleşirse o çocukların davranışları da iyi olur. Buna karşılık kötü huy ve alışkanlıklar yerleşirse o çocukların davranışları da kötü olur. Bu nedenle çocuklarımızın iyi davranış alışkanlıkları kazanmaları için, onların gönül dünyaları küçük yaşlardan itibaren kötülüklerden uzak tutulmalı, iyi huy ve alışkanlıklarla donatılmalıdır.

a) Vicdan ve Ahlak Eğitimiyle İlgili İlkeler

a.a) Ahlak Eğitimi Açısından Çocukluk Döneminin Önemi

Çocukluk dönemi, eğitim ve terbiye açısından bireylerin hayatında en önemli evreyi oluşturur. Doğumdan ergenlik çağına kadar geçen evreye çocukluk dönemi dendiği bilinmektedir. Batılı düşünürler, eskiden doğumdan itibaren ilk yılı eğitim dışı bir dönem olarak görürken, bugün doğum saatlerinin bile öneminden söz etmekte, çocuğun bütün yeteneklerini hayatın ilk yıllarında geliştirerek son şeklini aldığını ileri sürmektedirler. Bu nedenle çocukluk dönemi, en çok özen gösterilmesi gereken evredir. Bu dönemde, çocuğun her alanda anlama ve kavrama yeteneğini en geniş şekilde geliştirecek bir eğitim ortamı içinde bulunması gerekir. İngiliz eğitimci B. Russell şöyle der: "İstediğiniz ahlaki eğitim ve terbiyeye başlamanın en doğru zamanı bir çocuğun doğduğu andır. Daha sonraki yaşlarda eğitim ve terbiye faaliyeti, ters ve yanlış alışkanlıklarla mücadele etmek zorunda kalacak, sonuç olarak da öfke ve dargınlıklarla karşılaşacaktır." [574]

Amerikalı Psikolog Prof. Paul Bloom, kendi yaptığı araştırmalara dayanarak, insan zekâsının niteliklerinin yarısının 4 yaşına geldiğinde, üçte ikisinin de 6 yaşına geldiğinde oluştuğunu, üç ve altı yaşlarındaki çocuklara verilmesi gereken eğitimde gecikme halinde doğan kaybın telafi edilmesinin zor olduğunu ya da daha uzun yıllar gerektirdiğini, bu nedenle en verimli eğitim ve terbiyenin ilk yıllardaki eğitim ve terbiye olduğunu söylemiştir.[575] İnsan eğitiminde ruh ve beden sağlığının önemi bilinmektedir. Yeni doğan çocuğun, ruhen ve bedenen iyi gelişmesi, hastalıklara

[574] Bertrand A. W. Russell, Terbiyeye (Eğitime) Dair; Çeviren: Hamit Dereli.
[575] Barry Schwartz; aktaran: Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.

karşı vücudun bağışıklık sisteminin güçlü olabilmesi için çocuğun iki yıl süreyle anne sütü emmesi gerektiği uzmanlarca ifade edilmektedir.

Yine bazı düşünürlere göre, insanın eğitim açısından en önemli dönemi doğumdan ergenlik çağına kadar olan dönemdir. İnsanda iyi davranışların sürekli ve kalıcı olabilmesi için bu dönemde çocuğun iyi alışkanlıklar edinmesi gerekmektedir. İnsanın ayrılmaz bir niteliği olan ahlaki huyunun, çocukluk döneminde eğitimciler tarafından çocuğa verilen ya adalet, dürüstlük, sevgi, saygı, şefkat, yardımlaşma, cesaret gibi iyi ahlaki davranışlardan ya da kin, nefret, yalan, haksızlık gibi kötü ahlaki davranışlardan meydana geldiği belirtilmiştir.[576]

Çocukların eğitiminde dikkat edilecek konulardan birisi de, çocuğun zihinsel gelişim evresidir. Çocukların, geçici hevesler yerine yüksek ahlaki değerleri amaç edinmesini sağlamak için, onların bu değerleri anlayabilecekleri ya da kabul edebilecekleri zamanı iyi seçmelidir. Çünkü çocukların, zihinsel gelişme evrelerine göre kendilerine eğitim verilmelidir.

Mevlana, ünlü psikologlardan Jean Piaget'nin 'zihinsel gelişim kuramı'nda belirttiği ilkelere paralel olarak, insan eğitiminin, onun doğumundan itibaren zihinsel gelişim evlerine göre yapılması gerektiğini ileri sürer. Bilindiği gibi Jean Piaget, 'zihinsel gelişim kuramı'nda, çocukların, zihinsel olarak farklı gelişim evrelerinden geçtiğini, onların dünyaya ilişkin bildikleri ve gördükleri hakkında düşünme biçimlerinin farklı yaşlara göre değiştiğini; anaokulu yaşındaki çocukların algılamalarının sınırlı olduğunu, ilköğretim yaşında somut nesnelere/varlıklara dayalı olarak düşünme yeteneğine sahip olduklarını, daha ileri yaşlarda ise, artık soyut ve sistematik olarak düşünmeye başladıklarını; çocukların farklı yaşlarda farklı zihinsel gelişime sahip olmaları gerçeğinin, eğitim ve öğretim sürecinde aile büyükleri ve öğretmenler tarafından dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.[577]

İyi ya da kötü davranışlara alışkanlık için en uygun zamanın çocukluk ve gençlik dönemi olduğu söylenebilir. Gençlere eğitim ve terbiyenin zamanında verilmesi hayati bir önem taşır. Çünkü küçük yaşlarda iyi ahlak ve karakter üzere yetiştirilmediği takdirde, çocuğun, sonradan kalbinden sökülüp atılması zor olan kötü ahlaki davranışlar edinmesi tehlikesi vardır. 'Ağaç yaş iken eğilir' atasözü bunu ifade için söylenmiştir.

a.b) Çocuklarda Ahlaki Bilincin Oluşturulması

Ahlak eğitimi, ahlaka ilişkin bir takım bilgi ve öğütleri insan hafızasına depolamak demek değildir. Yüksek ahlaki değerleri, yaratılıştan gelen ahlaki duyguların da katkısıyla, insan davranışlarını yönlendirecek biçimde zihinlere yerleştirmek gerekir. Etik ilkeler insanların zihninde öyle yerleşmelidir ki, bu ilkelere uygun davranma, insanlarda doğal bir refleks haline gelmelidir. Bu da gençlerin, henüz çocukluk dönemlerinde ahlaki bilincini oluşturarak ve geliştirerek yapılabilir.[578]

---

[576] İbn-ül Kayyım; aktaran: Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[577] Prof. Dr. Mustafa Usta; aktaran: Prof. Dr. İbrahim Canan, Terbiye.
[578] Dr. Akil Muhtar Özden, İlim Bakımından Ahlak.

Çocuğa sadece güzel ahlakın iyiliğini anlatmakla yetinemeyiz. Yalnız kuru bir öğütle ahlak eğitiminin başarısından söz edilemez. Ahlak eğitimi, hayatın içinde ve yaşanarak verilmelidir. Çocuk, ahlakın güzelliklerini kendi gözleriyle görebilme fırsatı bulabilmelidir. Çocuk, kendisine verilmek istenen güzel ahlakın hayattaki sonuçlarını, güzel ahlakın insana nasıl yakıştığını, insanın üzerinde ne kadar güzel durduğunu görebilmelidir. Sadece konuşmak yerine, ahlaki değerleri yaşayarak örnek olunduğunda çocuk güzel ahlakın hayatı nasıl etkilediğini görür.[579]

Vicdan ve ahlak eğitiminde örnek kişilikler önemlidir. Ahlak eğitiminde ahlak kurallarının gençlere sözlü olarak açıklanması ve ezberletilmesi yeterli değildir. Onların ahlaki davranışları benimsemeleri, çevrelerinde iyi ahlak örnekleri ve modelleri görmelerine bağlıdır. Anne, baba ve öğretmenlerin çocuklara örnek ahlak modeli olmaları, onların ahlaki davranışları benimsemelerinde önemli bir etkendir.[580] Eğitimi, insanlara sadece dışarıdan verilen şeyler olarak tanımlayan Durkheim'in bu görüşünün savunulamayacağını söyleyen Hilmi Ziya Ülken diyor ki;

"Ahlaklılık, ne bizim içgüdümüzden gelen kendiliğinden doğmuş bir haldir, ne de yalnız dışımızdan gelen bir baskının eseridir. Ahlaklılık, yaratılıştan gelen duygularla, sosyal baskının geriliminde aranmalıdır. Bu gerilim hali, doğal duyguların sosyalleşmesi, ihtiras ve tutkularımızın ahlakileştirilmesi, kontrol altına alınması, yani terbiye edilmesi demektir. Bu gerilim bizde bir vicdan ve karakter oluşturur. O zaman artık isteyerek ve severek yaparız. Çocuğu şımarık, ya da ürkek yapan bütün eğitim biçimlerinden kaçınmalı, onları sağlam **vicdanlı** birer kişilik haline getirmeliyiz. Her **çocuk,** bireysel ve toplumsal görevlerini bilen bir **kişiliğin çekirdeği**dir. Kendi benliğine/nefsine hâkimiyet, hak ve hukuka riayet, karşılıklı saygı, cesaret, alçak gönüllülük, insan ve eşya sevgisi bu kişiliğin temel unsurları olmalıdır." [581]

Çocuklarımızın, küçük yaşlardan itibaren doğruluk sever, hak ve hukuka saygılı, dürüst, çalışkan, görevine bağlı, düzenli bir hayatı olan, anlayışlı, hoşgörü sahibi, karakteri sağlam; iyi davranışları, sırf başkalarından korktuğundan ya da mükâfat görmek için değil, içinden gelen bilinçli bir istekle yapan, doğruluktan ayrılmayan, kısaca kendisi, ailesi ve ülkesi için **iyi** ve yararlı insanlar olmasına özen göstermeliyiz.[582]

b) Aile ve Ahlak Eğitimi

b.a) Genel Olarak Ailenin İşlevi

Ailenin üç işlevi vardır. Birincisi, insan doğasının bir gereği olan cinsel ihtiyacın karşılanmasıdır ki, bununla aynı zamanda insan neslinin devamı sağlanır. İkincisi, ekonomik işlevdir ki, aile bireylerinin huzur içinde yaşamasını sağlamak için onların yeme, içme, barınma ihtiyaçlarını karşılar. Üçüncüsü, sosyal ve ahlaki işlevdir ki, aile bireylerinin ilk sosyalleşmesini sağlar ve toplumsal hayatın

[579] Recep Şükrü Apuhan, Çocuklarda Karakter ve Ahlak Eğitimi.
[580] Prof. Dr. Mevlüt Kaya, Ahlak Eğitimi.
[581] Prof. Dr. Hilmi Ziya Ülken, Ahlak.
[582] Dr. Akil Muhtar Özden, İlim Bakımından Ahlak.

kuralları; bireyler arası ilişkiler, sevgi, saygı, hoşgörü, fedakârlık, yardımlaşma gibi ahlaki değerler öğrenilir.

Eşlerin birbirlerine sevgi ve bağlılığı, çocuklarına dikkat ve özenleri, çocukların aile büyüklerine saygıları, aile içinde yaşanan yardımlaşma ve fedakârlık değerleri, çocuklarda ahlaki vicdanın oluşmasını sağlayan ilk ve en güçlü ahlaki duyguya işaret eder. Bu aynı zamanda ailenin, topluma ve insanlığın geleceğine en büyük destektir. Kuşaklar arası değişim ve farklılıklar, bunlar arasındaki sevgi ve saygı bağlarını gevşetmek veya koparmak için makul bir neden olamaz.[583]

Bir toplumu bozmak isteyenler de, düzeltmek isteyenler de işe aileden başlamalıdır. Ülkemizin geleceğine kastetmek isteyen uluslar arası bazı güçlerin, aile düzenimizi bozmaya ve yok etmeye yönelik çabaları nedensiz değildir. Ülkemizde bir yandan aile kurumunu ayakta tutan değerler yozlaştırılmak istenirken, diğer yandan da cinsel özgürlük adı altında evlilik ve aile kurumuna karşı ortaya atılan ve evliliği gereksiz gören bazı aşırı düşüncelerin yaygınlaştırılma çabaları sürmektedir. Bu tür çabaların olumsuz etkileri olmakla birlikte şimdiye kadar **aile** ve **evlilik** kurumunu ortadan kaldırmaya gücü yetmemiştir. Ailenin sosyal, kültürel, biyolojik, ekonomik ve ahlaki dayanakları onun varlığını devam ettirmektedir.

b.b) Aile Eğitiminin Genel Eğitim İçindeki Yeri ve Önemi

Eğitim, hayatın tamamını içine alır. Bu nedenle insanın doğumundan ölümüne kadar sürmesi gereken bir faaliyettir. Ancak okul öncesi ve temel eğitim dönemi, insan eğitiminde belirleyici öneme sahiptir. Okul öncesindeki ve temel eğitim çağındaki çocuk, öğrenme potansiyeli en yüksek olan varlıktır. Çevresindeki tüm yetişkinleri model olarak alır. Hayatın ilk altı yılında gelişme ve öğrenmenin çok hızlı olduğu ve bu dönemde alınan eğitimin, ileriki yıllardaki davranışlara temel oluşturduğu bilinen bir gerçektir.

Ahlak kuralları; iyi vatandaş, iyi insan olabilmek için kişinin, iyi evlat, iyi ana ve baba, iyi kardeş olmasının gereğini gösterir. Kendisini besleyip büyüten insanlara karşı vicdanında bir bağlılık ve minnet hissi duymayan kişinin, daha büyük bir topluluğa yani bütün topluma kendini borçlu ve hizmet etmeyi zorunlu bilmesi kolay değildir.[584]

Anne-babanın en önemli görevi, çocukların eğitim ve terbiyesidir. Bu görev ve sorumluluklar dikkate alındığında, günümüzde bu görevlerden çocukların yeme-içme ve giyinme ihtiyaçlarının genellikle karşılanmasına rağmen, ahlak eğitim ve terbiyesi gibi en başta gelen sorumluluğun tam olarak yerine getirilmediği bilinmektedir. Belirtilmelidir ki çocukların eğitim ve ahlaki terbiyesi, anne-babanın bir tür sınava tabi tutulduğu alandır. Bir çocuk dünyaya getirip onun eğitimini ve ahlaki yönden gelişmesini önemsememek kadar büyük kötülük olamaz**.** Anne-babalar için bu sınavı kazanmanın tek yolu, çocuklarının yeme içme ve giyinme

[583] Hasan Ali Yücel, İyi İnsan İyi Vatandaş.
[584] Hasan Ali Yücel, İyi İnsan İyi Vatandaş.

gibi maddi ihtiyaçlarının karşılanması yanında onların eğitim ve ahlakıyla da ilgilenip hayata en iyi şekilde hazırlamaktır. Anne-baba, çocuklarını kendilerine mirasçı olarak yetiştirmek için değil, öncelikle eğitmek ve terbiye etmek için yükümlüdürler. Çocuk doğumla birlikte öğrenmeye başlar ve bu öğrenme süreci çocukluk dönemi boyunca devam eder. Çocukların eğitiminde anne babanın rolü çok daha büyük ve önemlidir. Anne babalar, çocuklarının yeni şeyler öğrenmesini, belirli alışkanlıklar kazanmasını sağlayan ilk eğitimcileridirler. Bu nedenle anne babalık görevi ciddiye alınmalıdır.

b.c) Önce Anne-Babaların Eğitimi

Aile, çocuğun eğitim ve gelişiminde önemli bir yer tutmakta, böyle olunca da çocuk eğitimi ve gelişimi konusunda anne-babaların bizzat kendilerinin eğitilmesi gündeme gelmektedir. Çünkü ülkemizde birçok anne-baba, çocuk eğitimi konusunda yetersiz hatta yanlış bilgilere sahiptir. Bu nedenle öncelikle anne-babalara yönelik eğitim programlarının planlı ve kararlı bir biçimde desteklenmesi ve yaygınlaştırılması büyük önem taşımaktadır. Yapılan çalışmalar, aile eğitim programlarına katılan anne-babaların çocuk eğitimi konusunda daha yararlı olduklarını gösterdiğinden, iyi bir çocuk eğitimi için, anne-babalara destek eğitim programlarının yaygınlaştırılması hatta bu konuda ülke çapında seferberlik başlatılması gerekmektedir.

Çocuğun, doğuştan getirdiği özelliklerinin aile içinde ne kadar gelişeceği, nasıl biçimleneceği ve daha sonraki yılları ne ölçüde etkileyeceği, ailenin sağlık, beslenme, eğitim ve ahlak konularındaki bilgi ve alışkanlıklarına bağlıdır. Böyle olunca anne-babalara yönelik aile destek ve eğitim programlarının hazırlanması gerekmektedir. Çünkü anne babaların, çocuk eğitimi konusunda gerekli bilgilerden çoğunlukla mahrum olduğu söylenebilir.

Çocukluğun ilk altı yılında gelişme ve öğrenmenin çok hızlı olduğu ve bu dönemde edinilen bilgi ve deneyimlerin sonraki yıllara temel oluşturduğu bilinen bir gerçektir. Çocuk bu dönemde en çok aile ortamı içerisindedir. Dolayısıyla anne-baba çocuğun gelişimini desteklemede en önemli yeri tutmaktadır. Anne-babaların çocuk eğitimi konusunda yetersiz oldukları dikkate alındığında, onların çocuk gelişimi ve eğitimi konusunda eğitim programları ile desteklenmesi önem kazanmaktadır. Yapılan çalışmaların aile eğitim programlarına katılan anne-babalar üzerinde çocuk eğitimi konusunda olumlu etkileri olduğu görülmektedir.[585]

Anne-baba eğitimi programlarının geliştirilmesinde ise, ilk olarak anne-babaların çocuk yetiştirmeye yönelik ihtiyaçları belirlenmelidir. Bu eğitim programları; anne-babalara, çocuklarını kendi kendine kararlar alabilen ve aldığı bu kararların sorumluluğunu taşıyabilen, özdenetim sahibi, girişken, hem kendisinin hem de başkalarının haklarına saygılı, duygu ve düşüncelerini rahatlıkla söyleyebilen, yeteneklerini kullanabilen, kültür değerlerine sahip, **ruh** ve **beden** sağlığı yerinde kişiler olarak yetiştirmeleri için gerekli bilgileri vermelidir.

---

[585] Dr. Özlem ERSOY - Dr. Fatma Tezel Şahin, 0-6 Yaş Döneminde Anne-Baba Eğitiminin Önemi.

b.d) Aile Toplumsal Hayata İnsan Yetiştiren Alt Bir Kurumdur

Kişisel ahlak, aile ahlakı ve sosyal ahlak birbirleriyle çok önemli bir ilişki içinde olup birbirlerini tamamlamaktadırlar. Bunların ayrı olarak düşünülmesi durumunda hiçbirisi gerçek değerini bulamazlar. Birey ile aile, toplumun ve bütün insanlığın temel unsurlarından başka bir şey değildirler.

Bir aile ortamında kardeşleriyle iyi geçinemeyen, onlara karşı kaba ve hoyratça davranmayı alışkanlık haline getirenler, ileride sosyal hayatta hangi mesleği icra ederse etsin, meslek çevresinde de kötü ahlaklı olarak kalırlar. Aile içindeki ilişkiler ne kadar makul ve yumuşak olursa, o insanın sevgi ve saygıya dayalı bu davranış biçimi diğer sosyal ilişkilerine, dolayısıyla iş ve meslek hayatına da yansıyacaktır.[586]

Genel olarak aile ve okul eğitiminin iş ve meslek ahlakıyla çok yakın bir ilişkisi vardır. İş ve meslek ahlakı, birey, aile ve toplum ahlakından bağımsız değildir. Her birey, bir aile içinde yetişir, o aileden eğitim ve terbiye alır. Bunun yanı sıra okullarda da bireylere ahlak konusunda eğitim verilir. Dolayısıyla bireyin ahlaklı olmasında aile ve eğitim kurumlarının çok önemli yeri vardır. Buradan hareketle, iş ve meslek ahlakının yerleşmesi için en başta aile içi eğitim ve terbiyenin ve aynı zamanda okullarda verilen ahlak eğitiminin son derece önemli olduğunu söyleyebiliriz.[587]

Çocuk suçluların büyük bir bölümünün, aile içi eğitimin ihmal edildiği, anne-babanın boşanmış olduğu dağınık ailelere ait çocuklar olması, aile eğitiminin ne kadar önemli olduğunu açıkça göstermektedir. İstatistikler, genç yaşta suç işleyenlerin %90'ının aile; anne-baba terbiyesinden yoksun kimseler olduğunu gösteriyor. Bütün boyutlarıyla sağlam bir toplumun kurulması, ancak çocukların iyi bir ahlak eğitimi almasına bağlıdır. Dolayısıyla bir toplumda ahlak eğitimi, mikro planda çocuklarda sağlam kişilik ve vicdan oluşumunu, makro planda ise geleceğin sağlam toplum yapısını kurma işidir.

Ailenin, kişiliği şekillendirici, geliştirici, terbiye edici rolü büyüktür. Bu nedenle aile, temel bir alt kurum olarak aslında hukuk mesleği başta olmak üzere bütün iş ve meslek grubuna insan yetiştirmekte, toplumun bütün üst kurumlarını desteklemekte, beslemekte olan bir 'güç merkezi' konumundadır. İnsanlar hukukçu, mühendis, doktor, öğretmen, tüccar gibi hangi iş ve mesleğe mensup olursa olsun sonuç itibariyle temel bir alt kurum olan ailede yetişir, şekillenir, kişilik kazanır. Vicdani ve ahlaki hayata ilişkin anlayış, davranış ve alışkanlıkların tohumları burada atılır. Aile ortamı, toplumsal hayatın tarlasıdır. Bu tarlaya ne ekerseniz, ileride onu biçersiniz. Dolayısıyla toplumsal hayatın herhangi bir alanında görülen bir aksaklığın giderilmesi için öncelikle insan unsuruna bakılmalı, bunun için de aile eğitimi gözden geçirilmelidir.

İnsan karakterinin temelleri çocukluk döneminde aile içinde atılır. Haklara saygı, adaletli davranış ya da haksızlık, düzenli olmak veya düzensizlik, çalışkanlık veya tembellik, cömertlik ya da cimrilik, tutumluluk veya savurganlık, kendine güven ya da güvensizlik, hoşgörülülük veya hoşgörüsüzlük, küçük yaşlarımızda edindiğimiz

[586] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.
[587] Prof. Dr. Coşkun Can Aktan, Toplam Ahlak.

temel ahlaki davranışlardır. Aile, kültür unsurlarının taşıyıcısı olduğundan, bireylerin kişiliklerini geliştirecek ve kültüre katkıda bulunacak bir ortama sahiptir. Aile toplumun en küçük birimidir. Çocuk, sosyal davranışın kurallarını ilk önce ailede öğrenir. Toplum hayatının temelini oluşturan sosyal kuralları, örf-adetleri, değerleri ve inançları çocuk, büyük ölçüde ailesi aracılığıyla öğrenmektedir.[588]

Aile küçük bir toplumdur. İnsan, kendisine ve diğer kişilere karşı olan görevlerini, ilk önce ailede öğrenir. Aile hayatı, sosyal görevlerin ilk öğrenilmeye başlandığı kurumdur. İyi eş, iyi evlat, iyi kardeş, iyi dost olmayan bir kişi, iyi bir meslek adamı olamaz. Bu nedenle aile ahlakı, bizi iş ve meslek ahlakına, sosyal ahlaka götürür. Gerçekte aile, büyük bir toplumun içinde küçük bir toplum demektir. [589]

Bu küçük toplumun üyeleri olan anne, baba ve çocuklar kendi aralarında dört çeşit ilişki içinde olup, dört çeşit görevi yerine getirmektedirler. Bunlar, eşlerin birbirleriyle ilişkisi ve karşılıklı görevleri, anne ve babanın çocuklarıyla ilişkisi ve onlara karşı görevleri, çocukların anne babalarıyla ilişkisi ve onlara karşı görevleri ve çocukların birbirleriyle ilişkisi ve karşılıklı görevleridir. Görüldüğü gibi ailede, aile bireyleri arasında, toplumsal ilişkilerin temeli atılmakta ve çekirdeği oluşmaktadır. Aile bireyleri arasında oluşacak iyi bir ahlaki ilişki (aile ahlakı), bizi iş ve meslek ahlakına ya da toplumsal ahlaka götürmektedir. Başka bir deyişle, ailede yeterli eğitim ve ahlaki terbiye alarak yetişen her birey, geleceğin iyi hukukçusu, iyi doktoru, iyi mühendisi ve meslek adamı olarak karşımıza çıkacaktır.

b.e) Aile Eğitiminin Çocuğun Kişilik ve Ahlaki Gelişimine Etkisi

Aile kurumu içinde anne-baba arasındaki uyumlu bir ilişki, çocukta iyi bir **kişiliğin** gelişmesinde önemli rol oynar. Anne babalar arasındaki karşılıklı çatışmalar ise çocuğun kişilik yapısında derin olumsuz izler bırakır. Çocuğun aile çevresi, onun şahsiyetinin gelişimine şekil veren sosyal etkenlerden en başta gelenidir. Aile, şahsiyet oluşturmada en etkili ve kalıcı temel sosyal kurumdur.

Kişilik, büyük ölçüde aile ortamında gelişir. Ailede, çocuğa iyi bir kişilik kazandırmak için tek yol, anne ve babanın çocuğa örnek ahlaki davranışlarda bulunmasıdır. Ailenin eğitici, sosyal ve ahlaki rolü büyüktür. Ailenin ahlaki karakter üzerindeki etkisi, okulun etkisinden daha fazladır. Çünkü okul bize daha çok bilgi verir ve ahlaki davranışla ilgili bir takım tavsiyelerde bulunur. Hâlbuki ahlak sadece bilgiye değil, aynı zamanda duygu ve hareket unsurlarına dayanmaktadır. Ahlaki davranışın bilhassa duygu yönü aile içinde gelişir. Çünkü davranışlar, aile bireylerinin birbirlerine karşı olan duygusal bağlarla ilgilidir.[590]

Okul-öncesi eğitimin aile dışına aktarılması yönünde büyük sanayi ülkelerinde yaygın bir eğilim vardır. Ahlak eğitim ve terbiyesi için bu gelişme, çocuk yetiştirme işinin uzmanlara verilmesi ve böylece bazı ailelerin özel durumundan doğacak sakıncaları gidermesi bakımından iyi olmakla birlikte, çocukların bu kurumlarda ailesinin ona verebileceği duygusal yakınlıktan uzak kalması nedeniyle sonradan

[588] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[589] Alexis Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.
[590] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.

telafi edilemeyecek kötü sonuçlar da doğurmaktadır. Kısacası, aile cemiyetin en önemli bir birimidir ve böyle olmaya devam edecektir.[591]

Aile içi mutluluk, çocuk için büyük bir destektir. Çocuk, anne ve babasının birbirlerine verdikleri önemi ve gösterdikleri saygıyı, sevgiyi gördüğünde olağanüstü bir güven kazanır. Çocuğun kendisini güçlü bir ailenin üyesi olarak hissetmesi, bu aile ile gurur duyması, onu birçok zararlı dış etkilerden korur. Anne babanın iyi arkadaşlar edinmesi, çocuğun da iyi arkadaşlar edinmesini teşvik eder. Eğer anne-babalar, çocuklarını her türlü kötü ahlak fırtınasından korumak istiyorlarsa, kültür ve ahlaktan oluşan köklere önem vermeleri ve orayı sağlam tutmaları gerekir. Kültür ve ahlak köklerini sağlam tuttukları takdirde, artık aykırı rüzgârların esmesinden korkmalarına gerek kalmayacaktır.[592]

c) Ahlak Eğitiminde 'Temel Eğitim' Dönemi

Temel eğitim kısaca, çocuklara ilköğretim devresinde verilmesi gereken müşterek kültür olarak ifade edilebilir. Temel eğitimden asıl amaç, toplumun birlik ve beraberliğini sağlayan ortak kültürün, insanın toplumsal hayata uyumunu sağlayacak temel bilgi ve alışkanlıkların aktarılmasıdır. Böyle olunca temel eğitim, herkesin bilmesi gereken şeyler olarak tanımlanabilir.

Demek ki temel eğitimle kişiler dilini, kültürünü, dinini, tarihini, milliyetini öğrenir, kişiliğini bulur ve sosyalleşmesini tamamlar. Eğitimciler, ahlak ve karakter eğitiminin büyük ölçüde bu temel eğitim döneminde tamamlandığını, bundan sonra ise mesleki/teknik eğitimin başladığını söylerler. Örneğin, G.Jacguin "Dürüst ve namuslu insan 12 yaşından önce meydana gelir." derken Bertrand Russell, "Doğru biçimde sevk ve idare edildiği takdirde, karakter eğitiminin 6-7 yaşında hemen hemen bitmiş olması gerektiğini" ifade eder.[593]

Bu durumda, insanın bütün hayatı boyunca hangi iş ve meslek sahibi olursa olsun ona yön verecek olan karakter ve kişiliğin kazanıldığı bu dönem, eğitim açısından büyük önem taşımaktadır. Sağlam vicdan ve karakter sahibi hukukçular, mühendisler, doktorlar, eğitimciler, bilim adamları vs. yetiştirmek isteyen ülkeler temel eğitim dönemine büyük önem vermelidirler. Bu dönemde verilecek temel eğitim, kişilerin sadece kendi hayatlarıyla ilgili olmayıp toplumların her bakımdan ilerlemesi veya gerilemesinde önemli rol oynadığı bilimsel çalışmalarla da ortaya çıkmıştır.

d) Ahlak Eğitiminde Okul Arkadaş ve Meslek Çevresinin Etkisi

Çevre, bireyin kişiliğini ve davranışlarını etkileyen irsi olmayan bütün faktörleri (okul, arkadaş/akran, meslek grubu) içine alan bir kavramdır. Ailenin yanında, çocukların arkadaş/akran grupları, komşular ve her şeyden önce okul ve meslek çevresi, eğitimde etkili olan faktörler arasında yer almaktadır. Kişiliğin gelişmesinde okul ve çevre önemli bir etkendir. Eğitim kurumlarından sonra,

---

[591] Prof. Dr. Erol Güngör, Ahlak Psikolojisi.
[592] Recep Şükrü Apuhan, Çocuklarda Ahlak ve Karakter Eğitimi.
[593] Prof.Dr. İbrahim Canan, Terbiye.

meslek çevresi ve iş hayatı da sosyalleşme ve kişiliği pekiştirmede önemli rol oynamaktadır. İnsanların mesleği, kişiliklerinin en önemli boyutudur.[594]

Ailelerden gelen kız-erkek, zengin fakir, her cins ve sınıf çocuğun bir araya gelmesinden doğan okul adı verilen bu topluluk içinde çocuklar, ileride hayata atıldıkları zaman girecekleri büyük topluluğun ortamına kendilerini hazırlarlar. İyi bir okul eğitim ve öğretimi, aile eğitimini desteklemeli onunla uyum içinde olmalıdır. Bu olmadan, bütün mesleklerin temel unsuru olan iyi vatandaş ve iyi insan olmak mümkün değildir.[595]

Çocuğun ahlak eğitiminde etkili olan faktörlerden birisi de arkadaş ve akran gruplarıdır. Akran ve arkadaş grupları genellikle yaşları ve konumları aynı olan üyelerden oluşur. Bir arkadaş grubuna dâhil olmak, bireye sosyal bir kişilik kazandırır ve psikolojik açıdan duygusal bir denge oluşturur. Bu arkadaşlık ortamı bireylere farklı öğrenme fırsatları hazırlar. Örneğin vermeyi, almayı, yapılan işlerde paylaşmayı, birbirlerinin davranışlarından zevk duymayı öğrenirler; dostluk, arkadaşlık, yardımlaşma, sadakat, eşitlik ve katılma duygularını güçlendirirler.[596] Böylece gençler, kendi küçük gruplarının içinde, ileride katılacakları büyük toplum için hazırlık yapmış olurlar. Yapılan bazı araştırmalar, çocukların davranışları üzerinde, örnek alınan arkadaş grubunun etkili olduğunu göstermiştir. Arkadaş grubu içinde bir çocuğun davranışına diğerlerinin tepki göstermesi, o çocuğun davranışından vazgeçmesine neden olabilmektedir. Örneğin, çocukların bencil davranması kendi ailesi içinde hoş görebilmesine karşılık, arkadaş grubu içinde genellikle hoş görülmemektedir. Bu hoş görmeme, o davranışın tekrar yapılmasına engel olucu bir etki göstermektedir. Dolayısıyla çocuklar, bir yandan arkadaşlarının bazı davranışlarını onaylayarak pekiştirirken, diğer yandan da bazı davranışlarına tepki göstererek cezalandırırlar ve bu kötü davranışın tekrarlanmasına engel olurlar.[597] Bu nedenle çocukların iyi arkadaş grubu edinmeleri önemlidir.

C) HUKUK FAKÜLTELERİ VE HUKUK EĞİTİMİ

Hukuk eğitim-öğretimi denildiğinde ilk akla gelen şüphesiz ki hukuk fakülteleridir. Ülkemizde hukuk eğitim-öğretimi devlet ve vakıf üniversitelerine bağlı toplam 84 hukuk fakültesinde yapılmaktadır. Hukuk fakültelerinde verilen dört yıllık bir eğitim-öğretimin sonunda başarı gösteren öğrencilere hukuk lisans diploması verilmektedir. Hukuk fakültesi lisans diplomasına sahip olmak, hukuk mesleğinin herhangi bir bölümüne girebilmek için ortak bir zorunluluktur.

Hukuk fakültelerindeki eğitim, hukuk eğitiminin çok önemli bir aşamasıdır. Sıradan bir hukuk mezunu ile gerçek hukukçu arasında büyük fark vardır. Gerçek hukukçu olmak; hukuk mantığını ve hukukun filozofik yanını kavramak; hukuk alanında rehberlik yapabilecek bir hukuk zihniyetine sahip olmaktır. Daha açık deyişle evrensel hukuk ilkelerini özümsemek; adalet, insan hakları ve onurunu her

[594] Akil Muhtar Bey, İlim Bakımından Ahlak.
[595] H.Ali Yücel, İyi İnsan İyi Vatandaş.
[596] Frederick Elkin, Çocuk ve Toplum; Çeviren: Nazife Güngör.
[597] Rita L. Atkinson, Psikolojiye Giriş; Çeviren: Kemal Atakay.

şeyin üstünde tutmak; her durum ve şart altında bağımsızlık ve tarafsızlığını korumasını bilmek; hukukun beslendiği etik değerlere bağlı olmaktır.

Niteliklerini belirttiğimiz kaliteli hukukçuların yetişmesinde, hukuk fakülteleri çok etkin bir role sahiptir. Hukuk eğitim-öğretimi açısından, fakültelerin sayısı ve öğretim üyesi kalitesi, müfredat programı; dersler, ders kitapları ve içerikleri, öğretim yöntemleri, lisans eğitimi süresi gibi konular önemlidir. Ülkemizde yıllardır hukuk fakültelerindeki eğitim-öğretim tartışılmaktadır. Ancak hukuk ve yargının sorunları artarak devam etmektedir. Bir soruna doğru teşhis konulması, o sorunun çözümü için ilk başta gelen şarttır. Bugün hukuk ve yargı sistemimizin sorunlarına baktığımızda, bu sorunların genellikle insan unsurundan kaynaklandığını görmekteyiz. Dolayısıyla sorunların çözümüne insan unsurundan başlanması ve özellikle hukuk mantığını ve hukukun filozofik yanını kavrayan vicdan ve karakteri sağlam gerçek hukukçuların yetiştirilmesi gerekmektedir. Belirtilen niteliklere sahip hukukçuları yetiştirecek hukuk fakülteleri ve onların bağlı bulundukları üniversitelerin, bütün unsurlarıyla nasıl bir yapıya sahip olmaları gerektiği konusunu daha geniş olarak incelemekte yarar bulunmaktadır.

I) GENEL OLARAK ÜNİVERSİTELER VE HUKUK EĞİTİMİ

Üniversiteler (evrenkentler), lisans düzeyinde eğitim-öğretim veren değişik fakültelerden ve ayrıca önlisans düzeyinde eğitim-öğretim veren yüksekokullardan meydana gelmektedir. Demek ki fakülteler, üniversitelerin temel taşlarını oluşturmaktadırlar. Türkiye'de lisans düzeyinde hukuk eğitim-öğretimi veren hukuk fakülteleri de bunlardan biridir. Bu nedenle hukuk fakültelerinin eğitim-öğretiminden söz ederken, bu fakültelerin bağlı bulunduğu üniversitelerin işlevleri, mevcut yapıları, sorunları ve ideal bir üniversitede bulunması gereken temel ilkeler konusunu irdelemekte yarar bulunmaktadır.

Üniversiteler, evrensel kurumlar olarak, her türlü düşüncenin özgürce tartışılabildiği, herkes tarafından bilinen şeylerin ötesinde olaylara geniş ve farklı yaklaşımlar; felsefi bir boyut kazandıran yerlerdir. Normal okullardan farklı olan üniversitelerde yetişmiş bilim adamları veya öğretim üyeleri, kendini aşmış, evrenselleşmiş, herkesten daha çok sorumluluk bilincine sahip kişiler olarak, gerek içinde yaşadığı toplumun ve gerekse dünyanın sorunlarını inceler, araştırır ve bilimsel bakış açısı ve sorumluluk bilinciyle çözümler üretirler. Üniversiteler, bilimsel araştırma yapma işlevi yanında ayrıca her mesleğe yönelik, yüksek düzeyde bilgi ile donanımlı öğrencileri yetiştirmek üzere eğitim öğretim faaliyetlerini yürütürler.

Hukuk fakülteleri, hukukçuların, yani hukuku kendisine meslek edinen ve hukukla uğraşanların, lisans düzeyinde 4 yıllık temel hukuk eğitimini aldıkları, hukuk dalında yüksek düzeyde eğitim-öğretim ve bilimsel araştırmalar yapılan, üniversitelere bağlı yükseköğretim kurumlarından biridir. O halde hukuk mesleği mensuplarının (hâkim, savcı, avukat ve noterlerin) mesleklerine atılabilmeleri için ön şart olan 4 yıllık temel hukuk (lisans) eğitim-öğretimini; üniversite ve fakülte sistemi, mevzuatı ve yönetiminden, üniversite öğretim elemanlarından; öğretim elemanlarının mesleğe giriş; doktora ve yüksek lisans eğitimi, akademik

kariyerlerinde ilerleme ve kadroya atanma ölçütlerinden, ders programlarının düzenlenmesinden, üniversitelere öğrenci kabulü için gerekli ölçütlerden, genel olarak başarı seviyesini değerlendirme ve ölçme kıstaslarından, bunların hepsini kapsayan bilimsel etikten (akademik ahlaktan) ayrı olarak düşünmek ve ele almak mümkün değildir.[598] Çünkü iyi bir lisans eğitimi için, iyi öğretim elemanlarına, iyi öğretim elemanları için iyi bir doktora eğitimi, üniversite yönetimi ve bilim ortamına, iyi bir bilim ortamı için iyi bir yükseköğretim mevzuatına, kısaca akademik ahlaka ihtiyaç vardır. Demek ki hukuk dalında iyi bir lisans eğitimi için, birçok temel faktörün bir arada bulunması gerekmektedir. Bu nedenle konuyu ilk önce 'genel olarak üniversiteler ve eğitim-öğretim' ve ikinci olarak da 'Üniversiteler ve hukuk eğitim-öğretimi' ana başlıkları altında inceleyeceğiz.

1) ÜNİVERSİTELERİN İŞLEVLERİ

Üniversitelerin iki temel işlevi vardır: eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma. Bu temel işlevlerin yerine getirilmesinde en önemli faktör öğretim üyeleridir. Dolayısıyla üniversitelerin temel işlevlerinde önemli rol oynayan öğretim üyelerinin yetişmesine önem verilmeli, onların sorunları çözümlenmeli ve ihtiyaçları giderilmelidir.

Bugün üniversiteler, toplumun çeşitli mesleklerine yönelik ve özellikle hukuk, tıp, mühendislik gibi profesyonel meslekler için nitelikli ve yüksek düzeyde bilgi ile donanımlı insan gücünü yetiştirme, bilimsel bilgi üretme, toplumu aydınlatma ve toplumsal gelişmelere önderlik etme gibi işlevleri yerine getirmek durumundadır. Her geçen gün sayısı artan üniversitelerimizde bilim adamı kadrosuyla ilgili önemli sorun, öğretim elemanlarının kalitesi yanında sayısının yetersizliğidir. Bu sorunun giderilmesi için çözüm, bu konuda yeteri kadar araştırma görevlisi alınarak, akademik kadro ve öğretim üyesi ihtiyacının karşılanmasıdır.

Üniversiteler, eğitim-öğretim ve bilimsel araştırmadan oluşan görevlerini, kendilerine bağlı alt kuruluşları olan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar gibi birimleriyle yerine getirirler. Fakülteler, üniversitelerin temel dallarından birinde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma yapan, kendisine enstitü, yüksek okul ve benzeri kuruluşlar bağlanabilen yüksek öğretim kurumlarıdır. Hukuk fakülteleri de, hukuk dalında eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma yapan ve kendisine 'adalet meslek yüksek okulu' bağlanabilen yükseköğretim kurumlarından biridir.

2)ÜNİVERSİTELERİN EĞİTİM-ÖĞRETİM SORUNLARI

İyi hukukçu yetiştirmek için, üniversiteyi oluşturan bütün unsurların sağlıklı ve bilimsel anlayışın şartlarına uygun olarak işlemesi, üniversitenin gerçek anlamda hür ve demokratik bir bilim ortamı olması, akademik ahlakın varlığı gerekmektedir. Hukukçunun eğitimine bu geniş çerçeveden bakılmadıkça bu konuda iyi sonuçlar alabilmek mümkün değildir. Üniversitelerin eğitim-öğretim ve araştırma işlevlerini tam ve verimli olarak yerine getirebilmesi için, üniversitelerde mutlaka bulunması gereken özellikler vardır. Hemen belirtmek gerekir ki, bir üniversitenin ideal bir

[598] Prof. Dr. Coşkun C. Aktan, Toplam Ahlak.

niteliğe sahip olduğunu söyleyebilmek için, üniversitelerin genel yapısını oluşturan ve yükseköğretimin kalitesi üzerinde etkili olan bazı temel ölçütlerin olması zorunludur. Başka bir deyimle ideal bir üniversite için olmazsa olmaz şartlar ve ilkeler vardır.

Güney Amerika ülkesi olan Peru'nun başkenti Lima'da, UNESCO'ya bağlı bir kuruluş olan ve değişik ülke üniversitelerinin üyesi bulunduğu Uluslararası Üniversiteler Birliği'nin (IAU), 1998'de kabul ettiği Akademik Özgürlük ve Yükseköğretim Kurumlarının Özerkliği Hakkında Lima Bildirgesi, uluslar arası alanda akademik özerklik konusunda çok önemli bir belgedir. Bu bildirgenin önemi, uluslar arası alanda çağdaş bir üniversite için gerekli olan temel ilkelerden söz etmesidir. Kısaca Lima Bildirgesi olarak anılan belgede yer alan 'çağdaş üniversitelerin temel ilkelerini' maddeler halinde görelim:[599]

a) AKADEMİK ÖZERKLİK

Akademik özerklik, üniversitelerin iç işleyişlerine, mali işlerine ve yönetimlerine ilişkin kararlar almada ve eğitim, öğretim, araştırma ve diğer faaliyetlerinde, kendi politikalarını oluşturmada, devlet ve toplumun diğer güçleri (resmi ve sivil güçler) karşısındaki bağımsızlıklarını ifade eder. Dolayı-sıyla, özerklik kurumsal bir yetkidir. Akademik özgürlükten gerektiği gibi yararlanabilmek için, yüksek öğretim kurumlarının tam bir akademik özerkliğe sahip olması gerekir. Bu nedenle gerek devletler, gerekse toplumdaki diğer güçler, yüksek öğretim kurumlarının özerkliğini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınmalıdırlar.

Akademik özerklik, üniversitelerdeki bütün öğretim üyelerinin aktif katılımıyla oluşacak demokratik bir yönetimle hayata geçebilir. Üniversitelerin yönetim organları, özgürce yapılacak seçimle ve akademik çevrenin her kesiminden temsilcilerden oluşmalıdır. Akademik kadroya dâhil bütün öğretim elemanları, herhangi bir ayırıma tabi tutulmadan akademik ve idari işlerde görev alma hak ve imkânına sahip olmalıdır. Özerklik, eğitim, araştırma, dışa yönelik çalışmalar, kaynakların kullanımı ve diğer ilgili faaliyetlerle ilgili politikaların belirlenmesine ve yürütülmesine ilişkin kararları kapsamalıdır.

b) AKADEMİK ÖZGÜRLÜK

Akademik özgürlük, akademik özerklikle çok yakın bir ilişki içinde olmakla birlikte, ondan farklı bir kavramdır. Akademik özerklik, üniversitelerde kurumsal bir yetki, akademik özgürlük ise, bireysel nitelikte öğretim elemanlarına ait bir haktır. Bu nedenle üniversitelerin sadece özerk olması yeterli değildir. Akademik özerklik, akademik özgürlükle birlikte bulunmalıdır. Akademik özerklik, yükseköğretimin kurumsal yapısının güvencesi, akademik özgürlük ise, öğretim elemanlarının bireysel haklarının güvencesidir. Akademik özgürlük, üniversite öğretim üyelerinin, eğitme, öğretme, anlatma; bilgiyi üretme, araştırma, inceleme ve diğer bütün akademik faaliyetlerinde özgür olması anlamına gelir. Akademik

[599] Lima Bildirgesi, Dünya Üniversiteler Servisi; Prof. Dr. Coşkun C. Aktan.

özgürlük, yükseköğretim kurumlarının üstlendikleri eğitim, araştırma, yönetim ve hizmet işlevleri için vazgeçilmez bir ön şarttır.

Akademik özgürlüğün, devlet ya da diğer herhangi bir güç odağı tarafından yapılması muhtemel baskıya karşı özgürlük anlamına geldiği söylenebilir. Devletler, yükseköğretim sisteminde gerçek anlamda bir akademik özgürlüğe yer vermeyerek bu özgürlüğü ihlal etmiş olabileceği gibi, yükseköğretimle ilgili her zaman yapabileceği yasal düzenlemelerle de akademik özgürlüğü çiğneyebilir. Akademik özgürlüğü, yalnızca devlet ya da toplumdaki güç odakları değil, aynı zamanda üniversitelerin yönetimleri yani yetkili organları da ihlal edebilir. Akademik özgürlüğün yükseköğretim kurumlarının yönetimlerine karşı da korunması gereken bir hak olması, ilk bakışta anlaşılması zor bir durum olarak görülebilir. Ancak akademik özgürlüğün, öğretim elemanlarının bireysel haklarıyla ilgili olduğu dikkate alınırsa, bu bireysel hakkın, özerk bir üniversite yönetimi tarafından da ihlal edilmesi her zaman mümkündür.

c) AKADEMİK LİYAKAT

Üniversitelerde öğretim elemanlarının mesleğe giriş, naklen atama ve akademik ilerlemelerinde en yüksek düzeyde uygunluk, yaraşırlık ve yeterlilik durumudur. Akademik faaliyet ve ilerlemelerde 'bilimsel başarı' ve liyakat ölçütü belirleyici olmalıdır. Liyakat ilkesi dışında, kayırmacılık ve kollamacılık kabul edilemez.

Doçentlik ve Yardımcı doçentlik sınavlarına objektif ölçütler getirilmelidir. Profesörlük ve doçentlik kadroları için yapılacak atanmalarda liyakat ilkesi esas alınmalıdır. Öğretim görevlisi ve uzman kadrolarına atamalar konusunda ise, objektif kriterler bulunmadığından üniversite yönetimi, bu konuda keyfi uygulamalarını sürdürmektedir. Bugün üniversitelerde öğretim üyeliğine atama ve yükselmede uygulanan ölçütler objektif değildir. Bu konuda kalite ve liyakat yerine yakınlık, dost-ahbap ilişkileri gibi faktörler rol oynamaktadır. Ülkemizde genel olarak her alanda görülen ehliyet ve liyakatsizliğin, akademik alanda da geçerli olduğu söylenebilir.

d) AKADEMİK KALİTE

"Kalite asla bir tesadüf değil, daima akıllı bir gayretin sonucudur." (John Ruskin)

"Kaliteli insan yukarı doğru, kalitesiz insan ise aşağı doğru gelişir." (Konfüçyüs)

"Kalite, bir ahlak felsefesidir." (Armand V. Fiegenbaum)

Kalite, bir hizmet ve faaliyetin, belirlenen veya olabilecek ihtiyaçları karşılama yeteneğine dayanan özellikler toplamıdır. Bir işin, hizmetin, faaliyetin mükemmellik derecesidir. Kalite, sıfır hata ile hizmet üretmektir.[600] Akademik kalite, üniversitelerdeki sistem, insan unsuru, yönetim ve bütün bilimsel/akademik

[600] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

çalışma ve faaliyetlerin; eğitim-öğretim ve araştırma etkinliklerinin, bilinen en iyi özellikleri bünyesinde taşıması durumudur.

Eğitim ve öğretim faaliyetlerinin daha kaliteli olabilmesi için üniversite ve fakülte yönetiminin öğretim üyelerine adil, güvenli ve demokratik bir çalışma ortamı hazırlaması gerekir. Geleceğin hukukçularının ve daha genel anlamda profesyonel meslek adamlarının kaliteli yetişmesi, böyle bir akademik ortamın varlığına bağlıdır.

e) DEMOKRATİK YÖNETİM

Yükseköğretim kurumlarının yönetiminde, hukukun üstünlüğü, seçim, katılımcılık, çoğulculuk, saydamlık, yönetimde açıklık, denetim ve hesap sorulabilirlik gibi demokratik ilkelerin hayata geçirilmesidir. Şu halde demokratik yönetim için sadece seçim yeterli değildir. Üniversitelerde demokratik sistemin gereği olarak yönetime katılma, denetim, yönetimde saydamlık, hesap verebilirlik ilkelerinin de uygulamaya konulması gerekir.

Üniversitelerin, öğretim elemanları için gerçek anlamda demokratik, hür bir bilim ortamı olabilmesi için, üniversite yöneticilerinin bu değerlere inanmış ve akademik ahlak kurallarına bağlı olması, bunun için de yöneticilerin hür, demokratik ve etik ilkelere uygun bir yöntemle seçilmesi ve işbaşına gelmesi gerekir.

Türkiye'de mevcut sistemde üniversite yönetimi, şeklen seçimle işbaşına geliyor gibi görünse de, uygulamada seçim sonucunda ortaya çıkan eğilim yerine çoğunlukla yukardan yapılan atamalar rol oynamaktadır. Öğretim üyeleri arasında göstermelik seçimler yapılmakta, ancak genellikle çok az oy alanlar bile tercih edilip üniversite yönetimine atanmaktadır. Yüksek düzeyde bilgi üreten ve bilimsel düşüncenin zirve noktasına gelen öğretim üyelerinin, kendilerini yönetecek kişileri seçme hakkı kısıtlanmaktadır. Bu anlayışın, hür ve demokratik düşünceyle bağdaştırılması mümkün değildir.

f) BİLİMSEL ETİK (AKADEMİK AHLAK)

"Bilim insanı, akademik yaşamının bütün evrelerinde ve eğitim, yönetim ve akademik değerlendirmelere ilişkin görevlerde bilimsel liyakati temel ölçü olarak kabul eder, temel etik ilkelerin dışına çıkmaz ve bu ilkelerin dışına çıkılmasına göz yummaz. Eğitimin eksik verilmesi, kopyacılık, akademik ilerleme ve ödül jürilerinde bilimsel liyakat ölçülerinin dışına çıkmak, kişileri kayırmak ve benzeri davranışlar kabul edilemez."
(Türkiye Bilimler Akademisi)

Bilimsel etik ya da akademik ahlak, başta üniversiteler olmak üzere bütün eğitim ve bilim kurumlarında yürütülen faaliyetlerin, genel etik ilkelere ve meslek ahlak kurallarına uygun yapılması olarak tanımlanabilir. Prof. Aktan, akademik ahlak terimini benimsemiş ve akademik ahlakı; bütün eğitim, öğretim ve bilimsel araştırma kurumlarındaki bütün eğitim ve araştırma etkinliklerinde ahlak kurallarına uygun davranışlar bütünü olarak tanımlamıştır. Ona göre, akademik ahlak; eğitim

ahlakı, bilimsel araştırma ahlakı, öğrenci ahlakı, öğretmen ahlakı ve araştırmacı ahlakı olmak üzere farklı uygulama alanında ele alınmalıdır.[601]

Bu tanımlar ışığında akademik ahlak kavramı; araştırmalarda, eğitimde, öğrencilerle ilişkilerde, üniversite ve fakülte yönetiminde ahlak kavramlarını da kapsamaktadır. O halde akademik ahlak, yalnızca bilimsel araştırmalarla sınırlı olmayıp, aynı zamanda bilginin öğretilmesi ve yayılması ile bir bütün oluşturmaktadır. Akademik ahlak, üniversitelerde eğitim-öğretimin, araştırma faaliyetlerinin ve bütün akademik sürecin, etik ilkelere uygun olarak yürütülmesi demek olduğuna göre akademik ahlak, bunların hepsini kapsayacak bir kavramdır. Aslında etik değerler, bütün kuralların kuralı, yasaların yasası olması nedeniyle kapsayıcı niteliktedir.

Herkes için geçerli olan, etik ilkelere bağlılık, bilim dünyası için vazgeçilmez bir değere sahiptir. Hukukçunun eğitiminden söz ederken, onları yetiştiren fakülte öğretim üyelerinin nasıl yetiştikleri; akademik yeterlikleri, bilgi donanımı ve değer bilinci yönünden iyi yetişip yetişmediği, bilim adamı olma niteliklerine sahip olup olmadıkları, üniversitelerin yapısı, yönetimi, yükseköğretim mevzuatı konuları üzerinde durmanın gerekli olduğu söylenebilir. Çünkü iyi hukukçu yetiştirmek, hukuk fakültesi hocalarının iyi yetişmesine ve nitelikli olmasına, fakülte hocalarının iyi yetişmesi ise, iyi bir üniversite yönetimine, üniversite yönetimin iyi bir yöntemle seçilmesine, iyi bir yükseköğretim mevzuatına ve uygulamasına, kısaca akademik ahlakın varlığına bağlıdır.

Üniversiteler için belirtilen bu temel kurallar, onların genel olarak bütün mesleklere yönelik yürüttükleri eğitim-öğretim faaliyetlerinin ortak yanlarıdır. Bunlar bir üniversitede bulunması gereken genel niteliklerdir. Dolayısıyla hukuk mesleği mensuplarının eğitim-öğretimi konusunda doğru tespitler ve çözüm yolları ortaya konulabilmesi için böyle geniş çerçeveli bir bakış açısına ihtiyaç vardır. Aksi halde resmin sadece bir bölümünü görmek ve diğer yanlarını ihmal etmek ve eksik ya da yanıltıcı sonuçlara varmak gibi bir yanlışlığa düşme tehlikesi söz konusu olabilir. Aşağıdaki bölümde ise, üniversitelerde hukukçuların eğitim-öğretimi konusu, daha özel olarak ele alınacak, konuyla ilgili tespit ve çözümler ortaya konulacaktır.

II. ÜNİVERSİTELER VE HUKUK EĞİTİM-ÖĞRETİMİ

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, hukuka bağlı; temel hak ve özgürlükleri koruyan ve güvence altına alan devlet demektir. Hukuk devleti idealinin hayata geçirilmesi ve toplumda adaletin tecelli etmesi için bağım-sız ve tarafsız mahkemelere, yargılama sürecinde kamu adına görev yapan iyi yetişmiş hukukçulara; hukuk bilgisiyle donanımlı ve etik değerlere bağlı hâkimlere, savcılara ve avukatlara ihtiyaç vardır. Hâkim, savcı ve avukatların istenilen niteliklere sahip olmasında, şüphesiz ki hukuk eğitiminin büyük payı vardır.

---

[601] (Prof.Dr. Coşkun Can Aktan, Meslek Ahlakı ve Sosyal Sorumluluk, 1999.

Ülkemizde hukuk eğitim-öğretimi, devlet ve vakıf üniversitelerine bağlı hukuk fakültelerinde yapılmaktadır. Bilindiği gibi hukuk fakültelerine, lise ve dengi okul mezunları arasından ÖSYM tarafından yapılan genel sınavla öğrenci alınmakta, dört yıllık lisans eğitimi sonunda başarılı olanlar hukuk fakültesi diploması almaktadır. Bu bölümde üniversitelere bağlı hukuk fakültelerindeki hukuk eğitim-öğretimi konusunu inceleyeceğiz. Ancak hukuk fakültelerindeki hukuk eğitim-öğretimi konusuna geçmeden önce, bugünkü hukuk sistemimizin bazı kurum ve kurallarının temellerini oluşturan Osmanlı hukuk sisteminde hukuk eğitim-öğretimini kısaca özetlemekte yarar vardır.

A) TÜRKİYE'DE OSMANLIDAN GÜNÜMÜZE HUKUK EĞİTİM-ÖĞRETİMİ

1) Osmanlının Klasik Döneminde Hukuk Eğitimi

Osmanlı Devletini asırlarca ayakta tutan en önemli unsur adalettir. Adalet duygusunun zayıflaması, çöküşün en önemli nedeni olmuştur. Adalete verilen önem, Osmanlılara dünya çapında büyük bir itibar kazandırmıştır. Öyle ki, Avrupa ülkelerinin yöneticilerinin (örneğin Osmanlı adaletine hayran kalan İngiltere kralı VIII. Henry'nin) Osmanlı hukuk sistemini inceletmek için bir heyet gönderdikleri ve örnek aldıkları bilinmektedir.[602] Osmanlı Devletini asırlarca dünyanın süper gücü yapan ve Ortadoğu, Kafkaslar ve Balkanlar gibi en sorunlu ve hassas bölgeleri de içine alan büyük bir coğrafyayı, barış ve huzur içinde bir arada yönetebilmelerini sağlayan yönetim ilkesi, **adalet**tir.

Osmanlı eğitim sisteminde, adalete verilen değerin gereği olarak hukuk eğitim-öğretimine büyük bir önem verilmiştir. Nitekim bu sistemin belkemiğini oluşturan medreselerde en başta gelen derslerden biri hukuk dersi idi.[603] Osmanlı hukukçuları, ilköğretimden itibaren medrese denilen eğitim-öğretim kurumunda yetişirlerdi.[604] Medreselerde öğrencilere hukuk, hukuk usulü, hesap (matematik), hikmet (felsefe), mantık, belagat (iyi konuşma), kelam ve tıp dersleri okutulurdu.[605] İki basamaklı 'Hariç' ve 'Dâhil' medreselerini bitiren öğrenciler, staj ve sınavdan sonra yeterli bulunmaları halinde, adalet kurumunun en alt biriminde 'naip' yani hâkim yardımcısı olarak atanırlardı.

Osman Bey döneminde hukukçuların eğitim-öğretimi, temeli Osman Bey döneminde İznik'te atılmış, yapımı ise Orhan Bey zamanında tamamlanan eğitim-öğretim kurumlarında yürütülmüştür.[606] Bursa'nın Fethi'nden sonra orada da medreseler kuruldu. Bu medreselerin hepsi hukukçu da yetiştiriyorlardı.[607]

---

[602] Fairfax Downcy. Kanuni Sultan Süleyman; aktaran: Doç.Dr. Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler
ve Kadılık Müessesesi Literatürü.

[603] Prof.Dr. Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlılarda Hukuk Öğrenimi.

[604] Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt, Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi.

[605] Prof.Dr. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı.

[606] Prof. Dr. Mustafa Bilge, İlk Osmanlı Medreseleri.

[607] Prof.Dr. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı.

İstanbul'un fethinden sonra kurulan Sahn-ı Seman Medreselerinin, hukukçuların eğitim-öğretiminde büyük bir rolü vardır. Bu medreseler, Kanuni Döneminde Süleymaniye Medreseleri kurulana kadar en yüksek eğitim kurumu olmuştur.

19. yüzyıla kadar bir yere kadı/hâkim olacakların, medrese hiyerarşisinde en yüksek noktadan Fatih Sahn-ı Seman ve sonraları Süleymaniye medreselerinden icazet (diploma) alması gerekirdi. Buradan sonra Anadolu ve Rumeli Kazaskerliğinde imtihana girip kazanan aday, en düşük yevmiyeli kazak göreve başlayarak ikişer yıl hizmetten sonra usule ilişkin bir azille merkeze döner, daha üst dereceye, nihayet sancak merkezlerine tayinini bekler ve nazari olarak kazaskerliğe kadar bu yolla ömrünü geçirirdi.[608]

Daha üst düzeyde hukuk eğitimi almak isteyenler ise, Kanuni döneminde kurulan Süleymaniye Medreseleri ve Fatih döneminde kurulan Altmışlı Medresesini bitirdikten sonra, en yüksek hukuk kurumu olan 'Dar-ül Hadis' bölümünü de okuyarak müderris (yani profesör) olabiliyorlardı. Bu medrese yapı itibariyle bir üniversite gibi olup Osmanlının daha önceki dönemlerindeki medreselerde okutulmayan bazı dersleri de içinde barındıran adeta fakültelere bölünmüştü. Bunlar başlıca; Hukuk, Tıp, Edebiyat, Hadis ilmi gibi fakültelerdi.[609]

1854'de Muallimhane-i Nuvvab adıyla kurulan Nuvvab medresesi ve Kuzat medresesi diye de anılan Yüksek Hukuk Eğitim Kurumu, imparatorluğun seçkin hukukçularını yetiştirdi. Öğrencileri burslu olup bu nedenle zeki öğrencilerin arasından sınavla öğrenci almıştır. Nuvvab, naib kelimesinin çoğuludur. Mektebi Nuvvab, naip hâkim yardımcısı yetiştiren okuldur. Kuzat, kadı kelimesinin çoğulu olup kadılar, hâkimler demektir. Öğrencilerin devam zorunluluğu vardı. Okulun başarısının temel nedeni, az ve seçmeli öğrenci alınması ve rahat yetişme imkânı verilmesidir. Böyle az öğrencili, bol imkânlı hukuk fakültesi bugün bile yoktur.[610]

Yargı kurumunun başında müderrisler (hukuk profesörleri) bulunurdu. Bu da şu an ülkemizde olmayan teori-uygulama uzlaşmasıdır. Sahn-ı Seman Medreselerinden itibaren öğrenciler bölümlere ayrılırlardı. Hukuk alanını seçenlerin istediği hocayı seçme ve ondan ders alma hakkı vardı.[611]

Sonuç olarak; Osmanlıda, kuruluş yıllarından başlayarak gerileme dönemine kadar geçen süre içinde, adalete verilen önemin bir gereği olarak hukuk eğitim ve öğretimi, bütün boyutlarıyla günümüz hukuk fakültelerinin bile henüz ulaşamadıkları bir kaliteye sahipti.

2) Osmanlı'da Batılılaşma Sürecinde Hukuk Eğitimi

Yukarıda açıklanan önceki dönem hukuk eğitim sistemi, çok oturmuş bir sistemdi. Medreseler gerçekten öğrenci yetkinliğini ön plana çıkararak, devrin

---

608 Prof. Dr. İlber Ortaylı, Tarihi Temelleriyle Hukuk Eğitimimiz ve Adliye Mektebimiz.

609 Prof.Dr. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı.

610 Prof. Dr. İlber Ortaylı, Tarihi Temelleriyle Hukuk Eğitimimiz ve Adliye Mektebimiz.

611 Prof.Dr. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı.

nitelikli hukukçularını yetiştirmiştir. Ancak Osmanlı'daki gerilemenin neden olduğu çöküş, eğitim-öğretim kurumlarını da etkilemiştir.

Gerileme döneminde Osmanlı'da pozitif bilimlerden uzaklaşılmış ve yerine dini bilimler daha ağırlıklı hale getirilmiştir. Böylece tartışmacı ve eleştirel yöntem bırakılarak, yerine tamamen aktarmacı bir yöntem takip edilmiştir.[612] On dokuzuncu yüzyılda hukuk sistemimizde batılı hukuk sistemine geçiş başladı. Birçok hukuk mevzuatı Avrupa'dan alındı.[613] 1870 yılında kurulan Darülfünun'un Nizamnamesinde daha önce belirtildiği gibi, olması gereken hukuk şubesi yoktu. Ancak burada hukuk derslerine yer veriliyordu. Dersler konferans şeklinde işleniyordu. Öğretim süresi bir yıl olan okul iki yıl geçmeden 1871 yılında kapatıldı. 1874 yılında tekrar Mekteb-i Sultani adında açılan Darülfününun artık üç bölümü vardı. Bunlardan biri de hukuk öğretimi veren, Mekteb-i Hukuk-i Sultani'dir. Bu da modern anlamda kurulan ilk hukuk okuluydu

1877 yılında Meclis-i Mebusan'da, hâkimlerin iyi yetişmesi için Hukuk Mektebi'nin bir zaruret olduğu belirtildi. Bunun üzerine Mekteb-i Hukuk-i Sultani kapatılarak yerine üç yıllık bir öğrenim veren ve bu günkü İstanbul Hukuk Fakültesi'nin temeli olan Mekteb-i Hukuk kuruldu.[614] Burada okutulan başlıca dersler: Medeni Usul Hukuku, Hukuk Başlangıcı, Ticaret Hukuku, Ceza Usul Hukuku, Roma Hukuku, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Arazi Hukuku, Ticari Muhakeme Usulü, Ceza Hukuku, Fransızca dersleridir.[615]

3) Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Hukuk Eğitimi

Adliye vekâleti/adalet bakanlığı; sorgu hâkimi, icra memuru ve zabıt kâtibi yetiştirmek üzere meslek mektepleri açmıştır. Bu mektepler daha sonra kurulacak ve varlığını halen sürdüren Adalet Meslek Yüksek Okullarının temelidir. Bu okullar iki yıllıktır. Bunun bir yılı öğretim, bir yılı ise stajla geçmekteydi. Ancak bu okullar 1932-1933 yılları arasında kapatıldı.[616] 5 Kasım 1925'te Ankara Hukuk Mektebi açıldı. Böylece cumhuriyet döneminde adliye işlerini yürütecek hukukçular yetişecekti. Ankara Hukuk Mektebi'nin öğrenim süresi üç yıl idi. Ankara Hukuk Mektebinde okutulan başlıca dersler: 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. Bu derslere daha sonraları Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersleri eklenecektir.[617]

Ankara hukuk mektebinin öğrenim süresi, 1941'de dört yıla çıktı. Dersler zorunlu ve seçimlik olarak ayrıldı, sınav sistemi değiştirildi. 1941 yılında bu okul,

---

[612] Prof. Dr. Yahya Akyüz, Türk Eğitim Tarihi.
[613] Prof. Dr. İlber Ortaylı, Tarihi Temelleriyle Hukuk Eğitimimiz.
[614] Prof.Dr. Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi.
[615] Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt, Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi.
[616] Prof. Dr. Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi.
[617] E.Ernst Hirsch, Anılarım, Ankara-2000; Çeviren: Fatma Suphi.

Ankara Hukuk Fakültesi olarak Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlandı.[618] Hukuk öğretiminin bu günkü şekilde yapılanmasının temelinde geçmişte yapılmış, teorik ve pratik alandaki reformlar yatmaktadır. Hukuk tarihimizde Tanzimat ile birlikte gelişen batılılaşma akımına paralel olarak hukuk alanında yapılan iktibaslar sonucu oluşan kanunları uygulayacak hukukçu sorunu ortaya çıkmıştı. Bunun için de şimdiki hukuk fakültelerimizin temeli olan kurumlar oluşturuldu. Bu okullarda okutulan derslerin hemen hepsi Cumhuriyet döneminde Hukuk Fakültelerine aynen geçmiştir. Ancak belirtmeliyiz ki, Cumhuriyet döneminin başından beri hukuk eğitimindeki eksiklikler giderilememiş, bu tarihi süreç içinde temel sorunlar varlığını sürdürmüştür. Bu yüzden hukuk eğitim-öğretimi, günümüzde istenen konumda değildir.

Bugün hukuk eğitiminde temel sorun, seçkin/yetkin hukukçu yetiştirecek az öğrencili, bol imkânlı hukuk fakültelerini oluşturmak, genç hukukçuların maaş ve burslarla fakülte eğitimi sonrası da yetişmelerini devam ettirip seçkin hukukçu grupların doğmasını sağlamaktır. Yargı sistemi, sadece bilgisayar ağı kurmakla düzelmez. Bilgisayarlara kumanda edecek hukukçu beyinleri yetiştirmekle, büyük hukukçu olabilecek yetenekte olan insanları ziyan olmaktan korumakla mümkün olur.[619]

B) HUKUKÇULARIN EĞİTİMİNDE ÜNİVERSİTELERİN ROLÜ

Hukuk mesleği; genel sosyolojinin alt dalı olan meslekler sosyolojisine göre tıp ve mühendislik gibi profesyonel mesleklerden biridir. Bilindiği gibi Türkiye'de hukuk mesleğine giriş için, hukuk fakültelerindeki 4 yıllık lisans eğitimini bitirmek gerekmektedir. Hukuk fakülteleri de bir üniversite-ye bağlı olan akademik birimlerden biridir.

Hukuk mesleği mensuplarını yetiştiren fakültelerin temel görevi, öğrencilerine meslek hayatındaki uygulamaların temelini oluşturan yüksek düzeyde hukuk bilgisi aktarmaktır. Bu yüksek düzeydeki bilginin meslekte uygulanması aşamasında bütünlüğünün bozulması ihtimaline karşı, bu fakülteler meslek mensuplarına yönelik 'meslek içi eğitim kursları' ve 'seminerler' aracılığıyla onların eğitiminin geliştirilmesinde de rol oynarlar. Bu nedenle fakülteler ve onların bağlı bulundukları üniversiteler, profesyonel meslekler için gerekli olan yüksek düzeyde bilgiyi üreten ve aktaran en önemli kurumlardır.[620]

Hukuk mesleği mensuplarının, yürütecekleri mesleğin önemine uygun olarak, hukuk fakültelerinde yeterli hukuk bilgisine sahip olmaları büyük önem taşımaktadır. Hukuk fakülteleri açısından öğrencilere yüksek düzeyde hukuk bilgisi

---

[618] Bütün üniversiteler 1981 yılına kadar Milli Eğitim Bakanlığına bağlı iken, aynı yıl çıkarılan 2547 sayılı kanun ile Yüksek Öğretim Kuruluna bağlandı. Daha sonra sırasıyla İstanbul Hukuk Fakültesi, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi, Marmara Hukuk Fakültesi, Selçuk Hukuk Fakültesi ve Dicle Hukuk Fakültesi kuruldu. (Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce, Yargı Reformunun Çeşitli Sorunları İçinde Hâkim)

[619] Prof. Dr. İlber Ortaylı, Tarihi Temelleriyle Hukuk Eğitimimiz ve Adliye Mektebimiz.

[620] Prof. Dr. Zafer Cinhirlioğlu, Türkiye'de Hukuk Mesleği.

verme/aktarma ve hukuk öğrencileri açısından da bilgi edinme işi, çok önemli ahlaki bir görev olarak da karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bir üniversitenin yüksek düzeyde bilgiyi öğrencilere en iyi bir biçimde aktarması, akademik ahlakla ilgili olduğu gibi, öğrencilerin kendilerine aktarılan yüksek düzeydeki bu bilgiyi edinme, anlama ve kavrama konusunda büyük bir çaba ve özen göstermesi, meslek ve çalışma ahlakıyla ilgilidir. Demek ki öğrencilerin bilgi ile donatılması bile ahlaki bir nitelik taşımaktadır. Çünkü hukuk mesleğinde yeterli hukuk bilgisine sahip olmayan bir hukuk adamının, hukuk mesleğine ve hukuk mesleğinden hizmet alan insanlara büyük zararlar vermesi kaçınılmazdır.

Profesyonel meslek mensuplarını yetiştiren üniversitelerin, öğrencilere yüksek düzeyde bilgi aktarmanın yanında onları değerler yönünden eğitmek gibi bir görevi de olduğunu belirtmek gerekir. Etik eğitim, ya mesleki bilgi ve meslek kurallarının öğretilmesi şeklinde açık ve teorik olarak, ya da öğretim elemanlarının tutum ve davranışlarıyla kapalı olarak yapılır. Üniversitelerin öğretim elemanları, öğrencilerine ahlaki davranış açısından örnek olmalıdır. Hatta öğrencilerine meslek hayatlarında bile meslek ahlak kurallarının uygulanması yönünden önderlik ve rehberlik etmelidirler. Bu açıdan üniversite hocaları, profesyonel mesleklerin ahlaki değerlerini koruyan bekçiler gibi olmalıdırlar.[621] Üniversite elemanlarının yukarıda belirttiğimiz etiksel işlevleri, onların sırtına yüklediğimiz fazladan/ilave bir yük değildir. Bütün üniversite öğretim elemanlarının tabi oldukları yasa da bunu söylemektedir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 'amaç' başlığını taşıyan 4. maddesinde yüksek öğretimin görevleri şöyle ifade edilmektedir: "Öğrencilerini;

*Türk milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini taşıyan,

*Toplum yararını kişisel çıkarının üstünde tutan, aile, ülke ve millet sevgisi ile dolu,

*Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getiren,

*Hür ve bilimsel düşünce gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı,

*Beden, zihin, ruh, ahlak ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş,

*İlgi ve yetenekleri yönünde yurt kalkınmasına ve ihtiyaçlarına cevap verecek, aynı zamanda kendi geçim ve mutluluğunu sağlayacak bir mesleğin bilgi, beceri, davranış ve genel kültürüne sahip, vatandaşlar olarak yetiştirmek;

*Yükseköğretim kurumları olarak yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapmak, bilgi ve teknoloji üretmek… Bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelmek, evrensel ve çağdaş gelişmeye katkıda bulunmaktır." [622]

Bu yasa hükmüne göre üniversitelerin görevleri iki maddede özetlenebilir:

a) Öğrencilerini, eğitim ve öğretimin bütün aşamalarında (ön lisans, lisans, lisansüstü, doktora) bilimsel özgür düşünce gücüne ve yüksek düzeyde bilgiye sahip; beden, zihin, ruh, ahlak ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı; toplumun milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini taşıyan, toplum menfaatini kendi

[621] Prof. Dr. Zafer Cinhirlioğlu, Meslekler ve Sosyoloji.
[622] 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, madde: 4.

menfaati üzerinde tutan vatandaşlar olarak yetiştirmek, b) Yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapmak, teknoloji üreterek kalkınmaya destek olmaktır.

Kısaca özetlenecek olursa; üniversitelerin görevleri, yüksek düzeyde bilgi üretmek ve aktarmak, bilimsel araştırma yapmak ve etik ilkelere uygun eğitim vermektir. İşte üniversitelerin, bütün bu eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetlerinin her aşamasında genel etik ve meslek etiği ilkelerine uygun davranılması gerektiğini belirtmeliyiz. Çünkü eğitim ve bilimin temeli olan özgür düşünceye sahip olmak; ruh, zihin ve ahlak bakımından sağlıklı ve dengeli olmak, en temel etik ilkelerle ilgili bir durumdur.

C) ÜNİVERSİTELERDE HUKUK EĞİTİMİNİN AŞAMALARI

Hukukçunun eğitiminin, belirli aşamalar halinde gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Türkiye'de üniversite düzeyinde hukuk eğitim ve öğretimi; ön lisans eğitimi, lisans eğitimi ve lisansüstü eğitimi olmak üzere üç ana bölüme ayrılır. Lisansüstü eğitim-öğretimi de kendi içinde yüksek lisans ve doktora eğitimi olmak üzere ikiye ayrılır. Bunları kısaca açıklamakta yarar vardır.

1) ÖNLİSANS EĞİTİMİ

Hukuk fakültelerine bağlı Adalet Meslek Yüksek Okullarındaki iki yıllık hukuk eğitimöğretimidir. Yargı ve infaz kurumlarında hâkim ve savcılara yardımcı eleman ihtiyacını karşılamak üzere Adalet Meslek Yüksekokullarında hukuk öğretimi verilmektedir. Bu okullarda verilen önlisans eğitiminde öğrencilere iki yıl adalet hizmetlerinin gerektirdiği nitelikler göz önünde bulundurularak teorik ve uygulamaya yönelik bilgiler verilmektedir.[623] Bu okullarda verilen belli başlı dersler; Hukuk, Hukuk Usulü, Ceza ve Ceza muhakemesi hukuku, İcra İflas hukuku, Avukatlık ve Noterlik hukuku, Vergi Hukuku, Hukuki Yazışma Usulleri, Hukuk Dili, Adli Tıp, Kalem Mevzuatı'dır. Bunun yanı sıra Türkçe, Muhasebe, Bilgisayar Kullanımı, İşletme Yönetimi, Arşiv ve Dosyalama Teknikleri gibi teorik ve uygulamalı dersler de verilmektedir.

Adalet Meslek Yüksekokulundan mezun olan öğrenciler, açılacak sınavlarda başarılı olmak şartıyla adli ve idari yargı organlarında, mahkemelerde yazı işleri müdürlüğü, icra müdürlüğü, zabıt kâtipliği, mübaşirlik gibi görevlere atanabilmekte; noterliklerde, avukatlık bürolarında, şirketlerin hukuk bölümlerinde, resmi ve özel kurum, kuruluş ve bankalarda çalışma imkânına sahip olabilmektedirler. Mezunlar ayrıca, hızlı bilgisayar kullandıkları, Ofis, UYAP, MERNİS gibi çeşitli bilgisayar programlarını öğrendikleri için, mahkemelerde hâkim ve savcıların işlerinin yürütülmesinde yardımcı eleman olarak görev yapmak üzere Adalet Bakanlığı tarafından öncelikle tercih edilmektedir.[624] Hukuk mesleğinde yardımcı eleman sıfatıyla önemli bir görev yürütecek bu kişiler, hukuk,

---

[623] Prof. Dr. Ramazan Arslan-Yrd. Doç. Dr. Sema Taş Pınar, AB Sürecinde Türkiye'de ve Avrupa'da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi.

[624] Yrd. Doç. Dr. Mustafa Yılmaz, Niçin Adalet Meslek Yüksek Okulu.

sosyoloji, psikoloji alanlarına ilgili, Türkçeyi iyi kullanan, mesleğinde özenli, dikkatli çalışan, sorumluluk duygusuna sahip kimseler olmaları gerekmektedir.

2) LİSANS EĞİTİMİ

Lisans eğitimi, hukuk fakültelerindeki 4 yıllık eğitim-öğretimi ifade eder. Lisans düzeyinde temel hukuk eğitim ve öğretimi, 4 yıl süreyle hukuk fakültelerinde yapılmaktadır. Lisans düzeyinde verilen temel hukuk eğitimi, hem akademik çalışmalar, hem de hukuk mesleğine giriş için bir ön şarttır.

Ülkemizde bütün hukuk fakültelerinde genellikle birbirine benzer, klasik **öğretim yöntemi** kabul edilmiş olup, bu modelde öğretim üyeleri öğrencilere gereken teorik bilgileri konferans sistemiyle sunan, öğrenci ise pasif dinleyen konumundadır. Ders programlarında bütün hukuk dallarıyla ilgili **zorunlu dersler** yer alırken, az sayıda da seçmeli dersler bulunmaktadır. Bu öğretim yöntemiyle lisans düzeyinde iyi hukukçular yetiştirilmesi mümkün görünmemektedir.[625] Hukuk mesleğini yürütecek olan hukukçuların lisans, yani hukuk fakültesindeki 4 yıllık temel eğitimine aşağıda daha geniş şekilde yer verilmiştir.

3) LİSANSÜSTÜ EĞİTİMİ

3.1) YÜKSEK LİSANS EĞİTİMİ

Hukuk alanında yüksek lisans, lisansüstü eğitimin birinci kademesidir. Hukuk fakültelerini bitirenlerin, belli konularda uzman hukukçu olabilmeleri için yaptıkları iki yıllık akademik eğitim-öğretimdir. İki yıllık yüksek lisans öğretimini bitirenler, öğretim üyesi eksik olan hukuk fakülteleri ve adalet meslek yüksek okullarında öğretim görevlisi olarak atanabildikleri gibi, meslek hayatında çalışma ve iş bulma konusunda daha şanslı olabilmektedirler. Ayrıca ülkemizde konferans sistemi biçiminde yapılan hukuk eğitimindeki yetersizliği bir ölçüde yüksek lisans eğitiminin giderdiği söylenebilir.[626]

3.2) DOKTORA EĞİTİMİ

Hukuk alanında yüksek düzeyde bilgi edinmeyi sağlayan ve bilim adamı yetiştiren, lisansüstü eğitimin son aşamasıdır. Bilindiği gibi lisansüstü eğitim, yüksek lisans (mastır) ve doktora aşamalarından oluşmaktadır. O halde doktora eğitimi, lisansüstü eğitimin ikinci ve en önemli ayağını oluşturmaktadır. Hukuk öğretiminde doktora çalışması, hukukçuya yüksek düzeyde akademik bilgi edinmeyi sağlamak, bağımsız ve tarafsız araştırma yapmak suretiyle olayları geniş ve derin bir bakış açısıyla yorumlama ve sentez yapma yeteneğini

---

[625] Prof. Dr. Ramazan Arslan-Yrd. Doç. Dr. Sema Taş Pınar, AB Sürecinde Türkiye'de ve Avrupa'da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi.

[626] Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metot-Problem Çözme.

kazandırmaktır.[627] Hukukta doktora eğitimi alabilmek için, hukuk fakültesi mezunu olmak, yüksek lisansı başarıyla tamamlamak ve yabancı dil bilmek gerekir.

Hukukta doktora eğitimi; hukuk alanında akademik düzeyde, yüksek nitelikli insan gücü yani bilim adamı yetiştirme aşamasıdır. Doktora eğitimi, kaliteli bir eğitim ve onun yaygınlaştırılmasında önemli bir işlev yerine getiren öğretim üyelerine, bağımsız ve özgür bilim adamı; araştırıcı, eğitici ve öğretici, gözlemci, yol gösterici, kılavuz, rehber niteliklere sahip özelliklerin kazandırılması sürecidir.

Kısaca doktora eğitimi nitelik ve kalite sağlama eğitimidir. Doktora eğitimi evrensel değerler kazandırma, yenilik getirme eğitimidir. Doktora eğitimi ufuk açan, yaratıcılık, bilimsel düşünme, eleştiri, çözümleme içeren bilimsel yaklaşımı ve davranış gelişmesini sağlayan bir eğitimdir. Nitekim eğitimin kısaca tanımı da insanda iradi/bilinçli davranışların oluşturulması sürecidir.[628]

D) HUKUK FAKÜLTELERİNDE LİSANS EĞİTİM-ÖĞRETİMİ

Hukuk eğitim-öğretiminin temel unsurları; iyi bir üniversite/fakülte yönetimi, iyi öğretim elemanı, iyi seçilmiş öğrenci, iyi ders programı, iyi eğitim-öğretim yöntemi, iyi sınav (ölçme değerlendirme) sistemi ve yeterli eğitim araç-gereçleridir. Bu unsurlardan birinde ortaya çıkacak bilim ve etik dışı anlayış ve uygulama hukuk eğitim-öğretiminde çok ciddi sorunlara yol açabilir.

1) FAKÜLTEDE EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNTEMLERİ

2) EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNTEMLERİNİN ÖNEMİ

Bir eğitim-öğretim kavramı olarak yöntem, eğitim-öğretimde belirlenen hedeflere ulaşabilmek için izlenecek en kısa, en doğru ve en güvenilir yoldur.

Bir eğitim sisteminde öğrencilerin, amaca uygun olarak eğitilmesi için; öğretim elemanları, eğitim yöntemleri, fakülte/üniversite yönetimi, ders programı, değerlendirme biçimi ve araç-gereçler gibi gerekli unsurların işbirliği halinde yürütülmesi gerekir.[629]

İyi bir eğitim-öğretim faaliyeti için, öğretilecek şeyler (içerik) ve diğer unsurlar yanında öğretim yöntemleri büyük önem taşır. Eğitim-öğretimin etkili ve verimli olması, bu konuda uygulanan yöntemlerin iyi olmasına bağlıdır. İçerik olarak nice doğru şeyler vardır ki, bunların insanlara öğretilme yöntem ve teknikleri iyi olmadığından istenen sonuçlar alınamaz. Bunun için eskiler ‘usulsüz vusul olmaz’ demişlerdir. Yani bir konuda en iyi yöntem uygulanmadan istenilen amaca ulaşılamaz. Eğitim-öğretim faaliyetinde iyi sonuçlara ulaşabilmenin yollarından biri de, en iyi öğretim yöntemlerinin uygulanmasıdır. O halde hukuk fakültelerinde iyi bir hukuk eğitim-öğretimi için, öncelikle iyi bir eğitim-öğretim yöntemi gereklidir.

---

[627] Prof. Dr. Ramazan Arslan-Yrd. Doç. Dr. Sema Taş Pınar, AB Sürecinde Türkiye'de ve Avrupa'da Hukuk Öğretimi ve
Hukukçu Yetiştirilmesi.

[628] Prof. Dr. Fevzi Sürmeli, Muhasebede Doktora Eğitimi, Antalya XXIII. Türkiye Muhasebe Eğitimi Sempozyumu.

[629] Prof. Dr. Mustafa Ergün-Ali Özdaş, Öğretim İlke ve Metotları.

3) FAKÜLTEDE BELLİ BAŞLI EĞİTİM-ÖĞRETİM YÖNTEMLERİ

3.1) ANLATIM (TAKRİR) YÖNTEMİ

Anlatım (takrir) yöntemi, hukukun da içinde bulunduğu, daha çok sözlü anlatım gerektiren sosyal bilimlerin öğretim faaliyetlerinde kullanılan, öğretim elemanlarının etkin olmasını gerektiren, onların daha çok kişisel anlatım becerisine dayalı, ders programında yer alan konuların, öğrencilere öğretim elemanları tarafından anlatılıp açıklanmasını ön gören ve öğrencilerin pasif konumda bulunduğu, tarihte ve günümüzde geçerli ve yaygın olarak kullanılan bir öğretim yöntemidir.

3.1.1) Anlatım Metodunun Olumlu Yönleri

Bu yöntemin eksik yönleri yanında olumlu yönleri de vardır. Öncelikle öğrenci sayısının çok olduğu ülkemizde anlatım (takrir) metodu, öğretim elemanlarına, konuyu aynı anda çok sayıda öğrenciye anlatma imkânı verdiği için ekonomik bir yöntemdir. Ancak bu metottan daha çok verim elde edilebilmesi, öğretim elemanlarının bilgi kapasitelerine, konuşma yeteneklerine, kişisel becerilerine ve bu metodun görsel araçlarla (slâyt, film gibi) desteklenmesine bağlıdır.[630]

Eğitimde program geliştirme uzmanı Dr. C. Maden, öğretim faaliyetinde öğretim yöntemlerinin önemli bir yeri olduğunu, anlatım metodunun, aynı anda çok sayıda öğrenciye topluca bilgi verilmesini sağlaması yönünden yararlı yöntem olduğunu, anlatım yönteminin etkili ve verimli olabilmesi için, öğrencilere verilen bilgilerin kısa, basit ve ilgi çekici olması, anlatımın görsel unsurlarla desteklenmesi ve anlatılan konunun yazılı bir özetinin, öğretim elemanı tarafından öğrencilere verilmesi gerektiğini söyler.[631]

Öğretim elemanının, derste öğrencilerle iyi bir diyalog kurması; akıcı ve düzgün bir dil kullanması, arada bir öğrencilere sorular sorarak (soru-cevap yöntemini bu yöntemle birlikte kullanarak) onların derse katılımını sağlaması, iyi bir öğrenme ortamı oluşturacağından, bu yöntemin eksiklerini (monoton ve sıkıcı yönlerini) bir ölçüde gidererek öğretimde daha çok verim alınmasını sağlayabilir. Öğrenciler, sınavlara yönelik olarak ders çalıştıklarından, öğretim elemanları dersi anlattıktan sonra kısa süreli sözlü veya yazılı yoklamalar yaparak öğrencilerin konuyu anlayıp anlamadıklarını denetlemeleri, bu yöntemde derslere ilgiyi arttırabilir.[632]

Bazı eğitim çevrelerinde, anlatım yöntemiyle konferans şeklinde ders vermenin kötü bir yöntem olduğu, eğitimbilimi ilkelerine ters olduğu yönünde bir görüş vardır. Konferans şeklindeki anlatım yönteminin başarısının büyük ölçüde öğretim elemanının kişisel yeteneğine, konuşmasının akıcılığına ve öğrencilerin dikkatli ve özenli dinlemelerine bağlı olduğu söylenebilir. O halde bütün öğretim elemanlarının, kişisel olarak yetenekli olduğu ve bütün öğrencilerin de, anlatılanları

---

[630] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim yöntemleri.
[631] Dr. Cemalettin Maden, Öğretim Yöntem ve Teknikleri.
[632] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.

dikkatli ve özenli dinlediği bir ortamda anlatım metodunun olumlu yönleri daha açık olarak ortaya çıkabilir.

3.1.2) Anlatım Metodunun Eksik Yönleri

Anlatım (takrir) metodu, sadece işitme duyusuna hitap ettiği, öğrencileri pasif duruma düşürdüğü, onları araştırma yapma yerine kalıplaşmış bilgileri ezberlemeye sevk ettiği, öğretim elemanları tarafından anlatılan bilgilerin, öğrenciler tarafından anlaşılıp anlaşılmadığını ortaya koyacak geri bildirimlerin olmadığı gerekçeleriyle günümüz eğitimcileri tarafından eleştirilmektedir.[633]

Anlatım metodu, tarihte ve günümüzde yaygın olarak kullanılmakla birlikte bazı eksik yönlerinin olduğu bilinmektedir. Anlatım metodunda, öğrencilerin, dersin başından sonuna kadar anlatılanları aynı dikkatle dinlemeyi sürdürebilmeleri çok zordur. Eğer öğretim elemanı, bazı farklı yöntem ve tekniklerle dersi anlatım metodunun monotonluğundan kurtarma yoluna gitmezse, bir süre sonra öğrencilerin dikkatleri dağılır, başka şeylerle ilgilenmeye başlarlar. Bu da eğitim-öğretimde verimi düşürür. Kaldı ki öğrenciler dinlediklerinin ancak %10'unu öğrenir ve hatırlarlar.[634]

3.2) SORU-CEVAP YÖNTEMİ

Öğretimde soru-cevap yöntemi, öğretim elemanları tarafından hazırlanan soruları, öğrencilerin sözlü olarak cevaplandırmalarına dayanan bir öğretim yöntemidir.[635] Soru-cevap yöntemi, başka öğretim yöntemleri arasında bazen kullanılan soru-cevap tekniği değil, dersi baştan sona soru-cevap şeklinde işlemek demektir.

Prof. M. Ergün, soru sorma ve cevap vermeyi erkek ve dişilikle nitelendirerek, soru sormanın erkek, cevap vermenin dişi olduğunu, insanın fikir üretebilmesi için, soru sormak ve cevap vermek suretiyle beyninin tohumlanması gerektiğini; soruyu hazırlamanın, bilgiye yarı yarıya ulaşmak demek olduğunu söyler. Berthold Otto'ya göre, soru soran öğrenci, zihin ve ruhunu bilgi almak için açmıştır. Öğretici bu anı çok iyi değerlendirmelidir. Yoksa o anda vermediği bilgiyi, çocuğun arzu etmediği bir zamanda zorla vermek durumunda kalabilir.[636] Kısaca soru sorma, öğrencilerin bilgi, beceri ve davranış gelişimi yönünden yeterli seviyede olduğunu anlamada, gelişimini değerlendirmede öğretim elemanlarına yol gösteren bir yöntemdir. Ancak soru sorma usulünün, öğretici tarafından yeteri kadar iyi bilinmesi ve uygulanması gerekir.

3.2.1) Soru-Cevap Yönteminin Yararlı Yönleri

Soru cevap yöntemi, öğrencilerin, konu hakkında düşünme yeteneklerini geliştirir, olgu ve olayları analiz ve sentez yapmaya yönlendirir. Öğrencilerin aktif olmasını sağlar.

---

633 Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.
634 Yrd. Doç. Dr. Nevzat Köken, Soru Sorma Metodunun Önemi.
635 Dr. Cemalettin Maden, Öğretim Yöntem ve Teknikleri.
636 Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.

Bu yöntemin başarılı olabilmesi için; öğreticinin, soruları tekniğine uygun belirlemesi, soruların konuyla ilgili olması ve soruların öğrencilerin seviyesine uygun düşmesi gerekir.[637]

Bu yöntem, öğrencilerin derse aktif olarak katılmasını sağlar. Bu yöntemde sorular ve cevapların, insan zihnini uyarıcı, mayalayıcı, tohumlayıcı ve üretken özellikleri ortaya çıkar. Öğrencinin kendi kendini değerlendirmesini; analiz ve sentez yapmasını; hatırlama, karar verme ve yaratıcı/üretken düşünmesini sağlar.[638]

Soru-cevap yöntemi, eğitim-öğretim faaliyetinin farklı aşamaları için yarar sağlayabilir. Öğretim elemanlarına, öğrencilerin bilgi ve uygulamalarını değerlendirme, konuyu ne ölçüde kavramış olduklarını anlamaya imkân verir. Bu yöntemin verimli olması için sorular, basit, kolay ve anlaşılır olmalı ve istenilen cevaba göre hazırlanmalıdır. 'Evet' ya da 'hayır' gibi kısa cevap verilecek sorulardan kaçınılmalıdır. Sorular, öğrencilerin kişisel yeteneklerine ve gelişim düzeylerine uygun olmalıdır.

3.2.2) Soru-Cevap Metodunun Eksik Yönleri

Öğrencilerin öğrenme düzeylerini belirlemede kullanılacak soruların hazırlanması zordur. Sorular iyi hazırlanmazsa, anlaşılamaz, kasıtlı ve yönlendirici olursa öğrencinin serbest düşünmesi engellenmiş olur. Bu yöntemde öğrencilere bilgilerin aktarılması, anlatım yöntemine göre daha yavaştır. Öğrencilerin, sorulara yanlış cevap vermeleri halinde, zaman kaybına neden olabilir.[639] Soru-cevap yönteminin, öğrencisi kalabalık fakültelerde uygulanması zordur. Ayrıca denebilir ki, bütün konuların işlenmesinde sadece bu yöntemin uygulanması mümkün olmadığı gibi öğretim ilkelerine de aykırıdır.

3.3) PROBLEM ÇÖZME YÖNTEMİ

İnsanları diğer canlı varlıklardan ayıran özelliklerden birisi de, onların hayatta karşılaştıkları problemleri akıl, bilgi ve tecrübelerine dayanarak çözebilmesidir. İnsanlar, hayatta karşılaştıkları problemleri, gelişigüzel değil, bilimsel yöntemleri kullanarak çözmelidir. Bu çerçevede ilköğretimden başlayıp fakültelere kadar bütün eğitim-öğretim faaliyetlerinde öğrencilere, problem çözme yöntem ve teknikleri öğretilmelidir.

İşte problem çözme yöntemi, öğrencilerin karar verme ve sorunlara çözüm üretme yeteneklerini geliştirmek için kullanılan bir öğretim yöntemidir. Ortaya konulan problemi, bütün boyutları ile anlama, sınırlandırma ve tanımlamadan sonra öğrencilerin, bu problem hakkında gerek teorik bilgi ve gerekse tecrübelerinden elde ettikleri verileri toplayarak problemi doğuran nedenleri ve çözümlerini bulunmaya çalıştıkları bir yöntemdir.

3.3.1) Problem Çözme Metodunun Yararlı Yanları

---

[637] Dr. Cemalettin Maden, Öğretim Yöntem ve Teknikleri.
[638] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.
[639] Dr. Cemalettin Maden, Öğretim Yöntem ve Teknikleri.

Bu yöntem, aktif olarak öğrenmeyi, problemlerin tanınması ve çözülmesi için öğrencilerde bağımsız düşünme ve karar verme yeteneğinin gelişmesini sağlar.[640] Bu yöntemle öğrenciler, karşılaşacakları problemleri bilimsel yöntemlerle çözümleme yollarını ve ders kitapları dışındaki kaynaklara ulaşmayı öğrenirler.

Bu yöntem, öğrencilerin öğrenme ve araştırma isteklerini artırır. Bu yöntem sayesinde öğrenciler, birlikte çalışmaya alışır ve başkalarının görüşlerinden yararlanmayı öğrenirler. Öğrencilerde kendine güven ve sorumluluk duygusu gelişir.[641]

3.3.2) Problem Çözme Metodunun Eksikleri

Bu yöntemin bütün derslerde uygulanması söz konusu değildir. Örneğin fen bilgisi derslerinde uygulanma imkânı olmakla birlikte, bazı derslerde mümkün olmayabilir.

Problemlerin çözümü için gerekli araç-gereç ve maddi kaynak bulunamayabilir. Bu yöntemle öğrencilerin bilgi/öğrenme seviyelerinin ölçme ve değerlendirilmesi zordur.[642]

3.4) TARTIŞMA METODU

Tartışma, iki veya daha çok kimsenin herhangi bir konuyu, bir başkanın yönetiminde, amaçlı ve planlı olarak karşılıklı konuşarak, birbirlerini dinleyerek, eleştiriler getirerek, gerektiğinde sorular sorarak incelemesine dayanan bir öğretim yöntemidir. Bir öğretim metodu olarak tarihin çeşitli dönemlerinde başarıyla uygulanmış, hatta bu metotla ilgili teorik/kuramsal çalışmalar bile yapılmıştır.[643]

Tartışma yönteminin, eğitim-öğretim tarihimizde önemli bir yeri vardır. Osmanlı medreselerinde, tartışma yöntemi uygulanmıştır. Osmanlı medrese eğitiminde tartışma yönteminin amacı, doğru bilgilerin ortaya çıkarılmasıdır. Bu yöntemde hocalar, metnin anlamını verdikten sonra tüm öğrenciler kendi aralarında konuyu dört-beş saat tartışırlar; hatta hocalar da, okuttukları derslerle ilgili herhangi bir konuyu öğrenciler arasında tartışmaya açarlar ve farklı fikirleri savunan taraflar arasında hakem olup kendi görüşlerini de söylerlerdi.

Tartışma yönteminde yanlışlardan korunmak ve delil ortaya koyma yeteneğini kazanabilmek için öğrenciler, ileri düzeyde mantık dersleri okuyorlardı. Taşköprülüzade, Kâtip Çelebi ve Nevi' Efendi gibi pek çok bilim adamı, eleştirel düşünme ve tartışma usulü ile ilgili kitaplar yazmıştır. Taşköprülüzade, tartışma yöntemiyle ilgili önerilerini şu sözlerle özetler: ”Demişlerdir ki; ‘Bir saat tartışma bir ay mütalaadan hayırlıdır.” [644]

---

[640] Dr. Cemalettin Maden, Öğretim Yöntem ve Teknikleri.
[641] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.
[642] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.
[643] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.
[644] Taşköprülüzade Ahmed Efendi, Mevzu’atu’l-Ulum; aktaran: Prof.Dr. A. Hadi Adanalı, Osmanlı Medreselerinde
Tartışma Metodolojisi.

Osmanlının ilk dönemlerinde yaşayan ünlü düşünür Semerkandi, çalışmalarını genel tartışma mantığı üzerinde yoğunlaştırmış ilk mantıkçı sayılır. 'Risale fi adabi'l-bahs' adlı eserinde tartışma yöntemini bütün alanlara uygulanabilir, evrensel bir disiplin olarak nitelendirmiştir. Ancak onun Risale'sinde hukuk tartışma metodu ön plana çıkmaktadır.[645]

3.4.1) Tartışma Yönteminin Şartları ve Sınırları

Tartışma yönteminin şartlarından birisi, öğrencilerin, eğitim ortamındaki oturma düzenidir. Bu konuda en ideal oturma şekli, yuvarlak veya yarımay biçimidir. Tartışma yöntemi, her derste veya konuda uygulanamaz. Tartışmaya katılan öğrenci sayısı 25'ten fazla olmamalıdır. Çok kalabalık eğitim ortamlarında bir tartışma grubu seçilmeli, diğerleri dinleyici olarak bulunmalıdır. Matematik gibi kuralları kesin olan bilimlerde tartışma yöntemi uygulanmaz. Öğretim elemanı, tartışılabilir ve ilgi çekecek bir konu seçmelidir. Tartışma, bir başkan tarafından idare edilmelidir. Tartışma, bilgi düzeyi eşit olan kişiler arasında yapılmalıdır.[646]

3.4.2) Tartışma Metodunun Yararları

Tartışma metodu, öğrencilerin diğer kişilerle ilişkilerini, yardımlaşma ve arkadaşlık duygularını geliştirir. Öğrencileri, üyesi oldukları demokratik toplumun bireyleri olarak hazırlar, onlara eleştirel düşünme ve tartışma sanatını öğretir. Öğrencilere, farklı görüşlere katlanmayı, eleştirilere hoşgörü ile bakmayı ve kendini kontrol etmeyi öğretir. Tartışma metodu, ilgi uyandırma, alıştırma, pekiştirme gibi öğrenme ilkelerine uygundur.[647]

4) ÖĞRETİM YÖNTEMİNİN SEÇİMİNDE ETKİLİ OLAN FAKTÖRLER

Eğitim-öğretim faaliyetlerinde uygulanacak yöntemlerin seçiminde rol oynayan bazı faktörleri şöyle sıralamak mümkündür: a) Dersin içeriği: Eğitim metodunun seçiminde genellikle en belirleyici olan faktör, dersin içeriğidir. Dersin konusu, en iyi biçimde hangi öğretim metoduyla öğretilebiliyorsa o metot kullanılmalıdır. c) Öğretim elemanının özellikleri: Öğretim elemanının yaşı, kıdemi, cinsiyeti ve kişisel yetenekleri de öğretim metodu seçimini etkileyen faktörlerden biridir. b) Öğrencilerin özellikleri: Öğretim elemanları, öğrencilerin özelliklerine göre, gerektiğinde değişik metotları uygulayabilmelidir. Öğrencilerin özellikleri dikkate alınmadan işlenen ders, 'karanlığa atılan bir taş gibidir'. d) Öğretim araç-gereçlerinin durumu: Eğitim-öğretim faaliyetinin temel araç gereçleri olan bilgisayar, TV, video, slâyt, tepegöz, laboratuvar ve kütüphanenin bulunup bulunmaması da öğretim metodunun seçiminde etkili olur.

Sonuç olarak, bugün ülkemizdeki hukuk fakültelerindeki öğrenci sayısının çokluğu karşısında anlatım (takrir) metodundan vazgeçilmesi mümkün

[645] Prof.Dr. A. Hadi Adanalı, Osmanlı Medreselerinde Tartışma Metodolojisi.
[646] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.
[647] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.

görülmemektedir. Ancak bu metodun sırf konferans şeklinde değil, derslerin tür ve içeriğine göre diğer öğretim metotlarıyla birlikte uygulanması ve böylece bu metodun eksik yönlerinin giderilmesi gerektiği, hatta matematik gibi kesinlik ifade eden derslerde zorunlu olarak anlatım metodu dışında başka metotların da uygulanması gerektiği söylenebilir.[648]

5) ÖĞRETİM YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda özetini sunmaya çalıştığımız eğitim-öğretim yöntemlerinden hangisi ya da hangilerinin, hukuk eğitim-öğretiminde kullanılmasının daha uygun olacağı konusu önem taşımaktadır. Bunlardan yalnızca birinin kullanılması doğru mudur? Örneğin tarihte ve günümüzde yaygın olarak kullanılan geleneksel anlatım/takrir yöntemi, konferans sistemi biçiminde tek başına kullanılmaya devam edilmeli midir? Yoksa dersin türü ve içeriğine göre karma bir sistem mi uygulanmalıdır?

5.1) Öğretim Yöntemlerinden Sadece Birini Kabul Etmenin Yanlışlığı

Öğretim yöntem ve teknikleri, eğitim-öğretim için belirlenen hedeflerin temel taşlarıdır. Yukarıda özetlediğimiz öğretim yöntemlerinden sadece birini kabul edip diğerlerini göz ardı etmek doğru değildir. Çünkü bütün derslerde tek bir öğretim yönteminin kullanılması eğitim-öğretimde başarı getirmemektedir. Her öğretim yöntemi, her derse, her konuya, her öğrenci grubuna, her öğretim düzeyine uygun olmayabilir.[649] O halde öğretim yöntemlerinden sadece birisinin eğitim-öğretim faaliyeti için yeterli olduğunu, diğer yöntemlere ihtiyaç olmadığını ileri sürmek doğru bir yaklaşım biçimi değildir. Değişik durumlarda farklı yöntemlerin, hatta karma yöntemlerin kullanılması yararlı olabilir.

Klasik öğretim metodu olan anlatım yöntemiyle birlikte soru-cevap yönteminin de uygulanmasında yararlı sonuçlar vermektedir. Soru-cevap yönteminin de, hukuk öğretiminde önemli bir yeri olduğu söylenebilir. Çünkü öğrenmek isteyenin aklındaki soruyu ortaya koymak, sonra da ona cevap aramak daha kolay öğrenme yöntemidir. Bilindiği üzere doğru öğrenmenin yollarından biri de doğru soru sorabilmektir. Hukuk bir ezber alanı değil, mantık ve muhakeme alanıdır. Muhakemede ise soru sormak ve sorgulamak çok önemlidir.

Hukuk eğitim-öğretiminin amacı, öğrenciye hukuku öğretmek, sevdirmek ve ideal haline getirmektir. Hukuk, sevdirilmeden ve ideal haline getirilmeden başarılacak bir alan değildir. Belki sevmeden hukuk fakültesi mezunu olunabilir ancak gerçek hukukçu olunamaz. Hukuk eğitim-öğretiminin doğru yöntemlerle yapılması ise, öğrencilere hukuku sevdiren önemli bir faktördür.

5.2) Anlatım Metodunun Diğer Metotlarla Birlikte Uygulanması (Karma Yöntem)

Uzun bir tarihi geçmişi olan ve günümüzde de yaygın olarak kullanılan anlatım (takrir) metodunun, öğrenci sayısının çok fazla olması gerçeği karşısında hukuk fakültelerinden kaldırılması mümkün değildir. Anlatım yöntemi, bazı eksikleri

[648] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.
[649] Prof. Dr. Mustafa Ergün, Öğretim Yöntemleri.

olmakla birlikte, bilgi aktarmanın temel yöntemi olarak günümüzde de varlığını sürdürmektedir. Ancak bu yöntemin daha etkin kılınması için, bu yöntemde anlatma süresi sınırlı tutulmalıdır. Öğretim elemanı, öğrencilere konuyu sırf konferans verir gibi anlatmamalı, diğer öğretim yöntem ve tekniklerinden de yararlanmalıdır.[650]

Anlatım yönteminin eksik yönlerini en aza indirmek için, öğretim elemanının bu yöntemdeki tek başına belirleyici olduğu konumunu değiştirerek, öğrencilerin de rol aldığı bir öğretim tekniği geliştirilmelidir. İşte bu noktada, öğrencilerin de katılımını sağlayacak bir öğretim yöntem ve tekniği geliştirmek üzere soru sorma yöntemi, öğretim faaliyetinin temelinde bulunan ve bütün öğretim yöntemleriyle birlikte kullanılabilen bir öğretim yöntemi olarak gündeme gelmektedir. İyi öğretme ve iyi öğrenme, soru sormayı gerektirir. İyi soru sormak kişiyi muhtemel doğru cevaplara götürür.

Hukukun da içinde bulunduğu sosyal bilimler alanında verilen öğretimde, öğrenciyi daha aktif kılan ve soru-cevap yöntemine, diğer yöntemlerle birlikte yer verilmesi yararlı olabilir. Sorular; derse giriş yapmada, öğrencilerin öğrenme işlerine büyük ölçüde katılmalarını sağlamada, onların soru sormalarına imkân vermede, dersi tekrar etmede, özetlemede ve öğrencinin dersi ne kadar anladığını ve kavradığını anlayıp öğretimi yeniden düzenlemek amacıyla sorulabilir.[651]

Bilgi vermeye dayanan derslerde, genellikle öğretim elemanının anlatımının belirleyici olduğu bir yol izlenmektedir. Ancak bu dersin akışını sağlayacak, ders boyunca öğrencilerin dikkatini canlı tutacak soru-cevap ve örnek verme gibi yöntem ve teknikleri ile anlatım yönteminin sıkıcı ve monoton yapısı giderilebilir.

Öğretim elemanı sadece bilgi öğretici konumda değildir. Ders sırasında sözsüz iletişimden başla-yarak, öğrenciye ismi ile hitap etmeye, güncel konuşmalar yapmaya, duygusal yönü olan sözcükleri kullanmaya, doğru davranışları takdir etmeye, hata yapıldığında özür dilemeye kadar birçok konu öğrencileri etkilemektedir. Üniversitelerde öğretim elemanlarının davranışlarının öğrenmeyle ilişkisi konusunda yapılan araştırmalarda, öğretim elemanı ile iletişim arttıkça öğrencilerin öğrenmesinin de artacağı sonucuna ulaşılmıştır.[652] Öğretim elemanları, öğrencileriyle iletişim kuramayışlarına hiçbir makul mazeret gösteremezler. Çünkü öğretim elemanlarının görevlerinden biri de sınıfı etkili biçimde yönetmektir.

Kısaca, hangi eğitim-öğretim yöntemi uygulanırsa uygulansın öğretim elemanlarının öğrencilerle iyi iletişim kurmaları, bu yöntemlerin verimini artıran ortak özelliktir. Yaygı olarak uygulanmakta olan anlatım yönteminin sıkıcılığı ve monotonluğunu bir ölçüde ortadan kaldırmak ve öğrencilerin daha aktif bir rol almasını sağlamak için, anlatım yöntemiyle birlikte soru-cevap yöntemini ya da dersin tür ve içeriğine göre diğer bir yöntemin kullanılması, başka bir deyişle karma bir yöntemin kullanılması en doğru ve gerçekçi bir çözüm olduğu söylenebilir.

---

[650] Yrd. Doç. Dr. Nevzat Köken, Soru Sorma Metodunun Önemi.
[651] Yrd. Doç. Dr. Nevzat Köken, Soru Sorma Metodunun Önemi.
[652] Yrd. Doç. Dr. Sait TAŞ, Öğretim Elemanlarının Sınıf İçi ve Sınıf Dışı Davranışlarının Öğretim Elemanı-Öğrenci
İletişimine Yansımaları.

5.3) Öğretim Yöntemlerinin Usulüne Uygun Kullanılması

Belirtilmelidir ki bütün öğretim yöntem ve teknikleri, iyi öğrenmeyi sağlamak için birer araçtırlar. Bu araçların başarısı, usulüne uygun kullanılmasına bağlıdır. İşte bu konuda öğretim elemanlarına önemli görevler düşmektedir. Öğretim elemanı, örneğin anlatım yönteminde, bazı tekniklerle öğrencilerin ders boyunca dikkatlerinin dağılmasına engel olabilir. Öğretim elemanının, öğrencilerin zihinsel etkinliğe katılmasını sağlayacak soru-cevap yönteminin istenen yararı sağlaması için, soru sorma, tartışma gibi yol ve yöntemleri iyi bilmesi ve uygulaması gerekir.[653]

6) HUKUK FAKÜLTELERİNDE SINAVLAR

6.1) Sınavların Önemi

Sınavlar, bir ölçme ve değerlendirme aracıdır. Öğrencilerin başarısının değerlendirilmesi, eğitim-öğretimin temel görevlerinden biridir. Ölçme ve değerlendirme, belirlenen eğitim-öğretim hedeflerine ulaşılıp ulaşılmadığının belirlenmesi için kullanılır ve onun ayrılmaz bir parçasıdır. Eğitim-öğretimin olduğu yerde sınavlar da mutlaka olmalıdır. Öğretim elemanı, ölçme ve değerlendirme aracı olan sınavla öğrencileri daha iyi tanıma imkânı bulur. Bu da, eğitim-öğretim faaliyetinin daha nitelikli yapılmasını sağlar. Doğru bir ölçme ve değerlendirme, eğitim-öğretim için bir zorunluluktur. Eğitim-öğretim faaliyetinde doğru bir ölçme ve değerlendirme yapılması, bu işin esasına uygun sınav yöntem ve tekniklerinin uygulanmasına bağlıdır.

Sınavlar, üniversitelerde öğretim elemanları ve öğrenciler arasında en çok konuşulan konulardan birisidir. Öğretim elemanları, bir eğitim-öğretim döneminde çok sınav olduğundan, bu sınavlar nedeniyle büyük zaman kaybettiklerinden yakınırlar. Öğrenciler ise, sınavların adaletsiz olduğundan ve gerçek bilgiyi ölçemediğinden söz ederler. Ancak bu öğrencilerden bazıları ileride öğretim elemanı olduklarında, yine de bu yakındıkları sınav yöntemlerini uygulamayı sürdürürler. Ülkemizde herkesin yakındığı sınavlar, hakkında çok az kişinin yazmaya cesaret edebildiği konulardan birisi olmuştur. (Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Sınavlar)

Prof. Gözler; hukuk eğitim-öğretiminde sınavların, öğrencilere verilen hukuk bilgisi ve düşüncesinin ölçülmesi ve değerlendirilmesini sağlayan bir araç olması nedeniyle önemli bir konu olmasına rağmen Türkiye'de üzerinde çok az durulduğunu, bu konuda istisna oluşturan iki çalışmadan birincisinin; Prof. Hikmet Sami Türk'ün 'Sınavlar', ikincisinin ise, Prof. Zeki Hafızoğulları'nın 'Hukuk Öğretiminde Test Mümkün Müdür' isimli çalışması olduğunu belirtir.[654]

Prof. Türk'ün bu çalışmasında; sınavlar üniversite eğitiminin sonunda mı, yoksa yılın sonunda mı yapılmalı, sınav dönemleri ne zaman olmalı, ara yoklamalar faydalı mı, sınavlar yazılı mı, sözlü mü olmalı gibi sorular sorularak tartışılmış; öğrencilerin başarılı olup olmadığı ancak sınavlarla ölçül-mekte olduğundan,

---

[653] Yrd. Doç. Dr. Nevzat Köken, Soru Sorma Metodunun Önemi.
[654] Prof.Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Sınavlar.

sınavların eğitim-öğretim faaliyeti bakımından büyük önem taşımakta olduğu vurgulanmıştır.

Prof. Hafızoğulları; niteliği ne olursa olsun her eğitim-öğretim faaliyetinin, bir sınav (ölçme ve değerlendirme) yapmayı gerektirdiğini, bir ölçme ve değerlendirme aracı olan sınava yer vermeyen hukuk öğretimini düşünmenin bile mümkün olmadığını, hukuk alanında da, ölçme ve değerlendirmeye en iyi bir biçimde imkân veren sınav biçimlerini araştırmanın bir zorunluluk olduğunu söyler. Ona göre; Her eğitim-öğretim alanında testin değeri neyse, hukuk eğitim-öğretimi alanında da testin değeri o dur. Yani test diğer bilgi alanlarında güvenilebilir bir ölçme ve değerlendirme aracı olarak kullanılabiliyorsa, özellikleri olmakla birlikte, onlar gibi bir bilgi alanı olan hukuk alanında da her halde test uygulanabilir. Ancak bilgiyi ölçmede sadece bir test türü değil, birden çok test türünü birlikte kullanmak amaca en uygun olanıdır.[655]

Hukuk eğitiminde sınavlar konusu, özellikle kalabalık hukuk fakültelerinde büyük bir sorun olmaya devam etmektedir. Bu sorun, eğitim biliminin ilkeleri kapsamında çözüme kavuşturulmalıdır. Eğitimde ölçme ve değerlendirme ayrı uzmanlık isteyen bir alan olduğundan, eğitim fakültelerinde bu konuda ayrı bir eğitim verilmektedir. Dolayısıyla eğitim fakültelerinden mezun olan öğretmenler, ölçme ve değerlendirme konusunda gerekli formasyona sahip olduğu halde hukuk fakültelerindeki öğretim elemanları böyle bir formasyon eğitimi almamaktadır. Hâlbuki öğretim elemanlarının bir görevi de eğitim-öğretim faaliyetidir ve bunun gereği olarak sınavlar yapmaktadırlar. Bu nedenle öğretim elemanlarının bu formasyon eksiğinin tamamlanması yararlı olacaktır.[656]

6.2) Sınav Türleri

Öğretim elemanı, eğitimin ulaşmak istediği hedeflere ne ölçüde ulaşıldığını belirlemek için değişik ölçme ve değerlendirme aracını kullanabilir. Öğrencilerin, bilgileri kadar uygulama yeteneklerinin, ilgilerinin, davranış ve anlayışlarının sınıfta, tartışma ortamında, görüşmelerde; eğitimin bütün safhalarında ölçülmesi gerekir. Bunlara ek olarak öğretim elemanı sınav yapmak zorundadır. İyi hazırlanmış sınavlar, öğrencilerin bildiklerini sınama imkânı verir ve onların motivasyonunu olumlu yönde etkiler.

Birçok sınav türü olmakla birlikte öne çıkan başlıca sınav türlerini; klasik yöntemle yapılan yazılı ve sözlü sınavlar, test usulü sınavlar, kısa cevaplı ve tamamlama türü sınavlar olarak ifade edebiliriz. Klasik yöntemle yazılı ve sözlü yapılan sınavlarda sorulan sorulara öğrenciler tarafından verilen cevapların, genellikle gereksiz bilgilerle dolu olduğu, bu yüzden öğretim elemanlarının yapacakları değerlendirmelerin objektif bir ölçüte dayanmadığı, ayrıca cevap kâğıtlarının değerlendirilmesinin öğretim elemanlarının büyük zamanını aldığı, dolayısıyla sınavlar konusunda, klasik yöntemle test tekniğinin karışımından oluşan yeni yaklaşımın 'karma sınav yöntemi' olduğu ileri sürülmüştür.

---

[655] Prof.Dr. Zeki Hafızoğulları, Hukuk Öğretiminde Test Mümkün Müdür.
[656] Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Sınavlar.

Prof. Gözler, hukuk eğitim-öğretiminde yazılı, sözlü ve test usulüyle yapılan sınavları objektiflik, geçerlilik ve kullanışlılık açısından incelemiş ve bugünkü şartlarda en uygun ve ideal olan sınav yönteminin test olduğunu ileri sürmüştür. Türkiye'de sınavlarla ilgili ilk çalışmayı 'Hukuk öğretiminde test mümkün müdür' adlı makalesiyle Prof. Z. Hafızoğulları'nın yaptığını belirten Prof. Gözler, Onun "diğer bilgi alanlarında güvenilebilir bir ölçme ve değerlendirme aracı olarak test kullanılabiliyorsa, onlar gibi bir bilgi alanı olan hukuk alanında da her halde test uygulanabilir." şeklindeki görüşüne aynen katıldığını söyler.[657]

Prof. Hafızoğulları; sadece evet-hayır biçiminde cevapların verilmesini gerektiren test usulü sınav yönteminin tek başına hukuk fakültelerine uymayacağı, hukuk eğitim-öğretiminde sakıncalar doğuracağı düşüncesine kısmen katıldığını, ancak testin, sanıldığından çok daha önemli ve yeterli bir ölçme ve değerlendirme aracı olduğunu söyler. Ona göre; test usulünün en büyük sakıncası, öğrencilere düşüncelerini ifade etme imkânı vermemesidir. Ancak bu sakıncalar, belleğe dayanan sorular yanında muhakemeye dayanan sorularla giderilmesi mümkündür. Dolayısıyla testle, bilgi ve beceri yanında muhakeme yeteneği de ölçülebilir.

Ölçülmek istenen şeye ve ölçmede güdülen amaca göre test birçok biçimde yapılabilir. Test, doğru-yanlış testi şeklinde olabileceği gibi testte doğru ve yanlış önermeler verilir, önermelerin doğru veya yanlış olmalarına göre işaretlenmesi istenir. Test, doldurmalı test şeklinde de olabilir. Bunda eksik bırakılmış önermeler verilir, eksik bırakılan yerlerin uygun bir sayı, şekil veya sözle doldurulması istenir.[658]

Diğer bilim alanlarında güvenilebilir bir ölçme ve değerlendirme aracı olarak kullanılabildiği gibi hukuk alanında da test yöntemi uygulanabilir. Hukuk eğitim-öğretimi alanında bir ölçme ve değerlendirme aracı olarak testin kabulüne ilişkin zorluklar bulunduğu düşünülebilir. Ancak diğer bilim dallarında test yöntemi ne ölçüde mümkünse, hukuk alanında da o kadar mümkündür. Belki test bir uzmanlık işi olduğundan, iyi sonuçlar alabilmek için uzmanlarınca yapılması gerekir. Hukukçunun işini dille yaptığı, test yönteminin ise dille ifadeye uygun olmadığı görüşü ileri sürülebilirse de, burada düşünce ile düşüncenin ifade ediliş biçimlerini karıştırmamak gerekir. Bir düşünceyi söz, yazı ve diğer anlatım araçlarıyla farklı biçimlerde ifade etmek mümkündür.

Test usulünde düşüncenin söz veya yazıyla değil, işaretle ifade edilmesi söz konusudur. Bir sorunun çözümü ister söz, ister yazı, isterse işaretle ifade edilsin bunların hepsinde yapılan zihinsel işlem temelde aynıdır. Hukuk düşüncesi ve bilgisini ölçmek ve değerlendirmek, tek tür bir sınavla başarılabilecek bir iş değildir. Böyle olunca, sözlü ve yazılı sınavın sağladığı imkânları sağlamasa bile, testle hukuk bilgi ve düşüncesini ölçme ve değerlendirme mümkündür.[659]

Test usulü sınav yöntemi, fikir üretme yeteneğini ölçmeye imkân vermemekle birlikte, muhakemeye engel değildir. Çünkü ihtimal olan yerde muhakeme de vardır. Dikkat edilirse; öğrenci muhakeme gücünü klasik yazılı sınavda yazıyla

---

[657] Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Sınavlar.
[658] Prof.Dr. Zeki Hafızoğulları, Hukuk Öğretiminde Test Mümkün Müdür.
[659] Prof.Dr. Zeki Hafızoğulları, Hukuk Öğretiminde Test Mümkün Müdür.

göstermekte, test usulünde ise aynı muhakemeyi yapmakta, ancak burada muhakeme gücünü yazıyla değil cevaplar arasından doğru olan cevabı bulup işaretleyerek göstermektedir.

Hukuk biliminde bilgi ölçmede her çeşit test uygulanabilir. Bu test türleri ayrı uygulanabileceği gibi birkaçı birlikte de uygulanabilir. Öğrencilerin muhakeme gücünü ölçmede de en elverişli test türü çoktan seçmeli ve eşleştirmeli testlerdir. Buna karşılık hangi test türü olursa olsun yaratıcılığı/ fikir üretmeyi ölçmeye elverişli değildir. Çünkü fikir üretme yeteneği ancak sözlü ve yazılı sınavlarla ölçülebilir.[660] Her ne kadar test usulü sınavın, öğrencilerin kendilerini ifade etme yeteneğini ölçemeyeceği ileri sürülmüşse de, aslında test usulüyle yapılan sınavlarda öğrencilere verilen seçmeli şıklar arasından birisini seçebilmeleri, diğerlerinden ayırabilmeleri için konuyu bilmeleri ve seçenekleri yorumlamaları gerekmektedir. Bu da bize hukuk eğitim-öğretiminde klasik yazılı sözlü sınavın yanında test usulünün birlikte (karma sistem) kullanılması gereğini göstermektedir.

Prof. T. Ansay; kalabalık sınıflarda öğretim elemanlarının öğrencilerini yakından tanıyamadıklarını, öğrencilerin bir yıllık çalışmasının, yılsonundaki 2-3 saatlik klasik **yazılı sınav** kâğıdına yazdıklarıyla değerlendirilmesinin doğru olmadığını, yıl içinde de klasik yazılı sınav yapılmasının, öğretim üyelerinin çok zamanını aldığını, onların akademik çalışmalarına engel olduğunu belirterek, **test usulünün** yıl içi sınavlarında kullanılabileceğini, çünkü yıl içinde yapılan sınavların amacının, öğrencilerin, verilen bilgileri öğrenip öğrenmediklerinin denetlenmesi olduğunu ileri sürmüştür.[661]

6.3) Sınav Türlerinin Objektiflik Açısından Karşılaştırılması

Klasik yazılı, sözlü ve test usulü sınavlar, objektiflik bakımından şöyle karşılaştırılabilir:

a) Sözlü sınavların, objektiflikle bağdaşmadığı açıktır. Bu sınavlarda belirleyici olan, sınavı yapanların kişisel değerlendirmeleridir. Ayrıca sözlü sınavlar, yargısal denetime de açık değildir. Kısaca, sözlü sınavlar, objektiflikten en uzak, kayırmacılığa en elverişli olan sınavlardır.

b) Objektiflik bakımından yazılı sınavlar, sözlü sınavlardan üstündür. Çünkü öğrencinin kendisine göre değil, onun verdiği cevaplara göre değerlendirme yapılacaktır. Ancak yine de bu değerlendirme işleminde sübjektif unsurların rol oynaması muhtemeldir. Kaldı ki, yazılı sınavlar, soru adedinin sınırlı olması bakımından kapsayıcı değildir. Adayın tüm bilgisi iki soru ile ölçülemez. Yazılı sınavların, sözlü sınavlardan diğer bir farkı, yargısal denetime tabi olmasıdır.

c) Test usulü sınavlar, sınav yapılan konuların tamamını kapsayabileceğinden öğrencilerin konu hakkındaki bütün bilgilerini ölçebilir. Bu bakımdan klasik yazılı sınavlardan üstündür. Ayrıca objektiflik açısından test usulü en mükemmel sınavdır. Çünkü cevaplar bellidir ve doğru şıkkı işaretleyen herkes aynı puanı alır. Bu yöntemde hiçbir kişisel değerlendirmeye yer yoktur.[662]

---

[660] Prof.Dr. Zeki Hafızoğulları, Hukuk Öğretiminde Test Mümkün müdür.
[661] Prof. Dr. Tuğrul Ansay, Test Usulü Sınavla İlgili Bir Deneme.
[662] Prof.Dr. Zeki Hafızoğulları, Hukuk Öğretiminde Test Mümkün müdür.

7) HUKUK FAKÜLTELERİNDE DERS KİTAPLARI KONUSU

Ülkemizde hukuk ders kitapları konusunda başlıca iki sorunun olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi kalınlık, ikincisi ise karışıklık sorunudur. Lisans düzeyinde yapılan hukuk eğitim-öğretiminde, oldukça kalın ve ayrıntılarla dolu hukuk ders kitapları yüzünden bazı hukuk fakültesi öğrencileri hukuktan soğumakta, bazıları da normal öğrenim süresinde fakülteyi bitirememektedir.

Kalın-Karışık Hukuk Ders Kitapları ve Institutiones Örneği

Prof. Gözler, ülkemizde hukuk fakültelerinde okutulan ders kitaplarının çoğunun gereğinden fazla kalın ve ayrıntılı olduğunu söyler. Ona göre; hukuk fakültesi lisans öğrencilerine okutulan bu ders kitaplarında, dersin temel ilkeleri değil, o alanda ne kadar bilgi varsa hepsi, en ince ayrıntılarına kadar anlatılıyor. Hukuk fakültesinde lisans eğitimi yapan öğrencilerin önüne, hukuku en ince ayrıntılarıyla anlatan kalın kitaplar konulduğunda, bu kadar karışık hukuk bilgileriyle ilk kez karşılaşan öğrenciler derslerden korkmakta, istekleri kırılmakta, böyle olunca hukukun her alanında sadece sınırlı bilgiye sahip olarak yetişmekte ve bir türlü hedeflenen iyi hukukçu yetişmemektedir.[663] İstisna olarak bazen iyi hukukçular da görülebiliyorsa bu da deyiş yerindeyse imalat hatası olarak yetişmektedir. Şüphesiz ki hukuk alanını en ince ayrıntılarına kadar inceleyen kitaplara da ihtiyaç vardır. Ancak hukuk alanında bu kadar ayrıntılı bilgiler içeren kitaplar, ancak yüksek lisans ya da doktora eğitimi yapanlar için uygun olabilir.

Lisans öğrencilerine yönelik olarak yazılmış ders kitapları, ayrıntılardan uzak olmalı, sadece temel ilkelerini öğretmekle yetinmelidir. Bu konuda lisans eğitimi alan öğrencilerle, yüksek lisans ve doktora öğrenciler arasında bir farklılık olmalıdır. Eğer hukuk alanının tamamı en ince ayrıntılarına kadar lisans eğitimi alan öğrencilere öğretilecekse, yüksek lisans ve doktora eğitimine ne gerek olduğu sorgulanmalıdır. Ders kitaplarının birçoklarında, kesin, net, anlaşılır sözcükler yerine, 'düşünülebilir', 'olabilir' gibi kesinlik ifade etmeyen sözcükler yer aldığı için öğrenciler, belirtilen görüşlerden hangisinin doğru olduğunu öğrenmekte zorluk çekmektedirler. Kısaca ülkemizde hukuk fakültesi ders kitapları, kalın, karışık, gereğinden fazla ayrıntılarla dolu olup öğrencilerin seviyesine uygun değildir. Peki, hukuk fakültesi ders kitaplarının içerikleri nasıl oluşturulacaktır? Ders kitaplarının ayrıntılardan uzak olması, hukuk eğitiminin felsefi yanının göz ardı edilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Aksi halde hukuk fakültelerinin, okul haline dönüşmesi söz konusu olabilir. Burada anlatılmak istenen, hukuk fakültesi ders kitaplarında, yüksek lisans ya da doktora eğitimde olduğu kadar ince ayrıntıların yer almamasıdır. Roma hukukunun temel kaynaklarından Corpus Iuris Civilis'in[664] bir

---

[663] Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Ders Kitapları Nasıl Olmalıdır, Institutiones'in Yaklaşımı.

[664] Corpus Iuris Civilis, 529-534 yılları arasında Doğu Roma İmparatoru I. Justinianos tarafından hazırlatılan, Roma Hukuku konusunda en geniş ve derinlemesine bilgi veren ve bu özelliği ile Roma Hukuku'nun temel bilgi kaynağı olan, Institutiones, Digesta, Codex ve Novellae isimli dört önemli bölümden oluşan ve sonradan bu ismiyle anılan

bölümü olan Institutiones (hukuk kuralları), asırlar önce Doğu Roma İmparatoru Jüstinyen (Justinianos) tarafından böyle bir anlayışla hukuk eğitim kitabı olarak düşünülmüştür.

İstanbul'da M.S. 529-533 yıllarında Doğu Roma İmparatoru Jüstinyen tarafından hazırlatılıp yürürlüğe konulan Corpus Iuris Civilis'ten önce Roma İmparatorluğunda hukuk eğitiminde ders kitapları konusunda tam bir kargaşa vardı. Corpus Iuris Civilis'ten önce hukuk kuralları dağınık halde idi. Hukuk kitapları ise uzun, karışık ve anlaşılmazdı. En zeki insanların bile kavrayamayacağı sayıda hukuk kitabı vardı. Bunun üzerine imparator Jüstinyen, uzman hukukçulara bir yandan dağınık hukuk kurallarının derlenmesini, diğer yandan hukuk öğrencileri için kısa, açık ve anlaşılır bir ders kitabı hazırlanmasını emreder ki, bu çalışmadan Corpus Iuris Civilis'in bir bölümü olan Institutiones ortaya çıkar.[665]

Açık ve anlaşılır bir hukuk ders kitabı olan Institutiones, Avrupa'da 1700'lere kadar bütün hukuk fakültelerinde ders kitabı olarak okutulmuştur. Hukuk ders kitaplarının nasıl olması gerektiği Institutiones'in birinci kitabının ilk başlığında şu şekilde açıklanır: "Hukukunun öğretilmesinde en uygun yol, konuları önce açık ve anlaşılır bir biçimde açıklamak, sonra da her bir konuyu ayrıntılarıyla ve tam olarak incelemektir. Eğer henüz acemi ve bilgisiz olan öğrencinin beynini daha başlangıçta pek çok şeyle doldurmaya kalkarsak, şu iki şeyden biri olur: Ya öğrenci hukuk eğitiminden kaçar; ya da normalde kolay bir yoldan daha çabuk ulaşabileceği bir noktaya ancak çok büyük bir emekle ve çoğunlukla da kendine güvenini yitirdikten sonra ulaşır." [666]

Kabul etmeliyiz ki, günümüz Türkiye'sinde hukuk eğitimi, Doğu Roma İmparatoru I. Justinianos'dan önceki hukuk eğitimini andırmaktadır. Türk hukuk fakültelerinde, henüz temel hukuk bilgisini almamış olan öğrencilerin beyni daha başlangıçta pek çok ayrıntılarla doldurulmaya çalışılmaktadır. Üzülerek belirtmek gerekir ki bugün Türkiye'de, İstanbul'da 1400 küsur yıl önce yürürlükte olan Jüstinyen'in zamanında yazılmış olan Institutiones gibi anlaşılır bir hukuk ders kitabı yoktur.

Bugün Türkiye'de hukuk eğitiminde kullanılan ders kitaplarının hacim bakımından kısa, içerik bakımından ise açık ve anlaşılır olması gerektiği belirtilmelidir. Hukuk fakültesi öğrencilerine yönelik olarak yazılmış olan ders kitapları, konuların ayrıntılarına girmemeli, incelediği konunun temel ilkelerini vermekle yetinmelidir. Hukukun lisans düzeyindeki eğitim-öğretiminde, yüksek lisans ya da doktora programlarındaki kadar geniş ve ayrıntılı bilgilere gerek yoktur. Hukuk ders kitapları adeta hukukçu yetiştirmemek için olabildiğince karışık, ayrıntılı olarak yazılmış gibidir.

Prof. K. Gözler, haklı olarak bugünkü karışık hukuk ders kitaplarını tasfiye etmek ve Türkiye'de hukuk öğrencilerini işkenceden kurtaracak Institutiones ayarında kısa, açık ve anlaşılır ders kitapları hazırlamak gerektiğini, ülkemizde hala

---

hukuk külliyatıdır. (Dr. Haluk Emiroğlu, Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iurıs Cıvılıs Ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu)

[665] Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Ders Kitapları Nasıl Olmalıdır.

[666] Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Ders Kitapları Nasıl Olmalıdır.

1400 küsur yıl önce yürürlükte olan Jüstinyen'in Institutiones berraklığında bir ders kitabımızın olmadığını ileri sürmektedir.[667]

8) HUKUK FAKÜLTELERİNE ÖĞRENCİ SEÇİMİ

Hukuk eğitim-öğretiminin temel unsurlarından biri de iyi öğrencidir. O halde iyi öğrencilerin seçilmesi, hukuk eğitim-öğretimi açısından önemlidir. Hukuk fakültesine kaliteli öğrencilerin seçilmesi, bugünkü şartlarda hukukçu olmayı hedefleyen öğrencilerin, bu mesleğin önemine uygun yetenek ve niteliklere sahip olmasını, ilköğretim ve lise aşamasında genel bir hukuk mantığı elde eden eşit ağırlık bölümü öğrencilerinin, üniversite sınavlarında başarılı olmasını ifade etmektedir.

Hukuk fakültelerine öğrenci seçiminde üzerinde durulması gereken konu, hukukçuların yapacakları işin önemine uygun olarak öğrencilerin fakülte öncesinde ne gibi niteliklere sahip olacağıdır. Hukuk fakültelerinde nitelikli/kaliteli hukukçular yetişmesi isteniyorsa, öğrencileri buna fakülte öncesinde hazırlamak gerektiği bilinmelidir.

Prof. C.Atay; üniversite giriş sınavları sonucunda hukuk fakültelerine alınacak öğrencilerin bilgi ve eğitim düzeyleri, geleceğin hukukçularının hukuk fakültesi öncesinde hangi niteliklere, hangi bilgilere ve genel kültür alt yapısına sahip olacağının belirlenmesi gerektiğini, bunun belirlenmesinde, hukuk eğitim-öğretiminin içeriği ve hukuk fakülteleri mezunlarının genellikle yaptıkları mesleklerin bize yol gösterici olabileceğini söyler. Ona göre; hukuk fakülteleri ders programlarında yer verilen konular; genel olarak hukuka ilişkin temel kavram ve ilkeler, uyuşmazlıkları çözümlemek için karar alma usul ve yöntemleri, kuralları anlama ve yorumlama yöntem ve teknikleridir. Hukuk eğitim-öğretimi, bireyler arasındaki ilişkilerin ve devlet-birey ilişkilerinin, kısaca insan hayatının bütün yönlerini içine alan ve bu nedenle sosyal nitelik taşıyan bir bilim dalıdır.[668]

Sosyal nitelikli bir bilim dalı olan hukuku iyi anlayabilmek/anlatabilmek; iyi öğrenmek/öğretebilmek için, hukuk öğrencileri ve öğreticilerinin hukuk eğitiminde rol oynayan Türkçe gramer, sözlü ve yazılı anlatım, tarih, siyaset ve yönetim bilimi, iktisat bilimi, sosyoloji, felsefe, psikolojisi gibi sosyal bilimler alanında da yeterli bilgilere sahip olmaları gerekir. Hukuk fakültelerinden mezun olan öğrencilerin, fakülte sonrasında yöneldikleri hukuk mesleğin-deki ve sosyal hayattaki statülerine baktığımızda, hukukçuların bütün devlet kurumlarında ve toplumsal hayatın hemen her alanında yer aldığını görmekteyiz. Hukuk mesleğini ve sosyal hayatın önemli alanlarını kapsayan, dolayısıyla ciddi sorumluluklar içeren bu statü ve görevler, doğru ve zamanında kararlar vermeyi gerektirir.

Hukukçuların, mesleklerini icra ederken ya da sosyal hayatın başka bir alanında önemli kararlar alabilmeleri için, kaliteli bir eğitim ve bu eğitim sırasında kazanılmış asgari bir genel kültür, konuları tüm yönleriyle değerlendirme, yorumlama yetkinliği ve bu konularda yeterli deneyim sahibi olmayı gerektirir. İşte

---

[667] Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukuk Eğitiminde Ders Kitapları Nasıl Olmalıdır.

[668] Prof. Dr. Cevdet Atay, Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitimine Bakış Sorunlar ve Çözüm Önerileri.

hukuk eğitimi öncesinde veya bu eğitim sırasında görülecek sosyal bilimlere ilişkin dersler, öğrencilere ileride yapacakları görevlerde doğru karar almak için genel kültür ve genel bakış açısı kazandıracaktır.[669]

Bir hukuk fakültesi öğrencisinde olması gereken genel kültür düzeyi karşısında, üniversite giriş sınavlarında özellikle hukuk fakültelerine girmeye hak kazanan öğrencilerin genel kültür düzeylerinin ne olduğuna baktığımızda, ciddi eksiklerin olduğunu görmekteyiz. Bunun nedenleri, öğrencileri üniversiteye hazırlayan ilk ve ortaöğretim dönemlerinde aranmalıdır. Genel olarak üniversitenin bütün bölümleri, özellikle de hukuk fakülteleri için sosyal bilimlerin, genel kültürün, okuma-araştırma alışkanlığının, sorun çözme ve sorgulama yeteneklerinin büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir.

Öğrencilere, fakülte öncesi eğitim kurumlarında okuma ve araştırma yönünde alışkanlıklar kazandırılmadığı; onların düşünme, akıl yürütme, sorgulama ve sözlü-yazılı anlatım yeteneklerinin geliştirilmediği bilinmektedir. Orta öğretim ders programlarında felsefe, sosyoloji, mantık, psikoloji, tarih, Türkçe ve kompozisyon gibi hukuk eğitiminin alt yapısını oluşturan derslere yeterince yer verilmemektedir. Zaten üniversiteye giriş sınavları, hukuk fakültelerinin ihtiyacı olan öğrencileri belirlemeye yarayacak ölçme ve değerlendirme yapmaktan uzaktır.[670]

Hukuk fakültelerinin ihtiyacı olan öğrencilerin gerekli niteliklere sahip olmasını sağlamak için iki yöntem olduğunu söylemek mümkündür. Birincisi, öğrencilerin orta öğretim aşamasında sosyal bilimler ve genel kültür düzeyini yükseltmek, ikincisi ise, hukuk fakültelerine girişi ve fakültedeki eğitim-öğretimi yeniden düzenlemektir. Bu ikinci yöntem, hukuk eğitim-öğretiminde ciddi bir değişiklikler gerektirmektedir. Çünkü yapılacak bu düzenlemeye göre, bir öğrencinin hukuk fakülte-sine girebilmesi için, ABD'de olduğu gibi sosyal bilimler dalında bir lisans eğitimini tamamlaması gerekecektir.

Hukuk fakültelerindeki genel kaliteyi belirleyen temel faktörlerden birincisi, o fakültelere kaydını yaptıran öğrencilerin hukuk eğitimine uygun niteliklere sahip olmasıdır. Kaliteli öğrencilerin bulunduğu bir fakülte, diğer unsurlar da yeterli ise, şu ya da bu şekilde başarılı olmak durumundadır. Öğrenci kalitesinin farklı tanımları yapılabilir. Ancak bugün elimizde öğrenci kalitesini ortaya koyan sadece objektif bir ölçütümüz bulunmaktadır. O da ÖSS sınavında öğrencilerin, fakültelerin belirlediği taban puanları alabilmiş olmasıdır.

Taban puan açısından bakıldığında, devlet üniversitelerine bağlı hukuk fakülteleriyle özel üniversitelere bağlı hukuk fakülteleri arasında çok ciddi farklılıklar vardır. Devlet üniversitelerine göre daha düşük puan aldığı halde özel üniversitelerin hukuk fakültelerine giren bir öğrencinin özelliği, sadece parasının olmasıdır. Bu durum, hem eğitim kalitesi hem de eğitimde eşitlik açısından son derece sakıncalıdır. Taban puan ölçütü yönünden bakıldığında, devlet üniversitelerinin hukuk fakültesi öğrencilerine göre özel üniversitelerin hukuk

---

[669] Prof. Dr. Cevdet Atay, Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitimine Bakış Sorunlar ve Çözüm Önerileri.

[670] Prof. Dr. Cevdet Atay, Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitimine Bakış Sorunlar ve Çözüm Önerileri.

fakültesi öğrencilerinin kalitesinin çok düşük olduğu bir gerçektir. Böyle bir sistem devam ettiği sürece hukuk fakültelerinde kaliteli hukukçu yetişmesini beklemek boşunadır.

D) FAKÜLTE SONRASI HUKUK EĞİTİMİ (STAJ VE MESLEK İÇİ EĞİTİM)

Fakülte sonrası hukuk eğitimini, staj eğitimi ve meslek içi eğitim olmak üzere iki bölüme ayırabiliriz. Staj eğitimi mesleğe girmeden önce, meslek içi eğitim de mesleğe girdikten sonra verilen eğitimdir. Staj eğitiminin, hukuk mesleğinin bölümlerine göre belirli süreleri vardır. Meslek içi eğitimi ise, mesleğin sonuna kadar devam eden bir eğitim sürecidir. Staj ve meslek içi eğitiminin amacı, hukuk fakültelerinde teorik nitelikte verilen lisans eğitiminin noksanlarını tamamlamak mı olacaktır? Yoksa kendine özgü bir amacı mı vardır?

Hukuk fakültelerinde verilen eğitim-öğretimin ideal anlamda olmadığını ilgili bölümlerde belirtmiştik. Ancak staj ve meslek içi eğitimin, fakülte eğitiminin noksanlarını tamamlama amacını taşıdığı ve böyle bir imkânına da sahip olduğu söylenemez. Staj ve meslek içi eğitimine böyle bir işlev yüklendiğinde, onun kendi amacı dışına çıkarılması gibi ciddi bir sakınca ortaya çıkacaktır.[671]

Hukuk eğitim-öğretimi, alt yapısı ilk ve ortaöğretimde atılan, üst yapısı fakültede oluşan ve staj ve meslek içi eğitimle meslek hayatı boyunca takviye edilen uzun ve önemli bir süreçtir. Dolayısıyla bu eğitimin her bir aşaması diğerine etkili olmaktadır. Bugün karşımıza, iyi fakülte eğitimi almamış, görüş ufku dar, kitap okuma ve araştırma alışkanlığı edinmemiş hukukçular grubu geldiğinde, onlara ne kadar hâkimlik, savcılık, avukatlık, noterlik staj eğitimi verilse de istenen sonuca ulaşabilmek mümkün değildir. Staj ve meslek içi eğitiminin amacı ve niteliği farklı, lisans eğitiminin amacı ve niteliği farklıdır. Bunlar birbirinin alternatifi değil, her birisi yerinde ve amacına uygun yapıldığında birbirini teyit eden destekleyen, tamamlayan eğitimlerdir.

Hukukçular arasında ortak mesleki kültürün oluşması, meslek ahlak kurallarının yerleşmesi ve benimsenmesi için **meslek içi eğitime** önem verilmelidir. Hukukçuların, hukuk teorisi ve uygulamasıyla ilgili yeni gelişmeler hakkında bilgi sahibi olmaları bakımından da meslek içi eğitimin yararları vardır. Hukuk mesleğinin daha doğru, bilinçli ve güncellenmiş bilgiyle icra edilebilmesi için meslek içi eğitim yararlıdır. Yargılama sürecinde; yargı faaliyetini etkin bir biçimde yürüten hâkim ve savcı, karar oluşumuna etkin bir biçimde katılan ve ne zaman ne yapacağını bilen avukat, hukuk mesleğini sadece para kazanma aracı olarak görmeyen, hukukun üstünlüğü ilkesinden ayrılmayan, meslek ahlak kurallarına uygun davranan hukukçular yetişmesini istiyorsak, **staj eğitimini** çok ciddiye almamız gerekiyor. Hukukçuların lisans eğitiminden sonraki eğitimini iki bölüme ayırmamız mümkündür.

1) Hukuk Eğitimi ve Staj

[671] Av. Semih Güner, Hukuk Eğitiminde Staj Modeli.

Hukuk fakültelerinde edinilen hukuk bilgisi genellikle teorik düzeydedir. Öğrenciler belli bir konu üzerinde yazılmış kaynak kitapları veya ders notlarını okur, çalışır ve öğrenirler ancak edindikleri bu bilgileri nasıl uygulayacaklarını bilemezler. Her ne kadar bazı hukuk fakülteleri öğrencilerine pratik yapma imkânı verse de, sınıf geçmek için edinilen bilgiler sürekli uygulanmadığından dolayı bir süre sonra unutulmaktadır. Hukuk Fakültesini bitirmek, hukuk mesleğinin bütün bölümleriyle ilgili ortak bir zorunluluktur. Hukuk Fakültesini bitirenler hâkimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik için belirli süre staj yaptıktan sonra mesleğe atılabilmektedirler. Staj eğitimine meslek öncesi eğitim de denilebilir.

Hukuk mesleğinin her bölümü için ayrı staj şartları ve hedefleri, ilgili yasalarda belirlenmiştir. Örneğin hâkim ve savcıların yapacakları staj, 01.06.2004 tarih ve 25479 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 'Adlî Yargı Hâkim ve Savcı Adayları İle İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Staj Dönemi İle Staj Mahkemelerine İlişkin Yönetmelik' ile düzenlenmiştir. Söz konusu yönet-melikte hâkim ve savcıların yapacakları stajın amacı; 'adlî yargı hâkim ve savcı adaylığı ile idari yargı hâkim adaylığına atananlara, mesleğin ifası için gereken bilgi ve beceriyi kazandırmak' olarak belirtilmiştir.[672]

Avukatlık stajının amacı da, TBB tarafından çıkarılan ve 12.12.2001 tarih ve 24615 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "Avukatlık Staj Yönetmeliği" ile belirlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 1. maddesine göre avukatlık stajının amacı; "hukuk bilgilerini bilimsel verilerden ayrılmaksızın ve bilimin yöntemlerini kullanarak somut olaylara uygulayabilen, yargılama süresince yargılama faaliyetinin yönetimine ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılabilen, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi için uğraş veren, insan haklarına saygılı, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesinden ayrılmayan, bağımsız ve özgür avukatların yetişmesi için hukuksal, sanatsal ve eğitsel olanakların kullanılması" olarak belirlenmiştir.

Bu duruma göre, hukuk mesleği mensuplarının meslek öncesinde yaptıkları stajın iki temel hedefi olduğu söylenebilir. Birincisi; hukuk bilgilerini somut olaya uygulayabilmek, yargılamaya ve kararın oluşumuna etkin bir biçimde katılma yeteneğini geliştirmek, ikincisi; hukuk mesleği mensuplarının meslek ahlak kurallarına uygun davranmasını sağlamaktır.[673]

Ülkemizde hâkim, savcı, avukat ve noterler için, mesleğe başlamadan önce belirli sürelerde staj yapma zorunluluğu vardır. Yargı sistemindeki kadro ve ihtiyaç durumuna göre alınacak hâkim ve savcı adaylarının sayısı, her yıl Adalet Bakanlığınca belirlenir. Hâkim ve savcı olmak isteyenler arasından yazılı sınav ve mülakatta başarılı olanlar, aday olarak atandıktan sonra **iki yıllık** adaylık süresinde staj eğitiminden geçtikten sonra mesleğe atanırlar. (Hâkimler ve Savcılar Kanunu, madde: 9). Avukatlık mesleğine girmek isteyenler, bir baroya başvurarak **bir yıl** süreli bir avukatlık stajı yapmaları gerekmektedir. Bu stajın ilk 6 ayı mahkemelerde,

---

[672] Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları İle İdari Yargı Hâkim Adaylarının Staj Dönemi İle Staj Mahkemelerine İlişkin
Yönetmelik, madde:1

[673] Av. Semih Güner, Hukuk Eğitiminde Staj Modeli.

son 6 ayı da bir avukatın yanında tamamlanır. (Avukatlık Kanunu, madde: 3-15) Noter olabilmek için ise, Adalet Bakanlığı tarafından her yılın Aralık ayında ilan edilen noterliklerde **1 yıllık** staj süresinin başarıyla tamamlanması zorunludur. (Noterlik Kanunu, madde: 14-15-16-17)

Bugün ülkemizde Türkiye Adalet Akademisi bünyesinde oluşturulan Meslek Öncesi Eğitim Daire Başkanlığı'nca, adli yargı hâkim ve savcı adayları, idari ve askeri yargı hâkim adayları ile avukat ve noter adaylarına interaktif staj eğitimi verilmektedir. Ancak askeri yargı hâkim adayları için verilecek staj eğitimi, Milli Savunma Bakanlığının talebi halinde, avukatların staj eğitimi Türkiye Barolar Birliği veya ilgili Baronun talebi halinde, noterlerin staj eğitimi de Türkiye Noterler Birliği'nin talebi halinde verilir.

Staj eğitiminde; stajyerlerin, hukuk bilgilerini somut olaylara uygulayabilme yetenekleri geliştirilmeli, yargılamaya ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılmaları sağlanmalıdır. Yukarıda ifade edildiği gibi hukukta stajın amacı, stajyerlere lisans eğitim-öğreniminde verilmesi gereken teorik hukuk bilgileri vermek değil, hukuk fakültelerinde alınan genel hukuk bilgilerinin somut olaylara uygulanmasında deneyim kazandırmak, yetenek geliştirmek olmalıdır. Bu çerçevede temsili ya da kurgusal duruşmalarla stajyerlerin temel hukuk bilgilerini uygulamaya geçirmeleri sağlanmalı, uygulamada karşılaşılan sorunlar tartışılarak adaylar eğitilmelidir. Diğer yandan stajyerlerin, meslek ahlak kurallarına bağlı, onları meslek hayatında uygulayan bireyler olması hedeflenmelidir.[674]

Hukuk mesleğinin bölümlerini oluşturan hâkimlik-savcılık, avukatlık ve noterliğe özgü meslek ahlak kuralları vardır. Genel etik ilkelerle ilişkili olan ve uzun bir geçmişten gelerek bugüne ulaşan meslek ahlak kuralları, hukukun amacı olan adalet idealinin toplumsal hayatta gerçekleşmesi için hukukçular tarafından benimsenmeli ve uygulanmalıdır.

Staj eğitiminde diğer önemli bir konu da, bu eğitimi verecek eğiticilerin yeterli olup olmadıklarıdır. Eğiticilerin belli bir birikime sahip olması, eğitimde başarının en önemli şartlarından biridir. Dolayısıyla staj eğitimlerinde özellikle meslekte deneyim sahibi, donanımlı hukukçuların ve uygulama aşamasına yabancı olmayan akademisyenlerin görev alması yararlı olacaktır. İyi bir eğitim yöntemi belirlenmiş olmasına rağmen, bunu hayata geçirecek eğiticiler yoksa başarı elde etmek mümkün değildir. Yargı sisteminin mevcut yapısı, işleyişi ve eğiticilerin yeteri kadar deneyim sahibi ve donanımlı olmaması nedeniyle staj eğitimiyle ilgili yönetmeliklerde öngörülen ideal hedefler, ne yazık ki tam olarak gerçekleşmemektedir. Bu nedenle staj eğitimine katılacak olan eğiticilerin de eğitilmesi gerekecektir.

Kısaca staj eğitimi, en doğru yöntemle ve yetkin eğiticilerle yapılmalıdır. Staj eğitimi sonunda ise, hukuk bilgilerini somut olaylara uygulayabilme yeteneğini değerlendirecek, meslek ahlak kuralları bilgisini ölçecek ve daha önce yasada var olduğu halde hiç uygulanmadan iptal edilen sınav sistemi yeniden gündeme alınarak objektif ölçütlere dayalı bir yöntemle uygulamaya konulmalıdır.[675]

---

[674] Av. Semih Güner, Avukatlık Stajı ve Stajyerin Eğitimi.
[675] Av. Semih Güner, Avukatlık Stajı ve Stajyerin Eğitimi.

2) Hukuk Eğitimi ve Meslek İçi Eğitim

Fakülte sonrası hukuk eğitiminin bir bölümü de meslek içi eğitimdir. Meslek içi eğitim, genel olarak bütün meslekler ve kurumlar için bir ihtiyaçtır. Hukuk mesleği mensubunun mesleğe başlarken gerekli olan yeterliliğini meslek hayatı boyunca da sürdürmesi gerekir. Günümüzde bunu sağlayan mesleki çalışma ancak meslek içi eğitimdir. Meslek içi eğitim, meslek mensupları arasında uygulama farklılıklarını gidermek, ortak bir meslek kültürü oluşturmak, yeni gelişmelerle ilgili çözümler üretmek açısından yararlıdır. Ortak meslek kültürü oluşturmak, hâkim-savcı, avukat ve noterlerden oluşan hukuk mesleğinin bütün bölümleri için bir ihtiyaçtır. Çünkü her mesleğe ilişkin mevzuat aynı olmakla birlikte, uygulamada hukuka güveni sarsacak ölçüde farklılıklar oluşmaktadır. Meslek içi eğitim yoluyla bu uygulama farklılıkları ve doğurduğu sakıncalar ortadan kaldırılabilir.

Hukuk mesleği mensuplarının bilgi, beceri yetersizlikleri ve karşılaştıkları mesleki sorunları ve çözüm yollarını paylaşma ihtiyacı, teknolojideki hızlı gelişmeler, yasal mevzuatın ve kurumsal yapının değişmesi, meslek içi eğitimi gerekli kılan nedenlerden bazılarıdır. Eğitim sadece bu günün değil, geleceğin ihtiyaçlarına cevap vermek durumundadır. Meslek içi eğitiminde ihtiyaçların doğru tespiti yönünde bir eğitim planlaması gereklidir. İhtiyaçlara dayalı meslek içi eğitim programların geliştirilmesi, kaliteli eğiticilerin ve doğru katılımcıların seçilmesi etkili bir hizmet içi eğitimin temel unsurlarıdır.[676]

Büyük ölçüde genel ahlak kurallarıyla ilişkili olan meslek ahlak kurallarının meslektaşlar arasında benimsenmesi ve uygulama imkânı bulması için meslek içi eğitime ihtiyaç vardır. Meslek ahlak kurallarının meslek içi eğitim kapsamı içine alınmasının, toplumun hukuk mesleğine güven duyması açısından da yararları bulunmaktadır. Bu arada meslek içi eğitim çalışmalarının etkinliğini tespit etmek, bu eğitimle elde edilen bilgi, beceri ve yetenekleri belirlemek, dolayısıyla eğitimin sonuçlarını ölçmek için hizmet içi eğitimin bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.

Hâkim ve savcıların meslek içi eğitimleri; Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmış olan 'Hâkim ve Savcıların Meslek İçi Eğitim Yönetmeliği' gereğince ve mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak; adli ve idari yargıya mensup hâkim ve savcıların **bilgi**, **yetenek**, **verimlilik** ve **deneyimlerini** geliştirmek ve artırmak üzere; kurs, seminer, sempozyum, konferans ve yurt dışı eğitimi şeklinde bir genel plân çerçevesinde, yıllık programlara dayalı olarak yapılır. (Hâkim Ve Savcıların Meslek İçi Eğitim Yönetmeliği, Madde: 5)

Avukatların meslek içi eğitimi, Türkiye Barolar Birliği'ne bağlı 'TBB Eğitim Merkezi'nde yapılmaktadır. TBB Yönetim Kurulu; Avukatlık Kanununun 110. maddesinin 2-9-12-13. fıkraları ve yine 121. maddesinin 14. fıkrasında belirtilen görevlerin gereği olarak 04.12.2009 tarih ve 2009/865 sayılı kararı ile 'Meslek İçi Eğitim ve Staj Eğitimini kapsamak üzere TBB Eğitim Merkezi'nin kurulmasına karar vermiş ve TBB Eğitim Merkezi çalışmalarına başlamıştır. Avukatlık Kanununun söz konusu maddelerine göre meslek içi eğitimin amacı; mesleğin

[676] Av. Semih Güner, Avukatlık Stajı ve Stajyerin Eğitimi.

gelişmesini sağlamak, avukatların meslekte gelişmelerini teşvik edecek ve sağlayacak her türlü tedbiri almak ve baro mensuplarının ilmi ve mesleki seviyelerini yükseltmek için kitaplıklar açmak, dergiler çıkartmak, konferanslar düzenlemek, telif ve tercüme eserler meydana getirilmesini teşvik etmektir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN UYGULANMASI VE AHLAK
(İYİ UYGULAMA)

I. GİRİŞ

A) HUKUKUN UYGULANMASI KAVRAMI VE AHLAK

Ülkemizde yasama, yürütme ve yargı güçleri devletin üç temel erkini oluşturur. Bu erklerin birbirleriyle ilişkisi, özellikle yasama ve yürütmenin yargı erkiyle ilişkisi, bir ülkenin hukuk devleti olup olmadığını gösterir. Hukuk devleti, kısaca hukukla sınırlanmış devlet anlamına gelmektedir. Hukuk devleti ilkesiyle, devlet organlarının her türlü faaliyetlerinin hukuk normlarına uygunluğunun sağlanması, yani hukukun, devletin bütün faaliyetlerine tamamen hâkim kılınması, devletin her türlü keyfiliğinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Hukuk devleti anlayışı, hukukun üstünlüğü ilkesinin somutlaştığı hukuka bağlı bir devlet anlayışıdır.

Devletin üç büyük erki olan yasama, yürütme ve yargı genellikle sacayağına benzetilir. Sacayağı kavramı, devletin bu üç erkini tanımlamada büyük anlam ifade eder. Çünkü sacayağının 3 ayağı vardır ve düzgün olarak ayakta durabilmesi için her bir ayağın aynı uzunlukta ve dayanıklılık bakımından da eşit olmalıdır. Bu 3 ayaktan birisinin olmadığı, diğerlerinden daha kısa ya da güçsüz olduğu durumlarda sacayağının düzgün durması mümkün değildir. Yasama, yürütme ve yargı erkleri de bütün olarak devletin üzerinde durduğu üç temel ayaktır. Bu ayaklar, daima denge halinde bulun-malıdır. Bu dengenin bozulması durumunda, hukuk devleti ilkesinden sapmaların olması kaçınılmazdır.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, anayasanın üstünlüğü kavramında olduğu gibi teknik anlamda yani Anayasa hükümlerinin yasalara üstünlüğü anlamında değil, devletin, bütün organları ile hukukun ortak ve genel ilkelerine saygı göstermesi anlamında bir ideali ifade etmektedir. Başka bir deyişle, hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü, anayasanın üstünlüğü gibi bir pozitif hukuk kuralı değildir. Toplum ve devlet hayatında hukuk ilkelerine bağlılığı, ideal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki mesafeyi kapatma hedefini anlatır.[677]

Bir hukuk devletinde, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak devlet erkini kullanan yasama, yürütme ve yargı organlarının tamamı hukuka bağlıdır. İdarenin/yürütmenin iş ve eylemleri ile yasamanın kanun faaliyeti yargı denetimine

[677] Prof.Dr. Y. Karayalçın, Hukukun Üstünlüğü; aktaran: Dr. Gürsel ÖZKAN, Hukuk Devleti ve Yargının Konumu.

tabidir. Ancak yargı organları da bu denetimi, keyfi olarak değil, hukuka uygun olarak yapar. Sonuçta hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı organlarının tamamı hukuka bağlıdır. O halde yasama, yürütme ve yargı organlarının bütün faaliyet alanları hukukun uygulandığı alanlardır.

Bu bilgiler ışığında bir hukuk devletinde hukukun uygulandığı alan, devlet düzeni içinde yer alan yasama, yürütme ve yargı organlarının, bütün resmi ve özel kişi ve kurumların yaptığı iş ve işlemlerdir, denebilir. O halde hukukun uygulanması kavramı, bütün bireylerin ve devlet kurum ve organlarının yaptıkları kamu ve özel hukuk ilişkilerini içine almaktadır. Başka bir anlatımla, bir devlet yapısı içinde hukukun uygulanmadığı bir alan yok gibidir.

Devletin idari yapısı içinde yer alan örneğin, belediyeler, nüfus, tapu sicil, milli eğitim, sağlık müdürlükleri ve bütün resmi-sivil kurum ve kuruluşlar, kendi alanlarıyla ilgili hizmetleri, önceden belirlenmiş hukuk kurallarını uygulayarak yürütmektedirler. Şüphesiz ki bu kurum ve kuruluşların başındaki yetkililerin, yaptıkları hizmetlerde bu hukuk kurallarına uygun davranmaları gerekir. Yargı organları da önlerine gelen bir uyuşmazlığı, hukuk kurallarını uygulayarak ve vicdani kanaatlerine göre karar vererek çözerler. O halde kitabımızın bu bölümünde 'hukukun uygulanması' kavramından ne anlaşılmalıdır?

İlk bakışta hukukun uygulanması kavramının çok geniş bir kavram olması nedeniyle, toplumsal hayatta bireyler arası ve bireylerle devlet arasındaki bütün ilişki ve işlemlerde, yani devletin bütün faaliyetlerinde hukukun uygulanmasından söz edilebilirse de, kitabın konusu dikkate alındığında hukuk mesleğinde, daha somut ifadeyle 'yargı faaliyetinde hukukun uygulanması ve etik' olarak bu alanı sınırlandırmak durumundayız. Bu çalışmanın konusu; hukukun yasama, yürütme ve devletin diğer idari hizmetlerinde değil, yargı faaliyetlerinde uygulanması üzerinde duracağız. Devletin adalet hizmeti, yargılama faaliyetlerinden ibaret olmasa da, yargılama faaliyetlerinin adalet hizmetleri içinde çok önemli bir yer tuttuğu ve insanların nazarında adaletin yargı organlarında ve adliye binalarında somut bir hale geldiği söylenebilir.

Her kişi ya da kurumun davranış ve işlemlerini hukuk açısından denetleyen ve bu konuda son sözü söyleyen yargı organları da hukuka bağlıdır. Hukuk devleti ilkesinin gerekleri konusunda şimdiye kadar yazılanlarda yargının hukuka bağlılığı konusu çoğunlukla göz ardı edilmiştir. Fakat hukuk devleti, devletin hukuka bağlılığı anlamına geliyorsa, yargı da devletin üç temel organından biriyse, hukuk devletinin bir şartı da yargının hukuka bağlı olmasıdır. Yargı organları hukuka bağlı olmayan bir devlette vatandaşların kendilerini güvende hissetmeleri mümkün değildir. Anayasamız sadece yasama ve yürütme organlarının değil, yargı organlarının da hukuka bağlılığını açıkça öngörmüştür.[678] Kısaca hukukun uygulanması kavramı, yargılama faaliyetlerinde hukuk kurallarının uygulanmasını ifade etmektedir. Şüphesiz ki, hukukun oluşturulmasında olduğu gibi hukuk sistemi içinde yer alan bütün yargı organlarında uygulanmasında da ahlaki bir boyut vardır.

1) HUKUKUN UYGULANMASINDA AHLAKİ BOYUT

[678] Prof.Dr. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku.

Yargılama faaliyeti, insanların canları ve mallarıyla ilgili sonuçlar doğurması yönünden büyük önem taşımaktadır. Bu kadar önemli olan bir hizmetin şüphesiz ki bazı etik ilkelere uygun olarak yürütülmesi gerektiği açıktır. Hukukun oluşturulması ne kadar etikle ilişkili ve hatta onunla iç içeyse, hukukun uygulanması aşaması da o kadar etikle ilişkisidir. Hukukun uygulanmasındaki etiksel boyut, hukukun uygulandığı alan olan mahkemelerde yargılama faaliyetinin temel unsurlarının adaleti gerçekleştirmeye elverişli ve yeterli olup olmamasıyla ilgilidir. Yargılama faaliyetinin temel unsurları ise, yukarıda belirtildiği gibi başta insan unsuru (beşeri unsur) olmak üzere, uygulanacak doğru hukuk, yargılama faaliyetine ilişkin temel ilke ve usuller ve yargının kurumsal unsuru olan mahkemelerdir.

Hukuk düzeninin bir bütün olarak adaleti gerçekleştirmesi, insanların ihtiyaçlarını karşılaması, toplumsal düzen ve barışı sağlaması için hukukun doğru oluşturulması ne kadar önemliyse, hukukun doğru uygulanması da o kadar önemlidir. Bunun için de öncelikle iyi hukukun varlığı yanında iyi hukuk uygulayıcılarının, yani hâkim, savcı ve avukatların, iyi yargılama ilke ve usullerinin bulunması, yargı bağımsızlığını sağlayacak demokratik hukuk devletinin varlığı gerekmektedir. Bu da, hukukun uygulanmasıyla ilgili beşeri/insan ve kurumsal/yapısal unsurların yeterlilik ve kalitesini, yani ahlaki boyutu göstermektedir. İlgili bölümlerde bu unsurlar daha geniş olarak incelenmiştir.

2) HUKUKUN UYGULANMASINDA TEORİ-UYGULAMA İLİŞKİSİ

Teoriyle pratik, bilgiyle uygulama ilişkisi her zaman tartışılmıştır. Bilgisiz uygulama ne kadar yetersizse, uygulanması mümkün olmayan bilgi de o ölçüde yetersizdir. Bilgisiz uygulama, karanlık-ta el yordamıyla yürümeye benzer. O halde teori ya da bilgi, üzerinde yürüyeceğimiz yolu aydınlata-cak bir ışıktır. Bu ışık, yolun bütün ayrıntılarını gösterecek niteliklere sahip olmalıdır. Teori ya da bilgi, pratiğe dökülerek yani uygulanarak insanların ihtiyaçlarına cevap verip vermediği konusunda sınanır. Bu açıdan bir teorinin uygulanması, bir anlamda bilginin sınandığı alandır. Başka bir deyişle uygulama işi, bir teorik bilginin ayaklarının yere değmesi demektir. Teori, ancak uygulamayla bir düşünce ve fikir yığını olmaktan çıkar. Hukuk kuralları da uygulama aşamasında sınanır ve insanla-rın ihtiyaçlarına ne ölçüde cevap verebildiği ortaya çıkar. Teori ve uygulama ilişkisi bakımından kabule şayan görüş, her ikisinin de gerekli olduğu ve birbirini tamamladığı şeklindedir. ‘Bize teori değil, pratik/uygulama lazım’ diyenler, pratiği aşırı uç bir noktaya götürerek yanlış yapmaktadırlar.

Hukuk eğitim ve öğretimini tamamlayıp meslek hayatına yeni başlayan hukukçuların, daha önceki bazı meslektaşlarından genellikle duyduğu bir söz vardır: ‘Teori, yani hukuk bilgisi başka, uygulama başkadır’. Bu söz o kadar yerleşmiştir ki, aksini düşünmek bile ayıplanması gereken bir tutum olarak gösterilir. Teorinin de gerekli olduğunu söyleyen hukukçuların, çok akademik oldukları, henüz yeterince pişmedikleri, zamanla onların da ‘akılları başlarına geleceği’ ifade edilir. Hukuk bilgisi başka uygulama başka olsaydı, yani meslek hayatında bilgiden yoksun bir uygulama yapılması mümkün olsaydı, hukuk uygulayıcısı olan hâkimin verdiği kararların hukuki olup olmadığının bir anlamı kalmazdı.

Bilgi ve teoriye dayanmayan bir uygulama, ancak kendisinden öncekileri taklide dayanır. Çünkü taklide dayalı olan uygulamada, önüne gelen sorunun çözümü konusunda hukukçular hukuk bilgisine ya da hukukun kaynaklarına başvurmayı bir ihtiyaç olarak görmez, kendisinden önceki uygulayıcıların ne yaptığına bakıp onların uygulamasını taklit ederek sorunu çözmeye çalışır. Hâlbuki hukukçular, hiçbir somut olayın birbirinin aynısı olmadığını bilirler. Aralarında mutlaka bazı farklar bulunur. Taklide dayalı bir uygulamada, bu farklar göz ardı edildiğinden bu uygulamadan adaletli bir sonuç da ortaya çıkmaz.

Hukuk bilgisine sahip olmak yetmez, aynı zamanda onu iyi uygulayabilmek de gerekir. Teorik hukuk bilgisinin aksayan ya da eksik yanları, ancak onun uygulanma aşamasında ortaya çıkar. Hukukun amacı olan adaletin gerçekleşmesine en uygun anlayış; iyi hukukun, iyi hukukçular tarafından, iyi uygulanmasıdır.

B) HUKUKUN UYGULANMASINDA TEMEL İLKELER

Hukuk kuralları genel, soyut ve objektif niteliktedir. Bu genel, soyut ve objektif kuralların somut olaylara uygulanması ve olayların hukuk kuralları çerçevesinde bir çözüme bağlanmasına 'hukukun uygulanması' adı verilir. Hukuk kurallarının yer, zaman ve anlam gibi çeşitli yönlerden uygulanması söz konusudur.

1) HUKUK KURALLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMASI

Her devletin egemenlik alanı kural olarak kendi ülkesi ile sınırlıdır. İşte bir ülkede bulunan herkese, o devletin hukuk kurallarının uygulanmasını esas alan prensibe ülkesellik (mülkîlik) ilkesi denir. Hukuk kurallarının uygulanması bakımından bir ilke de kişisellik (şahsilik) adı verilen ilkedir. Bu ilke de, kişiye nerede bulunursa bulunsun, vatandaşı olduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını öngörür.

2) HUKUK KURALLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Hukuk kurallarının, kabul edildikleri tarihten kaldırıldıkları tarihe kadar yürürlükte bulunması ve bu zaman dilimi içinde ortaya çıkan olaylara uygulanması esastır. Başka bir deyişle hukuk kuralları, ancak yürürlükte bulundukları dönem içinde ortaya çıkacak olay ve ilişkilere uygulanır.[679] Bu nedenle hukuk kurallarının yürürlüğe girdiği ve yürürlükten kalktığı tarihlerin bilinmesi önemlidir. Anayasa gereğince kanun, kanun hükmünde kararname ve tüzükler ancak resmi gazetede yayınlandığında yürürlüğe girerler. Anayasa hakkında da bu hüküm geçerlidir.

Hukuk kurallarının yürürlükten kalkması ise, değişik biçimlerde olabilir. Bir hukuk kuralının, ne kadar yürürlükte kalacağının yasa metninde belirtilmiş olması halinde, o sürenin dolmasıyla kendiliğinden yürürlükten kalkarlar. Hukuk kuralları, kendisini oluşturmaya yetkili makam tarafından her zaman kısmen değiştirilebileceği gibi tamamen de ortadan kaldırılabilir. Bu ise, yetkili makamın açık ya da zımnî/üstü kapalı bir iradesiyle gerçekleşir. Hukuk kuralları, Anayasa

[679] Doç.Dr. Ş.Ertan Çomaklı, Hukukun Temel Kavramları.

Mahkemesinin vereceği iptal kararıyla da yürürlükten kalkabilir. Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve meclis içtüzüğünün anayasaya aykırı olduğuna karar verdiğinde metnin tümünü ya da bir kısmını iptal eder.

Hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili sorunlardan biri de hukuk kurallarının yürürlüğe girdikleri tarihten önceki olaylara uygulanıp uygulanamayacağı hususuna ilişkindir. Bu konuyla ilgili ilkeye kanunun geçmişe yürümemesi veya eski deyişle 'makable şamil' olmaması denilir. Hukuk mantığının doğal bir sonucu olan kanunların geçmişe yürümemesi ilkesi, hukukun bireylere verdiği güvenin devamlılığını sağlar.[680] Gerçekten insanlar yürürlükteki hukuk kurallarına göre eylem ve işlemlerde bulunurlar. Mevcut hukuk kurallarına güvenilerek yapılan işlemlerin daha sonra çıkarılacak bir hukuk kuralıyla geçersiz kılınması, bireylerin hukuk düzenine duydukları güveni sarsabileceği gibi, onların adalet duygusunu incitir. Bireylerin, eski hukuk kurallarının yürürlükte olduğu dönemde hukuken elde ettikleri hakların yeni yürürlüğe giren hukuk kuralı zamanında da hukuken geçerliliğini korumasına 'kazanılmış hak', eski deyişle 'müktesep hak' denir. Kanunların geriye yürümeme ilkesi, yargılama hukuku alanında da geçerlidir. Ancak geçmişte yapılmış ve tamamlanmış usuli işlemler geçerlidir. Dolayısıyla yargılama hukukunda da kanunlar geçmişe yürütülürken kazanılmış hakların korunması ilkesi dikkate alınmalıdır.[681]

3) HUKUK KURALLARININ ANLAM BAKIMINDAN UYGULANMASI

Soyut olan hukuk kurallarının somut bir olaya uygulanabilmesi, öncelikle hukuk kurallarının yazılı metni ve ruhuyla anlaşılmasına bağlıdır. Çünkü bir hukuk kuralı her zaman kolay anlaşılabilir biçimde düzenlenmiş olmayabilir. Kanun koyucular, bazen kanun metnini hazırlarken anlaşılır bir dil kullanmazlar, bazen de bir hukuk kuralı her olaya uygulanması için yeterli olmayabilir. Hukuk kurallarının uygulanmasında karşılaşılan bu zorlukları gidermek ve hukuk kurallarının gerçek anlamını, içerik ve kapsamını ortaya koymak için hâkimler 'yorum' adı verilen yoğun bir mantıksal/ zihni çaba göstermesi gerekir.[682]

3.1) Yorum Çeşitleri

Kitabın ilgili bölümlerinde daha geniş olarak incelenen hukukta yorum, rastgele bir zihni faaliyet değildir. Hukuki anlamda değer taşıyan iki türlüdür. Birincisi, hukuk uygulayıcıları olan hâkimlerin, soyut hukuk kurallarını somut olaylara uygularken yaptıkları yargısal yorumdur. Diğeri ise, hukuk bilimiyle uğraşan bilim adamlarının hukuk kurallarıyla ilgili yaptıkları bilimsel yorumdur.

3.2) Yorum Yöntemleri

En çok üzerinde durulan yorum yöntemleri; lâfzî/sözel yorum, tarihi yorum ve amaçsal yorum yöntemi olmak üzere üçtür. Medeni Kanununun 1. maddesinde; kanunun sözüyle/metniyle ve özüyle/ruhuyla uygulanacağı belirtilmektedir. (Türk Medeni Kanunu, madde:1/1)

---

[680] Prof.Dr. Selahattin Keyman, Hukuka Giriş.
[681] Doç.Dr. Ş.Ertan Çomaklı, Hukukun Temel Kavramları.
[682] Doç.Dr. Ş.Ertan Çomaklı, Hukukun Temel Kavramları.

Lâfzî/sözel yorum yönteminde; hukuk kuralının anlamı, onun metnine bakılarak, oradaki sözcük ve deyimlerin mantık ve dilbilgisi kurallarına göre belirlenir. Yani bu yorum türünde önemli olan hukuk kuralının metni ve sözüdür. Bu yorum yöntemi, kanun koyucunun kullandığı sözcüklere aşırı bir değer tanınması nedeniyle eleştirilmiştir.[683]

Tarihi yorum yönteminde; sadece kanunun metni yeterli olmayıp hukuk kuralı metninin hazırlık ve tasarı aşamaları, görüşme tutanakları ve gerekçeler gibi belgeler incelenerek kanun koyucunun asıl amacı anlaşılmaya çalışılır. Yani bu verilerden hareketle kanun koyucunun muhtemel iradesi ortaya çıkarılır.[684]

Amaçsal/gaî yorum yöntemi, hukuk kurallarının lafzına ve hazırlık ve tasarı aşamalarına bakılmaksızın uygulanacağı zamanın ihtiyaçlarına ve anlayışına göre yorumlanmasıdır. Bu yorum yöntemine göre; sadece kanun koyucunun iradesi değil, hukuk kuralının amacının araştırılması ve bugünün ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde esnek yorumlanması esastır.

Bu yorum metotlarının her birinin değeri nedir? Hangi yorum yöntemi, adaleti gerçekleştirmeye daha uygundur? Bir hukuk kuralının, bir tek yorum yöntemi esas alınarak yorumlanmasının bazı sakıncalar doğurduğu belirtilmelidir. Bu konuda adaleti gerçekleştirmeye en uygun düşecek çözüm, tek bir yorum yöntemine mutlak anlamda bağlanmak yerine, diğer yorum yöntemlerinden de yararlanmaktır. Buna göre; bir yandan hukuk kuralının lafzı anlaşılmaya çalışılırken, diğer yandan kanun koyucunun iradesi araştırılır, hatta bugünün ihtiyaçları çerçevesinde hukuk kuralının amacı dikkate alınarak adalete en uygun çözüm şekli tespit edilebilir. Bu yorum tarzına da, **karma yorum yöntemi** adı verilir.[685]

C) HUKUKUN UYGULAMASINDA BAŞVURULACAK KAYNAKLAR

Hukukun uygulanmasında başvurulacak kaynaklar deyimi, hukuk kurallarının yetkili organlarca kabul edilip yürürlüğe girebilmesi için yazılı metne ve şekil kalıbına dönüşen bütün hukuksal mevzuatı ifade etmektedir. Hukuk uygulamasında başvurulacak hukukun biçimsel kaynakları öğretide/doktrinde öncelikle 'yazılı kaynaklar' ve 'yazılı olmayan kaynaklar' biçiminde ayrıma tabi tutulmuştur. Hukuk kuralları konusunda ikinci ayrım ise, aslî kaynaklar (bağlayıcı kaynaklar) ve yardımcı kaynaklar (bağlayıcı olmayan kaynaklar) şeklinde işlevsel açıdan yapılmaktadır. Hukukun asli kaynakları herkesi bağlayıcı nitelikte olup, bunların büyük bir kısmını anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi yazılı kaynaklar oluşturur. Yargısal ve bilimsel içtihatlar gibi yardımcı nitelikteki kaynaklar ise, bağlayıcılığı olmayan ancak asli kaynakların yorumlanması ve açıklanmasında başvurulan kaynaklardır.[686] Hukukun şekli kaynaklarının bu ayrımları daha geniş olarak aşağıya çıkarılmıştır.

1) ASLİ KAYNAKLAR

---

[683] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı.
[684] Prof.Dr. Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş.
[685] Doç.Dr. Ş.Ertan Çomaklı, Hukukun Temel Kavramları.
[686] Doç.Dr. Ş.Ertan Çomaklı, Hukukun Temel Kavramları.

Hukukun uygulanmasında başvurulacak kaynakları asli ve yardımcı kaynaklar olarak ikiye ayırmıştık. Asli ve yardımcı kaynaklar da kendi içinde bazı bölümlere ayrılmaktadır.

1.1) YAZILI KAYNAKLAR

Hukukun şeklî kaynaklarının önemli bir bölümünü oluşturan yazılı kaynaklar, devletin yetkili organları tarafından kabul edilip yürürlüğe konulmuş olan hukukî metinlerdir. Bu yazılı hukuk metinleri arasında hiyerarşik bir düzen, başka bir deyişle bir altlık-üstlük ilişkisi söz konusudur. Normlar hiyerarşisi adı verilen bu ilişki gereğince örneğin anayasa, kanunlara göre daha üstte yer alır ve kanunlar anayasaya aykırı olamazlar. Söz konusu hiyerarşik düzene göre yazılı hukuk kaynakları sırasıyla anayasa, kanunlar/kanun hükmünde kararnameler, tüzükler ve yönetmeliklerdir.

1.1.1) ANAYASA

Teknik anlamda anayasa; devletin şeklini ve yönetim biçimini, organlarını, bunların görevlerini ve birbirleriyle ilişkilerini, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen temel kanundur.[687] Anayasanın 11. maddesinde belirtildiği üzere anayasa; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari kurumları, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kaynağıdır.

1.1.2) ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

Uluslar arası antlaşma; devletlerarasında bir hukuki ilişki doğurmak, mevcut bir ilişkiyi değiştirmek veya ortadan kaldırmak üzere, karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla yapılan bir hukuki işlemdir. Usulüne göre onaylanıp yürürlüğe girmiş antlaşmalar, iç hukuk bakımından da bağlayıcıdır ve kanun değerindedir. Anayasanın 90. maddesinde; usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmektedir.

1.1.3) KANUNLAR

Anayasanın öngördüğü temel ilkelere uygun olarak TBMM tarafından çıkarılan ve sürekli nitelikteki düzenlemelerdir. Kanunlar, hukukun uygulanmasında temel kaynaklardan biridir. Normlar hiyerarşisine göre kanunlar anayasaya aykırı olamaz. Kanunların anayasaya uygunluğu, anayasa mahkemesi tarafından denetlenmektedir.

1.1.4) KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Kanun hükmünde kararnameler; konu, süre ve amacı Meclis tarafından belirlenmiş özel yetkiye dayalı olarak Bakanlar Kurulunun çıkardığı ve kanun niteliğinde hukuki sonuçlar doğuran düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler, Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmekle birlikte yasama meclisinin kabul ettiği kanunların ayarındadır. Yani kanun gücüne sahiptir.

1.1.5) TÜZÜKLER

---

[687] Prof.Dr. Selahattin Keyman, Hukuka Giriş.

Bir kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır. Tüzükler, kanunlara aykırı olamaz. Kanuna aykırı olan bir tüzüğün iptali için Danıştay'a başvurulur.

1.1.6) YÖNETMELİKLER

Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkardıkları yazılı hukuk kurallarıdır. Anayasa ve kanunlara aykırılıkları halinde Danıştay tarafından iptal edilebilirler.

1.2) YAZILI OLMAYAN KAYNAKLAR

Örf ve Adetler: Hukukun yazılı olmayan kaynağı örf ve adetlerdir. Örf-adetler, toplum tarafından sürekli bir şekilde uygulanmak suretiyle adeta bir hukuk kuralı gibi benimsenmiş olan davranış biçimleridir. Bir toplumsal davranış biçiminin hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için; süreklilik, benimsenme ve devlet desteği gibi üç unsurun bulunması gerekir.

2) YARDIMCI KAYNAKLAR

2.1) YARGISAL İÇTİHATLAR

a.1) Yerel mahkeme kararları: Yargı düzeni içinde ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararlar, hukuk sistemimize göre uyulması zorunlu olmasa bile, hukukun yargı organlarında uygulanması sırasında yardımcı kaynak olarak değerlendirilir.

a.2) Daire kararları: Yüksek mahkemelerin ilgili dairelerince verilen kararlar, uygulanması zorunlu olmamakla birlikte yargılama sırasında hâkimler tarafından yardımcı hukuk kaynağı olarak kullanılabilir.

a.3) Genel kurul kararları: Genel kurul kararları; yerel mahkeme kararları ve daire kararlarından daha önemli olduğu halde hâkimler için uyulmak zorunluluğu olmayan, ancak karar verirken genellikle yararlandıkları bir yardımcı hukuk kaynağıdır.

a.4) İçtihadı birleştirme kararları: Diğer yargı kararlarından farklı olarak içtihadı birleştirme kararları, yargı organlarını bağlayıcı niteliğe sahiptir. Yani hâkimler karar verirken içtihadı birleştirme kararlarına uymak zorundadır.

2.2) BİLİMSEL İÇTİHATLAR (ÖĞRETİ/DOKTRİN)

Hukuki konularda hukukçu akademisyenler tarafından ortaya konulan bilimsel görüşler de yardımcı hukuk kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Öğretide dile getirilen bilimsel görüşler, bağlayıcı değildir ama yargı kararlarının/içtihatlarının ve hukuksal bakış açılarının oluşumunda önemli bir etkiye sahiptir.

II) HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

1) UYUŞMAZLIKLAR ORTAYA ÇIKMADAN ÇÖZÜMÜ VE KORUYUCU HUKUK

Kaliteli yönetim; gerekli tedbirlerini önceden alarak sorunların ortaya çıkmasına engel
olmaktır. Başarılı yönetici; sorunları ortaya çıktıktan sonra çözen değil, onların ortaya
çıkmasına baştan engel olan yöneticidir. (Doç.Dr. Ferudun Sezgin)

Hukuki uyuşmazlıkların çözümü kavramından söz edildiğinde, şüphesiz ki yargı organları, yasalar, mahkemeler, hâkimler, savcılar, avukatlar, yargılama süreçleri akla gelmektedir. Uyuşmazlıklar ortaya çıktıktan sonra onların yargı yoluyla çözümlenmesine yönelik bu usul, en temel ve geleneksel yöntemdir. Bir ülkede hukuki uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümlenmesi, aynı zamanda şekli (formel) bir sosyal kontrol biçimidir. Toplumsal hayatta hukuki uyuşmazlıklar medyana geldiği sürece vazgeçilmesi mümkün olmayan en temel yoldur. Çünkü suç işleyenlere ceza verilmesi ya da haksızlık yapanlardan hakların alınıp haklı olana verilmesi adaletin bir gereğidir.

Suçlara ya da haksızlıklara karşı yargı yolu, uyuşmazlıklar ortaya çıktıktan sonra başvurulacak tedbir ve yöntemlerdir. Ancak son yıllarda hukuk sistemlerinin gündemine giren ve gittikçe dünyada önemi daha çok anlaşılmaya başlayan 'koruyucu hukuk' anlayışı bulunmaktadır ki, bu yöntem uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını baştan önlemeyi amaçlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında hukuki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntemleri; uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan önlenmesi yöntemi ve uyuşmazlıklar ortaya çıktıktan sonraki telafi edici yöntem olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Hukuki uyuşmazlıklarla ilgili yapılması gereken en önemli ahlaki davranış, öncelikle uyuşmazlıkların henüz ortaya çıkmadan önlenmesi için koruyucu/önleyici hukuk anlayışını temel politika olarak ele almak ve bu şekilde uyuşmazlıkların asgari düzeye inmesini sağlamaktır. Ancak her şeye rağmen her nasılsa ortaya çıkmış olan uyuşmazlıkları ise, öncelikle alternatif çözüm yollarıyla dostane bir biçimde sonuca bağlamak, bu mümkün değilse makul süre içinde, en az masrafla ve etkin bir yargı yoluyla çözüme kavuşturmaktır.

Koruyucu hukuk; uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önleyici bir sistemi, yargı yolu ise, ortaya çıkmış olan uyuşmazlıkların zararlarını telafi edici/düzeltici bir sistemi anlatmaktadır. Başka bir deyişle koruyucu hukuk; suçların ya da hak ihlali niteliği taşıyan davranışların ortaya çıkmasını baştan önlemeye yönelik tedbirleri, yargı yolu sistem ise; suç işleyene cezasını, hakkı ihlal edilene hakkını geri vererek hukuka aykırı bu davranışların ortaya çıkardığı her türlü maddi ve manevi zararları telafi edici, giderici tedbir ve yöntemi ifade etmektedir. Ülkemizde daha çok telafi edici yargı yolu üzerinde durulduğu halde, iyi işleyen, uyuşmazlıkları makul süre içinde sonuçlandıran etkin bir yargı sistemi oluşturulamadığı gibi uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına başından engel olacak 'koruyucu hukuk' anlayışına ilişkin tedbir ve çalışmalara da yeteri kadar önem verilmemektedir. Hâlbuki hukuki

uyuşmazlıkların, önceden bazı tedbirler alınarak ortaya çıkmasının önlenmesi, toplumsal barış ve ahlaki açıdan daha doğru bir yaklaşımdır.

Hukuki uyuşmazlıkların henüz ortaya çıkmadan önlenmesi, son yıllarda önemi daha çok fark edilmeye başlayan bir hukuk faaliyeti ve anlayışıdır. Hukuk ve yargı sistemi için en iyi çözüm, suçlar ve hak ihlalleri gibi hukuka aykırı bütün davranışlara ta başından engel olmak ya da en az düzeye indirmektir. Suç ve hak ihlali davranışlarının gelişmesi ve yeşermesine elverişli bir toplumla, hukuka aykırı davranışların asgari düzeye indirildiği toplum arasında yargının iş yükü bakımından şüphesiz ki büyük farklar olacaktır. Bir toplumda toplumsal barış ve düzeni bozan hukuka aykırı davranışların en az düzeye indirilebilmesi mümkündür. Bu, tarihte özellikle bizim toplumumuzda yaşanarak tecrübeyle sabit olmuş bir gerçektir.

Yargının etkinliğinin artırılması ve adalete erişimin sağlanması istenen bir toplumda, öncelikle uyuşmazlıkların çıkmasını engelleyici tedbirler alınmalı, buna rağmen uyuşmazlık çıkması halinde ise alternatif çözüm yollarıyla sorunları çözümleme yöntemleri geliştirilmeli, bu yolla da çözüm mümkün değilse son çare olarak uyuşmazlıklar yargı yoluyla çözümlenmelidir. Hukuk sisteminde büyük önem taşıyan 'koruyucu hukuk' yaklaşımının daha iyi anlaşılması için tanımı, önemi, ona neden ihtiyaç duyulduğu ve koruyucu hukuk tedbirleri hakkında bilgi verilmesinde yarar vardır.

1.1) KORUYUCU HUKUK KAVRAMININ TANIMI VE ÖNEMİ

Hukuki uyuşmazlıkların henüz ortaya çıkmadan önlenmesini amaçlayan, mahkemelerin karşı karşıya bulunduğu aşırı iş yükünün azaltılmasına ve adalete erişimin daha kolay sağlanmasına yarayacak olan tedbirler paketine koruyucu/önleyici hukuk adı verilmektedir. Koruyucu hukuk, yargının aşırı iş yükü sorununun çözümünde köklü bir çözüm yolu olmasının yanında, onun, bireyleri hukuk, adalet ve insan hakları konusunda eğiterek suç ve hak ihlali davranışlarını henüz ortaya çıkmadan önlenmesini amaçlayan bir faaliyet olması nedeniyle başlı başına etiksel bir niteliği olduğunu belirtmek gerekir. İşte bir toplumda hukuki uyuşmazlıklar konusunda öncelikle yapılması gereken çalışma, uyuşmazlıkların henüz ortaya çıkmadan önlenmesine yönelik faaliyetlerdir ki buna koruyucu/önleyici hukuk adı da verilmektedir.

Bugün dünyanın hemen her yerinde hukuki uyuşmazlıkların sayısının ve mahkemelerin iş yükünün önemli ölçüde artması nedeniyle, bu sorunun çözümü için hukuk sistemlerinde alternatif çözüm yolları uygulanmaktadır. Yani alternatif çözüm yolları, mahkemelerin iş yükü sorununu çözmek için geliştirilmiştir ve bugünkü uygulandığı biçimiyle yargının iş yükünün azalmasında önemli katkılar sağlamaktadır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, toplum bireylerinde her türlü uyuşmazlığı dava konusu yapma eğilimi varsa, hukuk ve adalet bilinci yoksa bu alternatif çözüm yolları bile dava sayısındaki artışı durdurması ve mahkemelerin iş yükü sorununu bütünüyle çözüme kavuşturması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle alternatif çözüm yolları, diğer tedbirlerle birlikte, özellikle toplum bireylerinde hak ve adalet duygusunu yerleştirme ve erdemli bir toplum oluşturma, yani kısaca koruyucu hukuk çalışmasıyla birlikte uygulanmalıdır. Hukuki

uyuşmazlıklarla başa çıkabilmenin en etkili yolu, uyuşmazlıklar henüz ortaya çıkmadan önce gereken tedbirler alınarak baştan önlenmesinden geçmektedir.

Günümüzde geliştirilen alternatif çözüm yolları, bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonrası için düşünülen bir çözüm tarzıdır. Yukarıda açıklandığı gibi alternatif çözüm yolları, ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların yargıya başvurmadan yargı dışı yöntemlerle çözümlenmesidir. Bu haliyle yargının iş yükünün azaltılmasında önemli bir işlev de görmektedir. Ancak alternatif çözüm yolları, önemli katkısına rağmen yargının iş yükü sorununu bütünüyle çözmekten uzaktır. Çünkü hukuki uyuşmazlık doğuran nedenlerin sürekli arttığı, hak-adalet duygusu ve bilincinin yerleşmediği bir toplumda, uyuşmazlıkları sadece yargı organları ya da yargı dışı alternatif yöntemlerle çözüme kavuşturmak mümkün değildir. Toplumda uyuşmazlıkları üreten sosyal, kültürel ve ekonomik şartlar ve nedenler varlığını sürdürmeye devam ederken, sadece mevcut yollarla çözüm aramak, deyiş yerindeyse bataklığı kurutmadan sivrisineklerle mücadele etmeye benzemektedir. Adeta suç havzasına dönüşen, hak ihlali davranışlarının yaygınlaştığı ortam ve şartları düzeltmek, uyuşmazlıkları temelden çözmenin ya da asgari düzeye indirmenin başta gelen yöntemidir. Üstelik uyuşmazlıklara, henüz ortaya çıkmadan engel olunması, onlar ortaya çıktıktan sonra çözümlenmesinden daha az sosyal, kültürel ve ekonomik maliyeti olan bir durumdur.

Alternatif çözüm yolları telafi edici adalettir. Yani uyuşmazlıklar ortaya çıktıktan sonra -yargı organları dışında- çözümlenmesi yollarını gösterir. Ancak koruyucu hukuk anlayışı, önleyicidir ve telafi edici hukuka göre ahlaki bakımdan daha üstün konumdadır. Çünkü koruyucu hukuk anlayışı, toplumsal barış ve düzeni bozan hukuki uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına baştan engel olmaya çalışmaktadır.

Koruyucu hukuk; uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını engelleyerek ya da asgariye düzeye indirerek toplumsal barış ve kamu düzeninin bozulmasının önüne geçmekte, devleti, daha fazla mahkeme kurmak ve yargılama yapmak için yapacağı masraflardan kurtarmaktadır. Kitabın ‘erdemli bir toplum oluşturmak ve sosyal kontrol’ bölümünde, bireyleri suç ve hak ihlali davranışında bulunmaya iten/özendiren ortam ve şartlarla ilgili daha geniş inceleme yapılmıştır. Burada ise konu, bu bölümü ilgilendiren boyutuyla ele alınmıştır.

1.2) KORUYUCU HUKUK ANLAYIŞINA DUYULAN İHTİYAÇ

Hukuk ve yargı alanında yapılması gereken en önemli iş, öncelikle uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önleyecek tedbirleri almaktır. Hukuki uyuşmazlıkları, henüz ortaya çıkmadan önlemek amacıyla ‘koruyucu ya da önleyici hukuk’ uygulamaları, temel bir anlayış olarak ele alınmalıdır. Ülkemizde cumhuriyet savcılıkları ve mahkemelerin karşı karşıya bulunduğu aşırı iş yükünün azaltılması; yargıda etkinliğin ve adalete daha iyi erişimin sağlanması için, koruyucu hukuk uygulamalarının geliştirilmesi ve temel yargı politikası haline getirilmesi gerekmektedir.

Hukuk alanındaki en sağlıklı yaklaşım, uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan önce onların ortaya çıkmasını engelleyecek tedbirleri almaktır. Uyuşmazlığın ortaya çıkmasının baştan önlenmesi, ortaya çıkmış bir uyuşmazlığın yargısal yollarla çözmeye çalışılmasından çok daha yararlı ve ekonomiktir. Başka bir deyişle,

koruyucu ya da önleyici hukuk hizmeti, telafi edici hukuk olan mahkemelerdeki yargı hizmetinden daha ucuz ve sosyal maliyeti daha azdır. Uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan önce önlenmesi, günümüzde tercih edilmesi gereken köklü bir yoldur.

Bu doğrultuda alınacak tedbirler, uyuşmazlıkların doğmasına baştan engel olacağı ya da daha doğru deyişle uyuşmazlıkları en az düzeye indireceği için, yargıya intikal edecek uyuşmazlık sayısı da az olacaktır. Böylece yargının iş yükü sorunu kalmayacak ve yargının etkinliği daha da artacaktır.

Sosyal, kültürel, ekonomik yanlarıyla geniş boyutlu olan koruyucu hukuk yoluyla çözüm tarzı, alternatif çözüm yollarının temel özellikleri düşünüldüğünde, yargı organlarına başvurmadan gerçekleşen bir çözüm şekli olması yönüyle benzer olmakla birlikte koruyucu hukuk, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ya da yargı yoluyla çözümlenmesine göre daha üstün konumdadır.

Koruyucu hukuk uygulamaları ile adalete erişim araçları çoğunlukla birbiriyle örtüşen kavramlardır. Adalete erişimde amaç, hakkın etkili bir şekilde kullanılabilmesi için ortaya çıkabilecek engellerin kaldırılmasıdır. Koruyucu hukukta ise amaç, henüz uyuşmazlık ortaya çıkmadan gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Uyuşmazlık ortaya çıktığında ise, yargıya intikal etmeden alternatif çözüm yolları kullanılarak çözümlenmesidir. Bu nedenle koruyucu hukuk, bu yönüyle adalete daha iyi erişimin yollarını açmaktadır. Koruyucu hukuk anlayışı, toplumsal barış ve düzenin bozulmasına engel olduğu, uyuşmazlıkları engellediği ya da asgari düzeye indirilmesini sağladığı ve dolayısıyla adalete erişimi kolaylaştırdığı için daha üstün bir ahlaki anlayışı ifade eder. Bu nedenle bu anlayışa 'yargı etiğinin etiği' de denebilir.

Koruyucu hukuk anlayışına duyulan ihtiyacın, sadece yargının iş yükü sorununu çözmek ve adalete erişimi sağlamakla sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. İnsan, toplumsal bir varlıktır. Onun dünyadaki işlevleri değerleri gerçekleştirmektir. İnsan toplumları, başıboş, sorumsuz bireylerin oluşturduğu bir topluluk değildir. Bu nedenle onun hayatı, sıradan ve rastgele bir hayat olmamalıdır. İnsanların toplum halinde yaşaması, beraberinde toplumsal sorumluluk duygusunu ve düzen kurallarını getirmektedir. Toplumsal ve etiksel sorumluluk duygusu çerçevesinde insanın görevi, öncelikle başkalarına zarar vermemektir. İkinci olarak, yasal bir zorunluluk olmasa bile diğer insanlara iyilik yapmak, yardım etmektir. Her insandan diğerlerine iyilik yapması beklenmese de, zarar vermemesi istenir. Hukukla ahlakın örtüştüğü nokta da burasıdır.

Toplumsal hayatta hukuka uygun davranmak, asgari düzeyde bir ahlaki davranıştır. Sosyal düzen kurallarından ahlak ise, insandan en ideal olan davranışı bekler. Ahlak; insanın, hiçbir kimseye kötülük ve haksızlık yapmaması yanında onlara merhametle davranıp iyilik yapmasını ister. İnsan, ahlakın bu talebini yerine getirirse, ahlaken yüksek bir konuma gelir. Diğer insanlara zarar vermeyen insan, hem ahlakın emrini yerine getirmekte, hem de hukukun gereğini yapmış olmaktadır. İyilik ve merhamet ise, adaletten daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bu nedenle iyilik ve merhamet, asgari ahlak ilkesi olan adaletten daha üstün bir değerdir. Ancak insanın, diğer bireylere merhametle davranması kendi isteğine bağlıdır ve bu davranış ahlakın emri olsa da hukukun emri değildir. Yani toplumsal hayatta insanın, asgari ahlak ilkesi olan hukuka uygun/adaletli davranması hukuk açısından yeterlidir.

Demek ki, toplum olarak birlikte yaşamanın insana yüklediği sorumluluk, hukuka uygun davranmak ya da hukuka aykırı olan suç ve hak ihlali davranışlardan kaçınmaktır. Ahlaki değerlere bağlı davranış ise, hukuka uygun davranmayı da içerdiğinden ondan daha üstün bir değer ifade eder. Bu nedenle ahlaki/etik değerler, deyiş yerindeyse hukukun işini kolaylaştıran, hukuki değerleri koruyan zırhtır. Sosyal düzen kurallarından olan milli, manevi ve ahlaki değerleri korumayan birey ve toplumlar, bu koruyucu zırhtan mahrum kalırlar. Böyle olunca toplumsal barış ve düzenin sağlanmasında bütün yük hukuk kurallarına biner ve bugün olduğu gibi hukuk kuralları, suç ya da hak ihlali şeklindeki bütün davranışları yargı organlarıyla çözümlemekte zorlanır.

Toplumda sosyal değerlere bağlılık azaldıkça, suç ya da hak ihlali davranışları artmakta, bağlılık çoğaldıkça suç ve hak ihlali davranışları da azalmaktadır. Yani aralarında ters bir ilişki vardır. Bilindiği gibi bir toplumda insan ilişkilerini düzenleyen sosyal düzen kuralları; hukuk, kültür, değer, ahlak, örf-adet, etik ve dindir. Ülkesi düşman askerleri tarafından işgal edilen bir devlet, bu işgale karşı silahlı kuvvetleri başta olmak üzere bütün imkânlarıyla mücadele etmesi gerekiyorsa, toplumun barış ve düzenini sağlayan milli, manevi ve ahlaki değerlerini yozlaştıran, onları etkisizleştirmeye çalışan yerel ve evrensel çaptaki güç odaklarına karşı da mücadele etmelidir. Çünkü milli, manevi ve ahlaki değer yoksunluğu (yani değersizlik), her türlü kötülük ve zararlı davranışın kaynağıdır. Bu değerlere bağlılık ölçüsünde, toplumsal hayatta suç ve hak ihlali davranışları azalıyorsa, değer yoksunluğu ölçüsünde de suç ve hak ihlali davranışları artış göstermektedir. Bu nedenle bir devletin, sosyal düzen kulları olan milli, manevi ve ahlaki değerlerin yozlaşmasına seyirci kalması, düşman ordularının o ülkeyi işgal etmesine seyirci kalmasından farksızdır. Hukuka aykırı bütün davranışları asgari düzeye indirmek için olaya bu çerçeveden bakmak gerekmektedir.

1.3) KORUYUCU HUKUKA HİZMET EDECEK ARAÇ VE TEDBİRLER

Uyuşmazlıkların ortaya çıkmadan önlenmesi için; koruyucu hukuk anlayışının elindeki araçlar ve uygulayacağı tedbirler vardır. Koruyucu hukuk anlayışında, bir toplumda uyuşmazlıkların çıkmasını önlemek için üç farklı tedbir ve yöntem olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi; toplum bireylerini hak, hukuk ve insan hakları konusunda eğitmek ve bilinçlendirmek, ikincisi; sözleşme ve benzeri ticari, mesleki, ekonomik iş ve işlemlerin hukuka uygun ve sağlam yapılmasını sağlayarak sonradan uyuşmazlık çıkmasına engel olmak, üçüncüsü; suçların ve hak ihlali davranışlarının sosyal, kültürel ve ekonomik nedenlerini ortadan kaldırmaktır.

Koruyucu hukuk anlayışına böyle geniş açıdan bakıldığında, kitabın ‘erdemli toplum oluşturma ve hukuk’ bölümünde geniş olarak açıklanan sosyal kontrolün amaçları ve araçlarıyla koruyucu hukuk yaklaşımının amaç ve araçları arasında bir bağlantı ve benzerlik olduğu görülecektir. Şüphesiz ki, sosyal kontrol mekanizması, koruyucu hukuka göre çok daha geniş alanı kapsamaktadır. Bu nedenle koruyucu hukuk anlayışının amaç ve araçlarıyla bağlantılı olan ‘suçların ve hak ihlali davranışlarının sosyal, kültürel ve ekonomik nedenlerini ortadan kaldırma’ ve yine koruyucu hukuka destek olan sosyal değerler ve toplumsal kurum ve kuruluşlar aracılığıyla sağlanan sosyal kontrole ilişkin konular, kitabın ‘erdemli toplum

oluşturma ve hukuk' bölümünde daha geniş olarak yer almaktadır. Dolayısıyla bu konulara bu bölümde kısaca değinilecektir.

1.3.1) BİREYLERİN HUKUK VE ADALET KONUSUNDA EĞİTİLMESİ

Koruyucu hukuka ilişkin araç ve tedbirlerden birincisi, toplum bireylerini hukuk, adalet, insan hakları konusunda eğitmek ve bilinçlendirmektir. Geniş anlamda eğitim; insanın yeteneklerinin, özellikle ahlak yetilerinin geliştirilmesi için ona yön ve biçim verilmesi; toplumun genç kuşaklarının, uzman yetişkinler tarafından bilinçli, amaçlı ve düzenli biçimde hazırlanması sürecidir.[688] Türkçede, eski literatürdeki talim (öğretim, alıştırma) ve terbiye (eğitim) gibi sözcüklere karşılık gelecek şekilde kullanılan eğitim, 'eğmek' kökünden türemiş olup, öğretmek, uygulamak, yetiştirmek, geliştirmek, alıştırmak ve yönlendirmek gibi anlamlara gelir. Bu nedenle eğitim, sadece bilgilendirme amacı taşıyan öğretimden farklı olarak ele alınmalıdır.

Toplumsal hayatta uyuşmazlıkları önleyici tedbirlerin etkin hale getirilmesi için başvurulacak araçların başında eğitimin olması zorunlu bir durumdur. Çünkü insanoğlu için her işin temeli eğitimdir. Hukuki uyuşmazlıkların ortaya çıkmadan önlenmesi için alınacak tedbirlerin başında bu konuda verilecek eğitim gelmektedir. Koruyucu hukuk çerçevesinde yapılacak çalışmalarda hem örgün hem de yaygın eğitim imkânlarından yararlanmak gerekir. Bugün örgün ve yaygın eğitimle ilgili yasal düzenlemelerde ortaya konulan amaç ve hedeflerin pek çoğu, tam ideal anlamda olmasa da koruyucu hukuk anlayışının amaçlarıyla örtüşmektedir. Ancak sorun, genellikle yasalarda belirtilen hedeflerin uygulanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Eksikleri olmakla birlikte eğitimle ilgili yasalarda yer alan amaçların gerçekleştirilmesi konusunda uygulamada yeteri kadar çaba gösterilmemektedir.

Ayrıca ilgili yasalarda eğitimin amacı olarak gösterilen hedeflere, ancak eğitim ve terbiye ile ulaşılabileceği halde, eğitim kurumlarında öğrencilere verilen hak, hukuk, insan hakları ve değerler eğitimi, eğitmek ve terbiye etmekten; yani yetiştirmek, geliştirmek, alıştırmak, yönlendirmek ve öğretilenleri uygulamaktan çok genel olarak bilgilendirmeye dönüktür. Kısacası eğitimden çok öğretime dayanan bir sistem söz konusudur. Dolayısıyla bu konuda amaçlanan hedeflere tam olarak ulaşılamamaktadır.

1.3.2) MESLEKİ VE TİCARİ İŞLEMLERİN HUKUKA UYGUN YAPILMASI

Koruyucu Hukukta Hukuk Müşaviri ve Avukatların Rolü

Uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını baştan önlemek için koruyucu hukuk çerçevesinde alınacak üçüncü tedbir; mesleki/ticari, ekonomik iş ve işlemlerin hukuka uygun yapılmasını sağlamak; günümüzde gittikçe genişleyen ve karmaşık hale gelen ticari ve mesleki hayatta yapılan sözleşme ve işlemleri, sonradan uyuşmazlık çıkmayacak biçimde sağlam ve sağlıklı düzenlemektir.

---

[688] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

Koruyucu/önleyici hukuk, her şeyden önce hukuki uyuşmazlıkların doğmasını önlemeyi amaçlayan ve tüm dünyada son derece önem verilen bir hukuk faaliyetidir. Bununla; bireyler, firmalar veya devletlerarasındaki sorunların, uyuşmazlık doğmadan önce halledilmesi ve taraflar arasındaki bireysel, ticari veya uluslararası ilişkilerin zedelenmeksizin devamı amaçlanmaktadır.

Günümüzde ekonomik ve ticari hayat, gittikçe daha karmaşık bir hale gelmekte, bu da daha ayrıntılı yasal düzenlemeleri gerektirmektedir. Ticari işletmelerin, her gün yaptıkları sözleşme, vergi, gümrük mevzuatı, rekabet, patent gibi olağan işler bile ayrıntılı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. İş ve meslek dünyasında hemen her gün ya yeni bir hukuk kuralının kabul edildiğini ya da mevcut bir hukuk kuralının değiştirildiğini görmekteyiz. Gittikçe ayrıntılı ve karmaşık hale gelen hukuki mevzuatın tespit ve takibi, hukukçular için bile büyük zorluklar doğurmaktadır. Bu nedenle mesleki ve ticari işletmelerin yaptıkları her türlü işlemde, ileride hukuki uyuşmazlıklarla karşılaşmamak için hukuk müşaviri ve avukatlara daha çok ihtiyaç duymaktadırlar.[689]

Yurtdışında yapılan anketler, son yıllarda ekonomik ve ticari hayatta hukuk müşavirlikleri ve şirket avukatlarının iş yükünün önemli oranda arttığını ortaya koymaktadır. Bu gelişme, bir işletmenin yöneticilerinin ihtiyaç duydukları anda hukuk hizmetlerine ulaşabilmelerini gerekli kılmaktadır. İşletmenin iş ve işlemlerini yürütürken hukuk kurallarına tam olarak uymaları, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların yargısal yollarla çözümlenmesinden daha ekonomik bir yoldur. Bu nedenle, bir işletmenin yöneticiler grubuna hukukçuların dâhil edilmesi ve koruyucu hukuk hizmeti alınması doğru bir seçimdir.[690]

Gerçi hukuk müşaviri ya da avukatlar aynı zamanda işletmenin taraf olduğu davaları yürütmekle görevli olmakla birlikte, koruyucu hukuka ilişkin işlevleri daha önemlidir. Hatta bazı dünya ülkelerinin birçoğunda, hukuk müşaviri veya avukatların büyük şirketlerin yönetim kurullarında görev aldığı ya da genel sekreterlik görevini üstlendikleri bilinmektedir. Koruyucu hukuk, hukuki işlemlerin, ileride herhangi bir uyuşmazlık çıkmayacak biçimde en baştan sağlam yapılması esasına dayanmaktadır. Ekonomik ve ticari iş ve işlemlerin baştan sağlıklı olması, onların sağlam hukuki zemin üzerine kurulmasına bağlıdır. Sağlam hukuki zemin için, öncelikle işin uzmanından hukuki yardım almak gerekir.

Bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde koruyucu/önleyici hukuk anlayışına oldukça büyük önem verilmektedir. Bir ticari firmanın, yargı organlarında bir-iki yıl sürecek yargılamadan sonra kazanacağı bir davanın maddi değeri olsa da, bu dava nedeniyle diğer tarafı küstürmüş olacağından artık bundan sonra o kişi veya şirketle iş ilişkisine girmesi genellikle mümkün olamamaktadır. Yani belki bu davayı kazanmış olsa da karşı tarafla ticari ilişkilerini sürdürmeyi kaybetmiştir. Bu nedenle günümüzün ticari şartlarında, işletmeler arasında ticari ilişkilerin devamlılığı, bir

---

689 Av. Bora Kaya, Günümüzün Büyük Kuruluşlarında Hukuk Müşavirliğinin Yapılanması ve İşlevi.

690 Richard Stock, "When Your Company Grows", Lexpert Magazine, Toronto-Company Grow; aktaran: Av. Bora Kaya, Günümüzün Büyük Kuruluşlarında Hukuk Müşavirliğinin Yapılanması ve İşlevi.

davayı kazanmaktan çok daha önemlidir. Bu durumu iyi bilen kişi ya da firmalar, ticari uyuşmazlıkları mümkünse tamamen önlemek ya da asgariye indirmek, uyuşmazlık ortaya çıksa dahi bunlara ilişkin yargı dışı çözüm yolları bulmak için hukuk müşavirleri ve avukatlar istihdam etmektedirler. O halde koruyucu hukuk anlayışında hukuk müşaviri ve avukatların önemli bir yeri vardır.

Ticari işlemlerin hukuka uygun olarak ve ileride uyuşmazlığa neden olmayacak biçimde sağlam düzenlenmesi konusunda hukuk müşavirleri ve avukatlardan yararlanmak gerekir. Bu nedenle hukuk müşavirleri ve avukatların hukuk sistemindeki mevcut rollerinin, koruyucu hukuk anlayışına uygun olarak daha etkin bir konuma getirilmelidir.

Yargı organlarında hâkim ya da savcı, uyuşmazlığın taraflarına uzlaşma önerse de, bu girişim genellikle öneriden öteye geçemez. Zaten uyuşmazlık artık ortaya çıkmış ve iş yargıya intikal etmiştir. Onların asli görevi, uyuşmazlığı yargı organlarında kanunlar çerçevesinde çözmektir. Hâlbuki uyuşmazlık doğmadan veya doğduktan kısa bir süre sonra avukatların müdahale imkânları olabilir ve taraflar böylece henüz yargıya başvurmadan uyuşmazlıklarına çözüm yolları bulabilirler. Bu konuda avukatlara daha etkin bir rol verilebilir ve avukatlar koruyucu hukuk anlayışına önemli katkılar sağlayabilirler.

Avukatlık, şüphesiz ki ortaya çıkmış olan hukuki uyuşmazlıkların yargı organlarında çözümü konusunda da taraflara hukuki yardımda bulunan bir meslektir ve bu anlamda yargının kurucu unsurlarındandır. Ancak avukatlık mesleğinde sözlü ve yazılı danışma hizmetini yeniden düzenleyerek hukuki sorunların ortaya çıkmasının önlenmesi noktasında bu mesleğin danışmanlık hizmeti verme niteliğini öne çıkarmak mümkündür. Koruyucu/önleyici hukuk anlayışının bir gereği olarak hukuki koruma şemsiyesi oluşturup uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan önce bir tür koruyucu hekimlik benzeri bir görevi üstlenerek mesleki, ekonomik ve ticari iş ve işlemlerin doğru düzenlenmesine yardımcı olabilmeleri, bu konularda danışmanlık hizmeti vermeleri büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkların asgari düzeye indirilebildiği sağlıklı toplumsal ilişkiler için koruyucu hukuk hizmetine, bunun için de hukuk müşavirliği ve avukatlık hizmetine ihtiyaç vardır.

Koruyucu hukuk, hukuki uyuşmazlıkların doğmasını önlemeyi amaçlayan son derece önemli ve köklü bir çözüm yoludur. Bununla bireyler ve mesleki/ticari kuruluşlar; sorunların, hukuki bir uyuşmazlığa dönüşmeden önce çözümlenmesi ve taraflar arasındaki bireysel, mesleki ve ticari ilişkilerin zedelenmeden devam etmesi amaçlanmaktadır. İşte toplumsal hayatta bazı bireylerin ya da mesleki ve ticari kuruluşların, 'avukatım olsaydı ya da önceden avukatıma danışabilseydim bu uyuşmazlığa düşmezdim' diye yakınması, önleyici hukuka olan ihtiyacı ifade eden önemli bir göstergedir. Bu nedenle koruyucu hukuk ve alternatif çözüm yolları kapsamında avukatlara, daha aktif rollerin verilmesi yararlı olacaktır.

Bilindiği gibi ülkemizde genellikle uyuşmazlıklar ortaya çıktıktan sonra avukatlık hizmetine ihtiyaç duyulmakta, avukata başvurulduğunda da çoğunlukla artık telafi edilemeyecek bir sürece girmiş olmakta, bireyler uzun yıllar süren davalar sonucunda hak ve alacaklarına kavuşabilmektedirler. Bu nedenle bu konuda en doğru yaklaşım, uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan önce avukata başvurarak muhtemel uyuşmazlıkları engelleyecek tedbirleri almak, yani iş ve işlemleri baştan

doğru yapmaktır. Bu çerçevede, koruyucu hukuk anlayışının bir gereği olarak koruyucu avukatlığa önem verilmeli ve uyuşmazlıklar henüz ortaya çıkmadan önlenmesi konusunda avukatlara yeni roller verilmelidir. Bireylerin ileride ortaya çıkabilecek muhtemel hukuki sorunlardan korunabilmesi için her türlü hukuki işlemde avukatların hukuki yardımda bulunmasının yolları açılmalıdır.

Sonuç olarak; uyuşmazlıkların yargıya intikal etmesinden daha iyisi, alternatif çözüm yolları, alternatif çözüm yollarından da iyisi koruyucu hukuktur, yani uyuşmazlıkların doğmasına engel olacak tedbirlerin alınmasıdır. Tersinden başlarsak; öncelikle koruyucu hukuk anlayışı ile hukuka aykırı davranışlar ortaya çıkmadan önlenmeye çalışılmalı, her nasılsa uyuşmazlık ortaya çıktıysa bunun yargıya başvurmadan alternatif çözüm yollarıyla çözüme kavuşturulması, o da olmazsa en son çözüm yeri olarak yargıya başvurulmalıdır.

1.3.3) HUKUKİ İŞLEMLERİN BELGELENDİRİLMESİ

Koruyucu Hukukta Noterlerin Rolü

Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için hukuki işlemleri belgelendirerek yargı sistemine koruyucu hukuk hizmeti vermektedirler. Hukuk sistemimizde noter ve noterlik kurumu, koruyucu hukuk açısından önemli bir işleve sahiptir. Noterlik Kanununun ilk maddesi, bu işlevi şöyle ifade etmektedir:

"Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirirler." (Noterlik Kanunu, madde:1) Buna göre noteri şöyle tanımlayabiliriz: Noter, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandıran, kendine özgü statüye sahip olan bir kamu görevlisidir.[691]

Bu kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere noterler, hukuk sisteminde hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek gibi önemli işlevleri yerine getirmektedir. Bu çerçevede noterlerin düzenlediği işlemlere ait belgelerin iki türlü hukuki sonucu bulunmaktadır. Birincisi; işlemleri resmi belgeye bağlayarak uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını ve yargı organlarına intikal etmesini baştan önlemek, ikincisi; yargıya intikal eden uyuşmazlıkların çok kısa sürede sonuçlanmasını sağlamaktır.

Noterler tarafından düzenlenen hukuki işlemlere ait belgelerin hukuken bu kadar önemli sonuçlar doğurması, onların kanun gereğince kesin delil niteliği taşımasındandır. Görüldüğü gibi noterler, bireyler arasında hukuki uyuşmazlıkların çıkmasını baştan önlemek, ortaya çıkan uyuşmazlıkların da çabuk sona ermesine katkıda bulunmak suretiyle mahkemelerdeki iş yükünü azaltmaktadır. Noterlerin yaptıkları bu iş, onların yargı sistemi içinde koruyucu hukuk işlevini yerine getirmekte olduğunu göstermektedir. Noterlerin, birinci işlevi uyuşmazlıkların çıkmasını önlemek ikinci işlevi ise, ortaya çıkan uyuşmazlığın çabuk çözümlenmesini sağlamaktır. Bu durumda mahkemelerin işlevinin düzeltici-tespit

[691] Prof.Dr. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü.

edici, noterlerin işlevinin ise tespit edici-koruyucu olduğunu belirtmek mümkündür.[692]

Yargı organları, hukuki uyuşmazlıklar ortaya çıktıktan sonra onları çözümlemektirler. Hâlbuki noterler, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını baştan önlediği için yargı sistemi içinde koruyucu hekimliğe benzer bir hizmet yapmaktadırlar. Bilindiği gibi tıp alanında koruyucu hekimliğin amacı, bireylerin hastalanmasını önlemektir. Tedavi edici hekimliğin amacı ise, ortaya çıkan hastalığın tedavi edilmesi, iyileştirilmesidir. Bu benzerlik dikkate alındığında, noterlerin asıl işlevinin, hukuki işlemlerin belgeye bağlanarak sağlam düzenlenmesi suretiyle uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını baştan önlemek olduğu ve bu yönüyle telafi edici hukuka göre daha öncelikli olduğu söylenebilir. Tıpkı, tedavi edici hekimliğe göre koruyucu hekimliğin önceliğe sahip olduğu gibi…

Hukuk düzeni içinde mahkemelerle noterlik kurumunun, kurumsal bir bağlantısı olmamakla birlikte işlevsel açıdan birbirlerini tamamlayıcı bir yapı oluşturduklarını söyleyebiliriz. Çünkü noterde yapılan işlemler sağlam düzenlendiğinden uyuşmazlıklara neden olmamakta, uyuşmazlık çıksa bile yargıda çok kısa sürede çözümlenmektedir. Bu nedenle özellikle çekişmesiz yargı işlerinin noterlere bırakılması, yargıda önemli bir rahatlama sağlayacak ve yargının daha etkin hale gelmesine katkıda bulunacaktır. Örneğin mirasçılık belgesi artık noterler tarafından da düzenlenebilmektedir. Türkiye Noterler Birliği'nin geliştirdiği sistem sayesinde en karmaşık mirasçılık belgeleri yaklaşık 5 dakikada hazırlanabilmektedir. Ancak noterler tarafından mirasçılık belgesi verilmesinde bazı istisnaların konulmuş olması ve devletin aldığı harçların miktar olarak yüksek olması nedenleriyle vatandaş için caydırıcı olmakta ve yasanın amaçladığı sonuçlara ulaşılamamaktadır. Noterliklerde düzenlenen mirasçılık belgelerinden alınan harçların, en fazla Sulh mahkemesinden verilen mirasçılık belgesindeki harçlar kadar olmalıdır. Bir yasal düzenleme, bu konudaki amaca tam olarak ulaştıracak biçimde yapılmalıdır. Kısaca noterler, yaptıkları koruyucu hukuk hizmetiyle toplumsal barışa katkı sağladığı gibi insan haklarının korunmasında da etkili olmaktadır.

2) UYUŞMAZLIKLARIN ORTAYA ÇIKMASINDAN SONRA ÇÖZÜMLENMESİ

Bugün Türkiye de dâhil olmak üzere hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu ülkelerde uyuşmazlıkların ortaya çıkmasından sonra onların çözümlenmesi, iki ana bölüme ayrılmaktadır. Birincisi, uyuşmazlıkların yargı kurumlarında yargılama yapılarak çözümlenmesi, ikincisi ise, uyuşmazlıkların yargı kurumuna intikal etmeden ve yargılama yapılmadan çözümlenmesidir. Uyuşmazlıkların yargılama yapılarak çözümlenmesinde; uyuşmazlık konusunda kimin haklı kimin haksız olduğunun ispat araçlarıyla belirlenmesi ve bozulan hukuki dengenin yargısal bir kararla yeniden kurulması söz konusudur. Bu da, ya mahkeme yargısı ya da tahkim yargısıyla gerçekleşir. Tahkimde; yargı dışı bir çözüm yolu olmakla birlikte, tarafların rızası aranmaksızın belirlenmiş uzman üçüncü kişi tarafından verilen karar, tarafları bağlayıcı olduğundan mahkemeye benzer bir yargılama söz

[692] Prof.Dr. Ömer Ulukapı-Doç.Dr. Murat Atalı, Noterlik Hukuku.

konusudur. Bu nedenle uyuşmazlıkların, yargılama yapılarak çözümlenmesi yolunu, mahkeme yargısı ve tahkim yargısı diye ikiye ayırmak mümkündür.

Uyuşmazlıkların, yargılama yapılmadan çözümlenmesinde, yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ise; uyuşmazlıkla bozulan hukuki dengenin, yargı yoluyla değil, tarafların işbirliği ile ya doğrudan ya da üçüncü bir kişinin yardımıyla yeniden kurulması söz konusudur. Yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, tarafların rıza ve iradeleri rol oynamaktadır. Başka bir deyişle alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, tarafların doğrudan anlaşarak (sivil anlaşma) ya da arabulucu veya uzlaştırıcının katkısıyla uyuşmazlığın çözümlenmesidir.

2.1) YARGI YOLU

Uyuşmazlıklar ortaya çıktıktan sonra onların çözümünde asıl yol, yargı organları olan mahkemelerde işleyen yargılama sistemidir. Bir hukuki ilişkinin tarafları arasında uyuşmazlık çıktığında bunu çözümlemek için başvurulacak asıl yol, geleneksel usul olan devlet mahkemelerinde yargılama yön-temidir. Uyuşmazlığın dayandığı hukuki ilişki; sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olabilir. Yargı yolu; bir hakkı ihlal edilen tarafın, devletin resmi yargı kuruluşlarında bu hakkın tespiti ve yerine getirilmesi için başvuracağı yoldur. Yargısal çözüm yolu, Anayasa'da "Hak arama özgürlüğü" olarak ifade edilen temel hakkın kullanılması ve hakkın yasal yollara başvurularak aranmasıdır. İhlal edilen bir hakkın yargı yolu ile yerine getirilmesi, devletin sağlamakla yükümlü olduğu en temel görevlerden biridir. Yargısal çözüm, tarafların uyuşmazlıklarının, belirli güvencelere sahip, meslek kurallarına tabi, uzman ve bağımsız hâkimlerin görev yaptığı mahkemeler eliyle çözümlenmesidir. Yargısal çözüm, devletin varlık nedenlerinden biri olup bireylerin hak ve adalet duygusu içinde güvenli yaşamasının teminatıdır. Yargısal çözüm yolu ne kadar iyi işlerse adalet de o ölçüde zamanında gerçekleşir.

Uyuşmazlıkların ortaya çıktıktan sonra çözümlenmesinde asıl yol olan geleneksel bu usul; adliye ve mahkemeler dediğimiz kurumsal yapı, hâkim, savcı ve avukat dediğimiz beşeri unsur, hukuk kuralları ve yargılama sistemiyle birlikte yürümektedir. Geleneksel usul olan yargısal çözüm yolunun unsurları ve işleyişi, kitabın diğer ilgili bölümlerinde incelenmiştir. Bu nedenle burada, yargının aşırı iş yükü nedeniyle tıkanma noktasına gelmesi ve yargıda etkinliğin azalması nedeniyle son yıllarda yargı sistemlerinin gündemine girmiş olan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları üzerinde durulacaktır. Yargı sisteminin etkinliğinin artırılması için önem taşıyan alternatif çözüm yollarının ele alınarak incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

2.2) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Alternatif kelimesi sözlükte; 'Seçilebilecek bir başka yol, yöntem, seçenek' olarak tanımlanmıştır. Alternatif çözüm yolları kavramı da; uyuşmazlıkların, mahkemelerdeki yargılamaya alternatif çözüm yollarını ifade etmektedir. Bugünkü anlamda sistematik ve teknik boyutuyla alternatif çözüm yolları, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla mahkemeler tarafından yürütülen yargı yoluna alternatif olarak

hizmet veren ve genellikle tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin katkı ve yardımları ile yönetilen usuller bütünüdür.[693]

Başka bir tanıma göre; alternatif çözüm yolları, yargı yoluna alternatif olarak bulunan uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Bu tanıma göre alternatif çözüm yolları, hukuki uyuşmazlığa düşen bireylerin, bu uyuşmazlığı mahkemede dava açmaya gerek kalmadan çözmelerine yardımcı olmak üzere oluştu-rulmuş yöntemlerdir. Alternatif kavramı, uyuşmazlıkların asıl çözüm mercileri olan mahkemeler yerine kullanılmaktadır.[694]

2.2.1) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARINA DUYULAN İHTİYAÇ

Son yıllarda alternatif çözüm yollarına olan ilginin artmasının iki temel nedeni olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, her türlü uyuşmazlığın yargıya götürülmesi yüzünden genel olarak yargının iş yükünün artması nedeniyle yargıda tıkanmaların yaşanması, ikincisi ise, yargı sisteminin işleyişindeki aksaklıklar nedeniyle tarafların, aralarındaki uyuşmazlıkları dava yoluyla çözümlemek yerine dava açmadan çözümlemeye duydukları istektir. Alternatif çözüm yolları, taraflar arasındaki uzlaşmaya dayandığı için yargının çözümüne göre daha barışçıl bir yöntem olup taraflar arasındaki diyalogu devam ettirici niteliktedir. Hâlbuki yargılama sonucu verilen kararlar her zaman tarafları tatmin etmeyebilir. Ayrıca alternatif çözüm yolları, yargısal yola başvurmaktan daha ucuz bir yöntemdir.[695]

Günümüzde bilim ve teknikte hızlı gelişmeler, insanlar arasındaki ekonomik ve sosyal ilişkilerin de gelişmesine ve çeşitlenmesine ortam hazırlamıştır. Bu gelişme ve değişim beraberinde yeni sorunlar getirmiştir. Bu sorunlardan en önemlisi, sürekli artma eğiliminde olan hukuki uyuşmazlıkların çözümü konusunda yargı organlarında yaşanan tıkanıklıktır. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu toplumlarda bütün uyuşmazlıkların yargı organları tarafından çözüme kavuşturulması, geleneksel ideal yoldur. Ancak son yıllarda daha çok yargıdaki tıkanmayı önlemek için hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yeni alternatif yöntem ve arayışlar kullanılmaya başlanmıştır. Geleneksel anlamda alternatif çözüm yolları, her çağda ve toplumda belli bir şekilde uygulana gelmiştir. Ancak bugünkü teknik anlamda ortaya çıkışı, yakın bir geçmişe dayanmaktadır.[696]

Alternatif çözüm yollarıyla uyuşmazlığın çözümlenmesi, her iki taraf için de kazançtır. Bu nedenle 'kazan-kazan' formülüyle ifade edilmektedir. Ancak yargı organlarında varılan çözümde bir taraf kazanırken diğeri kaybeder ki, bu da 'kazan-kaybet' formülüyle açıklanmaktadır. Alternatif çözüm yollarında taraflar, aralarındaki uyuşmazlığa en uygun olan çözümü tamamen gizlilik kuralları içinde, birlikte seçebilirler.[697]

---

[693] Tamer Soysal, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma.
[694] Doç.Dr. Mustafa Özbek, Uyuşmazlıkların Alternatif Yollarla Çözümüne Genel Bakış.
[695] Tamer Soysal, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma.
[696] Alper Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi)
[697] Tamer Soysal, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma.

Alternatif çözüm yollarının amacı, devletin egemenliğinden doğan yargı yetkisine zarar vermeden uyuşmazlıkların basit, kolay ve az masrafla çözümlenmesi suretiyle yargının iş yükü sorununu en asgariye indirmektir. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının yerine ikame edilmek istenen bir kurum değildir. Farklı yol ve yöntemler bulunmakla birlikte en yaygın olarak kullanılan alternatif çözüm yolu uzlaşma/arabuluculuktur. Üzerinde tartışma olsa da, ulusal ve uluslar arası düzeyde yapılan tahkim de bir alternatif çözüm yoludur.

Ülkemizde hukuki uyuşmazlıkların çözümünde asıl görev, yargı kurumlarına verilmiştir. Ancak bugün genel olarak bütün yargı organları ağır bir iş yükü altında bulunmaktadır. Bu ağır iş yükü, kendisinden beklenen işlevleri yerine getirmesine engel olmaktadır. Yargının işlevlerini tam olarak yerine getirebilmesi de, büyük ölçüde bu iş yükünün azaltılmasına bağlıdır. İş yükünün azaltılmasına yönelik tedbirler arasında uyuşmazlıkların, yargı organlarına henüz intikal etmeden ya da intikal ettikten sonra, alternatif yollarla çözümlenmesi üzerinde durulmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından beklenen yararlar, maddeler halinde şöyle sıralanabilir.

a) Alternatif çözüm yolları; yargıda aşırı gecikmeyi önleyip masrafları azaltarak, mahkemelerdeki tıkanıklığı giderir. b) Daha etkin ve tarafların rızasına dayalı barışçıl bir uyuşmazlık çözümünü gerçekleştirir. Taraflar arasındaki ilişkilerin bozulmadan devamını sağlar. Yargı yoluyla karşılaştırıldığında daha uygun, verimli ve toplumsal ilişkilere daha az zarar vericidir. Dava yolu resmi ve mücadeleci bir yöntemdir ve bu, taraflar arasındaki husumeti daha da derinleştirir. Alternatif çözüm yolları ise, uyuşmazlığın tarafları arasında mevcut olan gerginliği de azaltır. c) Tarafların menfaat ve ihtiyaçlarının daha iyi anlaşılabilmesi için, taraflar arasındaki iletişimin erkenden ve doğrudan kurulmasını sağlayarak, daha iyi çözümler üretilmesini kolaylaştırır. d) Alternatif çözüm yolları, uyuşmazlıkların çözümünde büyük ölçüde gizlilik ve mahremiyet sağladığından, örneğin bazı ticari kaygılar taşıyan iş adamları için tercih edilen bir yöntemdir. Bazı uyuşmazlıklarda taraflar, genel yargı yoluna başvurarak ticari sırlarının, itibar ve şöhretlerinin aleni bir yargılamada zarar görme tehlikesinin bulunması nedeniyle, uyuşmazlığın kamuoyundan uzak ve gizli kalmasını isterler. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, genel yargılama yöntemine göre taraflar için gizlilik ve mahremiyeti korumaya daha elverişlidir. Çünkü genel yargı yolu aleni, alternatif çözüm yolları ise çoğunlukla gizli olarak yürütülür.[698]

Yukarıda belirtilen yararlarına rağmen, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda aşırı tutumlardan kaçınmalıdır. Bir saplantı halinde ‘ne pahasına olursa olsun arabuluculuk’ sloganıyla ve körü körüne bir ısrarla değil, arabuluculuğun felsefesine uygun olarak bu kurumu yerleştirmeye çalışmak gereklidir. Sulh, uzlaşma ve arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözümünde bireyler ve toplum için yararlı olabilecek bir seçenektir.[699]

---

[698] Doç.Dr. Mustafa Özbek, Uyuşmazlıkların Alternatif Yollarla Çözümüne Genel Bakış.

[699] Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk.

Alternatif çözüm yolları anlayışına karşı özellikle sosyalist görüşe sahip çevrelerden bazı eleştiriler de yapılmıştır. Bu eleştirilerde temel hareket noktası, alternatif çözüm yollarının, fakir ve zayıf kişilerin genel yargı yolu haklarını engellediği görüşüdür. Bu görüşe göre; bu kişilerin önlerine konulan alternatif çözüm yolları programları, onların yasal ve meşru haklarını kullanmalarını önlemeye yönelik kurumsal bir engel oluşturmaktadır.[700]

2.2.2) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLU TÜRLERİ

2.2.2.1) MÜZAKERE

Müzakere, bir konuyla ilgili fikir alışverişinde bulunmaktır. Karşılıklı diyalogdur. Tarafların, başlangıçta birbirinden uzak olan görüşlerini yakınlaştırarak anlaşmaya varabildikleri bir noktaya kadar götürmeye çalıştıkları karar verme sürecidir. Başka bir deyişle 'karşı tarafa söylenen veya söylenebilecek bir hayır cevabını evet'e çevirme çabasıdır.[701]

Hukuk alanında müzakere yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en sade olanıdır. Müzakere usulüne göre; taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı avukatları aracılığıyla görüşüp müzakere ederek ortak bir sonuca varmaya çalışırlar. Müzakere yöntemi, tarihten günümüze özellikle uluslararası diplomatik ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde başarılı bir biçimde uygulanmıştır. Müzakere yöntemi, taraflar arasında karşılıklı konuşmaya ve fikir alışverişinde bulun-maya dayanan bir yöntemdir.[702]

Müzakerenin tarafları; yapılan müzakereyi, 'ya kazan, ya kaybet' anlayışıyla yenmeye kararlı olduğu bir yarışma veya savaş olarak görür ve çatışmacı bir üslup kullanırsa bu müzakereden arzu edilen sonuç alınamaz. Hâlbuki iyi bir müzakerede tek başına kazanan da, kaybeden de yoktur. Genel olarak her iki taraf da kazançlıdır.[703] Müzakere yönteminin başarısı, onun karşılıklı kazanç anlayışı içinde ele alınmasına bağlıdır. Bu nedenle başarılı bir müzakere; her iki taraf için tatmin edici olan; zaman kaybetmeden uyuşmazlığın her boyutunu çözen; ilişkilerin devamını sağlayacak biçimde dostane olarak sonuçlanan müzakeredir.

2.2.2.2) ARABULUCULUK

Arabuluculuk, tarafların üzerinde anlaştıkları tarafsız bir arabulucu yardımıyla uyuşmazlıklarına çözüm buldukları bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk, tahkimden sonra en çok bilinen ve gelişmiş hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanılan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk yönteminde taraflar, tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucu yardımına başvurarak aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye çalışırlar. Daha çok taraflar arasındaki ilişkileri sürdürme konusunda yoğun bir isteğin var olduğu durumlarda bu yönteme

---

[700] Doç.Dr. Mustafa Özbek, Uyuşmazlıkların Alternatif Yollarla Çözümüne Genel Bakış.
[701] Prof.Dr. Kadir Varoğlu, Müzakere.
[702] Tamer Soysal, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma.
[703] Prof.Dr. Kadir Varoğlu, Müzakere.

başvurulur. Arabulucunun görevi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek bir hüküm vermek değil, tarafların ortak bir noktada buluşmalarını sağlamak ve taraflara yol göstericilik yapmaktır.[704] Dolayısıyla taraflar istemedikçe arabulucu, onları bağlayıcı bir karar veremez. Yargılama faaliyetinin bir gereği olan zorunlu arabuluculukta bile taraflar, uzlaşmak zorunda değildir.

Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek amacıyla 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu' hazırlanmıştır. Bu kanunun 3. maddesine göre; taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Kanunun 4. maddesinde; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun, kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. 6. madde'ye göre; arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmelidir. (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, madde: 3-4-6)

2.2.2.3) UZLAŞTIRMA

Uzlaştırma, geniş anlamda arabuluculuğa benzer. Çünkü uzlaştırmada da arabuluculukta olduğu gibi tarafsız bir üçüncü kişinin aracılığına ihtiyaç duyulur. Ancak arabulucu, uyuşmazlığı çözmek için daha aktif rol oynar. Arabulucu, çoğu zaman taraflar arasında belirli bir süre devam eden müzakere sonucu bir çözüme ulaşılamaması nedeniyle devreye girer. Arabulucu ortak bir çözüme ulaşmak için taraflara çözüm önerileri sunar ve onları ikna etmeye çalışır. Bu yönüyle arabulucu, uzlaştırıcıya göre daha müdahalecidir. Uzlaştırıcı, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için iki tarafın ortak yönlerinden hareketle bir çözüme ulaşmaya çalışır. Uzlaştırıcının uzlaştırma faaliyeti sırasında belirleyici değil, tavsiye edici bir rol oynar.[705]

Alternatif çözüm yolu olarak uzlaşma kurumu, halen ceza hukukunda bazı davalarla ilgili olarak uygulanmaktadır. Ancak uyuşmazlıkların dostane çözüm yöntemi olarak önemli bir kurum olan uzlaştırmanın, ceza hukukundaki uygulama alanı sınırlı olup, kendisinden beklenen işlevleri yerine getirememektedir. Bize göre uzlaştırma, hukukun her alanında (hukuk-ceza-idare) geniş olarak uygulama alanı bulmalıdır. Uzlaştırma kurumu, hukukun her alanında geniş olarak yer aldığında; hukuk-ceza-idare alanlarında uzlaştırmacılara ihtiyaç olacağından, uzlaştırma yapacak mevcut hukukçuların ve teknik adamların uzlaştırma konusunda tamamlayıcı eğitim almaları gerekir. Diğer yandan hukukun her alanında uyuşmazlıkların uzlaştırma yoluyla çözümü konusunda uzman hukukçuları yetiştirmek için hukuk fakültelerinin müfredat programında da bir düzenlemeye gidilmelidir.

Özellikle teknik bilgi gerektiren ve teknik bilirkişilerin raporlarına göre karar verilen dava ve uyuşmazlıklar için, yargıyı gereksiz yere meşgul etmek yerine,

---

[704] Tamer Soysal, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma.

[705] Doç.Dr. Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir.

tarafların uzman ve nitelikli bilirkişilerle doğrudan doğruya ilişki kurarak uzlaştırma yoluyla uyuşmazlığı çözümlemesi, hem yargının iş yükünü azaltacak hem de bu çözüm, tarafların karşılıklı rızalarına dayalı olduğundan toplumsal barışa katkı sağlayacak bir yöntem olarak görülmektedir. Belli bir alanda uzmanlaşmayı gerektiren ve hâkimin bilgi ve tecrübesiyle çözümlemesi mümkün olmayan uyuşmazlıklar konusun-da uzlaştırma yolunun etkin sonuçlar doğurması mümkündür. Teknik nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda, mahkemelere sundukları raporlarıyla yargı kararlarını şekillendiren bilirkişiler, oluşturulacak uzlaşma sisteminin içinde bulunması ve işlev görmesi mümkündür. Hiçbir yargı kararı, tarafların karşılıklı olarak iradelerinin uzlaşmasından doğan çözüm kadar adil ve tatmin edici olmayacaktır. Uzlaşma yoluyla uyuşmazlıkların giderilmesi toplumsal barışın sağlanması açısından önem taşır.[706]

Yargıda iş yükü sorununa çözüm bulma amacıyla geliştirilen 'alternatif uyuşmazlık çözüm yolları' denildiğinde ilk akla gelen ve yargı sistemlerinde uygulanmakta olan programlar, çoğunlukla uzlaştırma, arabuluculuk, müzakere ve tahkimdir. Bugün uzlaştırma ve tahkim konusu, oldukça sistematik bir biçimde ele alınmaktadır.

Hangi uyuşmazlıkların, yargı öncesi alternatif yollarla çözümlenebileceği konusunda bir sınırlama yapılıp yapılamayacağı tartışılabilir. Ancak özellik taşıyan bazı uyuşmazlıkların öncelikle uzlaşma, arabuluculuk ve tahkim gibi dostane yollarla çözümlenmesinde toplumsal barış açısından büyük yararlar bulunmaktadır. Bunların başında miras, aile ve iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar gelmektedir.

*Miras ve Aile Uyuşmazlıklarında Uzlaştırma: Alternatif çözüm yolları, yargının iş yükü sayısını azaltmayı amaçladığına göre uzlaştırma, sadece belirli bir alanda değil, hukukun her alanında ve her türlü hukuki uyuşmazlıkların çözümünde de bir yöntem olarak kullanılması yararlı olacaktır. Örneğin medeni hukuk alanında özellikle yakın akrabalar arasında sık rastlanan miras uyuşmazlıkları, aile hukukunda eşler arasındaki uyuşmazlıklar, yargıya başvurmadan bağımsız bir uzman/uzlaşmacı tarafından çözümlenmesi halinde, hem yargının yükü azalmış olacak, hem de yakın akrabalar arasında hayat boyu devam etmesi muhtemel sorunların önüne geçilmiş olacaktır. Çünkü akrabalar arasındaki uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümlenmeye çalışılması, yargının mücadeleci yöntemi nedeniyle taraflar arasındaki ilişkileri daha çok çıkmaza sokmakta, hangi taraf kazanırsa kazansın genellikle bu davadan doğan husumet ve küskünlükler ömür boyu devam etmektedir. Söz konusu uyuşmazlıklar, genellikle akrabalar arasında karşılıklı iletişim eksikliğinden kaynaklan-maktadır. Bu nedenle günümüzde adliyeye intikal eden birçok uyuşmazlığın, yargıya gitmek yerine iyi bir uzman/uzlaşmacı aracılığıyla çözümlenebileceği ve böylece akrabalar arasında mahkemelerde ortaya çıkabilecek husumetin de önleneceği söylenebilir.

*İş Hukuku Alanında Uzlaştırma: Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde bazen taraflar ortak bir noktada anlaşamadıklarından uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıklar, hem işçi hem de işverenin zararıyla sonuçlanacak grev ve lokavt gibi karar ve eylemlere neden olabilmektedir. Bu nedenle bu görüşmelerde uzlaşma

[706] Prof.Dr. N. İlker Çolak, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları.

sağlanması büyük önem taşımaktadır. Kanun, bu uzlaştırma işini yapacak ve tarafların taleplerini ortak bir noktada birleştirebilecek nitelikte uzlaştırmacı belirlenmesini öngörmektedir. Uzlaştırmanın başarılı olmasında, uzlaştırıcının, konusunda uzman ve nitelikli kişilerden oluşması şüphesiz ki etkili olacaktır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre; işverenle işçi sendikası arasında yapılacak toplu görüşme için kararlaştırılan toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma gerçekleşmeden sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı görevli makama bildirir. (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, madde: 49)

Uyuşmazlık yazısını alan görevli makam ise, Kanunun 'Arabuluculuk' başlıklı 50. maddesine göre; taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa resen, resmi listeden bir arabulucu görevlendirebilir. Taraflar resmi arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlamaları hâlinde, belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyuşmazlıkta arabulucu olarak görevlendirilir. Uzlaşmacı, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve taraflara önerilerde bulunur. (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, madde: 50/1-2-3)

Kanunun 52. maddesine göre; taraflar, anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir. Hatta taraflar anlaşarak özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilirler. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir. (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, madde: 52/1-3-4). Demek ki iş hukuku alanında alternatif çözüm yolları olarak hem uzlaştırma hem de tahkim (özel hakeme başvurma) yöntemi uygulanabilmektedir.

İş hukukunda işçi ve işveren arasında veya işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası arasında doğabilecek uyuşmazlıklar, şüphesiz ki sadece ücret konusuyla sınırlı değildir. İşverenin herhangi bir işçi hakkını ihlal etmesi veya işçilerin, kötü çalışma şartlarında, iyileştirme yönünde bir değişiklik istemeleri de uyuşmazlığa neden olabilir. Uyuşmazlığın türü ne olursa olsun iş hukuku alanında uzlaştırmanın temel amacı, yargının üzerindeki yükün hafifletilmesi, uyuşmazlıkların en az giderle ve onarıcı adalet ilkesine uygun olarak daha barışçı bir biçimde çözümlenmesidir. Yargıda davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesine imkân tanınacak biçimde, bir kısım uyuşmazlıkların mahkemelere intikali yerine nizasız kaza, sulh, uzlaştırma gibi yöntemlerle çözümünün sağlanması, Avrupa Konseyi kararlarına da uygun düşmektedir.[707]

*Tüketici Uyuşmazlıklarında Uzlaştırma: 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' gereğince tüketiciler ile satıcı ve sağlayıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları, yargıya başvurmadan çözüme kavuşturmak üzere 'Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri' kurulmuştur. Bu maddeye göre; Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, bu kanunun uygulamasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla en az bir

[707] Avrupa Konseyinin R(86) 12 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyinin R(98) 1 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyinin R(99) 19 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyinin R(2002) 10 sayılı Hukuki Konularda Uzlaşma Kararları.

tüketici sorunları hakem heyeti oluşturmakla görevlidir. Aynı maddenin son fıkrası gereğince; hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esaslarını belirlemek üzere Bakanlıkça 'Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği' hazırlanmıştır. (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, madde:22)

Bu kanun ve yönetmelik uyarınca; satın alınan herhangi bir mal veya hizmetin ayıplı (kusurlu) olduğu fark edildiğinde öncelikle o mal veya hizmetin alındığı satıcı veya sağlayıcı ile görüşülmesi gerekir. Bu görüşme sonucunda sorun çözülemiyor ve karşı taraf yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa, mal ya da hizmetin satın alındığı yerde bulunan 'Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine' başvurulur. Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, tüketici sorunlarının yargıya intikal etmeden çözümü konusunda önemli bir işlev görmektedirler. Aşağıdaki istatistikî rakamlar bunu göstermektedir.

Tüketici sorunları hakem heyetleri tarafından, 2012 yılında yapılan toplam 466.000 başvuru yargıya intikal ettirilmeden sonuçlandırılmıştır. Böyle bir alternatif çözüm yolu olmasaydı, bu başvuruların yaklaşık 250.000'inin mahkemelere dava olarak geleceğini, yine yaklaşık 50.000'inin de Yargıtay'a intikal edeceğini öngördüğümüzde, tüketici sorunları hakem heyetlerinin ne ölçüde önemli bir görev yaptığı rakamlarla ortaya çıkmaktadır. Benzer nitelikte olan 'İş ve Sosyal Güvenlik Uyuşmazlıkları Hakem Heyetleri' faaliyete geçtiğinde, belli bir miktarın altındaki ücret alacağı davaları ile diğer benzer uyuşmazlıklar mahkemelere intikal etmeden hakem heyetlerinde hızla çözümlenebilecek ve aynı konuda Yargıtay'a gelecek dosya sayısı da % 38 oranında azalacaktır.[708]

2.2.2.4) TAHKİM

Tahkim; bir uyuşmazlığın, tarafsız ve uzman bir üçüncü kişi (hakem) tarafından, tarafları bağlayıcı olarak verilen kararla çözümlendiği mahkeme dışı bir yöntemdir. Tahkim, mahkeme dışı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmakla birlikte mahkemelerin yargılama usullerine benzeyen yönleri vardır.

Tahkim yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde daha biçimsel (formel) bir yapıya sahiptir. Uyuşmazlık konusunda tarafsız/uzman bir kişi (hakem) tarafından muhakeme yapılarak ve taraflar dinlenerek bir karara varılır. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olarak tahkimde tarafsız/uzman hakemin verdiği karar, tarafları bağlayıcıdır.[709]

Kısaca tahkimde; muhakeme yapılması; tarafların ve tanıkların dinlenmesi ve verilen kararın tarafları bağlayıcı olması, bu yöntemin mahkeme yargısına benzeyen yanını, yargı dışı bir yöntem olması da onun alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olduğunu göstermektedir.

Tahkim kurumu, Anayasanın 125. maddesinde 1999 yılında yapılan değişiklikle hukuk sistemimize girmiştir. Anayasanın 125.maddesinin birinci fıkrasında;

"…Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir" denilmektedir. Anayasanın bu hükmü, gerçek anlamda bir alternatif

[708] Yargıtay Başk. Ali Kalkan, 2013-2014 Adli Yılı Açış Konuşması.
[709] Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK, Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.

çözüm yolu olan tahkim konusunda anayasal dayanak oluşturmaktadır. Tahkim, bazı uyuşmazlıkların yargıya intikal etmeden çözümlenmesi konusunda önemli bir kurum olabilir. Tahkim, ihtiyari ve zorunlu tahkim olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Zorunlu tahkim; yasanın, belirli uyuşmazlıkların çözümü için, yargı yoluna gidilmeden öncelikle tahkim yoluna başvurulmasını zorunlu kıldığı hallerde söz konusudur.

Bugün ülkemizde ya işçi ve işveren arasında ya da işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası arasında doğan anlaşmazlıklar alternatif çözüm yollarından tahkim yöntemiyle de çözüme kavuşturulmaktadır. Yine uluslar arası ticaret alanında ortaya çıkan ticari uyuşmazlıkların çözümün-de tahkim yolu, en yaygın olarak kullanılan yöntemdir. Uluslararası ticaret alanında uyuşmazlıkların, özel deneyim sahibi hakemler tarafından ucuz ve hızlı çözümlenmesi ve ticari sırların saklanması nedenleriyle tahkim, en uygun uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimsenmiştir.

Bugün ABD'nin en az 35 eyaletinde, uyuşmazlıkların yargılama öncesinde tahkim ya da arabuluculuk gibi yöntemlerle çözümlenmesi yönünde taraflar teşvik edilmekte ya da bu konuda onlara zorunluluk getirilmektedir. Bazı federal bölge mahkemelerinde, değeri 100.000 USD'den az olan uyuşmazlıklarda yargıya başvurmadan önce tahkime gitmek zorunlu tutulmakta, diğer federal mahkemelerde ise, gönüllü tahkim hizmeti sunulmaktadır.[710]

Avrupa Birliği'ne bağlı ülkelerde; son yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda hızlı bir gelişme yaşanmıştır. Mahkemelerde görülen dava sayısının gittikçe artması, uyuşmazlıkların çözümlenmesi süresini uzatmakta, yargılama giderlerini artırmaktadır. Bu nedenle üye ülkeler, mahkemeler dışında alternatif çözüm yolu arayışına yönelmişlerdir. AB ülkelerinde; adil ve etkin uyuşmazlık çözümlerine ulaşmada alternatif uyuşmazlık çözüm yolları önemli bir adım olarak görülmektedir. Tahkim de bunlardan biridir. Ancak tahkimde hakemin verdiği karar, bir tür yargı kararı niteliği taşıdığından, 'Yeşil Kitap'ta[711] tahkim, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan çok yargı benzeri bir yönteme daha yakın görülmüştür. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; 'tahkim dışında, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yönetilen yargı dışı uyuşmazlık çözüm usulleri' olarak tanımlanmıştır.

---

[710] Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK, Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.

[711] Yeşil Kitap; Avrupa Birliği Komisyonu tarafından belli bir konuyu Avrupa Birliği ülkeleri düzeyinde tartışmaya açmak ve bütün tarafların fikir üretmelerini sağlayarak konuyu olgunlaştırmak amacıyla hazırlanan temel yazılardır. Bu çalışma süreci sonucunda A.Birliğinin faaliyetlerini yönlendiren Beyaz Kitap meydana çıkabilmektedir. 'Yeşil Kitap', Avrupa Birliği açısından uyulması zorunlu bir belge olmamakla birlikte 'Beyaz Kitap' haline dönüşmesi durumunda bağlayıcı olabilmektedir. Dolayısıyla 'Yeşil Kitap', AB'nin gelecekteki politikalarını oluşturan en önemli belgedir. (Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK, Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.

2.2.3) HUKUK SİSTEMİMİZDE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

a) Türk Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından uzlaştırma, ceza hukukumuzda kısmen de olsa yer almıştır. Ceza hukukunda uzlaştırmanın amacı, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında meydana gelen husumetin giderilmesi ve toplumsal barışın yeniden kurulmasıdır. Uzlaştırma sayesinde hem yargı organları gereksiz iş yükünden kurtulacak hem de mağdurun uğradığı zarar bir an önce giderilmiş olacaktır. Ayrıca suçun faili de cezasız kalmayacağından ceza yargılamasının işlevi de ihmal edilmemiş olacaktır. Türk ceza hukuku sisteminde uyuşmazlıkların alternatif çözüm usulü kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanununun 'Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar, uzlaştırma' başlıklı 73. maddesinin son fıkrasına göre; ancak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bulunan ve suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olan suçlarda uzlaşma yoluna gidilebilecektir.[712] Ceza Muhakemesi Kanununun 253. 254 ve 255. maddelerinde ise 'uzlaştırma' düzenlenmiştir.

Türk ceza yargılamasında şikâyete tabi suçlar bakımından kabul edilen uzlaşma faaliyetine başlanabilmesinin ön şartı, suçtan zarar gören tarafın şikâyetçi olmasıdır. Bu hükümlerden anlaşıla-cağı üzere, ceza yargılamasında uzlaşma sadece şikâyete bağlı suçlar için öngörülmekle uzlaşma alanı oldukça sınırlı tutulmuştur. Ayrıca uzlaşma yoluna gidilmesi, sanığın suçu ve uzlaşmayı kabul etmesine bağlıdır. Bu durumda uzlaşma alanı sınırlı tutulduğu gibi uzlaşma isteğe bağlı kılınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun 253/4. maddesinde, uzlaşmanın bir avukat aracılığıyla yapılacağı belirtilmiştir. Avukatın uzlaşma işlemindeki bu rolü Avukatlık Kanununa da uygun düşmektedir. Avukatlık Kanununun ikinci maddesinde;

"Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır." denilmektedir. Kanunun 'Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler' başlıklı 35. maddesinden sonra gelen 'Uzlaşma Sağlama' başlıklı 35/A maddesine göre;

"Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini,

---

[712] 'Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar, uzlaştırma' başlıklı 73. maddesinin son fıkrasında; "Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir." denilmektedir.

karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir."
(Avukatlık Kanunu, madde: 35- 35/A).

Bu kanun maddesine uygun olarak Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin 16. ve 17. maddelerinde uzlaştırma yöntem ve usulleri gösterilmiş, böylece avukatların yargılama faaliyeti içindeki rolü artırılarak avukata uyuşmazlığı çözümleme yetkisi dahi verilmiştir. Avukatlar, söz konusu uzlaştırma müzakereleri sırasında, uyuşmazlığın tarafları arasında tarafsız olarak hareket etmeye ve taraflardan hiçbirinin etkisi altında kalmadan tarafları uzlaştırmaya özen gösterirler. Uzlaştırıcı avukat, ne hâkim-savcı ne de avukat gibi değil, 'tarafsız üçüncü kişi' gibi davranmalıdır. Avukatların bu uzlaştırma yeteneklerini nasıl kazanacakları önemlidir. Çünkü yasal hükümlere göre uzlaştırma faaliyetini yürütecek olan avukatların bu konuda özel bir bilgi ve tecrübeye ihtiyaç duyacakları açıktır.[713]

Uzlaştırma konusunda özel bilgiyi kimin vereceği konusu belirgin değildir. Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği gibi öncü kurumların eğitimler vermesi, ayrıca üniversitelerde de bu yönde dersler konulması yasal hükmün uygulanabilirliği yönünde önemli katkılar sağlayabilir. Türk ceza hukukunda, öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından uzlaştırma yönteminin alanı genişletilmelidir. Ancak bu konuda yasal düzenlemeler yapmak kadar bu çözüm yöntemlerinin sağlıklı bir biçimde uygulanmasını sağlamak da önemlidir.

b) İdari Yargıda Alternatif Çözüm Yolları

Bilindiği gibi yargılama hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; hukuki uyuşmazlıkların, mahkemelerde dava açmaya gerek kalmadan ya da açılmış olan davada mahkemenin kontrolünde üçüncü kişi tarafından çözümlenmesine yardımcı olmak üzere oluşturulmuş yöntemleri ifade eder. İdari yargıda alternatif çözüm yolları da, idari karar ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların, idari yargı organlarına intikal etmeden çözümlenmesi yöntemleridir. İdari yargıda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini; yargı öncesi ve yargıda çözüm yöntemleri diye ikiye ayırmak mümkündür.

b.a) Yargı Öncesi Çözümler

Hukuk sistemimizde genel olarak uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlenmesi yöntemi yeni bir görüş değildir. İdari ve adli uyuşmazlıklarda yargı öncesi alternatif çözümler konusunda hukuk sistemimizde bazı hüküm ve uygulamalar uzun süreden beri varlığını sürdürmektedir. Ancak bu hükümlerin amaca uygun olduğu ve etkin olarak kullanıldığı söylenemez. Örneğin İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesinde; ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği belirtilmiştir. (İdari Yargılama Usulü Kanunu, madde: 11/1). Buradaki seçimlik idari başvuru yolu,

[713] Tamer Soysal, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma.

uyuşmazlıkların idari yargıya intikalini kısmen engelleyecek bir çözüm yöntemi olarak görülebilir. Ancak bu hüküm, idari işlemlerle ilgili olarak yine idari makamların kendilerinin çözüm üretmelerini düzenlemektedir. Hâlbuki bir idari işlem konusunda iradesini ortaya koymuş olan idarenin, yapılan idari başvuru üzerine farklı bir irade ortaya koyamadıkları bilinmektedir. Dolayısıyla bu yasa hükmünden beklenen yararın sağlandığı söylenemez. Bu nedenle genel olarak idari-adli, hukuki-cezai bütün uyuşmazlıkların henüz yargı organlarına intikal etmeden ya da ettikten sonra alternatif yollarla çözümlenmesine yönelik daha geniş yeni yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

İdari uyuşmazlıkların yargıya intikal etmeden çözüme kavuşturulması yollarından biri, 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname Hükümleridir. Bu başvuru yöntemiyle; idari işlem ve eylemler nedeniyle zarara uğrayan bireylerin, yargı yoluna gitmeden önce sulh ve uzlaşma yoluna başvurarak zararın karşılanmasını isteyebilme imkânı getirilmiştir.

Bu Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde yapılan başvurular, değeri belirli bir miktara kadar olan veya tutara ilişkin olmayan talepler konusunda idarenin hukuk birimi tarafından, belirli miktarın üzerindeki talepler konusunda ise Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonu tarafından karar verilir. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararname; idareye bağlı hukuk birimlerinin, hukuk danışmanlığı kapsamında; idare ile üçüncü kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin işleri inceleyip hukuki mütalaasını bildirmek ve 'hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun' sekretarya hizmetlerini yürütmekle görevli olduğunu hükme bağlamaktadır.

Bu sulh ve uzlaşma yolu, bazı yararlarına rağmen zorunlu olmayıp ilgilinin isteğine bırakılmış olması, kurumun çözüm kapasitesini daraltan; başvuruyu değerlendirecek olan Hukuk Birimi ya da Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun, itiraza konu işlem veya eylemi yapan idare tarafından oluşturulması da etkinliğini azaltan bir durumdur. İdari Yargılama Usul Kanununda var olan bu düzenlemenin, idari yargı düzenindeki iş yükünden doğan tıkanıklığı giderme konusunda kendisinden beklenen yararı sağladığı söylenemez.

Yukarıda görüldüğü gibi hukuk sistemimizde idari uyuşmazlıkların yargıya intikal etmeden yine idari birim içinde çözümü, sadece belirli alanlarda ve genellikle ilgilinin isteğine bırakılarak özel kanunlarda düzenlenmiştir. İdari uyuşmazlıklarda, hatta adli, idari, cezai ayrımı yapılmadan bütün hukuki uyuşmazlıklarda yargıya başvurmadan önce, uzlaşma, tahkim ve benzeri alternatif yolların, müstakil bir çözüm yöntemi olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır. Hatta bu alternatif uyuşmazlık çözümü, bazı konularda isteğe bağlı değil zorunlu olmalıdır. Adli ve idari yargı davalarının mevcut yoğunluğu karşısında yargı düzenini ağır iş yükünden kurtarmanın yollarından biri şüphesiz ki alternatif çözümlerdir. Bu yollardan gidilerek varılan çözümler, aynı zamanda tarafların rızalarına dayandığından toplumsal barış açısından da önem arz etmektedir.[714]

[714] Prof. Dr. Nusret İlker Çolak, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları.

b.b) İdari Yargı Organlarında Uzlaştırma

Uzlaşma, uyuşmazlığın sadece yargı organlarına intikal etmeden önceki aşamada değil, idari yargıda dava açıldığı hallerde de bir çözüm yolu olarak düşünülmelidir. Yargılama aşamasında uzlaşma, mahkemece resen gündeme getirilebileceği gibi ilgililer de bu talepte bulunabilirler. Özellikle teknik nitelikli ve bilirkişi incelemesini gerektiren davalarda, uzlaşmacı kişi ya da uzlaşma kuruluna dosya tevdi edilerek bu yolla uyuşmazlığın çözümlenmesi sağlanabilir. Uzlaşma yoluyla alınacak kararlar, mahkeme kararı niteliğinde olup bu yöntemin, idari yargının iş yükünü azaltacağı açıktır.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, bir idari eylem ve işlemin yargı denetime tabi tutularak uyuşmazlığın yargı kararıyla giderilmesi asıldır. Ancak idari yargı organlarının, uyuşmazlıkların çözümlenmesi konusunda etkinliğe sahip olmaları, yani adaletin gecikmeksizin zamanında gerçekleşmesi gerekir. Ülkemizde genel olarak yargının içinde bulunduğu iş yükü ağırlığı karşısında bu etkinlikten söz etmek mümkün değildir. İşte bu noktada uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlenmesi konusu gündeme gelmektedir.

Hukuk sistemimizde; hukuki uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlenmesine yönelik hükümler, bazı özel yasalarda ve dağınık olarak bulunmaktadır. Bu hükümlerin yeterli olmadığı, bu konuda müstakil yeni bir düzenlenmenin yapılması gerektiği belirtilmelidir. Sadece idari değil bütün hukuki ve cezai uyuşmazlıkların alternatif yollarla etkin ve tatmin edici bir biçimde çözüme kavuşturulması sağlanmalıdır. Bu çerçevede uzlaştırma ve benzeri alternatif çözüm yollarının kapsamının genişletilmesi ve bazı uyuşmazlıklarda zorunlu hale getirilmesi uygun olacaktır. Uzlaştırma kurumu, yargı yoluna başvurmadan veya yargılamanın her aşamasında hukuki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına imkân vermelidir.

Yargıya başvurmadan ya da yargı aşamasında, uyuşmazlığın uzlaştırma yoluyla çözüme kavuşturulması, genel olarak bütün yargı organlarının iş yükünü azaltacak ve ilgililerin iradelerine dayalı bir çözüm olduğundan toplumsal barışa önemli katkısı olacaktır. Ancak bundan daha da önemlisi, yargı dışı çözüm olarak asıl yapılması gereken, 'koruyucu hukuk' bölümde geniş bir biçimde açıklandığı gibi toplumsal hayatta suç ya da hak ihlali şeklindeki hukuka aykırı bütün davranışların, koruyucu yargı anlayışıyla ve erdemli bireylerden oluşan toplumu oluşturarak ta baştan önlenmesi ya da en aza indirilmesidir. Bir toplumda hukuka aykırı davranışlar bütünüyle ortadan kaldırılamazsa da asgari bir düzeye indirilmesi mümkündür. Her şeye rağmen uyuşmazlık ortaya çıkmışsa da, bunun tahkim ve uzlaşma gibi alternatif yöntemlerle çözüme kavuşturulması, yargının iş yükü sorununun çözümünde önemli katkı sağlayacaktır. Uyuşmazlıklar konusunda en iyi ve tatmin edici çözüm, ilgililerin karşılıklı iradeleriyle vardıkları uzlaşmadan doğan çözümdür.

c) Yeni HMK ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına (sulh ve arabuluculuk) başvuruyu kolaylaştırmış ve bazı imkânlar tanımıştır. HMK'nın 'Ön İncelemenin Kapsamı' başlığını taşıyan 137. maddesine

göre; mahkeme ön incelemede; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulha veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir. (HMK, madde: 137)

Aynı kanunun 'Ön inceleme duruşması' başlıklı 140. maddesine göre; hâkim, ön inceleme duruşmasında, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulha veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. (HMK, madde: 140). Demek ki, 'ön inceleme' duruşması sonunda, hâkim, tarafları sulha veya arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarına teşvik edecektir. Bu kanun hükümlerine göre sulha veya arabuluculuğa teşvik, hâkime bir görev olarak verilmiştir. Ancak bu sulh ve arabuluculuk, kabulü zorunlu olmadığı ve tavsiye niteliği taşıdığı için uygulamada işlevsel değildir.

2.2.4) ESKİ HUKUKUMUZDA (GELENEKSEL) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, ilk kez ABD'de ortaya çıktığı daha sonra da Avrupa'da yaygınlaştığı ileri sürülmüşse de, sulh, uzlaşma ve arabuluculuk gibi alternatif yöntemler yeni bulun-muş yöntemler değildir.[715] Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bizim kültürümüze hiç de yabancı değildir. Bugünkü teknik ve sistematik biçimiyle olmasa da, eski hukukumuzda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları 'sulh' kavramı ile ifade edilmiştir. Osmanlı hukuk kitaplarında 'sulh' konusu, ayrı bir bölümde ele alınmış ve ayrıntılı olarak incelenmiştir. Türk hukuk sisteminde geleneksel alternatif çözüm yollarından en çok bilineni uzlaşmadır, yani sulh yoludur.

Uzlaşma sözlükte, uyuşma; uzlaşı, uzlaşım, mutabakat, konsensüs; sulh akdi, sulh sözleşmesi anlamına gelmektedir.[716] Sulh ya da uzlaşma, yüzyıllar boyunca her toplumda, bugünkü gibi sistematik olmasa da şu ya da bu şekilde uygulanmıştır. Geleneksel anlamda alternatif çözüm yolları, her çağda ve toplumda farklı biçimlerde uygulana gelmiştir. Ancak bugünkü teknik anlamda ortaya çıkışı, yakın bir geçmişe dayanmaktadır.[717]

Eski hukukumuza büyük ölçüde kaynaklık yapan İslam hukukunda uzlaşmanın karşılığı sulhtur. Sulh, uzlaşma ve barışma anlamlarına gelir.[718] İslâm hukuku literatüründe ise; iki taraf arasında meydana gelen uyuşmazlıkları, karşılıklı rıza ile ortadan kaldırmak için, tarafların yaptığı uzlaşma akdi olarak ifade edilir. Kısaca sulh, aradaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için yapılmış bir akit olarak

---

[715] Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk.
[716] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[717] Av. Alper Bulur, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi)
[718] Prof.Dr. Mehmet Erdoğan, Hukuk Terimleri Sözlüğü.

tanımlanabilir. Sulh kavramı ile ilgili yapılan tariflerin ortak yönü, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunun ortadan kaldırılmasıdır.[719]

Hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesi ve davaların sonuçlandırılmasında kolaylık ve çabukluk sağladığı, dolayısıyla yargı sistemine rahatlık ve işlerlik kazandırdığı ve taraflar arasındaki kin ve husumetin ortadan kalkmasına hizmet ettiği için sulh kurumuna İslâm hukukunda büyük değer verilmiştir. Hz. Ömer, "Tarafları sulha yönlendirin, çünkü davaların mahkeme kararıyla hükme bağlanması onlar arasında düşmanlık meydana getirir" diyerek hâkimlerden tarafları sulha teşvik etmelerini istemiş, İslam hukuk kitaplarında sulhun en iyi hüküm olduğunu ifade eden "es-sulhu seyyidü'l-ahkâm" (sulh, hükümlerin efendisidir) sözü yaygınlık kazanmıştır.[720] 'Sulh, hükümlerin efendisidir' ilkesinden esinlenen Osmanlı hukukunda da uzlaştırma önemli bir kurum olarak yer almıştır. Sulh/uzlaşma, mahkeme içi yapılabileceği gibi, mahkeme dışı da yapılabilirdi. Tarafların mahkeme dışında yaptıkları sulh işlemini içeren bir belge düzenlemeleri, hâkime başvurup bunu tescil ettirmeleri ve bu konuda ondan bir belge almaları mümkün idi. Sulh belgesine 'sulh hücceti' adı verilmişti. Osmanlı döneminde mahkemelerde davaların sulh yoluyla sonuçlandırıldığına ve sulh hüccetleri düzenlendiğine dair pek çok arşiv belgesi bulunmaktadır.[721]

Görüldüğü gibi Osmanlı yargı sisteminde; sulh yoluyla uzlaşan taraflardan birinin ikrarını ve diğerinin bu ikrarı tasdikini içeren ve bunu onaylayan hâkimin mühür ve imzasını taşıyan sulh hücceti adı verilen yazılı belgeler hazırlanır ve bunlar şer'iye sicillerine kaydedilirdi. Sulh/uzlaşma konusunda müstakil bölümlerin ayrıldığı hukuk kitaplarında sulh, 'iki taraf arasında mevcut bir anlaşmazlığın karşılıklı rıza ile ortadan kaldırılmasını konu alan akit' diye tanımlanmış, bu akdin şartları, hüküm ve sonuçlarıyla ilgili ayrıntılı bir hukuk teorisi geliştirilmişti.

Sulh yolu, İslam hukukunda teşvik edilmiş ve uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen bir yol olmuştur. Nisa Suresi'nde insanlar için 'Sulh daha hayırlıdır' ifadesi geçmektedir. İslam hukukunda uyuşmazlıkların yargıya başvurmadan önce tarafların anlaşmasıyla çözümlenmesi, öncelikle uygula-nan bir yöntem olmuştur. İslam hukuku kaynaklarında bu konu, 'kitabüs-sulh' adıyla müstakil bir bölüm olarak işlenmiştir. Sulh konusu, diğer devletlerle yapılan sulh anlamındaki anlaşmalar siyer bölümlerinde; eşler arasındaki anlaşmazlıklarla ilgili sulh, nikâh bölümlerinde; devam eden bir davada tarafların sulh olmaları edebü'l-kadı, cinayet ve kısas bölümlerinde; mali konularla ilgili uyuşmazlıklar sulh bölümünde ele alınmıştır.[722] Demek ki sulh/uzlaşma, İslam yargılama hukukunda geniş bir uygulama alanı bulan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Uzlaşmanın uygulama alanı geniş olmakla birlikte bazı konularda uzlaşma yasağı vardır. Örneğin bir kimse, hırsızlık gibi kamu davası niteliği taşıyan bir suçu işleyen birini

---

[719] Davud Yaylalı, İslâm Hukukunda Sulh; aktaran: Yrd. Doç.Dr. Yusuf Şen, İslam Hukukunda Arabuluculuk.

[720] Serahsî, XX, 134; İbn Ferhûn, II, 48; aktaran: Prof.Dr. Fahrettin Atar, TDV. İ.Ansiklopedisi, Sulh Kavramı.

[721] Prof.Dr. Fahrettin Atar, TDV. İ.Ansiklopedisi, Sulh Kavramı.

[722] Yrd. Doç.Dr. Yusuf Şen, İslam Hukukunda Arabuluculuk.

yakaladığında, bu olayı yargı organlarına bildirmeme karşılığında onunla uzlaşma yaparsa bu geçerli değildir. Çünkü bu tür eylemler kamu hakkıyla ilgilidir.

İslam hukukunu büyük ölçüde esas alan Osmanlı hukuk sisteminde, mahkemelerde görülen davalarla ilgili karar ve işlemlere yer veren mahkeme-i şer'iye sicillerindeki (mahkeme defterleri) kayıtlardan, mahkemeye intikal eden bazı dava ve uyuşmazlıkların hâkimin kararıyla değil; davanın taraflarına hâkimin yaptığı davet üzerine ve bir uzlaştırıcı heyetin de aracılığıyla, davacı ile davalının uzlaşmasıyla yani sulh yoluyla sonuçlandığı anlaşılmaktadır. Bunlardan bir örneği aşağıda sunuyoruz:

"Musa Çavuş oğlu Mehmed Beşe, mahkemeye bizzat gelip şöyle ikrar etmiştir: Şu an burada bulunan sipahi Mahmud Ağa, bir müddet önce benden yüz yirmi kuruş almıştı. (Bu güne kadar vermediği için) ben de söz konusu parayı almak için dava üzere idim. Bu durumda aramızda uzlaştırıcılar (Muslihûn) aracılık edip "sulh, hükümlerin en iyisidir" düsturu (ilkesi) gereği, bizi üç bin akçeye sulh ettiler ve ben de sulh bedeli olan meblağı Mahmud Ağa'dan tamamen aldım. Bundan sonra bu hususta benden bir dava sadır olursa (dava açarsam) hâkimlerce makbul olmasın. Adı geçen kişinin borcunu ibra ve iskât eyledim." Bunun üzerine Mehmed Beşe'nin bu ikrarını Mahmud Ağa da tasdik etti ve gerektiğinde müracaat edip kullanılmak üzere sicile kaydedildi. Tarih: Evâil-i Şevval, sene 1039. Şuhûdü'l-hâl (8 kişi).[723]

Osmanlı hukuk sistemindeki bu sulh uygulaması, İslâm hukukuna özgü olup, hukuk kitaplarında "Kitâb-ı Sulh ve İbra" başlığı altında anlatılmaktadır ve sulh, "iki tarafın aralarında, kendi rızalarıyla uyuşmazlığı ortadan kaldıran ve yok eden bir akitten ibarettir" şeklinde tarif edilmektedir. Osmanlıda hukuk uygulamalarının önemli kaynağı olan Şer'iye Sicillerinde ise; sulhun pratikte nasıl uygulamaya geçirildiği, hangi durumlarda sulha başvurulduğu, taraflar uzlaştırılırken 'nasıl bir yöntem takip edildiği, uzlaştırma heyetinin mahiyeti, uzlaşma sonuçları, sulha ne oranda başvurulduğu' gibi konuları açıklamaya yarayacak çok sayıda örnek kayıtlar bulunmaktadır. Ayrıca aynı belgelerden, sulh uygulamasının; toplumda, aile içerisinde ve ticarî hayattaki olumlu etkilerine ait somut veriler de elde etmek mümkündür.[724]

2.2.5) GÖNÜLLÜ/SİVİL UZLAŞTIRMA YÖNTEMİ

Uzlaştırma, bizim hukuk ve kültürümüze yabancı bir kavram değildir. Osmanlı hukuk sisteminde mahkeme aracılığıyla ve resmi yollardan uzlaştırmanın geniş bir biçimde uygulandığına ilişkin bilgi ve belgeler, yukarıdaki bölümde açıklanmıştır. Burada ise, mahkeme kayıtlarına girmeyen ve gönüllülük esasına göre yapılan uzlaştırmalara değinmekte yarar vardır. Bugünkü gibi teknik ve sistematik bir mekanizmadan söz edilemezse de özellikle kırsal bölgelerde yaşayan kimselerin, gerek henüz ortaya çıkmayan ama uyuşmazlık potansiyeli taşıyan konuları, gerekse ortaya çıkmış ama henüz yargıya intikal etmemiş olan, özellikle de ailevi

[723] Yrd. Doç.Dr. Abdülmecit Mutaf, Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: Sulh Uygulaması.
[724] Yrd. Doç.Dr. Abdülmecit Mutaf, Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: Sulh Uygulaması.

ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların birçoğunu mahkemeye başvurmadan kendi içlerinde bir aile ya da köy/mahalle büyüğünün, yani bir bilenin yardımıyla çözüme kavuşturdukları ve daha çok geniş ve sıkı akrabalık bağlarının uzlaştırma ve arabuluculuğa kaynak oluşturduğu bilinmektedir.

Osmanlıda insanlar, sadece çok önemli dava ve uyuşmazlıklar için yargıya başvururlardı. Diğer uyuşmazlıkları ise, çoğunlukla otorite sahibi olan aile büyükleri, esnaftan ileri gelenler, esnaf kedhudâları (yani bugünkü esnaf odası ve birlik başkanı gibi yöneticileri), hakem olarak çözerlerdi. Hâkimler değeri düşük olsa da önüne gelen uyuşmazlığı yasal olarak çözmek zorundaydı. Ancak böyle basit uyuşmazlıklar için hâkimin huzuruna çıkmak ayıp karşılanırdı. Çünkü sosyal düzen kurallarından olan ahlâk ve gelenekler çok sağlamdı. Bu nedenle o dönemlerde yargıya intikal eden dava sayısı ile bugünküleri karşılaştırmak bile mümkün değildir. Bugün ülkemiz, birbiriyle anlaşamayan ve en küçük bir uyuşmazlığı bile yargıya intikal ettirmekten adeta zevk alan insanlarla dolmuştur. Böyle bireylerden oluşan bir toplumda yargının iş yükü sorununu çözmesi kolay değildir.

Osmanlıdaki bu gönüllü/sivil uzlaşma kültürü, zaman içinde zayıflamış ve işlevini büyük ölçüde yitirmiştir. Ancak günümüzde kendi mensupları arasında bir tür sosyal kontrol sağlayan, onların hak ihlali davranışlarına kısmen engel olabilen ya da aralarında uyuşmazlık olanları uzlaştıran/barıştıran bazı fikir ve inanç grupları az da olsa bulunmaktadır. Örneğin bunlardan Alevi/Bektaşi geleneğinde, belli bir yörede bulunanlar için otorite olarak kabul edilen dedeler, o yöreden olan ve cemde genellikle rehber olarak hizmet eden bir kişiden, gruba mensup bireyler arasında olup bitenler hakkında belirli aralıklarla bilgi alır. 'Cem' adı verilen toplantılarda dedeler, kendisine verilen bu bilgiye göre, o yörenin bireyleri arasında var olan hukuki anlaşmazlıkları yargıya intikal etmeden çözümlemeye çalışır. İnsanların haklarını ihlal edip de bu toplantıda dedeler huzurunda anlaşma-yanlara, 'sen önce insan ol, sonra da Yaradan'ın evine ak yüzle çık' denilir ve onlar bir daha 'cem' toplantılarına alınmaz, toplumdan dışlanır. Bu durum, cezası sona erene kadar sürer. Ayrıca dedeler, evlenecek olanlara veya ölenlere ilişkin sorunları da bu toplantılarda çözümler.[725]

Bu gelenek, toplumun belirli bir kesiminde sosyal kontrol sağlayarak bir yandan bazı uyuşmazlıkları henüz ortaya çıkmadan önlemekte, diğer yandan da ortaya çıkmış ama yargıya intikal etmemiş olan uyuşmazlıkları bir tür uzlaştırma/arabuluculuk yöntemiyle çözümlemektedir. Toplum tarafından uygun bulunmayan davranışlara ve bireylerin haklarını ihlal ettiği düşünülen kişilere karşı menfi tutum sergilenmekte, gruptan dışlanarak onlara bir tür boykot uygulanmaktadır. Bu uygulamanın, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarından biri olarak kabul edilen uzlaştırma ya da arabuluculuk benzeri bir çözüm yolu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak resmi ve yazılı kayıtlara geçen uzlaştırma değil, geleneksel/sivil bir uzlaştırmadır. Burada bireylere zarar verdiği düşünülen kişinin

---

[725] Doç.Dr.Ali Yaman, Anadolu Aleviliğinde Ocak Sistemi ve Dedelik; http://www.cemvakfi.org.tr/doc-dr-ali-yaman/ anadolu-aleviliginde-ocak-sistemi-ve-dedelik-kurumu-2)

hakları ihlal edilmediği ve kamu düzeni bozulmadığı sürece bu uygulamanın sosyal kontrol sağlayan bir gelenek olduğu ve yargıya intikal edecek bazı uyuşmazlıkları çözümleyerek önemli bir işlev gördüğü söylenebilir.

2.2.6) ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI VE YASAL DÜZENLEME İHTİYACI

Dünyada genel olarak büyük bir sorun olmaya devam eden mahkemelerin iş yükünün azaltılması için bazı ülkelerde uzun zamandır yapılan çalışmalar, günümüzde 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları' (ADR) adıyla belirli somut sonuçlara ulaşmıştır. Daha önce ABD'de başlayan ve daha sonra dünyanın pek çok ülkesinde benimsenip yaygınlaşan, şimdi de Avrupa'da yasal düzenlemelere konu olan 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları'nın yukarıda açıklamaya çalıştığımız tahkim, uzlaştırma, arabuluculuk, müzakere gibi görünümleri vardır.

Böylece hukuki uyuşmazlıkların, hızlı, basit, az giderle, barışçıl yöntemle ve etkin bir biçimde çözümlenmesini sağlamak ve böylece mahkemelerin iş yükünü azaltmak için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hukuk sistemleri için önemli bir araç konumuna gelmiştir. Bugün demokratik hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde gittikçe yaygınlaşan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizin hukuk ve yargı sisteminde de bir kurum olarak yer aldığını söyleyebiliriz. Ancak hukuki uyuşmazlıkların çözümü için çok daha geniş hukuk alanlarında kullanılabilecek potansiyel özelliğe sahip olan bu önemli kurumdan yeteri kadar yararlandığımızı söylememiz mümkün değildir.

Bugünkü teknik anlamında olmasa da eski hukukumuzda da geniş olarak yer alan uzlaştırma ve arabuluculuk, tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuk sistemimizde daha geniş ve etkin bir biçimde yer alması yararlı olacaktır. Bugünkü hukukumuzda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlerin, hem kapsamı dar hem de değişik yasalarda dağınık bir biçimde yer alması nedeniyle bu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından istenilen sonuç tam olarak alınamamaktadır.

Hukukun bütün alanlarını kapsayacak ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sisteminin bütün ayrıntılarını (eğitim, uygulama vs.) içine alacak biçimde kendine özgü ve müstakil bir 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Yasası' hazırlanmasında yarar bulunmaktadır. Böyle bir düzenlemeyle; arabuluculuk, tahkim, uzlaşma ve müzakere gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hem gelişmesi ve yaygınlaştırılması sağlanmış, hem de bu konuda değişik yasalarda dağınık olarak bulunan hukuk kuralları, bir sistem bütünlüğü çerçevesinde bir araya toplanmış olacaktır. Uzlaştırma, arabuluculuk, tahkim ve müzakere gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tarafların rızalarına uygun olan ve toplumsal barışa hizmet eden dostane bir çözüm olması nedeniyle ülkemizin sosyal, kültürel ve manevi değerlerine de uygun düşmektedir.

III. HUKUKUN UYGULAMASINDA ETİK SORUNLAR

A. YARGININ (ORTAK) ETİK SORUNLARI

Hukukun uygulanma alanı yargı organları, yani mahkemelerdir. Bugün ülkemizde hukukun uygulama alanı olan yargı organlarının, etiksel sorunlarla karşı karşıya olduğu bilinmektedir. Yargı sistemi içinde yer alan her birimin kendine özel sorunları olduğu gibi, ortak sorunları da vardır. Yargının içinde bulunduğu bu ortak etiksel sorunların her biri, yargı sistemimizin deyim yerindeyse kara delikleridir. Bu kara delikler; yargı sisteminde, davaların uzamasıyla ortaya çıkan 'geciken adalet'in adaletsizliği, adil yargılanma hakkının ve yargı bağımsızlığının ihlali, hukuk sistemine güvensizlik, haksızlık, adaletsizlik, sorumsuzluk, liyakatsizlik, ehliyetsizlik gibi her biri etik ve ahlakla doğrudan ilişkili olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Hukuk ve yargı sistemini oluşturan bütün yargı organlarında görülen ortak etiksel sorunları şöyle sıralayabiliriz:

1) YARGI BAĞIMSIZLIĞI SORUNU

a) YARGI BAĞIMSIZLIĞININ TANIMI VE ÖNEMİ

Bir tanıma göre yargı bağımsızlığı; hâkimlerin kararlarını verirken özgür olmaları, hiçbir dış baskı ve etki altında bulunmamaları demektir.[726] Yargı bağımsızlığı, Anayasanın 138. ve 139. maddelerinde şöyle yer almaktadır:

"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılma-sında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz." (Anayasa, madde:138) "Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz." (Anayasa, Madde: 139).

Anayasanın bu maddesinde, "Hâkim ve savcılar, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz." denilerek hâkim ve savcılara bu güvenceler getirilmiştir. Ancak, hâkim ve savcıların yeterli maaş almaları konusunda Anayasamızda güvenceli bir hüküm yoktur. Hâkim ve savcıların alacakları maaş miktarı kanunla tespit edilmekte olup, bu maaş düzeyi de, yasama ve yürütme organının takdirine bırakılmıştır. İdeal anlamda hâkimlik teminatı bakımından bu husus eleştirilebilecek bir konudur.[727] Bir devletin, hukuk devleti olabilmesinin temel şartı yargı bağımsızlığı ilkesidir. Hâkim ve savcı teminatı da yargı bağımsızlığının en önemli unsurudur. Bu nedenle adalet, ancak bağımsız yargı ve teminatlı hâkim ve savcılarla sağlanabilir. Hâkim ve savcı teminatı, yargı bağımsızlığı ilkesini teyit eder, kuvvetlendirir hatta tamamlar.

Bir hâkimin kendi isteği olmadan hâkimlikten alınıp savcılık sınıfına geçirilmesi de hâkimlerin bağımsızlığına bir müdahale imkânı yaratabilir.[728] Nurullah Kunter'in

[726] Prof.Dr. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku.
[727] Prof.Dr. Baki Kuru, Hâkim ve Savcıların Bağımsızlık ve Teminatı.
[728] Prof.Dr. Baki Kuru, Hâkim ve Savcıların Bağımsızlık ve Teminatı.

isabetle belirttiği gibi, "Tayinleri Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapıyor olsa da hâkimlerin bu kurula karşı da bağımsızlığının korunmasında ve bir hâkimin kendi isteği olmadan savcılığa geçirilmemesinde yarar vardır." [729]

Anayasanın 138. ve 139. maddelerine göre mahkemeler; yasayla önceden kurulan, yargı yetkisini kullanırken hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan, kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirilemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen, görevlerinde bağımsız ve teminatlı hâkimlerden meydana gelen kuruluşlardır.[730]

Anayasa'nın bu ve benzer hükümleri, etik ilkelerin pozitif hukuk içerisindeki yerini göstermektedir. Görüldüğü gibi bu maddede, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ifade edildikten sonra vicdani kanaate vurgu yapılmıştır. Öyleyse bağımsızlıkla vicdani kanaat arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Bağımsızlığın en açık göstergesi, vicdani kanaate göre karar vermektir. Kanun ve hukuk ise (burada sadece kanun değil, 'kanun ve hukuk'tan birlikte söz edilmesi önemlidir), vicdani kanaat oluşturulurken dikkate alınacak ölçü ve bir bakıma sınırdır. Yani vicdani kanaate göre karar vermek, keyfi karar vermek değildir. Bu nedenle hukukun kabul ettiği vicdani kanaat, keyfiliğe izin vermeyen bir durumdur. Soyut ve genel nitelikte olan hukuk, sübjektif bir husus olan vicdani kanaatin, mümkün olduğunca en objektif şekilde ortaya çıkmasını sağlamaya çalışır.[731]

b) YARGI BAĞIMSIZLIĞININ FİKRİ TEMELLERİ-KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ

Fikri temelleri Montesquieu'ye dayanan kuvvetler ayrılığı ilkesi, klasik anlamıyla, 'devletin yasama, yürütme ve yargı güçlerinin birbirinden ayrılması' olarak tanımlanabilir.[732] Kuvvetler ayrılığı ilkesinin amacı, devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinden her birini diğeri karsısında özerk kılmak, bunlardan birinin diğerine baskı yapmasını önlemek, aralarındaki dengenin herhangi biri lehine bozulmasını engellemektir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi sayesinde insan haklarına dayalı hukuk devleti kurulabilir.[733]

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı bağımsızlığının fikri ve teknik alt yapısını oluşturmaktadır. Yargıyı gerçek anlamda bağımsız kılmak; yasama ve yürütmenin, hak ve özgürlükleri kısıtlayan karar, eylem ve işlemlerini engellemek ancak bu ilke sayesinde mümkün olabilmektedir. Bu anlamda yargı bağımsızlığı, hukuk devletini oluşturan en temel unsurların başında gelmektedir.

c) YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HUKUK DEVLETİ

---

[729] Prof.Dr. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku.
[730] Prof.Dr. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku.
[731] Prof. Dr. Muhammet Özekeş, Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu.
[732] Doç.Dr. Mehmet Turhan, Anayasal Devlet.
[733] Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri; Prof.Dr. Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku.

c.a) Yargının Yasama ve Yürütmeye Karşı Bağımsızlığı

Devletin yönetimini tek başına elinde bulunduran siyasi iktidarların, yürütme gücüne tamamen hâkim, yasama organında ise çoğunluğa sahip olmaları nedeniyle kapsayıcı bir güç oluşturabilmektedirler. Böyle bir kapsayıcı siyasi gücün, insan hak ve özgürlükleri aleyhinde kullanılması her zaman mümkündür. İşte bu gücün kötüye kullanılmasını engelleyen en önemli tedbir hukuk devleti ilkesidir. Hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir ülkede, devletin bütün resmi kurumlarının, her birey gibi hukuka uygun davranmak ve işlem yapmak zorunluluğu vardır. Hukuk, devletin bütün organlarına ve bireylere neleri yapabilecekleri veya yapamayacakları konusunda bir çerçeve/sınır çizer.

Yasama ve yürütme erki, bu sınırları aşarak bireylerin özgürlük alanlarına haksız bir şekilde müdahale ettiğinde, buna engel olabilecek tek meşru güç yargıdır. Bu nedenle yargı, yasama ve yürütmenin haksız müdahalelerine karşı temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu konumundadır.[734] Yargı, öncelikle yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olmalıdır. Çünkü yasama ve yürütme, devlet gücünü elinde bulundurduğundan yargıya en kolay müdahaleler, bu organlar eliyle yapılmaktadır. Bu etki ve müdahaleler, yasal mevzuatlar aracılığıyla ve devlet meşruiyeti görünümünde yapıldığı için daha sinsi, bu nedenle de üstesinden gelinmesi daha zordur.

Kısaca, bir toplumda insan haklarının gerçek anlamda yaşanabilmesi ve adaletin tecelli etmesi için gerekli olan yargı bağımsızlığı ilkesinin, en iyi yerleşip gelişebileceği, işlevini en iyi biçimde yerine getirebileceği hukuki ve siyasi zemin hukuk devletidir. Hukuk devleti ise, kendini hukukla sınırlandıran devlettir. Dolayısıyla gerek adalet ve insan haklarının güvencesi olan yargı bağımsızlığı ilkesi ve gerekse bu ilkeye en iyi siyasi ortamı sağlayan hukuk devleti ilkesinin ahlaki bir boyutunun olduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkeleri sadece siyasi ya da hukuki kavramlar olmayıp, aksine her ikisinin de çok güçlü bir ahlaki içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Bu nedenle bir toplumda yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkelerinin gerçek anlamda yerleşmesi ve devamı, bir yandan hukuk mesleği mensuplarının ciddi bir hukuk formasyonu ve etik anlayışa, bir yandan da toplum bireylerinin hukuk kültürü ve ahlaki bilince sahip olmalarıyla mümkündür.

c.b) Yargının Çevreye Karşı Bağımsızlığı

Yargının sadece yasama ve yürütmeye karşı değil, diğer sosyal etkenlere karşı da bağımsız olması gerekir. Yargının temel unsurları olan hukuk mesleği mensupları (hâkim, savcı, avukat) sonuçta bir insan olarak toplumsal hayatın içinde yaşamaktadırlar. Dolayısıyla kitle iletişim araçları, siyasi partiler, büyük firmalar ve sivil toplum kuruluşları gibi toplumsal çevreyi oluşturan bazı faktörlerin onları etkilemesi mümkündür. Bu nedenle yargının çevreye karşı da bağımsız olması gerekir. Diğer yandan hâkim ve savcılar, kendi meslektaşlarına ve içinde

[734] Gewirtz, 2005; aktaran: Prof. Dr. Levent Gönenç, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı.

bulundukları yargı kurumuna karşı da bağımsız olmalıdır. O halde yargı bağımsızlığının değişik boyutlarından söz edilebilir. Anayasanın 138. maddesinde;

"Hiçbir organ, makam, merci ve kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez" denilmektedir. Yine aynı maddenin devamında "Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. (Anayasa, madde: 138).

Yargının, devletin yasama ve yürütme erkine ve çevreye karşı bağımsızlığına 'dış bağımsızlık', yargının diğer yargı organlarına karşı bağımsızlığına da 'iç bağımsızlık' denilebilir. Bunun yanında 'iç bağımsızlık' kavramının başka bir boyutu da hukuk mesleği mensuplarının kendi bireysel inanç ve duygularına karşı bağımsız olmalarıdır.

Yargıya çevreden gelebilecek baskılardan birisi kitle iletişim araçlarından (medyadan) gelecek olanıdır. Buna karşı anayasal ve yasal tedbirler düşünülmüştür. Anayasa 26. maddesinin ikinci fıkrasında; medyadan gelebilecek baskılara karşı yargı bağımsızlığını korumak ve yargılama görevinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak için basın özgürlüğünün sınırlandırılabileceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra, Basın Kanununun 30. maddesinin ikinci fıkrasında; ceza soruşturmasının başından mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçen sürede yargılama faaliyetinin karar ve işlemlerine ilişkin doğrudan ya da dolaylı olarak görüş yayınlanması yasaklamıştır.[735]

Yargı bağımsızlığını korumak için, kitle iletişim araçlarıyla ilgili bu yasal düzenlemelerin gerekli olduğu söylenmelidir. Çünkü yargılamaya konu davaya bakan hâkimin, herkes gibi davadan önce kitle iletişim araçları yoluyla o olay hakkında bir kanaate ulaşmış olma ihtimali vardır ki bu durum, hâkimin bağımsız olarak karar vermesini etkileyebilir. Bu nedenle yargının bu tür etkilere karşı korunması gerekir. Ancak bu anayasal ve yasal hükümlere tam olarak uyulduğu söylenemez. Hatta savcılıklar tarafından başlatılan soruşturmaya konu olaylarla ilgili gizli belge ve bilgiler medyaya bir şekilde sızdırılarak henüz iddianame bile hazırlanmadan o olayla ilgili şüpheliler hakkında acımasızca yayınlar yoluyla adeta yargısız infazlar yapılmaktadır. Yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesine tamamen aykırı, ahlaki ve vicdani açıdan son derece sakıncalı bu uygulamaya mutlaka son verilmelidir.

Türk Ceza Kanununun 'yargı görevi yapanı etkileme' başlıklı 277. maddesinde, yargı görevini yapanlara emir vermeyi, baskı yapmayı, nüfuz icra etmeyi veya hukuka aykırı olarak etkilemeye çalışma eylemi suç olarak tanımlanmakta ve bu eylemleri yapanlara hapis cezası öngörülmektedir.

"Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar

[735] Prof.Dr. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku.

hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır." (TCK madde:277)

Yine TCK'nın 'Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs' başlığını taşıyan 288. maddesinde;

"Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır." denilmektedir.

Bu yasal düzenlemelere rağmen, sosyal çevrenin ve özellikle de medyanın yargıyı; hâkim ve savcıları etkilemeye yönelik yayın ve davranışlarına uygulamada engel olunamamaktadır. Bu, hukuk sistemimizde önemli bir hukuksal ve etiksel sorundur.

c.c) Yargının İç Bağımsızlığı

Yargıda iç bağımsızlık ise; hâkimin, hem inanç, his ve duygulardan oluşan kendi iç dünyasına hem de diğer yargı organlarına ve meslektaşlarına karşı bağımsızlığını ifade etmektedir. Yargı organları arasında gerek yatay ve gerekse dikey anlamda birbirine bağımlılık ilişkisi söz konusu olamaz. Bir hâkim, aynı yargı organında çalışan diğer meslektaşlarına bağımlı olamayacağı gibi, üst yargı organları olan Yargıtay ve Danıştay'a bağımlı olarak karar veremez.

"Alt yargı-üst yargı ilişkisi ancak itiraz ve temyiz gibi muhakeme usulünün gerektirdiği ölçüde vardır. Buna göre örneğin Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek yargı (temyiz) organı, alt yargılama makamının (yerel mahkemenin) kararını bozabilir veya onu bağlayacak karar verebilir. Ancak üst yargı organının alt yargı organına (yerel mahkemeye) önceden genel nitelikte emir ve talimat vermesi mümkün değildir." [736]

Ancak günümüzde bazı hâkimlerin; vicdani kanaatlerinden çok, üst yargı organlarında kararlarının sırf bozulması endişesiyle hareket ettikleri, bu çerçevede yüksek yargı organlarındaki tanıdıkları hâkimlerle görüşerek ya da daha önceki içtihatlara bakarak ve onları pek sorgulamadan kararlar verdikleri ve dolayısıyla 'direnme' kurumunu işletmedikleri görülmektedir. Böylece sırf içtihatlara bağımlı hâkim görüntüsü ortaya çıkmaktadır.

d) ULUSLARARASI BELGELERDE YARGI/HÂKİM BAĞIMSIZLIĞI

d.a) Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri

BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, 26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yapılan BM Yedinci Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Kongresi tarafından benimsenmiş, 29 Kasım 1985 tarih ve 40/32 numaralı ve 13 Aralık 1985 tarihli ve 40/146 numaralı kararlarla BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Toplam 20 maddeden oluşan bu temel ilkeler; *Yargı bağımsızlığı, *Hâkimlerin ifade ve örgütlenme özgürlüğü, *Yargıçların nitelikleri, göreve

[736] Prof.Dr. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku.

seçilmeleri ve eğitimleri, *Hizmet şartları ve görev süreleri, *Mesleki gizlilik ve muafiyet, *Disiplin, görevden alınma ve göreve son verme gibi başlıkları taşımaktadır. Görüldüğü gibi bu ilkelerin birincisi 'yargı bağımsızlığı', diğerleri ise onunla bağlantılı ilkelerdir.[737]

d.b) Bangalor Yargı Etiği İlkeleri

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri; Birleşmiş Milletlerin Şubat 2001 tarihinde Hindistan'ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, hâkim ve savcılara yönelik toplam 40 ilkeden oluşan ve "bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat" gibi başlıkları taşıyan etik değerlerle ilgili mesleki davranışlar belirlenmiş, 23 Nisan 2003 tarihli oturumda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilmiştir.[738]

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'ne göre;

*Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmelidir. (Değer:1, İlke: Bağımsızlık)

*Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. (Değer:2, İlke: Tarafsızlık)

*Doğruluk ve tutarlılık, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır. (Değer:3, İlke: Doğruluk ve Tutarlılık)

*Dürüstlük ve dürüstlüğün görüntü olarak ortaya konuluşu, bir hâkimin tüm etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur. (Değer:4, İlke: Dürüstlük)

*Yargıçlık makamının gerektirdiği performans açısından asıl olan; herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır. (Değer:5, İlke: Eşitlik)

*Ehliyet ve liyakat, yargıçlık makamının gerektirdiği performansın ön koşuludur. (Değer:6, İlke: Ehliyet ve Liyakat).

d.c) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10.maddesinde; herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede adil bir şekilde yargılanma hakkı şöyle ifade edilmektedir:

"Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır." (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, madde:10). Çünkü bağımsız bir yargı, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir güvencesidir.

d.d) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi

Yargı bağımsızlığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 'Adil yargılanma hakkı' başlığını taşıyan 6. maddesinde şöyle vurgulanmaktadır: "Herkes, gerek

[737] Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri.
[738] Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri.

medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde:6)

e) YARGIYA BASKI VE MÜDAHALELERE ÖRNEKLER

Yargı bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyebilecek baskı ve müdahaleler farklı biçimlerde ortaya çıkabilir. Yargıya yönelik olumsuz baskı ve müdahaleler bazen toplumun belirli güç odaklarından ya da suç örgütlerinden yasa dışı yollarla gelebilmektedir. Bunların, yargıyı etkilemek için kullandıkları araçlar ise öncelikle tehdit ve korku ya da menfaattir. Yargıya baskı ve müdahaleler konusunda uluslar arası ve ulusal düzeyde bazı örnekler verilmesinde yarar bulunmaktadır.

*Uluslararası düzeyde; aşırı/uç örneklerde, hâkimlere karşı bazen açıkça kaba güç kullanılarak tehdit edildiği ve yönlendirildiği, bazen ise onlara belirli menfaatler vaat edilerek etkilenmeye çalışıldığı görülmektedir. Örneğin Meksika'da uyuşturucu kaçakçılığıyla ilgili davalara bakan hâkimler, bazı etkili güçler tarafından rüşvet-şiddet kıskacına alınmıştır. Bu ülkede 'gümüş veya kurşun' kavramı, bu davalara bakan hâkimlerin karşı karşıya oldukları birbirinden kötü iki seçeneği, yani rüşveti veya şiddeti ifade etmektedir.[739]

Yargıya baskı ve müdahale niteliği taşıyan tutum ve davranışlar, bazen devletin temel erklerinden olan yasama ve yürütme tarafından yasal mevzuat görüntüsü altında sergilenmektedir. Bazı örneklerde; yasama ve yürütme organlarının, sahip oldukları anayasal ve yasal yetkilerini zorlayarak hatta aşarak, bu yetkileri yargıya baskı yapmak amacıyla kullandıkları görülmektedir. Örneğin Rusya Federasyonunda Boris Yeltsin, anayasa mahkemesini etkisiz kılmak için çeşitli yollar denediği, bu çerçevede Mahkeme hâkimlerini, bağlılıklarını sınamak amacıyla özel bir toplantıya davet ettiği, ancak bu tür ikna yöntemleri yetersiz kalınca 1993 yılında yayınladığı "Başkanlık Kararnamesi" ile Mahkemenin faaliyetlerini askıya aldığı bilinmektedir.[740]

*Türk hukuk tarihine bakıldığında; İstiklal Mahkemeleri, Sıkı Yönetim Mahkemeleri, Yassı ada Mahkemeleri, Olağanüstü Hal Mahkemeleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri adı altında özel mahkemeler kurularak doğal/olağan hâkim ilkesine aykırı uygulamalar görülmektedir.

İstiklâl Mahkemeleri hâkimleri; yargılama aşamasındaki tutum ve davranışlarına, kayıtlara geçmiş ifadelerine bakıldığında, hukuk ve adalet kavramından ziyade, o dönemin siyasi iktidarının temayül ve direktiflerine uygun davranma kaygısı taşıdıkları anlaşılmaktadır. Aslında İstiklâl Mahkemelerinin; kurulması, üyelerinin seçimi, hangi suçları yargılayabilecekleri ve verdikleri idam cezalarının infazına yetkili olup olmadıkları gibi hususların Meclisin çoğunluğu

---

[739] Menéndez, 2007; aktaran: Prof.Dr. Levent Gönenç, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı.

[740] Trochev, 2008; aktaran: Prof.Dr. Levent Gönenç, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı.

tarafından kararlaştırıldığı dikkate alınacak olursa, siyasetin büyük etkisi bütün davalarda kendini göstermektedir.

Falih Rıfkı Atay, 'Çankaya' isimli kitabında İstiklal Mahkemeleriyle ilgili şunları yazmaktadır: "Ne kadar yazık ki, yeni rejimin otoritesi, İzmir ve Ankara sehpaları üstünde tutundu. Bu kesin tasfiye, her türlü aleyhtarlığın bütün cesaretini kırdı. Fakat hükümet içinde hükümet gibi, bir de istiklâl Mahkemesi otoritesi meydana geldi. Bu hal, ismet Paşa'nın devamlı ısrarları üzerine bir akşam, Ankara Palas'ın bir balosunda Mustafa Kemal'in İstiklâl Mahkemecilerini çağırıp hemen oracıkta vazifelerine nihayet vermelerine kadar sürdü."[741]

Türk hukuk tarihinde yargıya baskı ve müdahale konusunda önemli örneklerden biri de 1960 darbesinden sonra kurulan Yassıada Mahkemeleri'dir. 27 Mayıs 1960 ihtilalinden sonra, devrilen hükümet yöneticilerini yargılamak için Yassı ada'da özel olarak mahkeme kurulmuştur. Bu hukuk dışı olaya devrin meşhur hukukçularından bazıları açıkça, bazıları da sessiz kalarak destek vermiştir. Bu hukukçular; "Doğal hâkim ilkesi normal zamanlarda geçerlidir, şimdi ihtilal zamanıdır. DP'lileri yargılamak için özel mahkemeler, ihtilal mahkemeleri kurulabilir" diyebilmişlerdir.[742]

Yassı ada mahkemesinde sözüm ona hâkim ve savcıların adil yargılama ilkelerine uymadıkları, tamamen askeri yönetimin verdiği talimatlara göre güya yargılama yapıp karar verdikleri bilinmektedir. Hâlbuki objektif düşünebilen hukukçular, bu mahkemeyi hukuki bulmamakta, aksine siyasi ve askerî bir organ olarak değerlendirmektedir. Yargıtay Onursal Başkanı Prof.Dr. Sami Selçuk, olağanüstü mahkeme olarak nitelendirdiği Yassı ada Mahkemeleri'nin kuruluşunun ve yargılama biçiminin hukuka aykırı olduğunu, bu mahkemede ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan 'doğal hâkim' ve 'adil yargılama ilkelerinin' açıkça ihlal edildiğini vurgulamaktadır. Emekli Hâkim Albay Ümit Kardaş; Yassı ada Mahkemesi'nin, işlendiği iddia edilen suç tarihinden sonra kurulduğu için doğal hâkim ilkesine aykırı olduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme Başkanı Salim Başol'un "Sizi buraya tıkan kuvvet böyle istiyor" şeklindeki sözünün, bu mahkemenin hukuki açıdan ne kadar sakat olduğunu gösterdiğini söyleyen Kardaş, "Bir güce bağlı olan, özel olarak kurulan ve önyargılı şekilde hareket eden bir organa mahkeme denemez." demektedir.[743]

12 Eylül Askeri Darbesi sadece yasama ve yürütme yetkisini ele geçirmekle kalmamış, 16 Ekim 1981'de bütün siyasi partiler kapatılarak Anayasa Mahkemesinin kullandığı siyasi partileri kapatma yetkisi de Konsey tarafından kullanılmış olmakla hukuk devletinin temel prensiplerinden olan kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkeleri de bertaraf edilmiş olmaktadır.

Türkiye'de 12 Eylül 1980 Askeri darbesi ile yargı sistemi olumsuz bir süreçten geçmiştir. Darbe yönetiminin ilk yaptığı hukuki düzenlemelerden biri de; Sıkıyönetim Mahkemeleriyle ilgili olup, kişilerin yargısal güvencelerini daraltan ve Sıkıyönetim Komutanının ve Mahkemelerinin yetkilerini arttıran düzenlemelerdir.

---

[741] Prof.Dr. Durmuş Yılmaz, İstiklal Mahkemeleri.
[742] Abdi İpekçi-Ömer Sami Coşar, İhtilalin İçyüzü; Taha Akyol'dan nakil.
[743] Prof. Dr. İsa Kayacan, Yönlendirmelerin Gölgesindeki Yassıada Mahkemeleri.

Yargılama sırasında sanığın tutuklanıp tutuklanmayacağı hakkındaki kararı, sıkıyönetim mahkemesindeki askeri hâkimlerden birisinin vereceğine, mahkemelerce verilen 3 yıla kadar olan hapis cezası kararlarının temyiz edilemeyeceğine dair hükümler bu dönemde kabul edilmiştir. Bu süreçte hukukun üstünlüğü ilkesi ve adalete erişim hakkı önemli ölçüde bertaraf edilmiştir. Bu süreç içinde meydana gelen insan hakkı ihlalleri, adil yargılamanın yapılamaması sonucu, mahkeme kararları ile yargı bağımsızlığı tartışılır hale gelmiştir. Hâlbuki bağımsız yargı, adil yargılanma hakkının temelini teşkil etmektedir. Yargılamaların çoğu Sıkıyönetim Mahkemele-ri'nde yapılmıştır.

Askeri otorite tarafından kurulan sıkıyönetim mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcılar da yine askeri otorite tarafından atanmıştır. Bu mahkemelerin üzerindeki askeri otoritenin varlığı, mahkeme heyetinin başında hukukçu olmayan bir subayın yer alması nedeniyle iyice güç kazanmıştır. Kararları beğenilmeyen hâkimlerin yerlerinin değiştirilmesi, henüz süreleri bile dolmadan hâkimlerin emekli edilmeleri ve hatta meslekten ihraç edilmeleri, yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı uygulamalar olmuştur. Bir hâkimin tarafsızlığından kuşku duyulması durumunda, davanın taraflarına tanınan reddi hâkim talebinde bulunma hakkı bu dönemde kaldırılmıştır.

Sonuç olarak; yargı bağımsızlığı, başka bir kişi yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme erki ve davadaki tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Bir mahkemenin bağımsızlığı, üyelerin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayan tedbirlerin alınıp alınmadığına ve mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediği ile ilgilidir. Bu anlamda bu mahkemelerin, askeri yönetimin etkisine açık olması nedeniyle bağımsız mahkemeler olduğunu söylemek mümkün değildir.

1983 yılında Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulması ile sıkıyönetim mahkemelerinde görülen davalar bu yeni kurulan mahkemelere devredildi. 2004 yılında AB uyum süreci çerçevesinde kaldırılan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yerini ise genişletilmiş özel yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri aldı. Özel yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri 2014 yılı başında kaldırılıncaya kadar, bu mahkemelerde ülkemizde Ergenekon, Balyoz vb. isimlerle adlandırılan ve 'darbeye teşebbüs' iddiasıyla açılan davalara bakılmıştır. Bu mahkemelerin kuruluşu, hâkim ve savcı kadrosunun oluşturulması, delil toplama yöntemi, uzun tutukluluk süreleri bakımından yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkelerine aykırı uygulamalar görülmüştür. Bu davalarda en temel hukuk ve yargılama kurallarının göz ardı edilmesi, ülkemizde uzun yıllar boyunca büyük bir sorun olan darbe zihniyetini ortadan kaldırmak ve demokrasinin tam olarak yerleşmesi gibi çok önemli işlevler görebilecek bu davalara gölge düşürmüştür. Hâlbuki bir haksızlık ve adaletsizlik, başka türlü bir haksızlık ve adaletsizlikle ortadan kaldırılamaz.

Ülkemizde '28 Şubat Süreci' olarak bilinen dönem de yargı bağımsızlığı açısından sıkıntılı bir dönemdir. Çünkü bu dönemde, TSK'nin bazı üst düzey subayları tarafından düzenlenen siyasi nitelikli brifinglere, devlet bürokrasisi yanında Ankara'da bulunan ilk derece ve üst yargı organlarında görev yapan bütün hâkim ve savcıların da katılmak zorunda bırakıldığı, bu konuda yargının etki altına

alındığı bilinmektedir. Bu süreçte; bazı etkili güçler tarafından belirli kesimleri baskı altına almak için 'irtica' ve 'gericilik' gibi kavramlar üretilmiş, medya desteği de sağlanarak hayali tehdit algıları yaratılmış ve bunlarla mücadele adı altında hukukun en temel ilkeleriyle oynanmış, evrensel temel hak ve özgürlükler göz ardı edilmiştir. 'İrtica' tehdidi adı altında yürütülen hukuk dışı uygulamalar, MGK toplantılarının en önemli gündemi olmuştur. O dönemde MGK'nın asker kanadının hükümete yönelik baskıları, o günkü hükümetin siyasi irade ortaya koyamaması nedeniyle hukukun temel ilkelerine aykırı genelgelerin yayınlanmasıyla sonuçlanmıştır. 28 Şubat sürecinde; bu hukuk dışı baskıya karşı, yargı baskı altına alındığından **yargısal** takibat, hükümet baskı altına alındığından ve siyasi irade de ortaya koyamadığından **idari** soruşturma bile yapılamamıştır.

Ülkemizde, yargı bağımsızlığına zarar veren müdahale ve baskılar şüphesiz ki bunlarla sınırlı değildir. Yargı, hemen her dönemde bazen hafif bazen de şiddetli bir biçimde baskı ve müdahalelere muhatap olmuştur ve olmaktadır. Yargı organları olan mahkemeler ilk derecesinden üst derecesine kadar her biri, şüphesiz ki isabetli kararlar verdikleri gibi, bazen hukuka uygun düşmeyen kararlar verebilmektedir. Bu nedenle bu kararlar, hukukçu akademisyenler tarafından doktrinde usulüne uygun biçimde tartışılmakta ve böylece hukuk ve yargı dünyasına katkılar sağlanmaktadır.

Yargı kararlarının akademik düzeyde tartışılması ve eleştirilmesinin hiçbir sakıncası olmadığı gibi birçok yararları vardır. Ancak devletin en üst yönetim kademelerinde bulunan kişilerin ve medya kuruluşlarının yargı kararlarını uluorta eleştirmeleri, hatta yargıyı hedef haline getirmeleri, yargı erkini ciddi olarak baskı altına almakta ve yıpratmaktadır. Ülkemizde hukuk ve yargı, bazen adaleti gerçekleştirme aracı olmaktan çok, bir kısım muhalif kesimleri etkisizleştirme, hatta yok etme aracı olarak kullanılmak istenmektedir. Bu durum, hukuk alanında çok sık yapılan anayasa ve yasa değişikliklerinden de açıkça anlaşılmaktadır.

f) ÜLKEMİZDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI İLKESİNE AYKIRI DURUMLAR

f.a) Anayasamızda Yargı Bağımsızlığına Aykırı Hükümler

Anayasanın 140/6 maddesinde yer alan "Hâkimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar." şeklindeki hükmünü bazı hukukçular, yargı bağımsızlığı için ciddi bir engel olmadığını ileri sürürken bazıları ise, bu hükmün yargı bağımsızlığı önünde engel oluşturduğunu ileri sürmektedirler. Adalet Bakanlığı, anayasanın bu maddesinin, yürütmenin yargıya müdahalesini kolaylaştırmadığını savunmuşsa da bu maddenin, en azından yargının yumuşak karnı olduğu ve yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı siyasi tutum ve davranışlar için bir açık kapı oluşturabileceği söylenebilir.[744]

f.b) Hâkimlerin Terfi, Tayin İşlemleri ve Yargı Bağımsızlığı

[744] Türkiye'de Yargı Sisteminin İşleyişi, İstişari Ziyaret Raporu, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/yargi2004.pdf.

Yargı bağımsızlığı önündeki en önemli engellerden biri de, hâkimlerin yükselme ve ilerlemelerinde uygulanan sistemdir. Bu konuda objektif ölçütler olmadığından, hâkimler, terfi ve tayin için adalet bakanlığı ve Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulundan yardım bekleyen kişi konumunda bulunmaktadır.

Hâkimlerin içtihat yaratmalarının önünde önemli bir engel olarak duran, kararları hakkında verilen not sisteminin gözden geçirilmesi gerekir. Bu yüzden, yüksek mahkemelerin yanlış bozma kararlarına karşı dahi hâkimler direnme cesareti gösterememektedir.[745]

f.c) HSYK ve Yargı Bağımsızlığı

Ülkemizde Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) üyesi olması yargı bağımsızlığının en büyük tehdidi olarak gösterilmekte ve tartışmalar bu nokta üzerinde odaklanmaktadır.

Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun sadece 'meslekten çıkarma' cezasına ilişkin kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabilmektedir. Hâlbuki hâkim ve savcılara, sadece kesin ihraç kararlarına karşı değil, kendileriyle ilgili verilmiş olan bütün HSYK kararlarına karşı, bağımsız bir yargı organına itiraz edebilme imkânı tanınmalıdır.

Bilindiği gibi,"Avrupa Konseyinin Hâkimlerin Bağımsızlığına İlişkin Tavsiye Kararı"nın 6. prensibi, disiplin cezası vermeye yetkili kurumun kararlarının, üst bir yargı organı tarafından denetlenmesi gereğini düzenlemektedir. Yine BM. Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerinin 20. prensibi, "disiplin, meslekten geçici uzaklaştırma veya kesin ihraç kararları, bağımsız bir yargı organı tarafından yeniden incelenmeye tabi tutulmalıdır." hükmünü içermektedir.

f.d) Hâkim-Savcıların Mesleğe Alınmaları ve Yargı Bağımsızlığı

f.d.a) Genel olarak

Hâkim ve savcıların, görevlerini yerine getirirken hiçbir kişi ya da kurum tarafından baskı ve etki altına alınmaması yargı bağımsızlığı açısından ne kadar önemliyse, onların mesleğe alınmalarında, yargı bağımsızlığına gölge düşürebilecek bir sistemin/yöntemin ya da ehliyet ve liyakat dışında bir nedenin rol oynamaması da önemlidir. Çünkü hâkim ve savcıların liyakat dışında her hangi bir nedenle mesleğe alınmaları, onları meslek hayatları boyunca minnet borcu altında bırakabilir.

Aslında her sistemin kendine göre iyi ve kötü yönleri vardır. Bu nedenle yargının bağımsızlığı açısından ideal sistemi bulmanın zorluğunu belirtmek gerekir. Sistemlerin hepsinde ortak olan nokta, atama hangi organ tarafından yapılırsa yapılsın mutlaka ve kaçınılması mümkün olmayan az ya da çok bir bağımlılık ilişkisi yaratmasıdır. Bununla birlikte sadece bu bağımlılık ilişkisi nedeniyle hâkim bağımsızlığının ihlal edilebileceği söylenemez. Ayrıca her atama organının, aynı etkinlikte bir bağımlılık ilişkisi yaratmadığı da ifade edilmelidir. Bu nedenle bu bağımlılık ilişkisinin hiç olmadığı ya da en azından asgari düzeyde tutulduğu bir sistem bulunmalıdır.

[745] Prof.Dr. Muhammet Özekes, Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu.

Aslında hâkim ve savcıların mesleğe alınmaları konusunda hangi sistem kabul edilirse edilsin yargı bağımsızlığını sağlama ve onu sürdürmede en büyük sorumluluk hâkim ve savcılara düşmektedir. Bu ise, hukuk mesleği mensuplarının ahlaki açıdan çok iyi bir donanıma sahip olması gerektiğini gösteren başka bir durumdur. Tek başına yeterli olmamakla birlikte hâkim ve savcıların mesleğe alınmalarını düzenleyen sistemin, yine de mümkün olan en ideal yapıda ve yargı bağımsızlığına gölge düşürmeyecek biçimde olması gerekir. Yargı bağımsızlığı kavramını az ya da çok etkisiz, anlamsız ve içi boş hale getirecek sistem ve uygulamalardan kaçınmalıdır.

BM. Yargı Bağımsızlığı Temel Prensibi'nin 8. maddesine göre; "Yargı görevini yapanların, uygun olmayan neden ve gerekçelerle atanmasını önlemek için her türlü adli seçim yöntemi kullanılır." BM. Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri'nin, 'Yargıçların nitelikleri, göreve seçilmeleri ve eğitimleri' başlığını taşıyan 10. maddesinde;

"Yargıçlar, gerekli hukuk eğitimini ve niteliklerini almış, dürüst ve ehliyetli kişiler arasından seçilir. Yargısal göreve seçim yöntemleri düzenlenirken, uygunsuz saiklerle atama yapılmasına karşı koruyucu tedbirler getirilir." denilmektedir.

Avrupa Konseyi Tavsiye Kararına göre ise; "Hâkimlerin mesleki kariyerleriyle ilgili bütün kararlar, objektif ölçütlere dayanır. Hâkimlerin mesleki kariyerleri ve seçimi, liyakat esasına göre yapılır. Hâkimlerin kariyerleri ve seçimi konusunda karar verecek organ, hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır." [746]

Türkiye'de, hukuk fakültesi mezunlarından, ÖSYM tarafından yapılan yazılı sınavda önceden belirlenmiş asgari puanı alan kişilerin, hâkim-savcı adaylığına kabul edilebilmeleri için Adalet Bakanlığı personellerinden oluşan bir komisyon tarafından yapılan mülakat (sözlü sınav) uygulaması halen devam etmektedir. Bu nedenle hâkimlik ve savcılık mesleğine girişte yapılan mülakat sınavının, kimler tarafından ve hangi yöntem uygulanarak yapıldığı hususları, 'yargı bağımsızlığı' açısından büyük önem taşıdığından bu konu daha ayrıntılı olarak incelenmelidir.

f.d.b) Hâkim ve Savcı Alımında Mülakat Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı

Ülkemizde hâkim ve savcı alımında uygulanan mülâkat sisteminin, yargı bağımsızlığının temel ilkeleri açısından büyük sakıncalar taşıdığı ve bugünkü haliyle Avrupa Konseyi Tavsiye Kararlarına uygun olmadığı söylenebilir.

Mülâkat sistemi, ülkemizde resmi ve özel kurumların personel alımlarında, bireylerin belli görevler için liyakat sahibi olup olmadığını değerlendirmek amacıyla kullanılan önemli bir ölçme-değerlendirme yöntemi olarak varlığını sürdürmektedir. Bireyin, sözlü ifade yeteneği liyakat belirlemede önemli bir unsur olduğuna göre, kamuya personel alımında mülâkat sisteminin uygulanması uygun bir tercih olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'da hâkim ve savcı alımında da mülâkat sisteminin uygulanmasını engelleyen bir hüküm olduğunu ifade etmek

[746] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi: Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı.

mümkün değildir.[747] Ancak 'nasıl bir mülâkat sistemi olmalıdır' sorusu burada hayati önem taşımaktadır. Bu sorunun cevaplandırılmasında Anayasa'nın 'Kamu hizmetine girme hakkı' başlığını taşıyan 70. maddesi bize yol göstermektedir. Bu maddede;

"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." denilmektedir. Anayasa'nın bu hükmü, bireylerin kamu hizmetlerine girmeleri konusunda, bu hizmetlerin gerektirdiği objektif nitelikler dışında herhangi bir ayrıma tâbi tutulmalarının mümkün olmayacağını açıkça göstermektedir. Örneğin, bir kamu hizmetine girmek isteyen kişiler, belli siyasi, dini ya da felsefi düşüncelere sahip olması gibi özellikleri bakımından değerlendirmeye tâbi tutulamazlar.

O halde mülâkat, bir yandan görevin gerektirdiği liyakat ve ehliyetin ölçülmesine yarayan bir yol ve yöntem iken, diğer yandan da görevin gerektirdiği nitelikler dışında sübjektif değerlendirmelere tâbi tutulmaya neden olacak bir yol olma tehlikesini bünyesinde taşımaktadır. Bu tehlikeyi ortadan kaldırmanın yolu, mülâkatı mümkün olduğu kadar şeffaf ve tarafsız olarak yapmak ve bu şekilde yargı denetimini sağlayacak biçime kavuşturmaktır.[748]

Bugünkü uygulandığı şekliyle mülâkatın yargısal denetiminde birçok güçlükler bulunmaktadır. Yargısal denetim konusunda mülâkatın yapısı gereği bazı zorlukların olduğu söylenebilir. Ancak bu zorlukları gidermenin yolu da vardır. Bu da mülâkat sınavlarını, teknolojik imkânlardan da yararlanarak şeffaf hale getirmektir. Şeffaflıktan yoksun bir mülâkat sınavı yargısal denetime engel olmaktadır.

Bu durumun Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama hürriyeti"[749] ve 125/1. maddesinde düzenlenen "idarenin bütün işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbi olacağına"[750] ilişkin kurallarla bağdaşmayacağı açıktır. Hâlbuki idare, bütün işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini sağlamak için her türlü tedbiri almak zorundadır. Mülakat sınavı da idari bir işlem olduğuna göre bu işlemin de yargısal denetime uygun bir şekilde yapılması gerekir. Aksi halde, Anayasa'nın 125/1 maddesinde belirtilen "idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetime açık olduğu" yönündeki hüküm sadece sözde kalır.[751]

---

[747] Yrd. Doç.Dr. Halit YILMAZ, Hâkim ve Savcı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuki Sorunlar.

[748] Yrd. Doç.Dr. Halit YILMAZ, Hâkim ve Savcı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuki Sorunlar.

[749] Anayasanın 'Hak Arama Hürriyeti' başlığını taşıyan 36. maddesinde: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır.

[750] Anayasanın 'Yargı yolu' başlığını taşıyan 125/1. maddesi: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." şeklindedir.

[751] Yrd. Doç.Dr. Halit YILMAZ, Hâkim ve Savcı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuki Sorunlar.

Mülakat sınavının, yargısal denetimi mümkün kılacak biçimde yapılmaması yanında, çoğunluğu Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşan bir komisyon tarafından icra edilmesi de yargı bağımsızlığı açısından sakıncalar doğurduğu söylenebilir.

Avrupa Birliği 2005 İlerleme Raporu'nda; Türkiye'de yazılı sınavda başarılı olan adayların Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşan bir kurul tarafından mülakata tabi tutulmaları, hâkim ve savcı adaylarının istihdamında Adalet Bakanlığı'nın önemli derecede etkili olmasına imkân sağladığı düşüncesiyle şöyle eleştirilmiştir. "Sözlü sınav, hâkim ve savcı adaylarının istihdamında Adalet Bakanlığı'nın hatırı sayılır derecede etkili olmasına imkân tanır."[752]

Anayasa Mahkemesi, bir kararında 'gerek yazılı sınavın gerekse mülâkatın yargı bağımsızlığının bir gereği olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması gerektiğine' işaret etmiştir.[753]

Hâkim ve savcı alımında yazılı sınavdan sonra mülâkat sınavı konulması ve bu sınava ilişkin usul ve yöntemin belirlenmesi kanunla düzenlenebilir. Ancak bu kanunda mülâkat sınavının şeffaflığına ilişkin bazı genel ilkelerin belirlenmesi, Anayasa'nın yukarıda belirttiğimiz maddeleri açısından bir zorunluluktur.[754]

Hâkimlik ve savcı alımı için yapılacak yazılı sınavın Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılacağına dair düzenleme, sistemi önemli ölçüde rahatlatmıştır. Ancak yapılacak mülâkatla ilgili gerekli şeffaflık ve tarafsızlığa ilişkin objektif ölçütler kanunda belirlenmediği için sistem sakatlanmıştır. Kanuna göre söz konusu mülâkat kurulunun çoğunlukla Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşması, kurulun tarafsızlığı konusunda ciddi şüpheler oluşturacak bir durumdur. Adalet Bakanlığı'nın mülâkat sınavı yapması, Anayasa açısından bir sorun olarak görülmese bile, Bakanlık bünyesinde oluşturulacak mülâkat kurulunun tarafsızlığı konusundaki şüpheleri ortadan kaldıracak düzenlemeler yapılması, Anayasada yer alan yargı bağımsızlığı açısından bir zorunluluktur.

f.d.c) Mülakat ve Yargısal Denetim

Mülakat sınavının, yargısal denetim açısından bazı zorlukları olduğu şüphesizdir. Ancak mülakata tabi tutulan kişinin başarısına ilişkin değerlendirme bir idari işlemdir. Bu nedenle Anayasa'nın 125/1. maddesi kapsamında yargı denetimine tâbidir. Bu konudaki zorluk, yapılan mülâkat sınavında, yargı denetimini mümkün kılacak şartların bulunup bulunmamasıyla ilgilidir.

Mülakat sınavında 'Başarılı ya da başarısız oldu' biçiminde ortaya çıkan idari işlemin neden, konu ve amaç unsurlarını denetlemek kolay değildir. Amaç unsurundaki sakatlık, genellikle işlemi yapan kurulun kamu yararı dışındaki niyetiyle ilgili olduğu için ispatı zor bir sakatlıktır.[755] İşte bu noktada şeffaflığa

---

[752] http://www.abgs.gov.tr/files/AB İlişkileri/Türkiye 2005 İlerleme Raporları.

[753] Anayasa Mahkemesi'nin, T. 14.12.1995, E. 1995/19, K. 1995/64, K. Sayılı Kararı.

[754] Yrd. Doç.Dr. Halit YILMAZ, Hâkim ve Savcı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuki Sorunlar.

[755] Prof. Dr. Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri.

ilişkin usul güvencelerinin, söz konusu niyetin anlaşılmasını tam olarak sağlamasa da bu açıdan önemli olduğu söylenebilir.

Başarılı ya da başarısız şeklinde ortaya çıkan idari işlemin 'neden' unsuru yönünden sakatlığı, mülâkat sürecinde neler yapıldığıyla ilgilidir. Bu tür bir sakatlığın varlığını tespit edebilmek için, mülakat sürecinde sınava giren adaya hangi soruların sorulduğu, bu sorulara nasıl cevaplar verildiği gibi konuları sonradan gözden geçirme ve denetleyebilme imkânına sahip olmak gerekir. İşte bu noktada sınavda şeffaflık sağlayan teknik araçlar önem kazanmaktadır. Burada teknolojik bütün imkânlardan yararlanarak mülakat sürecinin, sonradan denetime imkân verecek biçimde kayda alınması gündeme gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirtildiği üzere mülâkat sınavlarında sorulan soruları ve verilen cevapları, delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma imkânı yoktur. Dolayısıyla sözlü sınava karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır.

Danıştay, aşağıdaki kararında bu soruna çözüm olabilecek önemli tespitler yapmaktadır:

"Sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesinin söz konusu olduğu, ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadığı için, ilgilinin sözlü sınav yeterliliğinin sonradan değerlendirilmesinin yapılamayacağı, bilirkişi incelemesine de konu edilemeyeceği açıktır." [756]

Danıştay bu kararında; mülakat sınavlarındaki bu soruna çözüm olabilecek tespitler yaparak, idarenin bu mülakat sınavında ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak altına almadığını belirlediği halde, bu durumu, idarenin hukuka aykırı bir işlemi olarak görmeyip, doğrudan doğruya davanın reddine karar vermesi, Anayasa'nın, 'idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu' yönündeki hükme aykırıdır. Bu durumda mülakat sınavları bir idari işlem olduğu halde, bu idari işlemle ilgili olarak anayasal hüküm uygulanmamış olmaktadır.

Diğer yandan Danıştay'ın farklı bir kararı da vardır. Danıştay, doçentlik sınavının sözlü aşaması sonunda, sınava tabi tutulan kişinin sadece başarısız olduğuna ilişkin bir tutanak tutulmasının yetersiz olduğu, aynı zamanda neden başarısız sayıldığına ilişkin somut verilerin de işlemde gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir.[757] Danıştay'ın bu kararına göre, mülakat yapmak hukuka aykırı olmamakla birlikte, mülakatta başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak teknik altyapının hazırlanması, hukuka bağlı bir yürütmenin görevidir.

Danıştay'ın; mülkiye müfettişliği için yapılan mülâkat sınavıyla ilgili daha ilginç bir kararında:

"…Bilginin ölçülmesi amacıyla yapılacak yazılı sınav yanında, mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olup olmadıklarının tespiti açısından tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav (mülakat) yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığına, …yapılan sözlü sınavın ve sınav sonucunda tesis edilen işlemin yargısal denetimi için gerekli tüm unsurların oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı

[756] Danıştay'ın, T. 13.09.1989, E. 1989/302, K. 1989/671 Sayılı Kararı.
[757] Danıştay'ın T. 19.10.2004, E. 2004/1367, K. 2004/3878 Sayılı Kararı.

idarenin görevi olduğuna ve sözlü sınavda verilen cevapların, teknolojik imkânlardan yararlanılarak kayıt altına alınmak (elektronik ortamda görüntülü ve/veya sesli kayıt gibi) suretiyle, objektif nitelikte incelenip yargısal denetiminin yapılmasına imkân tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından önemli ve yerinde bir uygulama olacağına' hükmetmiştir.[758]

Danıştay'ın bu son kararlarından, daha önceki anayasal hükümlerle uyum içinde bulunmayan görüşünün değiştiği ve olması gereken noktaya geldiği anlaşılmaktadır. Danıştay'ın, son kararlarıyla mülâkat sınavlarını bir idari işlem olarak yargı denetimine uygun bir hale getirmek istediği anlaşılmaktadır.[759]

Sonuç olarak; hukuk devleti, kısaca hukukla sınırlanmış devlet anlamına gelmekte, hukuk, devletin hem temelini ve meşruluk kaynağını oluşturmaktadır. Hukuk devleti kavramı, devletin bütün faaliyetlerine hukukun hâkim olması, devletin her türlü keyfi davranışının önüne geçilmesini ifade eder. Eylem ve işlemleri bağımsız yargı tarafından denetlenmeyen bir devletin uygulamaları, baskı ve zulüm biçiminde ortaya çıkabilir.[760] Bu nedenle hukuk devleti kavramı, yasama ve yürütme erklerinin yargı denetimine tabi olması halinde anlamlıdır. Ancak yargı erki, bu denetim işlevini tam ve adil bir biçimde yerine getirebilmesi için onun, bağımsız olması gerekmektedir.

2) DAVALARIN MAKUL SÜREDE SONUÇLANMAMASI SORUNU

"Ekmek su aş bulmak gecikebilir
Temele taş bulmak gecikebilir
Devlete baş bulmak gecikebilir
Adalet gecikmez tez verilmeli." [761]

a) YARGIDA GECİKMENİN İNSANİ VE VİCDANİ/AHLAKİ SAKINCALARI VARDIR

Bugün ülkemizde yargı sisteminin ahlaki sorunlarının başında davaların gereksiz yere uzaması ve makul süre içinde sonuçlanmaması sorunu gelmektedir. Yargılamaların uzamasıyla geciken adaletin, birey ve toplumu olumsuz yönde etkilediği bilinmektedir. Gecikerek verilen mahkeme kararıyla adalet gerçekleşmez. Geciken mahkeme kararları, halkın hukuk düzenine olan güveni azaltmakta, ülkemizde ve bazı ülkelerde görüldüğü gibi ihkak-ı hak (kendi kendine hak alma) yöntemiyle, suçun mağdurları tarafından adaletin yerine getirilmesi yoluna gidilmekte, böylece yeni suçlar işlenmekte ve kargaşa ortaya çıkmaktadır.

Yargılamanın uzaması, hukuk davalarında her iki taraf, ceza davalarında da suçun mağdurları ile birlikte şüpheli ve sanıklar açısından da sakıncalar doğurmaktadır. Çünkü davanın bir an önce sonuçlanması, davacı açısından olduğu

---

[758] Danıştay'ın T. 21.05.2008, E. 2007/1771, K. 2008/3008 Sayılı Kararı.
[759] Yrd. Doç.Dr. Halit YILMAZ, Hâkim ve Savcı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuki Sorunlar.
[760] Dr. Gürsel Özkan, Hukuk Devleti ve Bağımsız Yargı İlişkisi.
[761] Niyazi Yıldırım Gençosmanoğlu'na ait şiir.

kadar davalı yönünden de birçok yararları vardır. Ceza davalarında gerçekte atılı suçu işlememiş olan şüpheli veya sanıklar, kendilerine yöneltilen suç ithamından bir an önce kurtulmak isterler. Hatta ileride beraat edeceği bir suçtan dolayı tutuklanmışlarsa, davanın hızla sonuçlanması onlar için büyük önem taşıyacaktır. Çünkü haksız yere tutuklu kalmak, bazen sanığın ve ailesinin maddi ve manevi yönden perişan olmasına, hatta aile yuvalarının dağılmasına neden olmakta, dolayısıyla sosyal, kültürel, vicdani ve ahlaki açıdan büyük sakıncalar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle şüpheli veya sanıklar, üzerlerine atılı suç isnadının hızla sonuçlandırılmasını istemek hakkına sahiptirler.

b) DAVALARIN MAKUL SÜREDE SONUÇLANMASI

"Gene tehir etme üç ay öteye
Bu dava dedemden kaldı hâkim bey
Otuz yıl da babam düştü ardına
Siz sağ olun o da öldü hâkim bey" [762]

Davaların makul sürede sonuçlanmaması, yargının temel sorunlarından biridir. Bu sorun, yargının etkinliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Yargıda etkinlik, bir davanın makul süre içinde ve en az masrafla sonuçlanmasıdır. Hukuk-ceza, askeri-sivil bütün yargılama türleri bakımından yargının etkinliğinden söz edilebilmesi için, yargılamanın mümkün olan en kısa sürede ve en az giderle sonuçlandırılması gereklidir. Davaların makul sürede sonuçlanması, aynı zamanda adil yargılanma hakkının gereklerinden biridir. Hukuk devleti olduğu iddiasında olan bir devletin, topluma sunduğu adalet ve yargılama hizmetinde, bireylerin en kısa süre içinde ve en az giderle haklarına kavuşmasını sağlamak yükümlülüğü vardır. Davaların uzun yıllar boyunca sürdüğü, hakların zamanında alınamadığı bir ülkede hukuk devletinin varlığı tartışılmaya başlanır.

Makul sürede yargılanma hakkı, insanlık tarihi boyunca önemini korumuştur. Bu konuda Magna Carta Libertatum önemli bir belgedir. Tarihte yazılı anayasa olarak bilinen 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da, bu hak şöyle yer almaktadır: "Hakkı ya da adaleti geciktirmeyeceğiz, kimseye satmayacağız, kimseyi bunlardan men etmeyeceğiz." [763]

Tarihte mahkemelerde yargılamaların kısa süre içinde sonuçlanması konusunda çarpıcı kural ve uygulamalar Osmanlıda görülmektedir. Osmanlı Devletinde davaların ne kadar süre içinde sonuçlandığı konusunu inceleyen tarihçi Yılmaz Öztuna, Osmanlı'da yargının hızı ve etkinliği konusunda şöyle der; "Osmanlı hukuk sisteminde, hemen tevzi edilmeyen (dağıtılmayan) adalet, adaletsizlik sayılırdı. Osmanlı yargı teşkilatının hızlı yargılamadaki şöhreti, dünyaca meşhurdur. İşte o asırlarda yaşayan İsveçli, İngiliz ve Fransız olmak üzere üç ayrı yazarın bu konudaki çok çarpıcı sözlerini, Yılmaz Öztuna 'Osmanlı'da Hızlı Yargı' isimli makalesinde şöyle nakletmektedir:

---

[762] Abdurrahim Karakoç'a ait şiir.
[763] www.ansiklopedim. İnfo; Magna Carta Libertatum, madde:40.

"Osmanlı yargısında 2 veya 3 celse çok az görülür, çoğunlukla davalar bir celsede hükme bağlanırdı." (Moradjea d'Ohsson, VI, 204-5). "En mühim davalar, bir saat içinde hükme bağlanır. Hüküm, derhal infaz edilir. Avrupa'da olduğu gibi hükmü geciktirecek oyunlardan hiçbiri Osmanlı yargı sisteminde tatbik edilmezdi". (Sir Paul Ricaut, II, 327). "Dünyanın hiçbir yerinde davalar, Osmanlı'daki kadar süratle halledilmez; Davanın hukuk ya da cezaya müteallik (ilişkin) olması, yargının hızını kesmez. En büyük davalar 3 veya 4 gün sürerdi." (Stochove, Voyage du Levant, s.148)[764]

Esir olarak birkaç yıl İstanbul'da kalan ve orada gördüklerini İspanya kralı II. Felipe'ye takdim ettiği eserinde anlatan bir İspanyol yazarın gözlemleri şu şekildedir: "Osmanlı adaletinin en iyi yanı, davaların kısa sürmesidir. İspanya'da olduğu gibi, 'nasıl olsa dava bitmeyecek' diye haklı taraf, haksız tarafla uzlaşmaya mecbur bırakılmaz. Gerek kadı (hâkim) mahkemesinde, gerekse Divan-ı Hümayun'da davalar bitince mübaşir: 'Kimin maslahatı (davası, sorunu, işi) var' diye üç defa bağırır. Davalar bitmeden kadı veya kazasker, kürsüden kalkamazdı" [765]

Bağdat hukuk arşivlerinde bulunan belgelerden edinilen bilgiye göre; Bağdat'ta hâkimin verdiği bir hüküm ve karar, davacı veya davalı tarafından temyiz edildiğinde dosyanın İstanbul'a gidip geri gelmesi hiç bir zaman 40 günü geçmemiştir. Bugünkü gibi hızlı araçlar bulunmazken, o günkü imkânsızlıklar içinde yargıda bu kadar sürat gösterilmesi Osmanlı Devletinin 619 yıl üç kıta üzerinde yaşayan insanların hak ve hukukunu nasıl koruduğuna yeterli şahit ve belgelerden biridir.[766]

Anayasa, davaların makul sürede sonuçlandırılması görevini, devlete yüklemiştir. Anayasa'nın 'Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması' başlığını taşıyan 141. maddesinin dördüncü fıkrasında; 'Davaların **en az giderle** ve mümkün olan **süratle** sonuçlandırılması, yargının görevidir.' denilmektedir. Demek ki anayasamız, yargının etkinliğinin sağlanması için devlete, dolayısıyla yargılama faaliyetinin aktörlerine, yani hâkim-savcı ve avukatlara iki görev yüklemektedir. Birincisi, davaların en az masrafla, ikincisi, mümkün olan süratle (makul süre içinde) sonuçlandırılmasıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "usul ekonomisi ilkesi" başlığını taşıyan 30. maddesinde de, Anayasanın 141. maddesine paralel bir düzenlemeye yer verilerek 'Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür' denilmektedir.

Yargılamanın makul süre içinde sonuçlandırılmaması, insanların adalete olan güvenini sarstığı ve meşru yoldan hak arama imkânlarını kısıtladığı için, bu göreve uygun davranma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ifade edilen adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Davanın taraflarının dürüst ve hızlı yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde 'adil yargılanma hakkı' başlığı altında şöyle vurgulanmaktadır:

---

[764] Aktaran: Yılmaz Öztuna, Osmanlıda Hızlı Yargı.
[765] Yılmaz Öztuna, Osmanlı'da Hızlı Yargı.
[766] Yılmaz Öztuna, Osmanlı Devleti Tarihi.

'Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerekse ceza hukuku alanında kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş **bağımsız** ve **tarafsız** bir mahkeme tarafından, davasının **makul bir süre içinde**, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.' (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi)

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan 'adil yargılanma hakkının' en önemli unsurlarından birisi de 'yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi' ilkesidir. Toplum bireylerinin yargıya olan güvenlerinin korunabilmesi, bir hakkın gerçek sahibine bir an önce teslim edilmesi açısından davaların makul süre içerisinde bitirilmesi ilkesi son derece önemlidir. Geciken adalet, adaleti zedelediğine göre, AİHS'ne imza koyarak adil yargılama taahhüdünde bulunmuş olan devletler bu soruna mutlaka çare bulmak zorundadırlar. Adil yargılanma hakkı, bireyler açısından bir hak olurken, devletler açısından ise adil yargılama yapma görevi olarak ortaya çıkmaktadır. Adil yargılanma hakkının temel unsurları arasında 'makul süre içinde yargılanma' hakkı önemli bir yer tutar.

c) GECİKMENİN SAKINCALARI

"Adaletin gecikmesi adaletsizliktir." (W. S. Landor)

Hukuk davalarında yargılamanın gecikmesi, ihlal edilen hakların, hak sahiplerine teslim ve iade edilmesini geciktirmektedir. Ceza yargılamasının gecikmesi ise, ya masumların, üzerine atılan iddia ve ithamdan kurtulmasını geciktirmekte ve acısının sürmesine neden olmakta, ya da suçluların cezasını çekmesini ertelemektedir. Sonuç olarak adalet gecikmektedir. Davaların makul süre içerisinde sonuçlanmaması, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve davaların gecikmesinde yararı olanlara cesaret vermektedir. Yargılama makul sürede sonuçlandırılamaz ise bu, yargıdan uzaklaşmaya neden olacak, bu noktada doğacak boşluk da yargı dışı zorla hak elde etmek isteyenler tarafından doldurulacaktır.

B.M. Siyasi ve Medeni Haklar sözleşmesinin 14.maddesinin 3.fıkrasının (c) bendinde, 'Sebepsiz yere gecikmeden yargılanma' başlıklı bir düzenleme yer almaktadır. Yargılamanın makul sürede bitirilmesi ilkesi, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Yargılaması uzun süren ceza davalarında tarafların, özellikle şüpheli ya da sanıkların uzun süre belirsizlik içinde beklemesi, adalet ve hakkaniyete uygun olmamaktadır. Bu nedenle yargılama sisteminin her bölüm ve aşamasında yer alan bütün görevliler, kendilerine düşen yargılama işlemlerini gereksiz yere uzatmadan, davanın taraflarını bu belirsizlik içinde fazla tutmadan, mümkün olduğu kadar kısa süre içinde bitirmelidirler.

Demek ki, yargılamanın uzun sürmesi ve makul süre içinde bitirilmemesi, adil yargılama hakkının açık bir ihlalidir. Hâkimler, yargılamayı gereksiz uzatan tutum ve davranışlardan öncelikle bizzat kendileri uzak durduğu gibi, davanın taraflarının, avukatlarının ve diğer ilgili kişi ya da kurumların davayı uzatmaya matuf talep, tutum ve davranışlarını önlemek durumundadırlar. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 77. maddesi, hâkimlere bu konuda önemli bir görev yüklemektedir. Çünkü söz konusu maddede;

"Hâkim, tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde (düzen içinde) cereyanına (yürütülmesine) ve beyhude (gereksiz) masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir." denilmektedir. Bu madde, davaların en kısa zamanda ve en az masrafla sonuçlandırılması gereğini ortaya koymaktadır. Bu madde aynı zamanda usul ekonomisinin de dayanağı olarak kabul edilmektedir.

d) GECİKMENİN TANIMI VE YARGILAMADA MAKUL SÜRE

Genel olarak bütün davaların, en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının anayasal görevlerinden birisidir. Anayasanın 141. maddesinin 4. fıkrası; "Davaların en az giderle mümkün olan süratle sonuçlandırılması" görevini yargı kurumuna yüklemiştir. Ayrıca 'İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında; "Herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının **makul süre içinde** görülmesini isteme hakkına sahip olduğu" belirtilmiştir.

Anayasamızın ve AİHS'nin öngördüğü; devletin, davaları makul sürede sonuçlandırması yükümlülüğünü yerine getirmesinin önündeki en önemli engel, adli ve idari yargıda iş yükünün aşırı bir boyuta ulaşmasıdır. Davaların makul süre içinde sonuçlandırılabilmesi için, adli ve idari yargıya intikal eden dosya sayısının azaltılması, mahkemelerde yeterli sayıda hâkim-savcı bulunması ve adli/idari yargı birimleri oluşturulması gerekmektedir.

Anayasada yer alan 'mümkün olan süratle' kavramı nasıl anlaşılmalıdır? Örneğin bir ülkede, yargıda iş yükünün çok, hâkim ve savcı sayısının az veya yargılama hizmetlerine ayrılan ödeneklerin yetersiz olmasından dolayı davalar zamanında bitirilemiyorsa, bu durum karşısında o ülkenin, mali kaynak ve ödeneklerin yetersiz kaldığı, imkânlarının ancak bu kadar olduğu yönündeki mazeretleri kabul edilebilir mi? Hemen belirtelim ki, bu tür bir mazeretin kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun bir devlet için hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Çünkü söz konusu eksiklerin tamamlanması ve davaların zamanında sonuçlanacak şekilde gerekli ortamın hazırlanması, o ülkenin en temel görevlerindendir. Bu nedenle davaların makul süre içinde sonuçlanmasını sağlayacak her türlü tedbiri almak, devlet için gerekse hem hukuki hem de ahlaki bir görevdir.

Yargılamaların gereksiz olarak uzaması ve adaletin gecikmesi, hukuk düzeni ve yargılama sisteminin itibarını, güvenirliğini zedelemektedir. Davalar uzadıkça, yargılamanın tadı kaçmakta; gerek davacı-davalı, gerek mağdur-sanık ve gerekse tanıklar duruşmalara gidip gelmekten usanmakta ve bu nedenle yargı düzenine ilgi azalmaktadır. O halde gecikme kavramı ne anlama gelmektedir?

Gecikmenin, hukukçular arasında ortak bir tanımı yapılamamıştır. Bu konuda yasalarda, yargılama sürecinde yapılacak işlemlerin ya da alınacak kararların uygun süre içerisinde veya gecikmeye yer bırakmaksızın gerçekleşmesi gerektiği yönünde soyut ibareler bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ise, davaların **makul süre** içerisinde bitirilmesi gerektiğinden söz edilmekte ve bu makul sürenin ceza yargılamasında itham ile başlayıp hüküm ile sona ereceği belirtilmektedir.

Burada ifade edilen 'makul süre'nin ne kadar bir süreyi kapsadığının belirlenmesi önemlidir. Çünkü yargılama için gerekli olan uygun ve makul süre belirlendiğinde, gecikmenin de tanımı ortaya çıkmış olacaktır ki bu durumda **gecikme**, makul süreyi aşan ve boşa geçirilen zaman sürecidir, denebilir. O halde makul süre nedir? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, yargılaması yapılan davanın hükme bağlanmasında 'sınırı aşan gecikme' ya da 'makul süre'yi aşan gecikme olarak kabul edilebilir. **Makul süre** davaya konu olayın karmaşıklığına göre belirlenir.[767] Aslında makul sürenin, davaların sonuçlanmasında **ahlaki olan süre** anlamına geldiği de söylenebilir.

Alman Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında 'adaletin dağıtılmasında gecikmenin, vatandaşın dürüst ve adil yargılanma hakkını ihlâl sayılacağını ve uzun süren usul işlemlerinin suçluyu davanın bir objesi haline getireceğini ve onun anayasal haklarını ihlal edeceğini' beyan etmektedir.[768] Ancak bu kararlarda da, gecikmenin somut olarak ne kadar süre olduğuna ilişkin açık bir ölçüt yoktur.

Prof. Dr. S.Dönmezer, Feltes'in ceza yargılamasındaki gecikme ile ilgili yaptığı şu tanıma katıldığını belirtmektedir: "Suç olayını sonuca, yani kesin hükme ulaştırmada ve kanuna göre uygulanan usulden, Anayasadan kaynaklanan haklar ve davanın taraflarının, sanığın, mağdurun ve tanıkların diğer hakları göz önünde bulundurulmak suretiyle (hukuk ya da) ceza yargılama sisteminin işleyişi, gerektiğinden fazla zaman aldığında, ilgili usul gecikmiş sayılır veya **makul süreyi** aşmış olur. O halde gecikme, **verimsiz** bekleme zamanlarından oluşmaktadır."[769]

Ceza yargılamasında suç konusu davanın sonuca bağlanmasında, bir aşamadan diğerine makul süre içinde geçilebileceği halde, çeşitli nedenlerle (örneğin soruşturma aşamasında, tanıklar zamanında dinlenmediği veya diğer delillerin toplanması geciktirildiği için) bir sonraki aşamaya geçilemediği takdirde, hukuk yargılamasında yine delillerin toplanmasının geciktirilmesi, duruşma günlerinin uzun aralıklarla verilmesi, tebligat yapılamadığından taraf teşkilinin sağlanamaması ve esasa girilememesi gibi hallerde söz konusu **gecikme**, yargılama sisteminin tamamını etkileyecek şekilde gerçekleşmiş olur.

Verimsiz bekleme zamanları, hukuk yargılamasında, tebligat, taraf teşkili, tanıkların dinlemesi, keşif ve sair delillerin toplanması, temyiz yolu gibi usul hükümleri gereğince yapılması gereken bütün işlemlerde; ceza yargılamasında bu sistemi oluşturan bütün aşamalarda söz konusu olabilir. O halde bir ceza dosyasının bir aşamadan diğerine (soruşturma, kovuşturma, kanun yolu aşamaları) gönderilmesinde geçirilmesi gerekli sürede dosyanın bir sonraki aşamaya gönderilmesi konusunda; bir hukuk davası dosyasında yapılacak her bir işlem için gerekli sürelerde, hiçbir şey yapılmadan geçirilmiş olan ve usul bakımından **hareketsiz** kalınan zamandır. Buna dosyanın **uyuma zamanı** da denilebilir.[770]

Görüldüğü gibi, bir işlem yapılmadan kaç gün geçerse **makul süre**nin aşılmış sayılacağı konusunda da belirli bir gün ve kesin sayılabilecek bir ölçüt tayin

[767] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.
[768] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.
[769] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.
[770] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.

edilememekle birlikte her olayın özelliklerine göre anormal veya 'kabulü mümkün olmayan bir zaman süresi' ya da uyuşmazlığı çözümlemede 'abartılmış', 'sınırı aşan zaman' gibi ölçütler kullanılabilir. Böyle olunca bütün olay ve davaları kapsayacak şekilde genel bir **makul süre** yerine, her olay ve davanın niteliklerine göre bir **makul süre** düşünülebilir. Yargının hızlandırılması ve davaların makul sürede sonuçlandırılması için bazı yasal düzenlemeler yapılırken, dikkat edilmesi gereken en önemli konu, yargılamada aşırı hızın, adaletin tam olarak gerçekleşmesine bazen engel olabileceği gerçeğidir. Bu nedenle yargının hızlanması için tedbirler alınırken, hızlı yargılamayla adalet arasındaki dengeyi korumak gerekir.

e) HIZLI YARGILAMANIN SINIRLARI

Yargının hızlı işlemesi, deliller tam olarak toplanmadan eksik karar vermek anlamına gelmez. Yargının hızlı yürümesi adına deliller toplanmadan eksik karar verilmesi, uyuşmazlığı gerçekte sona erdirmez. Çünkü böyle bir karar temyizden bozularak döner ve yeniden yargılamayı gerektirir. Bu da davanın daha uzun sürmesine neden olur. Hızlı yargılama adına hukuksal gerçeğin aranmasından vazgeçilemez.

Bu durumda yargıda hız, yargılamanın tek amacı olamaz. Yargıda etkinliğin ölçütü olarak **makul süre** kabul edildiğinde, yargılama faaliyetinde kabul edilebilir belirli bir sürenin geçmesi, hem yasal bir zorunluluk hem de işin gereğidir. Gerçekten yargılamanın her bir işlemi için geçirilmesi gerekli bir süre ve **çalışma zamanları** vardır.[771] Bu konuda yargılamanın her aşamasında geçmesi gereken sürelerinden söz edilebilir. Örneğin, davanın taraflarına, tanıklarına ve bilirkişilere davetiye tebliği, keşif ve bilirkişi incelemesi, tarafların kanun yollarına başvurması, dosyaların Yargıtay'a, Yargıtay'dan da mahkemelere gönderilmesi, ceza yargılamasında suç ve suçluların araştırılması, savunmaya imkân verilmesi gibi usule ilişkin yöntemlerin zorunlu kıldığı asgari süreler bunlardan bazılarıdır.

Hukuk devleti ilkesi, bir yandan gerçek anlamda adaletin gerçekleşmesi, diğer yandan da uyuşmazlığın makul süre içinde sonuçlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle hukuku oluşturan ve uygulayanların, gerçek anlamda adil yargılama ilkesiyle uyuşmazlığın makul süre içerisinde sonuçlanması ilkesini uzlaştıracak bir anlayışa sahip olmalıdır.

Yargılama sisteminde, suç teşkil ettiği iddia olunan olayı ya da hukuk davasında uyuşmazlığı sonuçlandırabilmek için, belirli işlemlerin yapılması gerekmektedir. Bu işlemlerin yapılması için de zorunlu süreler vardır. Bir hukuk devletinde yasaların belirlediği usul ve yöntemlerin zorunlu kıldığı bu **çalışma süreleri**nin, yani makul sürenin geçmesi gerekecektir. Yargılamanın, her ne pahasına olursa olsun hızlı bitirilmesi adına, bu zorunlu çalışma sürelerinin beklenmeden geçilmesi, adil yargılama hakkının ihlal edilmesine ve bu da büyük haksızlıklara, adaletsizliklere yol açabilir. Çünkü davaların makul süre içinde bitirilmesi, adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu gibi, sanıklara savunmasını yapması için belirli bir sürenin verilmesi de adil yargılama hakkının bir gereğidir. Bu nedenle yargılamada

[771] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.

ne makul süreyi aşacak biçimde davaların uzaması ne de normal çalışma sürelerini beklemeyecek biçimde aşırı hız kabule şayan değildir.

Buna göre yargılamada arzu edilen hız, her nasıl olursa olsun hız değildir. Örneğin otomobiliyle bir yere gitmek isteyen kişinin, istediği yere ulaşması için mutlaka belirli normal sürenin geçmesi gerekmektedir. Şüphesiz ki sürücü, gitmek istediği yere bir an önce varmak isteyecektir. Ancak gideceği yolun mesafesi, yol şartları, iklim şartları gibi zorunlu haller, hız konusunda sürücünün önündeki sınırlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir yere fazla zaman kaybetmeden gitmek isteyen sürücü, öncelikle bu yolculuk için yeterli ve teknik donanımlı bir araca sahip olmalıdır. Yoksa mesafenin uzun olması/şu kadar km. olması, hava şartlarının kötü olması vs. onun için mazeret olamaz. Yolda arıza yapabilecek bir araçla yolculuğa çıkılması halinde, istenen yere zamanında ulaşılamamaya gösterilecek haklı gerekçe yoktur. Ayrıca sağlam ve her yönüyle donanımlı bir araçla yola çıksa bile, istenilen yere ulaşmak için yine belirli bir sürenin geçmesi kaçınılmazdır. Gideceği yere çok çabuk gitmek için trafik kurallarını ihlal etmesi halinde de başına çeşitli kaza ve belalar gelebileceğinden bu da sağlıklı bir yöntem değildir.

Yargılama faaliyetlerinde de durum buna benzemektedir. Yargılamada tek amaç hız değildir. Yargılamanın sadece hızlı sonuçlanması adına, bazı ciddi yargı hataları yapılabilir. Bu nedenle işin doğrusu, yargılamanın makul süre içinde, mümkün olan süratle sonuçlanmasıdır. Ancak belirtilmelidir ki, bugün ülkemizde daha çok karşılaşılan sorun, yargılamaların uzun sürmesi ve davaların makul süre içinde sonuçlandırılmamasıdır.

f) GECİKMENİN NEDENLERİ

Hukuk sisteminin itibarını zedeleyen ve adaletin zamanında gerçekleşmesine engel olan gecikmenin önüne geçilebilmesi için onun nedenleri üzerinde durulmalıdır. Gecikmenin nedenlerini belirleyip bunları ortadan kaldırmaya çalışmak, yargının etkinliğinin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Gecikmenin nedenleri, yargılama işlemleri yerine getirilirken ve buna ilişkin kararlar alınırken, yargılama usul ve yöntemlerinin sürelerini etkileyen faktörler; insan unsuru, doğru hazırlanmamış yargılama usul hükümleri ve yargı organının içinde bulunduğu diğer hal ve şartlardır. Bunları kısaca başlıklar halinde inceleyelim:

f.a) İNSAN UNSURU

Yargılamada, gecikmenin nedenlerinden en önemlisi yargılamada insan unsuru, yani hâkim, savcı, avukat, kolluk, kalem personeli, sanık, tanık, mağdur, bilirkişilerdir. Belirtilen kişilerin her birinin yargılama faaliyetindeki rol ve etkinliğine göre davaların gecikmesinde payı vardır.

Bütün yargılama türlerinde davaların gecikmesine neden olan en önemli faktör, insan unsurudur. Yani yargılamalarda gecikmeye, yargının insan unsurunu oluşturan hâkim, savcı, avukat, kolluk görevlileri, adli personel, davacı, davalı, sanık, mağdur, tanık, bilirkişi gibi sistemin asli ve yardımcı unsurlarının neden olduğu söylenebilir. Yargının bu asli ve yardımcı insan unsurlarının, mesleki olarak

iyi yetişmemiş, sorumluluk bilincinden, ideal yetkinlik düzeyinden uzak olmaları, gecikmenin temel nedenlerindendir. Bütün bunlar yargıda insan unsurunun bilgi donanımı ve ahlaki erdemler bakımından iyi yetişip yetişmemesiyle ilgilidir. Şimdi gecikmeye neden olan insan unsurunu ayrı ayrı ele alalım.

f.a.a) Hâkim, Savcı ve Avukat

Hâkim, savcı ve avukat, yargılama faaliyetinin asıl insan unsurunu oluşturmaktadır. Yargının asıl beşeri/insan unsurunu oluşturan hâkim, savcı ve avukatların yargılama faaliyetindeki etkinlik ve işlevleri, kitabın 'yargının beşeri/insan unsuru' bölümünde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Yargının etkinlik ve kalitesi büyük ölçüde insan unsuruna bağlıdır. Hukuk ve yargı sistemimizin en büyük sorunu olan **gecikmenin** asıl nedenlerinden biri de insan unsurudur. Bu durum, insan unsurunun hukuk bilgisi ve etik değerler bakımından yetkin olmamasından kaynaklanmaktadır. Yargı sisteminin diğer unsurları aynı kalsa bile hâkim, savcı ve avukattan oluşan insan unsurunun ehliyetli ve liyakatli olması halinde, yargının sorunları önemli ölçüde azalacaktır. Yargılama faaliyetinde başarının en büyük etkeni hâkim, savcı ve avukat olabildiği gibi gecikmenin de temel nedeni olabilmektedir. Bu nedenle yargıda gecikme sorununun çözümünde insan unsuru belirleyici role sahiptir.

f.a.b) Kolluk

Kolluk, ceza yargılamasının en önemli aktörlerinden birisidir. Kolluğun; suçları aydınlatma, suç ve faillerini belirleme, delilleri toplamadaki işlevi hayati önem taşır. Suçun niteliklerine göre suç delillerinin tespiti şüphesiz ki biraz zaman alacaktır. Ancak kolluğun hızlı soruşturma adına özen göstermeden topladığı delillerin yetersiz olması, yargılamanın sonraki aşamasının uzun sürmesine, dolayısıyla davanın uzamasına neden olur. Kolluk gücünün, delillerin tespiti konusunda yetkin olmaması, ceza yargılamasını uzatan temel nedenlerden birisidir.

Soruşturmada görevli kolluğun; yargılamanın her aşaması için sorun oluşturan iş yükü de önemli bir gecikme nedenidir. İş yoğunluğu nedeniyle her bir işin yeterli biçimde araştırma yapılmadan fezlekeye bağlanıp savcılığa gönderilmesi ilerideki kovuşturma aşamasında gecikmelere neden olmaktadır.

f.a.c) Davacılar-Davalılar ve Sanıklar-Mağdurlar

Yargılamanın tali aktörlerinden ikisi, davacı ve davalı ya da mağdur ve sanıktır. Dava konusu olayı çözüme bağlama süresi üzerinde davacı ve davalı veya mağdur ve sanığın anayasa ve yasalardan doğan hakları etkili olmakta, böylece zorunlu bekleme süresi gündeme gelmektedir. İnsan haklarına saygılı demokratik hukuk devletlerinde bu bekleme süreleri zorunlu olduğundan gecikme sayılmayacaktır. Ancak bu hakların kötüye kullanılmasına izin verilmemelidir.

f.a.d) Tanıklar

Tanıklar, gerek hukuk yargılamasında gerekse ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkmasında önemli yeri olan ve usul yasalarına göre delil olarak kabul edilen aktörlerden biridir. Tanık beyanlarının davanın şu ya da bu şekilde

sonuçlanmasında önemli bir rolü vardır. Tanıkların, bugün hala klasik yöntemlerle ifadeye çağrılmaları, davetiyeye rağmen gelmemeleri, yargılamanın değişik aşamalarında birbirine çelişik beyanlarda bulunmaları ya da daha önce verdikleri beyanları farklı nedenlerle değiştirmeleri gecikmenin temel nedenlerinden biridir. Bazen daha önceki beyanları yetersiz görüldüğünden tekrar ifadeye çağrılmakta, tanıklara ulaşma kolay olmamakta ve ulaşılanlar da çoğunlukla aradan zaman geçtiği için bildiklerini de unutmaktadırlar. Bu nedenle tanıklar zaman geçirilmeden usule uygun olarak dinlenmelidir.

f.a.e) Bilirkişiler

Genel olarak yargılama faaliyetinde gecikmenin temel nedenlerinden birisi de, davanın hükme bağlanması için, özel teknik bilgiye sahip bilirkişilerin görüş ve raporlarına ihtiyaç duyulmasıdır. Bilirkişi incelemeleri, yargılamanın her aşamasında hâkim ya da savcı tarafından yaptırılabilir. Bu incelemeler ve gerekli raporlar iş yükü, işin karmaşıklığı veya bilirkişilerin ehliyetsizliği ya da tembelliği nedeniyle uzayabilmekte ve davayı sonuçlandırma zamanını geciktirebilmektedir.

Bilirkişiler, diğer ülkelerde de yargılama faaliyetlerinde gecikmenin temel nedenlerinden sayılmaktadırlar. Bu sorunu çözmenin en etkin yolu bilirkişiyi iyi seçmektir. Şüphesiz ki raporun meşru ve makul nedeni olmaksızın geciktirilmesi durumunda, bilirkişilere ciddi yaptırımların uygulanması gerekir.

f.b) Adlî Alışkanlık/Adli Kültür

Yargı teşkilatında uygulamada ortaya çıkmış yazılı olmayan normlar, tutumlar ve alışkanlıklar adli kültürün bir parçasını oluşturmaktadır. Yargılama faaliyetinin yavaş işlemesinde bu adli kültürün önemli bir etkisi vardır. Yargı teşkilatının beşeri/insan unsurunun oluşturduğu bu adli kültür ve yerleşmiş davranış biçimleri, yargı hizmetinin yürütülmesinde olumsuz etki yapmaktadır. Bu adli kültürün ortaya koyduğu olumsuzlukları kaldırmak için yapılan yasal düzenlemeler de her zaman soruna çözüm olamamaktadır.

Oluşmuş adli kültürle çelişkili olan yeni kurallar, normlar da uygulamacıların olumsuz tepkilerine yol açabilmekte ve bu kuralları da göz ardı edebilmektedirler. Bu nedenle adli kültür, adalet sisteminde yapılmak istenen iyileştirme çabalarının da başarısızlığına neden olabilmektedir. Bununla birlikte söz konusu adli kültürün yargıdaki olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak ve gecikmeyi önlemek için en etkili tedbirlerden birisi, mahkemelerde duruşma günlerinin kısa tutulması ve bekleme süresinin azaltılmasıdır. Bunun için mahkemelerde hâkimlerin duruşma günü tayin ederken, çok uzun erteleme kararları vermelerini önlemek amacıyla Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Kanun-larına 'duruşma günü tayininde azami süreler' konulabilir.

Amerika'da davaların gecikmesi ile ilgili yapılan bir araştırmada, mahkemelerin, yargılama sistemi içinde davaları sonuçlandırma konusunda belirleyici faktörün, hâkim ve savcıların değişik mesleki tutum ve davranış biçimleri olduğunu göstermektedir. Davaları gecikmeden, hızlı bir şekilde sonuçlandıran hâkim ve savcıların davaları bilgisayarla takip ettikleri, davaları sonuçlandırmak için belirli hedef süreler koydukları ve onları hedeflenen süre içinde bitirmeyi planladıkları, hâkimlerin duruşmaları çok kısa sürelerle erteledikleri tespit edilmiştir. Ancak

davaları sürüncemede bırakan ve zamanında bitirmeyen hâkimlerin daha az çalıştıkları, söz konusu hâkimlerin, duruşmaları ertelemek için adeta bahane aradıkları, tarafların erteleme yönünde talebi olduğunda bunu hemen kabul ettikleri belirlenmiştir.[772] Ülkemizde de buna benzer bir durum olduğu söylenebilir.

İngiliz sosyolog Patricia Morgan'ın Avrupa Konseyi'nin 9. Kriminolojik bilimsel toplantısında, yargıda gecikmenin azaltılmasına ilişkin önerilere yer verdiği raporunda; Amerika'da Curch'ün yaptığı bir araştırmaya atıflarda bulunmuş, buna göre hâkim, savcı ve avukatlar arasında resmi olmayan davranış normlarının (adli kültürün), olayı çözme zamanı bakımından, resmi kural ve politikalara göre çok daha önemli olduğu tespit edilmiştir.[773]

Davaları sonuçlandırma zamanının azaltılması ve gecikmeye yer verilmemesi bakımından önerilen bir yöntem de tutuklulukta olduğu gibi yargılamanın her aşaması için belirli süreler koymaktır. Ancak uygulamada, zaman sınırlaması getiren yasal hükümlerin, hukuku uygulamakla görevli aktörler tarafından oluşan resmiyet dışı adli kültürün etkisiyle fiilen ortadan kalktığı görülmüştür. Böyle olunca bu konuda sadece yasal kurallar koymak değil, aynı zamanda hukuku uygulayan aktörlerin hukuk ve adalet inancını güçlendirmek de gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle gecikmeyi azaltmak için yapılması gereken en önemli işin; hâkim, savcı, avukat ve diğer adli personelin zihninde, davaların uzamasının büyük bir hukuki sorun olduğu ve geciken adaletin gerçek adalet olmadığı konusunda bir anlayış ve inancın yerleştirilmesi için çalışmak olduğu söylenebilir.

f.c) Kanun Yolları

Yargılamada verilen kararların aleyhine itiraz ve temyiz gibi kanun yollarına başvurulması, davanın çözümlenmesi süresini biraz uzatması doğaldır. Çünkü **kanun yoluna başvurmak**, gerçekte iddia ve savunmanın ya da davacı ve davalının temel haklarından birini oluşturur. Ancak bu hakkın kötüye kullanılmasının, yani gereksiz ve sonucu başarılı olmayan kanun yollarına başvurulmasının gecikme nedeni sayılması düşünülebilir. Yine de sonucu başarılı olmayan her kanun yoluna başvurmanın, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi doğru olmayabilir.

Kanun yollarının gecikmeye neden olmasında, dosyaların itiraz ya da temyiz merciine gönderilmesindeki gecikmelerin büyük rolü olduğu söylenebilir. Gerek yerel mahkemelerden gönderilen dosyaların Yargıtay'a ulaşması, gerekse Yargıtay'dan işi biten dosyaların yerel mahkemelere ulaştırılmasında gereksiz zaman kayıpları yaşanmaktadır. Yargıda bu tür gecikmelerin önlenmesi için dosyaların ilgili mercilere intikalinde günümüzün hızlı ve güvenli ulaşım imkânlarından yararlanmak gerekir.

f.d) Sosyal ve Kültürel Faktörler

[772] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.
[773] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.

Yargıda davaların uzamasına sosyal ve kültürel faktörler de neden olmaktadır. Toplum üzerinde kültürel ve manevi değerlerin etkinliğinin azalması ve sosyal kontrolün zayıflaması, hukuki ihtilafların çoğalmasına neden olurken, bazı ihtilafların adliyeye intikal etmeden önce alternatif ve dostane yollarla çözümlenmesi yerine, çözüm yeri olarak sadece hukuk kuralları ve adliye görülmektedir. Başka bir deyişle, hukuk dışındaki sosyal düzen kurallarının (din, ahlak, örf-adet) işlevlerinin zayıflaması, toplumda hukuki uyuşmazlıkların çoğalmasına, bu da yargının iş yükünün artmasına, yargıda iş yükünün artması ise, davaların uzamasına neden olmaktadır. Eskiden günümüz-deki kadar hukuki uyuşmazlık olmadığı gibi, bireyler arasında çıkan bazı uyuşmazlıklar, adliyeye intikal etmeden köyde, kentte, mahallede; akraba ve komşular arasında bulunan sözü dinlenir toplum önderlerince taraflar uzlaştırılarak dostane bir biçimde çözümlenirdi.

f.e) Devletin Teşkilat Yapısı ve Bürokratik Etkenler

Gecikmenin, devletin bürokratik yapısından kaynaklanan nedenleri üzerinde de durulmaktadır. Yargılamanın her aşamasında devlet kurumlarındaki görevlilerin sorumsuz davranış ve hatalarından doğan bürokratik nedenler vardır ki, davaların uzamasına yol açmaktadır. İstenilen tapu, nüfus ve sabıka kayıtlarının zamanında gönderilmemesi, gecikmeye neden olmaktadır. Türkiye'de bilgisayar sistemiyle sabıka kaydına ulaşmak hemen mümkün olmakta ise de, tekerrür gibi hükümlerin uygulanması, eski kesinleşmiş mahkeme kararlarının getirilmesini gerektirmekte, bu mahkeme kararları zamanında gönderilmeyince bu yüzden davalar bazen aylarca uzayabilmektedir.

f.f) Tebligatlar

Yargılama usul hükümlerinin gereği olarak avukat, davacı, davalı, sanık, mağdur, tanık, bilirkişi gibi ilgililere gönderilmesi zorunlu tebligatların da gecikmenin önemli nedenlerinden birisi olduğu söylenebilir. Bu konuda büyük zaman kaybedildiği bir gerçektir. Adreslerin doğru olarak tespiti, tebligatların doğru adreslere gönderilmesi ve muhataplara usulüne uygun olarak ulaştırılması büyük önem taşımaktadır. Her vatandaşın adres güncellemesinin yapılmaması, tebligat işleminde görevli kişilerin bazen kasıt ve bazen de ihmale dayanan tutumları nedeniyle tebligatlar zamanında yapılamamakta ve uzun zaman kaybına neden olmaktadır. Ayrıca gönderilen tebligatın herhangi bir nedenle yapılamadığı aylar öncesinden anlaşıldığı halde, bu konuda gerekenin yapılması için illa da duruşma günü beklenmektedir. Son olarak hâkimler ve savcılarla kolluk ve diğer resmi kurumlar arasındaki iletişim sorunları da gecikmenin diğer nedenlerindendir.

f.g) Hukuk Mesleği Mensuplarının Psikolojik Tatmin ve Moral Durumu

Yargılama sisteminin bütün aşamalarında rol alan hukuk mesleği aktörlerinin psikolojisi ve moral durumu da gecikmeyi etkileyen temel nedenlerdendir. Herhangi bir mesleki faaliyette olduğu gibi yargılama faaliyetinde de yargı mensuplarının psikolojik tatmin ve moral durumu, mesleki yetkinlik ve sorumluluk duygusu, dava konusu olayı çözüme ulaştırma süresini azaltabilir ya da arttırabilir.

Motivasyon; hareketlendirme, harekete sevk etme, itici kuvvet, bir davranışa yöneltici içsel güç anlamına gelmektedir. Moral ise, bir insanın ruhsal ve manevi gücü demektir. Motivasyon, bireylerin harekete geçmesi için etkilenmesi ve isteklendirilmesi sürecidir. Bireylerin maddi ve manevi ihtiyaçlarının tatmin edildiği bir iş ortamının oluşturulması, onların moral ve motivasyonu için belirleyici olmaktadır. Motivasyon için; inanmak, özgüvene sahip olmak ve gizli yetenekleri ortaya çıkarmak gerekir. İnanmak; insanın bir işi yapabileceğine kesin olarak inanması demektir. Özgüven; kendi yeteneklerine güvenmektir. Özgüven eksikliği, hiçbir iş yapamayan olumsuz düşüncenin ürünüdür.

Hukuk mesleği mensuplarının maddi ve manevi ihtiyaçlarının tatmin edildiği bir çalışma ortamı, onların moral ve motivasyonunu olumlu yönde etkileyerek ellerinden gelen en verimli çalışmayı yapmalarını sağlamaktadır. Bu da davaların sonuçlanması süresini azaltabilir. Demek ki davaların beklenen süre içinde ve iyi sonuca bağlanmasında, hukuk mesleği mensuplarının psikolojik tatmin, moral ve motivasyon durumu önemli rol bir oynamaktadır.

Diğer yandan hâkimlerin sürekli okuyup araştırarak, kendisini tamamen görevine vererek ve büyük fedakârlıkları göze alarak sorumluluk duygusu içinde çalışması, şüphesiz ki yargılamada gecikmeleri azaltacaktır. Böylesine bilinçli, özenli ve gayretli çalışmamaları ise gecikmelerin temel nedenlerinden biri olmaya devam edecektir. Bugün ülkemizde, davaların gecikmesi teftişe konu olabilmekte, hatta dosyaları sürüncemede bırakan ve gecikmeye neden olan hâkimlerin terfi ettirilmemesi yoluna bile gidildiği görülmektedir. Ayrıca hâkimin davaları sürüncemede bırakması, gecikmeden zarar doğması halinde görevi ihmal suçunu oluşturmaktadır.

Hâkimlerin çalışma esasları, yasalarla, usul hükümleriyle belirlenmiş olduğundan**,** gecikmeyi önlemek için bazı ülkelerde yasalar çıkarılmış olmasına rağmen, bu yasaların yürürlüğe girmelerinden sonra da mevcut durumda çok önemli bir değişiklik olmadığı ifade edilmiştir.[774]

Bu konuda hâkimlerin ahlaki erdemlerle donanımlı olması en verimli yoldur. Suçlunun hak ettiği cezayı ve haklının ihlal edilen hakkını bir gün bile geciktirmenin **ahlaki** sorumluluğunu yüreğinde duyan; suçsuz yere tutuklu kalan bir kimsenin hürriyetinden mahrum olarak geçirdiği her saatin acısını vicdanında hisseden hâkimlerin, gecikmeye neden olacak davranışlardan uzak duracağı şüphesizdir. Bu nedenle yargılama faaliyetinin her aşamasında gecikmeyi önlemek için, sistemin asli ve yardımcı aktörlerinin **ahlaki** duyarlılıklarını yükseltecek çalışmalar büyük önem taşımaktadır. Bu yönde bir çalışma aynı zamanda yerleşmiş resmiyet dışı adli kültürün, kötü alışkanlık ve uygulamaların etkisini azaltacak ve sorunu önemli ölçüde çözebilecektir. Aksi halde dışarıdan zorlamalarla bu gecikme sorununun çözümlenebilmesi kolay değildir.

f.h) Uygulamada Gecikmeye Neden Olan İşlemler

[774] Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adalet Sistemi.

Adalet Bakanlığı müfettişleri, mahkemelerde yaptıkları teftişler sırasında davaların gecikmesine yol açan çok sayıda hukuka aykırı işlemler tespit etmiştir. Bunlardan bazıları aşağıya çıkarılmıştır:

*Aynı adliye binasında mahkemelerden birinden diğerine mübaşirler vasıtasıyla getirilmesi gereken bir dosyanın gelmesinin bir yıl kadar uzun sürmesi, *Ölü kişi aleyhine açılan davada, daha sonra mirasçıların davaya dâhil edilmesi suretiyle eksikliğin giderilmeye çalışılması, *Hâkimlerin, duruşmalara hazırlıklı çıkmamaları nedeniyle için yargılamanın uzamasına neden olacak şekilde bazı dosyaların "karar verilmek ya da incelenmek" üzere duruşmaları uzun süre ertelemeleri, *Mahkemelerin, bilirkişi seçiminde dikkatli ve özenli davranmaması; yazı işleri müdürü, başkâtip gibi mahkeme görevlilerinin bilirkişi tayin edilmesi, bilirkişi tayin edilemeyecek konularda mütalaalarının alınması, *Hâkimlerin, karara çıkan bazı dosyaların gerekçeli kararlarını öngörülen süre içinde yazmamaları, *Mahkemelerde bazı evrakların; mahkemeye intikal eden iddianame, dilekçe ve talimatların gecikerek işleme konulması, *Bazı davalarda karar tarihinden itibaren 6 aydan 1 yıla varan süreler geçmesine rağmen, hükümlerin kesinleştirilmesi için gerekli işlemlerin yapılmaması, *Hâkimlerin, özel veya teknik bilgiyi gerektirmeyen, mesleğin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlemeleri gereken konularda bile bilirkişilerin görüş ve mütalâalarına başvurmaları.[775]

Bakanlık müfettişlerince tespit edilen yukarıdaki hukuka aykırı iş ve işlemlerin tamamının, davaların uzamasına neden olan konular olduğu şüphesizdir. Bu hukuki yanlışların, hâkimler, savcılar ve diğer adli personellerin dikkat, özen ve sorumluluk duygusuyla çalışmaları halinde yargı sistemi içinde çözümlenebilmesi mümkündür. Bu da, yargıda davaların makul sürede sona ermeyişinin temel nedeninin insan unsuru olduğunu göstermektedir.

3) DAVA DOSYALARININ ÇOKLUĞU (AĞIR İŞ YÜKÜ)

a) AĞIR İŞ YÜKÜ KAVRAMI

Dava dosyalarının çokluğu, yani aşırı iş yükü; kolluk, savcılık ve özellikle mahkeme ve kanun yolu gibi yargılama sisteminin bütün aşamalarını uzatan, başka bir deyişle hükmü geciktiren en önemli nedenlerden birisidir. Yargıda dava dosyalarının çokluğu/ağır iş yükü, yargılama sisteminin her aşamasında büyük ölçüde yoğunluk oluşturmaktadır.

Bu durum, karayollarında bir kaç farklı yoldan gelen araçların bir köprüye ulaşması halinde meydana gelen trafik yoğunluğuna benzemektedir. Bir karayolunda tıkanıklık yaşanması halinde, araçlar nasıl ki yavaş gitmek zorunda kalıyorlarsa, davalar da aynı şekilde yavaş yürümekte ve böylece yavaş işleyen yargılama türü ortaya çıkmaktadır. Karayolundaki bu tıkanıklığın nedenleri; köprü ve karayollarının belirli standart ölçülere uygun olmaması; yeterli genişlikte bulunmaması ve araç sayısının çok olması şeklinde gösterilebilir. Örnekteki trafik sisteminin karşılığı yargı düzenine, araçlar; dava dosyalarına, yollar; mevzuat ve usul hükümlerine, sürücüler; yargının asli ve yardımcı insan gücüne benzemektedir.

[775] Adalet Bakanlığı Resmi İnternet Sitesinden.

Bu trafik yoğunluğunu gidererek trafik sistemini rahatlatmak ve akışı hızlandırmak için, yolların ve köprünün genişletilmesi ile birlikte trafiğe çıkan araçların azaltılması gibi tedbirler düşünülebilir.

Yargıda iş yükünün; gecikmeye, yani davaların uzamasına neden olmaması için, sistemin temel unsurlarının dengeli bir biçimde ve yeterli olması gerekir. Yargının insan gücü, mevzuat ve yargılama usul yasası, kullanılan teknik araç-gereçler ve hizmet binalarının, iş yüküyle dengeli bir biçimde olmaması, en önemli gecikme nedeni olmaktadır.

Genel olarak hukuk ve ceza yargılama sistemine yeni giren davaların sayısı, sistem için makul sayılabilecek miktarın üstüne çıktığında, sistem içindeki normal 'bekleme zamanı' çok uzamaktadır. Bu olay, yukarda ifade edilen trafik örneğine benzer bir durum arz etmektedir. Yeteri kadar geniş olmayan yollarda araçlar çoğalıp trafik sıkışıklığı meydana geldiğinde, belirli bir süre trafik iyice yavaşlar; tam bir tıkanıklık ortaya çıktığında ise, trafik tamamen durur. İlk derece mahkemelerinde iş yoğunluğu nedeniyle dosyalara sadece duruşma günü vermeye yönelik açılan oturumlar, Yargıtay gibi yüksek mahkemelerde ise, gelen dosyalara 6-7 ay gibi uzun bir süre hiç el sürülmemesi, daha sonra inceleme ve karar aşaması için dosyaların beklemesi ve yıllarca hiçbir işlem yapılamaması buna benzer.

Soruşturma yürütülürken ya da davalar görülürken çoğu zaman hâkim ve savcılar değişmekte, emekliye ayrılmakta, ölmekte ve onların yerlerine gelen yeni hâkim ve savcılar, dosyaya ve delillere yabancı olduğundan, hâkimler birkaç oturumu sadece eski zabıtların okunduğunu tutanağa bağlayarak geçirmekte, savcılar ise kısa zamanda dosyalara vakıf olamamakta, bu durum büyük zaman kaybına neden olmakta ve kaliteli yargılamaya ve adaletin tecelli etmesine engel olmaktadır.

Böyle olunca bir davaya çoğunlukla birden fazla hâkim bakmak durumunda kaldığından, parçalı yargılama türü ortaya çıkmaktadır. Bu parçalı yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin dürüst yargılama ilkesine de aykırı olup, aslında böyle bir hal, davanın tamamen yeni baştan görülmesini gerektirmektedir. Parçalı yargılamayı ortadan kaldırmanın yolu, soruşturmayı çok iyi yapmak, delilleri iyi toplamak ve kovuşturma aşamasında duruşmayı bir ya da iki celsede bitirmektir. Yargıda gecikmenin temel nedenlerinden birisi, sürekli artan iş yükü olduğundan gecikmeyi önlemek için iş yükünü, yani dava sayısını azaltacak yol ve yöntemler, sistemi rahatlatacak çözümler bulmak gerekmektedir.

b) AĞIR İŞ YÜKÜNÜ AZALTACAK YÖNTEMLER

Yargıdaki ağır iş yükünü azaltacak tedbir ve yöntemleri; a) Sistem içi yöntemler, b) Sistem dışı yöntemler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Sistem içi yöntemler, yargı düzeninin sınırları içinde bulunan çözümleri içine almaktadır. Örneğin uzlaşma, ön ödeme vs. gibi… Sistem dışı yöntemler, doğrudan yargı sistemi içinde yer almayan ama yargıdaki iş yükünü etkileyen, daha çok 'koruyucu yargı' kavramı çerçevesinde düşünebileceğimiz, suç ve hak ihlali davranışlarını ortadan kaldırmaya ya da asgari düzeye indirilmesine yönelik 'sosyal kontrol' tedbirlerini içine alan çözüm biçimidir.

b.a) SİSTEM İÇİ YÖNTEMLER

b.a.a) Ceza Hukukunda Hafif Suçların Yargı Sistemi Dışına Çıkarılması

Yargının iş yükünü azaltmanın yollarından biri, ceza hukuku alanında bazı hafif suçları, daha işin başında ceza yargılama sistemi dışına çıkarmaktır. Genel olarak bütün ülkelerde, işlenen suçların sayısındaki artış, yargı sistemine giren dosya sayısının ve dolayısıyla mahkemelerde iş yükünün artmasına neden olmuştur. Gittikçe büyük sorun oluşturan bu konunun çözümü için hafif cezayı gerektiren bazı suç tiplerini, klâsik ceza yargılama sisteminden ayırmak ve ceza verme işlemini basitleştirmek zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Soruşturma aşamasındaki ön ödeme kurumu bu konuda güzel bir örnektir.

Bazı trafik suçlarında, trafik kuralını ihlal eden sanığın, belirli bir bedeli ödemesi halinde savcılık aşamasında dosyası kapanmakta, mahkemeye dava açılmamaktadır. CMK 174. maddesinin (c) bendinde; 'Ön ödemeye veya uzlaşmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde, ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın iddianame düzenlenmesi halinde, mahkemece iddianamenin savcılığa iadesine karar verilmesi gerektiği' ifade edilmektedir.

Ön ödeme, ceza yargılama sistemindeki ağır iş yükünü azaltan ve geniş olarak uygulanan bir kurumdur. Ön ödeme, savcılık ya da bazı ülkelerde savcılık görevini yerine getiren yetkili otorite ile sanık arasında bir tür anlaşmadır. Buna göre savcılık ya da yetkili otorite, mahkemeye sevk edilmesi gerekmeyen hafif suçlar için belirlenen para cezasını sanığın ödemesi halinde soruşturmaya son vermekte, dosyayı kapatmaktadır.

b.a.b) Uzlaşma (ve Alternatif Yöntemler)

Uzlaşma, 2005 yılında hukuk sistemimize girmiştir. CMK'nın 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenen uzlaşma kurumu, ceza hukuku alanında bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerin-dendir. Uzlaşma, ayrıca yargının iş yükünü azalttığı için yargıda etkinliği de artıracak yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir. Ancak ceza yargılamasında uzlaşma bazı suçlar için öngörülmesi nedeniyle dar bir alanı içine aldığından uygulamada bu yöntemin etkin olarak kullanıldığı söylenemez.

Bugün sadece ceza hukuku alanında ve bazı uyuşmazlıklarda uygulanan uzlaşma yönteminin, hukuki uyuşmazlıklarda da uygulanması halinde, yargıda iş yükünün azaltılması bakımından daha yararlı olabileceği söylenebilir. Bu çerçevede uzlaşma kurumunun kapsamı hem ceza hem de hukuk alanını içine alacak şekilde mümkün olduğu kadar genişletilmelidir. Çünkü uzlaşma, hem yargıda iş yükünü azaltan bir yöntem hem de davanın taraflarının karşılıklı rızalarına dayandığından toplumsal barışa daha çok hizmet eden bir çözümdür.

b.a.c) Hâkim ve Savcı Sayısını Artırmak

Hâkim ve savcı sayısını arttırmak da şüphesiz ki yargıda iş yükünü azaltacak bir yöntem olarak kabul edilebilir. Avrupa Birliği'ne dâhil olan ülkelerde, bir hâkim yılda 200 dosyaya bakarken, ülkemizde büyük şehirlerde bir hâkim yılda 3 bin civarında dosyaya bakmak zorunda olduğu bilinmektedir. İş yoğunluğundan dolayı yargının yavaş işlemesinde hâkim ve savcı sayısının az olmasının büyük payının

bulunduğu, bu eksikliği gidermek için Türkiye'de daha çok hâkim ve savcıya ihtiyaç duyulduğu söylenebilir.

b.a.d) Aynı Hâkim ve Savcıyla Davaları Karara Bağlamak

Bir soruşturmayı yürüten savcının; dosyayı son aşamaya kadar götürmesini sağlamak, gecikmeyi yani davanın uzamasını önleyecek tedbirlerden birisidir. Ülkemizde taşra ilçelerinde bir savcının baştan sona aynı dosyayı yürütmesi halinde davaların daha kısa süre içinde bitirilmesi mümkün olabilmektedir. Hâkimlerin görev yerlerinin sık değişmesi de yargının etkinliğini azaltan ve davaları uzatan önemli nedenlerdir. Çünkü görev yeri değişen hâkimin, yeni dosyalara hâkimiyeti uzun sürmekte, ayrıca önceki hâkim döneminde yapılan keşifler yeniden yapılmakta, deliller çoğunlukla yeniden toplanmaktadır. Bu da davaların uzamasına neden olmaktadır.

b.a.e) Uzmanlaşmak ve Dosyalara Vakıf Olarak Duruşmaya Çıkmak

Hâkim ve savcıların dosyaları iyi inceleyerek duruşmaya çıkmaları, aynı türden davalara bakarak uzmanlaşması, yargıda gecikmeyi önleyecek önemli tedbirlerden biridir. Hâkimler, sürekli aynı tür davalara baktığı takdirde o alanda uzmanlaşır ve daha çabuk karar verebilirler. Bu da yargıda gecikmeyi belirli ölçüde önleyebilir. Dolayısıyla örneğin hukuk davalarına bakarak o alanda uzmanlaşmış hâkimlerin ceza hâkimi olarak atanması ya da ceza yargılamasının belli bir aşamasında uzmanlaşmış savcıların başka bir alana atanması, davaların uzamasına neden olabilir.

Diğer yandan mahkemelerde; dosyaların duruşmaya hazırlanması, duruşmadan önce delillerin toplanması ve hâkimlerin dosyaları iyi inceleyerek duruşmaya çıkmaları, gerektiğinde kısa duruşma günleri vermeleri, davaların makul sürede sonuçlanmasına yardımcı olabilir.

b.a.f) Yargı Sisteminin Aktörleri Arasında Sağlıklı İletişim

Yargılama faaliyetinde yargı sisteminin aktörleri arasında sağlıklı bir iletişim, iş ve işlemlerin zamanında tamamlanması açısından önem taşımaktadır. Örneğin ceza yargılamasında; kolluk, savcı ve hâkim arasındaki iletişim eksikliği gecikmelerin nedeni olabilmektedir. Bilindiği gibi suç ve suçluların araştırılıp ortaya çıkarılmaları ve şüpheli kişilerin yakalanmaları kolluğun görevleri arasındadır. Savcılık, dosyada bulunan suç ve delillerle ilgili inceleme ve değerlendirmeden sonra bir karar verir. Soruşturma aşaması sonunda savcılık, suçun işlendiği konusunda yeterli delilin bulunduğu kanaatine varırsa iddianameyi düzenler ve mahkemeye gönderir. Görevli mahkeme iddianameyi inceleyerek ya kabul eder ya da savcılığa tekrar iade eder.

İşte bütün bu işlemler yürütülürken, ceza yargılaması sistemi içindeki aktörler arasında sağlıklı bir iletişimin büyük önemi vardır. Bu iletişimin sağlıklı gerçekleşmediği durumlarda soruşturma normal süresi içinde sonuçlanmamakta ve bu da sonraki aşamalara geç başlanmasına neden olmaktadır. Bu nedenle yargı görevlileri arasındaki iletişimde günümüzün hızlı iletişim tekniğinden yararlanmak

gerekmektedir. Bu yapılırsa, ceza yargılama sisteminin daha hızlı çalışması ve dosyaların gecikmeden sonuçlanması mümkün olabilir.

b.b) SİSTEM DIŞI YÖNTEMLER

Yargıda iş yükünün azaltılması, sadece sistem içi tedbirlerle mümkün olamaz. Çünkü yargı sistemine çok sayıda dosya giriş yapmaya devam ettikçe hiçbir yargı sistemi bu yükün altından kalkamaz. Bu konuda en makul tedbirin, yargı sistemine giriş yapan dosya sayısını azaltmak olduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçevede 'koruyucu yargı' ve 'sosyal kontrol' gibi araçlarla suçları ve hukuki uyuşmazlıkları azaltmaya ya da onları sistem dışı yöntemlerle çözmeye yönelik tedbirler üzerinde durulması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Koruyucu yargı anlayışı bağlamında bireyler arasındaki hukuki uyuşmazlıkları asgari düzeye indirmek mümkün müdür?

Tarihte 'koruyucu hukuk' ve 'sosyal kontrol' araçlarıyla hukuki uyuşmazlıkları yargıya taşımadan yargı dışı yöntemlerle çözebilen örnek bir millet olduğumuzu söyleyebiliriz. Osmanlı yargı sisteminde dava sayısı oldukça azdı. Çünkü bazı hafif suçlar için taraflara öğüt verilir, uzlaştırılır ve yargıya başvurma ihtiyacı kalmazdı. Vatandaşlar, genel huzuru ve ahlâkı ihlâl eden davranışlardan genellikle kaçınırdı. Hukuk kuralları dışındaki sosyal düzen kuralları olan örf-adet, din ve ahlak kurallarının toplum bireyleri üzerinde etkinliği fazla idi. Sadece dava oluşturacak önemli konular için hâkime başvurulurdu. Kitabın ilgili bölümünde daha geniş olarak açıklandığı gibi toplumda meydana gelen anlaşmazlıklar bir aileye ilişkin ise, mümkün olduğu kadar o aile içinde çözümlenirdi. Son sözü aile büyükleri söylerdi. Onların sözüne aykırı davranış nezaketsizlik sayılırdı.

Ticari ve mesleki anlaşmazlıklar; genellikle meslek sahibinin üyesi bulunduğu ahilik teşkilatı başkanı tarafından çözüme kavuşturulurdu. Kabul etmeyen çok az sayıda insan mahkemeye başvururdu. Ara dönemler hariç Osmanlıda her dönemde toplumsal güvenlik çok iyi durumdaydı. Örneğin Kanunî Sultan Süleyman devrinde (1520-1566) İstanbul'un asayişi bütün Avrupalı gözlemciler tarafından övülmüştür. O dönemde İstanbul nüfusu yarım milyona yaklaşmış, dünyanın neredeyse en kalabalık şehri olmuştu. Buna rağmen adliyeye intikal eden dava sayısı çok azdı. Cinayet ortalaması bir yılda sadece 1 (bir) idi. Muhzır adı verilen adli polis, davanın görüleceği celse için bütün delilleri ve tanıkları hâkimin huzuruna getirmekle görevli idi.[776]

Osmanlı toplumunda güçlü bir sosyal kontrolün olması ve hukuk dışındaki din, ahlak ve örf adet gibi toplumsal düzen kurallarının etkin konumda bulunması, yargı teşkilatının işini büyük ölçüde azaltıyordu. Bugün hukuk dışındaki sosyal düzen kurallarının toplum üzerindeki etkileri zayıfladığından bireyler arasında çok basit nedenler bile dava konusu olmakta, bunları yargıya intikal ettirmeden kendi aralarında çözüme kavuşturma kültürü büyük ölçüde kaybolmaktadır.

Bugün yargı sisteminde en küçük ilçenin hâkimlerinden Yargıtay üyelerine kadar her yargı mensubu normalin çok üzerinde bir dosya hacmi altında ezilmektedir. İş yükünün ağır olmasında insanların her uyuşmazlığı yargıya taşıma

[776] Yılmaz Öztuna, Osmanlı'da Hızlı Yargı.

alışkanlığı önemli rol oynamaktadır. Toplum bireyleri yargı yolunu, hasmı oyalama ve bir tür cezalandırma yolu olarak kullanma eğilimindedir. İnsanların, önemli-önemsiz her uyuşmazlığı mahkemeye taşıdığı bir toplumda yaşıyoruz. Böyle bir toplumda sürekli yeni uyuşmazlıkların doğması doğaldır. İnsanlar çok hassas bir ruh yapısına sahip duruma gelmişlerdir. Eskiden toplumun ileri gelenleri ya da komşular aracılığıyla bitebilecek anlaşmazlıklar şimdi hemen yargıya taşınmaktadır. Ekonomik yönden büyüyen, zenginleşen ülkemiz bazı kültürel manevi değerler bakımından fakirleşiyor. Toplumsal sorunların çözümü konusunda bütün yük adliyenin omuzlarında kalıyor. Önceden toplumun kendi içinde çözebildiği uyuşmazlıklar, şimdi mahkemelerde dava konusu olmaktadır.[777] Böyle bir toplum yapısı ve hukuk sistemiyle yargının iş yükü sorununun temelden çözümlenmesi zordur. Üstelik yargıda iş yükü sorunu sadece ülkemiz için değil, bütün ülkelerin yargı sistemleri için büyük bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir.

4) HUKUK SİSTEMİNDE EHLİYET VE LİYAKAT SORUNU

a) EHLİYET VE LİYAKATİN TANIMI

Ehliyet, sözlükte işe yarar halde bulunma, bir işi hak edebilecek durumda olma, yetkinlik; maharet, kabiliyet anlamlarına gelmektedir. Liyakat ise, layık olma, değerlilik, yararlık; hüner, fazilet demektir.[778] Ehliyet ve liyakat kavramları, bir iş ve meslekte yeterliliği, ustalığı ve yararlığı ifade için, birbirine yakın anlamlarda kullanılmaktadır. Ehliyet ve liyakat; etiksel ilke olarak toplumda adalet, huzur ve barışın sağlanmasında son derece önemlidir. Ehliyet ve liyakat, her alanda gelişmenin, ilerlemenin, toplumsal barışın temel taşı olan evrensel etik bir ilkedir. Öyle ki, hangi ülkede bu etik ilkeye uyulursa orada mutlaka olumlu sonuçlar alınabilir.

Mevlana, 'Mesnevi' isimli eserinde, ehliyet ve liyakat konusuna büyük yer verir. Ehliyet ve liyakat sahibi olmayan insanların düştüğü acıklı durumları anlatır. Ehliyet ve liyakat konusunu işlerken bekçilik kavramına çok yer veren Mevlana, 'eşek gitti' başlıklı hikâyede, eşeğe bekçilik etmesi beklenen, ancak bu işe ehil ve layık olmayan hizmetçilerin eşeklerin yok olmasına yol açtıklarını anlatır. 'Düşmanına danışan adam' hikâyesinde de "Kurttan bekçilik istemek doğru bir şey değildir. Bir şeyi bulunmadığı yerde aramak, aramamak demektir." sözüyle, ehliyetsiz ve liyakatsiz bekçinin emanete zarar verebileceğini vurgular. "Henüz kanadı çıkmayan kuş, uçmaya kalkışırsa her yırtıcı kedinin lokması olur." sözüyle, ehil olmadığı halde bir iş ve mesleğin başına geçen kişinin kendisine de zararı dokunabileceğini anlatmaya çalışır.

"Ey akıl sahibi, (meslek ve) sanata çalış, fakat o (meslek ve) sanatı, ehil olan kerem sahibi ve temiz bir kişiden öğren." diyerek her alanda ehil insanların örnek alınması gerektiğini ifade eden Mevlana, bazı hikâyelerinde de Hüdhüd ve Ayaz gibi ehliyet ve liyakat sahibi ideal insan modelleri sunarak bu özelliklere sahip

[777] Prof.Dr. İlber Ortaylı, Yargının Yavaş İşlemesi.
[778] Ferit Devellioğlu, Osmanlıca -Türkçe Ansiklopedik Lügat.

insanların iş başına getirilmesi halinde toplumda adalet, barış ve huzurun sağlanabileceğini anlatmaktadır.[779]

6 maddeden ibaret olarak belirlenmiş BM. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nden birisi de **ehliyet** ve **liyakat**tir. Buna göre; bir hâkimin yargısal görevleri, diğer tüm etkinliklerinin önünde yer alır. Bu yüzden hâkim, yargısal görevlere kendini adeta adamalıdır.

Hâkim ve savcılar; mesleğe alınırken ehliyet ve liyakat ölçüsüne göre alınmalı, mesleklerini sürdürürken de yargının kontrolünde yapılacak meslek içi eğitim faaliyetlerine katılarak, yargısal görevlerini düzgün bir biçimde yürütebilmeleri için mesleki bilgisini, becerisini ve bireysel yeteneklerini sürdürmek ve artırmak için gerekli çalışmaları yapmalıdır.

Hâkim ve savcılar, uluslararası sözleşme ve insan hakları normlarına ve uluslararası hukuka ilişkin gelişmeler hakkında kendilerini sürekli yenilemeli, bütün yargısal görevlerini etkin bir biçimde, adilane ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidirler.

Hâkim, ehliyet ve liyakat sahibi olmasının gereği olarak yargılamanın bütün aşamalarında avukatlar, davanın tarafları, tanıklar ve resmi sıfatı haiz diğer kişilerle ilişkilerinde sabırlı, nazik ve onurlu olmalıdır. Hâkim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunmamalıdır.

b) EHLİYET VE LİYAKATİN ÖLÇÜTÜ

Ehliyet ve liyakatin yararlı bir şey olduğu konusunda ortak görüş olmakla birlikte herhangi bir işe kimlerin ehil olduğu konusunda görüşler farklılaşmaktadır. Ehliyet ve liyakati belirlemede ölçümüz ne olacaktır? Bir işin ehlinin kim olduğunu nasıl belirleyeceğiz?

Genel olarak devlet işlerini yürütecek görevliler seçilirken, ehliyet ve liyakatin belgesi olarak diploma kabul edilmektedir. Diploma, hukuk mesleğine giriş için de en temel ölçüttür. Çünkü hukuk mesleğinin bir bölümünde görev alabilmek için hukuk fakültesi diplomasına sahip olmak gerekir. Bunun yanında hâkim ve savcılık için ÖSYM tarafından yapılan genel bir test usulü sınavda belirli bir puanı almak zorunluluğu vardır. Son olarak bu test usulü sınavda belirli puanı alanların katılacağı mülakat sınavı yapılmaktadır.

Bu test sınavının hâkim ve savcı liyakatini belirlemede yetersiz kalması, en çok eleştirilen konudur. Yapılan test sınavlarının, adayların teorik bilgi düzeyini ölçse de davranış boyutunu değerlendiremediği bir gerçektir. Gelişmiş demokratik ülkelerde bu durum mülakat ile halledilmektedir. Ancak, mülakat konusu her gündeme geldiğinde, insanlarda haklı olarak kuşkuya neden olmaktadır. Çünkü mülakat sınavları, yürütmenin kontrolü altında yapıldığından suiistimale açıktır. Bugünkü mülakat yöntemi, sonradan yargı denetimini mümkün kılacak biçimde de yapılmamaktadır. Bu nedenle hâkim ve savcı alımlarında yapılan mülakat sınavı, sürekli tartışmaya konu olmuştur. Dolayısıyla hâkim ve savcı alımları için yapılan mülakatlarda objektif ölçütlerden çok siyasi erkin uygun gördüğü adayların kazandığı biçiminde bir izlenim bulunmaktadır.

---

[779] Mevlana, Mesnevi; Çev. Şefik Can.

c) İNSAN UNSURUNDAKİ NİTELİK EKSİKLİĞİ BAŞKA ŞEYLERLE GİDERİLEMEZ

Bir kurum olarak yargı organı, bütün teknik imkânlarla donatılmış olsa bile, hukuk mesleği mensuplarının (hâkim, savcı, avukat, adli personel) gerek kendi aralarında, gerekse muhatap oldukları insanlarla olan ilişkilerinde ve uyuşmazlıkların çözümünde etik ilkelere uymadıkları takdirde başarılı olmaları mümkün değildir. Bir mesleğin yürütülmesinde en önemli faktör olan insanın yetiştirilmesi, seçilmesi ve idaresinde yapılacak yanlışlıklar, en modern usul ve araçlarla bile düzeltilemez. Bir meslek dalındaki her türlü başarısızlık ve ahlak dışı davranış, ancak o iş ve meslekle insan arasındaki sıkı manevi ve psikolojik bağın anlaşılamaması halinde görülebilir.

Hukuki sorunlar insan ilişkilerinden kaynaklanmakta ve sonuçta yine insanlar tarafından çözülebilmektedir. Hukuk mesleğinin insan unsurunu oluşturanlar; hâkimler, savcılar, avukatlar, noterler ve kalem personelidir. Bunların bilgileri, yetenekleri, hukuksal sorunları çözmedeki becerileriyle ancak verimlilik sağlanabilir, adalet gerçekleşebilir. Her meslekte olduğu gibi hukuk mesleğinde de insan unsuruna ilişkin sorunlar eğitim, seçim ve denetim üçgeni içinde ele alınabilir. Bu çerçevede üç temel ilke olarak; **eğitim**, **seçim** ve **denetimden** söz edilebilir. Hukukçular öncelikle en iyi bir biçimde eğitilmeli, ikinci olarak en iyileri seçilerek göreve alınmalı, son olarak görevdekiler en iyi biçimde denetlenmelidir.

Bu üç temel ilkeden çıkan sonuç şudur: Hukuk mesleğine ehil ve liyakat sahibi insanların getirilmesi için öncelikle onların eğitim aşamasında bu niteliklere sahip olması sağlanmalıdır. Bu yapılmadıkça görev başına getirilecek ehil ve liyakat sahibi hukukçuları bulmak zor olacaktır. Çünkü ancak **iyi eğitim,** ehil ve liyakat sahibi bireylerin yetişmesini sağlayabilir. İyi eğitim olsa bile bütün bireylerin yüzde yüz oranında ideal niteliklere sahip olarak yetişmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle mevcut adaylardan en ehil olanları **seçmek** zorundayız. İyi **denetim** ise, başlangıçta var olan üstün niteliklerin bozulmadan devamına katkı sağlar.

Yargı adı verilen yapının tek tek insan-hâkim, insan-savcı ve insan-avukatlardan oluştuğu ve yargılama faaliyetinin tamamen insani unsurlar taşıdığı gerçeği, çoğu zaman dikkatlerden kaçmış, hukuk mesleği gibi önemli görevi yürüten insan unsurunun taşıması gereken nitelikler ve bu görev için ehliyet ve liyakat sahibi olup olmadıkları genellikle göz ardı edilmiştir. Hiçbir hizmet ve faaliyet, insan unsurunun önemini kavramadığı sürece başarılı olamaz.

5) YARGIDA ETKİNLİK VE KALİTE SORUNU

Etkinlik kavramı sözlükte, etkin olma durumu, eylemde bulunanın niteliği; bir kurumun belli bir alandaki eylemi, faaliyeti, aktivitesi anlamlarına gelir. Etkinlik, genel anlamda bir faaliyet, hareket ya da davranışın, yöneltildiği amaca, imkân olduğu ölçüde ulaşma derecesidir. Diğer bir deyişle amaca ulaşmada yeterli olup olmadığını gösteren bir ölçüttür.[780]

[780] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

Yargı sisteminde etkinlik; hâkim, savcı, avukat ve diğer adli personelden oluşan insan unsurunun, mevzuatın; yani hukuk ve usul kurallarının ve diğer unsurların yani yargının bütün unsurlarının sistem içinde, belirlenen hedefler doğrultusunda ne kadar yeterli ve verimli kullanıldığını gösteren bir değerlendirme ölçütüdür. Diğer bir deyişle etkinlik, yargılama faaliyetinde fiilen gerçekleşen başarı seviyesi ile önceden belirlenmiş ve olması gereken ideal/standart başarı seviyesi karşılaştırıldığında, gerçekleşen başarı seviyesinin olması gereken başarı seviyesine ne ölçüde yaklaşıp yaklaşmadığını gösterir. Örneğin bir dava dosyasının sistem içinde sonuçlandırılması için olması gereken ideal süre 3 ay olmasına rağmen, uygulamada bu dava 12 ayda sonuçlanıyorsa, bu yargılamanın etkinlik derecesini bir formülle ifade edersek, etkinlik= 3/12= 0,25 veya % 25'dir. Bu durumda bu şekilde işleyen bir yargı sisteminin yeterli derecede etkin olmadığı açıktır. Sistemin yeterli ölçüde etkin duruma getirilmesi için, sisteme etkili olan bütün unsurların gözden geçirilmesi ve onların en kaliteli sonucu alabilecek düzeye getirilmesi düşünülmelidir.

Bugün ülkemizde yargının etkinlik ve kalite sorunu vardır. Bu sorun, yargının temel unsurlarının (insan, mevzuat ve yapısal unsur) yetersizliği ile bağlantılıdır. Yargıda etkinlik ve kalite sorunu, yargının bütün unsurlarının yeterli ve verimli kullanılmadığını gösteren bir sonuçtur. Bu olumsuz sonuca götüren etkenler, ya mevzuat unsuru, ya insan unsuru ya da yapısal unsurdan kaynaklanan eksikliklerdir. Bir davanın makul sürede sonuçlanmaması yargının etkin olmadığını, tarafların beklenti ve ihtiyaçlarını karşılamaması ise kaliteli olmadığını gösterir. Bugün davaların makul sürede sonuçlanmaması ve adaletin zamanında gerçekleşmemesinden dolayı insanlar genellikle yargının etkinlik ve kalitesinden memnun değildir.

Bütün yargı türleri bakımından etkinliğin artırılması; yargılamanın basit, olabildiğince çabuk ve mümkün olan en az giderle yürütülmesine ve dava sayısının azaltılmasına bağlıdır. Hukuk yargılaması bakımından etkinliğin sağlanması için; mahkemeler teşkilâtı, yargının aktörleri, dava sayısının azaltılması ve usul hükümleri ile ilgili yapılması gerekenler bulunmaktadır.[781]

Ceza yargılama sisteminde etkinlik için; soruşturma, kovuşturma, kanun yolu gibi bütün aşamaların, verimlilik ve yeterlilik bakımından en yüksek düzeye çıkarılması gerekir. Her üç aşamanın verimlilik ve yeterlilik bakımından en yüksek düzeye çıkarılması ise; doğru hazırlanmış yasal mevzuat; ceza kanunu, usul hükümleri, yetkin olan yargı aktörleri; hâkim, savcı, avukat ve adli personel ve yeterli alt yapının var olmasına bağlıdır.

Yargıda kalite ise, tarafların yargı hizmetiyle ilgili duydukları doyum ve hoşnutluk düzeyidir. Kusursuz adli hizmet anlayışına sistemli bir yaklaşımdır. Kaliteli yargı; adli hizmetin, tarafların beklenti ve ihtiyaçlarını karşılayabilme yeteneğidir. Kaliteli yargı, yargı hizmetinin yürütülmesinde her türlü eksik ve hatanın ortadan kaldırılması ve yargısal faaliyetlerin bu konudaki standartlara uygun olmasıdır. Yargı sisteminde kalite, yargılama faaliyetinin bütün aşamalarında

[781] Prof. Dr. Süha Tanrıver, Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine; http://dergiler.ankara.edu.tr/ dergiler.

sürecin iyi yürütülmesi, iyi araçların kullanılması ve tarafları tatmin edecek iyi sonuçların zamanında/makul süre içinde alınmasıdır. Bu durumda yargı hizmetinin kalitesinin, birisi süreçle ilgili, diğeri de sonuçla ilgili boyutları olduğu söylenebilir.

Kalitenin yargılama süreciyle ilgili boyutu, sürecin hangi araçlarla ve ne şekilde yürütüldüğü, başka bir ifadeyle adaletli bir sonuca götürebilecek araç ve yöntemlerin kullanılıp kullanılmadığı ile ilgilidir. Örneğin, sanığın aleyhinde ve lehinde olan delillerin tamamı, adil ve dürüst yargılama yön-temleri uygulanarak toplanmadıysa, bu şekilde adaletli bir sonuca ve hükme varmak mümkün değildir. Eskiler, 'usulsüz vusul olmaz' demişler. Yani bir konuda iyi yöntem ve araçlar kullanılmalıdır ki, iyi sonuçlara ulaşılabilsin.

Bir bankanın gişesinde, bir süpermarketin kasasında müşterilerin fazla beklemeden işlerini bitirmesi ya da banka ve süpermarketteki görevlilerin davranışları hakkında müşterilerin olumlu düşünmeleri, bir otobüsün zamanında ve yolculuğa elverişli bir biçimde hareket etmesi, hizmetteki kaliteyi gösteren örneklerdir. Yargı hizmetinde kaliteden söz ederken, müşterilerin hoşnutluğu ve tatmini yanında, o hizmeti yürüten görevlilerin de maddi ve manevi olarak tatmin edilmesi gerektiğini belirtmeliyiz.

Kalitenin sonuçla ilgili boyutu, sunulan yargı hizmetinin nicelik/nasıllık; keyfiyet yönünü ifade etmektedir ki, yargılama sonunda varılan hükmün/kararın, adaleti ne derece yansıttığı ile ilgilidir. Dolayısıyla bir işlemin sonucu, hizmet kalitesinin değerlendirilmesinde önemli bir göstergedir. O halde yargı sisteminde ancak iyi yöntem/usul ve araçlar bizi adaletli bir sonuca götürebilir. Adaletli bir sonuca varmak istiyorsak, yargılama sisteminin bütün aşamalarında rol üstlenen aktörlerin yapacağı işlem ve vereceği kararların etik değerlere uygun olması, bu konuda büyük özen gösterilmesi gerekmektedir.

6) HÂKİM-SAVCI VE DİĞER ADLİ PERSONEL EKSİKLİĞİ SORUNU

Gerçek anlamda hukuk devleti olabilmek için, hızlı işleyen, etkin ve kaliteli bir yargı sistemine ihtiyaç vardır. Yargıda etkinlik ve kalite, adaletin zamanında gerçekleşmesi ve yargı sistemine güven duyulması için bir zorunluluktur. Bunun için mevcut hâkim ve savcıların daha verimli çalışması ve personel açığı bulunan yargı organlarının bu ihtiyaçlarının karşılanması gerekir. Bugün yargıdaki hâkim-savcı ve diğer personel azlığı, temel bir sorun oluşturmaya devam etmektedir. Bu sorunun ortadan kaldırılması için hâkim, savcı ve yardımcı personel eksikliği giderilmelidir. Yargıda etkinlik ve kalitenin artırılmasının temel yollarından birisi de, hâkim-savcı ve yardımcı personel sayısının artırılmasıdır. Bugün yargı sisteminin, en azından mevcut hâkim-savcı ve diğer personel sayısı kadar hâkim-savcı ve diğer personele ihtiyaç vardır.

Türkiye'de yargı teşkilatı sürekli olarak hâkim-savcı ve diğer personel yetersizliğinden kaynaklanan sorunlarla gündeme gelmektedir. Hâkim ve savcı açığının büyüklüğü, yargı teşkilatının etkin olarak çalışmasını ve davaların makul sürede bitirilmesini engellemektedir. Dolayısıyla bu durum, yargı sisteminde çok ciddi etik sorunlara neden olmaktadır. Hâkim ve savcı sayısının azlığı, yargı sisteminin temel sorunlarından biridir. Çünkü her gün sayısı artan dava dosyalarını

çözüme kavuşturacak hâkim ve savcı sayısının da buna uygun olarak artırılması gerekmektedir.

Nüfusa göre hâkim-savcı sayısı ve hâkimin bakacağı azami iş sayısı konusundaki istatistikî bilgiler de bu görüşü desteklemektedir. Adalet Bakanlığı'nın verilerine göre; Türkiye'de her 100.000 kişiye 9 hâkim düşmektedir. Avrupa ülkelerinde ise bu sayı 20'yi geçiyor. Avrupa Konseyi Etkin Yargı Komisyonu'nun (CEPEJ) 2008 yılında yayınlamış olduğu verilere göre; 100.000 kişiye düşen hâkim sayısı Almanya'da 24,5, İngiltere'de 16,6, Yunanistan'da 28,4 iken Türkiye'de bu sayı 9'dur.

Avrupa'da bir hâkimin bakacağı yıllık azami iş sayısı yaklaşık 200 iken; Türkiye'de bir hâkim yıllık ortalama 1078, Cumhuriyet savcısı 1417 hazırlık ve 447 ilamat dosyasına bakıyor. Türkiye'de mevcut 14.694 adli ve idari yargı hâkim ve Cumhuriyet savcısı kadrosundan halen 3 bin 483'ü boş bulunuyor.[782] Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) verilerine göre; Türkiye'de 2011 yılı sonu itibariyle toplam 12.040 hâkim-savcı görev yapıyor. Boş olan hâkim-savcı kadrolarının hemen doldurulması gerektiği gibi, yeni kadrolar da ihdas edilerek yargı sisteminin ihtiyacı olan asli insan gücüne ulaşması gerekmektedir.

Eski Adalet Bakanı Sadullah Ergin'in, bakanlığı döneminde yaptığı açıklamaya göre; 'Türkiye, Avrupa Konseyine üye ülkeler arasında, her 100.000 kişiye düşen hâkim sayısı itibarıyla olması gerekenin yarısı kadarına sahiptir. Her 100.000 kişiye 20 hâkim düşmesi gerekirken 10 hâkim düşmekte, her 100.000 kişiye 10 savcı düşmesi gerekirken 5 savcı düşmektedir.' [783] Prof. Gökçen, Türkiye'nin gelişmişlik düzeyine göre hâkim ve savcı sayısının en az 20.000 civarında olması gerektiğini, şu an 12.000 civarında hâkim-savcı sayımızın bulunduğunu, söylemiştir.[784] Dr. M. M. Yardımcı'ya göre; ülkemizde şu anda 13.000 hâkim-savcı olup, bir o kadar daha hâkim-savcıya ihtiyaç bulunmakta, bu nedenle bir an önce daha fazla hâkim-savcı alınması gerekmektedir.[785]

Hâkim-savcı sayısıyla ilgili söylenenler, diğer adli personeller için de geçerlidir. Diğer adli personel olarak ifade ettiğimiz mahkeme yazı işleri müdürleri ve zabıt kâtiplerinin sayı olarak yetersiz olması, işlerin zamanında bitirilmesine engel olduğu gibi, mevcut personelin daha çok çalışmak zorunda kalmasına neden olmaktadır.

7) YARGI BİRLİĞİ-YARGI AYRILIĞI SORUNU

Anayasaya göre devlet; yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinden oluşmaktadır ve millet, egemenliği bu organlar eliyle kullanır. Devleti oluşturan ve millet egemenliğini kullanan bu üç temel organın faaliyetleri ve birbirleriyle ilişkileri, devletin hukuk devleti olup olmadığını gösteren temel ölçütler durumundadır. Bu

---

[782] Adalet Bakanlığı Adli İstatistik Genel Müdürlüğü.

[783] Sadullah Ergin, 'Yargı Bağımsızlığı Çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu' Konulu Panel.

[784] Prof. Dr. Ahmet Gökçen, 'Yargı Bağımsızlığı Çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu' Konulu Panel.

[785] Dr. Mehmet Murat Yardımcı; 'Hukuk Eğitim Sistemi' Panelindeki Konuşması.

çerçevede yargının kuruluşu, yargılama sistemleri; yargı birliği yargı ayrılığı ilkeleri hukuk devleti ilkesine etkili olan faktörlerden biridir.

Yargı birliği ilkesi, bir ülkede ilk derece mahkemelerinin üstünde temyiz merci olarak bir tek yüksek mahkemenin bulunmasını ifade etmektedir. Yargı birliği sisteminde temyiz mercii olarak bir tek yüksek mahkeme vardır ve bu yüksek mahkeme; hem anayasa yargısını, hem idari yargıyı, hem de adli yargıyı tek başına temsil etmektedir.[786]

Yargı birliği ilkesi, Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ABD, Kanada, Birleşik Krallık ve Avustralya gibi ülkelerde benimsenmiştir. Yargı birliği ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde idarenin yargı yoluyla denetimi, sadece adli mahkemelerle yapılmaktadır. Yargı birliği sisteminde bir ülkede sadece bir tane yüksek mahkeme vardır ve bu mahkeme anayasa yargısını da, idari yargıyı da, adli yargıyı da tek başına temsil etmektedir.[787]

Yargı ayrılığı sisteminde ise, birden fazla yüksek mahkeme vardır ve idari yargı ile adli yargı ayrılmıştır. Bu sistemde idarenin yargı yoluyla denetimi, idari mahkemeler eliyle yapılmaktadır. Yargı ayrılığı ilkesi, özellikle Kara Avrupa'sında; Fransa, Almanya, İtalya ve Türkiye gibi ülkelerde benimsenmiştir.[788]

Demek ki yargı birliği ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde idarenin yargı yoluyla denetimi, **adli mahkemeler**, yargı ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde ise, ayrı bir yargı alanını oluşturan **idari mahkemeler** eliyle yapılmaktadır. Yargı birliği ilkesini benimseyen ülkelerde temyiz mercii olarak sadece bir tane yüksek mahkeme, yargı ayrılığı ilkesini benimseyen ülkelerde ise iki tane yüksek mahkeme vardır.

Türkiye'de yargı birliği-yargı ayrılığı konularındaki tartışmaların merkezinde iki temel sorun yer almaktadır. Bunlardan birincisi, hukuk ve yargı sistemimiz için en uygun olanın yargı birliği ilkesi mi yoksa yargı ayrılığı ilkesi mi olduğu, ikincisi ise, yargılama ilkelerinden herhangi birinin benim-sendiği yargı sistemlerinde görevli hâkimlerin, 'hâkimlik teminatı' ve 'mahkemelerin bağımsızlığı' ilkelerine bağlı kalınıp kalınmadığıdır.

Ülkemizde hem yargı birliği ilkesini, hem de yargı ayrılığı ilkesini savunan hukukçular bulunmaktadır. Her iki görüşün de kendine özgü bir felsefesi ve dayandığı makul gerekçeleri olduğu söylenebilir. Dünyada demokratik hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerin bir kısmı yargı birliği sistemini, bir kısmı da yargı ayrılığı sistemini uygulamaktadır. Gerek Anglo-sakson ülkelerinde yaygın olan yargı birliği ilkesinin, gerekse Kara Avrupa'sında benimsenen yargı ayrılığı ilkesinin, benimsendiği ülkenin hukuk anlayışı, sosyal, kültürel ve tarihi şartlarıyla bağlantısı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak ister yargı birliği, isterse yargı ayrılığı sistemleri benimsenmiş olsun, asıl üzerinde durulması gereken nokta, yargı bağımsızlığının sağlanmış olmasıdır. Anayasa'nın 138. maddesinde; 'hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları' belirtilmiştir. Ancak yargı ve hâkimin bağımsızlığı

[786] Hüseyin Yörük, Yargı Birliği Sağlanmalıdır; http://www.hukukcular.org.tr.
[787] Hüseyin Yörük, Yargı Birliği Sağlanmalıdır; http://www.hukukcular.org.tr.
[788] Av. Özlem Koçak Süren, Türkiye'de Yargının Örgütlenmesi.

ilkesi, sadece Anayasa'da yer almakla gerçekleşmez. Bu temel ilkeyi pratik hayatta gerçekleştirecek yeterli hâkimlik teminatlarının da bulunması gerekir.

Türkiye'de yargı sistemi; anayasa yargısı, idari yargı, askeri yargı ve adli yargı olarak dört kola ayrılmıştır. Yani Türkiye'de yargı birliği yoktur. Anayasamızda, görev alanları farklı olan beş ayrı yüksek mahkeme sayılmıştır. Bunlar; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesidir. Ülkemizin benimsediği Kara Avrupa'sı hukuk sisteminin temel iki taşı olan Yargıtay ve Danıştay'a, 1961 anayasasıyla Askeri Yargıtay ve 1971'de yapılan anayasa değişikliği ile de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi eklenmiştir. Ayrıca bunlara adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili Uyuşmazlık Mahkemesi ve hesap yargısı olan Sayıştay'ı da eklersek bu sayıyı artırabiliriz.

Yargı birliği ilkesini savunanlar, bunun bir ülkenin iç egemenliğinin bir gereği olduğunu, bir ülkede yargı gücünün farklı alanlara ayrılmış olmasının, devlet egemenliğinin ve dolayısıyla yargılama kuvvetinin bölünmesi anlamına geleceğini ileri sürmektedirler.

Kunter'e göre; yargı birliği, iç egemenliğin gereği olarak yargı gücünün tek olmasına denir. O, egemenliğin kullanılmasında rol alan organların birden fazla olamayacağını, yani bir devlet içinde birden fazla yasama, birden fazla yürütme, birden fazla yargı kuvveti bulunmaması gerektiğini savunur. Yargı ayrılığı ilkesine temelden karşı çıkan Kunter, yargılama birliğinin sağlanmasının gerekliliğine değinirken, bir ülkede ayrı bir yargılama isteğinin, elinde belli bir kuvvet ve güç bulunduranlardan geldiğini, çoğunlukla devletlerin kurulması sırasında elinde güç olanların kendileri için ayrı bir yargılama isteğinde bulunduklarını, bu şekilde bir isteğin anlamının devlet egemenliğinin ve dolayısıyla yargılama kuvvetinin bölünmesi demek olacağını, bu isteğin kabul görmesinin, orada henüz devletin tamamıyla teşekkül etmediğini göstereceğini ifade eder. Ona göre; yargı birliği ilkesine aykırı olan, askeri mahkemelerin askeri suçlara bakması için kurulması değil, bu mahkemelerde görev yapan hâkim ve savcıların askeri teşkilatta yer alması, tayin ve terfilerinin Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı olmasıdır.[789]

Doktrinde adli yargı ve idari yargı ayrımının işlevsel nitelik taşıdığı bu nedenle yargılama ilkeleri açısından sakınca doğurmadığı çoğunlukla kabul görmekle birlikte; askeri yargı organlarının ayrı bir yargı alanı olarak varlığı eleştirilere neden olmuştur.[790]

Bu çerçevede Yargıtay ve Danıştay'ın, yani adli ve idari yargı ayrımının ülkemizde artık tam olarak yerleştiği, hukuk ve yargı sistemimizde ciddi bir sorun ve karmaşa doğurmadığı, bu yüksek yargı organlarının ayrı teşkilatlanmasının, farklı egemen bir gücün varlığı ve dayatması sonucu değil, işin niteliğinden kaynaklandığı genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim hukuk sistemimizin temelini oluşturan Kara Avrupa'sı sistemini benimseyen diğer ülkelere baktığımızda da Yargıtay ve Danıştay gibi iki yüksek mahkemenin mevcut olduğu

[789] Prof. Dr. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku.

[790] Alaattin Karakaya, Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası Standartlar Açısından Değerlendirilmesi.

görülmektedir. Ayrıca idari yargının hâkim ve savcılarının seçimi, hâkimlik teminatı ve bağımsızlık, özlük hakları vs. adli yargıdaki hâkim ve savcılarla aynıdır. Prof. Aktaş; ülkemizin, yargı ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu Kara Avrupa'sı sistemini kabul ettiğini, ancak bizde yargı ayrılığı ilkesinin biraz abartılı olduğunu, çünkü yargı sisteminin Anayasa yargısı, adli, idari ve askeri yargı biçimde ayrı örgütlendiğini belirtir.[791]

Bazı hukukçulara göre; Türkiye'de yargının örgütlenmesi çok parçalıdır. Örneğin idarenin işlem ve eylemleri adli yargıda rahatlıkla çözümlenebilecek iken, ayrıca idare mahkemeleri kurulmuştur. İşin daha kötüsü, idare mahkemelerine atanan hâkimlerin çoğu hukuk fakültesi mezunu değildirler. Diğer yandan askeri yargı alanı içinde üst mahkeme olarak Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM) varlığı, buralarda asker-sivil yaklaşımı ve içtihat farklılaşması, adli-idari yargı ayrımına ilaveten yeni bir karışıklığa neden olmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 148. maddesine göre 'Yüce Divan' sıfatıyla Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri ve bazı üst düzey yöneticileri görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yargılama yetkisi olan Anayasa Mahkemesi'ne ceza yargılaması yetkisinin verilmesi, Anayasa Mahkemesi üyelerinin bazılarının hukukçu olmaması ve ceza yargılaması konusunda uzman olmaması da yargı örgütlenmesi açısından eleştiriye uğramıştır.[792]

Bazı hukukçular tarafından, ilk derece askeri mahkemelerin 'ihtisas/uzmanlık mahkemesi' niteliğinde bulundukları ve bu nedenle varlıklarının yargı sisteminin bütünlüğüne aykırı olmadığı; yüksek mahkeme olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'ın varlığı ise, yargı sisteminin bütünlüğü açısından sakıncalı olduğu değerlendirilmiştir.[793]

Askeri yargı içinde yer alan disiplin mahkemeleri, Anayasa ve 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun Hükümleri kapsamında ilk derece mahkemesi, yani ihtisas/uzmanlık mahkemeleri olarak kurulduğu halde, kuruluşu ve işleyişi itibariyle bir mahkemeden çok disiplin kurulu niteliğindedir. Çünkü söz konusu kanunun 2. maddesinde; 'Disiplin mahkemesinin, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulacağı…' belirtilmiştir. Başka bir deyişle disiplin mahkemesinde karar verecek üyeler subaylardan seçilmekte olup hukukçu ve hâkim değildirler. Cezalandırma yetkileri sınırı olmakla birlikte, hürriyeti bağlayıcı cezalar da verebilmektedirler. Bu nedenle disiplin mahkemeleri, gerçek anlamda mahkeme olarak nitelendirilemez.

Disiplin mahkemelerinin; üyelerinin hâkim sınıfından olmaması, disiplin mahkemelerinde görev yapan subay ve astsubayların aynı zamanda bağlı bulundukları birlikteki görevlerini de sürdürmeleri, bu üyelerin birlik komutanı tarafından seçilmeleri, savcılık görevinin disiplin subayı denen ve yine idare

---

[791] Prof. Dr. Sururi Aktaş, Erzincan Üniversitesi'nin Düzenlediği 'Hukuk Sistemleri' Konulu Söyleşi.

[792] Tuncer Özyavuz, Anayasa Mahkemesi ve Yüce Divan, Legal Hukuk Dergisi.

[793] Alaattin Karakaya, Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası Standartlar Açısından Değerlendirilmesi.

tarafından atanan bir subay tarafından yerine getirilmesi nedenleriyle, kuruluşu itibariyle Anayasaya aykırı olduğu, dolayısıyla hâkimlik ve savcılık teminatı ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.[794]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında, bu mahkemelerin ya hürriyeti bağlayıcı ceza verme yetkilerinin kaldırılması ve disiplin kuruluna dönüştürülmesi ya da diğer hâkimler gibi teminatları bulunan hâkimlerin görev yapacakları gerçek anlamda bir mahkemeye dönüştürülmesi gerektiği vurgulanmıştır.[795]

Askeri yargıda, yargı bağımsızlığı açısından sorun oluşturan sadece disiplin mahkemesi değildir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) görev yapan hâkimlerden bazılarının hâkim sınıfından olmaması nedeniyle, yeterince bağımsız olmadıkları söylenebilir. Çünkü yargı bağımsızlığı, diğer şartların yanında ancak gerçek anlamda teminatlı hâkimler varsa söz konusu olabilir. Nitekim AİHM, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığına bakmaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 7. maddesine göre; Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM) üyeleri; a) İki yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla albay rütbesinde üç yılını doldurmamış kurmay subaylar, b) En az yarbay rütbesinde birinci sınıf askeri hâkimler arasından seçilirler. Demek ki, bu mahkemenin bütün üyeleri hâkim statüsünde değildir. Çünkü söz konusu kanunun 9. maddesinde sadece mahkeme başkanı, başsavcı ve daire başkanlarının askeri hâkim sınıfından olması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla diğer üyeler ise hâkim sınıfından değildir. Askeri hâkim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır. (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, madde: 7 ve 9). Hâkim sınıfından olmayan subay üyeler, bu dört yılın sonunda tekrar görevli oldukları birliklerine dönecek ve belki de mahkemede yargıladıkları kendilerinden daha üst rütbeli komutanlarla aynı ortamda çalışmak zorunda kalacaklardır.

Subay üyelerin hâkim sınıfından olmamaları ve hâkimlik teminatları bulunmaması nedeniyle bağımsız olmadıkları gerekçesiyle askeri mahkemelere eleştiriler yöneltilmektedir. Aslında bu durum, Anayasanın bizatihi kendisine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü Anayasa'nın 'Askeri Yargı' başlığını taşıyan 145. maddesinin son fıkrasında; "Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir." denilmektedir.

Anayasanın bu hükmü çerçevesinde bakıldığında, disiplin mahkemeleri de dâhil olmak üzere bütün askeri mahkemelerin kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına

---

[794] Prof.Dr. Kemal Gözler, Hukuka Giriş.

[795] Alaattin Karakaya, Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası Standartlar Açısından Değerlendirilmesi.

göre düzenlenmediği görülmektedir. Anayasanın bu hükmü, 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na yansımamıştır.

AİHM, Türkiye aleyhinde açılan bir davada; "... Askeri disiplin mahkemesinin, tarafsız ve bağımsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin şikâyetle ilgili olarak AİHS'nin 6/1. maddesi ihlal edilmiştir." şeklinde karar vermiştir.[796] AİHM, bir mahkemenin özellikle taraflara ve yürütme erkine karşı **bağımsız** olup olmadığını tespit etmek amacıyla, üyelerin **atama** yöntemlerini, görev sürelerini ve dış baskılar karşısında yeterli **güvencelerin** var olup olmadığını dikkate aldığı içtihadını hatırlatmaktadır.

AİHM, yine bir davada; Askeri Yüksek İdare Mahkemesindeki subay üyelerin amiri durumunda olan makamların, genellikle iptali istenen idari işlemleri tesis eden makamlar olup, Mahkeme önünde davalı konumunda olduğunu, Genelkurmay Başkanlığının bir işleminin iptalinin istenildiği bir davada, Genelkurmay Başkanlığı tarafından mahkemeye üye olması için önerilen subay üyeler ne kadar objektif olurlarsa olsunlar, davacılar tarafından bağımsız ve objektif olduklarını kabul etmenin zor olduğunu belirlemiştir.[797]

Sonuç olarak, bugün dünyada hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu demokratik ülkelerin bazılarında yargı birliği ilkesi uygulandığı gibi, bazılarında da yargı ayrılığı ilkesi uygulanmaktadır. Yargılama birliği ilkesi yönünden, bir ülkede ihtisas/uzmanlık mahkemeleri olarak ilk derece mahkemelerinin ayrı olmasında bir sakınca görülmemekle birlikte temyiz mercii olarak Yüksek Mahkemenin tek olmasının daha yararlı olacağı ve yargıda dağınıklığı önleyeceği yönünde görüşler vardır. Türkiye, yargı ayrılığı ilkesini kabul etmiştir. Bu konu, tarihsel ve sosyolojik temellere dayalı toplumsal ve anayasal bir tercih sorunudur. Ancak ülkemizde yargı sistemi, yargı ayrılığı ilkesinin sınırlarını zorlayacak biçimde abartılı bir yapıya sahiptir. Çünkü adli, idari, askeri yargı alanlarında ihtisas/uzmanlık mahkemeleri niteliğindeki ilk derece mahkemeleri yanında, her bir yargı alanına ait nihai temyiz mercii olan Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi yüksek mahkemeler de bulunmaktadır. Yine yüksek yargı organları olarak Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Sayıştay'ı da dikkate aldığımızda bu konu daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Yargı sisteminde dağınıklığa neden olan, bu yüksek mahkemelerin sayısının fazla olmasıdır.

Bu konuda dünyaya baktığımızda, Yargıtay'dan ayrı olarak ilk derece askeri mahkemelerin kararlarını incelemek üzere Askeri Yargıtay'ın bulunduğu ülkeler vardır. Bazı ülkelerde bu yargısal denetim, İstinaf Mahkemeleri eliyle yapılmaktadır. Bazı ülkelerde de, bir yüksek askeri mahkeme olmaksızın, ilk derece askeri mahkemelerin kararlarına karşı Yargıtay'ın özel bir dairesinde temyiz incelemesi yapılmaktadır.

Bu sorunun çözümü için bir yöntem olarak; Türkiye gibi yargı ayrılığı ilkesini benimseyen ancak sivil Yargıtay dışında ayrı bir Askeri Yargıtay'ı bulunmayan demokratik ülkelerde olduğu gibi Askeri Yargıtay tamamen kaldırılarak ilk derece askeri mahkemelerin kararları; istinaf yani bölge adliye mahkemeleri ve sivil

[796] AİHM, İrfan Bayrak/Türkiye davası, Başvuru no:39429/98, T. 3 Mayıs 2007; AYİM Web Sitesi.
[797] AİHM, Hüsnü Yavuz/Türkiye davası, Başvuru no: 29870/96; AYİM Web Sitesi.

Yargıtay eliyle yargısal denetime tabi tutulması mümkündür. Böylece, hukuk ve yargı sisteminde özellikle yüksek mahkemelerin birden fazla olmasından kaynaklanan yargı dağınıklığına yönelik eleştiri ve yakınmalar giderilebilir.[798]

Sonuç olarak; hukuk ve yargı sistemini kurumsal olarak en ideal düzeye getirmek şüphesiz ki önemlidir. Yargının kollara ayrılması, sistemler ve mahkemeler, adalet değerine hizmet eden araçlardır. Bu araçların nihai amacı, adaletin tam olarak gerçekleşmesidir. Adalete erişimin sağlanması ve adaletin toplumsal hayatta tam olarak tecelli etmesinde, benimsenecek yargı kolları sisteminin belirli ölçüde katkısı olabileceği söylenebilir. Ancak yargı kolları konusunda Türkiye'de yaşanan asıl sorun, yargı birliği ya da yargı ayrılığı sisteminin benimsenmesi değil, herhangi bir yargı kolunda görev yapacak hâkimlerin, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri bakımından hayati önem taşıyan hâkimlik teminatı ve güvencelerine sahip olup olmamasıdır. Bu açıdan bakıldığında, askeri yargı kolu bu sorunun odak noktasında yer almaktadır.

B) İDARİ YARGININ KENDİNE ÖZGÜ SORUNLARI

Yukarıdaki bölümde yargının ortak etiksel sorunları dile getirilmiştir. Yargı sistemi içinde yer alan idari yargının, ortak etik sorunları yanında ayrıca kendine özgü sorunları da bulunmaktadır. Hatta yargının ortak sorunları içinde yer aldığı halde, idari yargıda farklı boyutlar kazanan etiksel sorunlar ve farklı çözüm yolları vardır. Bu nedenle yargının ortak sorunlarından sonra bu bölümde idari yargının kendine özgü sorunları incelenecektir.

1) İDARİ YARGIDA İŞ YÜKÜ VE ETKİNLİK SORUNU

İdari yargıda iş yükü ve etkinlik sorunu, genel olarak yargı sistemimizin ortak sorunlarının bir parçasıdır. Çünkü iş yükü, davaların makul sürede sonuçlanmaması ve etkinlik sorunu, ülkemiz yargı sistemi içinde yer alan bütün yargı organlarının ortak sorunudur. Bu nedenle 'Yargının Ortak Etik Sorunları'' bölümünde bu konuya ilişkin genel değerlendirmeler yapılmıştır. Ancak burada, idari yargının iş yükü sorununa kendine özgü yaklaşım ve çözümleri üzerinde durulacaktır.

İdarenin/yürütmenin eylem ve işlemleri üzerinde etkin bir yargı denetiminin kurulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. İdari yargıda **etkinlik** ise, idari uyuşmazlıkların adil bir biçimde ve gecikmeksizin çözüme kavuşturulmasını; yargısal başvuru yolunun idare üzerindeki yaptırım gücünü ifade eder.[799]

İdarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesinde yargısal denetim, şüphesiz ki birinci derecede öneme sahiptir. İdarenin eylem ve işlemlerinin, hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi, aslında idari yargı organlarının görevidir. Ancak ülkemizde idari yargının **etkinliği** konusunda ciddi sıkıntılar vardır. İdari yargının gerek ilk derece mahkemelerinde ve gerekse üst derece ve yüksek mahkemelerindeki dosya sayısı, idari yargı sisteminin kapasitesini önemli ölçüde

---

[798] Alaattin Karakaya, Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası Standartlar Açısından Değerlendirilmesi.

[799] Prof. Dr. Nusret İlker Çolak, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları.

aşmaktadır. Bu da idari yargının etkinliğine, yani uyuşmazlıkların adil olarak ve gecikmeden çözümlenmesine engel olmaktadır.

İdari yargı organlarının yoğun iş yükü altında olması, doğal olarak idari yargılama sürecinin uzamasına neden olmaktadır. Bu sorun, idari yargının mevcut personel ve imkânlarıyla daha yoğun çalışmalarla aşılabilecek bir sorun değildir. O halde aradan uzun zaman geçtikten sonra ve gecikerek verilebilen idari yargı kararlarının, davalı idare üzerinde bir yaptırım oluşturması ve hem davacıda hem de toplumda bir tatmin duygusu meydana getirmesi zor olacaktır.

Devletin üç erkinden biri olan idarenin sahip olduğu gücü, hukuk içinde tutarak denetleyecek en önemli denetim mekanizması yargısal denetim olduğuna göre, bu denetim mekanizmasının işlevlerini tam olarak yerine getirememesi durumunda, bu gücün, keyfi olarak kullanılması tehlikesi ortaya çıkar ki, bu durum yönetilenler için felaket demektir. İdari yargı organlarının işlevlerini büyük ölçüde yitirmesi, tıpkı idarenin yargısal denetim yollarının kapalı olması gibi bir sonuç doğurabilir. Bunun, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.[800]

Davaların makul süre içerisinde ve gecikmeksizin sonuçlandırılması ve kararın uygulanması için alınması gereken tedbirlerden birisinin; sistem içi bir çözüm olarak idari yargı organlarında hâkimlerin sayısının artırılması, gerekirse yeni mahkemeler ya da daireler oluşturulması olduğu söylenebilir. Ancak günümüzde idari eylem ve işlem kavramlarının kapsamı sürekli genişleyip çeşitlendiğinden, sadece hâkim ya da daire sayısının arttırılması idari yargıdaki iş yükü artışını tek başına karşılayabilecek çözüm değildir. Bu nedenle idari yargının **iş yükü** sorunu, mahkeme ve hâkim sayısını artırmanın yanı sıra idari uyuşmazlık sayısının azaltılması ile çözümlenebilir. Mahkeme ve hâkim-savcı sayısının artırılması, sistem içi bir çözüm yoludur. İdari uyuşmazlıkların sayısının azaltılması ise, geniş ve farklı boyutları olan alternatif çözüm yöntemidir.

İdari uyuşmazlıkların sayısının fazla olmasında etkili olan iki faktör dikkati çekmektedir.

a) Bu faktörlerden birisi, toplum bireylerine ilişkindir. Genel olarak toplum bireylerinde, yeterli düzeyde hukuk bilincinin oluşmaması ve değerlere bağlılığın zayıflaması nedeniyle her konuyu yargıya taşıma eğilimi bulunmaktadır. İdare mahkemelerine açılan davaların çoğunun reddine karar verilmesi, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre; idari yargı organlarına açılan davaların % 42'sinin ret, % 30'unun iptal (kabul) ile sonuçlanmıştır.[801]

b) İdari uyuşmazlıkların sayısının fazla olmasında en etkili olan faktör ise, hukuka uygun davranmayan idaredir. Bu nedenle öncelikle hukuka bağlı idarenin oluşturulması gerekir. İdari dava ve uyuşmazlık sayısının azaltılması, idari yargının iş yükünü azaltmak ve davaları makul süre içinde sonuçlandırmak açısından önemli bir yöntemdir. Çünkü idari yargının tıkanma noktasına gelmesinin temel nedeni, idari uyuşmazlıkların sayısının çok olmasıdır. İdari uyuşmazlıkların sayısının fazla olmasında ise, idarenin büyük payı vardır. İdarenin, hukuken yapması gerektiği halde yapmadığı, yapmaması gerektiği halde yaptığı işlemler yüzünden, ayrıca idari

[800] Prof. Dr. Nusret İlker Çolak, İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları.
[801] Adalet Bakanlığı, Adli İstatistikler.

yönden çözümlenmesi mümkün sorunları, hiçbir inisiyatif almadan yargıya havale ettiği için ilgililerin zarara uğradığı ve idari yargıya başvurmak zorunda kaldığı bilinen bir gerçektir. Hatta bu durum, sadece Türkiye'de değil, diğer ülkelerde de görülen bir sorundur. Bir Fransız yazar, idareyi şöyle tanımlıyor;

"…hasta ruhlu ve insanlıktan uzak… Dostluk yoluyla varılabilecek çözümleri reddeden, didişme konusunda açgözlü, İdare Mahkemelerini işten başlarını alamaz hale getiren, yargı yerleri kendisini haksız çıkardığında da, genellikle bu kararları uygulamaktan kaçan… Uyuşmazlıktan zevk alır gibi… müsadeye dayanan gücü de sanki en görkemli noktasına kendisinden isteneni geri çevirdiği zaman ulaşıyor sanılan… Biraz daha cana yakın olma fikri bile kendisini kahreden …" [802]

İdarenin bu hukuk ve ahlak dışı tavrı romanlara bile konu olmuştur. Örneğin Dostoyevski'nin 'Ecinniler' isimli kitabının bir yerinde en basit bir idare görevlisinin tutumu şöyle anlatılır: "Herhangi bir kişiyi, en anlamsız adamı bir istasyonda gişenin arkasına yerleştirin ve kendisine ilgisiz bir bilet satışını verin. Herif, bilet istediğinizde size gücünü gösterebilmek için 'Beklesene, … Senin göreceğin var…' gibisinden kendine ilah Jüpiter havaları verir. Bütün bunlar bir tür idari sarhoşluktur"[803]

İşte ülkemizde idari dava ve uyuşmazlıkların çok olmasında, idari sarhoşluk içindeki idarecilerin varlığı önemli bir etkendir. İdari yargıdaki iş yoğunluğunun temel nedenlerinden birisi, genel olarak idareyi oluşturan kamu kurum ve kuruluşlarında hukuka uygun davranma kültür ve zihniyetinin oluşmamış olması ve idarecilerin uyuşmazlıklara idari olarak çözüm üretebilme iradesinden yoksun olmalarıdır. Bu yüzden yapılması mümkün olan, ya da yapılmaması gereken durumlarda bile irade ortaya koymaktan çekinen bir idare, bu tutumuyla sorumluluğu tamamen yargıya bırakmaktadır. Bu nedenle yargının iş yükü artmaktadır.

Vatandaşların idari yargıda uğraşmaları, zaman kaybetmeleri, masraf yapmak zorunda kalmaları, bu idarecileri çoğunlukla rahatsız etmemektedir. Hatta insanlar, birçok zorluklarını ve masrafını göze alarak dava açıp idari yargıda bu işlemleri iptal ettirdiklerinde, bu idareciler vicdan azabı çekmek yerine, yaptıkları idari işlemi dava açarak iptal ettirdikleri için onlara kızmakta, belki o mahkeme kararını uygulamamak için ellerinden geleni yapmakta ya da bu yargı kararını etkisiz duruma getirecek başka bir idari karar almaktadırlar. Bu nedenle idari yargının iş yükü sorununu çözmek için ortaya konulacak temel yöntemlerin başında, idarenin hukuka uygun davranma kültür ve zihniyetini kazanması gelmektedir. Başka bir deyişle idari yargıdaki iş yükü sorununun çözüme kavuşturulması konusunda, öncelikle hukuka bağlı idarenin oluşturulması, sistemin kendi içinden bir çözüm yöntemi olarak öne çıkmaktadır.

2) İDARİ YARGIDA ETKİNLİĞİ ARTIRACAK ÇÖZÜM YOLLARI

a) Etkinliği Arttıracak İdari Yargıya Özgü Tedbirler

[802] İl Han Özay'dan aktaran: Av. Bahadır Turan Durmaz, Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk.

[803] Prof.Dr. İl Han Özay, Günışığında Yönetim.

a.a) İdari Yargının Usul Hükümlerinde Yapılacak Düzenlemeler

Mevcut idari yargılama sistemi içinde bazı usul hükümlerinde değişiklikler yapılarak kısmen rahatlama sağlanabilir. Bunları şöyle sıralayabiliriz.

*İdari davalarda, yapılan ilk incelemede, yasa gereğince dava dilekçelerine dava konusu karar ve belgelerin asıllarının eklenmesi gerektiğinden, bu konudaki eksiklikler nedeniyle ilk incelemede dilekçeler reddedilmekte, bundan dolayı zaman kaybı söz konusu olmaktadır. Bu zaman kaybını önlemek için davacı, dava dilekçesinde sadece kendisine tebliğ edilmiş olan işlem ve belgeleri dava dilekçesine eklemekle yükümlü tutulmalıdır.

*Hak kayıplarının önlenmesi bakımından idare ve vergi mahkemelerinde dava açma süreleri arasındaki farklılıklar giderilmeli, bütün idari davalarda dava açma süreleri aynı olmalıdır.

*İdari davalarda dava dosyalarının karara bağlanması daha hızlandırılmalı, dava dilekçeleri ve eklerinin birer örneği davalıya, davalı idarelerin savunmaları da tüm ekleriyle birlikte davacıya tebliğ edilerek dosyalar esastan karara bağlanmaya hazır duruma getirilmelidir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılırken, aynı zamanda idarenin faaliyetlerinin önceden belli olan objektif şekil ve usul kurallarına dayanmasını sağlamak amacıyla İdarenin Usul Kanunu da hazırlanmalıdır. Aslında bu sorunların en iyi çözümü, hukuk devleti ilkesini gerçekten kabullenmiş, hukuka bağlı bir idarenin kurulmasıdır.[804] Kısaca yukarıda ifade edilen tedbirler, idari yargının mevcut yapısı içerisinde adil yargılanma ilkesinin gerektirdiği makul sürede davaların sonuçlandırılmasına yardımcı olacak bazı düzenlemelerdir. Bu tedbirlerin, idari yargı sisteminde kısmen olumlu etkiler yapacağı, ancak yargıda beklenen rahatlamayı sağlamayacağı bilinmelidir.

a.b) Asıl Çözüm Hukuka Uygun Davranan İdaredir

Aslında idari yargının iş yükü sorunu, sadece basit ve göstermelik yasal düzenlemelerle değil, hukuk devleti ilkesine inanan, keyfilikten uzak ve azami ölçüde hukuka uygun davranan bir idare/yürütme anlayışıyla büyük ölçüde çözülebilir. Çünkü bugün idari yargının iş yükünün artması, büyük ölçüde idarenin/yürütmenin çok açık hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden kaynaklanmaktadır. Hukuk devletinde idari yargı, bireylerle idarenin hâkimiyet mücadelesi verdiği bir alan değildir. Bu sorunların çözümünde asıl iş, hukuk devleti ilkesine bağlı bir idarenin oluşturulmasıdır.

Hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde idare sorun yaratan değil, sorun çözen olmalıdır. Örneğin; eğer daha önce benzer uyuşmazlıklarla ilgili yargısal karar verilmişse, bu yargı kararı daha sonra aynı durumdaki bireyler hakkında da uygulamalıdır. Hâlbuki bizde idari yargı, defalarca benzer konuda kararlar veriyor ancak idare aynı hukuksuzluğu yapmaya devam ediyor. Her olayda ilgililere yargının yolunu gösteriyor. Bu nedenle idare, öncelikle hukuka bağlı idare anlayışı

[804] Nurben Ömerbaş, İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar.

içerisinde, uyuşmazlık çıkaran değil, sorunları çözen bir idare konumuna gelmelidir.[805]

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulması, hayati bir öneme sahiptir. Ancak hukuk devleti ilkesi; bireylerin, sadece idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna başvurma imkânına sahip olmalarını değil, aynı zamanda yargı organları eliyle **makul bir süre içinde** haklarını elde edebilmelerini ifade eder. Bu, bireylerin etkili bir yargısal korumaya sahip olmaları anlamına gelir. Bireylere **etkili** yargısal koruma sağlayabilmenin yolu ise, yargıya başvurabilme hakkı yanında, yargı sürecinin **makul** bir sürede sonuçlanması olgusundan geçmektedir.[806]

İdari kurumların, eylem ve işlemlerini icra ederken ortaya çıkan en basit idari uyuşmazlıkları bile çözümlemeyip yargıya intikal etmesinin nedenleri, öncelikle bireylerin hak arama bilincinin gelişmesi ve genel bir idare usul yasasının olmamasıdır. Belirli konularda yerleşmiş içtihatların bulunduğu birçok davada bile idarenin, hiç bir inisiyatif almayıp bütün kanun yollarını kullanması yönündeki alışkanlık, idari yargı organlarının iş yükünü arttırmaktadır. Hâlbuki hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak devletin bütün idari birimleri, yargı kararlarıyla belirgin hale gelmiş konularda, önlerine gelen idari işlemleri bu yargı kararlarını esas alarak çözümlemelidirler.

b) İdari Uyuşmazlıkların Özel Hükümlerle Çözümü

b.a) Vergi Uyuşmazlıklarında Uzlaşma

Vergi uyuşmazlıklarında uzlaşma kurumu, Vergi Usul Yasası'nın, ek madde:1'de yer almıştır. (Vergi Usul Yasası, ek madde:1). Bu madde, vergi uyuşmazlıkları konusunda, uyuşmazlığın idari yargıya intikalinden önce idari başvuru yoluyla çözümler üretilmesini hükme bağlamıştır. Buna göre vergi dairesi, bazı durumlarda mükelleflerle uzlaşabilecektir. İhtiyari olan bu başvuru yolunda, vergi uyuşmazlığı konusunda mükellefle idare arasında bir uzlaşma olursa bu, uyuşmazlığın yargıya intikal etmesine gerek kalmadan çözümlenmesi demektir.

Vergi uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulması konusunda iki yol vardır. Bunlardan birincisi, idari çözüm, ikincisi yargısal çözümdür. İdari çözüm, mükellefle vergi dairesinin uyuşmazlık konusunda çeşitli yöntemlerle kendi aralarında uzlaşmaya varmasıdır.

Uzlaşma sağlandığında bu konuda düzenlenen uzlaşma tutanakları kesindir. (Vergi Usul Yasası, ek madde:6) Üzerinde uzlaşma sağlanan veya tutanakla tespit edilen hususlar hakkında dava açılamaz ve hiçbir merciye şikâyette bulunulamaz. (Vergi Usul Yasası, ek madde:7) Uzlaşma sağlanamaması halinde söz konusu vergiyle ilgili vergi dairesince yapılacak ödeme ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde yargıya başvuru hakkı vardır.

İdari yargıya başvurmadan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması mümkün olduğundan bu yöntem, yargı dışı bir çözüm gibi görünse de, tarafların dışında

---

[805] Turgut Candan, İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu.

[806] Nurben Ömerbaş, İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar.

bağımsız uzlaşmacı bir kişi ya da kurum aracılığıyla değil, kurum içinde idari bir çözüm olduğundan gerçek anlamda bir alternatif çözüm olduğu söylenemez. Bu yolla vergi uyuşmazlıklarının bir kısmı çözümlenmekte ise de, ortaya çıkan uzlaşmada, hiçbir zaman uzlaşma konusu verginin tamamının iptal edildiği görülmemiştir. Bu uzlaşma, vergi dairesiyle mükellefler arasında yapılan indirim pazarlığı şeklinde gerçekleşmekte; vergi dairesi bir an önce vergiyi tahsil etmekte, mükellefler de mahkemelerde uğraşmadan sorunu kısa yoldan halletmeye bakmaktadır.

b.b) Kamulaştırma Kanunu Kapsamında Uzlaşma

Diğer özel bir düzenleme Kamulaştırma Kanunu'nda bulunmaktadır. (Kamulaştırma Kanunu, madde:8). Bu maddede; kamulaştırmayı yapacak idarenin kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonu ve yine en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla uzlaşma komisyonu oluşturması, kamulaştırma bedeli konusundaki uyuşmazlığın **uzlaşma** yoluyla giderilmesi için, yargıya başvurulmadan önce idarenin taşınmaz malikini uzlaşmaya davet etmesi öngörülmüştür. Uzlaşma sağlanması halinde bu maddeye göre satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı yargıda itiraz davaları açılamaz.

İdarenin, taşınmaz maliklerini uzlaşmaya davet etmesi yasa gereği zorunlu olsa da, maliklerin bu davete icabet etmesi ya da icabet ettiğinde kendilerine önerilen yeni kamulaştırma bedelini kabul etme zorunluluğu yoktur. Bu yöntemle, kamulaştırma bedelinden doğan bazı uyuşmazlıklar yargıya intikal etmeden çözüme kavuşmaktadır. Ancak bu yöntem de idareyle taşınmaz maliki arasında pazarlık yapılması esasına dayalı idari bir çözüm yoludur.

b.c) Kamu İhaleleriyle İlgili Uzlaşma

Kamu İhale Kanunu, bu kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmasını öngörmüştür. Bu kanuna göre; Kamu İhale Kurumu, bu kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir. Kurum görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez. (Kamu İhale Kanunu, madde: 53/a). Aynı maddenin (b) bendinin 1. maddesine göre; bu Kamu İhale Kurumunun konumuzla ilgili görev ve yetkileri, bu kanun kapsamında yapılacak ihaleleri başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmaktır.

Görüldüğü gibi kanunda; ihalelerin hukuka aykırı biçimde yapıldığını, bundan dolayı zarar gördüğünü ileri süren bireylerin, yargıya başvurmadan önce zorunlu itiraz yolu düzenlenmiştir. (Kamu İhale Kanunu, madde:53). Kamu İhale Kurumunun kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz.

b.d) Kamu Denetçiliği Kurumu

Kamu Denetçiliği Kurumu, yasama adına idarenin eylem ve işlemlerini takip etmekle görevlendirilmiş bulunan bir sistemi ifade eder. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'na göre, kurum; idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir. (Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, madde:5/1).

Kamu Denetçiliği Kurumu, bağımsız ve tarafsız bir kurumdur. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'na göre; "hiçbir organ, makam, merci veya kişi, baş denetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Baş denetçi ve denetçiler, görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun davranmak zorundadır." (Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, madde: 12/1-2)

Kamu Denetçiliği Kurumunun bu inceleme, araştırma ve idareye öneriler sunma aşamalarında, idarenin karar süreçlerini açıklama gereği duyması, daha dikkatli davranma sonucu doğurabileceği gibi, idarenin karar ve işlemlerinin içeriğine vakıf olan ve hukuki gerekçelerini gören bireylerin yargıya başvurmaktan vazgeçebileceği söylenebilir.

Görüldüğü gibi Kamu Denetçiliği Kurumunun, idari uyuşmazlığı bağlayıcı bir karar vererek doğrudan çözmeye yönelik bir işleve sahip olmasa da, idarenin karar alma sürecini izlenebilir ve sorgulanabilir hale getirmesi bakımından idarenin hukuk dışına çıkma eğilimini sınırlandırdığı söylenebilir.

3) İDARİ YARGI YETKİSİNİN SINIRLARI SORUNU

İdari yargı yetkisi, hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır. Bu, idari yargı mercilerinin yerindelik denetimi yapamayacaklarını da anlatır. İdarenin, belirli bir takdir yetkisine sahip olması, devlet yönetiminin bir gereği olduğu söylenebilir. Takdir yetkisi idareye, bir eylem ve işlem konusunda yasalarca tanınan **seçme** serbestliğini ifade eder. Ancak idarenin takdir yetkisi; onun, idari eylem ve işlemlerinde **keyfi** olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde dahi, bu takdir yetkisinin, **keyfi** bir kullanıma yol açmasını önlemek ve hukuka uygun işlemesini sağlamak için idari yargı denetimi söz konusu olabilmektedir. Yani idari yargıda temel amaç, kısaca idarenin hukuka aykırı davranmasını engellemek ve böylece bireylerin hak ve özgürlüklerini korumaktır.

İdarenin, bütün eylem ve işlemleri kural olarak yargı denetimine tabidir. Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine yargı yolunun açık olduğu" belirtilmektedir. Ancak aynı maddenin sonraki fıkralarında ve bazı özel kanunlarda bu genel kurala bazı istisnalar getirilerek bu temel kural delinmiştir. Hemen belirtilmelidir ki, bazı idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Hukuk devletinin en temel niteliklerinden birisi, her türlü idari işlemin yargı denetimine tabi olmasıdır. Ancak anayasa bazı idari işlemleri yargı denetimi dışında bırakmıştır. Örneğin;

a) Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz. (Anayasa, madde: 105/2)

b) Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır. Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır. (Anayasa, madde:125/2)

c) Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir. (Anayasa, madde: 125/6)

d) Anayasanın 'Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu' başlıklı maddesinde: "Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz." denilmektedir. (Anayasa, madde:159/10).

Bilindiği gibi daha önceki hüküm, 'Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hiçbir kararına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı' yönündeydi. Yapılan değişiklikle Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Bu değişiklik doğrudur ancak yeterli değildir.

e) Sayıştay kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaz. (Anayasa, madde: 160/1) Sayıştay kararlarına karşı yargı yolunun kapalı oluşu, onun kararlarının bir yargı kararı niteliğinde olmasıyla açıklanmaktadır. İdari yargı yetkisinin sınırlarını gösteren bu hükümler, Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan 'hukuk devleti' ilkesini zedelediği söylenebilir.

4) YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARINDA ZORLUKLAR

İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararının hangi hallerde verilebileceği, Anayasa'da belirtilmiştir. "İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." (Anayasa, madde:125/5).

Bu maddeye göre, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte bulunması gerekmektedir. Ancak bir olayda bu iki şartın birlikte bulunması nerdeyse imkânsız gibidir. Ayrıca bu iki şartın varlığının aranması halinde önemli hukuka aykırılıklar ya da büyük hak kayıpları söz konusu olabilir. Bu nedenle uygulamada idare mahkemeleri ve Danıştay, bu hükmün metnine sıkı sıkıya bağlı kalmayarak genellikle bu iki şartın birlikte bulunması gereğine uymadan yürütmenin durdurulması kararı vermektedirler.

Bu iki şartın birlikte bulunması halinde mahkeme zaten iptal kararı vereceğinden yürütmenin durdurulmasının da bir anlamı kalmayacaktır.[807] O halde yapılması gereken, iki şarttan birinin bulunması halinde, diğer şartın da bulunması gereğini aramaksızın yürütmenin durdurulması kararı vermektir. Yani bu iki şarttan biri bulunuyorsa yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmelidir.[808] Bu iki şartın birlikte bulunması gereğinin aranması teoride eleştirilmektedir. Açık hukuka

[807] Prof.Dr. Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması.

[808] Prof.Dr. İl Han Özay, Yargısal Korunma.

aykırılık demek, hâkimin mesleki bilgi ve deneyimlerine dayanarak dava dosyasına ilk bakışta anlayabileceği türden bir hukuka aykırılıktır.[809]

İlk bakışta anlaşılabilecek hukuka aykırılık kavramı, uygulamada tam olarak anlaşılamadığından, yürütmenin durdurulmasına karar vermek için hâkimler genellikle idarenin savunmasını almaktadırlar. Oysa yasada böyle bir şart olmayıp idarenin savunması alınmaksızın da yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.[810] Yürütmenin durdurulması kararlarının belirtilen nedenlerle çok geç verilmesi, özellikle özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili idari işlemler yönünden mağduriyetler doğurmaktadır. Bu konuda yapılan istatistikî çalışmanın sonuçları şöyledir:

"Yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 576 dosyada yapılan incelemede, bu talep hakkında ortalama 132 gün sonra karar verildiği görülmüştür. Yine 576 dosya üzerinde yapılan incelemede, yürütmenin durdurulması taleplerinin, davanın açıldığı tarihten itibaren ilk 30 gün içinde karara bağlandığı dosyaların genelde oranı sadece % 6,8; ilk 60 gün içindeki karar oranı % 14,4; ilk 90 gün içindeki karar oranı % 30,4; ilk 120 gün içindeki karar oranı % 45; ilk 150 gün içindeki karar oranı ise % 57,5 olarak belirlenmiş; ayrıca, %27,3 oranındaki toplam 150 dosyada bu sürenin 200 günün üstüne çıktığı görülmüştür.[811]

Bu istatistikî bilgilerden de anlaşılacağı gibi, yürütmenin durdurulması kurumunun varlık nedeni tartışılır bir hale gelmiştir. Bu nedenle yürütmenin durdurulması kuralından istenilen sonucu elde etmek için, bu taleple ilgili kararın, idarenin savunması alınmaksızın dosya üzerinden verilmesi gerektiği ve iki şarttan yalnızca birinin varlığının yeterli olduğu yönündeki görüşün isabetli olduğu söylenebilir.

5) DURUŞMA KURALLARI VE TANIK DİNLENMEMESİ SORUNU

İdari yargılamanın tanık dinlenmeden ve çoğunlukla duruşmasız yapılması, idari yargının önemli sorunlarından biridir. Uygulamada yargılamanın, dava dilekçelerinde genellikle duruşmalı talep edilmemesi ya da bu yöndeki taleplerin çoğunlukla makul bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olmakta, AİHS'nin 6. maddesi anlamında adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir.

İdari Yargılama Usul Kanunu'nda tanık dinlenmesine ilişkin açık bir hükme yer verilmemesi adil yargılanma açısından önemli bir eksikliktir. Bunun hukuki bir dayanağı da bulunmamaktadır. Çünkü idari yargıda tanık deliline başvurulamaması nedeniyle, genellikle olaylar gereği gibi aydınlatılamamakta, maddi gerçeğe ulaşılamamaktadır. İdari yargıda tanık dinlenmemesi yanlış bir uygulamadır. Bu nedenle adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından İdari Yargılama Usul Kanununda yeniden düzenleme yapılarak idari yargıda da **tanık** dinlemenin

---

[809] Prof.Dr. Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması.

[810] Prof.Dr. İl Han Özay, Yargısal Korunma.

[811] Prof. Dr. Celal Erkut, İdari Yargı Reform Çalışmaları.

yolunun açılması gerekir. Tanık dinlenebilmesi için de yargılamanın duruşmalı olarak yapılması gerekmektedir.

6) HÂKİMLERİN HEPSİNİN HUKUK FAKÜLTESİ MEZUNU OLMAMASI

İdare mahkemelerine 2576 sayılı Kanun'un geçici 1.maddesi gereğince, hukuk fakültesi mezunu olmayan bölümlerden de hâkim ve savcı alınabilmektedir. Hâlbuki Anayasanın 140/1 hükmüne göre, hâkimlik ve savcılık meslekleri ancak meslekten hâkim ve savcılar aracılığıyla yürütülür. Oysaki Anayasanın 140/1 hükmünün açıkça; hâkimlik ve savcılık mesleğinin, meslekten gelen hâkim ve savcılar eliyle yürütüleceğini belirtmektedir. İktisat, siyaset, maliye mezunlarının idari yargıda görev yapmaları anayasanın bu hükmüne aykırıdır.

Bu nedenle adil yargılanma ilkesine uygunluğun sağlanması bakımından, idari yargı hakimlerinin hukuk fakültesi mezunu olması şartı yasaya konmalı, diğer fakültelerden mezun olup da halen hakimlik görevini yürütenler ise özellikle vergi, ticaret ve imar uygulamaları gibi teknik konularda kendilerinden yararlanılmak üzere mahkemelerde 'raportör' olarak değerlendirilmelidirler. Asıl yargı kararını verecek olanlar, hukuk eğitimi almış hâkimler olmalıdır.

7) İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASI SORUNU

Bilindiği gibi adli yargı kararlarının infazı, devlet'in icra ve infaz kurumlarınca ve devlet gücü kullanılarak infaz edildiğinden adli yargı kararlarının uygulanmasında bazı istisnai haller dışında bir sorunla karşılaşılmamaktadır. İdari yargı kararlarının uygulanmasında ise, yıllardan beri büyük sorunlar yaşanmaktadır. Çünkü idari yargı kararlarını infaz edecek adli yargıdaki gibi ayrı bir icra ve infaz kurumu yoktur. İdari yargı kararlarını uygulama işi, aynı zamanda davalı konumundaki idareye verilmiştir. Herhalde asıl sorun da buradan kaynaklanmaktadır.

Anayasanın **138.** maddesi gereğince, kesinleşmiş bütün yargı kararları gibi idari yargı kararları da yasama ve yürütme organları da dâhil herkes ve her kurum için bağlayıcıdır. İdari yargı kararının uygulanmaması bir yana uygulanmamasının dile getirilmesi bile abestir. Anayasa ve yasalarda çok açık hükümlere rağmen ne yazık ki uygulamada özellikle idari yargı kararlarının uygulanmadığı ya da uygulanmasının geciktirildiği görülmektedir. Yargı kararının anlamı, tarafların iradesine rağmen uygulanabilmesidir. Kesinleşmiş bir idari yargı kararının uygulanmaması durumunda bir mahkeme kararından değil, ancak idari yargının tavsiyesinden söz edilebilir.[812]

İdari yargı kararlarının idare tarafından uygulanmaması, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin henüz gelişmediği dönemlerinde görülen bir anlayıştır. Ülkemizde uzun zamandır idari yargı kararları, genellikle idarenin keyfi tutumuyla etkisizleştirilmektedir. Bu, çok önemli bir sorundur. İdarenin, yargı denetimine tabi olması ve idarenin, idari yargı kararlarına uyması, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarındandır. Bu durumun nedenleri arasında; idari yargının

[812] Dr. Onur Karahanoğulları, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu.

kendi içinde kararları uygulayacak bir **infaz organının** olmayışı ve kamu kurumlarında 'idari yargı kararlarına uyulmayabilir ya da uyulmazsa da bir şey olmaz' şeklinde zımni olarak yerleşmiş bir anlayışın var olması sayılabilir. Kamu kurumlarında böyle bir anlayışın oluşmasında idari yargı kararlarından daima rahatsız olan bazı siyasi iktidarların tutumunun büyük payı bulunmaktadır.

İdari yargının yaptırım gücü etkin olmadığından, kamu yöneticileri (bürokratlar) yargı kararları yerine yaptırım gücü daha etkin olan siyasi iradeyi dikkate almaktadırlar. Böylece siyasi iradenin etkin desteğiyle yargı karalarının uygulanmaması ya da etkisiz hale getirilmesi durumu yaygın olarak görülmektedir. Bu nedenle ülkemizde hukuk devletinin yerleşmesine önemli katkıları bulunan idari yargı, kendisine yönelik etkisizleştirme çabalarına karşı bir takım hukuki mekanizmalarla çözümler geliştirmelidir. Hukuk devletinde, kesinleşmiş bir yargı kararının uygulanmamasının sözü bile edilmemelidir. Sadece ideal hukuk kuralları koymak, hukuk sisteminin yürümesi için yeterli değildir. Bu kuralların işlerlik kazanması için gerekli mekanizmaları da oluşturmak gerekir. İdari yargı kararlarının infazının, davanın tarafı olan idareye bırakılması sistemi tıkanma noktasına getirmiştir.

Prof. Yıldırım, hukuk sistemimizde yargı kararlarının uygulanmaması diye bir sorunun bulunmasının üzüntü verici olduğunu, Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanununda yargı kararlarının uygulanmaması yolunda idareye cesaret verici düzenlemeler bulunduğunu ve kanunda idari yargı kararlarının uygulanmaması halinde ne yapılacağına dair hükümlerin yer almasının bile idari yargı kararlarının uygulanmayabileceğinin zımni olarak kabulü anlamına geldiğini belirtmektedir.[813] Bu değerlendirme son derece isabetlidir. Nitekim idarenin, caydırıcılığı olmayan mevcut yasal düzenlemeye genellikle uymadığı, idari yargı kararlarının uygulanmadığı bilinmektedir.

İdari yargı kararlarının uygulanmaması sorununun ortaya çıkmasında, bu kararların uygulanması işinin idareye bırakılmasının önemli rolü vardır. Gerçi idari yargı kararlarının uygulanmasının idareye bırakılması, hukuki veya maddi bir imkânsızlık olmadıkça bu kararların her halükarda uygulanacağı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak uygulama, bu düşünce gibi gerçekleşmemektedir.

İdari yargı kararlarının uygulanmasının yine davanın tarafı olan idareye bırakılmasının sakıncasını ifade ederken, bu kararların uygulanmamasından dolayı açılıp kazanılan tazminat bedellerini tahsile yetkili olan icra müdürlüklerinin bu infazı yapmalarının da kolay olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü İcra ve İflas Yasasına göre 'devlet malları ile özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedilemezler.' İdare, tazminat borcunu ödememesi durumunda haciz yoluna başvurulamayacağından, yargı kararını uygulamayan idare aleyhine tazminat davası açabilme hak ve güvencesi de sorgulanmalıdır. Dolayısıyla genel hükümlere göre bu tazminat alacağının tahsili önünde de engeller bulunmaktadır.[814]

Kamu tüzelkişilerinin özel malları haczedilebildiğinden, özellikle belediyeler 'kamu hizmetine tahsis kararı' alarak borçlarını ödemekten kaçınmaktadırlar. Bu

[813] Prof. Dr. Turan Yıldırım, Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu.
[814] Prof. Dr. Turan Yıldırım, Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu.

nedenle belediyelerin, sırf borçlarını ödememek için 'kamu hizmetine tahsis kararı' almalarının önüne geçilmelidir. Yargı kararlarının uygulanmasını engellemeye yönelik bu girişimler, idari yargıyı etkisizleştirilmektedir. Kısaca idari yargıda iptal kararlarının uygulanması, davanın tarafı olan idareye bırakıldığından idare tarafından uygulanmamakta, icra ve iflas yolları yukarıda belirtilen nedenlerle kullanılamadığından tam yargı ve tazminat davalarına ilişin kararlar da uygulanamamaktadır. Bu nedenle mevcut yasal düzenlemelere ek çözümler üzerinde durulmalıdır.

Bu konuda ortaya konulabilecek çözüm yollarını şöyle sıralayabiliriz:

*Adli yargıda olduğu gibi idari yargının da kendi bünyesinde ilamların **infaz birimleri** oluşturulmalıdır. Bugün idari yargı sistemimizin en büyük sorunu, kararların uygulanmaması ya da geç uygulanmasıdır. İdari yargı içinde idari savcılığın yönetimi altında infaz birimlerinin kurulması en etkin çözüm olacaktır.[815]

*İdari yargının verdiği kararların idare tarafından uygulanmaması, bir hukuk düzeni için vahim bir durumdur. Bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmaması ya da geciktirilmesi kavramlarının ifade edilmesi bile abestir. Çünkü yargı kararlarının uygulanmadığı, uygulanmasının geciktirildiği bir ülkede hukuk devleti ilkesinden söz edilemez.

Bu hukuk dışı durumun çözümü için, yargı düzeninin koruyucusu konumunda olan Danıştay Başsavcısı rol üstlenebilir. Çünkü Danıştay Kanununda Başsavcının bu konuda rol üstlenmesi için gerekli yasal dayanak da bulunmaktadır. Danıştay Başsavcısı, idari yargının verdiği kararların uygulanmaması karşısında, özellikle raporlama ve suçu bildirme yöntemleri ile kendisine düşen yasal görevi yerine getirmelidir. Bilindiği gibi idarenin yargı kararlarını uygulamaması, suç oluşturacak bir hukuka aykırılıktır. Bu sorunun, hukuk devletinin varlık mücadelesi olarak ortaya konulması gerekir.[816]

Hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde; devletin yargı gücünün, yasama ve yürütmeden ayrı tutulmasına ayrı bir özen gösterilmektedir. Hukuk devletlerinde yargının bağımsız ve tarafsız olarak karar vermesi önemlidir. Ancak yargının bağımsız ve tarafsız olarak adil kararlar vermesi kadar, kesinleşen yargı kararlarının gecikmeden uygulanması da önemlidir. Yargı kararlarının zaman kaybetmeden uygulanması, hukuki açıdan zorunluluk olmakla beraber, yargı kararlarının uygulanması konusunda ciddi sorunlar bulunmaktadır. İdari davalarda özellikle iptal davalarında verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar ve dava konusu idari işlemin iptaline ilişkin kesinleşmiş kararların uygulanması konusunda uzun yıllardan beri ciddi sorunlar yaşanmaktadır.

Devlet; kesinleşen yargı kararlarını derhal uygulamak ve bireylerin yargılama sonucunda ortaya çıkan kararlardan yararlanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bir devletin, hukuk devleti sayılabilmesi buna bağlıdır. Eğer kesinleşmiş yargı kararlarının derhal uygulanması için gerekli tedbirler alınmamışsa, bu konuda sorunlar yaşanıyorsa, anayasa ve yasalarda kararı veren mahkemenin bağımsız olması ve kararın da adil olmasının önemi yoktur. İdari yargı

[815] Osman Ermumcu, İdari Yargı Kararlarının İnfazı.
[816] Dr. Onur Karahanoğulları, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu.

kararları uygulanmayan ülkelerde kişi hak ve hürriyetlerinin güvence altında olduğu söylenemez.[817]

7.1) Yargı Kararlarının Uygulanmaması İki Biçimde Ortaya Çıkmaktadır

İdari yargının en önemli sorunu, kesinleşen yargı kararlarının uygulanmamasıdır. İdarenin, idari yargı kararlarını uygulamaması iki biçimde ortaya çıkabilmektedir:

*Birincisinde idare; bazı idari yargı kararlarını hukuka uygun olmayan bahanelerle kasten uygulamamaktadır. Çoğunlukla gerekçe, 'Uygulanmasını pek uygun görmedikleri' şeklindedir. Bu gerekçeler, Anayasa'nın 138. maddesi karşısında asla kabul edilebilir değildir. Mahkeme kararları kasten uygulanmıyorsa uygulamayan kamu görevlisi hakkında tazminat davası açılabilir. Ancak bu hükmün de caydırıcı olmadığı ve sorunları gideren bir düzenleme olmaktan uzak bulunduğu görülmektedir. Yargı kararlarını uygulamamak, sıradan bir hukuka aykırılık değil, deyiş yerindeyse hukukun temellerini yıkmaktır. Dolayısıyla onun yaptırımı da öyle güçlü olmalı ki, hiç kimse hukukun temellerini yıkmaya cesaret bile etmemelidir.

*İkincisinde idare; bazı idari yargı kararlarının nasıl uygulanacağı noktasında tereddütler yaşayabilir. Gerçekten bir iptal kararını uygulamak isteyen, ancak nasıl uygulanacağı konusunda tereddüt yaşayanlar bulunabilir. Örneğin 'bir üniversite öğrencisinin, altı yılda bitiremediği gerekçesiyle kaydının silinmesine karşı açtığı davada yürütmenin durdurulması kararı çerçevesinde tekrar kayıt yaptırarak dava sonuçlanıncaya kadar okulu bitirmesi ve bu arada davanın da reddedilmesi üzerine ilgili fakülte mahkeme kararını nasıl uygulayacağı konusunda tereddüt edebilir. **Danıştay**, 'öğrenci artık mezun olduğundan, mahkeme kararının uygulanması, onun diplomasını geri almak şeklinde olamaz' diyor. İdari yargı kararlarının uygulanmasında tereddüt yaşanan üç durum şu biçimlerde ortaya çıkabilir:

*Bir kamu görevlisini görevden alma işlemi, idari yargı tarafından iptal edildiğinde bu iptal kararı nasıl uygulanacak? Danıştay'ın içtihatlarına göre; iptal davasını kazanan kamu görevlisinin eski görev yerine tekrar atanması şeklinde uygulanmalıdır. Yani iptal davası lehine sonuçlanan kamu görevlisi, bu iptal kararının uygulanması için aynı göreve, eğer aynı görev yoksa eş değer bir göreve atanmak zorundadır.[818]

*İdari yargı kararlarının uygulanması sorununda diğer önemli bir konu da, memuriyete giriş sınavının idari yargı tarafından iptal edilmesi halinde, bu iptal kararının önceki sınavın **aynen tekrarı** şeklinde mi yoksa **yeni bir sınav** yapılması biçiminde mi uygulanacağıdır. Yargı kararının uygulanması amacıyla olsa da, yeni bir sınav olarak yapıldığında, daha önce sınava girmeyen ve o tarihte sınava girme hakkına sahip olan herkes o sınava girmiş olacak. Bu durumda ise, sınava yeni katılanların olması, önceki girenlerin şanslarını azaltmış olacaktır. Bu nedenle sınavın **aynen tekrarı** biçiminde yapılması hakkaniyete uygun olanıdır.

---

[817] Turgut Candan, İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu.

[818] Prof. Dr. Ali Ulusoy, İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu.

*Düzenleyici işlem olarak bir yönetmelik iptal edildiğinde, o iptal edilen yönetmeliğin yürürlükten kaldırmış olduğu önceki yönetmelik, bu iptal kararıyla kendiliğinden devreye girer mi? Danıştay'ın bu konudaki kararları çok net değildir. Ancak Fransız Danıştay'ının, 'İmar planları haricinde düzenleyici işlemlerin yargı tarafından iptal edilmiş olması o düzenleyici işlemin daha önceden yürürlükten kaldırdığı düzenleyici işlemleri kendiliğinden yürürlüğe koyar.' şeklinde bir içtihadı bulunmaktadır.

7.2) İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sıradan Bir Hukuk İhlali Olarak Görülemez

Hukuk kurallarının ihlal edilmesi halinde bunun çözümü, hukukun yine kendi içinde doğal bir durum olarak gösterilmiştir; ihlalin gereği yapılır, ortaya çıkan hukuka aykırı durum giderilebilir. Ancak yargı kararlarının uygulanmaması sıradan bir hukuk ihlali değildir. Uygulanmayan sadece yargı kararı değildir. Yargı kararını uygulamayan idare, aslında hukukun bütün temel direklerini yıkmakta, hukuk ve yargı kararının ihmal edilebileceğini göstermektedir.[819]

Yargı kararlarının uygulanmaması olayı karşısında bütün hukukçular adeta ayağa kalkmalıdır. Çünkü bu olay, hukukun temel direklerini yıkmakla hukukun varlık nedenini ortadan kaldırmaktadır. Böyle bir durumda hukukun varlığı ile yokluğu belli değildir. Şeklen var gibi görünür ama işlevsel olarak yoktur. Hiçbir yasal düzenleme, yargı kararlarının yok sayılması eylemini telafi edemez. İdari Yargılama Usul Kanununda, yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlileri hakkında bazı yasal yollara başvurulabileceği belirtilmişse de, yasaya böyle bir hükmün konulması bile yargı kararlarının uygulanmayabileceğini zımnen kabul etmektir ki, asla hoş görülemez. Yargı kararlarını uygulama-yan yani hukuku yok sayan idare aslında kendi varlık nedenini de yok saymaktadır. Çünkü idarenin varlığı ve meşruiyeti de hukuka bağlıdır.

Mahkeme kararlarının uygulanmaması olayında, yargı kararları uygulanmamakta ve bu hukuk cinayeti yine o uygulanmayan hukuk aracılığıyla çözümlenmeye çalışılmaktadır. Bu, boğulan bir insanın kendini saçlarından çekerek kurtarmak istemesi kadar abestir. Çünkü ölü bir insanın kurtarılmasından söz edilemez. Burada çok farklı bir durum söz konusudur. Hukuk düzeni adeta tepetaklak olmakta, bütünüyle yıkılmaktadır.[820]

Böyle bir hukuk anlayışında; hukuk, uygulanması gereken bir değer değil, büyük ölçüde araçtır. Yani hukuk belli bir görevi yerine getirecek ancak o görevi yerine getiremediği kanaatine varıldığında bir kenara atılabilecek nesne olarak görülmektedir. İdarenin, idari yargı kararlarını açıkça uygulamadığı pek çok olay vardır. Hatta bu yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle AİHM'ne açılan ve Türkiye aleyhine sonuçlanan davalar bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; "Taşkın ve Diğerleri-Türkiye" Kararında ve 2005 yılı içerisinde Türkiye'yi mahkûm ettiği son kararlarından biri olan "Okyay ve Diğerleri-Türkiye" kararında; yargı kararlarının uygulanmamasının etkin hukuki

[819] Doç. Dr. Cüneyt Ozansoy, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması.
[820] Doç. Dr. Cüneyt Ozansoy, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması.

korunma hakkını yok ettiğini; bir hukuk devletinde yargı kararlarını uygulamakla yükümlü olan idarenin bu kararları uygulama-masının Sözleşme'nin 13. maddesini ihlal ettiğine kanaat getirmiştir" [821]

İdarenin, idari yargı kararlarına karşı olumsuz tutumu, yargı kararlarını uygulamamakla sınırlı değildir. Önceden verilmiş ve kesinleşmiş bazı yargı kararlarını tamamen ortadan kaldırmayı amaçlayan yeni işlemlere de başvurmaktadır. Aşağıdaki olay bunun çarpıcı örneklerinden biridir.

İdare, Uludağ Milli Parkı'yla ilgili önceki üç Danıştay kararına rağmen yeni bir karar alarak, önceki Danıştay kararlarında milli park olması nedeniyle yapılaşmaya açılamayacağı belirtilen alanı **milli park** statüsünden çıkarmış, böylece önceki yargı kararlarını da tamamen ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.[822]

İdari yargı kararlarının uygulanmaması konusuna başka bir örnek, CARGILL davalarıdır. Bu davalarda da Uludağ Milli Parkı davasından daha da vahim olmak üzere, CARGİLL TARIM SAN. TİC. A.Ş.[823] aleyhine; çevreye verdiği zarar, kuruluşunun hukuka aykırı olması, fay hattına kurulmuş olması, kurulduğu yerin birinci sınıf tarım arazisi olması nedeniyle verilen birçok **yargı kararı** da **uygulanmamış**; hatta bu nedenle sorumlular hakkında suç duyurusunda bulunulmuş, sorumlulara tazminat davası açılmıştır.

Bütün bu iptal ve yürütmenin durdurulması kararları uygulanmamışken, bu kararları etkisiz hale getirmek için bu kez Bakanlar Kurulu 2005/8944 sayılı kararıyla, Cargill A.Ş'nin de içinde bulunduğu alanı 'Özel Endüstri Bölgesi' olarak değiştirmiş, bunun üzerine ilgililer, bu kararı da idari yargıya taşımak zorunda kalmışlardır. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı şöyledir:

"Bursa İli, Orhangazi İlçesi, Gemiç Köyü, Karapınar Mevkiinde H22.b.06.c.2.A ve H22.b.06.b.3.D pafta 1634 parsel, H22.b.06.c.B pafta 36 parsel ile H22.b.06.b pafta 1311, 1312, 1313, 1317 parsellerde yer alan Cargill Tarım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ait mısır işleme tesislerinin bulunduğu toplam 212.240 m2 büyüklüğündeki alanın 'Özel Endüstri Bölgesi' olarak ilan edilmesi; Endüstri Bölgeleri Koordinasyon Kurulunun 5.4.2005 tarihli ve 2005/01 sayılı Kararına dayanan Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 26.4.2005 tarihli ve 5022 sayılı yazısı üzerine, 4737 sayılı Kanunun geçici 2. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 5.5.2005 tarihinde kararlaştırılmıştır." (Bakanlar Kurulu'nun; 05.05.2005 Tarih ve 2005/8944 Karar Sayılı Kararı)

Bunun üzerine ilgililer, yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlileri hakkında ilgili mahkemede kişisel kusura dayanarak tazminat davası açmalarının yanı sıra ayrıca Cumhuriyet Başsavcılığı'na da suç duyurusunda bulunmuşlardır. Ancak İçişleri Bakanlığı kararı uygulamayan vali hakkında kovuşturma izni vermemiş, bunun üzerine ilgililer bu karara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde itiraz

---

[821] Ş. Cankat Taşkın, İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması.

[822] Ş. Cankat Taşkın, İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması.

[823] Cargill A.Ş. Bursa/Orhangazi Gemiç ve Gürle Köyleri'nde 1997 yılında kurulmuş olan ve mısır unundan nişasta ve yapay şeker (glikoz) üreten bir ABD şirketidir.

etmişlerdir. İtirazı inceleyen Danıştay 1. Dairesi, Cargill A.Ş hakkındaki kararları yerine getirmeyen vali hakkında İçişleri Bakanlığı'nın 07.11.2005 gün ve 2005/220 K. Sayılı 'kovuşturma izni vermeme' kararını Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine kaldırmış ve sorumlu valinin yargılanmasına karar vermiştir. (Danıştay 1. Dairesi'nin 14.01.2006 Tarih ve 2005-1377 E. 2006-83 K. Sayılı İlamı) [824]

Danıştay'ın söz konusu kararında; bir üst idari kurumun, yargı kararını uygulamaması için alt idari kuruma verdiği emir ve talimatı, Anayasanın 137. maddesi kapsamında 'kanunsuz emir' sayması ve yine yargı kararlarının uygulanmaması yönünde verilen idari emre uyan görevlinin de 'konusu suç olan emri yerine getirdiği için sorumlu olduğunu' belirtmiş olması, idari yargı alanında işlenen hukuk cinayetinin tespit ve tescili olarak görülebilir.

Bu olayda dikkat çeken konu; idarenin başının, yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlileri hakkında yapılan suç duyurusuna 'kovuşturma izni vermeyerek' onların işlediği hukuk cinayetine ortak olmasıdır. Bu aynı zamanda kamu görevlilerinin, herkesi bağlayan yargı kararlarını uygulamak yerine hiyerarşik üstlerinin hukuk dışı emir ve talimatlarına göre işlem yapmaya eğilimli olduğunu göstermektedir. Bunun nedeni, etkili yaptırım içeren bir hükmün olmayışıdır. Ne yazık ki idari yargı sisteminde yargı kararını uygulamayan kamu görevlileri hakkında başlatılan cezai soruşturmalardan genellikle sonuç alınamamaktadır.

Gerçi yargı kararlarını uygulamayan bazı kamu görevlileri hakkında mahkûmiyet kararları da verilmektedir. Örneğin Yargıtay, atama işlemi birkaç kez iptal edilmesine rağmen, her bir karara rağmen ilgili kişiyi görevine atamayan veya görevinden alan ve böylece yargı kararlarını fiilen uygulanamaz hale getiren kamu görevlisini, yargı kararını etkisiz ve anlamsız kıldığı için cezaya mahkûm etmiştir. (Yargıtay CGK'nun 11.3.2003 tarih, E.2003/4-63 ve K.2003/37 sayılı ilamı). Ancak bu tür kararlar istisnai bir durum olup yargı sisteminin tamamında etkin değildir. Bu nedenle idari yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlileri hakkında daha etkili ve caydırıcı yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Sonuç olarak görülmektedir ki, idare; idari yargı kararlarından rahatsızlık duymakta, hatta bu kararları uygulamamak için bir takım hukuk dışı yollar aramaktadır. İdarenin bu yönde bir girişimde bulunması, bütünüyle hukukun katlinden ibarettir. Çünkü Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." denilmektedir. İdare, bu anayasal çizgiye iki yolla gelebilir: Birincisi; idare, bütün kamu görevlileriyle birlikte bizzat kendisi hukuka uyma, yargı kararlarını özenle uygulama bilinç ve sorumluluğuna sahip olur. İkincisi; idareyi, anayasal çizgiye getirecek etkin yaptırım gücü olan yasal düzenlemeler yapılır.

Bu sorun, Alman ve Fransız hukukunda farklı şekillerde çözüme kavuşturulmuştur. Almanya'da, yargı kararlarının uygulanıp uygulanmadığını yine

[824] Ş. Cankat Taşkın, İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması.

kararı veren ilk derece mahkemeleri denetlemektedir. Yargı kararını uygulamamakta direnen idareye para cezası ya da sorumluya hapis cezası uygulanabilmektedir. Fransa'da ise, kararı veren ilk derece mahkemesi değil, temyiz mercii olan Danıştay bu denetimi yapmaktadır. Danıştay'da bu konuda müstakil bir daire kurulmuş olup, söz konusu daire, hem yargı kararının uygulanmasını denetlemekte, hem de yargı kararının uygulanmasında sorun yaşayan idareye, görüş bildirmektedir. Ülkemizde bu sorunun hâlâ neden çözümlenmediğinin sorgulanması gerekir.

7.3) Yargı Kararının Uygulanmamasıyla İlgili Ders Verici Bir Olay

"**Devlet Malı Haczedilmez Ama Devlet Varsa**"

Yargı kararının uygulanmamasıyla ilgili olarak tarihte ibret verici bir olay yaşanmıştır. Konumuz açısından önemli bir örnek olması nedeniyle bu olayı aşağıda sunuyoruz:

Anadolu'nun şirin bir kasabası olan İnebolu'da bir vatandaş, arazi yüzünden devletle ihtilafa düşer. Mahkemeye başvurur, haklı çıkar. Mahkemenin genç hâkimi Ali Himmet Berki, vatandaşın uğradığı haksızlığın giderilmesi yönünde tazminata hükmeder. Davacı vatandaş, mahkeme kararını Mal Müdürlüğü'ne götürerek kararda yazılı meblağın kendisine ödenmesini ister. Ama aradan günler, aylar geçmesine rağmen vatandaş, devletten alacağını, bir türlü tahsil edemez. O günün Mal Müdürlüğü ödeme yapma konusunda nazlanır. Bugün git, yarın gel felsefesi uygulanır.

Vatandaş artık gidip gelmekten usanır. Mahkeme kararını alıp, hâkimin huzuruna çıkar ve "Hâkim bey! Al bu kararını, sıkıp suyunu iç. Sen benim haklı olduğuma karar verdin ama mal müdürü bu kararı hiçe saydı. Ödeme yapmıyor" diye sitemde bulunur.

Hâkim şöyle bir vatandaşa bakar. Bir an düşünür ve sonra zabıt kâtibine 'daktiloya bir boş kâğıt tak' der. Vatandaşın ağzından şikâyet dilekçesini yazdırır, altını imzalatır, arkasından da hâkim olarak kararını alır. Sonra da yanına icra memurunu alıp, Mal Müdürlüğü'ne, mahkeme kararı gereği haciz uygulattırır ve kapıya 'kilit' vurdurur. Ertesi sabah Mal Müdürlüğü elemanları gelip bakarlar ki, kapıda 'haciz' mührü vardır. Tabii ki onlar için hayret ve şaşkınlık yaratacak bir durumdur. Devletin mahkemesi, devletin Mal Müdürlüğü'ne 'haciz' kararı almış. Kararın sonunda da şöyle denmiş:

"Devlet malı haciz edilemez, ama devlet varsa…"

İnebolu'nun genç hâkimi, adaletini kullanmış ve ilk görevi vatandaşı korumak olan devleti haczetmiş. Cumhuriyet'in ilk yıllarında böyle bir karar alma cesaretini göstermiş. Sonra tabii ki olay Ankara'ya ulaşmış. Bir hukuk tartışması, daha doğrusu 'yorum' kargaşası yaşanmış.

Konu Atatürk'e kadar ulaştırılmış. M. Kemal Atatürk, bir akşam yemeğinde olayı Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'a açarak düşüncesini almak istemiş.

Bozkurt: 'Efendim olay genç bir hâkimin acemice kararı, gereğini yapıyoruz' demiş.

Bunun üzerine Atatürk, dosyayı önceden en ince detayına kadar incelediğinden;

"Esat, ben senin yerinde olsam, o genç hâkimi Ankara'ya alıp, Üst Mahkeme'nin başına getirirdim. Doğru bir karar vermiş. Kendisini ödüllendirmemiz gerekir" diye düşüncesini belirtmiş. Atatürk'ün görüşü uygun görülmüş ve genç hâkim, büyük hukukçu Ali Himmet Berki Ankara Temyiz Mahkemesi başkanı olmuştur.[825]

7.4) İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununun Çözümü

7.4.1) Mevcut Yasalar Çerçevesinde Çözüm Önerileri

Yargı kararını uygulamayan kamu görevlisi hakkında açılacak davalarda hükmedilecek tazminat miktarının yüksek olması, caydırıcı etki yapacaktır.

Danıştay, yargı kararını uygulamayan kamu görevlisini belirleyerek ona rücu edilmesine karar vermiştir.[826] Bu şekilde idare aleyhine açılan tazminat davasının, yargı kararlarının uygulanmasında etkili hale getirilmesi sağlanabilir. İdareye karşı açılan davada ilgili kamu görevlisinin belirlenmesi ve sorumluluk payının tespiti etkili bir çözümdür. Yargı kararında rücudan söz edilmesi; yargı kararının uygulanmaması halinde, kamu görevlisini hem kendisine karşı açılacak davada hem de idare aleyhine açılan davada hükmolunan meblağları ödemek zorunda bırakacağı için daha etkili ve caydırıcıdır. Ancak Danıştay ya da idare Mahkemelerinin kararlarında yer alan 'rücu hükmünün' uygulanmaması, mahkeme kararının uygulanmaması olarak kabul edildiği takdirde bu etki kendini daha çok hissettirecektir.

İdari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle açılan tazminat davalarında yargı organları, bu konuda sorumluluğu olan kamu görevlisi hakkında suç duyurusunda bulunmalıdırlar. Dikkate alınması gereken diğer bir konu, idari yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlilerinin ceza soruşturmasında, yasada var olan idari korumanın kaldırılmasıdır. Bilindiği gibi memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için kanunda belirtilen idari makamların izni gerekmektedir. Aslında yargı kararını

---

[825] Kudret Ulusoy; Atatürk, Devleti Haczeden Hâkim İçin Ne Söyledi.

[826] Danıştay'ın 5. Daire Kararı şöyledir: "…İdare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve yukarıda idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen 'yargı kararını uygulamama' eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır. Çünkü bir hukuk devletinde, Anayasa ve yasaların açık hükmüne karşın, hiç bir hukuki veya maddi sebep gösterilmeden bilinçli olarak sergilenen keyfi bir davranışın idareden kaynaklandığını kabul etmek olanaksızdır… Bu hükümler karşısında… inha makamı olan İçişleri Bakanının kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle, davalı idarece olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla davacının manevi tazminat isteminin kabulüyle… Olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek için kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine…"(E:1995/3611, Danıştay Dergisi; Prof. Dr. Turan Yıldırım, Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu)

uygulamamak, bir kamu yetkisi kullanmak değildir. Dolayısıyla bu davranışın, görev nedeniyle işlenmiş bir suç olmadığı düşünülerek savcıların doğrudan dava açabilmelerine imkân tanınmalıdır.[827]

7.4.2) Yeni Yasal Düzenleme Önerileri

Yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlilerinin bu davranışlarının müstakil bir **suç** olarak düzenlenmesi, caydırıcı tedbir olarak düşünülebilir. Diğer suçlar gibi bu suçun soruşturulması da doğrudan Cumhuriyet Savcılarına verilmelidir. Bu suçun bakanlar tarafından işlenmesi halinde Cumhuriyet Başsavcısı konuyu Yüce Divan'a gönderme yetkisine sahip olmalıdır. Anayasa'nın 138. maddesine göre, yargı kararlarını uygulamamak hatta geciktirmek bile açık bir Anayasayı ihlal suçu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu davranışın cezasız bırakılması söz konusu olamaz.

Hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyen idari işlem ve eylemde kamu yararı olamaz. İdari yargı kararlarının uygulanmasında, davalı idareyi devreden çıkararak idari yargı kararlarına doğrudan uygulanabilme niteliği tanımak bir başka çözüm yoludur. Nitekim teoride Devlet Memurları Kanununa göre görevden uzaklaştırma ve kamulaştırma gibi kararlar ya da disiplin cezaları gibi işlemlerin iptalinin kendiliğinden sonuç doğuracağı ve idarenin herhangi bir işlem yapmasına gerek olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.

İdari yargı kararlarının uygulanmasını denetleme işinin, yasal bir düzenlemeyle yine idari yargı organlarına vermek mümkündür. Almanya'da da uygulanan bu modele göre, kararı veren mahkeme, kararın uygulanmasını da denetlemekte, yargı kararını uygulamayan kamu görevlilerine para ve hapis cezası vererek kararı uygulamaya zorlayabilir.

Sonuç olarak, yürürlükteki yasal hükümlerin yorumuyla idari yargı kararlarının uygulanması konusunda belirli ölçüde çözümler üretilebilir. Örneğin yargı kararlarının uygulanmaması halinde açılacak maddi ve manevi tazminat miktarlarının yüksek tutulması, yargı organlarınca suç duyurusunda bulunulması, kamu görevlilerinin cezai soruşturmalarında idari izin sisteminin aşılması mümkündür. Ancak mevcut yasal hükümler, yargı kararlarının etkin caydırıcılığı için yeterli olamadığı açıktır. Yeni yasal düzenlemelerle idari yargı kararlarının etkinliği mutlaka sağlanmalıdır.

IV) HUKUKUN UYGULANMASINDA YARGININ TEMEL UNSURLARI

Hukukun uygulanmasında, yargının dört temel unsuru gündeme gelmektedir. Bunlar; uygulanacak hukuk kuralları, hukukun uygulanacağı mekânlar/mahkemeler, hukuku uygulayacak olan hukukçular, diğer adliye personeli ve hukukun uygulanmasında takip edilecek usul ve yöntemlerdir. Hukukun uygulamasında rolü olan bu temel unsurlardan her birinin, diğerleriyle sıkı bir ilişkisi söz konusudur. Hukukun nihai amacı adalet olduğundan, bu unsurlar da adaletin gerçekleşmesine elverişli ve uygun olmalıdır.

---

[827] Prof. Dr. Turan Yıldırım, Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu.

Hukukun uygulanmasında bu temel unsurların birbiriyle ilişkisi; bir şoförün, karayolunda otomo-biliyle bir yere giderken; şoför, otomobil, yol ve trafik kurallarının birbiriyle olan ilişkisine benzer. Otomobil; hukukun uygulandığı mekânlar/yargı organları, yani mahkemelerdir ki sağlıklı bir yolculuk için otomobilin trafiğe çıkmaya her bakımdan elverişli olması gerekir. Şoför; hukukun uygulayıcıları gibidir ve otomobili kullanabilmesi için yeterli bilgi ve beceriye yani ehliyet/sürücü belgesine sahip olmalıdır. Yolculuk sırasında gidilecek yol; yargılamada uygulanacak hukuk kuralla-rı ve yargılamanın yol ve yöntemlerini gösteren usul kuralları gibidir. İstenilen yere kazasız/belasız, sağlıklı bir biçimde varabilmek için bu kurallara mutlaka uyulmalıdır. Gidilecek yer ise; hukukun amacı olan adalete benzemektedir. Bu yolculuğun sağlıklı bir biçimde tamamlanması ve istenilen amaca gecikmeden, zamanında ulaşılabilmesi için bu unsurların her birinin elverişli olması gerekir.

Hukukun uygulanmasında temel unsurlardan yargının kurumsal ve beşeri/insan unsurunu, önemi nedeniyle daha geniş incelemekte yarar bulunmaktadır.

A) YARGININ KURUMSAL UNSURU OLARAK MAHKEMELER

Yargının kurumsal/yapısal unsuru kavramından, yargının değişik birim ve fonksiyonlarıyla sahip olduğu bütün nitelikler anlaşılmalıdır. Yargının kurumsal yapısı, yargı organları olan mahkemeler ve onların işlevlerini ifade etmektedir. Mahkemelerin işlevi, hukuk kuralları çerçevesinde uyuşmazlıkları çözümleyerek adaleti gerçekleştirmektir. Mahkemelerin, adaleti gerçekleştirme işlevini tam olarak yerine getirebilmesi için temel ilke ve buna bağlı yan ilkelere ihtiyaç bulunmaktadır. Yargının en önemli kurumsal temel ilkesi bağımsızlıktır.

Bağımsızlık, yargının çevresel etkilere karşı korunmasını ifade eden bir kavram olduğundan kurumsal bir nitelik taşır. Yargı bağımsızlığı ilkesiyle bağlantılı ikinci temel ilke ise hukuk uygulayıcısının psikolojik durumuyla ilgili olan yargının tarafsızlığıdır. Bağımsızlık kurumsal bir konu olduğu halde, tarafsızlık psikolojik bir durumdur. Tarafsızlık, bağımsızlık ilkesinin hemen yanı başında yer almakta olup yargılama aşamasında hukuk uygulayıcısının ön yargılardan, ideolojik eğilimlerden kurtulmasını ifade eder. Bir hâkim, bağımsız bir yargı organında görev yapsa bile, eğer tarafsızlık ilkesine bağlı değilse taraflı karar verebilir.[828]

Demek ki bağımsızlık, tarafsızlığın sağlanmasında çok önemli bir araç olmakla birlikte, tek başına onu gerçekleştirmeye yeterli değildir. O halde yargının kurumsal temel ilkesi olan bağımsızlık ile tarafsızlığın birlikte bulunması gerekir. Hukuk sisteminde yargının temel ilkeleri olan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını güvence altına alan ve adaletin gerçekleşmesini sağlayan başka önemli ilkeler ve kurumlar da vardır.

1) YARGI ORGANLARINA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER

1.1) HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ

[828] Doç.Dr. Levent Gönenç, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı.

Hukukun amacı adalettir. Adaletin herkese eşit olarak dağıtılması, devletin en önemli işlevlerinden birisidir. Adaletin gerçekleşmesi için mahkemelerin ya da hâkimlerin her türlü etkiden uzak olması gerekmektedir. Bu ise mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesiyle mümkündür. Hâkim ya da yargı bağımsızlığı, günümüzde insan hak ve özgürlüklerinin temel güvencesini oluşturmaktadır. Buna göre yargı bağımsızlığı, beş konuda bağımsızlığın sağlanmasıyla gerçekleşebilir.

* Yargının, yasama organına karşı korunması,
* Yargının, yürütme organına karşı korunması,
* Yargının, yargı organına karşı korunması,
* Yargının, basına karşı korunması,
* Yargının, üçüncü kişilere (çevreye) karşı korunmasıdır.

1.2) TABİİ (KANUNİ, OLAĞAN) HÂKİM İLKESİ

Tabii mahkeme/hâkim ilkesi, bir uyuşmazlığa bakacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir.[829] Kısaca tabii/olağan mahkeme, yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun belirlediği mahkeme demektir. Tabii hâkim ilkesinin sonucu, olağanüstü mahkemelerin kurulmasının yasaklanmasıdır. Bu ise, mahkemelerde yargılanacak olan bireylere büyük bir güvence sağlamaktadır. Tabii hâkim ilkesi, Anayasa'nın 'Kanunî hâkim güvencesi' başlıklı 37. maddesinde yer almıştır. Buna göre; bir kimse ancak kanunen tabi olduğu mahkeme önüne çıkarılabilir. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz. Tabii hâkim ilkesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır.

1.3) HÂKİMLİK TEMİNATI İLKESİ

Hâkimlik teminatı, yargı bağımsızlığının tam olarak gerçekleşebilmesi için, hâkimlerin her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak olarak görev yapabilmeleri gerekir. Bunun için de hâkimlerin kendilerine tanınan kişisel güvenceler vardır.[830] Eğer hâkimlerin tayin, terfi ve özlük işleri ya da görevden alınmaları yürütmenin takdirine bağlı ise, hâkim/yargı bağımsızlığı tam olarak gerçekleşemez. Hâkimlerin, görevlerini her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak olarak yerine getirebilmeleri için, her şeyden önce görevden atılma, işsiz kalma, parasız kalma ve bağlı olduğu mevzuatı dışında yerinin değiştirilmesi korkusu içinde bulunmamaları gerekir. Bu nedenle hâkimlik teminatı; azledilmeme teminatı, emekliye sevk edilmeme teminatı, mali teminat, coğrafi teminat, savcılık sınıfına atanmama teminatı, idari görevlere atanmama teminatı gibi unsurları içermektedir.

2) TÜRKİYE'DE YARGI TEŞKİLATININ YAPISI

Devletin üç erkinden biri olan yargının en önemli işlevi, toplumsal hayatta ortaya çıkan bütün hukuka aykırılıkları (suç ve hak ihlali) tespit etmek ve uyuşmazlıkları çözmektir. Yargılama, yargı organlarının (mahkemelerin) yürüttüğü

[829] Prof.Dr. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku.
[830] Prof.Dr. Baki Kuru, Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı.

bu faaliyetin adıdır. Bu yargılama faaliyetinin sağlıklı bir biçimde yürümesi için; yargı sisteminin, diğer zorunluluklar yanında kurumsal yapısı ve yargısal işlevleri açısından da iyi donatılmış ve etkin olması şarttır. Yargı hizmetlerinin daha etkin ve verimli biçimde yerine getirilmesi, bir toplumun hukuk ve yargı sistemine güveninin temel şartlarından biridir. Yargı faaliyetinin etkin ve verimli çalışması, yargı sisteminin hem kurumsal hem de işlevsel yapısının günümüzün ihtiyaçlarına uygun olarak gelişim göstermesine bağlıdır.

Yargı organları olan mahkemeler, kurumsal anlamda yasama ve yürütmeden kolaylıkla ayrılabilmektedir. Örneğin yasama organı 550 milletvekilinden oluşmuş bir organdır. Yasama ve yürütme organından farklı olarak yargı organı, bağımsız hâkimlerin görev yaptığı mahkemelerden oluşur. Hâlbuki yürütme organının, yani idarenin teşkilât yapısı içinde yer alan bir kişi bağımsız değildir. Bu idari yapı içinde hiyerarşik açıdan bir başka kişinin, makamın vesayet yetkisine tâbidir. Bu açıdan yargı organı, yürütme organı gibi genel olarak idari teşkilât içinde yer alan bir kurum değildir.[831] Yargılama faaliyetinin icra edildiği mahkemeler, iki türlü ayrıma tabi tutulmaktadırlar: Birincisi, mahkemelerin kuruluşuna göre yapılan ayrım, ikincisi ise, yargı sistemi içindeki konumuna göre ayrımdır.

2.1) MAHKEMELERİN KURULUŞ VE ÇALIŞMA BİÇİMLERİNE GÖRE AYRIM

Kuruluş ve çalışma biçimlerine göre mahkemeler, tek ve çok hâkimli mahkemeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Tek hâkimli mahkemelerde bütün yargılama işlemleri bir hâkim tarafından yapılır. Sulh hukuk/ceza, asliye hukuk/ceza, iş ve tüketici mahkemeleri gibi ilk derece mahkemeleri tek hâkimlidir.

Birden çok hâkimli mahkemeler ise; ilk derece mahkemesi olarak Ağır Ceza Mahkemesi, üst derece mahkemeleri olarak Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'dir. Ağır Ceza Mahkemeleri bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşur. Başkanla birlikte en az iki üyenin katılımı ile yargılama yapılır. Başkan, yargılamayı sevk ve idare etmekle görevlidir. Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi de bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşmakta, her daire, daire başkanı ve en az dört üyenin zorunlu katılımıyla çalışmaktadır. Kararlar, kurul halinde verilir. Hâkimlerden birisi yargılama işlemlerinden herhangi birine katılmamışsa verilen karar yok hükmündedir. Bu yasal hükmün amacı, üyelerin yargılamaya sadece fiilen katılmasını sağlamak değil, aynı zamanda her bir üyenin, yargılamada kendisini tek hâkimmiş gibi görüp yargı faaliyetinin sorumluluğunu yüklenme-sini sağlamaktır.

Yargılama işlemlerinin birden çok hâkimle yapıldığı bu mahkemelerde verilen kararların, tek hâkimli mahkemelere göre daha güvenceli olduğu, çünkü birden çok hâkimin verdiği kararlarda yargılama hataları az olacağı düşünüldüğünde adalete daha yakın olduğu söylenebilir. Ancak birden çok hâkimle yargılamanın yapıldığı bazı mahkemelerde; örneğin Ağır Ceza Mahkemelerinde kimi üyelerin, nasılsa yargılamayı sevk ve idare görevi başkana ait diye yargılama işlemlerine kendilerini tam olarak vermedikleri, dava dosyalarına yeteri kadar vakıf olmadıkları

[831] Prof.Dr. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri.

gözlenmektedir. Kurul halinde çalışan yüksek mahkemelerde de, dava dosyalarıyla ilgili olarak genellikle tetkik hâkimlerinin hazırladıkları rapora göre kararlar verildiği ya da örneğin Yargıtay'da bazı dairelerde duruşmalı temyiz incelemelerinde tarafların ya da taraf vekillerinin beyanlarının her üye tarafından dikkatlice dinlenilmediği yönünde yakınmalar bulunmaktadır.

2.2) MAHKEMELERİN YARGI SİSTEMİ İÇİNDEKİ KONUMUNA GÖRE AYRIM

Yargı sistemi içerisindeki konumuna göre mahkemeleri; öncelikle ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler diye ikiye ayırmak mümkündür. Bu çerçevede ifade edilebilecek diğer bir ayrım ise, hukuk ve ceza mahkemeleridir. Bunlar da kendi içinde tali kollara ayrılmaktadır. İkinci olarak mahkemeler; adli, idari ve askeri mahkemeler biçiminde kollara ayrılmaktadır. Bu ayrıma yargı yolu ayrımı da denilmektedir.

Yargı kolu (yolu), hukuki nitelikleri bakımından aynı tür uyuşmazlıkların aynı yargılama usulüne tabi kılınmasıdır. Başka bir deyişle aynı hukuki niteliklere sahip işler, bir yargı yolunda toplanır ve bunlarla ilgili o yargı yoluna özgü yargılama usul ve kuralları uygulanır. Yargı kolu, kararları aynı yüksek mahkemede temyiz edilen mahkemelerin oluşturduğu bir düzen olarak da tanımlanabilir.[832]

Prof. Gözler, Türkiye'de yargının kollarını görmek için yüksek mahkemelere bakmak gerektiğini, çünkü ne kadar yüksek mahkeme varsa o kadar yargı kolu olduğunu söyler. Anayasamızda sayılan yüksek mahkemeler; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Sayıştay'dır. (Anayasa, madde: 146, 154, 155, 156, 157, 158, 160) Dolayısıyla buna uygun olarak Türkiye'de; anayasa yargısı, adli yargı, idari yargı, askeri yargı, askeri idari yargı, uyuşmazlık yargısı ve hesap yargısı vardır.[833]

Anayasamız, 145. maddede askeri yargı yolunu, 146-153 maddeleri arasında anayasa yargısı yolunu, 154. maddede adli yargı yolunun en üst mahkemesi olan Yargıtay'ı, 155. maddede idari yargının en üst mahkemesi olan Danıştay'ı, 156. maddede askeri adli yargının en üst mahkemesi olan Askeri Yargıtay'ı, 157. maddede askeri idari yargının en üst mahkemesi olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni, 158. maddede Uyuşmazlık Mahkemesi'ni ve 160. maddede Sayıştay'ı düzenlemiştir. Bu açıdan baktığımızda ülkemizde temelde 4 farklı yargı yolunun olduğu görülmektedir. Bunlar: Anayasa Yargısı, Askeri Yargı, İdari Yargı, Adli Yargı'dır.[834]

Mahkemelerin yargı sistemi içindeki konumuna göre ayrıma tabi tutulması ya da yargının kollara ayrılması gibi düzenlemeler, kendi başına kutsal değildir. Yargı sistemi içindeki ayrım ve kollar, birer araçtır. Asıl amaç ise, adaletin tecelli etmesidir. O halde hukuk sistemi içinde yer alan bütün araçların hukukun amacı olan adaletin gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Bu araçlar adalete hizmet ettiği ölçüde değerlidir.

---

[832] Prof.Dr. Murat Yanık, Demokratik Hukuk Devletlerinde Yargının Kurumsallaşması.
[833] Prof.Dr. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku)
[834] Prof.Dr. Murat Yanık, Demokratik Hukuk Devletlerinde Yargının Kurumsallaşması.

a) HUKUK SİSTEMİMİZDE MEVCUT YARGI KOLLARI

a.a) ADLİ YARGI

Adli yargı, diğer yargı kollarının görevine girmeyen davalara adli yargıda bakılır. Bu nedenle adli yargı, kapsamı en geniş olan genel yargı koludur. Ülkemizde adli yargı; ilk derece mahkemeleri ve üst derece mahkemeleri olmak üzere iki derecelidir.

a.a.a) ADLİ YARGI İLK DERECE MAHKEMELERİ

Adli yargı ilk derece mahkemeleri, a) hukuk mahkemeleri, b) ceza mahkemeleri şeklinde ikiye ayrılmıştır. Ceza mahkemeleri de; a) Sulh ceza mahkemeleri, b) Asliye ceza mahkemeleri c) Ağır ceza mahkemeleri olmak üzere üçe ayrılır. İlk derece mahkemeleri arasında ayrıca özel mahkeme (uzmanlık mahkemesi) niteliğinde; a) Çocuk mahkemeleri, b) Trafik mahkemeleri, c) Asliye ticaret mahkemeleri, d) İş mahkemeleri, e) Aile mahkemeleri, f) Tüketici mahkemeleri, g) Deniz ihtisas mahkemeleri de vardır. Bu özel mahkemeler hukukta uzmanlaşma açısından gereklidir ve bu durum, hepsinin yüksek mahkemesi Yargıtay olduğu için yargı birliği ilkesine aykırılık oluşturmaz.

a.a.b) ADLİ YARGI İKİNCİ DERECE MAHKEMELERİ

Adli yargı ikinci derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleridir. İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında, ikinci derece bir denetim mekanizması ve kanun yolu olarak Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemeleri, 5235 sayılı kanunla kurulmuş olmakla birlikte personel ve altyapı eksikliği nedeniyle bu kitabın hazırlandığı tarih itibariyle henüz faaliyete geçmemiştir. İstinaf mahkemeleri hukuk sistemimize yeni girmiş olduğundan bu konuda kısa açıklama yapmakta yarar bulunmaktadır.

***Bölge Adliye Mahkemeleri (İstinaf)**

Bölge Adliye Mahkemeleri istinaf niteliği taşıyan mahkemelerdir. İstinaf sözlükte, bir işe yeniden başlamak demektir. Hukuk biliminde ise; verilen bir mahkeme kararının, maddi ve hukuki açıdan, bir üst derece mahkemesinde yeniden incelenmesi anlamına gelir.[835]

Hukuk sistemimizin aksayan yönlerinin giderilmesi ve yargının yeterli, etkin, adalete uygun ve hızlı çalışabilmesi için gerekli tedbirler kapsamında Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemeleri kurulmak suretiyle Yargıtay'ı içtihat mahkemesi olarak asli kimliğine döndürmek amaçlanmıştır. İstinaf Mahkemeleri, yargılamada maddi vakıanın, sübutun ikinci kez tartışılması imkânını sağlayan bir kurumdur. İlk derece mahkemeleriyle Yargıtay arasında yer alan istinaf mahkemeleri, belirli bölgelerde kurulacak ve ilk derece mahkemelerinden gelecek dava dosyalarını inceleyip karara bağlayacaktır.

***İstinafın Hukuk Tarihimizdeki Yeri**

İstinaf mahkemesi, yargı sistemimiz için yeni bir yargı organı değildir. Hukuk ve yargı sistemimize ilk kez Osmanlı Devleti zamanında 1879 yılında girmiş, 45 yıl

[835] Prof.Dr. Tahsin Fendoğlu, İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu.

süreyle uygulandıktan sonra 1924 yılında kaldırılmıştır. İstinaf mahkemeleri sistematik anlamda 1879 yılında kurulmuş olmakla birlikte, bundan önceki dönemlerde de, istinaf sisteminin özü itibariyle uygulandığını söyleyebiliriz. Çünkü 1879 öncesinde Osmanlıda bir hâkim tarafından verilen karar; somut olaya, adalete, hakkaniyete ya da hukuki mevzuata aykırı ise, Divan-ı Hümayun'a başvurularak bu kararın yeniden incelenmesi ve düzeltilmesi istenebiliyordu. Divan-ı Hümayun, yerel mahkemenin kararını onayabilir, bozabilir ve dosyayı ya aynı ya da başka bir mahkemeye gönderebilirdi.[836] Önceki medeni kanunumuz Mecelle de istinaf ve temyiz yollarını kabul etmişti. Sistematik temyiz ve istinaf usulü Osmanlıya Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ile 1868 yılında gelmiştir. Bugünkü Yargıtay'ın temeli olan bu kurum, istinaf ve temyiz diye iki ayrı mahkeme halinde teşkilatlanmıştı." [837]

***İstinafla İlgili Tartışmalar**

1924 yılında, yargılamayı uzatıyor diye kaldırılan istinaf mahkemelerinin hukuk ve yargı sistemimizde yeniden yer almasına hem olumlu hem de olumsuz yönde bakan hukukçularımız bulunmaktadır. Prof.N. Kunter ve Prof. T. Taner gibi hocalar istinafın yeniden kurulması için çaba göstermişler, buna karşılık Prof. F. Erem, Prof. B. Kuru ve Prof. B. Kantar gibi hukukçular ise aleyhinde olmuşlardır.

İstinafın aleyhinde olan hukukçular, bugünkü yargılama sistemi içerisinde istinaf mahkemelerinin kurulmasının, kanun yollarına ilişkin düzenlemeyi daha da karmaşık bir duruma getireceğini, bu yüzden yargılama hukukunun bütün olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Zaten önemli olan, ne olursa olsun istinafı savunmak ya da ona karşı çıkmak değil, yargılama sistemimiz için istinafın yeniden kabul edilebilir olup olmadığıdır. İstinafa olumsuz bakanlara göre İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi için bir denetim sayılabilirse de, 'nasıl olsa bir daha incelenecek' denilerek ilk derece mahkemesinde davanın iyi incelenmesi ihmal de edilebilir.[838]

İstinaf mahkemelerinin yeniden kurulmasının yararlı olacağını savunan hukukçular bu görüşlerine gerekçe olarak; a) Yargı teşkilatı gelişmiş olan bütün ülkelerde istinafın olduğunu, b) istinafın varlığının, ilk derece mahkemelerini daha dikkatli davranmaya sevk edeceğini, c) İstinaf mahkemelerinin kurul halinde karar vermesinin, görülecek davalar için teminat olacağını, d) Uyuşmazlığın istinaf yoluyla yeniden gözden geçirilmesi, daha isabetli karar verilmesini sağlayacağından bu durumun yargıya olan güveni artıracağını, e) İstinaf mahkemelerinin, Yargıtay'ın işlerini azaltarak onun bir içtihat mahkemesi olarak görev yapmasını sağlayacağını ileri sürmektedirler. Bölge adliye (istinaf) mahkemelerinin açılmasının yararlı olduğunu benimseyen ancak, bu mahkemelere atanacak olan

---

[836] Halil İnalcık, Mahkama-The Ottoman Emrıre-The Earlier Centuries, EI-1991, Leiden 1991; aktaran: Prof.Dr. Tahsin Fendoğlu, İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu.

[837] Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi; aktaran: Prof.Dr. Tahsin Fendoğlu, İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu.

[838] Prof.Dr. Tahsin Fendoğlu, İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu.

birinci sınıfa ayrılmış hâkim kadrosunun yeterli sayıda bulunamayacağı kaygısı taşıyan hukukçular da vardır. Başka bir deyişle bu hukukçular, bölge adliye/istinaf mahkemelerinin kurulması gerektiğini ancak bugün itibariyle şartların uygun olmadığını yani yeterli hâkim-savcı bulunmadığını belirtmektedirler.

1978 yılında istinafın yeniden kabulü konusunda doktora tezi yazan Prof. Yenisey, doktora tezinin sonucunda, istinafın yeniden kurulmasına ihtiyaç bulunmadığını, bunun yerine, Almanya'da 1971'de başlayan ve 1975 yılında tartışmaya açılan Kanun yollarında Reform Tasarısının görüşünü benimsemiş, 'genişletilmiş temyiz yolunu' önermiştir. (Prof.Dr. Feridun Yenisey, İstinaf, s. 62. 19.) Bu önerinin temelinde, bugünkü sisteme uygunluk yanında yeni bina-araç-gereç ve hâkim-savcı tasarrufu yatmaktadır. Prof. Yenisey, yeni bir makalesinde, İstinafın kurulmasını istemekte, "Yargıtay'ın işini hafifletmek bakımından istinaf kabul edilmelidir" demektedir.[839]

Sonuç olarak; Türkiye'nin; adli teşkilatını gözden geçirmesi, yargıda gecikmeleri önlemesi, hızlı ama güvenceli bir yargı teşkilatını oluşturması gerekir. Yeni bir yargı organının yargı sistemine dâhil olması, belki ilk bakışta hukuk ve yargı sistematiğini ilgilendiren bir konu gibi görünse bile, eğer bu mahkemelerin kuruluşu yargıda gecikmeleri önleyerek adaletin zamanında gerçekleşmesini sağlayacaksa ya da daha hızlı ve güvenceli bir yargıya hizmet edecekse, işin etiksel boyutunun da olduğu unutulmamalıdır.

İstinaf hakkında olumsuz yönde görüşler de olmakla birlikte, önemli sayıda hukukçunun, Yargıtay'ın gerçek anlamda bir içtihat mahkemesine dönüşmesi gerektiğine ilişkin görüşleri de dikkate alınarak, bunun gerçekleşmesinde önemli işlev görecek olan ve yasal alt yapısı oluşturulan bölge adliye (istinaf) mahkemelerinin fiilen de hayata geçirilmesinde yarar vardır. Bugün itibariyle şartların uygun olmadığı, birinci sınıftan yeterli hâkim-savcı bulunmadığı yönündeki görüşler doğru olsa da, bu mahkemeler ancak belirli bir zaman sürecinde tam olarak oluşabileceğinden uygulamada ortaya çıkan eksikler ve sorunlar, zaman içerisinde düzeltilebilir.[840]

a.a.c) ADLİ YARGI YÜKSEK MAHKEMESİ: YARGITAY

Adli yargı kolunun yüksek mahkemesi Yargıtay'dır. Anayasamızın 154. maddesine göre Yargıtay; adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir.

İlk kez 1868'de 'Divan-ı Ahkâm-ı Adliye' adıyla kurulan Yargıtay, 1879'de kabul edilen Nizamı Mahkemeler Kuruluş Kanunu ile 'Mahkeme-i Temyiz' adını almış, Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümetince Sivas'ta kurulan yüksek mahkemeye 'Muvakkat Temyiz Heyeti' denilmiştir. Sivas'tan Eskişehir'e nakledilen 'Temyiz Mahkemesi'nin adı, 10.01.1945 gün ve 4695 sayılı Kanun ile 'Yargıtay' olurken Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun adı da 'Anayasa' olmuştur.[841]

---

[839] Prof.Dr. Feridun Yenisey, Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği ve Gecikme.
[840] Prof.Dr. Tahsin Fendoğlu, İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu.
[841] Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi, İstatistikler; http://www. yargitay.gov.tr.

a.a.c.a) Yargıtay'ın İşlevleri

Hukuk devleti olmanın temel gereklerinden birisi de yargısal denetimdir. Yargısal denetim kavramı, bir yandan yasama ve yürütmenin eylem ve işlemlerinin anayasa mahkemesi ve idari yargı tarafından denetlenmesini, diğer yandan da adli yargı ilk derece mahkeme kararlarının kanun yolu (itiraz-temyiz) ile denetlenmesini içine almaktadır. Bilindiği gibi yasama organının yasa yapma işlemini Anayasa Mahkemesi, yürütmenin (idarenin) eylem ve işlemlerini İdare Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay, adli yargı mercilerince verilen kararlar da Yargıtay tarafından denetlenmektedir.

Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak yargı sisteminde önemli bir işlev görmektedir. Yargıtay, ülke genelinde adli yargı organları tarafından yürütülen hukukun uygulanması faaliyetinde, ortaya koyduğu içtihatlarla hukuk uygulamasında birliği sağlamaya hizmet eden bir yüksek mahkemedir. Toplum bireylerinin mal ve özgürlükleri hakkında önemli sonuçlar doğuran adliye mahkemesi kararlarıyla ilgili son sözü söyleyen Yargıtay, bu yönüyle yargı sisteminde hayati bir işlev görmektedir. Adliye mahkemelerinin kararlarında oluşabilecek usule ve esasa ilişkin hukuki hatalar, Yargıtay denetimiyle giderilmektedir. Yargıtay'ın bu önemli işlevi dikkate alındığında, Yargıtay'da görevli hâkim ve savcıların kendi alanlarında oldukça yetkin kimseler olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay'ın, karara bağladığı davalar nedeniyle oluşan içtihatlar, her ne kadar mahkemeler için bağlayıcı olmasa da onlara önemli ölçüde ışık tutmaktadır. Kaldı ki Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 'içtihatları birleştirme kararları' bütün mahkemeleri bağlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla Yargıtay, yargı sistemine kazandırdığı bütün içtihatlarıyla hukuk kurallarının doğru anlaşılması, doğru yorumlanması ve doğru uygulanmasında yargı organlarına büyük katkılar sağlayabilir. Bu görevin etiksel boyutu hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Yetkin üyeler tarafından ve iyi inceleme sonucu oluşacak içtihatlar, yargıya olumlu yönde ışık tutacaktır. Bunun tersi de doğrudur. Yani yetkin ve ehil olmayan üyeler tarafından hazırlanan ve iyi bir inceleme sonucu olmayan içtihatlar da yargıyı ve adalet sistemini olumsuz etkileyebilir.

a.a.c.b) Yargıtay'da İş Yükü Sorunu ve Çözüm Yolları

Yargısal denetim, hukuk devleti olmanın gereklerinden biridir. Bu yargısal denetimin gecikmeye meydan vermeden kaliteli bir biçimde gerçekleşmesi, yani makul süre içinde tamamlanması ideal bir hedefi gösterir. Ancak bugün Yargıtay'ın bu ideal hedeften uzak olduğunu söylemek zorundayız. Yargıtay'daki dosyaların fazlalığı, yargının kalitesini düşüren bir faktördür. Şüphesiz ki Yargıtay'daki iş yükü, ilk derece mahkemelerindeki yoğunluğun bir sonucudur. Dolayısıyla bu sorunun çözümü de diğer ilgili bölümlerde belirtildiği gibi genel olarak yargıya giren dosya sayısının azaltılması ve yargının etkinliğinin artırılmasıyla mümkün olacaktır. İlk derece mahkemelerindeki ve buna paralel olarak Yargıtay'daki iş yükü, yargının mutlaka çözümlenmesi gereken en büyük sorunlarından biridir. İş

yükü sorunu, adaleti geciktirmekte, binlerce dosyanın zamanaşımından düşmesine neden olmakta ve bu da yargıya olan güveni sarsmaktadır.

Yargıtay'ın Resmi Web sitesinde yer alan istatistiklere göre; Yargıtay'da 2009 yılında 14 bin dosya hakkında zaman aşımı nedeniyle düşme kararı verilmiştir. Böylece 50 bin sanığın davası ortadan kalkmış oldu. 2006'da Yargıtay'da zamanaşımına uğrayan dosya sayısı 7.118 iken, 2007'de bu rakam 9.111, 2008'de 12.354, 2009'da 14.809, 2010'da ise 19.251 seviyesine çıkmıştır.

İstatistiklere göre sonraki yıllarda zaman aşımından düşebilecek dosya sayısının gittikçe artacağı tahmin edilirken, Yargıtay'da 2011'de yapılan düzenleme ve çalışma sonucunda, düşebilecek dosya sayısındaki artış oranında azalma görülmüştür. Örneğin 2012 yılı itibariyle düşeceği tahmin edilen 32.000 dosyadan 18.000'i kurtarılarak zaman aşımından düşen dosya sayısı 2012 itibariyle 14.300'de kalmıştır. Gösterilen bu çabaya rağmen yine de 2012'de 14.300 dosyanın zamanaşımından düşmüş olması, hukuk devletinde izahı mümkün olmayan bir durumdur. Görüldüğü gibi bu sorun, sadece Yargıtay'da yapılacak düzenlemelerle çözülebilecek bir sorun değildir. İş yükü sorunu sadece Yargıtay'da yapılacak düzenlemelerle giderilecek bir sorun olmamakla birlikte sorunun Yargıtay ile ilgili boyutunun giderilmesi de önemlidir. Bu çerçevede yapılması gerekenler olduğu gibi yapılmaması gerekenler de bulunmaktadır. Yargıtay'da yeteri kadar dairelerin açılması, Yargıtay'a meslekte üstün başarı göstermiş hâkimlerden yeteri kadar üye seçilmesi, yapılması gereken işlerdir.

Yapılmaması gerekenlere gelince, bugün meslekte henüz yeteri kadar tecrübe kazanmamış, iki yıllık hâkimlerin bile Yargıtay'a tetkik hâkimi olarak alındığını görmekteyiz. 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 'Tetkik Hâkimlerinin Nitelikleri ve Atanmaları' başlığını taşıyan 36. maddesinde "Yargıtay'da yeteri kadar tetkik hâkimi bulunur. Tetkik hâkimleri, meslekte en az beş yılını fiilen doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanır." denilmekte olduğu halde 2797 sayılı Yargıtay Kanununa eklenen geçici 11. maddeye göre; "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Yargıtay tetkik hâkimliğine on yıl içinde yapılacak atamalarda, 36. maddenin birinci fıkrasında yer alan beş yıllık hizmet süresi şartı aranmaz." Bu uygulama bize göre doğru olmamıştır.

Yargıtay'daki iş yükünün büyük oranda artmasıyla yaşanan aksaklıklar binlerce insanın mağduriyetine neden olmaktadır. Haklılar haklarını zamanında alamamakta, suçu sabit olanların hak ettikleri cezaları çekmeleri de gecikmektedir. Yargıtay'ın resmi Web sitesinde yayınlanan istatistiklere göre; 2012'den 2013'e devredilen dosya sayısı: 811.689, 2013'de gelen dosya sayısı: 1.302.001, 2013'de karara bağlanan dosya sayısı: 1.304.717, 2014'e devredilen dosya sayısı: 808.971'dir. Bu duruma göre halen Yargıtay genelinde karara bağlanmayı bekleyen çok sayıda dosya bulunmaktadır.[842]

Yargılama faaliyetlerinin hızlı, verimli, etkin olarak sürdürülebilmesi ve iş yükünün azaltılması, bugün genel olarak yargının çözümlenmesi gereken önemli sorunlarından birisidir. Çünkü davaların uzaması, birçok hukuki ve sosyal sorunlara

[842] Yargıtay Resmi Web Sitesi, İstatistikler; http://www. yargitay.gov.tr.

neden olmaktadır. Yargı sistemindeki aksamalar, insan haklarından ekonomiye, güvenlikten yönetime, toplumsal barışın sağlanmasından devlete olan güvene kadar birçok alanda büyük sorunlar oluşturacak, iyi işleyen bir yargı sistemi ise tüm bu alanlardaki sorunların çözümünde en önemli rolü oynayacaktır.

Her yıl adliye mahkemelerine giren dosya sayısı arttığından, buna paralel olarak Yargıtay'da da dosya sayısında artış olmaktadır. Önceki yıllarda giren dosya sayısı biten dosya sayısından fazla olduğu için sürekli yığılma gerçekleşmiştir. Son yıllarda biten dosya sayısı giren dosya sayısına göre biraz azaldığından kısmen iyileşme yoluna girmişse de bu mevcut yığılmanın önüne kısa sürede geçilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Gerek ilk derece mahkemelerinde ve gerekse temyiz aşamasında yargılama sürelerinin uzunluğu nedeniyle kararların kesinleşmesi bazen onlarca yılı bulabilmektedir. Örneğin 1996 yılında zimmet suçu işleyen bir sanığın dosyasının ancak 2010 yılında kesinleşebildiği görülmüştür. Yine çocuğun cinsel istismarı suçundan 2001 yılında açılan bir davanın 2010 yılına kadar sonuçlandırılamadığı ve dosyanın zaman aşımı nedeniyle ortadan kaldırıldığı bilinmektedir.

Bir hukuk devletinin, yargının bugünkü iş yükü sorununu mutlaka çözümlemesi beklenir. Bir sorunun çözümlenmesi için de öncelikle bu sorunu çözme iradesinin bulunması gerekir. Bu sorunu çözme konusunda sağlam bir istek ve irade varsa, zaten sorunun yarısı çözülmüş demektir. Çünkü yargıda süregelen bu ve benzer sorunların uzun yıllar devam etmesinin temel nedeni, bu konuda güçlü bir istek ve iradenin bulunmamasıdır. Yargıdaki iş yükü, Türkiye'de adalet sisteminin yavaş işlemesinin en önemli nedenlerinden birisi olmuştur. İş yükü sorunu, bir yandan hâkim sayısının azlığından, diğer yandan ülkemizde hak ihlali ve suç işleme oranının yüksek olmasından kaynaklanmaktadır.

Adliye mahkemelerinde görülen iş yükü yoğunluğu, temyiz yoluyla Yargıtay'a yansımaktadır. Yargıda genel olarak var olan iş yükü sorununun iki çözüm yolu vardır. Birincisi yargı sistemine giren dosya sayısının azaltılması, ikincisi de mahkemelerin ve Yargıtay'ın dosya bitirme kapasitesini artırılmasıdır. Yargıtay'da bu iş yükü sorununun çözümü konusunda, geçen üç yıl içinde yapılan anayasal ve yasal değişikliklerle Yargıtay'da gerçekleştirilen kapasite artırımı sonucunda, 2012'de ilk defa bir takvim yılında, gelen dosyadan daha fazlası karara bağlanabilmiştir.

Yargı sistemi içinde gerek adliye mahkemelerinde ve gerekse Yargıtay'da dosyaların makul süre içinde sonuçlanmadığı bilinmektedir. Bu uzun bekleme sürelerini azaltmaya yönelik çalışmalar bulunmaktadır. Örneğin duruşmasız bir boşanma davasının Yargıtay'da incelenme süresi 2010 yılında iki yıl, 2011 yılında bir buçuk yıl, 2012 yılında dokuz ay iken bugün altı ayın altına gerilemiştir. Yine yasaya göre acil işlerden sayılan icra davalarının inceleme süresi de bir buçuk yıldan altı ayın altına düşmüştür. Yargıtay hukuk dairelerinin, gelen dosyaları bir yıl ve daha kısa süre içerisinde inceleyip karara bağlayabilecek konuma getirilmesi planlanmıştır.[843]

[843] Ali Kalkan, Yargıtay Başkanı, Adli Yıl Açış Konuşmasından.

Yargıtay'da hâkim ve daire sayısı artırılarak iş yükünün azaltılması ve adaletin gecikmeksizin makul süre içinde gerçekleşmesi mümkün müdür? Son yıllarda Yargıtay'da iş yükünün azaltılmasına yönelik olarak yeni daireler kurulmuş, birinci sınıf hâkimlerden bir bölümü Yargıtay'da görevlendirilmiştir. Yeni dairelerin kurulması ve üye sayısının artırılması nedeniyle kısmen bir düzelme olduğu görülmüştür. Yeni daireler kurulduktan sonra incelenmeyi bekleyen dosya sayılarında üçte bir oranında azalma meydana geldiği söylenebilir. Ancak bu olumlu adımlara rağmen henüz ideal bir noktaya gelmekten çok uzakta olduğumuzu belirtmek zorundayız. Bunun için sistemin genel bütünlüğü içinde de önemli adımların atılması gerekmektedir. Özellikle hak ihlali ve suç olaylarının en aza indirilmesi ve alternatif yargı konularında ciddi tedbirler alınmalıdır.

a.b) İDARİ YARGI

İdari yargı; idarenin, idare hukuku alanındaki eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlendiği yargı koludur. İdari yargı, ülkemizde ilk derece ve üst derece mahkemeleri olarak iki derecelidir. Bu yargı kolunun ilk derece mahkemeleri; idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinden oluşmaktadır. Üst derece mahkemeleri ise, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'dır. Anayasaya göre Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca kanunda gösterilen bazı davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır. (Anayasa, madde:155) İdari yargıda görev yapan bütün hâkim ve savcılar bağımsız olup hâkimlik teminatından yararlanır. Danıştay, hukuk devleti ilkesinin yerleşme-si açısından çok önemli bir yüksek mahkeme olduğundan bu konuda daha geniş açıklama yapıla-caktır.

a.b.a) İDARENİN EYLEM VE İŞLEMLERİNİN DENETİMİ VE HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti, sadece yönetilenlere uygulanacak kuralları belirleyen ve onları uygulayan devlet değil, aynı zamanda bu ilke ve kurallarla kendisini de bağlayan, tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranan bir devlettir. Kısaca hukuk devleti, sadece yönetilenlere uygulanacak kuralları koyan devlet olmayıp, koyduğu kurallara kendisi de uyan devleti ifade etmektedir.[844]

Her devletin kendine göre yasaları ve kuralları olmakla birlikte, her devlet mutlaka hukuk devleti değildir. Bir devletin hukuk devleti olduğunu gösteren en belirgin özellik, kendi eylem ve işlemlerini hukukun sınırları içerisinde tutabilmesidir. Devletin, eylem ve işlemlerini hukukun sınırları içinde tutmasını sağlayan ise, yargıdır. Bu nedenle hukuk devletinin oluşturulmasında yargının belirleyici bir rolü bulunmaktadır. İdari yargının görevi de; idarenin, eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranmasını sağlamak için yargısal denetim yapmaktır. İdarenin eylem ve işlemlerini denetleye-bilme yetkisine sahip olduğundan, idari

[844] Hamit Görür, İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları.

yargının bu görevini tam olarak yerine getirebilmesi için, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığının sağlanması gerekir.[845]

Demokratik ülkelerde idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasının gerekliliği konusunda ortak görüş olmakla birlikte, bu ihtiyacın ne şekilde karşılanacağı konusunda farklı sistemler bulunmaktadır. Bazı ülkeler yargı birliği sistemini benimserken, diğerleri de yargı ayrılığı ilkesini benimsemişlerdir. Yani idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması için mutlaka idari-adli yargı ayrımının bulunması gerekmez. Yargı birliği ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde, idarenin eylem ve işlemlerinin denetimi genel mahkemeler tarafından yerine getirilmektedir.

Ülkemizde yargı, genel olarak **adli** ve **idari yargı** olmak üzere iki ana yargı koluna ayrılır. Yani genel yargı sistemi içinde ve adli yargıdan ayrı olarak idari yargı bulunmaktadır. Yargı birliği sisteminin benimsendiği ülkelerde ayrı bir idari yargı söz konusu değildir. Genel adli yargı organlarının dışında bir idari yargının varlık nedeni, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların kendine özgü yapısı ve bunlara uygulanacak kuralların hem hukuki hem de teknik bir özelliğe sahip olması olarak açıklanabilir. İdare mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay, idari yargı sistemi içinde yer alan mahkemelerdir. İdare tarafından yapılan eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı denetimine tabidir.[846]

İdari yargı sistemimiz açısından 1982 yılında önemli gelişme olmuştur. Daha önce idari yargı organı olarak sadece Danıştay bulunmakta iken, 1982 yılından sonra İdare-Bölge İdare ve Vergi Mahkemeleri kurularak idari yargı, ilk derece Mahkemelerine kavuşmuştur. Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan 'idarenin/yürütmenin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu ve yargı denetimine tabi olduğu' yönündeki hüküm, idari yargıya işaret etmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunun 2. maddesinde, idari yargının işlevine uygun olarak idari dava türleri; iptal davaları, tam yargı ve idari sözleşmelerden doğan davalar biçiminde sayılmıştır. İdari yargıda; iptal davaları, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan yolların başında gelmektedir. Çünkü bu dava türünün amacı, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlem yapmasını önlemek, hukuka aykırı olduğu belirlenen idari eylem ve işlemleri iptal etmek suretiyle hukuk düzenini korumaktır. Tam yargı davası ise; idarenin, hukuk içinde kalmasını ve idarenin ihlal ettiği hakkın, sahibine iade edilmesini sağlayan bir davadır. Dolayısıyla idari yargı kolunda, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi esastır. İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetiminde Danıştay'ın yeri ve konumu büyük önem taşımaktadır.

a.b.b) İDARİ YARGI KOLUNDA DANIŞTAY'IN YERİ VE ÖNEMİ

Danıştay, 1868 yılında 'Şurayı Devlet' adıyla kurulmuştur. Osmanlı Devleti döneminde yargısal görevi çok sınırlı kalmış olan Danıştay'ın faaliyeti, 4 Kasım 1922 tarihinde İstanbul'daki bütün merkez kuruluşlarının TBMM Hükümetinin

[845] Prof.Dr. İl Han Özay, Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı.
[846] Hamit Görür, İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları.

idaresine geçtiği sırada sona ermiş, Cumhuriyet döneminde 669 Sayılı Kanunla Danıştay yeniden kurulup, 6 Temmuz 1927 tarihinde çalışmaya başlamıştır.

1961 Anayasası, mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığını hem yasama ve hem de yürütme organlarına karşı koruyabilmek için gerekli hükümleri içermekteydi. 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde, "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" şeklinde bir hüküm yer almış ve 1982 Anayasası ile bazı değişiklikler yapılmışsa da, bu temel ilke korunmuştur. 1982 yılında ayrıca, ilk derece idari yargı mercileri olan idare ve vergi mahkemelerinin kurulmasıyla, idari yargı teşkilatının kuruluşu tamamlanmıştır. Bugün Danıştay, bu mahkemelerin üzerinde bir temyiz mercii olarak yargısal görevine devam etmektedir.

a.b.c) DANIŞTAY'IN İŞLEVLERİ

Danıştay; Anayasayla görevlendirilmiş ve idari yargı sisteminin tepe noktasında yer alan Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme merciidir. (Danıştay Kanunu, madde:1). Anayasanın 155. maddesinde; Danıştay, idari yargının yüksek mahkemesi ve idari mahkemelerin kararlarının son inceleme mercii olduğundan söz edilmektedir.

Danıştay; İdare Mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülen davalarla ilgili kararlara karşı temyiz taleplerini inceler ve karara bağlar. Bu kanunda yazılı idari davaları ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlar. Başbakanlık veya Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarı ve teklifleri hakkında görüşünü bildirir. Tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir. Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık tarafından gönderilen işler hakkında görüşünü bildirir. (Danıştay Kanunu, Madde: 23)

Danıştay, genel olarak yargı gücünün içinde yer alan ve yürütmenin/idarenin eylem ve işlemlerini denetleyen idari yargının üst yargı organıdır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, devletin gücünü elinde bulunduran idarenin, eylem ve işlemlerinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerine herhangi bir haksız müdahalesinin olup olmadığı; yaptığı müdahalelerin hangi şartlarda hukuka uygun ve meşru, hangi durumlarda hukuk dışına çıkılmış sayılacağı sorularına doğru cevapların bulunmasını sağlamakta ve bu konuda son sözü söylemektedir. Hukuk devleti ilkesinin tam olarak yerleşmesi için, idarenin bağımsız bir yargı tarafından denetlenmesine ihtiyaç vardır.

Danıştay, Anayasanın 155. maddesine göre, idari mahkemelerce verilen (ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı) kararların son inceleme mercii ve kanunla gösterilen belli davalarda ilk ve son derece mahkemesi olarak davaları görmek ve idarî uyuşmazlıkları çözmekle yetkili kılınmıştır.

Kısacası, idarenin eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı davranması, hukuk devleti ilkesinin temel şartıdır. İdari yargı denetimi de, yürütmenin/idarenin görevlerini hukuka uygun olarak yerine getirmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla yürütmenin/ idarenin eylem ve işlemlerinde hukukun sınırları içinde kalıp kalmadığı, yetkilerini yasalarda belirtilen şekil ve esaslara uygun olarak kullanıp kullanmadığı ve nihayet hukukun ne olduğu konusunda son sözü söyleme yetkisine

sahip olan idari yargıdır. Danıştay'ın, idari yargı sistemi içinde en üst yargı mercii olması, onun önemini daha da artırmaktadır.

a.b.d) DANIŞTAY'IN İDARE İLE İLİŞKİSİ VE BAĞIMSIZLIK

Hâkimler; hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar vererek hukuki uyuşmazlıklarla ilgili son sözü söylediklerinden dolayı büyük bir sorumluluk taşımaktadırlar. Bu nedenle diğer kamu görevlilerinden farklı olarak bağımsızlık ve hâkimlik güvencesine sahiptirler. Hâkimlerin böyle bir özel statüye sahip olmalarının nedeni, onların, her türlü tehdit, baskı ve müdahalelerin dışında kalmalarını sağlamak içindir. Genel olarak yargı bağımsızlığı konusu, kitabın ilgili bölümünde geniş olarak incelenmiştir. Ancak Danıştay'ın yargısal denetim işleviyle hükümete yardımcı olma faaliyetinin birlikteliği karşısında bağımsızlık konusu nasıl bağdaştırılacak, sorusu ayrı bir önem taşımaktadır.

Danıştay Kanununun 2. maddesinde; Danıştay'ın bağımsız olduğu ve hükümetle ilgili işlerinin başbakanlık aracılığı ile yürütüleceği belirtilmektedir. (Danıştay Kanunu, madde: 2) Danıştay'ın bağımsız olması, hukuk devleti içinde yerine getirdiği çok önemli yargısal denetim görevinin bir gereğidir. Ancak Danıştay'ın başbakanlık veya bakanlar kurulunca gönderilen kanun tasarı ve teklifleri hakkında görüş bildirme, tüzük tasarılarını inceleme, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini belirtme gibi faaliyetleri nedeniyle idareyle olan ilişkilerinin yargı bağımsızlığı ile bağdaştırılması gerekir. Yani Danıştay'ın idareyle ilişkili faaliyetlerinin olması, yargısal denetim görevini yaparken onun bağımsız niteliğini etkilememelidir. Nitekim Danıştay yargısal denetim işlevini yerine getirirken, daha önce idarenin kanun tasarı ve teklifleri hakkında bildirdiği görüşün aksine bir karar verebilmektedir.

Danıştay'ın, idareye/yürütmeye inceleme ve danışma organı olarak yardımcı olma işleviyle yargısal denetim faaliyetlerinin birlikte yürümesi, yargı bağımsızlığı ilkesini olumsuz etkilemez. Uyuşmazlığı çözümleme yeri yani yargı makamı olarak Danıştay, daha önce idari dairece verilen bir olumlu görüşe rağmen o idari işlemi iptal edebilir. Yani Danıştay, danışma organı olarak daha önce bildirdiği görüşe zıt bir yargı kararını, yargılama makamı olarak verebilir. Bu da, Danıştay'ca her iki görevin birlikte yapılmasının yargı bağımsızlığını olumsuz yönde etkilemediğini göstermektedir.[847]

Danıştay'ı bağımsız olmayan bir ülkede, idarenin eylem ve işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimi yapılamaz. Devlet yönetimini elinde bulunduran siyasal iktidarın keyfi bir biçimde yönetme arzusunun olduğu bir toplumda hukuk devleti ilkesinden söz edilemez. Bu durum, bireylerin hak ve özgürlükleri için en büyük tehdittir. Çünkü yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin bir gereği olarak bireylerin hak ve özgürlüklerinin bir güvencesidir.

"Son sözü söyleyebilme güçlüğü, yargı erkini bağımsız kılmayı gerektirmiştir. Bağımsızlık, tarafsız karar verecek yargıcın haklı olanı dile getirmesi için vazgeçilmezdir. Bunun için ek koşul yargı mensuplarının güvenceli bir statüye

[847] Prof.Dr. Ender Ethem Atay, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay.

yerleştirilmesidir. Yargı erkini bağımsız kılıcı anayasal düzenlemeler, giderek somut biçimde yapılmakla birlikte, adaletin gerçekleşmesi amacında tarafsız karar süreci için asıl olan, yargı mensuplarının çok güçlü bir hukuk eğitimi almış olmaları, yani iyi yetişmeleridir." [848]

Danıştay'ın ilk kurulduğu yıllarda daha çok siyasal bir organ olan Danıştay'ın, zaman içinde özellikle günümüzde yargısal niteliği ön plana çıkmıştır. Danıştay, Anayasanın 155. maddesine göre, yürütme organına yardımcı bir inceleme ve danışma organı olmanın yanı sıra, idarenin yargı yoluyla denetlenmesinde etkin ve önemli görev yapan bir yargı kurumudur. Danıştay'ın işlevinin en önemli bölümünü oluşturan yargısal denetim, hem idarenin hukuka uygunluk denetimini, hem de normların oluşumunu sağlamaktadır.

a.c) ASKERİ CEZA YARGISI

Askeri ceza yargısı, askeri mahkemelerin askeri ceza hukuku alanındaki yargısal faaliyetlerini düzenler. Anayasanın 145. maddesine göre; askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülmektedir. (Anayasa, madde: 145) Askeri ceza yargısı da; ilk derece ve üst derece mahkemeler şeklinde iki derece halinde oluşmuştur. Askeri ceza yargısının ilk derece mahkemeleri; a) Disiplin Mahkemeleri ve b) Askeri Mahkemeler diye iki bölüme ayrılır. Askeri ceza mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii yani üst derece mahkemesi ise, Askeri Yargıtay'dır.

a.d) ASKERİ İDARİ YARGI

Askeri idari yargı, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yürütülmektedir. Anayasaya göre; "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarda yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. (Anayasa, madde: 157) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde görev yapmakta olan hâkimler arasında, hâkim sınıfından olmayan subaylar da vardır. İşte hâkim sınıfından olmayan bu subay üyelerin varlığı, mahkemelerin bağımsızlığı açısından eleştirilmekte olan bir durumdur. Bu durum, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bir yargı organı olarak bağımsızlık niteliğine çok ciddi olarak gölge düşürmektedir.

a.e) UYUŞMAZLIK YARGISI

Türkiye'de birden çok yargı kolu bulunması nedeniyle, bunlar arasında çıkması muhtemel görev ve hüküm uyuşmazlıklarının çözümü için Anayasamız, Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmasını öngörmüştür. Anayasaya göre Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir. (Anayasa, madde: 158/1) Ancak Anayasa Mahkemesiyle diğer mahkemeler arasındaki görev

[848] Prof.Dr. İbrahim Ö.Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri.

uyuşmazlıklarında Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır. (Anayasa, madde: 158/3)

a.f) HESAP YARGISI: Sayıştay

a.f.a) Sayıştay'ın İşlevleri

Hesap yargısı, devletin genel ve katma bütçeli dairelerinin bütün gelir, gider ve mallarının Sayıştay tarafından incelenmesi, denetlenmesi ve yasalara aykırı giderlerin sorumluları hakkında kesin olarak karar verilmesidir. Hesap yargısı işlevini gören Sayıştay, Anayasanın yargı bölümünde düzenlenmiştir. (Anayasa, madde:160) Bu maddede belirtildiği gibi Sayıştay'ın, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir, gider ve mallarını TBMM adına incelemek ve denetlemek şeklindeki idari nitelikli görevi yanında, bütün bu gelir ve giderlerin sorumlularının hesap ve işlemlerini kesin olarak hükme bağlamak şeklinde yargısal nitelik taşıyan görevi de vardır.

Sayıştay'ın yaptığı inceleme ve denetleme sonucunda yasalara aykırı bir işlem veya davranışı ortaya çıkan sorumlular hakkında verdiği tazmin veya beraat kararlarına karşı başvurulacak başka bir merci yoktur. Çünkü Anayasanın söz konusu maddesinde, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı açıkça belirtilmektedir. Sayıştay'ın bu tür yargısal kararları kesin hüküm niteliğinde olduğundan bu kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamaz ve bu nedenle Sayıştay bu faaliyetiyle farklı bir yargı yolunu (hesap yargısını) oluşturmaktadır.[849] Sayıştay, bu yargısal nitelik taşıyan görevi nedeniyle önemli bir Anayasal organ olduğundan, Sayıştay ile ilgili daha geniş bilgi verilmesinde yarar vardır.

Anayasa'nın 160. maddesi, Sayıştay'a iki temel görev yüklemektedir. Bu görevlerden birincisi, merkezi yönetim bütçesine dâhil olan kamu idareleri ve sosyal güvenlik kurumlarının gelir, gider ve mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına **denetlemek**, ikincisi ise, sorumluların yasal mevzuata uygun olmayan ve kamu zararına yol açan hesap ve işlemlerini **kesin olarak hükme bağlamaktır**. Sayıştay Kanununun 3. maddesine göre; Sayıştay, bu kanun ve diğer kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve kesin hükme bağlama işlerini yaparken kurumsal ve işlevsel **bağımsızlığa** sahip olan bir kurumdur.

a.f.b) Sayıştay'ın Niteliği

Sayıştay'ın, yerine getirdiği görevler itibariyle bir yüksek mahkeme niteliğinde olup olmadığı tartışılmıştır. Bu tartışmaya ışık tutacak belge, Sayıştay Kanunu gerekçesidir. Kanunun gerekçesinde; 'Sayıştay'ın, genel ve katma bütçeli dairelerle, sermayesinin yarısı veya fazlası bu dairelerce verilerek kurulan sabit veya döner sermayeli ya da fon şeklindeki dairelerin gelir, gider ve mallarını TBMM adına **denetlemek**, sorumluların hesap ve işlemlerini **kesin hükme bağlamak** ve kanunlarla verilen belli işleri yapmakla görevli bir hesap mahkemesi olduğu vurgulanmıştır. Kuruluşu yüksek mahkemelerin kuruluşuna benzediği gibi, bazı hesap konularında kesin hüküm verdiği için gerekçede yüksek mahkeme olarak kabul edilmiştir. Ancak Türk Milleti adına yargılama ve hüküm verme yetkisinin ancak bağımsız mahkemelerce kullanılabileceği dikkate alınarak, kanun tasarısı

[849] Prof.Dr. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku.

metnindeki 'Sayıştay'ın ilk ve son derece hesap mahkemesi' olduğu şeklindeki kısım metinden çıkarılmıştır.[850] Bu yüzden Sayıştay, Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında sayılmamış, ancak yerine getirdiği hizmetin niteliği ve çalışma usulünün yakınlığı nedeniyle 'Yargı' bölümünde 'Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yanında yer almıştır.[851]

Sayıştay'ın, bağımsız bir organ olması, kanunda belirtilen kurumların hesap ve işlemlerini kesin olarak hükme bağlaması, bu hükme karşı ilgililerce sadece karar düzeltme isteminde bulunabilmesi ve idari yargı yolunun kapalı olması, onun bir hesap mahkemesi niteliğinde olduğunu göstermektedir. Nitekim Sayıştay Kanununun 'Tanımlar' başlığını taşıyan 2. maddesinde; **hesap yargılaması** kavramının, kanunlarla belirlenen sorumluların hesap ve işlemlerinin mevzuata uygun olup olmadığının **yargılama** yoluyla **kesin hükme** bağlanmasını ve bununla ilgili **kanun yollarını** ifade ettiği belirtilmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, yeni bir kararında; 'Sayıştay'ın bir yargı organı olarak kabul edilmesi gerektiğini' vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi kararına gerekçe olarak; 'Sayıştay'ın, öncelikle Anayasanın 'Yargı' başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiş olduğunu, görevleri sayılırken 'sorumluların hesap ve işlemlerini **kesin hükme bağlamak**tan' söz edildiğini, günümüzde genel kabul gören biçimsel ölçüte göre **yargısal faaliyet** kavramının, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının belirli yargılama usulleri uygulanarak çözümlenmesi ve **kesin hükme** bağlanması olarak tanımlandığını, bu tanıma göre yargısal faaliyetin en önemli unsurunun, bir hukuki uyuşmazlığın esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşıması olduğunu' göstermiştir.[852]

Kanunun 'Sayıştay'ın bağımsızlığı' başlığını taşıyan 3. maddesinde; Sayıştay'ın, Anayasal konumuna da uygun olarak Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamayı içeren 'Lima Deklarasyonu' ve 'INTOSAI Denetim Standartlarında' belirtildiği gibi işlevsel ve kurumsal bağımsızlığı açık bir şekilde vurgulanmıştır. Bağımsızlık, Sayıştay'ın bir **yüksek denetim** ve **yargı kurumu** olarak varlığının ve tarafsız hizmetler sunabilmesinin ön şartıdır. Sayıştay, uluslararası mali denetim ilkeleriyle de uyumludur. Sayıştay tarafından yapılacak dene-timlerin genel kabul görmüş uluslararası denetim standartlarına uyumlu olarak yapılabilmesi için kanunda denetimin temel ilkelerine yer verilmiş ve bu ilkelerin tespit edilmesinde, Sayıştay için en temel belge niteliğinde olan başta Lima Deklarasyonu olmak üzere, INTOSAI Denetim Standartları ve INTOSAI Denetim Standartlarına İlişkin Avrupa Uygulama Rehberlerinden yararlanılmıştır.[853]

Kamu idarelerini, sosyal güvenlik kurumlarının gelir giderlerini denetlemekle görevli Sayıştay'ın, bu işlevlerini etkin olarak yerine getirdiği söylenebilir mi? Son yıllarda Sayıştay konusunda yaşanan-lar, bu kurumun etkin denetim yapmasını

---

[850] Sayıştay Başkanlığı Web Sitesi, Sayıştay Kanunu Gerekçesi.
[851] S.Emre Akdağ, Sayıştay'ın Anayasal Kimliği.
[852] Anayasa Mahkemesi, Esas: 2012/102, Karar: 2012/207, Tarih: 27.12.2012 Sayılı Kararı; http://anayasayadair.net.
[853] Sayıştay Başkanlığı Web Sitesi, Sayıştay Temel Değerler.

engellendiğini göstermektedir. Son yıllarda ülkemizin gündemini işgal eden konulardan birisi olan yolsuzluklar, toplumsal kaynakların israfına ve refah kaybına neden olmasının yanı sıra, toplumsal değerleri de aşındırmaktadır. Bugün yolsuzlukların bulaşmadığı kurum ve kuruluş yok denecek kadar azdır. Halkın devlet kurumlarına karşı güveni azalmakta, bir güvensizlik ortamı oluşmakta, yolsuzluklar adeta doğal bir olay haline gelmektedir. İşin ilginç yanı, yolsuzluklara bulaşmış olan yöneticiler, en çok etkin bir denetim mekanizmasından çekinmekte, ellerinden geldiği kadar bu denetim yollarını tıkamaya etkisizleştirmeye çalışmaktadırlar.

Yolsuzluklarla en etkili biçimde mücadele edilmesi, diğer şartların yanında iç kontrol ve denetim mekanizmalarının etkin çalışmasına bağlıdır. Bilindiği gibi denetim; gerçekleşmiş sonuçları, önceden belirlenen amaçlar, kriterler ve standartlara göre tarafsız olarak ölçmek suretiyle delillere dayanarak değerlendirmek, elde edilen sonuçları ilgililere duyurmak için uygulanan sistemli ve planlı bir süreçtir.[854]

Devlet kurumlarını yöneten insanların hesap verme sorumluluğu vardır. Genel olarak hesap verme sorumluluğunun önünü tıkayan girişimler, daha çok iç kontrol ve denetim mekanizmalarının zaafa uğratılmasına yönelik olmaktadır. Yaptıkları yolsuzlukların hesabını vermekten kaçınan yöneticiler, iç kontrol ve denetim organlarının etkin olmasını istemezler.

Denetimden arzu edilen sonuçların elde edilebilmesi için, denetim organı mensuplarının bağımsızlığı sağlanmalıdır. Bağımsızlık, denetimin en önemli niteliğidir. Uluslararası denetim standartlarında belirtilen bağımsızlık ilkesine ülkemizde gereği gibi uyulmamaktadır. Bunun en açık göstergesi, bazı kamu görevlilerinin denetimden kaçınmaya, denetim sonuçlarını örtbas etmeye, değiştirmeye veya denetimi etkisizleştirmeye çalışmasıdır.

Sonuç olarak, ülkemizde Sayıştay denetimi, denetim sürecinin yavaş işlemesi nedeniyle etkin olmaktan uzaktır. Yargılamanın çok geç sonuçlanması ve yargı kararlarının etkin bir şekilde yerine getirilmemesi önemli bir sorun oluşturmaktadır. Örneğin 1995 yılından itibaren reddedilmekte olan Hazine hesaplarının düzeltilmesi sağlanamamıştır. 1995 yılı hesaplarına ilişkin çıkan tazmin kararları 2001 yılında kesinleşmiş olduğu halde halen hiçbir tahsilât yapılmamıştır.[855] Sayıştay'ın yargı kararlarının gecikmeden zamanında çıkması, karar çıktıktan sonra da uygulanması sağlanmalı, ayrıca Meclise yazılan raporların görüşülmesi ve Meclis kararına dönüşmesi için yasal usuller etkin bir şekilde uygulanmalıdır.

a.g) SEÇİM YARGISI: Yüksek Seçim Kurulu

Türkiye'de, seçimlere ilişkin şikâyet ve itirazları karara bağlamakla görevli il ve ilçe seçim kurulları ve bu kurulların kararlarını kesin olarak incelemekle görevli Yüksek Seçim Kurulu'nun oluşturduğu bir seçim yargısının da var olduğu söylenebilir. YSK, idari yönü olmakla birlikte, seçimlerle ilgili yargısal işlev gören bir kurumdur.

---

[854] Necip Polat, Saydamlık, Hesap Verme Sorumluluğu Ve Denetimin Etkinliği.
[855] Necip Polat, Saydamlık, Hesap Verme Sorumluluğu Ve Denetimin Etkinliği.

Yüksek Seçim Kurulu'nun yargısal bir kurum olduğunu gösteren işlevlerine rağmen, Anayasada bu konuda açık bir hüküm yer almaması, YSK'nın niteliği ile ilgili tartışmalara neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin YSK ile ilgili olarak farklı zamanlarda dar ve geniş yoruma bağlı olarak birbiriyle çelişen kararlar vermesi, tartışmaları daha da artırmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bir organın 'mahkeme' olarak nitelendirilebilmesi için; *Yasayla kurulmuş olma, *bağımsızlık, *tarafsızlık ve *yargılama usulü (hâkim) güvencesine sahip olma gibi ölçütleri kabul etmektedir. Anayasa Mahkememiz de, 'mahkeme' kavramını geniş yorumladığı bir kararında "Bir davaya bakmakta olan, hâkim özelliğindeki kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip olan ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların esasını çözümleyen mercii" şeklinde tanımlamıştır. (AMK, T. 30.05.1967, E. 1967/ 15, K. 1967/15) Ancak Türkiye'de uygulamada 'mahkeme' kavramı dar yorumlandığından, yargılama işlevi de yerine getirmesine rağmen YSK gibi bazı kurumlar, mahkeme ve yargı kavramı dışında görülmektedir.[856] Ancak 'mahkeme' kavramı geniş yorumlandığında YSK'nın, yargısal görev yaptığı da kabul edilecektir. Kaldı ki, Anayasanın 79. maddesinde yer alan "YSK'nın kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz" şeklindeki hüküm, bu yargısal işlevi güçlendirmektedir. Bu nedenle Yüksek Seçim Kurulu'nun seçimlerle ilgili nihai kararlar vererek yürüttüğü seçim yargısını, yargının kollarından biri olarak görüyoruz.

a.h) ANAYASA YARGISI

Anayasa yargısı, kısaca kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi anlamına gelir. Türkiye'de anayasa yargısının tek organı, bir yüksek mahkeme olan Anayasa Mahkemesidir. Anayasa yargısı kavramı, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi işi ve Yüce Divan sıfatıyla bakılan işlerin tamamını kapsamaktadır. Özel yargılama usulüne tabi olan Anayasa Mahkemesi'nin temel görevi, kanunların Anayasa'ya aykırılığı iddiasını inceleyip nihai olarak karar vermektir. Anayasa Mahkemesi, hukuk sistemi içinde çok önemli işlevler yerine getirdiği için Anayasa Mahkemesi hakkında daha geniş açıklamalar yapılmasını yararlı görüyoruz.

a.h.a) ANAYASA YARGISININ TÜRLERİ

Türkiye'de anayasa mahkemesi ve anayasa yargısından söz ederken dünyada uygulanan anayasa yargısı türlerine değinilmesinde yarar bulunmaktadır. Bugün demokratik ülkelerde, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen başlıca iki türlü anayasa yargısı sisteminin bulunduğunu söyleyebiliriz. Yaygın anayasa yargısı denetim sistemi (Amerikan Modeli) ve özel anayasa yargısı denetim sistemi (Avrupa Modeli). Bu iki model arasında yer alan karma modelleri benimseyen ülkeler de bulunmaktadır.

a.h.a.a) Anayasa Yargısında Yaygın Denetim Sistemi (Amerikan Modeli)

[856] Yrd. Doç. Dr. Gürbüz Özdemir, Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği.

Amerikan modeli olarak da tanımlanan bu modelde; herhangi bir mahkeme, önüne bir dava geldiğinde dava konusu somut olaya uygulayacağı kanunun öncelikle anayasaya uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Bu sistem, kanunların anayasaya uygunluk denetimi yetkisini anayasa mahkemesi gibi özel bir organa değil de bütün mahkeme ve hâkimlere vermiş olduğundan bu modele yaygın denetim sistemi adı verilmiştir. Amerikan modeli, ABD başta olmak üzere, Kanada, Arjantin, Avustralya, Japonya ve Hindistan gibi ülkelerde uygulanmaktadır.[857]

Bu yaygın denetim sisteminin temel özelliği, bütün mahkeme ve hâkimlerin görevlerinin kanunları sadece uygulamak değil, bundan da önemli olarak aynı zamanda somut olaya uygulayacağı kanunun bir üst norm olan anayasaya uygunluğunu denetlemek olmasıdır. Bu modelde mahkeme, görmekte olduğu davada uygulayacağı kanunun anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, bu somut olayda söz konusu kanunu iptal etmez ama ihmal eder/görmezden gelir. Bu nedenle mahkemenin verdiği karar, sadece o davanın tarafları arasında bağlayıcıdır.

a.h.a.b) Anayasa Yargısında Özel Denetim Sistemi (Avrupa Modeli)

Kanunların anayasaya uygunluk denetimi konusunda ikinci model Avrupa modelidir. Avrupa modelinde, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi yetkisi, genel mahkeme ve hâkimlere değil, bu konuda uzmanlaşmış özel bir yüksek yargı organına tanınmıştır. Bu organ da anayasa mahkemesidir.[858] (Araş. Gör. Ümit Güveyi, Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi)

Genel olarak bütün kişi ve kurumları bağlayıcı kararlar verme yetkisine sahip, uzmanlaşmış yüksek yargı organı olan anayasa mahkemesiyle gerçekleştirilen bu yargısal denetimin, daha etkili bir model olduğu söylenebilir. Özel ve merkezi tipte anayasa yargısı modeli bugün Avrupa düzeyinde oldukça yaygın olarak uygulanmaktadır. Türkiye, 1961 anayasasından itibaren bu modeli benimsemiştir.

a.h.b) ANAYASA MAHKEMESİ'NE DUYULAN İHTİYAÇ

Hukuk devleti, hukuk kurallarının onu koyanlar da dâhil olmak üzere her birey ve kuruluşu bağlamasını ifade etmektedir.[859] Dolayısıyla hukuk devleti kavramının özünü, devlet organlarının hukuka bağlılığı, yani yönetimin eylem ve işlemlerini hukukun içinde kalarak yerine getirmesi oluşturmaktadır. Bunu sağlamanın en etkin yöntemi de yargısal denetimdir.[860] Bizim anayasamıza göre, yasama organının çıkardığı kanunları denetleme görevi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

Çoğunlukçu demokratik anlayışa dayanan siyasi iktidarların, kanunlar yapma konusunda ortaya çıkması muhtemel taşkınlıklarını sınırlayabilecek mekanizma, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimidir. Bunun yanı sıra halk, ülkeyi yönetecek temsilcilerini seçimle işbaşına getirmekte ancak bir sonraki seçimlere

---

[857] Araş. Gör. Ümit Güveyi, Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi.

[858] Araş. Gör. Ümit Güveyi, Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi.

[859] Prof. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku; aktaran: Prof.Dr. Ramazan Çağlayan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında
Hukuk Devleti Kavramı.

[860] Prof.Dr. İlhan Özay, Günışığında Yönetim.

kadar siyasi temsilcilerin yasama çalışmalarını denetleyebilme imkânı bulunmamaktadır. İşte anayasa yargısı, iki seçim arası dönemde halk adına bu denetimi yapmakta-dırlar. Bu nedenle otoriter, hak ve özgürlüklere mesafeli duran rejimler, hangi ideolojik yelpazede yer alırsa alsınlar, anayasaya uygunluk denetimi sistemini pek sevmezler.[861]

Anayasa yargısının ortaya çıkışının en önemli nedeni, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek ve onu güvence altına almaktır. O halde hukuk devleti, temel hak ve hürriyetler ve yargısal denetim birbirleriyle sıkı ilişki içinde olan kavramlardır. Bu üç kavramın birbiriyle sıkı ilişki içinde olması, bu kavramlardan birisi tanımlanırken diğerlerinin de zorunlu olarak bu tanımın içinde yer alması anlamına gelir. Hukuk devleti olmadan hak ve hürriyetlerden söz etmek mümkün olmadığı gibi, hak ve hürriyetlerin olmadığı yerde de hukuk devletinden söz edilemez. Devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması da hukuk devletinin unsurları arasında sayılmıştır.

Anayasa mahkemesi, değişik kararlarında hukuk devletini tanımlamış, bu tanımda devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmasını bir unsur olarak saymıştır. Bazı kararlarında da, yargı denetiminin, hukuk devleti ilkesiyle ilgili olan bütün unsurların da güvencesini oluşturduğu görüşünü vurgulamıştır. (AMK. E.1976/1, K.1976/28, T.25.05.1976).[862] Yani hukuk devletinin bütün unsurlarıyla birlikte varlığı, yargı denetimine bağlıdır. Başka bir deyişle temel insan hak ve özgür-lüklerinin güvencesi hukuk devleti, hukuk devletinin güvencesi ise, sağlıklı bir yargısal denetimdir.

Hukuk devleti, bireylere hukuk güvenliği sağlayan devlet demek olduğuna göre, bunun pratik hayatta nasıl gerçekleştirileceği önemlidir. Hukuk devletinin varlığı için bazı şartların ve birbiriyle ilişkili kurum ve unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Şöyle ki;

*Birinci olarak temel hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının en başta gelen yöntemi; bu hakların, değiştirilmesi zor hukuki metinler olan anayasalarda düzenlenmesidir. Buna bağlı olarak hak ve özgürlüklerin, anayasada belirlenen ilkeler doğrultusunda ve onların özüne dokunmaksızın sadece yasayla sınırlandırılması da bir başka yöntemdir.

*Hakların anayasada yer alması tek başına yeterli olmaz. Söz konusu hak ve özgürlüklerin korunması için anayasa yargısına da ihtiyaç duyulabilir. Yani yasaların anayasaya uygunluğunun sağlanması gerekir. Çünkü yasama organında çoğunluğa sahip bir siyasi iktidar, öyle yasalar çıkarabilir ki, anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler anlamsız kalabilir.

Bilindiği gibi klasik demokrasi anlayışı, kanun yapma yetkisini yasama organının tekeline vermiş ve yasama organının kanun yapma faaliyetine yönelik her türlü dış müdahaleyi reddetmiştir. Ancak günümüzde yasa yapma yetkisi klasik anlamından uzaklaşmıştır. Bunun temel nedeni, Prof. Kaboğlu'na göre; yasama ve

---

[861] Prof.Dr. İbrahim Ö.Kaboğlu, Anayasa Yargısı.

[862] Prof.Dr. Ramazan Çağlayan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti Kavramı.

yürütme erkeleri arasında var olan yarışmacı bir ilişkinin sonucu parlamenter sistemin gerilemesi ve yürütmenin güçlenmesidir.[863] Bu nedenle, yasama organında oy çoğunluğuna sahip bulunan yürütme erki, yasama organının tüm denetim mekanizmalarını çoğu zaman etkisiz hale getirip devre dışı bırakarak istediği kanunları kendi gücüyle çıkarabilmektedir. Yasama organında yer alan diğer siyasi grupların oylarına ihtiyaç duymayan güçlü yürütme erki, tek başına yasama erkini de kontrol altında tutmaktadır. Bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmakta ve yürütmenin yasama organının yetki alanına tecavüzü olarak nitelendirilmektedir.[864] Bu nedenle kanunların anayasaya uygun olup olmadığı sorunu gündeme gelmekte, bunun için de yasama organının denetlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır. İşte bir hukuk devletinde bunu yapacak organ anayasa mahkemesidir.

*****Hak ve özgürlüklerin anayasada yer aldığını, anayasal yargı işlevini yürüten anayasa mahkemesinin de bulunduğunu var sayalım. Ancak bu iki unsuru tamamlayan bir başka ilkeye ihtiyaç vardır ki, bu da **yargı bağımsızlığıd**ır. Yasama ve yürütmeyi denetleyen yargı organlarının, içten ve dıştan gelebilecek baskı ve etkilere karşı bağımsız olmaları gerekir ki, denetim sağlıklı yapılabilsin. Bu ilkeyi tamamlayan unsur da **hâkimlik güvencesi**dir. Hâkimlerin mesleğe alınmaları, atanmaları, yükselmeleri ve diğer özlük işleri de güvence içinde olması gerekir.[865]

Demek ki, bir hukuk devletinin varlığı için öncelikle hak ve özgürlüklerin tam olarak yer aldığı bir anayasaya, sonra da yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir mekanizmaya, bu denetimin sağlıklı olabilmesi için yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi birbiriyle bağlantılı ilke ve kurumlara ihtiyaç bulunmaktadır.

a.h.c) ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU SORUNU VE YARGISAL AKTİVİZM

Anayasa yargısının benimsendiği bütün demokratik ülkelerde, halkın seçtiği temsilcilerden oluşan parlamentonun üzerinde, belirli sayıdaki hâkimlerden oluşan anayasa mahkemesinin yaptığı denetimin, yani anayasa yargısının demokratik siyasal sistem açısından meşruiyeti tartışma konusu olmuştur. Anayasa yargısının meşruiyetini tartışanlar, görüşlerine dayanak olarak; kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince üç erkten hiçbirinin diğerinin etkinliğine karışamayacağı, demokrasinin; halkın seçtiği temsilciler eliyle devletin yönetilmesi olduğu, halk tarafından seçilmeyen hâkimlerin, yasama organının yaptığı işlemleri iptal etmesinin demokratik ilkelerle bağdaşmayacağı gibi gerekçeleri göstermektedirler.

---

[863] Prof.Dr. İbrahim Ö.Kaboğlu, Anayasa Yargısı.
[864] Araş. Gör. Ümit Güveyi, Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi.
[865] Prof. Dr. Ramazan Çalışkan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti Kavramı.

Bu eleştirilerin, 'anayasa yargısı' ve 'demokrasi' kavramlarının birbirine karşıt olduğu varsayımına dayandığı anlaşılmaktadır. Hâlbuki bu kavramlar birbirine karşıt olmayıp aksine anayasa yargısı, demokrasinin gelişmesinin bir sonucudur. Yasama, yürütme ve yargı, kendi başına buyruk unsurlar değil, devlet denilen yapının farklı unsurları olarak ele alınmalıdır. Bugün kuvvetler ayrılığı ilkesi, devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden ayrılması ve birbirini denetlemesi suretiyle, devlet iktidarının tek bir elde toplanmasını ve bu yüzden yönetimde çıkması muhtemel aşırılıkları önlemeye ve ortaya çıkmış aşırılıkları da düzeltmeye hizmet eden bir sistemdir.[866]

Demokrasi, sadece bir çoğunluk egemenliği değil, halkın kendi kendini yönettiği bir sistem olarak tanımlandığında, bu sistemin düzenli işlemesi, halkın iradesinin serbestçe oluşmasını gerekli kılar. Bugünün azınlığının yarının çoğunluğu durumuna gelebilmesi, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yarışabilmesine bağlıdır.[867]

Demokrasi, iktidarın sadece demokratik yöntemlerle el değiştirmesi değil, iktidarın anayasaya uygun kullanılması demektir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gelişmesini sağlayan her sistem, demokrasinin de gelişmesine uygundur.[868] Demokrasinin gelişmesi, hukuk devleti ilkesi ve hak ve özgürlüklerin korunmasıyla doğrudan ilişkilidir. Yani demokrasi ve hukuk devleti kavramları birbirleriyle adeta iç içe girmiştir.

19. yüzyılda geçerli olan 'yasamanın mutlak egemenliğe sahip olduğu' düşüncesi, günümüzde artık anlamını yitirmiştir. Bugün siyasal sistem, parlamento çoğunluğunun egemenliğine değil, millet egemenliğine dayalıdır.[869]

Anayasa yargısına, demokratik meşruiyet gerekçesiyle karşı çıkanların en çok üzerinde durdukları konu, anayasa mahkemesi üyelerinin halk tarafından seçilmemesidir. Sorun sadece bu ise, bu durumda sadece anayasa mahkemesi üyelerinin değil, aynı zamanda genel mahkemelerde görev yapan bütün hâkimlerin meşruiyetini tartışmaya açmak gerekir ki, böyle bir anlayış bizi çok tuhaf sonuçlara götürür.

a.h.c.a) Anayasa Mahkemesi Bir Araçtır

Kanunların, anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin meşruiyeti konusunda sorunlar var mıdır, varsa nelerdir? Bu soruya cevap vermeden önce temel ahlaki değerin 'insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve adaletin sağlanması' olduğunu hatırlamakta yarar vardır. Hukuk devleti ilkesi ve anayasa mahkemesi bu amaca ulaşmak için kullanılan sistem araçlarından biridir. Araçlar, asıl amaca en iyi hizmeti yaptığı ölçüde değerlidir. Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, her alanda adaletli bir düzeni kurup bunu geliştiren devlet olduğuna göre, söz konusu olan devlet, herhangi bir devlet değildir. Anayasa mahkemesi de kanunların anayasaya ve hukuka

[866] Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı.
[867] Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı.
[868] Prof.Dr. Erdoğan Teziç, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi.
[869] Prof.Dr. İl Han Özay, Anayasa Mahkemelerinin Meşruiyeti.

uygunluğunu denetlediği ve bu işlevi yerine getirdiği ölçüde kabul edilebilir ve değerlidir. Araçlar, kendi başına kutsal değildir. Temel ahlaki değer ve amaç, insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve adaletin sağlanması olduğuna göre, bu amaca en iyi hizmet edecek sistem ve aracı bulmak da erdemli bir tutumdur. Konuya bu temel noktadan bakılmasında yarar bulunmaktadır.

Anayasa yargısı ve bunun organı olan anayasa mahkemesinin; hukuk devleti ilkesinin ve temel insan haklarının güvencesi olduğu genel kabul görmüş bir anlayıştır. Hukukçular arasında büyük çoğunlukla savunulan görüşe göre anayasa yargısı, yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargı organları tarafından denetlenmesinin meşru olduğu görüşü şu gerekçelere dayandırılmaktadır:

Bilindiği gibi normlar hiyerarşisi ilkesine göre anayasalar, kanunlara göre daha üst konumdadır. Dolayısıyla yasama organı, kanun yapma işlevini yerine getirirken anayasaya uygun davranmalıdır. Eğer yasama organı anayasaya aykırı kanunlar yaparsa, bu durumda anayasanın kanunlara göre üstün olduğu düşüncesinin ve bunun teknik ifadesi olan normlar hiyerarşisinin hiçbir anlamının kalmayacağı açıktır. O halde, anayasaya aykırı olan kanunların iptali gerekir ki, bu işi anayasa mahkemeleri ya da genel yargı organları yapmaktadır. Bu nedenle kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yani anayasa yargısı meşrudur.

Buna karşılık bazı düşünürler ise, anayasa yargısının meşru olduğu görüşüne doğrudan karşı çıkmakta ya da en azından itiyatlı yaklaşmaktadırlar. Prof. Gözler, anayasa yargısının kesin olarak meşru olmadığını ileri sürmektedir. O, anayasa ile kanunlar arasında bir hiyerarşik düzenin var olduğunu ve kanunların anayasaya aykırı olmaması gerektiğini bir ilke olarak ortaya koyduktan sonra, anayasa yargısının meşruluğu sorununun, bu ilkenin nasıl ve kim tarafından korunacağı sorunu, yani bir kanunun anayasaya aykırı olduğuna **kimin karar vereceği** sorunu olduğunu belirtir.

Ona göre, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda anayasa mahkemesinin verdiği karar, hukuki ve bilimsel değil siyasi bir karardır. Kural olarak yasama organı yanlış kanun yapabilir, anayasa mahkemesi de yanlış karar verebilir. Yani yasama organı da, Anayasa Mahkemesi de yanılabilir. Yasama organı yanlış kanun yaptığında bir sonraki seçimlerde halk tarafından cezalandırılır. Böylece yanlış kanun yapma faaliyetinin yaptırımı da uygulanmış olur. Ancak anayasa mahkemesi yanlış karar verdiğinde bu yanlışın halk tarafından verilebilecek bir yaptırımı yoktur. Çünkü anayasa mahkemesi üyeleri halk tarafından seçilmez.[870]

Prof. Gözler'in, yanlış kanun yapan yasama organı (siyasi iktidar) için öngördüğü seçim yaptırımının etkinliği tartışmaya açıktır. Çünkü bir seçimden diğer seçime kadar uzun bir süre geçmektedir. Örneğin seçimlerden hemen sonra yanlış, adaletsiz ve insan haklarına aykırı kanunlar çıkaran yasama organı, ancak dört yıl sonra halkın seçim yaptırımıyla karşılaşması söz konusu olabilecektir. Bu süre içinde ülke yanlış kanunlarla yönetilmeye devam edilecektir.

Prof. Gözler, hukukta yorumun kaçınılmaz olduğunu, anayasa mahkemesi üyelerinin de anayasayı kendi fikir, inanç ve ideolojilerine göre yorumladığını,

[870] Prof.Dr. Kemal Gözler, Anayasal Yargının Meşruiyet Sorunları.

bunun ise bilimsel ve hukuki olmaktan uzak olduğunu iddia etmektedir. Ona göre, anayasa mahkemesi bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığına karar verirken, uygulanacak olan normun içinde yer aldığı metni zorunlu olarak yorumlar. Yorum ise, yorumcunun kendisine bağlıdır. Anayasa mahkemesi üyeleri de anayasayı kendi görüş, istek, inanç ve ideolojileri doğrultusunda yorumlamaktadırlar. Dolayısıyla anayasa mahkemesi üyeleri tarafından yapılan yorum; hukuki, yargısal ve bilimsel değil, tamamen siyasi bir faaliyettir. Bir demokraside ise siyasi kararlar, hâkimler tarafından değil, seçimle işbaşına gelen halkın temsilcileri tarafından alınır. Dolayısıyla, hâkimlerin siyasi kararlar alması anlamına gelen anayasa yargısı meşru değildir.[871] Eğer Prof. Gözler'in gerekçesi doğru kabul edilirse, genel mahkemelerin hâkimleri de seçimle işbaşına gelmediğine ve kararlarını verirken **yorum** yöntemine başvurduklarına göre, onların da verdikleri kararların hukuki değil, siyasi nitelikli ve meşruiyetten yoksun mu olduğu, sorusu akla gelmektedir. Bir kararın meşru olabilmesi için, o kararı verenin halk tarafından seçilmiş olması belki gerekli ama yeterli değildir. Aksi halde halkın seçimini kutsallaştıran ve abartan bir anlayışa saplanırız. Halkın iradesine dayalı olarak seçilen yöneticilerin her zaman doğru yaptığı söylenemez.

Meşruiyet; seçimin, gerçekten demokratik olmasına, halkın iradesini yansıtmasına, bu da seçim ve siyasi partiler yasasının demokratik nitelikler taşımasına bağlıdır. Ayrıca gerçekten halkın iradesiyle seçilen kişilerin, halkın iradesine uygun işler yapmaları gerekir. Yani seçimle başlayan meşruiyetin seçimden sonraki dönemde de devam etmesi gerekir. Diğer yandan kitabın 'meşruiyet' konusunun incelendiği bölümünde ayrıntılı olarak belirtildiği gibi halkın oyları ile seçildiği söylenen yasama meclisi üyeleri, ne ölçüde milletin vekili olduğu konusu tartışmalıdır. Bugün parti içi demokrasinin işlemediği, milletvekili adaylarının tamamının parti genel başkanları tarafından belirlendiği, çok yüksek seçim barajlarının bulunduğu ve dolayısıyla parlamenter demokrasinin tam olarak işlemediği bir ortamda sırf halkın oylarıyla seçilmiş olmayı mutlak anlamda meşruiyet kaynağı olarak görmek isabetli değildir. Anayasa mahkemesi üyelerinin, mutlaka ve her zaman siyasi nitelikli karar verdikleri, hiçbir zaman hukuki ve yargısal karar vermedikleri yönünde bir genelleme yapmak da doğru değildir.

Anayasa mahkemesinin bulunmadığı ya da kanunların genel mahkemelerce denetlenmediği bir hukuk sisteminde, yasama organının kanun yapma faaliyetinin nasıl denetleneceği konusu önemli bir sorundur. Hiçbir denetim mekanizması olmaması halinde yasama organı insan haklarına aykırı kanunlar çıkardığında bu nasıl engellenecektir? Prof. Gözler, yasama organı yanlış kanun yaptığında bir sonraki seçimlerde halk tarafından cezalandırılacağı, böylece yanlış kanun yapma faaliyetinin yaptırımı da uygulanmış olacağını ifade etmekteyse de, bir seçimden diğer seçime kadar uzun bir süre geçmektedir. Bu tür bir denetimin etkinliği tartışmalıdır.

Diğer yandan bugün yürütmenin her türlü işlem ve eyleminin, ilkesel olarak yargı denetimine tabi olması gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Tartışma, halkın oylarıyla seçilen yasama organı üyelerinin yaptıkları kanunların bir

[871] Prof.Dr. Kemal Gözler, Anayasal Yargının Meşruiyet Sorunları.

yargı organı tarafından denetlenmesinde, yani yasama ile yargılama yetkileri arasındaki ilişkide ortaya çıkmaktadır. Yasama organı yanlış kanun çıkardığında bir sonraki seçimlerde halk tarafından oy verilmeyerek cezalandırılacağı, dolayısıyla yargısal denetime gerek olmadığı düşüncesi doğru kabul edildiğinde, yasama faaliyeti için öngörülen bu uygulamanın yürütme erki için de gündeme gelebileceğini belirtmek gerekir. Çünkü yürütme erkinin üyeleri de halkın oylarıyla seçilmektedir. Böyle olunca 'yürütmenin yaptığı işlemler de idari yargı denetimine tabi olmasın, seçimlerde halk, icraatlarını beğenmediği yürütme organı üyelerini seçmeyerek cezalandırır' diyebilir miyiz?

a.h.c.b) Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi Biçimleri

Bugün hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde, kanunların anayasaya uygunluğunun, yargı yoluyla denetlenmesi, genel kabul gören bir yöntemdir. Anayasa yargısı olarak ifade edilen bu denetim, denetimi yapacak olan yargı organının genel ya da özel oluşuna göre Amerikan modeli ve Avrupa modeli şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Ancak her iki yöntemin amacının da, yasamanın kanun yapma faaliyetini denetlemek olduğu açıktır. Amerikan modelinde, anayasaya aykırı olan kanunların geçerliliğini yitirdiği kabul edilmekte, Avrupa modelinde ise, hukuk kurallarının, hukuk düzeninde normlar hiyerarşisine göre en üst noktada yer alan anayasaya aykırı düşmelerinin engellenmesi, her bir normun hukuki geçerliliği bakımından zorunlu görülmektedir. Bu iki modelden anlaşılacağı üzere; kanunların yargısal denetim işlevi, genel yargı organlarına verilebileceği gibi, anayasa mahkemesi gibi özel bir yargı organına verilmesi de mümkündür.

Kanunların, anayasa mahkemesince yapılan denetimi; ya önleyici norm denetimi (yani henüz yasa yayımlanmadan önce yapılan anayasaya uygunluk denetimi) ya da düzeltici norm denetimi (yani yasa yayımlanıp yürürlüğe girdikten sonra, başvuru üzerine yapılan denetim) biçiminde düzenlenebilmektedir.[872]

a.h.c.c) Anayasa Mahkemesi -Yasama Organı Çatışması ve Yargısal Aktivizm

Anayasa yargısının, demokratik hukuk devleti olan ülkelerde siyasi iktidarların, kanunlar yapma konusunda muhtemel taşkınlıklarını sınırlayabilecek bir hukuki mekanizma olduğu genel olarak kabul edilen bir görüş olmakla birlikte, kanunların anayasaya uygunluk denetimini yapan Anayasa Mahkemesi ve onun verdiği kararlar ülkemizde zaman zaman tartışılmaktadır.

Anayasa mahkemesinin önüne gelen birçok dava konusunun, aynı zamanda siyasi niteliği, bu mahkemelerle yasama organı arasında bazen çatışmalar ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle yargısal aktivizm ve yargının kendi kendini sınırlandırması anayasa yargısını benimsemiş olan ülkelerde gündeme gelen

---

[872] Prof.Dr. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi; Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa
Yargısı)

kavramlardır.[873] O halde yargısal aktivizm kavramı ne anlama gelmektedir? Lino Graglia, yargısal aktivizmi şöyle tanımlamaktadır:

"Yargısal aktivizm, diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların (yasama ve yürütmenin) yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasi tercihlerine hâkimlerin müsaade etmemesidir. Mahkeme veya Anayasa mahkemesi, Anayasa'nın açıkça sınırlarının dışına çıkıp diğer devlet organlarının işlemlerini yasakladığında 'yargısal aktivizm' sergilemiş olur. O halde yargısal aktivizm, yargısal denetimle eş anlamlı olamaz." [874]

Bu tanımlara bakıldığında, yargısal aktivizm ile yargısal denetimin birbirinden farklı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Hatta denebilir ki yargısal aktivizm, yargısal denetimin suiistimalidir. Yargısal aktivizm, anayasa yargısının eleştirilen aşırılığı ve aktif hali ise, bunun tam tersi olan pasif hali; **sınırlı yargı,** büyük ölçüde yasamaya ve **siyasi iktidara uyan**, yani ona karşı çıkmayan yargı anlamına gelir. Hâlbuki anayasa yargısından beklenen işlev, onun sınırlı değil 'tam' olmasıdır. Çünkü böyle **sınırlı bir yargı**, kuvvetler ayrılığı ilkesinin sağladığı fren ve denge sistemini ortadan kaldırabilir.[875] O halde makul olan yargısal denetim; bu denetimi suiistimal edecek ölçüde aktivist bir tutum içinde olmayan ya da pasif hale düşerek yasama ve siyasi iktidarın dümen suyuna girmeyen bir anayasal yargıdır.

Yasama organının; anayasayı ve hukukun genel ilkelerini zorlayarak ve hatta ihlal ederek yasalar çıkarması ne kadar hukuk dışı ve haklar bakımından tehdit oluşturuyor ise, Anayasa Mahkemesi'nin; hukuk dışı gerekçelere dayanarak karar vermesi o ölçüde hukuka aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin teorik olarak böyle hukuk dışı gerekçelere dayanarak karar vermesi mümkündür. Hatta bu tür kararlara bazen uygulamada da rastlanabilir. Ancak böyle bir ihtimal sadece Anayasa Mahkemesi için değil, diğer mahkemeler için de söz konusudur. Bu sorunun çözümü, mahkemelere karşı olmak değil bütün mahkemelerde görev yapacak hâkimlerin vicdanı sağlam, iyi hukukçular olarak yetiştirilmesidir.

Tanımı tam net olarak yapılmamış 'yargısal aktivizm' kavramı üzerinden Anayasa Mahkemesi hakkında değerlendirmeler yapılması bizi doğru sonuçlara götürmeyebilir. Çünkü ülkemizde Anayasa Mahkemesi'nin aktivist olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Daha doğru bir deyişle bazılarına göre aktivist, bazılarına göre de yasama organına ve siyasi iktidara uyan sınırlı bir anayasa yargısı vardır. Bu değerlendirmeler üzerinden hangisinin doğru olduğu hemen ortaya çıkmayabilir. Çünkü yargısal aktivizm konusundaki görüşler, hukuken kabul edilebilir bir yargısal karar olup olmadığı araştırılmadan ortaya atılmaktadır. Bu görüşler, hukuki gerekçelere göre değil yargı kararlarının sadece sonucu beğenilip beğenilmediğine göre dile getirilmektedir. Böyle olunca, her sonucu beğenilmeyen yargı kararı aktivist karar olarak değerlendirilip haksız eleştirilere yol açabilmektedir.

"Yargının sınırlılığını üstü örtülü biçimde öven ve sempatik gösteren bu eleştiriler, yasama ve karar alma mekanizmaları başta olmak üzere yargının yönetene uymasını, diğer bir deyişle ona karşı çıkmamasını bir ödev haline getirdiği

[873] Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.
[874] Prof.Dr. Ozan Ergül, Yargısal Aktivizm.
[875] Prof.Dr. Ozan Ergül, Yargısal Aktivizm.

ölçüde, anayasal demokrasi ve onun temelini oluşturan hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler korunmasız kalabilecektir." [876]

Anayasa yargısına konu olan yasama faaliyetlerinin aynı zamanda siyasi nitelik taşıması, devletin bu iki erki arasında bazen tartışmalara neden olmaktadır. Anayasa yargısı ve yasama organı/siyasi iktidar arasında yaşanması mümkün olan çatışmalara dünyadan farklı örnekler verilebilir. ABD'de Roosevelt döneminde yaşanan bir olay, anayasa yargısı ile yasama organı ve siyasal iktidarlar arasın-da yaşanabilecek çatışmalara çarpıcı bir örnek olarak gösterilmektedir.

ABD'de büyük ekonomik sıkıntılar ve işsizlikle mücadele için gerekli tedbirleri içeren birçok kanunun Yüksek Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunması karşısında öfkelenen Roosevelt, şöyle demişti: "Milletçe öyle bir noktaya geldik ki, anayasayı mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız" [877]

Bu düşünceye sahip olan Roosevelt, 1936 seçimlerinde mecliste büyük bir çoğunluk elde ettiğinde, Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirecek bir plan ortaya koydu. Bu gelişme karşısında Yüksek Mahkeme içtihadını değiştirerek Roosevelt'in çıkardığı ekonomik tedbirler paketini içeren bazı kanunları onayladı. Böylece anayasa yargısı ile Roosevelt yönetimi arasında yaşanan bu çatışma önlenmiş oldu.

ABD'de, anayasa yargısının çok etkin ve önemli olan yetkisine siyasal iktidarın başı olan Roosevelt'in eleştirisi yanında ayrıca o günlerde Yüksek Mahkemenin içinden de ihtiyatlı bir yaklaşım gelmişti. Yüksek Mahkeme hâkimi Frankfurter şöyle diyordu: "Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş yetkisi, azami ihtiyatla kullanılmalıdır." Hatta hâkim Frankfurter, başka bir açıklamasında, 'yargı organını halk siyasetine karıştırmanın demokratik bir sisteme düşman olacağını ve mahkemelerin bu siyasal çalılığa girmemesi gerektiğini' söylemişti.[878]

Aslında Anayasa Mahkemelerinin verecekleri kararların tartışma ve eleştiriye açık olmasında, anayasal metinlerin yargısal denetiminde geniş yoruma elverişli hükümler ihtiva etmesi de rol oynamaktadır. Çünkü anayasa metinleri belirsiz ve farklı yorumlanmaya uygun olduğu ölçüde, Anayasa Mahkemesine de o ölçüde büyük imkân verilmiş demektir. Anayasa Mahkemesi, geniş ve farklı yorumlanmaya uygun anayasal hükümler konusunda farklı yorumlardan birini tercih ederek yargısal denetim yaptığında, bunun tek nedeni Anayasa Mahkemesi değil, aynı zamanda farklı yorumlar yapılmasına uygun olan anayasa metinleridir. Bu nedenle öncelikle anayasaların belirgin, anlaşılır hükümler taşımasına özen gösterilmelidir.

Anayasamızın bazı hükümlerinin, Anayasa Mahkemesinin geniş ve farklı yorum yapabilmesine elverişli nitelikte olduğunu söyleyebiliriz. Anayasanın, devletin temel niteliklerini tanımladığı ilk üç maddesinde yer alan 'toplumun huzuru', 'milli dayanışma', 'demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti' gibi oldukça geniş ve farklı biçimlerde tanımlanabilen kavramlar, Anayasa Mahkemesine beklenenden

[876] Prof.Dr. Ozan Ergül, Yargısal Aktivizm.
[877] Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.
[878] Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.

daha aktif bir tutum izleme yolunda büyük imkânlar sağlamaktadır.[879] Çünkü söz konusu kavramların hiçbiri anayasa ya da kanunlarda tanımlanmadığı gibi bunlarla ilgili toplumu-muzda tam bir uzlaşma olduğu da söylenemez. Bu nedenle bu kavramlardan yola çıkarak çok farklı sonuçlara varılabilmektedir. Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin, hem 1961 hem de 1982 Anayasası dönemlerinde bazen aktif tutumlar sergilediği söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin 1970 yılında verdiği bir karar, 1961 anayasası dönemine ilişkin verilen kararlara iyi bir örnek oluşturmaktadır. Söz konusu kararda şu cümleler yer almaktadır:

"Buradaki 'değişmezlik' ilkesinin sadece 'cumhuriyet' sözcüğüyle sınırlı olmadığı, yani anayasada sadece cumhuriyet sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin anayasanın bu değişmezlik ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir. Çünkü 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, anayasanın 1. ve 2. madde-lerinde ve bu maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen devlet sistemidir. Başka bir deyişle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan 'cumhuriyet' sözcüğü değil, yukarıda gösterilen anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan cumhuriyet rejimidir. O halde sadece 'cumhuriyet' sözcüğünü bırakıp bütün bu nitelikleri tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırmak suretiyle 1961 anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir anayasa değişikliği teklifinin, anayasaya aykırı düşeceğinin tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır" (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.1970/1, K.1970/31, T. 16.6.1970)

Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre, 2. maddede sayılan niteliklerden (insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti) herhangi birine aykırı bir anayasa değişikliği, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralına da aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu, ona bütün anayasa değişiklerini (şekil ve esas yönünden) denetleme yetkisi vermektedir. Çünkü 2. maddede sayılan niteliklerden biriyle ilgili olmayan bir anayasa değişikliği düşünülemez.[880]

Burada sorulması gereken soru şudur: 'tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu' yorumu, anayasanın lafzından ya da özünden çıkarılabilen bir yorum olabilir mi? Bu soruya evet denebiliyorsa bu yorum kabul edilebilir. Ancak anayasanın lafzından/metninden ya da özünden çıkarılamayan yorumların, anayasa mahkemesinin değil, siyasi karar mekanizmalarının yetki alanına girdiği söylenebilir.[881]

Türkiye'de 1961 yılından itibaren başlayan anayasa yargısı tarihinde, Anayasa Mahkemesi ile yasama/yürütme arasındaki tartışmalar ve güç gösterileri kendini açık olarak Anayasa Mahkemesi kararları ve anayasa değişikliklerinde göstermiştir.

---

[879] Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.

[880] Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.

[881] Doç.Dr. Osman Can, Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu.

Anayasamızda bazı kavramların belirsiz ve geniş yorumlara açık olması, Anayasa Mahkemesine aktivitesi yüksek kararlar verme imkânı sağlamıştır.

1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetlediğimiz yorum tarzına yasama ve yürütme erkinden tepki, 1971'de Anayasada yapılan yeni bir düzenlemeyle geldi. Bu değişikliğe göre, anayasa değişiklikleri konusunda Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi, sadece **şekil** yönünden denetimle sınırlandırılmıştır. Ancak bu değişikliğe rağmen, 1975, 1976 ve 1977 yıllarında benzer anayasa değişiklikleriyle ilgili yine **esastan** iptal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararlardaki gerekçesi ise, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralının, sadece bir maddî hukuk normu değil, aynı zamanda bir **şekil** kuralı olduğu biçimindedir. Buna göre 2. maddede sayılan cumhuriyetin niteliklerine aykırı yapılan anayasa değişikliği, şekil bakımından da Anayasaya aykırıdır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1973/19, K. 1975/87, T. 15.4.1975; Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1976/38, K. 1976/46, T.12.10.1976; Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1976/43, K. 1977/4, T. 27.1.1977) [882]

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarına karşı yasama ve yürütme erkinin tepkisi 1982 anayasası ile gelmiştir. 1982 Anayasası; Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişiklikleri konusundaki şekil yönünden yaptığı yargısal denetim yetkisini korumakla birlikte, bu yetkinin içeriğini tanımlayarak sınırlandırdı. Buna göre şekil yönünden yapılacak bu denetim, 'teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile' sınırlandırılmıştır.

Anayasa Mahkemesiyle yasama ve yürütme erki arasında başka bir çatışma örneği de, siyasi partilerin kapatılması konusunda yaşanmıştır. Anayasa mahkemesi, Refah Partisi'nin kapatılmasına dair verdiği kararda; 'Türk Ceza Kanununun 141. 142. ve 163. maddelerinin kaldırılmış olması nedeniyle bu maddelerden hüküm giymenin mümkün olmadığı, dolayısıyla bir partinin yasak eylemlerin odağı haline gelip gelmediği hususunun, kanunla belirlenmiş herhangi bir ölçüte bağlı kalmadan doğrudan doğruya Anayasaya dayanılarak serbestçe takdir edilebileceği' yorumunu yapmıştır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1998/2, K. 1998/1, 09.01.1998).[883]

Bu iptal kararından sonra 1999 yılında, Anayasa Mahkemesinin **odak olma** durumunun varlığını belirlemedeki takdir yetkisini bir ölçüde sınırlandırmak için, Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. ve 103. maddelerinde değişiklik yapılarak **odak olma** durumu açıkça tanımlanmıştır.[884]

Anayasa mahkemesiyle yasama ve yürütme organı arasındaki bu çatışma daha sonra da devam etmiş, FP'nin kapatılma davasında, Anayasa Mahkemesi Siyasi Partiler Kanunu'nun 103. maddesini ön mesele yaparak iptal etmesi üzerine, 2001

---

[882] Aktaran: Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.
[883] Aktaran: Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.
[884] "Bir siyasî parti, birinci fıkrada yazılı fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre, merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır." (SPK'nun 101. ve 103. maddeleri)

yılında yapılan anayasa değişikliği sonucunda, daha önce iptal edilen 103. maddesine benzer hüküm, anayasanın 69. maddesine eklenmiş, ayrıca parti kapatma davalarında salt çoğunluk yerine beşte üç çoğunlukla karar verilmesi şartı getirilmiş, böylece partilerin kapatılması zorlaştırılarak Anayasa Mahkemesinin bu konudaki takdir yetkisi sınırlandırılmıştır.[885]

Anayasa mahkemesinin 2007 yılında Cumhurbaşkanlığı seçimiyle ilgili verdiği karar, anayasa yargısıyla yasama/yürütme arasındaki çatışmayı en üst noktaya ulaştırmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin anayasanın 102. maddesinde yer alan 'üye tamsayısının **üçte iki** çoğunluğu' ibaresinin, hem **karar yeter sayısını** hem de **toplantı yeter sayısını** ifade ettiği sonucuna varmıştır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2007/45, K.2007/54, T. 01.05.2007).

Hâlbuki 102. maddede, üçte iki çoğunluğun aynı zamanda toplantı yeter sayısı olduğu anlamına gelen bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu kararla kendi anayasal yetki sınırlarını aşmıştır. Çünkü bu kararla varılan sonuç, anayasanın lâfzî, amaçsal ve tarihsel yorumuyla bağdaşmamaktadır. Bilindiği gibi hukukta meşru olan yorum, bilimsel ve mantıki temellere dayandırılmalıdır. Bu kararda, yorumun bu gereklerine uyulmadığını ve yorum yetkisinin keyfi olarak kullanıldığını görmekteyiz. **Hukukî ve bilimsel** olmaktan çok **siyasi/ideolojik** gerekçelere dayandığı ve demokratik mekanizmanın önünü tıkadığı düşünülen bu karar; Anayasa Mahkemesinin, yaklaşık 54 yıllık tarihinde ilk kez bu kadar ciddi olarak tartışılmasına ve sorgulanmasına neden olmuştur.

Anayasa mahkemesinin bu kararına karşı yasama erkinin tepkisi 2007'de gelmiştir. Yasama erki, 31.05.2007'de yaptığı anayasa değişikliği sonucu toplantı yeter sayısı, TBMM'nin üye tam sayısının **üçte biri** olarak belirleyerek, Anayasa Mahkemesinin kararı nedeniyle yaşanan tıkanıklığın giderilmesi amaçlanmış, ayrıca cumhurbaşkanın da bundan sonra halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir.[886]

Devlet yönetiminde her biri bir denge unsuru olan iki devlet erkinin birbiriyle sürekli kavgalı olması kabul edilebilir bir durum değildir. Bu durumda Anayasa Mahkemesiyle yasama/yürütme erkleri arasındaki tartışmanın sona ermesi nasıl sağlanacaktır? Anayasa Mahkemesinin, anayasada belirlenmiş asli görevlerini yapar konuma gelmesi nasıl sağlanacak, yasama ve yürütme erkinin etkisizleştirilmesi sonucunu doğurabilecek aşırı tavrının önüne nasıl geçilecektir? Diğer yandan yasama ve yürütmenin, seçimle işbaşına gelme ve milli iradeyi temsil etme gibi söylemlerle yargıyı baskı altına alma girişimleri nasıl engellenecektir?

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda üç ihtimalden söz edilebilir. Birincisi; kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin anayasa tarafından yasaklanmasıdır. Örneğin Hollanda anayasası, hâkimlerin, kanunların ya da uluslar arası anlaşmaların anayasaya uygunluk denetimi yapamayacaklarını

---

[885] Prof.Dr. Ergün Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitesi.

[886] Söz konusu Anayasa maddesi: "Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az **üçte biri** ile toplanır ve toplantıya katılanların **salt çoğunluğu** ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz."

açıkça hükme bağlamıştır. İkincisi; kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine anayasa tarafından izin verilmesidir. Bu yetki, yüksek mahkemelerden birine ya da bu konuda kurulmuş özel bir yargı organına verilebilir. Üçüncüsü; kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda anayasada hiçbir hükmün bulunmamasıdır.[887]

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine anayasa tarafından izin verilen hukuk sistemlerinde bu denetleme yetkisi, ya yüksek mahkemelerden birine ya da bu denetim görevini yürütmek için özel olarak kurulmuş bir yargı organına verilmektedir. Türkiye, bu denetim için özel olarak kurulmuş Anayasa Mahkemesi sistemini benimsemiştir. Ancak kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme görevinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi, bu konuyla ilgili sorunları ve tartışmaları sona erdirmeye yetmemektedir. Çünkü anayasa yargısının hukuk sistemimize girdiği tarihten bugüne kadar, konuyla ilgili tartışmalar devam etmektedir.

Tartışmalar; hukuk devleti, bağımsız yargı, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, yasama organının milli iradeyi temsil ettiği, Anayasa Mahkemesinin aşırı (aktivist) tutumlarına engel olacak tedbirlerin ne olacağı gibi konularda yoğunlaşmaktadır. Milli iradeyi öne çıkaranlar; milli iradenin tecelli ettiği yasama organının yaptığı kanunları iptal eden anayasa mahkemesi kararlarını eleştirmektedirler. Bugün makul ve hukuka uygun eleştiriler yanında, millet iradesi kavramını her şeyin önüne koyarak, anayasa yargısını gereksiz ve millet iradesi önünde bir engel olarak gören görüşlerin var olduğunu görmekteyiz. Ancak milli iradeyi öne çıkaran iktidar ya da muhalefet partilerinde mevcut teşkilat yapısı ve karar mekanizmasına göre her konuda genel başkanların görüşlerinin esas alınması, yüksek oranda seçim barajının varlığı gibi nedenlerle bu partilerin millet iradesini ne ölçüde temsil ettikleri tartışmalıdır. Milli irade meclise tam yansımış olsa bile, seçimle işbaşına gelen yasama organının adil olmayan kanunlar çıkarmayacağını kim garanti edebilir? Diğer yandan milletin yasama organına yansıyan iradesini göz ardı eden ya da küçümseyen bir anlayış da kabul edilemez. Bu nedenle halkın iradesine dayalı bir yönetim biçimi olan demokrasi ile hukuk devleti ilkesini hayata geçiren yargı kurumlarının makul birlikteliğini sağlam gerekir. Gerek milli iradeyi öne çıkaranlar gerekse anayasal yargıyı savunanlar, düşüncelerini aşırı uç noktalara götürdükleri takdirde, yukarıda belirtilen sorunların yaşanmaması mümkün değildir.

Hukuk devleti ilkesini öne çıkaranlar; yasama faaliyetlerinin yargısal denetimden ayrı düşünüle-meyeceğini, çünkü yasama organında çoğunluğu eline geçiren bir siyasi iktidarın hak ve özgürlüklere aykırı kanunlar çıkarabileceğini, dolayısıyla yönetimin otoriter bir yapıya dönüşebileceğini, bunu önleyecek hukuki tedbir ve güvencenin yargısal denetim olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre; genel olarak bireyler arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkları çözmek konusunda yargı organlarına son sözü söyleme yetkisi verildiği bir sistemde, anayasa mahkemesine kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi yetkisi verilmesi doğal bir durumdur.

---

[887] Prof. Dr. Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Bakış.

a.h.c.d) Anayasa Yargısı ve Hukukun Genel İlkeleri

Anayasa mahkemesinin işlevi, hukuk devleti ilkesini ayakta tutmak olduğundan, bu görevini tam olarak yerine getirmiş olması için, hukuk devleti ilkesinin bütün gereklerini kararlarında dikkate almalıdır. Burada Anayasa mahkemesi hâkimlerinin ciddi bir sorumluluk taşıdığını önemle belirtmek gerekir. Çünkü genellikle yorum gerektiren anayasa metinleri, Anayasa mahkemesi hâkimlerine bu konuda büyük bir imkân vermektedir. Prof. Kaboğlu, Anayasa mahkemesi hâkimlerinin bu yetkisini sınırlandıracak bir yöntem olarak 'hukukun genel ilkeleri' kavramını göstermektedir.

Bilindiği gibi hukuk devleti ilkesi, anayasaların soyut ve belirsiz kavramlarını özellikle temel hak ve özgürlükler açısından yorumlamak için hâkimlere yetki vermektedir. Çünkü Anayasa, Anayasa Mahkemesi hâkimlerine yorum için geniş bir alan öngörmektedir. İşte Anayasa mahkemesinin bu önemli yetkisini olumsuz yönde kullanmasına engel olacak ve bu etkin gücünü yumuşatacak tedbir olarak 'hukukun genel ilkeleri' gösterilebilir. Hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde geçerli olan hukukun genel ilkeleri, çok sayıda somut durumu içine alan ve birçok özel norma temel oluşturan hukuk normlarıdır. Hukukun genel ilkeleri, toplumun veya yasaların ruhunun gizli kalan özlemleridir.[888]

Anayasa mahkememiz, aşağıdaki kararlarında hukukun genel ilkelerinin, hukuk devletinin bir unsuru olduğunu açıkça ortaya koymuştur:

"Hukuk devleti, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincine sahip devlettir" (Anayasa Mahkemesi Kararı, E.1963/166, K.1964/76, T.22.12.1964). Anayasa mahkemesi, aşağıdaki kararında da, hukukun genel ilkelerinin, anayasadan da önde geldiğini belirten ifadeler kullanmıştır:

"Hukuk devletinin, anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu **ilkelere** uygun olması gerekir" (AMK. E.1985/31, K.1986/11, T.27.03.1986)

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarından şu sonuçlara varılabilir:

*Hukukun genel ilkeleri, anayasanın üstünde yer alır ya da en azından anayasal değerde ilkelerdir.

Bu nedenle kanun koyucuyu bağlar. Bütün hâkimlere de yol gösterir. *Hukukun genel ilkeleri, toplumsal vicdan ve değer yargılarıyla sıkı bir ilişki içindedir. *Hukukun genel ilkeleri, hukuk devleti ilkesini benimseyen bütün ülkelerde kabul edilen prensiplerdir.

Sonuç olarak; günümüzde anayasa yargısı ya da yargısal denetim demokratik hukuk devletlerinin vazgeçilmez bir kurumu olarak görülmektedir. Şüphesiz ki bizde de böyle görülmeye devam edecek ve hukuk kültürü yerleştiği ölçüde anayasa yargısı sistemi gerçek zeminine oturacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, hukuk dışı nedenlerle karar verecek belirli bir zihniyetin eline geçmesi halinde ciddi sıkıntıların doğabileceği söylenebilir. Bunun çözüm yolu, doğru hazırlanmış bir hukuk sistemi, yerleşmiş hukuk ve demokrasi kültürü/zihniyeti yanında iyi yetişmiş

[888] Prof.Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı.

hukukçulara sahip olmaktır. Bu da siyaset ve hukuk alanındaki insan unsuruyla ilgili bir konudur. Gerek yasama/ yürütme erkini ve gerekse yargı erkini temsil eden insan unsurunun demokrasiye, hukuk devleti ilkelerine ve etik değerlere gerçekten bağlı olması, her iki erkin birbirleriyle ilişkilerini makul düzeyde tutacak; anayasada belirlenmiş olan görevlerini yapmak yerine bir devlet erkinin diğer erki etkisizleştirmek gibi aşırı tutumlara meydan vermeyecektir.

b) YARGI SİSTEMİNDEKİ AYRIM VE KOLLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargı sistemimizin kurumsal yapısına ilişkin yukarıdaki açıklamalardan, ülkemizde yargı kollarının çok dağınık bir yapıya sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu dağınıklığın, adalet ilkesi ve adalete erişim açısından olumsuz sonuçlar doğurma ihtimali üzerinde durulmalıdır. Çünkü hukuk sistemi için kullanılan bütün araçlar adalet değerine hizmet etmelidir. Adalet değerine hizmet etme bakımından yargı birliği ya da yargı ayrılığı sistemlerinin değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu iki sistemden hangisi hukuk devleti ilkesine daha uygundur?

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yargı kolu ve ayrımından söz edilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve AİHM kararlarına göre, bir hukuk devletinde yargı ayrılığı ya da yargı birliği bulunabilir. Önemli olan mahkemenin kanuni, adil, bağımsız ve tarafsız olmasıdır.[889]

Yargı birliği ya da yargı ayrılığı düşüncesi, kendi başına kutsal olmadığına göre hukuk devleti ilkesinin benimsendiği ülkelerde, yargı birliği ve bu çerçevede yüksek yargı kurumlarını bir çatı altında toplayarak sadece Yargıtay'ın yüksek mahkeme olarak kabul edilmesi (yargı birliği) düşüncesi, bilimsel yöntemlerle tartışılabilir. Yargı birliğinin, hukukun uygulanmasında birliği sağlayarak hukuki karmaşaya engel olacağı ve dolayısıyla hukuk güvenliğinin oluşumuna katkı sağlayacağı söylenebilir.

Yargı birliği sisteminde, her dava için aynı yerel mahkemeye başvurulabileceği için vatandaş hangi dava için hangi mahkemeye gitmek zorunda olduğunu tespit etme zahmetinden kurtulacaktır. Yargının farklı birimlerini ilgilendiren davalar, örneğin bir hukuk davasında vergi hukukuna konu sorunların da söz konusu olduğu davalar iki farklı davaya gerek kalmaksızın tek bir mahkeme heyetince çözüme kavuşturulabilmektedir. Böylece adalete daha kolay erişim sağlanmaktadır. Bilindiği gibi adalete erişim, anayasa hükümleri gereğince hızlı ve kolay olmalıdır. Farklı kolları bulunmayan bir yargı birliği bu noktada vatandaş için yararlı olabilir. Ancak sadece Yüksek Mahkemeleri birleştirip ilk derece mahkemelerini bunun dışında bırakmak, bu sistemin yararını azaltabilir.[890]

Bir ülkede tam yargı birliğini sağlamak için, sadece askeri yargı kolunun kaldırılması yeterli olmayıp idari yargı ve anayasa yargısının da kaldırılması ve Yargıtay'ın tek yüksek mahkeme olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak adli-idari yargı ayrımına dayanan ikili yargı sistemi, ülkemizde hemen terk edilebilecek bir

[889] Prof.Dr. Murat Yanık, Demokratik Hukuk Devletlerinde Yargının Kurumsallaşması.
[890] Dr. Ulrich Maıdowskı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu.

sistem değildir. Çünkü yaklaşık iki asırdır ülkemizde adli-idari yargı ayrımına dayanan sistem uygulanmakta olup, bu sistem, birçok hukuk devletinde olduğu gibi ülkemizde bir hukuk geleneğine ve büyük bir birikime sahiptir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, idari yargı ayrı bir yargı sistemi olarak varlığını korumalıdır. Çünkü idari eylem ve işlemlerin nitelik olarak diğer hukuki ilişkilerden farklılığı, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminin ayrı bir yargı düzeninde yapılmasını gerektirmektedir.[891]

Yargı birliği, adalete erişim konusunda vatandaş için yararlı olmakla birlikte hâkimlerin yargı sisteminde kabul edilebilir mesleki standartlara ulaşabilmeleri için uzmanlaşmaya ihtiyaçları vardır. Yüksek düzeyde mesleki kalite için uzmanlaşmaya ihtiyaç vardır. Ancak, hem hukuk davalarına, hem iş davalarına hem de vergi davalarına bakarak yargı sisteminde kalite standartlarına ulaşılması mümkün değildir. Bu uzmanlaşma ve kaliteye imkân veren sistem, yargı ayrılığı sistemidir.[892]

Sonuç olarak; yargının kollara ayrılması, sistemler ve mahkemeler, adalet değerine hizmet eden araçlardır. Bu araçların nihai amacı, bağımsız ve tarafsız yargı aracılığıyla adaletin tam olarak gerçekleşmesidir. Dolayısıyla, ülkemizde yargı ayrımı ve kolları konusunda öncelikle mevcut dağınıklık giderilmeli, bu çerçevede askeri yargı kaldırılmalı, ilk derece mahkemesi olan disiplin mahkemeleri dışında kalan askeri mahkemeler adli yargı teşkilatının içine alınmalıdır. Askeri Yargıtay, Yargıtay bünyesine, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de Danıştay'ın teşkilat yapısı içine alınmalı, Askeri Yargıtay'ın görevi Yargıtay'da bir daireye ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevi de Danıştay'da bir daireye verilmelidir. Böylece birçok hukuk devletinde olduğu gibi ilk derece askeri mahkemelerin vermiş olduğu kararlara karşı, sivil hukuki denetim sağlanmış olacaktır.[893] Yargı birliği ve yargı ayrılığı sistemleri konusunda, yukarıda 'yargının ortak sorunları' bölümünde daha geniş bilgi verilmiştir.

Aslında ülkemizde yargı sisteminin temel sorunu, yargı birliği ya da ayrılığından çok, yargıya intikal eden uyuşmazlıkların köklü tedbirlerle azaltılması ve yargının kalitesinin artırılmasıdır. Medeni bir ülkenin hukuk sisteminde, uyuşmazlıkların büyük bölümü yargı önüne gelmeden çözülmelidir. Öncelikle uyuşmazlıkların yargı önüne gelmeden çözülmesi ve yargıya intikal eden uyuşmazlıkların sayısının azaltılması amaçlanmalıdır. Aksi halde ister yargı birliği ister yargı ayrılığı sistemi olsun yargı sorunlarının artarak devam etmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle adli-idari yargı ayrımı birçok batılı ülkede de benimsenmiş bir model olması nedeniyle aynen muhafaza edilerek daha çok yargının etkinliği ve verimliliğini sağlayıcı ve hızlı karar verilmesine yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.

2.3) YARGI SİSTEMİYLE İLGİLİ DİĞER ÖNEMLİ KURUMLAR

2.3.1) HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU (HSYK)

[891] Prof.Dr. Murat Yanık, Demokratik Hukuk Devletlerinde Yargının Kurumsallaşması.
[892] Dr. Ulrich Maıdowskı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu.
[893] Prof.Dr. Murat Yanık, Demokratik Hukuk Devletlerinde Yargının Kurumsallaşması.

Yargı sistemiyle ilgili önemli kurumlardan biri de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'dur. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), Anayasanın 'Yargı' başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. (Anayasa, madde: 159) Bu kurul, Türkiye'de adli ve idari hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama, nakletme, geçici yetki verme ve birinci sınıfa ayrıma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme veya görevden uzaklaştırma işlemlerini yapan kurumdur. Bu kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. (Anayasa, madde: 159/1)

Yargı bağımsızlığı ilkesinin tam olarak gerçekleşmesi için hâkimlik teminatı ilkesinin yanı sıra, yargının yönetim ve denetiminin nasıl yapıldığı büyük önem taşımaktadır. Yargının yönetimi ve denetimi yetkisi, bağımsız yargısal idari kurullara verilmezse, hâkimlik teminatı anlamını yitirecektir.[894]

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yargı yetkisinin kullanılması konusunda değil, yargının yönetimi ve denetimi konularında yetkili olan bir kurumdur. Bu özelliği nedeniyle de HSYK idari bir kurul, kararları da idari nitelikte kararlardır. Ancak bu kurulun yürütme içinde klasik anlamda sıradan bir idari kurul olmadığı da bir gerçektir. Çünkü Anayasa, bu kurulun mahkemelerin bağımsızlığı ve teminatı esaslarına göre görev yapacağını hükme bağlamıştır. Bu nedenle yürütme-den bağımsız bir idari kuruluştur. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, hâkim ve savcılarla ilgili önemli kararlar alan bir organ olması nedeniyle bu kurul hakkında aşağıda daha geniş bilgi verilecektir.

2.3.1.1) HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN İŞLEVLERİ

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştiril-mesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. (Anayasa, madde: 159)

Hukuki uyuşmazlıkların çözümü konusunda son sözü söyleme yetki ve sorumluluğuna sahip hâkim ve savcılar hakkında önemli kararlar alan kurulun hukuki statüsünün nasıl olacağı şüphesiz ki önemlidir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yargı bağımsızlığını tam olarak hayata geçirmek ve işlevsel kılmak için kurulmuş bağımsız bir kuruldur. (Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları) Bazı Avrupa devletlerinde olduğu gibi ülkemizde de hâkimler ve savcılar, bağımsızlık ve mesleki teminat açısından tek bir kurul (HSYK) bünyesinde toplanmıştır. Hukuk sisteminde merkezi bir

[894] Prof. Dr. Murat Yanık, Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi.

öneme sahip olan bu kurul, taşıdığı bu önem nedeniyle ülkemizde sürekli tartışmaların odağında yer almıştır.

2.3.1.2) YÜKSEK YARGI KURULUNA DUYULAN İHTİYAÇ

Yargı kurumlarının yönetim ve denetimini yürütecek, yasama ve yürütmeden bağımsız bir yüksek kurula ihtiyaç var mıdır? Eğer ihtiyaç varsa, böyle bir kurulun hukuk devleti ilkesine en uygun olan hukuki statüsü nedir?

Yüksek yargı kurulları, hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olan yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerinin etkili bir biçimde uygulanması ihtiyacından doğmuştur. Hâkim teminatının amacı, hâkimi, yürütme erkinin olumsuz etkisinden kurtarmaktır. Böyle olunca aslında hâkim teminatı, bireylerin yargı güvenliğini sağlayan bir ilkedir. Bilindiği gibi terfi, atama ve özlük işleri bağımsız organlarca yürütülmeyen bir hâkimin teminatlı olması söz konusu değildir. Bu nedenle hâkimin teminatı ilkesi, hukukun üstünlüğünü sağlamada vazgeçilemeyecek ana prensiptir.[895]

Yasama ve yürütme erklerinin yargı kurumu üzerinde baskı kurmaları, hatta müdahale etmeleri sadece güç kullanılmasıyla gerçekleşmeyebilir. Bunun başka yolları da vardır. Yasama ve yürütme erkleri, hâkim ve savcıların mesleki çalışma şartları ve güvenceleri üzerinde bazı düzenlemeler yaparak da yargıyı etkileyebilirler. Bu yüzden hâkim ve savcıların mesleki hayatlarının her aşamasında, yasama ve yürütmenin baskı ve etkilerine karşı korunmaları gerekir.[896]

2007 tarihli 'Venedik Komisyonu, Hâkimlerin Bağımsızlığı Raporu'nda bu kurula olan ihtiyacı şöyle dile getirmektedir: "Venedik Komisyonu, (her ülkede) var olan pek çok farklı hukuk sistemine olan saygısını korumakla birlikte, henüz yüksek yargı kurulu kurmamış olan devletlere, bağımsız bir yüksek yargı kurulu kurma konusunu gözden geçirmelerini tavsiye eder."

2007 tarihli "Venedik Komisyonu, Yargısal Atamalar Raporu"nda da benzer ifadelere yer verilmektedir: "Yargı bağımsızlığını güvence altına almanın uygun bir yöntemi; oluşumu, yetkileri ve özerkliği anayasal güvencelerle korunan bir yüksek yargı kurulunun kurulmasıdır." [897]

Şüphesiz ki hukuk devleti anlayışının gelişmediği ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmediği dönemler için böyle bir zorunluluktan söz etmek mümkün değildi. Ancak hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin benimsendiği ülkelerde böyle bir kuruma ihtiyaç olduğu açıktır. Bir hukuk devletinde yargı kurumu, kuvvetler ayrılığı ilkesinin tam olarak yerleşmesiyle yasama ve yürütme erklerinden ayrılır ve bağımsız bir organ olarak ortaya çıkar. Yargı kurumunun, yasama ve yürütme erklerinin etkilerinden uzak bağımsız bir yapıya kavuşabilmesi, bazı hukuki güvence ve anayasal kurumların varlığına bağlıdır.[898]

---

[895] Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu, HSYK'nın Yapısı ve Yargının Bağımsızlığı.
[896] Doç.Dr. Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları.
[897] Adalet Bak. Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü; Venedik Komisyonu, Yargının Bağımsızlığı Hakkında Rapor.
[898] Doç.Dr. Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları.

Adalet değerini yüksek bir değer olarak kabul eden ve bunun toplumsal hayatta gerçekleşmesini isteyen her devletin, onun yerleşip gelişebileceği en uygun hukuki yapıyı da ortaya koymak zorunluluğu vardır. Adalet değerinin gelişebileceği en uygun iklimin, hukuk devleti olduğu bugün bilinmektedir. Hukuk devleti kavramının bütün işlevlerini yerine getirebilmesi, bir sistem bütünlüğü içinde düşünmeyi, birbiriyle ilişkili ve birbirinden ayrılması mümkün olmayan kurumların bulunmasını gerektirmektedir.

Verecekleri kararlarla adaleti gerçekleştirecek olan hukuk adamları öncelikle hâkim ve savcılardır. Onların adilce kararlar verebilmeleri için bireysel ve kurumsal bazı güvencelere sahip olmaları gerekmektedir. Bu nedenle hâkim ve savcıların; işe alınmadan başlayarak, terfi, atama ve denetim işlemlerinin herhangi bir dış müdahaleden uzak olmaları ve bağımsız olarak karar verebilmeleri gerekir. Adaletli karar vermek ve bağımsızlık niteliği birbirine sıkı sıkıya bağlı iki ahlaki değerdir. O halde adaleti gerçekleştirmeye yarayacak bütün kurum ve kurallar da ahlaki nitelik taşımaktadır. Bir hukuk sisteminde hâkim ve savcıların içinde bulundukları yargı kurumunun yönetim ve denetimini yasama, yürütme ya da diğer güçlerin baskı ve etkisinden uzak olarak yürütmek üzere yüksek yargı kurulunun bulunması, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkelerinin bir gereğidir. Aslında devletin iki erkiyle ilgili bir olayı çözerken, her iki erkin de ihtiyaçları göz önünde bulundurulmalıdır.

Demokratik hukuk devletlerinde; yargı kurumunun yönetim ve denetiminin, içinde yargı mensuplarının da yer aldığı bağımsız yargı kurulları tarafından yürütülmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Gerçekten hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri, günümüzde çoğulcu demokrasilerin temel nitelikleridir. Bağımsız yargı ise, bu ilkelerin hayata geçirilmesinde en temel kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bağımsız yargı, temel insan hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu yüzden bir ülkenin hukuk devleti olabilmesi, ancak bağımsız bir yargı kurumuna sahip olmasına bağlıdır.[899]

Yargı bağımsızlığının tam olarak gerçekleşmesi için de, hâkimlik teminatının sağlanması ve yargının yönetim ve denetiminin, yasama ve yürütmenin etkilerinden uzak bağımsız yargı kuruluna verilmesi gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde hâkimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı kavramları anlamını yitirecektir. Ayrıca bağımsız yüksek yargı kuruluna olan ihtiyaç, toplumun yargı kurumlarının adil karar verdiklerine ilişkin bir algıya sahip olması bakımından da önemlidir. Bu kurumlar, yargının bağımsız olduğu ve adil kararlar verdiği yönünde önemli göstergelerdir. Çünkü yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda toplumda oluşacak en küçük şüphe, toplumda adalete olan güvenin sarsılmasına neden olabilir. Bu nedenle, yargının bağımsızlığı konusunda toplumda bir şüphe ve izlenim dahi uyandırmamak gerekir.

1924 Anayasasında, kuvvetler birliği ilkesi benimsendiğinden, yasama ve yürütmeye karşı yargının bağımsızlığını sağlayacak kurumlara da yer verilmemiştir. O dönemde bu kurulların gördüğü işlevler, daha çok yürütme ve bazen de yasama organları tarafından yerine getiriliyordu. Örneğin tarihimizde istiklal mahkemeleri

---

[899] Prof. Dr. Murat Yanık, HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi.

doğrudan doğruya yasama organının etkisi altında görev yapmıştır. Yine sırf 1960 darbesini yapanlar tarafından yıkılan hükümetin üst düzey yöneticilerini yargılamak için kurulan Yassı ada mahkemeleri de darbe yönetiminin açık etkisi altında çalışmıştır. Bu durum ise, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından çok ciddi sorunlar doğurmuştur. Bu sistemin önemli sakıncaları görüldüğünden 1961 Anayasasında yargı bağımsızlığını sağlayacak kurumlara yer verilmiştir.

Böylece yüksek yargı kurulu, bizim hukuk sistemimize 1961 Anayasası ile girmiş ve yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri adına çok önemli bir adım atılmış oldu. Ancak bu dönemde 'Yüksek Hâkimler Kurulu' ve 'Yüksek Savcılar Kurulu' olmak üzere iki ayrı kurul şeklindeydi. 1961 Anayasası ile hukuk sistemimize giren iki yüksek yargı kurulu, 1982 Anayasası'nda da bazı farklılıklarla ve hâkim ve savcıları kapsayan tek bir kurul yani Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) olarak varlığını sürdürmüştür. Aslında ülkemizde yüksek yargı kurulu ile ilgili ilk düzen-leme olduğu halde 1961 Anayasası, yargı bağımsızlığı açısından 1982 Anayasasına göre daha ileri bir durumdaydı. Çünkü Yüksek Hâkimler Kurulu, seçimle gelen yüksek hâkimlerden oluşmaktaydı. Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarı Kurullarda yer almıyordu. Yüksek Hâkimler Kurulu karar-larına karşı da yargı yolu açıktı.[900]

1982 Anayasasında bu iki yüksek yargı kurulu bir araya getirilerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) adını almıştır. HSYK, günümüze kadar yargı bağımsızlığı bağlamında çok tartışılan bir kurum olmuştur. HSYK, oluşumu, çalışma şekli, kararlarının yargısal denetimi ve benzeri birçok konuda hukuk camiasında gerek ulusal düzeyde ve gerekse AB Katılım Ortaklığı Belgesi, AB İlerleme Raporları ve Türk yargı sisteminin işleyişine dair İstişari Ziyaret Raporlarında uluslararası düzeyde eleştirilere uğramıştır. Bu eleştirilerin odak noktasını ise yargının yönetimi ve denetimi açısından bağımsızlığının sağlanması konusu oluşturmaktadır.[901]

1961 Anayasasında Kurul kararları yargı denetimine tabi olduğu halde, 12 Mart askeri muhtırası döneminde anayasada değişiklik yapılarak Kurul kararları yargı denetimi dışına çıkarılmış, Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal ederek tekrar yargı yolu açılmış ancak 12 Eylül darbe yönetimi ürünü olan 1982 Anayasasıyla Kurul kararlarına karşı tekrar yargı yolu kapatılmıştır. Görüldüğü gibi HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı tutulması, olağanüstü ve askeri darbe dönemlerinin bir ürünüdür. Anayasanın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHM) 6. maddesine göre; "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." HSYK kararlarına karşı (çıkarma cezası hariç) yargı yolunun kapalı olması nedeniyle, her bireyin temel insan haklarından olan 'hak arama hürriyeti', hâkim ve savcılardan esirgenmiştir. (Dr. Sami Gören, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkında Eleştiriler ve Temenniler). 1982 anayasasının, HSYK kararlarına karşı yargı yolunu kapatan hükümleri, 2010'da

[900] Dr. Sami Gören, HSYK Hakkında Eleştiriler Ve Temenniler.

[901] Prof. Dr. Murat Yanık, HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi.

yapılan kısmi değişiklik hariç tutulursa bu güne kadar aynen devam etmiştir. HSYK'nın sadece 'çıkarma cezasına' karşı yargı yolu açılmıştır. Diğer kararlara karşı yargı yolu yine kapalıdır.

2.3.1.3) HSYK VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Hâkimler ve savcılar bağımsız olduğuna ve yasama/yürütmenin emri altında olmadığına göre, onları mesleğe kim alacak, kim atayacak ve kim yer değiştirecek? Özlük işleri nasıl görülecek, meslekte yükselmeleri, denetim ve disiplin işlemleri nasıl olacak? Gerektiğinde meslekten uzaklaştırılmaları ve yüksek mahkemelere seçilmeleri kim tarafından yapılacaktır? Kısaca yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini koruyarak yargı kurumunun yönetim ve denetiminin kim tarafından nasıl yapılacağı önemlidir.

Yüksek yargı kurulları konusunda dünya ülkelerinin anayasalarında yer alan farklı sistemler bulunmaktadır. Yargı kurumunun yönetim ve denetim işlerinin, bazı ülkelerde hâkimlerin kendi içlerinden seçilmiş yüksek hâkimlerden oluşan kurullar tarafından; bazı ülkelerde parlamento, kral-kraliçe ya da devlet başkanı tarafından; kimi ülkelerde yürütme organı olan hükümet tarafından; bazı ülkelerde de yüksek mahkemelerce ya da bu birimlerden seçilmiş karma kurullarca yapıldığı görülmektedir. Bu sistemlerden bazıları ilk bakışta yargı bağımsızlığına aykırı gibi görülebilirse de o ülkelerde ciddi bir haksızlığa, soruna ve kuşkuya yer vermeden uygulanabilmektedir. Ancak bu, aynı sistemlerin bizim ülkemizde de aynı biçimde sorunsuz olarak işleyebileceğini göstermez.[902]

Hukuk düzenlerinde hukuk kuralları ve kurumlarının yanı sıra bulunması gereken bir değer daha vardır ki, o da hukuk kültürü ve geleneğidir. Köklü hukuk geleneğine sahip olan toplumlarda, her şeyin bütün ayrıntıları kapsayacak biçimde hukuk kurallarıyla düzenlenmesi zorunlu değildir. Tarihte köklü hukuk kültür ve geleneğine sahip bir millet olduğumuz halde, uzun yıllar bu gelenekten mahrum bırakıldığımızı söylemek zorundayız.

Cumhuriyet döneminde, bütün kurum ve kurallarıyla yeni kurulan hukuk sistemi içinde halen böylesine köklü hukuk kültürü ve geleneği oluşturamadığımız gibi bunları yönetici aydınlarımıza ve halkımıza benimsetemedik. Çünkü ülkemizde değişik dönemlerde her gelen iktidarın kendi siyasi tercihleri doğrultusunda hâkim ve savcı alımlarının yapıldığı, belirli siyasi düşünce ya da zihniyete sahip olmayan hâkim ve savcıların hukuk dışı gerekçelerle meslekten atıldıkları görülmüştür. İşte böyle bir ortamda ülkemizde kurulan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yargı bağımsızlığı yönünden hem hâkim ve savcılar için, hem de onların davalarına baktıkları vatandaşlar için ne ölçüde teminat olabildiği, yıllardan beri tartışılmaktadır.[903]

Ülkemizde yargı kurumuyla ilgili en çok tartışılan konulardan birisi şüphesiz ki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'dur. Yüksek yargı kurulunun; hâkim ve

---

[902] Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Sorunları ve Çözüm Önerileri.

[903] Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Sorunları ve Çözüm Önerileri.

savcıların işe alınması, terfi ve ataması, denetlenmesi ve görevden alınması gibi çok önemli işlevleri olduğundan bu kurulun; oluşumu, üyelerinin seçimi, çalışma biçimi ve kararlarının denetimi büyük önem taşımaktadır. Hatta denilebilir ki, bir ülkede yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının var olup olmayacağı bu kurulun durumuna, statüsüne bağlıdır.

2.3.1.4) HSYK'YA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

2010 değişikliğine kadar HSYK'ya yöneltilen eleştirileri şöyle özetleyebiliriz:

*Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararlarına karşı yargıya başvurma yolu bütünüyle kapalı olması. Yargı yolunun kapalı olması nedeniyle verilen kararların hukuka uygun olup olmadığı daima tartışmalı ve şüpheli olarak kalmıştır. Ayrıca bu durum, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını zedelediği gibi yargıya güvensizliğin de kabulü anlamına geliyordu.

*Adalet Bakanı ve müsteşarın kurul üyesi olması,

*HSYK üyelerinin hangi kaynaktan ve nasıl seçildiği,

*HSYK'nın kendi binası ve sekretaryasının olmaması…

2.3.1.5) 2010 DEĞİŞİKLİĞİ VE HSYK'NIN YENİ YAPISI

1982 Anayasasındaki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin hükümler, 2010 yılında yapılan halkoylamasıyla değişikliğe uğramış ve yeniden düzenlenmiştir. Böylece HSYK'nın yapısı 12 Eylül 2010 günü yapılan Anayasa referandumu ile değişmiş, Kurulun teşkilat yapısı ve çalışma usul ve esaslarını düzenleyen 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu 11 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikten önce ayrı bir bütçesi olmayan ve sekretarya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilen HSYK, yapılan bu değişiklikle idari ve mali yönden bağımsız bir kurul olarak yeniden yapılandırılmıştır.

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile HSYK'nın; geniş tabanlı temsil esasına dayalı olarak üye sayısı 7'den 22'ye çıkarılmış, genel kurul ve üç daire şeklinde çalışması benimsen-miş, kendi sekretaryasına kavuşmuş, meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. HSYK'da, Genel Sekreterlik ve Teftiş Kurulu olmak üzere iki hizmet birimi bulunmaktadır. Hâkim ve savcıların denetlenmesinden sorumlu Teftiş Kurulu, HSYK'ya bağlanmış olup Üçüncü Daire Başkanının gözetiminde Kurul adına görev yapmaktadır. Kurulun sekretarya hizmetleri Genel Sekreterlik tarafından yerine getirilmektedir.

HSYK Genel Kurulu 22 üyeden oluşmaktadır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanı olup, Müsteşar Kurulun tabii üyesidir. Kurulun diğer üyeleri ise; ilk derece adli yargı hâkim ve savcılarının kendi aralarından seçtikleri yedi, ilk derece idari yargı hâkim ve savcılarının kendi aralarından seçtikleri üç, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği üç, Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği iki, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği bir ve Cumhurbaşkanının hukukçu öğretim üyeleri ve avukatlar arasından seçtiği dört üyeden oluşmaktadır.[904]

[904] Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Resmi Web Sitesi.

Anayasada 2010'da yapılan değişikliklerin, şimdiye kadar HSYK'ya yöneltilen eleştirileri karşı-lamaya ve yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını kısmen güçlendirmeye çalıştığı söylenebilir. Şöyle ki; HSYK'ya üye seçen makamlar ve üyelerin **seçim yöntemi** farklı düzenlenmiştir. Bir kısım üyelerin Cumhurbaşkanı, bir kısım üyelerin ise yargı organı (Yargıtay Genel Kurulu, Danıştay Genel Kurulu, adli ve idari yargı hâkim ve savcıları) tarafından doğrudan seçilmesi esası kabul edilmiştir. Ancak bunun yanı sıra, gerçekte yürütmenin kontrolünde olan Türkiye Adalet Akademisi'nin de üye seçmesi öngörülmüştür.[905]

Söz konusu değişiklikle HSYK ilk kez üç daireye ayrılmıştır. Kurulun üç daireye ayrılması uzmanlık ve işbölümü açısından olumlu olarak görülmektedir. Daha önce HSYK'nın kendisine özel bir sekretaryası, binası ve ayrı bir bütçesi bulunmuyordu. Sekretarya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yerine getiriliyordu. 2010'da yapılan değişiklikte, artık HSYK'ya müstakil bir bina tahsis edilmiş olup, ayrı bir sekretaryası ve bütçesi vardır.

HSYK idari nitelikte kararlar verdiği ve Anayasamızda bütün idari kararların yargı denetimine tabi olduğu açıkça belirtildiği halde şimdiye kadar HSYK kararlarının bütünüyle yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleriyle çelişmekteydi. 2010 değişikliğinden sonra HSYK'nın 'meslekten çıkarma' cezalarına ilişkin kararlara karşı yargı yolu açılmıştır. Yargı yolu, sadece 'meslekten çıkarma' cezalarına ilişkin kararlara karşı açılmış olsa da bunun, önceki düzenlemeye göre yargı bağımsızlığı açısından önemli bir adım olduğunu belirtmek gerekir.[906] Ancak HSYK'nın 'meslekten çıkarma' cezası dışında da önemli kararları vardır ki, bu kararlara karşı da yargı yolu açılmalıdır.

2.3.1.6) HSYK'DA 2010 DEĞİŞİKLİĞİNDEKİ EKSİKLER

HSYK ile ilgili 2010 değişikliğinin, yargı bağımsızlığı adına atılmış önemli bir adım olmakla birlikte yine bazı eksiklerle malul olduğu ve HSYK konusunda hâlâ ciddi sorunların bulunduğunu belirtmeliyiz. Bu sorunları, başlıklar halinde şöyle sıralayabiliriz:

***HSYK Kararlarına Karşı Yargı Yolu**

HSYK'nın hâkim ve savcılarla ilgili aldığı bütün kararlar, sonuç itibariyle idari niteliktedir. Bu nedenle bu kararların tamamı yargı denetimine tabi olmalıdır. Yüksek kurul kararlarının yargısal denetimi; hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. HSYK kararlarının yargı denetimi dışında bırakıl-ması, şimdiye kadar bu kurula yönelik yapılan eleştirilerin odak noktasında yer almıştır.

2010'da yapılan anayasa değişikliğiyle, HSYK'nın sadece 'meslekten çıkarma' cezası kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Bu değişiklik, hukuk devleti ilkesinin güçlendirilmesi açısından olumlu karşılanmakla birlikte HSYK'nın tüm kararlarına karşı yargı yolunun açılması gerektiği belirtilmelidir. Çünkü Yüksek Kurul, hâkim ve savcılarla ilgili 'meslekten çıkarma' cezası dışında da önemli kararlar almaktadır.

---

[905] Doç.Dr. Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları.
[906] Doç.Dr. Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları.

HSYK'nın 'meslekten çıkarma' cezası dışındaki diğer kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması Anayasaya aykırıdır. Anayasanın 125/1. maddesine göre; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. HSYK, idari bir kuruldur. Kurulun yaptığı işler, tamamen idari işlem niteliğindedir. Kurul üyelerinin hukukçu ya da yargı mensubu olması, HSYK'nın idari bir kurul olma özelliğini ortadan kaldırmaz. HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, anayasanın söz konusu maddesiyle çelişmektedir.

Yine Anayasanın 2. maddesine göre; "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı demokratik hukuk devletidir." Anayasa Mahkemesinin 29. 11. 1966 tarih ve 44 sayılı kararına göre; Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran bunu devam ettirmeye kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı bulunan devlet demektir. Dolayısıyla HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, bu maddeye de aykırıdır.[907] Sonuç olarak HSYK'nın sadece 'meslekten çıkarma' cezasına ilişkin kararlarının yargı denetimine açılması, yargı bağımsızlığı açısından önemli bir adım olmakla birlikte bunu tam olarak sağlamaya yeterli değildir.

***HSYK'nın Daireleri**

Kurulun üç daireye ayrılması belki uzmanlık ve işbölümü açısından olumlu olmakla birlikte, dairelerin görev ve yetkilerinin Anayasada belirlenmesi yerine bunun yasal düzenlemeye bırakılması, siyasal iktidara geniş bir takdir alanı tanınması anlamına gelmektedir. Nitekim konuyla ilgili yapılan yasal düzenleme, kamuoyunda tartışma yaratmış; özellikle yeni kurulan dairelerin kompozisyonu ve yetkilerinin siyasal iktidarın politik tercihleri doğrultusunda düzenlendiği iddia edilmiştir.

***HSYK Genel Sekreterinin Atanması**

2010 Anayasa değişikliğiyle Kurula ait müstakil bir sekretarya oluşturulması olumlu bir adım olmakla birlikte, HSYK Genel Sekreteri'nin Adalet Bakanı tarafından atandığı dikkate alındığında, yapılan değişikliğin, önceki durumdan çok da farklı bir sonuca götürmeyeceği söylenebilir.

***HSYK'da Adalet Bakanı ve Müsteşarının Konumu**

2010'da yapılan değişiklikle; Adalet Bakanının kurulun başkanı, bakanlık müsteşarının kurulun doğal üyesi olmasının korunduğu ve hatta belli konularda Adalet Bakanının yetkilerinin arttırıldığı dahi söylenebilir. Bakan ve müsteşarın kurulda yer alması, yürütmenin kurul içindeki etkisini arttırdığı gerekçesiyle hukuk camiasında öteden beri eleştirilmektedir. Özellikle, yakın geçmişte bakan ve müsteşarın Kurul çalışmalarına katılmayarak kurulun toplanmasını ve karar almasını engellemesi, yürütmenin Kurul üzerindeki olumsuz etkisinin somut bir örneği olarak gösteril-mektedir.[908]

HSYK'nın başkanı siyasi iktidarın Adalet Bakanı, tabii üyesi de bakanın etkisinde olan müsteşarıdır. Yargı kurumu üzerinde bu derece etkili ve yetkili bulunan iki siyasi kişinin hâkim ve savcılar hakkında söz sahibi olabilmesi, hâkim güvencesini zedelemektedir. Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın HSYK seçimlerindeki

[907] Dr. Sami GÖREN, HSYK Hakkında Eleştiriler Ve Temenniler.
[908] Doç.Dr. Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları.

etkisinin yargı bağımsızlığı ilkesine gölge düşürdüğü söylenebilir. Ancak bir görüşe göre; demokrasilerin temsil esası üzerine kurulduğu, arkasında halkın temsil gücü ve meclisin güvenoyu olan seçilmiş Adalet Bakanı ve onun müsteşarının HSYK'da bulunmasının demokratik temsil prensibinin bir gereği olduğu, bu nedenle yargı bağımsızlığı ilkesine zarar vermeyeceği ileri sürülmüşse de,[909] bakan ve müsteşarın kurulda yer alması, bizim gibi hukuk kültürünün yerleşmediği ülkelerde yargı bağımsızlığını ihlal edebilecek bir takım tutum ve davranışlar için en azından açık kapı bırakılması anlamına gelmektedir.

Diğer bir görüşe göre; Adalet Bakanının, müsteşarıyla birlikte HSYK'nın bütün toplantılarına katılabileceği, demokratik bir devlet olmanın gereği olarak yazılı veya sözlü biçimde talep, teklif ve tavsiyelerde bulunabileceği, açıklamalar yapabileceği, ancak kurul kararlarına katılıp oy veremeyeceği vurgulanmıştır. Başka bir görüşe göre; yargının yönetim ve denetimini yürütmekle görevli Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na, devletin diğer erklerinden yürütmenin bir üyesi olan Adalet Bakanının başkanlık etmesinin yargıyı incittiği; bir erki, öteki erkin tahakkümü altına soktuğu ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu dile getirilmiştir.[910] Sonuç olarak, hukuk camiasında yaygın olan görüş, HSYK'da Adalet Bakanı ve müsteşarının konumunun, yargı bağımsızlığı açısından büyük sakıncalar doğurduğu şeklindedir.

***HSYK ve Hukuk Kültürü**

Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerinin, şüphesiz ki anayasal düzeyde teminat altına alınması gerekmektedir. Çünkü anayasalar, en temel hukuki metinler olup değiştirilmeleri yasa, tüzük ve yönetmelikler kadar kolay değildir. Dünyadaki örneklerine baktığımızda, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını güvence altına almak için uygulanan farklı anayasal sistemlerin bulunduğunu görmekteyiz. Bu anayasal güvenceler, objektif ölçütler olduğundan o işin gereğine uygun olmayan keyfiliğin ve farklı isteklerin önüne set çekmektedir. Ancak ortaya konulan belirli bir hukuk sistemini, mutlak hakikat olarak görerek onu kutsamak bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Çünkü bir hukuk sistemi ne kadar mükemmel olursa olsun, onu uygulayan insan unsuru ve uygulanan toplumun hukuk anlayışı, kültürü ve zihniyeti asla ihmal edilmemesi gereken bir faktörlerdir. Bir toplumda hukuk kültürü yerleşmiş ise, yasalarda bazı eksiklikler olsa bile yine de işlerin düzgün yürümesi mümkündür. Böyle toplumlarda insanları hukuka uygun davranmaya sevk eden şey, sadece yasalar değil, hukuk kültürü ve bu konuda oluşmuş etik ilkelerdir.

Yasama ve yürütmenin yargıya etkisini önlemek ve yargının bağımsızlığını sağlamak için, devletin üç erkinin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen anayasal ve yasal hükümlerden ayrı olarak bu konuda devletin üç erkini temsil eden kadrolarda ve toplumda yerleşmiş sağlıklı bir hukuk kültürünün ve etik değerlerin varlığı büyük önem taşımaktadır. Yani insan unsurumuzun gerçek anlamda bir hukuk zihniyetine sahip olması gerekir. Örneğin devlet başkanlarınca atanıp görevden

[909] İbrahim Okur, Hâkim-Savcı Etiği.

[910] Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu, Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunun Sorunları Ve Çözüm Önerileri.

alınabilen başsavcıların bulunduğu Avrupa ülkelerinde kimin hangi yıl başsavcı olacağı önceden bilinmekte ve hiçbir devlet başkanının aklına yetkisini kullanarak durup dururken bir başsavcı ya da yüksek hâkimi görevden almak gelmemektedir. Aslında toplumun ve hukuk sisteminin yerleşmiş kuralları ve gelenekleri böyle bir skandala izin vermez.[911]

2.3.1.7) HSYK'DA YAPILAN 2010 SONRASI DEĞİŞİKLİKLER

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili değişiklik, 2010 halkoylamasıyla sınırlı kalma-mıştır. Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6524 Sayılı Kanunla, HSYK Kanununda değişiklik yapılarak 26 Şubat 2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.[912]

Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6524 Sayılı Kanunla değiştirilen HSYK Yasasının en çok tartışılan noktası, HSYK'nın yapısında, çalışma usul ve esaslarında köklü değişiklikler getirerek yürütme organına ve siyasi sorumluluğu

---

[911] Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu, Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunun Sorunları Ve Çözüm Önerileri.

[912] Kurul başkanına daha çok yetki veren bu değişikliğe göre; *HSYK'ya bağlı olan müfettiş ve müfettiş yardımcıları HSYK Başkanına (Adalet bakanı) bağlı olacak. *HSYK'nin Başkanı soruşturmalara izin vermenin yanı sıra, inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair işlemlere de onay verecek. *Daha önce atanması HSYK Genel Kurulu tarafından yapılan Teftiş Kurulu Başkanını, Teftiş Kurulu başkan yardımcılarını ve Genel sekreter yardımcılarını HSYK Başkanı atayacak. *Daha önce HSYK üyeleri hakkındaki suç soruşturması ile disiplin soruşturma ve kovuşturma işlemleri HSYK Genel Kurulunca yapılırken bundan sonra bu işlemler HSYK Başkanı tarafından yapılacak. *Üç daireden oluşan HSYK'da hangi üyenin hangi dairede görev yapacağı, daha önce HSYK Genel Kurulunca belirlenirken şimdi HSYK Başkanı tarafından belirlenecek. *HSYK Tetkik hâkimlerini daha önce genel kurul atar veya görevlendirirken, yeni düzenlemede Birinci Dairenin önereceği adaylar arasından yine HSYK Genel Kurulu atayacaktır. *Kurul müfettişlerini daha önce Genel kurul atarken yeni düzenlemede Birinci Dairenin önerisi üzerine Genel Kurul atayacak. Kurul Başmüfettişlerini ise kıdem sırasına göre Genel Kurul atayacak. *HSYK'nın toplantı günlerini daha önce Genel Kurul belirlerken yeni düzenlemede HSYK Başkanı belirleyecektir. Yine daha önce en az 15 kişiyle toplantı yapılabilirken, yeni düzenlemede salt çoğunlukla yani 12 kişiyle toplantı yapılabilecek ve 7 kişiyle karar alınabilecek. *Önceki düzenlemede her bir daire ancak 5 üye ile toplanabilmekte iken, yeni düzenlemeye göre salt çoğunlukla yani 7 kişilik bir daire 4 kişiyle toplanabilecektir. *HSYK üyelerinin disiplin soruşturmalarını HSYK Başkanı kendi belirleyeceği 3 üye ile yapacak ama disiplin kovuşturmasını HSYK Genel Kurulu yapacaktır. Görüldüğü gibi bu değişiklikle HSYK Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanının yetkileri önemli ölçüde arttırılmıştır. Bu, birçok yönleriyle 2010 öncesi döneme geri dönüş anlamına gelmektedir. HSYK Genel Kurulunun yetkileri, Kurul başkanı sıfatıyla Adalet Bakanına verilen yetkiler nedeniyle daraltılmıştır. Dairelerin oluşumu ve daire başkanlarının seçimi ile görev ve yetkileri konusunda HSYK Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanının yetkisi arttırılmaktadır.

olan Adalet Bakanı'na, kurul üzerinde geniş bir yetki tanımasıdır. Bağımsız ve tarafsız yargı, hukuk devletinin etkin bir şekilde işlemesini ve insan hakları ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlar. HSYK, hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olan yargı bağımsızlığı ilkesini geçerli kılmak için kurulmuştur.

2010'da halk oylamasıyla oluşturulan HSYK'nın yapısı, kanunla yeniden değiştirilmiştir. Halkın, egemenliğini doğrudan kullandığı 2010 referandumuyla tam ideal anlamda olmasa da olumlu yönde değişikliklere uğrayan HSYK'nın yapısı, 3 yıl gibi çok kısa bir süre içerisinde yargı bağımsızlığı adına geri adım atılarak yeniden değiştirilmiştir. 2014'de yapılan bu düzenleme, önceki yasa ile karşılaştırıldığında konu daha iyi anlaşılacaktır.

2010 halk oylamasından önce; HSYK'da denetim ve soruşturma Bakanın izniyle yapılıyordu. Teftiş Kurulu Adalet Bakanı'na bağlıydı. Teftiş Kurulu Başkanı ve Başkan yardımcıları Bakan tarafından atanıyordu. 2010 halk oylamasından sonra; denetim ve soruşturmanın, Üçüncü Dairenin teklifi ve Bakanın oluruyla yapılması kabul edilmişti. Yine Teftiş Kurulu HSYK'ya bağlandı. Teftiş Kurulu Başkanı ve Başkan yardımcıları HSYK Genel Kurulu tarafından atanmaya başlandı. Son kanun değişikliğiyle (6524 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik), HSYK'ya verilen yetkiler Adalet Bakanı'na devredildi. HSYK personelinin görevine son verilerek yeni personel Adalet Bakanı tarafından atandı. Denetim ve soruşturmaya karar verme yetkisi Bakan'a devredildi. Teftiş Kurulu Başkanı ve yardımcıları da Adalet Bakanı tarafından atanmaya başlandı. Pek çok Anayasa ihlalini bünyesinde barındıran bu düzenlemeyle, HSYK'da yargı bağımsızlığı açısından sakıncalı döneme tekrar geri dönülmüş olundu.[913]

2.3.2) TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

Hukukun uygulanması aşamasıyla ilgili önemli kurumlardan birisi de Türkiye Adalet Akademisidir. Çünkü Türkiye Adalet Akademisi; hâkim-savcı adaylarının, yardımcı adli personelin, hatta bazen avukat ve noterlerin mesleki eğitimini, ayrıca adalet ve hukuk alanında araştırma görevlerini yürütmekte olan bir kurumdur.

15.06.1985 tarihinde yürürlüğe giren Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile adli ve idari yargı hâkim ve savcı adaylarının yetiştirilmelerini sağlamak üzere Ankara'da Adalet Bakanlığına bağlı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi kurulmuştu.

Avrupa Birliğine katılım sürecinde üye ülkelerdeki mevzuata ve uygulamalara uyumu sağlamak üzere, yargı alanında eğitim ve diğer bazı görevleri yerine getirecek **bağımsız** bir kurumun oluşturulması gündeme gelmiş ve 23.07.2003 tarihinde 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunla; tüzel kişiliğe sahip bilimsel, idari ve mali özerkliği olan Türkiye Adalet Akademisi kurulmuştur.

Ankara'da bulunan Türkiye Adalet Akademisi'nin başlıca görevleri; hâkim, savcı, avukat ve noterler için eğitim faaliyetleri oluşturmak ve uygulamaktır. Buna

---

[913] Denge ve Denetleme Ağı; http://ipc.sabanciuniv.edu/wp-content/uploads/2012/05/a.pdf.

göre Akademi; sivil, idari ve askeri hâkim ve savcıların, istekleri halinde avukat ve noterlerin mesleki gelişimi için hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim kursları verir. Akademide ayrıca ulusal ve uluslararası hukuk ve adalet konusunda danışmanlık ve istişari hizmetler verilmekte; araştırmalar yapılmakta ve seminerler düzenlenmektedir. Akademi bünyesinde bir bilgi ve dokümantasyon merkezi de vardır.

2.3.2.1) Türkiye Adalet Akademisi'nin İşlevleri

Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'na göre Akademinin işlevlerini şöyle sıralayabiliriz:

***Eğitim**: Adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcıları ve noterler ile adalet hizmetlerine yardımcı personelin ve talep halinde avukatların, meslek öncesi ve meslek içi eğitimi ve gelişmesi için kurslar açmak; belli alanlarda uzmanlık programları, seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek; sertifika ile değerlendirilecek eğitim ve öğretim programlarını uygulamak; hukuk ve adalet alanında ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları eğitim plânlarının ve araştırma projelerinin yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak. Hukuk ve adalet alanını ilgilendiren eğitim ve öğretim çalışmaları hakkında ilgili kurum, kuruluş ve kurullara görüş bildirmek,

***Danışma/Yardım**: Ulusal ve uluslararası hukuk ile adli ve mesleki konular hakkında danışmanlık hizmeti vermek ve görüş bildirmek,

***İnceleme, Araştırma ve Yayın**: Hukuk ve adalet alanını ilgilendiren konularda inceleme ve araştırmalar yapmak, yaptırmak; bu konularda seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek; yayınlar yapmak ve bu tür çalışmaları desteklemek,

***Dokümantasyon**: Türkiye ve diğer devletlerdeki hukuk ve adalet alanını ilgilendiren belgelerin, mevzuatın, mahkeme kararlarının ve yayınların ilgililerin faydalanmasına sunulmasını sağlamak üzere bir bilgi ve belge merkezi, bilgi bankası ve kütüphane kurmak; Türk hukuk ve adalet bibliyografyalarını hazırlamak, hazırlatmak ve bunları yayımlamak,

***Meslek Öncesi Eğitim ve Staj**: Adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının meslek öncesi eğitimlerinin hazırlık ve son dönemlerini bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine göre yürütmek; askeri yargı hâkim ve savcıları ile talep halinde noterlerin ve avukatların stajlarında meslek öncesi eğitim programları düzenlemek. (Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, Madde: 5)

2.3.2.2) Türkiye Adalet Akademisi Eğitim-Öğretim Elemanları

Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen önemli görevleri yerine getirecek eğitim-öğretim elemanlarının nitelikleri büyük önem taşımaktadır. Kanunda bu görevleri yürütmek için *Öğretim Elemanları, *Görevlendirilenler ve *Diğer Çalışanlar şeklinde üç farklı eğitim-öğretim elemanlarından söz edilmiştir.

***Öğretim elemanları:** Akademi, yüksek öğretim kurumlarıyla işbirliği yaparak, Yükseköğretim Kanununun 38. maddesi hükümlerine göre geçici olarak öğretim elemanı görevlendirebilir. Bu öğretim elemanları hakkında bu Kanun ile

Yükseköğretim Kanunu hükümleri uygulanır. Akademi başkanının talebi üzerine, yetkili kurul ve organlarınca uygun görülen yeteri kadar Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyesi; meslekte fiilen on yılını tamamlamış adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcıları, avukatlar, noterler ile alanında uzman kişiler ders vermekle görevlendirilebilirler.

***Görevlendirilenler:** Kamu kurum, kuruluş ve kurullarında çalışanlar, ilgili kurum, kuruluş ve kurulun uygun görmesi ve ilgilinin kabul etmesi şartı ile Yönetim Kurulu tarafından, yapılacak çalışmanın kapsamı ve süresi de dikkate alınarak en çok bir yıl süreyle Türkiye Adalet Akademisin-de görevlendirilebilirler. Süresi sona erenler, aynı usule göre yeniden görevlendirilebilir.

***Diğer Çalışanlar:** Akademide, yabancı uyruklular dâhil sözleşmeli olarak araştırmacı ve danışman çalıştırılabilir. Emekli olan yüksek mahkeme üyeleri, üniversite öğretim üyeleri ve alanında uzman diğer kişiler Akademide sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler. (Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, Madde:22-23-24)

2.3.2.3) Türkiye Adalet Akademisi Eğitim-Öğretim Planları

Akademi; adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcıların, avukat ve noterler ile adalet hizmetlerine yardımcı personelin, meslek öncesinde ve meslek içinde yetişmeleri için Bakanlık, Milli Savunma Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği ile işbirliği yaparak, kalkınma planlarında belirtilen genel esaslara uygun olarak, kısa ve uzun vadeli eğitim ve öğretim plânları hazırlar. Bu plânın hazırlanmasında Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve hukuk fakültelerinin görüşü alınır. (Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, Madde: 26)

2.3.2.4) Türkiye Adalet Akademisi'nin Yapısı Hakkında Eleştiriler

Türkiye Adalet Akademisi'nin bugünkü yapısı, hukuk camiası tarafından eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre; bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip olması gereken Akademinin başkanını, başkan yardımcılarını ve daire başkanlarını Bakanın belirlemesi, Akademinin özerkliğini zedelemektedir. Türkiye Adalet Akademisinin yapısındaki demokratik çoğulculuk ortadan kaldırılmış ve Akademi Genel Kurulunda, Yönetim Kurulunda, Denetim Kurulunda Bakan son derece etkin bir konuma getirilmiştir. Gerek Akademinin bugünkü yapısı ve gerekse Türkiye Adalet Akademisinde görev yapanların son çıkarılan yasayla doğrudan görevlerine son verilmesi hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleriyle bağdaşmayacak bir durumdur.[914] Yasal mevzuat ve uygulamalara bakıldığında, bu eleştirilerde haklılık payı olduğu söylenebilir. Şöyle ki;

Bilindiği gibi Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'na göre; Akademi, tüzel kişiliğe sahip, bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip olan bir kuruluştur. (Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, Madde: 4). Bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluş olan Türkiye Adalet Akademisi Başkan ve başkan yardımcıları, Bakan tarafından seçilmektedir. Akademi Genel Kurulu; Bakan ve müsteşarı başta olmak

[914] Nesibe Özer, HSYK 2. Daire Eski Başkanı, Yazılı Açıklama, Hürriyet Gazetesi/Gündem, 20 Şubat 2014.

üzere bakanlığa bağlı daire başkanı ve genel müdürlerden oluşmaktadır. (Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, Madde: 9-12). Bu nedenle Akademi'nin Genel kurul ve Yönetim Kurulu'nun oluşumundaki, Başkan ve başkan yardımcılarının belirlenmesindeki yetki, yürütme organına geçmiş ve Akademi'nin yasada belirtilen bilimsel, idari özerkliği işlevselliğini yitirmiştir.[915]

Bağımsız olması ve adil karar vermesi gereken hâkim ve savcıların meslek öncesi ve meslek içi eğitimlerinin verilmesinde Adalet Bakanlığı belirleyici konumdadır. Hâlbuki 2004 tarihli AB İstişari Ziyaret Raporu'nda hâkim ve savcıların meslek içi eğitimlerini düzenleyen kurumda potansiyel ve muhtemel yürütme etkisi eleştirilmiştir. Akademi'yi tamamen yürütmenin kontrolüne verip hâkim ve savcıların meslek içi eğitimlerinin de bu kuruma verilmesi, yargı bağımsızlığı konusunda bir geriye gidiştir. Türkiye Adalet Akademisinin, HSYK'ya bağlı olarak çalışması ve özerkliğinin gerçek anlamda sağlanması gerekir.

B) YARGININ BEŞERİ (İNSAN) UNSURU

1) GENEL OLARAK İNSAN UNSURU

"Dünyada en zengin adam namusu çok, en kuvvetli adam vicdanı sağlam,
en iyi adam iyilik yapmaya meyli çok olandır." (Şemsettin Sami)

"Ya olduğun gibi görün, ya da göründüğün gibi ol" (Mevlana)

Toplumsal hayatta bütün sorunların merkezinde insan unsurunun yer aldığını söyleyebiliriz. Sağlıklı insan ilişkileri ve kalitesi üzerine kurulmamış hiç bir mesleki, ticari faaliyetin verimli olması mümkün değildir. Her alanda iyi insan yetiştirmek, ehliyetli ve liyakatli kadrolar oluşturmak bir ülke için hayati önem taşıyan bir görevdir. Tarih boyunca, toplumsal hayatın her alanında özellikle de devlet yönetiminde insan unsurunun önemi, sağlıklı ve uzun vadeli düşünebilen aydınlar tarafından dile getirilmiştir. Bizim devlet kültürümüzde 'İnsanı yaşat ki devlet yaşasın' sözüyle dile getirilen insan unsurunun önemi, devletin siyasi ve idari yapısında bozulmaların baş gösterdiği dönemlerde daha yüksek sesle vurgulanmıştır.

XVI. yüzyılda Osmanlı Devleti'nde bazı işlerin bozulmaya başladığını ilk fark eden Osmanlı aydınlarından biri olan tarihçi-şair Gelibolulu Mustafa Âli'nin, devletin siyasi, idari bozukluğuna dair eleştiriler getirdiği, yaşanan sorunlara temel çözümler önerdiği ve Osmanlı Padişahı Sultan III. Murad'a yol göstermek ve kendisine takdim edilmek üzere kaleme aldığı Nushatü's-Selâtin (Sultanlara Öğütler) isimli bir kitabı bulunmaktadır.

Doğu dünyasındaki hükümdarlara yol gösterici edebiyatın daha önceki örneklerini aşarak, siyasi literatürde 'Nasihatname' denilen yeni bir türün öncü çalışmasını yapan Mustafa Ali; bu kitapta yer alan bir şiirinde, devlet yönetimi için insan unsurunun önemini şöyle vurguluyor:

---

[915] Hüseyin Yıldırım, Türkiye Adalet Akademisi Eski Başkanı/Yargıtay Üyesi.

"Mescid-ü meâbidi ko âdem yap.
Kâbe yapmacadır âdem yapmak.
Taş ağaç kaydı ne lâzım şahım,
Yaraşır şahlara âlem yapmak" [916]

Şiirin her mısraının bugünkü dildeki anlamı:

"Mescit ve mabetler yapmayı bırak da iyi insan yetiştir.
Çünkü iyi insan yetiştirmek Kâbe'yi inşa ve tamir etmek gibidir.
Ey şahım! (hükümdarım) Taşın ve ağacın kaydı ve hesabı lazım değil,
Ancak şahlara (hükümdarlara) yaraşan davranış, insanoğlu, adam yetiştirmektir.[917]

Gelibolulu Mustafa Ali; bu şiirde, Osmanlı padişahlarına, devletin parasından mescit ve mabetler inşa etmek gibi hayır işlerine harcama yapmanın münasip/uygun olmadığını, şahlara/hükümdarlara binalar yapmak yerine insan yapmanın (yetiştirmenin) ve insanoğluna yatırım yapmanın daha çok yakıştığını öğütlemektedir. Mustafa Ali Bey, bu eserine 'Nushatüs-Selâtin' ismini vermiş, ancak eser Nasihatüs-Selâtin olarak meşhur olmuş ve bu isimle anılır olmuştur.

Medeniyetler tarihi incelendiğinde, belirli bir çağda bir medeniyetin diğer medeniyetlere göre öncü rol oynamasında ana etkenlerden birincisinin, nitelikli insan unsuru olduğu görülür. Nitelikli insan, bütün medeniyetler, ülkeler ve toplulukların başarıya ulaşmasında kilit kavramdır. Toplumların hayatında bu kadar önemli olan nitelikli insan unsurunun nasıl yetişeceği konusu burada önem taşımaktadır. Toplumlar birbirinden farklı kültürlere sahip olduğundan, her toplumun kendine özgü nitelikli insan yetiştirme anlayışının olması doğaldır. Hangi değerlere ve hangi kültür anlayışına göre nasıl bir insan modeli hedeflenmektedir? Bu sorular, bir toplumun 'nitelikli insan' yetiştirmesinin temel ölçütlerini ortaya koymaktadır.

Batı medeniyeti ile bizim medeniyetimiz arasındaki en önemli fark, iyi ve nitelikli insan tipinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre batı medeniyeti, kendi nitelikli insan modeli olarak 'büyük adam'ı yetiştirmek için çalışmaktadır. Batının bu 'büyük adam'ı; bencil, acımasız, merhametsiz, güce inanmış, sömürü zihniyetine sahip bir insandır. Türk toplumunun iyi ve nitelikli insan modeli ise, 'büyük insan'dır. Kendi kültür ve medeniyetinin kalp, akıl ve beyin bütünlüğü çerçevesinde düşünen, buna göre adalet, merhamet, dayanışma, duygu ve sevgi merkezli bir nitelikli insandır. Bugün yaklaşık 65 ülkenin yaşadığı Osmanlı coğrafyası, asırlar boyunca adalet üzere bu nitelikli 'büyük insan' unsuruyla yönetilmiştir.[918]

Bu çerçeveden bakıldığında iyi ve nitelikli insan, kendi toplumunun medeniyet ve kültür değerlerini en üst düzeyde akıl, gönül, beyin bütünlüğü içinde kaynaştırıp bu değerleri, çağımızın sorunlarını çözmede rehber edinen ve hayata geçiren kişidir. Türk aydınları, özgün değerlerden hareket eden nitelikli insanın eğitim ve inşasına öncelikle karar vermeli ve bu konuda çaba harcamalıdır.

---

[916] Meabid: Mabetler/İbadethaneler; Âdem: insan, adam; Âlem: insanoğlu, dünya, herkes.
[917] Yrd. Doç.Dr. Sadettin EĞRİ, Mustafa Ali Bey'den Sultanlara Nasihat.
[918] Ord. Prof. Dr.H. Ziya Ülken; http://www.ozgunsosyaldusunce.com.

***İyi İnsanın Nitelikleri**

İyi insan, bütün mesleki ve ticari faaliyetlerdeki başarının temeli olduğuna göre iyi insanın niteliklerini ana hatlarıyla dile getirmekte yarar bulunmaktadır. İyi kavramı sözlükte; "istenilen, beğenilen nitelikleri taşıyan, kötünün karşıtı; hayırlı, uğurlu, iyilik getiren; yerinde, uygun, doğru ve yeterli olan; işe yarar, özüne uygun, doğasına uygun; istenmeğe değer olan; değerlere yönelmiş, değerli olan; yüksek değerleri seçmeyle ortaya çıkan; ahlaki olanın olumlu ana niteliğini gösteren özel kavram; ahlakça değerli olan" demektir.[919] "İyi insan, özü, sözü doğru, faziletli; iyi ve kötüyü ayırt edebilen, ahlakını iyi yönde kullanabilen, iyi karakterli ve güzel ahlaklı bir insan demektir." [920]

İyi insan, kendisiyle ve diğer insanlarla barışık olan insandır. Yalnız kendini düşünerek hareket etmez, yani bencil ve egoist değildir, sadece kendi arzu, istek ve menfaatlerini ön planda tutmaz. Bu dünyada yalnız olmadığını, başka insanların da yaşadığını düşünür, ona göre davranır. Diğer insanlarla kendisi arasındaki ilişkiyi dosdoğru sürdürebilmek ve insanların hak ve hukukuna riayet etmek için büyük özen göstermek zorunda olduğunu söz ve davranışlarıyla gösterir. İyi insan, aynı zamanda iyi bir meslek mensubudur. İyi insan olmadan iyi meslek adamı olunmaz. İyi meslek adamı, iyi bir insanın bütün ahlaki niteliklerini üzerinde toplamalıdır. Bir ülke, iyi insanların namus, vicdan ve sorumluluk duygusuna dayandığı ölçüde güven içinde olabilir.

W.F.Foerster, iyi insanın niteliklerini şöyle sıralıyor: "Doğruluk, itimat ve güvene layık olmak, söz verdiği işi vaktinde yerine getirmek, sadakat, namusluluk, iyi iş ve meslek adamının uyması gereken şartlardır." W.F.Foerster'in bu görüşünde yer alan doğruluk, itimat ve güven, işi vaktinde yapmak, sadakat ve namusluluk gibi özellikler, genel olarak her iş ve meslek adamının, özellikle de hukuk mesleği mensuplarının taşıması gereken niteliklerdir. O'na göre böyle iş ve meslek adamları, vicdanının emrettiği yüksek ahlaki değerlere göre hareket etmelidir. İnsanları birçok yanlışları yapmaya sevk eden denetimsiz istek, arzu, hırs ve ihtiraslara sağlam sınırlar çizmek; paraya, mala, mülke karşı sınırsız ve doyumsuz olan insan isteklerini kontrol altına almak, ancak ahlaki eğitim ve terbiye ile mümkündür.

Her türlü faaliyetlerin temel unsuru olan insanı, yapacağı iş ve meslekte hem bilgi ve tecrübe yönünden hem de ahlaki değerler bakımından yetkin hale getirecek olan şey, genel olarak eğitim ve bu eğitimin içinde yer alması gereken ahlaki terbiyedir. Ahlak eğitimi, insanlar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini konu olarak ele alır. Bu nedenle ahlak, bütün ekonomik, ticari ve mesleki faaliyet-lerdeki başarıların gizli ve en önemli faktörü olarak görülmelidir. Bir toplumda ahlak kıtlığının başlamasıyla mesleki ve ticari hayatta da maddi kıtlık başlar. Bu nedenle ahlak, bütün iş ve meslek hayatındaki başarıların gizli temelidir. Her ticari başarı ve itibarın arkasında, mutlaka ahlaki bir tutum ve davranış vardır. Prof.E. Herrmann şöyle diyor**:**

---

[919] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

[920] Prof. Dr. Ali Seyyar, Ahlak Terimleri/Ansiklopedik Sözlük.

"İnsan karakter ve kişiliğinin ticari ve mesleki önemi gerçekten büyüktür. Bu gerçeği, sanayi sisteminin doğurduğu modern ekonomi ilmi, akıl almayacak derecede küçümsemiş ve takdir edememiştir. Ticaret ve sanayinin doğuşundan beri her çalışan insan, kendini din ve ahlak bağlarından kurtulmuş saymış ve fazla kafa yormadan birçok ahlaki kuralla beraber ekonomik vicdanı da içinden söküp atmıştır. Hâlbuki iç ekonomimizin (insanı önemseyen ekonomi) ilk ve son ödevi, insanın kişiliğini elde etmek ve sürekli olarak asilleştirmek suretiyle yenilemektir."[921]

İnsan, ekonomi ve ticaret için değil, ekonomi ve ticaret insan içindir. İnsan kişiliğine, ahlak ve karakter yapısına önem verilmemesi yüzünden birçok ticari işletmeler ve mesleki kuruluşlar büyük zararlara uğramaktadır. Aklı başında bir yönetici ya da iş adamı, yönetimi altında çalışan insanların nitelik yönünden gelişmesine yarayacak masrafların kendisine zarar vereceğini hiçbir zaman düşünmez. Konu, sırf ahlaki bir görev, ahlaki bir amaç olarak ele almalıdır. Bunun olumlu mesleki, ticari ve ekonomik sonuçları zaten kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

2) YARGIDA İNSAN UNSURU

İyi işler, ancak iyi insan unsuruyla yapılabilir. Şair Nabi'ye ait olduğu söylenen meşhur bir deyiş vardır. "Tahsil-i kemâlât, kem âlât ile olmaz". Yani kötü araçlarla iyi sonuçlar elde edilemez. Başka bir atasözü "Eğri cetvelden doğru çizgi çıkmaz" şeklindedir. Her iki deyişin sözleri farklı olsa da benzer şeyleri ifade etmektedir. İyi, doğru ve kaliteli malzeme olmazsa kaliteli sonuç da elde edilemez.

Bir hukuk sisteminde yargının insan unsurunu oluşturan hâkim, savcı, avukat, noter ve diğer adli personel, hukukun amacı olan adalete ulaşmanın beşeri araçlarıdır. Yargının insan unsuru, bilgi donanımı ve ahlaki erdemler bakımından iyi yetişmemişse ve dolayısıyla ideal niteliklere sahip değilse, toplumda arzu edilen adil bir yargı düzeni kurulamaz. Çünkü bir yargı sisteminde görülen aksaklıkların temel nedenlerinin başında yetersiz ve niteliksiz insan unsuru gelmektedir.

Yargı organları tarafından yapılan iyi bir adalet dağıtımı, hâkim, savcı ve avukattan oluşan insan unsurunun iyi/nitelikli, kanunların iyi/doğru olmasına bağlıdır. Bunlar arasında bir öncelik sıralaması yapılması gerektiğinde birinci sırayı hangisi almalıdır? Örneğin acaba hâkim mi, yoksa kanunlar mı daha ön planda yer alır? Şüphesiz ki her iki unsur da önemlidir. Ancak bir öncelik sıralamasında, nitelikli hâkimin yani insan unsurunun ön planda olduğu söylenebilir. Ancak ülkemizde bir yargı reformundan söz açıldığında, daha çok anayasa ve kanunlarda yapılacak değişiklikler gündeme gelmektedir. Yargının insan unsurunun nitelik ve kalitesinin artırılması konusu çoğunlukla göz ardı edilmektedir.

Kitabın 'Hukukun Oluşturulması ve Etik' başlığını taşıyan bölümünde ayrıntılı biçimde ifade edildiği gibi, iyi/doğru hazırlanmış hukuk kuralları, yargı sisteminin temel taşlarından biridir. Ancak 'iyi hâkimlerin elinde kötü kanunlar bile işe yarar hale sokulabilir' sözünde de doğruluk payı vardır. Kanunlar, ideal nitelikte olmasa bile, hâkimler nitelikli ve donanımlı ise adalete yakın sonuçlar elde edilmesi ve bu şekilde kanun metinlerindeki bazı eksikliklerden doğan olumsuzlukların azaltılması

[921] F.W.Foerster, İyi İnsan İyi İş Adamı, Çeviren: İsmail Husrev Tekin.

mümkün olabilir. Biraz abartılı olsa da şu cümle bu konuyu çok güzel özetlenmektedir: "İyi hâkim varsa kötü kanun yoktur, ancak hâkiminiz kötü ise, iyi kanun bulamazsınız." Denebilir ki, aynı kanunlar kötü insanlar eliyle kötü yönetime, iyi insanlar eliyle de iyi yönetime dönüşebilir. O halde hâkimlerin, kanunlara göre daha ön planda olduğu söylenebilir.

Ülkemizde yargıyla ilgili sorunların merkezinde insan unsuru bulunmaktadır. Yargının sorununu, sadece hâkim ve savcıların yetersiz maaş almaları olarak gören anlayışın yanlış olduğunu ifade etmek gerekir. Bu düşünce tarzı, hukuk mesleğini sıradan bir memuriyete dönüştürmüş, inşaat ruhsatı için belediyelerde oluşturulan dosya ile yargıdaki dava dosyasını aynı nitelikte görür hale gelmiştir. Her davanın, tarafları bakımından ifade ettiği anlam ve maddi değeri az olsa da sonucunda adaletin gerçekleştirilmesine konu olduğu için kendine özgü sahip olduğu değeri göz ardı edilmektedir. Asıl sorunun, hukukun algılanışında ve adalet idealinin kaybedilmiş olmasında yattığı unutulmamalıdır. Hukukun amacı olan **adalet** değeri, sadece yasalarla değil, ancak hâkim, savcı ve avukatların zihniyet dünyasında yeşerebilir.

Yargının ve hukuk mesleğinin en temel unsuru iyi insan/iyi hukukçudur. Hukuk ve yargı sisteminde insan unsurunu; insan-hâkim, insan-savcı, insan-avukat, insan-noter olarak ifade edebiliriz. Bu ifade biçimi; iyi insanda bulunması gereken üstün niteliklerin, hâkimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik mesleğine girişle değil, insan olmak itibariyle kazanılabileceğini vurgulamak amacıyla kullanılmıştır. Başka bir deyişle hukuk mesleği mensupları, sahip olmaları gereken üstün nitelikleri, sırf hâkim, savcı, avukat ya da noter olmakla değil, iyi insan olmaları itibariyle kazanırlar. Hâkimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik makam ve sıfatları o mesleğe girenlere bir onur değer kazandırmaz. Aksine üstün niteliklere sahip olup bu mesleklere giren insanlar bu makam ve sıfatlara değer ve onur kazandırır.

Bu konuyu Nasrettin Hoca'nın 'Marifet kavuktaysa' isimli fıkrası güzel anlatır. Bir adam, elinde çok karışık ve farsça yazılmış elyazması bir mektubu Nasrettin Hoca'ya uzatmış;

- Hocam, şu mektubu bana bir okusana, demiş. Hoca mektuba bakmış, çok karışık el yazısı, üstelik farsça. Evirip çevirmiş okuyamadığı için adama geri vermiş. Adam şaşırmış, Hocanın okuma-yazma bilmediğini zannederek;

- Ayıp Hoca, ayıp! Benden utanmıyorsan bari başındaki koca kavuğundan utan, demiş. Bunun üzerine Hoca kavuğu çıkarıp adamın kafasına geçirerek;

- Şayet marifet kavuktaysa; haydi giy şunu da, kendin oku mektubunu bakalım, demiş.

Evet, marifet hâkim, savcı ve avukatların cübbesinde değil, bu meslekleri yürüten insanların mesleki yetkinliğinde ve üstün niteliklere sahip olmalarındadır.

Hukukun amacı adalet olduğu gibi, hukuk normlarının somut olaya uygulanması anlamına gelen yargılama faaliyeti sonucunda hedeflenen şey de, adaletin pratik hayatta gerçekleşmesidir. Dolayısıyla yargılama olayı, başlı başına etiksel bir faaliyettir. Hukuk normlarını somut olaya uygulayacak olan insan unsuru ise hâkimdir. Yargılama sonucunda haklı hakkını alacak, suçlu cezasını çekecek, mağdur teskin olacaktır. Bu nedenle her tür yargılama faaliyetinin en iyi bir biçimde yürütülmesine ve adaletin tecelli etmesine yarayan her sistem, kural ve yöntem

ahlaki önem taşımaktadır. Bu sistem, kural ve yöntemi ortaya koyacak ve uygulayacak olan da yine insan unsuru-dur. Kısaca bir bütün olarak yargı sistemini oluşturan temel unsurlar arasında en büyük role sahip olanı insan unsurudur. Yargının (beşeri) insan unsurunu hâkimler, savcılar, avukatlar, noterler, kolluk görevlileri, adli personel oluşturmaktadır.

2.1) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK HÂKİMLER

Genel Olarak Yargıda Hâkimlerin Rolü

İnsanlar toplum halinde bir arada yaşamak zorundadır. Ancak birden fazla insanın bulunduğu her yerde, uyuşmazlığın var olduğu söylenebilir. Çünkü insan, yaratılış itibariyle birlikte yaşama eğilimine sahip olduğu gibi aynı zamanda uyumsuz/belirsiz bir yapıya da sahiptir. Birlikte yaşamanın en küçük sosyal zemini ve mekânı olan ailede bile bazı uyuşmazlıkların meydana gelmesi kaçınılmazdır.

İnsanların üyesi bulunduğu toplumsal hayatın uyuşmazlık doğuran bir olgu olduğunu ve böyle bir hayat içinde yaşamanın sürekli olarak uyuşmazlık doğuran bir ortamda yaşamak anlamını ifade ettiğini söylemek yanlış olmaz.[922]

İnsanlar bir arada yaşamak zorunda olduklarına göre, bir arada yaşamanın adı olan toplumsal hayatın sürdürülebilmesi için bu uyuşmazlıkların çözümlenmesi gerektiğini ifade etmeliyiz. Bir hukuk devletinde hukuki uyuşmazlıkların çözümlendiği yer ise yargı organları yani mahkemelerdir. Yargı veya mahkemeden söz edildiğinde öncelikle hâkimler akla gelmektedir. Çünkü hâkimler, hukukta son sözü söyleyen kişiler olarak yargılama faaliyetlerinde belirleyici role sahiptirler. Bir hâkimin en önemli rolü, hukuka bağlı kalarak vicdani kanaatine göre verdiği kararla toplumda adaleti gerçekleştirmektir.

Hâkim sözcüğünün aslı, Arapçada 'hakeme' kelimesinden gelmektedir ve sözlükte 'hükmeden, hüküm veren' anlamına gelir.[923] Toplumsal ve mesleki rol olarak baktığımızda hâkimin en önemli işlevinin taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek olduğunu söylemek mümkündür.

Hukukun ve yargılamanın amacı, ortaya çıkan uyuşmazlıkları, tarafları ve toplumu tatmin edecek şekilde adalet üzere çözmek, insanların huzur ve güven içinde yaşamasını sağlamaktır.[924] Toplumsal düzenin korunması, sürdürülmesi buna bağlıdır. Zaten devletlerin de en başta gelen görevlerinden biri, insanların huzur ve güven içinde yaşamalarını sağlayacak tedbirleri almak; bu amaçla, hak ve adaleti insanlara eşit olarak dağıtarak uyuşmazlıkları çözmektir. Başka bir anlatımla, toplumsal hayatta hukuka uygun davranmayı sağlamak, ihlal edilen hakkı tamir ederek sahibine vermek, hak ve özgürlüklere ileride yapılacak tecavüzleri önlemek için gerekli tedbirleri almak, devletin temel görevlerinden biridir.[925]

---

[922] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Hukuk ve Hayat.
[923] Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat.
[924] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi.
[925] Prof.Dr. Mustafa Reşit Belgesay, HUMK Şerhi.

Adalet kavramının rolü tartışılmazdır. Toplumda özlemi çekilen, gerçekleşmesi istenen davranışlar ve işlemler adalet çerçevesi içinde toplanır.[926] Adaletin işleyişinde ciddi arızaların ortaya çıkması büyük sakıncalar doğurur. Doğru bir biçimde işleyen, etkin rol oynayan bir adalet düzenine sahip bulunmayan toplumlar, sosyal bunalım ve karışıklıklardan kendilerini kurtaramazlar.[927] O halde, toplumda adalet dağıtımını yapan, toplumun huzur ve güvenini sağlama, hakları koruma ve toplumda ortaya çıkan uyuşmazlıkları adalet üzere çözüme kavuşturma görevini üstlenen yargı organlarına büyük sorumluluk düşmektedir. Yargı organı denildiğinde şüphesiz ki akla, bu konuda son sözü söylemeye yetkili olan hâkimler gelmektedir. Öyle ki, hâkimsiz mahkeme ya da mahkemesiz hâkim düşünülemez. Bu nedenle toplumsal hayatın düzen ve güvenliğinin devamı açısından hâkimlerin önemli bir toplumsal görevi yerine getirdiklerini ifade etmek gerekir. Çünkü insanlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözerek haklı ile haksızı; suçlu ile suçsuzu birbirinden ayırt eden son kararı hâkimler vermektedir. Hukukun amacı olan adalet, hâkimlerin verdikleri kararlarla gerçekleşmektedir.

Hâkimlik mesleğinin önemi, şüphesiz ki yaptığı işlemler ve aldığı kararların insan hayatını derinden etkilemesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü bu meslek, kişinin en değerli varlıklarından biri olan özgürlüğü üzerinde kararlar verebilmekte; yakalama, zorla getirme, tutuklama gibi büyük yetkilerle donatılmış bir meslektir. Yine arama, el koyma, müsadere, yurt dışına çıkarmama, belirli bir meslekten ve kamu hizmetlerinden yasaklama, ayrılık, boşanma, nafakaya karar verme gibi temel hak ve özgürlükleri, bireysel hayatı, aile düzenini doğrudan etkileyen bu kararlar, sorumluluk, liyakat ve kalite isteyen yanıyla etiksel değerlerle doğrudan ilgilidir.

Hâkim, adaleti tesis etme görevini yerine getirirken, davanın taraflarıyla etiksel bir ilişkiye girer. Başka bir deyişle hâkim; verdiği kararla, başkalarının ilişkilerine karışan, onların eylemlerini değerlendiren ve yaptığı değerlendirme sonucunda taraflardan birinin haklı, diğerinin haksız olduğunu ya da birinin suçlu diğerinin suçsuz olduğunu söyleyen kişidir.[928] Hâkimin verdiği karar, davanın türüne göre, ya bireylerin hürriyetlerinin kısıtlanmasına yol açmakta, ya da malvarlıklarının artmasına veya eksilmesine neden olmakta, dolayısıyla hâkim, verdiği kararla tarafların hayatlarını doğrudan etkileyebilmektedir.

Toplumsal hayatta çok önemli bir göreve sahip olan hâkim, yargılama işlevini yaparken, son sözü söyleyen olarak her zaman bir güç ve otorite olmuştur. Bu aslında yargılama işleminin toplumda ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Hâkimlik sıfatını taşıyan, yani uyuşmazlıkları çözme, haklıyı haksızdan ayırma, suçluyu tespit edip cezalandırma gibi yetkilere sahip olan kişi kadar, insanların hak ve özgürlüklerini etkileyebilecek başka bir kişi yoktur. Ancak hâkim, son sözü söyleme yetkisine sahip bir kamu görevlisi olarak çok ağır sorumluluk gerektiren bir görev üstlenmiştir.[929] Bir toplumda adaletsizliğin çok büyük boyutlara ulaştığı, hâkimlerin kendilerine düşen ağır sorumluluğu yerine getiremediği veya bunları

[926] Anıl Çeçen, Adalet Kavramı.
[927] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri.
[928] Prof.Dr. İoanna Kuçuradi, Etik.
[929] Prof.Dr. İoanna Kuçuradi, Etik.

kötüye kullandığı durumlarda, insan haklarından, toplumsal barış ve düzenden, özgürlükten, huzur ve güvenden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle hâkimlerin, verdikleri kararlarla toplum düzenini koruyan kimseler olduğunu söyleyebiliriz.[930]

Toplumsal hayatı düzenlemek için konulan hukuk kurallarının işlemesi ve onların yürürlüğe konulma amacına ulaşılması, hukuk kurallarının iyi uygulanmasına bağlı olduğundan, sadece iyi kanunlara değil, bu kanunları iyi uygulayan hâkimlere de ihtiyaç vardır. (Necmettin Berkin, Hâkimlik ve Savcılık Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler). İyi hâkimlerin kötü kanunları bile zamanın ihtiyaçlarına uygun duruma getirecekleri, kötü hâkimlerin ise iyi kanunları bile kötü uygulayarak toplumsal hayatta huzursuzluğa neden olabilecekleri bilinmelidir.[931]

Topluma adalet dağıtmakla görevli hâkimlerin yanlış kararlar vermesi, şüphesiz ki toplumda adalet ve yargıya olan güveni sarsacaktır. Hâkimler, tarafsız olarak ve haksız olan güçlüye karşı haklı olan güçsüzün haklarını koruma anlayışı ile görevlerini yapmalıdırlar. Aksi halde hâkim, bireyler için bir güvence olmaktan çıkar, gücün emrinde tehlikeli bir silaha dönüşür. Başka hiçbir meslek mensubunun sahip olmadığı yetki ve sorumluluğu taşıyan hâkimlerin, bu yetki ve sorumluluğa paralel olarak bazı üstün niteliklere sahip olmaları doğaldır.

2.1.1) HÂKİMİN NİTELİKLERİ

Nitelik; bir şeyin iyi veya kötü olma özelliğidir. Kalite olarak tanımlanan nitelik kavramı, bir nesne ya da birimi ötekilerden ayıran türsel ya da yapısal özelliklerden her birisidir.[932] Dar anlamda nitelik kavramı, kaliteyi ifade eder.

Hâkimlerin, yukarıda önemini belirttiğimiz yargılama işlevini yerine getirirken hangi niteliklere sahip olmaları gerektiği konusunda ulusal düzeyde en önemli yasal mevzuat Hâkimler Savcılar Kanunu, uluslararası düzeyde ise, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalor Yargı Etiği İlkeleridir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin benimsenmesine karar verilmiştir. Ayrıca eski medeni kanunumuz olan Mecelle'de de hâkimlerde bulunması gereken nitelikler veciz bir biçimde ortaya konulmuştur.

a) Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na göre Hâkimin Nitelikleri

Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda hâkimlerin hangi niteliklere sahip olması gerektiğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Ancak kanunda hâkim adaylarında bulunması gerekenler değil, bulunmaması gereken nitelikler sayılmış, bu olumsuz niteliklere sahip olanların adaylığının kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir. Hâkimlerde bulunması gereken olumlu niteliklerinden hiç söz edilmemiştir. Hâkimler ve Savcılar

---

[930] Prof.Dr. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Muhakemeleri Usulü.

[931] Prof.Dr. Mustafa Reşit Belgesay, HUMK Şerhi; aktaran: Asuman Zeynep Taşdan, Hâkimin Tarafsızlığı.

[932] TDK Büyük Türkçe Sözlüğü.

Kanunu'ndaki bu boşluk, Mecelle'nin, hâkimlerin niteliklerine ilişkin hükümleriyle ve Bangalor Yargı Etiği ilkeleriyle doldurulabilir.

Hâkimler ve Savcılar Kanunun 8. maddesinde hâkim adaylarında aranan nitelikler;

*Hâkimlik görevini yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya sakatlığı, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi özürlü durumları bulunmamak, (Hâkimler ve Savcılar Kanunu, madde: 8/g)

*Taksirli suçlar hariç olmak üzere, üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak, (Hâkimler ve Savcılar Kanunu, madde: 8/h)

*Hâkimlik mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak, (Hâkimler ve Savcılar Kanunu, madde: 8/j)

*Kanunun, hâkim ve savcılık sınavıyla ilgili 9. maddesinde de, mülâkatta değerlendirme ölçütü olarak dikkate alınacak nitelikler; adayın 'muhakeme gücü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneği, genel ve fiziki görünümün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu ve liyakati, yetenek ve kültürü, çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı' şeklinde sayılmıştır.

b) Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri

Hâkimde bulunması gereken nitelikleri, en geniş anlamda açıklayan hukuki metin, önceki Medeni Kanunumuz olan Mecelle'dir. Mecelle'de hâkimin nitelikleri son derece veciz bir biçimde şöyle sıralanmıştır:

"Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır." (Mecelle, madde: 1792)

Bu sözcüklerin bugünkü anlamları şöyledir: **hakîm**; âlim, bilgin, haklı ve haksızı ayırıp hak ve adalet üzere hükmeden, her şeyi inceliğiyle bilen, **fehîm**; akıllı, zeki, anlayışlı, **müstakîm**; doğru, hilesiz, temiz, dürüst, **emîn**; emniyetli, kendine inanılan, itimat edilen, güvenilir, **mekîn**; vakarlı, temkinli, yerleşmiş, oturmuş, sakin, **metîn**; sağlam, kendine güveni olan, metanet sahibi, dayanıklı olmalıdır.

Mecellenin bu maddesi kadar hâkimin niteliklerini geniş ve veciz bir biçimde ortaya koyan başka hiçbir ulusal ya da uluslar arası hukuki belge yoktur. Bu maddede belirtilen hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn kavramları, çok geniş anlamları olup hâkimin kişisel karakter ve ahlaki yapısıyla ilgilidir. Mecelle'nin aşağıdaki maddelerinde de, hâkimin diğer bazı nitelikleri ve bağımsızlık ya da tarafsızlık ilkelerini ayakta tutabilmek için uyması gereken kurallar yer almaktadır.

Madde: **1795** -"Hâkim; mahkeme meclisinde alışveriş veya şakalaşma gibi meclisin azametini giderecek (gölgeleyecek) söz ve davranışlardan sakınmalıdır."

Madde: **1793** -"Hâkim; hukukî konulara ve yargılama usulüne vakıf ve bunları davanın taraflarına tatbik ve meseleyi çözmeye muktedir olmalıdır."

Madde: **1794** -"Hâkim, temyiz-i tamme muktedir olmalıdır." Temyiz-i tam, ayırt etme kabiliyetinde bir eksiklik olmaması demektir. Doğruyu yanlıştan, faydalıyı zararlıdan, ilgiliyi ilgisizden ayırabilme yeteneğidir. Bundan dolayı küçük çocuk veya bunak veya kör veya tarafların seslerini işitemeyecek derecede sağır olan kişi hâkim olamaz.

Madde: **1796** -"Hâkim; taraflardan hiçbirinin hediyesini kabul etmez."

Madde: **1797** -"Hâkim; birbirini mahkemeye veren taraflardan hiçbirinin ziyafetine gitmez."

Madde: **1798** -"Hâkim; mahkeme esnasında taraflardan yalnız birini hanesine kabul veya hüküm sırasında biriyle yalnız kalmak veya taraflardan birine el, göz veya baş ile işaret eylemek veya taraflardan birine gizli lakırdı veya diğerinin bilmediği lisanla söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır."

Madde: **1799** -"Hâkim; hasım taraflar arasında adaletle hükmetmeye memurdur."

Bu nedenle taraflardan biri her ne kadar yüksek kesimden ve diğeri halktan sıradan biri olsa bile, yargılama sırasında tarafları oturtmak ve kendilerine bakmak ve söz vermek gibi muhakemeye ait işlemlerde tamamıyla adalet ve eşitliğe uygun davranmak zorundadır.

Madde: **1812** -"Hâkimin zihni; gam, keder, açlık veya uyku basması gibi sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir arıza ile belirsiz veya düzensiz hale gelirse hüküm vermeye girişmemelidir." [933]

c) Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde Hâkimin Nitelikleri

c.a) Bağımsızlık

Hâkim, hiçbir müdahale ve etki altında kalmadan yargısal görevini yerine getirir. Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisinden ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden uzak olmalıdır. Hâkim, yargısal görevini yerine getirirken ve karar verme aşamasında, diğer hâkimlerden de bağımsızdır.

c.b) Tarafsızlık

Hâkim, yargısal görevini, tarafsız, önyargısız ve iltimassız olarak yerine getirmelidir. Hâkim, mahkemedeki ve mahkeme dışındaki davranışlarının, kamuoyunun, hukuk mesleğinin ve davanın taraflarının güvenini sağlayan ve artıran nitelikte olmasını sağlamalıdır. Hâkim, önüne gelecek ya da gelme ihtimali bulunan dava hakkında hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya buna yol açması halinde, yargılamaya katılmaktan çekinmelidir.

Tarafsızlık; yansız olmak, tarafsız olma durumu, bitaraflık anlamına gelmekte olup soyut, ahlaki ve felsefi bir kavramdır. Tarafsızlık, adalet ve eşitlik kavramıyla yakından ilişkilidir. Tarafsızlık, hâkimin en önemli niteliklerinden biridir. Yargıda tarafsızlık ilkesi, hâkimlerin hukuk kurallarını adil, eşit, düzenli ve doğru olarak uygulamasının bir ölçüsü olarak da kabul edilmektedir. Bu ilke aynı zamanda yargı yetkisinin keyfi kullanılmasına da engel olur. Bu nedenle tarafsızlıkla adalet ve

[933] Ali Himmet Berki, Mecelle-i Ahkâmı Adliye.

eşitlik üzere davranmak arasında doğrudan bir ilişki vardır. Hâkimlerin, görevlerini tarafsızlık ilkesine göre yerine getirebilmeleri için, hiçbir resmi/özel kişi ya da kurumun emir ve talimatına muhatap olmamaları gerekir. Aksi halde hâkimlerin kararlarının tarafsız olarak verildiğinden söz etmek mümkün olmaz.

Hâkimler önlerine gelen davaya bakarken, taraflardan birinin ya da bizzat kendisinin menfaatlerini gözettiği veya kişisel duygu ve önyargılarının etkisinde kaldığı takdirde, artık o hâkim olmaktan çıkar ve olayla ilgili bir kişi haline gelir.[934]

c.c) Doğruluk ve Tutarlık

Hâkim, mesleki davranışlarında, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide herhangi bir yakınmaya yol açmayacak tutum ve davranış içinde olmalıdır. Hâkimin tutum ve davranışları, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır. Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar, gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir.

c.d) Dürüstlük

Hâkim, yargılama faaliyeti sırasında, uygun olmayan davranış ve görüntüler içerisinde olmaktan kaçınmalıdır. Hâkim, şahsına ait ve kendi emanetindeki mal varlığını bildirmeli, aile üyelerinin mal varlıklarının bildirimine de makul bir çaba sarf etmelidir. Hâkim, ailesinin, sosyal veya diğer ilişkilerinin, hâkim olarak vereceği kararı veya yargısal davranışlarını etkilemesine izin vermemelidir. Hâkim, makamının sağladığı itibarı kullanmamalı ve başta aile fertleri olmak üzere başkalarının kullanmasına da izin vermemelidir. Hâkim, mesleğini icra ettiği sırada öğrenmiş olduğu gizli bilgileri, yargı faaliyeti dışındaki diğer amaçlar için kullanmamalı ve ifşa etmemelidir. Hâkim ve aile üyeleri, yargısal görevin yerine getirilmesine ilişkin olarak, herhangi bir hediye, kredi, bağış ya da bir yardım talep edemez, alamaz ve kabul edemez.

Dürüstlük, hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden birisidir. Ankara Hukuk Fakültesi'nin ilk hocalarından Ord. Prof. Dr. Baha Kantar, A. Ü. Hukuk Fakültesinin 28. ders yılının açılış töreninde, hukuk mesleği mensuplarında bulunması gereken nitelikler konusunda hukuk fakültesi öğrencilerine şunları söylemiştir:

"Şimdi, beni seven eski ve yeni bütün öğrencilerim, size söylüyorum: Eğer hayatta bulunduğum müddetçe fâni benliğimi, öldükten sonra ruhumu memnun ve şad etmek isterseniz, hafızanıza yerleştirmenizi istediğim şu sözlerimi daima hatırlayınız: Dürüst olunuz, dürüst olunuz, dürüst olunuz." [935]

c.e) Eşitlik

Hâkim, ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer nedenlerden doğan farklılıkların şuurunda olmak ve bunları anlamak zorundadır. Hâkim, yargılama görevini yerine getirirken, herhangi bir kişiye ve gruba karşı söz ya da davranışlarıyla meyilli veya önyargılı olarak hareket edemez.

c.f) Ehliyet ve Liyakat

---

[934] Prof.Dr. Merih Öden, Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması.

[935] Prof. Dr. Nurullah Kunter, Büyük Bir Hoca, Büyük Bir Hukukçu: Baha Kantar.

Hâkimin yargısal görevleri, diğer tüm etkinliklerinin önünde yer alır. Hâkim, mesleki etkinliğini, tamamıyla yargısal görevlerine adamalıdır. Hâkim, mesleki bilgisini, becerisini ve bireysel yeteneklerini sürdürmek ve artırmak için mevcut olan imkânlardan yararlanmalıdır. Hâkim, uluslararası sözleşmeleri ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeleri kapsayan uluslararası hukuk gelişmeleri hakkında bilgilerini sürekli olarak güncellemelidir. Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin bir biçimde, adilane ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir. Hâkim, yargılamanın her aşamasında, düzenin sağlanmasında, taraflarla ilişkisinde sabırlı, nazik ve vakur olmalı ve bu tavrı yargının diğer personelinden de talep etmelidir.

Hâkimlerde bulunması gereken üstün niteliklerin neler olması gerektiği konusunda kafa yoran bazı hukukçular aşağıdaki ortak nitelikleri tespit etmişlerdir:

"Adalet tevzii (dağıtım) işi, tahakküm (baskı) ve kuvvet ihzarı (gösterisi) değil, hakkı, hakikati beyandır. Bu da, akıl, kültür, sanat (ve ahlak) işidir. Hâkimin emirlerine itaat, bilgisine, faziletine inkıyadın (boyun eğmenin) bir sonucu olarak tecelli etmelidir. Hâkime bu saygıyı kazandıracak olan, onun mevkii/makamı ve elbisesi değil, bilgisi, fazileti, adalet gayreti, hak ve hakikat sevgisidir. Yani onun şahsi vasıflarıdır. Hâkim vazifesini, (makam ve) mevkiinin hâkimiyeti ile değil, işinin ve gidişinin sağlamlığı, temizliği ile başarabilir." [936]

Hâkim Ransson, genç hâkimlere şu tavsiyede bulunuyor:

"Yaptığınız yemini tutup ve doğrulukla tatbik etmelisiniz. Belirli saatte tam vaktinde celseyi açmalısınız. Davanın taraflarına herkes gibi nezaketle muamele etmelisiniz. Şüphe halinde bir dakika tereddüt etmeksizin beraat ettirmelisiniz. Dosyadaki bütün evrakı acele etmeksizin dikkatle okumalısınız. Kararları, ne çok çabuk ne de çok ağır vermelisiniz. Sözlü mütalaaları uyumaksızın dikkatlice dinlemelisiniz." [937]

2.1.2) YARGIDA HÂKİMİN ROLÜ VE YARGI KARARLARI

Hâkimlerin yargı faaliyeti sonucunda ortaya koydukları bir ürün vardır. Bu ürünün adı hüküm ya da yargı kararıdır. Bu ürünün kaliteli olması, hâkimlerin nitelik ve kalitesiyle ilişkilidir. Hâkimlerin hükmünün yani yargısal ürünün değeri, onun nitelik ve kalitesine bağlıdır. Hâkimler, uyuşmazlıkların adil bir biçimde çözümlenmesinde nihai kararı vererek son sözü söylerler. Hâkimin bazı üstün niteliklere sahip olmasının önemi, onun verdiği kararların hukuk sistemi ve toplumsal hayatta meydana getirdiği derin etkilerden gelmektedir. Bu yargısal kararların hukuk sistemindeki yeri ve önemi ortaya konulduğunda hâkimin neden üstün niteliklere sahip olması gerektiği daha iyi anlaşılacaktır.

Yargı kararlarının en önemli işlevi, toplumdaki uyuşmazlıkları sonlandırmasıdır. Yargı kararları, toplumdaki hukuki uyuşmazlıklar konusunda söylenen son sözdür. Bu nedenle her yargı kararının, hukuk sistemi içinde bir değeri vardır. Yargı kararları, bir hukuk kuralının somut olaylara uygulanma biçimini göstermeleri

---

[936] Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay, Usul.

[937] Prof. Dr. İsmail H. Karafakih, Huk. Muh. Usulü Esasları; aktaran: Asuman Zeynep Taşdan, Hâkimin Tarafsızlığı.

bakımından büyük önem taşırlar. Bu nedenle, bir kanun maddesinin, uygulamada nasıl anlaşıldığını, nasıl yorumlandığını, başka bir deyişle uyuşmazlığın çözümü konusunda kanun hükümlerinden ne şekilde yararlanıldığını belirleme açısından, hâkimler, daha önce verilmiş olan mahkeme kararlarını inceleme ihtiyacı duyarlar.[938]

Yargı kararları kesin hüküm niteliğini kazandıktan sonra, davanın taraflarını ve kararı veren mahkeme dâhil olmak üzere bütün mahkemeleri bağlar. Anayasanın 138. maddesine göre; yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır ve bunların infazını geciktiremez. Bu nedenle mahkeme kararları, büyük bir dikkat ve özen gösterilerek deliller toplanıp doğru bir hukuki değerlendirme yapılarak oluşturulmalıdır.

a) Yargısal Kararlar/İçtihatlar

İçtihat; çaba göstermek, bütün gücünü kullanmak, zahmet çekmek anlamındaki Arapça 'cehd' kökünden türemiştir. İçtihat; bir konuda elden gelen çabayı sarf etmek, zor bir işi yapabilmek için olanca gücünü harcamak demektir.[939] Terim anlamı ise; kesin delille sabit olmayan sübjektif bir yargı hakkında, sabit olan delillere uygun olarak hüküm çıkarma konusunda bütün gücünü sarf etmektir.

Hukuk ve yargı sisteminde içtihat ise, bir görüşe göre yargı organları tarafından verilen kararlardan çıkan ilkelerdir.[940] Başka bir tanıma göre içtihat, 'mahkemece verilen kararlarda bir sorunun çözümü için izlenen yoldur.' Benzer konularda daha önceki yargı kararlarında benimsenen çözüm yolunun mahkemelerce izlenmesi sonucunda bir tür mahkeme geleneği oluşmuştur.[941] Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere içtihat, sıradan bir çalışmayla yapılabilecek bir iş değildir.

Hukukta içtihat, bir hukuk kuralını akıl ve mantık yollarına başvurarak incelemek ve bütün yeteneklerini kullanarak yorumlayıp hüküm çıkarmak anlamına gelmektedir. Yargısal içtihatlar, mahkemelerce verilen kararlarda, bir uyuşmazlığın çözümü için izlenen yolu ifade etmekte, somut bir konu hakkında yargının uyuşmazlığı çözümleyen kararı anlamına gelmektedir. Yargısal içtihatların dışında ayrıca bilimsel içtihatlar da vardır. Bilimsel içtihatlar, herhangi bir hukuki mesele hakkında hukuk âlimlerinin fikir ve düşünceleridir.

Yargısal içtihatlar; mahkemelerce verilen kararlarda, bir uyuşmazlığın çözümünde izlenen yolu göstermektedir. Mahkeme kararlarının, davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı sona erdirme işlevi yanında, daha sonraki hukuki uyuşmazlıkların çözümünde başka mahkemelerin emsal karar olarak yararlanması şeklinde önemli bir rol oynadığını da vurgulamak gerekir.

---

[938] Prof.Dr. Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı.

[939] DVY. İ. Ansiklopedisi.

[940] Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri; aktaran: Av. Fahrettin Kayhan, Yargı İçtihatlarının Normatif Gücü.

[941] Necip Bilge, Hukuk başlangıcı, hukukun temel ilkeleri; aktaran: Av. Fahrettin Kayhan, Yargı İçtihatlarının Normatif Gücü.

Mahkeme içtihatlarının diğer mahkemelerde de emsal olarak kullanılmasının, yargı sisteminde bazı yararları olduğu söylenebilir. Örneğin, bir hâkim mahkeme içtihatlarından yararlanmakla hem zaman ve emekten tasarruf sağlamakta hem de vereceği önemli kararın sorumluluğunu tek başına üstlenmekten kurtulmaktadır. Ayrıca bu yöntem, benzer olaylarda benzer uygulamalar getirdiğinden adaletin eşit gerçekleşmesi ve mahkeme kararlarında birliktelik ve uyum sağlanmaktadır.[942]

Belirtilen olumlu yanlarına rağmen yargısal içtihatlardan yararlanmanın, hukuk sisteminde bazı olumsuz sonuçlar doğurabileceğini söyleyenler de vardır. Hâkimlerin, önlerine gelen her davada mahkeme içtihatlarını kullanmasına karşı çıkanlar, daha önce verilmiş mahkeme kararlarına aşırı bağlılığın hukukta şekilciliğe yol açabileceği, hâkimlerin doğru karar vermelerini önleyeceğini ileri sürmektedirler. Şüphesiz ki bu görüşte de haklılık payı bulunmaktadır. Yargı içtihatlarına aşırı bağlı-lık, hukukta yaratıcılığı önleyip hazırcılığa özendirebilir. Bu nedenle bu içtihatlardan yararlanmayı ne tamamen reddetmek ne de kabullenmeyi aşırı bir noktaya götürmek doğru değildir.

b) Yargısal Kararların/İçtihatların Nitelikleri

Yargı kararlarının, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmesi ve diğer mahkemeler için emsal karar olarak kullanılması gibi işlevleri, onların bazı zorunlu niteliklere sahip olmasını gerektirmektedir. Yargı kararları, içerik yönünden adalet ilkesine dayanmalı, teknik açıdan da bazı özelikler taşımalıdır. Çünkü adalet ilkesi, yargı kararlarının ruhu, teknik özellikler de bedenidir. Bunlar birbirini tamamlayan unsurlardır. Adalet ilkesinden yoksun bir yargı kararı, bütün organları sağlam ancak ölü doğan bir insana benzer. Teknik niteliklere sahip olmayan bir yargı kararı da sakat doğan bir insana benzer. İdeal yargı kararı, hem ruh (adalet) hem de beden (teknik) yönünden sağlam olmalıdır. Yargı kararlarının her iki unsur yönünden sağlam olması, insanların adalet duygusunu tatmin edeceği gibi, onların diğer mahkemelerde emsal olarak kullanılabilmesi için bağlayıcılık değerini de artırır.[943]

Bilindiği gibi bir yargısal içtihadın emsal olarak alınabilmesi için bağlayıcılık değeri önem taşır. Yargısal içtihadın bağlayıcılık değerini gösteren ölçütler şöyle açıklanabilir. Yargı kararında, açık, genel, soyut bir hukuki ilke benimsenmiş olabileceği gibi, bu ilke açıkça belirtilmeksizin, zımnen de ifade edilmiş olabilir. Kararda hukuki ilkenin açıkça ortaya konulmuş olması durumunda, içtihadın bağlayıcılık değeri artacak, açıkça konulmaması halinde ise, bağlayıcılık değeri azalacaktır.

Yargı kararları mümkün olduğu kadar açık, anlaşılır, akıl ve mantık kurallarına uygun, makul, geniş ve derin düşünceye dayalı olmalıdır. Kararların bu özelliklere sahip olması ise, kararın gerekçesinde kendini gösterir. Ayrıca yargı kararlarının, diğer mahkemelerin uygulamasında bir emsal olarak görülebilmesi için, bu kararların gerekçesinde hükmün, hangi hukuki olgu ve kurallara dayandığı gösterilmelidir.[944]

---

[942] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı.
[943] Av. Fahrettin Kayhan, Yargı İçtihatlarının Normatif Gücü.
[944] Av. Fahrettin Kayhan, Yargı İçtihatlarının Normatif Gücü.

Anayasanın 141. maddesinde; "Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı" belirtilmiştir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 381-388-418/6-439. maddelerinde mahkeme kararlarının gerekçesi konusunda özel düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre gerekçede; hüküm fıkrasında varılan sonucu zorunlu kılan maddi ve hukuki unsurlar doğru ve çelişkisiz olarak yer almalı, kıyaslar açık, mantıksal ve içerik olarak doğru olmalıdır.

Bilindiği gibi hukukun uygulanması, mantık açısından kıyas işlemidir. Gerekçe, bu mantıki kıyasların kararda yer aldığı kısımdır. Burada üç önerme söz konusudur. Büyük önerme, hukuk normudur. Küçük önerme, somut olayın kapsanmasıdır. Üçüncü önerme ise her iki önermeden çıkan sonuçtur ki varılan yargıdır. Örneğin; Büyük önerme (Hukuk normu): 'Reşit olmayan kişi evlenirse reşit sayılır.' Küçük önerme (somut olay): 'Reşit olmayan Ali evlenmiştir'. Yargı: 'O halde Ali reşit sayılır'.[945] Soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanması için kullanılan mantıki önermelerde bir çelişki olmamalıdır. Ayrıca somut olaya uygulanması gereken hukuk normları doğru belirlenmelidir.

Yargı kararının gerekçesiz olması ya da gerekçenin yetersiz olması, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek maddi ve hukuki vakıaların tartışılmaması, hükmün dayandığı maddi ve hukuki unsurların birbiriyle çelişkili olması, yargısal içtihadın bağlayıcılık değerini büyük ölçüde azaltır. İçtihatların öğretide (doktrinde) çoğunlukla kabul görmesi de bağlayıcılığına etkili bir unsurdur. Bir içtihat, öğretide büyük ölçüde benimsenmişse, içtihadın bağlayıcılık değeri artar. Buna karşılık heyet halinde karar veren mahkemelerde, örneğin bir oy farkı gibi kritik bir çoğunlukla verilmiş kararla oluşan içtihadın bağlayıcılık değeri daha az olacaktır.

Bazen, benzer bir hukuki konu hakkında birbirine zıt ve eşdeğer içtihatlar söz konusu olduğunda içtihat uyuşmazlığı ortaya çıkar. İçtihat uyuşmazlığı halinde, birbiriyle çatışan içtihatların hiç birisinin bağlayıcılık değeri yoktur. Bir yargısal içtihadın, bilimsel inceleme sonunda ciddi hukuki yanlışlıklar içerdiğinin tespit edilmesi halinde bağlayıcılık değeri kalmaz.

İçtihatların bağlayıcılığı, ülkelerin hukuk anlayışlarına göre değişmektedir. Anglosakson (İngiltere, ABD) hukukunda yargısal içtihatların bağlayıcılığı ilkesi vardır. Yani bu ülkelerde her yargısal karar, sadece davanın taraflarını değil, yasa kuvvetinde olduğu için her kişi ve kurumu bağlar. Bu hukuk anlayışına göre, yargısal içtihatlar konusunda mahkemelerin birbirinin kararını izlemesi kabul edilmiştir. Ancak burada üst dereceli mahkeme kararları için bir ayrıcalık tanınmamıştır.[946]

Yargı içtihatlarının bağlayıcı olduğu görüşünün hukuki temelleri vardır. Öncelikle anayasaya göre herkesin dil, renk, cinsiyet, siyasi görüş, felsefi inanç, din, mezhep şeklinde ayrım yapılmadan kanun önünde eşit olduğu belirtildiğinden, devletin bütün organlarının, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunluluğu vardır. Yargı içtihatlarının bağlayıcı olmadığı bir hukuk sisteminde, insanların bir kısmı (sadece davanın tarafları) için mahkeme kararı

[945] Prof.Dr. Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine.
[946] Fırat Gedik-Emel Koç, Hüküm Kurma ve İçtihat.

bağlayıcı olurken, diğer büyük bir kısmı (davanın tarafı olmayanlar) için bağlayıcı olmayacaktır. Bu durumda anayasanın, herkesin kanun önünde eşit olduğuna ilişkin hükmünün uygulanması konusunda eşitsizlik ortaya çıkmış olmaktadır. Diğer yandan yargısal içtihatların bağlayıcı olması, hukuk güvenliği açısından da önemlidir. Bilindiği gibi hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının değişmez olmasını gerektirdiğinden, benzer olaylarda farklı kararlar verilmesi, hukuki güvenliği ortadan kaldırır.

Ülkemizin de dâhil olduğu Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde ise, kural olarak yargı kararları, (içtihadı birleştirme kararları hariç) diğer mahkemeleri bağlayıcı nitelikte değildir. Yargısal içtihatlar; hukukun asli kaynağı olmayıp, Medeni Kanunun 1. maddesi kapsamında, hâkimin karar verirken yararlanacağı yardımcı kaynaklardan biridir. Bu hukuk anlayışında özellikle üst dereceli mahkemelerin içtihatlarının izlenmesi düşüncesi gelişmiştir. Bir mahkeme, belli bir konuda önceden verdiği bir kararı, daha sonra benzer konuda açılan davada aynen tekrar etmek zorunda da değildir. Yine bir mahkeme önündeki davada, daha önceden benzer konularda verilmiş gerek ilk derece mahkemelerin gerekse üst mahkemelerin kararlarına kural olarak uymak zorunda da değildir. Yani bizim hukuk sistemimizde hem alt derece mahkemelerinin hem de üst derece yargı organlarının verdikleri kararlar (İBK hariç) mahkemeleri bağlamaz. İşte bu nedenle Türkiye'de yargısal içtihatlar, hukukun asli kaynağı değil yardımcı kaynağıdır.

Hukuken bağlayıcılığı olmamakla birlikte mahkeme kararları, hukukun kaynağı olması bakımından önemli rol oynarlar. Bugün uygulamada yargısal içtihatlar hem hâkimler için hem de avukatlar için neredeyse asli kaynak kadar önemlidir. Hatta halkın gözünde bir anlamda kaynak olarak kanundan daha çok önem taşıdığı bile söylenebilir. Halk, davranışını doğrudan doğruya kanuna göre değil, kanunun içeriğinin açıklık kazandığı, belirlendiği yargısal uygulamaya göre ayarlar. Çünkü soyut kuralların somut duruma gelmiş ifadesini ancak yargı kararlarında bulmak mümkündür. Ayrıca, yasal hükümlerdeki boşluklar, yargısal kararlarla doldurularak diğer davalarda da bu hükümlerin uygulama yönü belirlenmektedir.[947]

'Hukuka giriş' kitaplarında, mahkeme içtihatları 'yardımcı kaynaklar' başlığı altında düzenlenmiştir. Hukukçular; doktrinde bunu, Türk Medeni Kanununun 1. maddesinin son fıkrasında yer alan 'Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.' yönündeki hükümle temellendirmektedirler. Hukuk kurallarının yetersiz olması ve gerekli özen gösterilmeden çıkarılan yasaların boşluklar içermesi, uygulayıcı konumundaki mahkemeleri, çoğunlukla birbiriyle uyuşmayan farklı yorumlara yönlendirmektedir. Bu durum ise aynı derecede olmakla beraber mahkemeler arasında benzer olaylar karşısında farklı kararlar alınması sonucunu doğurmaktadır. İşte bu noktada ise yüksek mahkemeler devreye girmektedir.

c) Üst Derece Mahkeme Kararları

Davalar, genellikle ilk derece mahkemelerinde görülüp, karara bağlanır. Ancak, ilk derece mahkemelerinin kararlarındaki hataları düzeltmek ve bunların arasında doğabilecek ayrılıkları gidermek, böylece hukuk uygulamasında birliği sağlamak

[947] Av. Fahrettin Kayhan, Yargı İçtihatlarının Normatif Gücü.

için, hemen her ülkede yüksek dereceli mahkemeler kurulmuştur. Bunlar, adli yargı için Yargıtay, askeri yargı için Askeri Yargıtay, idare hukuku ile ilgili konularda Danıştay'dır. Özellikle, yüksek dereceli mahkemelerin kararları, ilk derece mahkemeleri için örnek teşkil eder ve böylece içtihat hukuku oluşur.

Adli yargının üst derece mahkemesi Yargıtay'dır. Anayasanın 154. maddesinde; "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. (Anayasa, madde: 154)

İlk derece mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı Yargıtay'a başvurulduğunda, Yargıtay'ın ilgili dairesi, ilk derece mahkemesinin kararını inceler. İnceleme sonucunda hukuka aykırı bulursa bu kararı bozar, hukuka uygun bulursa onaylar. İlk derece mahkemesinin kararı bozulması halinde, ilk derece mahkemesi ya bozma kararına uyar, ya da bozma kararına karşı direnir. İlk derece mahkemesinin direnme kararı, davanın türüne göre, ya Ceza Genel Kurulunda ya da Hukuk Genel Kurulu'nda incelenir ve karara bağlanır. Genel Kurul'un verdiği karara, hem ilk derece mahkemesi, hem de Yargıtay Dairesi uymak zorundadır.[948] Görüldüğü gibi Anayasa tarafından Yargıtay'a ilk derece mahkemelerinin kararlarını bir denetleme hakkı tanınmıştır. Bunun yanında ayrıca bu yüksek mahkemeye, bütün yargı organlarını bağlayacak nitelikte 'içtihadı birleştirme kararları' alma yetkisi de verilmiştir.

d) Yargısal İçtihatların Hukuk Uygulayıcıları Bakımından Önemi

d.a) Hâkim ve Savcılar Açısından Önemi

İlk derece mahkemeleri arasında, birinin verdiği karara diğerinin uyması gibi bir alışkanlık ve eğilimin olduğu söylenemez. Böyle bir alışkanlık, ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin Yargıtay içtihatlarına uyması şeklinde vardır. Hatta denebilir ki, hâkimlerde çoğunlukla Yargıtay içtihatlarına uyma eğilimi vardır. Bu eğilimin temel nedeni, içtihatların adaleti esas almalarından çok terfi kaygısıdır. Bilindiği gibi bir hâkim ve savcının istenilen derece ile terfi edebilmesi için belirli bir dönem içinde belirli sayıda dosyayı sonuçlandırması ve bu dosyaların Yargıtay'da onanarak geçmesi gerekmektedir. Yani bir hâkim ve savcının verdiği kararlar, Yargıtay'da ne kadar çok kabul görürse, o kadar yükselmektedirler. Hâkimlerin verdiği kararların, Yargıtay'da kabul görmeleri de, bu kararların Yargıtay'ın benzer konularda ortaya koyduğu içtihatlara uygun verilmesine bağlıdır. Eğer hâkimler benzer bir konuda üst mahkemenin kararını örnek almazsa, bu karar üst mahkeme tarafından bozulabilir ve kararı veren hâkim de olumsuz not alabilir. İşte bu nedenle hâkimler, verdikleri kararların onanması için üst derece mahkemelerinin kararlarını izlemek gereğini duymaktadırlar. Bu da uygulamada, hâkimleri, adalet kaygısından çok yüksek mahkemenin içtihatlarına ters düşmekten kaçınmaya ve Yargıtay'ın kararlarına paralel kararlar vermeye yönlendirmektedir.

Bu konuda yaşanabilecek en büyük ahlaki sorun, şüphesiz ki, yüksek mahkemeler tarafından verilmiş bulunan yanlış bir içtihadın geçerliğinin, hâkim ve savcılarca hukuk dışı bir kaygı nedeniyle sürdürülmesidir. Hâlbuki kararları

[948] Prof.Dr. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş.

bozulan ilk derece mahkemesi hâkimlerinden beklenen ahlaki ve mesleki davranış, not kaygısıyla bozma kararına uymak değil, hukuken yanlış gördükleri bozma kararlarına karşı direnme kararı vermektir. Son yıllarda hâkimlerin pek direnme kararı vermemelerinin altında yatan nedenin, terfi etme konusundaki kaygılar olduğu söylenebilir.

d.b) Avukatlar Açısından önemi

Yargısal içtihatlar, hâkim ve savcılar için önemli olduğu gibi avukatlar için de önemlidir. Avukatlar, mahkemeye dava açarken ya da yargılamanın herhangi bir aşamasında dava konusu olayla ilgili olan yargısal içtihatları da mahkemeye sunarak mahkemeden kendi istekleri doğrultuda bir karar verilmesini sağlamlaya çalışmaktadırlar.

Sonuç olarak içtihatlar, benzer davaların benzer şekilde çözülmesi ve karara bağlanmasına, bu da hukuk hayatında eşitlik, kesinlik ve tarafsızlığın sağlanmasına vesile olduğundan önem taşımaktadır. Eşitlik, kesinlik ve tarafsızlık aynı zamanda hukukun tahmin edilebilirlik özelliğiyle de ilgilidir. Bu nedenle yargısal içtihatlar, hukuk uygulayıcıları için doğru/uygun bir karar bulunduğunda istenilen sonuca ulaşmak için çok önemli bir araçtır. Günümüzde teknik imkânlar, istenilen her konuda içtihatlara ulaşmaya elverdiğinden yaygın olarak kullanılmaktadır. Ancak yargısal içtihatlardan yararlanmayı, hukukta felsefi boyutu ihmal etmek şeklinde aşırı bir noktaya götürmek doğru değildir.

e) İçtihadı Birleştirme Kararları

Hukuk kurallarının oluşturulmasında olduğu gibi, yürürlükteki hukuk kurallarının uygulanmasında da adalet ilkesi önemlidir. Çünkü toplumda adalet duygusunun oluşması için, öncelikle hukukun uygulanmasında eşitlik ve birlikteliğin sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle Anayasa, herkesin kanun önünde eşit olduğundan söz ederek hukuk kurallarının herkese eşit olarak uygulanmasını emretmektedir. Bunun toplumsal hayatta gerçekleşmesi için, yargı organlarına düşen görev, hukukun uygulanmasında eşitlik ve birlikteliği sağlamaktır. Bu işlev, genellikle üst yargı organları tarafından yürütüldüğünden öncelikle üst yargı mercileri olan Yargıtay'ın ve Danıştay'ın, kararları arasındaki çelişkilerin giderilmesi ve gerekli ahengin sağlanması şarttır.

Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları, Yargıtay Kanununda yer almıştır. Yargıtay Kanununun 'İçtihatların birleştirilmesini istemek yetkisi ve bağlayıcılığı' başlığını taşıyan 45. maddesinde; içtihadı birleştirme kararı alınmasını kimlerin talep edebileceği, içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurulları, daireleri ve adliye mahkemeleri için bağlayacağı olduğu hususları yer almaktadır.

Danıştay'da da, daireler arasında oluşabilecek görüş ayrılıklarının giderilebilmesi için içtihadı birleştirme kararları verilmektedir. Bu konu, Danıştay Kanununun 'içtihatları birleştirme kurulu' başlıklı 18. maddesinde düzenlenmiştir.

Hukuk sistemimizde, kural olarak, gerek alt derece, gerek üst derece mahkemelerinin içtihatları yardımcı hukuk kaynaklarıdır. Ancak yargısal içtihatların özel bir biçimi olan 'içtihadı birleştirme kararları' bağlayıcılık gücüne

sahiptir. İçtihatları birleştirme kararlarına bağlayıcılık özelliği tanındığından, doğal olarak hukukun asli kaynakları arasında sayılmaları gerekmektedir.

Bu konuda hukukçular arasında şu soru sorulmaktadır: içtihadı birleştirme kararlarının bütün mahkemeler için bağlayıcı olduğuna ilişkin bu hüküm, 'içtihadı birleştirme kararlarını' kanunlarla eşdeğer konuma getirir mi? Eğer içtihadı birleştirme kararları kanunlarla eşdeğer kabul edilecek olursa, Yargıtay Kanununun bu konuya ilişkin hükmünün Anayasaya aykırı olacağı ileri sürülmüştür. Çünkü kanunlar, yasama organı tarafından kendilerine özgü bir usul ve yöntemlerle kabul edilen genel ve soyut düzenlemelerdir.[949]

İçtihadı birleştirme kararları ise, Yargıtay Genel Kurulları tarafından daha farklı bir usul ve yöntemle oluşturulan ve daha çok kanunların somut bir olaya nasıl uygulanacağına ilişkin değerlendirmelerdir. Bu nedenle Yargıtay Kanununun bu hükmünün temel amacı, yasama organının yerine geçerek yeni bir kanun ihdas etmek değil, ülke çapında benzer olaylar karşısında farklı yargı kararlarının verilmesinin önüne geçmektir. İçtihadı birleştirme kararıyla, hukuk kurallarının uygulan-ması aşamasında ortaya çıkan boşluklar doldurulur. Yani bu kararlar, yeni bir kanun ihdası değildir.[950] Yukarıda ifade edildiği gibi asıl amaç, ülke çapında hukuk uygulamasında birlik ve uyumu sağlamaktır.

İçtihadı birleştirme kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağladığından içtihadı birleştirme kararlarının, yargısal faaliyet olmadığı yönünde görüşler varsa da Anayasa Mahkemesi, bir kararında içtihadı birleştirme kararının niteliğini şöyle ifade etmiştir: "İçtihatları birleştirme kararı, yasa koyucu tarafından veya yetkisi içinde idarece ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak bir hukuki durumu açıklayan nitelikte bir hukuki işlemdir" (Anayasa Mahkemesi, T. 12.6.1969, E. 1968/88, K. 1969/34)

2.1.3) HÂKİM VE HUKUKTA YORUM

a) Genel Olarak Yorum

Sözlükte yorum; bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, tefsir anlamına gelir. Dar anlamda yorum; anlamı konusunda şüpheler olan yazılı bir metnin, somut bir olayda kullanılması için anlamının belirlenmesidir. Bir metnin anlamı konusunda şüpheler yoksa o metin zaten doğrudan anlaşılacağından, bu durumda yoruma ihtiyaç olmayabilir. Geniş anlamda yorum; anlama manasına gelir. Anlama, bir yazılı metinde kullanılan bir ifadenin kavranmasıdır. Dil ile ifade edilen her şey, anlaşılmak için genellikle yorumlanmak zorundadır. Bir yazılı metin ancak yorumla anlam kazanır.[951]

---

[949] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı.

[950] Doç.Dr. Tuğrul Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması.

[951] Prof.Dr. Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu.

b) Hukukta Hâkimin Yorumu

Yoruma en çok ihtiyaç duyulan alanlardan biri de hukuktur. Hatta hukukun uygulanması, ancak hukuki yorum yoluyla mümkündür. Hukuki metinler yoruma en çok ihtiyaç duyulan alanlardan biri olmuştur. Hukuk kuralları olarak anayasa ve kanunlarla hukukî işlemler ve özellikle sözleşmeler, hukuki yorumun konusunu oluştururlar.

Hâkimin, genel ve soyut nitelikli hukuk kurallarını somut olaya uygulayarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturması için hukuki yoruma ihtiyaç vardır. Hukuk kurallarının belirli bir olaya uygulanması her şeyden önce bir düşünme ve yorum faaliyetidir. Hâkimin adil kararlar verebilmesi için; dil bakımından farklı biçimlerde anlaşılmaya müsait hukuk kurallarını en doğru biçimde anlamaya, bunun için de duru, berrak bir düşünce faaliyetine ihtiyacı vardır. Dolayısıyla yorumsuz yargı faali-yeti düşünülemez. Hâkimler, kanunların belirsiz olduğu gerekçesiyle önlerine gelen davaları bak-maktan vazgeçemez. Kanunun bir anlamı vardır ve hâkim bu anlamı yorum yaparak bulmalıdır.[952]

O halde hukukta yorum; anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik ve her türlü sözleşmelerdeki deyimlerin anlamını açıklama faaliyetidir. Düşüncede belirsizlik, adil kararlar verilmesine engel olan bir durumdur. Hukukta yorum, yazılı metinler şeklinde varlık kazanan hukuk kurallarında var olabilecek bulanıklık ve belirsizliği ortadan kaldırır; hâkimi, berrak ve kesin bir sonuca ulaştırır.

Aristo'ya göre düşüncedeki bulanıklık ve belirsizlikler, ya dilin yanlış kullanılmasından ya da düşüncenin bozukluğundan kaynaklanır. Bu belirsizlikleri ortadan kaldırmak için doğru bir hukuki muhakemeye ihtiyaç vardır. Bu nedenle hukuku uygulamakla görevli olan hâkimlerin, bu görevlerini yerine getirirken dil ve düşünce yanlışlıklarından kaçınmaya, yazılı hukuki metinlerdeki belirsizlikleri gidermeye özen göstermeleri gerekir.[953]

Geniş açıdan yorum, 'anlama' manasına geldiğine göre, yorumun, dil ile ifade edilen bir sözcük veya kavrama anlam yüklenmesi olduğu söylenebilir. Hukuk alanında yoruma konu olan yasalardaki sözcük ve kavramları dil ile ifade eden (yasama organı) ile ona anlam veren (hâkim) farklı kişilerdir.

Ünlü hukukçu Kelsen; eğer bir emrin muhatabı bir sözcüğün veya kavramın anlamını kavrayamıyorsa ve emir veren ile muhatap yüz yüze ise, muhatap emir verene, bu sözcükle ne demek istediğini, bunun ne anlama geldiğini sorarak emrin anlamını öğrenebilir, diyor. Böylece emrin belirsiz olan anlamı ortaya çıkar, belirsizlik giderilmeye çalışılır.[954] Yasaları hazırlayan yasama organı ile uygulayıcı olan hâkimlerin yüz yüze olmaları söz konusu olmadığına göre, yorum zorunlu olarak var olacaktır.

Savigny hukukta yorumu**,** 'yazılı hukukun doğru olarak kavranması için yapılan serbest entelektüel faaliyet' olarak tanımlar. Prof. Dural ve Doç. Sarı'ya göre yorum, 'bir kanun hükmünün anlamı-nı belirlemeye dönük zihinsel bir işlemdir.'

---

[952] Prof.Dr. Kemal Gözler, Hukuk Normlarının Yorumu Sorunu.

[953] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi.

[954] Kelsen, Normlar Genel Teorisi; aktaran: Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.

Prof. Özsunay'a göre yorum, 'bir hukuk kuralının objek-tif anlamını ortaya çıkarmaktır.' Prof. Özbilgen yorumu, 'fiilen yürürlükte bulunan bir kanunun anlamını kavramayı ve böylece onun uygulanmasını sağlayan zihinsel bir işlemdir' diye tanımlar. Dwor-kin, hukukun uygulanmasının, genel olarak yorumla ilgili bir çalışma olduğunu söylerken, Prof. Gözler yorumu 'hukuk kuralının kapalı/gizli anlamını ortaya çıkarma çabasıdır' şeklinde tanımlar.[955]

Prof. Akıntürk yorumu, belirli bir kanun hükmünün ifade ettiği gerçek anlamı ortaya çıkarmak için, kanunun tümüne hâkim olan esaslara göre yapılan faaliyet olarak tanımlar ve yoruma iki durumda başvurulabileceğini belirtir. Birincisi, kanunun sözü, metni, dilinin açık ve seçik olmaması halinde. İkincisi, kanun metninde kullanılan sözcüklerin hukuk alanında neyi ifade ettikleri, hukuk dilinde ne anlama geldikleri kolaylıkla anlaşılamadığında. Prof. Ataay'a göre yorum; kanunun anlamının açık olmadığı durumlarda kanun metnine verilecek anlamın belirlenmesidir. Kanunun sözüyle bir sonuca ulaşmak mümkün olmadığı takdirde, yorum yoluyla kanunun özüne başvurulur ve kanun özü itibariyle uygulanır.[956]

Türk hukuk sisteminde yorum, Medeni Kanun'da ve Yargıtay içtihatlarında yer almaktadır. Ayrıca yukarıda görüldüğü gibi hukukçular tarafından doktrinde geniş biçimde ele alınıp tanımlanmış bir kavramdır. Medeni Kanunun 1/1. maddesinde, "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır" denilmektedir. Medeni Kanundaki 'sözüyle ve özüyle' ifadesi, 743 sayılı önceki Medeni Kanun'da "lâfzîyle ve ruhiyle" şeklinde kullanmıştı. Söz konusu madde, kanunların uygulanmasında onların sadece sözünün/lafzının değil, özünün/ruhunun da dikkate alınması gerektiğini öngörmektedir. Bu nedenle Medeni Kanun'a göre, somut olaylara uygulanırken kanunların sadece sözü değil, özü de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla yasaların sadece sözel yorumu yeterli değildir. Prof. Oğuzman ve Prof. Barlas'ın görüşüne göre, Medeni Kanun açısından sadece sözel yorumla yetinilmeyecektir ama hâkim yorum yapmada tamamen serbest de olamayacaktır.[957]

Hukuk kuralları oluşturulurken yasa koyucu tarafından konulan bazı belirsiz kavramlar, çoğu zaman hâkimi yorum ve değerlendirme yapmaya sevk eder. Bu gibi durumlarda hâkim, muhakeme yoluyla toplumsal amaç ve değerleri dikkate alan bir karara ulaşmak durumundadır. Böyle olunca hâkimin yorum faaliyetini toplumsal amaç ve değerlerden soyutlamak ya da hukuk kavramını kanun koyucunun iradesi ile sınırlandırmak imkânsız hale gelmektedir. Gerçekten yasa koyucunun öngöremediği birçok hukuki sorun, yetki sınırı içinde yapılmak şartıyla, gerek bilimsel ve gerekse yargısal yorumlarla çözümlenmektedir.[958]

Kanunların metni, uyuşmazlığın çözümünde her zaman açık ve yeterli olmayabilir. Bu durumda hâkimler, yorum yaparak kanunlardaki boşluğu doldurabilirler. Hâkimlerin sadece lâfzî yoruma bağlı kalması, kanunun

---

[955] Aktaran: Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.

[956] Doç.Dr. Ertuğrul Uzun, Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli Midir.

[957] Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.

[958] Prof.Dr. Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu.

kalıplaşmasına neden olabilir. Hâkimlerin, yorum yapma yetkisini kötüye kullanmasını engellemek amacıyla katı biçimde uygulanan lâfzî yorum, hukukun, hayatın değişen ihtiyaçlarından uzaklaşması sonucunu doğurabilir. Bu sakıncaların giderilmesi için bugün hâkimlere daha geniş bir yorum yapma imkânı verilmiştir. Buna göre hâkimler, uyuşmazlığı sona erdiren kararını verirken, kanunun lafzı kadar amacına da bakmalıdır.[959] Hukukun amacı adalettir. Adalet ise, hâkimlerin; insan davranışlarıyla ilgili yaptıkları ahlaki bir değerlendirmedir. Dolayısıyla her mahkeme ya da hâkim kararının temelinde bir değerlendirme, yorum vardır. Hukukumuzda Medeni Kanun'da yer alan yorum konusu Yargıtay Kararlarına da yansımıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) bir kararında, "Türk Medeni Kanunu 1.maddesine göre Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu/özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna kanun kuralının amacına göre yorumu (gaî yorum) denir. Bir kanun hükmünün, kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK'nun 1.maddesine uygun düşmez" demektedir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/4-40, K. 2004/113, T. 25.2.2004).

Hukuk kurallarının yorumu meselesi, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararlarına (YİBK) da konu olmuştur. Aşağıda özetini sunacağımız Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı, yorumun sınırları hakkında bize fikir vermektedir:

"Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı nihai karardan bağımsız olarak temyiz denetimine başvurulup başvurulamayacağı konusunda Yargıtay dairelerinin farklı kararlar vermesi nedeniyle bu sorunun İçtihadı Birleştirme yoluyla çözümlenmesi gündeme gelmiştir. Bu nedenle yapılan incelemede; azınlıkta kalan bir kısım üyelerin; konunun Anayasa ile tanınmış hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek **genişletici yoruma** gidilmesi gerektiği yönündeki görüşü, Kurul çoğunluğunca aşağıda belirtilen nedenlerle kabul görmemiştir:

İhtiyati tedbir, HMK'da 'Geçici Hukuki Korumalar' üst başlığı altında taraflar arasındaki ihtilafın çözümüne katkı sağlayan ve asıl yargılamada verilen hükmün gerçekleştirilmesini temin eden ve hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecek bir usul hukuku kurumu olduğunda kuşku yoktur. Temyiz yolu da, açık bir şekilde hatalı veya kanuna aykırı biçimde ortaya çıkmış kararların düzeltilmesini amaçlayan olağan bir kanun yoludur.

Anayasanın 142.maddesine göre; "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi kanunla düzenlenir". Nitekim 6100 sayılı HMK'nun 1. maddesinde: "Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindendir." denilmektedir. Yargıtay da 1977/4-4 Sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı'nda 'Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgilidir; kıyas veya yorum yolu ile genişletilemez' diyerek aynı ilkeye yer vermiştir. Bu bakımdan mahkemelerin görev ve yetkilerinin kıyas ve **yorum** yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

---

[959] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hâkimin Hukuk Yaratması.

İhtiyati tedbire ilişkin kararların nihai nitelikte kararlardan olmadığı ve bu konuda özel bir düzenlemenin de bulunmadığı gözetildiğinde bu tür kararların temyiz yolu kapsamında incelenemeyeceği kanaatine varılmış olduğundan sonuç olarak; ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı tem-yiz yoluna başvurulamayacağına…" (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı, E. 2013/1, K. 2014/1, T. 21.02.2014; http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler)

c) Hukukta Hâkimin Yorumunun Sınırları

Şüphesiz ki, hâkimlerin yorum yapma yetkisinin sınırsız olması mümkün değildir. Ancak onlar, Montesquieu'nun dediği gibi 'sadece yasanın sözlerini telaffuz eden bir ağız ya da otomat olarak' da görülemez. Yorum işleminde hâkimin uyması gereken sınırlar bulunmaktadır. Anayasa'nın 138. maddesinde; hâkimlerin, hüküm verirken anayasaya, kanunlara uyması gereği yanında ayrıca hukuka uygun karar vermesinden söz edilmesi, onlara yorum konusunda önemli bir imkân sağlamaktadır. Anayasaya göre hâkimin yorum faaliyetinin genel çerçevesi anayasa ve yasalar değil, hukuktur. Bilindiği gibi hukuk, yasaya göre daha geniş kapsamlıdır. Hukuk, olmazsa olmaz ilke ve unsurlardan oluşur.

Hâkimler, soyut hukuk kuralını somut olaya uygularken birinci olarak, hukukun oluşturulmasında dikkate alınması gereken adalet, pratik yarar (sosyal ihtiyaçlara uygunluk) ve düzen işlevlerini göz önünde bulundurmalıdırlar. İkinci olarak, hâkimlerin yargılama faaliyeti sonucunda yorum yönte-mini kullanarak verdikleri kararların, sadece davanın taraflarına ilişkin olduğu ve herkesi bağlayıcı genel bir norm sayılamayacağı ifade edilebilir. Üçüncü olarak da, hukuk ve kanuna bağlı olmakla birlikte, kendi verdikleri daha önceki kararlarla bağlı değildirler.[960] Hukuku oluşturan unsurlardan adalet, hukukun etiksel yanını, düzen unsuru norm boyutunu, pratik yarar ise insanların ihtiyaçlarını karşılama işlevini göstermektedir.

Hukukun gerçek anlamda işlevini yerine getirebilmesi için hâkimin, mekanik olarak davranan otomatik bir makineden farklı bir beşeri varlık olduğunu göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle hâkim, görevini yaparken kanunun amaçlarına yönelmeli ve hukuki değerlendirmeler yapmalıdır. Ancak hâkim bu değerlendirme ve yorumu yaparken belirli sınırlar (hukuk) dışına çıkmamalıdır.[961]

d) Hukukta Yorum Türleri

Türk hukukunun da dâhil olduğu Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde yorum; sözel/lâfzî yorum, amaçsal yorum ve tarihi yorum şeklinde tasnife tabi tutulmaktadır.

d.a) Sözel/Lâfzî Yorum: Brugger'a göre sözel yorum; bir hukuki sorunun çözümüne ilişkin bir kanun hükmünün, anlambilimsel, dilbilimsel ve gramer açısından analizidir. Bu yöntemde sözlerle tutarlı olmayan yorum kabul edilmez ve yasa koyucunun niyet veya amacının dikkate alınması söz konusu olamaz. Çünkü yasa koyucunun ilan ettiği yazılı yasa hükmünü bırakarak, yasa koyucunun niyetini

[960] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hâkimin Hukuk Yaratması.
[961] Prof.Dr. Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi.

araştırmak makul bir anlayış değildir. Sözel yorumu benimseyen Easterbrook, yasa metninin belirsiz olması ya da yasada boşluk bulunması durumunda, yasa koyucunun amacına veya yasanın ruhuna müracaat etmek yerine, diğer pozitif hukuk metinlerine başvurmayı önermektedir.[962]

d.b)Tarihi Yorum: Tarihi yorum yöntemi, hâkimin yorum yaparken, yasanın hazırlanması aşamasında yapılan komisyon ve genel kurul çalışmaları sırasındaki tutanaklar ve görüşme kayıtları gibi tarihsel malzemelerden yararlanarak yasa koyucunun gerçek iradesini keşfetmesidir.[963] Demek ki hukuk kurallarının anlamlarını belirlemede yasa koyucunun niyetini temel alan tarihi yorum anlayışına göre, gerek yasanın dilinin belirsizliğinden ve gerekse birbiriyle çelişkili hükümlerden kaynaklanan şüpheler, yasa koyucunun asıl iradesi tespit edilerek giderilmektedir.

Bu yorum türünde yasa koyucunun gerçek iradesinin tespitindeki zorluklar nedeniyle bu yönteme önemli eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştiriler, yasanın hazırlandığı dönemdeki toplumsal ihtiyaçlarla uygulanma aşamasındaki ihtiyaçların farklı olabileceği, yazılı metne dönüşmüş ve ilan edilmiş yasa metni varken onu bırakıp, yasa koyucunun ilan edilmemiş iradesini temel almanın hukuk güvenliği açısından sakıncalar doğurabileceği yönündedir.[964]

d.c) Amaca Göre Yorum: Amaca göre yorum yöntemi ise, somut olaya uygulanacak hukuk kuralının, o kuralı hazırlayan yasa koyucuyla bağlantısı kesilerek zamanın ihtiyaç ve şartlarına göre yorumlanmasıdır. (Prof.Dural-Prof.Sarı, s. 125). Bu yorum anlayışına göre, değişken ve hareketli bir yapıya sahip insan hayatına hukukun ayak uydurması gerekir. Bu yüzden hukuk kuralının zamanın şartlarına uydurulması asıldır. Hâkim tarafından bir yasanın amacı belirlenirken, makul bir yasa koyucunun düşüncesiyle hareket edilmelidir. Makul bir yasa koyucunun düşüncesiyle yasaların amacını belirleyen bu yorum yönteminin, sözel yorumun ortaya çıkaracağı adaletsizlikleri önleyebileceği düşünülmektedir.[965]

e) Yorum Türlerinin Değerlendirilmesi

Bir hukuk kuralının yorumlanmasında yukarıda kısaca açıklanan yorum türlerinden hangisinin kullanılması gerektiği sorusu, değişik hukuk kuramlarına göre farklı cevaplandırılmaktadır. Hukuki pozitivizmi benimseyen bir hukukçu için en uygun yorum yöntemi sözel yorumdur. Çünkü o anlayışa sahip hukukçu için bir kanun metni, adaletsiz olsa da biçimsel açıdan geçerlidir. Buna göre hâkime düşen görev, kanun metnini aynen uygulamaktır. Eğer, kanunun metni açık değilse, hâkim bu durumda kanun koyucunun niyetini bulmaya çalışır. Bunu yaparken kanun metnindeki kavramları tanımlarına uygun bir biçimde yorumlar. Bu yüzden hukuki pozitivizme göre, tarihi yorum yöntemi de kabul edilebilir. Çünkü tarihi yorum yönteminde de kanun koyucunun iradesi araştırılmakta ve yapılan yorumda bu irade

---

[962] Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.
[963] Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.
[964] Prof.Dr. M.Dural-Prof.Dr. S.Sarı, s.125; aktaran: Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.
[965] Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.

temel alınmaktadır. Bu yorum yöntemi, yeni toplumsal sorunları dikkate alan amaca göre (gai) yoruma karşı çıkmaktadır.[966] Hukuki pozitivizm kuramının temsilcilerinden Kelsen'e göre, hukuk kurallarının içeriği önemli olmadığından, kanunun içeriğini belirleyecek olan amaçsal (gai) yorum yöntemi de önemsizdir.

Hukuku, sosyal bir ürün ve olgu olarak değerlendiren sosyolojik hukuk anlayışına göre; kanunların yorumunda, yeni toplumsal şartlar dikkate alınmalıdır. Bu anlayış, hukuki pozitivizmin kanun metnine aşırı bağlı kalıp içeriği dışlayarak yaptığı yorum yöntemine karşı çıkmaktadır. Dolayısıyla sosyolojik hukuk kuramına göre en uygun yorum yöntemi amaçsal (gai) yorumdur. Kanun metninin lafzına körü körüne bağlı kalmak yerine, onu yeni ortaya çıkan toplumsal ihtiyaçlar çerçevesinde yorumlamak gerekir.

Doğal hukuk kuramı ise, yorum faaliyetinde, etik bir değer olan adalet ve hakkaniyet ilkesinin dikkate alınmasını önerir. Bu anlayış, adalet ve hakkaniyet değeriyle bağdaşmayan sözel yoruma mesafeli durmaktadır. Yargıtay'ın, bu anlayışa uygun içtihatları vardır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun aşağıdaki kararı; hem yasaların adalet ve eşitliği sağlayacak biçimde yorumlanması, hem de yorum yöntemlerinin belirli bir sıraya göre alternatifli olarak kullanılması gerektiği yönünde bir yaklaşımı göstermektedir.

"Yorum denilen düşünsel araştırma işlemi, ortak hukuki değerlerin sistematik bütünü olarak hukuki düzenin bir bölümünün bütünle karşılaştırılması anlamındadır. Yazılı hukukun hak veya **adalet** denilen ve yazılı olmayan hukuka dayanması gerektiğinden, yasalar hak ve adaleti, eşitliği sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır." (Yargıtay, CGK E.2004/1-46, K. 2004/78, T. 30.3.2004)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında belirtildiği gibi; hukuk ve yargı sistemimizde hem sözel hem de amaçsal (gai) yorum yöntemleri benimsenmiştir. Sözel yorum, yasa metninde yer alan sözcük ve kavramların gerek günlük hayattaki gerekse hukuk dilindeki anlamları, dilbilgisi kuralları dikkate alınarak yapılır. Yasanın metni açık ve anlaşılır ise, başka bir yorum yöntemine başvurmak gerekmez. Yasanın bu şekilde ortaya çıkarılan anlamı, özüyle de çelişmemelidir. Çeliştiği takdirde özüne değer verilir. (Yargıtay HGK. E. 1989/10-391, K 1990/83, T. 14.2.1990).

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararında da; yorumun, yasaların uygulanmasında doğal ve zorunlu bir fikri faaliyet olduğu, hukukun uygulayıcısı olan hâkimlerin başta gelen görevlerinin, düzeltici yorumla adaletsizliğin giderilmesi olduğu, yorum yapılırken birden fazla yorum yapılabiliyorsa lehe olan yorumun yeğlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. (Yargıtay İBGK E. 1993/1, 1995/1, T. 30. 06. 1996). Sonuç olarak; yorum, hukuk uygulamasının temel taşlarından biridir. Yorum, hukuk kurallarının gerçek anlamlarını bulma çabası ise, bu amaca ulaşmak için herhangi bir yöntemi her zaman diğerlerine tercih etmek yerine, yöntemleri birbirini tamamlayan araçlar olarak görmenin daha uygun olduğu söylenebilir.

---

[966] Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.

Kullanılan yorum yöntemleri, adalet ilkesine hizmet etmelidir. Yorum faaliyetiyle elde edilen anlam, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle çatışmamalıdır. Böyle olunca, yorum yöntemlerinin tercih ve uygulanmasında adalet ilkesi, belirleyici bir role sahiptir. Hukuk kuralları, adalet düşüncesini, insan hak ve onurunu yok sayacak ya da zedeleyecek biçimde yorumlanamaz. Bir olayda bireylerin çatışan hak ve menfaatlerini hâkim, hukukun amacı olan adalete uygun bir yorum yöntemiyle çözüme kavuşturur.[967] Hukukta yorum konusunun ahlakla bağlantısı işte bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Yargılama faaliyetinde öncelikle yoruma ihtiyaç olup olmadığı belirlenmeli, yoruma ihtiyaç varsa hâkimin, adalet ve hakkaniyete en uygun düşen yorum türünü kullanarak hükme varmalıdır.

2.1.4) KANUNDA BOŞLUK VE HÂKİMİN HUKUK OLUŞTURMASI

Toplumsal hayatın sürekli gelişmesi nedeniyle, pozitif hukuk kurallarının, her türlü hukuki ilişkiyi düzenleyecek şekilde mükemmel hazırlanması mümkün değildir. Yasalar, temel ve soyut hukuk kuralları olduğundan toplumsal olay ve ilişkileri en ince ayrıntısına kadar düzenleyemez. Kanun koyucu, zorunluluk gereğince hukuk uygulayıcısı olan hâkime kanundaki boşluğu doldurmak için yetki vermiştir. Bu konuda hâkimin elinde vicdan ve hukukun temel ilkeleri gibi imkânlar vardır.

Hukuk camiasında genel olarak kabul edilen görüşe göre, mahkeme ve hâkimlerin görevi, yasa oluşturmak değil, yetkili organlarca yapılmış hukuk kurallarını somut uyuşmazlıklara uygulamaktır. Ancak anayasa ve kanunların izin verdiği bazı istisnai durumlarda hâkimler kanun koyucu yerine geçerek kural koyarlar.[968] Buna göre istisnai hallerle sınırlı olmakla birlikte hâkimin bir rolü de, kendisine verilen istisnai yetki çerçevesinde hukuk oluşturmaktır. Türk Medeni Kanununun 1. maddesinde;

"Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır." denilmektedir. Bu madde hükmünün hâkime yargılamada oldukça geniş bir takdir ve yorum imkânı verdiği söylenebilir.

Yasaların, hukuki sorunu cevaplayamadığı durumlarda, hâkimlerin uyuşmazlığı çözümlemesi için, kendisini kanun koyucu yerine koyarak mevcut hukuk sisteminin amacı ve ruhuna uygun karar vermesi gerekir. Yargılama işlevini yürüten hâkimler, yasalarda boşluklar bulunması ya da hukuk normları arasında çelişkiler görülmesi halinde, hangi kuralın uygulanması gerektiğine kendileri karar verecektir. Hâkimler bu konuda, mantık kurallarından yararlanacaktır.[969]

Prof. Topçuoğlu; hâkimin hukuk yaratması ya da sadece var olan kurallarla yetinmesi konusunun uzun yıllar tartışıla geldiğini söyler. Ona göre şu sorular önemlidir: hâkimler; mevcut hukuk kurallarını somut olaya sırf uygulamakla görevli otomatik bir adalet dağıtıcısı mıdır? Yoksa kanunları, amacına uygun ve

[967] Prof.Dr. Sururi Aktaş, Hukukta Yorum Çabaları.
[968] Prof.Dr. Mustafa Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük.
[969] Prof.Dr. Yasemin Işıktaç, Hâkimin Hukuk Yaratması.

geniş olarak yorumlayan, kanun koyucunun bazen unuttuğu veya tahmin edemediği sorunları onun yerine geçerek çözümleyen bir hukuk yapıcısı mıdır? [970]

Hâkimleri; kanunları sırf uygulanmakla görevli otomatik adalet dağıtıcısı olarak gören ünlü düşünür Montesqueeu, onların hukuk yaratmasını kabul etmez. Ona göre; hâkimler, kanunlara kelimesi kelimesine sadık kalmalıdır. Çünkü hâkime böyle bir yetkinin tanınması keyfiliğe yol açabilir. Hatta o, hâkimlere kanun metinlerini okuyacak bir çift göz ve bir ağzın yeterli olduğunu söyler.[971]

Toplumsal görüşün bir ürünü olan yasalar, her zaman bireysel görüşlerden üstündür. Dolayısıyla hâkimlerin zorunlu olarak yasaya bağlı olması gerektiği anlayışını benimseyen Montesquieu'ya göre hâkim, yasanın sadece ağzıdır. Bu ise, hâkimin hukuku uygularken hukuk yaratarak hukukta var olduğu kabul edilen boşluğu doldurması kesinlikle yasak olduğu anlamına gelmektedir. Hâkimin uyguladığı yasalar, kendi bireysel görüşlerine tamamen aykırı olsa bile, onları aynen uygulamak zorundadır. Yasalar, hâkim için mutlak anlamda bağlayıcıdır. Çünkü yasa koyucu hâkimden her bakımdan daha zekidir.[972]

Hukuk devletinde ise; yine yasaya bağlı olmakla birlikte, hayatın değişen şartlarına hukuk kurallarının uyum sağlamasının geciktiği durumlarda yasadaki boşluğu doldurmak hâkimlere bırakılmıştır. Hâkimler, hukuk kurallarının sadece metni ne diyorsa onu uygulayan değil, hukuk oluşturan ve toplumsal ihtiyaç ve gelişmelere cevap veremeyen hukuk kurallarının, hayatın dinamik şartlarına uyum sağlamasına katkıda bulunan kişilerdir. Çünkü kanunlar her zaman apaçık, her insana göre tek anlamlı değildir.[973] Böyle olunca hâkimlerin yargıda üstlendikleri rol; genel olarak adaletin dağıtılması, toplumsal barış, huzur ve insan hak ve özgürlüklerinin korunması yanında, kanunların iyi uygulanması ve zamanın gereklerine uydurulmasıdır.

Denning; hâkimlerin, 'eğer verdiğimiz kararlar adil değilse bu parlamentonun suçudur bizim değil' şeklinde hukukçuya yakışmayan bir bahaneye sarıldıklarını ifade eder. Ona göre hukukçular, hukuka ilişkin her türlü gelişmeye ilgi duymalı ve hukuk kurallarının adil olup olmadığını önemsemelidirler. Onlar hukuk ile adalet yani ahlak arasındaki sıkı ilişkiyi sürekli gözetmelidirler.[974]

Prof. Ökçesiz; adil olmayan bir hukuk kuralını hâkim, sırf yürürlükte olmasından dolayı uygulamalı mıdır, sorusuna 'hâkim, bir karar otomatı olmaktan kurtulmalı ve insanlar için üstün bir sorumluluk duygusuna sahip olmalıdır' diyerek cevap vermektedir. Ona göre hâkim hukuk yaratma ve yorum yapma yetkisini kendiliğinden kazanmıştır. O, hâkimlerin haksız yasalara karşı direnme hakları ve görevlerinin olduğunu söyler. Hâkimlerin bu direnme hakkını kullanmaktan

---

[970] Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi Dersleri-Sosyolojik Açıdan Hukuk.

[971] Doç. Dr. Ülker Gürkan, Montesqueeu ve Kanunların Ruhu-Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme.

[972] Friedrich Kübler, Meslek Etiği; aktaran: Prof. Dr. Selma Çetiner Baktır, Yargı Kararlarının Hukuka Uygunluğu.

[973] Prof.Dr. Mustafa Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük.

[974] Denning, 1955; aktaran: Prof. Dr. Selma Çetiner Baktır, Yargı Kararlarının Hukuka Uygunluğu.

korkmaları, sorumsuzluğu getirir.[975] Bu açıdan bakıldığında hukuk devletinde bir hâkim, adalete uygun bulmadığı bir yasayı, tıpkı bir demircinin demiri eğip bükerek ona şekil vermesi gibi onu yorumlamalıdır. Hâkimler, adalete uygun olmayan yasalara karşı çıkmazsa başka kim karşı çıkabilecektir?

Hukukun amacı adalet olduğuna göre hukuk, kendi amacına aykırı olamaz. Hâkimler, adalete aykırı olan bir hukuk kuralını sırf yasa olduğu için uygularsa, yasanın gereğini yapmış olsa da hukukun gereğini yerine getirmemiş olur. Denning'in dediği gibi; hâkimler yasanın değil, hukukun ağzıdır. O, adalete giden yolun yabani otlarla kaplı olması halinde, onların kesilebileceğini belirterek bu yolun sürekli açık tutulması gerektiğini ifade etmiştir.[976]

2.1.5) HÂKİMİN VİCDANİ KANAATİ VE TAKDİR YETKİSİ

Hâkimler, karar verirken vicdanıyla baş başa kalacak, soyut ve genel hukuk kuralları ve deliller çerçevesinde, vicdani kanaatleri doğrultusunda hükme varacaklardır. Anayasa, vicdani kanaate vurgu yapmaktadır. "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak, vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." (Anayasa, madde: 138/1). Medeni Kanunun 4. maddesinde;

"Kanunun **takdir yetkisi** tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir." şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Demek ki takdir yetkisi sınırsız olmayıp, hâkim onu hukuk ve hakkaniyet sınırları içinde kullanmalıdır. Hâkimlerin, vicdani kanaatlerine göre karar vermesi, keyfi karar vermesi anlamına gelmez. Hâkimlerin vicdani kanaate göre karar vermeleri, hâkimin sadece hukukla bağlı olup herhangi bir etkiden uzak ve bağımsız olarak karar vermeleri anlamına gelir.

Uygulamada, hâkimlerin vicdani kanaat ve takdir yetkisine dayanarak verdikleri bazı kararların, yargısal denetimin dışında tutulduğuna, bu nedenle bazı adaletsiz ve keyfi uygulamaların yaygınlaştığını görmekteyiz. Özellikle tutuklama kararlarıyla ilgili yaşananlar, bu adaletsiz ve keyfi uygulamanın en önemli örneğini oluşturmaktadır. Tutuklama kararlarına karşı yapılan itirazların büyük çoğunluğu, kararı veren hâkimin takdir yetkisine saygı duymak adına ve makul bir gerekçeye dayanmaksızın reddedilmekte, aynı konuyla ilgili birçok temyiz başvuruları ise, tutuklama kararla-rının hâkimin takdirine ilişkin olması gerekçesiyle geri çevrilmektedir.

Gerek tutuklama kararı verilirken gerekse tutuklamaya yapılan itirazlar karara bağlanırken 'suçun vasıf ve mahiyeti', 'sanığın kaçma şüphesi' ya da 'mevcut delil durumu' gibi kalıplaşmış bazı ifadelerin gerekçe olarak gösterildiği bilinmektedir. Ancak bu gerekçelerle tutuklanan sanıklardan bir çoğunun yargılama sonucunda beraat ettikleri uygulamada sıkça görülmektedir. Böyle olunca, özellikle tutuklama kararına itirazı inceleyen hâkimin, tutuklama talebinde bulunan savcının ya da tutuklama kararını veren hâkimin suçu doğru nitelendirip nitelendirmediğini, kaçma

[975] Ökçesiz, 2000; aktaran: Prof. Dr. Selma Çetiner Baktır, Yargı Kararlarının Hukuka Uygunluğu.
[976] Prof. Dr. Selma Çetiner Baktır, Yargı Kararlarının Hukuka Uygunluğu.

ve delilleri yok etme şüphesiyle tutuklanan sanığın, gerçekten kaçacak ve delilleri yok edecek durumda bulunup bulunmadığını ve yargılama sonucunda atılı suçtan dolayı mahkûmiyet kararına varılmasının kuvvetle muhtemel olup olmadığını, dosyadaki mevcut delilleri inceleyerek tespit etmeli ve vereceği kararı, tarafları vicdanen tatmin edecek bir şekilde gerekçelendirmesi gerekmektedir. Aksi halde tutukluluk tedbir ve koruma yöntemi olmaktan çıkıp yargılamanın henüz başındayken peşinen bir cezalan-dırmaya dönüşebilir.

Yargı etiğine aykırı olan bütün bu sakıncalı uygulamaların adalet adına önüne geçilebilmesi için, yargılamada 'vicdani kanat' ya da 'hâkimin takdiri' kavramlarını keyfilik olarak anlamamak ve esrarengiz, büyülü kavramlar olmaktan çıkarmak gerekmektedir. Bu konudaki ahlaki sakıncaların giderilmesi için vicdani kanaatin mutlaka, akla, mantığa ve hukuka uygun bir delille desteklenmesi, dolayısıyla yargısal denetime imkân sağlayacak verilere dayanması gerekmektedir. Aksi halde hâkimin kararında belirleyici olan vicdani kanaat, dosyadaki somut veri ve delillerle bağlantısı olmayan, tamamen keyfi, afakî ve sübjektif bir takım yaklaşımlardan ibaret olarak kalmaya mahkûm olur. Böyle bir durumda; bir hâkim tarafından hiç dikkate alınmayan bir olgu, diğer bir hâkim tarafından önemsenerek hükme dayanak gösterilebilir. Bu ise, 'her hâkimin bir usulü vardır' yanılgısının yargı sisteminde gittikçe daha çok yerleşmesine neden olacaktır.

Bu işi, hâkimin yargısal denetime imkân verecek delillere dayanmayan vicdani kanaatine teslim etmek, herhalde keyfiliği hukuki kılıfa büründürmek anlamına gelecektir. Hâlbuki hukuk ve adaletin keyfiliğe tahammülü yoktur. Delil ile vicdani kanaat arasında; önce delil, sonra vicdani kanaat şeklinde bir öncelik sırası vardır. Hâkimde, delile dayanmayan vicdani kanaat, bir anlamda inanış olarak kabul edilir ki, bunun adalet açısından sakıncaları çok açıktır. Delil ile desteklenmeyen vicdani kanaat, hâkimin dünya görüşüyle yakından ilgili olup, doğal olarak hâkimden hâkime değişiklik gösterir. Günümüz hukukçuları arasında, hâkimin takdirinin keyfilik olmadığı yönünde ortak bir anlayış vardır. Ancak uygulamada bu ortak anlayışı her zaman görmek mümkün değildir. Belki her hâkim takdir yetkisini keyfi olarak kullanmadığını düşünür. İşte bu nedenle hâkimin vicdani kanat ve takdirinin doğru kullanılıp kullanılmadığı, yani keyfiliğe yol açıp açmadığı konusu yargısal denetime tabi tutulmalıdır.

İngiliz hukukçu Francais Bacon, bu konuda şöyle der: "Hâkimler, kanunu insafsızca yorumlardan, aşırı istidlallerden (sonuç çıkarmaktan) çekinmelidir. Çünkü işkencelerin en kötüsü kanunla işkence etmektir. Kanunları tatbik ederken dikkat etmelidirler ki, korkutmak için konan şey 'zulme' alet olmasın." [977]

Hukuk mesleği özellikle hâkimlik, vicdani kanaatin merkezi önem taşıdığı bir meslektir. Hâkimin büyük sorumluluk isteyen bu tutumu hakkında Yargıtay Onursal Başkanı Doç. Dr. Sami Selçuk şöyle diyor: "Yargıç, duruşma salonuna girdiği anda kişisel inançlarını, görüşlerini, tutkularını salonun dışında bırakan insandır. Nasıl hekim hastasından nefret edemezse, yargıç da sanıktan nefret

[977] Francis Bacon; aktaran: Av. Ali Koyuncu, Ceza Adaleti Usul Hukuku İlişkisi ve Vicdani Kanaat.

edemez. Yargıç, karar verirken bir insandan daha çok bir kurumdur. İçindeki sade insanı zaaflarıyla birlikte silmek zorundadır."

Bir düşünürün deyişiyle "hâkimler, hukukun hem kölesi, hem de efendisidir". Hâkimler, hukukun kölesidir. Çünkü onlar vicdani ve manevi açıdan ağır bir sorumluluk yükü altındadırlar. Hâkimler, hukukun efendisidir. Çünkü onlar sözünü söyledikten sonra artık söylenecek başka bir söz yoktur. Son sözü onlar söylerler. Bu mesleğin yükünün ağırlığı, onların sadece yeterli hukuk bilgisine değil, aynı zamanda gerekli insani, ahlaki ve vicdani donanıma sahip olmalarını zorunlu kılmaktadır.[978]

Hâkimler de birer insandır. Her insan gibi onlar da bir takım duygulara sahiptir. İyi-kötü, doğru-yalancı, masum-suçlu, haklı-haksız her türlü insan niyet ve davranışının kaynağı vicdandır. Kanunun takdir hakkı verdiği konularda hâkim, hak ve nasfetle karar vermek durumundadır. Nasfet, hakka-niyet ve insaf sahibi olmayı ifade etmekte olup, insan bedenindeki merkezi vicdandır. Hakkaniyet ve insafla karar verilebilmesi için hukuk bilgisine de ihtiyaç vardır. Ancak sadece kuru bir hukuk bilgisi bu kavramın içini dolduramaz. Hâkimin temel işlevi; kanunları, hukuk ve vicdani kanaati doğrultusunda somut olaylara uygulamaktır. Hukukun uygulamasında hâkimin vicdani kanaati önemli olmasaydı belki bu meslek günümüzün gelişmiş bilgisayarları tarafından da yapılabilirdi.

2.1.6) TUTUKLAMA KARARI VE AHLAKİ YÜKÜMLÜLÜKLER

a) Tutuklamanın Tanımı ve Önemi

Tutuklama; hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülmekte olan şüpheli ya da sanığın, yasalarda belirtilen bazı nedenlerle hâkim kararıyla özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Dolayısıyla hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında bu koruma tedbirine başvurulmaktadır.

Tutuklama, kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran bir işlem olduğundan insan haklarını yakından ilgilendirmektedir. Dolayısıyla etikle doğrudan ilişkilidir. Tutuklama, ülkemizde hukukun uygulanması genel çerçevesi içinde, hukuk etiği açısından en çok tartışılan konulardan biridir. Bir kişinin, tutuklanmasına gerek olmadığı halde tutuklanması ya da diğer koruma tedbirlerinden herhangi birini uygulama imkânı varken tutuklama kararı verilmesi insanların hayatında sonradan onarılması mümkün olmayan derin izler bırakmaktadır. Bu nedenle hâkimin geniş bir takdir yetkisinin geçerli olduğu tutuklama işleminde işin etiksel boyutu büyük önem taşımaktadır.

Anayasanın 'Kişi Hürriyeti ve Güvenliği' başlığını taşıyan 19. maddesinin 3. ve 8. fıkraları arasında tutuklamaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Bireylerin hangi hallerde tutuklanacakları konusu, CMK'nun 100 ve müteakip maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5.maddesinde, özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açan tutuklamaya ancak hukuka uygun olan nedenlerle başvurulabileceği ve bu konuda keyfi uygulamalara karşı bireylerin

[978] Asuman Zeynep Taşdan, Hâkimin Tarafsızlığı; Doktora Tezi.

korunması hususları düzenlenmiştir. (Anayasa madde: 19/3-8; CMK madde: 100-108; AİHS madde: 5/3-5)

Soruşturma aşamasında tutuklama kararı, savcının talebi üzerine sorgu hâkimi tarafından verilmektedir. Savcının tutuklama talebi, şüphesiz ki hukuki gerekçelere dayanmalıdır. Tutuklama kararını verme yetkisi hâkime ait olduğundan, savcının talebi ve dayandığı gerekçelerle bağlı değildir. Tutuklama kararı hâkim tarafından verilmekle birlikte, karar dosyadaki delillere göre verileceğinden bu kararda etkili olacak delillerin savcılıkça tam ve yeterli bir biçimde toplanması, beyanların usule uygun olarak alınması ve tutuklama talebinin hukuki gerekçeye dayanması da burada büyük önem taşımaktadır. Ancak savcının tutuklama talebine dayanak olarak gösterdiği hukuki gerekçeler makul ve usule uygun olmalıdır.

Ceza yargılamasında, tutuklama tedbirine ilişkin hukukun temel ilkelerinin pozitif hukuk kurallarına ne ölçüde yansımış olduğu konusu önemli bir sorundur. Ancak ikinci önemli bir sorun da tutuklamayla ilgili mevcut hukuk normlarına uygulamada ne ölçüde uyulmakta olduğudur. Uygulamada savcıların tutuklama talepleri ve gösterdikleri gerekçelerle hâkimlerin tutuklama kararları arasında nasıl bir ilişki olduğu; savcıların tutuklama taleplerinin doğru gerekçelere dayanıp dayanma-dığı, hâkimlerin tutuklama kararlarında hukuki ve etiksel ölçütlere uyulup uyulmadığı konuları büyük önem taşımaktadır. Bu konuda yapılan araştırmaların sonuçlarının hiç de olumlu olmadığını söylemeliyiz.

Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu yönetiminde Kartal, Çağlayan ve Bakırköy Adliyeleri'nde, kesinleşmiş 800 dava dosyası üzerinde yapılan ve Türkiye'de tutuklama uygulamalarının incelendiği bilimsel araştırmanın sonuçlarına göre;

Savcıların, incelenen ve sonuçlanan dosyaların sadece % 3'ünde gerekçe göstererek tutuklama talebinde bulundukları, % 97'sinde ise bir gerekçe göstermedikleri; hâkimlerin, çok büyük oranda (%97) savcıların tutuklama istemini kabul ettikleri, tutuklama talebi reddedilen dosya oranının % 3 olduğu; tutuklama kararının hâkimler tarafından reddedildiği hallerde savcıların sadece % 44'ü bu karara itiraz ettikleri ortaya çıkmıştır. Yine yapılan bu araştırmaya göre; Türkiye'de tutuklama karar-larının yüzde 95'i henüz ilk soruşturma aşamasında, yüzde 5'i ise kovuşturma aşamasında verildiği, tutuklama kararı verilen dosyaların yalnızca yüzde 9'unda hâkimler tarafından kararda kuvvetli suç olgusu gösterildiği, hâkimlerin tutuklama kararı vermeden önce yapmak zorunda oldukları "hukukta ölçülülük ilkesi" yaklaşımının ise sadece bir dosyada yapıldığı, tutuklama kararı verilirken savunma makamının (müdafi) oturumda bulunma zorunluluğu olmasına rağmen, tutuklama kararlarının yüzde 11'i müdafi oturumda olmadan, yani kanuna aykırı olarak verildiği belirlenmiştir.[979]

b) Tutukluluk Süresi

Türk hukukunda tutukluluk konusu Anayasa'nın 19. ve CMK'nın 100. ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş ve hangi hallerde tutuklama kararı

[979] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 'Türkiye'de Tutuklama Uygulamaları ve Tutuklamada Savunmanın Rolü' Başlıklı Araştırması.

verilebileceği açıkça belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinde; herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu, mahkeme kararının gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi halleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı; suçluluğu hakkında **kuvvetli belirti** bulunan kişilerin, ancak **kaçmalarını**, **delillerin yok edilmesini** veya değiştirilmesini **önlemek maksadıyla** veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabileceği; tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarının olduğu; bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zararın, devletçe ödeneceği belirtilmiştir. (Anayasa, madde:19)

Ceza Muhakemesi Kanununda, tutuklama istisnai nitelikte başvurulması gerekli bir tedbir olarak öngörülmüş, bu nedenle tutuklama yoluna gidilmesi kesin ölçütlere bağlanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle CMK'nın 100/1. maddesinde; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle ölçülü olması halinde tutuklama kararı verilemez... şeklinde düzenleme yapıldıktan sonra tutuklama şartları sınırlı olarak sayılmıştır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; tutuklama nedenlerinin varsayılabileceği haller gösterilmiştir. Buna göre; a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, b) Şüpheli veya sanığın; 'delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususunda kuvvetli şüphe oluşturması' gibi ölçütler konulmuş, ayrıca aynı maddenin üçüncü fıkrasında; soykırım ve insanlığa karşı suçlar, kasten adam öldürme, işkence, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı, hırsızlık ve yağma, uyuşturucu madde imal ve ticareti, suç işleme amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlarla, silah kaçakçılığı ve benzeri önem arz eden suçların işlendiği hususunda **kuvvetli şüphe** nedenlerinin varlığı halinde de yine tutuklama nedeninin varsayılabileceği öngörülmüştür.

Tutuklama nedenlerinin var olduğu ya da varsayıldığı yukarıdaki hallerde mutlaka tutuklama kararı verilecektir diye bir zorunluluk yoktur. Bu şartların var olması hallerinde bile tutuklama kararı verilip verilmeyeceği hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca maddenin son fıkrasında; sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı 1 yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği hüküm altına alınarak bu alanda hâkime takdir yetkisi hiç verilmemiştir.

Anayasa ve yasa hükümlerinden anlaşılacağı üzere tutuklama, başlı başına bir ceza olmayıp, zorunlu hallerde başvurulması gerekli istisnai nitelikte bir koruma tedbiridir. Şartlarının varlığı halinde dahi tutuklama mecburi değil, ihtiyaridir. Bu nedenle tutuklama nedenleri olmadığı takdirde kişilerin özgürlüğünün tahdidi söz konusu olmayacağı gibi, tutuklama nedenlerinin mevcut olması halinde bile mutlaka tutuklama kararı vermek gerekmediği, daha çok CMK'nın 109. ve

müteakip maddelerinde düzenlenen **adli kontrol** kurumunun çalıştırılmasının daha insani ve uygun olabileceği söylenebilir.

Ülkemizde tutuklama konusuna ilişkin yasal düzenlemelerde eksikler olduğu gibi, uygulamadan kaynaklanan ciddi sorunlar da bulunmaktadır. Bu sorunların başında; uzun tutukluluk süreleri, gerekçelere yer verilmemesi, tutuklamaya gerek olup olmadığı ya da verilmiş tutuklama kararının devamının gerekip gerekmediği konusunda gösterilen özensizlik, tutuklama kararlarının yargısal denetiminin tam olarak yapılamaması gelmektedir.

Prof.F. Yenisey ve Prof.A. Nuhoğlu yönetiminde yapılan ve yukarıda belirttiğimiz araştırmayı değerlendiren Prof. Dr. Feridun Yenisey, Türkiye'de tutuklama kararlarının denetimi konusunda Anayasa'da eksiklikler olduğunu, hâkimin verdiği tutuklama kararlarının itiraz ve temyiz aşamasında etkin bir denetime tabi tutulması gerektiğini, ancak Türkiye'de bu konuda sıkıntılar yaşandığını, çünkü görülmekte olan dava sırasında tutuklama kararlarıyla ilgili Yargıtay'ın denetleme yapama-dığını, uzun tutukluluk sürelerinin Türkiye'de büyük sorun oluşturduğunu, bu konuda yasal düzenlemeler yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Tutukluların gereksiz yere özgürlüklerinden mahrum olmamaları için getirilen CMK'nın 108. maddesinin birinci fıkrasında; soruşturma aşamasında şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en fazla otuzar günlük arayla, mahkemece tutukluluk halinin devamına ya da tahliyesine karar verilmesi gerektiği hususları yer almaktadır. Tutuklama süresinin uzatılması için, tutuklama kararı verilmesini gerektiren hallerin devam ediyor olması gerekir. Bu uzatma kararları, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafiinin görüşleri alındıktan sonra verilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutukluluk süresine ilişkin başvurular dolayısıyla verdiği kararlarda **makul süre** ölçütüne yer vermiştir. Aşağıdaki iki karar bu konuyla ilgilidir.

"AİHM, yargılama sırasında hiçbir noktada yetkili makamların, başvuranın tutukluluk süresinin **makul süreyi** aşıp aşmadığını dikkate aldığını gözlemlememiştir. Başvuran aylarca tutuklu kaldıktan sonra ulusal mahkeme kararlarında özellikle bu tür bir analize yer verilmiş olmalıydı. Ancak, **makul süre** ölçütleri hiçbir zaman hesaba katılmamıştır." (AİHM'nin 1 Haziran 2006 tarih 7064/05 sayılı kararı)

"Adaletin yerine getirilmesi için yargılamanın çeşitli aşamalarının birleştirilmesi gerekirken, birbirini izleyen hâkim değişiklikleri yargılamanın yavaşlamasına neden olmuştur. Başvuran, soruşturma başlar başlamaz suçlamaları kesin olarak kabul ettiği ve bu nedenle, soruşturmanın yavaşlamasına neden olacak bir başvuru yapmadığı halde adli makamlar gereken hızlılıkla hareket etmemiştir. Bu nedenle, sanığın tutuklu olarak yargılaması yapılırken harcanan süre, **5.** maddenin 3. paragrafında ortaya konan **makul süreyi** aşmıştır." (AİHM'nin 17 Mart 1997 tarih ve 21802/93 sayılı kararı)

c) Tutuklama Ceza Değil Koruma Tedbiridir

Tutuklama ceza değil bir koruma tedbiridir. Bu nedenle tutuklamaya ancak şüpheli veya sanığın kaçmasını ve delileri karartmasını önlemek için ya da hayatını

korumak amacıyla başvurulabilir. Dolayısıyla ancak hukuka uygun olmak şartıyla, zorunlu hallerde ve önemli suçlarda bu tedbire başvurulmalıdır. Bir şüpheli ya da sanık hakkında tutuklama nedenleri olmadığı halde tutuklama kararı verilmesi veya tutuklama nedenleri ortadan kalktığı halde tutukluluk halinin devamına karar verilmesi, bu işlemi koruma tedbiri olmaktan çıkarıp bir cezalandırma yöntemine dönüştürür.[980] Bugün ülkemizde gereksiz ve uzun tutuklama uygulamaları, yargı sistemimizin başta gelen etiksel sorunları arasında yer almaktadır.

Anayasa, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hangi durumlarda tutuklama kararı verilebileceği ayrıntılı olarak açıklanmışsa da, bu konuda hâkimlerin geniş takdir yetkilerinin olduğu söylenebilir. Hâkimlerin bu ölçüde geniş takdir yetkisine sahip olduğu bir işlemde, işin etiksel boyutu doğal olarak büyük önem taşımaktadır. Tutuklama kararının verilmesi ve kaldırılması konusunda büyük özen gösterilmelidir. Hâkimler, şüpheli ya da sanıkların bir saat bile gereksiz yere tutuklu kalmasının hukuki ve ahlaki sorumluluğunu vicdanlarında hissetmeleri gerekir. Sadece tutuklama kararını verirken değil, şüpheli ya da sanığın tutukluluk halinin belirli aralıklarla incelenmesi, yargılama süreci boyunca tahliye talebi olmasa bile resen inceleme yapılarak gerek-tiğinde kendiliğinden tahliye kararı verilebilmelidir. Bu anlamda Anayasa, CMK ve AİHS hüküm-lerinin birbirleriyle uyumlu olduğu ve paralel bir durum arz ettiği söylenebilir.

d) Tutuklama Kararları Gerekçeli Olmalı

Anayasanın 141. Maddesinin 3. Fıkrasında; bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiği ifade edilmiştir. Anayasanın bu hükmünün, uygulamada çoğunlukla göz ardı edildiğini görmekteyiz. Uygulamada, kanun maddesinin tekrarından ibaret olan 'suçun vasıf ve mahiyeti', 'kaçma şüphesi' ve 'delilleri karartma şüphesi' gibi kalıplaşmış ibareler gerekçe olarak kabul edilip tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin kararlara kopyala yapıştır usulü ile gerekçe olarak yazılmaktadır. Hâlbuki somut bir olguya dayanmayan şüpheler gerekçe olarak kabul edilemez. Gerek savcının tutuklama talebinin, gerekse hâkimin tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin kararının gerekçesinde, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu ile şüphelinin kaçma veya delilleri karartma şüphesini uyandıran somut olgular göstermelidir. Ancak ne yazık ki uygulamada, hukuki mevzuata yansıyan tutuklama ilkelerine tam olarak uyulmadığı açık bir biçimde görülmektedir. Özellikle gerek tutuklama kararı ve gerekse tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar çoğunlukla gerekçeden uzak ya da gerekçe diye kalıplaşmış ifadeler kullanılarak verilmektedir. Uygulamada bu durum ciddi bir etiksel sorun olarak sürüp gitmektedir.

Kararların doğru hukuki gerekçelere dayandırılması zorunluluğuna uyulmadığı için, tutuklama kararları keyfi nedenlere dayanmaya devam etmektedir. Bilindiği gibi gerekçe, tutuklama kararlarında savunma hakkının ve kanun yollarının etkin olarak kullanılmasına imkân verecek biçimde gösterilen tutarlı, yeterli, doğru, haklı, makul, vicdana uygun hukuki nedenlerdir. Tutuklama konusundaki yanlışlıklar,

[980] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

öncelikle savcılarca delillerin yeterli biçimde toplanmaması ve tutuklama taleplerinin gerekçesiz olarak hazırlanması ile başlayıp sorgu hâkimi ve davayı yürüten hâkimin tutuklama ya da tutukluğun devamına ilişkin kararlarıyla sürmektedir. Böyle olunca tutuklama, doğru hukuki gerekçelere dayanan bir koruma tedbiri olmaktan çok cezalandırma yöntemine dönüşmektedir.

Yasal mevzuatta tutuklama nedeni olarak gösterilen örneğin 'kaçma şüphesi' kavramı nasıl anlaşılacaktır? İsnat edilen suçun sadece niteliği ya da ciddiyeti tutuklama için yeterli midir? Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı temel ilkeler belirlemiştir. AİHM'ne göre, tutuklama için gerekli nedenlerden biri olan kaçma tehlikesi, sadece suçlamanın ciddiyetine göre değil, kaçma tehlikesinin varlığını doğrulayan faktörler de göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda özellikle, sanığın karakteri, ahlak yapısı, mal varlığı, kendi devleti ile ve uluslar arası bağlantıları göz önünde tutulmalıdır. Sanığın kaçma ihtimali konusunda yapılacak değerlendirme, başkasının değil, sanığın kendi kişisel durumuna dayanmalıdır.

Bir davada, yerel mahkemeler, başvuranın bizzat kendisinin sürekli kaçma eğiliminde olduğu sonucunu haklı çıkaracak bir karaktere ya da davranışa sahip olduğuna işaret etmemişken, başvuranın sabıka kaydı olmadığına, daimi bir adresi ve işi, istikrarlı bir yaşam tarzı, iki küçük çocuğu ve babasının ciddi şekilde hasta olduğuna ilişkin beyan ve iddialarını da dikkate almamıştır. Bu şartlar altında AİHM, söz konusu davada kaçma riskinin var olduğunun tespit edilmediği sonucuna varmıştır. (AİHM'nin 1 Haziran 2006 tarih ve 7064/05 sayılı kararı)

AİHM'nin bu kararına göre; hâkimlerin, bir nedene dayanmayan ve sanığın kişisel durumu ile ilgili olmayan, sadece 'sanığın tutuklanması gerektiği' şeklindeki değerlendirmeleri, tutuklama ya da tutukluluğun devamına yönelik kararları için hukuka uygun bir gerekçe olarak görülemez. Tutuklama kararlarında, kalıplaşmış belirli sözcüklerin kullanılması doğru değildir. Mahkemeler, tutuklama kararlarında genellikle sanığın kaçacağı ve adalet sürecini engelleyeceği düşüncesine dayanak olarak gösterilen sanığa atılı suçun ciddiyeti, bu konuda bir unsur olarak kabul edilse bile, sadece bu unsurun varlığı, insanı özgürlüğünden yoksun bırakmaya yeterli değildir. Tutukluluk, yalnızca suçun ciddiyeti göz önüne alınarak soyut bir bakış açısıyla değerlendirilemez. AİHM'ne göre de, tutuklama için gerekli nedenlerden biri olan kaçma şüphesi, sadece suçlamanın ciddiyetine göre değil, kaçma şüphesinin varlığını doğrulayan somut olgular da göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda özellikle, sanığın karakteri, ahlak yapısı, mal varlığı, kendi devleti ile ve uluslar arası bağlantıları göz önünde tutulmalıdır. (AİHM'nin 25 Nisan 2000 tarih ve 31315/ 96 sayılı kararı).

Yine AİHM; ulusal mahkemelerin; sanığın delilleri yok edebileceğini, adalete engel olabileceğini tutukluluğunun devamı için bir gerekçe göstermesini, soruşturmanın ilk aşamalarında haklı ve yerinde bulsa da, deliller toplandıktan sonra, artık söz konusu bu gerekçenin geçersiz olacağını düşünmektedir. (AİHM'nin 1 Haziran 2006 tarih 7064/05 sayılı kararı)

e) Tutuklunun Güvenliği ve Sağlığının Korunması Zorunluluğu

Nitelikleri gereğince ciddiyet arz eden ve bu yüzden toplumsal tepkiye neden olan bazı suçlarda sanığın güvenliği açısından bir süre tutuklanabileceği kabul edilmektedir. Bazı davalarda şüpheli ya da sanığın güvenliği açısından, bir süre için tutuklu olarak kalması makul sayılabilir. Bu durumda sanığa karşı toplumsal tepki devam ettiği sürece, sanığın tutukluluk hali yasallığını korur. AİHM'nin 23 Kasım 1998 tarih, 28213/95 sayılı kararı, bu görüşü destekler niteliktedir.[981]

Diğer yandan cezaevi görevlileri, sorumlulukları altında bulunan tutukluların can güvenliğini korumakla yükümlüdürler. Tutuklulara verilecek yemeklerin ve suyun miktarı, kalitesi ve nasıl hazırlandığı; tutukluların elbise ve beden temizliği, kurumun sağlık şartlarına uygunluğu, ısıtılması, ışıklandırılması, havalandırılması, tutukluların yattıkları yatakların temizliği sürekli denetlenmelidir. Kısaca tutukluların, tutukevlerinde kaldıkları sürece beden ve ruh sağlığı korunmalıdır.

Tutuklular, devletin kontrol ve gözetimi altında olduğundan onların hayatının ve sağlığının korunmasından devletin sorumlu olması doğaldır. Tutukevlerinin şartları, sanıkların sağlıklarının bozulmasına neden olmuşsa, öncelikle cezaevi görevlilerinin ve dolayısıyla devletin sorumluluğu söz konusudur. Bu durum, AİHS'nin 3. maddesini de ihlâl eder. AİHM, sanıkların üç ay boyunca, üç ya da dört tutuklu ile birlikte altı metre karelik bir hücrede tutulması; buradaki şartların son derece yetersiz olması; hücrenin, karanlık, havasız ve rutubetli olmasını; tutukluların kullandıkları tuvaletin ve kişisel temizlik imkânlarının kabul edilebilir olmamasını; bir tutuklunun tuvalet ihtiyacını diğer hücre arkadaşlarının önünde bir kovada gidermek ve aynı kova, diğerleri tarafından kullanılırken orada olmak zorunda bırakılmasını AİHS'nin 3. maddesini ihlâl edecek şekilde insanlık dışı ve alçaltıcı muamele teşkil ettiği kanaatine varmıştır.[982]

Tutuklunun güvenliği ve sağlığının korunması zorunluluğu kapsamında yerine getirilmesi gereken diğer önemli bir iş, tutuklu olarak cezaevine gönderilen şüphelilerin, mahkûmlarla aynı mekâna konulmamasıdır. Tutukluların birçoğunun kısa bir süre sonra tahliye oldukları dikkate alındığında, onların mahkûmlardan ayrı odalarda kalmaları cezaevinin olumsuz ortamından etkilen-memeleri açısından önemlidir.

f) Tutukluluğun Belirli Aralıklarla İncelenmesi

Şüpheli ya da sanığın, keyfiliğe karşı korunması ilkesi çerçevesinde hâkimler tutuklamayla ilgili kararlarını, makul aralıklarla ve hızlı bir biçimde resen gözden geçirilerek verilmelidir. Hakkında tutuklama kararı verilmiş bir şüpheli ya da sanığın, tutuklamayı gerektiren şartların sonradan ortadan kalkması halinde, bu konuda talep olsun veya olmasın resen inceleme ilkesi gereğince tahliyesine karar verilmelidir. Tutuklamaya ya da tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlara itiraz halinde, yapılacak incelemenin, tutuklu ve avukatının katılımıyla yapılması gerekir.

---

[981] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

[982] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

AİHM; bir davada, tutuklulukla ilgili olan üç kararın; beş aylık, iki yıllık ve dokuz aylık aralıklarla verilmiş olması ve ilk iki kararın, özellikle de o tarihte sanık tarafından yapılan çok sayıdaki tahliye taleplerine cevap verilmemesi nedeniyle makul aralıklarla verildiklerinin kabul edilemeyeceğinden, AİHS'nin 5/4. maddesinin ihlâli olarak değerlendirmiştir. (AİHM'nin 24 Eylül 1992 tarih ve 10533/ 83 Sayılı kararı)

g) Tutuklama Tedbirinin Alternatifi: Adli Kontrol

Tutuklama tedbirinin alternatifi olarak kabul edilen adli kontrol sistemine, CMK'nın 109. ve müteakip maddelerinde yer verilmiştir. CMK'nın 109. maddeye göre; 100. maddede belirtilen tutuklama nedenlerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Adli kontrol kararı, savcının talebiyle sulh ceza hâkimi tarafından soruşturma evresinin her aşamasında verilebilir. Ayrıca şüpheli hakkında daha önce verilmiş olan tutuklama tedbiri kararının, savcının talebi üzerine **adli kontrole** dönüştürülmesi imkânı bulunmaktadır.

Tutuklama yerine alternatif yol olan adli kontrol sistemi içinde yer alan tedbirler; kefalet/teminat, zorunlu ikamet, ev hapsi ve polis denetimi gibi çözümlerdir. Bunların her biri, birey için tutuklamaya göre daha müsamahakâr ve yumuşak koruma tedbirleridir. AİHM bir kararında; sanığın yasal temsilcileri birçok kez kefaletle serbest bırakılmasını istedikleri halde, yerel mahkemenin adli kontrol gibi daha müsamahakâr/yumuşak bir önleyici tedbiri kullanmaması nedeniyle AİHS'nin 5/3. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır." (AİHM'nin, 15 Kasım 2001 tarih, 25196/ 94 sayılı kararı)

Ülkemizde, haklarında yürütülen bir soruşturma nedeniyle tutuklama kararı verilen ve yıllarca tutuklu kalıp yargılama sonucunda beraat edenlerin sayısının oldukça çok olması dikkate alındığında, haksız tutuklamalardan doğan maddi ve manevi zararları asgari düzeye indirmesi bakımından adli kontrol uygulamasının ahlaki boyutu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Nitekim AİHM, tutuklama yerine geçen adli kontrol seçeneklerinin devre dışı bırakılarak şüpheli veya sanığın tutukluluk halinin sürdürülmesini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlâli olarak görmektedir.[983]

Adli kontrol tedbirlerinin yargı sistemi açısından olumlu yanları olduğunu belirtmek gerekir. Bu yöntemle, bir yandan tutuklamanın amaçlarından olan şüphelinin kaçmasının önlenmesi sağlanmakta, diğer yandan şüphelinin toplumsal ilişkileri cezaevindeki gibi bütünüyle kesintiye uğramamakta ve toplum nezdinde damgalanma tehlikesinden kurtulmaktadır. Bu nedenle adli kontrol şartlarının varlığı halinde şüpheli hakkında tutuklama kararı verilmesi, Anayasa ve CMK hükümlerine aykırı olduğu gibi AİHM kararlarına da aykırıdır.

---

[983] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

h) Tutuklu ve Hükümlüler Açısından Cezaevinin İşlevleri ve Cezaevi Şartları

Tutuklama konusunun incelendiği bu bölümde, tutuklu ve hükümlülerin kaldıkları yer olan cezaevlerinin işlevlerine ve cezaevi şartlarına kısaca değinmekte yarar vardır. Cezalandırma, insanlık tarihi kadar eski olmasına rağmen, cezanın belirli ölçülere bağlı kalınarak uygulanması, 17. yüzyıldan sonra mümkün olabilmiştir. Tarih boyunca suçların türü, suçlara verilen cezanın miktarları, uygulanma biçimleri, uygulayan kurumlar değişmiş olsa da, suç işleyenlerin cezalandırılmaları gerçeği değişmemiştir. Tutuklama ve cezalandırma denildiğinde cezaevi ve onun işlevleri akla gelmektedir. Sanık ya da hükümlünün cezaevine konularak cezalandırılmasının ya da koruma altına alınmasının belli başlı amaçlarını şöyle sıralamak mümkündür: Şüphelileri ve suç delillerini koruma altına almak, bireyi ve toplumu suç işlemekten engellemek ve caydırmak, işlediği suçtan dolayı toplum adına misillemede bulunmak, suçluyu iyileştirmek ve topluma tekrar kazandırmaktır.

Cezaevleri, suçun engellenmesi ve kontrol altına alınmasında şüphesiz ki ön plana çıkan kurumlardan biridir. Yani günümüzde cezaevleri, suçla mücadelenin en etkili araçlarından birini oluşturmaktadır. O halde cezaevlerinin en belirgin işlevi, suç işleyen bireylerin cezalarının infazını sağlamak, toplumda suça eğilimli olanlar üzerinde caydırıcı bir etki meydana getirmektir, denilebilir. Gerçekten hapis cezası, bireyleri suç işlemekten caydırmada en etkili bir yöntem olarak kabul edilmektedir.[984]

Cezaevlerinin temel işlevlerini ortaya koymak, cezaevi şartlarının suç ve suçluluk üzerindeki etkilerini açıklamak için cezaevleriyle ilgili aşağıdaki soruları cevaplandırmak gerekir. Cezalandırma biçimi olarak hapsetme, bireyleri suç işlemekten caydırabilmekte midir? Nasıl bir cezalandırma biçimi, bireyleri suç işlemekten daha çok caydırılabilir veya tekrar suç işlemelerini engelleyebilir? İşlediği suçtan veya suçlardan dolayı cezaevine kapatılan suçluların, cezaevinden tahliye edildikten sonra yeniden suç işlemelerinde, cezaevinin yapısına ilişkin hangi faktörler etkili olmaktadır? Suçluların, cezaevlerinde ıslah edilmeleri veya topluma uyum sağlayacak şekilde iyileştirilmeleri mümkün müdür? Cezaevine alternatif olarak geliştirilen yaklaşımlar nelerdir? Suçlarla etkili bir mücadele için, nasıl bir suç politikası oluşturulmalıdır?

h.a) Cezaevlerinin Suçtan Caydırıcı İşlevi

Cezaevlerinin, bireyleri yeniden suç işlemekten caydırmak ve suç işleme eğilimine sahip olan bireyleri suç işlemekten engellemek gibi bazı temel işlevleri de vardır. Ancak, cezaevinden tahliye edilen bazı suçluların tekrar suç işledikleri bilinmektedir. Bu durum, cezanın ve cezaevlerinin caydırıcılık işlevini tam olarak yerine getirmediği yönündeki görüşlerin oluşmasına ve dolayısıyla cezaevlerinin caydırıcılık rolünün tartışılmasına neden olmaktadır. Bu durum nasıl açıklanabilir?

[984] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi.

Bu soruya doğru cevap bulabilmek için cezaevlerinin caydırıcılığı konusunu iki açıdan ele almak gerekir. Birincisi, bugünkü haliyle cezaevleri suçluların ıslahı ve diğer yönlerden ideal kurumlar mıdır? İkincisi ise, caydırıcılık işlevi sadece cezaevindeki suçlular açısından (özel caydırıcılık) mı değerlendirilmelidir, yoksa toplumdaki diğer bireyler veya suça eğilimli olan insanlar açısından da değerlendirilmeli midir?

Cezaevlerinin mevcut yapılarıyla suçluların ıslahı ve diğer yönlerden ideal kurumlar oldukları tam olarak söylenemez. Bu nedenle arzu edilen sonuçlar alınamıyor olabilir. Cezaevlerini her yönden ideal bir konuma getirmek gerekir. Ancak bu konuda ne kadar çaba gösterilse de, ancak belirli oranda olumlu sonuç alma imkânı vardır. Çünkü suçluların, gerek daha önce yaptıkları gerekse bundan sonra yapmaları muhtemel suç davranışları üzerinde etkili olan başka faktörler de vardır.

Öncelikle bir suçlunun; cezaevine düşmeden önceki yaşantısında yeterli eğitimi alamadığı, vicdanında gerçek anlamda hak-hukuk ve etik kültürü oluşmadığı, kötü ekonomik şartların etkisinde kaldığı sosyal hayat, başlı başına suç davranışının gelişmesine uygun bir ortamdır. İkinci olarak cezaevinde, sürekli suçlularla etkileşim içerisinde bulunan tutuklu ya da hükümlülerin suçluluk yapısı ve eğilimlerinin cezaevlerinde daha çok pekişmesi mümkündür.

Bu nedenlerle cezaevinden tahliye edilen suçlulardan bazılarının yeniden suç işlemelerinin tüm sorumluluğunu cezaevi şartlarına yüklemek doğru değildir. Çünkü belirttiğimiz gibi eski suçluların yeniden suç işlemelerinde cezaevi faktörünün yanı sıra başka etkenler de rol oynamaktadır. Bu faktörler; a) suçlunun karakter yapısı, taşıdığı bazı kişilik özellikleri, b) suçlunun, suç davranışını itiyat/alışkanlık haline getirip getirmediği, c) cezaevi sonrasında suçlunun karşılaştığı işsizlik ve toplum nezdinde suçlu olarak damgalanmanın doğurduğu dışlanmışlıktır.[985]

Cezaevlerinin caydırıcılığını suçlular ve suçla ilgisi olmayan toplum bireyleri açısından farklı değerlendirmek gerekir. Başka bir deyişle cezaevlerinin caydırıcılığını, genel caydırıcılık ve özel caydırıcılık olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Cezaevlerinin özel caydırıcılığı; cezaevinde cezasını çeken suçluların, tahliye olduktan sonra yeniden cezaevine düşmemek için suç işlemekten kaçınmalarını ifade eder. Cezaevlerinin genel caydırıcılığı ise, suç işleyenlerin cezaevine konulmasının, toplumdaki diğer bireyleri veya suça eğilimli olan insanları korkutarak suç işlemekten caydırmasını ifade eder. Caydırıcılık açısından hangisinin daha etkili olduğu önemlidir.

Cezaevlerinin caydırıcılığı konusunda yapılan araştırmalar, cezaevinin genel caydırıcılık özelliğinin özel caydırıcılıktan daha etkili olduğunu göstermektedir. Yani cezaevlerinin, toplumda henüz suç işlememiş bireyler üzerinde daha caydırıcı bir etkide bulunduğunu söylemek mümkündür.[986]

h.b) Cezaevlerinin Islah Edici Rolü

[985] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi.
[986] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi.

Cezaevlerinin, tutuklu ve hükümlüler arasında etkileşimi arttıran ve bünyesinde suç kültürünü barındıran bir ortam olması nedeniyle, suçluları sadece cezaevlerine kapatarak suçlulukla mücadele edilemeyeceği, ancak cezaevinin suçlu kültüründen oluşan yapısının çok etkili bir biçimde ve uzman ekipler tarafından yürütülecek eğitim ve iyileştirme çalışmalarıyla kısmen giderilebileceği söylenebilir. Cezaevlerinin sadece cezalandırma değil, suçluların yeniden topluma kazandırılma yeri olması gerektiği düşüncesinin, yaklaşık 60 yıldır hukuk sistemlerinin gündemine girmeye başladığı, günümüzde bu yaklaşımın, suçla mücadele politikasının vazgeçilmez bir unsuru olarak benimsenip cezaevlerinde uygulanmasının daha yakın dönemlere rastladığı söylenebilir.

Cezaevlerinin işlevleri konusunda yapılan bazı araştırmalar, cezaevlerinin; tutuklu, hükümlü ve onların ailelerinin bireysel ve toplumsal konumlarına zararlı etki yapan, bugünkü haliyle onların topluma yeniden kazandırılmasında başarılı olamayan kurumlar olduğunu göstermektedir.[987] Cezaevindeki suçluların yeniden topluma kazandırılması düşüncesinin son yıllarda öne çıkmış olmasına rağmen halen hukukçular ve suç bilimcileri arasında, cezaevlerinde suçlulara yönelik nasıl bir politikanın izlenmesi gerektiği konusunda tartışmalar devam etmektedir. Bu konudaki görüşler, genel olarak iki ana başlık altında ele alınabilir.

Birincisi, suçlulara yönelik tutumun katı ve acımasız olması gerektiğini savunan ve dolayısıyla cezalandırmayı ön plana çıkaran yaklaşımdır. Bu yaklaşımın, cezaevlerinin işlevini büyük ölçüde cezalandırma ile sınırlandırdığı söylenebilir. Bir suç olayı karşısında gerek suç mağduru ve gerekse toplumun, suç failinin cezalandırılması yönündeki beklentileri, cezalandırmayı ön plana çıkaran anlayışın dayanağını oluşturmaktadır.

İkincisi ise, cezaevlerinde suçlulara karşı daha hoşgörülü bir tutum takınılması gerektiğini ileri süren ve eğitim, ıslah ve iyileştirme çalışmalarını merkeze alan yaklaşımdır. Bu görüşü savunan düşünürler, suç davranışının bireylerin içinde bulundukları olumsuz toplumsal şartlardan kaynaklandığını, bu yüzden de suçlulara ceza vermek yerine onların ıslah edilmeleri gerektiğini iddia ederler.[988]

Bu iki yaklaşım; cezaevlerinin, **cezalandırıcı** bir kurum mu yoksa **ıslah edici** kurum mu olması gerektiği noktasında yaşanan tartışmaların bir uzantısı niteliğindedir. Bu noktada şu sorunun sorulması gerekiyor: Suç işleyip cezaevine girdikten sonra tutuklu ve hükümlüleri eğitme, ıslah etme ve topluma tekrar kazandırmanın önemini vurgulayan düşünürler, acaba suç işlemeden önce insanları eğitmeyi ve suça etkili olan toplumsal şartları düzeltmeyi ve dolayısıyla daha baştan suç işlemelerine engel olmayı düşündüler mi? Aslında öncelikle yapılması gereken şey, bireylerin suç işlemelerinde etken olan sosyal, kültürel ve ekonomik şartların ortadan kaldırılmasıdır. Bu konuda yoğun bir çaba harcanmalıdır. Çünkü suç davranışının, suçu işleyenin bizzat kendisine ve topluma maliyeti çok daha ağır

---

[987] Dünkel Frider-Snacken Sonja, Karşılaştırmalı Avrupa Ceza İnfaz Sistemi; Aktaran: Yrd. Doç.Dr. Handan Yokuş

Sevük, AİHM Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi.

[988] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi.

olmaktadır. Suçun, işlendikten sonra zararlarının giderilmesi, işlenmeden önce önlenmesinden daha zordur.

Yukarıdaki ifade edilen iki temel görüşten birini kabul edip diğerini bütünüyle reddetmek, aşırı ve uç bir yaklaşımı ifade eder. Her iki sistem konusunda ifrat ve tefrit yaşanmamalıdır. Her iki yaklaşımın da doğrularını alarak yararlanmalıdır. Cezaevlerinin, cezalandırıcı bir niteliğe sahip olması doğası gereğidir. İşlediği suçtan dolayı mağdurlara acı çektiren suçluların, dışarıdaki özgür hayattan uzak kalmanın acısını cezaevinde çekmeleri, toplum bireylerinin vicdanlarında var olan adalet duygusunun bir gereğidir. Ancak onlar suçlu da olsa insandır. Onlar her ne kadar iradi bir kararla suç işlemiş olsalar da, bu konuda birçok toplumsal dış faktörün kolaylaştırıcı etkisini düşündüğümüzde, onları sadece cezalarıyla baş başa bırakmak yerine, içine düştükleri bu vicdan ve ahlak krizinden kurtarmaya çalışmanın önemini anlayabiliriz. Suçlular, bir yandan hak ettikleri cezalarını çekerken diğer yandan da eğitim, ıslah ve iyileştirme faaliyetleriyle topluma yeniden kazandırılmaya çalışıl-malıdır.[989]

h.c) Tutukluların Yakınlarıyla Haberleşmesi

Tutuklu ve hükümlülerin, gerekli gözetim ve denetim altında aileleri ve yakın arkadaşları ile düzenli aralıklarla haberleşmelerine, ziyaretleri kabullerine imkân verilerek iletişim kurmalarına izin verilmelidir. Tutuklu ve hükümlülerin aileleri, arkadaşları ve yasal temsilcileriyle haberleşebilmesi, onların sosyalleşmesinde çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu yüzden AİHM, birçok kararlarında bu konuya vurgu yapmaktadır.

"Adalet Bakanlığı'nın talimatıyla cezaevi yöneticilerinin, ailesi ve yasal temsilcisi ile iletişim kurması hususunda sansür uyguladığına ilişkin başvuranın şikâyette bulunması üzerine, AİHM; Adalet Bakanlığı'nın, mahpusların iletişim kurmalarına ilişkin tedbirler alma yetkisi olmadığı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararını dayanak göstererek, bakanlığın ulusal hukuk kuralları açısından yetkisi dışında hareket ettiği, dolayısıyla başvuranın iletişimine uygulanan sansürün, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiği kanaatine varmıştır" (AİHM'nin, 6 Nisan 2000 tarih ve 26772/95 sayılı kararı)

Hükümlü ve tutukluların dış dünyayla ilişkiyi sürdürmelerinin, hem onlar, hem aile ve arkadaşları, hem de cezaevi yönetimi bakımından birçok yararları vardır. Özelikle tutuklu veya hükümlünün aile veya yakınları, cezaevinin bulunduğu yerden uzakta yaşıyorlarsa, bizzat ziyaret onlar için zor olacağından telefonla görüşme, ziyaretin yerine geçebilir. Böylece toplumsal çevreleriyle bağlarını sürdürmüş, kendilerini tahliye sonrası hayata hazırlamış olurlar. Cezaevi yönetimi de, daha huzurlu bir cezaevi sakinleriyle çalışmış olur. Bu durumda haberleşme ve ziyaret 'yeniden sosyalleşmenin' araçları olarak kabul edildiğinde, cezaevi disiplinini, bu amaca uygun olarak yeniden yorumlamak gerekir. Tutuklu ve hükümlülerin, toplumla ilişkilerinin kesilmemesinde ve toplumla bütünleşmesinde önemli bir işleve sahip olan ziyaret ve haberleşmenin kısıtlanması konusunu

[989] Yrd. Doç.Dr. Handan Yokuş Sevük, AİHM Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi.

yeniden gözden geçirmek gerekir. Bu çerçevede haberleşme ve aile yaşamına saygı hakkı, tutuklu ve hükümlünün temel insan hakkı olduğundan, tutuklu ve hükümlü bir disiplin suçu işlediğinde ceza olarak haberleşme ve ziyaretin kısıtlanması verilmemelidir. Nitekim AİHM, iletişim ve haberleşme imkânlarının kısıtlandığı iddialarını, AİHS'nin 8. maddesi yönünden esasa girerek incelemektedir. AİHM, bir davada, (30.08.1990 tarihli İngiltere/McCallum Kararı) mahkûm hakkında 28 günlük haberleşme yasağı içeren disiplin cezası verilmesini AİHS'nin 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.[990] Demek ki AİHM, cezaevindeki haberleşme ve ziyaret hakkına yönelik müdahaleleri, aile yaşamına saygı hakkı bakımından ele almaktadır.

Tutuklu ve hükümlülerin dış dünya ile ilişkilerini sürdürebilmeleri, onların topluma yeniden uyum sağlamalarının temel bir unsurudur. Dış dünya ile iletişimlerinin kapsamı; açık ve kapalı ziyaret, avukatıyla görüşme, dışarıdan kendisine gönderilen kitap, dergi, gazete, mektup, faks, telgraf ve telefonla görüşebilme gibi imkânlardır. (Yılmaz Sağlam, Türk İnfaz Sisteminde Ceza İnfaz Kurumları)

Haberleşme ve iletişimin denetlenmesi, AİHS'nde yer alan ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yasal dayanağı olduğu sürece söz konusu olabilir. Kısıtlama, sınırlı bir denetim olup sadece yasaklanmış unsurları kapsamalı ve cezaevine yasaklanmış maddelerin girmesini önlemeyi amaçlamalıdır. (x)

(Dipnot x)Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 66. maddesinde; ceza infaz kurumlarındaki 'örgüt mensubu hükümlüler' hariç diğer hükümlülerin, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin denetim ve kontrolünde ücretli telefonlarla görüşme yapabilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca altsoy, üstsoy, eş ve kardeşlerinin ölüm, ağır hastalık veya doğal afet hâllerinde, kuruma ait telefon ve faks cihazından derhâl yararlandırılırlar.

67. maddesinde; hükümlünün, ceza infaz kurumlarında merkezi yayın sistemine bağlı olarak radyo ve televizyon yayınlarını izleme hakkına sahip olduğu, bu cihazların, bedeli kendisi tarafından ödenmek şartıyla hükümlü adına kurumca satın alınabileceği, Adalet Bakanlığının uygun görmesi hâlinde eğitim ve kültürel amaçlı olarak bilgisayarın ceza infaz kurumuna alınmasına izin verilebileceği ifade edilmiştir. 68. maddesine göre ise; hükümlü kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir.

h.d) Tutukluların Avukatla İletişimi

Tutuklu ve hükümlüler, avukatlarıyla iletişim kurma ve onlara danışma hakkına sahiptir. Onlara avukatlarıyla görüşebilmeleri için uygun zaman ve imkân sağlanmalıdır. Avukatla görüşebilme hakkının, genel olarak iletişim hakkı kapsamında ayrı bir yeri ve önemi vardır. CMK madde:154'de; Şüpheli veya

[990] Yrd. Doç.Dr. Handan Yokuş Sevük, AİHM Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi.

sanığın, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği, bunların müdafii ile yazışmalarının denetime tâbi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.[991]

Tutuklu sanığın müdafi ile iletişimi, savunma hakkının gereği olup, AİHS madde: 6/3 (c)'de güvence altına alınmıştır. AİHM, tutuklu sanığın avukatıyla iletişiminin önlenmesini 6/3 (c) bendinde yer alan savunma hakkının yanında madde:6/1'de yer alan mahkemeye başvuru hakkının ihlali olarak nitelemektedir. Sanığa savunmasını hazırlamak için gereken kolaylıkların tanınması, sanık avukat ilişkilerinde yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanmasını, dolayısıyla sanığın avukatıyla serbestçe görüşebilmesini gerektirir.[992]

h.e) Yeniden Sosyalleştirme ve Topluma Kazandırma

Cezaevlerinde, uygulanacak düzenli programlarla tutuklu ve hükümlülerin davranışları ıslah edilmeli, onlar topluma yeniden kazandırılmalı, yani sosyalleştirilmelidir. Bu uygulama; tutuklu ve hükümlülerin bedensel ve zihinsel sağlıklarını sürdürmeleri, topluma yeniden kazandırılmaları için gerekli bütün tedbirlerle onların suçtan arındırılmış olarak toplumsal sorumluluklarının bilinci içinde yaşamalarını teşvik edici, geliştirici nitelikte işlem ve faaliyetlerdir.

Tutuklu ve hükümlülerin yeniden topluma kazandırılmasının sağlanması konusunda uluslar arası belgelerde kapsamlı ve önemli kurallar öngörülmüştür. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi kaynaklı uluslar arası belgelerde; hükümlü ve tutukluların ıslahı ve topluma yeniden kazandırılmaları için aile yakınları ve dış dünya ile ilişkilerini sürdürmek gerektiği vurgulanmaktadır.

Bu uluslar arası belgelerden biri, BM Cezaevi Kurallarıdır. BM Cezaevi Kuralları'nın 65 ve 66. maddelerine göre; cezaevlerinde sosyalleştirme ve ıslahın amacı, tutuklu ve hükümlülerde hukuka saygı ve kendilerine yeterli hale gelme duygularını geliştirmektir. Bunun için her ülkede mümkün olduğu takdirde dinsel tedbirler de dâhil, eğitim, meslek rehberliği ve öğretimi, grup çalışması, iş danışmanlığı, fiziksel gelişme ve manevi duyguları güçlendirme gibi her türlü uygun araç kullanılır.

Bu konuyla ilgili uluslar arası belgelerden ikincisi; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 'Avrupa Cezaevi Kuralları'dır. Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 57. ve müteakip maddelerinde yer alan hükümler, suçluların yeniden topluma kazandırılması için cezaevinde yapılması gerekenleri düzenle-mektedir. Söz konusu

---

[991] "Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmeliğin" 19. maddesine göre; tutuklu, vekâletname aranmaksızın müdafi ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı, ancak; görüşmenin görevlilerce izlenebileceği bir ortamda, açık görüş usulüne tabi olarak görüşebilir, müdafi ile yazışmalar denetime tabi tutulmaz. Tutuklu olanların müdafileriyle vekâletname aranmaksızın, hükümlü olanların da vasilerinin bir avukata verecekleri vekâletnamenin ibraz edilmesi halinde görüşmeleri mümkündür.

[992] Yrd. Doç.Dr. Handan Yokuş Sevük, AİHM Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi.

maddelerde yer alan hükümlere göre; hürriyeti bağlayıcı cezaların temel amacı; sonuç itibariyle toplumu suç işlenmesine karşı korumak olduğundan, tutuklu ve hükümlülerin cezaevinde kaldıkları süre, tahliye olduktan sonraki hayatlarında yasalara saygılı olma düşüncesini hayata geçirerek kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek duruma gelmesi için kullanılmalıdır.

Bu doğrultuda cezaevlerinde; iyileştirici, eğitici, ahlaki, manevi nitelikte olan her türlü yola başvurmalı, bu yol ve yöntemler tutuklu ve hükümlülerin kişisel özelliklerinin gerektirdiği biçimde uygulanmalıdır. Kısaca iyileştirme ve eğitim çalışmaları olarak tanımlanabilecek bu uygulamayla; tutuklu ve hükümlülerde, hakka, hukuka ve kanunlara uygun olarak yaşama düşüncesi, toplumsal sorumluluk bilinci geliştirilmeli, böylece onların normal hayata uyumu sağlanmalıdır. Tutuklu ve hükümlüleri özgürlüğünden yoksun bırakarak dış dünyadan ayıran cezaevi hayatı, onların bu acılarını daha da ağırlaştırmamalıdır. Tutuklu ve hükümlülerin bedensel veya ruhsal/psikolojik yetersizlikleri sağlık birimlerince tespit edilip tedavi edilmeye çalışılmalıdır.

Devletin görevi, suçluları sadece tutuklayıp ya da mahkûm edip cezaevlerine koymak ve cezasını çektikten sonra tahliye ederek tekrar toplum içine göndermekle sona ermemelidir. Tutuklu ve hükümlülere toplumdaki yerlerini yeniden almalarını sağlayacak ve cezaevi sonrası hayatı için etkili bir yardım yapacak yetki ve donanıma sahip kurumlara ihtiyaç vardır.

2.2) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK SAVCILAR

a) Savcıların Ceza Yargılamasında Görev ve Yetkileri

Ceza yargılaması sisteminin; soruşturma, kovuşturma ve temyiz aşaması olarak üç ana bölüme ayrıldığı söylenebilir. Yasalara göre suç sayılan eylemleri araştırmak, suçluları tespit etmek, delilleri toplayarak koruma altına almak, toplanan delillere göre sanıkları yetkili yargı mercilerine sevk etmek, verilen hükümleri hukuka uygun olup olmadığı yönünden denetleyerek hükmü kesinleştirmek, kesinleşen hükümleri infaz etmekle görevli merci ve birimlerden oluşan, her aşamada savun-maya yer veren ve birbiriyle bağlantılı olan yargısal örgütlenmeye bir bütün olarak ceza adalet sistemi (CAS) denir.[993] Bu sistem içinde yer alan soruşturma, kovuşturma ve temyiz aşamaları birbirine bağlı olarak çalışmakta, birinde verilen bir karar diğerini etkilemektedir. Bu nedenle ceza yargılama sisteminin her aşamasının etkin bir biçimde yürütülmesi gerekmektedir.

Ceza adalet sistemi içinde bazı aşamalar olduğu gibi bu aşamalardaki iş ve işlemleri yapan yargı aktörleri bulunmaktadır. Bunlardan birisi de cumhuriyet savcılarıdır. Bilindiği gibi Türk Ceza Yasasına göre suç olan bir eylemle ilgili olarak, suçluyu ve suç delillerini araştırma, koruma altına alma, kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapma veya

[993] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer-Prof.Dr. Feridun Yenisey, Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği.

yaptırma, yargılama faaliyetlerini kamu adına takip etme ve gerektiğinde kanun yollarına başvurma, kesinleşen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile ilgili işlemleri yapma ve izleme yetkisi Ceza Muhakemeleri Kanununa göre cumhuriyet savcılarına verilmiştir. (CMK madde:17 ve müteakip maddeleri)

Cumhuriyet Savcısının, yasalarda suç olarak tanımlanan bir eylemin faillerini ve şüphelinin leh ve aleyhindeki delil ve belgeleri araştırıp bularak ortaya çıkarması ve onları koruma altına alması, adil bir yargılamanın altyapısını oluşturan çok önemli bir görevdir. Cumhuriyet savcısının yürüttüğü soruşturma aşamasında delil ve belgeler ne kadar sağlıklı, doğru ve hukuka uygun olarak zamanında toplanır ve koruma altına alınırsa, hâkimin görev yapacağı kovuşturma aşaması da o ölçüde sağlıklı, hukuka uygun, zaman kaybetmeksizin ve adilce sonuçlanabilir.

Soruşturma aşaması, cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiğini ihbar veya başka bir yolla öğrenmesinden itibaren başlar. Cumhuriyet savcısı, emrindeki adli kolluk aracılığıyla şüphelinin leh ve aleyhindeki delilleri toplar, şüphelilerin haklarını koruyacak tedbirleri alır; gerekirse onların yakalanmasına, gözaltına alınmasına karar verir, tutuklanmasını talep eder ve toplanan delillere göre şüpheli hakkında kamu davası açılıp açılmaması konusunda bir karar vermesiyle tamamlanır.

Görüldüğü gibi cumhuriyet savcısının yargılama faaliyetindeki görevi soruşturma aşamasını yürütmektir. Adli kolluk aracılığıyla yürütülen soruşma evresinde, gerek şüpheli ve gerekse müşteki/mağdurla ilgili çok önemli işlemler yapılmaktadır. Bu nedenle cumhuriyet savcısı, bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyerek, delillerin toplanmasında gerekli özeni göstererek soruşturma evresini hızlı, etkin ve eksiksiz olarak yürütmekle yükümlüdür.[994] Bu açıdan bakıldığında cumhuriyet savcılarının ahlaki sorumluluğu büyüktür.

Cumhuriyet savcısının, yasalarda suç olarak tanımlanan bir eylemin faillerini ve suçla ilgili olan ve şüphelinin leh ve aleyhindeki delil ve belgeleri araştırarak bulup ortaya çıkarması ve onları koruma altına alması, adil bir yargılamanın altyapısını oluşturan çok önemli bir görevdir. Bu nedenle soruşturma aşamasını yöneten savcının ve ona bağlı adli kolluğun ciddi bir hukuki ve ahlaki sorumluluk altında olduğunu söylemeliyiz.

Cumhuriyet savcıları, soruşturma aşamasında birçok işlemi adli kolluğa yaptırmaktadır. Cumhuriyet savcısının eli-kolu, gözü-kulağı gibi olan adli kolluğun, suça konu olayla ilgili araştırmasını meslek ahlak kurallarına, genel etik ilkelere ve evrensel değerlere uygun olarak yapmalıdır. Savcı, şüphelinin lehinde ve aleyhindeki bütün delilleri zamanında, usulüne uygun olarak, bu konuda gerekli özeni göstererek toplamalı ve korumalıdır. Soruşturmayı, suçun faillerinin ve mağdurlarının haklarını ihlal etmeden yürütmelidir.

Soruşturma aşamasında yapılan işlemler ve alınan bütün kararların etiksel bir temele dayanması gerektiği söylenebilir. Soruşturma evresindeki bu etiksel boyut, hukuk literatüründe 'soruşturmanın etkinlik ve kalitesi' kavramıyla da ifade edilmektedir. Ülkemizde yargı kurumunda en çok sorunların yaşandığı alanlardan

[994] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

biri bu soruşturma faaliyetidir. Hatta Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde en çok yargılanıp mahkûm olduğu davaların önemli bir kısmını **etkili** ve **kaliteli** bir soruşturmanın yapılmaması olgusu oluşturmaktadır.[995]

b) Soruşturma Evresine İlişkin Ahlaki Yükümlülükler

Soruşturma aşamasında, insanların özgürlükleriyle ilgili yakalama ve gözaltı işlemleri, tutuklama talepleri bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilişkili olduğundan, bütün bu işlemlerin hukuka ve etik ilkelere uygun yapılması, yakalama ve gözaltı süresi boyunca ve ifade sırasında kötü muamele yapılmaması, şüpheliye haklarının hatırlatılması, savunma imkânı verilmesi hem hukuki hem de ahlaki bir görevdir.

Diğer yandan yargılama faaliyetinin bir ürünü olan mahkeme kararının hukuka uygun ve kaliteli olması, cumhuriyet savcısının soruşturma aşamasında sanığın lehinde ve aleyhinde olan bütün delilleri usulüne uygun bir biçimde toplaması ve koruma altına almasına bağlıdır. Hukukun amacı adalet olduğu için hukuk normlarının somut olaya uygulanması anlamına gelen yargılama faaliyeti sonucunda hedeflenen şey, adaletin pratik hayatta gerçekleşmesidir. Dolayısıyla yargılama olayı, başlı başına etiksel bir faaliyettir. Yargılama sonucunda haklı hakkını alacak, suçlu cezasını çekecek, mağdur teskin olacaktır. Bu nedenle adaletin gerçekleşmesine yarayan her sistem, kural ve yöntem ahlaki bir nitelik taşır.

c) Soruşturmada Etkinlik ve Kalite

Etkinlik kavramı sözlükte; 'etkin olma durumu, müessiriyet; eylemde bulunanın, etkin olanın niteliği; en az maliyetle, en kısa sürede, en iyi sonuç elde etme kapasitesi' anlamlarına gelir. Etkinlik, genel anlamda bir faaliyet, hareket ya da davranışın, yöneltilmiş bulunduğu amaca, imkân olduğu ölçüde ulaşma derecesidir. Diğer bir deyişle amaca ulaşmada yeterli olup olmadığını gösteren bir ölçüttür.[996]

Genel olarak ceza adalet sistemi (CAS) için etkinlik, insan unsuru (hâkim, savcı, avukat ve diğer adli personel), mevzuat (hukuk ve usul kuralları), araç-gereç, teknik donanım ve diğer girdilerin sistem içinde, belirlenen hedefler doğrultusunda ne kadar yeterli ve verimli kullanıldığını gösteren bir değerlendirme ölçütüdür. Etkinlik, yargılama faaliyetinde fiilen gerçekleşen başarı seviyesi ile önceden belirlenmiş ve olması gereken ideal başarı seviyesi karşılaştırıldığında, gerçekleşen başarı seviyesinin olması gereken başarı seviyesine ne ölçüde yaklaşıp yaklaşmadığını gösterir. Örneğin bir dava dosyasının sistem içinde sonuçlandırılması için olması gereken ideal süre 3 ay olmasına rağmen, uygulamada bu dava 12 ayda sonuçlanıyorsa, bu yargılamanın etkinlik derecesini bir formülle ifade edersek; etkinlik= 3/12= 0,25 veya % 25'dir. Bu durumda bu şekilde işleyen bir ceza yargılama sisteminin yeterli derecede etkin olmadığı açıktır. Ceza adalet sisteminin önemli bir aşamasını oluşturan soruşturma evresi için de benzer ölçütler geçerlidir.

---

[995] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

[996] TDK Büyük Türkçe Sözlük

Bir bütün olarak sistemin yeterli ölçüde etkin duruma getirilmesi için, sisteme etkili olan bütün unsurların gözden geçirilmesi ve onların en iyi ve kaliteli sonucu alabilecek düzeye getirilmesi düşünülmelidir. Etkinliğin artırılması için, ceza yargılama sisteminin soruşturma, kovuşturma, kanun yolu gibi bütün aşamalarının, verimlilik ve yeterlilik bakımından en yüksek düzeye çıkarılması gerekir. Her üç aşamanın verimlilik ve yeterlilik bakımından en yüksek düzeye çıkarılması ise, bunun için gerekli olan mevzuat (ceza kanunu, usul hükümleri), yetkin olan adli personel (hâkim, savcı ve yardımcı personel) ve alt yapının (yeterli hizmet binası, araç-gereç) var olmasına bağlıdır. Soruşturma aşamasındaki etkinlik için de; soruşturma evresiyle ilgili bütün girdi ve unsurların, soruşturmayı ideal hedefe ulaştıracak düzeye getirilmesi gerekmektedir.

Kalite ise, herhangi bir ürünün bilinen en iyi (ideal) özellikleri bünyesinde taşıması durumudur. Kalite, hizmet alan kesimin hizmetle ilgili duyduğu hoşnutluk düzeyi, müşteri beklenti ve ihtiyaçlarını karşılayabilme yeteneğidir. Kalite, hizmetin kusursuz üretimidir. Kalite, hizmetin yürütülmesinde her türlü eksik ve hatanın giderilmesidir. Kalite, istenen özelliklere, standartlara uygunluktur. Kalitenin, soruşturma aşaması ve genel olarak yargılama süreciyle ilgili boyutu, bu sürecin hangi araçlarla ve ne şekilde yürütüldüğü, başka bir ifadeyle adaletli bir sonuca götürebilecek araç ve yöntemlerin kullanılıp kullanılmadığı ile ilgilidir. Örneğin, soruşturma evresinde sanığın aleyhinde ve lehinde olan delillerin tamamı, makul süre içinde, adil ve dürüst yargılama yöntemleri uygulanarak toplanmadıysa, bu şekilde adaletli bir sonuca varmak mümkün değildir. Başka bir deyişle kötü araç ve yöntemlerle iyi sonuç elde edilemez. "Usulsüz vusul olmaz" atasözü bunu çok güzel bir biçimde ifade etmektedir.

Soruşturmanın, etkin ve kaliteli olarak yürütülmesi, suç olayı ile ilgili tarafların hak ve menfaatleri ve toplumun hukuk sistemine güven duymaları bakımından büyük önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, etkili ve eksiksiz bir soruşturma evresinden söz edilebilmesi için soruşturmanın, bağımsız bir organ tarafından özenli ve titiz bir şekilde yapılması, denetime açık olması, suçun faillerinin cezalandırılması için sonuca götürebilecek nitelikte ve toplumun ceza adalet sistemine güvenini sağlamak için hızlı olması gerekir. Soruşturmanın etkin ve kaliteli yapılması ile ilgili aşağıdaki AİHM kararları bazı ölçütler ortaya koymaktadır. [997]

"Maktulün silah kullanıp kullanmadığını tespit amacıyla ellerinde ve elbiselerinde barut kalıntısı ve silah üzerinde de parmak izi araştırması yapılmamıştır. Cesedin daha sonra köy halkına teslim edildiği, dolayısıyla cesette bulunan mermi yaralarının incelenmediği ve bu durumun, herhangi bir değerlendirme yapılmasını imkânsız kıldığı göz önüne alındığında, bu ihtimaller ciddiyetle değerlendirilmelidir. Olay yerinden incelenmek üzere sadece maktul tarafından kullanıldığı iddia edilen silah ve mermiler alınmıştır. Maktul ile ilgili formalite gereği hazırlanan otopsi raporunun, şahsın vücudundaki mermi sayısının tespit edilmemesi ve hangi mesafeden ateş edildiğinin hesaplanmayışı nedeniyle

[997] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

yetersiz olduğu, olayla ilgili birçok sorunun cevapsız kaldığı, bu nedenle soruşturmanın asgari gereklerinin yerine getirildiği ve **etkili bir soruşturmanın** yapıldığı ileri sürülemez." (AİHM'nin 19.02.1998 Tarih ve 22729/93 Sayılı Kararı)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bir davada; "başvuranın, bir kömür ocağında bekçi olan oğlunun güvenlik güçlerinin açtığı uyarı ateşine rağmen dikkatli hareket etmemesi üzerine açılan ateş sonucu ölmesi ile ilgili olarak yürütülen soruşturmada, cumhuriyet savcısı tarafından olay yerinde inceleme yapmak ve maktulün arkadaşlarını sorgulamaktan başka (özellikle otopsi gibi) bir inceleme, ateş edenin yaklaşık olarak bulunduğu yeri ve ateş edenle maktul arasındaki mesafeyi tespite ve ayrıca açılan ateşin haklı olup olmadığının belirlenmesine yarayacak önemli bir işlem yapılmadan, operasyonda görevli olan ve isimleri bilinen güvenlik güçlerinin ifadelerini almadan, olayda kullanılan silahların 'balistik incelemelerini' yaptırmadan, soruşturma evrakının görevsizlik kararıyla idare kuruluna gönderilmesini önemli bir eksiklik olarak değerlendirmiş, idare kurullarının oluşumları itibariyle bağımsız karar veremeyecekleri ve soruşturma için görevlendirilen muhakkiklerin de yeterli araştırma yapmadıkları sonucuna vararak Türkiye tarafından sözleşmenin (AİHS) **ikinci** maddesinin ihlal edildiğine" karar vermiştir. (AİHM, Oğur/Türkiye Davası, T. 20/05/1999, E. 21594/93)

Cumhuriyet savcıları, kamu adına iddia ve itham görevini yerine getirmektedirler. Savcıların yürüteceği soruşturmanın ne kadar süre içinde tamamlanması gerektiğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bilindiği gibi anayasada genel olarak bütün davaların 'mümkün olan süratle' sonuçlandırılması gerektiği belirtilmektedir. Buradaki 'mümkün olan süratle' kavramı soyut bir kavram olup bu kavramdan açık olarak belirli bir süre çıkarmak zordur. Ancak Avrupa Birliği'nin yargı kararlarında genel olarak kabul gören 'makul süreyi' aşmaması gerekir. Bazı istisnai durumlarda; soruşturma süresi suç olayının niteliğine, karmaşıklığına ve şüpheli sayısına göre değişebilmektedir. Ülkemizde yargılamanın her aşaması gibi soruşturma aşamaları da uzun sürmektedir. Savcılar, soruşturma aşamasının adil yargılanma hakkına uygun yürütülmesinden ve makul sürede sonuçlandırılmasından birinci derecede sorumludurlar.

Ülkemizde ceza yargılamasında soruşturma sürelerinin uzun olması nedeniyle AİHM'e açılan davalar vardır. Örneğin açılan bir davada; hükümetin, suç konusu olayın karmaşıklığının ve soruşturma dosyasında 624 sanığın bulunmasının davanın uzamasına neden olduğunu belirtmesine karşılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oybirliğiyle 'şüpheli hakkında yürütülen soruşturmanın uzun sürmesini ve makul sürede bitirilmemesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. (AİHM'nin 30/10/2004 Tarih, 47116/99 Sayılı Kararı)

Ceza yargılamasında adaletli bir sonuca varılmak isteniyorsa, birbirine bağlı bölümlerden oluşan ceza adalet sisteminin bütün aşamalarında; cumhuriyet savcısı başta olmak üzere adli kolluk gücünün rol aldığı soruşturma evresinde yakalama, ifade alma, delil toplama ve delilleri koruma altına alma gibi önemli işlemlerin; hâkimlerin rol aldığı kovuşturma aşamasında duruşmanın yönetimi, tutuklama, delilleri toplama gibi işlemlerin; temyiz/kanun yolu aşamasında Yargıtay ve infaz kurumlarının her birinin yapacağı işlem ve vereceği kararların etik değerlere uygun olması, bu konuda büyük özen gösterilmesi gerekmektedir.

d) Yakalama ve Gözaltı İşleminde Ahlaki Yükümlülükler

Yakalama ve gözaltı işlemi, ceza yargılamasında bir koruma tedbiridir. Bilindiği gibi koruma tedbirleri, ceza yargılamasının yürütülmesini sağlamaya, yargılama sonucunda suç konusu olaya uygun bir karar vermeye ve verilen kararın infazını gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerdir.[998] Soruşturmada, yakalama ve gözaltı işlemini fiilen yürüten kolluk amir ve memurları, cumhuriyet savcısının emri altındadır. Dolayısıyla yaptıkları bu işlemler hakkında cumhuriyet savcısına derhal bilgi vermelidirler.

Yakalama, bir suçu işlediğine ilişkin olarak hakkında somut ve makul şüpheler duyulan kişinin ele geçirilmesi için, hâkim kararı olmadan başvurulan bir koruma tedbiridir. İnsan özgürlüğünü geçici bir süre de olsa sınırlandırması nedeniyle, yakalama şartlarının ortadan kalkması halinde yakalanan kişinin derhal serbest bırakılması gerekir. Bu nedenle yakalama işleminden hemen savcı haberdar edilir. Savcı tarafından kişi serbest bırakılmadığı takdirde soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınır.

Kişi özgürlüğünü hâkim kararı olmaksızın sınırlayan bu tedbire, zorunlu hallerde başvurulur. Bu nedenle yakalamanın şartları, Anayasa'da ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında, yakalamanın ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceği belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90/1 maddesine göre yakalama, suçüstü halinde ve ayrıca tutuklama kararının verilmesini veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir.[999] Maddenin son fıkrasına göre ise, yakalama emrine konu işlem yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhal iadesi istenir.

Yakalanan kişiye, suç ayrımı yapılmaksızın yakalama nedeni ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, kanuni hakları yazılı olarak, bu mümkün değilse sözlü olarak derhal bildirilir. (CMK, madde:90/4). Bir kişiye isnat edilen suçun ne olduğunun, kişi yakalandığı anda ve ifadesi alınırken bildirilmesi, savunma açısından önemlidir. Müdafiden yararlanma hakkı ise, savunma hakkının en temel parçasıdır.

Gözaltı, yakalamadan sonra ortaya çıkan hukuki bir durumdur. Gözaltı işlemi, soruşturmanın tamamlanması amacıyla yakalanan kişinin, hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanması ve alıkonulması demektir. Bu nedenle ancak soruşturma için zorunlu görülen hallerde yakalama işlemine başvurulmalıdır.[1000]

---

[998] Prof.Dr. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku.

[999] Yrd.Doç.Dr. Pervin Aksoy İpekçioğlu, Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri.

[1000] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

CMK'na göre; yakalanan kişi cumhuriyet savcılığınca serbest bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. (CMK, Madde:91). Gözaltına alma yetkisi, savcıya aittir. Gözaltına alınan kişi, cumhuriyet savcısının ve onun yardımcısı olan kolluğun gözetimi ve denetimi altına girer. Gözaltı, bireyleri geçici bir süre de olsa özgürlüklerinden mahrum bırakan bir işlemdir. Hâkim kararı olmadan özgürlükleri kısıtlayan gözaltı sürelerinin, olabildiğince kısa tutulması gerekmektedir.[1001]

Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır. (CMK, madde:91/2) Soruşturma aşamasının başlaması ve şüpheli sıfatının ortaya çıkması için, şüphenin somut verilere dayanması gerekir. Yasanmış somut olaylara dayanmadan ortaya çıkan basit şüphe bir tahminden ibarettir. Basit şüpheyi üzerinde toplayan kişi de şüpheli veya sanık değil, sadece suç islediği tahmin edilen kişidir. Bu duruma göre şüphenin kuvvet derecesi, kişinin hukuki durumunu etkilemekte olup, şüpheli olmak için, basit şüphe değil, makul ve kuvvetli şüphe gereklidir. Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi de sanık sıfatını alır.[1002]

CMK'nın 90. maddesine göre yakalanan kişi, savcılık tarafından serbest bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 24 saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre 12 saatten fazla olamaz. CMK'nın 91. maddesinin son fıkrasına göre, gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur.

Cumhuriyet başsavcıları, adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundukları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınmayla ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler. (CMK, madde:92). Cumhuriyet savcısı, bir insanın nedensiz olarak bir saat bile gözaltında kalarak özgürlüğünün kısıtlanmasının ahlaki sorumluluğunu vicdanında hissetmelidir.

Yakalama ve gözaltı için kesin delil gerekli olmayıp makul ve somut şüphe bulunması yeterlidir. Makul şüphenin olması, objektif bir gözlemciyi, kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda tatmin edecek delil ya da bilginin varlığını ifade eder. AİHM'ne göre, şüphenin makul ve somut sayılabilmesi için mevcut olgu ve bulguların, tarafsız bir gözlemciyi, zanlının suçu işlemiş olmasının mümkün olduğu konusunda ikna etmeye yetecek ölçü ve nitelikte bulunması gereklidir.[1003]

CMK, şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir

---

[1001] Prof.Dr. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılama Hukuku.

[1002] Yd. Doç.Dr. Pervin Aksoy İpekçioğlu, Yakalama Ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri.

[1003] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

kişiye gecikmeksizin haber verileceğini bildirmektedir. (CMK, madde:95). Anayasa ise "kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir" diyerek bu konuda derhal bildirimi öngörmüştür. (Anayasa madde: 19/6). Anayasa hükmü daha geniş niteliktedir. Bu konuda CMK'nın, Anayasa hükmünü daralttığı söylenebilir.

Gözaltına alınan kişinin gözaltında kalma süresi, değişik kriterlere göre farklı olarak belirlenmiştir. Aleyhinde kamu davası açılmayan bir şüpheli yakalandığında, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için gerekli yol süresi hariç, 24 saat içinde sulh ceza hâkiminin huzuruna çıkarılıp sorgu işleminin yapılması gerekir. (CMK, madde: 91/1). Anayasa'da ise, 48 saatlik bir süre öngörülmüştür. Anayasa ile CMK arasındaki bu çelişkili durum nasıl izah edilecektir? Anayasalar, hak ve özgürlükler konusunda genel çerçeveyi gösterirler. Suç olayının niteliğine ve şüpheli sayısına göre bu süre kanunlarla kısaltılabilir. Çünkü kısaltılması şüphelinin lehinedir. O halde şüphelinin lehine olan hüküm uygulanmalıdır.

Bireylerin özgürlüğünü kısıtlayan kararları kural olarak ancak mahkemeler verebildiğinden ve birey özgürlüğünü kısa bir süre de olsa kısıtlayan yakalama ve gözaltı işlemi geçici bir tedbir olduğundan, yakalanan serbest bırakılmadığı takdirde derhal yetkili hâkim önüne çıkarılmalıdır. CMK'nın 91/6. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesi gereğince, yakalama ve gözaltı işlemine muhatap olan kişinin hâkim önüne geç çıkarılması ya da hiç çıkarılmaması, yakalamanın amacına uygun olmadığından söz konusu madde hükümlerinin ihlaline yol açar.

Yakalama ve gözaltı sürelerinin, her somut olayın özelliklerine göre biraz uzaması kabul edilebilirse de, bu esnekliğin de bir sınırı olmalıdır. Çünkü bu esneklik, AİHS'de yer alan 'derhal' kavramının anlamını ortadan kaldıracak şekilde geniş yorumlanamaz.[1004] Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 'yakalanan kişinin, hâkim veya diğer adli makamların önüne çıkarılmaksızın polis gözetiminde geçirilen 4 gün altı saat gibi uzun bir gözaltı süresini haklı çıkarmak için söz konusu davanın özelliklerine bu denli önem yüklemek, derhal sözcüğünün basit anlamını kabul edilemeyecek ölçüde geniş yorumlamak anlamına geleceği' görüşündedir. (AİHM'nin 29/11/1988 Tarih ve 11386/ 84 Sayılı Kararı)

AİHM, uzun süre gözaltında tutulan başvurana yeterli güvencelerin sağlanmamasını, özellikle avukat, doktor ve yakınlarıyla iletişim kurma imkânı verilmemesini, gözaltı işleminin yasallığının denetlenmesi amacıyla mahkeme önüne çıkarılma ihtimalinin bulunmamasını, başvuranın sadece kendisini gözaltına alanların insafına bırakılmasını sözleşmeye aykırı bulmaktadır. (AİHM'nin 18/12/1998 Tarih ve 21987/93 Sayılı Kararı)

e) Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinde Devletin Sorumluluğu

Bir kişi yakalanmak ya da gözaltına alınmakla devletin kontrolüne girmiş olduğundan devlet, bu kişinin hayatını, sağlığını ve diğer haklarını güvence altına almakla yükümlüdür. Devlet adına bu kontrolü üstlenen yetkililerin, yakalanan ya

[1004] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

da gözaltına alınan kişinin başına gelecek kaybolma, ölme, yaralanma gibi kötü hallerden sorumludur. AİHM'ne göre, ilgili devlet makul bir açıklama getiremediği takdirde, gözaltına alınan kişilerin kaybolmasından, ölümünden, yaralanmasından ve etkili bir soruşturma yapmamaktan sorumludur. AİHM, gözaltında bulunan kişilerin temel haklara ilişkin güvencelerden yoksun olması halinde, hukuk devleti ilkesinin ağır yara alabileceği, söz konusu güvencelerin göz ardı edilmesi ve AİHS'nin 5.maddesinin ağır bir ihlali anlamına geldiği görüşündedir. (AİHM'nin 25/05/1998 Tarih ve 24276/ 94 Sayılı Kararı)

AİHS'nin 3. maddesinde; "Hiç kimse işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleye veya cezaya maruz bırakılmayacaktır." denilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çok sık olarak tekrarladığı gibi AİHS'nin 3. maddesi, demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermektedir. Bu madde gereğince; üye devletlerin, yakalama, gözaltına alma ya da tutuklama nedeniyle özgürlüğü kısıtlanmış olanlara karşı **işkence** ve insanlık dışı, onur kırıcı **kötü muameleyi** önleme yükümlülüğü vardır.[1005] Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 148. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine paralel hükümler bulunmaktadır. CMK'nun 148. maddesine göre; şüpheli ya da sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Yakalanan ya da gözaltına alınan şüphelilerin konulduğu odaların yeterli ve doğal biçimde ışıklandırılması ve havalandırma imkânlarının bulunması gerekmektedir.

İşkence ve insanlık dışı aşağılayıcı muamele yasağının, üye devletlerin yasalarında yer alması önemli bir unsur olmakla birlikte, bu konudaki sorumluluklardan kurtulmak için tek başına yeterli değildir. Çünkü üye devletlerin hukuk sistemlerinde 'işkence ve insanlık dışı aşağılayıcı muamele yasağının' tam olarak yer almasına rağmen bu ülkelerde AİHS'nin 3. maddesinin halen ihlal edilmeye devam edildiğini görüyoruz. Bu nedenle işkence yasağını içeren üye devlet yasalarının aynı zamanda etkin biçimde uygulanmasının da denetlenmesi gerekmektedir.

AİHS'sinin 3. maddesine ilişkin ihlallerin, daha çok yakalama, gözaltına alma ya da tutuklama nedeniyle özgürlüğü kısıtlanmış olanlara karşı yapıldığı görülmektedir. Bu maddenin ihlal edilip edilmediğini belirleyebilmek için, en çok üzerinde durulan unsurlar, polis teşkilatı ile silahlı kuvvetler mensupları ve cezaevi personelinin eylemleridir. Yakalama, gözaltı ve tutuklama işlemleriyle özgürlükleri kısıtlanan ve bu nedenle tamamen resmi yetkililerin denetiminde olan kişiler, devlet gücünün kendileri aleyhine istismar edilmesi riskini en fazla taşıyan kişilerdir.

[1005] Aisling Reidy, İşkencenin Yasaklanması/İnsan Hakları El Kitapları, No.6; http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_
haklari_mahkemesi/el_kitaplari /AIHSmad3IskenceninYasaklanmasi.pdf)

Dolayısıyla AİHS'ne uygunluk açısından bu dönemin sıkı denetim altına alınması gerekir.[1006]

Savcılar veya soruşturmayı yürüten yetkililer, işkence ve kötü muamele iddiaları konusunda polis veya güvenlik güçleri mensuplarını sorgulamaktan veya ifadelerini almaktan kaçınmamalı veya çekinmemelidir. Yine nezarethane kayıt defterleri gibi kötü muamele iddialarını ortaya çıkaran belgelerin doğrulanması için gerekli tedbirleri almalı, polis veya güvenlik güçlerince verilen bilgilerdeki çelişkiler, tutarsızlıklar ve boşlukların üzerine gitmelidir. Savcılar, işkence iddiaları konusunda, adli tıp delilleri de dâhil olmak üzere, objektif ve destekleyici delilleri elde etmeye çalışmalıdır. AİHM'ne göre savcılar, kötü muamele şikâyetleri ve gözle görülen kötü muamele izleri karşısında derhal harekete geçmelidir. Aksoy/Türkiye davasında, Cumhuriyet savcısı, başvuranın maruz kaldığı yaraları görmesi gerektiği halde, hiçbir girişimde bulunmamıştır. Savcılar, kötü muamele uygulayan devlet görevlilerini sıkı ve ciddi takibe almalıdır.[1007]

Yakalama ve gözaltı tedbirleri; insanların temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturduğundan, bu temel hak ve özgürlükleri uluslar üstü düzeyde güvence altına alan AİHS açısından ayrı bir öneme sahiptir. CMK'nın yakalama ve gözaltı ile ilgili hükümleri, AİHS'nin 5.maddesine de paralel bir durum arz etmektedir. AİHS'nin 5.maddesinde 'Kanunda gösterilen usuller dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz' denilmektedir. 'Kanunda gösterilen usuller' deyimiyle, tutuklama, yakalama ve gözaltı işlemi için, bu konuda her ülkenin kendi ulusal hukukunda var olan hükümler anlatılmaktadır.[1008]

AİHM, aşağıdaki durumlarda AİHS'nin 3. madde kapsamındaki usulle ilgili hakların yetersizliğinden kaynaklanan şu sorunları tespit etmiştir: *Alıkonulan kişilere uygulanan adli tıp muayenelerindeki yetersizlik, muayenenin kalifiye olan kişilerce yapılmaması; *başvuranın iddialarına ayrıntılı olarak yer vermeyen veya herhangi bir sonuç içermeyen kısa, ayrıntısız tıbbi rapor ve belgeler kullanılması; *düzenlenen raporun açık olarak polis memuruna teslim edilmesi; *ölen kişilere yeterli adli tıp muayenesi yapılmaması ve yaraların ayrıntılı tarifini içeren raporlar düzenlenmemesi, *yeterli deneyim sahibi olmayan hekimlerce muayene yapılması ve vücutta görülen izlerin fotoğrafının çekilmemesi veya analizinin yapılmaması.[1009]

1006 http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad3IskenceninYasaklanmasi.pdf.

1007 Aisling Reidy, İşkencenin Yasaklanması/İnsan Hakları El Kitapları, No.6; http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad3IskenceninYasaklanmasi.pdf.

1008 S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

1009 Aisling Reidy, İşkencenin Yasaklanması/İnsan Hakları El Kitapları, No.6; http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad3IskenceninYasaklanmasi.pdf.

AİHM'nde, gözaltına alma ve yakalamanın usul ve yasaya uygun olmadığı ya da gözaltı sürelerine uyulmadığı iddialarını, AİHS'nin 5.maddesi kapsamında değerlendirmekte, yakalama ve gözaltı sırasında aşırı güç kullanılmasını 3.madde, ölüm olaylarını ise 2.madde açısından incelemektedir.

f) Delillerin Toplanmasında Hukuki ve Ahlaki Yükümlülükler

f.a) Delilin Tanımı

Delil, Arapça kökenli bir kelime olup sözlükte; 'yol gösteren, kılavuz, şahit, belge, tanık; beyyine, burhan' anlamına gelir.[1010] TDK Sözlüğüne göre delil; 'insanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz/emare, kanıt, kılavuz/rehber' olarak tanımlanmıştır.[1011] Yargılama açısından delil, uyuşmazlık konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hâkimde bir kanaat oluşturmaya yarayan araçtır.[1012]

f.b) Delillerin Özellikleri

Ceza yargılamasında bir suçun aydınlatılması için her şey delil olarak kullanılabilir. Buna karşılık medeni hukukta kesin/kanuni deliller söz konusudur. Hukuki uyuşmazlığın çözümünde çok etkili olan kesin/kanuni delillerin bulunması halinde hâkimin takdir yetkisi de söz konusu değildir. Bir şeyin delil olarak değerlendirilmesi hâkimin vicdani kanaatine bağlı olmakla birlikte bu, hâkimin bir şeyi delil olarak değerlendirmede sınırsız ve keyfi bir yetkiye sahip olduğu anlamına gelmez. Çünkü bir şeyin delil olarak kabul edilebilmesi, onun bazı özelliklere sahip olmasına bağlıdır.[1013]

Delillerde bulunması gereken özellikler nelerdir? Yargıtay bu konuda bazı ölçütler vermektedir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında; "Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütününü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza muhakemesinin amacına kesinlikle aykırıdır" sonucuna varmıştır. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1993/6-79, K.1993/108, T.19.04.1993).

Yargıtay bu kararında, delillerde bulunması gereken özellikleri genel hatlarıyla ortaya koymaktadır. Buna göre ceza yargılamasında gösterilen deliller, dava konusu olayı ya kısmen veya tamamen ispat etmeli ya da çürütmelidir. Dava konu olayla bir ilgisi olmayan delilin, yargılamada kullanılması mümkün değildir. Diğer yandan deliller güvenilir bir kaynaktan elde edilmeli ve gerçeği yansıtmalıdır. Deliller, güvenilir bir kaynağa dayanmalıdır. Örneğin bir tanık, yargılamanın değişik aşamalarında birbiriyle çelişkili beyanlarda bulunmuşsa, bu tanık beyanı güvenilir olmayıp hükme de esas alınamaz.

[1010] Ferit Develioğlu, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Sözlük.
[1011] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[1012] Mehmet Akif Tutumlu, Medeni Muhakeme Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi.
[1013] Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku; aktaran: Yrd.Doç.Dr. Bülent Bayraktar, Muhakemede Delillerin Önemi.

Yargılamanın amacı, dava konusu olayla ilgili gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamaktır. Yargılama sonucunda gerçeğin ortaya çıkması ise, ancak hukuka uygun toplanmış delille mümkündür. Çünkü delil, uyuşmazlık konusu olayın çözümlenmesinde hâkim için kanaat oluşturmaya yarayan ispat aracıdır. Bir şeyin delil olarak kabul edilebilmesi için bazı özelliklere sahip olması gerekir. Her şeyden önce davada taraflarca ileri sürülen delil, dava konusu olayla ilgili konuyu ya ispat etmeli ya da çürütmelidir. Davayla ilgili olmayan bir delilin, yargılamada dikkate alınması söz konusu olamaz. Bir delilin hukuki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmada yarar sağlaması, yasal bir zorunluluktur. Bu nedenle deliller büyük özen gösterilerek ve hukuka uygun olarak toplanmalı ve değerlendirilmelidir.[1014]

Ceza yargılamasında deliller, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağladığından Ceza Muhakemesi Kanunu'nda delillerin toplanması işlemine özel vurgu yapılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, "Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." (CMK madde: 160/2) denilerek cumhuriyet savcısının delillerin toplanması ve korunmasındaki temel işlevi dile getirilmiştir.

f.c) Delillerin Hukuka Uygun Toplanması

Genel olarak bütün yargılama türlerinde, yani hukuk, ceza, idari ve askeri yargı alanlarındaki yargılama faaliyetlerinde adaletin gerçekleşmesi, delillerin hukuka uygun olarak toplanmış olmasına bağlıdır. Örneğin ceza hukuku alanında adaletin gerçekleşmesini sağlayan ceza adalet sisteminin, kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi, ceza yargılamasının hukuka uygun yürütülmesine bağlıdır. Bu çerçevede özellikle hükmün dayanağı olacak delillerin hukuka uygun yöntemlerle toplanması büyük önem taşımaktadır.[1015]

Hukuk açısından muteber olan, ceza muhakemesinde sanığın suçunu, hukuk muhakemesinde davayı her hangi bir yöntemle ispat etmek değil, hukukun genel ilkelerine, insan şeref ve onuruna uygun ve hukukun çizdiği sınırlar içinde kalarak delil toplamaktır. Maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde 'delil serbestliği ilkesi' gereğince her şey delil olabilir. Ancak bu, her türlü yöntemle delil elde edilmesi demek değildir. Bunun için hukukun genel ilkelerine uyulması gerekir. Delillerin hukuka uygun toplanmasına ilişkin olarak Anayasa'nın 'Suç ve Cezalara İlişkin Genel Esaslar' başlığını taşıyan 38. maddesinde; "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." şeklinde bir hüküm yer almaktadır. (Anayasa, madde: 38/6). Kısaca bir hukuk devletinde bir delilin ceza yargılamasında kullanılabilmesi için, bu delilin hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekir.

[1014] Yrd. Doç. Dr. Bülent Bayraktar, Muhakemede Delillerin Önemi.

[1015] Bahri Öztürk-Mustafa R. Erdem,Uygulamalı Ceza Mahkemesi;aktaran:Yrd.Doç.Dr. Bülent Bayraktar, Muhakemede
Delillerin Önemi.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu, ceza muhakemesinin tartışmalı konularından birisidir. Yukarıda belirtilen hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamada kullanılması ve hükme esas alınması tartışmalı bir konudur. Şöyle ki; ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak ve uyuşmazlığı çözümlemek, zorunlu bir amaç olduğundan 'delil serbestîsi' ve 'vicdani delil sistemi' ilkeleri geçerlidir. Bu nedenle kural olarak hâkimi maddi gerçeğe ulaştıran her şeyin delil olabileceği düşünülebilir. Ancak hukuk devletinin bir gereği olarak CMK'nın 217. maddesinde; hâkimi maddi gerçeğe götürecek delillerin elde edilme yöntemi konusunda temel bir ölçüte yer verilmiştir ki, o da bu delillerin hukuka uygun bir biçimde elde edilmiş olmasıdır. Söz konusu madde metni şöyledir: "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." (CMK madde: 217/1-2)

Bir Yargıtay kararında vurgulandığı gibi, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarmak, "ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma, mutlak ve sınırsız değildir. Bu etkinlikler sırasında kişisel veya toplumsal değerlerin korunması zorunludur" (Yargıtay 4.CD, T:4.10.1994, E:1994/7351 K:1994/7693, Yargıtay Kararları Dergisi).

CMK'nın 'İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller' başlığını taşıyan madde:148'de; ifade alma ve sorguda yasak usuller sayılmış, bu şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir. O halde örneğin **işkence** altında alınan bir ifadesinde sanık suçu itiraf etmiş olsa bile, bu beyan ve delilin hukuka aykırı olduğu tartışmasızdır.

Yargıtay, hâkim kararı olmadan ve gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını gösteren bir tespit, bilgi ve belge de mevcut değilken yapılan aramayı, Anayasa ve yasalara uygun bulmadığından hukuka aykırı kabul etmiş, bu delile dayanılarak verilen mahkûmiyet kararını da bozmuştur. (Yargıtay 7.CD. T:20.6.2005, E:2003/13539 K:2005/8098) [1016]

Ceza yargılamasında hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin mutlak olarak değerlendirme dışı tutulması zorunludur. Hukuka aykırılığın hiçbir mazereti olamaz. Çünkü mazeret aramaya kalkılırsa, hukukun üstünlüğü kâğıt üstünde kalır ve uygulamaya geçemez.[1017]

Ceza yargılamasında hukuka aykırı delil elde edilemeyeceğine ilişkin açık hükümler bulunmasına rağmen hukuk yargılamasında delillerin elde edilmesi yöntemi hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk yargılamasının nasıl yürütüleceğini Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) göstermektedir. HMK'da, delillerin elde edilmesi yöntemine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla

---

[1016] www.kazanci.com; aktaran: Dr.Güçlü Akyürek,Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu

[1017] Çetin Özek, Hukuka Aykırı Davranmanın Mazereti Olamaz; aktaran: Dr. Güçlü Akyürek, Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu.

birlikte, medeni yargılama/hukuk yargılaması alanında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılabileceğini söylemek mümkün değildir. Gerçi Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrası, her ne kadar, madde başlığı itibariyle ceza yargısına ilişkin bir hüküm olarak görünse de, bu hüküm, bütün yargılama türleri (ceza, medeni hukuk, idari yargı) bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü Anayasada, 'Anayasanın madde kenar başlıklarının, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterdiği, bu başlıkların, Anayasa metninden sayılmayacağı' (Anayasa, madde: 176/2) açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle Anayasadaki madde başlıkları Anayasa metninden sayılmaz. Dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesinin başlığının "Suç ve Cezalara İlişkin Genel Esaslar" biçiminde olması, bu maddede yer alan 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez' şeklindeki temel ilkenin, sadece ceza yargılamasında uygulanacağı anlamına gelmez.[1018]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin, hukuk yargılamasında da kullanılamayacağını dolaylı yoldan dile getirmiştir. Yargıtay'a göre; 'Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş olmak kaydıyla, eşlerin birlikte yaşadıkları konutlarda ele geçirilen fotoğraf, not defteri, mektup ve benzeri belgeler, boşanma davasında delil değerine sahiptir. Eşlerin müşterek hayatlarını sürdürdükleri mekânlar, onlardan biri için gizli mekân sayılamayacağından, bu mekânda bir delil bulan eşin, onu hukuka aykırı yollardan ele geçirdiği kabul edilemez.' (YHGK E. 2002/2-617, K. 2002/648, T. 26.3.2002)

Hukuk yargılamasında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kabule şayan olup olmadığına ilişkin HMK' da özel bir hüküm bulunmadığına göre, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hukuki açıdan geçerli olup olmadığının belirlenmesinde Anayasa'nın 38/6 maddesi uyarınca hareket edilecektir. Buna göre hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin, hukuk yargılamasında da ispat gücü olmayacaktır. Diğer yandan Anayasa'nın 138/1. maddesinde; 'hâkimlerin, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri' belirtilmiş olduğundan, yargılama sonunda anayasa ve hukuka uygun karar verilmiş sayılması için, uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak olan delillerin, hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilmiş olması gerekir. Yoksa hukuk dışı yollarla elde edilen delillere, mahkemece itibar edilmeyecektir.

Anayasa'nın 36. maddesi de, delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi gerektiği düşüncesini teyit etmektedir. "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." (Anayasa, madde:36/1). Buna göre, herkesin mahkeme önünde iddia ve savunma hakkını kullanırken başvuracağı ispat aracı olan delillerin, 'meşru vasıta' olarak kabul edilebilmesi için, hukukun izin verdiği yol ve yöntemlerle elde edilmiş olması gerekir. Devletin adalet hizmetini yerine getiren mahkemeler; hukuka aykırı delil elde etmeye izin vererek davaların;

[1018] Prof. Dr. Süha Tanrıver, Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin
Durumunun İrdelenmesi.

haksız, hileli ve kural tanımaz bir biçimde yürütülmesine ve bu şekilde sonuç elde edilmesine alet olmamalıdır.[1019]

Hukuk sistemimizde delil, her yargılama türünde gerçeğe ulaşmanın aracıdır. Hukuk devletinde, yargılama için delil elde etme ve gerçeğe ulaşma işlemi, ancak yetkili organlarca belirlenmiş ilke ve kurallar çerçevesinde yürütülür. Demek ki gerçeğe ulaşma işi, sınır tanımaz bir biçimde ya da her ne pahasına olursa olsun yapılamaz. O halde delil elde etme ve gerçeğe ulaşma, hukuk devletinin gerekleriyle sınırlıdır ve delil toplama işlemini yürütenler için bazı hukuki ve ahlaki yükümlülükler bulunmaktadır. Delil toplamada hukuki ve ahlaki yükümlülükler kavramı, her şeyden önce hukuk ve ahlak dışı yöntemlerle de delil toplandığını dolaylı olarak bize anlatır. Hukuk devleti ilkesine uygun bir ceza yargılamasında bir delilin elde edilmesi, korunması ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara **delil yasakları** denmektedir.

Delil yasaklarının bulunduğu bazı durumlar vardır. Bu yasaklara aykırı olarak toplanan deliller, hukuken muteber değildir. Örneğin, *sorgulanan sanığın, suç, susma, müdafiden yararlanma, yakınlarına haber verme gibi konularda aydınlatılması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, *sanığın özgür ifadesini etkileyen işkence, kötü muamele, yorma, şiddet ve tehdit gibi ifade alma sırasında söz konusu olan hukuka aykırı yöntemler, *sorgu dışında söz konusu olan; vücut muayenesi, otopsi, el koyma, arama, iletişimin dinlenmesi gibi özel hayatın gizliliği ihlal edilerek yapılan hukuka aykırı işlemler, *tanıklıktan çekinme hakkını kullanmış olanların hukuka aykırı biçimde tanık olarak dinlenmesi ve kışkırtıcı ajanın delil elde etmede kullanılması yasak olup bu yasaklara uyulmadan toplanan deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.[1020]

Hukuk devleti ilkelerine uygun bir yargılama sisteminde, mahkeme kararına dayanak olabilecek deliller ancak hukuka uygun yöntemlerle elde edilebilir. Dolayısıyla devletin yargı ve kolluk gücü, delillerin elde edilmesinde sınırsız bir yetkiye sahip değildirler.[1021]

Gerçi yargılama hukukumuzda ‘vicdani delil sistemi’ ya da ‘delil serbestîsi’ gibi ilkeler yer almaktadır. Ancak bu ilkeler, hukuk dışı delil toplama yasağını ortadan kaldırmaz. Bunlar birbirine zıt kavramlar da değildir. Ceza yargılamasında; hâkimin, delil olarak ileri sürülen hususların delil olabilme niteliğini serbestçe takdir etmesi anlamına gelen ‘vicdani delil sistemi’ geçerli olmakla birlikte bu ilke, hâkimlerin deliller konusunda keyfi davranabileceğini göstermez.

Delillerin karara dayanak olabilmesi için, hukuki ve ahlaki açıdan kabul edilebilir yollardan elde edilmiş olması gerekir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeği ortaya çıkaracak her şeyin delil olabileceğini ifade eden ‘delil serbestîsi ilkesi’ de bu kuralı değiştirmez. ‘Delil serbestîsi ilkesi’ sınırsız değildir. Bu ilkenin

---

[1019] Prof. Dr. Süha Tanrıver, Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin
Durumunun İrdelenmesi.

[1020] Yrd. Doç.Dr. Mahmut Koca, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı.

[1021] Prof.Dr. Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları.

sınırı; delilin, insan onuruna ve hukuka uygun yollardan elde edilmesidir. O halde bütün yargılama türlerinde asıl olan, hukukun ve etik ilkelerin gösterdiği sınırlar içinde, insan hakları ve onuruna saygılı bir biçimde delil elde etmek ve bunları mahkeme kararlarında kullanmaktır.[1022]

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesi, soruşturma evresinde delil toplama görevini cumhuriyet savcısına vermiştir. Buna göre cumhuriyet savcısı, şüphelinin/sanığın lehinde ve aleyhin-deki delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla yükümlüdür. Hâkimlerin, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri kararlarına dayanak yapmaları mümkün olmadığına göre, soruşturma aşamasında cumhuriyet savcıları, delillerin toplanmasında 'delil yasakları' ilkesine uygun davranmalıdırlar. Yani şüphelilerin leh ve aleyhindeki delilleri hukuka ve ahlaka uygun olarak toplamaya özen göstermelidirler.

Delillerin toplanması; delilin niteliğine göre, işyeri ya da evlerde arama yapılmasını, gerekirse eşyalara el konulmasını, tıbbi muayeneyi, iletişimin dinlenilmesi gibi işlemleri gerektirebilir. Bu tür işlemler ise, özel hayat, haberleşme ve mülkiyet hakkı gibi insan haklarını etkilemektedir. Söz konusu haklar Anayasa ve yasalara göre temel haklardan olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle de koruma altına alınmışlardır. Özellikle özel hayat ve aile hayatının gizliliğine müdahale olan **arama**, beden varlığına yönelik müdahale olan tıbbi **muayene**, mülkiyet hakkına müdahale oluşturan **el koyma**; özellikle de haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan **iletişimin dinlenmesi** gibi soruşturma işlemlerinde kanuna aykırılık bulunması, bu delillerin mahkeme kararlarına dayanak olarak kullanılmasına engeldir. Kanuna aykırı delil toplanması aynı zamanda AİHS hükümlerini de ihlâl eder.[1023]

Suç delillerinin ortaya çıkarılması için yapılan işlemlerden biri de suçla ilgili olan **eşyalara el konulması**dır. Ancak uygulamada bazen sadece suçla ilgili eşyalara değil, aynı zamanda suçla ilgisi olmayan kişisel eşya ve belgelere de el konulduğu görülmektedir. Suçla ilgisi olmayan eşya ve belgelere de el konulması hukuka uygun değildir. AİHM, soruşturma için gerekli olan delilleri seçmek yerine, başvuranın ofisindeki tüm belgelere ve ceza davasıyla ilgili olmayan ona ait kişisel eşyalara da el konulması şeklindeki müdahalenin kanuna uygun olmadığı ve AİHS'nin 8. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. (AİHM'nin 29/06/2006 Tarih ve 11901/02 Sayılı Kararı)

Kişilik hakları, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü ihlal edilerek ya da cebir ve tehdit kullanılarak elde edilen deliller, hukuka aykırılık nedeniyle yargılamada ispat aracı yapılamaz ve hâkimlerce hükme esas alınamaz. Bir davada tanıklıktan çekilme hakkının bulunduğu durumlarda hâkimin, tanığa bu hakkını hatırlatmadan onun beyanını zapta geçirmesi ve hükme esas alması da delilin, hukukun izin vermediği yollardan elde edilmesinin somut örneklerinden biridir.

[1022] Yrd. Doç.Dr. Mahmut Koca, CM'de Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı.

[1023] S. Cengiz-F. Demirağ-T. Ergül-J. McBride-D. Tezcan, Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Dergisi.

f.d) Gizli İzleme ve Gizli Görevli Kullanma

Günümüz hukuk devleti anlayışı içinde, organize suç örgütlerinin işlediği suçlarla mücadelede suçun önlenmesi amacıyla normal suçlar için biraz ağır olan gizli izleme ve gizli ajan kullanma gibi yöntemlerin kullanılması kabul edilmektedir. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu; Anayasanın, belirli şartlarda özel hayata müdahaleye izin veren hükmüne dayanarak gizli izleme ve gizli görevli kullanmaya izin veren hükümler içermektedir. Söz konusu kanunun 5. maddesinde; gizli görevli kullanma yetkisinin kullanım şartları belirlenmiştir.

Bu maddeye göre bu yetkinin kullanılabilmesi için; araştırılan suçun bu kanunda belirtilen suç olması gerekir ve gizli görevli, gerektiğinde bu suçları işleyen örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür. Gizli görevli bu görevini yerine getirirken suç işleyemez, suça yardımda bulunamaz, bu suçtan dolayı da sorumlu tutulamaz. Uygulamada bir örgüt içine sızan gizli görevlinin herhangi bir suç işlemeden örgüt hakkında bilgi toplaması oldukça zordur. Ancak bir örgüt hakkında çok önemli bilgiler sağlayacak olsa bile, bir gizli görevlinin suç işlemesine hukuk kuralı izin veremez. (Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, madde:5)

Yukarıda açıklandığı üzere örgütlü suçlarla mücadelede farklı yöntemlerin uygulanması gerekliliği kabul edilirken, hukuk devleti ilkeleri ile ceza hukukunun etik ilkelerinin ihlal edilmesini önlemek ve insanların hak ve özgürlük alanlarını muhtemel keyfi uygulamalara karşı korumak için bu yetkiler sıkı şartlara bağlanmıştır.

Suçluları ve suç delillerini ortaya çıkarmak için gizli izlemenin ve gizli görevli kullanılmasının amacı, suçluların suçu işledikleri anda yakalanmasını sağlamaktır. Soruşturmalarda suç işlenmesi için değil, suçun önlenmesi için gizli görevli kullanılabilir. Bu nedenle suç işleme düşüncesi olmayan bir kişiyi, gizli görevli kullanarak suça kışkırtmak, hukuka aykırıdır. Devletin güvenlik güçleri, bireyleri kışkırtarak suç işlemelerini sağlayıp sonra yakalayarak cezalandırılmalarını isteyemezler. Bireyin hileli davranışlarla aldatılarak suç işlemesinin sağlanması, devlete olan güveni zayıflatacağı gibi temel hakları da ihlal edecektir. Şüpheli ya da sanıkların, güvenlik güçlerinin kullandığı gizli görevliler tarafından suç işlemeye kışkırtılması, Anayasa'ya, CMK'ya, Yargıtay içtihatlarına ve AİHM kararlarına aykırıdır. AİHM bir davada şöyle karar vermiştir:

"Ulusal mahkeme; tuzağa düşürmenin yasal şartlarının varlığından şüphe etmek için nedeni olmasına rağmen, tuzağa düşürmeyi meşru bir soruşturma eyleminden ayırmasına yardımcı olacak fiili ve yasal unsurları incelememiştir. Bu nedenle, başvuranın mahkûmiyetine yol açan yargılama adil olmamıştır. Dolayısıyla, AİHS'nin 6/1. maddesi ihlâl edilmiştir." (AİHM'nin 26/10/2006 Tarih, 59696/00 Sayılı Kararı)

f.e) İletişimin Dinlenmesi

Delillerin toplanması bağlamında ülkemizde son yıllarda iletişimin dinlenmesi konusunda karşılaşılan sorunlar, bu konuyu daha geniş incelemeyi gerekli

kılmaktadır. Bu nedenle bu konuyu daha geniş incelemekte yarar görüyoruz. Dünyada ve ülkemizde son yıllarda yaygınlaşan örgütlü suçlarla mücadelede Ceza Muhakemesi Kanununun mevcut hükümlerinin yetersiz kalması nedeniyle kanuna yeni hükümler konulması bir zorunluluk olarak görülmektedir. Bu yeni hükümler, iletişimin dinlenmesine ilişkindir. Ancak uygulamada özen gösterilmeyip keyfiliğe kaçılması halinde, insan haklarını ağır bir biçimde ihlal edilmesi ihtimali olan bu hükümlerin, hukuk devleti ve yargı etiği ilkeleri açısından incelenmesinde yarar vardır.

Öncelikle belirtelim ki; iletişimin dinlenmesi, suç işlendikten sonra suçun failine ulaşmak için kullanılan adli bir yetki, suçla ilgili istihbarat faaliyetinde bulunma ise, suç işlenmeden önce işlenmesi muhtemel suçları önlemek için kullanılan önleyici bir yetkidir. Bu yetkiyle amaçlanan, ülkenin anayasal ve kamu düzeni için muhtemel tehditleri önceden öğrenerek gerekli önleyici tedbirleri almaktır.

Anayasanın "Haberleşme Hürriyeti" başlıklı 22. maddesinde "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç islenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz." hükmüne yer verilerek haberleşme özgürlüğüne vurgu yapılmış, bu özgürlüğün sınırlanabileceği durumlar ve bu durumlarda izlenecek yöntem belirlenmiştir.

Anayasanın bu hükmüne göre haberleşme özgürlüğünün sınırlanabileceği durumlardan biri de suç işlenmesinin önlenmesidir. Günümüzde devletlerin çoğunda, iletişimin denetlenmesine ilişkin yasalar bulunmakta ve terör örgütlerine ve organize suçluluğa karşı mücadelede kullanılmaktadır. Ağır suçlarla mücadelede bir teknik olarak telefonların dinlenilmesi, Avrupa Birliği ülkelerinde genellikle standart olarak uygulanmaktadır. İstihbarî dinlemede amaç, suç işlenmeden önleyici ve koruyucu tedbirleri almaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi telefonların gizlice dinlenmesini, büyük suçlar ya da terörizmle mücadele gibi hallerle sınırlı olmak üzere kabul etmektedir. Ancak bu yetkinin kullanılması sıkı şartlara bağlanmış ve genellikle elde edilen bilgiler delil olarak kullanılmamaktadır.[1024]

Başka yoldan delil elde etme imkânının olmadığı ya da çok az olduğu bazı ağır suçları ortaya çıkarmak ve faillerini yakalamak için iletişimin dinlenmesi yöntemine ihtiyaç olduğu söylenebilir. Ancak iletişimin dinlenmesindeki toplumsal yarar ile haberleşme özgürlüğüne saygı ilkesi arasında bir çatışma ve gerilimin olduğu da görülmektedir. İşte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar, bu çatışma ve gerilimi gidermeye yönelik ilkeler ortaya koymaktadır.

Avrupa Birliği Konseyine dâhil ülkelerin, bazı şartların bulunması halinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime müdahale etmesine AİHM'nce saygı

[1024] Meclis İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı; İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve
Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması-rapor.

gösterilmiştir. Yasal olarak iletişimin denetlenmesinin, özellikle milli güvenliğin, ağır suçlar konusundaki bilgilerin ve milli menfaatlerin korunması için önemli bir araç olduğu vurgulanmıştır. Ancak gerekli güvenceler sağlanmadan ve teknik konular düzenlenmeden iletişimin denetlenemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Konseye göre üye ülkeler, iletişime yasal bir müdahale yapmaya yetkili olan kurumları belirlemek zorundadırlar. Görüldüğü üzere iletişimin denetlenmesi, bazı istisnai durumlarda başvurulan ve gerekli teknik güvenceler sağlanmadan uygulanması halinde bireysel özgürlüğü ciddi olarak ihlal eden hassas bir konudur.

f.f) Bilgilerin Gizliliğinin Korunması ve Keyfiliği Önleyici Tedbirler

Meclis İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı tarafından hazırlanan 'İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması' raporu-na göre; iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın uygulanması işlemi, üçüncü kişilerin haberdar olmayacağı bir biçimde gerçekleşmelidir. Özellikle denetlemenin muhatabının bu işlemi fark etmesini önlemek gerekir. İletişimin denetlenmesinde, yetkili olmayan tüm kullanıcıların bilgiye ulaşması ve onu kötüye kullanması engellenmeli ve denetlemeye konu bilgiler korunmalıdır. Servis sağlayıcılar ve ağ operatörleri, gerçekleştirilen denetlemenin sayısı ve içeriğiyle ilgili bilgileri korumak ve denetleme yöntemine ilişkin bilgileri gizli tutmak zorundadırlar. İletişimin dinlenmesi, Avrupa Birliği Konseyine dâhil olan ülkelerde sıkı şartlara bağlanmıştır.

Almanya'da iletişimin denetlenmesi; suç işlenmesinden sonra suçun aydınlatılması, zanlı veya sanığın bulunduğu yerin belirlenmesi amacıyla gerçekleştirilir. Mahkemenin teknik dinleme kararı verebilmesi için, teknik dinlemenin en son çare olduğunun ispat edilmesi gerekmektedir. Tedbirin uygulanması yoluyla elde edilen bilgilere, bir ceza kovuşturması için ihtiyaç kalmaması halinde, savcılığın gözetiminde bu veriler imha edilir.

Fransa'da iletişimin denetlenmesi konusunda uzunca bir süre yasal düzenleme yapılmamış, Fransız Yargıtay'ı, çok ayrıntılı içtihatlarla yasa boşluğunu doldurmuştur. Ancak AİHM, iletişimin denetlenmesi yetkisinin Yargıtay içtihatlarıyla değil, mutlaka yasa ile düzenlenmesi gerektiğini belirterek Fransa'yı mahkûm etmiştir. Fransa, bunun da etkisiyle bu konuda yasal düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Yapılan yasal düzenlemede; terör ve organize suçlarla mücadele için özel bir sistem öngörülmüş ve güvenlik güçlerine bazı özel yetkiler verilmiştir. Bu yetkilerden biri de, ağır suçların soruşturulması ile sınırlandırılmış ve sıkı şartlara bağlanmış bir tedbir yöntemi olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesidir. Başka türlü delil toplanmasının mümkün olmadığı hallerde, iletişimi denetlenecek kişiyle bu kişinin kimlerle iletişimin kuracağının denetleneceği ve denetlemenin ne kadar süreceği kararda belirtilmelidir. İletişimi denetlenen şahsın, suç iddiasıyla ilgili olmayan konuşmaları kaydedilemez. Denetleme sırasında hâkim, suçla ilgisi olmayan kişileri korumak zorundadır. (Meclis İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı; İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması-rapor)

İngiltere'de haberleşmenin denetlenmesi kararları milli güvenliğin sağlanması, ağır suçların önlenmesi ve araştırılması ile Birleşik Krallığın mali değerlerinin

korunması amaçlarıyla verilebilir. Böylece iletişimin denetlenmesi tedbiri, hem **adli** hem de **önleyici** amaçlı olarak kullanılmaktadır. İngiltere'de iletişimin denetlenmesi kararı verme yetkisi idari mercilere verilmiştir. Bu konuda karar verme yetkisi, İngiltere ve Galler İçişleri Bakanı, İskoçya Devlet Bakanı veya Kuzey İrlanda Devlet Bakanına aittir. Karar olmadan haberleşmeye müdahale suçtur. Haberleşmeye müdahale sonucu elde edilen bilgiler mahkemelerde delil olarak kullanılamaz ve açıklanamaz. Bu bilgiler sadece istihbarat amaçlı kullanılabilir.[1025]

Türkiye'de 1999'da çıkartılan Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanunu içerisinde iletişimin tespiti konusu belirli suçlar bakımından mevzuatımıza girmiş, daha sonra 2005'de yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. ve müteakip maddelerinde adli amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi hükümlerine yer verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. ve müteakip maddelerinde düzenlenen iletişimin denetlenmesinin ayrıntıları, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araç-larla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte gösterilmiştir.

Bu tedbirlere ancak başka yolla delil elde etme imkânının bulunmadığı ve kuvvetli şüphenin varlığı hallerinde göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, kasten adam öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu, fuhuş, ihaleye fesat karıştırma, rüşvet gibi ağır nitelikteki suçlarda başvurulabilir. Dinleme kararını ancak hâkim verebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda savcının da böyle bir yetkisi vardır. Ancak yirmi dört saat içerisinde bu kararın hâkim tarafından onaylanması gerekir. İletişimin denetlenmesi yetkisi en fazla üç ay için verilebilir, bu süre en fazla bir kez daha uzatılabilir, ancak örgütlü suçlarda bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabilir. Bu şartlar yerine getirilmediği takdirde elde edilen veriler mahkemede delil olarak kullanılamaz.

Kanun dışı dinlemelerde, Türk Ceza Kanununun 'Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar' başlığını taşıyan 132. maddesinde düzenlenen iletişiminin gizliliğini ihlal suçu oluşur. Tedbire ilişkin usul ve kuralların yerine getirilmemesi halinde, hâkim kararının bulunmadığı durumlarda ve belli bir kamu görevlisinin kendi kendine dinlemeyi gerçekleştirmesi halinde TCK 132. maddesinde öngörülen cezai yaptırımlar uygulanır. Bu konuda savcıların resen harekete geçmeleri gerekir.

Ülkemizde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin; adli, istihbari ve önleyici amaçlı olarak tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi çalışmalarının, hâkim kararları çerçevesinde yapılmasını temin eden ve bunu denetleyen bir birimdir. TİB, kanuna aykırı olarak yapılan herhangi bir iletişim tespitinin, kayda alınmasının, dinlenmesinin tespiti durumunda derhal Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmakla yükümlüdür. Bu anlamda TİB'in gerçekleştirdiği hukuki denetim ile Anayasamızın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün uygulamaya aktarılmasında önemli bir görev üstlendiği görülmektedir. Dijital teknoloji sayesinde dinleme yeteneği TİB'e aittir. Bu imkân ayrıca GSM operatörleri ve Telekom'da da vardır. TİB'in kuruluş amacı, bu

[1025] Meclis İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı; İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve
Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması-rapor.

yeteneği disipline etmektir. Ayrıca yine dijital teknolojide yapılan her dinleme işlemi sonrasında mutlaka bir iz, kayıt kalmaktadır. Bu nedenle kanuna aykırı bir dinleme eyleminin gerçekleştirilmesi halinde, yukarıda dinleme yeteneği olduğu ifade edilen her kurumu kendi içinde bunu kolaylıkla tespit edebilir. Bu anlamda yapılacak bir soruşturmada savcılar, bilirkişi marifeti ile kanun dışı hareketin kim tarafından nerede yapıldığını tespit edebilirler. Örneğin eğer istenirse telekomünikasyon kurumu çalışanların-dan ilgili bir kişi hat'a girerek dinleme yapması mümkündür. Ancak bu, santral aşamasında yapılan tüm işlemler kayıt altında tutulması nedeniyle kolayca tespit edilebilir.[1026]

TİB'in bilgisi dışında Türkiye'de dinleme yapılamaz. Ancak gelişen teknoloji ile birlikte cep telefonlarına müdahale edilerek ya da gelişmiş yazılımlar ve ileri bir teknoloji kullanılarak dinleme yapılması mümkündür. Haberleşmenin dinlenmesinde iki ihtimal bulunabilir: Birincisi, devletin resmi kurumları tarafından yapılan dinlemeler, ikincisi resmi ve yetkili olmayan gruplar tarafından yapılan sistem dışı dinlemelerdir. Devletin resmi ve yetkili kurumları tarafından yapılan dinlemeler de ikiye ayrılabilir. Birincisi, yasada belirlenen kurallara uygun olarak yapılan dinlemeler, ikincisi de yasada belirlenen kurallara uymadan, yetkiyi kötüye kullanarak yapılan dinlemelerdir.

Ülkemizde son yıllarda belli kesimlerce kanun dışı olarak bazı dinleme ve kayıt altına alma işlemleri yapılmakta, daha sonra uygun zamanı bulunduğunda bu ses ve görüntü kayıtları internet ortamında yayınlanarak çoğunlukla siyasi amaçlar için kullanılmaktadır. Parti içi ya da partiler arası zıtlaşmalarda, siyasi rakipleri yok etme ya da etkisizleştirmenin bir aracı olarak kullanılmaktadır. Belirli dönemlerde siyasi parti lider veya yöneticileri hakkında ses ve görüntüler yayınlanmak suretiyle onların siyasetten devre dışı bırakılması sağlanmakta, ancak bu kanunsuz dinleme ve yayınlama eylemleri suç olduğu halde bu konuda etkili bir işlem yapılmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayat hakkını düzenleyen 8. maddesinde, herkesin, haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, haberleşme hakkına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç islenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir.

Ülkemizde, haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği Anayasa'nın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' başlıklı 22. maddesinde en temel insan hakları arasında sayılmasının yanı sıra, Türk Ceza Kanunu'nun 'Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar' başlıklı 132. maddesi ile de özel cezai koruma altına alınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun 'Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi' başlıklı beşinci bölümünün 'İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması' başlığını taşıyan l35.maddesiyle yasal denetim altına alınmıştır.

[1026] Meclis İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı; İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve
Haberleşme Özgürlüğünün İhlali İddialarının Araştırılması-rapor.

Bu hükümler çerçevesinde ve teorik anlamda bakıldığında; haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkı, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere ülkemiz hukuku tarafından da korunan en temel insan haklarındandır. Ancak uygulamada bu hükümlere ne ölçüde uyulduğunun sıkı takibi gerekmektedir. Örneğin CMK 135.maddeye göre, hakkında dinleme tedbiri uygulanan kişiyle ilgili, dinleme tedbiri devam ederken, savcı tarafından takipsizlik kararı verilmesi veya dinleme kararının hâkim tarafından onaylanmaması halinde, o zamana kadar tutulan kayıtların 10 gün içinde savcı denetiminde imha edilmesi gerekir. Ayrıca, iletişimi tespit edilen, telefonu dinlenen kişiye de bilgi verilmesi hükme bağlanmıştır. Bütün bu yasal hükümlerin somut olaylarda uygulanmasının sağlanması gerekir. Demokratik hukuk devletinde temel insan haklarından olan haberleşmenin gizliliği ancak bir yargı kararı ile sınırlandırılabilir. Ayrıca bu istisnai durumun genelleştirilmemesi ve haberleşmenin gizliliğine ancak Anayasa'da ve yasalarda belirtilen usule mutlak bir surette uyularak müdahale edilebilmesi gerekir. Kısaca ülkemizde iletişimin dinlenmesi konusunda çok ciddi etiksel sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorunların hukuk devleti ilkesi çerçevesinde mutlaka çözümlenmesi gerekir.

g) Bilişim Suçları ve Delillerin Toplanması (Adli Bilişim)

Sadece bilişim sisteminde işlenebilen, bilgisayar ve internete özgü suçlar olduğu gibi, bilişim sistemi ve internet ağı yoluyla gerçekleşen, klasik suçlar ve hukuk dışı eylemler de bulunmaktadır. Bilişim sistemi içinde gerçekleşen suçların ve hukuk dışı eylemlerin faillerinin tespiti ve delillerinin elde edilmesi, sıradan bir delil toplama faaliyeti olmayıp, kendine özgü teknik bir çalışma gerektiren konudur. Bilişim alanındaki suç davranışları ve hak ihlallerine ilişkin delillerin toplanması ve onların korunması başlı başına özel uzmanlık istemektedir.

Bilişimin yargıyla ilgili boyutu, adli bilişim kavramıyla ifade edilmektedir. Adli bilişim, 'elektronik ortamlardan; cihaz ya da sistemlerden elde edilen bulguların, çeşitli teknik donanım ve yazılımlar kullanılarak hukuki delillere dönüştürülme süreci' olarak tanımlanabilir. Adli bilişim, elektronik sistemlerdeki bulguların, birer hukuki delile dönüştürülme süreci olarak üst düzeyde teknik bilgi gerektiren ve uzmanlık isteyen bir iştir. Bu nedenle hukuki olmaktan çok teknik yönü ön plana çıkmaktadır. Adli bilişim, çoğunlukla ceza hukukunda kullanım alanı bulmakla birlikte, özel hukuk alanındaki ihtilafların çözümünde de yargılamaya delil katkısı yapabilecek bir bilim dalı olma yolundadır.[1027]

Adli bilişim; suçluların, bilgisayar ve bilişim teknolojisini kullanarak işledikleri suçların, soruşturma aşamasından başlayarak olay yerinin incelenmesi, suçla ilgili verilerin toplanması, elde edilen verilerin suçla ilişkilendirilmesi yapılarak sonuçların düzenli bir raporla adli makamlara sunulmasına ve bilişim teknolojilerine ilişkin güvenliğin sağlanmasına kadar geniş bir alanı kapsamaktadır.[1028]

[1027] Edirne Barosu Web Sitesi, Adli Bilişim.

[1028] Bilişim Enstitüsü; http://be.gazi.edu.tr/posts/view/title/adli-bilisim.

Adli bilişim, elektronik alanda üretilen teknolojik araçlarla yargıya delil elde etme imkânı sunmaktadır. Teknolojik gelişmeye paralel olarak bilgisayar sistemlerinde hızlı bir gelişme süreci yaşanmaktadır. Her geçen gün insan hayatına farklı elektronik ürünler girmektedir. Bu elektronik ürünler, iyi yönde kullanıldığında insan hayatını kolaylaştırırken, kötü yönde kullanıldığında ise bazı olumsuzluklara neden olmaktadır. Başka bir deyişle insan hayatını kolaylaştıran bu elektronik ürünler, bazı suçların işlenmesinde araç olarak kullanılmaktadır. Bu ürünlerin suçlarda kullanılması, klasik suç davranışlarını da değiştirmiştir.

Hayatın her alanında var olan klasik suç davranışları, dijital araçlarda yapısı değişerek daha farklı biçimler almaktadır. Suçun yapısındaki bu değişim nedeniyle, bilişim ve dijital alanda delil elde etmek için yeni kavramlara ihtiyaç duyulmaktadır. İşte adli bilişim, bilişim suçlarında delillerin toplanması konusunu ifade eden bir kavramdır. Adli bilişimin çalışma alanlarını; veri kurtarma, veri imha etme, veri saklama, veri dönüştürme, şifreleme, şifre çözme, gizlenmiş dosya bulma şeklinde sıralayabiliriz.[1029]

Bilişim alanındaki deliller açısından en önemli elektronik araçların başında bilgisayar gelmektedir. Bilgisayar, hem içerisinden delil elde edilen hem de delil elde etme metotlarında kullanılan bir araç olması nedeniyle adli bilişim açısından çok önemlidir. Bilgisayarla işlenen suçlarda bırakılan izler, bilgisayarların incelenmesinde ortaya çıkarılmakta ve yargılamada yasal bir delil olarak kullanılmaktadır. Bilgisayarları birbirine bağlayan internet ağı sayesinde bir kişinin, oturduğu yerden dünyanın herhangi bir ülkesinde bilişim suçu işleyebilmektedir. Bu durum, adli bilişim açısından bilgisayarın ve dijital ürünlerin önemini göstermektedir. Bu aynı zamanda bilişim suçları bilirkişisi ve adli bilişim uzmanı ihtiyacını gündeme getirmektedir. Bilişim uzmanlarının bu konuda yetkin olması yani bu alanda bilirkişilik yapabilecek seviyede bilimsel bilgiye sahip olması gerekmektedir.

Bu alanda yetkin sayılabilmek için; bilişim sistemleri, hukuk ve kriminalistik gibi konularda ileri seviyede bilgi sahibi olabilecek bireylerin, çok disiplinli bir şekilde yetiştirilmesi gerekmektedir. Öyle ki, söz konusu uzmanların bilişim alanındaki suçların nasıl işlendiklerini, bu suçlara ilişkin dijital veri ve delillerin nasıl toplanacağını, bu delillerin zarar görmeden ve bozulmadan ne şekilde korunacağını ve elde ettikleri delil bulgularının adli makamlara anlaşılır bir biçimde nasıl sunulması gerektiğini derinlemesine bilmeleri gerekmektedir.[1030]

Bilişim alanındaki deliller yönünden diğer bir bilişim aracı internettir. İnternet ortamında bulunabilecek deliller, bir internet sitesinde yazılmış makale, yorum gibi değişik yazılar, fotoğraflar, e-postalar, facebook ve twitter gibi paylaşımlarda olabilir. Günlük hayatta önemi gittikçe artan cep telefonları, teknolojinin ilerlemesiyle daha gelişmiş olup, içinde kısa mesajlar (SMS), telefon rehberi, arama kayıtları gibi delillerin yanı sıra, özelliğine göre müzik, fotoğraf dosyaları ve videolar bulunmaktadır. Ayrıca değişik amaçlarla kullanılan hafıza kartları, taşınır bellekler, MP3 çalarlar, yazıcılar, fakslar, fotokopi makineleri ve diğer araçların

[1029] Edirne Barosu Web Sitesi, Adli Bilişim.
[1030] Bilişim Enstitüsü; http://be.gazi.edu.tr/posts/view/title/adli-bilisim.

içlerinde, değişik suçlara ilişkin delillerin bulunabileceği belirtilmelidir. Bilişim suçlarıyla ilgili dijital delillerin toplanması ve korunması özellik taşıyan bir konudur. Bütün bilgi, belge ve delillerin depolandığı disk sürücüsünün zarar görmeden elde edilmesi ve usulüne uygun olarak korunması gerekir. Bu nedenle dijital delillerin toplanması ve korunması işlemlerini, bilişim uzmanlarının yapması gerekir.[1031]

Adli bilişim alanında yaşadığımız en büyük sorunlar; adli bilişimin henüz bir ana bilim ya da alt bilim dalı özelliği kazanmamış olması, ulusal hukukun uluslararası hukukla uyumlu olmaması, siber suçlar sözleşmesinin imzalanmaması olarak sıralanabilir. Adli bilişim yöntemleriyle suç delili elde etme konusunda karşımıza etik değerler çıkmaktadır. Çünkü bu yolla delillerin toplanması aşamasında hak ihlalleri, adil yargılanma hakkı, özel hayatın gizliliği gündeme gelmektedir. Devlet, suç delillerini toplarken bireysel hayatın gizliliği hakkını korumak zorundadır.

2.3) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK AVUKATLAR

Avukatlık, hukuk mesleğinin dört ana bölümünden birisidir. Serbest meslek olmasına rağmen yargının kurucu unsurlarından olması ve bağımsız savunmayı temsil etmesi nedeniyle hukuk sisteminde önemli bir yer tutmaktadır. Yargı sisteminin üçlü sacayağından birini oluşturduğundan sıradan bir meslek değildir. Yargının kurucu unsuru olan ve bağımsız savunmayı temsil eden bu mesleğin icrasında temel ahlak kurallarının aranması şüphesiz ki gerekli bir durumdur.

2.3.1) AVUKATLIĞIN TANIMI VE ÖNEMİ

Avukatlık, 1136 sayılı kanunun 1. ve 2. maddelerinde; 'hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamayı amaçlayan, yargının kurucu unsurlarından olan ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden bir meslek' olarak tanımlanmaktadır. Avukatlıkla ilgili diğer tanımlar da şöyledir;

"Avukat, ulusal yasaya uygun olarak, hukukun uygulanmasına, müvekkili adına hareket etmeye; dava açmaya, mahkemeye çıkmaya veya ona danışmanlık yapmaya ve onu temsil etmeye ehil ve yetkili olan ve meslek kuruluşuna (baroya) üye olan kişidir." (Avrupa Konseyi'nin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Hürriyetler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı). "Avukat, mahkeme huzurunda taraflardan birini müdafaa eden kimsedir." (Mecelle). "Avukat, hukuki işlerde para karşılığı halka hukuki yardımda bulunan kimsedir." (Meydan Larousse). "Bilumum hukuki meselelerde, başvuranlara sözlü ve yazılı görüş bildiren, dilekçe veren, her nevi evrakı düzenleyip mahkemelerle hakemler ve tüm daire ve meclisler huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hukuku vekâleten takip ve dava ve savunmayı meslek edinenlere avukat denir." (1924 tarihli, 460 sayılı Muhamat (avukatlık) kanununun 1.maddesi). "Avukat, adli ve idari her çeşit dava ve takiplerde başkalarına sözlü ve yazılı olarak hukuki yardımlar yapmayı ve onları temsilen mahkemelerle, yargılama

[1031] Edirne Barosu Web Sitesi, Adli Bilişim.

yetkisine sahip merciler önünde takip ve müdafaalarda bulunmayı kendisine meslek edinen ve bu hizmetine karşılık bir ücret almaya yetkili kimsedir." [1032]

1136 sayılı Avukatlık Kanununda avukatlık tanımlanırken, 'anlaşmazlıkların çözümlenmesinden' önce 'hukuki münasebetlerin düzenlenmesi' kavramının yer almış olması çok anlamlıdır. Çünkü avukatlığın, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini sağlaması demek, insanların uyuşmazlığa düşmelerini önleyecek biçimde hukuki ilişkilerinin doğru düzenlenmesidir. Bunun 'koruyucu hukuk' açısından önemi büyüktür. Bilindiği gibi günümüzde 'koruyucu avukatlık ya da koruyucu hukuk' gittikçe önem kazanmaktadır. Ancak Türkiye gibi hukukçudan yararlanma kültürünün tam olarak gelişme-diği toplumlarda, genellikle işin başında avukata danışılmamakta, avukata başvurma çoğunlukla iş işten geçtikten sonra yani hukuki sorunlarla karşılaşıldığında olmakta ve bu aşamada ise avukattan adeta olağanüstü bir şeyler yapması beklenmektedir.[1033]

Belirtilmelidir ki, işin başında avukata danışılmış olsa, birçok uyuşmazlığın ortaya çıkması önlenebilir. Koruyucu hukukun önemi de işte buradadır. Ülkemizde koruyucu hukuk kültürünün tam olarak yaygınlık kazanmadığını belirtmek gerekir. Koruyucu hukuk anlayışı çerçevesinde avukatlık mesleğinden daha çok yararlanmak için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle hukuk sisteminde avukatlık mesleğinin 'hukuki danışmanlık' boyutunun daha işlevsel duruma getirilmesi yararlı olacaktır.

Hukuk mesleğinin dört bölümünden birini oluşturan avukatlığın, toplumsal hayatta büyük öneme sahip olduğu belirtilmelidir. Avukatlık denildiğinde hemen akla savunmanın geldiği söylenebilir. Yargının kurucu unsurlarından biri olan avukatlık mesleği, bağımsız savunmayı temsil etmektedir. Savunma, çok önemli ve kutsal bir iştir. Çünkü ilk bakışta suçun faili zannedilen birçok insanın daha sonra suçsuz olduğu anlaşılmaktadır. İşte bu nedenle suç ithamıyla muhatap olan bir sanığın, gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma aşamalarında avukat tarafından savunulması büyük önem taşımaktadır. Yargılama sonunda suçun failinin kim olduğu tam olarak anlaşılıncaya kadar, sanık hakkında önyargıya sahip olmadan onun savunmasını tam olarak yürütmek, savunmayı temsil eden avukata düşen bir görevdir.

Avukatlığın önemi hakkında Prof. Özekeş şöyle der: "Hukukta savunma çok önemlidir. Çünkü hukuk uygulaması, önce insanın başkasına haksızlık yapmasıyla ve haksızlığa uğrayanın da kendisini savunmasıyla başlar. İnsanlar kendilerini daha iyi savunmak için avukatlara başvurmaktadır. Bu nedenle avukatlık çok önemli bir meslektir; haksızlığın karşısında duruşu sergiler." [1034] Avukatlık mesleğinin önemi, devletin en temel işlevlerinden biri olan yargı faaliyetinin bir parçası olmasından kaynaklanmaktadır. Avukatlar, hukukun üstünlüğünün korunmasına hizmet eden, hak arama özgürlüğünün savunucusu olan ve hukuk için mücadele veren meslek mensuplarıdır.[1035]

[1032] Av. Sıtkı Akyazan, Avukatlık Ücretine Dair İncelemeler, Adalet Dergisi.
[1033] Prof.Dr. Ejder Yılmaz, Kamuda Çalışan Avukatlar.
[1034] Prof.Dr. Muhammet Özekeş, Hukukun Vicdani ve Ahlaki Sorunları.
[1035] Prof.Dr. Ejder Yılmaz, Kamuda Çalışan Avukatlar.

Adil yargılanmanın gerçekleşmesi için savunma hakkının kutsal olarak kabul edilmesi ve temel hakların başında yer alması, bu savunma hakkını bireyler adına kullanan avukatların bazı niteliklere sahip olmasını gerekli kılmaktadır.

2.3.2) AVUKATLIK MESLEĞİNİN NİTELİKLERİ

2.3.2.1) Avukatlık Mesleğinin Bağımsız Niteliği

a) Genel Olarak Bağımsızlık

İnsanların adil yargılanma hakkı, dünyada birçok ülkenin anayasa ve yasalarında yer alan, hatta bazı uluslararası hukuki metinlerle teminat altına alınmış olan temel haklardan biridir. Bizim anayasamızda da insanların doğru ve adil yargılanma hakkını kullanabilmelerine ilişkin hükümler bulunmaktadır.[1036]

Bağımsız bir avukatlık mesleği ise, hukuk sisteminde adil yargılanmanın temel güvence ve unsurlarından birini oluşturmaktadır. Savunma hakkı gibi kutsal bir hizmetin tam olarak yerine getirilebilmesi için, bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatın, mesleki çalışmasında bağımsız olması gerekir. Hukukun ve adil yargılanmanın amacı adaletin gerçekleşmesidir. Adalet ise, bir ahlaki değerdir. O halde adil yargılanmanın temel güvence ve unsurlarından olan avukatlık mesleğinin bağımsız niteliği aynı zamanda ahlaki bir konudur. Kitabın ahlak bölümünde daha geniş olarak açıklandığı gibi özgür düşünce ve davranış, ahlakın olmazsa olmaz şartlarından biridir.

Avukatlık Kanunu'nun birinci maddesinde avukatın bağımsızlığı düzenlenmiştir. Bu maddede; avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu, bu mesleği yapan avukatın, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği belirtilmiştir. Avukatın bağımsız olması gerektiğinin, kanunun 1. maddesinde yer alması bile onun bağımsızlık niteliğinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Avukatın bağımsızlığı ile ilgili elimizdeki en önemli kaynaklardan biri de, Uluslar arası Barolar Birliği'nin (IBA) Eylül 1990 New York Genel Kurulu'nda benimsediği ilkelerdir. Bu ilkelerden 6,7 ve 8. maddeleri avukatlık mesleğinin bağımsızlığı ile ilgilidir.

Söz konusu 6. ve 7. maddelerde; avukatların, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlara uygun olarak müvekkillerinin yasal işlemlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacağı, hiçbir kişi ya da kurumun baskı ve yasaklarına maruz kalmayacakları, toplum ve idare önünde hiçbir avukatın, müvekkil ile ya da aldığı davalar ile özdeş tutulmayacağı ifade edilmektedir.

Kısaca bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmek, ancak avukatlık mesleğinin bağımsız niteliğe sahip olmasıyla mümkündür. Avukatın, bağımsız savunmayı tam olarak temsil edebilmesi için, yasalarda bağımsızlık ilkesinin yer almasının yanı sıra, mesleğinin sorumluluğunu taşıyan, yeterli mesleki bilgiye, bağımsız düşünceye sahip ve cesur avukatların var olması gerekir.

[1036] Anayasanın 'Herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğuna' ilişkin 36.maddesi doğru ve güvenli yargılanma hakkıyla ilgili hükümlerdir.

b) Avukat-Müvekkil İlişkisi ve Bağımsızlık

Avukatlık Kanununun 37. maddesinde 'Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir' şeklinde bir ifadenin yer alması, avukatlık mesleğinin 'bağımsız' niteliğini açıkça göstermektedir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 2.maddesine göre de; 'avukat mesleki çalışmasında bağımsızlığını koruyacak ve bu bağımsızlığını zedeleyecek iş kabulünden kaçınacaktır.' Bu durumun aksi olursa, avukat görevini gereği gibi yerine getirmeyeceği açıktır.

Avukat, kendisini müvekkili ile özdeş saymamalı, davanın tarafı gibi davranmamalıdır. Bu konuda özen göstermeyen avukat bağımsızlığını da yitirir. Avukat, müvekkiline bağımlı olmaya yol açabilecek her türlü davranıştan kaçınmalıdır. Belirtilmelidir ki; avukat, vekâletnameyle bir işin yapılmasını üzerine almakla müvekkilin emri altına girmiş olmaz. Avukat işin yerine getirilmesinde sadece müvekkilinin talimatıyla bağlı olmayıp onun çıkarı peşinde de değildir. Hatta Avukatlık Kanununun 38/a maddesine göre avukat, kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanaatine varırsa işi reddetmek zorundadır.

c) Avukat-Devlet İlişkisi ve Bağımsızlık

Avukatların siyasi erk karşısında bağımsızlığı, onların yürütmeden müstakil oldukları, müvekkilin işini görürken, yürütme organının avukata emir ve talimat veremeyeceği anlamına gelir. Avukat sadece iş sahibine karşı değil, siyasi erke karşı da bağımsız olmalıdır. Avukatın aynı zamanda hem hukukun hem de iş sahibinin yararına hizmet edebilmesi, gerçek anlamda bağımsızlığının sağlanmasıyla mümkündür. Avukatın bağımsız olması, doğru ve adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Avukatlık mesleğinin, yasa hükümlerine ve meslek kurallarına uygun bir şekilde yürütülmesi ve adil bir yargılamanın sağlanması için, avukatın siyasi erk karşısında da bağımsızlığının sağlanması gerekir. Bu nedenle kanunda belirtilen haller dışında avukat, meslekten ihraç edilemez. İradesi dışındaki bir hukuki mütalaayı vermeye zorlanamaz, bazı işleri alıp, bazı işleri almaması konusunda avukata herhangi bir baskıda bulunamaz.

d) Avukat-Baro İlişkisi ve Bağımsızlık

Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirileri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. (Avukatlık Kanunu, madde:76) Meslek kuruluşu olan barolar, ancak avukatlık kanununda yazılı hallerde avukatı levhadan silebilir. (Avukatlık Kanunu madde: 71-72-74) Yasaya ve avukatlığın genel menfaatlerine uygun olarak barolarca belirlenen kurallara uymak dışında, avukat, mesleğini icra ederken baronun emir ve talimatları altında değildir.

e) Avukatın Kendisine Karşı Bağımsızlığı

Avukat, kendisine gelen işleri, kendi önyargılarından uzak ve hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirmelidir. Adalet değerinin toplumsal hayatta gerçekleşmesi, sadece bağımsız ve tarafsız yargının varlığına değil, aynı zamanda tarafsız ve önyargılardan uzak avukatların varlığına bağlıdır. Sorumluluk bilincine sahip ve önyargılardan uzak avukatlar, bireylerin adil yargılanmasının güvencesidir. Burada avukatın tarafsızlığı, işin adalete uygun çözülmesini etkileyecek, iş sahibinin zararına veya yararına neden olabilecek biçimde avukatta önyargının bulunmaması demektir.

f) Avukatın Ekonomik Durumu ve Bağımsızlık

Yasa, avukatlık mesleğinin bağımsız niteliğini ortaya koymakla birlikte, bağımsızlık kavramının içinin doldurulması ve kendisinden beklenen sonucu doğurması için avukatların ekonomik konularda ve özlük hakları bakımından rahat olmaları, onları bağımlı kılacak durumlardan uzak bulunmaları şarttır. Kafası ekonomik sorunlarla dolu bir avukatın mesleğini sağlıklı olarak icra etmesi beklenemez. Son yıllarda avukat sayısındaki ciddi artış, avukatların ekonomik sıkıntılarla karşılaşmasına, mesleğin giderek daha az özenle yapılmasına ve hızla değer yitirmesine, bu da mesleki suçların artmasına neden olmaktadır. Avukatlık mesleğinde ekonomik açıdan çok yönlü ciddi iyileştirmeler yapılmalıdır. Mesleğe giriş, ücretlerin düzenlenmesi, sosyal güvenlik ve emekli maaşları vs. konularda iyileştirmeler yapılmadığı takdirde, savunmayı temsil eden avukatın bağımsızlığı, sadece yasalarda teorik olarak yer alan fakat toplumsal hayatta gerçekleşmeyen bir kavram olarak kalmaya devam edecektir.

g) Kurum/Şirket Avukatlığı ve Bağımsızlık

"Kamu avukatları, kamu gücü kullanan kurum ve kuruluşların her türlü hukuki ilişkilerine yön veren ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda onları temsil eden meslek mensuplarıdır."[1037] Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir hukuk devleti olması, devlet kurumlarının hukuka bağlı olmasını, dolayısıyla devletin yürütme gücünün her türlü eylem ve işleminin yargıya tabi olmasını gerektirmektedir. Bu ise kamuda çalışan avukatların taşıdıkları sorumlulukları açıkça göstermektedir.

Diğer yandan kurum avukatlığına benzer bir durum, çok sayıda avukatın, başka avukatların bürolarında ya da bazı şirketlerin bünyesinde sigortalı olarak çalışmasında görülmektedir. Avukatlık, aslında serbest bir meslektir. (Avukatlık Kanunu, madde:1) Kamu kurumlarında çalışan avukatların yaptıkları işin, Gelir Vergisi Kanunu açısından serbest meslek faaliyeti olmadığı açıktır. Ancak bu durum, avukatların, Avukatlık Kanunu kapsamında avukatlık yapmadıkları ya da Avukatlık Kanununa tabi olmadıkları anlamına gelmez.

Bu yüzden serbest avukatlardan bazı konularda zorunlu olarak farklı hükümlere tabi olan kamu kurumları ve şirketlerde çalışan avukatların, **bağımsızlık** konusunda ciddi sıkıntılarla karşılaştıklarını söyleyebiliriz. Örneğin kamu kurumlarında ya da şirketlerde çalışan avukatların, Avukatlık kanununda 'Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir.' (Avukatlık Kanunu, Madde:37)

[1037] Prof.Dr. Ejder Yılmaz, Kamuda Çalışan Avukatlar.

hükmünü serbest avukatlar gibi tam olarak uygulayabilmeleri mümkün müdür? Bugünkü şartlarda bir kurum veya şirket avukatının, kendisine tevdi edilen dosyalardan herhangi birini reddetme imkânı var mıdır? Bu konuda olumlu bir cevap vermenin zorluğunu belirtmek gerekir. Ancak bunların dışında kamu kurumu veya şirket avukatları da, çalıştığı kurum dışında kimseden emir ve talimat almazlar. Yürütme, yargı ve yasama organlarına karşı bağımsız olarak görev yaparlar.

Bu durumda, kamu kurumları ve şirketlerde çalışan avukatların statülerini belirleyen hukuki mevzuatın farklı olduğunu söyleyebiliriz. Onlar, bir yandan Avukatlık Kanununa tabi iken, diğer yandan Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanunu gibi yasal hükümlere bağlı olarak çalışmaktadırlar. Bu nedenle kamu ya da özel kurum ve kuruluşlarda çalışan avukatların serbest avukatlıktan biraz farklı olarak karma bir statülerinin olduğu söylenebilir. Statü yönünden bu farklılık, kamu ve özel kurumlardaki avukatlar için hem bağımsızlık açısından hem de ücret ve özlük hakları bakımından sorunlar doğurmaktadır.

Kamu kurumlarındaki avukatlar arasında, çalıştıkları kurumun idari yapısı içindeki yerleri ve konumları yönünden de farklılıklar vardır. Kurumun idari yapısına göre bakan, müsteşar, başkan, genel müdür, bölge müdürü, il müdürü gibi yöneticilere bağlı olarak çalışmaktadırlar. Bu durum, her bir idari birim bakımından değişik sorunlara yol açmaktadır. Örneğin, bazı kurum yöneticilerinin, kurum avukatlarını diğer memurlar gibi değerlendirdiği görülmektedir. Ayrıca bu avukatların mesleğe alınma, nakil, terfi, disiplin gibi hak, görev, sorumlulukları ve mali/özlük haklarıyla ilgili sıkıntılar konusu farklı tartışma ve sorunlara neden olmaktadır. Bütün bu sorunların giderilmesi için avukatlık mesleğinin bağımsız niteliğine aykırı olmayacak yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır.

Kamu kurumlarında çalışan avukatların hukukçu olmayan kişiler tarafından denetlenmesi ve sicil verilmesi de önemli bir sorundur. Çünkü hukukçu olmayan kişilerin, bir hukukçuyu denetlemesi, denetimin ruhuna uygun düşmemektedir. Çünkü denetleme bir uzmanlığa dayanmalıdır. Bu nedenle Kamu kurumunda çalışan avukatların, hukukçu olmayanlar tarafından denetlenmesi avukatın bağımsızlığını zedeleyen bir durumdur.

Kısaca belirtmek gerekirse; kamu kurumlarında ve şirketlerde çalışan avukatlar, her ne kadar çalıştıkları kurum dışında kimseden emir ve talimat almadan; yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı bağımsız olarak görev yapıyorlarsa da, kurum içinde farklı statülere ve farklı yasalara tabi olarak çalışmak ve kendilerine tevdi edilen dosyaların hepsine bakmak zorunda olmaları, dilediğini reddetme imkânlarının bulunmaması ve terfi, tayin, özlük hakları gibi durumlar, avukatlığın bağımsız niteliği ile bağdaşır değildir.

2.3.2.2) Avukatlığın Kamu Hizmeti Niteliği

Avukatlık bir kamu hizmetidir. Avukatlık Kanununun 1. maddesinde, ‘avukatlığın kamu hizmeti olduğu’ hükmü yer almaktadır. Bu kanun maddesi ilk çıktığında, kamu hizmeti kavramının dar anlamda yorumlanması sonucu ‘avukatlığın kamu hizmeti olduğu" yönündeki hükmün iptali için Anayasa

Mahkemesi'nde bir dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu dava sonucunda; 'kamu hizmetleri kavramının öğreti ve uygulamada gittikçe genişleyen bir kavram olduğu, avukatlık mesleğinin yaptığı işlerin kamu yararı ile olan sıkı ilgisinin, bu işe bir kamu hizmeti niteliği kazandırdığı gerekçesiyle söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin Esas.1969/33,Karar.1971/7,T.21.1.1971)[1038]

Gerçekten avukatlığın kamu hizmeti sayılmasını gerektiren nedenler vardır. Bugün toplumsal hayatta adaletin gerçekleştirilmesi amacıyla yürütülen yargılama faaliyetlerinin bir kamu hizmeti olduğu, herkes tarafından kabul edilen bir gerçektir. Yargılama faaliyetinin içinde ise, hâkimler ve savcılar gibi yargının kurucu unsurlarından olan avukatlar da görev yapmaktadırlar. Yargılama faaliyetinin, birbirinden ayrılması mümkün olmayan iddia-savunma ve karar üçlüsünden meydana geldiği, bağımsız savunmayı avukatların temsil ettiği dikkate alındığında avukatlığın kamu hizmeti olduğunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

2.3.2.3) Avukatlığın Serbest Meslek Niteliği

Avukatlık kanununun 1.maddesi avukatlığı, 'serbest bir meslek' olarak tanımlamıştır. Avukatlığın 'serbest bir meslek' olmasının gereği olarak avukatlar, mesleki faaliyette bulunurken hiçbir kişi veya kurumun baskı ve zorlamasına muhatap olmamalıdır. Avukat, kendisine teklif edilen bir davayı alıp almama konusunda hür ve serbesttir. Avukatın, bir davayı aldıktan sonra her zaman kullanabileceği istifa etme hak ve yetkisine sahip olması, avukatlık mesleğinin 'serbest' niteliğini göstermektedir. Ayrıca avukatların, müvekkillerine yapacakları hukuki yardıma karşılık alacakları ücret miktarını, avukatlık yasasında belirtilen hükümlere uygun olması şartıyla müvekkilleriyle aralarında serbestçe kararlaştırabilmeleri imkânı ve avukatların vergi mükellefi olmaları da bu mesleğin 'serbest' meslek özelliğini göstermektedir.

2.3.3) HUKUKUMUZDA AVUKATLIK MESLEĞİ

Bağımsız savunmayı temsil eden ve yargının kurucu unsurlarından olan avukatlık mesleği, hukuk sisteminde doğru ve adil yargılanmanın temel güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Savunma hakkı gibi kutsal bir hizmetin tam olarak yürütülebilmesi için; avukatın bağımsız olması, mesleğe girişinin ve meslek hayatında ekonomik durumunun mesleğin onuruna yakışır şekilde düzenlenmesi, sosyal güvenceye sahip, emekli maaşının da makul düzeyde olması gerekir. Ancak ne yazık ki, bugün avukatlık mesleğinin bu konularda istenilen düzeyde olmadığını belirtmek zorundayız.

Avukatlık mesleğinin ahlaki boyutu hakkında bilgi sahibi olabilmek, bu konudaki sorunları belirlemek ve çözüm önerilerini ortaya koyabilmek için, hukukumuzda avukatlığa ilişkin hükümleri incelemek gerekmektedir.

[1038] http://www.ankarabarosu.org.tr.

a) Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Mesleği

Avukatlık Kanununun 1. maddesinde; avukatlığın, kamu hizmeti ve bir serbest meslek olduğu, avukatın da, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği ifade edilmiştir. Avukatın, yargının kurucu unsurlarından biri olması ve bağımsız savunmayı temsil ederek adaletin gerçekleşmesinde çok önemli bir işlevi yerine getirmesi doğrudan doğruya ahlaki nitelik taşımaktadır. Avukat, hâkim ve savcı ile birlikte adli bir görevi yürütmekte ve birbirinden ayrılmaz üçlü bir bütünlük oluşturmaktadır. İşte bu nedenle avukatlık mesleğinde etik ilkeler ve mesleki ahlak kuralları ön plana çıkmaktadır.

Avukatlık Kanununun 117. maddesinin 7. bendinde Türkiye Barolar Birliği, 'Adaleti ve mesleği ilgilendiren işler hakkında teklifte bulunmak, uyulması zorunlu meslek (ahlak) kurallarını tespit etmek' ile görevlendirilmiştir. Bu yetkiye dayanarak TBB Genel Kurulu, 08.01.1971 tarihinde bugün yürürlükte olan Avukatlık Meslek Kurallarını kabul etmiştir. Bu durumda Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının dayandığı hukuki metin avukatlık kanunudur.

Avukatlık Kanununun 9. maddesinde "…Mesleğe kabul edilen avukata ruhsatname verilirken, Baro Yönetim Kurulu önünde aşağıdaki şekilde ant içtirilir: Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine ant içerim" hükmü yer almaktadır. Bir avukatın, avukatlık mesleğine ilk başlarken hukuk, ahlak ve insan onuru üzerine yemin etmesi, bu mesleğin ahlaki boyutunu gösteren bir konudur.

Avukatlık Kanunu 34. maddesi; "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." hükmünü içermektedir. Bu maddede avukatların görevlerini ne şekilde yerine getirecekleri konusu dile getirilmiştir ki, bunların hemen tamamı ahlaki kavramlardır.

Avukatlık mesleğinin ahlaki boyutunu gösteren diğer bir madde Avukatlık Kanununun 'sır saklama' başlığını taşıyan 36. maddesidir. Bu maddede 'Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları (sırları) açığa vurmalarının yasak olduğu' belirtilmiştir.

Kanunun 37. maddesinde yer alan 'Avukatın, kendisine teklif olunan işi hiçbir neden göstermeden reddedebileceğine' ilişkin ve yine müteakip 38. maddesinde yer alan 'avukatın, kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görmesi yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varması ya da aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş olması halinde işi reddetmek zorunda olduğuna dair hükümler bu mesleğin ahlaki niteliğini açıkça göstermektedir.

Ayrıca 'Çekişmeli hakları edinme yasağı' başlıklı 47.madde, 'Avukata çıkar karşılığında iş getirme' başlıklı 48.madde ve 'Reklam yasağı' başlıklı 55. madde avukatlık mesleğinin ahlaki boyutunu gösteren önemli hükümlerdir.

b) Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları ve Avukatlık Mesleği

Avukatlık Mesleğinin ahlaki boyutu konusunda bize fikir verecek yazılı metinlerden biri de Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarıdır. Bu kurallar, Türkiye Barolar Birliği'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli 4. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB bülteninde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tamamı 50 maddeden oluşan avukatlık meslek kuralları, uygulama ve yürürlük alanı ile ilgili 49. ve 50. maddeler hariç diğer 48 maddesi meslek ahlakına ilişkin hükümlerden oluşmaktadır ve meslek ahlak kuralları alanında iyi hazırlanmış bir metindir. Bu metinde yer alan 48 madde, avukatların uymak zorunda oldukları genel meslek kurallarını, yargı organları ve adli mercilerle ilişkileri, meslektaşlar arası ilişkileri ve iş sahipleriyle ilişkileri düzenleyen kuralları kapsamaktadır. Bu maddelerden bazılarını daha yakından incelemekte yarar bulunmaktadır.

b.a) Genel Kurallar

"Türk avukatları baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin bağımsızlığı gereğine inanmışlar ve bu konuda kendilerine gerek kişi, gerek kuruluş olarak düşen görevleri başarma kararına varmışlardır." (Madde:1). Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının birinci maddesinde, baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin bağımsızlığından söz edilmesi anlamlıdır. Çünkü savunmanın bağımsızlığı, savunma mesleğini icra eden avukatların bağlı bulunduğu meslek teşkilatının bağımsız olmasıyla yakından ilgilidir.

"Mesleki çalışmasında avukat bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır." (Madde:2). Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı ilkesinin bir gereği olarak avukat, sanığın cübbe giymiş suç ortağı olmaktan sakınmalıdır. Avukat, müvekkilinin her istediğini sınırsız olarak yerine getirmek zorunda olmayıp, hukuki bilgi ve yeteneğini adalet yararına kullanma göreviyle yükümlüdür. Molierac'ın şu sözleri avukatlığın bağımsızlık niteliğini çok çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır.

"Görevimizi yaparken kimseye, ne müvekkile, ne hâkime, hele ne iktidara tabiyiz. Bizim aşağımızda kişilerin varlığı iddiasında değiliz. Fakat hiçbir hiyerarşik üst de tanımıyoruz. En kıdemsizin, en kıdemliden veya isim yapmış olandan farkı yoktur. Avukatlar esir kullanmadılar, fakat efendileri de olmadı." (Molierac)

"Avukat mesleki çalışmasını, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür." (Madde:3). Avukatlık her şeyden önce bir kamu görevidir. Avukat, kamunun avukatlık mesleğine güvenini sarsmayacak şekilde çalışmak zorundadır. Avukatın, sadece yasaya uygun davranması da yetmez. Avukat, davranışlarında hukuka uygunluk ölçüsüne bağlı olmalıdır.

Bu maddede geçen mesleki çalışma kavramından ne anlaşılması gerektiği de önemlidir. Bir avukatın, mesleki çalışmasını, müvekkillerinin davaları veya icra takipleriyle sınırlandırmak ya da sadece avukat-müvekkil ilişkisine indirgemek doğru değildir. Avukatın mesleki görevi kavramını daha geniş düşünmek zorundayız. Ülkemizde hukukçuların geniş olan görevini, bazı yasal nedenlerle hâkim, savcı ve noterlerden çok pratikte avukatlar temsil etmektedir. Hukukçular ve özellikle avukatlar, bulundukları ülkenin demokratik hukuk sisteminin oluşmasından, yargının ve savunmanın bağımsızlığından, insan hak ve

hürriyetlerinin gerçek anlamda yerleşmesinden kendilerini sorumlu hissetmeleri gerekir. Bulundukları ülkede, insan onuruna uygun hukuk ortamı oluşturuluncaya kadar hukukçunun bu mesleki görevi devam edecektir.

"Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür." (Madde 4). Avukatlık meslek itibarının korunması, siyasi ve ideolojik davalarda önem arz etmektedir. Siyasi ve ideolojik görüşleri, davalara yansıtmak, meslek kurallarına aykırılık teşkil eder. Siyasi ve ideolojik davaları, siyasetin ve ideolojilerin dışında tutma ve davaya sadece mesleki açıdan bakma konusunda yargının aktörleri olan hâkim, savcı ve avukatlar müşterek sorumluluk taşımaktadırlar.

"Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır." (Madde:5). Avukat, gerek yazıları ile ve gerekse konuşmalarıyla, iddia ve savunmalarını seviyeli ve tarafsız bir şekilde ifade etmelidir. Adliyelerde duruşma sırasında veya kalemlerde başkalarının yanlış söz ve davranışlarının düzeltilmesi gerektiğinde avukat, mesleğin saygınlığına uygun bir davranış sergilemesi, gerekli ikazlarını kabul edilebilir bir üslup içinde yapmalı, bundan sonuç alamadığı takdirde yasal yollara başvurmalıdır. Bunun aksine davranış, meslek kurallarına aykırı olacaktır.

"Avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır." (Madde 6). Avukat, takip etmekte olduğu davaların sadece hukuki yönüyle ilgili olmalıdır. Avukatın davayı benimsemesiyle davada taraf konumuna girmesi arasında fark vardır. Avukat, müvekkillerinin kin ve taşkınlıklarına alet olmamalıdır.

"Avukat salt ün kazandırmağa yönelen her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır… Avukat, kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir." (Madde:7-8). TBB Meslek Kurallarının 7. ve 8. maddelerinde avukatlıkta reklam yasağı düzenlenmiştir. Reklamın amacı, çeşitli meslek mensuplarının yaptığı iş veya hizmetlerin kaliteli olduğunu vurgulamak suretiyle müşterilerin kendi lehine karar vermesini sağlamaktır. Avukatlıkta, hizmet alan kesimin yoğun bir reklamın etkisiyle farklı tercihlerde bulunması, avukatların baskı altında kalmasına, bu da rekabeti artırarak meslek ahlak kurallarının ihlal edilmesine yol açabilir. Avukatlık serbest meslek olduğundan bunun sonucu olarak reklam yapılmasının doğal olabileceği akla gelebilirse de, avukatlık aynı zamanda bir kamu hizmeti olduğundan, bir reklam yarışının sadece avukata değil, yargı ve adaletin itibarına da zarar vereceği muhakkaktır.

Bu maddelerdeki reklam yasağı, Avukatlık Kanununun 55. maddesinin meslek kurallarına yansımasıdır. Başka bir deyişle reklam yasağının yasal dayanağı avukatlık kanununun 55. maddesidir. Bu maddede; 'avukatların, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmalarının yasak olduğu' hükme bağlanmıştır. TBB Disiplin Kurulu Kararlarında da bu reklam yasağı üzerinde önemle durulmuştur. Bu kararlardan bir kaçının özetini örnek olarak aşağıda sunuyoruz.

*Avukatlık mesleğinde emekli hâkim sıfatının kullanılması, insanlar üzerinde o kişinin diğer avukatlardan daha bilgili ve tecrübeli olduğu izlenimi verebileceğinden doğru görülmemiştir. (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

*Bir avukatın, bastırdığı takvimde avukat unvanıyla birlikte 'bir ilin eski belediye başkanı' sıfatını kullanması, avukatlık yasasının 55.maddesine ve meslek kurallarının 7.ve 8.maddelerine aykırı bulunmuştur. (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

*Bir avukatın, internet sitesinde Web sayfası açarak, 'yurt içindeki hukuki hizmetlerinin yanında Avrupa Birliği ülkelerinde de belirli hukuk dallarında yüksek nitelikli üstün hukuki hizmetler sunmakta olduğunu, belirli alanlarda uzman olduğunu beyan etmesi' diğer avukatlara üstünlük sağlama amacını gösteren bir davranış olup reklam niteliğinde görülmüştür. (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

*Bir avukatın, kartvizitinde 'ceza davaları avukatı' ibaresini kullanması reklam niteliğinde görülmüştür. (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

b.b) Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler

"Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır." (Madde:17). Hukuk Fakültelerinde birlikte okuyan ve aynı hukuk eğitimini alan insanların, meslek hayatında hâkim, savcı ve avukat olarak görev yaptıkları sırada, aralarında nasıl bir ilişki olacaktır? Avukat, mahkemeye karşı saygılı davranmalıdır. Ancak bu saygı, karşılıklı olmalıdır. Avukat, hâkimlere ve diğer resmi makamlara karşı saygılı davranırken, aynı saygıyı onlardan da bekler.

Şüphesiz ki, avukatların hâkim ve savcılarla iletişim ve arkadaşlık kurmasının yasak olduğu söylenemez. Ancak burada söz konusu olan, sadece meslek ahlakına aykırı durumlara neden olacak veya bu izlenimi verecek ilişkiden kaçınmaktır. Bu konuda tarafların sadece iyi niyetli olmaları yeterli olmayıp dışarıdan bakıldığında yanlış izlenim uyandıran davranışlardan da sakınmaları gerekmektedir. Bu ilişkiler, dışarıdan bakan insanların farklı algılamasına neden olmamalıdır. Ancak bu hassasiyeti, aşırı noktalara götürmemek gerekir. Bir hukukçu öncelikle kendisine güvenmeli, çevresine de güven vermelidir. Kendine güvenen, çevresine güven veren, özgür hukuk adamlarının sayısının artması halinde bu tür sorunların ortadan kalkacağı muhakkaktır.

Adalet hizmetini yürütmek gibi bir sorumluluğu üstlenen insanların, meslektaşlarıyla aralarında belirli bir mesafe bırakmaları doğaldır. Ancak buradaki mesafe, dikey (aşağı ile yukarı arasındaki) mesafe değil, yatay (aynı zemin üzerindeki) mesafedir. Yargının; iddia, savunma ve karardan oluşan üçlü sacayağı arasındaki mesafenin eşit olması, hem adaletin hem de denge kuralının bir gereğidir. Ancak üçlü sacayağının diğer iki unsuru olan hâkim ve savcılar arasında bu mesafenin bulunmadığı durumlarda bu dengenin baştan bozulduğunu söyleyebiliriz.

"Avukat savunma için zorunlu olmadıkça davanın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınır." (Madde:22). Hangi istek ve taleplerin, dava için zorunlu olup olmadığı ve davanın uzaması amacına yönelik yapılıp yapılmadığı bu maddede açıkça belirlenmemiş olmakla beraber, bunun tespiti zor bir durum değildir. Avukat,

üzerine aldığı hukuki yardım işini, yasalar çerçevesinde, mesleğinin gerektirdiği güvene uygun bir şekilde ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nedenle avukat, mesleğe yakışmayan tutumlardan kaçınmak, görevinin gerektirdiği doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorundadır.

"Avukatlık, doğruluk karinesinden yararlanan mesleklerden olduğundan, avukatların kolektif inancı sarsacak davranışlardan kaçınmaları gerekir. Takip etmekte olduğu davanın uzaması amacıyla, başka bir yer mahkemesinde duruşması veya keşfi olmadığı halde, varmış gibi beyan ederek gerçeğe aykırı bir şekilde mahkemeye mazeret dilekçesi vermek, gereksiz yere davanın uzamasına neden olacağı ve yargı organları nezdinde avukatlık mesleğine güveni zedeleyecek bir davranış olduğundan meslek kurallarına aykırıdır." (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

"Avukat ilerde tanık olarak dinlenecek kimselerden istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez" (Madde:24). Sadece tanıklara talimat vermek değil, aynı zamanda tanıkları etkilediği şüphesi altına düşmek de meslek kurallarına ve yargının menfaatine aykırıdır.

"Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur." (Madde:25). Avukat, adliye personeli ile ilişkilerinde, mesleğin onuruna uygun olmayan davranıştan kaçınmalıdır. Onlarla ciddiyetten uzak ve laubali davranışlar içine girmesi, işlerini daha çabuk yaptırmak için menfaat ilişkisinde bulunması asla doğru değildir.

b.c) Meslektaşlar Arası Dayanışma ve İlişkiler

"Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtemez…" (Madde:27)**.**

*Bir avukatın, duruşma sırasında karşı taraf avukatı hakkında, onu küçük düşüren ve iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgili olmayan sözleri meslek kurallarına aykırıdır. (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

*Avukatlar, birbirleriyle olan ilişkilerinde, avukatlık mesleğinin gerektirdiği doğruluk, zarafet, nezaket ve meslektaş ruhuna uygun tutum ve davranış içerisinde bulunmak zorundadırlar. Meslek-taşını küçük düşürücü bir beyan, meslek kurallarına uygun olmadığı gibi, avukatlık unvanına uygun bir davranış olarak görülemez. (TBB Disiplin Kurulu)

*Bir avukatın, dava nedeniyle verdiği bir dilekçede, meslektaşını kastederek sarf ettiği sözler, Ceza Yasasına göre suç oluşturmasa da, bu sözler savunma sınırları içinde mütalaa edilemeyeceğinden meslek kurallarına aykırı olması nedeniyle disiplin cezası gerektirir. (TBB Disiplin Kurulu)

b.d) İş Sahipleriyle İlişkiler

"Avukat müvekkiline davanın sonucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtir." (Madde:34). Avukatın yapacağı iş, hukuki yardımdır. Davanın sonucu hakkında kesin teminat vermesi asla doğru değildir. Teminat vermemek şartıyla davanın, ne şekilde sonuçlanabileceği konusunda görüşünü belirtebilir. Müvekkile, dava dosyasının muhtevasına uygun olmayan abartılı beyanlarda bulunmak, kabulü mümkün olmayan bir davranıştır.

Bir davayı mutlaka kendisi alabilmek için müşterilerine, davanın sonucu ile ilgili, davanın kazanılması teminatı veren avukatların olduğuna dair haberler bulunmaktadır. Avukatlar bu tür beyanlardan kaçınmalıdır. Barolar da, davanın sonucu ile ilgili kesin teminat veren avukatları yakinen takip edip otokontrol sistemini uygulamalıdır. Bu tür beyanlar, sadece bu teminatı veren avukata değil, tüm avukat camiasına ve hukuk mesleğine zarar vermektedir. Çünkü bir avukatın, davanın sonucu ile ilgili vermiş olduğu teminata rağmen mahkemeden aksine karar çıktığında, bunun faturası bütün avukatlara çıkmaktadır.

"Avukat aynı davada birinin savunması öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekâletini kabul etmez. Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. Ortak büroda çalışan avukatlar da, yararları çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar." (Madde:35-36). Avukat, bir davada, menfaatleri birbirine zıt olan iki veya daha fazla kişiye avukatlık yapamaz. Menfaat çatışması söz konusu olduğunda, aynı davada, birden fazla kişiyi temsil etmekten vazgeçmelidir. Aksi halde avukatlık mesleğine olan güvenin zedelenmesi söz konusu olabilecektir. Avukat, bir davada menfaatleri zıt olan birden fazla tarafa hukuki yardımda bulunamaz.

Avukatlık kanununun 38/b maddesi ve meslek kurallarının 36.maddesine göre, bir avukat, aynı davada menfaati zıt olan tarafın avukatlığını yapmış veya ona dilekçe düzenlemiş ise, o avukatın teklif edilen davayı reddetmek zorunluluğu varken, buna uymaması yasaya ve meslek kurallarına aykırılık teşkil eder. (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

"Avukat, meslek sırrı ile bağlıdır." (Madde:37). Bu kurala göre avukatların, takip ettikleri davalar ve barolardaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları açıklamaları yasaktır. Bir konunun 'avukatlık sırrı' sayılabilmesi için öncelikle mesleği nedeniyle öğrenilmiş bir bilgi olması gerekir. Bu sır, herhangi bir mesleki ve ticari sır olabilir. Avukatlık sırrı ile suçu ihbar zorunluluğu çatıştığında nasıl davranılacaktır? Avukatlık kanunundaki sır saklama yasağı kesin olup, kanunda sır olup da aynı zamanda suç teşkil eden konular istisna edilmemiştir.

"Avukat kendisine teklif edilen işi gerekçe göstermeden de reddedebilir. Takdirine esas olan nedenleri açıklamak zorunda bırakılamaz. Avukat zamanının ve yeteneklerinin erişemediği bir işi kabul etmez." (Madde:38). Bu kurala göre avukat, bir kişinin davasını üstlenip üstlenmeyeceği konusunda serbestçe karar verme hakkına sahiptir. İşi reddederken gerekçe göstermesine de gerek bulunmamaktadır. Avukat, elindeki mevcut işlerinin yoğunluğunu dikkate alarak, zamanında yerine getiremeyeceğine inandığı işler için vekâleti kabul etmeme hakkını kullanabilir.

"Avukat baktığı davada görevini savsayarak, ya da kötüye kullanarak, müvekkili zararına kendisine bir yarar sağlayamaz." (Madde:41). Bu kural, avukatlık kanununun 34. maddesinde ifade edilen avukatın özen görevi ile ilgilidir. Buna göre avukat, üstlendiği görevi, mesleğin kutsallığına yakışır bir şekilde özen ve doğruluk içinde yerine getirmek, müvekkiline zarar verecek kasıt ve kusurlu tutumdan kaçınmak zorundadır.

Avukatın, vekâletnamede yetki bulunsa bile, müvekkilinden talimat almadan davadaki talepten kısmen veya tamamen vazgeçmesi mümkün değildir. (TBB Disiplin Kurulu Kararı) Avukatın, alacaklısı bulunduğu senede dayalı olarak, doğrudan bizzat kendi adına icra takibi yapmak yerine, borçludan vekâlet ücreti de alabilmek için, senedi bir başka kişiye ciro edip o kişiye vekâleten icra takibi yapması, avukatlık onuru ve meslek kurallarına aykırıdır. (TBB Disiplin Kurulu Kararı)

"Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazıyla bildirilir." (Madde:43). Müvekkil adına tahsil edilen paralar veya diğer değerler geciktirilmeden makul süre içinde müvekkile duyurulur ve verilir. Avukatın, yapmış olduğu işin hesabını müvekkiline vermemesi, onun adına tahsil ettiği para veya diğer değerleri makul süre içinde teslim etmeyerek kullanması, meslek kurallarına aykırıdır.

"Adli Müzaheretle görülen işler, başkaca işlere gösterilen özenle yürütülür" (Madde:46). Avukat, adli yardımdan yararlanan müvekkili ile ilgili görevini de diğer işler gibi titizlikle ve özenle yerine getirmelidir. Bilindiği üzere, adli yardımın gayesi, insanların savunma, hak arama ve adil yargılanma hakkını kullanırken, vekâlet ücreti ve mahkeme masraflarını karşılayamayacak durumda olanların da avukatlık hizmetlerinden eşit olarak yararlanmasını sağlamaktır.

Bazı avukatların, adli yardım ve zorunlu müdafilik gibi işleri yeterli özen ve titizlik göstermeden sırf usulen takip etmeleri, mesleğin etik ilkelerine uygun düşmemektedir. Ancak ücretleri bakanlık tarafından önceden maktu olarak belirlenen bu işlerin ücretlerinin makul düzeyde olması gerekir.

2.3.4) ULUSLAR ARASI BELGELERDE AVUKATLIK MESLEĞİ

Avukatlık mesleğinin, hukuk sistemi içindeki işlevlerini tam olarak yerine getirebilmesi amacıyla ulusal düzeyde mevzuat hükümleri bulunduğu gibi uluslar arası çapta da temel ilke ve belgelerin var olduğunu görüyoruz.

a) Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeler Bildirgesi (Havana Kuralları)

Avukatların, görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlama ve geliştirme konusunda BM'ye üye devletlerin hukuk sistemine yardımcı olmak; hâkimler, savcılar, yürütme ve yasama organı men-supları ve genel olarak bütün halkın dikkatine sunulmak üzere BM tarafından 7 Eylül 1990 tarihinde 'Avukatların Rolüne dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) Bildirgesi' yayınlanmıştır.[1039]

[1039] Bu bildirge, Doç. Dr. Osman Doğru tarafından tercüme edilmiştir.

BM. Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler Bildirgesi'nde yer alan hükümler şöyle özetlenebilir:

a.a) Avukata ve Adli Hizmetlere Ulaşma: Herkes, haklarının varlığını tespit ettirmek, korumak ve mahkemelerin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir. Hükümetler, hiçbir ayrım yapmadan insanların bu ihtiyaçlarına karşılık verebilecek mekanizmaları kurmalıdır. Yoksullara ve mahrumiyet içinde bulunan kimselere adli hizmet verilmesi için yeterli mali kaynaklar sağlamalı ve bu konuda halkı aydınlatmalıdır.

a.b) Ceza Adaleti İle İlgili Konularda Özel Koruyucular: Hükümetler, hakkında suç isnadı bulunsun veya bulunmasın, gözaltına alınan veya tutulan herkese hemen ve her ne olursa olsun gözaltına alınmasından veya tutulmasından itibaren kırk sekiz saat geçmeden avukata ulaşma hakkı, sansüre uğramadan tam bir gizlilik içinde onunla görüşebilmesi için yeterli imkânlar, zaman ve kolaylıklar sağlar. Kanun adamları görüşmeleri gözle izleyebilir fakat dinleyemez.

a.c) Avukatların Nitelikleri ve Eğitimi: Hükümetler, öğretim kurumları ve avukatlık meslek örgütleri, avukatların gereği gibi eğitim ve öğrenim almalarını ve avukatlık mesleğinin amaçlarına ve ahlak kurallarına vakıf olmalarını, hukuk mesleğine girişte ve mesleğin icrasında kimseye karşı hiçbir ayrımcılık yapılmamasını sağlamalıdır.

a.d) Avukatların Görev ve Sorumlulukları: Avukatlar, adalet dağıtımında temel bir unsur olarak, her zaman mesleklerinin şeref ve itibarını korurlar. Avukatlar, müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin gerçekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ve temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar ve hukuka ve hukukçuluk mesleğinin kabul görmüş standartlarına ve ahlaki kurallarına uygun biçimde serbestçe ve özenle hareket ederler.

a.e) Avukatlık Faaliyetinin Güvenceleri: Devletler; avukatların, hiç bir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahaleyle karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini, kabul görmüş mesleki ahlak kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette bulundukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka tür yaptırım ve tehditle karşılaşmamalarını sağlar. Tehdit edildiği takdirde, yetkili makamlar tarafından gerekli bir biçimde korunurlar. Avukatlar, adli veya idari bir makam önünde mesleki nedenlerle bulundukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü beyanlardan ötürü hukuki ve cezai muafiyetten yararlanır. Kamu makamları; avukatların, müvekkillerine etkili bir hukuki yardım verebilmelerini sağlayacak yeterli en kısa bir sürede, dosyaları, gerekli bilgileri ve belgeleri onlara temin etmekle görevlidir.

a.f) İfade ve Teşkilatlanma Hürriyeti: Avukatlar özellikle, hukukla, adalet sistemiyle ve insan haklarının geliştirilmesi ve korunması ile ilgili konularda kamusal tartışmalara katılma ve faaliyetleri veya yasal bir örgüte mensup olmaları nedeniyle mesleki kısıtlamalara maruz kalmaksızın, yerel, ulusal veya uluslararası örgütler kurma veya bunlara mensup olma ve bunların toplantılarına katılma hakkına sahiptir.

a.g) Avukatların Meslek Kuruluşları: Avukatlar kendi menfaatlerini temsil etmek, süreklilik taşıyan mesleki eğitim ve öğretimlerini geliştirmek ve mesleki

onurlarını korumak için bağımsız meslek kuruluşları kurma ve bunlara katılma hakkına sahiptir.

a.h) Avukatların Disiplin İşlemleri: Avukatlar hakkındaki disiplin işlemleri, meslek teşkilatı tarafından kurulan bağımsız bir disiplin komitesi, bağımsız bir kanuni makam veya bir mahkeme önüne getirilir ve bu işlemler bağımsız yargısal denetime tabidir. Bütün disiplin işlemleri, mesleki davranış kurallarına ve diğer kabul görmüş mesleki standartları ile hukuk mesleğinin ahlak kurallarına uygun olarak ve bu prensipler ışığında karara bağlanır.

b) Avrupa Konseyi'nin 'Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Hürriyetler' Hakkında 9 Nolu Tavsiye Kararı

Avukatlık mesleğiyle ilgili uluslar arası ikinci belge, Avrupa Konseyi'nin 9 nolu tavsiye kararıdır.

Bu tavsiye kararında belirlenen ve 6 prensipten oluşan esaslar; devletlerin, avukatların toplumdaki görevlerini geliştirmek ve güvence altına almak amacıyla yürüttükleri hizmete yardımcı olmak için hazırlanmıştır. Avrupa Konseyi'nin 9 Nolu Tavsiye Kararı;

b.a) Adalet sisteminin tarafsız ve adil uygulanması ve insan hakları ve temel hürriyetlerinin etkin korunmasının, hem yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına hem de avukatların hürriyetine bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Avukatların ücretleri ve hizmetlerinin karşılığı hakkında, onları düzenleyen mevzuatın hukuk hizmetlerinin halka makul şartlarda sunulmasını temin etmesi gerektiğini ve avukatların mesleklerinde özgür olabilmeleri için makul bir hayat standardını elde edebilecek kadar kazanmalarının şart olduğunu belirtir.

b.b) Avukatlar için yeterli hukuk eğitiminin sağlanması ve onların hukuk mesleğine girişlerinin düzenlenmesi için devletler tarafından uygulanması gereken önemli kurallar içerir. Hukuk eğitimi, teknik yeterliğe ek olarak, hukuk mesleğinin yapısında var olan ahlaki standartların bilincini ve AİHS'de bulunan insan haklarını ve temel hürriyetleri geliştirmek amacıyla düzenlenmelidir.

b.c) Her kişi ya da kişi grubuna, hak ve menfaatlerini savunmak veya ileri sürmek için bir avukatın yardımına başvurma hakkı tanınmıştır ve bunu dürüstlük ve özgürlükten ayrılmadan mümkün olan en iyi şekilde yapmak avukatın ödevidir. Bu nedenle tavsiye; avukatların, müvekkille-rinin kanundan doğan hak ve menfaatlerini savunurken özgür, dikkatli ve adil olmasını temin etmek amacıyla barolarca düzenlenen mesleki standartların davranış kurallarının önemini belirtmektedir.

b.d) Avukatın mesleğiyle ilgili haklarını kullanma özgürlüğü ile bağlantılı olarak avukatların, hizmetlerini toplumun her kesimine ulaşılabilir hale getirmeleri ve bireylerin medeni ve siyasi haklarını da koruyarak adaletin sağlanmasına yardımcı olmaları gerekir.

b.e) Avukatların haklarını ileri sürebilen, eğitimlerini ve stajlarını geliştirebilen ve mesleki dürüstlüklerini koruyabilen, yasal, bağımsız ve özerk bir mesleki birliği (baro) her yargı bölgesinde kurma ihtiyacını ortaya koyar. Ayrıca, bu mesleki birliklerin yürütme organlarının, dış müdahalesi olmadan görevlerini yerine getirmeleri amacıyla, kendi üyelerini seçmesinin yerinde olacağını vurgular. Hukuk

devleti ilkesi üzerine kurulmuş devletlerde, avukatlar ve barolar özellikle devletten ve ekonomik baskı gruplarından bağımsız ise mesleki görevlerini tam olarak yerine getirebilirler.

b.f) Baroların, avukatlar için özgürce mesleki davranış kuralları oluşturma ve uygulama ihtiyaçlarına değinir. Avukatlar tarafından mesleki davranış kurallarında oluşturulan mesleki standartlara riayetsizlik durumunda, Baroların onlara karşı disiplin ile ilgili işlemlere karar verme ve uygulama konusunda özel yetkilerinin var olduğunu belirtir. Teşkilatlı bir hukuk mesleğinin varlığı hukuk devleti ilkesinin sürdürülmesi için olduğu kadar insan haklarının korunması için de gereklidir.

c) Avrupa Konseyi Budapeşte Toplantısı Sonuç Bildirgesi

Avukatlık mesleği ile ilgili uluslar arası bir belge de Avrupa Konseyi Budapeşte Toplantısı Sonuç Bildirgesidir. Avrupa Konseyi tarafından Macaristan Barolar Birliği, Avrupa Topluluğu Barolar ve Hukuk Kurumları Konseyi ile birlikte avukatlık mesleği hakkında 9-11 Aralık 1997 tarihlerinde Budapeşte'de düzenlenen çok taraflı toplantının sonuç kısmında, avukatlık mesleğinin yapısı ve icrası ile ilgili bölümde şu konular belirtilmiştir. Bütün toplumlardaki avukatlar aşağıdaki genel ilkeler ile bağlıdırlar: c.a) Özgürlük, c.b) Ahlaki dürüstlük, c.c) Mahremiyet, c.d) Ahlaki kurallara uymak, c.e) Menfaatlerin çatışmasından kaçınmak, c.f) Görevlerini başarıyla yerine getirmelerine engel olacak faaliyetlerden, reklam ve kişisel tanıtımdan kaçınmak."[1040]

2.3.5) TÜRKİYE'DE AVUKATLIK MESLEĞİ VE SORUNLARI

Türkiye'de hukuk mesleği ve onun bir bölümü olan avukatlık mesleği, şimdiye kadar sosyolojik bir incelemeye konu olmamıştır. Hâlbuki batılı sosyolog ve düşünürler tarafından profesyonel meslekler grubuna giren hukuk mesleği ve avukatlıkla ilgili çok ciddi araştırmalar yapılmış, kuramlar ortaya konulmuştur. Ancak batılı düşünürler sadece kendi ülkelerindeki hukuk meslekleri konusunda araştırma yapmışlar, Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerle pek ilgilenmemişlerdir. Genel olarak bütün ülkelerdeki hukuk mesleklerinin ortak sosyolojik yanları olmakla birlikte ülkeden ülkeye önemli farklılıkların olması da doğaldır. Batılı sosyolog ve düşünürlerin kendi ülkelerindeki hukuk meslekleriyle ilgili yaptıkları incelemeler ve ortaya koydukları kuramlardan yararlanma gereğini kabul etmekle birlikte, farklı sosyal ve kültürel özelliklere sahip ülkemizde hukuk mesleği ve onun bir bölümü olan avukatlık mesleği hakkında özgün sosyolojik çalışmalar pek bulunmamaktadır. Bu nedenle ülkemizde hukuk mesleği ile ilgili yapılan ya da yapılacak olan sosyolojik araştırma ve çalışmaların büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. Hukukçu ve sosyologlarımıza bu konuda önemli görevler düşmektedir. Türkiye'de bu konuda ilk araştırma, 1992 yılında ve gelişmiş büyük bir il olarak İstanbul, gelişmekte olan il olarak da Sivas illeri esas alınarak yapılmıştır. Bu araştırma sonuçlarını kısa başlıklar halinde şöyle sıralayabiliriz:

[1040] Avrupa Konseyi'nin 9-11 Aralık 1997 Tarihli Budapeşte Toplantısı Sonuç Bildirgesi.

*Avukatların yaklaşık % 90'ı devlete ait düz liseden mezun olmuşlardır.

*Avukatlar, toplumun daha çok alt ve orta sınıfından gelmektedirler.

*Avukatların mezun oldukları fakültelere bakıldığında İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri ilk sıralarda yer almaktadır.

*Yapılan araştırmada, avukatların büyük bir çoğunluğunun hukuk fakültesini bilinçli bir şekilde tercih ettikleri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, avukatlık mesleğini, bu meslekte çalışmak isteyen kişilerin mesleği olduğu söylenebilir.[1041] Bu araştırmanın diğer sonuçlarını şöyle özetleyebiliriz:

a) Meslekte Branşlaşma: Hukuk Fakültelerindeki eğitim öğretim sırasında belirli uzmanlık alanları olmadığından, avukatlıkta ya da hukuk mesleğinin diğer alanlarında uzmanlaşmanın yolu, üniversitelerde ya yüksek lisans ya da doktora yapmaktır. Kısmen bu yolla uzmanlaşan avukatlar olduğu gibi bugün çoğunlukla uygulamada avukatlık mesleğini sürdüren avukatların, hukuk davaları, ceza davaları, icra işleri ve idari davalar gibi sadece belirli konu ve alanlara ilişkin davalara bakarak kendilerini bu alanlarda uzmanlaşmaya yönlendirdikleri görülmektedir.

b) Avukatların Ortak Çalışması: Avukatların yaklaşık yarısı, bürolarında tek avukat olarak çalışmaktadırlar. Diğer yarısının da, bürolarında birden çok avukatla birlikte çalışmakta oldukları anlaşılmaktadır. Söz konusu araştırma, avukatlar arasında ortak çalışma yönünde bir istek ve eğilim olduğunu, avukatların çoğunluğunun özellikle büyük illerde şirket halinde ve ortak olarak çalıştıklarını göstermiştir.

Avukatların şirket halinde veya ortak olarak çalışmalarının yararlarından biri, özellikle önemli davalarda avukatların birbirine yardım etme imkânı olmasıdır. Şirket halinde ya da ortak olarak çalışılan bürolarda birden çok avukat olacağından avukatların, doğal olarak kendi aralarında branşlaşmaya gitmeleri söz konusu olmaktadır. Hatta insanların, tek çalışanlara göre birden çok avukatın ortak çalıştığı bürolara daha çok güven duyabileceğini belirtmek gerekir. Diğer yandan büro için kira, personel ücreti ve sair masrafların daha az olacağı söylenebilir.

c) Hukuk Eğitimine Bakış: Hukuk mesleğinde fakülte ve sonrasında alınan hukuk eğitimi, adalet hizmetlerinin kalitesiyle yakından ilgilidir. Bir mesleğin kaliteli olarak yapılması ise, halk arasındaki itibar kazanmasında önemli bir etkendir. Bu nedenle avukatların, içinden geçtikleri eğitim sistemleri hakkında ne düşündükleri mesleğin geleceği açısından önem taşımaktadır. Avukatların yaklaşık % 95 gibi büyük bir çoğunluğu, bugünkü hukuk eğitimini kaliteli ve yeterli bulmamaktadır. Avukatların, hukuk eğitimi konusundaki şikâyetlerinin başında; öğrenci sayısının çok olması ve fakülte ders programları gelmektedir. Genel olarak ifade edilecek olursa, hukuk fakültesi öğrencileri açısından dersler sayı olarak fazla olup bazıları gereksiz görülmektedir.

Hukuk eğitimi konusunda en çok dile getirilen sorunlardan birisi de fakültelerdeki öğretim elemanlarının sayı olarak az ve bilimsel yeterlilik açısından tartışılabilir bir durumda olmasıdır. Mevcut öğretim elemanları, öğrenci sayısının

[1041] Prof.Dr. Zafer Cinhirlioğlu, Türkiye'de Hukuk Mesleği.

çok olması karşısında yetersiz kalmaktadır. Böyle olunca hoca-öğrenci arasında yakın ve entelektüel bir ilişkinin kurulması mümkün olmamaktadır.

d) Avukatlık Stajı: Avukatların çoğunluğu, staj dönemi eğitiminden memnun değildir. Avukatlık stajının, çoğunlukla sadece şeklen yapıldığı, amacına uygun olmadığını düşünmektedirler. Bunlara göre, avukatlığın uygulamaya yönelik tarafını öğrenebilmek için staj eğitimine önem verilmelidir. Avukatların büyük bir bölümü, staj döneminde mahkemelerde ilgi görmediklerini, hem mahkemelerde hem de avukat bürolarında stajyerlerin denetlenmediğini ifade etmektedirler. Özellikle büyük illerde bazı avukatlar, yanında staj yapan stajyeri, kendisine bitirme belgesini verirken tanımaktadır. Staj döneminin, bir anlamda yasal formalitenin yerine getirilmesi gibi görüldüğü söylenebilir. Hâlbuki hukuk fakültelerinde hukuk eğitiminde görülen uygulamaya yönelik eksikliğin bu staj döneminde giderilmesi söz konusu olabilir.

e) Avukatlığa Giriş Sınavı: Ülkemizde en kolay giriş yapılan meslek, avukatlık mesleğidir, denilebilir. Avukatlık mesleğine sınavsız giriş yapılabildiğinden, hukuk fakültesini bitiren ve avukatlık stajını tamamlayan kişilerden, gerçekten avukatlık yapmak isteyenlerden ayrı olarak hukuk mesleğinin diğer bölümlerini kazanamayanlar da avukatlığa girmektedir. Özellikle son yıllarda mesleğe giriş yapanların sayısı arttıkça Türkiye genelinde ihtiyaçtan fazla bir sayıya ulaştığı görülmektedir. Böyle olunca avukatlar arasında haksız rekabet gibi meslek ahlak kurallarından sapmalar olmaktadır. Bu yüzden mesleğe girişin zorunlu bir sınavla yapılması tartışılmaktadır. Araştırma sonucuna göre pek çok avukat, zorunlu giriş sınavının avantajları olmakla birlikte sakıncalarının da olduğunu belirtmiştir. Sınavın sakıncalarının olduğunu düşünenlerin, bu sınavın objektif ölçütlere göre yapılmayacağı kaygısı taşıdığından bu görüşe sahip olduğu söylenebilir.

Sınavın olumlu sonuçlar vermesi, büyük ölçüde sınavın kim tarafından ve nasıl yapacağına bağlı olacaktır. Kurulacak olan komisyonların kendi yandaşlarını kazandırıp diğerlerini kazandırmamak gibi bir yola gidilmesi günümüz şartlarında her zaman mümkündür. Adaletli bir sınav sistem ve yöntemi bulunmadığı takdirde avukatların çoğunluğu böyle bir sınavın hiç olmamasını daha uygun görmektedirler. Bunun nedeni, sınavın kötüye kullanılabileceği kaygısıdır. Oysa tamamen objektif ölçütlerin yer aldığı bir sınav sistemine kimsenin itiraz etmeyeceği açıktır.

f) Avukatlıkta Zaman Kaybı: Araştırmaya göre, avukatların, mesleki alanda zamanlarının büyük bir bölümünü müvekkillerine ayırdıkları, istisnalar dışında, kendilerine hukuki bir konuyu danışan kişilerden danışma ücreti almadıkları, dolayısıyla gelen müşteriye uzunca bir süreyi boş yere harcadıkları anlaşılmaktadır. Diğer yandan, mahkemelerde genellikle duruşmaların saatlerine uyulmadığından, avukatlar erken saatlerde adliyeye gidip uzun süre duruşmanın kendilerine gelmesini beklemektedirler. Bu da avukatların zamanının büyük bir kısmının mahkeme salonlarında sıra bekleyerek geçtiğini göstermektedir. Bu koşuşturmalar ve zaman kaybı nedeniyle avukatlar, diğer mesleki çalışmalara ve meslektaşlar arası ilişkilere yeterli ölçüde zaman ayıramamaktadırlar. Meslektaşlarıyla daha çok mahkeme salonlarında duruşma sırası beklerken görüşebilmektedirler. Kısacası, avukatlar zamanlarının büyük bir kısmını kendi kontrolleri dışında geçirmekte, bu

nedenle mesleki işlerini planlı biçimde yapamamakta ve deyiş yerindeyse günü birlik çalışmaktadırlar.

g) Gelir Düzeyi Konusu: Avukatlar, yoğun çalışmalarının karşılığını tam olarak alamamaktadırlar. Yapılan araştırmada bu konuda avukatlara sorulan sorulara; genellikle bu meslekte yeteri kadar para kazanamadıkları, bir kısmının iyi para kazandıkları, diğer bir kısmının ise, maddi açıdan çok zor durumda bulunan avukatların olduğu yönünde cevap verdikleri anlaşılmaktadır. Toplumda belirli bir konuma ve saygınlığa sahip hukuk mesleği mensuplarının batı ülkelerindeki gelir düzeyleri dikkate alındığında, Türkiye'de hukuk mesleğinin önemli bir bölümünü oluşturan avukatların genel olarak iyi para kazanamadıkları, belirli bir hayat standardı yakalamak için başka işlerle de uğraşmak zorunda kaldıkları söylenebilir.

h) Baroların İşlevleri: Mesleklerle ilgili bölümde belirtildiği gibi avukatlık gibi profesyonel mesleklerin en önemli özelliklerinden birisi de üyelerinin bir mesleki kuruluş etrafında toplanmış olmalarıdır. Genel olarak bu tür mesleki kuruluşların görevi, üyelerinin menfaatlerini korumak, meslek içi dayanışmayı sağlamak, mesleğin geleceğini güvence altına almaya çalışmak ve meslek içi kontrol/denetim işlevini yerine getirmektir. Acaba barolar bu işlevleri tam olarak yerine getirebiliyorlar mı?

Avukatlar arasında ortak görüş; baroların, bütün mensuplarının eğilimlerini dikkate almadığı ve herkesin katılabileceği türden toplantılar düzenlemediği, yapılan etkinliklerin de dar çerçevede gerçekleştiğidir. Mesleki, sosyal ve kültürel etkinliklere katılımın az olduğu görülmektedir. Genel olarak avukatların baro yönetimlerinde görev alma isteği oldukça yaygındır. Avukatlar sadece yönetilmek değil, yönetim sürecine de katılmak istemektedirler. Avukatların büyük çoğunluğu, baroların yeteri kadar çalışmadığını düşünmektedirler. Onlara göre barolar, üyelerine olması gereken düzeyde hizmet sunamamakta, bu konudaki yakınmalarını üyeler her zaman dile getirmektedirler.[1042]

2.4) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK NOTERLER

2.4.1) NOTERLİK MESLEĞİNİN TANIMI VE NİTELİĞİ

Noterlik, hukuk mesleğinin dört ayrı bölümünden biridir. Latince bir kelime olan noter, yazıcı anlamına gelmektedir. Eski hukukumuzdaki adı 'kâtibi adil'dir. Anlamı da 'adil yazıcı' demektir. Türk hukukunda uzun bir geçmişe sahip olan noterlik mesleği, Noterlik Kanunu'nda tanımlanmıştır. Noterlik Kanunun 1. maddesinde;

"Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar." (Noterlik Kanunu, madde:1) denilmektedir. Görüldüğü gibi Noterlik Kanunu'nda, noterliğin bir kamu hizmeti olduğu belirtildikten sonra noterlerin, hukuki güvenliği sağlamak ve uyuşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirdiği ifade edilmiştir. Bu maddeye göre noteri şöyle tanımlayabiliriz;

[1042] Prof.Dr. Zafer Cirhinlioğlu, Türkiye'de Hukuk Mesleği.

Noter, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için, işlemlere resmi nitelik kazandıran ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getiren, kendine özgü statüsü olan bir kamu görevlisidir.[1043]

Noterlerin yaptığı iş, kamu hizmeti olmakla birlikte noterler devlet memuru değildirler. Bu nedenle devletten maaş da almazlar. Yaptıkları her işlem için iş sahiplerinden, Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen tarifeye göre noterlik ücreti alırlar.

Noter olabilmek için hukuk fakültesini bitirmek, noterlik stajını tamamlayarak noterlik belgesini almış olmak gereklidir. Ancak adli ya da askeri yargı hâkimlik veya savcılıklarına veyahut hukuk fakültesi mezunu olup, idari yargı hâkimlik veya savcılıklarına atanmış veya avukatlık unvanını kazanmış olanlar, noterlik stajına tâbi değildirler.

Her yargı çevresinde noterlerin sayısını Adalet Bakanlığı belirler. Ancak birden çok noterlik açma ve noterliklerden birden fazlasını kapatma yetkisini kullanmadan önce Türkiye Noterler Birliğinin görüşünü alır, buna göre noterlik kadrosu kurar. Noterlik mesleğine ilk kez başlayanlar, noterlik ruhsat numarasına göre Bakanlık tarafından atanır. Daha sonraki naklen atama işlemleri ise, meslekteki kıdeme göre yapılır. Noterler, Adalet bakanlığı ve Türkiye Noterler Birliği'nin denetimi altındadır.

2.4.2) NOTERLİĞİN HUKUK SİSTEMİMİZ İÇİNDEKİ YERİ VE ÖNEMİ

Noterler, her ne kadar yargının kurumsal yapısı içinde yer almıyor ve karar verme sürecine doğrudan katılmıyorsa da hukuki işlemlerin belgelendirilmesini ve bu belgelerin düzenli bir şekilde saklanmasını sağlayarak hukuk sistemi içinde önemli bir rol oynamaktadırlar. Noterlerin işlevi, yargı organları gibi telafi edici değil, koruyucu/önleyici niteliktedir. Diğer hukuk mesleği mensupları olan hâkim, savcı ve avukatlar, yargı organları içinde faal olarak görev yaparken, noterler ayrı mekânlarda, kendine özgü statüyle hukuk sisteminde koruyucu hukuk hizmeti görmektedirler.

Noterlik mesleğinin, bireyler arasındaki hukuki işlemler bakımından önemi büyüktür. Çünkü noterlik mesleği sayesinde hukuki işlemler, resmi nitelikte ve baştan sağlam yapılmış olması nedeniyle bu işlemlerin tarafı olan kişiler arasında ihtilafların çıkmasına engel olmakta ve böylece mahkemelerin yükü azalmakta, bu işlemlere dayalı olan hakların ihlal edilmesi halinde de, mahkemelerde hak sahibinin korunması sağlanmaktadır. Zira noterlerin düzenlediği belgeler, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli sayılan ve HUMK. Madde: 295 gereğince kesin delil niteliği bulunan belgeler olarak kabul edilmektedir.

Bu anlamda noterlik mesleğinin, bireyler arasında ihtilafları önleme ve hukuki işlemlerin güvenliğini sağlama fonksiyonunu yerine getirmekte olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka ifadeyle noterlik mesleği, bir taraftan düzenlemiş olduğu hukuki belgelerin kesin delil olması nedeniyle, mahkemelerde bu belgelere dayalı olarak açılan davaların kısa sürede sonuçlanmasını sağlayarak yargıya yardımcı

[1043] Prof. Dr. Ömer Ulukapı-Doç.Dr. Murat Atalı, Noterlik Hukuku.

olmakta, diğer taraftan kişiler arasında yapılan hukuki işlemler baştan sağlam yapıldığından, uyuşmazlıkların yargıya intikal etmesini önlemektedir. Bu özelliği nedeniyle noterlik mesleğinin, tıptaki 'koruyucu hekimliğe' benzer bir işlev gördüğü söylenebilir. Bilindiği gibi tıp alanında 'koruyucu hekimlik' insanların hastalanmasına neden olan faktörleri ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Koruyucu hukuk da hukuk alanında buna benzer bir işlev görmektedir. İnsanlar arasında uyuşmazlık çıktıktan sonra bunun çözümlemesi için mahkemelerin yaptığı iş ise, ortaya çıkan hastalığın iyileştirilmesi için yapılan 'tedavi edici hekimliğe' benzemektedir.

Noterlik mesleğinin toplumsal önemi büyüktür. Zira her ne kadar bireylerin hakları kanunlarla teminat altına alınmış ve bu hakların ihlali durumunda mahkemelerden korunma sağlanmış ise de, özellikle özel hukuktan doğan birçok hakkın etkin olarak kullanılması ve kolayca ihlal edilememesi açısından noterlik müessesesi çok önemli bir işleve sahiptir. Noterler, hukuki işlemlerin belgelendirilmesini ve bu belgelerin düzenli bir şekilde saklanmasını sağlamakla görevlendirilmişlerdir (Noterlik Kanunu, madde: 72) Bu yönüyle noterler, hukuki güvenliği sağlama ve anlaşmaz-lıkları önleme işlevini yerine getirmektedir. Bu bağlamda, noterler tarafından yapılan işlemlere ait belgeler, bir yandan uyuşmazlıkların yargı organlarına intikal etmesini önlemekte, diğer yandan da mahkemelere intikal etmiş olan uyuşmazlıkların daha çabuk sonuçlanmasını sağlamaktadırlar. Çünkü noterler tarafından düzenlenen hukuki işlemlere ait belgelerin kesin delil niteliği bulunmaktadır. (HMK madde: 204 (1); NK madde: 82/I) Görüldüğü gibi noterler bireyler arasındaki uyuşmazlıkları baştan önleme, her nasılsa ortaya çıkan uyuşmazlıkların da çabuk sona ermesine katkıda bulunmak suretiyle mahkemelerin iş yükünü hafifletmektedirler.

Noterlerin yaptıkları bu görev, onların bir anlamda mahkemelerinkine benzer bir işlev yerine getirmekte olduğunu göstermektedir. Çünkü mahkemelerin birinci işlevi meydana gelen uyuşmazlıkları gidermek, ikinci işlevi ise, birinci işlevin doğal sonucu olarak uyuşmazlıkları önlemektir. Noterlerin ise, birinci işlevi uyuşmazlıkların çıkmasını önlemek, ikinci işlevi ise, ortaya çıkan uyuşmazlıkların kısa sürede çözümlenmesini sağlamaktır. Gerçekleştirilen bu işlev açısından, mahkemelerin uyuşmazlıkları sona erdirmedeki doğrudan müdahalesi dışında önemli bir fark bulunmamaktadır.[1044]

Mahkemelerin görevi, hukuk düzenindeki konumları itibariyle uyuşmazlık çıktıktan sonra uyuşmazlıkları çözümlemektir. Buna karşılık noterlerin görevi, koruyucu hukuk çerçevesinde uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına engel olmaktır. Buradan hareketle, noterlerin asıl işlevinin hukuki işlemlerin düzenlenmesi yoluyla uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önlemek olduğu söylenebilir.

Bazı noter senetlerine, mahkeme kararları gibi hukuksal değer atfedilmesi, noterlerin işlevlerinin mahkemelerin işlevlerine paralel bir durum arz ettiği, bu yönüyle de toplumsal barışın sağlanması açısından hukuk düzeninin mahkemelerle noterlere tanıdığı yetkilerin, işlevsel açıdan birbirlerini tamamlayıcı nitelik taşıdıkları söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, çekişmesiz yargı alanındaki bazı

[1044] Prof.Dr. Ömer Ulukapı-Doç.Dr. Murat Atalı, Noterlik Hukuku.

işlerin de noterlere bırakılmasıyla noterlerin toplumsal barışa ve hukuk sistemine katkıda bulunma işlevi daha da etkin hale gelecek ve yargı sisteminde büyük bir rahatlama da sağlayacaktır.[1045]

Bu anlamda mirasçılık belgelerini düzenleme yetkisinin noterlere de verilmiş olması, yargıda önemli bir rahatlama sağlamıştır. Ancak noterlerin mirasçılık belgesi vermesi konusundaki sınırlandırmaların kaldırılması ve devletin almakta olduğu harç, damga vs. bedelinin sulh hukuk mahkeme-sindeki mirasçılık belgesinde alınan harç ve damga bedeli miktarıyla aynı olması halinde, noterlik mesleği yargıda iş yükünün azalmasına daha çok katkıda bulunacaktır. Çünkü noterlikte bugünkü alınan harç ve damga bedeli bireyler için caydırıcı olmaktadır. Mirasçılık belgelerinin noterler tarafından da verilebilmesi, yargının iş yükünü azaltmak amacı taşıdığından, bu düzenlemenin daha işlevsel ve amaca uygun olması için noterliklerde yapılan mirasçılık belgesi işlemlerinden daha az (sulh mahkemesindeki kadar) harç ve damga bedeli alınması gerekir. Noterliklerin mirasçılık belgesi işlemlerindeki başarısı; bu konuda kullanılan programın, en karmaşık miras konularında bile mirasçılık belgesini 3-5 dakikalık kısa süre içinde hazırlayıp vermesi ve sistemin tam olarak oturmuş olması, diğer çekişmesiz yargı konularının da noterler tarafından rahatlıkla yürütebileceğini göstermektedir.

Koruyucu hukuk hizmetiyle, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına baştan engel olduğu dikkate alındığında, noterlerin hukuk düzenine ve toplumsal barışa yaptıkları katkının, mahkemelerden daha az olmadığı, hatta onarıcı değil, önleyici olduğundan daha üstün konumda olduğu söylenebilir. Bu yüzden noterlik mesleği, tarihten günümüze kadar hemen her toplumda, değişik isim ve biçimlerle yer almıştır.

2.4.3) NOTERLİK MESLEĞİ VE AHLAK

a) Noterlerin Hukuki Sorumluluğu

Bir mesleğin işlevi ne kadar önemli ise, o mesleği yürütenlerin hukuki ve ahlaki sorumluluğu da o ölçüde yüksektir. Noterlerin, üstlendikleri görevin önemine uygun olarak ciddi sorumlulukları söz konusudur. Bilindiği gibi Borçlar Kanunu'na göre asıl sorumluluk, kusura dayalı sorumluluktur. "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür." (Borçlar Kanunu, madde:49). Bu madde uyarınca kusur sorumluluğunun doğması için, failin kusurlu olması gerekir. Ancak bazı hallerde sorumluluğun doğması için failin kusurlu olması aranmaz. Zararın doğmuş olması ve illiyet bağının bulunması yeterlidir. İşte noterlerin sorumluluğu da bu tür bir sorumluluktur. Çünkü Noterlik Kanunu'na göre; "Stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa **bile** noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar." (Noterlik Kanunu, madde:162) O halde noterlerin bizzat yaptıkları işlemlerde kusurlu sorumluluğu, stajyer ve kâtiplerinin yaptıkları işlemler nedeniyle de kusursuz sorumluluğu söz konusudur.[1046]

[1045] Prof.Dr. Ömer Ulukapı-Doç.Dr. Murat Atalı, Noterlik Hukuku.
[1046] Yrd. Doç.Dr. Serdar Nart, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu.

Noterlerin kusursuz sorumluluğu, adam çalıştıranların hukuki sorumluluğuna benzemekte ise de, adam çalıştıranların, her türlü özeni göstermiş oldukları halde kusurun ortaya çıktığını ispat etmeleri halinde sorumluluktan kurtulabilmekte, ancak noterler için böyle bir imkân söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle noterlerin stajyer ve kâtiplerinden dolayı hukuki sorumluluğunun, ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olduğu söylenebilir. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kusurdan söz edilmediği için, noterin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluktur. Noterlerin hukuki sorumluluğu, Devletin tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan sorumluluğa benzetmektedir.[1047] Bunun nedeni, herhalde noterlerin yaptıkları işin önemli olmasıdır.

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kullanılan 'bile' sözcüğü, noterlerin kendi yaptıkları işlemlerin dışında yer almasına rağmen stajyer, kâtip ya da kâtip adaylarının yaptıkları işlemlerden dolayı sorumlu tutulacağını ifade etmek için kullanılmıştır. Kanunun açık hükmü uyarınca noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu benimseyen hukukçulardan bazıları bu düzenlemeyi yerinde görürken, bazıları da eleştirmektedir. Düzenlemeyi yerinde görenlere göre, bu ağır sorumluluğun nedeni, noterlik işlemlerinin yanlış yapılmasından büyük zararların doğma tehlikesinin bulunmasıdır. Mevcut düzenlemeyi eleştiren hukukçulara göre, bu sorumluluğun kusur sorumluluğu esasına dayandırılmalı ya da noterler gerekli özeni göstermiş oldukları halde kusurun ortaya çıktığını ispat etmeleri halinde sorumluluktan kurtulabilme imkânı sağlanmalıdır.[1048]

b) Noterlik Meslek Ahlak Kuralları

b.a) Türkiye Noterler Birliği ve Meslek Kuralları: Noterlerin bağlı bulundukları meslek kuruluşu Noter Odaları ve Türkiye Noterler Birliği'dir (TNB). Türkiye Noterler Birliği, noterlik mesleğinin gelişmesini, noterler arasında birlik ve dayanışmayı sağlamak, meslek ahlakını ve noterlerin menfaatlerini korumak amacıyla kurulmuş olup kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur.

Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulu'nun 03.06.2008 günlü ve 80 sayılı kararı ile kabulüne ve onay için Kongreye sunulmasına karar verilen 'Noterlik Mesleğinde Uyulması Zorunlu Etik Kurallar', Hukuk Komisyonu'nun sunduğu önerge üzerine 37. Olağan Kongrede görüşülerek oybirliği ile kabul edilmiştir.

17-19.12.2008 günlü Yönetim Kurulu toplantılarında tekrar görüşülen 'Noterlik Mesleğinde Uyulması Zorunlu Etik Kurallar', 17 Aralık 2008 tarihinden itibaren yürürlüğe konulmuştur. Noterlik mesleğinde uyulması zorunlu bu etik kurallara uyulmaması halinde TNB tarafından disiplin cezası uygulanmaktadır.

b.b) Noterlik Mesleğinde Uyulması Zorunlu Etik Kurallar

Noterler;

1) Noterlik hizmetinin görülmesinde sürekli gelişimi, katılımcılığı, saydamlığı, tarafsızlığı, dürüstlüğü, kamu yararını gözetmeyi, hesap verebilirliği, öngörülebilirliği, hizmette yerindeliği esas alırlar.

[1047] Yrd. Doç.Dr. Serdar Nart, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu.

[1048] Yrd. Doç. Dr. Leyla Müjde Kurt, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu.

2) Noterlik işlemlerinin, ihtiyaca uygun, etkin, hızlı ve verimli biçimde yapılmasını; işlem kalitesinin ve hukuki güvenliğin artırılmasını; işlemden yararlananların ihtiyacına uygun, hukukun gelişmesinde etkin sonuçlar alınmasını hedeflerler.

3) Notere ve noterliklere güveni sağlayacak şekilde davranırlar ve görevlerinin gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını tüm yaşantılarında davranışlarıyla gösterirler.

4) Toplumun ve devletin değerlerine karşı saygı gösterirler.

5) Çalışan personelinin verimli çalışmasını sağlayarak hizmet kalitesini artırır, personelin usulsüzlük yapmasını önlemek için gerekli tedbirleri alır, iş disiplinini sağlarlar.

6) Etik kültürünün yerleşmesi ve geliştirilmesi konusunda her türlü çalışmayı yaparlar.

7) Birbirlerine karşı iyi ve saygılı davranmalı, birbirlerine bilgi bakımından yardımcı olmalı, tescil ve aracılık hizmetlerinde gereken duyarlılığı göstermelidirler.

8) Kanunen noterlik mesleği ve görevi ile bağdaşmayan hiçbir iş ve işlem yapamazlar.

9) Başkalarına kefil olamazlar.

10) Kendileriyle, personelleri ve kanunda gösterilen yakınlıktaki hısımları ile ilgili iş ve işlemleri yapamazlar.

11) Kanunların emrettiği durumlar dışında yaptıkları işlemler hakkında ilgilisinden başkasına bilgi veremezler. Hiçbir neden ve şekilde açıklamalarda bulunamazlar.

12) Kanunen bulundukları mevkiler ve yüklendikleri görevlerden yararlanarak kendilerine veya yakınlarına çıkar sağlayamazlar.

13) Noter dairelerini, görevlerinin ve hizmetlerinin anlam ve gereğine uygun bir şekilde düzenlemek ve Noterler Birliğince tespit edilen standartlara uygun olarak tefriş etmek zorundadırlar.

14) Türkiye Noterler Birliği kılık kıyafet yönetmeliği hükümlerine uyarak, notere yaraşır biçimde kıyafetlerle dairelerine gelmeye özen göstermelidirler.

15) Dairelerinde çalışanlarla her yıl yasa ve yönetmelikle belirtildiği gibi iş sözleşmesi yapmalı ve bunları bağlı bulunduğu noter odasına göndermelidirler. Süresi dolan sözleşmelerin yenilenmesinde, ücret artışında veya başka bir noterliğe atama halinde (sözleşme süresi dolmuş ise) yapıla-cak ücret artışlarında gerekli özeni göstermelidirler.

16) Oda genel kurullarınca tespit edilen resmi çalışma saatleri içinde dairelerini açık bulundurmak zorundadırlar.

17) Yüksek yargı organları, mahkemeler, hâkim ve Cumhuriyet savcıları, bakanlıklar, üst düzey yöneticiler, iş sahipleri, bürokratlar, mülki ve yerel yöneticiler ile resmi daireler ve tüm meslektaşlarıyla iletişim ve yazışmalarında notere yakışacak ciddiyet ve nezaket kuralları içinde davranmak zorundadırlar.

18) Türkiye Noterler Birliğine, noter odalarına karşı kanun, yönetmelik, karar ve anlaşmalarla meydana gelen ve genel yazı ile istenilen yükümlülükleri aynen yerine

getirmek, istenen bilgi ve belgeleri derhal ve eksiksiz odalara bildirmek veya vermek zorundadırlar.

19) Kanunlara, yönetmeliklere Türkiye Noterler Birliğinin genelgelerine, emir ve genel yazılarına, ahlâk ve adaba uygun olmayan hiçbir iş ve işlem yapamazlar.

20) Meslektaşlarının tutum ve davranışları hakkında kötü söz söyleyemez, dedikodu yapamazlar.

21) Noterlik mesleğini ve meslektaşlarını herhangi bir şekilde küçük düşürecek, aşağılayacak, mesleğin vakar ve meslektaşlarının onurunu rencide edecek tutum ve davranışlardan kaçınmalıdırlar.

22) Yaptıkları işlemlerde tarafsızlık, eşitlik, bağımsızlık ve objektiflik ilkelerine uymak zorundadırlar.

23) Herhangi bir nedenle, noterlik ücretlerinden ve gelirlerinden kısmen veya tamamen indirim yapamazlar, vazgeçemezler.[1049]

24) Fazla gelir sağlayacak, iş adedini arttıracak, rekabete yol açacak hiçbir davranış içine giremezler. Rekabet amacı ile resmi daire yetkilileri, özel ve tüzel kişiler ile ilişkiler kuramaz, anlaşmalar yapamazlar. Noterler kendi aralarında dahi böyle bir ilişki içinde olamazlar.[1050]

[1049] TNB Disiplin Kurulu'nun aşağıdaki kararı, rekabet yasağı ihlaline ilişkindir.

"Muhakkik, karşılaştırma sayfa sayısının 5 yerine 2 olarak kabul edilmesi nedeniyle işlemde toplam 52,38 TL eksik tahsilât yapıldığı kanaatini belirten rapor hazırlamıştır. Gerek dosyada mevcut onaylı işlem örneği incelendiğinde, gerek Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı Şevki Artar'ın raporu dikkate alındığında, karşılaştırma ücretinin eksik alındığı, raporda belirtilen 1996/47 ve 2003/19 sayılı genelgeler doğrultusunda; şikâyet konusu işlemin arkasına eklenmiş olan ticaret sicil gazetesinin fotokopisinin çok küçük olup okunamadığını, okunması mümkün olmayan metinlerin karşılaştırılmasından söz edilemeyeceğine dair savunma yerinde görülmemiştir. Anılan nedenler ile eksik karşılaştırma ücreti almak suretiyle, rekabet yasağı kuralını ihlal eden …Noterliği eski Vekili halen… Noterliği Başkâtibi… hakkında 1512 sayılı Noterlik Kanununun 125. maddesi delaletiyle 126. maddesinin (A) bendi gereğince UYARMA CEZASI verilmesine 20.11.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi." (TNB Disiplin Kurulu, 20.11.2014 Tarih, Esas No:2014/178, Karar No:2014/321)

[1050] TNB Disiplin Kurulu'nun aşağıdaki kararı, Noterlik Mesleğinde Uyulması Gerekli Etik Kurallara aykırılıkla ilgilidir.

İddia; ....Noteri ....hakkında, ...Milli Eğitim Müdürlüğü ve Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü işbirliği ile yürütülen Toplum Yararına Çalışma Programı çerçevesinde, il genelindeki okul-kurumların temizlik işlerinde çalışacak işçilerin belirlenmesi amacıyla yapılan 22.02.2010 tarihli kura çekilişi nedeniyle ...Noterliğince tüm ilçeler için tek tutanak düzenlenip 1813 yevmiye numarası üzerinden muamele ifa edilmesi suretiyle 690,55 TL alınırken, 16.11.2011 tarihli kura çekilişi nedeniyle ....Noterliğince her ilçe için ayrı tutanak düzenlenip 18306,18307, 18308,18309,18310,18311, 18312,183013,18314 yevmiye numaraları üzerinden muamele ifa edilmesi suretiyle 6.731,95 TL. alındığı belirtilerek ...Noterliğince işlemin dokuz yevmiye numarasına yayılarak yapılmasının giderleri arttırdığı öne sürülerek haksız kazanç elde edildiği yönündedir.

25) Yasal ve haklı neden olmaksızın dairelerine getirilen işleri yapmaktan çekinemezler, reddedemezler.

26) Basılı kâğıtlarında, kartvizitlerinde, daire adres ve yerlerini gösterir levhalarında, telefon rehberinde, herhangi bir nedenle verdikleri ilanlarda rekabete neden olabilecek ibareler kullanmaktan kaçınmalıdırlar.[1051]

Toplanan delillerin ışığı altında; kovuşturmaya konu işlemlerin .....İli merkez ve ilçeleri kapsayacak şekilde tek tutanak düzenlenmesi (ayrıca kazanan asil ve yedeklere ilişkin listelerin tutanağa eklenmeyip içeriğine yazılması) ve aynı yevmiye numarası üzerinden işlem yapılması, böylece harç, değerli kağıt bedeli, noter ücreti, yol ücreti gibi kalemlerde tasarrufa gidilmesinin mümkün olması bakımdan Noterlik Mesleğinde Uyulması Gerekli Etik Kurallar'ın 6. Maddesi 2. fıkrası gereğince; noterler, noterlik işlemlerinin, ihtiyaca uygun, etkin, hızlı ve verimli bir biçimde yapılmasını; işlem kalitesinin, işlemden yararlananların ihtiyacına uygun sonuçlar alınmasını hedeflemesi gerektiği halde, bu kuralına uymadığı anlaşılan ....Noteri ..... hakkında 1512 sayılı Noterlik Kanununun 125. maddesi delaletiyle 126. maddesinin (A) bendi uyarınca UYARMA CEZASI verilmesine 17.08.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi. (TNB Disiplin Kurulu, 17.08.2012 Tarih, Esas No: 2012/88 Karar No: 2012/200)

[1051] TNB Disiplin Kurulu'nun aşağıdaki kararı, reklam ve rekabete ilişkindir.

İDDİA: Müşteki noter, şikayet dilekçesinde özetle; Noter ...'nun, Noterliğinin caddeye bakan iki cephesine ışıklı tabela yaptırdığını, yanar dönerli olan bu tabelalarda belli periyotlarla günün saati, telefon numaraları ve noterliğin adının çıktığını, Noter meslektaşının başkatibini, başkatibi vasıtasıyla telefonla arattırarak uyardığını ancak oralı olmayınca, yasal hakkının kullanma zorunluluğun doğduğunu; Noterlik Kanunu ve Yönetmeliğine aykırı hareket eden …Noteri hakkında gereken işlemin yapılmasını, disiplin yönünden gereğinin takdir ve ifası istenilmiştir.

SAVUNMA: Şikâyetli noter, şikâyete konu eylemi gerçekleştirmediğini, iradesi içinde de hiç olmadığını, Noterlik Yönetmeliğinin nitelik tespiti bakımından atıfta bulunduğu resmi dairelere uygulanan yasa ve yönetmelik hükümlerinin değişmesi nedeniyle şekli olarak ışıklı tabela kullanmanın Noterlik Kanununun yasakladığı reklam ve rekabet niteliğinde bir eylem olmadığından, disiplin yönünden ceza tayinine mahal olmadığına dair karar verilmesini talep ederek savunmada bulunmuştur.

Türkiye Noterler Birliğince çıkarılan 16.7.1982 tarih ve 24 sayılı genelgede; "Noterlerin yönetmeliğe aykırı tabela asmaları, reklam ve rekabet niteliğinde bir eylemdir. Bu nedenle Yönetmeliğe aykırı olan tabelaların en geç bir ay içinde yönetmeliğe uygun hale getirilmesi, yönetmeliğe aykırı yeni tabela asanların veya daha önce asılmış tabelaları kaldırmayanların tespiti halinde bu hareketleri haksız rekabet sayılacağından haklarında kanunun 50. maddesine aykırı hareket ettiklerinden dolayı disiplin kovuşturması yapılacağı" belirtilmiştir.

Resmi kurumlarda ışıklı tabelaların kullanıldığı bilinmekle birlikte, bu tabelaların sabit bir şekilde Kurum unvanını taşıdıkları, yanıp sönen veya çeşitli bilgiler içeren değişkenlik göstermedikleri bilinmektedir. Işıklı tabelanın Kurumun bulunduğu binayı gösterecek şekilde tanıtıma yönelik olması dışında, yanıp sönmesi veya üzerindeki bilgilerin akıcı şekilde dönerli olması veya tabelada farklı bilgilerin sırayla yanıp sönmek suretiyle yer değiştirmesi gibi tanıtım amacını aşarak dikkat çekecek şekilde ve reklam amacını taşımaması gerekir.

27) Daha fazla olanak ve koşullar temin ve yüksek ücret vaadi ile diğer bir daireden personel alınması, meslek dayanışmasına, birlik ve beraberlik ruhuna ve noterlik ahlâkına ters düşeceğinden, bu durumdaki personeli ancak noterinden muvafakat alarak çalıştırabilirler. Başka bir noterliğe atanan noter, personelin bir kısmını yeni atandığı noterliğe götürebilmesi için; ayrıldığı noterlikteki mesleki faaliyetin devamı ve ifası bakımından, noterlik iş ve işlemlerine vakıf ve yeter sayıdaki personeli bırakmak zorundadır.[1052]

28) Meslektaşlarının birlik ve beraberliklerine, mesleki dayanışma içinde bulunmalarına, birbirlerine duydukları saygı ve sevginin devamına uymayan her türlü davranışlardan uzak kalmaya özen göstermelidirler.

29) Mesleki dayanışmanın gereği olarak birbirlerinin sevinçlerine, kederlerine birer kardeş gibi davranmak, birlikte sevinmek, birlikte üzülmek esasına sadık kalarak ve en sıkı ilişkiler içinde bulunarak yardımlaşmalıdırlar.

30) Noterlik dairelerinin eşya devir ve teslimlerinde, Türkiye Noterler Birliğinin düzenlediği yönetmelik hükümlerine ve esaslarına, bağlı bulundukları noter odalarının her çeşit takdir ve tespitlerine aynen uymak ve bunları uygulamak zorundadırlar.

31) Dairelerinin devir ve teslim işlemlerinde birbirlerine gerekli saygı ve anlayışı göstermeli, objektif hareket etmeli, emekliye ayrılan noterlerin mevcut halini de düşünerek ihtilaf yaratmamaya özen göstermelidirler.

32) Mesleğin genel yararlarını, kişisel yararların üzerinde tutma yönünde duyarlı davranmalıdırlar.

Anılan nedenlerle Resmi dairelerin tabela niteliğini aşacak şekilde Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 4. maddesi ile 1982/ 24 sayılı genelge hükümlerine aykırı eyleminden dolayı…Noteri ...hakkında 1512 sayılı Noterlik Kanununun 125. maddesi delaletiyle 126. maddesinin (A) bendi gereğince UYARMA CEZASI verilmesine 14.01.2015 tarihinde (bir üyenin karşı oyuna rağmen) oyçokluğu ile karar verildi. (TNB Disiplin Kurulu, 14.01.2015 Tarih ve Esas No:2014/207 Karar No:2015/16)

[1052] Bu maddede düzenlenen konuyla ilgili olarak uygulamada ciddi etiksel sorunlar yaşanmaktadır. Özellikle büyük şehirlerde bir noterlikte uzun süre görev yapmış ve bu yüzden iş sahipleriyle/müşterilerle yakın ilişkisi olan başkâtip ve kâtiplere noterler tarafından daha fazla imkân temini ve yüksek ücret vaadi ile onları kendi noterliklerine (noterinden muvafakat almaksızın) transfer ettikleri ya da başka bir noterliğe atanan noterin, ayrıldığı noterlikteki mesleki faaliyetin devamına engel olacak şekilde personelin bir kısmını yeni atandığı noterliğe götürdüğü görülmektedir. Son yıllarda yaygınlık kazanan bu tür tutum ve davranışlar, meslek dayanışmasına, birlik ve beraberlik ruhuna ve noterlik ahlâkına ters düşmektedir. Bu tür etik dışı davranışları önleme konusunda Türkiye Noterler Birliği'nin fazla etkin olamadığı da gözlenmektedir. Bu sorun, insan unsurundaki ahlaki yozlaşmanın bir sonucu olmakla birlikte, TNB, noterlik mevzuatının ve uyulması zorunlu meslek etik kurallarının tam olarak uygulanması bağlamında yasal caydırıcılık rolünü daha etkin kullanması yararlı olacaktır. Aksi halde bu gidişle ortada ne meslek ahlakı ne de mesleki birlik ve dayanışma kalacaktır.

33) İşleri sebebiyle öğrendikleri, suç oluşturmayan özel ve ticari sırları gizli tutarlar, başkalarına açıklamazlar; ilgililerle saygı hudutları içinde konuşur, gereksiz yakınlıktan kaçınırlar, ilişkilerde iş sahipleri ile uygun mesafede olurlar.

34) Meslektaşlar arası uyuşmazlıklardan dolayı sorunun çözümünün öncelikle meslek kuruluşunun kendi bünyesi içerisinde aranmasını amaçlamalıdırlar.[1053]

Türkiye Noterler Birliği'nin 37. Olağan Kongresinde kabul edilen ve 34 maddeden oluşan bu etik kuralların sadece yazılı metinlerde kalmaması, meslek hayatında da uygulanması büyük önem taşımaktadır.

2.5) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK YAZI İŞLERİ MÜDÜRLERİ VE KALEM PERSONELİ

2.5.1) ADLİYE YAZI İŞLERİ MÜDÜRLERİ

Mahkemelerde yazı işleri hizmetleri; cumhuriyet savcılığı, mahkeme başkanı veya hâkimin denetimi altında, yazı işleri müdürünün yönetiminde zabıt kâtibi, mübaşir, hizmetli ve diğer görevliler tarafından yürütülür. Cumhuriyet savcılıkları ve mahkemelerde gerekli kayıtların tutulması, kartonların, dosyaların düzenlenmesi, korunması ve yazı işleri hizmetlerinin yürütülmesi konusunda birinci derecede sorumlu, yazı işleri müdürleridir. İlgili yönetmeliğe göre; adliye yazı işleri müdürlerinin görevleri şunlardır;

a) Yazı işleri hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak ve denetlemek,

b) Zabıt kâtibi, mübaşir, hizmetli ve diğer görevliler arasında iş bölümü yapmak,

c) Zabıt kâtibi, mübaşir, hizmetli ve diğer görevlilere işlerin öğretilmesi de dâhil olmak üzere hizmetlerin verimli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi için her türlü tedbiri almak,

d) Cumhuriyet savcısı veya hâkimin uygun göreceği evrakın havalesini yapmak,

e) Mahkeme tarafından fizikî ortamda teslimi gereken dosyalarla ilgili işlemleri yapmak,

f) Güvencenin iadesi gereken hâllerde gerekli işlemleri yapmak,

g) 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 'Suç Eşyası Yönetmeliği' uyarınca dosyaya ait kıymetli evrak ve değerli eşyanın uygun yerde muhafazasını sağlamak,

h) Harcın hesaplanması ve tahsili ile yargılama gideri müzekkerelerini yazmak ve buna ilişkin işlemleri yapmak,

ı) Kararların tebliğini sağlamak,

i) Kanun yolu incelemesi için dosyada bulunan tüm belgelerin eksiksiz olarak UYAP ortamına aktarıldığını kontrol etmek, elektronik imza ile imzalamak ve diğer gerekli işlemleri yapmak, kesinleştirme işlemlerini yapmak, doğruluğunu kontrol ettikten sonra kesinleşen infaz evrakını ve tali karar fişini derhâl düzenleyerek Cumhuriyet başsavcılığına verilmek üzere mahkeme başkanı veya hâkimin onayına sunmak,

---

[1053] Noterlik Mesleğinde Uyulması Zorunlu Etik Kurallar, TNB Resmi Web Sitesi; http://www.tnb.org.tr.

j) Müsaderesine veya iadesine karar verilerek kesinleşen hükme konu eşyalar hakkında gerekli işlemlerin yapılmasını sağlamak,

k) Mühür ve beratın muhafazasını sağlamak,

l) Soruşturma ve kovuşturma işlemleriyle ilgili bütün kayıtların, kartonların ve arşivin düzenli tutulmasını sağlamak, (Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adlî Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, madde: 6/2). Yazı işleri müdürleri ve ilgili kalem personelleri, yapmak zorunda oldukları işlerin gecikmesi ve birikmesinden birlikte sorumludurlar. Bu kadar önemli görevleri yürütmek zorunda olan yazı işleri müdürlerinin bilgi donanımı ve ahlaki erdemler bakımından iyi yetişmiş olmaları gerekir.

Adliye yazı işleri müdürlerinin yönetmelikte belirtilen görevleri bunlar olmakla birlikte, cumhuriyet savcılığı ya da mahkemelerin vereceği diğer görevler de vardır. Örneğin, icra müdürleri olmadığında icra müdürlüğü ya da imza yetkili kâtibi bulunmayan noterliklerin boşalması halinde noterlik görevlerini de yürütürler. Ancak bu gibi hallerde hem kendi asli görevini hem de bu diğer görevleri birlikte yürütmeleri oldukça zor bir iştir. Hatta yazı işleri müdürleri, uygulamada adliyenin ve varsa adliye lojmanlarının bazı ihtiyaçları için serbest piyasadan pazarlık vs. yoluyla mal ve hizmet alımı yapmak zorunda kalmaktadırlar. 'Bir koltukta iki karpuz götürmek' halk deyiminde olduğu gibi, adliye yazı işleri müdürleri, bu durumlarda ne kendi asli görevlerini tam olarak yapabilmekte ne de ek olarak verilen bu görevleri. Bütün bunlar yazı işleri müdürlerinin asli görevlerini zorlaştıran durumlardır. Bu duruma mutlaka bir çözüm bulunmalı ve adliye personelinin eksikleri mutlaka giderilmelidir.

2.5.2) KALEM PERSONELİ

Yargının insan unsurlarından biri de kalem personelidir. Kalem personeli, deyiş yerindeyse hâkim ve savcının eli, gözü, kulağıdır. Özellikle mahkeme dosyaları, kalem personelinin sorumluluğu altında bulunmaktadır. Bu dosyaların gizliliğinden ve korunmasından öncelikle kalem personeli sorumludur. Yasal çerçeveyi göz ardı ederek taraflara, üçüncü kişilere veya medyaya bilgi ve belge verilmemelidir. Personelin gizlilik kuralına aykırı davranışları ceza ve disiplin soruşturmasına konu olabilmektedir. Kalem personeli de hâkimler ve savcılar gibi görevlerini doğru, dürüst, tarafsız ve iltimassız bir biçimde yerine getirmelidir. Buna ilişkin somut ölçütler bulunmasa da hâkim ve savcılar için teamülde oluşmuş ölçütler benzer şekilde onlar için de uygulanacağı söylenebilir.

İyi eğitim, iyi seçim ve iyi denetleme onlar için de mutlaka geçerlidir. Bugün yargı faaliyeti için gerekli ve yeterli kültür ve eğitimden yoksun bireylerin bu görevlerde çalıştırıldığı görülmektedir. Bazı duruşma zabıtlarında ve mahkeme kararlarında, kelime ve kavramların yanlış yazıldığı, cümlelerin bozuk olduğu, birbiriyle çeliştiği, kararların özensiz yazıldığı ve celse arası yazışmaların aksadığı bilinmektedir. Kalem personeli, kalem mevzuatını, dil bilgisi ve yazım kurallarını, hukuki kavramları iyi bilmelidir.

Kalem personelinin liyakat ve ehliyet yönünden ideal düzeyde olmamasının nedenlerinden birisi, yargı hizmetinin önemine rağmen kalem personelliğinin, yani kâtiplik görevinin cazip olmaktan uzak bulunmasıdır. Çünkü bu görev, yeterli ücret

verilmeyen sıradan memuriyetler olarak görülmektedir. Hâlbuki yargı organlarında görevli kalem personelinin bu göreve atanmadan önce bu konuda özel bir eğitimden geçmelidir. Aslında genel olarak yargı kurumlarında görev yapacak kalem personelinin Adalet Meslek Yüksek Okulu mezunu olmaları daha uygundur. Böylece adliyelerde sıkça karşılaştığımız gibi hukuki kavramları, yazışma usulünü ve UYAP sistemini tam bilemeyen eğitimsiz kalem personeli sorunu da çözülebilir. Eğitimsiz kalem personeli sorunu, bir yandan duruşmaların uzamasına neden olduğu gibi, bir yandan da hâkim ve savcıların iş yükünü azaltmaktan çok artırmaktadır. Eğitimi yetersiz kalem personelleri, sistem içerisinde ancak belli bir zaman sonra işi öğrenebildiklerinden hâkim ve savcılar bu zaman süreci içerisinde ciddi sıkıntılar yaşamak-tadırlar.

Yargı hizmetlerinde verim elde edilebilmesi için, iyi bir personel politikası da yürütülmelidir. Sağlam ahlak ve karakter yapısına, bilinçli ve uyanık zihin yapısına sahip insan unsuruna özellikle ihtiyaç duyulan hukuk mesleği alanında, sert ve kaba bir disiplinin, bu mesleği yürüten kalem personelleri üzerinde büyük bir samimiyetsizlik, karşılıklı kin ve hoşnutsuzluklara neden olabilecektir ki, bunun da hizmette verimin düşmesine yol açabileceği bilinmelidir. Adliyelerde bazı hâkim ve savcıların, kalem personeline karşı çok sert ve onur kırıcı söz ve davranışlar ortaya koydukları bilinmektedir. Bu tür yaklaşımlarla şeklen bir otorite kurulduğu zannedilse de, bundan yargı hizmeti için verim sağlanması mümkün değildir.

Hukuk ve yargı sistemimizde en etkin rolü üstlenen hâkim, savcı ve avukatlar konusunda olduğu kadar onlarla birlikte önemli işlev gören kalem personelleri yetiştirmek ve çok iyi eğitilmiş kalem personeline sahip olmak, temel hedef olmalıdır. Çünkü yargıda maddi şartlar ne kadar düzeltilse de, insan unsurunun önemi görmezden gelindiği sürece yargıda beklenen olumlu sonuçlara ulaşılamayacaktır.

2.5.3) ADLİYENİN İDARİ YÖNETİMİ VE ADLİYE MÜDÜRLERİ

a) Adliyelerde İdari Müdürlükler Kurulmalıdır

Yargının insan unsuru olarak yazı işleri müdürleri ve kalem personellerinden söz ederken, adliyelerin; mali işler, sağlık, güvenlik ve insan kaynakları yönetimi gibi yargılama faaliyetiyle doğrudan ilgisi olmayan genel yönetimi konusuna da değinmekte yarar bulunmaktadır. Bilindiği gibi cumhuriyet savcılıkları, yargılama faaliyetinin icra edildiği mekânlar olan adliyelerde asli görevleri olan soruşturma işlemi yanında ayrıca adliyenin genel idaresinden de sorumludurlar. Adliyenin genel idarisine ilişkin bu görevlerin yalnızca bir kısmı Adalet Komisyonu Başkanı ve İdare ve Vergi Mahkemesi Başkanına aittir. Bugün cumhuriyet savcılıkları ve mahkemeler tamamen idari nitelik taşıyan bu tür idari görevlerle ilgilenmekten asli görevleri olan adli işlerin idaresine yeterli ölçüde zaman ayıramamaktadırlar.

Bu nedenle yargı teşkilatında bu idari görevleri yürütmek üzere, bu konuda gerekli eğitimden geçmiş, bilgi, tecrübe, donanım, yetki ve sorumluluğa sahip profesyonel kişilerin atanabileceği idari müdürlük kadrolarının oluşturulmasında yarar bulunmaktadır. Bu uygulama, başta cumhuriyet başsavcıları ve adalet komisyonu başkanları olmak üzere bütün hâkim ve cumhuriyet savcılarının yargı kurumundaki asli görevlerine dönmesini sağlayacaktır. Bu uygulamayla ayrıca

adliyelerin her türlü ihtiyacının profesyonel bir idare ve yönetim anlayışıyla karşılanması, bu amaçla tahsis edilen mali kaynak ve teknik araçların etkin bir biçimde kullanılması sağlanacaktır. Bunun için adliye müdürlerinin gerekli eğitimi almış ve tecrübeye sahip profesyoneller arasından seçilerek gerekli sorumluluk ve yetki ile donatılması gerekmektedir. Bu uygulamanın üç temel amacı bulunmaktadır:

1) Hâkim ve cumhuriyet savcılarının asli görevi olan yargılama işine yoğunlaşması,

2) Adliyenin işleyişine yönelik her türlü ihtiyacın profesyonel bir yönetim anlayışı içinde karşılanması ve kaynakların etkin kullanımının sağlanması,

3) Mahkemeler ile cumhuriyet savcılıklarının idari bakımdan tamamen ayrılması yönündeki ilk adımın atılmasıdır.

b) Adliye Müdürlerinin Yapmaları Düşünülen Görevler: Adliyelerde kurulması planlanan 'Adliye Müdürlükleri'nin yapmaları öngörülen idari hizmetler şöyle sıralanmaktadır:

1) Adliyelerin temizlik, güvenlik, aydınlatma, ısıtma ve soğutma, bakım ve onarım işlerinin yerine getirilmesi, 2) Cumhuriyet savcılıklarının, mahkemelerin ve icra dairelerinin kırtasiye ve sarf malzemeleri ile mefruşat türünden ihtiyaçlarının tespit edilmesi ve giderilmesi için gerekli işlemlerin yapılması, 3) Cumhuriyet savcılıkları, mahkemeler ve icra dairelerine tüm idare ve koordinasyon hizmetleri dâhil olmak üzere her düzeyde genel destek verilmesi, 4) Yargıya ilişkin farklı projelerin uygulanmasının desteklenmesi ve koordine edilmesi, 5) Cumhuriyet savcılıklarının ve mahkemelerin ihtiyaçlarının tespit edilmesi ve bütçelerinin hazırlanması, 6) Yargı faaliyetleri hakkında ilgili birimlerce hazırlanan aylık rapor ve tabloların Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi, 7) Adli sicil bürolarının hesaplarının kontrolünde cumhuriyet başsavcılarına yardımcı olmak, 8) Posta masraflarının aylık olarak kontrol edilmesi, 9) Kütüphanenin idaresi ve denetimi, 10) Kafeterya, çay ocakları ve ziyaretçilerin toplandığı yerlerin işleyişinin gözetimi ve denetimi, 11) Adliyede düzenlenecek meslek içi ve hizmet içi eğitimler için gerekli hazırlıkların yapılması ve organizasyonun sağlanması, 12) Yemekhaneye ilişkin görevlerin yerine getirilmesi, 13) Bilgi edinme müracaatlarının yönetilmesi ve yönlendirilmesi, 14) Hâkim ve cumhuriyet savcıları ile avukat adaylarının usulüne uygun staj yapabilmeleri için gerekli imkânların temini,

15) Keşif, otopsi, vs. için araçların hazırlanması,

16) Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yetki alanında çıkan süreli - süresiz yayınları teslim alarak alındı belgesi vermek ve teslim alınan yayını ilgili cumhuriyet savcısına ulaştırmak,

17) Tutuklu bekleme odası bulunan yerlerde bu yerleri kontrol etmek ve eksikliklerin giderilmesi için gerekli işlemleri yapmak.[1054]

2.6) YARGININ İNSAN UNSURU OLARAK İCRA MÜDÜRLERİ

[1054] http://www.myd.adalet.gov.tr/dokumanlar/adliye_mudurleri.pdf.

a) İcra Müdürlüğünün Önemi

Alacaklılar, hak ve alacaklarını borçlunun kendi rızasıyla tahsil edemedikleri takdirde, yetkili icra ve iflas daireleri devlet gücünü kullanarak bu görevi yerine getirir. İcra ve iflas müdürlükleri, bireylerin alacaklarını tahsil ederken doğal olarak borçluların hak ve özgürlük alanına müdahale etmektedirler. İcra işlemleri, gerektiğinde devletin gücü kullanılarak yürütüldüğünden cebri icra işlemleri bir kamusal faaliyettir.

İcra hukukunun amacı, icra daireleri aracılığıyla alacaklıların ihlal edilen haklarına tekrar kavuşmalarını sağlamaktır. Bu anlamda bütün icra işlemleri, her ne kadar bireylerin alacaklarını almaya yönelik bir faaliyet olsa da, nihai amaç, toplumda huzur ve barışı sağlamak ve bu şekilde hukuk düzenini korumaktır. İcra takibine konu alacağın dayanağı bazen kambiyo senedi olabildiği gibi kesinleşmiş mahkeme kararları da olabilmektedir. Mahkemenin doğru ve adil karar vermesi ne kadar önemliyse, bu kararın doğru bir biçimde infaz edilmesi (yerine getirilmesi) de o ölçüde önemlidir. İnfaz edilmeyen bir kararın bir anlam ve değeri olamaz. İcra dairelerinin kurulmasındaki asıl amaç, alacaklı konumunda olan bireylerin, borçluya bizzat kuvvet kullanarak kendiliğinden hak almasını önlemektir. Çünkü bu durumda toplumda kargaşa meydana gelmesi kaçınılmazdır.

İcra dairelerinin, mahkeme kararı olmaksızın borçluya zor kullanma, kapalı yerleri açma, meskene girme, üst arama, el koyma, satış, tahliye, kâl/yıkım gibi geniş yetkileri vardır. Bu görevlerin, hukuki ve etiksel ilkeler çerçevesinde dikkat ve özenle yapılması gerekir. İcra dairesi elemanları, bu görevleri yaparken hiçbir kişi ya da kurumdan emir ve talimat da almazlar.

İcra ve iflâs dairesi işlemleri, İcra ve İflas Kanunu ile birlikte başka bazı kanun hükümlerinin de uygulanmasıyla ilgilidir. Bu nedenle icra müdür ve çalışanlarının, genel hukuk bilgisi yanında icra hukukuyla bağlantılı bu hukuk alanları konusunda da genel olarak bilgi sahibi olması gerekir. Dolayısıyla icra müdürlerinin hukuk fakültesi mezunu, müdür yardımcılarının da adalet meslek yüksek okulu mezunu olmalarında yarar bulunmaktadır.

b) İcra Dairesi Görevlileri

İcra dairelerinin insan unsuru; icra müdürü, icra müdür yardımcısı, icra kâtibi, zabıt kâtibi, mübaşir ve hizmetlidir. İcra müdürlüğü ve İcra müdür yardımcılığı kadroları, bakanlığa bağlıdır ve bakanlık tarafından atanmaktadır. Hiyerarşik açıdan müdür ve müdür yardımcılığı kadrolarından sonra gelen icra kâtibi ile zabıt kâtibi, mübaşir ve hizmetli kadroları, yerel adalet komisyonuna bağlı olup bu kadrolarda çalışanlar, adalet komisyonu başkanlığı tarafından icra dairesinde göreve alınırlar.

İcra müdürü, görevi nedeniyle kendisine devir ve teslim edilmiş olan, korumak ve gözetmek zorunda olduğu para, banknotlar, tahvilat ve esham ve hamiline ait ve emre yazılı senetlerle, altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra kasasında veya bankada muhafaza etmek zorundadır. Bunları yanında tutamayacağı gibi cinsini de değiştiremezler. İcra müdürlerinin, haksız fiilden dolayı kişisel kusura dayalı tazminat sorumluluğu ve devlet memurları kanunundan kaynaklanan disiplin sorumluluğu vardır.

İcra müdürleri, icra işlemlerinin zamanında, hukuk ve yasalara uygun olarak yerine getirilmesinden birinci derecede sorumludurlar. İcra dairesinin görevi, alacaklıların ihlal edilen haklarına tekrar kavuşmalarını sağlamaktır. Bu görevin zaman kaybetmeden hukuk ve yasalara uygun olarak yapılması, hukuk düzeninin korunması, toplumsal huzur ve barışın sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Çünkü icra dairesinin alternatifi, ihkakı hak yani kendiliğinden hak almaktır ki bu, toplumsal kargaşa ve kaos demektir.

İcra işlemlerinin usule uygun olarak yürütülmesinden sorumlu bulunan icra müdürlerinin, diğer icra çalışanları üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır. İcra dairesi, genel olarak icra hâkiminin sürekli gözetim ve denetimi altındadır. Bu nedenle icra dairesinin işlemlerine karşı icra hâkimliklerine şikâyet yoluyla başvurulabilir. Ayrıca Cumhuriyet savcılarının, İİK.'nun 13. maddesi gereğince icra dairelerinin yaptığı işlemlerle ilgili denetim yetkileri vardır. Buna göre; Cumhuriyet savcıları icra dairelerini yılda en az bir defa denetler.

c) İcra Dairesi Görevlilerinin Yetkinliği

Yetkinlik, belirli bir mesleğin çalışma ortamında uygulanan, yapabilme bilgi ve becerisidir. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi yetkinlik; öncelikle mesleğe ilişkin yeterli **bilgiyi**, ikinci olarak **uygulama** ve yapabilme bilgi ve **becerisini**, üçüncü olarak kişisel ve mesleki değerleri ifade eden **ahlaki yeterliliği** içermektedir. Kısaca **yetkinlik**; meslekle ilgili yeterli bilgiye, iyi uygulamaya ve iyi ahlaki değerlere sahip olmak demektir.[1055]

Demek ki, icra işlerinde yetkinlik için temel unsurların başında bu mesleğe ilişkin bilgi gelmektedir. İcra sisteminde yapılan işlemlerin hassasiyet ve önemi, bu görevi yerine getirenlerin geniş bir hukuk bilgisine sahip olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle icra müdürleri mutlaka hukuk fakültesi mezunu olmalıdır.

İcra hukuku sistemi, yargının en çok eleştiriye uğrayan alanlarından biridir. Hukuk ve yargı camiasının genel kanaati, icra sisteminde temelli düzenlemelerin yapılması gerektiği yönündedir. İcra sisteminin mevcut yapısı, iş ve işlemlerdeki verimliliğin önündeki en büyük engel görünmektedir.

İcra dairesi çalışanları; "icra işlemlerinde kararların birden çok aşamayla alındığı, bunun icranın etkinliğini olumsuz olarak etkilediği, bir bütün olarak icra sisteminin idaresinden sorumlu hiçbir birimin bulunmadığı, kontrol mekanizmalarının etkisiz olduğu" yönünde görüş bildirmişlerdir.

Hâkimler tarafından; "Birden fazla icra müdürlüklerinin bulunduğu illerde sadece bir icra müdürü ve her biri, takip taleplerinin kabul edilmesi, haciz, satış gibi belirli alanlarda uzmanlaşmış müdür yardımcılarının bulunması gerektiği" belirtilmiştir.[1056]

Bugün sıkı işbirliği ve koordinasyon olmaksızın çalışmakta olan uzmanlaşmamış yerel icra birimleri, verimsizliğin nedenlerinden biridir. İcrada etkinliğin artırılması için, yerel düzeydeki icra daireleri, merkezi bir birime bağlı olarak çalışmalıdır.

[1055] Prof.Dr. Ali Seyyar-Öğr. Gör. Gökhan Gürler, Mesleki Yeterlilik Kurumu ve Getirdikleri.

[1056] Yeni İcra Dairesi Modeli; http://web.e-baro.web.tr/uploads/61/2013/ icra.pdf.

Bugünkü mevcut sistem içinde her icra dairesine göre çok farklı uygulamalar görülebilmektedir. İcra birimleri arasında uygulama birliği sağlanabilmiş değildir. İcra dairelerinin işleyişi, etkin denetim ve gözetim altında olmalıdır.

İcra daireleri, mahkemeler gibi aşırı iş yükü altında bulunmaktadır. İcra daireleri, bugünkü yapısı, elemanlarının kalite ve sayısıyla iş yüküne cevap verecek durumda değildir. İnsan kaynakları konusunda yeni bir anlayış yerleşmeli ve icra işlemlerinde uzmanlaşmaya doğru gidilmelidir. Bu uzmanlaşma, icra ve iflâs dairelerindeki işlemlerin, kanun hükümlerine daha uygun olmasını, kanunun herkese aynı şekilde uygulanmasını ve kanunun icra görevlisine takdir yetkisi tanıdığı hallerde, bu yetkinin somut olayın özelliklerine uygun ve doğru kullanılmasını sağlayacak, böylece kanuna aykırı işlemlerin sayısı azalacağından icra müdürlüklerinin karar ve işlemlerine karşı yapılan şikâyetlerde düşüş gerçekleşecek, bu da, icra mahkemelerinin iş yükünü azaltacaktır.[1057]

Bugünkü uygulamada, basit bazı konularda bile icra müdürlerinin hatalı kararlar verebildiği ve tarafların şikâyet yoluna gittiği görülmektedir. Böyle olunca, icra mahkemelerinin iş yükü daha da artmaktadır. İcra müdürlüklerinde mevcut aşırı iş yükü dikkate alınarak ihtisaslaşma/uzmanlaşma sağlanmalıdır.

İcra dairelerindeki sorunlardan biri de personel yetersizliğidir. Bugün bazı icra müdürlüklerine atama yapılmadığından adliye yazı işleri müdürleri icra müdürlüğü görevini de yürütmek zorunda kalmaktadır. Bu durum, icra işlemlerinin tam olarak yürütülmesine engel olduğu gibi, mahkeme işlerinin aksamasına yol açmaktadır. İcra sistemindeki bu sayı ve kalite eksikliği sorununun çözümü için, yeni icra müdürlüklerinin kurulması, icra takibi sırasında son teknolojik imkânlara erişilmesi ve yeterli sayıda uzman icra müdürü ile icra memurluğu kadrosu ihdas etmek suretiyle icra teşkilatının hizmet kalitesini ve verimliliğini artırmak gerekir.

İcra işlemlerinin başarıyla yürütülmesi ve meslekte istenilen kalite ve verimin sağlanması, dolayısıyla adaletin bir an önce yerini bulması için gerekli bilgi, beceri ve tutumların neler olması gerektiğini gösteren mesleki standartlar ortaya konulmalı, yapılan hizmetin bu standartlara uygunluğu belirli aralıklarla denetlenmelidir. Mesleki standartların ortaya konulması ve bunun denetlenmesi sayesinde; bir yandan icra sistemi içindeki görevli personellerin bilgi, beceri ve ahlaki değerler yönünden yetkinlik düzeyleri uygulama ve tecrübeyle belirlenmiş olacak, diğer yandan bu mesleğe insan yetiştiren eğitim kurumları, bu hedef ve standartları görerek bu mesleğin beklentilerini karşılayacak insan unsurunu yetiştirmek zorunda kalacaklardır.

Ciddi bir kamu görevini yerine getiren icra görevlileri, icra hukuku uygulamasında önemli işleve sahiptirler. İcra görevlileri; alacakların tahsili, mahkeme ilamlarının yerine getirilmesi, bu çerçevede haciz, cebrî satış, taşınır-taşınmaz mal ve çocuk teslimi gibi icra takibi işlemlerinde alacaklı ile borçlu arasındaki hassas menfaat dengesini korumak zorunadırlar. İcra işlemleri arasında birçok karmaşık icra sorununu, hukuk kuralları içinde çözmek zorunda olduklarından bu iş için gerekli ehliyete sahip ve uzman kişiler olmalıdırlar. Bu

[1057] Prof. Baki Kuru-Prof. Ramazan Arslan-Prof. Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku.

nedenle icra görevlilerinin, ilk göreve alınmalarında ehliyet ve liyakati, görev sırasında da hizmet içi eğitimi büyük önem taşır.[1058]

İcra hizmetlerinin etkinlik ve verimliliğinin artırılması, icra dairelerinin kurumsal açıdan güçlen-dirilmesi ve vatandaş tarafından icra dairelerine duyulan güvenin artırılması için, icra dairesi müdür ve çalışanlarının, ilk göreve alınmalarında mesleki yetkinliği, görevde olduğu sırada da hizmet içi eğitimlerle bu yetkinliği sürdürmeleri üzerinde önemle durulmalıdır. Öncelikle icra uygulamasında birlik sağlanmalı, icra dairelerinin toplum nezdindeki saygınlığı artırılmalıdır. Bu konuda gerekli düzenleme ve çalışmalar yapılmalıdır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HUKUK DÜZENİ VE ERDEMLİ TOPLUM
(İYİ TOPLUM)

I) İYİ BİR HUKUK SİSTEMİ İÇİN ERDEMLİ TOPLUM OLUŞTURMA İHTİYACI

Sosyal düzen kurallarından hukuk kurallarının uygulanacağı yer/alan 'toplum' denilen insan topluluğudur. Hukuk kurallarının uygulanmasından lehte ve aleyhte etkilenecek olanlar da toplum bireyleridir. Hukuk ve yargı sistemiyle, hukukun uygulandığı toplum arasında karşılıklı olarak birbirini etkileyen bir ilişki vardır. Adalet ilkesine uygun olarak hazırlanmış hukuk kuralları, erdemli bir toplumun oluşturulması ve devamına katkıda bulunduğu gibi, erdemli bir toplum da hukuk ve yargı sisteminin işini kolaylaştırır. Erdemli (ahlaklı) bireylerden oluşan bir toplumda sapkın davranışlar (suçlar ve hak ihlalleri) az olacağından, erdemli toplum oluşturmanın hem yargının iş yükünü azaltması hem de toplumsal barışa katkı

[1058] (Doç.Dr. Mustafa Özbek, İcra Ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı)

sağlaması açısından olumlu sonuçları vardır. İş yükü fazla olmayan yargının adalet dağıtımında etkinliği daha da artar. Hukuk sistemiyle erdemli toplum arasındaki ilişki, ülkemizde hukuk ve yargının sorunları bağlamında pek ele alınmayan, hatta göz ardı edilen konu olmuştur. Hâlbuki etkin ve kaliteli bir hukuk ve yargı sistemi için erdemli topluma ihtiyaç vardır. Ülkemizde hukuk ve yargı sisteminin sorunlarının kaynağında büyük ölçüde erdemli toplum ihtiyacı olduğu söylenebilir. O halde erdemli toplum nedir?

Tarih boyunca düşünürler, insanların mutluluğa ulaşabilmeleri için nasıl bir toplumda yaşamaları gerektiği konusunda görüşler ortaya koymuşlardır. Bunlardan Platon (Eflatun), 'devlet' adlı eserinde ideal bir toplumun ancak adalet, ahlak ve erdem temeline dayalı olması gerektiğini söyler. Bir toplumda 'çalışanlar sınıfı' çalışıp üretimde bulunarak devletin maddi ihtiyaçlarını karşılar. 'Askerler sınıfı' toplum içinde güvenliği sağlar ve dışarıya karşı devleti savunur. 'Yöneticiler sınıfı' ise, devleti yönetir. Böyle bir toplumda her sınıfın bir erdemi vardır. Çalışan sınıfının erdemi kanaatkâr olmak, askerler sınıfının erdemi cesaret, yöneticilerin erdemi ise bilgeliktir. İdeal toplum, adalet, ahlâk ve fazilete dayanmalı, akıl ve vicdan havuzlarından beslenmelidir. Platon için adalet, diğer tüm erdemlerin varlığı için mutlak şarttır.[1059]

Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig (Mutluluk Bilgisi) adlı eserinde, toplumun adaletli, dayanışmacı ve demokrat olması gerektiğini, bunun için de ekonomik istikrar, adil kanunlar ve güvenlik unsurlarının önemli olduğunu belirtir. O, toplum içinde, toplumla beraber yaşayışı savunmuş, 'iyi' davranışların gerçekleşeceği ahlaki ortamın, etkin bir toplum hayatı olduğunu ileri sürmüştür.[1060]

Erdemli şehir (Medînetü'l-fazıla) kavramının sahibi olan ünlü düşünür Farabi, belli bir amaçla bir şehirde toplanmış olan erdemli (ahlaklı) toplumu; kötülüklerin ortadan kalktığı, iyiliklerin merkezi haline geldiği ve mutluluğun en güzel hallerinin yaşandığı toplum olarak tanımlar. O'na göre erdemli/ahlaklı toplum, bütün organları hayatını sürdürmek için birbiriyle düzen içinde yardımlaşan sağlıklı bir bedene benzer. Bir bedenin organları birbirinden farklı olmakla birlikte aynı amaca hizmet ettiği gibi, toplumu oluşturan bireyler de farklı olmasına rağmen mutlu ve huzurlu bir toplumun inşasına hizmet etmelidirler. Farabi, erdemli toplumun temeli olarak adaleti görür. O'na göre adalet, öncelikle erdemli toplumun ortak değerlerinin paylaştırılmasında ve bunların korunmasında gerçekleşmelidir. Bu ortak değerlerin dağıtılmasında eşitliği bozacak sınırların aşılması adaletsizliği getirecektir. En yüksek mutluluğun yaşanabileceği erdemli toplumlar, her türlü iyiliğin geliştiği, kötülüklerin gelişme imkânı bulamadığı mekânlardır. Ahlaki niteliklerin kendilerinde toplandığı gönül insanları için, geçici haz, lezzet ve ihtirasların coğrafyası olan cahil toplumlar birer hapishanedir. Onların ruh ve beden özgürlükleri, ancak erdemli toplumlarda gerçekleşir.[1061]

12. yüzyılda yaşayan Azerbaycan'lı sanat ve düşünce adamı ve aynı zamanda ahi şeyhi olan Nizamî Gencevi, ideal toplum anlayışını, İskendernâme isimli eserinde

---

[1059] Platon, Devlet; Hasan Ali Yücel, İş Bank. Kültür Yay.
[1060] Gökhan Yılmaz, Kutadgu Bilig'de Toplum ve Devlet.
[1061] Doç. Dr. Bayram Ali Çetinkaya, Mutlu İnsanların Coğrafyası Erdemli Şehir.

'Mutluluklar Ülkesi' kavramıyla ifade etmiştir. Herkesin bolluk içinde yaşadığı bu ülkede toplumun bütün bireyleri makam ve sıfatlarına bakılmaksızın eşittir. Burada insanlar yalan söylemezler, zulme ve kötülüğe yönelmezler, birbirini çekememezlik etmezler. Adalet, barış ve özgürlük içinde mutlu bir hayat sürerler. Bu ülkede bireyler para, altın ve diğer dünya mallarına tamah etmediği ve aşırı hırs içinde bulunmadığından kişisel menfaatleri için birbirlerine haksızlık etmezler, suç işlemezler.[1062]

Gencevi'nin ideal toplum anlayışının temelinde manevi ve ahlaki kemal (olgunluk) yatmaktadır. O'nun anlayışına göre, ideal toplum için sadece iyi devlet yönetimi yeterli değildir. Devlet yöneticileri kadar işçisi, köylüsü, tüccarı, öğretmeni, ilim adamı, öğrencisiyle; sivili ve askeriyle toplumun bütün kesimlerinin, ahlâken sağlam olması gerekmektedir.

Gencevî'nin ideal toplumu, olgunluk hamuruyla yoğrulan ve ilim, adalet, cömertlik, yardımseverlik gibi değerleri kendisine ilke edinen bireylerden oluşur. Bu özelliklere sahip bireylerden oluşan toplum, ancak 'mutluluklar ülkesi' diye tanımladığı ideal toplum olabilir.[1063]

Erdemli toplum; erdemli aile, okul ve çevreyle mümkündür. Erdemli toplum; hak, adalet ve özgürlüğün; yardımseverlik, estetik, sevgi ve saygı gibi etik ilkelerin en yaygın bir biçimde benimsendiği ve yaşandığı coğrafi alandır. Erdemli toplum, iyiliklerin yayılması, kötülüklerin önlenmesi konusunda yüksek sorumluluk duygusuna sahip insanların oluşturduğu birlikteliktir. Erdem, söz ile davranışlarımızı kuşatan, toplumu ve bütün insanlığı mutluluğa taşıyacak olan ahlaki bir duruştur.

Bu açıklamalardan ortaya çıkan sonuç şudur ki, iyi işleyen sağlıklı bir hukuk sisteminin varlığı ve devamı, iyi hukuk ve iyi hukukçuların yanında iyi toplumun da varlığını gerekli kılmaktadır. Şüphesiz ki iyi toplum; adalet, eşitlik, yardımlaşma, dayanışma, ilim, çalışkanlık, sevgi ve saygı gibi ahlaki değerlerin bireyler tarafından içselleştirildiği ve yaşandığı toplumdur. Ahlaki değerlerin hâkim olduğu ve yaşandığı erdemli toplumlarda, hukuka aykırı davranışlar (suç davranışları ve hukuki ihtilaflar) bütünüyle yok olmasa da en az düzeyde kalacağından genel olarak yargının yükü azalacak, toplumsal barış ve bireyler arası ilişkiler zedelenmeyecek, hukuka aykırı davranışların toplumsal maliyeti düşecektir.

Bir toplum, hangi ahlaki karakter ve değerlere sahip bireylerden oluşuyorsa, onlara uygun ve layık olan hukuki, siyasi sistemlerle ve yöneticiler tarafından idare olunur. Pratik hayatta bu sosyolojik kuralın bazen tersi görülebilirse de, bu durum kısa vadeli olup, toplumlar sonuçta yine bu temel ilkeye uygun olan yola girerler. Bu nedenle mükemmel bir hukuk ve yargı sistemi kurmak isteyenler, hemen birkaç yasayı değiştirmek gibi basit, kısmi, geçici tedbirler yerine daha geniş ve uzun vadeli düşünerek, diğer çözüm yollarıyla birlikte, ahlaki değerlere bağlı; suçun ve hak ihlali davranışlarının en az düzeyde olduğu erdemli toplumu oluşturmanın çabası içinde olmalıdırlar. İşte sosyal kontrol sistemi çerçevesinde uygulanacak politika ve tedbirlerin temel amacı, hukuka aykırı bütün davranışların en az düzeyde

[1062] Dr. Reha Yılmaz, Nizami Gencevi'de İdeal Toplum.
[1063] Dr. Reha Yılmaz, Nizami Gencevi'de İdeal Toplum.

olduğu bir toplumu oluşturmaktır. Suçluluğun, haksızlıkların ve hukuki uyuşmazlıkların çok yaygın olduğu bir toplumda, ne kadar iyi hukuk ve hukukçular olursa olsun hiçbir hukuk ve yargı sisteminin, yaygın bir suçluluğun ve hukuki uyuşmazlığın üstesinden gelmesi mümkün görünmemektedir.

II) ERDEMLİ TOPLUMUN ÖNÜNDEKİ ENGELLER

1) Suçlar ve Hak İhlalleri

Erdemli toplum; kötülüklerin en az düzeyde olduğu, iyiliklerin hâkim olduğu bir toplum olduğuna göre, erdemli toplumun önündeki en büyük engel de bireysel ve toplumsal nedenlere dayanan suçlar ve hak ihlalleridir. Genel olarak hak ihlali ve suç, bir hukuk sisteminde geçerli olan hukuki değerlerin ihlalidir. Suçların ve hak ihlallerinin çok olduğu toplumlar, erdemli toplum olmaktan uzaktır. O halde bütün hukuka aykırı davranışları içine alan ve toplumsal hayatı derinden etkileyen suçlar ve hak ihlalleri, erdemli toplumun önündeki en büyük engellerdir.

2) Suçların ve Hak İhlallerinin Nedenleri

a) Suçun ve Hak İhlalinin Bireysel Nedenleri

İnsanları, hak ihlali ve suç davranışına iten bireysel nedenler, insanlarda potansiyel güç olarak var olan öfke, nefret, kin, ihtiras, şehvet, husumet ve aşırı mal/para sevgisi gibi duyguların kontrol ve denetim altına alınamamasıyla ilgilidir. Bu nedenle kişilerdeki bu duyguları, öncelikle de ihtiras ve öfkeyi kontrol altına alacak araç ve yöntemlere ihtiyaç vardır. Suçlara ve hak ihlali niteliğindeki davranışlara bakıldığında, bunların en büyük nedenlerinin bireylerin denetlenemeyen ve kontrol altına alınamayan öfke, ihtiras, şehvet duyguları olduğu görülmektedir. O halde bu tür suçların ve hak ihlallerinin önlenmesi için yapılacak öncelikli iş, bu bireysel duyguları denetim altına alacak vicdan ve ahlak eğitimidir. Şimdi bunları biraz daha yakından inceleyelim.

a.a) Denetlenemeyen Duygular

İnsan, iyi veya kötü davranma konusunda potansiyel bir yeteneğe sahip bir varlıktır. O, iyilik ve kötülük arasında gerilim halindedir. İnsan davranışı için belirsizlik esastır. İnsanın herhangi bir konuda nasıl davranacağı önceden kestirilemez. İnsan, sosyal düzeni sağlayan kurallara genellikle uygun davrandığı halde, bu kurallara aykırı davrandığı da olmaktadır. O halde insan davranışlarına olumlu ya da olumsuz yönde etkili olan bireysel faktörler nelerdir? İnsanın benliğinde doğuştan getirdiği öfke, kin, ihtiras, şehvet, aşırı mal/para hırsı/sevgisi gibi bir takım doğal ve ham duygular vardır. Bu duygular, denetim ve kontrol altına alındığında bir trene hız veren ve onu istenilen yere götüren buharın gücü gibi insanı bu hayat mücadelesinde başarılı sonuçlara ulaştırabilir. Örneğin, öfke duygusu, istenmeyen olaylara ve karşılanmayan beklentilere verilen son derece doğal ve insani bir tepkidir. Aslında kontrol edildiğinde sağlıklı bir duygudur ve toplumsal hayatta insanın tüm kötülüklere karşı tepki ve direnç ortaya koyabilmesi için gerekli gücü sağlar. Ancak öfke, kontrolden çıkıp yıkıcı hale dönüştüğünde, kişinin aile, sosyal ve iş hayatında ciddi sorunlara yol açabilmektedir. Sapma (suç

ve hak ihlali) niteliğindeki birçok davranışın temelinde, kontrol edilemeyen öfkenin olduğu bilinmektedir. Öfkesini denetim altına alamayan bireylerin, sosyal ve ekonomik ilişkilerde yaşanan en basit uyuşmazlıkta bile, konuyu barışçı bir yöntemle çözmek yerine tartışma, kavga; yaralama ve öldürme ya da ihkak-ı hak ve gasp gibi kaba güç kullanmaya kadar götürebildikleri görülmektedir. Öfkenin sağlıklı ve işe yarar olabilmesi için, onun iyi tanınması ve sabır göstererek kontrollü bir biçimde ifade edilebilmesi gerekmektedir. Öfke kontrolü, öfkenin denetim altına alınıp zararlı sonuçlar doğurmasına engel olacak biçimde muhatap kişilere ifade edilmesidir. Öfkenin en sağlıklı ifade yolu ise, öfkeyi açık ve kararlı, ama saldırgan olmayacak ve kimseye zarar vermeyecek bir şekilde ifade etmektir. Belirtilmelidir ki, öfkenin denetim altına alınması, ancak iyi bir eğitim ve nefis terbiyesiyle mümkündür.

Yine insanda doğal olarak var olan şehvet duygusu, meşru nikâh ve evlilik yoluyla denetim altına alındığında insan neslinin devamını ve sosyal düzeni sağlamakta; kontrolsüz ve denetimsiz olduğunda da hem neslin bozulmasına, hem de birçok cinsel suçun oluşmasına neden olmaktadır. Başka bir deyişle denetim ve kontrol altına alınamayan duygular her türlü kötülüğün kaynağı olurlar. Çünkü toplumsal hayatta görülen bütün sapma (suç ve hak ihlali) niteliğindeki davranışların ortaya çıkmasında, insanların denetim ve kontrol altına alınamayan bireysel duyguları belirleyici rol oynamaktadırlar. Bu duyguların denetim ve kontrol altına alınmasında en temel çözüm, vicdan ve ahlak eğitim ve terbiyesidir.

a.b) Kişisel Düzensizlik Hali

Kişisel düzensizlik hali, bireylerde kendi iç çatışmalarını çözümleyememe durumu olup, kendisiyle barışık olamamaktır. Bir bireyin, diğer insanlarla ya da toplumla barışık olabilmesi ve onların zararına olabilecek davranışlardan uzak kalabilmesi için öncelikle kendi içinde barışık olması gerekir. Kendi iç çatışmalarıyla baş edemeyen, kendileriyle barışık olamayan kimseler, toplumda diğer bireylerle iyi ilişkiler kuramazlar ve bu durum onların **sapma** niteliği taşıyan davranışlar ortaya koymalarına neden olur.[1064]

a.c) Başıboşluk ve Sorumsuzluk

İnsanlarda sapmaya neden olan kişisel etkenlerden biri de başıboşluk, sorumsuzluk; rahatlığa düşkünlük, tembelliktir. İnsanoğlu, yeryüzünde başıboş ve sorumsuz bir varlık değildir, olmamalıdır. İradi ve ahlaki bir varlık oluşu, onun sorumluluğunun kaynağını oluşturmaktadır. İnsanlar, hayatta kendi şerefli varlığının konumuna uygun anlayış ve davranışlara her zaman sahip olamamakta, doğal güdülerinin ya da nefislerinin esiri olarak daha alt düzeydeki varlıkların konumuna düşmektedirler. Sorumsuzluk ve başıboşluk, sırf doğal güdülerini (nefsini) tatmin etmek, yemek, içmek, bencilce davranmak, değerlere bütünüyle sırt çevirmektir. Yüksek değerlere bağlılık ve sorumluluk duygusu, insanın her türlü sosyal ilişkilerde bir takım aşırı istek ve arzularından kendi rızasıyla vazgeçmesi ve birtakım kısıtlamaları kabul etmesini sağlar. Bu özellikler ise, sosyal ilişkilerin barış

[1064] Doç.Dr. Nihat Nirun, Sosyal Sistemlerde Sapmalar.

ve düzen içinde sürdürebilmesinin bireysel alt yapısını oluşturmaktadır. Buna karşılık sorumsuzluk ve yüksek değerlerden uzak yaşamak, sapma (suç ve hak ihlali) niteliğindeki davranışların ya da bütün kötülüklerin kaynağıdır.

a.4) Suçun ve Hak İhlalinin Bireysel Nedenlerini Ortadan Kaldırma İmkânı

Filozofların insan tanımlarına baktığımızda insanın, disharmonik (uyumsuz, belirsiz); karmaşık bir varlık olduğu şeklinde tanımların ön plana çıktığını görürüz.[1065] İnsanla hayvan arasındaki apayrılık, kendisini öncelikle hayvanın harmonik (uyumlu), insanın disharmonik (uyumsuz/karşıt duygulara sahip) bir varlık olmasıyla gösterir. İnsandaki bu uyumsuzluk onun varlık yapısının bir niteliğidir.[1066] İnsanın iç dünyasına iyilik ve kötülük yapabilme yetisi birlikte yüklenmiştir. Bu nedenle insan iç dünyasında olduğu gibi, toplumsal hayatta da iyilik ile kötülük arasında sürekli gelgitler yaşayan bir varlıktır. Yunus Emre insanın bu özelliğini bir şiirinde şöyle dile getirir:

"Hak bir gönül verdi bana, ha demeden hayran olur
Bir dem gelir şadi olur, bir dem gelir giryan olur
Bir dem sanırsın kış gibi, şol zemheri olmuş gibi
Bir dem beşaretten doğar, hoş bağ ile bostan olur."

İç dünyasında zıtlarla birlikte var olan insan, eğitim ve terbiye ile kendini olgunlaştırırsa olgun insan, heva ve heveslerinin peşinde koşarsa her türlü kötülüğü yapabilen azgın bir varlık olabilmek-tedir.[1067]

Eğitimin ilk ve en önemli amacı, insanın kendine dönmesi, kendini tanımasıdır. Eğitimin temel işlevi, bireyin doğuştan getirdiği yetenekleri geliştirerek biyolojik insanı, terbiye edilmiş sosyal insan haline getirmektir. Suç işleyen ve insanların haklarını ihlal eden kimseler, biyolojik insan konumunda kalmış, terbiye edilmemiş ve sosyal insan olamamıştır.

İdeal insanın kişilik gelişiminde olması gereken unsurlar; zihinsel gelişim, duygusal gelişim, ahlâki gelişim, ruhsal gelişimdir. Bu unsurları içinde barındıran bir eğitim; bireyleri sağlıklı düşünme becerisine sahip, içinde yaşadıkları toplum bireylerine karşı anlayışlı bir yaklaşım gösteren; doğru ahlaki kararlar alabilecek zengin bir ruhsal hayata sahip, başkalarının haklarına saygılı bireyler olarak eğitmeyi hedefler. Bu nitelikleri taşıyan bireyler 'iyi insan' idealine yaklaşmış demektir.[1068]

İnsanın varlık yapısında birbirine zıt iki unsur olan beden ve ruh, iki zıt özellik olan iyi ve kötü davranma yetisi birleşmiştir. Bu yapı içerisinde insana ayrıca irade ve bu iradeyi kullanma yetkisi verilmiştir. İnsan, iyiyi kötüden ayırt etme araçları olan akıl ve iradeye rağmen bazen kötü davranışı tercih edebilmektedir. İnsanın,

---

[1065] Doç.Dr. Vahit Göktaş, Tasavvufi Terbiyenin Günümüz Eğitim-Öğretimine Sunabileceği İmkânlar.
[1066] Tomris Mengüşoğlu, Disharmonik Bir Varlık Olarak İnsan.
[1067] Doç.Dr. Vahit Göktaş, Tasavvufi Terbiyenin Günümüz Eğitim-Öğretimine Sunabileceği İmkânlar.
[1068] Doç.Dr. Vahit Göktaş, Tasavvufi Terbiyenin Günümüz Eğitim-Öğretimine Sunabileceği İmkânlar.

iradesini doğru bir şekilde kullanabilmesi ve yanlış tercihte bulun-maktan korunabilmesi için ahlak eğitiminden geçmesi gerekmektedir.

Ahlak eğitimi, öncelikle başkalarına zarar vermemeyi, ikinci olarak başkalarının da iyiliğini düşünmeyi, hatta başkalarının yararı için kendi isteklerinden fedakârlıkta bulunmayı ve duygularını/tutkularını sınırlamayı öğretir. Düşünürler, diğerkâmlığı insanlığın ahlâki erdem bakımından gelişmesinin şartı olarak görürler. Bireylerin, diğer insanların iyiliğini düşünmesi, toplumsal hayatın düzeni ve geleceği açısından çok önemlidir. Başkalarına zarar vermemek ve bir maddi karşılık beklemeksizin diğer insanlara yararlı olmaya çalışmak, güçlü bir ahlak ve irade eğitimine bağlıdır. Ahlak eğitimi, insanın gönül dünyasını doğru inşa eder. Gönül dünyası doğru inşa edilen bireylerin başkalarına kötülük yapması zordur.[1069]
İyi eğitimle insanların gönül dünyasının sağlam temellere oturması, onların kişilik oluşumunda ve toplumun içindeki sevgi ve birlik bağlarının gelişmesinde önemli bir yer tutar. Sevgi ve merhamet merkezli bir eğitim, bireysel ve toplumsal barış ve huzurun sağlanmasına katkı sağlayacaktır.

b) Suçun ve Hak İhlalinin Sosyal Nedenleri

Sosyal etkenler; bireylerin, sapma olarak nitelendirilen suçların ve hak ihlali davranışlarının önemli nedenlerinden biridir. Bireyleri hak ihlali ve suç davranışına iten sosyal etkenler; ekonomik ve kültürel boyutlu olabilir. Başka bir deyişle sapmaya neden olan sosyal etkenleri; sosyo ekonomik ve sosyo kültürel faktörler şeklinde iki bölüme ayırmamız mümkündür. Ekonomik etkenler, işsizlik, fakirlik, enflasyon, yoksulluk; kısaca adaletten ve ahlaki niteliklerden yoksun bir ekonomik sistemdir. Kültürel etkenler ise din, ahlak, örf adet, etik ve estetik değerlerden uzak yaşamaktır. Sosyo ekonomik ve sosyo kültürel faktörler, bireylerin sapkın davranışlarında etkili olmaktadırlar.

Sosyo kültürel yapının içeriğinde hukuk, din, ahlak, örf adet, etik ve estetik değerler bulunur. Sosyo ekonomik yapının içeriğinde ise, ekonomik sisteme ait ve ona bağlı bulunan bütün unsurlar; bireylerin hayatını devam ettirebilmesi için beslenme, giyinme, barınma ve neslini sürdürebilme gibi temel zorunlu ihtiyaçları gideren maddi değerler yer alır.

Suçların ve hak ihlallerinin sosyal nedenlerinden biri de, modern hayat tarzının getirdiği sosyal ve kültürel değişimdir. Modern hayat tarzı ve tekniğin getirdiği sosyal değişimlerden biri, insanların belirli yerleşim alanlarında yoğun bir sosyal hayat içine sokulmaları olmuştur. Bu sosyal değişim sosyal kurumların özellikle ailenin değişmesine, ailenin değişmesi aile bireylerinin karakter ve kişiliklerinin oluşmasına olumsuz etki yapmakta, onlarda kişilik parçalanmasına neden olmakta, bu da bireylerin kendi içlerinde çatışmaya neden olmaktadır. Bu iç çatışma, bireylerde sapmalara (suçlara ve hak ihlallerine) yol açmaktadır.[1070]

Toplumda doğal sürece aykırı biçimde gelişen sosyal değişim, sapkın davranışların nedenlerinden biridir. Günümüzde teknolojik gelişmelerin her alanda

[1069] Doç.Dr. Vahit Göktaş, Tasavvufi Terbiyenin Günümüz Eğitim-Öğretimine Sunabileceği İmkânlar.
[1070] Doç.Dr. Nihat Nirun, Sosyal Sistemlerde Sapmalar.

yaygınlaşması, endüstrileşme, özellikle kitle iletişim araçlarının etkisi, hızlı nüfus artışı ve şehirleşme, iç ve dış göçler gibi faktörler sosyal sistemi etkileyerek sosyal kurumların yapısında, işlevlerinde ve bireylerarası ilişkilerde değişmeler meydana getirmektedir. Bu değişmeler her alanda olumlu sonuçlar getirmemiş, bazı sosyal sorunların ortaya çıkmasına veya önce var olan sosyal sorunların daha büyük boyutlara ulaşmasına neden olmuştur.[1071]

En önemli sosyal kurumlardan olan ailedeki değişim, anne baba ile çocukların değer yargılarında önemli değişikliklere yol açmıştır. Kuşaklar arasında görülen bu farklılık ve değişim, bir yandan sosyal değerlerin devamına engel olurken, diğer yandan sosyokültürel değerlerin yerine getirdiği sosyal kontrol işlevini zayıflatmaktadır. Sosyal değerlerin toplum ve bireyler üzerindeki etkinliği azaldığı için de suçlar ve hak ihlalleri çoğalmakta, çözümü de sadece hukuk kurallarına kalmaktadır.

Köylerden şehirlere, şehirlerden büyük şehirlere göçler ve hızlı şehirleşmeler, ailelerin bağlı bulundukları değer ve kültür kalıplarından sapmasına neden olmaktadır. Bu ise, gençlerin kendi aile büyüklerinin değer yargılarından kopmaları sonucunu doğurmaktadır. Aile büyüklerinin gösterdikleri örnek karakter ve kişiliklerden uzaklaşan gençler; akran grubu, medya, sosyal medya vs. gibi aile dışında bir takım örnek kişilikler aramaya koyulmaktadır. Bu nedenle sosyal kontrol sisteminin bireyler üzerinde olumlu ve etkin işlev görmesi için, öncelikle bu sosyal ve kültürel yozlaşmanın önüne geçilmesi gerekmektedir. İnsanlar, günümüzün hızlı hayatına yetişemediği için düşünme ve dinlenme imkânından mahrum kalmakta, ruhen ve bedenen yıpranmakta, bu da onların sağlam bir kişilik yapısına sahip olmasını engellemek-tedir. Ruh ve beden sağlığına sahip olamayan bireylerin ise, sapma niteliğindeki davranışların içinde olmasa da çok yakınında durdukları söylenebilir.[1072]

Bireyleri, sapma niteliğindeki davranışlara sevk eden önemli sosyal neden, zahmetli iş hayatı ve hızla artan teknik çalışma tarzının, insanları gerek ruhen ve gerekse bedenen zorlamasıdır. Hızlı ve ağır iş hayatında ruhen ve bedenen zorlanan bireyler dinlenme ihtiyacından mahrum kalmaktadırlar. Bu durum, sapma niteliğindeki davranışlara karşı direnç gösterecek kişilik yapısının oluşmasına engel olmaktadır. Özellikle genç kadınlar evlendikten sonra aile ve meslek hayatı arasındaki ayrım konusunda yaşadıkları çatışmadan olumsuz yönde etkilenmişlerdir. Ev ve iş hayatının gerekli kıldığı zorunlulukları birbiriyle bağdaştıramadıkları için, birini diğeri aleyhine tercih etmek durumunda kalan kadınlar, çoğunlukla aile kurumunun düzeni aleyhine davranışlar sergilemektedirler.[1073]

Kısaca toplum bireyleri, sosyokültürel değerlerle donatılamadığı, sosyalleşme olgusunu tamamlayamadığı; sosyoekonomik imkânlardan yeterince pay alamadığı, onların temel zorunlu ihtiyaçları giderilemediği takdirde, sapmaya neden olan sosyal faktörler hazır demektir. Bu sosyal faktörler, sapmaya neden olan bireysel

[1071] Prof.Dr. Tülin İçli, Sosyal Problem, Sapma ve Suç.
[1072] Doç.Dr. Nihat Nirun, Sosyal Sistemlerde Sapmalar.
[1073] Doç.Dr. Nihat Nirun, Sosyal Sistemlerde Sapmalar.

faktörlerle birleştiğinde, suçlar ve hak ihlali davranışları için gerekli ve yeterli şartların oluştuğu rahatlıkla söylenebilir. Suçların ve hak ihlallerinin bireysel nedenlerini ortadan kaldırma imkânları olduğu gibi sosyal nedenlerini de ortadan kaldırma imkân ve araçları vardır.

III) ERDEMLİ TOPLUMU OLUŞTURMAK İÇİN GEREKLİ ARAÇLAR

> "İyi yönetilen bir devlette cezalar azdır. Bunun nedeni,
> bağışlamaların çokluğu değil, suçluların azlığıdır." (J.J. Rousseau)

Erdemli toplum; erdemli insanlardan oluşan, erdemli yöneticilerce idare edilen, genel olarak adaletin ve iyiliklerin hâkim olduğu, kötülüklerin en az düzeyde kaldığı toplumdur. Erdemli toplumda suçlar ve hukuka aykırı davranışlar bütünüyle ortadan kaldırılamazsa da en az düzeye indirilebilir. Erdemli toplumda suç davranışlarının ve hukuki uyuşmazlıkların sayısı az olduğundan yargı organlarına intikal eden dosya sayısı da azdır. Çünkü erdemli toplum, suçluların ya da başkalarının haklarını ihlal eden bireylerin yaşaması ve gelişmesine uygun bir zemin değildir. Erdemli toplumda hak ihlali ve suç davranışlarının doğmasına ve yaygınlaşmasına elverişli ortam yoktur. Erdemli toplum sağlıklı bir insan bedenine benzer. Bu bedenin bağışıklık sistemi güçlü olduğundan sakınılması mümkün olmayan belirli sayıdaki mikroplar ona zarar veremezler. Zararlı mikropların o bedene girebileceği açık kapı da yoktur. Erdemli toplumun oluşturulması düşüncesi, sadece teorik düzeyde kalacak bir ütopya ya da hayalden ibaret değil, tarihte pratik olarak yaşanmış bir gerçektir. Bu nedenle hukuk ve yargının sorunlarının temelli çözüm yolu olan erdemli toplumu oluşturmak ve onun hukuk ve yargı sistemiyle bağlantı noktalarını ortaya koymak, hukuk ve yargı sisteminin ihmal edilen toplumsal boyutunu ele almak önemli bir görevdir.

Erdemli toplumun kendiliğinden oluşmayacağı, bunun için ciddi çaba, proje ve araçlara ihtiyaç olduğu belirtilmelidir. Bu proje ve araçları, 'sosyal kontrol' genel başlığı altında toplayabiliriz. Genel olarak 'sosyal kontrol' kavramının kapsamı içinde yer alan ve erdemli toplum oluşturmada önemli rol oynayan proje, tedbir ve araçlar; a) Topluma yön veren sosyal norm ve değerler, b) Toplumu ayakta tutan toplumsal kurum ve kuruluşlar, c) Suçları ve hak ihlallerini önlemeyi hedefleyen sosyal politikalar, d) Suçların nedenlerini araştırıp ortadan kaldırmayı amaçlayan suç siyaseti, e) Kriminoloji gibi programlardır. Birbiriyle ilişkili olan bütün bu tedbir ve araçlar, sosyal kontrol sistemi çerçevesinde işlev görebilmektedir.

A) ERDEMLİ TOPLUM OLUŞTURMAK VE SOSYAL KONTROL

1) SOSYAL KONTROLÜN TANIMI

Erdemli bir toplumun oluşturulmasının önündeki en büyük engel, yargının iş yükü sorununun da kaynağı olan 'sapma' niteliğindeki davranışlardır. Suçlar ve hak ihlalleri gibi bütün hukuka aykırı davranışları ifade eden 'sapmaya' karşı gösterilen sosyal tepkiler olarak tanımlanabilecek olan sosyal kontrolün, erdemli toplumun oluşturulması için merkezi bir öneme sahip olduğu, hayati bir işlev yerine getirdiği

söylenebilir. Bu nedenle sosyal kontrol sisteminin geniş olarak incelemesinde yarar bulunmaktadır.

Devletin, biçimsel (formel) kontrol organı olan mahkemelerin iş yükünü azaltan ve hukuk sisteminin bir tür 'koruyucu hekimliği' niteliği taşıyan enformel (biçimsel olmayan) sosyal kontrol, suçları ve hukuka aykırı diğer davranışları önleyen ya da en az düzeye indiren bir sistem olarak ahlaki boyutu kendi bünyesinde taşıyan bir karar ve uygulamalar bütünüdür. Sosyal kontrol; bir toplumda suç işleme ve hak ihlal etme konusunda potansiyel tehdit oluşturan bireylerin davranışlarını teşvik etmemek, kısıtlamak ya da önlemek için çeşitli mekanizmaların ve tekniklerin kullanılmasını içerir. (Edwards, 1998) Sosyal kontrol kuramına önemli katkılarda bulunmuş olan İngiliz sosyolog Stanley Cohen, toplumsal barış ve düzenin korunmasında önemli bir yöntem olan sosyal kontrolü 'sapma niteliğindeki davranışları engellemeye yönelik olarak geliştirilmiş bütün tutum ve davranışları içeren girişimler' olarak tanımlanmaktadır. (Stanley Cohen) [1074]

Bilindiği gibi sapma; hem suçları hem de hak ihlalleri gibi bütün hukuka aykırı davranışları içine alan bir kavramdır. Her toplumda, bireylerin nasıl davranmaları gerektiğini gösteren sosyal değerlere ve davranış standartlarına uymayan, mevcut norm ve değerlere aykırı davranışlarda bulunan bireyler bulunmaktadırlar. İşte bu sosyal norm ve değerlere uymayan ve bazen suç, bazen de hak ihlali olarak ortaya çıkan davranışlara sosyolojide **sapma** adı verilmektedir. **Sapkın** ise, sapma eylemini yapan; davranışlarıyla yaşadığı toplumun değerlerine, gelenek ve göreneklerine ters düşen, o toplumun yasa ve kurallarına uymamakta direnen kişidir.[1075]

Sosyal kontrol kuramı, bireylerin toplumsal kurum ve değerlere olan bağlılığını artırmak suretiyle sapmayı (suçu ve hak ihlalini) en az düzeye indirilebileceği görüşünü savunur. O halde bireylerin toplumsal kurum ve değerlere bağlılığını artıran her şey, sosyal kontrol araçları olarak görülebilir. Dolayısıyla sosyal kontrol ile hukuk ve yargı sistemi arasında doğrudan bir ilişki vardır.

Günlük dilde sapma, 'genel olarak kabul gören bir yoldan ayrılmak' anlamına gelir. Hukukta sapma, sosyal norm ve değerlere uygun olmayan davranışları ifade eder. Sapma kavramı, ceza yasasını ihlal eden davranışı tanımlayan 'suç' kavramından çok daha geniştir. Bu nedenle hem suç davranışını, hem de her türlü hak ihlalini kapsar.[1076] Başka bir deyişle sapma; hem yasalarda suç olarak tanımlanan davranışları hem de suç dışındaki diğer hukuka aykırı davranışları içeren bir kavramdır.

Sosyoloji, sapmayı (suçları ya da hak ihlallerini) toplumsal düzenin devamının önünde bir engel ve sosyal kontrole zıt bir tutum olarak görmekte ve bir toplumda sapmaları önleme ya da en aza indirme konusunda bazı bilimsel yöntemler kullanılması üzerinde önemle durmaktadır. İnsanların sapkın davranışlarını denetim

---

[1074] Aktaran: Dr.Rahşan B.Bektaş-Dr.Ayça G.Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol Söyleminin Değişen Görünümleri.
[1075] TDK Büyük Türkçe Sözlük.
[1076] Prof.Dr. Tülin Günşen İçli, Kriminoloji.

altına alma çabası olan ve hak ihlali ve suç olgusuyla yakından ilişkili bulunan sosyal kontrol, bu özelliğiyle geniş bir çalışma alanına sahiptir.[1077]

Bir toplumda, kaynağını değerlerden alan kültürlerin belirlediği örf, adet, gelenek, görenek ve hukuk kurallarına uymayan davranışlar sapmış davranışlar olarak nitelendirilirler. Sapmış davranış, norm ve değerlerden açık bir biçimde ayrılan veya toplumsal kurallara uymayan davranış olarak tanımlanabilir. Her toplumda mevcut norm ve değerlerden sapmalar görülebilir. Sosyal düzenin korunması ve devamlılığının sağlanması ise, çeşitli sosyal kontrol mekanizmaları ile sağlanır.[1078]

Başka bir tanıma göre sosyal kontrol, bir toplumda sosyal hayat için potansiyel tehdit ve sorun oluşturan kişi ya da grupların sapkın davranışlarını desteklememek, hatta kısıtlamak ve engellemek için çeşitli sistem ve tekniklerin kullanılmasıdır.(Edwards, 1998)[1079]

Sapma (suçlar ve hak ihlalleri) niteliğindeki davranışlara karşı her toplumun geliştirdiği tedbirler vardır. Bu tedbirlerden biri, ceza hukuku kapsamındaki biçimsel (formel) tedbirler olup, yasalarda suç olarak tanımlanan eylemlere karşı cezai yaptırımları ifade etmektedir. İkincisi ise, daha geniş kapsamlı olup, suçların ve hak ihlali niteliğindeki davranışların hiç ortaya çıkmaması ya da asgari düzeye indirilmesi için gerekli karar ve uygulamaları ifade eden enformel (biçimsel olmayan) tedbirlerdir. Suça karşı ceza hukuku kapsamında uygulanan formel tedbirler de sosyal kontrol sağlamakla birlikte asıl olan toplumun sosyal kurum ve değerlere bağlılığını artırarak uygulanan enformel sosyal kontroldür.

Sosyal kontrol, toplumsal hayatın içinde herkesin karşılaştığı ya da karşılaşabileceği bireysel, sosyal, kültürel ve ekonomik nitelikli sorunlar ve yetmezliklerin etkisiyle ortaya çıkan sapma niteliğindeki davranışları önleme ve toplumsal hayatın varlığını koruma, devamını ve gelişmesini sağlama amacına yönelen sosyal tedbirlerin tümüdür.[1080] Prof. Dönmezer sosyal kontrolü, 'sosyal düzenin devamını sağlamak, sapmayı (suçu ve hak ihlalini) önlemek için toplum veya sosyal gruplar tarafından kullanılan sistemler, araçlar ve bunların uyum içinde birlikte işlemesini temin eden bütün süreçler' olarak tanımlar. Böylece tüm toplumsal normlar, kurumlar, işbölümü sosyal kontrol çerçevesinde kabul edilmek gerekecektir.[1081] O halde sosyal kontrol mekanizmaları, bireylerin sosyal normlara uygun biçimde davranmaya yöneltilmeleri ve onlardan sapkın davranışlardan sakınmaları amacına yönelik araçlardır.

[1077] Dr.Rahşan B.Bektaş-Dr.Ayça G.Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol Söyleminin Değişen Görünümleri.

[1078] Prof.Dr. Tülin İçli, Sosyal Problem, Sapma ve Suç.

[1079] Aktaran: Dr. Rahşan Balamir Bektaş-Dr. Ayça Gelgeç Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol Söyleminin Değişen Görünümleri

[1080] Güven, 1995; aktaran: Prof. Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.

[1081] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Türk Toplumunda Sosyal Kontrol Aracı Olarak Ceza ve Ödüllendirme.

Scheerer ve Hess; sosyal kontrolü, sosyal düzenin sağlanması amacıyla tüm sapkın davranışların (suçun ve hak ihlalinin) önlenmesi için geliştirilen sosyal ve teknik düzenlemeler, değerler ve inanç sistemleri, olumlu ve olumsuz yaptırımlar olarak tanımlamışlardır. Sosyal kontrol kavramı, sapma niteliğindeki davranışların ortaya çıkış nedenlerini araştırma ve bu davranışların tekrarlanmasını önleme çabalarına ilişkin bir sistemdir. Oldukça geniş bir içeriğe sahip olan sosyal kontrol kavramı, sosyal düzeni sağlama ve sürdürmeyi sağlayacak her şeyi içermektedir.[1082] Kısaca sosyal kontrol, toplumsal düzeni sağlayacak bütün araçları insan hakları çerçevesinde kullanarak, **sapma** diye adlandırılan suç ve hukuka aykırı bütün davranışların mümkün olan en az düzeye indirildiği bir toplumu inşa etmenin/oluşturmanın yöntemi olarak değerlendirilebilir. Bu anlamda bakıldığında sosyal kontrolün, yasalar ve cezai yaptırımlarla sağlanmaya çalışılan ceza hukuku kapsamındaki sosyal kontrolden çok daha geniş bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir.

2) SOSYAL KONTROLÜN ÖNEMİ

Hukuka aykırı davranışları baştan önlemek, onların zararlarını telafi etmekten daha iyidir. Hukuk sistemine aykırı bir davranışı, henüz eyleme dönüşmeden önlemek, o aykırılık meydana geldikten sonra onu telafi etmekten, yani zararlarını gidermeye çalışmaktan iyidir.[1083]

Sosyal kontrol sistemleri, büyük ölçüde tıp alanındaki koruyucu hekimliğe benzemektedir. Tıp alanında asıl olan, insanların hastalanmaması; hastalığa neden olan faktörlerin ortadan kaldırılmasıdır. Koruyucu hekimlik çerçevesinde, hastalığa neden olan faktörlerin; insanların düzenli ve yeterli beslenememeleri, sağlığa zararlı yiyecek, içecek ve giyecekleri kullanmaları, kötü alışkanlık-lara sahip olmaları, temizlik şartlarına uygun davranmamaları, hastalık yapan mikropların gelişmelerine uygun ortamların varlığı gibi olumsuzlukların da ortadan kaldırılması gerekir. Böyle olunca insanların hastalanmasını önlemenin, sadece doktor ve hastanelere bırakılacak bir konu olmadığını söyleyebiliriz. Koruyucu hekimlik faaliyetleri, hastanelerin yükünü azaltan bir işleve sahiptir.

Hukukta da asıl olan, insanların suç işlememesi ya da hukuka aykırı davranmamasıdır. Bunun için bir yandan suç işleyen ve hakları ihlal edenlere yargı kurumlarınca işlemler yapılarak gerekli yaptırımlar uygulanırken, diğer yandan da insanların suç işlemesi ya da hakları ihlal etmelerine neden olan bireysel ve toplumsal etkenlerin; suç ve hak ihlalinin sosyoekonomik ve sosyokültürel etkenlerinin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu nedenle suçları ve hak ihlallerini önlemek, sadece yargı kurumlarına bırakılacak bir konu değildir. Bunun sosyal, kültürel, ekonomik ve ahlaki boyutları vardır.[1084]

Suç davranışına ve hak ihlaline neden olan sosyoekonomik ve sosyokültürel şartların sosyal kontrol aracılığıyla ortadan kaldırılması halinde suçlar ve hak

---

[1082] Dr.Rahşan B.Bektaş-Dr. Ayça G.Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol Söyleminin Değişen Görünümleri.

[1083] Prof. Dr. Ali Nazım Sözer, Ceza Hukuku ve Sosyal Devlet.

[1084] Prof. Dr. Ali Nazım Sözer, Ceza Hukuku ve Sosyal Devlet.

ihlalleri asgari düzeye çekilebiliyorsa, sosyal kontrol sisteminin çok önemli bir etiksel işleve sahip olduğunu söyleyebiliriz. İyi hazırlanmış ve uygulanmakta olan sosyal kontrol sistemine rağmen, sırf bireysel nedenlerle bir suç işlenmiş ya da haklar ihlal edilmişse, failler için son ve zorunlu çare olarak hukuk ve ceza yargılama sisteminin yaptırımları devreye girer. Başka bir deyişle sosyal ceza hukukunda yaptırım, en son başvurulacak bir kurumdur. Bundan da anlaşılacağı üzere sosyal kontrol sistemi, hukuk ve ceza adalet sisteminin yükünü hafifleten bir işleve sahiptir. Suçları ve hak ihlali niteliğindeki bütün hukuka aykırı davranışları baştan önlemek, bunlar yapıldıktan sonra onu telafi etmeye tercih edilmelidir.

Bir ülkede hukuka aykırı eylemlerin ve bunlara uygulanan ceza ve yaptırımların türü, o ülkenin sosyal, kültürel ve ahlaki yapısını gösterir. İyi bir kanun koyucunun asıl amacı suçları ve hak ihlallerini önlemek olmalıdır. Önlemek, cezalandırma ya da telafi etmeye yani zararlarını gidermeye tercih edilmelidir. Çünkü suç ve hak ihlallerini ta baştan önlemek, adalete dayalı ve insan onuruna yaraşır bir toplumsal düzen oluşturmanın temelidir.[1085]

Hukuka aykırı eylemler, büyük ölçüde hukuk ve yargı dışındaki sosyal kontrol tedbirleri ile önlenmelidir. Ceza hukuku, sosyal hayatın asgari düzeyde yaşanabilir hale getirilmesinde yararlanılabilecek en son araçtır. Eğer toplumda sosyal barış ve düzen, temel hak ve özgürlükler sınırlanmadan sosyal kontrol tedbirleriyle sağlanabiliyorsa ceza hukuku araçlarına başvurulmamalıdır.[1086] Bu nedenle asıl amaç sadece en iyi ceza hukukuna ulaşmak değil, ceza hukukuna göre daha iyi olana yani sosyal kontrol araçlarına ulaşmaktır.[1087] Suç davranışının, suçlunun sadece kişisel bir özelliğinden değil de toplumsal faktörlerin etkisiyle ortaya çıkması halinde, hem eylemin failinin hem de toplumun sosyalleştirilmesi ve ahlakileştirilmesinin gereğinden söz edilmektedir.[1088]

Prof. Beşe ve Prof. Geleri, günümüzde suç davranışının önlenmesi konusunu suçların nedenleri ile bağlantılı olarak ele almaktadır. Onlar, önleyici tedbirleri suçların önlenmesi konusuna ilişkin olarak ele almış olsalar da söz konusu önleyici tedbirlerin, hak ihlallerini de kapsayacak şekilde düşünülmesi mümkündür. Başka bir deyişle suçu önleyici tedbir ve yöntemler, aynı zamanda bireylerin başkalarının haklarını ihlal etmelerini de önleyici özelliklere sahiptir. Bunun nedeni, suçları önleyici tedbir ve yöntemlerin, hak ihlallerini de önleyebilme kapasitesidir.

Prof. Beşe ve Prof. Geleri'ye göre; suç davranışı, insanlık tarihinin her döneminde görülen, toplumsal hayatı derinden etkileyen ve nedenleri, artması-azalması, bireylere ve topluma maliyeti ya da önlenmesi için alınacak tedbirler bakımından birden çok bilim dalına konu olan olgulardır. Bireylerin suç işlemesini önlemenin yolu, suçların nedenlerinden geçmektedir. Bu nedenle suçları önleme

---

[1085] Prof. Dr. Ali Nazım Sözer, Ceza Hukuku ve Sosyal Devlet.
[1086] Prof.Dr. Bahri Öztürk, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku.
[1087] Arman Mergen, Kriminoloji; aktaran: Prof. Dr. Ali Nazım Sözer, Ceza Hukuku ve Sosyal Devlet.
[1088] Albin Eser, Ceza Sisteminin Sosyalleşme Amacı Üzerine Düşünceler.

yöntemleri, onların öncelikle nedenlerini tespit ederek azaltmayı, mümkünse tamamen yok etmeyi amaçlayan bir çalışma alanıdır.[1089]

Sosyal kontrol sistemi, erdemli toplumu oluşturmak için önemli araçlardan biridir. Çünkü sosyal kontrol kuramı; suç olgusunu ve hak ihlali davranışlarını bireylerin toplumsal değer ve normlara olan bağlılık düzeyleri açısından ele almaktadır. Yani bu kurama göre; bireylerin toplumsal değer ve normlara bağlılık derecesi ne kadar güçlü ise, onların suç işleme ve başkalarının haklarını ihlal etme eğilimleri de o ölçüde az olur. Hukuk camiasında sosyal kontrol sistemini teknik bir imkân olarak görenler, bireyleri suça iten nedenlerin araştırılması ve suç işlenmeden önce önleyici tedbirlerin alınması bağlamında sadece ceza hukukuna ilişkin olarak sosyal kontrol aracından söz etmektedirler. Hâlbuki bireylerin toplumsal hayatta ortaya koydukları hukuk sistemini ilgilendiren davranışları sadece suç davranışıyla sınırlı değildir. Aksine hukuka aykırı bütün davranışları içine alır. O halde sosyal kontrol kuramı, hem suç davranışlarını hem de bütün hak ihlallerini önleme ve en aza indirme aracı alarak ele alınmalıdır. Böyle olunca sosyal kontrol kuramının, bütün hukuka aykırı davranışların en az seviyede olduğu erdemli toplumu oluşturmada önemli bir araç olduğu söylenebilir.

Sosyal kontrol teorisine göre; bireylerin; aile, okul, arkadaş, din ve ahlak gibi geleneksel toplumsal kurum veya unsurlara bağlılık düzeylerinin güçlü olması, suçlulukta (ve hak ihlali davranışlarında) engelleyici bir işlev görmektedir. Aynı şekilde bireylerin geleneksel kurum ve unsurlara olan bağlılık düzeyleri zayıfladığı ölçüde de, bireylerin suç işleme (ve hak ihlali davranışında bulunma) ihtimalleri artmaktadır. Yani sosyal kontrol kuramı, bireylerin toplumsal kurum ve değerlere olan bağlılığını esas almaktadır. Bu çerçevede; bireylerin aile, okul, arkadaş, din ve ahlak gibi geleneksel kurum ve unsurlara olan bağlılıkları ne kadar fazla olursa, onların suça (ve hak ihlali davranışlarına) yönelme ihtimali de o kadar az olacaktır.[1090] Böyle olunca sosyal kontrol düşüncesi ile hukuk sistemi arasında önemli bir ilişki bulunmaktadır. Dolayısıyla sosyal kontrol sistemini, bireylerin hak ihlali ve suç şeklindeki bütün davranışlarını içine alacak şekilde düşünmek gerekir.

Sosyal kontrol sisteminin daha geliştirilmiş bir şekli, Sampson ve Laub'un (1993) teorisinde kendini göstermiştir. Özellikle bu yaklaşım, çocukların olumlu bir biçimde sosyalleşmelerinde oldukça önemli olan anne-baba ve aile eğitiminin geliştirilmesi ve çocukların ergenlik döneminde geleneksel ve ahlaki değerlere olan bağlılıklarının sağlanmasında etkilidir. Bu anlayışa göre, iyi bir eşe ve istikrarlı bir işe bağlılığın, bireyin **suç yörüngesine** girmesini büyük ölçüde engellediği ifade edilebilir.[1091]

3) SOSYAL KONTROLE DUYULAN İHTİYAÇ

[1089] Prof.Dr. Ertan Beşe-Prof.Dr. Aytekin Geleri, Suç Önleme Modelleri.

[1090] Doç.Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk: Suç Teorileri Açısından Kuramsal Bir Yaklaşım.

[1091] Mazerolle,200; aktaran: Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri
Üzerine Bir Değerlendirme.

Toplumsal düzen ve barışı bozan davranışları, a) Yasalarda 'suç' olarak tanımlanan davranışlar, b) Suç davranışı dışındaki hukuka aykırı diğer eylemler (hak ihlalleri) olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Bunları kısaca 'suç ve hak ihlali' olarak da ifade edebiliriz. Bir hukuk devletinde hukuka aykırı davranışlara (suçlara ve hak ihlaline) karşı ceza ve hukuk yargılaması yoluyla şekli/formel sosyal kontrol sistemi uygulanmaktadır. Yasaların suç olarak tanımladığı eylemler, ceza yargılamasına, hak ihlali niteliğindeki davranışlar da hukuk yargılamasına konu olmaktadırlar.

Toplumsal hayat, sosyal değerler bakımından karmaşık hale gelip bu değerlerin toplum üzerindeki kontrol işlevleri zayıfladıkça, hukuk normlarının uygulanması, yani şekli/formel kontrol süreçleri ön plana çıkar ve yaygınlaşır. Sosyal hayat daha çok hukukileşmeye, yasalaşmaya başlar; yasalarla ve yargı sistemiyle sağlanan sosyal kontrolün yükü artar. İnsanların içlerindeki **vicdan** isimli öz denetim mekanizması etkisini kaybettiği ölçüde ceza adalet sisteminin polis ve jandarmasına daha çok iş düşer. Sosyal değerlerin denetiminden uzak kalan birey ve toplumun kontrol ve denetiminin sadece hukuk ve yargı sistemi ya da yasalarla sağlanması mümkün değildir.

Sapma (suçlar ve hak ihlalleri) kavramı, her türlü sosyal norm ve değerlerin ihlali anlamına gelirken, suç davranışı, sadece yasalarda 'suç' olarak tanımlanmış eylemler demektir.[1092] Tarihten günümüze kadar her toplumda, sapmanın (suç ve hak ihlali niteliğindeki davranışların) varlığını artarak sürdürmesi karşısında, sadece ceza ya da hukuk yargılamasıyla soruna bir çözüm bulmak mümkün değildir.

Bir yandan şeklî/formel sosyal kontrol yöntemi olan ceza ve hukuk yargılama sisteminin, suçlulukla ve hak ihlali davranışlarıyla mücadelede yetersiz kalması, diğer yandan da bütün hukuka aykırı davranışları baştan önlemenin, onun zararlarını telafi etmekten daha iyi olması, hukukçu ve sosyologları son yıllarda şekli/formel kontrolün yanında başka çözüm yolları aramaya yöneltmiştir. Şekli/formel kontrolün yanında başka çözüm yolları konusundaki arayışın, bizi daha isabetli sonuçlara götürmesi bakımından öncelikle insanların suçların ve hak ihlali davranışlarının nedenlerini belirtmekte yarar vardır. Sapmanın/hukuka aykırı davranışlarının nedenleri tespit edildiğinde, onların her biri ile mücadele etmenin özel yöntem ve şartlara sahip olması gerektiği görülecektir.

Toplumsal kültürü oluşturan unsurların birbirlerini tamamlayamamış ya da toplum bireylerinin beslenme, barınma ve neslinin devamını sağlama gibi temel zorunlu ihtiyaçlarının tam olarak karşılanmamış olması durumunda bireyler kişilik bütünlüğünü kazanamazlar. Bu ise insanların sapkın davranışlara yönelmesine neden olabilir. Burada sapma bakımından önemli olan konu şudur ki, bireylerin temel zorunlu ihtiyaçları açısından topluma katılması, katkıda bulunması ve diğer bireylerden yararlanabilmesidir. Bu ise, bireylerde sosyalleşme eğiliminin geliştirilmesi ve bireylerin sosyalleşme sürecine tabi tutulması demektir ki, bireyler sosyalleştiği ve toplumun sosyo kültürel, sosyo ekonomik imkânlarını paylaştığı ölçüde sapkın davranışlardan uzak kalabilir.[1093]

[1092] Prof.Dr. Tülin İçli, Sosyal problem, Sapma ve Suç.
[1093] Doç.Dr. Nihat Nirun, Sosyal Sistemlerde Sapmalar.

Hemen belirtilim ki sosyal kontrol, hukuk sisteminin yükünü azaltır. Bir toplumda adalet, barış, huzur ve düzeni sağlamak için elbette iyi hukuk kurallarına ihtiyaç vardır. Ancak sadece hukuk kurallarının bulunması, iyi bir hukuk sistemi için yeterli değildir. Bunun yanında toplum bireylerinin hukukun üstünlüğüne inanmaları, bunu hayatlarında üstün bir değer olarak kabul etmeleri, onların vicdanlarında haklara uygun davranılması konusunda ahlaki bilincin oluşması gerekir. Kısaca, toplumsal işlevlerini yerine getiren iyi bir hukuk sistemi için; hukukun, uyulması gereken üstün bir değer olduğuna ilişkin bireylerde toplumsal bilincin yani hukuk kültürünün varlığı şarttır. Bugün ağır iş yükü nedeniyle etkinliğini yitiren hukuk ve yargı sisteminin iş yükü sorununu temelden çözümlemenin yolu, iyi hukuk kurallarının yanı sıra toplum bireylerinin hukuk ve ahlak bilincine sahip olmasından geçer. Çünkü bir toplum suç ve hukuki uyuşmazlık üreten bir bataklık haline gelmişse, bu bataklığı kurutmak için köklü tedbirler almak en temelli çözüm yolu olarak görünmektedir. Bu da hukuk başta olmak üzere bütün toplumsal değerlere bağlılığın artırılmasının önemini gösteriyor.

Sosyal kontrol yaklaşımı, bireylerin çocukluk döneminde iç kontrol sisteminin (vicdanının) yeterli gelişmeyişi ya da bu sistemin sonradan işlevselliğini yitirmesiyle aile, okul ve arkadaş ortamlarında kazanılan sosyal rollerin birbiriyle çatışması gibi faktörlerin, bireyin suç davranışı ya da sapkın tutum geliştirmesinde etkili olduğunu savunmaktadır.[1094]

Bir toplumda sadece iyi hukuk ve iyi hukukçunun bulunması ideal hukuk sistemi için gerekli ama yeterli değildir. İyi hukuk ve hukukçuların yanında toplumun erdemli bireylerden oluşması gerekir. Hak ve adalet ilkelerine bağlı erdemli bireylerden oluşan bir toplumda suçlar ve diğer hukuka aykırı davranışlar tamamen yok edilemezse de en az düzeye ineceğinden hukuk ve yargının iş yükü de azalacaktır. Bugün bütün dünyada suç ve suçluluğa karşı ceza hukuku kapsamında şekli (formel) kontrol ve müdahale yöntemi olan ceza adalet sistemlerinin ve hak ihlallerine karşı hukuk yargılama sistemlerinin aşırı iş yükü nedeniyle tıkanma noktasına geldiği düşünülürse, konunun hukuk sistemi açısından önemi daha iyi anlaşılabilir.

Sosyal kontrol yaklaşımının çağdaş öncülerinden Hirschi (1969), bireyin toplum değerlerine olan bağlılığını; katılma, bağlılık ve inanç unsurları üzerinden incelemektedir. Ona göre; insanlarda özellikle ahlak ve hukuka olan inancın yetersizliği, gençlerde özellikle aileye ve okula yeterli düzeyde bağlılığın olmaması, bireylerde eğitim ve meslekteki başarı konusunda yetersizlik ve sosyal faaliyetler gibi geleneksel aktivitelere yetersiz katılım suçlulukta etkili faktörlerdir.[1095]

Aslında hak ve hukuk bilincine sahip erdemli toplum oluşturma düşüncesi, sırf ceza adalet sisteminin ya da daha genel ifadesiyle yargının aşırı iş yükü nedeniyle

---

[1094] Williams III ve McShane, 1999; aktaran: Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine Bir Değerlendirme.

[1095] Adler,1995; Hagan,1991; Siegel,1989; Bohm,1997; Liska,1987; aktaran: Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine Bir Değerlendirme.

tıkanma noktasına gelmesi kaygısından ortaya çıkmış olamaz, olmamalıdır. Asıl olan, adalet duygusuna sahip erdemli bireylerden oluşan ve sapma niteliğindeki davranışların olmadığı ya da en aza indiği erdemli bir toplum oluşturmaktır. Erdemli toplum kurma işi, toplumsal hayat için hem akli ve hukuki hem de insani ve ahlaki gerekçelere dayanan bir hedef olmalıdır. Bu hedef gerçekleştirildiği ölçüde hem hukuk alanında hem de diğer bireysel ve toplumsal alanlarda olumlu sonuçlar da ardından gelecektir.

Gottfredson ve Hirschi, suçluluğu 'düşük benlik (kişilik) denetimi' kavramı ile açıklamaktadırlar. Onlara göre **düşük benlik** denetimi, insanların yetersiz yetişme biçimiyle ilgilidir. Bilindiği gibi insandaki benlik gücü, kişinin hayatta karşılaştığı dıştan ve içten gelen baskı ve zorlamalar karşısında gösterdiği dayanıklılık halidir. Benlik gücü düşük olan bireylerde olaylar karşısında daha saldırgan tutum, ani ve ölçüsüz davranışlar, sorunlara karşı çözümden yana olamama gibi özellikler görülebilir. Yeterli düzeyde sosyalleşmeyen bireyler, düşük bir benlik denetimine sahip oldukları için, yani kendilerine dıştan ve içten gelen baskı ve zorlamalar karşısında sağlam bir kişiliğe ve vicdana sahip olamadıklarından, suç işlemeye daha eğilimli olmaktadırlar. Düşük benlik denetimi kısaca; bilinçsiz davranış içinde olmak, duygusuzluk, kısa görüşlülük, maceraya düşkünlük, suç mağdurlarına karşı kayıtsızlık yani acı ve ıstıraplara ilgisizlik, bencillik ve şiddete eğilimli olmak gibi faktörlerle yakından ilişkilidir.[1096]

Kısaca, sapma diye tanımlanan hukuka aykırı bütün davranışların en aza indirildiği erdemli toplumu oluşturmanın günümüzdeki medeni, insani yöntemlerinden biri sosyal kontrol sistemi olabilir. Çünkü oldukça geniş bir içeriğe sahip olan sosyal kontrol düşüncesi, suçların ve hak ihlali niteliğindeki davranışların nedenlerini araştırma ve bu davranışların ortaya çıkmasını ve tekrarlanmasını önleme çabalarına ilişkin bir sistem olup, sosyal düzeni sağlama ve sürdürmeyi sağlayacak her şeyi içermektedir.[1097]

4) SOSYAL KONTROL VE ÖZGÜRLÜKLER

Sosyal kontrol sistemi içinde bireysel özgürlükler konusu önem taşımaktadır. Sosyal kontrol, insanlara bakış açısı kazandırıp değer aşılayarak onları hukuka aykırı davranışlardan uzak tutmayı amaçlayan bir sistem ve uygulamalar bütünü olduğuna göre, bu çerçevede yürütülen uygulamaların özgürlüklere ters düşebileceği ihtimalini de dikkate almak gerekir. Sosyal kontrolün bazı türleri devletin gücü ve kamusal faaliyetlerle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle sosyal kontrol sistemiyle bireysel özgürlükler arasındaki dengenin iyi kurulmasına özen gösterilmelidir.

[1096] Gottfredson ve Hirschi,1996; Barlow,1993; aktaran: Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Sosyolojik Suç Kuramlarının Suç
Olgusunu Açıklama Potansiyelleri Üzerine Bir Değerlendirme.

[1097] Yrd. Doç.Dr. Rahşan Balamir Bektaş-Yrd. Doç.Dr. Ayça Gelgeç Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol Söyleminin
Değişen Görünümleri.

Medeni devletler, toplumsal norm ve değerlerden uzak olan kişileri, eğitim sistemi ve her türlü kitle iletişim araçları yoluyla; toplumda barış, güven ve düzeni sağlamaya yönelik olarak sosyal norm ve değerleri içselleştirmeye, yasaların uygulanmasını ve herkesin sosyal kurumlar içerisinde yer almasını sağlayarak etrafına zarar vermeyen, yararlı olan bireyler haline getirmeye çalışırlar. Ancak bunu yaparken temel insan hak ve özgürlüklerine uygun davranırlar. Bu yönüyle sosyal kontrol, bireylerin temel, vazgeçilmez özgürlüklerini koruma altına almak şartıyla, onların davranışlarını sınırlayıp yönlendirerek, toplumun norm ve değerlerine uyumunu sağlayan bir süreç olmalıdır.

Sosyal kontrol, bir toplumda sosyal hayat için potansiyel tehdit ve sorun oluşturan kişi ya da grupların sapkın davranışlarını desteklememek, hatta kısıtlamak ve engellemek için çeşitli sistem ve tekniklerin kullanılması[1098] şeklinde tanımlandığına göre, bireysel özgürlüklerle olan ilişkisinin ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır. Burada özgürlükler açısından yapılması gereken; sosyal kontrol uygulamalarının amacı olan sapmayı önlemede, öncelikle 'sapkın' davranışların ne olduğunun doğru belirlenmesi, ikinci olarak da sosyal kontrol araçlarının doğru bir biçimde kullanılmasıdır. Sosyal kontrol çerçevesinde işlev görecek olan bütün proje, tedbir ve araçlar, şekli olmayan (enformel) bir yöntemle ve genel olarak rızaya, gönüllülük esasına ve bireylerin ikna edilmesine dayalı olduğundan, özgürlüklere zarar vermeyecektir.

Aslında sosyal kontrol; batıda 18. yüzyılın sonunda gelişen modernizm akımıyla din, ahlak ve değerlerin bireyler üzerindeki etkisi zayıflayınca ortaya çıkan, toplumların nasıl yönetileceği ve bireyler arasındaki toplumsal bütünleşmenin nasıl sağlanacağı sorununu çözmek için geliştirilen bir mekanizmadır. İlk ortaya çıktığı dönemlerde; toplumda yabancı ve toplumun kiri olarak tanımlanan herkese karşı yasaların uygulanmasını, kitle iletişim araçları aracılığıyla toplumsal normların içselleştirilmesini ve herkesin toplumsal kurumlar içinde yer almasını sağlayarak onları istediği standartlara sahip bireyler haline dönüştürmeyi amaçlayan bir sistem olarak görülür. Kısaca bu dönemde sosyal kontrol, gücü elinde bulunduranların; çıkar gruplarının, elitlerin kendi çıkarları ve ideolojileri doğrultusunda uygulanmaya başlamıştır.[1099]

Tarihi süreç içinde sosyal kontrolün anlam ve içeriğinin değişmesiyle birlikte farklı sosyal kontrol stratejilerinin geliştirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Buna göre toplumsal düzeni bozacağı düşünülen bütün sosyal sorunlar, sosyal kontrolü gerekli hale getirmiştir. Öyle ki, toplumsal düzeni sağlamak, sosyal kontrolün temel niteliği haline gelmiştir.

Bu çerçevede suç oranlarındaki artışın, enformel (biçimsel olmayan) sosyal kontrolün etkisini yitirmesiyle bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Bu durum, günümüz toplumlarının en önemli sorunlarından biri olan suçları önlemede

---

[1098] Edwards, 1998; aktaran: Dr. Rahşan Balamir Bektaş-Dr. Ayça Gelgeç Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol
Söyleminin Değişen Görünümleri

[1099] Dr. Rahşan B. Bektaş-Dr. Ayça G. Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol Söyleminin Değişen Görünümleri.

kullanılan kontrol stratejisinin enformel kontrol mekanizmaları olduğunu göstermektedir. Ancak enformel sosyal kontrol uygulaması, farklı birey ve gruplar tarafından yürütüleceğinden aynı suç davranışına farklı yaptırımların uygulanmasına, bunun da adaletsizliğe yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca Bauman'a (2000, s. 14-22) göre, modernizmin bir özelliği olan aşırı düzen anlayışı, özgürlükleri kısıtlayan bir içerik taşıyabilir.[1100] Bu eleştirilerde haklılık payı olmakla birlikte bunun, enformel sosyal kontrolün önemini ortadan kaldırdığı söylenemez. Eleştirilerde dile getirilen kaygılar, sosyal kontrol uygulamalarıyla özgürlükler arasında gerekli denge sağlanarak giderilebilir. Kaldı ki bu tür adalet ve özgürlük kaygıları, resmi/biçimsel (formel) sosyal kontrol sistemi için de söz konusu olabilir. Sonuç itibariyle toplum, bireylerin rast gele, sorumsuzca yaşadıkları bir ortam değil, belirli kurallara bağlı olarak yürüyecek birlikteliktir. Sosyal kontrol sistemi çerçevesinde yapılacak bütün faaliyetler ve kullanılacak bütün araçlar, etiksel değerlere, doğru hukuka ve anayasalarda genel çerçevesi çizilen temel hak özgürlüklere uygun bir biçimde yürütülmelidir.

5) SOSYAL KONTROL BİR TOPLUM MÜHENDİSLİĞİ DEĞİLDİR

Sosyal kontrol, sosyal norm ve değerler aracılığıyla toplumsal barış ve düzeni sağlayan bir sistem olup, bireylerin baskıcı bir yöntemle hizaya getirilmesi durumunu ifade etmez. Aksine sosyal kontrolün bütün boyut ve süreçleri, bireylerin rızalarına dayalı, özgür iradelerine uygun olmalıdır. Bu nedenle sosyal kontrol, toplum gerçekliğine dayanmayan bazı bireysel tercihlerin topluma zorla kabul ettirilmesi anlamına gelen toplum mühendisliği değildir.

İnsanoğlu, fen bilimleri ve teknolojideki gelişmeler sayesinde doğadaki bütün olayları kendi amaçları doğrultusunda kullanabileceğini düşünmektedir. Bu düşünceden cesaret alan bazı sosyal bilimciler, tarihin belirli dönemlerinde toplum mühendisliğine heveslenmişler, özellikle Comte'un pozitivizmi ile Marx'ın toplum anlayışı bu tür bir mühendisliğin doğuşunda büyük rol oynamıştır. Her iki düşünür de, bireylerin iradelerini ve seçme özgürlüğünü devre dışı bırakıp, bütün toplumlara uygulanabilecek zorunlu davranış kalıplarının bulunduğunu ileri sürerek, toplumlara kolayca yön verilmesini amaçlayan bir sosyal geleneğin doğmasına yol açmıştır. Bu tür yaklaşımlar, toplum mühendisliği yapma düşüncesini özendirmiş, ayağı yere basmayan bazı sosyal bilimciler, bu kavramın cazibesine kapılarak tutarsız ve temelsiz ama renkli ve cazip teoriler ortaya koymuşlardır.[1101]

Sosyal norm ve değerler aracılığıyla topluma yön verilmesi; toplumun doğal akışı yönünde olduğu sürece toplum mühendisliği olarak nitelendirilemez. Çünkü sosyal norm ve değerler, uzun bir tarihi süreç içinde oluşarak toplumun çoğunluğu tarafından benimsenen ortak değerler olduğundan, toplumun tarihsel, doğal ve kültürel doğrultusuna uygun düşerler. Toplum mühendisliği ise, toplumla uyuşan

---

[1100] Dr. Rahşan B. Bektaş - Dr. Ayça G. Bakacak, Modernitenin Sosyal Kontrol Söyleminin Değişen Görünümleri.

[1101] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Toplum Mühendisliği Mümkün mü.

böyle bir gerçeklik aranmadan doğrudan doğruya kişisel tercihlere göre oluşturulmuş sosyal projelerin topluma zorla kabul ettirilmeye çalışılmasını anlatır.

Toplumlar karmaşık ve çok boyutludur. Sosyal olaylar, gerçek mühendislerin yaptığı gibi gönye, cetvel ve terazilerle ölçüp biçilmeye uygun değildir. Diğer varlıklardan farklı olarak bireyler, toplumlar, duygu ve düşüncelere sahiptirler. Bu nedenlerle sosyolojik açıdan toplum mühendisliği kavramının toplumsal gerçeklikle bağdaştığı söylenemez.[1102]

Bugün toplum bilimi olan sosyolojinin temel amacı, toplumu bütün boyutlarıyla doğru tanımlamak, toplumsal sorunları anlamak ve elde edilen sosyolojik verilerin ışığında onlara çözüm bulmaya çalışmaktır. Yoksa bazılarının bireysel tercihlerine göre topluma şekil verme, onları belirli kalıplara sokma hayali olmamalıdır. Bu durum, insan ve toplum doğasına aykırı olduğu için insana ve topluma huzur ve mutluluk da getirmez.

Toplumları istenilen kalıplara sokmaya çalışmak, aynı zamanda tehlikelidir. İnsanın doğa ve fen bilimlerinde nesne ve diğer varlıklar üzerinde kurduğu türden bir kontrol ve egemenlik, insan toplumları üzerinde kurulamaz, kurulmamalıdır. Halka rağmen topluma düzen verme projeleri tarihten günümüze kadar hiçbir zaman başarılı olamamıştır.[1103]

Sosyal kontrol, bir toplum mühendisliği değildir. Sosyal kontrol, toplumda sapma (hak ihlali ve suç) niteliği taşıyan davranışların, sosyal sorumluluk duygusu çerçevesinde, toplumsal değerler, kurumlar ve kuruluşlar aracılığıyla ve enformel yöntemle önlenmesi sistemidir. Sapma niteliğindeki davranışları önleyerek toplumsal barış ve düzenin sağlanmasında işlev gören sosyal kontrolde farklı otorite merkezlerinin rol alması ve farklı araçların kullanılması söz konusu olmakla birlikte, sosyal kontrol mekanizmasının genel çerçevesi, adalet, insan hakları ve etiksel değerler olması halinde, bu sistemin bir adaletsizlik ya da haksızlığa neden olmayacağı söylenebilir. Sosyal kontrolün en önemli aracı olan sosyal değerlerin nitelikleri ve kabul edilebilirlik ölçüleri kitabın ilgili bölümlerinde geniş olarak açıklanmıştır.

6) SOSYAL KONTROL VE 'SOSYAL HUKUK DEVLETİ' İLKESİ

Bir ülkede suç ve suçluluk sadece ceza hukuku araçları ile önlenemez. Bu nedenle demokratik ülkelerin anayasalarında 'sosyal hukuk devleti' kavramı yer almıştır. Ceza hukukunun, hatta daha geniş ifadeyle hukuk sisteminin, sosyal siyaset tedbirlerinden dolayı 'sosyal devlet' kavramıyla yakın ilişkisi bulunmaktadır.

'Sosyal hukuk devleti' ilkesi, herkese, içinde yaşadığı ülkenin imkânlarına uygun bir hayat düzeyi sağlamayı görev bilen devlet anlayışını ifade eder. Bu ilkeyi benimseyen devletler, bireylerin insan onuruna uygun bir hayat düzeyi sağlamak, sosyal adaleti sağlamak ve sosyal güvenlik ihtiyaçlarını karşılamak konusunda

---

[1102] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Toplum Mühendisliği Mümkün mü.

[1103] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Toplum Mühendisliği Mümkün mü.

kendilerini görevli sayar. Bu nedenle toplumsal hayatta bireyleri sapma (hak ihlali ve suç) niteliğindeki davranışlara karşı koruyacak sosyal politikaları planlayıp yürütmek, sosyal devlet ilkesini benimseyen devletler için bir yükümlülüktür.[1104]

Sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı bir kavram da sosyal adalettir. Sosyal hukuk devletinin amacı sosyal adaleti sağlamaktır. Sosyal adalet, bir ülkede üretim ve gelir dağılımının etiksel ilkelere uygun olarak gerçekleşmesidir. Bir toplumda sosyal adalet sağlanamazsa, gelir dağılımında adaletsizlik ortaya çıkacak ve buna bağlı olarak toplumda vurgun, soygun, gasp, hırsızlık, yolsuzluk, rüşvet, vergi kaçakçılığı, hak ihlalleri gibi sapma niteliğindeki davranışlar artacaktır. Bu nedenle bir hukuk sisteminde sosyal adaleti sağlanmak, birçok suçlara ve hak ihlali davranışlarına engel olaca-ğından, bir toplumda sosyal adaleti gerçekleştirmek, vicdani ve ahlaki bir görevdir.[1105] Uyguladığı sosyal politikalarla sosyal adaleti sağlayan bir devlet, bu ahlaki ve vicdani görevi yerine getirirken aynı zamanda önemli bir sosyal kontrol işlevi görmüş olmaktadır. Günümüzde sosyal hukuk devleti ilkesi, demokratik ülkelerin anayasalarında yer almakta ve bu durum, o ülkeler için bir saygınlık nedeni sayılmaktadır. Hatta izlenilen sosyal politikalar, bir devletin gelişmişlik düzeyini gösteren güvenilir bir ölçüt olarak görülmektedir.

Doğru ve gerçekçi bir biçimde hazırlanıp uygulanan sosyal politika, ekonomik ve kültürel faaliyetlerin ortaya çıkaracağı bir takım olumsuzlukları gidermeye yönelik karar ve uygulamaları konu alır. Bu nedenle sosyal politikalar, toplumu oluşturan bireyler arası adaletsizliğin giderilmesini amaçlayan bir sosyal denge bilimi olarak da tanımlanabilir. Bir ülkede çalışma ve hayat şartları iyileşir, refah düzeyi yükselir, toplumun imkânları adilce paylaşılırsa insanlar mutlu olurlar. Mutlu insanların yaşadığı bir ülkede ise, hak ihlali ve suçlar gibi hukuka aykırı davranışların en az düzeye ineceği söylenebilir.[1106]

Günümüzde ekonomik ve sosyal politikaların, hukuk ve yargı sistemleriyle önemli ilişkiler içinde olduğunu ya da olması gerektiğini belirtmeliyiz. Ekonomik ve sosyal dengesizliklerin ya da bireyler arası eşitsizliklerin bulunduğu bir toplumda, bunun olumsuz sonuçları sadece ekonomik olaylarla sınırlı kalmamaktadır. Ekonomik ve sosyal sistemdeki bozukluklar, suçluluğu ve diğer hukuki uyuşmazlıkları artırarak hukuk ve yargı sistemi üzerinde büyük bir yük oluşturur.

Suçluluğu ve diğer hukuki uyuşmazlıkları en aza indirecek, toplumsal barış ve düzeni sağlayacak ekonomik ve sosyal politikalar aynı zamanda ahlaki bir nitelik taşır. Bir ülkede izlenen ekonomik ve sosyal politikalarla, toplumsal hayatın ekonomik ve sosyal dengelerinin kurulmasına çalışılır. Bu özellik, sosyal kontrol ve sosyal politikalara, bir sanat ve ahlak boyutu kazandırmaktadır.[1107]

B) SOSYAL KONTROL TÜRLERİ

[1104] Prof. Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.
[1105] Prof.Dr. Ali Özgüven, Sosyal Adalet.
[1106] Prof.Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.
[1107] Prof.Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.

Sosyal kontrolü, sosyal hayatı düzenleyen norm ve değerlerden sapma (suçlar ve hak ihlalleri) niteliğindeki davranışları çeşitli ödüllendirme ve cezalandırma süreçleri ile önleyen ve bu şekilde toplumda düzeni sağlayan bir sistem olarak tanımlamıştık. İki tür sosyal kontrol vardır; birincisi şekli (formel) sosyal kontrol, ikincisi şekli olmayan (enformel) sosyal kontroldür. Birbirleriyle adeta iç içe girmiş olan sosyal kontrolün bu iki türü, genel olarak bireylerin toplumsal davranışlarını denetlemeye yöneliktir.[1108]

Şekli/formel sosyal kontrolde; biri ceza yargılaması, diğeri ise hukuk yargılamasıyla sağlanan sosyal kontrol olmak üzere iki türünden söz edilebilir. Şekli sosyal kontrol, ceza hukuku kapsamında gerçekleştirilen kontrol biçimidir ki, kullanılan araçlar yargı organları; ilk derece ve yüksek mahkemeler, adli kolluk, icra ve infaz kurumlarıdır. Hukuk literatüründe şekli sosyal kontrol kavramı, sadece ceza hukuku kapsamında gerçekleşen sosyal kontrol ile sınırlandırılmış olmakla birlikte, hukuk davalarına bakan ve hukuki uyuşmazlıkları nihai olarak çözümleyen mahkemeler, yaptıkları yargılama faaliyetiyle haklı olanlara haklarını teslim etmeleri nedeniyle şekli bir kontrol işlevi gördükleri bir gerçektir. Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü için hukuk mahkemesinde karar verilip kesinleştiğinde devlet otoritesini temsil eden infaz kurumu tarafından, başkalarının haklarını ihlal edenlerden haklar alınır ve hakları ihlal edilen kişilere iade edilir. Böylece hukuka aykırılık giderilmiş, ihlal edilen hak yerini bulmuş, bozulan kamu düzeni onarılmış ve hukuk yargılaması yoluyla sosyal kontrol sağlanmış olur. Dolayısıyla şekli sosyal kontrolü, hem ceza hukuku hem de medeni hukuk kapsamında düşünmek gerekir. Bu durumda bireylerin ortaya koydukları davranışlardan hem suçlar hem de hak ihlalleri, şekli sosyal kontrolün konusunu oluşturmaktadır.

Sosyal kontrolün ikinci ve önemli bir türü, şekli olmayan/enformel sosyal kontrol tedbirleridir. Ceza hukuku kapsamı dışında kalan ve genel olarak suç işlenmeden ya da haklar ihlal edilmeden, başka bir ifadeyle hukuka aykırı davranışlar ortaya çıkmadan ve bu davranışları önlemek için uygulanan sosyal kontrol tedbirleridir. Tıptaki koruyucu hekimliğe benzer bir nitelik arz eden şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol, sapma ortaya çıkmadan, yani henüz suçlar işlenmeden ve haklar ihlal edilmeden uygulanan tedbirler sistemi olduğundan toplum, sapma davranışı ile ortaya çıkabilecek bireysel ve sosyal maliyetlerle karşılaşmayacaktır. Bu nedenle şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol, şekli/formel sosyal kontrole göre daha üstündür.

Enformel (şekli/biçimsel olmayan) sosyal kontrol, sapma niteliğindeki bütün davranışların, toplumsal kurum ve kuruluşlar, sosyal değerler, medya ve diğer araçlar yoluyla önlenmeye çalışıldığı bir mekanizmadır. Enformel sosyal kontrol, suçları ve hak ihlallerini henüz ortaya çıkmadan önlemeyi amaçladığından telafi edici şekli (formel) sosyal kontrolden ayrılarak önleyici niteliği ile öne çıkmaktadır. Ayrıca kullandığı araçlar ve uyguladığı yöntemler bakımından da şekli (formel) sosyal kontrolden ayrılmaktadır. Kısaca ifade ettiğimiz sosyal kontrol türlerini daha geniş olarak açıklamakta yarar bulunmaktadır.

[1108] Prof.Dr. Tülin Gülşen İçli-Prof.Dr. Esra Burcu, Toplumsal Kontrol, Suç ve Sapma.

1) ŞEKLİ (FORMEL) SOSYAL KONTROL

1.1) ŞEKLİ SOSYAL KONTROL ARACI OLARAK CEZA ADALET SİSTEMİ

Suç davranışına karşı en eski sosyal kontrol türü, ceza hukuku aracılığıyla gerçekleşen şekli sosyal kontroldür. Suçlara karşı ceza hukuku kapsamındaki müdahale sisteminin **araçları** ise; yasalar çerçevesinde karar veren adli organlar; hâkimlerin ve savcıların görev yaptığı mahkemeler, suçu önleyici tedbirleri almakla yükümlü olan ve suçluları yakalayıp yargı kurumlarına teslim etmekle görevli kolluk kuvvetleri, temyiz mercileri, cezanın infaz edildiği ceza infaz kurumları, yani cezaevleridir.

Suç, toplumsal düzen ve uyumu bozan, bireyler arası dayanışma bağını koparan ve sosyal yapıyı temelinden sarsan bir sosyal sorun olarak tarihin ilk dönemlerinden beri araştırmacıların ve bilim adamlarının dikkatini çekmiştir. Bireylerin canına, malına, namusuna, toplumsal düzene yönelik davranışlar sosyal sistemin bütünlüğünü tehdit eder. Çünkü suç, sadece sıradan bir hukuk ihlali değil, aynı zamanda toplumun barış, düzen ve refahına ters düşen davranıştır.[1109]

Suç denildiğinde ilk akla gelen şüphesiz ki, ceza yaptırımı, ceza adalet sistemi ve suçluların cezalarını çektikleri cezaevleridir. Suç davranışlarına karşı ceza hukuku kapsamında uygulanan yaptırımın amacı, ceza hukuku kurallarının ihlaliyle bozulan toplumsal dengeyi düzeltmek ve zararı telafi etmektir. Görülüyor ki, ceza hukuku kapsamında yapılan müdahalenin bu noktada en başta gelen işlevi, telâfi edici, zarar giderici olmaktır. Ceza hukukunun telafi edici bu işlevi, suçu işleyenlerin davranışlarını düzeltmek değil, öncelikle bozulan toplumsal barış ve güveni telafi etmeye yöneliktir. O halde klasik ceza hukuku anlayışına göre, ceza hukuku kapsamında yürütülen şekli (formel) sosyal kontrolde birinci öncelikli hedef, telafi etmek ve zararı gidermek olup suçlu kişilerin düzeltilmesi ya da bireylerin suç işlemesinin önlenmesi değildir.[1110] Ancak yeni ceza hukuku anlayışında, suç ve suçluluğa karşı ceza hukuku kapsamında yapılan müdahalelerin bütün araçlarıyla birlikte iyi işleyen bir yapıya sahip olması yanında, suçun nedenleri üzerine yoğunlaşarak, önceliğin suç siyaseti ve sosyal kontrol tedbirlerine verilmesi ve ceza hukuku kapsamında yapılacak müdahaleye son çare olarak başvurulması düşünülmektedir. Başka bir deyişle suç davranışına karşı bütün unsurlarıyla birlikte iyi işleyen bir ceza adalet sistemiyle suçlular cezalandırılırken, bundan daha öncelikli olarak suçları önleyici tedbirler üzerinde yoğunlaşma daha makul ve etik bir yaklaşım olarak görülmektedir. Ceza hukukundaki bu yeni anlayış biçimine aşağıda ilgili bölümde daha geniş olarak yer verilecektir.

a) Suçun Niteliği ve Sosyal Kontrol

Genel olarak toplumda sapma niteliği taşıyan davranışların ve özellikle de suç olgusunun doğru tanımlanması, ona karşı geliştirilecek mücadele yöntemleri bakımından büyük önem taşımaktadır. Suç bilimi dalında, suç ve suçluluk olgusunu

[1109] Prof.Dr. Tülin İçli, Sosyal Problem, Sapma ve Suç.
[1110] Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.

tanımlamaya çalışan çok sayıda düşünce akımı olduğu söylenebilir. Bu akımların ortak bir özelliği, suç olgusunu genellikle tek yönlü ve sınırlı faktörlerle açıklamış olmalarıdır.[1111]

Suç ile ceza ilişkisi konusunda iki aşırı görüşten söz etmek mümkündür. Birincisi, cezaların suçlu üzerinde hiçbir iyileştirme yapmadığını, suçluyu damgaladığını, dolayısıyla tamamen kaldırılması gerektiğini ileri süren görüş; ikincisi ise, sosyal politikalara kapalı, suç ve suçluya karşı sadece ceza hukuku araçlarına (polisiye tedbirlere) başvurulması gerektiğini ileri süren görüştür. Bu aşırı görüşlerden sadece birini temel alarak iyi bir hukuk sistemi tesis ederek sosyal düzen ve kontrolü sağlamak mümkün değildir.

Artık günümüzde suç olgusunun tek yönlü ve sınırlı faktörlerle izahı yetersiz görülmektedir. Bu çerçevede son dönemlerde suç ve suçluluğun nedenlerini belirleyip ortadan kaldırma, böylece suçu kontrol etmeye ve ta baştan önlemeye yönelik olarak yeni görüş ve yöntemler geliştirilmektedir.[1112]

Suç olgusunu inceleyen araştırmalar, günümüzde sosyoloji ve ceza hukuku alanında önemli bir yer tutmaktadır. Son yıllarda bu konuda geliştirilen yeni bilimsel çalışmalar, bütüncül bir yaklaşım sonucu birden fazla teorinin bir araya getirilmesiyle oluşturulan modellerdir. Bu bütüncül yaklaşımın temel özelliği, suç olgusunu (sadece ceza hukuku açısından değil) çok sayıda bireysel ve toplumsal faktör bağlamında ele alıp açıklamasıdır. Farklı suç türlerinin (cinayet, hırsızlık, dolandırıcılık, rüşvet, uyuşturucu ve bilişim suçları, tecavüz, gasp v.b) tek yönlü veya sınırlı faktörler bağlamında ele alınması, suç olgusunu tam ve doğru olarak anlamayı imkânsız kılmaktadır.

Suç; kanunun ihlal edilmesi bakımından hukuki; hangi davranışların suç olduğunun belirlenmesi açısından kriminolojik; topluma zararlı bir eylem olarak kabul edilmesi açısından sosyolojik; bireysel bir davranış olması açısından psikolojik; dini kurallara genellikle aykırı düşmesi açısından dini; ahlaki kurallarla çelişmesi açısından ahlaki bir kavramdır.[1113] Aslında suç olgusu tek boyutlu bir bakış açısıyla tanımlanamaz. Bütüncül ve doğru olan yaklaşım, her bir görüşün doğru yanlarını alıp birlikte değerlendirmek ve tek yönlü aşırılıklardan kaçınmaktır. Suç olgusu, hukuki, kriminolojik, ekonomik, sosyolojik, psikolojik, dini ve ahlaki açılardan çok yönlü olarak, her bir faktör dikkate alınarak ele alınmalı ve sosyal kontrol sistemi buna göre işletilmelidir.

Bilindiği gibi ceza hukukunun yerine getirdiği sosyal kontrol işlevleri; cezanın caydırıcı etkileri, ceza usulünün sağladığı güvenceler olarak ifade edilmektedir. Suç siyaseti ve sosyal politikalardan amaçlanan hedef ise, suçun toplum bakımından olan maliyetini ve suçla mücadelenin gerektirdiği masrafları en aza indirmektir. Ceza hukukunun ikinci seçenek olmasını sağlayacak temel unsur suçun önlenmesidir. Sosyal önleme, bireylerin makul bir sosyoekonomik seviyeye

[1111] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Kriminolojide Yeni Yönelimler.
[1112] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Kriminolojide Yeni Yönelimler.
[1113] Tufan, 2001; aktaran: Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Kriminolojide Yeni Yönelimler.

ulaşmalarını, konut ve çevre bakımından belirli bir hayat düzeyine sahip olmalarını, eğitim ve istihdam/işgücü imkânlarının yeterli olmasını gerektirir.[1114]

Bugün ülkelerin kalkınmışlık seviyesi ekonomik göstergelerle ifade edilmekte ise de, bir ülkede gerçek anlamda kalkınma, o ülkedeki suçluluğun kontrol altına alınarak en az düzeye indirilmesiyle mümkün olabilir. Bu yapılamadığı takdirde, artan suçluluk, suçun mağdurlarına vereceği zararla birlikte, halkın günlük hayatını korku ve endişe içinde geçirmesine, devletin suçluluğa karşı koruyucu tedbirler almasına ve sonuçta, ekonomik kalkınmayla edinilen servetin suçluluğu önlemek için tüketilmesine neden olacaktır. Dolayısıyla asıl kalkınma, suçluluğun mümkün olan en az düzeye indirildiği güvenli bir toplum içinde ekonomik kalkınmadır.[1115]

b) Cezalandırmanın Amaçları ve Cezaevleri

Suç işleyenleri cezalandırmanın başta gelen amaçları; bireyi ve toplumu suç işlemekten caydırmak, suçluyu hapsetmekle suç işleyebilme fırsatını engellemek, işlediği suça karşılık mağdur ve kamu adına suçluya misillemede bulunmak ve suçluyu iyileştirmek (ıslah) olarak belirtilebilir.[1116]

Suç işleyenleri cezalandırmanın yanında, onların ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandı-rılması ve suçluların yeniden sosyalleştirilmesi için cezaevlerinin daha insanileştirilmesi düşüncesi yaklaşık 60-70 yıl önce ceza hukukunun gündemine girmiş, son dönemlerde ceza adalet sisteminin bir unsuru olarak benimsenip cezaevlerinde uygulanmaya başlanmıştır.

Bugün gelişmiş ülkelerde, cezaevlerinin, suçluları cezalandırma yeri olmasının yanında, onlar için ıslah edici faaliyetlerin yürütüldüğü mekânlar olması gerektiği yönünde gittikçe artan bir eğilim vardır.[1117] Cezalandırmanın amaçları arasında caydırıcılık ve suçları önlemek olduğuna göre bu işlevi ne ölçüde yerine getirdiğinin sorgulanması gerekir.

c) Cezanın Caydırıcılığı ve Suçları Önlemedeki Etkisi

Caydırıcılık, ceza hukuku kapsamında gerçekleştirilen kontrolün etkisiyle, bireylerin ceza alacağı veya hapsedileceği korkusuyla suç işlemekten kaçınmasını sağlamaktır. Şüphesiz ki ceza hukuku kapsamında uygulanan şekli (formel) kontrol sistemi var olduğu sürece, caydırıcılığın en üst düzeyde gerçekleşeceği ceza yargılama sisteminin hangisi olduğu yönündeki arayış da devam edecektir.

Sorulması gereken soru, özellikle suçu önleme ve suçla mücadele kapsamında cezalandırmanın ya da cezaevinde hapsetmenin, bireyleri suç işlemekten ne ölçüde engellediğidir. Cezalandırma biçimi olarak hapsetme, bireyleri suç işlemekten caydırabilmekte midir? Nasıl bir cezalandırma biçimi, bireyleri suç islemekten daha çok caydırılabilir veya tekrar suç işlemelerini engelleyebilir? İşlediği suçtan veya suçlardan dolayı cezaevine konulan suçluların, cezaevinden tahliye edildikten sonra

---

[1114] Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.
[1115] Doç. Dr. M. Tören Yücel, Türk Ceza Siyaseti.
[1116] Kifer, 2003; aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi.
[1117] Prof.Dr. Z.Kızmaz, Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi.

yeniden suç işlemelerinde, cezaevinin yapısına ilişkin hangi faktörler etkili olmaktadır? Suçluların cezaevlerinde ıslah edilmeleri veya topluma tekrar uyum sağlayacak biçimde iyileştirilmeleri mümkün müdür?

Cezaevlerinin, bireyleri yeniden suç işlemekten caydırmak ve suç işleme eğilimine sahip olan bireyleri suç işlemekten engellemek gibi bazı temel işlevleri vardır. Ancak, cezaevinden tahliye olan bazı suçluların tekrar suç işledikleri de bilinen bir gerçektir. Bu durum, cezaevinin, bazı mahkûmlar açısından caydırıcı olamadığı ya da cezaevindeki ıslah çalışmalarının yetersiz olduğunu gündeme getirmektedir. Bu nedenle cezanın bireysel önleme etkisi (bireysel caydırıcılık) açısından cezaevi şartlarının sorgulanması gerekir.

Özellikle mükerrer suçluluk oranının gelişmiş ülkelerdeki yüksekliği, cezaevinin suç konusundaki caydırıcı rolünün tartışılmasına yol açmaktadır. İstatistiklere göre; cezaevine gönderilen suçluların %60'ı daha önceden cezaevinde yatmış olan suçlulardır. İngiltere'de hapis cezasını çektikten sonra salıverilen bütün erkeklerin % 60'tan fazlası, ilk suçlarından sonraki dört yıl içerisinde yeniden suç işleyerek tutuklanmışlardır. Cezanın caydırıcılığı konusunda yapılan araştırmalara göre; hapsetme olgusu, toplumun suç işlememiş bireyleri üzerinde daha caydırıcı bir etkide bulunmakta, cezaevinin **özel caydırıcı** (suçluyu caydırıcı) işlevinden çok **genel caydırıcı** (toplum üzerindeki caydırıcı) işlevi daha etkili olmaktadır.[1118]

Suç sorununu önlemede cezaevleri tek başına çözüm değildir. Ülkemizde 450 kapalı cezaevine karşılık, ülkemiz nüfusuna yakın İngiltere'de bu sayı 139, Fransa'da 182'dir. İtalya'da 1986 yılında 700 civarında olan cezaevi sayısı 2000'de 230'dur. Japonya'da kapalı cezaevi sayısı ise 191'dir.[1119]

Cezaevlerinin tek başına suç sorununu önlemede yeterli olmadığı görüşünü teyit eden bir olgu, ülkemizde her yıl tutuklu ve hükümlü sayılarının giderek yükselmesidir. Cezaevlerinde 31.12.2007 tarihi itibariyle 37.608 hükümlü, 53.229 tutuklu olmak üzere toplam 90.837 kişi bulunmaktadır. Tutuklu sayısı toplam mevcudun % 59'unu oluşturmaktadır. Cezaevlerindeki mahpus sayısı 2008 yılında bir önceki yıla göre 12.398 kişi artmıştır. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün 2009 verilerine göre cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlü sayısının toplamı 116.340 kişidir. 2009 yılında yine bir önceki yıla göre artış sayısı 116.340-103. 235 = 13.105 kişidir. O halde Türkiye'de her yıl, bir önceki yılın rakamlarına, yaklaşık on üç bin (13.000) kişi daha eklenmektedir.[1120]

Cezaevlerinin suçluluğu önleme konusunda yetersiz olduğu yönündeki görüşlere karşılık cezaların suçlulukta caydırıcı bir işlev gördüğü yönünde görüşler de vardır. Bu değerlendirmelere göre, cezaların suçları önlemede caydırıcı işlevi bulunmaktadır, ancak bu caydırıcı işlev sınırlıdır. Cezaevlerinin suçluları ıslah edip etmediği konusunda da tartışmalar yapılmış, bu konuda ceza yargılama sistemi ciddi olarak eleştirilmiş, yeni cezalandırma politikaları geliştirilmesi ve daha da önemlisi suçları önlemeye yönelik çalışmalar yapılması gündeme getirilmiştir.

[1118] Giddens, 2000; Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezanın Suçu Önlemedeki Rolü.

[1119] Doç. Dr. M. Tören Yücel, Türk Ceza Siyaseti.

[1120] Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu, Türkiye'de Cezaevleri ve Ceza Politikası, S.Düşünce Enstitüsü Web Sitesi.

Cezalandırma yönteminin, suçlu ve diğer insanlar üzerinde caydırıcılık işlevini tam olarak yerine getirmediği ve hapishanelerin ıslah hedefine ulaşmadığı yönündeki eleştirilerin ciddi ve haklı gerekçelere dayandığı söylenebilir. Bu nedenle ceza adalet sistemi yeniden gözden geçirilerek cezanın caydırıcılığının sağlanması ve cezaevi şartlarının suçluların ıslahı yönünde iyileştirilmesi için gerekli çalışmalar yapılmalıdır.

d) Cezaevlerinin Suçları Önlemede Başarılı Olamamasının Nedenleri

Cezaevlerinin, suçlulukla mücadelede önemli kurumlar olduğu kabul edilmekle birlikte, cezaevlerinin suçluluğu tek başına bütünüyle engelleyemediğini belirtmek gerekir. Bu konuda birçok araştırma yapılmış, cezaevlerinin suçları önlemedeki etkisi konusunda farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bir yaklaşıma göre, cezaevinde sürekli diğer suçlularla etkileşim içerisinde bulunan mahkûmların suça olan eğilimleri daha çok pekişmektedir. Diğer bir yaklaşım da, bireylerin suçlu olarak etiketlenmelerinin onların davranışları üzerinde, bireyin sosyal normlara olan tepkisini pekiştirici yönde bir etkide bulunduğu şeklindedir.

Clemmer, 'Cezaevi Topluluğu' adlı araştırmasında, mahkûmların cezaevindeki 'suçlu kültürüne' benzeşme sürecini tanımlamak için 'mahkûmlaşma' kavramını kullanmıştır. Ona göre, cezaevine giren mahkûmun, cezaevindeki 'suçlu kültürünü' içselleştirerek pekiştirmesi, cezaevinden çıktıktan sonra onun yeniden suç işleme ihtimalini arttırıcı bir etkide bulunmaktadır. Hatta bu durum cezaevlerini, bazı suçlular için adeta **suç okulları** haline getirmektedir. Çünkü mahkûmlar, suçlara ilişkin bazı teknikleri, tutum ve davranışları cezaevlerinde öğrenmektedirler. Clemmer, cezaevinde 'mahkûmlaşmanın' derecesini belirleyen faktörler olarak; öncelikle mahkûmun kişiliği, duyguları gibi kendisinden kaynaklanan nedenleri, ikinci olarak da hücre, koğuş gibi cezaevinde kaldığı yerin özelliği ve cezaevi şartlarını göstermektedir. Giddens da, cezaevinin, suçları önlemede istenilen ölçüde caydırıcı olamamasını, cezaevinin bireyleri toplumdan koparan, yabancılaştıran yapısı ve cezaevinin olumsuz şartları ile açıklamaktadır.[1121] Bu nedenle sadece suçluları cezaevine gönder-meye odaklanmış bir hukuk sisteminin suçlulukla mücadelede yeterli olamayacağı söylenebilir.

e) Cezanın Caydırıcılığı İçin Neler Yapılmalı

Ünlü hukukçu Beccaria, 1764 yılında yayınlanan 'Suçlar ve Cezalar Hakkında' adlı kitabında; cezaların caydırıcı olabilmesi için üç unsurun varlığını gerekli görmüştür: 1) Cezaların kaçınılmaz ve kesin olması: Öyle bir hukuk ve yargı sistemi olmalı ki, suçlu ya da diğer insanlar, bir suç işlediklerinde mutlaka cezalandırılacaklarını, bundan kaçış ve kurtuluşun mümkün olmadığını bilmelidirler. 2) Cezaların sert ve katı olması: Suçlar için tayin olunan cezaların, suç eylemini karşılayacak, mağdurları ve kamuoyunu tatmin edecek şekilde olmalıdır. c) Cezaların çabuk verilmesi: Hızlı işleyen hukuk ve yargı sistemiyle davaların kısa süre içinde sonuçlanarak suçluların gecikmeksizin cezalandırılmalarıdır.

[1121] Clemmer, 1940; İçli ve Öğün, 1999; aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezanın Suçu Önlemedeki Rolü)

Beccaria'nın yüzyıllar önce dile getirdiği bu görüşler, günümüzde de geçerliliğini korumuş ve cezaların caydırıcılığına ilişkin çalışmalara önemli bir dayanak olmuştur.[1122]

Bazı tedbir ve uygulamalarla, suç işleyen kişilerin, yeniden suç işleme ihtimallerinin azaltılması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, özellikle yeni suç işlemeye başlamış bireylerin veya çocukların cezaevlerine gönderilmeleri, onların suçluluklarının daha da pekişmesi gibi ciddi tehlikeler oluşturacağı söylenebilir. Gelişmiş ülkelerde çocuklar cezaevine gönderilmek yerine, ya toplum hizmetlerinde çalıştırılmakta veya çocuk evlerine gönderilmekte yahut gözaltı merkezlerinde özel olarak tedavi uygulamalarına tabi tutulmaktadırlar.

Cezanın caydırıcılığının artırılması için nasıl bir ceza siyaseti uygulanması gerekir, sorusuna çeşitli yaklaşımlar çerçevesinde hukukçular tarafından farklı cevaplar verilmiştir: Bunlardan Livingston'a göre; cezaların caydırıcılık işlevini artırmak için, suçlulara öngörülen cezaların ve cezaevi şartlarının ağırlaştırılması gerekir. Başka bir deyişle cezalar ve cezaevi şartları ne kadar ağır olursa, insanlar o ölçüde suç işlemekten kaçınırlar. Othmani'ye göre ise, Livingston'un görüşlerinin aksine cezaların caydırıcılığını artırmak için cezaevi şartlarının insanileştirilmesi ve iyileştirme faaliyetlerine ağırlık verilmesi gerekir. Başka bir görüşe göre, suçluların cezaevine konulmasına alternatif olabilecek sistem ve kurumların geliştirilmesi gerekir. Bu alternatif sistem ve tedbirlerden bazıları; suçlunun toplum içerisinde gözaltında tutulması, bazı hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi, cezaevindeki suçluların toplum hizmetinde çalıştırılması, suçlu-mağdur uzlaştırma sistemleri ve dünya ülkelerinde giderek yaygınlık kazanan elektronik gözetimdir.[1123] Cezaevindeki mahkûmların toplum hizmetinde çalıştırılması ve elektronik gözetim gibi alternatif sistemler ülkemizde de yasal düzenlemelere konu olmuş ve uygulanmaya başlanmıştır.

Suçluların cezalarını çektikleri yer olan cezaevi, hiç kuskusuz suçun engellenmesi veya kontrol altına alınmasında öne çıkan kurumlardan biridir. Günümüzde cezaevleri, suçla mücadele etmede ve bireyleri suç işlemekten caydırmada en geniş ve etkili şekli (formel) sosyal kontrol yöntemi olarak kabul edilmektedir.[1124] Cezanın, suç işleyen bakımından özel, diğer toplum bireyleri bakımından da genel caydırıcılığından söz edilmektedir.

Suç ve ceza bağlamında, suç işleyen kişi için cezanın özel caydırıcılığını ifade eden bireysel etkisi ile toplum için genel caydırıcılığı ifade eden genel önleme etkisi birbirini tamamlamakta; mahkemece verilen ceza, suçluya eyleminin kötülüğünü anlatmakla kalmayıp diğer kişilere karşı da örnek oluşturmakta ve yasalara uyulması gerektiğini söylemektedir.[1125] Cezai yaptırımlar, her ne kadar bütün bireyleri suç işlemekten caydıramıyorsa da, birçok insanı suç işlemekten belirli

---

[1122] Beccaria, 2004; aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezaevlerinin Suçu Önlemedeki Rolü.
[1123] Giddens, 2000; aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezaevlerinin Suçu Önlemedeki Rolü.
[1124] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezanın Suçu Önlemedeki Rolü.
[1125] Doç. Dr. Mustafa Tören Yücel, Kriminoloji.

ölçülerde caydırdığı inkâr edilemez. Cezanın, bireysel (suç işleyen kişiye) olan etkisi açısından cezaevinin caydırıcılığı bir tartışma konusu olsa da, genel önleme etkisi (yani toplum için genel caydırıcılığı) açısından büyük bir önem taşımaktadır.[1126]

1.2) CEZA ADALET SİSTEMİNE ELEŞTİRİLER

Suçlara sadece ceza hukuku kapsamında müdahale eden sisteme yönelik olarak 1960'lardan itibaren bazı eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştiriler şöyle özetlenebilir: Ceza hukuku kapsamında uygulanan yaptırımlar, suçları önlemede yetersizdir. Suçluların iyileşmelerine ve suç eylemlerinden caydırılmalarına tam olarak yaramamaktadır. İnsanlarda damgalama etkisi yapmakta, damgalanan suçlular tekrar suç işlemektedirler. Suçun temelini oluşturan psikolojik, ekonomik, ahlaki sorunları hesaba katmamaktadır. Ceza yargılama sistemine çok sık başvurmak demokratik devletin temel ilkelerine ters düşmektedir. Cezalandırma öncelikli değil, ikinci derecede bir seçenek olması gerekir.[1127] Bu eleştiriler, suçu önleme ve suçluları caydırmada yeni sosyal tedbir ve çarelerin araştırılmasını gündeme getirmiştir. Bu yeni araştırmaların amacı, ceza hukukunun müdahalesini ikinci bir seçenek ya da son çare haline getirmektir.

Bu nedenle son yıllarda cezai yaptırımlara alternatif çözümlere yönelik olarak önemli bir eğilim oluşmuştur. Bu çerçevede ceza hukuku müdahalesi yanında sosyal siyaset ve kontrolün uygulanması için suç siyasetinin hedeflerini iyice belirlemek gerektiği vurgulanmıştır. Burada yapılması gereken, ceza hukuku çerçevesinde kullanılan araçları yani ceza adalet sistemini tamamen devre dışı bırakmak değil, onun işlevini ikinci derecede bir konuma getirmektir.[1128] Bunun için sosyal adalet anlayışını öne çıkararak sosyal politikalar yoluyla insanları suça iten ya da suçu kolaylaştıran toplumsal etkenleri ortadan kaldıracak sosyal kontrol tedbirlerini hayata geçirmek, bunun yanında kaliteli ve etkin bir ceza adalet sistemi kurarak her iki unsuru denge halinde tutan bir anlayışı hâkim kılmak gerekir.

Sosyal adalet, ceza adalet sistemine ilk bakışta biraz yabancı görülse de bu, onların birbirleriyle ilgisiz olduğunu göstermez. Ceza adalet sistemiyle sosyal kontrol tedbirleri birlikte yürütülebilir. Sosyal kontrol sisteminin bir aracı olan sosyal adalet ile ceza adalet sisteminin birbirini tamamlayan ve destekleyen sistemler olduğu söylenebilir. Çünkü doğru hazırlanmış bir sosyal kontrol sistemi, ceza adalet sisteminin yükünü azaltır. Hukuki uyuşmazlıkların önlenmesi, sadece ceza adalet sistemiyle mümkün olmamakta, ceza adalet sistemi yanında sosyal kontrol aracı olarak toplumda sosyal adaletin yerleşmesi gerekmektedir. Zaten hukukun amacı da, toplumsal hayatta adaletin gerçekleşmesidir.

Aristoteles'e göre; geniş anlamda adalet, faziletin (bilgi ve ahlakın) sosyal hayatın her alanında hâkim olmasıdır. Fazilet, akıl yoluyla ifrat (olumlu aşırılık) ile tefrit (olumsuz aşırılık) arasındaki en doğru yolu bulmaktır.[1129]

[1126] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Cezanın Suçu Önlemedeki Rolü.
[1127] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.
[1128] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.
[1129] Doç.Dr. Arslan Topakkaya, Aristoteles'te Adalet Kavramı.

Dar anlamda adalet, mahkemeyle özdeş hale gelmiş bir kavramdır. Günümüzde 'adalet' denildiğinde daha çok yargılama ve mahkeme akla gelmektedir. Hâlbuki adalet, insan ve toplum hayatının her alanını; aile, okul, resmi ve özel kurumları kapsayan, her alanında etkili bir biçimde uygulanan, bütün insan ilişkilerinde ve her yerde geçerli bir değer olması gerekmektedir. Örneğin bir devlet, toplum hayatında eğitim başta olmak üzere sosyal ve ekonomik faaliyetlerde eşitlik ve adaletin gereklerini yerine getirmiyor; eğitimde eşitliği sağlamıyor, genç nüfusuna istihdam ortamı hazırlamıyor; fakiri, dulu, yetimi, öksüzü, engelliyi koruyacak, onlara sosyal güvence sağlayacak sosyal politikalar uygulamıyorsa, sadece mahkemelerde verilen kararlarla adalet değerine bağlı bir devlet olduğunu iddia edemez. Bu durumda adaleti dar anlamda değil geniş anlamda ele almak gerekir.

Sosyal adalet, ortak iyinin gerçekleştirilmesi amacını güder. Toplumdaki hak ve ödevlerin belirlenmesinde ölçü, bütün toplumun iyiliği ya da ortaklaşa iyidir. Buna göre, her bireye sırf kendi yetenek ve özelliklerine göre hak ettiği değil, aynı zamanda bütünün/toplumun bir parçası olarak kendisine düşen hak ve ödevler verilir. Böylece zayıfların da korunduğu bir düzen kurulur ve geniş anlamda adalet anlayışına bu şekilde ulaşılması mümkün olabilir.[1130]

'Hukuk devleti, hukuk karşısında bütün bireylerin eşitliğini sağlayan devlettir. Böyle bir devlet aynı zamanda üyelerinin ekonomik ve toplumsal ilerlemelerini de garanti altına almalıdır. Bu şartları sağlayan devlet Stein'a göre sosyal devlettir. Özellikle sosyal sigorta, sosyal devletin en önemli gereği olarak değerlendirilebilir. Bu amaç çerçevesinde fakir ve muhtaç insanlara yardım, her insanın varoluşunu devam ettirmek için asgari şartların sağlanması, ekonomik eşitsizliğin mümkün olduğunca giderilip; asgari refahın sağlanması ve ekonomik büyümenin desteklenerek bu refahın toplumun bütün kesimlerine dağıtılması ve yayılması, üretim ve paylaşımda adaletin sağlanması da sosyal devletin amaçları arasında kabul edilmiştir.[1131] Sosyal hukuk devleti kavramı bugün medeni dünyada genel olarak kabul görmüş, bizim anayasamızda da 'Türkiye Cumhuriyeti… demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir' şeklinde ifadesini bulmuştur. (Anayasa, madde:2)

Eğitimde adalet, bireylerin devletin sağladığı eğitim imkânlarından eşit olarak yararlanması yanında, doğru ve nitelikli bir eğitim sistemini de ifade etmektedir. Adalet, sadece mahkemeler çerçevesinde akla gelen bir kavram olmamalıdır. Aslında konu, bir devlet yönetiminin adaletin kapsadığı alanlarla ilgili bir temel anlayışa dayanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında devletin, 'sosyal politikalar' ve 'hukuk devleti' ilkesi aracılığıyla gerçekleştirdiği sosyal kontrol, adaletin sadece mahkemelerde değil, sosyal hayatın her alanında uygulanması gereken bir değer olduğunu da göstermektedir.

Günümüz anayasalarında 'sosyal devlet' kavramı önemli bir yer tutmaktadır. Sosyal devlet olma özelliği, devlete, otoriter ceza hukuku değil, sosyal ceza hukuku anlayışı çerçevesinde bazı görevler yükler. Örneğin bir yandan fakirler, yoksullar, işsizler, ekonomik bakımdan zayıf durumda olan meslek mensupları gibi sosyal

[1130] Doç.Dr. Arslan Topakkaya, Aristoteles'te Adalet Kavramı.
[1131] Doç.Dr. Arslan Topakkaya, Aristoteles'te Adalet Kavramı.

gruplar ve diğer yandan yaşlı, çocuk, kadın, genç gibi biyolojik bakımdan zayıf grupların korunması bu görevlerin başında gelir. Bu tür sosyal siyaset ve yardım faaliyetlerinin ceza hukuku bakımından önemi, genellikle uygulanan ekonomik ve sosyal politikaların yetersizliğinden kaynaklanan işsizlik, fakirlik ve yoksulluğun kol gezdiği ortamların, suç davranışının mayalandığı yerler olmasındandır. Bu nedenlerle iyi bir ceza adalet sistemi, sosyal siyaset ya da daha genel deyimle sosyal kontrol ile yakın bir ilişki içinde olmalıdır. Hatta otoriter bir ceza hukuku yerine sosyal ceza hukuku anlayışı hâkim olmalıdır.

Otoriter ceza hukuku anlayışında, sadece ceza kanunu, yargılama, cezai yaptırımlar ve cezaevi kavramları yer alır. Çünkü otoriter ceza hukukunun geçerli olduğu bir toplumda, sosyal siyaset ve sosyal kontrol sistemlerine gerek duyulmaz. Bu anlayışta ceza hukukunun alanı çok sınırlanmış; medeni hukuk, ahlak, din konuları ceza hukukunun dışına çıkartılmıştır. Otoriter ceza hukuku anlayışı, siyasi iktidarların topluma hâkim olabilme isteklerine cevap vermek amacını güder. Hâlbuki ceza kanunlarının yapılmasında tek hedef toplumun korunmasıdır.[1132] 1. ve 2. dünya savaşları ve bu savaşlar arasındaki geçen zaman sürecinde ceza hukuku alanında otoriter bir eğilim ortaya çıkmıştır. O dönemde Alman, İtalyan ve Rus ceza kanunları otoriter ceza hukukunun birer örneği olmuşlardır. Sosyal ceza hukuku ise, arkasında sosyal siyaset ve sosyal kontrol mekanizmalarının bulunduğu geniş alanlı ceza hukukudur. Sosyal ceza hukuku anlayışı, suçun nedenlerini araştırmayı, suç davranışını önlemeye yönelik çalışmalara öncelik vermeyi ve suçlulara cezai yaptırımlar yoluyla müdahaleye, zorunlu hallerde ve en son çözüm olarak başvurmayı hedeflemektedir.

1.3) SUÇLARIN ÖNLENMESİ VE SOSYAL KONTROL

1.3.1) SUÇ SİYASETİ VE KRİMİNOLOJİ

Suç siyaseti, kısaca suça karşı mücadelede kullanılan bütün araç ve tedbirlerdir.[1133] Bir devletin, suçluları yargılayıp cezalandırmak görevi yanında, ondan daha da önemli bir başka görevi daha vardır ki o da suçları ve hak ihlallerini önlemeye çalışmaktır. Suçları önlemek için devletin yerine getirmesi gereken faaliyetler suç siyaseti, genel olarak bütün hukuka aykırı eylemleri önlemek için yerine getirmesi gereken faaliyetler de sosyal kontrol olarak adlandırılabilir.

Sosyal kontrol, suç davranışı da dâhil olmak üzere hukuka aykırı bütün davranışların, eyleme dönüşmeden önlenmesine yönelik bir sistemdir. Bu nedenle sosyal kontrolün, daha geniş anlam taşıdığını ve suç siyasetini de içine aldığını söyleyebiliriz. Bu anlamda suç siyaseti, tüm sosyal kontrol sisteminin bir parçası ve genel siyasetin de bir türüdür. Prof. Sözer'e göre suç siyaseti, dar anlamdaki ceza hukuku sınırlarını aşarak sosyal kontrol sistemlerine ulaşır. Geniş anlamda ele

[1132] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.
[1133] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.

alındığında trafik düzenlemelerinin bile suç siyaseti kapsamına girdiği söylenebilir. En iyi suç siyaseti, iyi bir sosyal kontrolde zaten bulunmaktadır.[1134]

Suç siyaseti, yani suçu önleme ve suçla mücadele iki bölüme ayrılabilir. Birincisi, insanlarda sosyal kontrol yoluyla hak ihlali ve suç düşüncesinin oluşmasına ta baştan engel olmaktır. İkincisi, zihninde hak ihlali ve suç davranışında bulunma düşüncesi her nasılsa oluşmuş insanların, bu düşüncelerinin henüz eyleme dönüşmeden caydırıcı ve önleyici tedbirlerle tamamen engellenmesidir.

Suç siyasetinde, önceden belirlenmiş kısa ve uzun vadeye yönelik hedeflere ulaşılması için birbirleriyle dengeli araçlar kullanmalıdır. 1960'lardan beri önem kazanmış anlayışa göre, ceza hukuku müdahalesiyle birlikte ve ona olan ihtiyacı azaltmak için sosyal politikalar uygulamak ceza siyasetinin temelini oluşturur. Bu yeni görüşe göre toplum için her şeyden önce sosyal adalet şartları hazırlanmalı ve ilke olarak ceza hukuku araçlarına son seçenek olarak başvurulmalıdır. Başka bir deyişle ceza hukuku ve ona dayalı olan ceza adalet sistemleri, suça müdahale konusunda başvurula-bilecek tek araç olmaktan çıkmalıdır.[1135] Böyle olunca ceza hukukunun ve ona dayalı ceza adalet sisteminin iş yükü de azaltılmış olacaktır. Bütün suçları önceden önleyecek tedbirleri içeren **suç siyaseti**, hukuk ve yargı sisteminin yükünü hafifletme işlevini yerine getiren ve bu özelliğiyle sosyal kontrole yaklaşan bir sistem olduğu söylenebilir.

Suç siyaseti ile kriminoloji birbirine komşu disiplinlerdir. Suç siyaseti kavramının daha iyi anlaşılması için komşu disiplin olan kriminoloji ile arasındaki ilişkiyi incelemek yararlı olacaktır. Suç siyaseti, kriminolojinin suçla ilgili araştırma ve verilerinden yararlanmak zorundadır. Suç siyasetinin asıl amacı kriminolojinin verileri ve bulgularını ceza sistemi ile bütünleştirmektir.

Suçların kontrol altına alınması ve önlenmesi, genel sosyal kontrolün bir bölümüdür. Suç siyaseti konusunda yapılan araştırmaların, suçun bastırılmasını olduğu kadar suçun önlenmesini de kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştır. Suç siyaseti, devletin suçları önlemek için yerine getirmesi gereken faaliyetler' olarak tanımlanmaktadır. Başka bir tanıma göre suç siyaseti, 'suça karşı mücadelede kullanılan bütün araçlardır.[1136]

Suç siyaseti ile kriminoloji kavramları arasında sıkı bir ilişki olduğu gibi, bu her iki kavramla sosyal kontrol arasında da yakın ilişki söz konusudur. Suç siyasetinin temel amacı, suçluluğun önlenmeye çalışılmasıdır. Başka bir deyişle suç siyaseti, ceza hukukunun sosyal kontrolüdür. Kriminoloji, ceza adalet sistemini objektif bir biçimde ele alarak uygulamada suç ve suçlularla ilgili ortaya çıkan bulguları bilimsel metotlar çerçevesinde açıklar. Suç siyaseti ise, suçluluğu önlemek ve ceza adalet sistemini etkin kılmak bakımından, belirlenen hedeflere ulaşabilmek için neler yapılması gerektiğini gösteren bir stratejidir. Kısaca kriminoloji bir bilim olduğu halde suç siyaseti, kriminolojinin verilerinden yararlanan bir strateji ve sanattır.

[1134] Prof. Dr. Ali Nazım Sözer, Ceza Hukuku ve Sosyal Devlet.
[1135] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.
[1136] S. Dönmezer, Kriminoloji; aktaran: Erol Tutar, Kriminoloji Nedir.

Schmelck; suç siyasetini, tamamıyla yok edilmesi mümkün olmayan suçluluğu makul bir oran içinde tutabilmeyi mümkün kılmak için gerekli faaliyet araçlarının meydana getirilmesi ve geliştirilmesi olarak tanımlar. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 23 Haziran 1983 tarihli tavsiye kararı gereğince hazırlanan 'halkın suç politikasına katılması' konulu raporda şöyle bir tanım yapılmıştır: "Suç siyaseti, suçlularla meşgul olarak ve suç mağdurlarının haklarını güvence altına alarak, toplumu suça karşı korumayı amaçlayan cezai veya diğer nitelikte değişik tedbirler ve araçlardan oluşan politika olarak tarif edilebilir.[1137]

Ceza hukukunun sağladığı sosyal kontrol bağlamında suçu önleyici yol ve yöntemleri değişik boyutlarda ele almak mümkündür. Suçu önlemek için tutulacak yollardan birincisi; aile, okul, dini kurumlar, yardım kuruluşları, kamu kurumları, medya gibi toplumsal kurum ve kuruluşlar tarafından bütün toplum bireylerine yönelik yürütülen çalışmalardır. Buna sosyal önleme adı verilir. İkincisi; suç işlemek için toplumda var olan bazı fırsat ve imkânları azaltmak ya da tamamen ortadan kaldırmaktır. Suçu önleyici faaliyetlerin muhataplarına göre öncelikli önleme; bütün bir şehir veya belirli bir yöre nüfusunun tamamına veya bir insan grubuna örneğin, gençlik kesimine yönelik önlemedir. İkinci derece önleme, risk odaklı olup potansiyel suçlular ve potansiyel mağdurlara yönelik önlemedir. Üçüncü derece önleme ise, suçluluk ve mağduriyet halinin tekrarını önlemeye yöneliktir.[1138]

Sosyal politikaların amacı, suça neden olan sosyal şartları mümkünse yok etmek, değilse en az düzeye indirmek olduğu halde suç siyaseti özellikle suçlu ile ilgilenir. Suç siyaseti, faydalı bir yaptırım olarak gördüğü cezayla suçlunun hayat, beden, hürriyet, şeref ve serveti üzerine müdahalelerde bulunarak onun ilerde başka suçlar işlemesini önlemeyi istemektedir. Marc Ancel, suç siyasetinin, bütün ceza hukuku sistemlerine işlevsel olarak ruh veren, anlam kazandıran bir araç olarak görüldüğünü belirtir.[1139]

Kriminoloji **(**suç bilimi) de, kısaca suç olgusunu inceleyen ya da suç olgusuna ilişkin bilim demektir. Haskell-Yablonosky, kriminolojiyi 'suç ve suçluların bilimsel incelenmesidir' diyerek özlü bir biçimde tanımlamaktadır. Sykes'a göre çağdaş kriminoloji/suç bilimi, suç ve cezanın sosyal kökenlerini, ceza adalet sisteminin işleyişini, suç teşkil eden davranışların nedenlerini, suçun önlenmesi ve bastırılması, kişilerin iyileştirilmesi, ıslahı ve sosyal çevrenin değiştirilmesi anlamına gelmektedir.[1140]

Suç siyaseti ve sosyal politikalar arasında önemli ilişkinin olduğunu söyleyen Prof. Dönmezer'e göre; suç siyaseti, sosyal politikanın bir bölümünü oluşturmaktadır. Sosyal politika bütün toplumsal hayatı kapsadığı halde suç siyasetinin alanı sosyal politika içindeki belirli bir bölümdür. Suç siyaseti konusunda, suçlulukla doğrudan ilgili olan sadece önleyici faaliyetlerle yetinilecek

---

[1137] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Suç Siyaseti, 1984 Suç Siyaseti Sempozyumu.
[1138] Erol Tutar, Kriminoloji Nedir.
[1139] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Suç Siyaseti, Suç Siyaseti Sempozyumu, 1984.
[1140] Haskell-Yablonosky; Sokullu-Akıncı, Kriminoloji; aktaran: Erol Tutar, Kriminoloji Nedir.

olursa dar anlamda suç siyaseti anlayışı, önleyici faaliyetleri aşarak sosyal politikalarla bütünleşmesi düşüncesi kabul edilecek olursa geniş anlamda suç siyaseti anlayışı benimsenmiş olur. Bu konuda Nelson, suç siyasetinin sosyal politikalar ile bütünleşmesi gerektiğini, Könz ve Levasseur da hukuk ve ceza sisteminin dışında kalan sosyal etmenleri suç siyasetinde göz ardı etmenin mümkün olmadığını ileri sürerler. Bu konuda farklı düşünen Jescheck, Vassali ve Nuvolone'ye göre daha dar bir suç siyaseti kavramını kabul etmek gerekir. Ancak hukukun üstün bazı değerlere tabi olması nedeniyle bizce suç siyaseti, doğrudan doğruya suçun önlenmesi ile ilgili faaliyetlere ilişkin araştırmalarla yetinmelidir.[1141]

Bu tanım ve açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, suç siyaseti ve kriminoloji kavramları, sosyal kontrol sistemleriyle derin bir ilişki içindedir. Sosyal kontrol kavramı, hukuka aykırı davranışların hiç ortaya çıkmaması ya da asgari düzeye indirilmesi için gerekli karar, uygulama ve araçları ifade etmesi nedeniyle suç siyaseti ve kriminolojiyi de kapsamakta ve onlardan daha geniş bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Bu anlamda suç siyaseti ve kriminoloji (suç bilimi), genel sosyal kontrolün bir bölümüdür. Başka bir deyimle sosyal kontrol, suç davranışı dışındaki hukuka aykırı davranışları da kapsamaktadır. Kısaca suç siyaseti, ceza hukuku çerçevesindeki önleme de dâhil olmak üzere suça karşı direnç noktalarını ve mücadele yol ve yöntemlerini belirlemek, bunun için gerekli araçları tespit etmek ve bunların ne şekilde kullanılacaklarını göstermek için oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları sanatıdır.

a) Suç Siyaseti Bağlamında Çocuk Suçluluğu

Suç siyaseti bağlamında günümüzde yaygınlaşan ilkenin, suçun önlenmesi ve suçlunun ıslahı olduğu, özellikle de çocuk suçluluğu bakımından gelişmiş ülkelerde suç siyasetinin ıslah/terbiye edici ve koruyucu bir anlayışı ifade ettiği söylenebilir. Suç, her toplumun çözmek için üzerinde çalışmalar yapması gereken toplumsal bir sorundur. Bu sorundan en çok etkilenen kesimlerden birisi de çocuklardır. Çocuklar, anne-babaların yanlış ve yetersiz eğitim, arkadaş çevresindeki kötü modeller ve medya gibi birçok nedene bağlı olarak suça yönelmektedirler. Suç siyaseti bağlamında çocuk suçluluğunun önlenmesinin önemi, çocukların henüz gelişme çağında ve küçük yaşta olmaları nedeniyle suç davranışından kurtarılmalarının yetişkinlere göre daha kolay olmasıdır.

Çocuk suçluluğu, toplumun geleceğine yapacağı olumsuz büyük etki nedeniyle diğer suç grupları arasında daha özel bir öneme sahiptir. Çocuk suçluluğunu yetişkin suçluluğundan ayıran en önemli özellik, bu dönemin, gelişim psikolojisinde sorunlu dönem ya da geçiş evresi olarak adlandırılan bir döneme rastlamasıdır.[1142]

[1141] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Suç Siyaseti; Suç Siyaseti Sempozyumu, 1984.

[1142] H.Yavuzer, Çocuk ve Suç; aktaran:Yrd.Doç.Dr.A. Sürücü-Doç.Dr.C. Arslan,Suça İtilmiş Çocuklar ve Psikolojisi.

Suça yönelen çocuklar; davranışları, sosyal çevreleri, ana-babaların tutumları veya kişisel özellikleri nedeniyle suç işlemeye yatkın veya suç işleme tehlikesi içinde bulunan çocuklar olarak tanımlanmıştır.[1143]

Suça itilen çocukların ıslah edilmesi, yetişkinlere göre daha kolay olduğundan çocukları suça iten nedenler üzerinde durulmalıdır. Bu nedenler genel olarak aile, okul, toplum ve çocuğun bireysel özellikleri şeklinde ifade edilebilir.[1144] Çocukların suç davranışına yönelmesinde aile başta olmak üzere eğitim sistemi, ekonomik sıkıntılar, bedensel ve ruhsal hastalıklar, uyuşturucu ve alkol bağımlılığının önemli rolü bulunduğu söylenebilir. Tezcan (2003), suça yönelmede ailenin, birinci derecede önemli bir kurum olduğu görüşündedir. Temel ve Aksoy'a (2005) göre; çatışma ve kavgaların yaşandığı ailelerde sevgi görmeyen çocuklar, diğerlerine göre suç işlemeye daha eğilimli olmaktadır.[1145]

Çocukları suça yönelten etkenlerin, çocukluk döneminde verilen yanlış eğitim ve yetersiz sevgi olduğu söylenebilir. Sanayileşme, ekonomik bunalımlar, göçler, değerlere bağlılığın azalması ve ahlaki yozlaşma gibi sosyoekonomik, sosyokültürel ve ahlaki nedenler de çocukları suça iten etkenler arasında sayılabilir. Araştırmalar, suça yönelen çocukların, çoğunlukla ekonomik durumu zayıf, yoksul ailelerden geldiğini ortaya koymuştur. Bu çocukların doğuştan itibaren toplumsal ve zihinsel gelişimleri sınırlı, zayıf ve dış etkenlerden gelen baskıya daha az dayanıklıdırlar. Yani vicdan ve iç kontrol sistemleri sağlam ve dayanıklı değildir. Bozuk aile yapısından gelen çocuklar, aile ve yakın çevresinin yanlış davranışlarından etkilenir.[1146]

Çocuklarda suç işleme yaşının genellikle ergenlik dönemine rastlamasının nedeni, onların değişim yaşadıkları hassas bir dönem geçirmeleridir. Bu dönemin, çocukluk evresindeki yanlış, eksik ya da hatalı eğitimin; olumsuz aile şartlarının kötü sonuçlarının açığa çıktığı bir dönem olduğu söylenebilir. Bu evrede çocuklar, iyi bir aile eğitimiyle gönülleri sevgi ve diğer ahlaki güzelliklerle dolu olarak vicdan ve karakteri sağlam yetiştiğinde, onların ergenlik döneminin fırtınalı geçiş evresini kazasız belasız atlatması mümkündür. Başka bir deyişle çocukların sorunlu evresi olan ergenlik dönemini sapma (hak ihlali ve suç) niteliğindeki davranışlardan uzak geçirmeleri için, onların dış etkilere karşı dayanıklı bir vicdana ve kişiliğe sahip olmaları gerekir. Bu da iyi hazırlanmış sosyal kontrol kapsamında, çocukluk döneminde ailesinden iyi bir vicdan ve ahlak eğitimi almasına bağlıdır.

En temel sosyal bir kurum olarak aile, çocukları hem biyolojik, ekonomik, kültürel ve toplumsal yönleriyle hem de manevi/ruhsal gelişimi açısından biçimlendirip yönlendirir. Aile, özellikle okul öncesi dönemde çocuğun

---

[1143] Doğan Çağlar, Uyumsuz Çocuklar ve Eğitimi; aktaran: Yrd. Doç.Dr. Abdullah Sürücü – Doç.Dr. Coşkun Arslan,
Suça İtilmiş Çocuklar ve Psikolojisi.

[1144] Doç.Dr. Y. Karaman Kepenekçi-Arife Yücedağ Özcan, Çocuk Suçluluğunun Önlenmesi.

[1145] Yrd. Doç. Dr. Figen Ereş, Suçlu Çocuklar ve Ailenin Önemi.

[1146] Yrd. Doç.Dr. Abdullah Sürücü-Doç.Dr. Coşkun Arslan, Suça İtilmiş Çocuklar ve Psikolojisi.

yetişmesinde etkin bir sosyalleşme kurumudur. Anne ve babalar, eğitim açısından yanlış ve zararlı olan aşırı koruma ya da hoşgörünün hâkim olduğu disiplin anlayışından ve aşırı sert; otoriter bir uygulamadan uzak durmalıdırlar. Çünkü tutarsız, katı, hoşgörüden uzak ve baskılı disiplin uygulaması, uyumsuz ve itaatsiz çocukların yetişmesine neden olmaktadır. Diğer yandan çocukları tümüyle duygu ve isteklerinin doğrultusunda serbest bırakan aşırı hoşgörülü ya da umursamaz bir yetiştirme biçimi de, çocukta bencilce kişiliğin oluşmasına ve davranışların ortaya çıkmasına yol açacaktır. İşte çocukta oluşan bu tür bencilce kişiliğin, suç davranışının alt yapısını oluşturan unsurlardan biri olduğu söylenebilir.

Glueck'lar, 200 suçlunun % 95'inin ailesinin, çocuklarına verdiği disiplinin dengesiz biçimde ya çok sert ya da çok yumuşak olduğunu saptamıştır. Yavuzer (1993)'de araştırmasında suçlu deneklerin % 59,9'unun ortanca çocuk olduğuna, dolayısıyla ailelerinde yeterince ilgi ve sevgi görme ihtimalinin az olduğuna dikkati çekmektedir. Andry, normal toplumsal düzene sahip bir aileyi, suçluluk olgusuna karşı ideal bir sigortaya sahip olarak görmekte, hiç bir toplumsal şart ve etkenin suçlulukta bozuk aile düzeni kadar etkili olamadığını belirtmektedir. Prof. Yavuzer araştırmasında, suçlu gençlerin % 22'sinin dağılmış ailelerden geldiklerini belirlemiştir. Ayrıca, deneklerden % 47,6'sının anne ve babalarından çeşitli nedenlerle ayrı kaldıkları görülmüştür. Sosyal bilimciler ve eğitimciler, suçluluğun öğrenilmiş bir durum olduğunu kabul etmektedir. Fransız sosyolog/hâkim Gabriel Tarde, daha da ileri giderek suç işleme olgusunu bir taklit sürecine benzetmektedir. Tarde'a göre suç işlemek de, tıpkı bir meslek gibi öğrenilmektedir. On'a göre suç, bireylere miras kalan bir özellik ya da rahatsızlık değil, başkalarından öğrendiği bir iştir. [1147]

Aslında Tarde'ın genel olarak her suçlu için yapmış olduğu bu değerlendirme, özellikle çocuk suçlular için daha uygun görünmektedir. Bu nedenle Tarde'ın, yetişkinlerin suç davranışını da 'taklit ve tekrar' süreciyle açıkladığı yukarıdaki değerlendirmesini çocuklar bakımından şöyle uyarlamak mümkündür: Çocukların suç işlemesi, anne baba ve büyüklerinin davranışlarını taklit ve tekrar etme süreciyle ilgilidir. Çocuklar suç davranışını, büyüklerinden tıpkı bir meslek gibi öğrenmektedirler. Suç davranışı, çocuklara anne babaları ve büyüklerinden miras kalan bir özellik değil, onlardan öğrendiği bir iştir.

Sutherland'a göre suçluluğun nedenlerini, kişinin hayatının derinliklerinde; yani çocukluk ve gençlik döneminde aramak gerekir. Prof. Yavuzer'in yaptığı başka bir araştırmada suçlu deneklerin % 54 gibi büyük bir bölümünün ailesinde hüküm giymiş suçluya rastlanmıştır. Öte yandan arkadaş çevresindeki kötü örneklerin de aile çevresi kadar olmamakla birlikte, çocuğu etkileme ihtimali bulunmaktadır.[1148]

Suçluluğun önlenmesi, sadece sosyal politikalar sorunu olmayıp, daha geniş anlayışla önceliğin sosyal kontrol aracı olarak çocuk eğitimine verilmesi ve Anayasamızda da belirtildiği üzere çocukları kötü alışkanlıklardan koruyucu, suça itilmelerini önleyici tedbirlerin bir bütün olarak ele alınması gerekir. Ayrıca suça eğilimli, sorunlu, evden kaçan ve sokaklarda risk altında yaşayan çocuklar için

[1147] Prof.Dr. Haluk Yavuzer, Çocuk ve Suç.
[1148] Prof.Dr. Haluk Yavuzer, Çocuk ve Suç.

koruyucu ve önleyici hizmetler geliştirilmeli; her nasılsa suça yönelen ve suç işleyen çocukların ise, yeniden topluma kazandırılması sağlanmalıdır.[1149]

Anne ve babaların çocukların suça yönelmeden önce nasıl bir tutum ve davranış sergileyeceği, suç işlendiyse neler yapabileceklerinin bilincinde olmaları gerekir. Anne ve babaların bu bilince sahip olabilmeleri için de öncelikle kendilerinin bu konuda eğitim almış olmaları gerekmektedir. Böyle olunca çocuk suçluluğunu önlemek, öncelikle suç siyaseti, hatta daha geniş olarak sosyal kontrol ve sosyal politikaların meselesidir. Bu nedenle günümüzde çocuk suçluluğunun önlenmesinde suç siyasetinin ve daha geniş olarak sosyal politikaların önemli gündem maddesi, anne ve babaların eğitimi olmalıdır. Ülkemiz, büyük adliye sarayları ve modern hapishaneler yapmak için harcadığı kadar, aileyi korumak ve anne-babaları eğitmek için para harcadığı takdirde, çocuk suçluluğu büyük ölçüde önlenebilecektir.

b) Suçlu Çocukların Yeniden Topluma Kazandırılması

Prof. Yavuzer'e göre; yeniden topluma kazandırılma kavramı, çocuk suçluluğunun sadece hukuki bir sorun olmayıp daha çok psikolojik, pedagojik ve sosyal içerikli bir sorun olduğunu anlatmaktadır. Yeniden eğitim kavramı, suçlu çocukların, normalden sapan bir davranışa sahip olduklarını, toplumsal uyumsuzluk gösterdiklerini, bu uyumsuzluğun giderilmesi yolunda, toplumsal planda çaba harcanması gereğini de ortaya koymaktadır.[1150]

Ailenin korunması ve anne-babaların eğitimi konusu, çocukların suça yönelmesini önleyen sosyal kontrol tedbiridir. Dolayısıyla suç işlenmeden önce yapılacak önemli bir çalışmadır. Her nasılsa suça yönelmiş ya da itilmiş bulunan çocuklara karşı uygulanacak yargılama sürecinde ise, onların bundan en az zarar görmesi amaçlanmalı ve suçun neden işlendiği konusuna odaklanmalıdır. Çocuk mahkemeleri bu çerçevede kurulmuştur. Çocuk mahkemeleri, çocukları cezalandırmaktan çok, onların gelişim özelliklerini dikkate alarak, suçun işlenmesine neden olan sorunları çözmeye çalışan özel bir hukuk mahkemesidir. Bu mahkemede hâkimlerin, suçlu çocukların psikolojilerini iyi anlamaları, yaşadıkları çevreleri içinde değerlendirmeleri ve onların ıslah olmalarını sağlayacak bir karara varmaları gerekmektedir.

Çocuk mahkemelerinde; sosyal hizmet uzmanları, psikologlar, psikiyatristler, çocuk gelişimi uzmanları, pedagog, savcı ve avukatlar gibi profesyoneller görev almaktadırlar. Sosyal hizmet uzmanları, çocuk mahkemelerinde çocuğu suça iten nedenleri araştırır ve bunları çözümlemeye çalışır. Bu amaçla sosyal inceleme raporları hazırlayıp mahkemeye sunarlar. (Çocuk Koruma Kanunu) Sonuç olarak çocuk mahkemeleri, çocuklara ceza verilip hapse atılması değil, genel olarak onların korunması, sosyalleşmesi, tedavisi ve ıslah edilmesi gibi amaçlara hizmet eder.[1151]

Gerçekte öncelikle yapılması gereken; daha işin başında çocukların, toplumla uyumlu, sağlıklı düşünen ve davranan bireyler haline gelmelerini sağlamaktır.

[1149] Doç.Dr. M. Tören Yücel, Kriminoloji.
[1150] Prof.Dr. Haluk Yavuzer, Çocuk ve Suç.
[1151] Prof. Dr. Sevda Uluğtekin, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları.

Bunun gerçekleşmesi için, anne-baba ve öğretmenlere büyük görevler düşmektedir. Çocukların ileride suç işlemelerini ve hukuk dışı davranışta bulunmalarını önlemek ve onları toplumun saygın bir üyesi yapmak, çocuğun ilk doğduğu andan itibaren alacağı eğitime bağlıdır. İkinci derecede yapılması gereken ise; her nasılsa suç işlemiş bir çocuğu cezalandırmak yerine tedavi ve ıslah etmek, sosyalleşmesini sağlayarak topluma yeniden kazandırmaktır. Çocuklar için yapılacak bu işlemler, onların girdikleri yanlış yoldan kurtulmaları bakımından önemlidir. Çünkü suç işlemiş olsa bile çocukların ıslah ve tedavi edilerek yeniden topluma kazandırılması, yetişkinlere göre daha kolaydır. Kaldı ki çocukların, aile kurumunda ya da okulda iyi eğitilmesinin maliyeti, onların ileride suç işlemesiyle oluşacak toplumsal maliyetten çok daha düşüktür. Çocuk suçluluğunda tedavi ve yeniden topluma kazandırma sürecine bakıldığında, farklı yöntem ve aşamalardan söz edilebilir:

Birincisi; önleyici çalışmadır (Erken teşhis): Önleyicilik ya da erken teşhis, çocukta suç davranışında bulunma eğiliminin henüz davranışa dönüşmeden iyileştirilmesinde en etkili yöntemlerden biridir. Bu yöntemle 6-7 yaşlarında çocuklara uygulanan testler sonucu anti sosyal eğilimleri tespit edildiğinde, bu tür çocuklara yönelik eğitim ve öğretim bu doğrultuda gerçekleşmektedir. İkincisi; yeniden eğitimdir ki, çocukları suçun işlenmesinden sonra ilgili kurum içinde eğitmektir. Yeniden eğitim, çok yönlü bir çalışmayı gerektirir. Bu yöntemde, suç davranışında bulunan çocukların, şeklen ceza yasalarını ihlal ettiklerine bakarak cezaevlerine konulup cezalandırılmasından çok, yeniden eğitime tabi tutulması öncelik taşımaktadır. Çünkü çocukların yeniden eğitimle topluma tekrar kazandırılması yetişkinlere göre daha kolaydır. Üçüncüsü ise; suçlu çocuklar, ilgili kurumda yeniden eğitime tabi tutulduktan sonra uyumlu olarak topluma kazandırıldığında, onları suça iten ve çözüm getirilmemiş önceki sosyal sorunlarla tekrar yüz yüze kalacaktır.[1152] Çocukları önceden suça sürükleyen aynı sosyal etkenlerin yeniden onları suça itmemesi için, toplumsal hayata geri döndüklerinde onların tekrar bu sorunlarla baş başa bırakılmaması gerekir. Bu nedenle bu çocuklar yakından izlenmelidir. Bu izleme aşamasında çocukların ekonomik, kültürel, duygusal, ahlaki ve eğitime ilişkin sorunlarının çözümünde yardımcı olacak uzman rehberlere ihtiyaç vardır. Çocukların gerek topluma yeniden uyum sağlamasında ve gerekse okul ve meslek seçimi konularında bu uzman rehberler yol göstermelidir.

1.3.2) SOSYAL POLİTİKALAR

Sosyal politikalar, bir toplumda var olan eşitsizlikleri en az düzeye indirmek ve sosyal adaleti sağlamak için başvurulan bazı tedbir ve yöntemlerdir. Bu nedenle sosyal politikalar ile sosyal adalet arasında adalet/eşitlik ilkesi çerçevesinde bir ilişki bulunmaktadır.[1153]

Sosyal politikalar, hukukun amacı olan adaleti sağlamaya yönelik tedbirler içerdiğinden hukukla da ilişkilidir. Bu ilişki, sosyal politikaların iyi planlanıp doğru uygulanması halinde, hem suçların önlemesi hem de hak ihlallerinin asgari düzeye

[1152] Prof.Dr. Haluk Yavuzer, Çocuk ve Suç.

[1153] Dr. Onur Sunal, Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme.

indirilmesinde etkisini gösterir. Sosyal politikaların, toplumsal barış ve güvenin sağlanması yönünde yürütülmesi halinde bunun hukuk ve yargı sistemine olumlu etkisi olacağı muhakkaktır. Bir ülkede yüksek enflasyon oranlarının azaltılması yönünde izlenecek politikalar, ekonominin alanına girse de, yüksek enflasyon oranının, toplumsal yapıda meydana getirebileceği olumsuzluklar dikkate alındığında, onun azaltılması yönünde yapılacak çalış-malar sosyal politika niteliği taşır. Bu nedenle ekonomik politikaların sosyal politikalarla birlikte ve birbiriyle uyumlu bir biçimde yürütülmesi büyük önem taşımaktadır. Ayrıca faiz, vergi, ücret, iş imkânı/istihdam gibi ekonomik nitelikli politikalardan ortaya çıkabilecek ekonomik sorunlar, toplumsal hayatta hak ihlallerine ve çeşitli suçların işlenmesine neden olarak hukuki sonuç doğuracağından, bu durum hukuk ve yargı sistemini de olumsuz yönde etkileyecektir.

İşsizlik, genellikle ekonomik sistemin yapısında ya da işleyişinde var olan bir bozukluktan kaynaklanır. Bu sorun, örneğin yatırımların azlığından kaynaklanıyorsa, yatırımların özendirilmesi ya da desteklenmesine ve iş, işgücü, istihdam alanı sağlamaya yönelik faaliyetler, işsizlik sigortası uygulaması gibi işsizlik sorununun çözümü doğrultusunda yürütülecek politikalar, ekonomik nitelikli görünmekle birlikte aynı zamanda sosyal politikalardır.[1154]

a) Sosyal Politikaların Maliyeti İle Hak İhlalleri ve Suçların Toplumsal Maliyeti

İşsizlik, ilk bakışta ekonomik ve sosyal bir sorun olarak görülmekle birlikte, işsizliğin ortaya çıkaracağı toplumsal karışıklık ve kargaşa, hukuk ve yargı sistemini önemli ölçüde etkileyebilir. Örneğin işsizliğin büyük ölçüde arttığı bir toplumda, sözleşme şartlarının yerine getirilmemesi, borçların zamanında ödenmemesi gibi hak ihlalleri; hırsızlık, gasp, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal gibi suç çeşitleri görülebilmektedir. Bu nedenle işsizlik, ekonomik bir sorun olmasına rağmen hukuk sistemini yakından ilgilendiren bir problemdir. O halde, işsizliğin getireceği toplumsal huzursuzluk sonucu ortaya çıkabilecek hak ihlalleri ve işlenecek suçların toplumsal maliyeti; suçlunun kayıpları, mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararlar, zaman kaybı, adli işlemlerin maliyeti, işsizliğin giderilmesi için uygulanacak sosyal politikaların ekonomik maliyetinden çok daha fazladır.

Sosyal politikalar, hukuk ve yargıyla önemli bir ilişki içindedir. Bir toplumda barış, güven ve huzurun varlığı ve devamı, o toplumda sosyal adaletin gerçekleşmesi ve o ülke insanlarının ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan gelişmiş olmasıyla doğrudan ilişkilidir. Sosyal adaletin, özgürlüklerin ve ekonomik refahın, sosyal ve kültürel gelişmenin olmadığı toplumlarda sosyal barış ve güvenliğin, toplumsal huzur ve mutluluğun olması söz konusu değildir. Toplumsal barış ve güvenliğin olmadığı ortamlar ise, her türlü suçun işlenmesine ve hak ihlalinin gerçekleşmesine uygun zeminlerdir. Bir iş bulup o işi elde tutabilmek, yoksulluğa, ayrımcılığa, aldatılmaya karşı korunmak bütün bireyler için hayati ihtiyaçlardır.[1155]

[1154] Prof. Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.
[1155] Prof. Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.

b) Toplumsal Yapıyı Oluşturan Unsurlar Birbirileriyle Bağlantılıdır

Toplumsal hayatta bireylerin her türlü etkinlikleri ve aralarındaki ilişkiler, elektrik tüketiminde kullanılan enterkonnekte (bağlaşımlı) sisteme benzer. Enterkonnekte sistem; elektrik üretim noktalarından tüketicilere kaliteli ve güvenilir bir enerji dağıtmak için kullanılan bir bağlantı tekniğidir ki, ülkemizdeki küçük ya da büyük bütün elektrik santrallerinin hepsinin birbirine paralel olarak bağlı olmasıdır. Bir santralde büyük bir arıza meydana geldiğinde, diğer santraller bu paralel bağlantı nedeniyle bütün sistemi dengeler ve böylelikle üretim ve tüketim her an dengede tutulur. Toplumsal yapıyı oluşturan bütün unsurlar ve sistemler de böyle olmalıdır. Çünkü bir toplumda hukuksal, sosyal, kültürel, ekonomik sistem, bütün bir sosyal sistemin parçaları olarak birbiriyle bağlantılıdır.

Toplumsal hayatta birbiriyle doğrudan ilgili olmadığı sanılan hukuk sistemi ya da hukuki düzenlemelerle sosyal, kültürel ve ekonomik politika ve faaliyetler arasında öyle sıkı ilişki vardır ki, bunların her birinde meydana gelecek bir gelişme diğerleri üzerinde adeta bir domino etkisi yapar. Hatta günümüzde özellikle ekonomik alandaki gelişmelerin, sadece ulusal düzeyde değil, uluslar arası çapta etkileşim doğurduğu görülmektedir. Örneğin dünyada döviz ya da petrol fiyatlarının yükselmesi, ülkemizde de önemli ekonomik sonuçlar doğurmakta, bunun olumsuz etkileri toplumsal hayatın her alanına yayılmaktadır. Kısaca, bireylerin yaşadıkları toplumun hukuki, ekonomik ve sosyal ortam ve şartları, onların bütün toplumsal ilişkilerinde ortaya koyacakları davranışları etkilemektedir.

Bir toplumu oluşturan bireyler, ancak uygun hukuki ortam ve şartlar altında kendilerine ve topluma olan güven duygularını, kişiliklerini geliştirirler. Yaşadıkları topluma değer katmanın ve bunun karşılığını almanın sevincini duyarlar. Bu duygunun olumlu etkisiyle topluma uyum sağlayarak, toplumu oluşturan bireylerle daha sağlıklı ilişkiler kurabilirler. Toplumdaki dayanışma duygusu güçlenir. Kısacası, toplumsal hayat içinde bireyler, kendilerini mutlu kılacak bir hayat biçimine kavuşabilirler. Böylece sağlıklı bir toplumun temelleri de atılmış olur. Sağlıklı bir toplumda hak ihlali ve suç davranışlarının kolay işlenmesi ve bunun yaygınlık kazanması söz konusu olamaz.[1156]

Sosyal politikaların hedefi, bir toplumda suça neden olan sosyal şartları mümkünse yok etmek, hiç değilse en aza indirmektir.[1157] Sosyal politika, isteğe bağlı olan merhamet esasına dayalı toplumsal yardımlaşma yerine, eşit haklara sahip bireylerin hayatın birtakım risklerine karşı resmi/kurumsal yollardan korunmasıdır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde sosyal politikalar, toplumsal eşitsizlikleri azaltmayı hedefleyen ve böylece toplumda oluşabilecek muhtemel sosyal, ekonomik kargaşayı önleyen uygulamalar bütünü olarak tanımlanabilir.[1158] Bu tanıma göre sosyal politika, toplumda sosyal adaleti gerçekleştirmeyi

[1156] Prof. Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.
[1157] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Suç Siyaseti; Suç Siyaseti Sempozyumu, 1984.
[1158] Dr. Onur Sunal, Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme.

amaçlamaktadır. Sosyal politika, bu açıdan hukukun amacı olan adalet ve eşitlik kavramlarıyla doğrudan ilgilidir.

Her toplumda adil olmayan hukuk kurallarından ya da yanlış yönetim ve uygulamalardan kaynaklanan bazı adaletsizlik ve eşitsizliklerin olması mümkündür. Örneğin gelir ve paylaşım adaletsizliği, vergi adaletsizliği gibi. Adaletsizliğin olduğu bir toplumda ise, barış, huzur ve düzenden söz etmek zordur. Genel olarak herkesin eşit haklara sahip olması gerektiği düşüncesi, genel kabul gören bir anlayıştır. Kanun önünde herkesin eşit olması, adaletli bir toplumsal düzenin kurulabilmesi bakımından oldukça önemlidir. Ancak bir toplumda uygulanan yasal adalet süreci, herkesi bağlayan yasaların uygulanması şeklinde gerçekleşse de sonunda eşitlik ilkesini zedeleyen sonuçlar doğurabilir.

İşte bu noktada mevcut sosyal, siyasal ve ekonomik eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve dağıtımda adaleti sağlamaya yönelik olarak sosyal politikalara olan ihtiyaç kendini göstermektedir. Sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri olabildiğince aza indirebilmek, toplumda uyuşmazlık potansiyeli bulunan faktör ve unsurları azaltmak demektir. Bu nedenle sosyal politika konusunda önemli çalışmaları bulunan Talas, sosyal politika ile sosyal adalet kavramları arasındaki ilişkiler üzerinde durmuştur.[1159] Sonuç olarak hem sosyal kontrol hem de sosyal politikaların hukuk kuralları ve yargı sistemiyle yakın ilişkisi vardır. Her ikisinin de hukuk ve yargı sisteminin yükünü azaltıcı bir işlev gördüğü söylenebilir.

Gerçekte sosyal politikalarla hukuk arasında doğrudan bir ilişki vardır. Her demokratik ülkede, şeklî (biçimsel/formel) sosyal politikalar, ancak yasama organları tarafından kabul edilen hukuki düzenlemelerle uygulanabilir. Dolayısıyla hukuk normları, sosyal politikaların araçları arasında en çok öne çıkmaktadır. O halde hukuk normlarıyla sosyal politikalar arasında önemli bir ilişki vardır. Hukuk kurallarının geniş sosyal politikalara imkân veren bir biçimde oluşturulması halinde, hukukun sosyal politika üzerinde etkisi olacağı gibi, sosyal politikaların geniş bir biçimde uygulan-ması sosyal adaleti gerçekleştirecek, bunun da toplumsal barış ve güven ortamını sağlayacak olması nedeniyle insanlar arasında hak ihlalleri ve suç işleme eğilimi azalacağından, sosyal politikaların da hukuk sistemi üzerinde olumlu etkisi olacaktır.[1160] Bir toplumda biçimsel sosyal kontrol ve sosyal politikalar, yetkili organlarca kabul edilen hukuk kurallarının uygulanmasıyla gerçekleşebilir. Hukuk kurallarının uygulanmasıyla yürütülecek olan sosyal kontrol ve sosyal politikalar, suçları ve hak ihlali niteliğindeki davranışları en az düzeye indireceğinden hukuk ve yargı sisteminin yükü azalacak, böylece birbirini etkileyen ilişkiler devam edecektir.

Sosyal politikalara yön veren ilkeler, yetkili organlar tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan hukuk kuralları ile işlerlik kazanabilirler. Başta anayasa olmak üzere iş hukuku, sendikalar hukuku, toplu sözleşme, grev ve lokavt hukuku, sosyal güvenlik hukuku, idare hukuku, medeni hukuk, işletme hukuku gibi hukuk dallarına ilişkin kurallar, sosyal politikaların işlerlik kazanmasında bir araç konumundadır.

[1159] Dr. Onur Sunal, Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme.

[1160] Prof.Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.

Örneğin, asgari ücretler belirlenip hukuk kurallarına bağlanırken, bunun olumlu ve olumsuz yönleri, asgari ücret tespitinde birey ya da aile kurumunun temel alınmasındaki yarar ve sakıncalar, hangi yöntemlerle, nasıl ve hangi sürelerle belirlenmesinin uygun olacağı, para değerin-deki düşüşlere karşı nasıl korunacağı gibi soruların cevapları, sosyal politikaların konuları çerçeve-sinde aranır.[1161]

1.3.3) TOPLUM ODAKLI SUÇ ÖNLEME ANLAYIŞI VE SOSYAL KONTROL

Suç, insanları derinden etkileyen ve olumsuz etkileri uzun süre, belki de bir ömür boyu devam eden ve hemen herkesi ilgilendiren bu konudur. Suçların işlenmeden önce önlenmesi, toplumun ve bireylerin güvenliğinin sağlanması açısından önemlidir. Günümüz hukuk sistemlerinde sadece suçluların yakalanması, yargılanması ve cezalarının infaz edilmesi değil, aynı zamanda suçları işlenmeden önleyici hizmetlerin de etkili bir biçimde icra edilmesi kamu güvenliği ve düzeninin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Toplum odaklı suç önleme anlayışı, suç siyaseti stratejileriyle bağlantılı suç önleme yöntemidir.

Günümüzde suç türlerinin çeşitlenmesi, göç ve hızlı kentleşme gibi faktörlerin etkisiyle kentler kalabalıklaşmış, toplumsal yapı ve mekânlar değişime uğramaya başlamış, sosyal kontrol azalmış, hayat kalitesi düşük alanlar ortaya çıkmış, suç oranları artmıştır. Bu nedenle, suçların sadece kolluk kuvvetleri marifetiyle uygulanan geleneksel yöntemlerle önlenmesi imkânı da ortadan kalkmış, suçların etkin bir biçimde önlenebilmesi tüm kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum örgütleri ve vatandaşların işbirliğini gerekli kılmıştır. Bu yeni durumun gerektirdiği şekilde, bütün toplumsal aktörlerin ve şartların dâhil olduğu yeni suç önleme politikalarına ihtiyaç duyulmuştur. Son dönem-lerde geliştirilen suç önleme politikaları, sadece güvenlik güçlerinin faaliyetlerini içermemekte, diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla topluma belirli görev ve sorumluluklar yüklemektedir.[1162]

Toplum odaklı suç önleme yaklaşımı, suçların önlenmesinde toplum bireylerine ve toplumsal kurumlara sorumluluk ve rol yükleyen bir düşünceyi ifade etmektedir. Bu yaklaşım, son yıllarda hukuk sistemlerinin gündemine girmiş olmakla birlikte bizim hukuk tarihimize yabancı bir anlayış değildir.

Osmanlı ceza hukukuna göre; bir mekânda işlenmiş olan suçun faillerinin bulunması konusunda o yörede oturan mahalle sakinlerine ya da taşınmaz maliklerine sorumluluk yüklenmiştir. Örneğin bir yerde faili meçhul bir cinayet işlendiğinde, suç mahallinde ikamet eden insanlar belli şartlarla bundan sorumlu tutulmakta, hatta suç isnadı altında kalmakta, bu suç isnadından kurtulmak için mahkeme huzurunda 'Onu biz öldürmedik ve öldüreni de bilmiyoruz.' diye özel bir yemin etmekte, ayrıca yeminle beraber belirli bir tazminat ödemek zorunda kalmakta idi. Bu düzenleme, ilk bakışta 'suç ve cezanın şahsiliği' ilkesine aykırı görünse de, o yörenin insanlarına güvenlik açısından gerekli özeni gösterme sorumluluğu (toplumsal sorumluluk) yüklemektedir. Bu açıdan bakıldığında suçun

[1161] Prof. Dr. Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika.
[1162] Prof.Dr. Ertan Beşe-Prof.Dr. Aytekin Geleri, Suç Önleme Modelleri.

ve cezanın şahsiliği ilkesi ihlal edilmiş olmaz.[1163] Bu uygulama, toplum bireylerini etraflarında olup biten olaylarla ilgilenmeye ve suç işleme hazırlığı niteliğindeki davranışları henüz suç işlenmeden güvenlik güçlerine bildirmeye sevk ettiğinden suçları önlemede toplumun katkıda bulunmasını özendirmektedir.

'Toplum Odaklı Suç Önleme' anlayışı, suçla mücadele ve bireyleri suça karşı bilinçlendirme amacıyla toplumu temel aktörlerden birisi olarak gören ve bu amaçla yürütülen her türlü faaliyeti kapsamaktadır. Toplum odaklı suç önleme anlayışının temel aktörleri ise, hukuk uygulayıcısı yargı organları ve özellikle kollukla işbirliği yapması gereken toplumsal kurum ve kuruluşlar, yerel yönetimler, dini kurumlar, iş dünyası, komşuluk çevresi, okullar ve sivil toplum kuruluşlarıdır.[1164] Suçu önlemenin, sadece güvenlik güçlerinin üstesinden gelebileceği bir konu olmadığı ve toplum bireyleri ve kurumlarının bu konuda rol alması gerektiği düşüncesi uluslar arası düzeyde de ele alınarak toplum odaklı suç önleme yaklaşımında bazı ilkeler belirlenmiştir.

Uluslararası Suç Önleme Koalisyonu tarafından 1988'de üzerinde görüş birliğine varılan 11 temel ilke, toplum odaklı suç önleme anlayışını desteklemektedir. Bu ilkelerde özet olarak; 'suçu önlemenin toplumun bütün kesimlerini içine alan bir konu olduğu, bu konunun hiç bir kişi veya kurumun tek başına üstesinden gelebileceği kadar basit ve dar kapsamlı bir konu olmadığı, suçu önleme işinin ancak bütün toplum kesimlerinin katkısı ile anlam kazanacağı' tespitleri yer almıştır. Toplum odaklı suç önleme konusunda farklı uygulamalar olmakla birlikte, bütün bu uygulamalarının temel amacı; suçların azaltılması, vatandaşların memnuniyetlerinin artırılması, suçların önlenmesi konusunda yargı kurumları ve adli kolluk ile birlikte vatandaşların işbirliğinin sağlanmasıdır.[1165]

2) ŞEKLİ OLMAYAN (ENFORMEL) SOSYAL KONTROL

2.1) GENEL OLARAK ENFORMEL SOSYAL KONTROL

Daha önce de tanımlandığı üzere sosyal kontrol, toplumsal düzeni sağlayacak bütün araçları insan hakları çerçevesinde kullanarak, sapma diye adlandırılan suç ve haksız davranışları önlemeyi ya da mümkün olan en az düzeye indirmeyi sağlayan mekanizmadır. Şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol ise, yazılı hukuk normları dışında, yazılı olmayan sosyal norm ve değerler ve toplumsal kurum ve kuruluşlar aracılığıyla bir toplumda gerçekleştirilen sosyal kontroldür. Yazılı olmayan sosyal norm ve değerler; toplumda var olan din, ahlak, örf-adetler ve gelenekler, etik ve estetik değerlerdir. İyiliklerin hâkim olduğu, kötülüklerin en az düzeyde bulunduğu erdemli bir toplumu oluşturmada sosyal kontrol mekanizması ve araçlarından yararlanmak mümkündür.

Tarihte ve günümüzde her toplumda varlığını sürdüren ve sosyolojide sapma olarak nitelendirilen suç ve hak ihlalleri, bir toplumda tamamen yok edilemez ise de, sapma eylemine neden olan bireysel ve toplumsal faktörlerin ortadan

---

[1163] Dr. İlhan Akbulut, Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni.
[1164] Prof.Dr. Ertan Beşe-Prof.Dr. Aytekin Geleri, Suç Önleme Modelleri.
[1165] Prof.Dr. Ertan Beşe-Prof.Dr. Aytekin Geleri, Suç Önleme Modelleri.

kaldırılması ya da azaltılması ölçüsünde, suç ve hak ihlalleri de engellenebilir ya da makul bir düzeye çekilebilir. İşte bu sapma niteliğindeki davranışların, henüz meydana gelmeden engellenmesi ya da makul düzeye çekilmesi, şekli/resmi olmayan sosyal kontrol sistem ve yöntemiyle gerçekleştirilmektedir.[1166]

Sosyolojide sapma**,** daha önce de ifade edildiği gibi sosyal norm ve değerlere uymayan ve bazen suç, bazen de hak ihlali olarak ortaya çıkan davranışlardır. Sosyal kontrol, suç ve hak ihlali şeklinde ortaya çıkan sapkın davranışları, insanların sosyal norm ve değerlere olan bağlılık düzeyleri açısından ele almaktadır. Buna göre bir toplumda bireylerin; aile, okul, din, ahlak, örf adetler gibi geleneksel kurum ve değerlere bağlılık düzeylerinin güçlü olması, gerek suçluluk ve gerekse diğer hukuka aykırı davranışlarda engelleyici bir işlev görmektedir. Yine aynı şekilde söz konusu değerlere ve geleneksel kurumlara olan bağlılık düzeylerinin zayıflığı ölçüsünde de, bireylerin suç işlemesi ve diğer hukuka aykırı davranışlarda bulunması ihtimalleri artmaktadır.[1167]

Batı kaynaklı modernizm ve pozitivizmin etkisiyle dini/manevi ve ahlaki değerlerin birey ve toplum hayatından uzaklaştırılmasıyla birlikte dünyada, sapkın davranışların ve özellikle suçların hem nitelik hem de nicelik yönünden artış göstermesi, suç olgusunun ceza hukuku dışında ayrı disiplinler tarafından incelenmesini gerekli kılmıştır. Özellikle gelişmiş ülkelerde sapkın davranışların sadece toplumdan dışlanmış uç noktalardaki kişi ya da gruplar tarafından değil, her kesimden insanlar tarafından işlenir hale gelmesi, bir bakıma suçların ve hak ihlallerinin toplumun her kesimine yayılması, ceza adalet sistemini ve genel olarak yargı kurumlarının iş yükünü artırarak tıkanma noktasına getirmiştir. Bu nedenle sapkın davranışların, özellikle de suçların bireysel ve sosyolojik tanımı, incelenmesi çalışmaları çeşitlenerek yeni boyutlar kazanmıştır.

Suçluluk ve hak ihlallerini ta baştan önlemenin en etkili yolu, şüphesiz ki şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol yöntemidir. Bu doğrultuda yapılacak çalışmalar; suçların ve hak ihlali eylemlerinin tarafları ve toplum dikkate alınarak yürütülmelidir.[1168] Şekli olmayan (enformel) sosyal kontrolün amacı, toplumun, suçlular ya da hak ihlal eden bireyler üreten mekânlar; suçlar ve hak ihlalleri için uygun ortamlar olmasına engel olmak, suçun ve hak ihlalinin bireysel ve toplumsal nedenlerini ortadan kaldırmak ve böylece insanların hak ihlali ve suç davranışında bulunmasını önlemek ya da en aza indirmektir.

Artık medeni devletler, hukuk sisteminin ve mahkemelerin dışında bir cezalandırma, ıslah ve kontrol yöntemleri aramaktadır. Topluma daha çok görev yükleyen devletler, toplumların şekli olmayan/enformel yöntemlerle otokontrolü sağlaması gerektiğini düşünerek toplumu yine kendisinin gözetlemesi için uyarmaktadır. Suç niteliğindeki davranışların korkusunu topluma hissettirerek toplumun bizzat kendisinin suçlulardan kurtulmak için çaba göstermesini istemektedirler. Bu anlayışa benzer bir uygulama, bizim hukuk tarihimizde

---

[1166] Doç.Dr. M. Tören Yücel, Kriminoloji.

[1167] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din Ve Suçluluk: Suç Teorileri Açısından Kuramsal Bir Yaklaşım.

[1168] Doç.Dr. M. Tören Yücel, Kriminoloji

bulunmaktadır. **Kaseme** kurumu, yasal düzenlemeye tabi olması nedeniyle aynı zamanda şekli sosyal kontrol özelliği taşımakla birlikte Osmanlı toplumunda suçların önlenmesi için, bireylere daha çok toplumsal sorumluluk yükleyen bir sosyal kontrol örneğidir.

Kaseme, Osmanlıda bir köy ya da mahallede, yol veya cami gibi genel yahut özel bir mülk içinde, üzerinde katil belirtileri var olan faili meçhul bir ceset bulunması halinde, maktulün yakınlarının dava etmeleri üzerine söz konusu köy ya da mahalle halkından elli kişiye "vallahi biz onu öldürmedik, katilini de bilmiyoruz" şeklinde yemin ettirilmesi esasına dayanır. Yeminin edilmesi sonucunda o yöre halkı, suçun faili sayılma ithamından kurtulmakla birlikte, öldürülen kişinin diyeti/tazminatı, cesedin bulunduğu yer bir özel mülk ise mülk sahibinin ailesi, kabilesi ya da akrabasına, kamuya ait ortak bir mülk ise köy veya mahalle halkına ödettirilirdi. Şu halde, o yöre halkına yemin ettirilmesi, cesedin o yörede bulunmasının, suçu o yöre halkının işlediği yönünde bir tür karine olarak kabul edilmesindendir. Bu nedenle, "o kişiyi ben öldürmedim ve öldüreni de bilmiyorum" şeklindeki yemin, o yer halkının o suçu işleyebileceğine dair şüphe ve ithamı ortadan kaldırmak içindir. Çünkü o yöre halkı böyle bir olayı önleyememekle ve katili görmemekle halkın huzurunu kaçırmışlardır. Bu nedenle, suçun faili sayılmaktan kurtulsalar da öldürülenin diyeti (tazminatı) onlardan alınacaktır.[1169]

Bu kurum, bir toplumda yaşayan tüm insanlara, suç daha işlenmeden önce bulundukları yerin güvenliğini sağlama ve sürdürme, ayrıca hakları tecavüze uğrayan kimselere de yardım etme yükümlülüğü getirmektedir. Bir bölgede yaşayan insanlar gerek içlerinden, gerekse dışarıdan birtakım suça eğilimli ve kötü niyetli kimselerin çıkarak o bölgenin güvenliğini ihlal etmesine izin vermemelidirler. Dolayısıyla bir bölgede bir cinayetin meydana gelmesi, o yer halkının, görevlerinde ihmalkârlık, gevşeklik gösterdikleri anlamına gelir. Bu nedenle de haklarında bir tür ceza olarak 'Kaseme' ve diyet (yani tazminat) uygulanmıştır.[1170] Görüldüğü gibi, **kaseme** uygulaması sayesinde bir sosyal kontrol mekanizması oluşturulmak istenmiş, böylece toplum bireylerinin sürekli biçimde birbirlerini kontrol altında tutmaları ve toplumdaki suç yüzdesinin azaltılması amaçlanmıştır.

2.2) ŞEKLİ OLMAYAN (ENFORMEL) SOSYAL KONTROLÜN DEĞERİ

Edward A. Ross, 'Sosyal Kontrol' isimli eserinde, 'Bir toplumun, kendisini oluşturan üyelerinin davranışlarını denetleme ve onlara toplumsal hayat için gerekli olan davranışları benimsetme yollarını' açıklamış; toplumların, bireyleri denetlemek için kullandığı 33 farklı yol ve yöntemden söz etmiştir. Bu 33 farklı yol ve yöntem, hem ceza hukuku kapsamında sağlanan şekli sosyal kontrole ilişkin mekanizmaların, hem de bireylerce içselleştirilen ve dışarıdan zorlama olmadan

[1169] Yrd. Doç. Dr. Aybars Pamir, Kaseme Kurumunun Suçu Önlemedeki Fonksiyonu.
[1170] Yrd. Doç. Dr. Aybars Pamir, Kaseme Kurumunun Suçu Önlemedeki Fonksiyonu.

kendi rızalarına dayalı olarak işleyen şekli olmayan kontrol sistemine ilişkin mekanizmaların bireyler üzerindeki etkilerini göstermektedir.[1171]

Bunlar arasında etkinlik karşılaştırılması yapıldığında; en etkili olan sosyal kontrol türünün, bireyin rızasına dayalı içsel kontrol sistemi olduğu görülür. Ross'a göre, rıza göstermesi için bireye dıştan dayatılan tüm bu kontrol mekanizmalarından çok daha fazla etkili olanı, bireyin kendiliğinden razı olmasını sağlayan içsel kontrol/iç denetim mekanizmalarıdır (vicdandır). Eğitim, erdemli kişilere gıpta etme ve onları taklit, sanatsal, moral/ahlaki ve estetik değerlere uygun hayat biçimleri ve buna benzer mekanizmalar, bireyin kendiliğinden razı olmasını sağlayan kontrol mekanizmalarıdır. Kısaca ceza hukuku kapsamındaki şekli (formel) sosyal kontrol mekanizmaları dışarıdan zorlamaya dayanırken, sosyal değerler aracılığıyla yürütülen şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol mekanizmaları ise, bireyin rızasına dayanmaktadır.

Birey üzerinde etkin rol oynayan klasik sosyal kontrol mekanizması, genellikle dinsel kaynaklı olan inanç sistemleridir. Bu inanç sistemleri günümüzde zayıflamış olsa da işlerliğini tümüyle kaybetmiş değildir. Kısacası, dıştan dayatılan şekli sosyal kontrol mekanizmaları birey tarafından zorlama, baskı olarak algılandığı için bazen direnç yaratmakta, meşruiyet sorunlarına yol açmaktadır. Hâlbuki son derece etkin bir ikna yolu olan içsel kontrol (vicdan) mekanizmaları, bireyin kendisini gönüllü olarak denetlemesine vesile olduğu için, özgürlükler bakımından bir sorun oluşturmadan uyum sağladığı duygusu vermekte ve amaca çok daha fazla uygun düşmektedir.[1172]

3) ŞEKLİ OLMAYAN/ENFORMEL SOSYAL KONTROL ARAÇLARI

Şekli olmayan sosyal kontrolün en önemli araçlarından birisi sosyal norm ve değerlerdir. Sosyal norm ve değerler, bir toplumda bireyleri belli olaylar karşısında nasıl davranmaları gerektiğini belirleyen ve öyle davranmaya yönlendiren ilke ve kurallardır. Sosyal norm ve değerler; hukuk, din, ahlak, örf adetler/gelenekler ve estetik değerlerden oluşur. Değerler, kişilerin düşünce, tutum ve davranışlarında birer ölçüt olarak toplumsal hayatın vazgeçilmez bir unsurunu oluştururlar. Değerler, toplum bireylerinin uymak durumunda oldukları genelleşmiş dini ve ahlaki inançlardır. Neyin iyi ya da kötü; neyin güzel ya da çirkin ve neyin doğru ya da yanlış olduğunu gösteren ölçütlerdir.

Yazılı sosyal normlar; kanunlar, tüzükler, yönetmelikler gibi devletin yetkili organları tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip uygulamaya konulan, gerektiğinde değiştirilen; devletin, toplamsal düzenin, barışın korunmasını ve devamını sağlayan/amaçlayan hukuk kurallarıdır. Maddi yaptırım gücüne sahiptir. Yazılı olmayan sosyal normlar ise; bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve toplumsal barış ve düzeni sağlayan din, ahlak, örf adetler, töre, gelenek görenekler

---

[1171] Edward A. Ross; aktaran: Doç. Dr. Cengiz Anık, Toplumsal Zihniyet Aracılığı İle Sosyal Kontrol.

[1172] Edward A. Ross; aktaran: Doç.Dr. Cengiz Anık, Toplumsal Zihniyet Aracılığı İle Sosyal Kontrol.

ve estetik değerlerdir. Manevi yaptırım gücüne sahiptirler. Sosyal norm ve değerler bir toplumda kuşaktan kuşağa eğitim ve terbiye yoluyla aktarılır. Eğitim ve terbiye ise; aile, okul, sosyal çevre ve meslekler gibi toplumsal kurumlar aracılığıyla gerçekleşir.

Sosyal değerlerin, bir toplumda suçlar ve hak ihlalleri gibi hukuka aykırı bütün davranışlarla yakından ilişkisi vardır. Sosyal değerlere bağlılık düzeyinin yüksek olduğu toplumlarda, bireylerin suç ve hak ihlali davranışları az olacağından, ceza hukuku kapsamında işleyen şekli sosyal kontrol tedbirlerine ve cezai müdahalelere fazla ihtiyaç duyulmaz. Bu nedenle yargı ve hukuk sisteminin iş yükü de azalır. Buna karşılık sosyal değerlere bağlılık düzeyinin azaldığı toplumlarda suçlar ve hak ihlali davranışları da artacağından, bütün yük hukuk ve yargı sistemine düşecek, toplumsal hayattaki hukuka aykırı davranışlar, büyük ölçüde ceza hukuku kapsamındaki sosyal kontrol araçlarıyla önlenmeye çalışılacaktır. Bu durum ise, hukuk ve yargı sisteminin, altından kolaylıkla kalkabileceği bir iş değildir.

3.1) ENFORMEL SOSYAL KONTROL ARACI OLARAK SOSYAL DEĞERLER

a) SOSYAL DEĞERLERİN TANIMI VE ÖNEMİ

Sosyal değerler, bireylerin davranışlarına yön veren, onları şekillendiren; toplum tarafından genel olarak kabul gören toplumsal davranış kalıplarıdır. Bireyler, sosyal değerler sayesinde toplumsal, kültürel ve etik değerleri öğrenir, bunları içselleştirip kendilerine mal eder; sosyalleşme sürecini yaşar ve bu değerler doğrultusunda davranmaya başlar. Başka bir deyişle bireyler, sosyal değerleri öğrenme, içselleştirme ve sosyalleşme süreci sayesinde toplumla bütünleşir, o toplumun bir parçası haline gelirler. Ancak bireylerin toplumla bütünleşmesi, onların kendi bireysel kimlik ve kişiliğinin yok olması anlamına gelmez. Onlar kendi bireysel kimlik ve kişiliğiyle toplumla bütünleşirler. Bir anlamda bireysel çokluk içinde toplumsal birlik oluştururlar. Çünkü insanlar, iradi/akli ve ahlaki varlıklardır. İnsanların bu özelliği, onları diğer sıradan kalabalıklardan ayırır.

Bir toplumda bireylerin sosyal değerlerle denetlenememesi, onların attıkları her adımda yasalarla karşılaşması gibi bir duruma yol açabilir. Bu durum, yargı organlarıyla sağlanan şekli kontrol tedbirlerinin aşırı yüceltilmesine neden olabilir. İnsanlar, günlük hayatlarında atacakları her adımda davranışlarının cezasının ne olacağını düşünmek zorunda kalıyorsa böyle bir toplumda ideal bir adalet duygusunun yaşanması mümkün olamaz. Aksine adaletin ceza ile özdeş sayılması söz konusu olabilir. Şekli (formel) sosyal kontrolün devlet eliyle sağlanmasında cezai yaptırımlar, ikinci derecede değil de öncelikli araç olarak yer alması, etiksel açıdan büyük sakıncalar doğurur. Çünkü asıl olan insanların suç işlememesidir. Sapma (hak ihlali ve suç) niteliğindeki davranışların birçoğu, öncelikle ceza hukuku kapsamı dışındaki enformel sosyal kontrol tedbirleriyle engellenebilecek iken, bu tedbirlerin göz ardı edilmesi ya da uygulanmaması, ahlaki açıdan savunulamaz bir durumdur. Ceza ise, sosyal kontrolün sağlanmasında istisnai bir tedbir olmalı ve suçluların iyileşmesini, diğer insanların da caydırılmasını sağlamalıdır.

Hukuk, din, ahlak, örf adetler, etik ve estetik değerlerden oluşan sosyal norm ve değerlerin, toplumsal hayatın barış ve düzenini sağlayan temel unsurlar olduğu bilinmektedir. Bir toplumda barış ve düzenin sağlanması, bu değerlerin varlığı, devamı ve etkinliğine bağlıdır.

Her toplumda sosyal hayatı düzenleyen, bireyler arası ilişkilere yön veren ve anlam kazandıran sosyal kurallar ve değerler sistemi vardır. Bir toplumun bu değerlerden uzaklaşması, kültürüne yabancılaşması, o toplumun şuursuz kalabalıklar haline gelmesi demektir. Bireyleri ortak hedeflere yönelten ve sosyal kimliğini oluşturan, sahip olduğu kültürel değerlerdir. Gelecekte var olmak isteyen milletler; toplumsal değerlerine, kendi kültürlerine sahip çıkmakta, çağdaş düşüncenin ve bilimin önderliğinde kültürlerini geliştirmeye, yaygınlaştırmaya ve gelecek nesillere aktarmaya çalışmaktadırlar.

Sosyal değerler, toplumda bireyler arası uyum ve güven ortamının oluşmasını sağlayan, zıtlaşma ve kutuplaşmaları önleyen, kaynaştırıcı unsurlardır. Her türlü ideolojik ve siyasi düşüncenin üzerinde toplumun ortak değerleridir. Sosyal, hukuki, ekonomik ve kültürel kurumlar, bu değerlere dayandığı sürece işlevlerini sürdürebilir ve toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilir. Toplumsal düzeni sağlayan sosyal değerler, bireylerin hayatlarına anlam kazandırdığından toplumda sapma niteliği taşıyan suç ve hak ihlallerinin azalmasına, bu da hukuk ve yargı sisteminin yükünün hafifletilmesine neden olacağından, suçların ve hak ihlali davranışlarının toplumsal maliyetinin düşmesi, barış ve düzenin sağlanması gibi olumlu sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Bir toplumun varlık ve devamı, ortak sosyal değerlerin korunması ile mümkündür. Sosyal değerler, toplumsal hayatın barış, güven ve düzenini sağlayan temel unsurlar olduğuna göre, bu değerlerin zayıflaması ve etkinliğini yitirmesi toplumda derin yaralar ve sorunlar açabilir. Bir toplumda sosyal değerlerin yerini doldurabilecek başka bir şey bulmak mümkün değildir. Sosyal değerlerin zayıfladığı ve etkinliğinin azaldığı durumlarda, düzen ve barışı sağlamak için toplumsal hayatta daha çok hukuk kurallarının yer aldığını görüyoruz. Sosyal değerlerden boşalan alanlar, hukuk kurallarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak bu, insan hayatı için oldukça zor ve sıkıcı bir durumdur. Kaldı ki sadece hukuk kuralları ile insanları her an takip ve kontrol etmek mümkün değildir. Hukuk kurallarının ulaşamadığı yerlerde bile, insanların kalplerine onları denetleyecek mekanizmayı yerleştirecek olan, hiç şüphesiz ki sosyal değerlerdir.

b) SOSYAL DEĞERLERİN İŞLEVLERİ VE SOSYAL KONTROL

Sosyal değerlerin, bireyler ve toplumların hayatında çok önemli işlevleri vardır. Toplum bireylerinin ortak duygu ve düşüncelerini yansıttıklarından toplumun birlik, düzen ve bütünlüğünü sağlarlar. Değerler, toplumun büyük çoğunluğu tarafından kabul edilen, paylaşılan, uzlaşılan düsturlardır. Değerler, sosyal ilişkilerde bireylere nasıl davranılacağı konusunda hazır model ve reçeteler sunar; bireyleri bu model ve reçetelere göre davranmaya yönlendirir. Sosyal değerler arasında genel olarak bir ahengin, uyumun, karşılıklı etkileşimin ve ortak yanların varlığı söz konusudur. Sosyal değerler arasında bazı farklılıklar varsa da bu farklılıklar onların birbiriyle

çatışmasına, birbirini yok saymasına ve ortadan kaldırmasına neden olamaz. Örneğin her sebze ve meyvenin ayrı tadı, rengi ve yararı varsa, her bir sosyal değerin de insan ve toplum hayatı açısından ayrı bir anlamı ve yararı vardır.

Bireyler, değerler sayesinde ortak amaç ve idealler etrafında bütünleşir. Değerler, ortak davranış kalıplarının oluşmasını sağlayarak toplumda sosyal kontrol mekanizmasını işletirler. Sosyal değerler, toplumları ayakta tutan, bütünleştiren en önemli sosyokültürel ve sosyo psikolojik faktörlerdendir. Sosyal değerler, bir binadaki tuğlaları birbirine bağlayan harca benzerler.[1173]

Sosyal değerler, bir toplumun bütün bireylerini birbirine bağlar, onları belirli hedeflere yönlendirir; bireyler de bu değerleri içselleştirirler. Bu durum, sosyal değerlerin, bireylerin hayatında somutlaşması halidir. Sosyal değerlerle toplumun kurumları ve hukuk sistemi arasında bir denge ve uyum bulunmalıdır. En elverişli ve uygun toplumsal yapı, ancak bu denge ve uyumun sağlanmasıyla oluşur.[1174] İşte insan ve toplum hayatı için büyük önem taşıyan sosyal değerlerin, bireyleri belirli hedeflere yönlendirmesi; bireylerin de bu değerleri kendi rızalarına dayalı olarak içselleştirmeleri süreci, sosyal kontrol sistemi içinde gerçekleşmektedir. Bu toplumsal değerler, bireyleri olumlu yönde etkilediği ve yönlendirdiği ölçüde, o toplumda sapma/suç ve hak ihlali niteliğindeki davranışlar da en az düzeye iner.

Sosyal değerlerin birbirleriyle çoğunlukla örtüştüğünü ve uyum içinde olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin insan öldürme eylemine karşı; hukuk, din, ahlak, örf adet/gelenek ve göreneklerin ortak bir olumsuz tutum içinde olduğunu görüyoruz. Bu fiil dinen günah, ahlaken kötü, hukuk açısından suç, gelenek ve görenekler bakımından da onaylanmayan bir davranıştır.[1175]

İşkence, hırsızlık, gasp, yaralama, cinsel saldırıda bulunmak gibi suç eylemlerine karşı da hukuk, din, ahlak, örf adet, gelenek bir noktada birleşmekte ve aynı olumsuz tutumu sergilemektedir. Doğruluk, dürüstlük, iyi niyet ve yalan gibi dini ve ahlaki davranışlar, hukuk açısından da değer verilen davranışlardır. Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'da doğruluk/dürüstlük ve iyi niyet kuralları gibi. Toplumsal hayatta bireyler arasında hasta ziyaretleri, hediyeleşmeler, yardımlaşmalar, günlük hayat içinde selamlaşmalar, bayramlaşmalar sadece örf adetlerle/gelenek ve göreneklerle ilgili değil, aynı zamanda din ve ahlakla ilgili değerlerdir. Bu tür dini, ahlaki, örfi davranışlar doğrudan doğruya hukukla ilgili görünmese bile, bireyler arası sosyalleşmeyi sağladığı ve toplumsal barışa katkıda bulunduğu ölçüde hukuk/yargı sisteminin yükünü azalttığı için hukukla dolaylı olarak ilgilidir.

Diğer yandan trafik kuralları, devlete vergi verme, ev yaparken belediyeden ruhsat alma gibi işlemler sadece hukuku ilgilendiriyor gibi görünse de, gerçekte bunların da dini ve ahlaki boyutu inkâr edilemez. İnsan hayatına en büyük değeri veren din ve ahlak kuralları; insanların, trafik kurallarına uyulmadığından dolayı

[1173] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Sosyal Değerler.

[1174] Doç.Dr. Nihat Nirun, Sosyal Sistemlerde Sapmalar.

[1175] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Sosyal Değerler.

hayatını kaybetmelerini ya da sakatlanmalarını istemez. Vergi vermek; devletin, bireyler ve toplum yararına yapacağı hizmetler için zorunlu bir görevdir. Her bireyin geliri ölçüsünde vergi verme görevini yerine getirmesi adaletin bir gereği olup, adalet ise hem hukuk hem de din bakımından önemli bir ahlak kuralıdır. Bina yapımı için ruhsat alınması ve bu işin belirli standartlara bağlanması, yapılacak binanın sağlam olması içindir. Ruhsat alınmadan yapılacak bir bina, malzeme ve yer bakımından sağlam olmayabileceğinden ileride bu binanın yıkılarak insanların hayatını ya da sağlığını kaybetmesine ya da maddi zarara uğramasına din ve ahlak da razı olmaz. Toplumda hoşgörü, alçak gönüllülük, israftan kaçınma, yardımseverlik, yiğitlik, adaletli davranma, merhamet, insanlara sevgi ve saygı gösterme, ölçülü olma gibi birçok davranış konusunda da din, ahlak, örf adetler/gelenekler ortak hareket etmekte, bu davranışlarla ilgili aynı olumlu tavrı sergilemektedir. Kısaca ahlak, din, örf-adetlerden oluşan sosyal değerlerle hukuk ve yargı sistemi arasında ciddi bir ilişki vardır.

Sosyal değerleri ihlal edenlere karşı yaptırımlar; toplum tarafından hoş karşılamama, yadırgama, ayıplama, dışlama, ilişkide bulunmama, kınama, konuşmama, yüz çevirme, alay etme gibi tepkiler şeklinde kendini gösterir. Örneğin, anne babasının onayını almadan evlenen bir genç, akrabalar ya da komşular arasında söz getirip götüren ve onları çekiştiren bir kişi, toplum ve ailesi tarafından yukarıda belirti1en toplumsal tepkilerden bir ya da bir kaçına muhatap olabilir. Toplumun inandığı ve güven duyduğu sosyal değerlere bazı sapkın kişiler tarafından çeşitli şekillerde saldırıda bulunulduğunda, toplum ya da sosyal gruplar tarafından alaylı bir gülüş, küçümseyen bir bakış, anlamlı bir sessizlik gibi tepkiler gösterilebilir. Şüphesiz ki, bu tepkiler ya da yaptırımların gücü, toplum bireylerinin sosyal norm ve değerlere bağlılıkları ölçüsünde artar ya da eksilir. Bu nedenle şekli olmayan sosyal kontrol sisteminin etkinliği, toplumun sosyal norm ve değerlere bağlılık derecesiyle ölçülür.

Sosyal kontrol düşüncesi; suç olgusunu, bireylerin toplumsal değer ve normlara olan bağlılık düzeyleri açısından ele almaktadır. Bu anlayışa göre bireylerin; aile, okul, arkadaş, din ve ahlak gibi geleneksel kurum ve unsurlara bağlılık düzeylerinin güçlü olması, suçlulukta engelleyici bir işlev görmektedir. Benzer biçimde, söz konusu değerlere ve geleneksel kurumlara olan bağlılık düzeylerinin zayıflığı ölçüsünde de, bireylerin suç işleme ihtimalleri artmaktadır.[1176]

Sosyal değerler, hukuk, din, ahlak, örf adetler/gelenekler, etik ve estetik değerler şeklinde oldukça geniş bir içeriğe sahiptirler. Toplumsal hayatı düzene koyan, bireyleri birbirine bağlayan ve bireyler arası ilişkilerde barış ve huzuru sağlayan sosyal değerlerin şekli olmayan/enformel sosyal kontrolde oynadığı rolü vurgulamakta yarar bulunmaktadır.

c) SOSYAL DEĞERLER VE SOSYAL KONTROL

c.a) HUKUK VE SOSYAL KONTROL

[1176] Z. Kızmaz; aktaran: Prof.Dr. Ertan Beşe-Prof.Dr. Aytekin Geleri, Suç Önleme Modelleri.

Sosyal norm ve değerlerden birisi hukuktur. Sosyal norm ve değerler, bir toplumda insanların belli olaylar karşısında nasıl davranmaları gerektiğini gösteren, öyle davranmaya zorlayan ve maddi/manevi yaptırımlara bağlanan kurallardır. Sosyal normlar, yazılı olan ve yazılı olmayan normlar diye ikiye ayrılır. Hukuk; anayasa, yasalar, tüzükler ve yönetmeliklerden oluşan yazılı normlar bütünüdür. Sosyal norm ve değerlerden birisi olan hukuk ile sağlanan sosyal kontrole ilişkin gerekli açıklamalar, 'şekli (formel) sosyal kontrol' bölümünde yapılmıştır. O bölümde de belirtildiği üzere hukuk aracılığıyla yürütülen sosyal kontrol, ceza hukuku ve medeni hukuk kapsamında yargı organları ile sağlanmaktadır ki bu, şekli (formel) sosyal kontroldür.

Hukuk, insanların temel haklarını güvence altına alır, hakkı olanlara haklarını, haklara saldıranlara da cezasını verir. Adaleti gerçekleştirmek amacında olan hukukun; suç işleyenlere ve hakları ihlal edenlere karşı devletin meşru yaptırım gücüne dayanması nedeniyle caydırıcı bir özelliği vardır. Hukukun bu caydırıcı özelliği, toplumda suça ve hak ihlali davranışlarına eğilimi olan bireylerin hukuka aykırı bir davranışta bulunmasını önler. Hukukun, suçları ve hak ihlallerini önleyici özelliği, onun adaleti gerçekleştirmedeki başarısına ve yaptırım gücünün etkinliğine bağlıdır. Yani bireyler, suç işlediklerinde ya da başkalarının haklarını ihlal ettiklerinde, devletin adalet kılıcının keskin olduğunu, mutlaka yaptırımla karşılaşacağını, bundan kaçma imkânlarının bulunmadığını bilmelidirler. İşte burada adaleti tam olarak gerçekleştiren ve devletin yaptırım gücüne dayanan hukuk sisteminin, suçların ve hak ihlali davranışlarının ortaya çıkmasını baştan önleyici ve caydırıcı özelliği ortaya çıkmaktadır.

c.b) DİN VE SOSYAL KONTROL

Din, bireylerin hayatına yön vermesi ve sosyal değerlerin en önemli kaynaklarından biri olması nedeniyle etkin bir sosyal kontrol aracıdır. Dini, sosyal bir olgu olarak gören sosyoloji bilimi, onu incelerken toplumsal hayat içindeki yeri ve etkileri yönüyle ele alır. Din, toplum bireylerine etkili olan sosyal bir kurumdur. En eski toplumlardan günümüze kadar her toplumun inandığı bir dini olmuştur.

Dinin en temel işlevlerinin başında, bireylere evren, dünya ve hayatın anlamlandırılmasını sağlayan belli bir 'zihniyet' kazandırması gelmektedir. Nitekim ABD'li sosyolog ve teolog Berger'in ifadesiyle: "Hayata anlam ve gaye kazandıran din, insanın dünya kurma girişiminde stratejik bir rol oynamaktadır. Din, evrenin tamamını insan açısından manidar bir varlık olarak kavramanın cüretkâr bir girişimidir." Berger'e göre, sosyal bir gerçeklik olan din, birey ya da toplum davranışlarının belirlenmesinde merkezi bir konuma sahiptir.[1177]

Kısaca din; bireylerin hayatta karşılaşabilecekleri çok önemli konularla ilgili çözüm yolları ve onları ilgilendiren sorunlara karşı bazı tutum ve davranışlar içermektedir. Birey ve toplum davranışlarının oluşmasında belirleyici role sahip

[1177] Peter Ludwig Berger, Dinin Sosyal Gerçekliği; aktaran: Prof. Dr. Y. Mustafa Keskin, Din ve Toplum İlişkileri
Üzerine Bir Genelleme.

olan dinin, bu niteliği nedeniyle suçların ve hak ihlali davranışlarının önlenmesi konusunda etkin olması doğaldır.

Genel olarak dinlerin, özellikle de büyük dinlerin, inanç esaslarıyla ilgili konular yanında, insan hayatının her alanına ilişkin hükümler taşıması ve bu alanlarda bireylerin dini referans alan tutum ve davranışlar ortaya koyması, onların zengin bir fikri içeriğe sahip olduklarını göstermektedir.[1178]

Değerlerin temel kaynağı olan din, toplumsal yapıyla tutarlı olduğunda, ölüm çaresizliği karşısında rıza ve tevekkül (gereken tedbirlere başvurduktan sonra karşılaştığı sonuca razı olmak/boyun eğmek); hayatta karşılaşılan sıkıntı ve zorluklara karşı sabır; korkulara karşı güven gibi iç kontrol işlevlerinin yanı sıra, sahip olduğu ahlaki değer ve normlarla da toplumsal uyumu ve sosyal kontrolü sağlayan önemli bir kurumdur.[1179]

Bazı suç bilimciler ve sosyologlar tarafından, dini inanç ve davranışlarla suç işleme arasında bir ilişkinin olup olmadığı konusunda çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Araştırmanın temel noktası; 'dini inanç ve davranışlar bireyi suç işlemekten caydırır mı ya da dinin, suç davranışı üzerindeki etkisi ve düzeyi nedir' sorusudur.[1180] Bu soruyu, 'dini inanç ve davranışlar bireyleri, diğer insanların haklarını ihlalden alıkoyar mı' sorusuyla genişletebiliriz. Çünkü kişilerin sapma niteliğindeki davranışları sadece suç davranışıyla sınırlı olmayıp, aynı zamanda diğer insanların haklarını ihlal eden tutum ve davranışları da kapsamaktadır.

İnsan davranışlarının kontrol edilmesi ve toplumun şekillenmesinde dinin etkin bir rol oynadığı görüşü, bazı sosyal bilimciler arasında büyük ölçüde kabul görmektedir. Bu alanda sistemli araştırma yapanların başında Durkheim ve Weber gelmektedir. Durkheim, sosyal düzenin korunması ve ortak değerlerin oluşumunda dinin temel bütünleştirici bir rolü olduğunu savunur. Weber ise, dinin, insanların dünyayı anlama biçimine ve bu anlam çerçevesinde iyi davranışlar sergilemesinde önemli katkılar sunduğunu ileri sürmektedir.[1181]

Toplumsal hayata olan etkilerine bakıldığında dinin, ibadet, ayin gibi ritüellerinin sosyal bütünleşmenin önemli etkenlerinden biri olduğu görülmektedir. Temel işlevleri açısından kolektif bir nitelik taşıyan, grup birlikteliğini sağlayan ibadet ve ayin gibi ritüeller, toplumu bir arada tutmakta, dayanışmayı artırmakta, toplumun kolektif bilincini güçlendirmektedir. Ayrıca ibadet ve ayinler, sosyo kültürel hayatta yaptıkları etkilerle, toplumsal hayatın temel dinamiklerinden biri olarak sosyal kontrol işlevi görmektedirler.[1182]

Din ile toplumsal kurumlar arasındaki ilişkiyi araştıran bazı sosyal bilimciler de, dinin, ahlaki değerlerin içselleştirilmesi ve sosyal normların özümsenmesine olumlu katkılar yaptığı ve bunun da, toplumsal uyum ve bağlılık düzeyini arttırmak suretiyle sapmayı (suçu ve hak ihlalini) engellediği görüşünü ileri sürmektedirler. Esasen din, bir anlamda kaynağını Tanrı'dan alan bir ahlâk sisteminden ibarettir.

[1178] Prof. Dr. Y. Mustafa Keskin, Din ve Toplum İlişkileri Üzerine Bir Genelleme.
[1179] Prof. Dr. Hayati Hökelekli, Din Psikoloji.
[1180] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suç.
[1181] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.
[1182] Doç.Dr. Kasım Karaman, Ritüellerin Toplumsal Etkileri.

Çünkü dinin hemen her alanda ahlâki buyrukları vardır. Başka bir ifadeyle, bütün insanlar için geçerli sayabileceğimiz ahlâk kurallarının hepsini ilahi dinlerde bulmak mümkündür. (Erol Güngör, 1995). Berger, dinin sosyal işlevini, toplumsal bütünleştiricilik ve sosyal kontrol olarak ifade eder.[1183]

Din, insanların davranışlarını devamlı olarak gözetleyen bir denetçiyi onların kalplerine yerleştirmiştir. Bilindiği gibi vicdan; doğru ve yanlışın ne olduğunu insana hissettiren bir iç sestir. Bir insan, kanun adamlarının ve diğer insanların kontrolünden uzak yerlerde, ahlâka ve toplumsal hayata uymayan bir davranışta bulunmak istediğinde, Tanrı'nın o insanı gördüğünü ve bu davranışı cezasız bırakmayacağını söyleyen din, bu şekilde önemli bir sosyal kontrol işlevi görmektedir.[1184]

Dinin suç üzerindeki etkisi konusunda sosyal kontrol kuramcılarının kendi aralarında iki temel görüşe sahip oldukları görülmektedir. Bunlardan birinci grup, dinin suç üzerindeki caydırıcı etkisinin, bireylerin dini değerleri içselleştirme düzeyine bağlı olarak değişkenlik gösterdiğini, dolayısıyla güçlü dindarlığın bireyleri suç işlemeğe karşı doğrudan caydırıcı olduğunu ileri sürerken; ikinci grup da, bu etkinin doğrudan değil, daha çok aile ve akran grubu üzerinden dolaylı olduğunu ileri sürmektedirler. Başka bir deyimle birinci yaklaşım, dinin suç üzerindeki etkisinin doğrudan, ikinci yaklaşım da bu etkinin dolaylı olduğunu kabul etmektedir.[1185]

Her iki yaklaşımın da ortak yanı, dinin suç davranışı üzerinde etkili olduğunu kabul etmeleridir. Yasalar ve devletin güvenlik güçleri, insanları, kimsenin görmediği ve kendi başına bulunduğu yerlerde kontrol etme imkânına sahip değildir. Kanunlar insanları disipline etme, yetiştirme ve sosyal hayatın dengesini sağlamada yeterli olmadığı için kişilerin manevî bir otorite altına alınması şarttır. Bu otorite de ancak din olabilir.

Suç ve din ilişkisini tespite yönelik yapılan araştırmaların büyük bir kısmının, sosyal kontrol teorisinin görüşlerini temel aldığı görülmektedir. Yani bu teoriye göre din, sosyal değerlere ve kültüre etkili olmakta, bunlar da bireylerin suç davranışına etkili olmaktadır. Görüldüğü gibi burada din ile hak ihlali ve suç davranışı arasında ciddi bir ilişkiden söz edilebilir.[1186] Din, insanın düşünce, duygu, irade, vicdan ve davranış gibi bütün yetenek ve eğilimlerine hitap etmektedir. Bu nedenle din; suç işlemeyi, insan/kul hakkı yemeyi aynı zamanda günah kabul ettiği için, öldükten sonra ceza veya mükâfat göreceğine inanan, ibadetlerini yapan bir insanın suç işlememesi ve insan hakkını (kul hakkı) ihlal etmemesi beklenir.

Rasyonel Tercih Kuramı açısından din ile suçluluk ilişkisi, büyük ölçüde dinin öngördüğü ceza (cehennem) ve ödül (cennet) kavramları ya da Allah rızasını kazanma düşüncesi üzerinden kurulmaktadır. Genel olarak ilahi dinler, ölümden

---

[1183] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.

[1184] M. Yaşar Kandemir, 1986; aktaran: Abdurrahman Kaymak, Dinî Tutum ve İnançların Sosyal Ahlaka Etkisi İle İlgili
Görüş ve Değerlendirmeler.

[1185] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.

[1186] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.

sonra başka bir hayatın olduğunu ve ölümle birlikte bireylerin bu dünyadaki bütün davranışlarından dolayı sorguya çekilecekleri düşüncesini içermektedir. Diğer bir deyişle ilahi dinler, insanlardan, bu dünyadaki bütün yaptıklarından dolayı **ceza** ve **mükâfat** ile karşılaşacakları ahiret âlemine inanmalarını ister. İlahi dinlerin öngördüğü bu inancın, dindar kişilerde suç işlemede ve haksızlık yapmada önemli ölçüde engelleyici bir rolü olduğu belirtilmektedir.[1187]

Dini inanış, ahlâki davranışlara büyük ölçüde kaynaklık eder. Toplumsal hayatta büyük önem taşıyan doğruluk, dürüstlük, adalet, sorumluluk, yardımlaşma, sevgi ve merhamet gibi etik ilkelerin devamlılığının sağlanması, ancak dini inançla desteklenmesine bağlıdır. Çünkü dini inanç, ahlaki davranışlara kutsallık kazandırır. Bu kutsallık inancı, ahlaka hem güç hem de süreklilik kazandırır. Ancak dinin, belirtilen işlevlerini tam olarak yerine getirebilmesi, toplum bireylerinin dine bağlılık derecesinin yüksek olmasına bağlıdır. Düşünürler, dinin sapmayı önleyen gücünün, dindarlık düzeyleri son derece yüksek olarak bilinen toplumlarda doruğa ulaştığını ifade etmektedirler.[1188]

Ülkemizde birçok insanın, niçin suç işlemedikleri yönündeki sorulara, genellikle 'dini bir inanca ve yaşantıya sahip olduğumuzdan dolayı' diyerek cevap vermesi, din ve suç arasındaki ilişkinin bir somut delili olarak gösterilebilir. Bilindiği gibi hukuk kurallarına göre suç sayılan eylemlerin hemen tamamı dini inanca göre de suçtur/günahtır. Dini inancından dolayı bireylerde oluşan Allah korkusu/Allah ve insan sevgisi, Allah'tan utanma, cehennem korkusu ve cennet ödülü ya da Allah rızasını kazanma gibi dini unsurların, onları suç işlemekten caydırdığı söylenebilir.[1189] Ceza korkusu ya da mükâfat ümidi ve suçluluk ilişkisi çerçevesinde ortaya konulan bu yaklaşımlar, bazı kriminologlar (suç bilimcileri) tarafından Cehennem Korkusu teorisi ile de ifade edilmektedir.

Cehennem Korkusu Teorisi, ilk defa Amerikalı sosyolog/kriminolog Travis Hirschi ve din sosyologu Rodney Stark ile tanınmıştır. Kısaca bu yaklaşım, bu dünyadan sonraki hayata (ahrete) inanmanın, bireysel düzeyde suç davranışını ve haksızlık yapmayı engellediğini öngörmektedir. Rodney Stark, 'dinin suçluluk üzerinde gerçek bir potansiyele/gizli bir güce sahip olduğunu' dile getirmiştir.[1190]

Din, insan nefsinin aşırı istek ve duygularını denetim altına alarak bireylerin cinsel tutum ve davranışlarını açıkça olumlu yönde etkilemektedir. Hayatında dini değerlere önem veren gençlerin evlilik dışı cinsel ilişkileri, bu değerlere önem vermeyenlere göre daha düşüktür. (Brewster 1998, Thornton ve Camburn 1989, Forste ve Heaton 1988, Goldscheider ve Mosher 1991, Kahn, 1990). Bu durum,

---

[1187] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.

[1188] Doç.Dr. Darren E. Sherkat-Prof.Dr. Chrıstopher G. Ellıson; Din Sosyolojisinde Son Gelişmeler ve Gündemdeki
Tartışmalar; Çeviren: Doç.Dr. İhsan Çapcıoğlu.

[1189] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.

[1190] Douglas M. Sloane-Raymond H. Potvın, 1986; aktaran: Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.

cinsel suçların önlenmesi ya da azaltılmasında dinin önemli bir sosyal kontrol aracı olduğunu göstermektedir.[1191]

Dinin, sevgi, yardımlaşma ve dayanışmaya önem vermesi nedeniyle, özellikle beklenmedik toplumsal sorunlar karşısında bireylerin şok yaşamasına ve birçok haksızlığın ve suç davranışının nedeni olan ruhsal/psikolojik bunalımlara düşmesine engel olan özellikleri vardır.

Dini değerlere bağlılık, bireysel davranışları düzenleyerek ruhsal/psikolojik ve bedensel mutluluğa katkıda bulunmaktadır. Bu konuda yaşanmış tecrübelere göre dini bağlılık ve inanç; alkol, madde ve uyuşturucu kullanımı gibi kronik rahatsızlıklarla ters orantılıdır. Ayrıca pek çok dindar topluluk; riskli cinsel uygulamalara, yasal olmayan çeşitli **sapkın** davranış türlerine engel olan ve birçok gerilimli olay ve durumla karşılaşmayı azaltacak yöntemlerle hayata bakış açısını doğrudan yönlendiren ilkelere sahiptir.[1192] Bütün bunlar; alkol, madde ve uyuşturucu kullanımından kaynaklanan ve cinsel nitelikli suçların önlenmesi ya da azaltılmasında dinin önemli bir sosyal kontrol aracı olduğunu göstermektedir. Ancak dini bağlılık ve inançla sapkın davranışlar arasındaki ters orantı, dini/ahlaki değerlerin yaşandığı erdemli toplumlarda söz konusudur.

Dini değerlere bağlı gruplarda yaşanan hayat biçimi, bireyleri suça eğilimli kılan hayat biçimleri ile kesin bir biçimde çelişmektedir. Çünkü dini değerlere bağlı bir hayat, bireyleri sapkın davranışlardan (suçlardan ve haksızlıklardan) alıkoyar. Bu açıdan dindarlık, bireylerin kendileri gibi dindar olan veya sapma eyleminden kaçınan kişileri arkadaş veya akran olarak seçmelerinde belirleyici bir unsur olarak rol oynamaktadır.[1193]

Dini topluluklar, öncelikle üyelerinin birbirlerini sevmelerine, değer vermelerine ve saygı duymalarına, hatta Tanrı'nın yarattığı varlıklar olarak herkese ve her şeye sevgiyle yaklaşmalarına yol açacak bir sosyalleşme ve barış ortamının gelişmesine katkıda bulunabilirler. Bu nedenle din, etkili olduğu toplumlarda aynı zamanda güçlü bir enformel (şekli olmayan) sosyal kontrol aracıdır.

Din, güçlü ve etkili bir sosyal kontrol aracı olması, onun tarihte ve günümüzde bazı kişi ve gruplarca istismar edilmesine neden olmuştur. Din, bireyler ve toplumlar üzerinde etkili olan bir inanç sistemi olarak, toplumsal bütünleşme, barış ve düzeni (sosyal kontrolü) sağlayan önemli bir kurum olduğundan, tarih boyunca daima istismarlara konu olmuş ve birçok kişi ya da grup tarafından siyasi güçlerini artırma, sürdürme ve yaptıkları işlere meşruiyet kazandırma aracı olarak da kullanılmıştır. Ancak dinin istismar edilmesi, onun yukarıda belirtmeye çalıştığımız önemini ortadan kaldırmaz. Belki bu istismarın önüne geçmek için farklı tedbirlerin alınması düşünülebilir.

[1191] Doç.Dr. Darren E. Sherkat-Prof.Dr. Chrıstopher G. Ellıson; Din Sosyolojisinde Son Gelişmeler ve Gündemdeki
Tartışmalar; Çeviren: Doç.Dr. İhsan Çapcıoğlu.

[1192] Doç.Dr. Darren E. Sherkat-Prof.Dr. Chrıstopher G. Ellıson; Din Sosyolojisinde Son Gelişmeler ve Gündemdeki
Tartışmalar; Çeviren: Doç.Dr. İhsan Çapcıoğlu.

[1193] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.

Din ile suç davranışı arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler, dinin suçlulukta caydırıcı olmadığı, aksine suçun artmasına neden olduğu şeklindeki radikal çizgiyi ifade eden görüş ile din ve suç arasındaki ilişkinin net olmadığı karmaşık olduğu yönündeki daha ihtiyatlı yaklaşımdır. Ancak bu yaklaşımlar, bilimsel verilere dayanmaktan çok oldukça marjinal görüş ve düşünceleri temsil etmektedir.[1194]

Kısaca batıda gelişen modernizm ve pozitivizm akımlarının etkisiyle 18. asrın sonundan itibaren hukukun ve sosyal hayatın dışına itilmeye çalışılmasına rağmen din, günümüze kadar sadece varlığını sürdürmekle kalmamış, aynı zamanda aile kurumu başta olmak üzere kültür, sanat, siyaset, ekonomi gibi toplumsal alanlarda ve sağlık, mutluluk, sabır, dayanma gücü, nefsin aşırı isteklerinin denetim altına alınması gibi bireysel konularda etkisini devam ettirmiştir. O halde din, her şeye rağmen günümüzde de en önemli sosyal kontrol araçlarından biridir. Hatta dinin sosyal kontrol işlevi, son yıllarda sosyal bilimcilerin daha çok dikkatini çekmeye başlamıştır. İnsanların bütün davranışlarına etkili olan dinin, şekli olmayan (enformel) sosyal kontrolün çok etkili araçlarından olduğunda şüphe yoktur.

c.c) AHLAK/ETİK VE SOSYAL KONTROL

İnsanların istek, talep ve davranışlarını derinden etkileyen ahlaki değerler aracılığıyla toplumda bireylere sevgi, barış, adalet, yardımlaşma ve hak duyguları aşılayarak onların suçlardan ve hak ihlallerinden uzak durmaları sağlanabilir. Bu nedenle ahlaki/etik değerler ve onlardan esinlenen toplumsal kültür, sosyal kontrolün etkin araçlarından biridir. Toplumsal hayat için önemli bir yer tutan değerler; ahlaki/etik değerler, estetik değerler ve maddi değerler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bunlardan ahlaki değerler, toplum için belirleyici bir rol oynar. Toplumda şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol araçlarından birisi de ahlaki değerler ve onların etkilediği kültürlerdir.

Ünlü sosyolog Durkheim, bir toplumun belirli ideallere ve ahlaki değerlere sahip olmadan kendini oluşturamayacağını özellikle vurgulamıştır. Değerlere sahip olmak toplumların önemli bir özelliğidir (Durkheim, 1960). İnsan toplumunu diğer topluluklardan, rastgele kalabalıklardan ayıran temel nitelik budur.[1195]

Ahlaki değerler bir yandan bireylere yol gösteren diğer yandan da toplumsal zihniyet ve bakış açısını oluşturan etkili unsurlardır. Toplumsal zihniyet ve bakış açısı kavramları, bir toplumda, bireyler arasındaki farklılıklar bir yana bırakıldığında, onlarda süreklilik arz eden psikolojik/manevi yapı ve bütün toplum üyelerinde ortak olan bazı inançlar ve değerler bütünü olarak tanımlanabilir. Ahlaki/etik değerler, topluma yön veren toplumsal bakış açısının ya da toplumsal zihniyetin oluşumunda temel dinamiklerdir. Değerler, insanların arzu, istek ve davranışlarını düzenlemektedir.[1196]

Etik/ahlaki değerler, sosyal ilişkilerde bireylere davranışların yönü ve niteliği ile ilgili olarak hazır reçeteler, modeller sunarlar. Bireyleri bu ideal davranışlara göre

---

[1194] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Din ve Suçluluk Teorileri.
[1195] Prof. Dr. Cengiz Anık, Toplumsal Zihniyet Aracılığı İle Sosyal Kontrol.
[1196] Prof.Dr. Mustafa Erkal, İktisadi Kalkınmanın Kültür Temelleri.

davranmaya teşvik eder, toplumda sosyal bütünleşmeyi sağlar, bunların etrafında bireylerin kenetlenmesini, bu ortak amaç ve idealler için mücadele edilmesini öğretirler. Ahlaki/etik değerler, sosyal normların ve ortak davranış kalıplarının oluşmasını sağlayarak toplumda sosyal kontrol sistemini işletirler ve bu konuda bireylere rehberlik ederler.[1197] Kısaca, sosyal kontrol sistemi çerçevesinde, ahlaki değerler aracılığıyla bireylerin suçlardan ve hukuka aykırı diğer davranışlardan uzak kalmaları sağlanabilir.

Ünlü sosyolog Durkheim'e göre, 19. yüzyılda batılı ülkelerin toplumsal hayatına bir çeşit kuralsızlık (anomi) durumu hâkim olduğundan modern sanayi toplumları bir ahlâki çöküş içine girmiştir. Bu nedenle bireylerin mesleki, ticari ve ekonomik davranışlarını ahlâki değerler değil, bireysel menfaatler yönlendirmeye başlamıştır. Bu ise daha güçlü olanların zayıf olanları ezmesine ya da kendine bağımlı kılmasına neden olmuş; böylece toplumsal barış ve düzen yara almıştır. Şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol araçlarından olan ahlaki değerlerden boşalan yeri, sadece hukuk normları dolduramamıştır.[1198]

c.d) ÖRF-ADETLER VE SOSYAL KONTROL

Örf-adetler, sosyal düzeni sağlayan kurallar oldukları için şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol araçlarından birisidir. Örf kavramı, bilmek ve tanımak anlamına gelmektedir. Adet ise yapıldıkça alışkanlık haline gelen davranışları ifade eder. Örf-adetler, bir toplumda şekli olmayan (enformel) sosyal kontrolü sağlayan ve yazılı olmayan kurallardır. Örf-adetler, bir toplumda benimsenmiş ortak alışkanlık ve usullerin tamamına denir. Yani toplum bireylerinin ortak alışkanlıklarının toplamıdır.

İnsan davranışlarında önemli bir yer tutan alışkanlıkların ahlaki değeri konusuna değinmekte yarar bulunmaktadır. Çünkü ahlak felsefesinde bazı düşünürler, örf-adet adı verilen alışkanlıkları ahlaki açıdan eleştirmiştir. Ünlü düşünür Kant, alışkanlığı akıldan yoksun mekanik davranışlar toplamı, bir tür aklın devre dışı bırakılması olarak görür. Ona göre ahlaki olan, sadece özgür iradenin kapsamına giren bilgi ve eylemler için geçerlidir. Kant'a göre, alışkanlıklar özgür iradenin sonucu olmadığı ve hepsi mekanik olan davranış kalıpları olduğundan alışkanlığın etkisiyle ortaya çıkan herhangi bir davranışın da ahlâki olarak bir değere sahip olması söz konusu değildir.[1199]

Bertrand ise, alışkanlıklar konusunda Kant'tan farklı düşünmektedir. Ona göre ahlak, insanın çok farklı davranış seçeneklerinden birini kendi rıza ve iradesiyle tercih ederek gerçekleştirmesidir. İlk başta alışkanlık, çabayı azalttığı için, yeteneğe zarar verir gibi görünürse de aslında öyle değildir. Alışkanlık, özellikle bir çabayı biriktirme ve içsel insanı icat eden irade demektir.[1200]

[1197] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Sosyal Değerler.

[1198] Prof. Dr. Cengiz Anık, Toplumsal Zihniyet Aracılığı İle Sosyal Kontrol.

[1199] Arş. Gör.M. Enes Kala,Aristoteles,İbn-i Sina ve Ravaisson'da Alışkanlık-Ahlak İlişkisinin Değerlendirilmesi.

[1200] Alexıs Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.

Aristoteles, İbn-i Sina ve Ravaisson da, Kant'ın, alışkanlığı akıldan uzak davranışlar toplamı şeklindeki tanımlamasına karşı çıkmışlar; alışkanlığın aklı devre dışı bırakan mekanik davranışlar değil, hayatı kolaylaştıran bir anahtar, hatta insanoğluna aynı anda birçok iş yapma imkânını sağlayan bir nimet olduğunu ifade etmişlerdir. Aristoteles'e göre insanların doğası, ahlâki davranış konusunda belirsiz/nötr bir yapıya sahiptir. Ahlâki yönden olgunlaşma, çocuklukta elde edilerek yetişkinlikte güçlendirilip geliştirilen alışkanlıklar sonucu ortaya çıkmaktadır. Ona göre, kişinin iyi yönde bir karaktere mi yoksa kötü bir karaktere mi sahip olacağı, onun yetiştirilme tarzına bağlıdır. Ahlak sahibi olma ve onun sürekliliği, alışkanlık ve terbiye ile sağlanır.[1201]

Adetler ve alışkanlık, belirli davranışların tekrarıyla kuvvetlenen ve daha sonra fazla düşünme ihtiyacı duymadan bu davranışları tekrarlama eğilimidir. İnsan, alışkanlıklar etkisiyle yaptığı davranışlardan şüphesiz ki sorumludur. Çünkü bu alışkanlıklar, başlangıçta insanın kendi iradesiyle yapmaya karar verdiği davranışlar olup, sonra da yine kendi iradesinin özenli katkısıyla devam eder ve kuvvet kazanırlar. Alışkanlığa, artırılmış irade veya biriktirilmiş çaba demek doğru olur.[1202]

Demek ki belirli bir süreç gerektiren alışkanlıkların ilk başlangıcında insanın iradesi var olduğu gibi, sonrasında da devamına özenli katkı sağlayarak sürmektedir. Adet ve alışkanlıklar, başlangıçta insanın kendi iradesiyle yapmaya karar verdiği davranışlar olduğuna göre özellikle alışkanlıkların başlangıcındaki irade ve seçim çok önemlidir.

Alışkanlıkları; iyi alışkanlık ve kötü alışkanlık diye iki kısma ayırmak mümkündür. Birinci kısım alışkanlık, Aristo'nun dediği gibi, 'iyi alışkanlık/itiyadı hayır' şeklinde tanımlanabilen erdem ve faziletin ruhudur. İkinci kısım alışkanlık ise, 'kötü alışkanlık/itiyadı şer' diye tanımlanabilecek kötü ahlakın kaynağıdır.[1203]

Demek ki, alışkanlıkların oluşum süreci içinde iyi olan davranışı tercih yönünde ilk başlangıçta ortaya konulan irade ve seçim büyük önem taşıdığı gibi, devamı için katkı sağlayan irade de önemlidir. Başka bir deyişle alışkanlıklara götüren ilk tercihler çok önemlidir. Bu adet ve alışkanlıkların iyi veya kötü olduğu yönünde yaptığımız tercih irademize bağlı olduğu gibi, devamı için katkı sağlayan irade de inkâr edilemez. Alışkanlıkları başlatan ilk davranışın tercih edilmesi ve devamında bu davranışların tekrarlanması insanın seçim ve iradesiyle gerçekleşmektedir. Daha sonra yapılan davranışlarla tekrarlanmış adet ve alışkanlık olmasaydı, bireysel ve toplumsal sorumlulukların gereği olan görevlerin yapılması, daima yenilenen aynı gayret ve çabaya muhtaç bulunurdu ki, bu da insan gücünün üstünde olurdu. Kısaca insan hayatını kolaylaştıran örf-adet ve alışkanlıklar, yazılı olmayan kurallar olarak toplumsal hayatta şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol sağlayan önemli araçlardan birisidir.

4) SOSYAL DEĞERLERİN KORUNMASI VE SOSYAL KONTROL

[1201] Arş. Gör.M. Enes Kala,Aristoteles,İbn-i Sina ve Ravaisson'da Alışkanlık-Ahlak İlişkisinin Değerlendirilmesi.
[1202] Alexıs Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.
[1203] Alexıs Bertrand, Ahlak Felsefesi; sadeleştiren: Prof.Dr. Hayrani Altıntaş.

a) Sosyal Değerlerin Korunmasının Önemi

Adalet ilkesine, insan hakları ve onuruna aykırı olmayan sosyal değerler, her zaman hukuk ve yargı sisteminin yükünü azaltan, toplumsal barış ve düzeni sağlayan bir işlev görmesi ve erdemli bir toplumu oluşturmada önemli bir araç olması nedeniyle toplum hayatı için vazgeçilmez önem taşımaktadırlar. Bu nedenle sosyal değerlerin sağlam ve diri tutulmasında büyük yararlar vardır. Sosyal değerlerin, etkin varlığını sürdürmesi için yeterli çabayı harcamamak, onların zayıflaması ve etkinliğinin azalması karşısında sessiz kalmak ve sosyal kontrolü sadece ceza hukuku çerçevesinde sağlamaya çalışmak, tıp alanında insanların hastalanmalarına engel olan koruyucu hekimliğe önem vermeyip, toplumun sağlık sorunlarını sadece hastane ve doktorlarla çözmeye çalışmak gibidir.

Toplumun sosyal değerlere bağlılığı zayıfladığında, toplumu oluşturan bireylerin düşünce ve davranışları üzerindeki etkinliğini ve birleştirici niteliğini kaybeder. Bundan şüphesiz ki toplumsal barış ve düzen olumsuz yönde etkilenir. Etkin bir sosyal kontrol sistemi için, etkin sosyal norm ve değerlere ihtiyaç olduğundan, bu toplumsal norm ve değerlerin zayıflaması ve toplum üzerindeki etkinliğini yitirmesi, şüphesiz ki insanlar arası ilişkiler ve hukuk/yargı sistemi için büyük bir kayıp olacaktır. O halde sosyal norm ve değerlerin korunması ve etkinliğinin artırılması, toplumsal ilişkiler ve özellikle de hukuk ve yargı sistemi için büyük önem taşımaktadır. Sosyal norm ve değerlerin korunmasının bir devlet ve toplum için önemli görevler arasında olduğunu belirtmek gerekir. Diğer yandan bir ülkenin, hukuk kurallarını sosyal norm ve değerlere açıkça aykırı olacak şekilde hatta onları etkisizleştirecek biçimde hazırlayıp uygulaması, o ülkenin ya da hukuk sisteminin kendi bindiği dalı kesmesi anlamına gelir.

Bir toplumda enformel sosyal kontrolün araçları olan ve din, ahlak, örf-adetler, etik ve estetik değerlerden oluşan sosyal değerler aynı zamanda toplumsal düzeni sağlayan kurallar olduğundan, bunları ulusal ve uluslar arası düzeyde tahrip ve yok etmeye, zayıflatmaya ve etkisizleştirmeye yönelik olumsuz bütün faaliyetler, toplum düzenini bozmaya, toplum düzeninin temellerini sarsmaya ve dolayısıyla hukuk sistemine yönelik bir saldırı olarak görülmeli ve bunlara izin verilmemelidir. Hukuk devleti ilkelerinin hâkim olduğu bir toplumda varlığı zorunlu olan bireysel özgürlükler, toplumu ayakta tutan sosyal değerleri yıpratmak, istismar etmek, zaafa uğratmak ya da yok etmek için kullanılmamalıdır, kullanılamaz. Bu durum, bir gemide bulunan insanlardan bazılarının kendi özgürlükleri adına gemiyi alttan delmesine ve onun su almasına neden olması gibidir. Toplum hayatında bir gerçeklik olarak var olan sosyal değerlerin hukuk ve yargı sistemiyle çok sıkı bir ilişki içinde bulunduğu ve bunların birbirlerini desteklediği unutulmamalıdır.

b) Sosyal Değerlerin Bozulması

Sosyal değerlerin bozulması (anomi), değerler sisteminin, toplumsal yapıyla ilişkisinin ve uyumunun bozulması ve toplumu oluşturan bireylerin düşünce ve davranışları üzerindeki belirleyici ve yönlendirici özelliğini yitirmesi durumu olarak tanımlanmaktadır. Sosyal norm ve değerlerin bozulması ve etkinliğini yitirmesine neden olan faktörler çeşitlidir. Ancak bilinmelidir ki, sosyal değerler zayıflamışsa

başta aile ve okul olmak üzere bütün toplumsal kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yürütülen formel (şekli) ve enformel (şekli olmayan) sosyal kontrol mekanizmalarında bir arıza var demektir. Toplumsal değer yargılarındaki değişim, yanlış eğitim sistemi ve yanlış ekonomik politikalar, yabancılaşma, beyin göçü, kitle iletişim araçları, kimlik krizi ve beyin göçü sosyal değerlerin bozulmasına ve etkinliğini yitirmesine neden olmaktadır.

b.a) Sosyal Değerlerin Bozulmasının Nedeni Olarak Değer Yargılarındaki Değişim

Toplumsal norm ve değerler olan hukuk, din, ahlak, kültür, örf-adetler en önemli sosyal kontrol araçlarıdır. Bu nedenle toplumsal değerlerde ve kültürel yapısında meydana gelen değişime uygun olarak **sosyal kontrol** de değişmektedir. Başka bir deyişle toplumsal norm ve değerler, sapma niteliğindeki davranışlara yapılan müdahalelerin niteliğini ve etkinliğini de belirlemektedir.

Batıda ortaya çıkan modernleşme ve pozitivist anlayış sonucunda dini ve ahlaki değerlerin toplumsal hayattan uzaklaştırılması, insan hayatının maddileşmesine ve bilim ile ahlak ve dini bilgi arasında bir ayrışmaya yol açmış, bu da insanın dünyada varoluşuna ait bilgileri farklılaştırdığından sosyal kontrolün niteliğinin değişmesine neden olmuştur.[1204]

Bilim, ahlak ve dini bilginin birbirinden ayrıştırılması ve dinin bireyler ve toplum üzerindeki etkinliğini yitirmesi, beden - ruh ayrımını beraberinde getirmiştir. Beden ile ruh arasındaki dengenin kaybolması, insan ihtiyaçlarının sadece maddi olduğu yanılgısına götürmüş, bu da bedenin merkezi konuma oturmasını sağlamıştır.

Modernizm ve pozitivist akımla birlikte, dinin, sınırsız arzu ve duyguları denetim altına alarak insanı ruhen arındırma şeklindeki işleviyle ilgili etkinliği zayıflamış ve bu süreçte, tüm bedensel arzuları yerine getirmek, fiziksel olarak daha iyi görünmek, daha çok tüketmek şeklindeki birtakım kaygılar öne çıkmıştır (Cirhinlioğlu, 2001). Sadece genç ve güzel kalmak, yaşlanmamak gibi beden merkezli değerler, hayatın tıbbileştirilmesine ve bedenle özdeş kılınmasına yol açmıştır.[1205]

b.b) Sosyal Değerlerin Bozulması Nedeni Olarak Yabancılaşma

Sosyal değerlerden uzaklaşma nedenleri arasında yabancılaşma ilk sıralarda yer alır. Yabancılaşma, bireylerin mensubu olduğu toplumun sosyal değerlerine karşı tavır alması ve onlardan uzaklaşması anlamına gelmektedir.[1206]

Ülkemizde yabancılaşmadan söz edildiğinde öncelikle batılılaşma faaliyetleri akla gelmektedir. Batının bilim zihniyetini almak yerine, batılılaşma çalışmaları tarihi süreç içinde aydınlarımızın kendi toplumsal değerlerine yabancılaşması

[1204] Doç. Dr. M. Ruhat Yaşar, Dinden Psikiyatriye Değişen Sosyal Kontrol Sürecinin Doğası.

[1205] Doç. Dr. M. Ruhat Yaşar, Dinden Psikiyatriye Değişen Sosyal Kontrol Sürecinin Doğası.

[1206] Yrd. Doç.Dr. Metin İşçi, Sosyal Yapı ve Sosyal Değişme.

sonucunu doğurmuştur. Modernleşme ve batılılaşma, ülkemizde kendi yerel kültür ve etik değerlerinden mahrum bir kuşağın yetişmesine yol açmıştır.[1207]

Bizim gibi az gelişmiş toplumların kültürel yabancılaşmasının temelinde, batının, kendi kültürel değerlerini merkeze alan ve bu değerlerin dünyadaki bütün insanlar tarafından takip edilmesi ve yaşanması gereken tek 'değerler sistemi' olduğu yönündeki tekelci ve baskıcı anlayışı yatmaktadır. Batı, sahip olduğu maddi uygarlığın teknolojik, ekonomik, siyasî gücünü de kullanarak, ülkelerin yerli kültür ve değerlerini de yıkıp yok etmektedir.

Ülkemizde batılılaşma faaliyetlerinin başlamasından itibaren batıdan alınan bazı değerler, Türk toplumunun sosyokültürel yapısı ile uyuşmadığı için günümüzde de devam eden bir çatışma hali vardır. Batıdan gelişigüzel biçimde alınan değerler ve yapılan uygulamalar, bireylerin önceliklerini ve toplumun hedeflerini kendi doğal seyrinden çıkarmış ve toplumu iki ayrı değerler sistemi ve kültürel yapı arasında tercih yapmak zorunda bırakmıştır. Bu durum, bir yanda batının sosyal değerlerini bilinçsizce benimseyen ve uygulamak isteyenler, diğer yanda da yerli sosyal değerleri devam ettirenlerden oluşan iki farklı toplumsal kesimin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle batılı değerler toplumsal bünyeye tam olarak uyum sağlayamazken, yerli sosyal değerler de çağın gelişen şartlarına göre yeniden yorumlanamadığından etkinliğini belli ölçüde yitirmeye başlamıştır.

Batılı sosyal değerlerin aynen iktibas edilmesi düşüncesinin, toplumda daha geniş taban bulması amacıyla batılılaşma, 'çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma' gerekçesine dayandırılmak istenmiştir. Bu çerçevede M. Kemal Atatürk'ün gösterdiği 'çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma, hatta bu seviyeyi aşma' idealini ifade eden sözü, batıcı aydınlarımız tarafından çarpıtılmıştır. O, Türk milletine çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmayı, hatta bu seviyeyi aşmayı bir hedef olarak göstermiştir. 'Büyük davamız, en uygar ve en refaha kavuşmuş millet olarak varlığımızı yükseltmektir' demiş, ancak somut bir hedef olarak batılılaşmayı göstermemiştir. Atatürk'ün çağdaşlaşma anlayışı, milli değerler üzerine evrensel değerleri inşa etmektir. Kendi toplumunun yerli değerlerini inkâr ederek batılılaşma asla değildir. Atatürk'ün çağdaşlaşma anlayışı; batının ve dünyanın ilminden, fenninden, bilim zihniyetinden faydalanmayı ama asıl özü kendi içimizden çıkarmayı temel alıyordu.[1208]

Bir yandan çarpıtılmış ve batılılaşmayla eş tutulmuş bir çağdaşlık anlayışı topluma dayatılmaya çalışılırken, diğer yandan da yine aynı kesimlerce ülkemizin sosyal, kültürel ve ahlaki/etik değerlerine yönelik saldırılar artarak devam etmiştir. Toplumsal barış, düzen ve güvenin sağlanmasında çok önemli ve etkili sosyal kontrol araçları olan din, ahlak, örf-adetler, etik ve estetik değerlerimizin bu odaklarca etkisizleştirilmesi, tahrip ve yok edilmeye çalışılması, değerlerden uzak bir toplumsal hayata doğru gidişi hazırlamış, bu da bütün alanlarda olduğu gibi hukuk ve yargı alanında da ciddi olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Bütünüyle yüksek değerlere dayalı bir hizmet alanı (meslek) olan hukuk ve yargı mesleği, genel olarak

[1207] Dr. Mehmet Doğan, Batılılaşma İhaneti.
[1208] Prof. Dr. Ercüment Kuran, Atatürk Üzerine Denemeler.

toplumsal yapıdaki bu değersizleştirme faaliyetinden ne yazık ki payını fazlasıyla almıştır.

Bugün dünyada etkin güçler tarafından başka ülkelerin aydınlarını elde etme çalışmaları sürmektedir. O ülkelerin topraklarını işgal etmeden, beyin yıkama ve kendi çıkarları doğrultusunda aydınları kullanma çabaları devam etmektedir.[1209] Sosyal değerlerimizin etkinliğini zayıflatan ve yok eden yabancılaşmanın önüne geçmek için; yerli kültür ve sosyal değerlerimizin kaynaklarının araştırılması ve korunması; bunun için de kitle iletişim araçlarının kontrol edilmesi, eğitim politikalarının yerli değerlere yönelmesi, aydınların toplumun değerlerine bağlı yetiştirilmesi, adalet ilkesine dayalı hukuki, siyasi ve ekonomik yapının kurulması; dengeli bir gelir dağılımının sağlanması, toplumun teknolojik gelişmelere hazırlanması, sosyal değerlere zarar vermeyecek düzenli bir kentleşmenin gerçekleştirilmesi gereklidir.[1210]

b.c) Sosyal Değerlerin Bozulması Nedeni Olarak Kitle İletişim Araçları

Kitle iletişimi, bir ülke veya dünyanın herhangi bir kesimindeki düşünce, bilgi, görüş ve olayların çoğaltılarak birçok kişi tarafından takip edilerek değerlendirilecek biçimde basılı, sesli veya hem sesli hem görüntülü olarak yayın şekline dönüştürülmesi suretiyle gerçekleştirilen haberleşmedir. Bu haberleşmeyi, ülke veya dünya çapında kitlelere ileten, ulaştıran, duyuran ve gösteren yayın araçlarına da kitle haberleşme araçları denilmektedir. Ulusal ve uluslar arası kitle iletişim araçları, sosyal davranışlarımızı, tüketim tercihlerimizi, kültür anlayışımızı, ruhumuzu, kısaca, her şeyimizi etki altında bırakmaktadır.[1211]

Sosyal değerlerin korunmasında olduğu gibi bozulmasında da en önemli araçlardan biri kitle iletişim araçlarıdır. Toplumsal kültür ve değerlerin tanıtılması, sevdirilmesi, yayılması, kuşaktan kuşağa aktarılması, yozlaştırılmadan korunması ve geliştirilmesi bakımından kitle haberleşme araçları ne ölçüde önemli ise, aynı değerlerin bozulması, yozlaştırılması ve yok edilmesinde de o kadar etkilidir. Kitle iletişim araçlarının etkinlikleri, ulaştıkları alanın genişliğinden ve kullandıkları teknolojinin gücünden kaynaklanmaktadır.

İnsanları bilgilendirmek, onları eğitmek; toplumsal kültürü tanıtmak, sevdirmek, yaşatmak ve yaymak; sosyal değerleri, yabancı kültürlerin yozlaştırıcı etkilerine karşı korumak; toplumsal barışın korunmasını sağlamak; insanları eğlendirmek ve dinlendirmek, kitle iletişim araçlarının ortak görevleri olmalıdır.[1212]

Medya kavramıyla da ifade edilen kitle iletişim araçları, bugün hem kamu, hem de özel kuruluşlar tarafından işletilmektedir. Özel kuruluşlar tarafından da işletiliyor olması, yayın politikalarının sosyal değerlere zarar verecek biçimde keyfi ve sorumsuz olmasını gerektirmez. Bugün sosyal değerler; keyfi, sorumsuz ve denetimden uzak medya yüzünden yozlaştırıcı etkiyle karşı karşıyadır. Toplumun

---

[1209] Prof. Dr. Mustafa Erkal, İktisadi Kalkınmanın Kültür Temelleri.
[1210] Mustafa Çavdarcı, Türkiye'de Sosyal Değerlerin Aşınması; Yüksek Lisans Tezi.
[1211] Cemal Anadol, TV. Yayınlarının Kültürel Etkileri.
[1212] Dr. Müjgan Cunbur, Basın, Yayın, Kitap.

sosyal ve kültürel değerlerine uygun olmayan yayınlar sonucunda toplumumuz kendisine ait değerlere karşı yabancılaşmaktadır.

Kitle iletişim araçları, iyi ve güzel olanı gösterme, kötü ve yanlış olanlardan ise toplum bireylerini uzak tutma görevini yerine getirmedikçe o toplumda anormal ve ahlak dışı olayların artması kaçınılmazdır. Kitle iletişim araçları ve onu yönetenlerin bu konudaki sorumluluğu yanında, bireylerin ve toplumun korunması öncelikle devlete ait bir görevdir.[1213] Devlet; bireyi, toplumu ve sosyal değerleri korumakla görevlidir. Sosyal değerlerin yozlaşmasına neden olabilecek yolları kapatmak devletin anayasal görevidir. Ülkemizde kendi kültürünü aşağı gören yönetici kadroları bünyesinde barındıran kitle iletişim araçları/medya, toplumsal değerlerimizin yozlaşmasına neden olmaya devam etmektedir. Bu nedenle medyada sosyal değerlerin önemini kavrayan, sorumluluk taşıyan yönetici kadroların bulunması önemlidir. Haberde, basında, yayında var olan serbestlik ilkesi, hiçbir zaman toplumsal barış ve düzenin temel taşları olan sosyal değerleri bozma, toplumsal kültürü yok etme özgürlüğü vermez, vermemelidir.

b.d) Sosyal (Dini ve Ahlaki) Değerlerin Zayıfladığı Alanları Neler Dolduruyor

Sosyal kontrol sisteminde önemli bir yeri olan sosyal değerlerden dini ve ahlaki kurumların işlevlerinin azalması ölçüsünde, bu sistemin önemli bir bölümü yerini tıbbın psikiyatri alanına bırakmak durumunda kalmıştır. Birçok ruhsal ve psikolojik hastalıkların oluşmasına engel olan dini ve ahlaki değerler, yerini psikiyatrinin biyolojik modelinde bir çözüm olarak insanı uyuşturan ilaçlara bırakmıştır. Örneğin birçok suç ve sapkın davranışın nedenini oluşturan psikolojik rahatsızlıklar ve öfke, kin, nefret gibi duygular, daha önceleri dini, manevi ve ahlaki değerler tarafından kontrol altına alınarak büyük ölçüde zararsız hale gelebilmekteyken, şimdi onlar kadar etkili ve kapsayıcı olamayan tıbbi anlamda psikiyatrik kontrolün elinde kalmıştır. Bu nedenle denebilir ki, psikiyatrik müdahale ile sağlanmaya çalışılan kontrol, sosyal kontrol sisteminin en önemli parçasını oluşturan oto kontrolün azaldığı ya da hiç olmadığı yerde başlamaktadır. Bireylerde karar ve davranışların temeli, oto kontrolün kumanda merkezi olan zihniyet, kaynağını sosyal değerlerden aldığından, bu değerlerin etkin olamadığı bir toplumda sosyal kontrol sistemi, tıbbın psikiyatri alanına bir tür zemin hazırlar. Bedenin kontrol edilmesi, içgüdülerimizin denetimini ilaçların güdümüne sokma eğilimleriyle gündeme gelmektedir. Böylesi bir ortamda, ahlak da, sosyal bilimler de, hukuk da tartışılır bir noktaya gelmektedir.[1214]

Günümüzde gelişmeler gösteriyor ki, sosyal değerlerin (din, ahlak, örf-adet) etkisi azaldıkça bu boşluğu bütünüyle tıbbın psikiyatri alanı doldurmaya heveslidir. Daha az sosyal değer, adeta daha çok psikiyatrik müdahaleleri davet etmektedir. Bireyler, din, ahlak, örf-adet gibi sosyal değerlerden ne ölçüde uzaklaşıyorsa, o

[1213] Dr. Mehmet Doğan, Batılılaşma İhaneti.

[1214] Yrd. Doç.Dr. M. Ruhat Yaşar, Dinden Psikiyatriye Değişen Sosyal Kontrol Sürecinin Doğası.

ölçüde psikolojik ve ruhsal sorunlar ortaya çıkmakta, söz konusu sosyal ve ahlaki değerlerin yeri tıbbın psikiyatri alanıyla doldurulmaya çalışılmaktadır.

Bunlar da gösteriyor ki, toplumda sosyal değerlere bağlılık azaldıkça ya da değer yargıları değiştikçe, kanaatkârlık ve gözü tokluk yerini hırs ve israfa; üzüntü yerini depresyona; sabır, manevi haz ve mutluluk ise yerini ilaca bırakıyor gibidir. Sorunların, sosyal, kültürel, etiksel/ahlaki nitelikli olduğu bir toplumda sadece psikiyatrik müdahalelerin, insana sağladığı yarar bir yana, ekonomik maliyetleri arttırmaya neden olduğu söylenebilir. Hâlbuki ekonomik ve ahlaki sorunlarla zayıflayan aile, eğitim, hukuk ve diğer toplumsal kurumların, hastalık üreten bataklıklara dönüşmeleri engellenemezse, bütün tedavi sürecini etkisiz kılacağı ve sadece psikiyatrik alanda değil, bütün bir sistemde krize yol açacakları tahmin edilebilir.[1215] Ancak bu değişim ve gelişmenin, insanlığın pek de hayrına olmadığı belirtilmelidir. Çünkü bilindiği gibi hiçbir depresyon ilacı, bireylerde gerçek mutluluğun kaynağı olan sabır, sevgi, inanç, hoşgörü, gözü topluk, kanaatkârlık gibi ahlaki ve manevi değerlerin boşluğunu doldurması mümkün değildir.

Psikolojik/ruhsal hastalıkların teşhis ve tedavisiyle ilgilenen ve tıbbın, bireyler üzerindeki kontrol aracı olan psikiyatri, belki de görev sınırını aşarak bireyler arası sosyal ilişkilerin bütün aksayan yanlarını tamir etmeye her geçen gün daha çok hevesli görünmektedir. Hatta insanların, toplumsal hayatta karşılaştıkları bütün bireysel ve sosyal sorunları, biyolojik ve tıbba ilişkin sorunlar olarak görme eğiliminde olduğu söyleyebilir. Örneğin, ABD'de bazı yerlerde yayınlanan reklamlarda, "Patronunuza mı kızdınız, içkiyi fazla mı kaçırıyorsunuz, hayat boş ve anlamsız mı geliyor, babanızla ilişkileriniz mi bozuk, o halde neden hâlâ (x) adlı ilacı kullanmıyorsunuz" gibi ifadelerle bütün sosyal, kültürel, ahlaki, ekonomik sorunlar; aileden, çevreden, kurumsal sorunlardan soyutlanarak beyindeki sinirler arasında iletişim sağlayan **serotinin** sıvısına bağlanarak biyokimyasal bir soruna indirgenmektedir.[1216]

"Bireylerin karşılaştığı sosyal, ekonomik, kültürel, etik/ahlaki sorunların, sadece depresyon ilaçla-rıyla çözümü, sorunların asıl kaynağının sorgulanmaması sonucunu doğurmaktadır. Hâlbuki insan, sadece biyolojik değil, aynı zamanda sosyal, kültürel ve ahlaki bir varlıktır. Sosyal gerçekliğe ve değerlere bağlıdır. Çünkü değerler sistemi, insan zihniyetiyle ilgili olup, beyinde aynı zamanda biyolojik sonuçlar doğurur. Örneğin, özellikle yüksek etik/ahlaki değerler, tutarlıklık niteliği sayesinde denge ve istikrarı sağlayarak insanlarda hayata ilişkin belirsizlik ve tereddütlerin giderilmesine yardımcı olur.[1217] Ahlak/etik, kaynağını değerlerden ve dinden alması halinde değişmeyen temel ilkelere dayanmış olacağından, dinde ve değerlerde meydana gelecek bir sarsılma ya da yozlaşma bireysel ve toplumsal istikrarın sarsılmasına neden olur.

[1215] Yrd. Doç.Dr. M. Ruhat YAŞAR, Dinden Psikiyatriye Değişen Sosyal Kontrol Sürecinin Doğası.

[1216] Dr. Zeynep Atbaşoğlu, Psikiyatrinin Değişen Yüzü.

[1217] Yrd. Doç.Dr. M. Ruhat Yaşar, Dinden Psikiyatriye Değişen Sosyal Kontrol Sürecinin Doğası.

Sosyal kontrolün temeli olan değerlerdeki sarsılma veya çelişki, ruhsal/psikiyatrik bozuklukları, psikiyatrik bozukluklar da değerlerdeki sarsılmaları meydana getirerek birbirini etkileyen bir sosyal çözülme döngüsü oluşturabilir.[1218] Kısaca din, ahlak, örf-adetlerden oluşan sosyal değerler aracılığıyla gerçekleştirilen sosyal kontrol, gittikçe yerini tıbbın psikiyatri alanına bırakmaya başlamıştır. Bireylerde mutluluğun kaynağı olan ve her biri ahlaki değerleri oluşturan sabır, sevgi, adalet, inanç, hoşgörü, gözü tokluk, kanaatkârlık gibi ahlaki erdemlerden boşalan yerler, depresyon ilaçlarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak psikiyatrinin ve hiçbir tıbbi ilacın, dini, ahlaki ve örfi (sosyal) değerlerden boşalan yeri doldurması mümkün değildir.

c) Sosyal Değerlerin, Kontrol Etkinliği Bakımından Karşılaştırılması

Hukuk ile diğer toplumsal değerler (din, ahlak, örf-adetler) arasındaki ilişkiler dikkate alındığında, bunların amaç yönünden büyük ölçüde paralellik arz ettiği söylenebilir. Hukukun amacı, toplumda adalet ve eşitlik üzere barış ve düzen ortamı kurmaktır. Adalet ilkesi, din ve ahlakın da amacıdır. Adalet, insan hakkı (kul hakkı), sevgi, barış, yardımlaşma ve diğerkâmlık, din ve ahlakın en çok önem verdiği hayat ilkeleridir. Örf ve adetler de büyük ölçüde dini ve ahlaki değerlerden kaynağını alır.

Dini değerlerin arkasında Tanrı'nın otoritesi vardır. Dolayısıyla dini değerlere aykırı davranışlarda yargılamayı Tanrı yapar, yaptırımı da yine O belirler. Ahlaki değerlerde yargılamayı yapan ve yaptırımı uygulayan vicdandır. Ahlakın yaptırımı vicdan azabıdır. Vicdan, insanların içinde yerleştirilmiş **iç denetim** organıdır. Gelenek-görenek ve örf-adetlerle ilgili değerlerin arkasında ise, doğrudan doğruya toplumun otoritesi bulunmaktadır ve yaptırımını da toplum uygular.[1219] Dini değerlerde iyi davranışların karşılığı Allah rızası ve cennet, aykırı davranışların karşılığı ise cehennemdir. Ahlaki değerlere uygun davranışların ödülü toplumsal takdir ve vicdan huzuru, aykırı davranışların cezası toplumsal kınama, dışlama ve vicdan azabıdır. Örf adetlerde de ahlaki değerlere benzer bir durum vardır.

Bu değerlendirmeler, sosyal değerlerin daha iyi anlaşılmasına yarayan temel özellikleri dile getirmektedir. Ancak toplumsal hayatta din, ahlak ve örf-adetlerin hukuk kurallarıyla genellikle iç içe girdiğini; din, ahlak, örf-adetlerin yasakladığı birçok davranışı hukuk kurallarının da yasaklamış olduğunu görmekteyiz. İşte bir davranışın hem din ve ahlak, hem de hukuk kurallarına göre yasaklanmış olması durumunda çifte denetimden söz etmek mümkündür. Suçun, sadece suç değil aynı zamanda günah olarak görülmesi, onun işlenmesi karşısında en azından iki kat bir caydırıcı neden olacaktır. Örneğin adam öldürmek, yaralamak, hırsızlık, gasp, yalan tanıklık yapmak, rüşvet almak ve vermek, hakaret ve sövme gibi eylemler, hem din ve ahlak, hem de hukuk kuralları tarafından yasaklanmış; din ve ahlak kuralları açısından manevi (şekli olmayan/enformel), hukuk kuralları açısından maddi

---

[1218] Yrd. Doç.Dr. M. Ruhat Yaşar, Dinden Psikiyatriye Değişen Sosyal Kontrol Sürecinin Doğası.

[1219] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Sosyal Değerler.

(şekli/formel) yaptırıma bağlanmış eylemlerdir. Yani dini değerlere bağlı bir vatandaş için iki türlü caydırıcı neden söz konusudur. Ayrıca din ve ahlak kurallarına bağlı olanlar, kötülük yapmadıkları ve iyi davranışta bulundukları için ödüllendirilmektedir. Bu ikili denetim sistemiyle karşı karşıya bulunan bireylerin, gerek şekli (formel) gerekse şekli olmayan (enformel) sosyal kontrolün etkisiyle bu suç eylemlerini kolayca yapabilmeleri mümkün değildir. Ancak burada önemli olan şey, bireylerin bu sosyal değerlere bağlılık dereceleridir.

Hukukta, tek yanlı bir durum söz konusu olup yasalara uygun davranan kişiler ödüllendirilmez. Hukukta sadece olumsuz ve aykırı davranışlarla ilgili olarak belirlenen suçlar ve onlar için yasaların belirlediği ceza vardır. Hâlbuki insan davranışlarında cezanın yanında ödülün de büyük etkisi vardır. Bu yönden hukuk kuralları, sosyal değerler arasında etkisi en zayıf olanıdır.[1220] Hukukun tek yanlılığı, yani olumlu davranışları ödüllendirmemesi onun etkisini azaltan en önemli unsurdur. Bu bakımdan insanlar genellikle hukuk kurallarını çiğnemekten dolayı bir vicdan azabı çekmezler.[1221] Hâlbuki vicdan azabı, insan için önemli bir yaptırımdır. İnsanlar, kanunun (polis ve jandarmanın) kendilerini görmediği yerlerde yasalara uygun davranmaya çok da istekli değildirler. Eğer insanlar, kanunun görmediği yerlerde bile yasalara uygun davranıyorlarsa bu, yasaların genellikle yüksek ahlaki/etik değerlerle örtüşmesindendir. Ancak bu görüşün, yüksek ahlaki değerlere bağlılığın var olduğu toplumlar için geçerli olabileceği de ifade edilmelidir.

Hukuk, ahlak, din, örf-adet gibi sosyal değerler arasında genel bir ahengin, uyumun, karşılıklı etkileşimin ve birçok hâlde ortak tutumun, yargıların varlığı söz konusu olsa da, her sosyal değerin kaynağı, alanı, oluşumu amaç ve doğrultusu farklıdır. Değerlerin her birinin yargılamada kullandığı ölçüt de farklıdır. Bu nedenle sosyal değerler birbirine karıştırılmamalıdır. Bu değerlerin her biri yerli yerine konulmadığında toplumda büyük bir kavram ve değer kargaşası ortaya çıkabilmekte, bu da gereksiz tartışmalara neden olmakta ve her biri sosyal kontrol için gerekli olan bu değerlerden bazılarına karşı toplumun değişik kesimlerinden yersiz itirazlar gelmektedir.[1222] Bu toplumsal değerlerle ilgili gereksiz zıtlaşma ve tartışmalar ne yazık ki ülkemizde zaman zaman görülmektedir. Hatta denebilir ki, bu tartışmalar, ülkemizin enerjisini kendi içinde tüketmesine, toplumsal kutuplaşmalara ve dini ve ahlaki değerlere karşı bazı önyargıların oluşmasına neden olmuştur.

Her sosyal değerin kaynağı, alanı, oluşumu ve doğrultusu farklı olsa da bu farklılık, onların birbiriyle çatışmalarına ve birinin diğerini yok saymasına, ortadan kaldırmasına yol açmamalıdır. Çünkü hukuk, ahlak, örf-adet ve dinden oluşan bütün sosyal değerlerin amacı aynı yöndedir. Her meyvenin ayrı bir tadı, rengi, yararı varsa; hukuk, ahlak, din ve örf-adetler gibi sosyal değerlerin de insan ve toplum

---

[1220] Prof.Dr. Cahit Tanyol, Sosyolojik Açıdan Din, Ahlak, Laiklik ve Politika Üzerine Diyaloglar.

[1221] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Sosyal Değerler.

[1222] Yrd. Doç. Dr. Aydın Yaka, Toplumsal Dinamik/Sosyolojik İrdelemeler, Sosyal Değerler.

açısından ayrı anlam ve yararları vardır. Bütün meyve ve sebzelerin tadı, rengi, lezzeti, kokusu, şekli değişik olsa da ortak özellikleri, insan hayatının devamını sağlamaktır. Bunun gibi sosyal değerlerin de kaynağı, alanı farklı olsa da ortak amaç ve hedefi, toplumsal hayatın barış, adalet, düzen ve güven içinde devamını sağlamaktır.

3.2) SOSYAL KONTROL ARACI OLARAK TOPLUMSAL KURUM VE KURULUŞLAR

1) TOPLUMSAL KURUM VE KURULUŞLARIN ROLÜ

Toplum, birbiriyle ilişkisi olmayan, rastgele bir araya gelmiş insan toplulukları değildir. Toplumu oluşturan bireyler farklı şekil ve konumda olsalar da, hepsi birlikte topluma hizmet eder, bir anlamda onun ihtiyaçlarını yerine getirirler. Toplumda bazı hizmetlerin yürütülmesi, bireylerin ve toplumun ihtiyaçlarının karşılanması için bireylere bir takım statüler ve roller yükleyerek oluşturulmuş kurumlar vardır. Kamu kurum ve kuruluşları ve sivil toplum kuruluşları adı verilen bu teşekküller, toplum için bir vücudun organlarına benzer.

Sosyal kontrol anlayışı çerçevesinde toplumsal kurum ve kuruluşlar; vakıflar, ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, meslek kuruluşları, sendikalar, dernekler, medya ve sivil toplum kuruluşları ve toplumsal yapı içinde etkinliği olan bütün kesimlerin yerine getirebileceği çok önemli görevler vardır. Çünkü bu kuruluşlar, toplumun ekonomik, ticari, sosyal ve kültürel hayatında etkili olan önemli bir kesimini bünyesinde toplamaktadırlar. Toplum, bireylerin kendi başlarına yaşadıkları bir ortam olmadığından bireyler, birlikte yaşamanın gerektirdiği sorumluluk bilincine sahip olmalıdırlar. Toplumsal kurum ve kuruluşlar; bireylerin, birlikte yaşamanın gerektirdiği toplumsal sorumluluk bilincini kazanmalarında onlara yardımcı olurlar.

Toplumsal kurum ve kuruluşlar; *yüksek düzeyde sosyal bütünleşmeyi; iş birliği ve dayanışmayı sağlayarak, *toplumsal kültürün sürekliliğine aracılık ederek, *bireylere hazır toplumsal rol ve toplumsal ilişki biçimleri sunmak suretiyle bireylerin sosyalleşmesini sağlayarak, *bireylerin, rastgele, keyfi ve başkaları için zararlı ve tehlikeli olabilecek davranışlarını frenlemek suretiyle sosyal kontrolü sağlayarak topluma hizmet ederler.

Ancak toplumsal kurum ve kuruluşlar, üyelerinin sapkın ve zararlı davranışlarını frenleyerek sosyal kontrol sağlarken, temel hak ve özgürlükleri ve bu hak ve özgürlükler çerçevesinde bireylerin ortaya koyacakları kişilik ve yetenekleri engellememelidir. Çünkü toplumsal kurum ve kuruluşların temel işlevi, bireylerin temel ihtiyaçlarını karşılamaktır.[1223]

Sosyal kontrolü sağlayarak topluma hizmet eden toplumsal kurum ve kuruluşların, bugün ilgili yasalarda belirtilen kuruluş amaçlarına tam uygun olarak faaliyet gösterdiklerini söylemek zordur. Kaldı ki, bu kurum ve kuruluşların tabi oldukları yasaların, konumuz açısından tam ideal kurallardan oluştuğu söylenemez. Bu yasalar, sosyal kontrol anlayışı doğrultusunda toplumsal kurum ve kuruluşların

[1223] Prof.Dr. Zeki Arslantürk - Prof.Dr. Tayfun Amman, Sosyoloji.

etkinlik ve sorumluluğunu artırıcı nitelikte olmalıdır. Bu kurum ve kuruluşlar, tam ideal nitelikte olmamasına rağmen tabi oldukları mevcut yasalarda belirtilen amaçlara tam uygun faaliyet göstermemektedirler. Hatta bazılarının, üyelerinden aidat toplamanın dışında ciddi bir faaliyet yapmadıkları bilinmektedir. Hâlbuki bu kurumların sosyal kontrol alanında mevcut yasalar çerçevesinde bile yapabilecekleri faaliyetler bulunmaktadır.

2) TOPLUMSAL KURUMLAR VE SOSYAL KONTROL

Bireylerin ve toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurallara dayalı olarak oluşturulan sosyal yapılara toplumsal kurum denir. Bu kurumların her biri insan ihtiyaçlarını karşılamak üzere toplum genelinde bir bütün oluşturur. Bu kurumlar; toplumda hâkim olan inanç, değer ve normlara göre şekillenmeli ve aynı zamanda toplumu şekillendiren unsurlar olmalıdırlar. Toplumsal hayatın devamı bakımından gerekli olan ortak ve temel ihtiyaçların giderilmesi için belirli değerlere bağlı olarak bireyleri olumlu yönde etkileyen temel toplumsal kurumlar; aile kurumu, ekonomi kurumu, siyaset/devlet kurumu, din kurumu ve eğitim kurumudur. Bunlardan aile, din ve eğitim kurumları hakkında kitabın diğer bölümlerinde daha ayrıntılı bilgiler verilmiştir.

a) AİLE VE SOSYAL KONTROL

Aile, aralarında sevgi ve saygıya dayalı, güven verici ilişkilerin bulunduğu en küçük sosyal kurumdur. Aile, topluma yeni üyeler kazandırarak toplumun sürekliliğini sağlar; üyelerinin biyolojik, ekonomik ve manevi ihtiyaçlarını karşılar. Çocukların sosyalleşmesinin temeli ailede atılır. Aile; neslin devamını, eşlerin cinsel ihtiyacını ve aile bireylerinin sevgi, saygı, güven ve dayanışma gibi psikolojik ve duygusal ihtiyaçlarını meşru bir biçimde karşılar. Ailenin, bireylere sağladığı psikolojik/ruhsal tatmin, onları yalnızlık duygusundan kurtarmakta ve manevi yönden güçlü olmalarını sağlamakta, bu da bireyleri 'sapma' niteliği taşıyan davranışlardan büyük ölçüde korumaktadır.

Aile, en önemli enformel sosyal kontrol araçlarından biridir. Sosyal norm ve değerlerin bireye öğretilmeye başlandığı ilk yer ailedir. Toplumda var olan norm ve değerler, aile aracılığı ile bireylere aktarılmaktadır. Bunun yanında aile, norm ve değerlere aile üyeleri tarafından uyulup uyulmadığını da denetlemektedir. Böylece toplum aileyi, aile de bireyi kontrol altında tutarak merkezi toplumsal bir sistem oluşturmaktadır. Bu açıdan, sosyal kontrolün sağlanmasında önemli bir role sahip olan aile, bu işlevi yeterince yerine getiremediği takdirde bireylerde sapma niteliğinde bazı davranışların ortaya çıkmasında önemli bir etken de olabilirler. Sampson, resmi olmayan enformel sosyal kontrolün sağlanmasında aile yapısının özellikle aile bütünlüğünün önemi üzerinde durarak, ailedeki dağılma ve bozulmaların, birey üzerinde sosyal kontrolün etkinliğinin azalmasına neden olabileceğini ileri sürmüştür.[1224]

[1224] Prof. Dr. Tülin Günşen İçli-Prof. Dr. Esra Burcu, Enformel Sosyal Kontrolün Sağlanmasında Ailelerin Gelir ve
Eğitim Düzeyinin Önemi.

Çocukların temel kişilik ve karakterleri, büyük ölçüde aileden aldıkları eğitimle şekillenir. Bireylerin kişilik ve karakterleri ise, onların hayatları boyunca bütün davranışlarında belirleyici rol oynar. Kısaca, suçların ve hak ihlallerinin asgariye düzeye indiği sağlıklı toplum oluşturmanın yolu, sağlıklı bireylerin yetişmesine, sağlıklı bireylerin yetişmesi de sağlıklı aile yapısının varlığına bağlıdır.

Hirchi, ailenin sosyal kontrolün sağlanmasındaki önemi üzerinde durarak tüm toplumlar için temel bir kurum olan ailenin gençlerin sosyalleşmesinde önemli bir görev yürüttüğünü belirtmiştir. Ona göre aile, sadece gençlerin davranışlarını değil, her yaştaki aile bireylerinin davranışlarını da sürekli olarak kontrol etmektedir. Ailede, sosyal kontrolün sağlanması ve sosyal kontrolün etkinliği, ailenin eğitim ve ahlaki terbiye düzeyi, ekonomik durumu, yaşadığı çevresi ve aile içi ilişkilerle yakından ilgilidir. Bu nedenle aile içi ilişkilerin zayıflaması; aile bireylerinin birbirlerine karşı olan sevgi, şefkat, sorumluluk gibi duyguların azalması, ailenin sosyal kontrolü sağlama görevini aksatabilir.[1225]

Ailesinde iyi terbiye almış, sosyalleşmesini tamamlamış olan çocuklar, hayata atıldıklarında girecekleri toplumsal ilişkilerde genellikle 'sapma' diye nitelendirilen hukuka aykırı bütün davranışlardan genellikle uzak kalacaklardır. Dolayısıyla ailenin, suçları ve hak ihlallerini önceden önlemeyi amaçlayan sosyal kontrol açısından önemi büyüktür. Hatta denilebilir ki aile, sosyal kontrol için en önemli araçtır. Aile, kendisinden beklenen görevleri gereği gibi yerine getiremediği takdirde, bireylerde sapma/suç ya da hak ihlali gibi davranışların ortaya çıkmasında önemli bir etken olabileceği gibi; sosyal norm ve değerlerin bireylere iyi öğretilmesi halinde, sosyal kontrolün sağlanmasında büyük bir rol de oynayabilir.

b) EĞİTİM VE SOSYAL KONTROL

Eğitim; bilgi, davranış ve yeteneklerin kazandırılması ve geliştirilmesi için uygulanan sürekli faaliyetler; insanın yeteneklerinin, özellikle ahlaki yetilerinin geliştirilmesi için ona yön ve biçim verilmesi; bu yolda yapılan çalışmalardır. Eğitim; yeni kuşakların toplum hayatında yerlerini almaları için gerekli bilgi, becerileri elde etmelerini, kişiliklerini geliştirmelerini sağlamaya yönelik okul içinde veya dışında yapılan faaliyetler; terbiye anlamına gelir.[1226]

Sosyal kurumlardan biri olan eğitim; bireylerin sosyalleşmesi, bütünleşmesi, kaynaşma ve uyum sürecidir. Her çocuk belirli bir aile içinde doğar, büyür, okullarda okur, çocukluk yaşından itibaren arkadaş çevresine girerek oyun oynar, konuşur, onlarla bütünleşir. Kitap, gazete, dergi okur; televizyon seyreder, radyo dinler, sinemaya, tiyatroya gider. Bütün bunlar, özellikle yeni yetişen gençlerin okul içi ve okul dışı eğitim yoluyla toplumdan etkilenme yollarından bazılarıdır. İşte bu formel ve enformel eğitim süreci; gençleri hayatın amacı, değer yargıları, tutumlar; bütün düşünce ve davranışlar açısından etkiler ve yönlendirir. Eğitim, toplum içinde gerçekleşen bir sosyalleşme ve uyum süreci olarak ele alındığında, okullar ve okul

---

[1225] Prof. Dr. Tülin Günşen İçli-Prof. Dr. Esra Burcu, Enformel Sosyal Kontrolün Sağlanmasında Ailelerin Gelir ve Eğitim Düzeyinin Önemi.

[1226] TDK Büyük Türkçe Sözlük

dışındaki diğer kurumlar da bu toplumsal olguyu organize ettiğinden eğitim de bir sosyal kontrol aracı olarak görülmektedir.

Eğitimin toplumsal işlevi, toplumun varlık ve hayat kaynağı olan, onun gelişim ve sürekliliğini sağlayan bireyler yetiştirmektedir. Eğitimin temel işlevlerinden birisi, sosyal norm ve değerlerin genç kuşaklara aktarılması ve toplumun bütünlüğü ve sürekliliğinin sağlanmasıdır. Eğitim, bir yandan toplumun gelişimini sağlarken, diğer yandan toplumda mevcut kültürü korumakta, düzeni bozucu yöndeki davranışları denetlemektedir. Ancak bilinmelidir ki eğitim, toplumun ortak malı olan sosyal değerlerin yeni kuşaklara aktarılması olup, belirli bir siyasal ideolojinin benimsetilmesi ve dayatılması için bir araç değildir. Bu özelliği ile eğitimi, sosyal kontrol aracı olarak nitelendirebiliriz.

Kısaca eğitimin toplumsal işlevi, hem toplumun gelişmesini, hem de bireylere sosyal norm ve değerleri benimseterek sosyal kontrolü sağlamaktır. Eğitimin işlevleri tam olarak gerçekleşen toplumlarda, bireyleri suça ve hak ihlaline özendiren faktörler oldukça az olacaktır. Eğitim, her açıdan olduğu gibi sosyal kontrol açısından da merkezi bir öneme sahiptir. Eğitim ve terbiye yönünden eksik olan toplum bireyleri, suçlara ve hak ihlallerine daha yatkın olmaktadır. Bu nedenle eğitim kurumu, sosyal kontrolün en önemli araçlarından biridir.

c) EKONOMİ VE SOSYAL KONTROL

"Hiçbir kimse, kişiliğini satmak zorunda kalacak kadar yoksul olmamalıdır. Çünkü yoksulluğun tahrip etmeyeceği erdem yoktur."
(J. J. Rousseau)

Ekonomi; bir ülkede mal ve hizmetlerin üretim, dağıtım, tüketim, ticaret, değişim ve istihdam/ işgücü, sermaye, ithalat ve ihracat gibi faaliyetleri yöneten bir sistemdir.[1227] Bir ülkede ekonomi kurumu çerçevesinde yürütülen mal ve hizmet üretimi, tüketim, dağıtım, ticaret, istihdam/işgücü gibi faaliyetler ve üretim kaynaklarını kullanma konusundaki tercihler, bireylerin hayatını önemli ölçüde etkiler. Ekonomi kurumunun doğru/sağlam temellere oturtulması, üretiminden dağıtım ve tüketimine kadar her aşamasında adalet ve hakkaniyet esaslarına uygun olarak çalıştırılması gerekir. Bir ekonomik sistemde istihdam imkânlarının yetersizliği nedeniyle işsizliğin çoğalması, dağıtım ve bölüşümde adaletsizliklerin olması, iktisadi sistemi ayakta tutan paranın değerinin enflasyon gibi nedenlerle düşmesi, sosyal patlamalara ve ekonomik suçlarda ve hukuki uyuşmazlıklarda artışa neden olabilmektedir. Bunlar, ekonomi kurumunun insan davranışlarını olumsuz yönde etkileyen yanlarıdır. Dolayısıyla ekonomi kurumunun iyi yönetilmesi, sosyal kontrol açısından büyük önem taşımaktadır.

c.a) Genel Olarak Ekonomik Şartların Suça-Hak İhlaline Etkisi ve Sosyal Kontrol

[1227] TDK Büyük Türkçe Sözlük.

Suçlara ve hak ihlali davranışlarına karşı etkili önleyici tedbirlerin alınabilmesi için, bunlara neden olan faktörlerin tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. İnsan davranışının belirlenmesinde, sosyokültürel unsurların yanında sosyoekonomik faktörlerin de önemli ölçüde etkili olması, suçlar ve hak ihlali davranışlarıyla ekonomik şartlar arasındaki ilişkinin araştırılmasının önemli bir gerekçesini oluşturmaktadır. Aslında felsefe ve sosyoloji tarihinde, suç olgusunun ekonomik şartlarla ilişkili olabileceği ya da suç ve suçluluğun açıklanmasında ekonomik faktörlere de yer verilmesi gerektiği yönündeki görüşler, çok önceki çağlara kadar uzanmaktadır. Ancak suç olgusunun ekonomik açıdan geniş incelenmesi, özellikle 1960'lı yıllardan sonra yoğunluk kazanmıştır.[1228]

Bir toplumda, ekonomik şartların bozulduğu dönemlerde, tüketimin azalması ve işsizliğin artması nedeniyle suç oranlarında da bir artışın görüldüğünü, dolayısıyla kötü ekonomik şartlarla suç ve suçluluk arasında pozitif bir ilişkinin var olduğunu savunan çok sayıda düşünür bulunmaktadır.[1229] Ancak bu konuda şunu belirtmek gerekir ki, sosyoekonomik şartların suç olgusu üzerindeki etkisini abartarak suçluluğu tek yanlı nedenlere indirgeyen uç görüşler, bizi bütüncül ve doğru yaklaşımlardan uzaklaştırabilir. Hâlbuki ihtiyacımız olan yaklaşım, ekonomik şartların suçlara ve hak ihlali davranışlarına etkilerini açıklayan görüşlerin, tek yanlı değil bütüncül bir bakış açısıyla ele alınmasıdır. Bu nedenle ekonomik şartların, suçlara ve hak ihlali davranışlarına etkisini açıklamaya çalışan aşağıdaki görüş ve yaklaşımları bu açıdan değerlendirmekte yarar bulunmaktadır.

Şüphesiz ki sosyoekonomik şartlardaki genel iyileşme otomatik olarak suçu önleyemeyecektir. Ancak suç, bir anda meydana gelen bir olgu değildir. Suç, psikolojik/bireysel, sosyoekonomik ve kültürel faktörlerin oluşturduğu cazibe alanı diyebileceğimiz geniş bir dairenin odak noktasında yer alır. Bu geniş dairenin içerisine giren herkes mutlaka suç işleyecektir denemez.[1230] Ancak bireyler bu cazibe alanı içine girdiğinde, potansiyel olarak suç işlemeye yaklaşmış demektir. Suçun cazibe alanına giren bireyler, kolaylaştırıcı başka faktörlerden bir ya da birkaçının devreye girmesi halinde kendilerini suç davranışının içinde bulacaklardır. Bu nedenle bireylerin, öncelikle suçun cazibe alanına girmemesi için gereken tedbirleri almak gerekir.

c.b) İşsizlik ve Suçlar-Hak İhlali Davranışları

Bir toplumda ekonomik şartlarla hak ihlali ve suç davranışı arasındaki ilişki çerçevesinde yapılan araştırmalara bakıldığında genellikle; işsizlik, yoksulluk, fiyat artışları ve enflasyon değerleri gibi ekonomik unsurların ele alındığı görülmektedir. Suç ve suçluluğun sosyoekonomik nedenleriyle ilgili çalışmalarda, işsizlik konusu önemli bir yer tutmaktadır.

İşsizlik, bir ülkenin önemli ekonomik göstergelerinden birini oluşturmaktadır. İşsizlik ve hak ihlali ve suç davranışı arasında pozitif ilişkinin var olduğu yönünde yaygın bir görüş vardır. Yani işsizliğin arttığı ortamlarda hak ihlali ve suç oranları

[1228] Entorf ve Spengler, 2000; aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1229] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1230] Uzm. Av. Abdurrahman Kaymak, Dini Tutum ve İnançların Sosyal Ahlaka Etkisi.

da buna paralel olarak artmaktadır. İşsizliğin, bireylerin sosyal norm ve değerlere olan bağlılık düzeylerini azalttığı, bunun da bireylerin sapkın davranış içine girmelerinde etkili olduğu düşünülmektedir. Bir toplumda bireylerin işsiz oluşu, onlarda psikolojik sorunlara yol açtığı, onların öfkeli ve saldırgan bir tutum içine girmesine neden olduğu, böyle durumdaki bireylerin de topluma karşı ve hukuka aykırı davranış geliştirmelerinin daha kolay olduğu söylenebilir.[1231]

Şehirlere göç olgusu, şehirlerin yapısını gittikçe daha karmaşık bir hale getirmekte, nüfusu artmakta, birçok hizmetin yerine getirilmesi zorlaşmaktadır. Şehirlere göç eden insanlar alıştıkları yüz yüze, samimi ilişkileri formel (şekli) ilişkilerle değiştirirken bir yandan da şehir hayatına uyum çabası vermektedirler.[1232] O halde işsizlik, hem doğrudan, hem de dolaylı olarak toplumsal değerlerden sapmaya yani hak ihlali ve suça neden olmaktadır.

Belirli bir iş ya da mesleğe sahip olan bireyler, iş ve meslek sahibi olmayanlara göre kendilerini daha fazla yasalara ve diğer toplumsal kurallara uyma zorunluluğunda hissederler. Bu durum, belirli bir iş ve meslek sahibi olmanın, bireylerde önemli bir sosyal kontrol unsuru olarak işlev gördüğünü göstermektedir. Bu nedenle, bir iş ya da mesleğe sahip olan bireyler genellikle suç davranışlarından (haksızlık yapmaktan) uzak dururken, bir iş ya da mesleğe sahip olmayanlar her an suç işleme potansiyeline sahip bulunmaktadır. Ayrıca işsizlik nedeniyle, bireylerin iş aramak için başka yerlere göç etmek zorunda kalmaları yüzünden aile bağları, değerler zayıflamakta, dolayısıyla enformel (şekli olmayan) sosyal kontrol araçlarının etkinliği azalmakta, bunlar da bireylerin suç işlemelerinde etkili olabilmektedir.[1233]

Wells, yaptığı araştırmada ekonomik nitelikli suçlarla işsizlik arasında güçlü bir ilişkinin varlığını tespit etmiştir (Wells, 1995). Başka bir deyişle işsizlik oranının en yüksek olduğu bölgeler, suç oranlarının da en fazla olduğu bölgeler olmaktadır. Tsushima, Japonya'nın 47 bölgesinin yıllık suç istatistiklerini temel alarak yaptığı araştırmada; genel olarak işsizlik, yoksulluk ve ekonomik eşitsizliğin suç oranları ile pozitif yönde ilişki içinde olduğunu belirlemiştir (Tsushima, 1996). Sonuç olarak işsizlik, suç oranlarıyla en güçlü bağlantıları olan bir ekonomik kavramdır.[1234]

Ancak işsizlikle suç arasındaki ilişki üzerinde çalışan bazı araştırmacılar, konu ile ilgili olarak yapılacak araştırmalarda, işsizlik faktörü ile birlikte diğer başka özelliklerin de incelemeye alınması gereği üzerinde durmaktadırlar. Bu çerçevede Kleck ve Chiricos'a göre, işsizlik faktörünün suç işleme üzerindeki etkisi; yaş, cinsiyet ve mekân faktörüne göre değişiklik göstermektedir (Siegel, 1996). Özellikle son araştırma sonuçları, büyük şehirlerde görülen genç erkek suçluluğu ile işsizlik arasındaki ilişkinin daha güçlü olduğunu ortaya koymaktadır.[1235]

Bu değerlendirmeler ve araştırma sonuçları dikkate alındığında, suç davranışı ile işsizlik arasında önemli bir ilişkinin olduğu söylenebilir. Bu nedenle bir ülkede suç

[1231] Soroka ve Bryak, 1995; aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1232] Prof.Dr. Tülin İçli, Sosyal Problem, Sapma ve Suç.
[1233] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1234] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1235] Aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.

ve suçluluğu ortadan kaldırmak ya da azaltmak isteyenler, diğer tedbirlerle birlikte işsizliğin önlenmesi konusunda da ciddi politikaları gündeme almalıdırlar. Demek ki, işsizlik ve onun önlenmesi amacına yönelen politikalar, sadece ekonomik bir nitelik arz etmeyip suç ve suçlulukla, daha genel anlamıyla yargı ve hukuk sistemiyle yakından ilgilidir.

c.c) Yoksulluk ve Suçlar-Hak İhlali Davranışları

Genel olarak sosyoekonomik şartlarla hak ihlalleri ve suçlar arasında çok önemli ilişkilerin olduğu bilinmektedir. Yoksulluk, bir ülkenin ekonomik şartları konusunda fikir veren önemli bir göstergedir. Yoksulluk da işsizlik gibi sadece ekonomik bir nitelik taşımamakta, sapma (hak ihlali ve suç) niteliğindeki davranışlarla bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Yoksulluk, insanların en temel ihtiyaçlarının karşılanmasında ciddi bir eksikliğin olduğunu ifade eden bir kavramdır. Yoksulluk, tek başına bir sapma nedeni olmamakla birlikte kötü dış faktörler ve düşük benlik/kişilik denetimi gibi iç faktörlerle birlikte suç ortamı hazırlamaktadır. Dolayısıyla diğer kesimlere göre fakir ve yoksul olan gruplarda daha fazla suçlu bulunacağı sonucuna varılmaktadır.[1236] Ülkemizde 214 hükümlü üzerinde yapılan bir ankette deneklerin sosyoekonomik ve kültürel çevre şartlarının bozuk olduğu sonucuna varılmıştır.[1237]

Birçok kriminolog ve sosyolog, fakir ve yoksul insanların daha çok suç işlediğini ileri sürerler. Genel olarak bakıldığında yoksulluğun, kendine göre bir hayat biçimi oluşturduğu görülmektedir. Yoksul bireylerin, olumsuz şartlar taşıyan meskenlerde barındıkları, sağlıksız beslendikleri ve toplum tarafından çoğunlukla dışlandıkları gözlemlenmektedir. Bu hayat tarzı, bireylerin hukuk dışı eylemlere yönelmelerini kolaylaştırıcı bir nitelik taşımaktadır.[1238] Suçlarla ve hak ihlal eden davranışlarla mücadele etmek isteyen bir devletin, öncelikle yoksulluk, işsizlikle mücadele etmelidir.

Yoksulluk özellikle, bireyin saldırgan ve düşmanca tutum geliştirmesinde etkilidir. Fakirlik ve yoksulluk yüzünden ruhen yıpranmış bir bireyin, basit bir tartışma anında sapkın davranışlara yönel-me ihtimali, ekonomik düzeyi iyi olanlara göre daha yüksektir. Fakir ve yoksul bireylerin geçim güçlüğü çekmeleri, onlarda belirli ruhsal ve zihinsel rahatsızlıklara yol açmakta ve bu bozuk kişilik yapısı bireyin suç işlemesinde etkili olmaktadır. Ayrıca aç olan insanın, karnını doyurmak ve yaşayabilmek için bazen çalmak zorunda kalacağı hususu, bilinen bir gerçektir. Bu nedenle yoksulluk, suçlulukta önemli bir unsurdur, denilebilir.[1239] Bununla birlikte işsizlik tek başına bir suç nedeni olmadığı gibi, yoksulluk faktörü de tek başına bir suç nedeni olarak görülemez. Çünkü nice yoksul insanın, çektikleri büyük sıkıntılara rağmen suçlardan ve haksız davranışlardan uzak durduğu bilinmektedir. Ekonomik şartların suçluluk ile olan ilişkisi çerçevesinde yukarıda

[1236] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.
[1237] Prof.Dr. Haluk Yavuzer, Suçlu Çocukların Zekâ, Kişilik ve Yakın Çevre Özellikleri, Kriminoloji Dergisi.
[1238] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1239] Prof. Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.

belirtilen hususların yanı sıra; işsizlik, yoksulluk ve eşitsizlik faktörlerinin tek başına bir suç unsuru olarak ele alınmasının, bazı eksiklikleri de beraberinde getirdiği görülmektedir. İşsizlik, yoksulluk ve diğer ekonomik faktörler, suçlulukta tek başına yeterli unsurlar olsaydı, tüm işsizlerin veya yoksulların suç işlemeleri gerekeceği yönünde bir sonuca varmak gerekirdi. Hâlbuki böyle bir durum söz konusu değildir.

Howsen ve Jarrell, suç davranışının incelenmesinde ekonomik faktörlerin önemli olduğunu kabul etmekle birlikte, suçluluğu sadece ekonomik faktörlerle izah etmeye çalışan görüşlerin, suç olgusunu bütüncül açıdan ortaya koyamadıklarını; tek boyutlu kaldıklarını, bu konuda diğer görüş ve yaklaşımlardan da yararlanılması gerektiğini belirtmektedirler.[1240]

Ekonomik şartlarla suçluluk arasındaki ilişkiyi açıklayan görüşlerin her birini, diğer görüşleri yalanlayan ya da onlarla rekabet eden yaklaşımlar olarak görmek yerine, birbirlerini bütünleyen ve tamamlayan yaklaşımlar şeklinde değerlendirmenin daha doğru olacağı söylenebilir. Çünkü her görüş, suç olgusunun farklı yönleri üzerinde odaklaşmışlardır.

Ekonomik şartların suç olgusuna etkisini belirlemek için, ekonomik olmayan başka etkenlerin de araştırılması gerekmektedir. Bu etkenlerden en önemlisi otokontrol ya da benlik denetimidir. İşsizlik, yoksulluk ve diğer ekonomik unsurların suç eyleminin oluşumundaki etkisinin, bireyin oto kontrol ve benlik denetim mekanizmanın zayıf ya da güçlü olmasına göre farklılık göstereceği söylenebilir. Bu nedenle, suç olgusunun nedenlerine ilişkin olarak son dönemlerde yapılan araştırmalarda, sosyal kontrol ve benlik denetimi unsurları üzerinde yoğun olarak durulmaktadır.[1241]

Toplumsal hayata yönelik sosyal, ekonomik ve kültürel nitelikli düzenleyici ve iyileştirici politikaların bütününe sosyal siyaset denilmektedir. Bu nedenle bir toplumda sosyal adaletsizliği ortadan kaldırmaya yönelik ekonomik ve sosyal düzenlemelerin, etik ilkeler doğrultusunda tasarlanması gerekmektedir.

Ekonomi bilimi, ekonomik faaliyetlerin işleyişini, üretimin nasıl yapıldığını, gelirin nasıl dağıldığını araştırırken; sosyal siyaset, ekonomik faaliyetlerin, gelir ve servet dağılımının, ahlâki ve âdil kurallara göre nasıl oluşması gerektiği ve bu yönde alınması gereken tedbirler üzerinde durmaktadır. Sosyal politikaların temel amacı, toplumda üretimin gerçekleşmesini sağlayan işgücünün korunması ve işsizliğin önlenmesi, ticari ilişkilerin adalet ölçüsüne uygun bir biçimde sürdürülmesi ve sosyal gerginlik ve sapmaların en az düzeye indirilmesidir.[1242] O halde bir ülkede uygulanan ekonomik politikaların, ceza hukuku ve genel olarak hukuk sistemi ve ahlaki değerlerden bağımsız olmayıp onlarla çok sıkı bir ilişki içinde olmalıdır.

İstanbul Üniversitesi Ceza ve Kriminoloji Enstitüsü'nün bir araştırmasına göre 974 suçlu çocuğun 319'u işsizdir. Belirtmek gerekir ki, gelişmiş ülkelerde uygulanan işsizlik sigortası ve diğer sosyal güvenlik politikaları; işsizliğin,

---

[1240] Howsen ve Jarrell, 1987; aktaran: Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1241] Prof.Dr. Zahir Kızmaz, Ekonomik Yapı ve Suç.
[1242] Prof. Dr. Ali Seyyar, Sosyal Siyaset.

yoksulluğun neden olduğu suçların azalmasını sağlamıştır.[1243] Bu nedenle suç siyaseti çerçevesinde işsizlik ve yoksulluğu önlemeye yönelik olarak eğitim ve istihdam politikaları, gençler için iş edindirme projeleri, gençliği koruyucu yasalar ve gençlik merkezleri, sosyal yardımlar ceza hukukçularının önerileri arasında yer almaktadır.[1244]

İngiltere'de bir komitenin hazırladığı 'Suç ve Sosyal politika' başlıklı raporunda şöyle denilmektedir: "Suçlardaki artışın önemli bölümü; yoksulluk, eşitsizlik ve işsizlikteki artış yüzündendir. Suç konusundaki tartışmalar polis, mahkeme ve ceza boyutlarının ötesine gitmelidir. Aileye ve topluma acil ve yoğun yatırım yapılmalıdır. Bu gün suç işleyenin cezalandırılması için çok fazla para harcanıyor ama suçu önlemeye dönük pek bir şey yapılmıyor. Suç ile sosyal, ekonomik politikalar arasındaki ilişki geleceğimizi tehlikeye atmak pahasına ihmal ediliyor." Devlet, suçun kaynaklarını kurutamadığında ortaya çıkan sonucun en büyük sorumlusudur. Devlet otoritesinin görevi her fırsatta ceza vermek değil, sosyal düzeni sağlamaktır. Devletin, suçlulara sadece ceza hukuku kapsamında demir yumruğunu göstermesi, sosyal sorunları şekli olmayan (enformel) sosyal kontrol yoluyla çözmedeki başarısızlığını gösterir. Bu nedenle suç ve sosyal siyaset ya da sosyal kontrol bir tahterevallinin iki ucu gibidir. Biri yere indiğinde diğeri yukarı çıkar.[1245]

İşsizlik, yoksulluk ve eşitsizliğin önlenmesine yönelik sosyal politikalar ve sosyal değerler aracılığıyla yürütülen enformel sosyal kontrol faaliyeti, sadece suçu önlemeye yönelik bir yarar sağlamaz. Aynı zamanda bireyler arasında, asıl olarak değer yoksunluğundan kaynaklanan ve işsizlik, yoksulluk gibi ekonomik sorunlarla daha da katmerleşen muhtemel hukuki uyuşmazlıkların da, uygulanacak sosyal politika ve enformel sosyal kontrol sistemiyle azalarak toplumsal düzenin sağlanmasında yarar sağlayacağı söylenebilir. Kısaca, sosyal politikalar ve enformel sosyal kontrol faaliyetlerinin, hem suçun önlenmesi hem de bireyler arasındaki hukuki uyuşmazlıkların azaltılması gibi olumlu iki yararı vardır. Bu ise, yargı sisteminin yükünü azaltacak ve hukuk sistemini rahatlatacak bir durumdur.

c.d) Yerleşim Yerleri ve Suçlar - Hak İhlali Davranışları

Suç olgusunun açıklanmasında ekonomik faktörlerle birlikte ele alınması gereken diğer önemli bir unsur da, yerleşim yeridir. Yapılan araştırmalara göre, bireylerin suç işlemesinde yerleşim yerleri önemli bir faktördür. Yoksulluk ve işsizlik gibi faktörlerin bireyin suç işlemesindeki etkisi, yerleşim yerlerine göre değiştiği belirlenmiştir.

Kırsal kesimlerde yaşayan işsiz ve yoksul bireyler, şehirlerde oturanlara göre daha az suç işlemektedirler. Çünkü şehir hayatı, suçlara ve haksız davranışlara eğilimli olanlar için çekici olmakta onlara daha rahat imkânlar sunmaktadır. Bu

---

[1243] Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer, Kriminoloji.

[1244] Klaus Luderssen, Kriminolog H, Einführung in the Probleme, Baden, 1984; aktaran: Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer,
Kriminoloji.

[1245] Umur Talu, Polis Politikası, Milliyet, 23.5.1995.

durum, büyük yerleşim alanlarının farklı bir toplumsal ilişkiler ve değerler sistemine sahip olduğunu göstermektedir. Bugün modern toplumsal hayat, insan hayatını kolaylaştırıcı bazı özellikleri yanında çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Hızlı bir şehirleşme süreci yaşayan ülkemizde, köylerden şehirlere gerçekleşen yoğun göç nedeniyle, şehir hayatına uyum sorunu yaşanmaktadır. Genç bir nüfusa sahip olduğumuz halde, insanlarımız doğdukları kırsal kesimlerde doyamadıkları için şehirlere göçmekte, şehirlerde ise, meslek ve iş hayatında yeterli istihdam imkânı olmadığından, insanlarımız ya işsizlikle karşı karşıya kalmakta ya da sosyal güvencesi olmayan düşük gelirli, basit işleri yapmak zorunda kalmaktadırlar.[1246] Köylerden daha farklı toplumsal ilişki ve değerler sisteminin geçerli olduğu şehirlere göçlerden sonra başlayan daha resmi toplumsal ilişkiler, zor hayat şartları ve uyum sorunları birleştiğinde sapma niteliğindeki davranışlar için elverişli bir ortam hazırlanmış olmaktadır. Bu durum, yerleşim alanlarıyla suçlar ve hak ihlali davranışları arasındaki bağlantıyı göstermektedir.

İnsan için yerleşim yeri ya da çevre, bireylerin hayatlarını sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulundukları ekonomik, sosyal, kültürel ve fiziki ortamdır. Hukuka aykırı davranışların özellikle suçların önlenmesi, toplumda huzur ve güvenliğin sağlanması açısından yerleşim alanlarının iyileştirilmesi, sosyal kontrol tedbirleri arasında yer almaktadır. Düzenli bir yerleşim alanının suç ve suçlular üzerinde azaltıcı yönde etkili olduğu bilinmektedir.

Şehirlerde konutların ve işyerlerinin yoğun olduğu alanlarda hırsızlık, kalabalık cadde ve sokaklarda da gasp ve kapkaç gibi suçlarda artış görülmektedir. Şehrin bu bölgelerinde, suçlular ve suça muhatap olacak muhtemel mağdur kişilerin fazla olması, suçu kolaylaştırıcı bir özelliktir. Bu nedenle ticari faaliyetlerin yoğun olduğu şehir merkezleri, suç oranının yüksek olduğu alanlardır. Bu mekânlar, özellikle hırsızlık, gasp ve kapkaç gibi suçlar için uygun alanlardır.[1247]

Suçluluk ile yerleşim alanı ve çevre ilişkisi, sosyal kontrol sisteminde önemli konular arasında yer almaktadır. Bu durumda sosyal kontrol sistemi çerçevesinde suçlulukla mücadelede, suçluluğa zemin hazırlayan yerleşim alanları için şehir planlarının hazırlanmasında önemli bir unsur olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Doğru hazırlanmayan bir konut/yerleşim politikası, iyi bir çevrenin oluşmasına engel olur ve güvensiz bir toplumsal ortam oluşturarak suçlarda artışa neden olur. Çarpık yapılaşma sonucu oluşan şehirlerde ve doğru bir çevre düzenlemesi olmayan konutlarda yaşayan bireyler arasında sosyalleşmeye engel olan soğuk ilişkiler, ümitsizlik ve yalnızlık duygusu yaygınlaşır. Bütün bunlar ise, suçluluğun gelişmesine uygun zeminlerdir.

Bir şehirde suç işleme oranının yükselmiş olması halinde, sadece cezalandırmaya dayanan klasik ceza hukuku anlayışına göre yapılacak işlem,

---

[1246] D.Emre Ekizer - İbrahim Çevik - Nihat Güneş - Murat Küçükdoğru - Nurullah Osmanlı; Asayiş Olaylarına Ait
Bilgilerin Mekânsal Analizler İle Değerlendirmesi: Konya Örneği.

[1247] D.Emre Ekizer - İbrahim Çevik - Nihat Güneş - Murat Küçükdoğru - Nurullah Osmanlı; Asayiş Olaylarına Ait
Bilgilerin Mekânsal Analizler İle Değerlendirmesi: Konya Örneği.

suçluların yakalanıp adalete teslim edilmesinden ibarettir. Ancak sosyal ceza hukuku anlayışına göre, suçun işlenmesine engel olmak için, kurumlar arası işbirliği, insanların eğitim düzeyinin arttırılması, gençlerin iş ve meslek sahibi yapılması, onların zamanlarını değerlendirecekleri uygun mekânların oluşturulması, sosyal ve kültürel etkinliklerin düzenlenmesi, suç ve suça götüren nedenlerle ilgili eğitici ve öğretici etkinlikler ve bilimsel yayınlar yapılması gibi sosyal politikalara yer vermek gerekmektedir. Şehirlerin yerleşim planları, bu sosyal, kültürel ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte olmalıdır. Ayrıca toplum bireyleri arasında suç ve suçlulukla mücadele konusunda ortak bir bilincin oluşmasını sağlamak gerekir.[1248]

Suçların işlenmesinde, şehirlerin kalabalık olmasının yanı sıra suça konu olan binaların fiziki yapılarının da özellik gösterdiği görülmektedir. Konya İl'inde yapılan bir araştırma sonucuna göre, fiziksel yapısı ve dış görünüşü bakımından cazibeli olan binalarda hırsızlık suçunun beklenenin aksine çok yüksek oranda olmadığı, buna karşılık fiziksel ve dış görünüş itibariyle orta halli ya da kötü sayılan binalarda evlerden hırsızlık oranlarının daha fazla olduğu görülmüştür. Bunun nedeni, suçluların zorlanmadan, daha kolay suç işleyebileceği yerlerde eylemini gerçekleştirmek istemesi olabilir. Suçlu yönünden amaç, en kısa zamanda ve kimse görmeden eylemi gerçekleştirmek ise, burada risk faktörü öne çıkmaktadır. Dolayısıyla suçluların, güvenlik sistemi olan güvenli binalar yerine riski daha az olan eski yapıları tercih ettikleri söylenebilir.[1249]

Burada suçlulukla yerleşim alanları ilişkisi bağlamında çıkarılması gereken sonuç, şehirlerde yerleşim alanlarının oluşturulmasında binaların fiziki yapısı ve güvenlik sistemine özen gösterilmesi gereğidir. Şehirlerde yapılacak binaların güvenlik bakımından teknik donanıma sahip olması, bu mekânları potansiyel suçlular için cazip alanlar olmaktan çıkarabilir. Bu, suçların önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Büyük yerleşim alanlarında suç ve suçluluğu önlemek için gerekli olan sosyal politikaların oluşturulmasında, yerel ve merkezi yönetimlere önemli görevler düşmektedir. Bu bağlamda emniyet birimleri, üniversiteler, yerel yönetimler, ilgili meslek kuruluşları, sivil toplum örgütleri, şehirlerde gelişen suçların önlenmesinde birlikte rol almalıdırlar. Şehirlerde suçların artışını önlemede, güvenli, sağlıklı ve yaşanabilir şehir ortamı ve çevre oluşturmanın önemi büyüktür.[1250]

d) SİYASET KURUMU

Meclis, hükümet, seçim sistemi, siyasal partiler ve bazı siyasal kurumlar gibi unsurlardan oluşan siyaset kurumu, değişik boyutlarıyla sosyal kontrolün en etkili araçlarından biridir. Meclis, devletin üç erkinden yasama gücünü kullanan organdır. Hükümet, devleti oluşturan üç büyük erkten (yasama, yürütme, yargı) yürütme

[1248] Kaya Mehmet Aytaş, Yerel Yönetimlerle Koordinasyon ve İşbirliği.

[1249] D.Emre Ekizer - İbrahim Çevik - Nihat Güneş - Murat Küçükdoğru - Nurullah Osmanlı; Asayiş Olaylarına Ait
Bilgilerin Mekânsal Analizler İle Değerlendirmesi: Konya Örneği.

[1250] Kaya Mehmet Aytaş, Yerel Yönetimlerle Koordinasyon ve İşbirliği.

gücünü kullanan organdır. Siyasal partiler, birbiriyle benzer siyasi görüşlere sahip insanların oluşturdukları, hükümet kurarak önceden belirlenmiş programlarını uygulamayı amaçlayan siyasi organizasyonlardır. Seçim sistemi, halkın kendisini idare edecek olan siyasi kadroları seçerek kendilerine vekil tayin ettikleri seçme ve seçilme işlemlerinin tamamıdır. Siyaset, genel olarak toplumu yönetme yol ve yöntemidir. Siyaset, bir ülkedeki yönetimi meydana getiren en alt birimden en üst birime kadar bütün kademeleri, kurumları, usul ve kuralları ifade eder.

Siyaset kurumu, toplumda ortak bir siyasal bilincin oluşması ve devlet sisteminin gelişmesiyle toplumu yönlendirmektedir. Devlet yönetimi sürecinde etkili olan siyasi kurumlar, eğitim yönetimini ve dolayısıyla eğitim kurumunu da etkilemektedir. Devleti yönetme konusunda doğrudan sorumlu olan kurum, siyaset kurumudur. Bu sorumluluk kapsamında aldıkları tüm kararlarla eğitim kurumunu etkilemekte ve gelişmesine yardımcı olmaktadır. Eğitim kurumları da siyaset kurumunu yönetecek insan kadrosunu yetiştirerek siyaset kurumunu etkilemektedir. Toplumda demokrasi bilincinin gelişerek bireyler arasında yayılmasında eğitim kurumu önemli bir role sahiptir. Böylece karşılıklı etkileşim devam etmektedir.[1251] Bir ülkede demokrasi kültürünün yerleşmesi ve siyaset kurumlarında önemli görevler yürüten milletvekilleri, parti liderlerinin yetişmesinde eğitim kurumunun etkisi olduğu gibi, siyaset kurumu da devleti yönetme sürecinde eğitim kurumunu etkilemektedir.

Siyaset kurumu, bütün bir toplumla ilgili olan kurumlardır. Bu açıdan devlet, siyaset kurumuyla eş anlamda kullanılmaktadır. Siyaset kurumu, bir anlamda belli bir siyasal kadroyla millet arasında yönetme ve yönetilme işinin meşru bir otorite çerçevesinde düzenlenmiş şekli olarak tanımlanabilir. Siyaset kurumu, bu meşru otorite ve iktidara dayalı olarak bütün bir toplumu derinden etkileyecek bir güce sahiptir. Siyaset kurumu, ülke yönetiminde anayasaya uygun davranmak şartıyla istediği yasaları çıkararak ve idari kararları alarak çok etkili bir sosyal kontrol işlevi görmektedir.

3) TOPLUMSAL KURULUŞLAR (SİVİL TOPLUM KURULUŞLARI)

3.1) SİVİL TOPLUM KURULUŞLARININ ÖNEMİ

Sivil toplum kuruluşları (STK), resmi kurumlar dışında ve bunlardan bağımsız olarak sosyal, kültürel, hukuki, ahlaki ve çevresel amaçlar doğrultusunda çalışan kuruluşlardır. Sivil toplum kuruluşları, genellikle devletin ve kar amacı taşıyan özel sektörün faaliyetlerinin yetersizliği nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bir toplumda gelir dağılımındaki dengesizlikler nedeniyle toplumun bir kesimi gereğinden fazla tüketirken bir kesimi de bu adaletsiz paylaşım nedeniyle yoksulluk içinde yaşamaktadır. Bu nedenle sivil toplum kuruluşlarının, toplumda gelir dağılımındaki dengesizliği gidermede önemli roller üstlenebileceği düşünülebilir.

Ayrıca son yıllarda özellikle eğitim, kültür, sağlık, çevre ve insan hakları gibi konularda devlet imkânlarının yetersiz kalması nedeniyle sivil toplum kuruluşlarının rolü artmıştır. Sivil toplum kuruluşları, birçok suçu ve hak ihlalini

[1251] Prof.Dr. Münire Erden, Eğitim Bilimlerine Giriş, 2007.

kolaylaştıran yoksulluğu ortadan kaldırma, insan haklarını yerleştirme, çevreyi koruma ve kalkınmayı sağlama konularında önemli katkılar sağlamaktadır. Bugün dünya üzerinde hemen her toplumda ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlar devam etmekte, zenginler ve fakirler arasındaki uçurum büyümektedir. Bu durum, toplumsal barış ve düzen için bir tehdit unsuru olmaktadır.[1252]

Bugün sivil toplum kuruluşları, ekonominin desteklenmesi, sosyal ve ekonomik açıdan dışlanan birey ve grupların toplumla bütünleşmesinin sağlanması, işsizlik, ayrımcılık, yoksulluk, ticaret, kalkınma, refah, insan hakları gibi çok geniş alanlarda faaliyetlerini sürdürmektedir. Sivil toplum kuruluşlarının faaliyet alanlarına bakıldığında ve onların yerine getirdikleri işlevler dikkate alındığında, STK'ların, toplumda 'sapma' olarak nitelendirilecek her türlü hukuka aykırı davranışların nedenlerini ortadan kaldırmaya çalıştıkları görülecektir. Toplumsal sorunların çözümü için yapılacak her çalışma, bireylerin muhtemel hukuka aykırı davranışlarını büyük ölçüde önleyeceğinden sosyal kontrole hizmet eder.

3.2) BELLİ BAŞLI SİVİL TOPLUM KURULUŞLARI VE SOSYAL KONTROL

3.2.1) VAKIFLAR

Vakıflar; bir topluluk veya bir kimse tarafından çeşitli toplumsal alanlarda hizmet vermek, hayır işleri görmek üzere belli şartlarla ve resmi yolla tahsis edilen mal ve para varlığını idare eden tüzel kişiliktir. Vakıfların amacı, menfaat ve yararları insanlara ve topluma tahsis edilmek üzere bir mal veya mal topluluğunun ya da iktisadi kıymetlerin, sürekli ve kesintisiz olarak yaşatılmasıdır. Yani iktisadi değeri olan malların getirdiği yarar ve menfaatlerin, toplumsal hayır ve iyilik yönünde gönüllü ve sürekli olarak tahsis edilmesidir. Vakıfların, yüzyıllardır çeşitli sosyal, kültürel ve ekonomik hizmetler sunduğu; fakirliğin önlenmesinde, kurduğu hastaneler, imarethaneler, yaşlı bakımevleri ile sosyal yardımlaşma ve dayanışmanın en güzel örneklerini sunduğu bilinen bir gerçektir.[1253]

Vakıflar, insanlar arasında; zengin-fakir, güçlü-zayıf biçimindeki eşitsizliği ortadan kaldırmaya yardımcı olan sosyal bir kurum olarak önemli bir işlev görürler. Vakıflar kurumunun toplumsal sınıflar arasındaki dengesizliklerin ve derin ekonomik uçurumun kapatılması noktasında büyük yararları vardır. İşte vakıflar, toplumda sosyal ve ekonomik dengesizliklerin tetikleyebileceği suç ya da hak ihlali davranışlarının oluşmasına engel olmak şeklinde çok önemli bir işlev görmektedir. Kısaca vakıfların; toplumda ihtiyaç sahiplerine, hiçbir ayrım yapmadan ve karşılık beklemeden yaptığı ayni ve nakdi yardımlar, toplum bireyleri arasında sevgi, dostluk, birlik ve beraberlik duygularının artmasına yardımcı olduğu gibi, düşmanlık, haset, suç ve hak ihlali gibi davranışlara yol açan düşüncelerin yeşermesine engel olarak sosyal kontrol sağlamaktadır.

3.2.2) DERNEKLER

[1252] Doç.Dr. Mehmet Marangoz, Toplumsal Barışın Sağlanmasında STK'ların Rolü.
[1253] e-devlet.com > Sivil Toplum Kuruluşları.

Dernekler, benzer görüşleri paylaşan insanların bir araya gelerek ortak bir kültür, hayır ve dayanışma amacını gerçekleştirmek için oluşturulan demokratik sivil toplum kuruluşlarıdır. Türkiye'de sosyal nitelikli, bilim, kültür, eğitim, sanat, sağlık, spor alanlarında faaliyet gösteren çok sayıda dernek bulunmaktadır. Değişik konularda kurulmuş olan derneklerden 426'sı kamuya yararlı dernekler olarak kabul edilmiştir.[1254]

Sivil toplum kuruluşlarının; eğitim, kültür, bilim, sağlık, sanat, spor, yoksullukla mücadele, çevre, kalkınma, teknik danışmanlık, toplumsal barış ve insan haklarının korunması gibi çok geniş faaliyet alanları vardır.[1255]

Görüldüğü gibi dernekler ve diğer sivil toplum kuruluşları, toplumsal hayatta çok önemli sosyal işlevler görmektedirler. Özellikle etkin işadamları tarafından kurulan dernekler ve sivil toplum kuruluşları, gerek hükümetlere ülke sorunlarıyla ilgili sundukları proje ve önerilerle ve gerekse üyeleri arasında iş ahlakını ve dayanışmayı sağlayarak toplumsal barış ve düzene büyük hizmetler yapabilirler. Bugün Türkiye'de etkinliği olan işadamları derneklerinden TÜSİAD ve MÜSİAD bu konuda diğer derneklere de örnek faaliyet gösterebilirler. Çünkü her iki kuruluş da, iş ve meslek hayatında önemli bir etkinliğe sahip olmalarının yanı sıra, kendilerine amaç olarak; ülkemizde evrensel insan hakları ilkelerinin, düşünce, inanç ve girişim özgürlüklerinin gelişmesine[1256] ve mesleki açıdan yetişmiş, dayanışma kültürüne sahip nitelikli bir insan topluluğunun ortaya çıkmasına, toplumumuzun geçmişten bugüne getirdiği kültürel ve manevi değerlerle beslenmiş, ortak bir iş ahlakının ve örnek bir işadamı modelinin oluşmasına, gelişmesine katkıda bulunmayı kabul etmişlerdir.[1257]

İş dünyasında faaliyet gösteren bu derneklerden başka ülkemizde hayır ve sosyal amaçlı önemli dernekler de bulunmaktadır. Örneğin "Toplumun güç ve kaynaklarını harekete geçirerek, insan saygınlığının korunması doğrultusunda her koşulda, yerde ve zamanda muhtaç ve korunmasız insanlara yardım etmek ve toplumun afetlerle mücadele kapasitesinin geliştirilmesini desteklemek" amacıyla kurulmuş olup kamu yararına çalışan bir gönüllü sosyal hizmet kuruluşu olan Türkiye **Kızılay Derneği** bunlardan birisidir.[1258]

Yeşilay da, insan onurunu ve saygınlığını temel alan, toplumu ve gençliği ayrım gözetmeden zararlı alışkanlıklardan korumak için, milli ve ahlaki değerleri gözeterek ve bilimsel metotlar kullanarak tütün, alkol, uyuşturucu madde, teknoloji, kumar vb. bağımlılıklarla mücadele eden; önleyici ve tedavi edici halk sağlığı ve savunuculuk çalışmaları yürüten ve kamu yararına çalışan bir sivil toplum

---

[1254] Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı, Devlet Teşkilatı Bilgi Bankası.

[1255] Doç. Dr. Ali Şahin, Yrd. Doç. Dr. Filiz Tufan Emini, Yönetişim Ekseninde Sivil Toplum Kuruluşlarının Politika Belirlemedeki Rolü

[1256] TÜSİAD Resmi Web Sitesi; http://www.tusiad.org.tr/tusiad/tusiadin-vizyonu.

[1257] MÜSİAD Resmi Web Sitesi; http://www.musiad.org.tr/amaclar.

[1258] Türk Kızılayı Resmi Web Sitesi; https://www.kizilay.org.tr/ kurumsal/misyonumuz-vizyonumuz.

kuruluşudur.[1259] Belirlenen amaçları tam olarak gerçekleştirdikleri takdirde, bu ve benzeri derneklerin ülkemizde sosyal kontrol işlevi görmeleri mümkündür.

3.2.3) SENDİKALAR

Sendika; çalışanların veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip sivil toplum kuruluşudur. (Sendikalar Kanunu, madde: 2). Tanımından da anlaşılacağı üzere sendikalar; üyelerinin ortak ekonomik, sosyal, kültürel ve mesleki hak ve menfaatlerini, kazanımlarını gözeten, koruyan ve geliştiren kuruluşlardır. Sendikalar; çalışma hayatı başta olmak üzere, her konuda olumlu ve yararlı görüşler ortaya koyabilirler; mecliste çıkacak kanunların, demokrasi, adalet ve insan haklarına uygun olmasında etkin rol oynayabilir, çalışanların ve diğer kesimlerin zarar göreceği kanunların çıkmasını önleyebilirler. Özellikle çalışma şartlarının düzeltilmesi ve iş güvenliğinin sağlanması, insanların emeklerine ve hayat varlığına değer veren bir çalışma ortamının oluşturulmasında işlevler görebilir. Böylece iş ve çalışma şartlarından kaynaklanan muhtemel uyuşmazlıklara baştan engel olarak sosyal kontrol açısından yararlı olabilir

Sendikaların; çalışma hayatında olduğu gibi ekonomik nitelikli yasaların çıkarılmasında ya da kararların alınmasında da önemli işlevleri vardır. Yani sendikalar, toplumun tamamını ilgilendiren sorunlara da el attıklarından, demokrasiler için gerekli unsurlar olmaktadırlar. Sendikalar, isterlerse toplumsal hayatta önemli işlevler yerine getirebildikleri halde, ülkemizde sendikacılıkta birçok sorunlarla karşılaşılmakta, özellikle iktidara yakın sendikaların, diğer sendika üyeleri üzerinde manevi baskı kurarak onları kendi sendikalarına üye olmaya zorladıkları görülmektedir. (Dr. Mesut Aydın, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü). Bu durumda hem Anayasada yer alan 'çalışanların, sendikalar kurma ve bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten çekilme hak ve özgürlüğü' etkisiz hale getirilmiş olmakta hem de sendikaların hükümetleri ikaz etme, olumlu yönde etkileme ve sosyal kontrol işlevlerini engellenmiş olmaktadır. Aslında sendikaların, toplumda aynı zamanda bir baskı grubu olarak iktidara ve siyasi partilere olumlu yönde etkili olmaları beklenirken, aksine onların etkisinden kurtulamayan bir konuma düştükleri söylenebilir. Bu nedenle bugün sendikaların asıl işlevlerini tam olarak yerine getirdikleri söylenemez. Çalışanların ve toplumun yararına olan kanunların çıkarılmasında ve idari kararların alınmasında sendikaların olumlu yönde etkin rolleri olabilir. Ancak bunun için sendikacılığın yeni bir zihniyetle ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

3.2.4) MESLEKLER

3.2.4.1) MESLEKLER VE SOSYAL KONTROL

Bireylerin toplumsal hayatta tam olarak yer alabilmesi için belirli eğitim aşamalarından geçtiği bilinmektedir. Bunlar sırasıyla aile eğitimi başta olmak üzere,

[1259] Yeşilay Resmi Web Sitesi; http://www.yesilay.org.tr/tr/kurumsal/vizyon-misyon.

okul eğitimi aşaması ve meslek hayatı aşamasıdır. Bu aşamaların her birinin kendine göre işlev ve özellikleri vardır.

Meslekler; toplumsal uzlaşma, bütünleşme ve işbölümü bakımından hayati önem taşıyan kuruluşlardır. Meslekler; meslek üyeleri, müşteriler, diğer meslek üyeleri gibi çeşitli kesimler arası ilişkilerin de odağında bulunmaktadır. Bireylerin kazanç elde etme ve geçimlerini sağlamasının yanı sıra mesleklerin; üyelerinin tutum, davranış ve hayata bakış açılarını etkilemesi, kimliklerini biçimlendirmesi, toplumsal katılımı sağlaması gibi çok önemli işlevleri vardır.[1260] Çünkü bir meslek sahibi olmak, bireylerin sapma niteliği taşıyan davranışlardan uzak kalmasında önemli bir etkendir.

Meslekler, bir yandan üyelerinin geçimlerini sağlayarak onları başkalarına muhtaç olmaktan kurtarmakta, diğer yandan toplumda sosyalleşmeyi sağlamakta ve böylece çok önemli bir sosyal kontrol işlevi görmektedir. Meslek mensupları, aynı mesleğin üyesi olmanın verdiği birlik ve dayanışma duygusuyla aralarında güçlü bağlar kurmaktadırlar. Hatta meslekler sosyolojisi alanında bazı düşünürler, profesyonel meslek gruplarının birbirlerine olan bu bağlılıklarını, 'toplum içerisinde kendilerine özgü yeni bir topluluk' şeklinde ifade etmektedirler.[1261]

Bu düşünce başka düşünürler tarafından daha da ileri noktalara taşınarak hukuk, tıp, mühendislik gibi profesyonel mesleklerde, meslek içinde ortaya çıkan sorunların, topluma/devlete yansıtılmadan yine meslek içerisinde çözümlenmesi bir ilke haline gelmiştir. Meslek ahlak kurallarına aykırı davranan üyelere şekli (formel) ve adli yollardan çok, meslek içerisinde oluşturulan yazılı-yazısız kurallar ışığında enformel yolla, meslekten ihraca kadar varan yaptırımlar uygulanarak sosyal kontrol sağlanmak istenmiştir.[1262] Hatta meslek kuruluşlarının, kendileri üzerindeki meslek dışı resmi kurumların şekli kontrolünden sakınmalarının en etkili yolu, kendi üyelerinin davranışlarının meslek içi kontrol sistemiyle sıkı bir denetim altında tutulmalarıdır. Meslek içi bu denetimin sağlanmasında gösterilecek başarısızlık, hem mesleklerin toplumdaki itibarını, hem de onların enformel iç kontrol işlevini azaltabilir.

Meslekler, bireysel yetenekleri ortaya çıkarır. İnsanlar bir mesleğe sahip olmakla kendisinde mevcut bütün kabiliyet ve yeteneklerin büyüklüğünü, zekâsının derinliğini ortaya koyar. İnsanın mesleği, ona yüksek bir ahlaki değer verir. Hayatta önüne çıkan her türlü zorluk ve engelle mücadele etme gücü ve alışkanlığı kazandırır. Tarihi ve sosyal bir gerçektir ki, toplumsal hayatta mesleki iş bölümü ve uzmanlaşmanın gelişmesiyle, meslek sahiplerinin kişilikleri büyük bir gelişme göstermiştir.[1263] Bireylerin, bütün yeteneklerini ortaya koyabildikleri bir mesleğe sahip olmaları, toplumda mal ve hizmet üretimine katkı sağlaması yanında bireylere ahlaki değer de katar. Böylece bireyler toplumun onurlu birer üyesi olurlar. Bu ise,

---

[1260] Yrd. Doç.Dr. Süleyman İlhan, Yeni Kapitalizm ve Meslek Olgusunun Değişen Anlamları Üzerine.

[1261] William Goode, Profesyonel Meslekler; aktaran: Prof.Dr. Zafer Cirhinlioğlu, Meslekler.

[1262] Prof.Dr. Zafer Cirhinlioğlu, Meslekler.

[1263] Kınalızade Ali, Ahlak-ı Hamide.

bireylerin sapma diye tanımlanan suçlardan ve hak ihlali davranışlarından uzak durmasını sağlar.

Meslekler, gerek meslek sahipleri ve gerekse toplum açısından hayati öneme sahiptir. Toplumsal hayatın işleyişinde ve bireylerin toplumsal hayata katılımında, mesleklerin belirleyici bir rolü vardır. Sosyal hayatın düzenlenmesinde, iş bölümü ve uzmanlaşmanın sağlanmasında önemli bir etkiye sahip olması ve ayrıca toplumsal uzlaşma ve istikrara olan katkısı nedeniyle meslekler, toplumsal yapının temel unsurlarındandır. Meslekler, sadece ekonomik ve ticari değil aynı zamanda sosyokültürel boyutları açısından toplum hayatını belirleyici özelliğiyle de öne çıkmaktadır.[1264]

Sosyalleşmenin bir unsuru olan meslekler; işbölümü, toplumsal istikrar, bütünleşme, toplumsallaşma, ekonomik, kültürel ve benzeri açılardan da hayati öneme sahiptir. Meslekler, bireylerin zihinsel gelişimini etkiler ve onların hayata bakış açısının, alışkanlıklarının, tercihlerinin, davranışlarının ve kimliğinin biçimlenmesinde rol oynar. Meslekler, bireylerin sosyalleşmesini sağlayan, onlara sosyal statü kazandıran, onların maddi ve manevi hayatının gelişimini sağlayan, hayata bakış açılarını ve davranışlarını şekillendiren, topluma katılımını ve onunla bütünleşmesini sağlayan boyutuyla bireysel ve toplumsal hayatı derinden etkilemektedir. Diğer taraftan meslekler; üyeleri arasında paylaşılan değerler, kurallar, tutum ve davranışlar, meslek ahlâkı, yerleşik gelenekler geliştirmeleri, üyeleri arasında benzer hayat tarzı oluşturmaları ve onlar üzerinde bir çeşit iç denetim/kontrol kurmaları nedeniyle önemli ve etkin bir sosyal kontrol aracıdırlar.

Her hangi bir meslek, o meslek mensuplarını sadece kendi meslek kuruluşuna, kendi grubuna değil, aynı zamanda bütünüyle sosyal hayata da bağlar. Meslek sayesinde insanlar, iş bölümünden dolayı bir büyük bütünün, yani toplumun önemli bir parçası olduğu şuurunu kazanır ve mesleği sosyal bir görevin yerine getirilmesi olarak da görürse, bu şekilde toplumda yürütmekte olduğu hizmet hakkında daha doğru bir fikir sahibi olurlar. En basit düzeyde görünen meslekler için bile bunu söyleyebiliriz.

İnsanın mesleği ile ahlaki kişiliği arasında çok önemli ilişki vardır. Meslek, kişinin geçimini sağlaması yanında ahlaki seviyesini de yükseltir. Sürekli ve düzenli bir mesleği olmayan kimselerin genellikle ahlaken eksik olması bilinen bir durumdur. Zengin aileye mensup, babadan intikal etmiş bir serveti harcayarak sorumsuzca yaşayan ve belirli bir işi olmayan bir zengin ile bir mesleği olmayıp da sokaklarda dolaşan serseri arasında pek fazla bir fark yoktur. Her ikisi de meslek sahibi olmama hastalığına yakalanmıştır. Birlik ve dayanışmasını iyi kurup koruyabilen mesleki kurumların mensupları arasında örneğin intiharlar; ahlaki terbiyeye ve nezaket kurallarına aykırı haller, düzensiz hareketler, suçluluklar çok azdır. Diğer yandan bir meslek kuruluşu, kendi üyeleri arasında öyle güçlü bir dayanışma ve yardımlaşma meydana getirirler ki, bu bazı yönlerden aile dayanışmasını hatırlatır, hatta bazen onu da geçtiği görülmektedir. Bu durum,

[1264] Yrd. Doç. Dr. Süleyman İlhan, Yeni Kapitalizm ve Meslek Olgusunun Değişen Anlamları Üzerine.

bencilliğe karşı da güçlü bir denge aracıdır.[1265] Meslek üyeleri arasında güçlü yardımlaşma ve dayanışma meydana getirdiği için aynı zamanda önemli bir sosyal kontrol sağlamaktadır.

3.2.4.2) GENEL OLARAK MESLEK KURULUŞLARI

Meslek kuruluşlarını; belli bir mesleği icra edenleri bir araya getirmesi yanında, toplum, devlet ve meslek mensupları bakımından çeşitli işlevler üstlenen, hukuki, idari, ekonomik, siyasi, sosyal, kültürel ve mesleki yönleri bulunan çok boyutlu organizasyonlar olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanım ve özelliklerden çıkarılacak sonuç; meslek kuruluşları, mensuplarının sosyalleşmesine katkıda bulunarak ve ihtiyaçlarını karşılayarak onların 'sapma' niteliğindeki davranışlara yönelmelerini engelledikleri gibi, onların halkla olan ilişkilerinde dürüstlük, güven ve meslek ahlakını hâkim kılarak muhtemel uyuşmazlıkların çıkmasına engel olmaktadır.[1266]

Türkiye'de meslek kuruluşlarını genel olarak; dernekler ve odalar/birlikler olmak üzere iki grupta ele almak mümkündür. Meslek kuruluşu kavramı, 'kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu' kavramına göre daha geniş kapsamlıdır. Meslek kuruluşları kavramı; geniş anlamda hem kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, hem de sivil toplum kuruluşları olan mesleki dernekleri kapsamaktadır. Hatta bu kavram sendikaları da kapsayacak biçimde kullanılmaktadır.

Ülkemizde hemen her alanda faaliyet gösteren çok sayıda meslek kuruluşları bulunmaktadır. Bunlardan 18'si kamu kurumu niteliğinde kuruluşlar olarak kabul edilmiştir. Anayasanın 135. maddesinde; kamu kurumu niteliği taşıyan meslek kuruluşları ve onların üst kuruluşlarının; meslek mensuplarının ortak ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin gelişmesini sağlamak, meslek üyelerinin birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere ve meslek ahlakını korumak amacıyla kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından seçilen kamu tüzelkişileri olduğu belirtilmektedir. (Anayasa, madde: 135).

3.2.4.3) MESLEK KURULUŞU OLARAK ODALAR-BİRLİKLER VE SOSYAL KONTROL

3.2.4.3.1) BAROLAR - TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ (TBB)

Barolar ve Barolar Birliği yargılamada savunma makamını temsil eden önemli bir meslek kuruluşudur. Avukatların, koruyucu hukukta üstlenecekleri rol, daha önce ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ancak meslek kuruluşları

[1265] Kınalızade Ali, Ahlak-ı Hamide.

[1266] Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Teşkilat ve Mali Yapıları, Denetimleri, Organlarının Seçimlerine Dair Esasların Değerlendirilmesi, 2009.

arasındaki konumu dolayısıyla bu rolün bu bölümde de kısaca vurgulanmasında yarar bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu'na göre barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, avukatların ortak sorunlarını gidermek amacıyla çalışmalar yürütmek, meslek mensuplarının birbirleri ve müvekkilleriyle olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını ve saygınlığını korumak, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak üzere kurulmuş tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. (Avukatlık Kanunu, madde: 76)

Türkiye Barolar Birliği de; bütün baroların katılmasıyla oluşan bir tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. (Avukatlık Kanunu, madde: 109) Yukarıda belirtildiği gibi 'kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları' Anayasanın 135. maddesinde tanımlanmıştır. Avukatlığın, belirtilen özel konumu nedeniyle meslek kuruluşları ve özellikle de kamu kurumu niteliği taşıyan meslek kuruluşları içinde sosyal kontrol ve koruyucu hukukla ilgili öncülük yapması mümkün ve gereklidir. Çünkü avukatlar hukukçu olduklarından, diğer meslek üyelerine ve toplum kesimlerine bu konuda öncülük etmesi doğaldır.

3.2.4.3.2) NOTER ODALARI – TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ (TNB)

Noter odaları ve Türkiye Noterler Birliği, 'hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandıran ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getiren belli nitelikleri ve kendine özgü bir hukuki statüye sahip olarak kamu hizmeti yapan' noterlerin bağlı bulundukları meslek kuruluşlarıdır. (Noterlik Kanunu, madde:1)

Koruyucu hukuk ve sosyal kontrol açısından noterlik mesleğinin toplumsal önemi çok büyüktür. Noterlik mesleğinin bu konudaki işlevleri, kitabın koruyucu hukuk ile ilgili bölümünde daha geniş olarak açıklanmıştır. Burada, bir meslek kuruluşu olarak etkin bir sosyal kontrol sağlayarak topluma önemli bir hizmet yaptığını kısaca belirtmek gerekir. Çünkü noterlik mesleği, özellikle özel hukuktan doğan birçok hakkın etkin olarak kullanılması, resmi belgelere bağlanan hakların kolayca ihlal edilmemesi ve uyuşmazlık çıkmayacak biçimde resmi nitelik kazanması açısından toplumda önemli bir işlev yerine getirmektedir. Böylece bireyler arasında uyuşmazlıkların çıkması büyük ölçüde önlenmekte ve uyuşmazlık çıkması halinde de yargıda çok kısa sürede çözümlenmesine yardımcı olunmaktadır.

3.2.4.3.3) MİMAR VE MÜHENDİS ODALARI-MÜH. VE MİM. ODA. BİRLİĞİ (TMMOB)

Mimar ve Mühendis Odaları; mimarlık ve mühendislik mesleğini yürütenlerin kurdukları bir meslek kuruluşudur. Mimar ve Mühendis Odaları, tıp ve hukuk meslekleri gibi profesyonel mesleklerden kabul edilmektedir. Bu özelliği ile sosyal kontrol alanında önemli işlevler görebilecek olan Mimar ve Mühendis Odalarının üst kuruluşu Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'dir (TMMOB). Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nin işlevleri, kanunda açık olarak belirtilmiştir; mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının, müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan

ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlâkını korumak için gerekli gördüğü bütün teşebbüs ve faaliyetlerde bulunmak. (Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu, madde: 2/c).

Mühendisler, teknolojinin sağladığı imkânları kullanarak hayatı kolaylaştırırken, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlük, güven ve meslek ahlakını hâkim kılmak suretiyle çıkması muhtemel uyuşmazlıklara engel olmak gibi çok önemli sosyal kontrol işlevi görebilirler.

3.2.4.3.4) TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ (TOBB)

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye'de bütün ticaret ve sanayi odaları ile ticaret borsalarının bağlı bulundukları, kamu kurumu niteliğinde faaliyet gösteren bir üst kuruluştur. Oldukça geniş bir meslek topluluğunu bünyesinde barındıran TOBB, sosyal kontrol anlayışına önemli katkılar sağlayabilir. Anayasanın 135. maddesine paralel olarak düzenlenen 'Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 4. ve 12. maddelerinde; Odaların; üyelerinin birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere mesleki disiplin, ahlâk ve dayanışmayı korumak; üyeleri hakkındaki tüketici şikâyetlerini incelemek üzere kurulmuş olduğu vurgulanmıştır. (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu, madde: 4 ve 12/a-g-y)

Bu hükümler; oda ve borsaların meslek ahlakını korumak, kendi üyeleri arasında sosyal kontrolü sağlamak için kurulduklarını açıkça ortaya koymaktadır. Aynı Kanunun müteakip maddelerinde belirtildiği gibi; Odalar, kurdukları laboratuvarlarda ticaret mallarının niteliklerini belirleyerek ticari hayatta satıcı ve alıcıların aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkları önler. Oda meclislerine, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden biri olan tahkim kurumlarını kurma görevinin verilmesi, odalara yargı dışı çözüm yolları konusunda önemli bir rol biçildiğini göstermektedir.

Ayrıca; ticari alım satıma konu olan malların borsalar tarafından fiyatlarının, tarafların hak ve yükümlülüklerinin, teslim, tesellüm ve ödeme şartlarının önceden belirlenmesi, bu konuda ileride oluşabilecek uyuşmazlıkların doğmasını baştan engellemektedir. Odalar, üyeleri tarafından üretilen ürünlerin belirli ölçülere, sunulan hizmetin standartlara uygun olmasını sağlayarak, üretilen ürün ve sunulan hizmetlerin kalitesiyle ilgili müşterilerle ileride karşılaşılması muhtemel uyuşmazlıkları baştan önlenmiş olmaktadır. Bütün bunlar sosyal kontrol açısından önemli hizmetlerdir.

3.2.4.3.5) TABİPLER ODASI - TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ (TTB)

Türk Tabipler Birliği Kanunu, hekimler arasındaki, hekimlerle işverenler arasında ya da hekimlerle hastalar arasında çıkabilecek uzlaşmazlıkların çözümü konusunda TTB'ne önemli görevler düştüğünü hükme bağlamıştır. Türkiye'de profesyonel mesleklerden biri olan ve bütün hekimleri çatısı altında toplayan TTB, bu yönüyle sosyal kontrol açısından önemli kurumlardan biridir. Çünkü yargıya intikal etmesi muhtemel olan bazı uyuşmazlıkların, Tabipler Odası ya da TTB

tarafından çözümlenmesi imkânı bulunmaktadır. Bu işlev, Türk Tabipler Birliği Kanununda önemle vurgulanmıştır.[1267]

3.2.4.3.6) ESNAF VE SANATKÂRLAR ODASI - TÜRKİYE ESNAF VE SANATKÂRLAR KONFEDERASYONU (TESK)

Esnaf ve Sanatkârlar Odası, çok sayıda esnaf ve sanatkârı bünyesinde bulunduran önemli bir meslek kuruluşudur. Mal ve hizmet üretiminde kaliteyi esas alarak kendi aralarındaki ya da müşterileriyle olan uyuşmazlıkları çözümlemek ve meslek ahlakını korumak suretiyle sosyal kontrol sağlayan, dolayısıyla bu yönüyle sosyal kontrol anlayışına büyük katkılar sağlayabilecek potansiyel güce sahip olan Esnaf ve Sanatkârlar Odaları ile bunların üst kuruluşu olan TESK, önemli işlevlere sahiptir.

Bu işlevler, Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nda ifade edilmiştir. Buna göre; üyelerinin mesleki eğitimlerini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak, Oda üyeleri ve müşterileri arasında çıkacak anlaşmazlıkları çözümlemek, meslek disiplini ve ahlâkını korumak, üretilen mal hizmetlerin kalitesi ve fiyat tarifesinin denetim ve kontrolünü sağlamak Odaların görevleri arasındadır. Yine Odalar, üyelerince üretilen mal ve hizmetlerin, kalite standartlarına ve sağlık şartlarına uygun biçimde üretilip üretilmediğini uzmanlar aracılığı ile kontrol etmek, meslek ahlakına aykırı davranışları belirlenen üyeleri Birlik Disiplin Kuruluna bildirmek, tüketicilerin korunması için gerekli tedbirleri almak ve üyeleri hakkında bu konuda odaya yapılan şikâyetleri incelemekle görevlidirler. (Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu, madde:1- 11/1-24)

Söz konusu kanunun, sonradan oluşabilecek birçok uyuşmazlıklara baştan engel olabilmeyi sağlayan hükümler içermesi sosyal kontrol açısından önemlidir. Bugün toplum kesimlerinin önemli bir kısmını bünyesinde bulunduran bir meslek kuruluşu olarak Esnaf ve Sanatkârlar Odası, sosyal kontrol açısından daha etkin görevler üstlenebilirler.

[1267] "Azalarının maddi ve manevi hak ve menfaatlerini korumak ve bunları halkın ve Devletin menfaati ile en iyi bir şekilde denkleştirmeye çalışmak" (Türk Tabipleri Birliği Kanunu, madde:4/b)

"Oda azaları arasında, oda azaları ile işverenler arasında, oda azaları ile hastalar ve hasta sahipleri arasında çıkabilecek ihtilâfları uzlaştırmak veya icabında hakem usulüne müracaat etmek. Bu maksatla; a) Oda azaları arasında çıkacak mesleki ihtilâfları, deontoloji (yani hekimlik mesleğini uygularken uyulması gereken ahlaki değer ve etik kuralları) bakımından halletmek, b) Oda azaları ile işverenler arasında çıkabilecek ihtilâfları uzlaştırmak, icabında hakem usulüne müracaat etmek, c) Oda azaları ile hasta veya hasta sahipleri arasında ücret veya tedavi ile ilgili çeşitli ihtilâfları tıp topluluğunun şerefini esas tutarak, hastalığın önemine, tedavi ve hizmetin gerektirdiği çalışmaya, hastanın ve oda azasının vaziyetlerine göre uzlaştırma yolu ile halle çalışmak veya hakem usulüne başvurmak." (Türk Tabipleri Birliği Kanunu, madde: 28/III.)

3.2.4.4) ÖRNEK BİR MESLEK KURULUŞU OLARAK AHİLİK VE SOSYAL KONTROL

Bundan yaklaşık 800 yıl önce Anadolu'da kurulan Ahilik teşkilatı, birçok yönleriyle günümüz meslek kuruluşlarına (odalara, birliklere, borsalara) örnek olabilecek özelliklere sahiptir. Çünkü Ahilik, hem belirli meslek ahlak kurallarına göre faaliyet gösteren bir meslek kuruluşu, hem bir eğitim kurumu, hem de toplumda sosyalleşme, sosyal kontrol ve sosyal güvenlik işlevleri gören etkin bir sivil toplum kuruluşudur. Bu özellikleri nedeniyle Ahilik, günümüz hukuk sistemlerinde sürekli önemi artan sosyal kontrol ya da 'alternatif uyuşmazlık çözüm yolları' gibi hizmetleri önemli ölçüde yerine getirmiştir.

Toplumun büyük bir kesimini oluşturan ahilik kurumunun, insan unsuruna önem vermeleri, kendi aralarında büyük bir dayanışma ve yardımlaşma içinde bulunmaları, genel ahlak ve meslek ahlak kurallarına bağlı olmaları, mal ve hizmet üretiminde kaliteye önem vermeleri ve kalite standartlarının sıkı bir biçimde denetlenmesi, tüketici haklarına saygılı olmaları, meslek ahlak kurallarına uygunluğun tamamen otokontrol yoluyla denetlenmesi, gerektiğinde Ahilik teşkilatı tarafından yaptırımların uygulanması, toplumsal hayatta birçok muhtemel uyuşmazlığı henüz ortaya çıkmadan engellediğinden hukuk ve yargı sisteminin yükünü önemli ölçüde azaltmıştır. Her şeye rağmen ortaya çıkan bazı uyuşmazlıklar ise, yargıya intikal etmeden Ahilik teşkilatı içinde çözüme kavuşturulduğundan bir tür 'alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun' uygulandığı söylenebilir.

Ahilik kurumunun geçerli olduğu dönemlerdeki hukuk sisteminde, her ne kadar bugünkü hukuk literatüründeki 'sosyal kontrol' ya da 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları' gibi kavramlar kullanılmamışsa da, 'sosyal kontrol' ve 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları'na ilişkin hizmet ve yöntemler işlevsel olarak tam anlamıyla uygulanmıştır.

3.2.4.4.1) Ahiliğin Günümüz Meslek Kuruluşlarına Işık Tutan İlkeleri ve Sosyal Kontrol

12. yüzyılda Anadolu'da kurulan Ahilik, insanı merkeze alan bir anlayışa sahiptir. Ahilikte; bütün beşeri faaliyetlerin temel aktörü olan insan unsurunun önemi tam olarak kavrandığından; insanın (çalışanın emek gücünün, tüketicinin) sömürülmemesi, aralarında adalet ilkesi korunarak bireysel ve toplumsal refah ve huzurun sağlanması esas alınmıştır. Ahilik kurumunda insan, bencillikten uzak, dayanışmacı bir ruha sahip olduğundan; üretici - tüketici, emek - sermaye, millet - devlet; toplumun bütün bireyleri ve kurumları arasında dengeli iyi ilişkiler kurularak herkesin barış ve huzur içerisinde yaşaması hedeflenmiştir.[1268]

Ahiliğin başlıca iş ve meslek ahlak kuralları; doğruluktan ayrılmamak, yalan söylememek, yardımlaşma, standartlara uygun ve kaliteli mal ve hizmet üretmek; eline, diline, beline sahip olmak, kanaatkâr olmak, çalışma azmine sahip olmak, alın terine önem vermek, cömert olmak, piyasayı kontrol etmek ve tüketiciyi korumaktır.[1269] Ahilik teşkilatı, bu meslek ahlak kurallarını sadece teorik olarak

[1268] Dr. Yusuf Ekinci, Ahilik.
[1269] Muhittin Şimşek, Toplam Kalite Yönetimi ve Tarihteki Bir Uygulaması; Ahilik.

belirlemekle kalmamış, bunların ticaret ve meslek mensupları tarafından uygulanıp uygulanmadığını sıkı bir biçimde denetlemiş, aykırı davrananlara değişik yaptırımlar uygulanmıştır. Ahiliğin, uygulamaya da yansıyan bu meslek ahlak kuralları, toplumsal hayatta birçok uyuşmazlığın önlenmesinde etkin rol oynamıştır.

Ahilik kurumu; haksız rekabete, güçlünün zayıfı sömürmesine, haksız kazanç sağlamaya, üretmeden tüketmeye, insanları kandırmaya kısaca, ahlaki olmayan her türlü davranışa karşı olduğundan, devlet müdahalesi dışında kendi üyeleri arasında bir işbirliği sağlayarak çalışanların, tüketicinin ve hatta bütün toplumun hakkını koruyacak bir sosyal güvenlik kurumu niteliği taşımaktadır. Bu yönleriyle toplumsal barış ve düzenin sağlanmasında büyük bir işlev görmüştür.

Ahilik teşkilatında insan unsuruna verilen değerin gereği olarak, onun eğitimine özel bir önem verilmiştir.[1270] Ahilikte eğitim, gençlikten başlayıp bütün hayat boyunca devam eden bir faaliyettir. Eğitimin, henüz devletin sorumluluğunda olmadığı bir dönemde bu boşluk Ahi teşkilatıyla doldurulmuştur. Ahiler, haftanın belirli akşamları zaviyelerde toplanır, yemekten sonra ahlaki, eğitici kitaplar okunur, çeşitli eğlenceler düzenlenirdi. Bu tür etkinliklerle günün yorgunluğu giderilir, ertesi güne yüksek bir moralle tekrar işe başlanırdı.[1271] Ahiler gündüzleri çalışır, bazı akşamları, büyüklerden birinin kurduğu konuk evlerinde toplanarak içinde biraz da eğlence içeren ilim ve irfan sohbetlerine katılırlardı. Ahilikte; çalışmak, öğrenmek ve olgun insan olmak için çaba gösterilmiştir.[1272]

Ahi Birliklerinde; kalfanın çıraklar, ustanın da kalfa ve çıraklar üzerinde bir kontrol mekanizması söz konusudur. Ahilerde oto kontrol/öz denetim sadece iş hayatında değil, sosyal hayatta da söz konusudur. Eğer bir usta; üretim standartlarına uymaz, kötü mal üretir, kalfaların ücretlerini vermez, çırakları sömürür, onlara bildiklerini öğretmezse, dükkân kapatma cezası verilir, diğer ustalar selamı keser, yardımlar kesilir ya da iş ve mesleğine göre farklı yaptırımlar uygulanırdı.[1273]

Ahiliğin temel felsefesi, iyi insan olma bağlamında insanın eline, diline, beline sahip olmasıdır.[1274] Ahilik kurumunun temelinde; insanların birbirini sevmesi, sayması, yardım etmesi, yoksulları gözetmesi, iş ve meslek hayatında ahlak kurallarına bağlılık esastır. Hilesiz iş yapmak, sağlam mal ve hizmet üretmek, ölçülü kazanç ve kalite kontrol sistemi, bu kurumun ekonomik hayat için öngördüğü vazgeçilmez esaslardır.[1275]

Toplumsal hayatın her alanında olduğu gibi iş ve meslek hayatında da, işlerin iyi yürümesi, uyuşmazlıkların en az düzeye indirilmesi, bireylerin barış ve düzen içinde yaşamaları için olmazsa olmaz şartlardan birisi, iyi insan unsuruna sahip

---

[1270] Ahmet Vehbi Ecer, Ahmet Yesevi Dervişi Ahi Evren ve Kayseri'de Ahilik.
[1271] Yrd. Doç.Dr. İbrahim Durak-Dr. Atilla Yücel, Ahiliğin Sosyoekonomik Etkileri ve Günümüze Yansımaları.
[1272] Galip Demir, Ahilik ve Yükselen Değerler.
[1273] Yrd. Doç.Dr. İbrahim Durak-Dr. Atilla Yücel, Ahiliğin Sosyoekonomik Etkileri ve Günümüze Yansımaları.
[1274] Cemal Anadol, Türk-İslam Medeniyetinde Ahilik Kültürü ve Fütüvvetnameler.
[1275] Muhittin Şimşek, Toplam Kalite Yönetimi ve Tarihteki Bir Uygulaması; Ahilik.

olmaktır. Bunun bilincinde olan Ahilik Kurumu, iyi insan yetiştirmeyi kendisine temel bir görev olarak kabul etmiştir. Ahilik, sadece bir esnaf teşkilatı olmayıp aynı zamanda sosyoekonomik ve kültürel boyutları da olan geniş bir yapılanmadır. Ahilikte; hem genel ahlak hem de iş/meslek ahlakı ve sosyal sorumluluk ilkeleriyle birey ve toplum, bütüncül bir yaklaşımla ele alınmıştır. Bir esnaf teşkilatı olan Ahilik, aynı zamanda eğitim, otokontrol, sosyalleşme ve sosyal kontrol işlevleri olan etkin bir kuruluştur. Bu nedenle, iş ve meslek sahiplerinin kendi aralarında ya da müşterileriyle uyuşmazlığa düşmeleri istisnai bir durumdur. Bir uyuşmazlık ortaya çıktığında da, mahkemeye intikal etmeden genellikle Ahilik kurumunun kendi içinde çözümlenmiştir.

3.2.4.4.2) Günümüz İş ve Meslek Hayatında Ahiliğe Benzeyen Uygulamalar

Ahilik kurumunda; her faaliyetin temeli olarak insanın esas alınması, onun eğitimine büyük önem verilmesi, eğitimin, üyelerin dayanışmacı bir ruha sahip olması, genel ahlak ve meslek ahlak kurallarına bağlılık, üretilen mal ve hizmetlerde kaliteyi koruma, tüketicinin korunması, üyeler arasında sosyal yardımlaşma ve sosyal kontrol sağlanması gibi uygulamalara karşılık, günümüz çalışma hayatında; iş ve meslek ahlakı, sosyal sorumluluk, kalite, müşteri memnuniyeti/tüketicinin korunması, işyerinde yönetime katılma gibi kavramların yer alması, Ahilik teşkilatı ile bugünkü meslek kuruluşları olan Odalar, Birlikler ve Borsalar arasında önemli benzerliklerin olduğunu göstermektedir. Günümüz çalışma hayatında; insanı ön planda tutma, kalite ve tüketiciyi koruma gibi konular gittikçe daha çok ön plana çıkmaya başlamıştır.

Ahilikte, müşterileri nimetin sahibi (velinimet) bilme anlayışı ve üretici, tüketici, yönetilen ve yönetici olarak insan merkezli yaklaşım vardır. II. Beyazid döneminde (1481-1512) hazırlanan Bursa, İzmir ve Edirne İhtisab (Belediye) kanunnameleri dünyanın ilk mesleki standartlar kanunu; ilk tüketiciyi koruma kanunu, ilk gıda nizamnamesi olarak kabul edilmektedir. Yaklaşık 100 maddeden oluşan bu kanunnameler, mal ve hizmet üretiminde bütün meslek sahibi kişilerin uyması gerekli standartları kapsamaktadır. Günümüzde bu standartlar; ISO 9000 üretim standartları, SA 8000 sosyal sorumluluk standardı şeklinde ifade edilmektedir.[1276] Özellikle batı dünyasında çalışma hayatına ilişkin meslek ahlakı konusu son yıllarda gündeme gelmesine rağmen, Ahilik teşkilatında, yaklaşık 800 yıl önce çok kapsamlı meslek ahlak kuralları belirlenmiş ve bu kurallar çerçevesinde olgun; eline, diline ve beline sahip meslek insanı yetiştirilmiştir. Ahilik teşkilatının toplumsal hayat üzerindeki etkinliğinin yüksek olduğu dönemlerde, dünyada ilk olarak mesleki standartlar kanunu hazırlanmış ve pratik hayatta uygulanmıştır.

Ahilik kurumunda, kaliteli bir mal ve hizmet üretimi için geliştirilen kurallar bugünkü Toplam Kalite Yönetimi ve otokontrol sisteminin ilk örneklerini oluşturmaktadır. Ancak Ahilikteki bu kurallar, yazılı olmadığından ve ustadan çırağa geçen gelenek olarak kaldığından dış dünyaya tam olarak tanıtılamamıştır.

[1276] Yrd. Doç.Dr. İbrahim Durak-Dr. Atilla Yücel, Ahiliğin Sosyoekonomik Etkileri ve Günümüze Yansımaları.

Ahilikte rekabet; birbirini yok etmek için değil, üretilen mal ve hizmeti daha kaliteli üreterek müşterilerin beğenisine sunmak için uygulanır. Belli mal ve hizmetleri üreten firmalar aynı çarşıda veya yakın yerlerde faaliyette bulunduğundan, meslek mensuplarının birbirini kontrol edebilme ve rekabet imkânı doğmakta, esnafın kendi aralarında eksiklerini giderebilme imkânı sağlanmaktaydı. Ahi yöneticileri; bazen çarşıları kontrol eder, mal ve hizmetlerin kalitesinin ve standartlarının değişip değişmediğine bakar ve tüketici haklarının ihlal edilip edilmediğini yerinde denetlerdi. Örneğin, ayakkabıcılar çarşısının denetlenmesi sırasında standarda uymayan mal tespit edilirse o ayakkabıyı ayakkabıcının damına atıp, o kişi bütün esnaf ve tüketicilere karşı teşhir edilerek cezalandırılırdı. Buna 'pabucun (yani ayakkabının) dama atılması' denirdi.[1277]

Ahilik teşkilatı; geliştirmiş olduğu ahlaki, sosyal ve ekonomik ilkelerle günümüzün eğitim kurumlarına, meslek kuruluşlarına; odalara, borsalara ve sendikalara sosyal kontrol yönünden örnek olabilecek bir yapıya sahipti. Bir ülkede ekonomik kalkınmanın temel şartı, sağlam bir iş ve meslek ahlakının ve doğru çalışma ortamının var olmasıdır.[1278]

Günümüzde gerek iş ve meslek hayatında, gerekse toplumsal hayatta etik değerlerin önemi ve bunlara duyulan ihtiyaç gittikçe artarken, dünyada iş ve meslek hayatında; kalite, standart, müşteri odaklılık, insana değer verme gibi kavramlar ön plana çıkmaktadır. Bu çerçevede toplumda uyuşmazlıkların azaltılması yönünde insan merkezli ve müşteri odaklı yaklaşımlar büyük önem kazanmaktadır.

Ahilik kurumunun, insanı merkeze alan yaklaşımı ve mesleki, ticari ve toplumsal ahlakı öne çıkaran ilkeleri, bugünkü meslek ve iş hayatının ihtiyaç duyulan alanlarında değerlendirilerek bunlardan çağdaş sentezler yapılabilir ve bu ilkeler günümüz şartlarına uyarlanabilir. Günümüzde özellikle odalar, birlikler ve borsaların; insanı bir bütün olarak ele alan, iyi insan ve iyi toplum yetiştirmeyi amaçlayan ve bu yüzden insanın eğitimine büyük önem veren Ahilik kurumundan örnek alacağı çok şeyler bulunmaktadır. Ahilik meslek ilkelerinden yararlanılması, kaliteli insan ve erdemli toplum oluşturma konusunda önemli katkılar sağlayacaktır. Çünkü bugün kaliteli insana ve meslek sahibine her zamankinden daha fazla ihtiyaç vardır.[1279]

Sonuç olarak; insan eğitiminin, ömür boyu devam etmesi gereken bir çaba olduğu bilindiğine göre; günümüzde önemli meslek kuruluşları olan Odalar, Birlikler ve Borsaların sağlayacağı sosyal kontrol ve üyelerine yönelik yürüteceği meslek ahlak eğitiminin önemi büyüktür. Bu eğitim sayesinde, her meslek üyesinin meslektaşları arasında ve müşterileriyle uyuşmazlıklara düşmekten büyük ölçüde kurtulması mümkündür. Böylece birçok uyuşmazlığın ortaya çıkması bu yolla engellenebilir. Her şeye rağmen bir uyuşmazlık çıktığında ise, yargıya intikal

---

[1277] Yrd. Doç.Dr. İbrahim Durak-Dr. Atilla Yücel, Ahiliğin Sosyoekonomik Etkileri ve Günümüze Yansımaları.

[1278] Yrd. Doç.Dr. İbrahim Durak-Dr. Atilla Yücel, Ahiliğin Sosyoekonomik Etkileri ve Günümüze Yansımaları.

[1279] Yrd. Doç.Dr. İbrahim Durak-Dr. Atilla Yücel, Ahiliğin Sosyoekonomik Etkileri ve Günümüze Yansımaları.

etmeden meslek kuruluşları bunları kendi içinde 'alternatif uyuşmazlık çözüm' yöntemiyle çözümleyebilir. İşte bu tedbir ve hizmetler, mahkemelerdeki dava sayısını azaltacak ve bugün yargının ağır iş yükü altında tıkanma noktasına gelmesine engel olacaktır. Ancak meslek mensuplarına yönelik yapılacak meslek ahlakı konusundaki çalışmalar ve meslek içi denetim sistemi, sadece yargının iş yükünü azaltmak amacıyla değil, insan merkezli bir anlayışın gereği olarak insanın eğitiminin her şeyden önce geldiği bilinciyle yürütülmelidir.

e) MEDYA KURULUŞLARI VE SOSYAL KONTROL

Sosyal kontrol bakımından önemli role sahip olan toplumsal kuruluşlardan biri de medyadır. Medya kavramı; radyo, televizyon gibi klasik görsel ve işitsel araçlarını; gazeteler, dergiler gibi kâğıda basılı klasik basın-yayın araçlarını ve son yıllarda insanlığın hizmetine sunulan elektronik iletişim araçlarını içine alan oldukça geniş kapsamlı bir kavramdır.[1280] Her çeşit bilgiyi birey ve topluma ulaştırmaya yarayan; eğitim, bilgilendirme ve eğlence gibi temel görev ve sorumluluklara sahip görsel ve işitsel araçların tümüne medya denilmektedir. Başka bir deyişle yazılı, sesli ya da görsel tüm kitle iletişim araçlarına; basın, yayın kuruluşlarına medya denir.[1281]

e.a) Medyanın Önemi ve Toplum Üzerindeki Etkileri

Medya, olumlu yönde kullanıldığında çok yararlı, olumsuz yönde kullanıldığında ise çok tehlikeli bir araç olabilmektedir. Medya, iyi amaçlar için kullanıldığı gibi kötü amaçlar için de kullanılabilir. Bireylerin ve toplumun düşünce ve davranışlarını, değer yargılarını derinden etkileme gücüne sahip olan medyanın, iyi amaçlar için kullanıldığında suçların ve hak ihlali gibi davranışların asgari düzeye indirilmesini amaçlayan sosyal kontrol ile doğrudan ilişkisinin olduğunu belirtmeliyiz. Son yıllarda iletişim alanında yaşanan hızlı değişim doğrultusunda medya, bireylerin düşüncelerinin, davranış-larının ve değer yargılarının oluşumunda ve değişiminde önemli bir role sahip olmuştur. Bu nedenle medyanın bu iki yönüne kısaca değinmekte yarar vardır.

e.a.a) Medyanın Olumlu İşlevleri

Medyanın olumlu yönde kullanılması halinde; kamuoyunu aydınlatma, oluşturma; iktidarı, devlet kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerini halk adına denetleme ve eleştirme gibi son derece önemli işlevleri vardır. Tarafsız ve yeterli bilgi ve haber alamayan bir toplumun ekonomik, sosyal ve siyasi tercihlerinin sağlıklı olması mümkün değildir. Toplumun özgürce haber alması, toplum bireylerinin düşüncelerini başkalarına iletebilmesi; siyasi iktidarların, hatta bütün kurum ve kuruluşların yaptıkları iş ve işlemlerin serbestçe eleştirilmesi ve kamuoyunun doğru oluşması ancak basın/medya yoluyla gerçekleşebilir. Bu anlamda medya; halkın gözü¸ kulağı ve sesi olma açısından demokrasinin güvencesidir. Ancak bu olumlu sonucun ortaya çıkması için medya mensuplarının,

---

[1280] Yrd. Doç. Dr. D. Ali Arslan, Medyanın Birey, Toplum ve Kültür Üzerine Etkileri.
[1281] Prof. Dr. Suat Gezgin, Medya ve Demokrasi.

yaptıkları işin önemine uygun olarak sorumluluk bilincine sahip olmaları gerekir.[1282]

Bu açıdan medyanın kamusal hizmet niteliği öne çıkmaktadır. Bununla birlikte medya faaliyeti, doğrudan ticari bir araç olarak görülmese de, tam anlamıyla teknolojik donanım ve büyük ölçüde sermaye gerektiren bir çalışmadır. İşin bu boyutu, ciddi sorunlara neden olmaktadır. Bugün bu ekonomik yatırımın; sadece insanlar daha doğru bilgi edinsin, toplumsal değerler korunsun ya da ülkemiz daha demokratik bir toplum olsun gibi yüksek etik ilkelere dayalı olarak ve kamusal hizmet anlayışıyla yapıldığını söylemek zordur. İdeal olanı bu olmakla birlikte ortada ekonomik ve ticari bir sürecin de olduğu bir gerçektir. Her ekonomik kuruluş gibi, hem ilk oluşumu hem de devamının sağlanması büyük maliyetler gerektiren medya faaliyeti, kamu hizmeti anlayışı kadar karlılık ve verimlilik gibi faktörleri de hesap etmek durumundadır. Medya kuruluşlarının kaderini belirleyen en hassas nokta da burasıdır. İnsanlar doğru bilgilensin, yayınlar toplumsal değerlere aykırı olmasın, ülkemiz daha demokratik bir toplum olsun gibi düşünceler ile karlılık arasındaki denge nasıl kurulacaktır? Kamusal yarar ve toplumsal değerlerle karlılık arasında bir tercih yapmak zorunda kalındığında hangisi seçilecektir?

Hemen belirtilmelidir ki, medya faaliyetinde hem kamusal yarar/toplumsal değerlerin hem de karlılık unsurlarının birlikte bulunması ideal olanıdır. Ancak tercih noktasına gelindiğinde, her şeye rağmen toplumun doğru bilgilenmesi ve toplumsal değerlerin korunması, karlılık gibi ekonomik kaygılara kurban edilemez. Bu durumda karlılık ön planda olmayacağına göre sermaye ihtiyacı nasıl karşılanacaktır? Bir çözüm yolu; toplumsal değerler konusunda sorumluluk bilincine sahip zengin işadamları, karlılık endişesi taşımadan medya kuruluşlarını finanse etmeleridir. Hatta bu iş vakıflar gibi hayri hizmetler çerçevesinde yapılabilir. Aksi takdirde bireyler ve toplum üzerinde çok etkili bir araç olan medya, yurt içinde veya dışında kötü niyetli egemen güçlerin ve kesimlerin elinde tahrip edici bir silah olarak kullanılmaya devam etmesi mukadderdir.

Medya konusunda tekelci kamusal düzenlemeler doğru olmamakla birlikte birey ve topluma çok etkili olabilen medyanın; zengin ve kötü niyetli kesimler tarafından toplumsal değerlerin yok edilmesinde bir araç olarak kullanılmasına da izin verilmemelidir. Diğer yandan bugün medya pazarına girme özgürlüğü, tekeller tarafından kısıtlanmakta, böylece medya kuruluşları, kamusal yarar kavramından uzaklaşarak istenildiği biçimde kullanılabilen bir araca dönüşmektedir.[1283]

Medya, işlevsel açıdan yalnızca bir iletişim aracı olmayıp geniş toplum kesimlerinin eğitimi ve sosyalleşmesi açısından çok önemli hizmetler yerine getirebilir. Medya olarak tanımlanan basın ve yayın araçları, kültür ve eğitim sisteminin çok önemli bir parçasını oluştururlar. Bu iletişim araçları, bilindiği gibi üretilen haberleri ve kültürel içerikleri insanların evlerine, oturma odalarına kadar taşırlar. Medyanın, olumlu yönde kullanılması halinde önemli katkı sağlayacağı sosyalleşme süreci sayesinde bireyler, kendi toplumunun birer üyesi olmayı ve

[1282] Prof. Dr. Suat Gezgin, Medya ve Demokrasi.
[1283] Prof. Dr. Suat Gezgin, Medya ve Demokrasi.

insan davranışlarına yön veren temel toplumsal ve kültürel değerleri ve normları öğrenirler.[1284]

Bilindiği gibi bir toplumda suç ve hak ihlali olarak ifade edebileceğimiz bütün hukuka aykırı davranışların temel nedenlerinden biri, bireylerin sosyalleşememesi, diğeri de toplumsal değerlerin etkisinin zayıflamasıdır. Demek ki, sorumluluk bilincine sahip bireylerin elinde doğru yönde kullanılan medya, hukuka aykırı davranışların doğmasına engel olarak hukuk ve yargı sistemine büyük hizmetler yapabilme imkânlarına sahiptir.

e.a.b) Medyanın Olumsuz Etkileri

Medyanın, bireyler ve toplum için her zaman olumlu işlevler yerine getirdiğini söylemek mümkün değildir. Dikkat edilirse, kötü amaçla kullanıldığında medyanın, bireylerin sosyalleşmesini engelleyici bir etki yaptığı, toplumsal değerleri ve kültürü yozlaştırdığı, bireylerin kişiliklerini bozduğu ve toplumsal barış ve düzeni tehdit eden bir boyuta ulaştığı açık olarak görülecektir.

Bu açıdan medya, toplumsal değerleri ve kültürü geliştirmek, yaşatmak, bireylerin sağlıklı kişilik sahibi olmasına katkıda bulunmak yerine, aksine bu değerleri yıpratıcı/zayıflatıcı, bireylerin kişilik ve ruh sağlıklarını bozucu bir etki yapabilmektedir. Özellikle çocuklar ve gençlerin, yetersiz de olsa aile ve okulda öğrendikleri bazı değerlerin tam tersi yönde yayınlar yaparak, onları çelişkilere düşürmekte, bu ise, toplumsal değer ve normlardan 'sapma' olarak tanımlanan hukuka aykırı davranışların artmasına neden olmaktadır. Hatta bu durum, bireylere yön veren toplumsal değerleri, normları yok ederek toplumun geleceğini tehdit edici bir boyuta ulaşmaktadır.[1285]

Medyanın, yararlı hizmetlere aracılık yaptığı kadar kötü amaçlar için de kullanıldığı bilinmek-tedir. Bu konuda yapılan araştırmalar medyanın; toplumun yapısı, kurulu düzeni ve bireyler arası ilişkilerin niteliği ve şekli üzerinde düzenleyici ve şekillendirici bir etkisinin olduğunu açıkça göstermektedir. Bu araştırmalara göre medya, gelişen olayları şekillendirmede de çok etkin bir güce sahiptir. Bütün bunlar bize; kamu yararı ve etik ilkelerden uzak medyanın, özellikle de televizyonun ne kadar güçlü bir silah olabileceği gerçeğini göstermektedir. Hatta bu silah, insanlar üzerinde klasik silahlardan; bombadan, top ve tüfekten daha da etkili olmaktadır. Çünkü klasik savaş silahlarının insanlar üzerindeki olumsuz etkileri medyaya göre daha sınırlı kalmaktadır. Ayrıca medyanın açtığı yaralar, daha geniş bir alanı kapsamakta olup daha uzun vadeli ve sinsidir. Ehil olmayan kötü ellerde, insani ve toplumsal amaçlar dışında kullanılan medya, bir anda milyonlarca insanı psikolojik, manevi ve kültürel yönden tahrip edebilecek konuma gelebilir. Medyanın, suçlara ve sapkın davranışlara etkileri büyüktür. Toplum hayatını derinden etkileyen televizyon yayınlarında denetlenmesinde zorluklar

---

[1284] (SCANNELL, 1992, Culture and Power: A Media, Culture and Society Reader, London; aktaran: Yrd. Doç. Dr. D. Ali Arslan, Medyanın Birey, Toplum ve Kültür Üzerine Etkileri)

[1285] Yrd. Doç. Dr. D. Ali Arslan, Medyanın Birey, Toplum ve Kültür Üzerine Etkileri.

bulunan temel konuların başında şiddete özendirme, cinsellik, müstehcenlik, erotizm ya da pornografi gelmektedir.

Medyada şiddet ve cinsellik içeren yayınlarla bireylerin saldırgan ve sapkın tutumları arasındaki ilişkiyi inceleyen düşünürler, medyanın insan davranışları üzerindeki doğrudan ya da dolaylı etkilerine dikkat çekmektedirler. Gerçekten suç teşkil eden bazı sapkın davranışlarla televizyon programlarında yayınlanan şiddet ve cinsellik içerikli programlar arasında dikkat çekici benzerlikler görülmekte, hatta bunların açıkça model alındığı saldırılara, tecavüzlere ve cinayetlere rastlanmaktadır. "Born Innocent" adlı Amerikan televizyon filmindeki tecavüz sahnesinin yayınlanmasından hemen sonra, pek çok genç izleyicinin bunu taklit ederek tecavüz suçu işlemiş olması nedeniyle NBC televizyonu aleyhine kamu davası açılmış olması çarpıcı bir örnektir.[1286] Medya; şiddeti ve cinselliği özendiren sorumsuz yayınlarıyla bazı suçların sayısının artmasına ortam hazırlamakta, yargı organları da artan suçlar ve hukuka aykırı diğer davranışlar yüzünden işlevlerini tam olarak yerine getiremez konuma düşmektedir.

Bugün internetin günlük hayata etkin olarak girmesi ve elektronik iletişimin denetlenmesindeki güçlük, özellikle gençlerin sanal ortamda farklı biçim ve düzeylerde şiddete maruz kalma ihtimalini de arttırmaktadır. Günümüzde siber şiddet adı verilen bu olgu, elektronik iletişim araçlarının günlük hayatın vazgeçilemez bir parçası haline gelmesiyle ortaya çıkan ve teknolojik gelişmelere uygun olarak hızla yaygınlaşan elektronik posta, cep telefonu, facebook, twitter, SMS mesajları ve internet siteleri gibi elektronik iletişim araçları kullanılarak bireylere zarar verilmesidir. Siber şiddet de denilen söz konusu şiddet; tehdit edici sözler veya mesajlar, rahatsız edici, bıktırıcı, utandırıcı tacizler şeklinde olabileceği gibi, sanal ortamda cinsel saldırı şeklinde de gerçekleşebilir.[1287]

Siber şiddetin etkisini artıran unsur, değişik yollarla gönderilen bu iletilerin internet üzerinden hızla ve çok geniş bir kesime ulaşmasıdır. Özellikle şiddet içerikli bilgisayar oyunlarına çok zaman harcayarak büyümüş olan gençler, sanal ortamda kendileri için kurgulanmış sahte kişilik ve kahramanlar aracılığı ile kaba ve zorba davranışlara alışmakta, sosyal hayattaki olayları da oyun olarak görmeye başlamakta ve sonuçlarından dolayı herhangi bir sorumluluk duymamaktadırlar. İşte böylece sosyolojik açıdan 'sapma' olarak nitelendirilen bütün hukuka aykırı davranışların faili olabilecek insan unsuru ortaya çıkmaktadır.

Hangi yöntemle olursa olsun genç yaşta şiddete maruz kalan kişilerin; psikolojik, duygusal ve sosyal sorunlarla karşı karşıya kalacakları ve bu sorunların onları ileri yaşlarda da olumsuz etkileyeceği muhakkaktır. İnternet ortamında şiddete ve tacize uğrayan gençlerde mutsuzluk, endişe, korku, utanç, hayal kırıklığı, benlik saygısında azalma, bir konuya yoğunlaşmada sorunlar ve depresyon gibi

---

[1286] Neil M. Malamuth ve John Briere, 1996; http://www.derindusunce.org/2008/05/19/medyann insanlar üzerindeki olumsuz etkileri.

[1287] Ece Ünalan-Adil Uğur Yavuz-Gözde Gümüş-Özgür Akman; Üniversite Öğrencilerinin Elektronik İletişim Araçları
Üzerinden Karşılaşmış Oldukları Şiddet Olguları.

belirtiler ortaya çıkmaktadır. İşte gençlerin suça ve uyuşturucu madde kullanımına eğilimli olmalarında en önemli faktörlerden biri de bu durumdur.[1288]

Medya, birey ve toplum için çok önemli bir haberleşme aracı olmakla birlikte, çok güçlü bir propaganda silahı ve bir tür **beyin yıkama** aracıdır. Kimi zaman medyanın gücü ve etkisi, ulusal kültürü ve ulusal birliği tehdit edecek boyutlara ulaşabilmektedir. Potansiyel olarak hileli yönlendirme yöntemiyle olayları olduğundan farklı gösterip çarpıtma gücüne sahiptir.[1289]

Özellikle televizyonun bireyler ve toplum üzerindeki geniş ve çok yönlü etkisi tartışılamaz boyuttadır.[1290] Televizyonla ilgili yapılan araştırmalar, televizyon haber ve programlarının; eğitim, aile, iş, yaş, cinsiyet, doğum ve ölüm gibi birçok toplumsal olaylar konusunda tahrip edici etkilerinin olduğunu, programlarda verilen mesajların toplumdaki suç işleme eğilimlerini tahrik edici ve şiddet olaylarını arttırıcı doğrultuda etki yaptığını açık olarak ortaya koymuştur.[1291]

Bugün ülkemizde medyanın tekelleşmesi ve sorumluluk bilincinden uzaklaşarak bireysel çıkarlara ya da belirli gruplara hizmet edecek bir konuma gelmesi, kamu düzenine zarar verdiği gibi demokrasinin yozlaşmasına da zemin hazırlamaktadır. Diğer yandan etik ilkelerden uzak medya kuruluşları, toplumu ayakta tutan örf-adet, ahlak, din gibi toplumsal düzen kurallarının etkisinin zayıflamasına neden olmaktadır. Toplumsal değerler zayıfladıkça hukuk sisteminin yükü artmaktadır. Çünkü toplumsal değerler zayıfladıkça sayısı artan uyuşmazlıklar, sadece hukuk kurallarıyla çözümlenmeye çalışılmaktadır. Bu ise, hiçbir hukuk ve yargı sisteminin altından kalkabileceği bir durum değildir. Bu nedenle medya/basın-yayın kuruluşlarının sorumluluk bilinci taşıyan kişi ve kurumların elinde olması, genel olarak toplumsal hayat ve özellikle hukuk ve yargı sistemi açısından önemlidir. Medya/basın-yayın özgürlüğü, siyasi erke karşı olduğu kadar, içte ve dışta bazı egemen kötü niyetli güçlere karşı da korunmalıdır.

Demokratik bir ülkede, kamuya ait medya yanında sivil medyanın da gelişmesi gerekir. Ancak kamuya ait medya, siyasal iktidarın kendi çıkarı için

---

[1288] Ece Ünalan-Adil Uğur Yavuz-Gözde Gümüş-Özgür Akman, Üniversite Öğrencilerinin Elektronik İletişim Araçları Üzerinden Karşılaşmış Oldukları Şiddet Olguları.

[1289] Yrd. Doç. Dr. D. Ali Arslan, Medyanın Birey, Toplum ve Kültür Üzerine Etkileri.

[1290] Türkiye'de bir kişinin günlük ortalama televizyon izleme süresi 4,3 saat (Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK, 2009), internet kullanımı da 1 saatten fazladır. Bu süreler, insanların medya ile yoğun bir ilişki içinde olduğunu; aileleri ya da arkadaşlarıyla geçirdikleri zamandan daha fazlasını medya ile geçirdiğini ortaya koymaktadır. İnsanların bilgi ve algı dağarcığının temel kaynağı medyadır. Bu nedenle medya, bir toplumda zihniyet değişikliğini sağlayan en önemli etkendir. Çünkü medya, kısa sürede büyük kitlelere ulaşma ve onları etkileyebilme gücüne sahiptir. Özellikle televizyon ailelerin kültürel şekillenme sürecinde önemli bir rol oynamakta; toplumda yaygın görüşün oluşmasında temel bir kaynak oluşturmakta, toplumu etkilemekte ve değiştirmektedir. (Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Medyanın Rolü Konulu Raporu, 2012.

[1291] Yrd. Doç. Dr. D. Ali Arslan, Medyanın Birey, Toplum ve Kültür Üzerine Etkileri.

kullanılamayacağı gibi, sivil medya da, sadece sahipleri olan iş adamlarının bireysel amaç ya da kârları için değil, bütün toplum yararına kullanılmalıdır. Kamuya ait medya siyasi iktidarların değil, toplumun ortak menfaatleri doğrultusunda yayın yapmalıdır. Medyanın yayınlarının içeriği çok önemlidir. Bu nedenle devlet, medya kuruluşlarını basın-yayın özgürlüğüne zarar vermemek kaydıyla toplumsal değerlere aykırı yayın yapmaması yönünde düzenlemelidir.

Büyük sermaye ve yatırımlarla kurulan ve devam ettirilen medya kuruluşları, bu harcamaları, sadece kendi öz kaynaklarından değil, bazen farklı yollardan sağlama yöntemini seçmektedirler. Bu farklı yollara başvurma, çoğu zaman toplumsal yarar ve etik ilkelerle çelişmektedir. Bu durum bize, medya kuruluşlarının faaliyet sürecinin hangi etik anlayışlarla şekillendiği konusunun önemini göstermektedir. Medya kuruluşlarına sermaye desteği sağlayan kaynağın, etik ilkelere ilişkin duyarlı-lığının olup olmadığı önemli bir sorundur.[1292]

e.b) Medya Sosyal Kontrole Nasıl Hizmet Eder

Bireyleri ve toplumu derinden etkileyen ve iyi amaçlar için de kötü amaçlar için de kullanılabilen medyanın, toplumsal değerleri geliştirmesi, koruması, yaşatması ve toplumun eğitimine, bireylerin sağlıklı kişilik sahibi olmasına katkıda bulunması, böylece sosyal kontrol anlayışlarına hizmet etmesi mümkün ve gereklidir. Bunun için iki şey gereklidir: Birincisi, medya mensuplarının, toplumsal duyarlılık ve sorumluluk duygusuna sahip olmaları, ikincisi, medya yayınlarının etiksel denetime tabi tutulmasıdır. Hiçbir toplumsal kuruluşun, etiksel ilkelerden ve denetimden uzak olması düşünülemez. Söz konusu olan, birey ve toplumu derinden etkileyen medya kuruluşları ise, etiksel ilkelerin ve denetimin önemi daha da artmaktadır. Medya denetim kuruluşları, özgür bir medyanın yasal hakları ile medyadan etkilenen insanların yasal hakları arasındaki sınırları belirler. Medya özgürlüğü ile medyanın kamusal/toplumsal sorumluluğu, birbirinden ayrılmaması gereken unsur-lardır.

Basın ve medya mensuplarının görevleri, hakları ve sorumluluklarını gösteren ve onların mesleklerini daha iyi nasıl yapacakları konusunda belirli standart ve temel ilkelerin bulunması gerekmektedir. Etik ilkelere uygun ve dürüst yapılan basın/medya faaliyeti, kamu yararınadır. Onlar, taraf olmaktan uzak dururken, haberleri doğru, dengeli ve tarafsız sunarlar. Bütün medya mensupları, etik ilkelere her zaman uymaya dikkat etmelidirler. Çünkü etik ilkelere uygun davranmaları, onların daha özgür olmalarını sağlar. Denetlenen ve kaliteli olan medya, medya özgürlüğünün koruyucularıdır.

Medyanın denetim yöntemleri ve medya özgürlüğü konuları kitabın genel çerçevesinin dışında kaldığından şu kadarını ifade etmekle yetinelim. Ülkemizde; Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi için kurulan bir denetim kuruluşudur. Yine Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) da, radyo ve televizyon yayınlarını düzenlemek ve denetlemekle görevli, özerk bir kuruluştur. Gönüllü bir kuruluş olarak faaliyet gösteren Basın Konseyi ise,

[1292] Prof. Dr. Suat Gezgin, Medya ve Demokrasi.

bağlayıcılığı olmamakla birlikte basın alanında denetim sağlayan kuruluş olup bu konuda benimseyip ilan ettiği tavsiye niteliğinde temel etik ilkeler bulunmaktadır.

Günümüzde basın/medya özgürlüğü ve denetimi konusunda karşılıklı olarak ciddi yanlışlar yapılmaktadır. Medya kuruluşları, bir yandan sırf siyasi iktidara muhalif olmaları nedeniyle ve denetim yetkisi kötüye kullanılarak farklı yöntemlerle baskı altına alınmak istenmekte, basın/medya özgürlüğü işlevsel olarak zedelenmektedir. Diğer yandan bazı basın/medya kuruluşlarının, kendilerinden beklenen şekilde toplumu her konuda bilgilendirme ve aydınlatma görevini yerine getirirken, cinayet ve intihar olaylarıyla ya da cinsel nitelikli suçlarla ilgili haberlerde, çoğunlukla haber vermenin sınırlarını aşarak adeta özendirici bir dil kullandıkları görülmektedir. Bu haberlerin veriliş tarzı, özellikle bu suçları işleme eğiliminde olan zayıf iradeli bireylerde suç davranışını özendirmekte ve dolayısıyla suçların artmasına neden olmaktadır. Bir kısım basın/medya kuruluşları, yasal düzenlemeye rağmen açıkça toplumun milli ve manevi değerleri, genel ahlak ve aile kurumu aleyhine yayınlar yapmaktadırlar.

Kısaca; olması gereken, medya özgürlüğünün medya sorumluluğu ile birlikte bulunmasıdır. Türkiye'de, basın-yayın ve medya özgürlüğü ile birlikte, medyanın toplum üzerindeki olumlu-olumsuz sonuçları ve etiksel duyarlılıkları üzerinde durulmalı; medyanın bireyler ve toplumsal değerler üzerinde meydana getirdikleri tahribata son verilmeli; onların, suça ve hak ihlallerine eğilimli, beden ve ruh sağlığı bozuk bireyler yetiştirmesine engel olunmalı, bu etkili aracın kamu yararı ve sosyal kontrol anlayışı doğrultusunda kullanılması sağlanmalıdır. Sonuç olarak, medya kuruluşlarının, kamu yararını ön planda tutarak sosyal kontrol anlayışlarına hizmet etmesi mümkündür. Ancak bunun için özgür ama denetlenen medyaya ve medya mensuplarının toplumsal sorumluluk bilincine sahip olmalarına ihtiyaç vardır.

e.c) Medya, Suçlar/Hak İhlalleri ve Sosyal Kontrol

Klasik anlamda medya, insanlar arası iletişimi sağlayan televizyon, radyo, gazete, dergi vs. araçları ifade eden bir kavramdır. Birey ve toplum üzerinde olumlu ve olumsuz yönde etkili olabilen çok önemli araçlardır. Klasik medya araçlarından bireylere yönelik tek taraflı bir iletişim ve burada bireyler pasif konumdadır. Bu nedenle klasik medyada, birinci olarak bilgi, haber, yorum, görüntü gibi içerikleri üretenler ve tüketenler vardır ve üretenlerle tüketenler farklı kişiler olup birbirleriyle doğrudan bir bağlantıları yoktur.

Son zamanlarda ortaya çıkan ve gelişen ikinci bir iletişim biçimi de **sosyal medya**dır. Sosyal medya, çift taraflı ve eş zamanlı bilgi paylaşımına ulaşılmasını sağlayan medya sistemine sosyal medya denir. Sosyal medya, zaman ve mekân sınırlaması olmadan kişilerin internet üzerinden birbirleriyle her türlü görüşme ve paylaşımı yapabildiği bir iletişim biçimidir. Sosyal medya ortamlarında insanlar birbirleriyle tanışır, buluşur ve her türlü bilgi, belge, ses dosyaları ve resim, video, film gibi bütün görsel unsurlar yoluyla iletişimde bulunurlar; birbirleriyle yardımlaşırlar. Karşılıklı sorular sorar ve cevaplar verirler.[1293] Bu özellikleriyle

[1293] Mertcan Ermiş, http://www.semiyun.com/2011/06/ sosyal-medya-nedir.

sosyal medya, şekli olmayan (enformel) çok etkili eğitim ve sosyal kontrol araçlarından biridir.

Sosyal medya, ideolojik ve teknolojik içeriklerin, yapılanmaların kullanıcı merkezli bir şekilde üretilmesine ve geliştirilmesine izin veren internet tabanlı uygulamaların bütünü olarak da tanımlanmıştır.[1294] Kısaca medya; hem basın, yayın, gazete, dergi, radyo, televizyon gibi klasik anlamda kitle iletişim araçlarını, hem de internet üzerinden sağlanan sosyal paylaşım imkânlarını kapsayan bir kavramdır.

e.d) Medyanın Suça/Hak İhlaline Etkileri

Medya, suçlarda ve hak ihlali davranışlarında hem olumlu hem de olumsuz yönde rol oynayan çok önemli bir sosyal kontrol aracıdır. Genel olarak medyanın, suçu/hak ihlali davranışlarını teşvik edici, özendirici ve yönlendirici yayınları nedeniyle suçlulukta olumsuz yönde etken olduğu gibi, bir sosyal kontrol aracı olarak suçların ve haksızlıkların azaltılmasında da büyük rol oynamaktadır. Medyanın olumlu ve olumsuz etkilerini, klasik medya ve sosyal medya ayrımına göre ele almak daha yararlı olabilir.

e.d.a) Klasik Medya

Genel olarak medya diye tanımlanan kitle iletişim araçlarında yer alan şiddet görüntülerinin bazı suçların artışında etkili olduğu bilinmektedir. Yazılı ve görsel medya organlarında sürekli şiddet görüntüleri sunulmasının, özellikle çocuklarda şiddete yönelik davranışları pekiştiren bir etki yaptığı söylenebilir. Çocuklar, medyada özellikle televizyonda şiddet içeren filmlerden, zararlı içerik taşıyan bazı reklamlardan psikolojik ve ruhsal bakımdan zarar görmektedirler.

Televizyon kanallarında bir pedagog (eğitim bilimcinin) denetiminden geçirilmeden yayınlanan film, dizi ve programlarda öldürme ya da yaralama sahnelerinin sayısı oldukça yüksektir. Birçok gelişmiş ülkede bu tür yayınlarla ilgili olarak; şifreli yayın, pedagog zorunluluğu, sürekli denetim, lisans iptali gibi pek çok tedbirler alınmaktadır. Ülkemizde ise, bu konuda genellikle büyük bir başıboşluk ve sorumsuzluk hâkim bulunmaktadır. Şüphesiz ki bazı suçların önlenmesinde, medyadaki şiddet görüntülerinin kaldırılması olumlu yönde etki yapacaktır.[1295]

Kitle iletişim araçlarında sürekli olarak şiddet içerikli yayınların yer alması, çocuklarda, şiddet davranışlarının normal bir davranış gibi görülmesine neden olmaktadır. Hatta kitle iletişim araçlarında şiddet davranışlarını sergileyenler bir kahraman olarak gösterilmekte, şiddet uygulayan aktörlerin verdiği mesajlar, çocuklarda sempati oluşturmaktadır. Bu nedenle medyada şiddet içeren görüntü ve paylaşımlara kesinlikle engel olunmalıdır.

Şüphesiz ki, medyanın çocuklar ve gençler üzerindeki olumsuz etkisi sadece şiddet içeren programlarla sınırlı değildir. Yazılı ve görsel medyada gösterilen film, dizi ve programlarda, bireyler arası ilişkilerin, sevgi, adalet, yardımlaşma gibi

[1294] M. Andreas Kaplan ve Michael Haenlein, Sosyal Medya, 2010.
[1295] Prof. Dr. Mahmut Tezcan, Eğitimde Şiddet Olgusunun Sosyolojik Kaynakları.

ahlaki değerlerden yoksun olarak gösterilmesi, sosyal ilişkilerin merkezine para, madde ve gücün konulması, bireyselciliğin bencillik ölçüsünde öne çıkarılması, gençlerin ahlaki kişiliklerinin oluşmasında olumsuz rol oynamaktadır. Gençlerin etik değerlerden uzak olarak yetişmesi, onların, toplumsal hayatta önemli bir yer tutan hak, hukuk, adalet, sevgi, yardımlaşma gibi sosyal değerlere bağlılık konusunda özensiz davranmasına, bu da toplumda hak ihlallerinin artmasına; sosyal düzen ve barışın bozulmasına neden olmaktadır.

Kitle iletişim araçları/medya, bireylerin davranışlarında etkili olan toplumsal zihniyet ve değerlerin oluşmasında da çok önemli bir unsurdur. Toplumsal zihniyet ve değerler ise, en önemli sosyal kontrol mekanizmalarından birisidir. Değerler, bireyi birey olarak, toplumu da toplum olarak var eden bir kavramdır. Her toplum, iyi ve kötüyü, doğru ve yanlışı, hayatın amacını değerler aracılığıyla tanımlamaya çalışmaktadır. Değer hükümleri, bir şeyin arzu edilebilir/iyi veya arzu edilemez (kötü) olduğunu belirten ifadelerdir.[1296] Böylece etik değerler yoluyla bireylerin zihninde nelerin arzu edilebilir, nelerin edilemez olduğu yönünde bir inanç ve temel anlayış inşa edilerek sosyal kontrolü bu yolla sağlamak mümkün olmaktadır.

Birey ve toplumda bu değerlere dayalı bir zihniyetin oluşturulması için bazı araçlara ihtiyaç vardır. Tıpkı dereler, ırmaklar ve nehirlerin gölleri/denizleri oluşturduğu gibi, bir ülkede akademisyenler, aydınlar, sanatçılar, edebiyatçılar ve diğerleri de toplumsal **zihniyet** havuzunu; ürettikleri kitap, dergi, gazete gibi yayınlar; ortaya koydukları sinema, tiyatro gibi eserlerle; televizyon ve radyo gibi araçlarla oluşturmaktadırlar.[1297]

Şüphesiz ki bu konularda en önemli işlevi, kitle iletişim araçları/medya görmektedir. Örneğin, birçok dizide, gençler için örnek gösterilen olumsuz karakterler, çekici yöntem ve araçlarla herkes için davranış kaynağı olarak kullanılmaktadır. Bu şekilde değerlerden uzak, olumsuz karakterlerin bir kahraman olarak sunulması, dizileri izleyen bireylerin kötü örnek edinmelerine, bu da onların suç ve hak ihlali gibi hukuka aykırı birçok davranış içine girmelerine yol açabilmektedir. Böyle önemli bir konuda devletin; toplumsal zihniyet havuzundan bireylerin, en uygun ve en yüksek değer ölçüsünde yararlanmalarını sağlamak için gerekli denetimi yapması ve etkin roller üstlenmesi gerekir.

Devlet, nasıl ki enerji üretmek, içme ve kullanma suyu temin etmek, sel ve su baskınlarını önlemek, hatta akarsuları dinlendirici, eğlendirici mekânlar olarak değerlendirmek gibi amaçlarla dere ve ırmakların ıslahı yönünde çeşitli çabalar harcıyorsa, toplumsal zihniyet havuzuna akacak bilginin, toplumun genel amaç ve ideallerine uygun kanallarla taşınması konusunda da çaba göstermelidir. Toplumsal amaç ve ideallere uygun olarak taşınan bilgi, sosyal norm ve değerlerin denetiminden geçirildikten sonra bu toplumsal zihniyet havuzuna akıtılmalıdır.[1298]

[1296] Prof.Dr. Erol Güngör, Değerler Psikolojisi, 1993.
[1297] Doç. Dr. Cengiz Anık, Toplumsal Zihniyet Aracılığı İle Sosyal Kontrol.
[1298] Doç. Dr. Cengiz Anık, Toplumsal Zihniyet Aracılığı İle Sosyal Kontrol.

Kitle iletişim araçları; işitme, okuma ve seyretme yoluyla bireyleri ve toplumu etkiler. Etki alanları, en küçük sosyal kurum olan aile başta olmak üzere toplumun bütün kesimlerine kadar yayılır.

e.d.b) Sosyal Medya

Sosyal medya, 'fikri ve teknolojik ürünlerin, kullanıcı merkezli bir şekilde üretilmesi, geliştirilmesi ve yayılmasına izin veren internet tabanlı iletişimin bütünü' olarak tanımlanmıştır. Sosyal medya, iletişim alanında toplumsal hayatta yeni bir dönem başlatmıştır. Sosyal medyadan sonra insan hayatı, birçok boyutuyla değişmiştir. Ebeveynlerle çocukları arasındaki iletişim yönü değişmiştir. Sosyal medyanın gelişmesiyle, eğitim alanında yenilikler yapılması zorunlu hale gelmiştir. Çocukları eğitebilmek için yeni yöntemler oluşturulması gereği doğmuştur. Eğitimde bu gelişmeye uygun yeni teknikler kullanılmaya başlanmıştır.

Sosyal medya kullanımında, içerik ekleyen her birey eşit olduğundan, insanların kafasında demokrasi fikrinin yerleşebilmesi için uygun bir ortamın olduğu söylenebilir. Sosyal medya ortamında kullanıcılar, fikir ve düşüncelerini özgürce aktarabilme imkânı bulmaktadırlar. Bu şekilde bireylerin internette öne sürdükleri düşünce ve paylaşımlara, diğer bireylerin yaptıkları yorumlarla bir sosyal etkileşim ortamı oluşturmaktadır. Hatta bu durum, baskıcı rejimlerin internet ve sosyal medya konusundaki tutumlarını, sadece internet sitelerini kapatmak veya internet sitelerine erişimi yasaklamaktan çıkarıp sosyal paylaşım sitelerini ve muhalifleri takip etmek de dahil olmak üzere kendi propaganda sitelerini kurmaya yöneltmiştir.

Sosyal medyada yayınlanan her içeriğin, bireyler ve toplum üzerinde etkili olması nedeniyle kötü niyetli çıkar grupları tarafından da bir silah gibi kullanılabilir hale gelmesi, sosyal medyanın tartışmalı konularından birisidir. Bunun farkında olmayan insanlar özel hayatlarına ilişkin konuları sosyal medyada yayınlamaya devam ettikçe, özel hayatın mahremiyetinin önemini yitirmeye devam etmesi ve bunun sıradan, kabul edilebilir bir hal alması ve iletişimin bu yeni şeklinin, değerlerden uzak kimliksiz kişilikleri oluşturmakta olduğu gerçeği, sosyal medya kullanımına yönelik diğer eleştiri nedenleridir.

Diğer taraftan, ilk bakışta demokrasi kültürünü artırdığı izlenimi verse de sosyal medyada hiçbir denetime tabi olmadan yayınlanan her türlü içeriğin, eleştirel bir bakış açısına, bilgi ve kültür alt yapısına sahip olmayan bir toplumda genellikle hiç sorgulanmadan kabul edilme tehlikesi bulunmaktadır. Sosyal medyanın, daha çok etkileşim sağlayan, tek taraflı değil çok taraflı bir sistem olduğunu ileri sürenler, bu durumu da dikkate almalıdırlar.

Diğer yandan sosyal medyanın üretiminde ve tüketiminde anti sosyal/sosyallik dışı bir sürecin yaşandığını görmemek mümkün değildir. Oldukça yaygın bir görüşe göre internet, bireylerin sosyal hayatlarında olumsuz etkilere sahiptir. Bireylere sanal bir dünya sunan internette, bireyler arası ilişkiler gerçek dünyadakinden farklılık arz etmektedir. Sanal ortamda karşılıklı iletişimde bulunan bireyler, çoğunlukla gerçek hayatta birbirleri ile tanışmayan, görüşmeyen kişiler olabilmektedir. Öte yandan internet, bireyler ve toplumlar arasındaki sınır, mesafe, yaş, cinsiyet, ırk, kültür gibi gerçek dünyada önemli olabilecek pek çok özelliği de ortadan kaldırmaktadır.

Hiçbir denetime tabi tutulmadan her türlü bilginin yoğun bir şekilde insanlar üzerine yağmur gibi yağdığı ve hatta onları tsunami etkisiyle boğmakta olduğu söylenebilir. Bilgisayar ve internetten kurtulup sokağa çıkamayan, sinemayı netten izleyen, alışverişlerini çoğunlukla internet üzerinden yapan günümüz insanının 'sosyalliği nerede kaldı' diye sormak gerekir. Sosyal medyanın tek avantajlı yanı hızlıca paylaşılabilir, geniş kitlelere yayılabilir olmasıdır. 'Facebook ve twitter'da binlerce arkadaşım var' diye övünen insanlar bir gün öldüğünde, bu arkadaşlarından kaçı cenazesine gelir, kaçı acısını paylaşır; yine bunların kaçı düğününe bayramına gelir? Etrafımıza örülen bu sanal ağın, bireysel ve toplumsal hayat için olumsuz yanlarını görmek ve ona göre tedbir almak gerekmez mi?

Bugün milyonlarca kişinin kullandığı Twitter, Facebook ve benzeri sosyal paylaşım ağlarındaki ya da YouTube, dijital oyunlar, haber siteleri, haberlere yapılan yorumlar gibi yeni medya ortamlarındaki etkileşim, sosyal kontrol bakımından incelenmesi ve üzerinde durulması gereken alandır. Çünkü sosyal medya ortamında milyonlarca kullanıcı, arkadaşlarının üretip paylaştıkları bilgi, haber, yorumlar ve slâyt, video, karikatür, resim vs. ürünlerden olumlu ya da olumsuz yönde etkilenmekte, hatta bu şekilde çok kısa sürede belirli bir zihniyet, anlayış ve kamuoyu oluşabilmektedir.

Bu durum bireylerin zihniyet, bakış açısı ve davranışlarına etkili olabilmektedir. Bu nedenle bir ülkede doğru hazırlanmış bir **sosyal kontrol** programı, bireyler ve toplum üzerinde çok önemli etkisi olan **sosyal medyayı** ihmal edemez. Bu çerçevede devletin, toplum bireylerini bir yandan sosyal medyanın olumsuz etkilerinden kurtaracak tedbirleri alırken, diğer yandan da sosyal kontrol sistemi içinde, sosyal medya aracılığıyla bireyleri ve toplumu suç ve hak ihlalleri konusunda eğiterek sosyal medyayı olumlu yönde kullanması gerekmektedir. Aksi halde bu güçlü araç, kötü niyetli, gizli odakların ve güç merkezlerinin elinde kalabilir ve bizim insanlarımız, şiddetli esen bu sosyal medya rüzgârı önünde savrulup giden yapraklar gibi, küresel güç merkezlerinin istediği yöne götürdüğü ve değerlerden uzak, kimliksiz, kişiliksiz bir yığın haline gelebilir. Kendi kültür kodlarından; hukuk, din, ahlak, örf adet ve etik gibi sosyal düzeni sağlayan kurallardan ve değerlerden uzak amaçsız, kimliksiz böyle bir toplum ise, her türlü kötülüğün ve hukuka aykırı davranışın gelişebileceği uygun ortamı oluşturabilir.

SONUÇ

Bu kitap çalışmasında elde edilen sonuçları şöyle özetleyebiliriz:

Hukuk ve ahlak, insan hayatını bütün yönleriyle içine alan sosyal düzen kurallarıdır. Birden fazla insanın yaşadığı her sosyal ortamda hukuk ve ahlak kurallarının varlığı bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. En basitinden en karmaşığına kadar bütün toplumlarda, sosyal hayatı düzenleyen kurallar var olmuştur. Bu ihtiyaç, insanın toplumsal bir varlık olmasının yanında aynı zamanda belirsiz/karmaşık/uyumsuz (disharmonik) bir varlık yapısına sahip olmasından doğmaktadır. Bu varlık yapısı sayesinde insan; adil davranma ya da haksızlık etme, yaşatma ya da öldürme, iyilik yapma ya da kötülük yapma, sevme ya da nefret etme gibi imkân ve seçeneklerden birini gerçekleştirebilmektedir. İşte hukuk ve ahlak kuralları, insanın haksızlık ve kötülük yapma ya da öldürme ve nefret etme gibi seçenekleri kullanmasıyla ortaya çıkan sapma niteliğindeki davranışları, maddi ve manevi yaptırımlarıyla engellemeye çalışır. Hukuk ve ahlak kuralları olmaksızın toplumsal hayatın devamı mümkün değildir.

İnsan ve toplum hayatı için hukuk ve ahlak kurallarına ihtiyaç olduğu kadar, onların nasıl kurallar olduğunun bilinmesine de ihtiyaç vardır. Bu kitap çalışmasında gördük ki bir kural, sırf kural olması nedeniyle hukuk sayılamaz. O halde bir kuralın hukuk olarak kabul edilebilmesi için belirli bir ölçütün olması gerekir. Birey ve toplumun ihtiyacı olan, sıradan/rastgele bir hukuk ve ahlak değil, doğru tanımlanmış ve oluşturulmuş hukuk ve ahlaktır. Bir kuralın hukuk olabilmesi, onun adalet ilkesine ve insan onuruna dayalı olmasına bağlıdır. Tarihten günümüze kadar ortaya konulan hukuk anlayışlarını birbirinden ayıran temel ölçüt, bu etiksel ilkedir. Adaleti gerçekleştirmeye yönelmeyen, insan hakları ve onuruna dayanmayan bir kurala hukuk denilmesi söz konusu olamaz. Hukuk ile ahlak arasındaki ilişki, suyu oluşturan hidrojen ve oksijen gazlarının ilişkisine benzer. Canlıların hayatının devamını sağlayan suyun meydana gelmesi için iki hidrojen ile bir oksijen gazının bir araya gelmesi gerektiği gibi, hukuk denilen ürünün oluşması için de kural ile ahlakın bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu anlamda bu kitabın en önemli bölümlerinden biri, hukuk ve ahlak ilişkisidir. Hukuk ve ahlak, birbirinden bazı farklı özellikler taşıyor olsa da toplumsal hayatta benzer işlevler görmektedirler. Özellikle hukukun oluşturulması ve hukukun uygulanması aşamalarında hukuk-ahlak ilişkisi, hukuk ve yargı sistemi açısından belirleyici olmaktadır.

İlk bakışta kitabın hacminin geniş olduğu söylenebilirse de, bunun haklı nedenlerinin olduğunu belirtmek gerekiyor. İnsan hayatını büyük ölçüde etkileyen, toplumsal hayat için vazgeçilmez sosyal düzen kuralları olan hukuk ve ahlakın

niteliği, hukukun ahlak ve toplumla ilişkisi, hukukçunun eğitimi, hukuk mesleğinin ahlaki boyutu; kurumsal ve beşeri unsurlarıyla yargının temel sorunları gibi teorik ve uygulamaya yönelik konuların incelendiği ve beş ana bölümden oluşan 'HUKUK ve ETİK – Hukuk Mesleğinin Ahlaki Boyutu' isimli bu kitap çalışması, kabul etmek gerekir ki, her bölümü ayrı bir kitap konusu olabilecek ölçüde geniş bir içeriğe sahiptir. Bu bölümler arasında birbirinden ayrılması mümkün olmayan ilişkinin varlığı, bu kadar geniş bir içeriğin bir kitapta toplanmasına neden olmuştur. Bu durum, kitabın hacmini artıran bir unsur olmakla birlikte ülkemizde hukuk ve yargı sorunlarının doğru tespit ve çözümü için, hukuk ve yargı sisteminin birbiriyle sıkı bağlantı içinde olan temel unsurlarını incelerken bir düşünce bütünlüğünün sağlanması önemlidir. Bu temel bölüm ya da unsurların her birinin tek başına ele alınması halinde, yargının sorunlarına bütüncül ve sağlıklı çözümler bulunması şüphesiz ki zor olacaktır.

Kabul edilmelidir ki, birbiriyle sıkı ilişki içinde olan konular tek başına incelendiğinde fotoğrafın tamamı görülemeyeceğinden, böyle tek boyutlu ve eksik bir bakış açısıyla doğru sonuçlara ulaşılması mümkün değildir. Örneğin hukukun oluşturulması ve uygulanması aşamalarını hukukçunun eğitimi konusundan; hukukçunun eğitimini de insanın eğitiminden ayrı ve bağımsız düşünemeyiz. Yine yargının yoğun iş yükü ve buna paralel olarak davaların makul sürede sonuçlanmaması sorununu, suçların ve hak ihlallerinin çok kolay icra edilmesine ve yaygınlaşmasına zemin hazırla-yan toplumsal yapıyı birbirinden ayrı düşünemeyiz. Dolayısıyla yargının yoğun iş yükü ve adaletin geç tecelli etmesi sorunlarını çözümlemek isteyen bir ülke, diğer tedbirlerin yanında toplumda suçların ve haksızlıkların üremesi ve gelişmesine ortam hazırlayan şartları ortadan kaldırmalıdır.

Devletin üç erkinden biri olan yargı, hukuki uyuşmazlıkların çözümlendiği ve adaletin dağıtıldığı kurumdur. Ancak bir hukuk ve yargı sisteminde hukuki uyuşmazlıkların henüz ortaya çıkmadan önlenmesi, öncelikli bir çalışma olmalıdır. Hukuki uyuşmazlıkların henüz ortaya çıkmadan önlenmesinde, koruyucu hukuk kavramı gündeme gelmekte, bu konuda araç olarak toplumsal kurum ve kuruluşlar ile sosyal değerler öne çıkmaktadır. Hukuki uyuşmazlıkların çözümü, sadece hukuk kurallarına bırakılmamalıdır. Toplumda sosyal değerlerin zayıflaması, hukuki uyuşmazlıkların sadece hukuk kurallarıyla çözümlenmesi zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Bir yandan sosyal değerler güçlendirilerek, diğer yandan koruyucu hukuk çerçevesinde etkin çalışmalar yapılarak yargının ve dolayısıyla hukuk kurallarının yükü azaltılmalıdır.

Kısaca; iyi bir hukuk ve yargı sistemi için, hukukun adalet ilkesine dayalı olarak oluşturulması, hukukun iyi uygulanması, hukukçunun eğitimine insanın eğitimi çerçevesinde bakan hukuk eğitimi anlayışı, hukuk-toplum ilişkisi bağlamında suçların ve haksızlıkların asgari düzeye indirildiği erdemli toplumun inşası şarttır. İşte bu kitap çalışması, yıllarca kangrenleşmiş hukuk ve yargı sorunlarını temelden çözmek isteyenlere yeni bir bakış açısı sunma çabasıdır.