

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
FELSEFE ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Adil Yargılanma Sorunu

Sadık AKGÜL

Tez Yöneticisi:
Prof. Dr. Lokman ÇİLİNGİR

ŞUBAT - 2011

ÖZET

İnsanoğlunun yeryüzünde bilinen tarihi maalesef acılarıyla doludur. Bu tarihten günümüze dek verilen her özgürleşme mücadelesi, “Söz uçar, yazı kalır.” mantığı dâhilinde belgelere dökülmüş, bu belgelerde insanlığın birçok hakkı güvence altına alınmıştır. Her ne kadar tarihteki ilk belgelerde verilen hakların günümüzdeki mevcut haklarla karşılaştırması yapıldığında; bahsi geçen haklar, çok zayıf haklar gibi görünse de, zamanın şartlarına göre büyük haklar olduğu aşikârdır. Bu haklardan biri de adil yargılanmadır.

Adil yargılanma sorunu haksız yere suçlamalardan ve göstermelik yargı süreçlerinden doğduğundan, bu olumsuzlukların ortadan kaldırılması için geçirilmesi gereken tüm aşamalar adil yargılamanın konusunu oluşturur.

Bazılarına göre suçlunun hiçbir hakkı bulunmamaktadır. Oysa günümüz demokrasilerinde suçlunun birçok hakkı bulunmaktadır. Bu bağlamda bahsi geçen hakların güvence altına alındığı yasal kurum ve kuruluşların varlığı söz konusudur.

Modern hayatta suçluyu suça iten nedenlerle, o kişinin gerçekte suçlu olup olmadığının ortaya konulması ve kanunlar çerçevesinde cezalandırılması yargının görevidir.

Birçok ülke yasalarında adil yargılanmaya yönelik kurallar bulunmaktadır. Ayrıca günümüzde bu kuralların uluslararası denetimini yapan ve denetim sonucu yaptırımları olan yargı yerleri de mevcuttur. Bu yargı yerlerinden biri de ülkemizin de üyesi olduğu AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) ’dır.

İşbu tezin konusunu, idari yargı ölçeğinde adil yargılanmaya ilişkin felsefi bakış ve belgesel boyut oluşturmuştur.

Anahtar Kelimeler: Felsefe, Adalet, Hukuk, İdari Yargı, Adil Yargılanma.

ABSTRACT

Unfortunately, man's known history on earth is full of anguish and agony. From then on, following the principle "Spoken Words Fly Away, Written Words Remain" every struggle for independence has been reflected in documents and mankind's many rights have been guaranteed into these documents. When comparing rights taken down on first documents with the contemporary ones, although these rights seem rather weak, it is evident that they are great rights considering that time circumstances. One of these rights is the right to a fair trial.

As the problem of a fair trial stems from unfair accusations and ostensible judicial processes, all stages to remove these drawbacks make up the subject matter of fair trial.

According to some people, the guilty one has no rights. Still, in contemporary democracies the culpable has many rights. And in this context, there exist legal associations and institutions ensuring these rights.

At present time, it is judgment's duty to demonstrate causes that have induced the culpable to crime and to manifest whether this person is really guilty or not and to penalize him in terms of law.

At many states' law, there are some rules for fair trial. Besides, there are some judgment authorities which internationally supervise the application of these rules and some, which have got sanctions in the result of audit. One of these judgment authorities is The European Court of Human Rights (ECHR).

The topic of this dissertation constitutes the philosophical aspect and documentary dimensions of the fair trial in terms of administrative judgement.

Key Words: Philosophy, Justice, Law, Administrative Judgment, Fair Trial

KISALTMALAR

<i>a.g.e.</i>	Adı geçen eser
<i>a.g.k.</i>	Adı geçen kanun
<i>a.g.m.</i>	Adı geçen makale
AHİM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AHİS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AI	(AI Amnesty International) Uluslararası Af Örgütü
AYİM	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	T.C. Anayasa Mahkemesi
İHEB	BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
BMKSHS	BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
<i>bkz.</i>	Bakınız
<i>böl.</i>	Bölüm
<i>bs.</i>	Baskı, basım
C.	Cilt
<i>Çev.</i>	Çeviren
DMK	Devlet Memurları Kanunu
HCA	Habeas Corpus Art
HSYK	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
Hz.	Hazreti
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KİSHUS	Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
<i>mad.</i>	Madde
MK	Medenî Kanun
MCL	Magna Carta Libertatum
Nu.	Numara
Para.	Paragraf
R.G.	Resmi Gazete
<i>s.</i>	Sayfa
S.	Sayı
<i>vd.</i>	ve devamı
Yay.	Yayınlar
<i>yy.</i>	Yüzyıl
YAŞ	Yüksek Askeri Şura

KİŞİSEL KABUL

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Adil Yargılama Sorunu” adlı çalışmamı, ilmî ahlâk ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

08 / 02 / 2011
Sadık AKGÜL
İmza

İÇİNDEKİLER

ÖZET	ii
KISALTMALAR	iv
KİŞİSEL KABUL	v
İÇİNDEKİLER	1
GİRİŞ	5
BİRİNCİ BÖLÜM	8
ADİL YARGILANMA SORUNU'NUN FELSEFİ BOYUTU	8
1.1. KAVRAMLAR	8
1.1.1. Felsefe ve Hukuk Kavramları.....	8
1.1.1.1. Felsefe	8
1.1.1.2. Hukuk	11
1.1.1.2.1. Hukuk Disiplininin Alt Dalları.....	14
1.1.1.2.1.1. Özel Hukuk	15
1.1.1.2.1.2. Kamu Hukuku	16
1.1.1.2.1.2.1. İdare Hukuku.....	17
1.1.1.3. Hukuk Felsefesi	20
1.1.1.3.1. Hukuk Felsefesinde Temel Sorunlar	21
1.1.1.3.1.1. Adalet Sorunu.....	22
1.1.1.3.1.2. İnsan Hakları Sorunu.....	23
1.1.1.4. İslam Hukuku Felsefesi.....	27
1.1.1.5. Hak Anlayışı.....	28
1.2. GENEL OLARAK ADALET	30
1.2.1. Kavram ve Anlamı.....	30
1.2.2. Adalet ve Hukuk.....	34
1.2.3. Adalet Düşüncesinin Gelişimi	35
1.2.3.1. Sofistler	35
1.2.3.1.1. PROTAGORAS.....	36
1.2.3.1.2. THRASYMACHUS	36
1.2.3.1.3. KALLİKLES.....	37
1.2.3.2. SOKRATES.....	37

1.2.3.3. <i>PLATON</i>	39
1.2.3.4. <i>ARİSTOTELES</i>	41
1.2.3.5. <i>AUGUSTINE</i>	42
1.2.3.6. <i>FARABİ</i>	43
1.2.3.7. <i>Thomas AQUINAS</i>	43
1.2.3.8. <i>Hugo GROTIUS</i>	43
1.2.3.9. <i>Thomas HOBBS</i>	44
1.2.3.10. <i>John LOCKE</i>	45
1.2.3.11. <i>David HUME</i>	46
1.2.3.12. <i>Immanuel KANT</i>	47
1.2.3.13. <i>J.Friedrich HEGEL</i>	48
1.2.3.14. <i>John Bordley RAWLS</i>	50
1.2.4. Doğal Hukuka Göre Adalet	51
1.2.5. Faydacı Hukuka Göre Adalet	52
İKİNCİ BÖLÜM	55
ADİL YARGILANMANIN İLKESEL VE BELGESEL BOYUTU	55
2.1.1. Evrensel Hukuk Kurallarında Adil Yargılanma İlkesi	55
2.1.2. Adil Yargılanma ilkesinin Türk Hukuku Dışındaki Tarihi Belgeleri	56
2.1.1.1. Hürriyetlerin Büyük Beratı, (Magna Carta Libertatum)(1215).....	56
2.1.1.2. Köylülerin Mektupları (1525).....	58
2.1.1.3. Haklar Dilekçesi (Petition of Rights), (1628).....	58
2.1.1.4. Haksız Tutuklamayı Yasaklayan Yasa (Habeas Corpus Act) (1679).....	59
2.1.1.5. Haklar Bildirisi (Bill of Rights), (1688).....	60
2.1.1.6. İhanet Suçu Yargılanması Yasası (Treason Trials Act) (1696).....	60
2.1.1.7. Act of Settlement (12 Haziran 1702).....	61
2.1.1.8. Virginia Haklar Bildirgesi (4 Temmuz 1776).....	61
2.1.1.9. Evrensel İnsan Hakları ve Vatandaşlık Bildirgesi (28 Ağustos 1789).....	62
2.1.1.10. 1791 Tarihli Fransız Anayasası.....	63
2.1.1.11. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights) (10 Aralık 1948).....	64
2.1.1.12. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966).....	65
2.1.1.13. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	68

2.1.3. Adil Yargılanma İlkesinin Türk Hukuk Sistemindeki Belgeleri	69
2.1.2.1. Cumhuriyet Öncesi Osmanlı Hukukunda Belgeler	69
2.1.2.1.1. Tanzimat Fermanı -Gülhane Hattı Hümayunu (1839)	70
2.1.2.1.2. Islahat Fermanı (1856)	71
2.1.2.1.3. Adalet Fermanı (1875)	71
2.1.2.1.4. Kanun-i Esasi (1876).....	71
2.1.2.2. Cumhuriyet Sonrası Türk Hukukunda Belgeler	72
2.1.2.2.1. 1924 Anayasası	72
2.1.2.2.2. 1961 Anayasası	72
2.1.2.2.3. 1971 Anayasa Değişikliği	72
2.1.2.2.4. 1982 Anayasası	73
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	74
ADİL YARGILANMANIN PRATİK BOYUTU	74
3.1. ADİL YARGILANMA İLKESİ KAPSAMINDA EVRENSEL HUKUK.....	74
3.1.1. Adil Yargılanma İlkesi Kapsamında Türkiye'nin Taraf Olduğu Sözleşmeler	74
3.1.1.1. "Adil Yargılanma Hakkının" Yer Aldığı Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri	74
3.1.1.1.1. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)	74
3.1.1.1.2. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar Arası Sözleşmesi (BMKSHS)	74
3.1.1.2. İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi	75
3.2. 2010 ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ (AI) RAPORUNDA ADİL YARGILANMA SORUNU.....	75
3.2.1. Afganistan	75
3.2.2. Amerika Birleşik Devletleri.....	76
3.2.3. Birleşik Krallık (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı)	76
3.2.4. Bolivya	77
3.2.5. Bulgaristan.....	78
3.2.6. Cezayir	78
3.2.7. Çad	78
3.2.8. Gine- Bissau	79
3.2.9. Mısır	79
3.2.10. Türkiye	80
3.2.11. Ukrayna.....	80

3.2.12. Yemen	81
3.2.13. Yeni Zellanda	81
3.2.14. Yunanistan.....	82
3.3. TÜRKİYE'DE ADİL YARGILANMA İLKESİNE OLAN TALEBİN ORTAYA ÇIKIŞI.....	83
3.4. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İŞLEYİŞİNİN HUKUKSAL VE PRATİK YAPISI.....	84
3.4.1. Adil Yargılanma Hakkı.....	84
3.4.1.1.Kavram ve Kapsamı	85
3.4.1.2. Mahkemeye Başvurma Hakkı	86
3.4.1.3. Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı	87
3.4.1.4. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı	88
3.4.1.5. Aleniyet İlkesi	89
3.4.1.6. Makul Sürede Yargılanma Hakkı.....	90
3.5. İDARE HUKUKU KAPSAMINDA ADİL YARGILANMA SORUNUNA DAİR ÖRNEK MAHKEME KARARLARI	90
3.5.1. Anayasa Mahkemesi (AYM)' nin Bakışı.....	90
3.5.2. Danıştay'ın Bakışı.....	93
3.5.3. AİHM nin Türkiye'ye İlişkin İdare Hukuku Dâhilinde Örnek Kararlar	105
3.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ADİL YARGILANMA İLKESİNDE SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF TARAFSIZLIK	109
3.6.1. Sübjektif Tarafsızlık.....	109
3.6.2. Objektif Tarafsızlık	110
3.7. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE DİNSEL YAKLAŞIMLAR	111
3.7.1. Dini Eğitimi Veren Devletin Farklı Dinlerin Eğitim Hakkına Saygı Göstermeli.	113
3.7.2. Nüfus Cüzdanının Din Hanesini İçermesi İnsan Haklarına Aykırıdır.....	114
3.7.3. AİHM nin Türban Kararları	115
SONUÇ	118
KAYNAKÇA.....	124
MAKALELER-BÜLTENLER-DERGİLER	129
KANUNLAR-MAHKEME KARARLARI-SÖZLEŞMELER-RAPORLAR.....	132

GİRİŞ

Yasalarla sahip olunan hakların herkes tarafından kullanılması, hak ve hukuka uygunluk, hakkı gözetme¹ tanımlarına karşılık gelen “adalet” kavramı, düşünce tarihinde Platon, Aristoteles, Locke ve Rawls olmak üzere birçok düşünürün üzerinde etraflıca durduğu bir problem olmuştur. Kavram olarak adaletin ne olduğu ya da olmadığı ve onun nitelikleri üzerine yapılan tartışmalar teorik yönünü oluştururken, herkes için geçerli bir adaletin mümkün olup olmadığı ve mümkünse bunun nasıl ve ne şekilde uygulanması gerektiği sorunu konunun pratik yönünü gösterir. Biz burada, sorunun teorik alandaki değerlendirmelerden ziyade, pratik alanda sürdürülen tartışmalara değinmeye çalıştık.

Öte yandan, adalet üzerine yapılan tartışmaların köklü bir tarihinin olması ve toplumsal hayatın pek çok yönünü kapsamamasından ötürü, adalet kavramı, başta *maddi* ve *şekli adalet* olmak üzere çeşitli alt disiplinlere ayrılmıştır. Şekli adalet, mevcut kurallara uygun biçimde davranışta bulunma olarak tanımlanır. Maddi adalet ise, kuralların içeriğini değerlendirmekle ilgili adalet olarak belirtilebilir. Bundan ötürü maddi adalet yalnızca hukukla değil, ahlak ve siyasetle de ilişkilendirilir.² Maddi adalet aynı zamanda, belirli temel ilkelerin yerine getirilmesini talep eden adalet olarak da görülebilir. Onu ortaya çıkaran temel ilkelerin neler olduğu konusunda farklı görüşler olmasına rağmen, günümüzde maddi adalet anlayışı genellikle, insan haklarının korunması ve sosyal adaletle ilgili düzenlemeleri içermektedir. Bu bağlamda o, insan hakları ve sosyal adaletle ilgili ilkeler olarak da kavranabilir.³

Maddi adaletin insan hakları bağlamında ortaya çıkan temel sorunlarından biri olan “adil yargılanma” konusu, felsefi ve kavramsal arka planı ile birlikte bu tezin ana temasını oluşturmaktadır.

Kanımızca adaletin sağlanmasında en önemli unsurlardan biri adil yargılanma hakkıdır. En genel anlamda, adil yargılanmanın içeriğini suçla itham edilen kişi ya da kişilerin haksız yere suçlanmalarının önüne geçmek, yargısız infazlarla muhatap edilmelerini önlemek, bir suçun varlığı durumunda ise mahkeme sıfatını taşıyan

¹ BOZKURT, Enver, *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Asıl Yayınları, 2007, s. 182.

² UYGUR, Gülriz, “Adalet ve Hukuk Devleti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 53, Sayı: 3, 2004, s. 30.

³ UYGUR, *a.g.m.*, s. 29.

mahkemelerde, yasal güvenceleri olan tarafsız yargıçlar tarafından hukuka uygun yargılamanın makul sürede yapılması oluşturur. Bu bağlamda tezin içeriğinde adalet, hukuk ve hak kavramının ulaşılan tüm tarihsel veriler sistemli bir şekilde ele alınarak, bu verilerin düşünsel ve eleştirel boyutlarına önem gösterdik. Bu tarihsel verilerde ilk bakışta görülen ortak özellik, insanların barış ve huzur ortamında yaşayabilmek ya da toplumda adaleti sağlayabilmek adına ağır bedeller ödediği gerçeğidir. Bundan ötürüdür ki, adalet ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkı evrensel bir sorun olarak kendini göstermektedir.

Bir kavram durup dururken ortaya çıkmaz. Bu kavramın ortaya çıkmasında mutlaka bilgi kısıntıları, arzular, istekler düzeyinde de olsa bir talep söz konusudur. İşte adil yargılanma isteği de önce insan olmak, sonra adaleti aramak, hukuk yaratmak, yazılı veya yazılı olmayan kuralların oluşmasıyla bugüne gelmiştir.

Bir arada yaşayan insanların oluşturduğu devlet, cemaat, grup, hatta çekirdek aile de bile “adalet” olmazsa olmazlardan olmuştur. Adalet kavramının içinde suç ve ceza en önemli unsurlardır. Bir yerde suç varsa bu suçun bir şekilde cezalandırılması veya verilen zararın telafisi söz konusuysa suçla itham edilenlerin de kendilerini savunma hakları bulunduğu gerçeği bugünün vazgeçilmezlerindedir. Suçla itham edilenlerin haksız yere suçlanmalarının önüne geçmek, yargısız infazlarla muhatap olmalarını engellemek ve bir suçun varlığı durumunda mahkeme sıfatını taşıyan kurumlarda, yasal güvenceleri olan tarafsız ve objektif yargıçlar tarafından hukuka uygun yargılamanın makul sürede yapılması adil yargılamanın içeriğini oluşturur.

Bu ana hatlardan yola çıkılarak “AI” raporlarında da görüldüğü üzere; güçlünün adaletinin adalet olmadığı, aslolanın evrensel boyutta kabul edilebilir bir adalet olduğu görüşünde birleşebiliriz. Öte yandan adaletin sağlanmasında en önemli unsurlardan birinin de adil yargılanma hakkı olduğunu biliyoruz. Bu bağlamda, tezin içeriğinde bilinen tüm tarih boyunca adalet, hukuk ve hak kavramları dâhilinde adil yargılamanın belgesel ve düşünsel boyutu ele alınmıştır. Adil yargılanmanın tarihsel süreci, bize daha huzurlu ve barışçıl bir ortamın sağlanması için insanlığın ağır bedeller ödediğini göstermektedir. Bunun içindir ki adil yargılanma hakkı karşımıza evrensel bir sorun olarak çıkmaktadır. Bu halde, sorunun çözümü, neden korunması ve geliştirilmesi gerektiği hususları tezde, idare hukuku bağlamında felsefi boyutta anlatılmıştır.

Yukarıda ifade edilen ana problem çerçevesinde tezimizin *ilk bölümünde* adil yargılanmanın felsefi boyutunu, kavramsal betimlemelerden hareketle ortaya koyduk. *İkinci bölümde* ise daha ziyade sorunun ulusal ve uluslararası hukuktaki belgesel boyutunu sunmaya gayret ettik. Son bölümde de, adil yargılanmanın pratik yönünü araştırdıktan sonra, sonuç bölümünde genel bir değerlendirme yapıp, görüş ve önerilerimizi kısaca vermeye çalıştık.

Tezimin hazırlanması esnasında hiçbir yardımı esirgemeyen tez yöneticisi hocam Sayın Prof. Dr. Lokman ÇİLİNGİR'e, yazılan tezi inceleyerek eleştiri ve önerileriyle beni aydınlatan Sayın Doç.Dr Ramazan ÇAĞLAYAN'a, Sayın Doç Dr. Şenol KANTARCI'ya, nihayet yoğun çalışmalarım esnasında anlayış ve desteğini hiç eksik etmeyen aileme teşekkürü bir borç bilirim.

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA SORUNU'NUN FELSEFİ BOYUTU

1.1. KAVRAMLAR

1.1.1. *Felsefe ve Hukuk*

1.1.1.1. *Felsefe*

Antik Yunan'da philosophia kelimesine karşılık gelen felsefe sözcüğü, bilginlik ya da bilgelik anlamlarına gelen sophia ile sevmek yüklemine işaret eden philo köklerinin biraraya gelmesiyle oluşmuştur. Bu anlamda, felsefe bilgelik sevgisi, bilgi severlik ya da bilgi sevdası gibi anlamlar taşıyan, içindeki tüm öğeleriyle birlikte bütün bir disipline adını veren terim olarak tanımlanmaktadır.⁴ Bütün dillere Antik Yunancadaki bu anlamından geçmiş olan sözcüğü ilk kullanan kişinin Pythagoras olduğunu bilinmektedir. Pythagoras kendisi için “ben bir philosophos’um” der ve bununla da bilginin ve bilgeliğin tutkunu olduğunu anlatmak istermiş.⁵

Bununla birlikte, kavram olarak felsefenin ne olduğu sorusunu yanıtlamak görünürde basit olmakla birlikte yanıtı kolay verilemeyen bir sorudur. Bundan ötürü çeşitli kaynaklardaki felsefe tanımlarına bakarak ortak bir belirlemede bulunmak yerinde olacaktır:

1. Gerçeğin (realitenin) tümünü, özdek ve yaşam ile ilgili türlü belirtileri neden, ilke ve erekler bakımından inceleme amacı taşıyan düşünce etkinliği.⁶
2. Bilgi, kavram, inanç ve kuramların çözümlenmesi ve eleştirilmesinde açıklık arayan düşünme yöntemi.⁷

⁴ GÜÇLÜ, Abdülbaki, vd., *Felsefeye Giriş*, İstanbul: Altın Kitaplar Yayınevi, 2009, s. 13.

⁵ HANÇERLİOĞLU, Orhan, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1999, s. 112.

⁶ ÖKTEM, Ülker, “Orhan Saadettin’in Felsefe Nedir? Adlı Makalesi Üzerine Bir İnceleme”, *Felsefe Dünyası Dergisi*, S.24, 1997, s.35.

⁷ ÖKTEM, a.g.m., aynı yer.

3. Kelimenin eski Yunancadaki kökü bakımından bilgelik tutkunluğu ve bu tutkunun itişiyile teorik ve pratik alanlarda girişilen araştırmaların tümü. Felsefe terimi bugün, belli başlı olarak şu anlamlarda kullanılmaktadır:
- a) Akla dayanan bilgi, genel olarak bilim. Bu anlamda felsefe, bütünsel bir evren görüşüne yönelmiş bir sentez çabasını dile getirir ve teolojii içerdiği kadar insan bilimleriyle doğa bilimlerini de içerir.
 - b) Yüksek bir genellik derecesi taşıyan ve belirli bir bilgi alanını ya da bütün insan bilgilerini sınırlı sayıda birtakım yönetici ilkelere bağlamaya çalışan incelemeler ve düşünceler bütünü.
 - c) Konularından bağımsız olarak göz önüne alınan ve doğaya karşı tutulan zihine ilişkin incelemelerin tümü.⁸
4. Yunanca “seviyorum, peşinden koşuyorum, arıyorum” anlamına gelen phileo ve “bilgi, bilgelik” anlamına gelen sophia sözcüklerinden türeyen terimin işaret ettiği entelektüel faaliyet ve disiplin. Buna göre felsefe Yunanlılar için, bilgelik sevgisi ya da hikmet arayışı anlamlarına gelmiştir. felsefenin konusu “nihai ve en yüksek şeyler”, genel olarak varlık, bir bütün olarak evrenin kendisini ya da insanın eylemlerini, yaşamını ve yazgısını en temelli bir biçimde etkileyen şeylerdir. Varlığı bir yönüyle ya da belli bir bakımından ele alan bilimlerden farklı olarak, felsefe varlığı bir bütün olarak ele aldığı, varlığı varlık olmak bakımından incelediği, olanı betimleyen bilimlerden farklı olarak olması gerekene yöneldiği için, konularına uygun düşen yöntem ya da yöntemleri kullanır.⁹

Bu tanımlar bağlamında ele alındığında, felsefe en temelde bilişsel bir etkinlik olarak karşımıza çıkıyor ve bu etkinlik bir sürece dayandırılıyor. Bu anlamda felsefenin olup bitmiş bir öğretiler dizgesi değil, gerçekliği ve doğruyu yakalamaya yönelik, eleştiriye açık kavramsal etkinlik olduğunu söyleyebiliriz.¹⁰ Öte yandan, felsefe anlayışlarının, devirden devire, hatta filozoftan filozofa değiştiği gerçeği unutulmamalıdır; çünkü felsefi bilginin özelliği filozofun damgasını taşıyor olmasından

⁸ TOKATLI, Atilla, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1973, s. 144.

⁹ CEVİZCİ, Ahmet, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yayınları, 2003, s. 153.

¹⁰ YILDIRIM, Cemal, *Çağdaş Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Doruk Yayınları, 2000, s. 82.

kaynaklanır. Bu bakımından, felsefede tamamen objeye bağı kalan bilimin objektifliği söz konusu değildir. Bu bir anlamda, tıpkı sanat eseri ile sanatkarın ilişkisi gibidir.¹¹

Felsefe bilgisi varlığı eksiksiz olarak ele alıp, mevcut bilimsel tüm bilgileri kullanıp mantıklı tümel bir bilgiyi, kendine has sistematik bir şekilde ortaya koyar. Yani *felsefi bilgi* insan yaşamı ile evrensel bilgiyi sorgulayabilmektir. Soruyu sorabilmek, soruyu cevaplamaktan daha anlamlıdır. Ayrıca *felsefi bilgi* bir konuyla sınırlı bilgi değildir. O konuya ait dağınık bütün bilgiler toplanıldıktan sonra eleştirel olarak bütün bilgiler sorgulanır. Bu özellik her ne kadar *felsefi bilgiyi* subjektif bir bilgiymiş gibi gösterse de; durum bunun tersidir. Sorulan her soru, içinde bulunulan dönemde anlamlıdır. Çağın mevcut bilgisine ancak felsefi sorularla ulaşılabilir. Bu özelliği ile *felsefi bilgi* eskiyen değil, süreklilik arz eden bir bilgidir.¹²

Her bilim gibi felsefenin de bir tarihi mevcuttur. Bu anlamda felsefi etkinliği tarihsel gelişimine göre sınıflandıracak olursak; onu İlkçağ Felsefesi, Antikçağ Felsefesi, Ortaçağ Felsefesi ve Yeniçağ Felsefesi olmak üzere dört bölümde inceleyebiliriz. İlkçağ Felsefesinin karakteristik özelliğini, insanın içinde yaşadığı evren üzerine bütünsel bilgi edinme uğraşı oluşturur. Antikçağda ise, başta siyaset ve etik problemleri olmak üzere, bütün alt disiplinleri ile birlikte sistematik olarak ortaya çıkışını gözlemleriz. Öte yandan Ortaçağ, Tanrı üzerine yoğunlaşan bir düşünce geleneğine denk düşerken, Yeniçağda, teolojik anlayışa karşıt olarak gelişen, bilimsel düşünce buna paralel olarak gelişen yöntem arayışları gözlemlenir.

Varolan her şeyi araştırma konusu yapan felsefenin başlıca alt dallarını; Bilgi felsefesi, Bilim felsefesi, Varlık felsefesi, Ahlak felsefesi, Siyaset felsefesi, Estetik ve Din felsefesi oluşturur.

Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bilim sadece bilgiyi verirken, felsefe bilginin ne olduğunu, neyi ve nasıl bilebileceğimizi araştırır. Bilimlerin ayrı ayrı ele aldığı tüm olguları en genel hatlarıyla eleştirel ve mantıksal boyutta ortaya koyan, felsefe'dir.

¹¹ ÖNKAL, Güncel, "Felsefenin Yöntemi", <http://www.guncelonkal.com/PDF/felsefede...pdf>, (Erişim Tarihi: 13.02.2011).

¹² ÖKTEM, *a.g.m.*, s. 33.

Ayrıca dünyada varolan insanın amacı, yaşama bakışı, görünen ve görünmeyen tüm âlemlerle ilişkisini genel ilkeleriyle ortaya koyan bilim yine felsefedir.

1.1.1.2 Hukuk

Hukuk zamana, yere, inançlara göre farklı algılandığından,¹³ herkes tarafından kabul edilebilir ortak bir tanımı yapılamamaktadır. Günümüzde en çok kabul edilen tanımı ise; "*belirli bir zamanda belirli bir toplumdaki ilişkileri düzenleyen ve uyulması devlet zoruna (müeyyide) bağlanmış kurallar bütünü*", olduğudur.¹⁴ Bunun dışında hukukun *haklar* anlamı da vardır. Mecazi anlamda ise hukuk; ahabplık, dostluk anlamında kullanılır.

CALAMANDREİ¹⁵'ye göre hukuk; "*hiç kimse onu bulandırmadığı ve ihlâl etmediği sürece hukuk teneffüs ettiğimiz hava gibi görünmez ve tutulmaz bir şekilde etrafımızı kaplar. Hukuk ancak kaybettiğimizi anladığımız zaman değerinin farkına vardığımız sağlık gibi sezilmez bir şeydir*".¹⁶

Bu tanım bize hukukun yaşamın her yerinde var olduğunu, fakat ihtiyaç olmadığına varlığından haberdar olmadığımızı göstermektedir.

Bilimsel bir disiplin olarak hukuk, kendi içinde temel olarak ikiye ayrılır.¹⁷ Genel olarak hukukun kişiler arası ilişkileri konu alan kısmına *Özel Hukuk*, kişiler ile devlet veya devleti oluşturan kurumlar arası ilişkileri düzenleyen kısmına ise *Kamu Hukuku* adı verilir. Bu ayrım Roma Hukuku'ndan kalma bir ayrımdır. Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku ve Devletler Özel Hukuku, *Özel Hukuk'un* (ius privatum); buna karşılık Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku, *Kamu Hukuku'nun* (ius publicum). başlıca alt dallarıdır.

Hukuktan bahsederken yaptırımlardan da bahsetmek gerekir. Çünkü örf, adet, gelenek ve görenek gibi kurallar devlet tarafından yaptırımlara tabi tutulmamıştır. Oysa, Devlet güvencesi altındaki tüm kuralların bir müeyyidesi vardır. Yani kuralların ihlali

¹³ BOZKURT, a.g.e., s. 19.

¹⁴ TDK, "Hukuk", Türkçe Sözlük, 1.cilt, 9.baskı, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1998, s.1008

¹⁵ CALAMANDREİ, Piero, (Floransa 1889 - 1956) İtalyan yazar , hukukçu , asker , üniversite profesörü ve siyasetçi .

¹⁶ AKTAN, Can Çoşkun, "Hukuk Üzerine Özlü Sözler", Yeni Global Gerçekler, İstanbul: TUGİAD Yayınları, 2000, s. 2.

durumunda kişilerin ne ile cezalandırılacağı hususu Devlet eli ile güvence altına alınmıştır. Bu anlatımı biraz daha açmak gerekirse hukuk; devletin himayesinde herkese eşit derecede uygulanan kuralları ihtiva eder.¹⁸

Hukuku ayrıca, Amaçsal/Normatif Yönüyle Hukuk ve İşlevsel Yönüyle Hukuk olarak ayırmak da mümkündür:

1) Amaçsal/Normatif yönüyle hukuk; Devlet toplumsal düzeni sağlamak için vatandaşlarının birbirleriyle ve kendisiyle olan hukuksal ilişkilerini düzenlemek zorundadır. Bunu hukuksal normlarla yerine getirir. Hukuksal normlar ise, bir şeyi yapıp yapmama yönündeki emirlerdir. Bu normların yazılı olması gerekmez, yazılı olmayan normlar da emir içerir.¹⁹ Amaçsal yönden hukuk, batılı ülkelerde insan haklarının daha da önemsenmesi nedeniyle üst hukuk olarak doğal hukukla ilişkisi güçlüdür.

2) İşlevsel yönüyle hukuk; kendilerine uyulmadığı takdirde devletin koyduğu yasalara (pozitif hukuk yasaları) dayalı olarak yine devletin müdahaleci ve müeyyidelere bağlayarak gerçekleştirilen hukuk normlarıdır. Bu sistemde düzenleyici kurallar asıldır.

Hukukun diğer bir ayrımı ise; doğal hukuk ve pozitif hukuktur. BİX'in "*Doğal Hukuk: Modern Gelenek*" adlı eserinde de bahsedildiği üzere hukukun doğasında iki hukuk ayrımı vardır. Bunlardan biri *doğal hukuk* diğeri ise *pozitif hukuk* kuramlarıdır. Doğal hukuk kuramı bilinen tarih boyunca mevcudiyetini korumuş ve güncelliğini hiç yitirmemiştir. Bu kuramın içeriğini kozmik düzen, ahlak ve hukuk üçgenini oluşturan sistematik düşünce oluşturur. Doğal hukuk kuramının birçok değişik anlamı, bu anlamlarının da birçok amacı bulunmaktadır. Buna ilişkin örnekler vermek gerekirse; insanların doğru eylemlerde bulunması ve tercihlerini doğrudan yana yapması *ahlak ve ahlak kuramıyla*, ahlaki bilginin elde edilmesine ilişkin önermeler *bilgi kuramını*, hukukun

17 ZABUNOĞLU, Yahya Kâzım, Kamu Hukukuna Giriş, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 35.

¹⁸ Yönetim biçimine göre ayrıcalıklı kişiler mevcuttur. Örneğin Monarşi ile yönetilen ülkede diktatörün ayrıcalığı vardır.

¹⁹ GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1987, s. 22.

ne olduğu ve kuramlarının neler içerdiğini ifade etmek ise, hukuk kuramının amacını oluşturmasıyla²⁰ ilişkilendirilmiştir.

Doğal hukuk yaklaşımının önemli görünümlerini Platon (İÖ t.429-347), Aristo (MÖ 384-322) ve Cicero'da (İÖ 106-43) bulmak mümkündür; düşünceye sistematik biçimini veren ise, Thomas Aquinas (t.1225-74) olmuştur. Ortaçağda ve Rönesans boyunca, Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grotius (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-94), John Locke (1632-1704) ve Jean-Jacques Rousseau (1712-78) gibi yazarların yapıtlarında doğal hukuk ve doğal hak kuramları, dinî, ahlâkî, hukukî ve siyasî düşüncenin bölünmez parçası olmuştur. Doğal hukukun daha kapsamlı dinî, ahlâkî ve siyasî tartışmalarda oynadığı rol, belki de hiç şaşılacak bir şekilde, oldukça farklı görünümlere sahiptir.²¹

Pozitif hukuk; doğal hukukun karşıtıdır. Bir kanun olmasının yanı sıra, dayanağını bir yasa koyucudan, (demokratik rejimlerde parlamentodan) alan hukuk doktrindir. Bir hukuk kuralının geçerli olabilmesi için mutlaka bir müeyyidesi olmalıdır. Aksi halde müeyyidesi olmayan bir hukuk kuralının, toplumlar için genel geçer kural olmada zorluklarla karşılaşacağı açıktır.²²

Pozitif hukuk teorisinin klasik teorisini AUSTİN'dir (1797-1859). O'nun modelinde yasa kuraldır. AUSTİN teorisinde; pozitivist yasaların, varlıkların itaat geleneğinden geldiğini söyler. İtaatin oluşabilmesi için, yasaların meşru zeminden çıkması gerekir. AUSTİN, yasaların bir meşruiyetinin olmasının yetmeyeceğini, mutlaka bir mantık süzgecinden geçmesi gerektiğini de ileri sürer. Ayrıca hukukun doğasında ceza olduğundan, pozitif hukukun da ceza unsuru taşıyacağını ileri sürmüştür.²³

AUSTİN'den sonra pozitivistizmin modern versiyonunu KELSEN (1881-1973) geliştirmiştir. KELSEN; bütün hukuk sistemini bir temel hukuki normdan türetir. O'na göre hukuk ile ahlak, ahlak ile Tanrı arasındaki bağ gözardı edilmemelidir. Bu bağlamda Kamu Hukuku müeyyideler içerdiğinden sert kurallara dayansa da, diğer hukukun esnek olması gerekliliği vardır.²⁴

²⁰ BİX, Brian H., "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", Çev. Ertuğrul UZUN, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt : 6, Sayı : 2, 2004, ss. 291-343.

²¹ BİX, a.g.m., s. 292.

²² CEVİZCİ, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2005 s.853.

²³ UZUN, Ertuğrul, "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2003/2, ss. 2-3.

²⁴ AKBAY, Muvaffak, "Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi", *AUHF Dergiler*, S.38, s. 31.

Tarihi süreçte hukukun birçok teorik tanımı söz konusudur. Bu teorik çalışmanın birincisi biçimsel hukuk olup içeriğini hukukun kesin olduğu, yani herkes tarafından anlaşılabilir ve sonuçlarının öngörülebilirliği dâhilinde toplum düzeni ve barışın sağlanması üzerine yoğunlaşmıştır. Bu tip teorik yapıda kurallar kesin yaptırımlara bağlanmıştır. Diğer ikinci tip yaklaşım ise, hukuka bir amaç yükleyen yaklaşımdır. Bu yaklaşımın temeli, hukukun salt olması gerekenler üzerine kurulmasıdır. Bu anlamda pratiğin hiç önemi yoktur.²⁵

Görüleceği üzere teorik olarak hukuk; haktan gelen ve herkese dair temel hakları kapsarken, diğer bir görüşe göre güçlünün işine gelen bir anlayışa sahiptir. Bu ikinci anlayış maalesef yüzyıllardır tartışılan bir anlayış olmakla birlikte, eşit olmayan bir uygulama veya kişi vicdanını rahatsız eden bir durum karşısında serzeniş olarak da karşımıza çıkar.

1.1.1.2.1. Hukuk Disiplininin Alt Dalları

Hukuk kaideleri nitelikleri ve konuları göz önünde tutularak çeşitli dallara ayrılmıştır. Bu bağlamda genel olarak yapılan ayrımlar söz konusuysa da; bu ayrımı kabul etmeyen hatta anti-tez olarak hukukun bir bütün olduğunu ileri süren (*HANS, KELSEN* gibi) düşünürlerde yok değildir.²⁶

Her ne kadar bu ayrıma katılmayan düşünürler bulunsa da biz burada bu ayrım üzerinde duracağız. Bu ayrımlardan birincisi Özel Hukuk, ikincisi ise Kamu Hukuku'dur.²⁷

Kamu Hukuku ve Özel Hukuk ayrımının hangi kıstasa dayanacağı tartışmalara yol açmışsa da; ana hatlarıyla kamu gücüne ve otoritesine sahip olan kuruluşların (devlet, belediye, üniversite gibi) şahıslarla veya kamu kuruluşlarının birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar Kamu Hukuku'nun konusuna tabidir. Öte yandan kişilerin, eşit şart ve yetkilere tabi kimseler olarak kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen kurallar Özel Hukuk'un konusuna girer. Tarihte Roma vatandaşlarına uygulanan hukuka *ius civile* adı verilmişti. Buradaki *civile* şehirli anlamına gelen

²⁵ IŞIKTAÇ, Yasemin , *Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu*, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2001, ss. 127-132.

²⁶ ZABUNOĞLU, *a.g.e.*, s. 35.

²⁷ ZABUNOĞLU, *a.g.e.*, s. 35.

civitas'dan gelmiştir. İşte bu yurttaşlara ait özel hukuk kaidelerinin bulunduğu hukuk kurallarına *medeni hukuk* denmiştir. Medeni Hukuk; Şahıs Hukuku, Aile Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku ve Miras Hukuku gibi alt dalları bünyesinde barındırır.²⁸

1.1.1.2.1.1. Özel Hukuk

Eşit haklara sahip bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarına Özel Hukuk (Jus Privatum) denir: Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Devletler Özel Hukuku. Türkiye’de Özel Hukuku düzenleyen başlıca yasalar; Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’dur.

Özel Hukuk alanında *serbestlik ilkesi* geçerlidir. Bu ilkenin terk şartı kanunla yasaklanmamış olmasıdır. Yani kanunun yasaklamadığı her konuda serbestçe sözleşme yapılabilir. Buna bir örnek vermek gerekirse; kanunlara göre insan öldürmek suçtur. Bu bağlamda kişi kendisini veya başkasını öldürmesi için bir anlaşma yapamaz. Böyle bir anlaşmanın yapılması durumunda yapılan anlaşma hukuken geçersiz olacağı gibi kanun önünde bu anlaşma suç teşkil edecektir. Hukuk düzeninin kişilerde garanti altına aldığı hakların kullanılması veya kullanılmaması tamamen kişiye bağlıdır. Kanunlarla garanti altına alınmış hakların kullanımı iki şekilde olur. Birincisi kişinin hakkını aracısız direkt kullanması, diğeri ise, bir aracı eliyle kullanmasıdır. Medeni Kanuna göre 18 yaşından küçüklerin hakkı anne ve babaları tarafından velayetten, akıl sağlığı olmayanlarla mahkûmların hakkının kullanılması vasi eliyledir.²⁹ Hakların kullanılması dürüstlük karinesine göre olmalıdır. Aksi halde dürüstlük karinesine bağlı olmayan hakların kullanılmasından bahsedilemeyeceği gibi hukuk bu hakları koruma altına almaz. Örneğin, vasinin gerçek bir borç ilişkisine dayanmadan, kısıtlı kişiyi borçlandırması.

Haklar, mutlak ve nisbi haklar, ayni ve kişisel haklar, malvarlığı hakları, kişi varlığı hakları, inşai haklar başlıklarına ayrılır. Sahipsiz hak olmaz, her hakkın bir sahibi vardır. Hak sahibi, gerçek veya tüzeldir. Tüzel kişilikler ise, şirketler gibi kurum ve kuruluşlardır. Bunlar gerçek kişiler gibi haklara sahip olduğu gibi borçlanmaları da mümkündür.

²⁸ KARADENİZ, Çelebican Özcan, “Tarihî Giriş-Kaynaklar Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku Hakların Korunması”, *Roma Hukuku* , Ankara, 2004, s. 17.

²⁹ Bkz. madde 396 vd., *Türk Medenî Kanunu*, Kanun No. 4721 Kabul Tarihi : 22.11.2001.

Hak ehliyeti yönünden herkes eşittir. İnsanlar hak ehliyetini doğumla kazanır ve buna kişi denir. Kişilik, hukukun temel kavramıdır. Türk Medeni Kanununa göre hakların devredilmesi mümkün olsa da, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların devredilmesi mümkün değildir. Hakkın ortadan kalkması için kişinin ölümü, tüzel kişiliklerde o kişiliğin tasfiyesi ile yada feragat yoluyla olur.³⁰

1.1.1.2.1.2. Kamu Hukuku

Genel olarak kamu hukuku; devletle bireyler arasındaki ilişkilere ilişkin hukuk kural ve kurumlarını inceleyen ve açıklamaya çalışan hukuk dalıdır.

Kamu hukukunun, Özel hukuktan ayrılması sırf teorik bir ayırım değil; başvurulacak mahkemenin belirlenmesi açısından da önemlidir. Hukuki bir çatışmanın özel mi, kamusal mı olduğunun belirlenmesi için çeşitli teoriler geliştirilmiştir:

1) Çıkar yada fayda teorisine göre, vaka olarak ortaya çıkan hukuki bir uyuşmazlık, kamunun çıkarlarını ilgilendiriyorsa kamu hukukuna aittir.³¹

2) Alt-üst ilişkisi teorisine göre, hukuki bir problem, hem kamu hem özel hukuktan doğuyorsa ve alt üst ilişkisi bakımından daha üstte bulunan hak ve ödevleri düzenleyen aktör olarak devlet varsa, bu problem kamu hukuku alanına girer.³²

3) Özel hukuk teorisine göre ise, hukuki uyuşmazlığın konusu olan kanunlar, tüm vatandaşlara değil, sadece orada bir aktör olarak devlete de hak ve ödevler yüklüyorsa bu uyuşmazlık, Kamu Hukuku'na girer.³³

4) Pragmatik teoriye göre ise, geniş bir alan hukukla ilgili yapılacak çalışmalarda kolaylık sağlamak bakımından bir ayrıma tutulmasının pratik faydalı açısından bir ayırım söz konusudur.³⁴

³⁰ Bkz. madde 413 vd., *Türk Medeni Kanunu*, a.g.k.

³¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, 2005, ss. 21-22; ÖZYÖRÜK, Mukbil, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1962-1963 Teksir, s.21.

³² GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 2005, s.74.

³³ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.22; ÖZYÖRÜK, a.g.e., s. 22.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.98; ÖZYÖRÜK, a.g.e., s. 80.

Bu tanım yanında genel kamu hukukundan da bahsetmek gerekir. Genel Kamu Hukuku evrensel olan insan hak ve hürriyetlerini bir ülkeyle sınırlı tutmaksızın genel olarak ele alan hukuk disiplini.

Felsefenin konuyu aydınlatma ve olaya sağlıklı bakma girişimi dâhilinde genel kamu hukukuna sorulacak sorular mevcuttur. Bunları örneklersek, Devlet nedir? ve Ne zaman ortaya çıkmıştır? Devlet şekilleri nelerdir? “Devlet gerekli midir? İnsan hak ve hürriyetleri nelerdir? Doğal hukukun kişi hürriyetlerine bakışı nasıldır? Günümüzdeki insan hakları kavramının vardığı yer ideal yer midir? Yoksa bu kavramın sınırları daha çizilmemiş midir? gibi sorularla ilgilenir.

1.1.1.2.1.2.1. İdare Hukuku

Genel bir ayırma gidilmemekle birlikte tez konusunun sınırlarını çizen bir dal olduğundan dolayı *İdare Hukuku*’nu ayrıntılı anlatmak gereği hâsıl olmuştur.

Kavram olarak ele aldığımızda İdare Hukuku; devlet idaresinin örgüt ve işleyişi, kişilerin idare ile olan ilişki ve anlaşmazlıkları ve kamu hizmetlerinin görülmesi gibi konuları düzenleyen hukuk kurallarının tümüdür.

Bu hukuk kuralı devletin tüm kurum ve kuruluşlarının keyfilikten uzak kalmalarını, kurullarla sınırlandırılmasının diğer adı olduğu gibi bireye göre muazzam bir güç olan devletle arasındaki ilişkileri de düzenleyen hukuk kurallarını da ihtiva eder.

İdare Hukuku, Kamu Hukukunun alt dallarından biri olarak tanımlanmıştır. İdare Hukuku’nu iki şekilde açıklamak mümkündür:

a) Dar anlamda İdare Hukuku Özel Hukuk kurallarını aşan idarenin kuruluş ve işleyişine ilişkin Kamu Hukuku kurallarını ihtiva eder. Bu hukuk sistemi kara Avrupa’ında görülür ve farklı yargı kolu vardır. İdare ile idare veya bireyle idare arasındaki uyuşmazlıklara bakan ayrı bir yargı kolu mevcuttur. Ülkemizde uygulanan sistem de bu sistemdir.³⁵

³⁵ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, İstanbul: Ekin Yayınları, 2009, s. 20.

b) Geniş anlamda idare, idareyi ele alır ve idarenin kuruluşundan işleyişine kadar her aşamasında bulunan hukuk kurallarını ihtiva eder. Kurallar Kamu Hukuku'ndan kaynaklanan kurallarla sınırlı olmayıp, Özel Hukuk kurallarını da içerir. Bu açıdan bakıldığında bu hukuk kuralının Anglo-Sakson ülkelerinde de görüldüğünü ifade edebiliriz. Bu açıklama dahilinde bir başka tanım yapmak gerekirse; geniş anlamda İdare Hukuku, idarenin hukukudur. Burada yargı bir bütündür ve uyuşmazlıklar tek mahkemede görülür.³⁶

Bir ülkede Kamu Hukuku-Özel Hukuk ayırımı varsa, o ülkede İdare Hukuku da vardır. Bu hukuk Anglo-Sakson ülkelerinde bulunmamaktadır. İdare hukuku, kara Avrupa'sı ülkelerinden olan Fransa'da 19. yüzyılda doğmuş, oradan yayılmıştır. Fransız İhtilâli sonrası, bir yasayla hâkimlerin idare aleyhine açılan davalara bakmaları yasaklanınca, vatandaşlar idare ile olan sorunlarını çözmek için idareye başvurmaya başlamış, idarenin verdiği kararlar da kesinlik arz etmeye başlamıştır. Bu durum bir sürü aksaklığı ve keyfiliği doğurduğundan bu sorunların bir nebze giderilmesi için 1799 Anayasasıyla,³⁷ vatandaşla devlet arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisi Conseil d'Etat'a (Fransız Danıştay'ı) verilmiştir. Başlangıçta bu yetkinin de sorunları çözmekte yetersiz kaldığı gözlenmiştir. Aksaklığın temelinde Fransız Danıştay'ında verilen kararların kesin olmaması yatıyordu. Zaman içinde çözüme yönelik değişikliklerle Fransız Danıştay'ı bir yargı olarak kabul edilmiş ve kararları da yargısal bir karar niteliğine ulaşmıştır. Bu sistemin aynısı ülkemizde Danıştay ile kurulmuştur.³⁸

Danıştay; anayasal bir yüksek mahkeme olup, yerel idare ve vergi mahkemelerinin bir kısım kararlarının temyiz mercii olduğu kadar bazı davaların da ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır.³⁹ Bu tanım ile birlikte, ülkemizdeki İdari Yargıdan da söz etmek gerekir. Türkiye'deki İdari Yargının özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

-Meşruiyetini Anayasadan alır,⁴⁰

³⁶ GÖZLER, *a.g.e.*, s. 20.

³⁷ Fransa'da 13 Aralık 1799 Conseil d'Etat (Devlet Şurası, Danıştay) kurulmuştur.

³⁸ ATAY, Ender Ethem, "Fransa'da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı", *Kamu Hukuku Arşivi*, 1998, ss. 101-146.

³⁸ GÖZLER, *a.g.e.*, s. 22.

⁴⁰ Bkz. Anayasa 155nci madde.

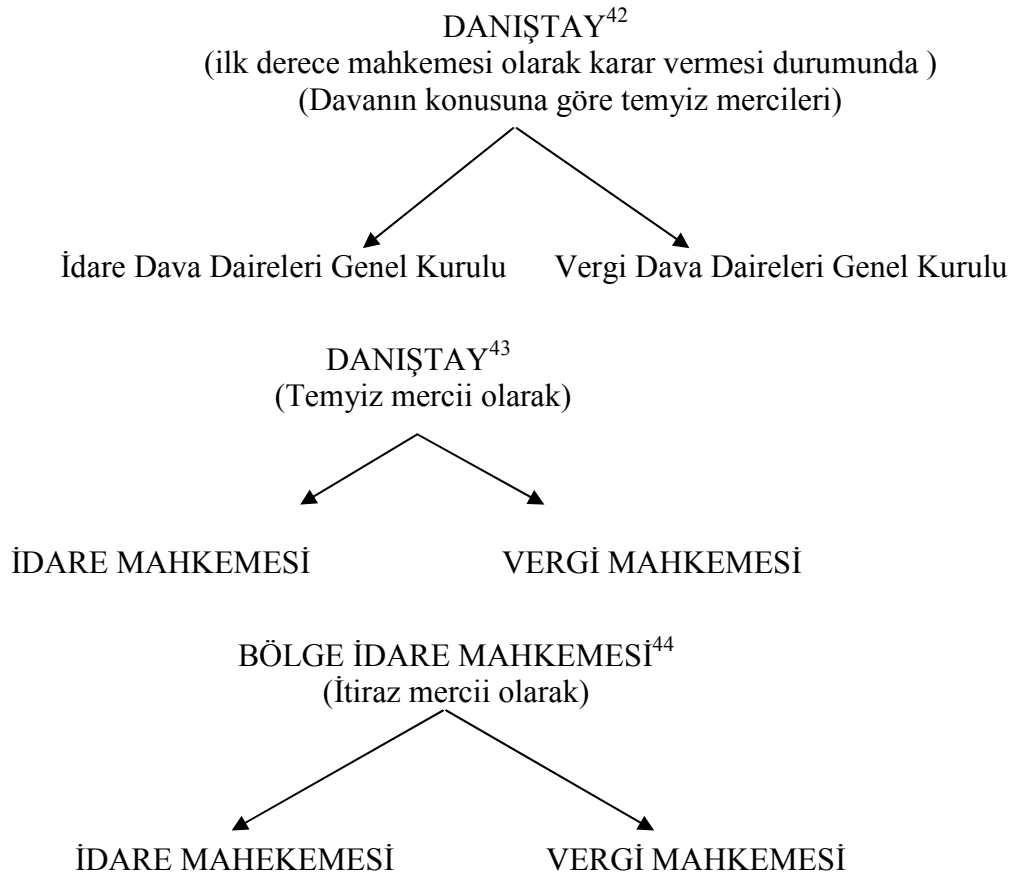
-Görev alanı adli yargıya göre çok geniş olup, genel görevli ilkesi söz konusudur,

-Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır,⁴¹

-En üst mahkeme olarak Danıştay söz konusudur.

Türk İdare Hukuku'nun yargı mercileri; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri'dir.

İdari yargı mercilerinin yasal konumları ve alt üst ilişkileri;



⁴¹ Bkz. Anayasa 125 nci madde, 4 fıkra.

⁴² Bkz. "Danıştay Kanunu" Kanun no:2575, Kabul tarihi:06.01.1998.

⁴³ Bkz. "İdari Yargılama Usulü Kanunu" Kanun no:2577, Kabul tarihi:06.01.1982.

⁴⁴ Bkz. "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun" Kanun no:2576, Kabul tarihi:06/01/1982 .

Ülkemizde idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık değildir. Buna yasama kısıntısı denir. Örneğin Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararlarına karşı yargı yerlerine başvurulamaz⁴⁵ olması gibi.

1.1.1.3. Hukuk Felsefesi

CEVİZCİ, *Felsefe Sözlüğü* isimli eserinde *Hukuk Felsefesini*; insan ilişkilerini karşılıklı hak ve yükümlülükler dâhilinde belirleyen, bu belirlemeyi yaparken ahlaki değerlere önem veren, hukukun sistemlerini analiz eden, hukuki otoritenin tüm yapılarını ortaya koyan felsefi dalını, hukuk felsefesi olarak tanımlar. Yine O'na göre hukuk felsefesinin temel kavramı; bireylerin hem kendileriyle hem de devletle olan ilişkileri hak kavramı dâhilinde şekillenir. Bu hak kavramının içini; adil bir hukuk sistemiyle doldurmaya, bunu yaparken otoriteyi de ihmal etmeyen bir düşünce bağlamında toplumdaki rol ve işlevleri felsefi boyutta ortaya koymaya çalışan felsefinin bir dalı⁴⁶ olarak da açıklamaktadır.

Bu tanımdan hareketle hukuk felsefesi: Hukuk nedir? Ne olmalıdır? Adalet, hak, eşitlik, özgürlük, vb... gibi kavramların anlamı nedir? Hukukun zorlamayla ilişkisi nedir? Hukuk hangi ilkelere göre hareket etmelidir? veya bir ülkenin anayasasının hukuki felsefesi nedir? gibi soruları ve sorunları araştıran disiplin olarak karşımıza çıkar.

Öyleyse hukuk felsefesi; toplumda bir arada yaşayan bireylerin ilişkilerinde uyulması gereken hak ve ödevleri, olması gerektiği açıdan ele alan felsefe dalıdır denilebilir. Pozitif hukukun bittiği yerde başlayan ve hukuk kavramından yola çıkan hukuk felsefesi, hukuk biliminin temelini ve ana kavramlarını ele alır.

Hukuk felsefesinin mevcut üç önemli sorunu olduğundan bahsedilmektedir. Bunları sıralamak gerekirse; birincisi *hukuk kavramının tanımı*, ikincisi *hukuki düşünme metotlarının analizi*, üçüncüsü ise *hukukun değerlendirilmesidir*. Bu sorunların felsefe ile uyumunun sağlanması yolunda çalışmalar yapılmıştır. Hukuk tanımıyla bu kavramın açıklanması felsefenin ontoloji (varlık teorisi) kısmını, hukuki düşünme ve anlama

⁴⁵ Anayasa .m.159.(12 Eylül 2010 halk oylaması ile sadece meslekten atılmalar hariç).

⁴⁶ CEVİZCİ, *a.g.e.*, ss. 851-852.

kısmı ise, felsefenin epistemoloji (bilgi teorisi) kısmını ilgilendiriyor olması, gerçekliliğinin inkârı anlamına gelmeyeceği de açıktır. Öte yandan hukuk kavramının felsefenin etik kısmıyla da ilgisinin bulunduğu açıktır. Bu bilgiler dahilinde ister bilimsel olsun ister mantıksal olsun bütün tartışmalarda amaç, doğruyu bulmak olduğundan bu bağlamda hukuk felsefesinin amacının normatif olduğu söylenebilir.⁴⁷

Hukuk felsefesinin en önemli temel kavramlarından biride hak'tır. Hak, bireylerin hem birbirleriyle hem de devletle ilişkilerini düzenleyen hukuk sistemlerine ait bir olgudur. Ya da başka bir deyişle hak, hukuken korunan menfaattir.

Hukuk felsefesinin cevabını aradığı sorulardan biri de *Adil bir hukuk sistemi nasıl olmalıdır?* sorusudur. Bu soruya kesin net bir cevap verilememekle birlikte; verilen her cevap dönemin özelliğini, hatta cevabı verenin dünya görüşüne göre farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda bu soruya pozitif hukuk ve yetkili mahkemelerin içtihatları cevap vermektedir. (bkz. Tezin AIHS, İHEB, BMKSHS kısımları.)

Günümüz hukuk felsefesinin ele alıp irdelediği kavramlardan biri kişi hak ve ödevlerini inceleyen kavramdır. İlk kez kişi kavramını ele alan ve bunu ilk kez dillendiren düşünür ise KANT'dır.⁴⁸

Hukuk felsefesi insanın insan olma vasfından dolayı haklarının bulunduğunu kabul ettiğinden, bu haklar günümüze *insan hakları* genel başlığıyla ulaşmış, insan haklarının çerçeve konuları ise halen tartışılmaya devam etmektedir.

Hukuk felsefesinde yukarıdaki açıklamalar dâhilinde anlaşılacağı üzere, bireyle hukuk ilişkisi ele alınır. Bireyselliğin olduğu yerde hiçbir kural tanımamaya yatkınlık diğer bir deyişle anarşizm, diğer tarafta ise bireyi hukuk kuralları dâhilinde, otoriteye boyun eğmesini bekleyen ve bunu sağlayan totaliter rejim yer alır.

1.1.1.3.1. Hukuk Felsefesinde Temel Sorunlar

Hukuk felsefesinin problemlerini kabaca ikiye ayırabiliriz: Birinci grupta içsel; hukukun öz yapısından kaynaklanan problemler, diğeri ise toplum içindeki bireysel

⁴⁷ GÜRİZ, a.g.e. , s. 12.

⁴⁸ Immanuel Kant; 18. Yüzyıl aydınlanma dönemi alman filozoflarından en önemlisidir.

hukukla o toplumun daha geniş politik ve ahlaki yaşamı arasından doğan problemlerdir.⁴⁹

İçsel problemler, tamamen hukuk yapma erkini elinde bulunduranların hukuk kurallarını belirlerken modern hayatın gereklerine ne kadar müsaade ettikleriyle bağlantılıdır. Bu hakların diğer ülkelerdeki görünümü, diğer ülkelerle kıyaslama sonucunda ortaya çıkar. Bu kıyasla ülkelerin hukuk yapısı hakkında fikir sahibi olunur. Hukukun evrenselliğinin diğer bir izdüşümü de budur. Her ne kadar bazı klasik hukukçular hukukun yerselliğinden bahsetse de, artık günümüzde devletlerin hukuk alanında birbirlerine yaklaştıkları yadsınamaz gerçektir. Şöyle ki; ülkeler kendi istekleriyle iç hukukunu uluslararası denetime açmaktadırlar.⁵⁰

Diğer bir problem ise toplumdaki bireyin hukukuyla, o toplumdaki politik ve ahlaki yaşamı arasında problemlerin doğmasındadır. Örneğin inancı gereği kapandığını söyleyen bireyi hukuk kurallarıyla örtünmesini yasaklamak, bu yasak dâhilinde eğitim hakkından mahrum edilmesini gösterebiliriz. Bu da ister istemez toplumda çatışmalara ve sürtüşmelere sebebiyet vermektedir.⁵¹

Hukuk, bireyin tüm yaşamsal alanlardaki ilişkilerini düzenlediğinden hukukun felsefi olarak iki temel sorunu vardır.

1.1.1.3.1.1. Adalet Sorunu

Hukuk felsefesine göre bireyle hukuk arasındaki ilişki irdelendiğinde ortaya iki sorunun çıkması doğaldır: Eğer birey hukuk kurallarını kabul etmediğinde anarşizm söz konusu olurken, diğer yandan hukuk kurallarına uyuyor ve bunları sorgusuz bir dogma olarak benimsiyorsa totalitaryanizm söz konusu olacaktır. Adalet bu iki durumun neresindedir. Örneğin baskıcı bir rejimin keyfi kuralları adalet duygusunu oluşturabilir mi? Sanırım bu sorunun cevabını her birey, kendi bakış açısından cevaplayabilir. Görüleceği üzere adalet duygusu, bireyden bireye farklılık göstermektedir. Bireye göre bir uygulama adaletsiz olarak görülürken başka bir bireye göre o uygulama adaletli olarak görülebilmektedir. Örneğin idari yargıda hak arama süreci sürelerle

⁴⁹ CEVİZCİ, *a.g.e.*, s. 852.

⁵⁰ CEVİZCİ, *a.g.e.*, s. 852.

⁵¹ CEVİZCİ, *a.g.e.*, s. 852.

sınırlandırılmıştır. İdarenin bir işlemine karşı dava açma süresi, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde ise otuz gündür.⁵² Bu sürenin kaçırılması durumunda hakkın kaybı adaletsiz bir uygulama gibi görünse de idare için bu süre adaletli bir süredir. Şöyle ki, idarenin her daim dava tehdidi ile karşı karşıya kalmaması idarenin iş ve işleyişleri için hayati önem taşır.

Hukuk sisteminin doğal hukuka uygunluğunun denetimini yapan disiplin, hukuk felsefesidir. Ahlaki yapı ve hukuki normlar devletten devlete, tarihsel süreçte farklılık arz etmesi karşısında evrensel bir hukuk normu yaratma isteği doğal hukukun problemi olarak ortaya çıkar.⁵³ Mevcut hukukun doğal hukuka uygun olup olmadığını kıyasen ortaya koyan doğal hukukçuların, ne derece doğruyu yakalayabilecekleri sorusu ile karşı karşıya kalırız.

1.1.1.3.1.2. İnsan Hakları Sorunu

Antik Yunan'dan bugüne insan hakları tanım ve içerik kargaşası içerisinde. Antik Yunan'da insan her şeyin ölçüsü iken; Roma Uygarlığı'nda doğmalar öne çıkmaktadır. Hıristiyanlığın teokratik ve dogmatik bir tarzda etkin olmaya başlamasıyla Batıda, insan hakları alanında uzun sürecek bir gerileme dönemine girilmiştir. Kiliselerin olumsuz, dogmatik yapısı, Batı'da aklın üstünlüğü yerine, kilise bağnazlığının hüküm sürmesine neden olmuştur. Aynı dönemde Doğu'da yeni yeni gelişen İslamiyet ise, getirdiği hoşgörü ortamı sayesinde bilimde ve sanatta gelişmelerin önünü açıyordu.

Yeniden Doğuş olarak adlandırılan Rönesans ile dinde yeniden yapılanma olarak nitelendirilen Reform hareketlerinin başlamasına değin geçen süre, özellikle Batı toplumu için zor yıllar olmuştur. Rönesans ve Reform hareketleriyle hızlanan insan haklarındaki önemli gelişmeler etkisini düşünsel anlamdaki eserlerle pekiştirmiştir. Bu aşamada İnsan Hakları alanında ileri görüşe sahip olan ilk liberal filozof olarak John LOCKE karşımıza çıkar. LOCKE, toplumun kökenini, kendisinden önceki bazı filozoflar (GROTİUS ve HOBBS) gibi doğal yaşama ve sözleşme fikrine dayandırır.

⁵² Bkz. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 7/1 nci madde.

⁵³ BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara, 2005, s. 27.

O'na göre; doğal yaşamda insanlar arası özgürlükler sınırsızdır. Bu bağlamda insan, kendini yönetecek tek güç olarak aklını görür ve bu akıl dâhilinde diğer insanları cezalandırma yetkisi kendisindedir. Bu yetki çok acımasız kullanılabilirdi için, örneğin mülkiyet hakkının dahi hiçbir güvencesi bulunmuyordu. Bütün bu sakıncalar zorunlu olarak insanları kendi aralarında sözleşme yapmaya itmiştir. Gerçi bu sözleşmeye her bireyin katılması gerekli değildir. Bu sözleşme gereği bireyler bir arada yaşamaya başlamış, karşılıklı iş ve işlemlerde bulunmuş ve mülk sahibi olmuşlardır. Bu sözleşme ile toplum içinde yaşayan insan, bireysel cezalandırma dışında, doğal insanın bütün haklarına sahiptir. Toplumsal sözleşmenin kurumu olarak devlet görülür ve devletin bu sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda bireyin devlete direnme hakkı ortaya çıkacaktır.⁵⁴

Düşünce sistemindeki bu hızlı dönüşüm, dönemin tüm düşünürlerinin önünü açar. MONTESQUIEU (1689-1755), Jean-Jacques ROUSSEAU (1712 – 1778), özgürlük kavramı ve insan haklarının gelişimine büyük katkılarda bulunacak değerlendirmelerde bulunurlar. MONTESQUIEU'nun politika öğretisi "*iktidarın iktidarla sınırlanması*"na dayanır ki; halen geçerliliğini sürdüren bir tezdur. "*Özgürlük, yasaların izin verdiği şeyleri yapabilmek, yasakladığı şeyleri ise yapmamaktır*". Özellikle iktidar sahiplerinin ellerinde bulundukları erk'i kötüye kullanmaya yatkın olduğu ve iktidarını durduracak bir sınır bulana dek ilerleyeceği savını öne sürer ve bu gerçeklikle kötüye kullanma olasılığını, iktidarın iktidarla sınırlandırılması ile durdurulabileceğini, bunu sağlayacak yasama, yürütme ve yargı iktidarının ayrı ellerde toplanması olarak ifade bulan *Kuvvetler Ayrılığı*'nı savunur⁵⁵.

MONTESQUIEU'nun çağdaşı ROUSSEAU ise görüşlerindeki farklılık nedeniyle ilgi çekicidir.

ROUSSEAU'ya göre: doğal yaşamın sürdüğü dönemlerde insanlar arasındaki eşitsizlik, sadece ihtiyaç fazlası üretim bulunması durumunda mülkiyet sorunundan ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, otoritenin insanlara hak olarak verilmediğini, kaba kuvvetin de otoriteyi meşrulaştırmayacağını, anlaşma ile meşruiyetin sağlanabileceğini, bu durumda da toplumsal sözleşme oluşacağını ileri sürer. ROUSSEAU; sözleşmelerle insan özgürlüğünden vazgeçilemeyeceğini, vazgeçilmesi durumunda hak ve

⁵⁴ YÜRÜK, Ayşe Tülin,- KARAKUL, Selman, ""Çağımızda İnsan Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Düzeyinde Korunması",Çağdaş Yaşam Çağdaş İnsan. AÖF.Yay.No:563,Ünite 5. s. 9.

⁵⁵ YÜRÜK,- KARAKUL, a.g.e, s. 9.

görevlerden bahsedilemeyeceğini de ileri sürmektedir. O'na göre bu bağlam, devlet denilen otoritenin, genel iradesinin manevi ve ortak bir sonucu olacaktır.⁵⁶

Ayrıca ROUSSEAU'nun 'herkesin ortak rızası sonucu oluşan genel irade hata yapmaz, her zaman haklıdır ve her zaman kamu yararına yönelik hareket eder' önermesi kabul edilebilir bir önerme değildir.⁵⁷

İnsan hakları kavramını günümüz açısından değerlendirmek gerekirse; tarihsel bir süreçten geldiği, bu süreçte siyasi meşruluğun en önemli ölçütü olmasının yanında, tüm insanların insan olmalarından kaynaklı, vazgeçilmesi mümkün olmayan temel ve hak özgürlükler olarak yorumlamak mümkündür.⁵⁸ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere insan hakları sorunu tamamen insan haklarının ihlallerinden ortaya çıkmış bir sorundur. Bu sorunun ortaya çıkışı genelde İkinci Dünya Savaşı'na dayanmaktadır. Savaşlar büyük bir yıkım olduğundan ve bu savaşlar temel insan haklarında vahşice ihlallere neden olduğundan, insan hakları sorunu dünyanın gündemine oturmuş halen güncelliğini koruyan bir sorundur.

İnsan hakları kavramı insan olgusuna dayandığından, ele alınması gereken asıl unsur insandır diyebiliriz. İnsanın doğması ve büyümesi onu sıradan bir canlı yapmaz. İnsanın diğer canlılardan farklılığı aklının olması, düşünebilmesi ve psikolojik varlık olmasıdır. Bu bağlamda insan olarak doğmakla her insanın bir takım hakları bulunmaktadır. İnsan, hem doğanın hemde toplumun bir parçasıdır. İnsanların bir araya gelmesi toplumu oluştursa da, toplumda insanı oluşturur. Yani ikisi birbiriyle bağlantılıdır. Bu nedenle doğa ve toplum insan haklarının temel göstergesi olarak karşımıza çıkar.⁵⁹

Bu halde insan hakları, insan olmakla kazanılan ve insanlara has bir kavram olmanın yanında, içinde birçok hakkı da içeren kavram olarak görülmektedir. Bu hakların bir başkasına veya bir zümreye devri söz konusu değildir.

⁵⁶ YÜRÜK- KARAKUL, *a.g.e.*, s. 10.

⁵⁷ YÜRÜK- KARAKUL, *a.g.e.*, s. 10.

⁵⁸ YÜRÜK- KARAKUL, *a.g.e.*, s. 5.

⁵⁹ KUÇURADİ, İoanna, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2009, ss. 44-45.

İnsan hakları kavramı; özgürlük, hak ve eşitlik kavramlarıyla yakından ilişkilidir.⁶⁰ Bu bağlamda; insan haklarının içinde barındırdığı hakları biz İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi vb. belgelerde görürüz. Bu belgelerde *Temel İnsan Hakları*; Yaşama Hakkı, Özgürlük ve Kişi Güvenliği Hakkı, Adil Olarak Yargılanma Hakkı, Düşünce ve Vicdan Özgürlüğü Hakkı, İfade Özgürlüğü Hakkı, Eğitim Hakkı, Özel Yaşama ve Aileye Saygı Hakkı gibi haklar olarak tanımlanmıştır.

KUÇURADİ'ye göre insan hakları bazı gereklerden doğmaktadır. Bu gerekler, insanın değerini tanıma ve koruma isteminden kaynaklanmaktadır.⁶¹

İnsanlara insan oldukları için sahip olmaları gereken bir takım hakların bulunduğu fikri ilk kez İngiltere'de ortaya atıldı.19. yüzyılda Amerika ve diğer birçok ülkeye yayılan bu fikri akımdan sonra 1789 Fransız İhtilali Avrupa'da insan haklarının kabul edilmesini ve uygulanmasını sağlamıştır.

Amerikan Cumhurbaşkanı ROOSEVELT ile İngiliz Başkanı CHURCHILL tarafından imzalanıp duyurulan Atlantik Beyannamesi'yle bilinen insan hakları genişletilmiştir.⁶² İnsanlar için; millet, inanç, ırk ayırımı gözetmeksizin herkes için eşit haklar önerilmiş, önerilen bu hususların da ancak yasalarla korunacağını bildirmiştir. Bu beyannamenin diğer en önemli özelliği de sosyal hakların korunması ve yoksullukla mücadele konusunda direkt kendilerinin mücadelesi değil, bahsi geçen haklar yönünden öncül rol oynamasıdır.⁶³

24 Ekim 1945'te kurulan Birleşmiş Milletler Örgütü'nün öncelikle amacı dünyada barışı ve güvenliği sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Örgütü, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni kabul ve ilan etmiştir. İnsan Hakları Beyannamesi insana değer veren, özgürlük, eşitlik tanıyan 30 maddelik evrensel bir duyurudur. (Tam metin için bkz. *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*, <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>(Erişim tarihi:18/07/2010))

⁶⁰ YÜRÜK - KARAKUL, *a.g.e.*, s. 18.

⁶¹ KUÇURADİ, İoanna, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2007, s. 73.

⁶² Bkz. 14.08.1941 Atlantik Beyannamesi.

⁶³ SAVCI, Bahri, *Korkudan ve Yoksulluktan Kurtulma Hürriyetleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 577, 1992, s. 44.

1.1.1.4. İslam Hukuku Felsefesi

İslam Hukuku Felsefesi; 8. yy ile 16. yy arasında Müslüman düşünürlerin, kutsal kitap Kuran-ı Kerim ile diğer dini kaynaklardaki görüş ve düşünceleri; yaratılmış dünyanın gerçekliğini mistik düşünceyle birleştirmeyi amaçlayan ve İslami kültürün temelini oluşturan bir olgudur. Bu düşünce tarzı İlkçağ Yunan Felsefesi ile Skolastik Felsefe arasında bir köprü içermiştir.⁶⁴

İslâm hukuku düşüncesinin tek ve asıl kaynağı Kuran-ı Kerim'dir. Yani adaletin kaynağı bizzat Allah'ın kitabı Kuran-ı Kerim olmakla birlikte; Hz. MUHAMMED'in sözlerinden oluşan Sünnet de ikinci bir kaynak olarak karşımıza çıkar. Bu inancın temelinde hüküm koyucu olarak Allah Teâlâ olduğu konusunda ittifak olsa da; Hz. MUHAMMED'in sünnetlerinin de kaynak olarak kabul edilmesi sonucu ortaya iki kaynak sorunu çıkar. Bu sorunların birincisi Allah'ın hükümlerini sadece peygamberin söylediklerinde mi anlarız? Yoksa insanın kendisi “aklı anlamada” yeterli midir? İnsan akli yeterliyse bu hükümlerin hem bu âlemde hem de diğer âlemde geçerliliği nasıl olacaktır? İşte burada üç tez karşımıza çıkar.

Bunlar;

1 - Mütezile'nin tezi,

2 - Eş'ariyye Mezhebi'nin tezi,

3- Mâtüridiyye'nin tezidir.

1-Mütezile'nin tezine göre; insan akli yeterli olup peygamberin aracılık etmesine gerek yoktur. İnsan akli iyiyle kötüyü ayırt edebilecek güçtedir. Bu nedenle kişi iyiyi yapmakla kötülükten uzak durmakla mükelleftir.⁶⁵

2-Eş'ariyye Mezhebinin tezine göre insan akli; Allah'ın sözlerini peygambersiz anlamaya yetmez. Onun için peygambere ihtiyaç vardır. Ayrıca peygamber tarafından

⁶⁴ CEVİZCİ, a.g.e., s. 939.

⁶⁵ GÜNDOĞAR, Hamdi, “Mu'tezile Mezhebinde İnsanın Fiilleri Problemi”, Sivas, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt:VIII/2, 2004, s. 206.

vahiy yoluyla iletilip anlatılmayan bir şey yoksa kişi kendi aklından iyiyle kötüyü bulamaz ve bundan dolayı da günahkâr olamaz.⁶⁶

3 - Mâtüridiyye'nin tezi ise akıl iyi ve kötüyü bilebilir ama bu sınırlıdır. Fakat burada dinin yeri farklıdır. Yani aklın iyiyle kötüyü ayırt etmesi farklı, dinin iyiyle kötüyü ayırt etmesi farklıdır. Allahın hüküm altına almadığı ve peygamberce iletilmeyen hiçbir şeyden dolayı insan günahkâr ve suçlu olamaz.⁶⁷

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere asıl sorun hayatın olağan akışında ortaya çıkan hukuki sorunların hepsine dinin yeterli olamayacağıdır. Burada işte insan akli devreye girer. İnsan aklının devreye girdiği yerde verilen içtihadın adaletli olması mümkünken, adaletsiz bir durum doğurması da mümkündür.

1.1.1.5. Hak Anlayışı

Hak kavramı, insan olmaktan kaynaklanan, varolan pozitif hukukla ya da en azından sözlü bir gelenekle tanınan belli şekillerde hareket etme özgürlüğü ya da imkânı olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸ İnsan hakları yönünden *hak*; tartışılmaz olan ve herkes tarafından kabul edilmesi gereken şeydir. Her *hak*, kendine saygı gösterilmesini de zorunlu kılar. Bu ise, ahlaki sorumluluk ve hukuksal yaptırımlar yoluyla sağlanır.

Hak, insana özgü ruhsal bir olgudan kaynaklanmaktadır. Hak düşüncesi insanın doğumuyla başlayan duygusal bir dürtü olarak meydana çıkar. Örneğin aç olan bir bebeğin açlığı nedeniyle ağlaması sonucu annesi tarafından doyurulması gibi. Daha sonra insan büyümeye, büyüme ile birlikte düşünebilme yeteneğini kullanmaya başlar. Bu gelişim insanda kişilik oluşturduğundan, hak düşüncesi kişilikle birlikte gelişen duygusal bir içeriğe bürünür. Gelişen kişilik hak bilincini de beraberinde getireceğinden, kişilikle hakkın kullanımı arasında bir yetki söz konusu olacaktır. Tam burada hak kavramı ile yetki arasında bir bağ doğmaktadır. Kişinin bir hakkından bahsedebilmek için başkalarının da aynı haklarının olabileceğini kabul etmek gerekir. Hakkın diğer insanlara karşı ileri sürülebilmesi için kişiye de bazı ödevler yüklemek lazımdır. Kısaca

⁶⁶ DİB, "Eş'ariyye", *İlmihal*, I.cilt, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2009, ss. 25.26.

⁶⁷ "Eş'ariyye", *a.g.e.*, s. 42.

⁶⁸ CEVİZCİ, *a.g.e.*, s. 792.

kavram olarak hakkın içeriğini; duygusal dürtüler, ödevler ve saygı gibi unsurlar oluşturur.⁶⁹

Hukuk düzenine göre hakla, borç veya ödev arasında mutlak bir ilişki söz konusu olduğundan, haklara sahip olunması, devredilmesi ve kaybedilmesi önemlidir.

Bu haklar hem özel hukukta hem de kamu hukukunda önemli yer tutar. Özel hukukta mülkiyet hakkının kazanılması, devredilmesi, kapsamı ve sonlandırılması önemli yer kapsar ve bunlara ilişkin yasal düzenlemeler yapılır. Haklar özel hukuk kadar kamu hukuku için de önemlidir. Kamuda görevli personelin hakları bulunduğu gibi bu haklar yasayla düzenlenmiştir.⁷⁰

Görüleceği üzere hak kavramı zıtlığıyla mevcuttur. Hak kişiye karşılıksız olarak verilmemekte, borç ve ödevler de yüklemektedir. Örneğin bir sözleşmede kişinin hakları kadar ödevleri ve borçları da mevcuttur. Kamu hukukunda da durum farklı değildir. Kamu personelinin hakları kadar ödevleri de söz konusudur.

Hak kavramını kabul eden teoriler söz konusudur. Bunlar; irade teorisi, menfaat teorisi ve karma teoridir. Hak kavramını reddedenler de mevcuttur. Bunlar; BENTHAM, Amerikan Realizmi, DUGUÏT, KELSEN, İskandinav Realizmidir.⁷¹

İrade teorisine göre, haktan bahsedebilmek için bir iradenin olması gereklidir. Bu bağlamda hak, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı irade gücüdür. Eğer birey bir başka kişiye kendi iradesiyle bir şey yaptırabiliyorsa ki, bu yaptırım zorlada olabilir bu bir haktır.⁷²

Menfaat teorisine göre, hak hukuk düzeninin koruduğu menfaattır, çıkardır. Bu teori irade teorisinin karşıtıdır. İrade yerine menfaat ortaya çıktığından, iradesiz bir çıkarın hak olarak kabul edilmesi uygun görülmemiştir.⁷³

⁶⁹ EMİNİ, M.Emin, "Hak Kavramı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2004, S. 12 s. 211.

⁷⁰ GÜRİZ, *a.g.e.*, s. 129.

⁷¹ Geniş bilgi için bkz.. GÜRİZ, *a.g.e.*, ss. 131-145.

⁷² BOZKURT, *a.g.e.*, s. 208.

⁷³ BOZKURT, *a.g.e.*, s. 208.

Karma teoriye göre, hem irade teorisi hemde menfaat teorisi tek başlarına hakkı tanımlayamamaları nedeniyle her iki teorinin birleşimden ortaya çıkmıştır. Bu teorilerin birleşimiyle hak, hukuken korunan ve irade sahibine sağlanan çıkardır⁷⁴

Sonuç olarak doğal hukuk insan varlığını üstün kabul ettiğinden hakların gelişmesi önünde engeller söz konusu değildir. Kişi irade beyanı aracılığıyla bir haktan ancak bir başkası adına vazgeçebilir. Manevi olarak bir kişinin, diğer bir kişiye karşı ileri sürdüğü hakkın yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir. Hukuk pozitivizmi, bu hakların kişiye bağlanması için bir yaptırım gücüne gerek duyar ve bunun da ancak yasalarla sağlanabileceğini ileri sürer. Bir başka anlatımla hukuk teorisi emir teorisinin gereklerini yerine getirebilmesi için bir yasaya ihtiyaç duyar.

Sübjektif hak kavramında ise; hak, değişik yöntemlerle reddedilmiş, ahlaki yetenekte ise hak kavramına yer verilmemiştir. İkinci yaklaşım ise, hak kavramının bir hayal olduğunu ileri sürer. Bütün bu değişik açıdan yaklaşımların gösterdiği en önemli bulgu ise; hak kavramının, insanlar veya nesnelere arasındaki ilişkiye ait olduğudur. Oysa günlük konuşma dilinde *hak kavramı* bir içeriğe sahip değildir. Ama bu hak kavramının hukuk düzeninde anlamının olmadığını da göstermez. Neticede *hak* hukuk hayatının bir vazgeçilemezidir.⁷⁵

1.2. GENEL OLARAK ADALET

Bilinen tüm düşünürlerle, felsefenin babası sayılan SOKRATES, ARİSTOTELES ve PLATON gibi düşünürler *adalet* kavramını sürekli sorgulamışlardır. Sorgulamanın temel amacı ise; doğru bilgiye erişimdir. Bizde bu amaçla burada adalet kavramını inceleyeceğiz.

1.2.1. Kavram ve Anlamı

Platon'a göre adalet, toplumsal uyum bağlamında insanın ve devletin temel davranış kuralları, en yüce ve kapsamlı erdemdir. Aristoteles, adaleti bir erdem olarak

⁷⁴ BOZKURT, *a.g.e.*, s. 208.

⁷⁵ GÜRİZ, *a.g.e.*, s. 129.

gördüğü gibi eşitlik ve ölçütlülük anlamı taşıdığını da ileri sürmüştür. Bir hukuk düzeninin adaletli olması için zayıfları da korumalıdır.⁷⁶

Felsefe sözlüğüne göre adalet;

*Bir toplumda değerlerin, ilkelerin ideallerin, erdemlerin cisimleşmiş, somutlaşmış, hayata geçirilmiş olması durumudur. Adalet en yüce, nesnel ve mutlak bir değer anlatımı olarak insanın davranışını ahlaki açıdan inceleyen ve eleştiren bir düşünce...*⁷⁷

olarak açıklanmaktadır. Bu tanımdan yola çıkıldığında, adalet kavramının hukuk felsefesindeki önemi yadsınamaz.

Adalet kavramı felsefe tarihinin önemli kavramlarından olup tarihsel gelişimi günümüze kadar dayanır. Bu yüzyıla kadar felsefe içinde değerlendirilen ve gelişen bu kavram; bu yüzyıldan sonra sosyal bilimlerin felsefeden ayrılması sonucu başta hukuk felsefesi ve sosyolojisi olmak üzere siyasal bilimlerin konusu olmuştur.

Eski Yunandan bugüne adaletin ne olduğu konusunda ortak bir görüş düşünürlerce ortaya konulamamıştır. Yani, Adalet Nedir? sorusu epistemolojik bir sorudur. Platon adalete “fikir” demektedir. Yani O’na göre adalet, bir fikir olduğundan insan düşüncesinin bir ürünü olmaktan öteye gidemeyecektir.⁷⁸ Fikir olarak kabul edildiği takdirde ise; zamandan zamana, rejimden rejime farklılık göstereceği açıktır.

Genel olarak siyaset felsefecileri için *adalet* önemli bir kavram olması yanında, toplumun olmazsa olmaz koşullarındandır. Adaletin iki türü vardır. Birincisi maddi adalet, ikincisi şekli adalettir. Maddi adalet ve şekli adalete ilişkin bu tür tanımları, CAMPBELL'in görüşlerinde görebiliriz. CAMPBELL'a göre;

*...ahlakilik veya politika ile ilişkilendirilirken, şekli adalet hukukla ilişkilendirilmektedir. Şekli adalet, mevcut kurallara uygun şekilde muamele etme olarak, maddi adalet de, kuralların içeriğini değerlendirmekle ilgili adalet olarak tanımlanmaktadır.*⁷⁹

⁷⁶ BOZKURT, *a.g.e.*, s. 181

⁷⁷ CEVİZCİ, *a.g.e.*, s. 13.

⁷⁸ PLATON, *Devlet*, Çev. Ersin Uysal, İstanbul: Dergah Yayınları, 2005, s. 76.

⁷⁹ UYGUR, *a.g.e.*, s. 30.

Felsefenin konusu olabilmesi için adalet'in kavramlaştırılması gerekmektedir. Kavramsal olarak adalet; günlük lisanda, '*herkesin ve her şeyin yerli yerinde olması*', '*herkesin olması gereken yerde olması*', '*herkesin hak ettiğini alması*' veya '*herkese hak ettiğinin verilmesi*' gibi anlamlara gelir. Ancak bu tanımın, adaletin ne olduğunu bize bildirmede eksik kalacağı açıktır.⁸⁰

Adaletten bahsederken bir mağdur düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Yani bir yerde mağdur varsa orada adalet arama söz konusudur. Adi suçlarla sınırlı olmayan bu kavram, ekonomik ve sosyal alanlarda da adalet duygusunu çağrıştırmaktadır. Kısaca adalet kavramı dar kalıplara sokulmayacak kadar geniştir.

Bu düşünce geçmişti kurtarmaya, bu sayede gelecekte hataların yapılmaması için bir ortam oluşturulması olarak değerlendirilse de; geleceğin daha sağlıklı oluşturulması için "sosyal adalet" in de sağlanması adaletin zorunluluklarından biridir. Sosyal adalet teorilerine göre adalet; beşeri faaliyetlere rehberlik eden soyut kurallarla değil, sosyal grupların ulaşabildiği/sahip olduğu mali ve maddi imkânlarla bağlantılıdır. Bütün muğlâklığına ve zaaflarına rağmen sosyal adalet teorisi Karl MARX ve John RAWLS'un da içinde bulunduğu güçlü bir entelektüel geleneğe sahiptir.⁸¹

"Adaletli" başlığı altında yayımlanan yazılarında '*Başkası Olarak Kendisi*'nde geliştirdiği '*küçük etik*'i antropolojiyle bütünlemeye çalışan RİCOEUR öncelikle, felsefenin adalet kavramını ihmal ettiğini, Aydınlanma'dan günümüze felsefenin adalet ile pek az ilgilendiğini belirtir. RİCOEUR'e göre adalet sorununun ihmal edilmesi, adaletin bir görev duygusundan kaynaklanmadığını görmemizi engellemiş, adaletin temelinde etik bir niyetin bulunduğunu gözden kaçırmamıza yol açmıştır.⁸²

Bu açıklamalardan hareketle adalet için ortaya çıkan anlamları kategorize edersek adaletin de dört anlamı olduğu görülür:

1) Ahlâksal anlam: Adalet, ahlâksal planda, doğruluk, dürüstlük, tarafsızlık, uygun ve doğru muamele biçimlerinde karşımıza çıkar,

⁸⁰ BOZKURT, a.g.e., s. 182.

⁸¹ GÜLCAN, Nur Yeliz, "Rawls'ın Doğruluk Olarak Adalet Teorisi", *Kaygı Dergi*, S.8, 2007, s. 86.

⁸² RİCOEUR, Paul, "The Just", University of Chicago Pres, 2000 <http://www.iep.utm.edu/ricoeur/> (Erişim tarihi:17/06/2010).

2) Siyasal anlam: Karşıt görüş ve çıkarları olan insanlar arasında hakka en uygun bir denge oluşturulmuş olması hâlidir,

3) Hukuksal anlam: Bir kimsenin haklarıyla başkalarının (toplumun, halkın ve nihâyet devletin) hakları arasında bir uyum bulunması hâlidir,

4) Ekonomik anlam: Maddî refahın, herkese ihtiyacına, değerine ve hak ettiği oranda dağıtılması hâlidir (sosyal adalet) .⁸³

Bu anlamlardan anlaşılacağı üzere adalet sadece hukuk'un bir sorunu değil aynı zamanda ekonomik, ahlaksal ve siyasal bir sorundur.

Adaletin bir de yaşam ilkesi olarak ele alınması gerekir. Bu bağlamda KANT'a göre adaletin üç ayrı ilkesi vardır. Şerefli yaşa, kimseye zarar verme ve herkesin payına düşeni ver. Bu üç ilke adaletin aynı zamanda ahlaksal, ekonomik, siyasal ve hukuksal anlamına da uygun düşmektedir.

Görüleceği üzere adalet kavramı rasyonel bir kavramdır. Yani adaletin kime nasıl uygulanacağı önceden bellidir. Yani bu kavrama göre bilinebilirlik mevcuttur. Eğer bilinebilirlik olmasaydı tam bir kargaşa söz konusu olurdu.

KUÇURADİ'ye göre, insan hakları açısından adalet, bir isteme ilkesidir. İnsan haklarını ise o, kişilere muamele etmede eylem ilkeleri olarak değerlendirir. Bunlar, aynı zamanda hem toplumsal-siyasal ilişki düzenleyen hem de hukukun oluşturulmasını belirleyen kurallardır. İnsan hakları böylece, hukuk kurallarının üretilmesi için temel ilke işlevi görür.⁸⁴

Açıklamaların tamamı aslında adalet duygusunun adaletsizliğin olduğu durumda ortaya çıkan bir duygu olduğu tespitine yöneliktir. Görüleceği üzere hukuk ve adalet iç içe bir kavram olmakla birlikte, hukukun amacının adaleti sağlamak olduğunu söylemek de yanlış sayılmaz.

⁸³ ÖZLEM, Doğan, "Ahlak Hukuku Önceler", *Felsefe Tartışmaları*, Ağustos, 2000. s. 57-65.

⁸⁴ KUÇURADİ, *a.g.e.*, ss. 35-36.

1.2.2. Adalet ve Hukuk

Adalet (justice) kavramı hem ahlak hem de siyaset felsefesinde önemli bir yere sahip olup, temel ilkeleri hem siyaset felsefecileri hem de ahlak felsefecileri tarafından sürekli olarak tartışılmıştır. Adalet ile hukuk arasındaki ilişki birbirine girmiş iki ayrılmaz kavram gibi görünse de; adalet ile hukuk arasında farklılıklar bulunmaktadır.⁸⁵ Adaletten bahsederken bir mağdur söz konusuysa, bu mağdurun hakkını kim verecektir? sorusu da doğal olarak ortaya çıkacaktır. Yani ortadaki mağduriyeti kim giderecektir sorusuna ancak *hukuk* cevap verebilir.

Türk Dil Kurumu'na göre hukuk, "*toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünüdür*".⁸⁶ Bu tanımdan anlaşılacağı üzere hukukla toplum düzeninin sağlanması amaçlanmış, bu amacı gerçekleştirecek olanın da devlet olduğunu, devletin de bu görevi yerine getirirken güç kullanacağını anlamaktayız.

Eski Yunanda asıl olan hukukun doğadan ve tabiattan gelen hukuk olduğu ifade edilirdi. İnsan yapısı kanunların uygulanması bu düşünceyle çatışmayı da beraberinde getirmiştir.

*İkinci kuşak sofistler (ANTİPHON, EUTHYDEMOS, KALLİKLES, KRİTİAS, THRASYMACHUS), tabiattan olan (physis) ile insandan olan (nomos) arasındaki uyumsuzluğa, hatta çatışmaya dikkat çektiler. Physis-nomos arasındaki çatışmayı en keskin biçimde dillendiren ANTİPHON'a göre insanların koymuş oldukları kanunlar isteklere göre şekillenmiştir, fakat tabiattan olanlarda böyle bir durum olmadığı gibi zorunluluk unsuru taşırlar. Kanuna göre haklı olan şeylerin çoğu tabiatla karşıtlık içerir. Örnek olarak düşünceye bile kanunlar karışabilmektedir. Tabiat ile uyum içinde olmayan kanunların adaleti ifade etmesi imkan dahilinde değildir. ANTİPHON'a göre insanlar kanunlara, cezadan kaçmak için uyarlar.*⁸⁷

derken aslında günümüz içinde geçerli olan hukuk kurallarının temeli verilmiştir. Doğal hukuka uygun olmayan kuralların, modern devletlerde geçerli olmadığı ya da uzun süreli olmadığı gözlemlenmektedir.

⁸⁵ CEVİZCI, a.g.e., s. 13.

⁸⁶ TDK, "Hukuk", *Türkçe Sözlük*, 1.cilt, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1998, s.1008.

⁸⁷ OTACI, Cengiz, "Tabî Hukukun Tabî Neticesi ya da Lâik Hukukun Kökleri", *Sayıştay Dergisi*, S.54, s. 116.

Toplumda yasal güvence altına alınmış adaletin tek kaynağı olan devlet; yaşamın her önemli alanında vatandaşlarına eşit muamele sağlamak zorundadır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere adaleti sağlayanın hukuk kuralları dahilinde devlet olacağı açıktır. Bu bağlamda devletin adaleti sağlarken hukuk kurallarını evrensel boyutta kabul edilebilir normlar dâhilinde yapıp yapmadığı, o devletin hukuk devleti olmasıyla değil tüm dünyada genellikle kabul edilebilir adalet anlayışına uygun hukuk kuralları yaratmasına bağlıdır.

Bu hususu kısaca açmak gerekirse; devlet düzeni içinde ayrıcalıklı kimsenin bulunamayacağı evrensel olarak günümüzde genel kabul görmüş hukuk kurallarından biridir. Eğer ayrıcalık söz konusu ise orada dikta rejim var demektir. Bu arada dikta rejim olan yerde hukuk kurallarının bulunmadığı akla gelse de bu doğru değildir. O rejimlerde de hukuk kuralları vardır ve hukuk ayrıcalıklı kişiler dışında herkese uygulanır.

Bu açıklamalar dâhilinde olayı daha da öze indirmek gerekirse; dikta rejimde diktatörün bir kişiyi mağdur etmesi durumunda yargılanması söz konusu değildir. Çünkü hukuk diktatör aleyhine işlemez.

1.2.3. Adalet Düşüncesinin Gelişimi

Günümüzde dahi tartışma konusu olabilecek adalet görüşünü THRASYMACHUS ortaya atar. “Adalet”i, güçlünün işine gelen şeyler olarak tanımlar.⁸⁸ Bu görüş adaletsizliğin olduğu her ortamda dile getirilen bir görüştür. Hâlbuki yukarıda bahsedildiği üzere adalet bir toplumun olmazsa olmazlarından olduğundan, çok sayıda düşünür adalet düşüncesinin gelişiminde etkili olmuştur. Bunların bazılarını ele alıp değerlendirdiğimizde adalet düşüncesinin tarihsel boyutta kat ettiği yolu kısmen de olsa ortaya koyabiliriz.

1.2.3.1. Sofistler

Sofist kelimesi başlangıçta âlim ve hikmet sahibi kimseleri ifade ederdi. Bununla beraber sofist kelimesi sofistler hakkında edinilen muhtelif kanaatlere göre birbirinden farklı ve zıt anlamlarda da kullanılmıştır. Sofistler yanlış bilgileri doğru bilgiymiş gibi

⁸⁸ PLATON, *Devlet*, s. 19., s. 88.

ileri süren “safsatacılar” olarak da anlam bulmaktadır.⁸⁹ Sofistler M.Ö.4. yy da Yunanistan sitelerinin sosyal olaylarıyla yoğun bir şekilde ilgilenmiş kişilerdir.⁹⁰

1.2.3.1.1. PROTAGORAS

PROTAGORAS’ın⁹¹ temel noktasında insan vardır. Bu bağlamda insanı: "her şeyin ölçüsüdür" diyerek ortaya çıkarmış, bu ölçütü koyarken de bir sınırlama yapmayı ihmal etmemiştir. Ona göre bu sınırlama insanların yaşadıkları toplumun örf ve hukuk kurallarına uygun davranma gerekliliğidir. Aksi halde bu kurallara uyulmaması durumunda toplum refahının sağlanamayacağını ileri sürer. Yani O’na göre, insan kurallara uyarak uyumlu bir birey olacaktır.⁹²

PROTAGORAS’a göre mevcut iki görüşün doğruluğu söz konusu olmasa bile bir görüşün diğer görüşe göre daha iyi olması mümkündür. Bu görüşüyle, görüşler arasında uzlaşmacı bir tutum sergilemiştir. Fakat bu bakış açısı faydacı bir anlayışa hizmet ettiğinden gündelik yaşamın bir parçası olarak kalacağına göstergesi olur. Bu bakış açısı O’nun insanı ölçüt almasından kaynaklanmaktadır.⁹³

1.2.3.1.2. THRASYMACHUS

THRASYMACHUS, adalet’in güçlüye hizmet ettiğini ileri süren bir sofist olarak karşımıza çıkar. Ona göre hak denilen şey, zor kullanma karşılığında ortaya çıkmıştır. Peki, haklıyla haksız kim ayırt edebilecektir. İşte haklıyla haksız ayırt etmeye yarayan ölçütler yasalardır. Yasalarda nelerin suç, nelerin suç olmadığını ortaya koyanlar güçlülerdir. Bu bağlamda insan bencildir ve kendi menfaatleri doğrultusunda hareket eder. O zaman yasayı çıkaran yönetici güç, mutlaka kendi menfaatini düşünecektir. Tek gerçek güçlü olmakta yatar. Bu anlamda *Adalet* ve *Erdem* gibi kavramlar basit

⁸⁹ BİLİK, Erol, “Sofistler”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 7, Sayı: 1-4, 1950, ss. 356-7.

⁹⁰ GÜRİZ, a.g.e., s. 157.

⁹¹ PROTAGORAS; (M.Ö. 485 - 410) Yunanlı filozof ve sofist. Abdera’da doğan Protagoras yaşamının büyük bir bölümünü Atina’da geçirdi. Düşünceleriyle döneminin ahlak ve siyaset anlayışını önemli ölçüde etkiledi. Sofizmin sözcülüğünü yaptığı 40 yılı aşkın süre boyunca insanlara günlük yaşamlarında "erdem"li olmayı öğrettiğini söyledi. Ünlü, "insan her şeyin ölçüsüdür" (anthropos metron panton) önermesiyle algıların (hatta bazılarına göre yargıların da) göreliliğini dile getirdi. Protagoras bu yargı ile herkes için geçerli bir bilginin olamayacağını belirtmek ister. <http://www.msxlab.org/forum/felsefe-ww/15014-protagoras-protagoras-kimdir-protagoras-hakkinda.html> (Erişim tarihi:24/06/2010)

⁹² GÜRİZ, a.g.e., s. 158.

⁹³ GUTHRIE, W.K., *İlkçağ Felsefe Tarihi*, Çev.Ahmet Cevizci, Ankara, Gündoğan Yayıncılık, 1999, s. 73.

insanların gözlerini boyamaktan ileri gitmez. THRASYMACHUS'a göre güçlü tarafından yasalar yapıldığından, asla adil bir toplum düzeni kurulamaz.⁹⁴

1.2.3.1.3. KALLİKLES

KALLİKLES, akılcılığa uzak fikirleriyle de tanınan ve daima güçlüleri haklı bulan bir sofisttir. İnsanların çıkarlarını hukuk kelimesi ile perdelediğini, bu bağlamda demokrasilerde de çoğunluğun menfaatlerinin korunması için hukuk düzenlemelerinin yapıldığını ileri sürmüştür. Düşünürü göre devlet; zayıfların kendilerini güçlülere karşı korumak, güçlüleri yasalarla yozlaştırmak için kurdukları bir tuzaktır.

Yasaları yapan çokluğun, yaptıkları yasalara getirdikleri övgü ve eleştiriler kendi bakış açılarına göredir. Onlar, kendilerinden fazla güce sahip olmasınlar diye, bilgili, yetenekli ve başarılı insanları korkutmak, kazanmalarını önlemek için başkalarından daha çok şey elde etme isteğinin çirkin ve haksız olduğunu söylerler. Bu amaç peşinde koşmaya adaletsizlik (haksızlık) adını verirler. Doğanın kanununun güçlülerin güçsüzleri yok etmesi üzerine kurulduğunu, bu nedenle pozitif hukukun güçlülerin güçsüzleri yok etmesinin önlenmesine hizmet ettiğini öne sürmüştür.⁹⁵

1.2.3.2. SOKRATES

Sofistlere ilk karşı koyan düşünürlerden biri olan Sokrates, tıpkı Sofistler gibi insan yaşamının pratik sorunlarıyla ilgilenmiş; fakat Sofistlerin utilitarist tutumlarının tersine, Sokrates sorunlara derin bir ahlaki ciddiyetle yönelmiştir. Sofistlerin evrensel bir değer benimseyen felsefelerine karşıt olarak ise, üzerinde durulup düşünüldüğünde tümel bir doğrunun bulunabileceğine inanır.⁹⁶ Bu diyaloglarda elde edilmiş her türlü bilgiyi çürüten SOKRATES, bilginin doğrusunu da vermediğinden bazı kişilerde öfkeye sebebiyet vermiştir. Eleştirici ve mevcut bilgileri çürüten davranışlarından ödün vermemesi, onu 70 yaşında iken “gençliği baştan çıkarmak ve Atina’ya yeni Tanrılar getirmeye kalkışmak” ile suçlanarak yargılanmak üzere hâkimler karşısına çıkarmıştır. Yargılanması sonucu ölüme mahkûm edilmiş ve zehirlenerek öldürülmüştür. Öte yandan yargılanması sırasında af dilemesi ve söylediklerini inkâr etmesi teklifi

⁹⁴ PLATON, *a.g.e.*, s. 88.

⁹⁵ AĞAOĞULLARI, M. Ali, *Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi*, Ankara:Teori Yayınları, 1989, s. 74.

⁹⁶ GÖKBERK, Macit, *Felsefe Tarihi*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 2003, s. 43.

karşısında bu teklifi hayatı pahasına geri çevirmiş, karakter sahibi biri olarak tarihte yerini almıştır.⁹⁷

Davayı izleyen öğrencisi PLATON, savunmasını SOKRATES'in Savunması adı altında kitaplaştırmış ve bu eser de günümüze kadar gelmiştir. SOKRATES'e göre, adalet;

*iyi olanı kötüden ayırma bilimidir. Bu bilgi ise hukuk duygusunda belirginleşmektedir. Adalet herkesin vicdanında ilahi bir ses gibi duyulmaktadır. Adaletin sesi, insana doğruyu, hayırlıyı ve adil olanı gösterir. Hukukun geçerliliği adalet duygusuna dayanır.*⁹⁸

SOKRATES'in adalet üzerine düşüncelerini en güzel savunmasında bulabiliriz. O'na göre kendisini en iyi yine kendisinin savunacağını, yani bir aracıya gerek duymayacağını, hukuk diline ne kadar uzak olsa da söylediklerinin asıl doğru olup olmadığı açısından değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Bu düşünce doğal hukuk düşüncesine uygun olup, asıl olanın doğru olduğu üzerine kurulu bir düşünce olarak ortaya çıkar. Yine O'na göre yasaların buyruğuna uymak, herkesin ödevidir. Yani anarşist bir düşünceye bağlı değildir. Geleneksel bilgiyi çürütmeyi seven SOKRATES savunmasında, kendini suçlayanların iddia ettikleri suçların aslında yanlış anlaşılmalardan doğduğu gibi doğruyla da alakalı olmadığı üzerine savunmasını kurarken şöyle demiştir: "*Ey insanlar! İçinizde en bilge kişi, SOKRATES gibi bilgeliğinin gerçekte bir hiç olduğunu bilendir*".⁹⁹ SOKRATES savunmasının bir yerinde kendini suçlayan MELETOS'a gençlere erdemi kimlerin öğreteceğini sorduğunda "*yargıçlar*" cevabını alınca, "*yargıçların birkaçı mı yoksa hepsi mi?*" diye sormuş. Bu soru karşısında MELETOS ise, "*hepsi*" deyince, SOKRATES alaycı bir dille "*o zaman ne kadar da çok eğitmenimiz var, artık başka eğitmene gerek yoktur!*" serzenişiyle aslında erdemi öğretecek olanların yargıçların tümünün işi olmadığı, onların işlerinin doğru ile yanlış ayırt ederek yargılama görevini yapacağını dile getirmesi, günümüzde yargıçların asli görevini de göstermektedir. Yargıçların görevlerini yaparken olması gerekeni ise şöyle ifade etmektedir;

Onur bir yana Atinalılar, yargıca yalvarıp yakararak kişinin kendini bağışlatması doğru bir şey değildir; tersine yargıcı aydınlatmak inandırmak gerekir. Çünkü yargıç doğruluğu bir bağış gibi vermek

⁹⁷ PLATON, *Diyaloglar: Sokrates'in Savunması Üzerine*, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2009, ss. 9-39.

⁹⁸ ÇEÇEN, Anıl, "Hukukta Norm ve Adalet", *AUHF Dergileri*, 1975, s. 103.

⁹⁹ PLATON, *a.g.e.*, s. 12.

*için değil, doğru olarak karar vermek için orada bulunuyor. Görevi kendi dileğine uymak, gönlünü hoş kılmak değil, yasalara göre yargılamaktır.*¹⁰⁰

Yani ona göre bir yargıç, iyi niyetle dinlemeli, akıllıca karşılık vermeli, sağlıklı düşünmeli, tarafsızca karar vermelidir.

Kendisini dinsizlikle suçlayanlara yalan yere yemin vermenin doğru bir düşünce olmadığını, bunu yapanların tanrıları gücendireceğini söylerken, günümüz mahkemelerinde tanıklarca verilen yeminler karşısında sadece doğrunun söylenmesi gerektiğini söylerken, doğruluğu sadece tanrıya inananların söyleyeceği bir düşünce olarak görmediğini düşünebiliriz. Çünkü cümleden anlaşılacağı üzere ilk önerme yalan yeminin doğru bir şey olmadığı, diğeri de yalan yeminle tanrıların gücendirileceği anlamına gelir. Yoksa kötülükle ve haksızlıkla ilgili şu cümleleri kurmazdı; "*Bilen insan kötülük yapmaz.*" Yine bireyin adil olması bağlamında söylediği "*Haksızlığa uğramak, haksızlık yapmaktan iyidir. - Haksızlık yapmak, haksızlığa uğramaktan daha acıdır.*"¹⁰¹ sözü bireyin adalet konusunda erdemli olması için verilmiş en güzel öğütlerdendir.

1.2.3.3. PLATON

PLATON (M.Ö. 427 - M.Ö. 347) Antik Yunan filozoflarından. Hayatını geçirdiği Atina'daki ünlü *Akademi*'yi kurmuştur. Sokrates'in öğrencisi ve Aristoteles'in hocasıdır. PLATON veya İslam dünyasındaki adlandırışı ile EFLATUN, Batı felsefesinin başlangıç noktası ve ilk önemli filozofudur. Antik çağ Yunan felsefesinde, SOKRATES öncesi filozoflar (ilk filozoflar veya doğa filozofları) daha ziyade materyalist görüşler üretmişlerdir. Antik felsefenin maddeci öğretisi, atomcu DEMOKRİTOS ile en yüksek seviyeye erişmiş, buna mukabil düşünceli (idealist) felsefe, PLATON ile en doruk noktasına ulaşmıştır. PLATON bir sanatçı ve özellikle edebiyatçı olarak yetiştirilmiş olmasından büyük ölçüde istifade etmiş, kurguladığı düşünsel ürünleri, çok ustaca ve şiirsel bir anlatımla süsleyerek, asırlar boyu insanları etkilemeyi başarmıştır.¹⁰²

¹⁰⁰ PLATON, *a.g.e.*, s. 32.

¹⁰¹ PLATON, *a.g.e.*, s. 74.

¹⁰² RUHİ, Mehmet Emin, "Platon'un Devletin Kökenine İlişkin Görüşü ve Yansımaları", *Erzincan Hukuk Dergileri*, 2005, s. 241.

PLATON görüşlerini, SOKRATES diyormuş gibi diyaloglarla aktarmıştır. Bu yolu seçmesinde zamanındaki tiranların baskısının mı yoksa hocası Sokrates'e duyduğu saygının mı rol oynadığını bilemiyoruz.

PLATON, algıladığımız ve gördüğümüz bu dünyanın aldatıcı olduğunu, idealar ya da formlar dünyasının gerçeğin birebir kopyası olmadığını, bu nedenle gerçeğin, ancak düşüncelerle ve hayalle ulaşılabileceğini ileri sürmüştür.¹⁰³ Görüşleri ortaçağ İslam filozoflarına ilham kaynağı olmuş, bu düşüncelerde İslam düşünce dünyasındaki Yeni Eflatunculuk akımına neden olmuştur.

PLATON'unun adalet ve hukuk üzerine düşünceleri Devlet kitabında yer almaktadır. PLATON'un *adalet* anlayışı *akıl*'a dayanır. Ona göre bilgili insanın kötülük yapması mümkün değildir. Devlet kitabında PLATON; her davranış için yasa koymanın anlamsız olduğunu, konulsa da işlemeyeceğini ileri sürer. Örneğin: Gençlerin, yaşlıların yanında yakışık aldığı gibi susmalarını, onlara yer verip ayağa kalkmalarını, ana babalarına saygı göstermelerini; saç kesmede, giyim kuşamda, tavır ve davranışlarında ve bunun gibi her işteki kurallar.¹⁰⁴

O'na göre her devlet yasalarını kendi işine geldiği gibi yapar: Demokrasi demokratlığa uygun yasaları, tiranlık tiranlığa uygun yasaları koyar. Yöneticiler, koydukları yasaların yönetilenler için de doğru olduğunu söyleyip, bu yasalara muhalefet edenleri de cezalandırırlar. Bu durumda doğru olarak ileri sürülen yasalar, güçlünün işine gelendir.¹⁰⁵

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere PLATON'un devletin yönetim biçiminin yasalarını da beraberinde getirdiği, bu yasaların o yönetimce doğru kabul edildiği, oysa doğrunun o olmadığı, orada bahsedilen doğrunun güçle bağlantılı doğru olduğu ifade edilir. Bunu biz ideolojilere karşı eleştiri olarak ele alabiliriz. Asıl olanın doğru olması gerektiği, yoksa gücü elinde tutanın doğrusunun genel geçer doğru olmayacağı açıktır.

Yine O'nun görüşüne göre bir toplumda suç varsa, orada adalet yoktur.

¹⁰³ ÇEÇEN, *a.g.e.*, ss. 104-105.

¹⁰⁴ PLATON, *Devlet*, s. 19.

¹⁰⁵ PLATON, *a.g.e.*, s. 22.

Devlet kitabı ve diğer eserleri dikkate alındığında PLATON tündengelim metodunu kullanmaktadır. Yani büyük parçaya bakarak küçük parçaları anlamaya çalışma yöntemini kullanmıştır. Bu bağlamda adaletle ilgili şu diyalogunu ele alabiliriz.

*Adalet varsa, bir tek insan olduğu kadar bütün bir insan topluluğunda da vardır, değil mi? Daha büyük olan bir şeyde adalet daha büyük ölçüde vardır. Onu orada görmek daha kolaydır. Onun için isterseniz, önce toplumda arayalım adaletin ne olduğunu.*¹⁰⁶

Bu diyalog bize tündengelimci bakış açısını göstermektedir. Ona göre adaleti toplumsal düzeyde değerlendirmenin daha sağlıklı sonuçlar vereceği, aksi yönde bireysel bazda değerlendirmelerin daha sağlıksız olacağı görüşü hâkimdir.

1.2.3.4. ARİSTOTELES

‘Kanun düzendir, iyi kanun iyi düzendir’ diyen Aristoteles (384 –322) PLATON’un Akademia’sında yetişmiş bir filozoftur. Daha sonra Atina’da kendi okulunu kurmuştur. ARİSTOTELES, felsefi konuşma ve tartışmaları, PLATON gibi oturarak değil de bir yukarı bir aşağı gezinerek yaptığı için, bu okula Peripatos (Gezinenler) adı da verilir. Atina’da daha önce öğretmenliğini yaptığı ve İskender’in ölümü üzerine dinsizlikle suçlanması üzerine Atina’dan ayrılıp Khalkis’e yerleşmiş orada bir yıl yaşadktan sonra mide hastalığından 62 yaşında iken ölmüştür.¹⁰⁷

ARİSTOTELES fazilet kavramı içinde ele aldığı adaleti, yasalara itaatle ortaya çıkan mükemmel fazilet olarak görür. ARİSTOTELES iki türlü adalet’ten bahseder. Bunlardan ilki paylaştırıcı adalettir. Bunun ölçütü geometrik bir yöntemle hakkın ve onurun bireysel çabaya göre dağıtılmasıdır. Yani bireysel bazda verilen emeğin, mücadelenin ve itaatin karşılığı olarak geometrik ölçüde verilen bir ödüldür. İkinci adalet türü düzeltici adalet olup, aritmetik eşitlik yöntemiyle gerçekleşir. Bu adalet türüne göre, insanların tamamen kendi istekleriyle yapmış oldukları anlaşmalar sayesinde kazanımlar söz konusudur. İnsanın doğru davranışlarının ölçütü adalettir. Haksızlık ve onun sonucu olan adaletsizlik yasalara uymamak, her zaman fazlasını istemek ve eşit olmamak anlamına gelir. Hak ve adaletin dayanağı yasalara uygun

¹⁰⁶ PLATON, *a.g.e.*, s. 56.

¹⁰⁷ TOPAKKAYA, Arslan, “Adalet Kavramı Bağlamında Aristoteles- Platon Karşılaştırılması”, *Felsefe Dergisi*, S.6, 1995, s. 39.

davranışlar sergilemek ve eşitliğe dikkat etmekle sağlanır. Bu yüzden yasal ve eşitlik ölçütüne uyanlar hukuki olup, bu ölçüte uygun olmayanlar ise hukuk dışıdır.¹⁰⁸

Buradan anlaşılacağı üzere adalet anlayışının iki unsuru meydana çıkar. Birincisi dağıtıcı adalet diğeri ise denkleştirici adalettir. Dağıtıcı adaletten isminden anlaşılacağı üzere kişinin konumu ve ödevleri yapmadaki becerisine göre haklardan yararlanması söz konusudur. Buradan eşitlik mutlak değil görecelidir. Dar anlamda adaletin ikinci çeşidi denkleştirici adalettir. Buna karşılıklı ilişkileri düzenleyici adalet denilebilir. Denkleştirici ve düzeltici adalet anlayışı ise hukuki ilişkide bulunanlar arasında eşitliğin olmasına dayanır. Bu anlayışı günümüzdeki hukukla şöyle değerlendirebiliriz. Örneğin İdare hukukuna göre devlet karşısında hukuksal ilişki olarak bireyle devlet arasında hukuksal eşitliğin bulunduğu, ceza hukukuna göre birinin canına kıyanın ağır cezayla cezalandırılmasını örnek gösterebiliriz.

ARİSTOTELES adaletin yanında ayrıca bir de nesafet (hakkaniyet) kavramına yer vermiştir. Nesafet ile adalet arasında bir ilişki kurmağa çalışmıştır. Ona göre genel ve soyut ilkeleri kişisel ve özel durumlara uygulamak bazen büyük zararlara ve haksızlıklara neden olabilir. Böyle durumlarda mutlaka nesafet ilkesi göz önünde tutulmalıdır. Nesafet yasa koyucunun öngöremediği durumlarda yeni normlar getirme ve uygulama derecesine kadar varabilir.¹⁰⁹

1.2.3.5. AUGUSTINE

Hukukla ilgili düşüncelerini *Tanrısal Devlet* isimli eserinde açıklayan AUGUSTİNE, MS 354-430 yılları arasında yaşamış ortaçağ düşünürlerindendir. O'na göre bir ülkenin ilerlemesi ve başarılı olması *Tanrısal Devlete* bağlıdır. İdeal olanın kilise düşüncesiyle bağdaşır, Tanrı sevgisi ve kurallarının hüküm kılındığı bir devlette adaletin de sağlanacağıdır. Bir devletin kaderinin Tanrı tarafından belirleneceğini, onun istemediği hiç kimsenin yönetici olamayacağını ileri sürmüştür. Bu düşünce hem kilisenin gücünü artırırken, kiliseye bağlı bir yöneticiye de Tanrı'ya dayalı meşruiyet kazandırmaktadır. Yine O'na göre din devletse dine karşı çıkanların da devlet tarafından

¹⁰⁸ TOPAKKAYA, Arslan, "Aristoteles'te Adalet Kavramı", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2009, s. 249.

¹⁰⁹ GÜRİZ, *a.g.e.*, s. 357.

cezalandırılması gerekmektedir. Bu arada dinden çıkanlarla, dini reddedenlerin kanlarının dökülmesine de karşı çıkmıştır.¹¹⁰

1.2.3.6. FARABİ

İnsanı toplumsal varlık olarak kabul eden FARABİ (M.S. 870-950) Ortaçağ İslam düşünürlerindedir. Ona göre insanlar ihtiyaçlarını tek başına karşılayamadığından bir arada yaşamak zorundadırlar. Medeni yaşantının insanların olgunlaşmalarında da etkili olduğunu ileri süren FARABİ; iyiliğin ve kötülüğün insan iradesinin bir sonucu olduğunu söylemiştir. FARABİ'ye göre devlet bir organizma olup, bu organizmadaki organlar ayrı ayrı görevler üstlenmiştir. Örneğin devlet başkanının kalp olduğunu ve faaliyetlerinin de içgüdüyle değil iradeye dayalı olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda ideal bir devletin yöneticilerinin; insanların mutluluğunu amaç edinen, gerçekçi, bilgili ve yüksek ahlaklı kişiler olması gerekliliği üzerine durulmuştur.¹¹¹ Bir başka anlatımla devlet başkanının adaletli olması durumunda adaletin sağlanacağı ileri sürülmüş olması sisteme değil de kişilere bağlı bir düzenden bahsedildiğini düşündürmektedir.

1.2.3.7. Thomas AQUINAS

ARİSTOTLES felsefesine inanan ve bu felsefeyi din dogmaları ile uzlaştırmaya çalışmış ortaçağın ünlü düşünürlerindedir. Hukuk teorisini dört türlü kanunla açıklamıştır. Bunlar; 1-Edebi Kanun, 2-Tabii Kanun, 3-İnsani Kanun, 4-İlahi Kanun'dur. Bu kanunlar insan aklı ile tanrısal akıldan doğan kanunlardır. İnsani kanunların mutlaka ebedi akla dayalı bir başka anlatımla tabii kanuna dayalı olması gerekliliği üzerine durmuştur. Ona göre devletin amacının, çıkardığı kanunlarla adaleti sağlaması gerektiği, aksi halde insanların bu adaletsizlik karşısında ihtilal yapmalarının meşru olacağını ileri sürmüştür.¹¹²

1.2.3.8. Hugo GROTIUS

GROTIUS(1583-1645), doğal hukuk teorisiyle ün kazanmış Hollandalı düşünürdür. Ona göre tabii hukukun ayırıcı özelliği insan aklının emri olmasıdır. Bu

¹¹⁰ GÜRİZ, *a.g.e.*, ss. 180-181.

¹¹¹ GÜRİZ, *a.g.e.*, ss. 182-186.

¹¹² GÜRİZ, *a.g.e.*, ss. 186-188.

düşünceye göre akla dayalı bir hukukun asla değişmeyeceği, hatta Tanrının bile bu hukuku değiştiremeyeceğidir. Bir başka anlatımla ona göre Tanrı iradesi karşısında bağımsız ve nesnel kurum olarak hukuk vardır.¹¹³

GROTIUS toplumsal sözleşmenin gerekliliğinden bahsetmiş, bu sözleşme için halkın yöneticilere kesin itaat etmesi gerektiği fikrini savunmuştur. Hukuk felsefesi yönünden görüşleri devletler hukuku üzerine yoğunlaşmıştır. O'na göre devletlerin hukuk kaynağı tabii hukuktur. GROTIUS, devlet olarak verilen her sözün ve yaptıkları her anlaşmanın devletin asıl görevlerinden olduğu *Pacta sunt servanda* kuralı olarak ileri sürmüştür.¹¹⁴

1.2.3.9. Thomas HOBBS

HOBBS, (1588 - 1679) İngiliz felsefecisidir. 1651 tarihli "Leviathan" adlı çalışması, Batı siyaset felsefesinin izleyeceği yolu çizmiş ve başucu eseri olmuştur. Bugün bir siyaset felsefesi olarak tanınsa da, tarih, geometri, etik, genel felsefe gibi pek çok alanla ilgilenmiştir. HOBBS'i felsefi olarak değerlendirmek gerekirse onu deneyici olarak görmek gerekir. Çünkü O'na göre insan, bilgiyi algılama yoluyla elde eder. Dış dünyada olan hareket duyu sınırları aracılığıyla beyne taşınır ve algılama tamamlanır. Yine ona göre insan hareketlerine yön veren güçtür. Eğer insanda güç varsa iktidar sahibi olmak isteği de insanı etkileyecektir.¹¹⁵

HOBBS, *adalet ve adaletsizlik nedir?* sorusuna şöyle cevap verir; tabiat kanununda hiçbir şey adaletsiz değildir. Meşru ve korunan bir hak tabiat kanununda mevcut değildir. Çünkü ortada bir sözleşme yoktur. Sözleşme olmadığından herkesin her şey üzerinde hakkı mevcuttur. Sözleşmenin varlığında ise, sözleşmemeye uymamak adaletsizliktir. Bu bağlamda adalete aykırı olmayan şeyde adaletli ve meşrudur.¹¹⁶ Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere HOBBS doğal yasa filozofu olarak doğal yasaları savunurken devleti de göz ardı etmiyor. Devletin doğal yasalara uygun yasaları toplumsal sözleşme olarak bu düzenin içine kurması gerektiğini belirtiyor.¹¹⁷

¹¹³ ERTUĞ, Hasan Refik, "Ölümünün 300 üncü Yıldönümü Münasebetiyle:Hugo Grotius", *SBF Dergiler* Cilt 1.S.4.,1943, ss. 697-702.

¹¹⁴ ERTUĞ, *a.g.m.*, s. 702.

¹¹⁵ GÜRİZ, *a.g.e.*, ss.194-195.

¹¹⁶ ZABUNOĞLU, *a.g.e.*, s. 2.

¹¹⁷ GÜLCAN, *a.g.e.*, s. 87.

HOBbes'e göre; devletle toplumsal sözleşme arasındaki bağ şu şekildedir. Doğal devlette sivil toplum olmadığından bu insanlar için dezavantajdır. Bunun sonucu sürtüşmeler ve savaştır. Neden olarak herkesin aynı zamanda aynı şeyi istemesi gösterilebilir. Bu durum ister istemez sürtüşmeleri doğuracaktır. Olması büyük ihtimale bağlı olumsuzlukların önüne geçmenin tek yolu vardır, o da toplumsal sözleşmedir. Toplumsal sözleşmeyle insanlar kendi istekleriyle bazı ödevleri kabul edip, bazı haklardan fedakârlık edecektir. Toplumsal sözleşmenin tarafı devlet olduğundan, devlet toplumda yaşayan bireylerin sözleşmeye uymasını sağlayan güç olarak karşımıza çıkar.¹¹⁸

HOBbes'in sulh yani barış üzerine günümüzde de genel kabul gören bir önerisi vardır. Bu önerisini HOBbes şu şekilde ortaya koyar; "*sana yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma*" der.¹¹⁹ Bu düşünce Hz. MUHAMMED'in "*kendin için istemediğini başkaları için de isteme*" Hadis'i ile birebir uyuşmaktadır. Burada verilen mesaj bir şekilde empati kurulmasına ilişkindir.

HOBbes'e göre insan doğasında onu kavgaya sürükleyen üç şey vardır: *Rekabet, Güvensizlik ve Şöhret*. Bu üç şeyin normal düzeylerde tutulması durumunda doğal olarak düzenin de sağlanacağı ileri sürülebilir. Görüleceği üzere HOBbes doğal hak durumunu savunmakta ama doğal hukuku da barış ve güvenlik için, kaçınılmaz bir koşul olarak görmektedir. Bunun yanında, HOBbes'un devlet şekli olarak da, tek kişinin mutlak yönetimini (Mutlak Monarşi) öngördüğünü belirtmekte fayda vardır. HOBbes, "Leviathan" isimli eserinde; insanların can ve mal güvenliklerini sağlamak için güç ve kudretlerini bir insanda toplamaları gerektiğinden bahseder. Toplumda yaşayan bireyin birçok haktan vazgeçerek, güç ve kudretini bir insana verme zorunluluğu devlet denilen kuruma olan ihtiyacın bir sonucu olarak görünür.¹²⁰

1.2.3.10. John LOCKE

LOCKE (1632- 1704), adalet ve insan hakları konusunda katkıları olan diğer bir filozof olarak karşımıza çıkar. Liberal görüşlüdür. Liberal görüşlü olmasından dolayı toplum için doğal yaşamı ve sözleşme serbestliğini savunur. Doğal yaşamda insanın aklı

¹¹⁸ GÜLCAN, *a.g.e.*, s. 88.

¹¹⁹ ZABUNOĞLU, *a.g.e.*, s. 8.

¹²⁰ GÜLCAN, *a.g.e.*, s. 87.

üstünde hiçbir kuvvet bulunmadığı bir dönem olmakla birlikte bu dönemin de sakıncaları vardı. Mülkiyet hakkı sınırlı ve bireylerin başkalarını aşırıya kaçan cezalandırmaları söz konusuydu. Bu bağlamda Locke bireysel cezalandırmayı kabul etmemekle birlikte, sözleşme serbestini ve bireyin özgürlüğünün bu sınırlar dâhilinde sonsuz olduğunu kabul ediyordu. Zorunlu kötü güç olan devletin bu sözleşmelere uyma zorunluluğu olduğunu, ilk sözleşmenin toplum kurmak için oluşturulduğunu, diğerinin ise siyasal anlaşma için yapıldığını söyler. Burada devlet'in görevinin sözleşmeye uymak, uymaması durumunda bireyin de devlete uymama hakkı olduğunu ileri sürer.¹²¹

1.2.3.11. David HUME

HUME (1711 – 1776), ekonomist, tarihçi ve aydınlanma dönemi İskoç filozoflarından. Deneyimden bağımsız edinilen bilginin doğru olmayacağını, usçuluğun varlık bilgisel kabuller için geçerli bir zemininin olmadığını vurgulamıştır.

HUME, metafizik düşünceye, dinsel boş inançlara, usçuluğun temellerine eleştiriler getirmiştir. Bu düşünceleri kendinden gelen birçok düşünürü etkilemekle kalmamış, MİLL ve KANT gibi düşünürlerin fikirlerinin şekillenmesinde önemli etkileri olmuştur.¹²²

HUME toplumun faydasının sağlanabilmesi için en önemli unsurun adalet olduğunu, adaletinde bir erdem olduğunu, bu erdemin yararlı sonuçları hakkındaki toplumsal sonuçların, adaletin ne derece başarılı olduğunu gösterdiğini söyler. O'na göre eğer her şey bol olsa ve kolay bulunabilir olsa kimse bir şeye ihtiyaç duymayacağından eşit değerdeki bir şeye ihtiyaç olmayacağını, benim diye bir talebin olmaması nedeniyle adalet kavramının erdemler kategorisinde olmayacağını ileri sürer. Bu önermesi üzerinden yola çıkarak toprağın verimli olduğu yerde eğer sulama sorunu yanı su sıkıntısı varsa suyun etkin, verimli ve adaletli dağıtımı için su kanunu çıkarılabileceğini öne sürmektedir. Yani bir şey eksildikçe onun eksikliğinden sorunlar çıkacağını bu sorunların da adaletli kanunlarla aşılabileceğini ileri sürmektedir.¹²³

HUME'a göre Adaletin üç temel ilkesi vardır; mülkiyetin istikrarlı olması,

¹²¹ YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 9.

¹²² ÇELEBİ, Emin, "David Hume'daPsiko - Epistemolojik İlke:Nedensellik", *SÜFD*, S.20. s. 177.

¹²³ ÇELEBİ, *a.g.e.*, ss. 177-178.

mülkiyetin ancak mutabakat ile transfer edilebilmesi ve verilen sözlerin yerine getirilmesi. Eğer mülkiyet istikrarlı değilse daima savaş olur. Eğer mülkiyet mutabakat ile transfer edilmezse ticaret olmaz, sözler tutulmazsa o zamanda birlik olmaz.¹²⁴ Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere ahlak felsefesi boyutunda adaleti değerlendirmiş olan HUME mantıksal önermelerden sonuca ulaşmaktadır.

1.2.3.12. Immanuel KANT

KANT, (1724– 1804) Alman felsefesinin kurucu isimlerinden biri olmuş ve Felsefe tarihinin kendisinden sonraki dönemini belirleyici olarak etkilemiştir.

KANT, eleştirel felsefenin kurucusu olarak kabul edilir. Bilgi kuramını modern felsefenin gelişiminde ön plana çıkartmıştır. KANT'ın gözünde bilim, öncülleri kesin olan ve yöntemleri, felsefi bir kuşkuculuk benimsendiği zaman sorgulanabilen evrensel bir disiplindir. Ayrıca bilim yansızdır ve neseldir. KANT bilimi temellendirdikten sonra, deyim yerindeyse kendisiyle özdeşleşen etik teorisine geçer. En genel anlamda etik anlayışı, rasyonalist bir temel üzerine kuruludur. Daha açık bir deyişle, etik anlayışında evrensel ahlak yasasının temeline doğrudan doğruya akli yerleştirdiği, aklın bize mutluluk amacı için verilmiş olamayacağını, yasa koyduğu için, onun irademiz üzerinde doğrudan bir etkisinin bulunduğunu, ahlak kurallarının insanın pratik aklının zorunlu ve evrensel olarak geçerli ürünleri olduğunu savunduğu için etik alanında rasyonalist bir düşündürür.¹²⁵

KANT'ın felsefesinde anahtar kelime akıldır. "*Kant bir yasanın adil olup olmadığı konusunda temel ölçütün mutluluk olarak belirlenmesine karşıdır: 'Hiçbir geçerli yasama ilkesi mutluluk üzerine kurulamaz'*".¹²⁶ Ona göre; Ceza korkusu, armağan umudu, beğenilme isteği, göreneğe uyma zorunluluğu vb. gibi etkenlerle gerçekleştirilen iyilik, gerçek iyilik değildir. Demek ki usun uygulayıcı olarak çok önemli bir görevi var: İyiliği, özgürlükle, salt iyilik için gerçekleştirmek. Bu özgürlük, duyarlılığın bütün etkilerinden kurtulmuş bir özgürlük olmalıdır. Özgürlük zorlamaz, sadece yükümlü kılar. Törebilimsel yasa, fizik yasa gibi zorunlu olamaz. O, serbest bir

¹²⁴ "A Treatise of Human Nature", <http://spectrum.troy.edu/~sltaylor/theory/hume-selection.html> (Erişim Tarihi : 18/07/2010).

¹²⁵ CEVİZCİ, Ahmet, *Aydınlanma Felsefesi*, Bursa: Ezgi Kitabevi, 2002, s. 253.

¹²⁶ SELÇUK, Fatma Ülkü, "Sosyal Politika: Tarihsel Zorunluluk Yaklaşımı Yerine Liberalizmle Ortaklaşan Temellerden Alternatif Kuramsal İnşalara", *1. Ulusal Çalışma İlişkileri Kongresi*, Sakarya, 2008, Kasım 6-8.

serim işidir. O, kendi yasasını kendisi koyar. Önceden konmuş ve verilmiş bir yasaya uymaz. Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere KANT düşüncelerini ahlak yasaları üzerine kurmuştur. Onun ahlak öğretisi de ödev duygusuna dayanır. Ona göre, insan otonom (özerk) bir varlıktır. Yani bir insan kendi yasasını kendisi koyar ve kendi koyduğu yasaya itaat etmesi de onun özgürlüğüdür.¹²⁷

KANT önermelerini *Idee zu Einer Allgemeinen Geschichte in Weltbürgerlicher Hinsicht*'de sıralar: Bu sıralamanın beşinci sırasında; Doğa'nın İnsan Türü'nü varmaya zorladığı en güçlü amaç, *Adalet'i sağlayan bir Toplum Gayesi'dir*.¹²⁸ Buradan anlaşılacağı üzere KANT en zor, en güç gaye olan adaleti sağlanmasıyla, en iyi toplum düzenine varılacağını ifade etmektedir.

KANT "hukuki" terimleri bol miktarda kullanmıştır. Ona göre yöneticinin vasfi yargıçlıkla birdir. Çünkü o, yöneticiyi yargıç gibi yargılama yapan, yargılama sonucunda da yargılarını gerçekçi şekilde ortaya koyan olarak görür. Bu düşünceden anlaşılacaktır ki KANT yalnızca kendi kavramlarının değil, bahsettiği her şeyin başına bir "yargıç" dizecektir. Kant felsefesinin temel özelliği, mantık çerçevesi içerisinde varlığı hukuki terimler dahilinde düşünebilme çabasıdır.¹²⁹

1.2.3.13. J.Friedrich HEGEL

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, klasik Alman idealizmi düşüncesine nihai ve kesin biçimini vermiş bir filozoftur.¹³⁰ Bununla birlikte Hegel, felsefesinde evren, doğa ve insan varlığını bir arada ele alması nedeniyle sistematik düşüncenin de önemli bir ismi olarak görülmektedir. Sistematik bir düşünür olması, onun hemen hemen her alanda değerlendirmede bulunmasına imkân tanımış olmasının yanı sıra, onu felsefe tarihinin en zor anlaşılır filozoflarından biri haline getirmiştir.¹³¹ Hegel'in bu türde bir üne sahip olmasında, şüphesiz kullandığı dilin de güç kavranılır olması yatmaktadır. Bu güçlüğü rağmen; Hegel düşüncesi getirdiği değerlendirmeler bakımından, çağının

¹²⁷ JOHNSEN, Robert, "Kant, Duty and Respect for Moral Law", <http://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/> (Erişim tarihi: 01/07/2010).

¹²⁸ HİRŞ, Ernest, "Kant'ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi", *AUHFD*, 1946, Cilt 3, Sayı 2-4 s. 274.

¹²⁹ HİRŞ, *a.g.m.*, s. 275.

¹³⁰ HİLAV, Selahattin, *Diyalektik Düşüncenin Tarihi*, İstanbul: Sosyal Yayınlar, 1997, s. 91.

¹³¹ ORMAN, Enver, "Hegel Felsefesi", *Felsefe Söyleşileri*, İstanbul: TMMOB, 2007, s. 96.

tamamlanmış bir düşünce modeli olarak görülür.¹³² Öte yandan, Hegel'in, Herakleitos, Aristoteles ve Kant gibi düşünürlerden alarak geliştirdiği diyalektik yöntem, Hegel felsefesinin temeline yerleşen bir kavram olmakla beraber, diyalektiğin gelişimine sunduğu katkılar bakımından Hegel, çağdaş diyalektiğin kaynağı olarak adlandırılmaktadır.¹³³

Hegel hukuk bilimini felsefenin bir kısmı¹³⁴ olarak ortaya koyar ve hukukun genellikle pozitif bir niteliğe sahip olduğunu dile getirir. Hukukun pozitif bir niteliğe sahip olmasının nedeni belirli bir devlet içerisinde geçerli formel karaktere sahip oluşu ve bunun hukuk biliminin prensibini oluşturmasından kaynaklanır. Bir diğer neden ise içeriği bakımından da pozitif nitelikte olmasıdır. Hukuku içeriği bakımından iki türe ayıran Hegel'e göre bu türler, her halkın özel milli karakterinden, tarihi gelişme düzeyinden ve doğal zorunluluklara bağlı şartların genel bütününden kaynaklanan ve bir pozitif kanun sistemi için, konuların ve alanların dışarıdan verilmiş özel niteliğine evrensel bir kavramın uygulanması zorunluluğundan kaynaklanan türlerdir.¹³⁵ Hegel sisteminde, en genel anlamda özgür iradenin varlığı¹³⁶ olarak tanımlanan hukuk yapısı açısından üç aşamada dile getirilir:¹³⁷

1. Soyut hukuk; serbest iradenin doğrudan doğruya bir aracı olmaksızın var olduğu durumu niteler.

2. Öznel Ahlak; evrensel bir karaktere sahip olmamakla birlikte, serbest özgürlüğün bireyin kendi iç dünyasında gerçekleştiği durumdur.

3. Nesnel Ahlak; somut ve açık olanı ifade eden nesnel ahlak, Hegel'in bütünlük üzerine kurulu felsefesini niteler. Nesnel ahlak, hukukun bir ahlsal olumluluk olarak, bir halkın yaşamından dile getirildiği durumu niteler.

HEGEL'e göre "sübjektif irade özgür irade değildir, objektiflikten yoksundur. Oysa özgür irade, hakiki sonsuz, gerçek bir şekilde ve fiilen mevcuttur"¹³⁸ der. Bunun

¹³² HEGEL, *Hegel: Seçilmiş Parçalar*, Çev.Nejat Bozkurt, İstanbul, Say Yayınları, 2005, s. 35.

¹³³ Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Tokatlı, Attila, *Çağdaş Diyalektiğin Kaynağı Hegel*, İstanbul: Yazko Yayınevi, 1983.

¹³⁴ HEGEL, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev. Cenap Karakaya, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1991, s. 33.

¹³⁵ HEGEL, *a.g.e.*, s. 35.

¹³⁶ HEGEL, *a.g.e.*, s. 9.

¹³⁷ HEGEL, *a.g.e.*, s. 14.

¹³⁸ HEGEL, *a.g.e.*, ss. 50-51.

yanında evrensel iradeden bahseder ve bu iradenin özel iradeyi de kapsadığını, bu halde objektif ahlak planında yer alan insanın hakları olduğu kadar ödevleri de olduğunu ifade eder. Soyut hukuk da kişinin hakkının sağlanmasında bir başkasının vazifesinin olacağını ileri sürerken, toplumsal hukukun bir parçası olarak bireyi ele alır ve o bireyin objektif ahlaklılığını hak ve ödevleriyle bağdaştırır.

1.2.3.14. John Bordley RAWLS

Siyaset felsefesi dâhilinde adalet kuramını ele alıp inceleyen Amerikalı filozoftur. RAWLS'ın (1921 - 2002) temel eseri *A Theory of Justice (Bir Adalet Kuramı)* dır. RAWLS'ın adalet anlayışını oluşturan başlıca iki ilke söz konusudur. Bu ilkelerden birincisi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını gerektirirken, ikinci adalet ilkesi ise, sosyal adaletle ilgili düzenlemelerin yapılmasını gerektirmektedir.¹³⁹

RAWLS'a göre adalet, toplumda mevcut sosyal kurumların erdemidir. Kendisi faydacı görüşe eleştiriler getirirse de, toplumsal sözleşme teorisini geliştirirken faydacı öğretinin unsurlarını kullanmaktan geri kalmamıştır. Adalet teorisinin temel düşüncesi doğruluktur. Adaletin ilkeleri, ilk konuları itibariyle bilgisizlik maskesi arkasındaki temsilciler tarafından oluşturulur.¹⁴⁰

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere RAWLS'ın toplumsal sözleşmesiyle amaçlanan; özgür ve eşit vatandaşlar, düzenli toplum ve kamu kültürü, doğruluk olarak adalet kavramını oluşturan unsurlardır.

Bu yönüyle RAWLS toplumun yapısı için "*doğruluk/haktanırlık olarak adalet*"i önerir. Bunu önerirken de ahlak felsefesi kapsamında ve liberal bir görüş içindedir. Liberal düşüncede asıl olan bireysel eşitliklerdir. Toplumsal sözleşmenin bireyle yapılacağını söylerken, bireye eşit yaklaşılması gerektiğini, toplumsal düzeyde sosyal adaletsizlik oluşması durumunda bu adaletsizliğin birey bazında değil de toplumsal bazda düzeltilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. RAWLS'a göre özgürlük ve fırsat, gelir ve varlık başlıca sosyal iyilerdir. Bu sosyal iyiler eşit biçimde dağıtılır. Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere RAWLS kendine has bir sosyal adalet teorisi geliştirmiştir.¹⁴¹

¹³⁹ UYGUR, *a.g.e.*, s. 34.

¹⁴⁰ GÜLCAN, *a.g.e.*, s. 6.

¹⁴¹ GÜLCAN, *a.g.e.*, s. 7.

1.2.4. Doğal Hukuka Göre Adalet

Doğal hukuk eski Yunandan günümüze gelen bir görüştür ve çeşitli dönemlerde de farklı anlamlar kazanmıştır. Örneğin; Eski Yunanda doğacı hukuk iken, Ortaçağda dini karakterli bir doğal hukuk, aydınlanmada apriori¹⁴² evrensel ilkelere oluşan bir doğal hukuk vardır. Doğal hukuk: İdeal hukuku, belli bir zamanda ve belli bir ülkede gereksinimleri ve insan duygularını en iyi tatmin eden hukuk; *olması gereken* durumu ifade etmek için kullanılır.¹⁴³ Günümüzde ise Kopenhag Kriterleri ya da insan hakları hukukunun evrensel olarak kabul ettiği ilkelere dönüşmüştür.

Doğal hukukla amaçlanan, hak ve adalet kavramlarının gerçekleştirilmesidir. İnsan hakları kişilerin iradelerinin sınırlamalarına bırakılmayacak kadar kutsaldır. Yani bu cümleyi açmak gerekirse, doğal hukuk yasa koyucunun lütuf'uyla veya onun sınırlandırmalarına bırakılmaz, sınırlar ve lütuf doğanın yapısı ve dengesine tabidir. Pozitif hukukun gerçekleştirdiğini ileri sürdüğü adaletin neden olduğu haksızlıklar, bazen daha yüksek düzeyde doğal adaletin varlığı gibi tepkilere yol açmıştır. Hukuk kurallarının katı ve sert uygulamaları toplumsal tepkilere sebep verdiğinden, bu toplumsal tepkiler, doğaya dönük düşüncelere dayanmaktadır. Baskı ve temel insan haklarındaki kısıtlamalar toplumdaki huzursuzlukları artıracığından, devreye doğal hukuk girecek ve bu sayede doğal hukuk sürekli gelişme gösterecektir.¹⁴⁴

Doğal hukuka göre doğa, en büyük yasa koyucudur. İnsanın, toplumun ve her şeyin doğal yapılarından yararlanarak insan davranışları için normlar çıkarılabilir. Bu normlarla toplumsal sorunlara doğal çözümler getirilebilir. Doğal süreçler bütünüyle bir sonuca varırlar.¹⁴⁵ Doğal hukukun içsel yapısı gereği pozitif hukuku da kontrol ettiğini söyleyebiliriz.

Doğal hukuk, zamanla felsefe ve ahlâk sahasından hukuk sahasına geçmiştir. Hukuk kurumlarını ve kavramlarını bir bütün olarak adalet amacına dönüş olarak düşünmektedir. Hukuk normları için yaratıcı tek güç olarak yasa koyucudan bahsetmek yanlıştır. Çünkü yasalar olmadan önce de insanlar arasında adalete dayalı ilişkiler vardı.

¹⁴² Apriori; deneyden önceki kanıt.

¹⁴³ YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 5.

¹⁴⁴ BOZKURT, *a.g.e.*, s. 23.

¹⁴⁵ AKBAY, *a.g.e.*, s. 33.

Doğanın yapısından çıkan, adaleti belirleyen, hukuk normunun içeriğini veren doğal yasalar vardır. İşte tam burada kamu otoritesi yasalarını koyarken bu hassasiyeti dikkate almak zorundadır. Bu görüşten hareketle tüm yasa koyucuların bahsi geçen hassasiyeti göstermesi durumunda ülkelerin pozitif hukuklarının benzer olması kaçınılmazdır. Pozitif hukuk sistemlerine üstün, onlardan önce doğa ve akıldan çıkan sonsuz hukuk bulunduğuna göre, insanın doğuştan hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve bunların korunmaları gerektiği savunulabilir.¹⁴⁶

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere doğal hukuk akımı, insanların doğuştan gelen hak ve özgürlüklerini birinci planda tutar. Bu bağlamda pozitif hukuk normları ikinci plandadır. Hukuk, insanların koyduğu normlardan değil, doğanın yapısından ve insan aklından doğar. Bu nedenle her bölge ve zamana göre değişen pozitif hukuk değil, değişmeyen sonsuz doğal hukuk esastır. Bu nedenle, hukuk normatif bir yapıya değil, sürekli idealist bir yapıya sahiptir. Hukukun normatifliği, hukukun amacı için yeterli değildir. Pozitif hukukun değer kazanabilmesi ve toplumda uyumu yakalayabilmesi için adaletli olması olmazsa olmaz koşullardandır. Öyleyse hukukun asıl hedefi adalettir denilebilir.

Adaletin olmadığı bir yerde pozitif hukuk kuralının devamı zordur. Ancak totaliter bir rejim söz konusu olur ve bu rejim eninde sonunda insanlığın hukukuna yenilmek zorundadır.

Görüleceği üzere adalet, hukukun temeli olduğu kadar yegâne amacdır da. Yani hukukun toplum düzeyinden genel kabul görmesi ve herkesçe saygı görmesi için adaletli olma zorunluluğu vardır.

1.2.5. Faydacı Hukuka Göre Adalet

Doğal hukuk görüşünün tersine toplumda adaletin, refahın, insanların hayatlarını idamesinin sağlanabilmesi için olaylar ve deneylere bağlı olarak bir hukuk anlayışının

¹⁴⁶ ÇOBANOĞLU, Rahmi, *Hukuk Felsefesi Ders Notları*, İÜHF, 1968, ss. 47-49.

doğacağını ileri süren hukuk anlayışı faydacı hukuk anlayışıdır.¹⁴⁷

Faydacı görüşün temeli adalette eşitliğin olmasıdır. İnsanların tam saf anlamıyla eşit olmadıkları bilinen vakadır. Yani statüleri, sağlıklı olmaları gibi etkenler eşitliği bozan etkenlerdir. Bu bağlamda eşit olmayan insanlar arasında en asgari düzeyde de olsa eşitliğin sağlanması gerekir. Bu görüşte asıl unsur toplum ve bireylerin faydasıdır. Toplum ve bireyin faydası nasıl sağlanır sorusuna da cevap olarak adalet düşüncesi ortaya çıkar. Amacın sağlanması için adalet istenir.

Faydacı okulun önde gelenlerinden, John Stuart MİLL özellikle adalet-fayda ilişkileri üzerinde durmuştur. MİLL'e göre bütün dönemlerde fayda ile mutluluğun, iyinin ve kötünün ölçütü olmasına en büyük karşı koyma adalet düşüncesinden geliyordu. Adalet görünüşteki açıklığı ile güçlü bir duygu anlattığından içgüdüye benzeyen bir yapı taşır. Bununla beraber, ona göre düşünürlerin adalet düşüncesi yanlıştır. Çünkü onlara göre adalet eşyanın bir özelliğidir. Adalet duygusunun ilk kökü ile onun yüküm gücü arasında zorunlu bağ yoktur. Adalet duygusu özel bir içgüdüdür. Bununla beraber aklın kontrolünü isteyebilir. Adalet kararları kamu yararının bir kısmını içine alır. Adalet hakkındaki ahlak duygusu yalnızca faydaya bağlı olandan farklı bulunduğu ve olağanüstü durumlar ayrı olmak üzere emirlerinde çok daha kesin olduğundan yalnız adaleti genel faydanın özel bir dalı olarak görmek zordur. Adalet duygusunun yükü ayrı bir kaynağın izi olarak doğar.¹⁴⁸

Faydacı düşünceye göre adalet faydanın bir sonucudur. Bu faydacı adaletin de tarafsızlıkla ve eşitlikle sağlanması gerekliliği vardır. Aksi halde tarafsızlığın ve eşitliğin olmadığı yerde kargaşa hâkim olacaktır. Diğer bir deyişle doğal olarak bu

¹⁴⁷ "Faydacılık (Utilitarianism) Kuramı", herhangi bir eylemin yalnızca o eylemde bulunan kişiye değil, herkese yarar sağlamasını doğruluk ölçüsü olarak alır. İnsanın en iyi sonuçlara yol açacak biçimde davranması gerektiğini savunur. Bentham ve Mill'e göre, mutlak iyi haz duygusunun acıya ağır basması ya da insanın mutluluğudur. Bütün öbür değerlerin ahlaki doğruluğu da bu amaca hizmet edip etmediklerine bağlıdır. Faydacılık iki eylem seçeneğinin karşılaştırılarak hangisinin daha iyi sonuç vereceğini tahmin edilebileceğini varsayar. Bentham'a göre, gerekli "doğru" ve "yanlış" gibi sözcükler yalnızca faydacılık ilkesi ışığında yorumlandıklarında anlamlı olur. İnsan davranışının tek amacı haz duygusunu artırmak olduğundan, herhangi bir davranışın ahlaki doğruluğunun ya da geçerliliğinin belirlenmesinde alınacak ölçüt de bu mutluluk hedefi açısından faydalıdır. Mill'e göre ise, amaçların ya da istek konularının, mutlak ve görelî iyilik ya da kötülüğünü belirleyecek şöyle ya da böyle bir ölçüt olmalıdır. Bu ölçüt, her ne ise birden çok olamaz. Bütün uygulama kurallarının uyması gereken genel ilke ve bunların uyarınca sınanacakları deney, insanların mutluluğuna yaramadığıdır. Bir hak olması demek, toplumun bu hakkın sahipliğinin koruyuculuğunu yapması demektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ana Britannica*, Cilt: 32, 1994, ss. 108-109.

¹⁴⁸ MİLL, John Stuart, Faydacılık, Ankara, MEB Yayınları, 1946, ss. 71-75.

şekilde tesis edilen adalet, toplumda yarattığı huzursuzluk gereği adalet duygusu aranan bir duygu olarak ortaya çıkacaktır. MİLL'e göre, "İnsan soyuna, kendi üyesinden herhangi birinin hareket özgürlüğüne, birey olarak ya da topluca müdahale ettirmeyi haklı kılan neden", korunma amacıdır".¹⁴⁹

Adalet duygusu bir zarardan doğuyorsa, zararı meydana getirenden bunun hesabının sorulması faydacı düşünceye ters düşer. Faydacı düşünceye göre zarar verenin cezalandırılması insanın kendini koruma doğasından ve cezaya karşı sempati duygularından kaynaklanır. Bu duygularında tatmin edilmesi gerekir, işte faydacı düşünce adaleti sadece yasalara ve normlarına uyma olarak görmez. İlkel toplumlarda cezalandırma çok acımasız şekilde yapılırken günümüzde bu konuda bir denge, cezanın amacında topluma kazandırma, bir daha o türden kötü davranışların yapılmaması amaçlanmıştır. Bireysel olarak her vatandaşın yerine getirmesi gereken ödevleri adaletin doğal sonucudur. Onun için adalet olgusunda taraf tutmak doğru bir davranış değildir. Bu düşüncede sosyal faydayı doğurur ki, sosyal faydada her zaman kişisel faydanın önünde yer verilmesi gereken asıl unsur adalettir.¹⁵⁰

Bütün bu düşüncelerine karşın MİLL, adalet ve fayda arasındaki ilişkiyi tam olarak açıklayamamıştır. O'na göre bir fayda kavramı vardır ve o kavram adaleti de kapsar. Fakat adalet mi faydadan doğar, yoksa fayda düşüncesinin bir sonucu mudur? bu tam anlaşılabilir. Kısaca fayda düşüncesi yerine ve olayına göre adaleti doğurur denildiğinde MİLL'e göre pek de yanlış olmaz.¹⁵¹

¹⁴⁹ BURY, John, *Düşünce Özgürlüğünün Tarihi*, Çev. Durul BATU, Erdini Basım ve Yayınevi, 1978 s. 17.

¹⁵⁰ MİLL, *a.g.e.*, ss. 71-75

¹⁵¹ BURY, *a.g.e.*, s. 18

İKİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMANIN İLKESEL VE BELGESEL BOYUTU

2.1.1. Evrensel Hukuk Kurallarında Adil Yargılanma İlkesi

Kanımızca insanın doğası gereği sürekli olarak otoriteye karşı bir başkaldırısı olmuştur. Bu konuda ilk örnek olarak Antik Yunan'ı gösterebiliriz. Nitekim PROTAGORAS tarafından dile getirilen *insan her şeyin ölçüsüdür* düşüncesi, insan hakları alanında bir dönüm noktasıdır. Antik Yunan'ın diğer bir özelliği de Sofistler tarafından başlatılan eleştirilerdir. Sofistler toplumun bütün kurum ve kurallarına saldırı başlatarak, bilinenlerin aslında bilinmediğini ya da zahiri sonuçlar olduğunu ortaya koymaya çalışmışlar, hatta daha ileri giderek bilinenlerin çoğunun yanlış olduğunu ifade etmişlerdir. Fakat bunu yaparken tüm düşüncelere hoşgörü ile bakılması, düşünce gelişimlerinin önünü açmıştır. Halen bugüne kadar gelen bir sürü düşüncede bu hoşgörü etkilerini sürdürmektedir.¹⁵²

Demokratik sistemler oluşmadan önce devletlerin yönetim anlayışında baskı çok sıkça rastlanan bir durumdur. Bu durum karşısında adalet duygusunun yeterince tatmin edilmesi gerekliliği önem kazandı ve bu baskıcı anlayışa son vermek amacıyla 1215 yılında İngiliz halkıyla kral arasında Magna Carta Libertatum (Büyük Sözleşme) imzalandı. İlk siyasi belge niteliğindeki, hak ve hukuku ayıran, aynı zamanda kralın yetkilerini de sınırlayan bu anlaşmayı 1776 tarihli 'Virginia Anayasası' ve 1789 tarihli Fransız 'İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi' gibi belgeler takip etti. Söz konusu belgeler insan hakları kavramının ilk belgeleri sayılır.¹⁵³

Bilindiği gibi Birinci Dünya Savaşı sonrası patlak veren İkinci Dünya Savaşı, insanlık açısından tam bir yıkım olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra devletler, bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda birleşme gereği duydular. Amaç, özgürleşen bireylerin akılcı düşünce ile devletlerini de düzene sokacakları ve bu halde savaşların önleneyeceği idi.

¹⁵² YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 8.

¹⁵³ YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 8.

1948 yılında dünya devletlerince kabul edilen *İnsan Hakları Bildirisi* evrensel bir hukuk kuralı olarak dünya gündemine girmiştir. Bu bildirge ve benzeri belgelerde insan hakları içinde sayılan ve tezin de konusunu oluşturan haklardan biri adil yargılanma hakkıdır.

Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde; herkes hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında... adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir ve hakkında bir suç isnadı bulunan kimse aleni bir yargılanma sonunda hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar suçsuz sayılır. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere adil yargılanma hakkının sağlamaya çalıştığı, herkesin önceden belirli olan hukuk kuralları karşısında, sağlıklı bir yargılama sürecinden geçerek yargılanmasıdır. Bu sebeple *fair trial* olarak da ifade edilen ve Türkçe'ye adil yargılanma hakkı olarak çevrilen bu hakla, tam karşılığı, *centilmence yargılama* yapılması amaçlanmaktadır.¹⁵⁴

2.1.2. Adil Yargılanma ilkesinin Türk Hukuku Dışındaki Tarihi Belgeleri

İnsan haklarının; insanların sadece insan olduklarından dolayı sahip olunan haklardan olduğu, bu haklardan, tezin konusunu oluşturan başlıklardan biri durumundaki “adil yargılanma” isteğinin de herkesin, önceden belirli olan hukuk kuralları karşısında, sağlıklı bir yargılanma sürecinden geçerek gerçekleştirilmesiyle mümkün olabileceği yukarıda ifade edilmişti. İşte bu adil yargılanma hakkı birden bire bugün için ortaya çıkan, yoktan var edilmiş bir hak değildir. Tarihi bir sürece aittir. Bu süreçleri açıklamak konuyu daha da anlaşılır hale getirecektir.

2.1.1.1. Hürriyetlerin Büyük Beratı, (Magna Carta Libertatum)(1215)

İnsan haklarının ilk belgesi 15 Haziran 1215'de, İngiltere Kralı'na kabul ettirilen “*Magna Charta Libertatum*”dır. Aslen, Papa III. Innocent, Kral yurtsuz John ve baronları arasında, kralın yetkileri hususunu karara bağlamak amacıyla imzalanmıştır. Berat; Kral'ın bazı yetkilerinden feragat etmesini, kanunlara uygun davranmasını ve

¹⁵⁴ ÖZEKES, Muhammet, “Adil Yargılanma Hakkı Oyun Teorisi ve Hukuk Eğitiminde Aktif Öğrenim”, *İstanbul Barosu - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojik Bakışlar II Sempozyumu*, İstanbul/7-11 Eylül 2004, 14. Kitap, İstanbul, 2005, s. 85.

hukukun kralın arzu ve isteklerinden daha üstün olduğunu kabul etmesini zorunlu kılıyordu.

MCL'nın adalet ve yargılanmaya ilişkin önemli olan maddeleri şöyle sıralayabiliriz;¹⁵⁵

1-Adalet, satılamaz, geciktirilemez; hiçbir özgür yurttaş, ondan yoksun bırakılamaz.

2-Bundan böyle hiçbir hakim her hangi bir kimseyi ilgili olayda doğru ve güvenilir deliller ortaya koymadan dava edemez.

3-Özgür hiç kimse kendi benzerleri tarafından ülke kanunlarına göre yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mal ve mülkünden yoksun bırakılmayacak, kanun dışı ilan edilmeyecek, sürgün edilmeyecek veya hangi şekilde olursa olsun zarara uğratılmayacaktır.

4-Krallığın yasalarını bilmeyen ve bu yasalara tümüyle uyacağına kanaat getirmediğimiz kişileri hakim, vali, şerif ya da sınırlı yetkili hakim olarak atamayacağız.

Hükümler bir bütün halinde incelendiğinde MCL otoriteyi elinde tutan bir kralın, bu otoriteyi sınırlandırmak zorunda kaldığı bir tarihi belge olarak görülebilir. Peki, kral bu hükümlere uymasa ne olacaktı, onu da bu sözleşmede bir çeşit cezai şart olarak koymuşlardır.¹⁵⁶

Diğer yandan devletin hukukunu bilmeyen hiçbir kimsenin, bu kişiler vali, şerif olsa bile hakim olarak atanmayacak olmaları keyfi uygulamaların önüne geçmede önemli bir gelişmedir. Ayrıca en önemli kısımlarından biri de özgür hiç kimse kendi benzerleri tarafından ülke kanunlarına göre yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek olması anlayışıdır.

¹⁵⁵ ANAL, A.Akın, "Magna carta ve Yönetim Anlayışımız", *Mali Kılavuz Üç Aylık Maliye Dergisi*, 7. (26), Ekim-Aralık 2004, 125-135, s. 125.

¹⁵⁶ Magna Carta'da, zamanına göre yeni olan; Kralın sözünü tutmaması halinde 25 barondan oluşan bir kurulun, mallarının zoralımını (müsadere) yapabileceğini kabul etmesidir. Böylece, Kral'ı gerektiğinde geleneklere uygun hareket etmeye zorlayacak bir töre, kurul geliştirilmiş oluyordu.

Bu belge doğrudan halk kesimlerinin istemlerini yansıtmamakla birlikte, haklar bildirisi olmaktan çok, şikâyetlere ve onların giderilmesine yönelik bir belge olarak karşımıza çıksa da hukukun üstünlüğü ilkesinin birçok ülkede yerleşmesine neden olmuştur.

2.1.1.2. Köylülerin Mektupları (1525)

Hakların tanınması ile ilgili başka bir belge de 1525 tarihli Alman Köylülerinin Mektuplarıdır. Köylü topluluklarının kendi din görevlilerini seçmesi, demokrasi ve toprak reformu talebiyle ilgili on iki belgeden oluşmuştur.¹⁵⁷

Bu belgenin yargı ve ceza içerikli 9 uncu maddesi şöyledir:

*Bugün bize artık mevcut şartlara dayanılarak ceza verilmemektedir. Ama cezalandırılmamızın sebebi, kimi zaman bize duyulan nefret, kimi zamanda bazı insanların korunması ve bu korunmadan cesaret almalarıdır. Bundan böyle, bize ceza verilirken otoritelerin himayesinde olmaktan değil, yasalara dayanmaktan ve koşulları göz önünde tutmaktan hareket edileceğini tahmin ediyoruz.*¹⁵⁸

Maddeden anlaşılacağı üzere keyfi cezalandırmaların yasalardan değil ayrıcalıklı kişilerin subjektif değerlendirmelerinden kaynaklandığıdır. Yasalar önünde bireyin eşit olduğu hiçbir kişisel duygunun yasaları uygulamada geçerli olmaması gerektiği yönündeki serzeniştir. Gerçi bu serzeniş talep sahiplerinde büyük yıkımlara sebebiyet verse de *hiçbir hak kendiliğinden verilmez* önermesinin kanıtlarından biri olarak görülebilir.

2.1.1.3. Haklar Dilekçesi (Petition of Rights), (1628)

İngiltere’de 1625 yılında I. Charles kral olunca krallığın sadece kral tarafından yönetilmesi gerektiği düşüncesiyle parlamentoyu sıkıştırmak için savaş silahını kullanmıştır. Fransa’daki Protestanların zor durumda olduğundan bahisle Fransa’ya savaş açmış, parlamentodan ödenek istemiştir. Bu ödenek daha fazla vergi ve gider

¹⁵⁷ ERBAY, Adviye, “İnsan Hakları ve Demokrasi Açısından Yurttaşlık”, *International Congress On Intercultural Dialogue And Education*. 8. Ekim 2009, Uludağ Üniversitesi, Bursa, s. 2.

¹⁵⁸ GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1997, s. 16.

olduğundan parlamento düşük bir bütçeyle bu savaşa destek vermiş, fakat bu şartlarda İngiltere savaşta başarılı olamamıştır. Bunun üzerine parlamentoyu iki kez fesih eden I.Charles üçüncü kez parlamentoyu toplayıp ödenek istemek zorunda kaldığında kralın bazı yetkilerini kısmak şartıyla parlamento ödenek vermeyi kabul etmiştir.¹⁵⁹

Bu belgede “Hiç kimse, bağlı olduğu hakimin ülke yasalarına uygun bir kararı bulunmadıkça, mal ve can güvenliğinden yoksun bırakılmayacak, yasal bir hüküm olmadan, kişiler tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mallarına el konulmayacak ve miras haklarından mahrum bırakılmayacak”¹⁶⁰ kuralı getirilmiştir. Bu kuralla kişilerin yasalarla bağlı olarak adil yargılanmaları kurallaştırılmıştır.

2.1.1.4. Haksız Tutuklamayı Yasaklayan Yasa (Habeas Corpus Act) (1679)

Kral II. Charles daha önceki krallarla parlamento arasındaki çatışmaları dikkate alarak parlamento ile daha iyi ilişkiler kurmuştur. Onun zamanında kabul edilen yasalardan biri olan HCA’dır. *Habeas Corpus*, “bedenin senin olsun” anlamına gelir, bu bağlamda bu yasanın; kişi güvenliğine yönelik bir yasa olduğu da ifade edilebilir. Adil yargılanma konusunda birebir uygun yasalardan ve öncü diyebileceğimiz bir belge niteliği taşıyan HCA ile kişilerin hâkim kararı olmaksızın keyfi olarak tutuklanmaları, hapsedilmeleri ve öldürülmelerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Bu yasanın tanıdığı bir başka özellik de tutuklu sanıkların bir an önce hâkim karşısına çıkarılmalarını ve yargılamanın en kısa sürede sonuçlandırılması gerektiğini öngörmesidir. İngiltere’de ortaya çıkan bu belgeyle kişi güvenliği ve adil yargılanma konusunda, daha sonra ortaya çıkan birçok önemli belgede HCA hakkı daha çok temel bir hak olarak yer almaktadır.¹⁶¹ Örneğin 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Habeas Corpus hakkını kesin olarak tanımıştır. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları

¹⁵⁹ AKTAN, Coşkun Can, Dilek Dileyici ve Özgür Saraç, *Vergi, Zulüm ve İsyân*, Ankara, Phoenix Yayınevi, 2003.s. 4,5

¹⁶⁰ AKAD, Mehmet, *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997, s. 148.

¹⁶¹ SENCER, Muzaffer, “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:23, Sayı:2, 1990, s. 4.

Bildirisinin bazı hükümleri de HCA'dan izler taşır.

2.1.1.5. Haklar Bildirisi (Bill of Rights), (1688)

İngiliz Parlamentosu tarafından 1688 Büyük Devrimi sonrasında *Bill of Rights* (Haklar Bildirisi) çıkarıldı. Bu bildiri, Kraliçe II. Mary ve eşi III. William tarafından taç giyildikten sonra onaylandı. Bu ferman, parlamentodan onay alınmadıkça, yasaların yürürlükten kaldırılması, vergi toplanması, barış döneminde sürekli ordu beslenmesi konularında kral ve kraliçeye yetki tanımıyor, adil yargılama ve olağan olmayan cezaya çarptırılmamayı doğal haklar arasına katıyordu. Ayrıca fermana göre, seçimler serbest bırakılıyor, parlamento görüşmelerinin sık sık ve halka açık olarak yapılması karara bağlanıyordu. Kısacası bu bildirgeyle kral ve kraliçe sembolik bir konumda bırakılıyordu.¹⁶²

Bu belgede adil yargılanmayı ilgilendirecek kısım “kişilerin yargılanması halinde, yargılamayı yapacak olanların eşit statüde olmasıdır.”¹⁶³ Bu madde ile asıl amaç kendi sınıfından olan hâkimin, kendi sınıfından olmayanlara göre daha adil olacağı düşüncesidir.

2.1.1.6. İhanet Suçu Yargılanması Yasası (Treason Trials Act) (1696)

İngiltere kralı III. William (1650 - 1702) döneminde çıkartılan *İhanet Suçu Yargılanması Yasası* (Treason Trials Act- 1696) ile en ağır suçlardan olan vatana ihanet suçlamalarında yargılanmaya ve savunmaya ilişkin bazı kurallar getirilmiştir. Bu dönemde haksız yere insanlar vatana ihanet ile suçlanıp göstermelik ve savunma hakkı tanınmadan ağır cezalarla cezalandırılıyorlardı.

Bu yasanın getirdiği bazı hakları şöyle sıralayabiliriz; ihanetle suçlanan kişinin avukat tarafından savunma hakkı, suçlamaların tanıklara ve delillere dayandırılması zorunluluğu, suçlamaya ilişkin düzenlenen iddianameden tanıkların isimleri gizli kalmak şartıyla sanığın yargılamadan en az beş gün önceden haberdar olması gibi

¹⁶² ALGANER, Yalçın, ÇETİN, Müzeyyen Özlem, “Avrupa’da Birlik ve Bütünleşme Hareketleri”, *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi*, XXIII S. 2, s. 10.

¹⁶³ GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 41.

hakları düzenliyordu.¹⁶⁴ Bu yasanın adil yargılanmada en önemli belgelerden biri olarak tarihte yerini almasının nedeni çok hassas bir konu olan vatana ihanet suçlamalarında bile suçlanan sanığın bazı haklara sahip olması açısından önem arz etmektedir.

2.1.1.7. Act of Settlement (12 Haziran 1702)

İngiltere Kralları III. William'ın ölümünden sonra tahta çıkacak olan Prenses Anne'nin yaşlı olması, çocuk doğurma olasılığının olmaması, ondan sonra tahta kendi soyundan gelen bir Alman prensin oturma ihtimalinin olması ve ayrıca tahta veraset edecek diğer soyluların Katolik olması söz konusuydu.

Katoliklerin asla Kral olamayacağı yönündeki (1688 Haklar Bildirgesi'nin 5 inci maddesi) yasa bahane edilerek kralın bazı güçlerini de sınırlamak isteyen parlamento 12 Haziran 1702 de *Act of Settlement*'i çıkarmıştır.

Bu yasa ile adil yargılanma kapsamı içindeki yargı bağımsızlığı; yargıçların belirli maaş ile hukuka uygun davrandıkları sürece görevden azledilemeyecekleri ve görevden azletmenin sadece Parlamento'nun her iki kanadına yönelen istem üzerine Kral tarafından yapılabileceği yolundaki düzenlemeyle teminat altına alınmıştır.¹⁶⁵

2.1.1.8. Virginia Haklar Bildirgesi (4 Temmuz 1776)

1774'te Virginia'da yapılan bir kongrede 13 İngiliz kolonisi birleşerek İngiltere'ye karşı koyma kararı almıştır. Kongre kararıyla Thomas Jefferson'ın kaleme aldığı bağımsızlık bildirisi, 4 Temmuz 1776'da ilan edilmiştir. Kişi hakları niteliği taşıyan bu bildiriye göre, "bütün insanlar özgür ve eşittir", "doğuştan haklara sahiptir", "siyasi iktidar halktan kaynaklanır ve ona karşı sorumludur", "halkın ortak yararı gerçekleştiremeyen hükümetleri değiştirme veya feshetme ve yerine bu prensiplere dayalı yeni bir hükümet oluşturma hakkı vardır", "yasama, yargı ve yürütme güçleri birbirinden ayrı ve belirlenmiş olmalıdır", "kimse kendisinin ya da temsilcisinin onayı olmaksızın vergi yükü altına sokulamaz", "kimse kendi aleyhine tanıklığa zorlanamaz",

¹⁶⁴ "Treason Act 1695", http://en.wikipedia.org/wiki/Treason_Act_1695 (Erişim tarihi:16/07/2010).

¹⁶⁵ BİLİK, Erol, "İngilterede 18 Ve 19 Uncu Yüzyıllarda Parlamento Hükümeti ve Anayasa Islahatı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1951, Cilt 8. Sayı 1-2, s. 441.

“basın özgürlüğü”, “askerin sivil güce bağlı olması”, “din ve vicdan özgürlüğü” gibi haklardır.¹⁶⁶

Bu bildirgenin adil yargılanmaya ilişkin en önemli kısmı:

Herkesin ceza davalarında suçlamayı öğrenmek, tanıklara çapraz sorgulama yapmak, jüri önünde davanın ivedi biçimde sonuçlandırmasını istemek hakkının olması ve kimse kendi aleyhine tanıklığa zorlanamamasıdır.¹⁶⁷

Bu bildirmede model olarak da, İngiltere’de 1689’da kabul edilen Temel Haklar Bildirgesi (Bill of Rights) benimsenmiştir.¹⁶⁸ Bildirinin sonunda despotizme karşı ayaklanan koloniler halkının, Amerika Birleşik Devletleri adı altında bağımsız bir devlet kurmaya karar verdikleri de belirtiliyordu.

2.1.1.9. Evrensel İnsan Hakları ve Vatandaşlık Bildirgesi (28 Ağustos 1789)

Fransız halkının Milli Meclis halinde toplanan temsilcilerinin, insan hakları konusunda yayımladığı bildirimdir. Bu bildiriyle insan haklarının devredilemez, insana has ve kutsal bir insan hakkı olduğunu kabul edip bunu yasal olarak yayımlamışlardır. “1789 Bildirgesi, temel insan haklarını, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve zulme karşı direnme olarak saymıştır. Bildirgenin en önemli özelliği, hakların kamu hukuku içinde güvence altına alınmasıdır.”¹⁶⁹

Adil yargılanma ile ilgili maddeleri;

Madde 7: Hiçbir kimse kanunen belirli haller ve kanunun emrettiği şekiller dışında itham edilemez, tutulamaz ve tutuklu bırakılamaz. Keyfi emirlerin verilmesini isteyen, bu emirleri veren, icra eden veya ettiren kimselerin cezalandırılması gerekir. Fakat kanun gereğince, çağrılan veya ele geçirilen her vatandaş, derhal itaatle sorumludur. Karşı koyarsa, suçlu olur.

¹⁶⁶ SAKINÇ, Süreyya, *İnsan Hakları Hakkında Rapor*, 10.03.2000 tarihinde Rektörlük makamı için hazırlanan kişisel rapor. s. 8.

¹⁶⁷ “Virginia Declaration of Rights”, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp (Erişim tarihi:17/07/2010).

¹⁶⁸ SAKINÇ, a.g.e., s. 8.

¹⁶⁹ SAKINÇ, a.g.e., s. 8.

Madde 8: Kanunun, ancak sıkı ve açık surette zaruri olan cezalar koyması gerekir. Bir kimse, ancak suçun işlenmesinden önce kabul, yayın ve ilan edilmiş olan ve usulüne göre uygulanan kanunlar gereğince cezalandırılabilir.

Madde 9: Her şahıs, suçlu olduğu açıklanıncaya kadar suçsuz sayıldığından, tutuklanması gerekiyorsa, kaçmamasını sağlamak için hakkında yapılması zaruri olmayan her türlü şiddet uygulamalarının, kanun tarafından ağır şekilde cezalandırılması gerekir.¹⁷⁰

Adil yargılanma açısından bildirgenin önemi krallık yönetimi devamında madde 7'de işaret edildiği gibi *tutuklanmanın yasal olması*, madde 8'de hüküm altına alınan *suç ve cezalarda yasallık*, nihayetinde madde 9'da ifadesini bulan *Masumiyet karinesi*'dir.

2.1.1.10. 1791 Tarihli Fransız Anayasası

İnsan hakları tarihinin temel taşı oluşturulan 1789 Fransız İhtilali sonucunda yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın başına konulmuştur. Fransa'nın ilk yazılı anayasası olarak Paris'in Karnavale müzesinde sergilenen bu anayasanın tanıtım notunda iki söz yazılıdır. Birincisi "1791 tarihli Fransız Anayasası" diğer not ise "İnsan derisi ile kaplıdır". Bu ikinci sözün anlamı mecazidir. Çünkü orada anlatılmak istenen bu anayasanın yazılması aşamasına kadar çok insanın can verdiği ve acı çektiğidir.¹⁷¹

1791 Tarihli Fransız Anayasası'nın *Yargı Erki* başlıklı kısmı altında adil yargılanmaya ilişkin hususlar yer almaktadır. Bunlar: *Diğer erklerin yargıya müdahale edemeyeceği, doğal yargıç kuralı, yasanın uygulanmasının yargıçta olduğu, aleni yargılama yapılacağı, sanığın avukattan yararlanmasının reddedilemeyeceğidir.*¹⁷²

¹⁷⁰ GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, İstanbul: Beta Yayın, 1986, ss. 564-566.

¹⁷¹ SEZER, Abdullah, "Yeni Anayasa, Yeni Meclis, Yeni Yöntem", *1982 Anayasasının Halk Oyuna Sunuluşunun 27. yılında 7.9.2009 da Ankara düzenlenen Anayasa Toplantısı tebliği*.

¹⁷² GEMALMAZ, a.g.e., s. 54.

2.1.1.11. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights) (10 Aralık 1948)

Birleşmiş Milletler¹⁷³ İnsan Hakları Komisyonu'nun Haziran 1948'de hazırladığı ve birkaç değişiklik yapıldıktan sonra 10 Aralık 1948'de, BM Genel Kurulu'nun Paris'te yapılan oturumunda kabul edilen 30 maddelik bildiridir. Bu bildiri ile amaçlanan II. Dünya savaşında yoğun şekilde yaşanmış olan insan hakları ihlallerinin bir daha yaşanmaması için önlem almaktır.

Adil yargılanmaya ilişkin maddeler 7,8,9,10 ve 11 inci maddelerdir.

Bunlar;

Madde 7- Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.

Madde 8- Herkesin anayasa yada yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.

Madde 9- Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez.

Madde 10- 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.

Madde 11

1. Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır.

¹⁷³ “Genel amaçlı bir dünya örgütü olan Birleşmiş Milletler, ikinci Dünya savaşından hemen sonra, 1945 yılında, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak, uluslar arasında dostça ilişkileri geliştirmek ve güçlendirmek üzere kurulmuştur. Bugün 191 üyesi bulunan Birleşmiş Milletlerin, Türkiye ilk kurucu 51 üyesinden biridir” bkz. <http://www.un.org.tr/> (Erişim tarihi: 17/07/2010).

2. Hiç kimse işlendiği sırada ulusal yada uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.¹⁷⁴

Bu bildiri ile dünya insanları için “yasa önünde eşitlik”, “yargı yoluna başvuru hakkı”, “suçsuz tutuklanmama”, “bağımsız ve aleni yargılanma hakkı”, “masumiyet karinesi”, “suç tarihindeki ceza dışında cezalandırılmama, lehe ceza” gibi hakları düzenlemiş ve üye devlet tarafından imza altına alınmıştır. Her ne kadar bu bildiriye üye ülkeler imza atmış olsa da yaptırımının olmaması yada yaptırım konusunda karar alma sürecinin işleminde sakıncalar dikkate alındığında, çok zaman temenniden ileriye gitmemektedir.¹⁷⁵

Bu bildiri Türkiye’de 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulunca “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması, yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması, beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması” kararlaştırılmıştır. Bu hususa ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁶

2.1.1.12. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966)

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme henüz Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanamamıştır.

KİSHUS da yer alan adil yargılanmaya ilişkin madde;

Madde 14- Adil yargılanma hakkı:

¹⁷⁴ “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”, UNICEF Türkiye için Mullan’lar tarafından tercüme, UNICEF Türkiye- 2004.

¹⁷⁵ YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 14.

¹⁷⁶ “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”, <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html> (Erişim tarihi : 18/07/2010).

1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni (*ordre public*) veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir; ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati veya aile uyuşmazlıkları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir.

2. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir.

3. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, bu isnadın karara bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgari şu haklara sahiptir:

a) Hakkındaki suç isnadının niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilme;

b) Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma;

c) Sebepsiz yere gecikmeden yargılanma;

d) Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme; adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilme ve eğer avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa ücretsiz olarak avukat tayin edilme;

e) Aleyhindeki tanıkları sorguya çekme veya çektirme ve lehindeki tanıkların mahkemeye çıkmalarını ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda sorguya çekilmelerini sağlama,

f) Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma;

g) Kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama.

4. Küçüklerin yargılanmasında küçüklerin yaşlarını ve rehabilitasyonlarını iletme gereğini göz önünde tutacak bir yargılama usulü izlenir.

5. Bir suçtan ötürü mahkûm olan bir kimse, mahkûmiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir.

6. Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkûm olduğunda ve bu mahkûmiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkûmiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılmamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür mahkûmiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir.

7. Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkûm olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz. (Tam metin için bakınız, <http://www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/mevzuat/ub/belgeler/kisiselvesiyasalhaklar.pdf> (Erişim tarihi: 12./07/2010))

Yukarıdaki maddelerden anlaşılacağı üzere adil yargılanma hakkı başlı başına bir sorun olduğundan özel bir düzenlemeyi de beraberinde getirmiştir. Bir başka anlatımla her çağ gibi modern çağın da sorunlarından olan *suç ve ceza* kavramlarının içini dolduran en önemli düzenlemelerden biri adil yargılanma hakkı olduğu gerçeğinin yadsınmaz oluşudur. Her modern toplum globalleşme nedeniyle daha çok birbirine yaklaşmakta, bu yaklaşımda bazı değerleri beraberinde getirmektedir. Bunlardan birinin de adil yargılanma sorunu olduğu açıktır.

2.1.1.13. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan sözleşme, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiş olup ülkemizde sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır. (R.G. 19 Mart 1954-8662)

Ülkemizin de taraf olduğu bu sözleşme nihayetinde “*Adil Yargılanma Hakkı*” maddesi ile karşımıza çıkmaktadır. Madde 6 da ifadesini bulan “*Adil yargılanma hakkı*” şöyledir;

1. Herkes, gerek 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. Hüküm açık oturumda verilir. Ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatların gizliliğini gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak. (Tam metin için bakınız. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> (Erişim tarihi :20/07/2010))

Adil yargılanma hakkı yargı sürecine ilişkin bir hak olmakla birlikte yargılamanın her aşamasını kapsayan bir olgudur. Yargılanan kişi ne ile suçlandığını tüm açıklığıyla bilmesi gerekliliği, bu suçlamalar karşısında suçsuzluğunu ispat edebilmesi için her türlü hakkın kendisine sağlanmasını da içerir. Yargıçların bu haklara riayet etmeleri ve kararlarında da sürpriz bir değerlendirme taşımamalıdır. Adil yargılamayı bir başka anlatımla sağlıklı bir yargı süreci olarak da değerlendirmek mümkündür. Her yargılama sistemi kendine has özellikler taşısa da, sistemin bilinebilirliği ve sonucunda sağlıklı bir sonuç olması gereklidir.¹⁷⁷

2.1.3. Adil Yargılanma İlkesinin Türk Hukuk Sistemindeki Belgeleri

Bu belgelerin iki grup altında incelenmesi gerekir. Birinci grupta cumhuriyet öncesi, ikinci grupta ise cumhuriyet sonrası belgeler yer alır.

2.1.2.1. Cumhuriyet Öncesi Osmanlı Hukukunda Belgeler

Osmanlıdan Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş aşmasına kadar geçen sürede Tanzimat-ı Hayriye adıyla tanınan belge hukuki manada reform hareketinin başlangıcıdır. Bu dönemden öncekiler askeri alanla sınırlı olduğundan toplumsal değişim Tanzimat fermanıyla başlamıştır denilebilir. Osmanlı toplumsal ve idari sistemi *avam-havas* ayrıcalıklarına dayalı olduğu için, bu sistemde yöneticilerle yönetilenler arasındaki ilişkiler *mütekabiliyet* esasına değil, *buyuruculuk* esasına dayalıdır. Dolayısıyla, toplum verilen kararlara *katılan* değil *seyreden* durumundadır.¹⁷⁸

¹⁷⁷ ÖZEKES, *a.g.e.*, s.10.

¹⁷⁸ ÜÇÖK, Çoşkun, - MUMCU, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, Savaş Yayıncılık, 1993, ss. 262,263.

Osmanlı İmparatorluğu her ne karda kapalı bir toplum gibi görünse de Batıdaki her değişim Osmanlı İmparatorluğunu da etkilemiştir. Değişim önünde duramayan Osmanlı İmparatorluğu çöküş sürecinde kendisini yenileme ihtiyacı duymuştur. 1808 Ekiminde imzalanarak padişahın güvenliğinin sağlanması karşılığında ayanların ayrıcalıklarını tanıyacağını taahhüt etmesiyle başlayan Sened-i İttifak süreci, Tanzimat Fermanı (1839), İslahat Fermanı (1856), Adalet Fermanı (1875) ve Kanun-i Esasi (1876)'nin kabulü ile devam etmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılışına dek sürecek bu çabalar Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluşuna kadar sancılı bir şekilde devam etmiştir.

2.1.2.1.1.Tanzimat Fermanı -Gülhane Hattı Hümayunu (1839)

Tanzimat Fermanı¹⁷⁹, bütün vatandaşlara eşit haklar, can ve mal güvenliği, mali, askeri ve adli alanlarda bir dizi ıslahatlar öngörüyordu. Padişah mutlak iradesini sınırlandırmayı kabul ediyor, yönetiminin mevadd-ı esasiye'ye göre çıkarılacak kanunlara göre yürütüleceğini bildiriyordu. Bu fermanla Osmanlı İmparatorluğu keyfi yönetimden, hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı yeni bir yönetime geçmeyi vaad ediliyordu.¹⁸⁰

Tanzimat Fermanı'nın sonuçları olarak niteleyebileceğimiz Şura-yı Devlet (bu günkü Danıştay) 1861 yılında, adalet işlerine bakacak Divan-ı Ahkam-ı Adliye (bu günkü Yargıtay) ise 1868 yılında kurulmuştur.

3 Kasım 1839 da okunan bu ferman, devlet alanında ve temel hürriyetler alanında yeni düzenlemeleri içermektedir. Bu ferman bazılarına göre Türklerin ilk haklar beyannamesi olarak görünse de; yabancı devletlerin baskılarının sonucu çıkarıldığı bilinmektedir.¹⁸¹ Fermanın adil yargılanmaya ilişkin olarak getirdiği yenilik; Padişahın ceza verme yetkisini, mahkemelere devrediyor olması ve cezalar, mahkemelerce, açık ve ayrıntılı görülecek davalar sonucunda verilecek olmasıdır.

¹⁷⁹ 3 Kasım 1839'da okunan Tanzimat Fermanı, Türk tarihinde demokratikleşmenin ilk somut adımıdır. Abdülmecit döneminde Hariciye Nazırı Mustafa Reşit Paşa tarafından okunmuştur. (Gülhane Parkı'nda okunması nedeniyle) Gülhane Hatt-ı Hümayunu veya Tanzimat-ı Hayriye de denir. Geniş bilgi için Bkz. ÜÇÖK - MUMCU, *a.g.e.*, ss. 262-289.

¹⁸⁰ Geniş bilgi için bkz.:AYTEPE, Oğuz, *Atatürk ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2001, s. 36.

¹⁸¹ ÜÇÖK - MUMCU, *a.g.e.*, s. 288.

İdamların yargılanma sonucu olacağı gizli, yada açık idam ve ceza uygulanmayacağı kabul edilmiştir.¹⁸²

2.1.2.1.2. Islahat Fermanı (1856)

Bu fermanın adil yargılanma alanında getirdiği en önemli özellik Müslüman ve gayrimüslimler arasındaki ayrıcalıkların kaldırılması, vatandaşlık hukukunun getirilmesidir. Islahat Fermanı hukuk devletine doğru ulaşmada atılmış ilk adım olarak karşımıza çıkar.¹⁸³ Bu fermanla yasalar karşısında mutlak eşitliği öngörmesi bakımından önemlidir. Bu fermanlar yasalar önünde herkes eşit kılınmış bu halde yargılanmada eşit olmayanların adil yargılanma önündeki engellerde kaldırılmıştır. Yine bu ferman köleliği kaldırarak, köle ticaretini de yasaklaması, işkence ve eziyet edenlere ceza getirmesi de dikkate alındığında kimsenin yargılanmadan cezalandırılmayacağı ilkesi kurala bağlanmıştır.¹⁸⁴

2.1.2.1.3. Adalet Fermanı (1875)

Adalet Fermanı, bir kimsenin yargı kararı olmadan hapiste kalmasına ya da yasaların öngördüğünden fazla bir cezayla cezalandırılmasına neden olan bir hüküm verilmesi durumunda, bu hükmü veren divanların başkan ve üyelerinin sorumlu tutulacağını düzenlemekle birlikte, adil yargılanma alanında getirdiği diğer bir yenilik ise yargıçların azledilemezliği, yer değiştirilmezliği ve emeklilik hususlarıdır. Bu ferman bağımsız yargı için atılmış önemli bir adımdır.¹⁸⁵

2.1.2.1.4. Kanun-i Esasi (1876)

23 Aralık 1876 tarihinde, ilk yazılı anayasa yürürlüğe girdi. Bu anayasa ile tabii yargıç ilkesi 81. maddede hüküm altına alınmış, kanun önünde eşitlik; müsadere ve angarya yasağı gibi adil yargılanmaya yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Anayasa, yürürlüğe girdikten sonra, Anayasanın içeriğini doldurmakla yükümlü olan meclis

¹⁸² YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 15.

¹⁸³ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s. 46.

¹⁸⁴ YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 15.

¹⁸⁵ AKILLIOĞLU, *a.g.e.*, s. 126.

II. Abdülhamit tarafından dağıtılınca, yasal açıdan çokça bir şey ifade etmeyen Anayasa 1 yıl sonra askıya alınmış ve 32 yıl boyunca uygulanmamıştır.¹⁸⁶

2.1.2.2. Cumhuriyet Sonrası Türk Hukukunda Belgeler

2.1.2.2.1. 1924 Anayasası

1921 Anayasası olağanüstü döneme ait olduğundan üç yıllık süreç içinde yetersiz kalınca 20 Nisan 1924 de 105 maddeden oluşan yeni anayasa çıkarılmıştır. 1924 Anayasası yargı yetkisini bağımsız mahkemelere vermiştir.

Anayasa, yargı organlarının verdiği kararların Türkiye Büyük Millet Meclisi ile İcra Vekilleri Heyeti'nce değiştirilemeyeceğini ve yerine getirilmesine mani olunamayacağını hüküm altına alarak, yargı kararlarına hem teminat hem de bağımsızlık getirmiştir. 1924 Anayasası, 1921 Anayasası'nın aksine yargı kuvvetini Meclise vermemiş, bağımsız mahkemelere bırakmıştır. Yine bu Anayasa'da *alenilik ilkesi ve savunma hakkı* gibi adil yargılanma açısından önemli maddelere yer verilmiştir.

2.1.2.2.2. 1961 Anayasası

1960 Anayasası; askeri darbe sonrası oluşturulan kurucu meclis tarafından halkoylamasına sunulmuş, çoğunluğun oyuyla yürürlüğe giren bu Anayasa ile hukuk alanında birçok değişiklik yapılmıştır. Yeni Anayasa ile; Anayasa Mahkemesi kurulmuş, Yasama yorumu kaldırılmış, Hâkimlik teminatı getirilmiştir. Kuvvetler ayrılığı benimsenmiş, yargı bağımsızlaştırılmıştır. Danıştay'ın görev alanının daraltılmasına karşın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulmuştur. Bu Anayasa ile ilk kez *insan haklarına dayalı* bir devlet tanımı 2. madde ile getirilmiştir. Yine adil yargılanma babında 32. Maddede *doğal hakim ilkesi*, 132. Maddede *mahkemelerin bağımsızlığı* 133. Maddede *hakimlik teminatı*, 134. maddede *alenilik ilkesi* getirilmiştir.

2.1.2.2.3. 1971 Anayasa Değişikliği

1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile uygulamada aksaklıklar yaratan birçok madde değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden biri de olağanüstü yargı

¹⁸⁶ YÜRÜK – KARAKUL, *a.g.e.*, s. 15.

mercilerinden biri olarak Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri'nin getirilmiş olması ve doğal hâkim ilkesi ortadan kaldırılarak bazı durum ve davalar için özel ve olağanüstü yargı kolu getirilmiş olmasıdır.¹⁸⁷

2.1.2.2.4. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın Adil yargılanma konusunda getirdiği yenilikleri sıralarsak; bunların ilki, erkler ayrılığı açısından önemli olarak yargı yetkisini kullanan mahkemelerin bu yetkiyi *Türk Milleti* adına kullanacakları yolundaki hükmüdür. Yine 1961 Anayasası'nın 2. Maddesinde “insan haklarına dayalı” devlet biçimi olarak tanımlı iken, 192 Anayasası ile devlet biçimi “insan haklarına saygılı” olarak değiştirilmiştir. Bu anayasa ile *makul süre* kavramı hukukumuza kazandırılmıştır. Makul süre; yargılanmada, soruşturmada ve kovuşturmada göz önüne alınması gereken bir süredir. Yine diğer Anayasalarda olduğu gibi hâkim bağımsızlığı korunmuş, fakat hâkimlerin özlük hakları yönünde yargı yoluna başvurma hakları kaldırılmıştır.

¹⁸⁷ SOYSAL, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek Yayıncılık, 1974, s. 193.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADİL YARGILANMANIN PRATİK BOYUTU

3.1. ADİL YARGILANMA İLKESİ KAPSAMINDA EVRENSEL HUKUK

Adil yargılanma ilkesinin, günümüze gelişi tarihsel boyutta belgeleriyle birlikte ortaya konulmasından sonra yapılacak iş, adil yargılanma ilkesinin günümüzde vardığı yeri ve Türkiye bağlamındaki konumuyla, öneminin ortaya konulmasıdır.

3.1.1. Adil Yargılanma İlkesi Kapsamında Türkiye'nin Taraf Olduğu Sözleşmeler

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmeler yoluyla adil yargılanma talebine ilişkin evrensel boyutta iki ana kaynağı mevcuttur. Bunlar uluslararası sözleşmeler ışığında *Adil Yargılanma Hakkı* nın yer aldığı sözleşmeler olup bu sözleşmeler Birleşmiş Milletlerle yapılanlar, diğeri de Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşme*'sidir.

3.1.1.1. “Adil Yargılanma Hakkının” Yer Aldığı Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

Bu sözleşmeler İHEB ve BMKSHS' dir. Biri bildiri niteliğinde diğeri ise sözleşme niteliğindedir.

3.1.1.1.1. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)

Bu bildirgenin adil yargılanmaya ilişkin 10 uncu maddesi ile *Masumiyet Karinesi* ve *Kanunsuz ceza olmaz* ilkesini düzenleyen 11 inci maddesi mevcuttur. İlgili maddelerle adil yargılanma hakkı evrensel bir kural olarak belgelerde yerini almıştır. (ilgili maddeler için bkz tezin 2.1.1.11. başlığı)

3.1.1.1.2. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar Arası Sözleşmesi (BMKSHS)

Bu sözleşmenin (tam metin için bkz. BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi. <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (Erişim tarihi: 18/07/2010)) 14 üncü Maddesi *Adil yargılanma hakkı*' nı düzenler. Bu sözleşme ile Adil Yargılanma Hakkı evrensel hukuk kuralı olarak yerini almıştır. Türkiye, insan hakları ve

demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen "Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi"ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Bugüne kadar BM üyesi 188 ülkeden 144'ünün imzaladığı Sözleşme; halen TBMM'de onaylanmadığı için yürürlükte olan bir sözleşme değildir.

3.1.1.2. İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS)

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen bu sözleşmenin (tam metin için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. Protokol ile yeniden düzenlenen metin. http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html (Erişim Tarihi:17/07/2010)) 6. Maddesi “Adil Yargılanma Hakkı” ile ilgili hükümleri (11.Protokol ile Değişik Metin) içermektedir. Bu sözleşme aynı zamanda ülkemizce onaylanmış ve yürürlüğü olan bir sözleşmedir.

3.2. 2010 ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ (AI) RAPORUNDA ADİL YARGILANMA SORUNU

Uluslararası Af Örgütü'nün 2010 yılı Raporuna¹⁸⁸ göre, insan haklarının adil yargılanma yönünden sorunlu görüldüğü ülkelerin yönetim şekilleri ve adil yargılanmaya ilişkin konulara eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirileri ülkesel olarak incelemek gerekirse; adil yargılanma sorunu bütüncül anlamda daha iyi görünecektir:

3.2.1. Afganistan

Afganistan Demokratik Cumhuriyeti, merkezi Asya'da dağlık bir kara devleti olup başkenti Kabil'dir. Afganistan'da, ABD ve müttefiklerinin Taliban'ı yenmesinden sonra yapılan seçim sonucunda kurulan hükümet ve dolayısıyla Afgan halkı, ekonomik ve sosyal açıdan zorluklarla mücadeleye devam etmektedir. Üstelik bu savaş Taliban'ı bitiremediği için iç savaş durumu halen devam etmektedir. Ülkede yaşanan kaos, savaşın ardında bıraktığı sefalet, ülkenin fiziki yapısından kaynaklanan zorlu yaşam şartlarına, Afgan ve uluslar arası güçler tarafından yapılan insan hakları ihlalleri

¹⁸⁸ 2010 Uluslar arası Af Örgütü Raporu, İstanbul: Uluslar Af Örgütü Yay., 2010.

Uluslararası Af Örgütü'nün raporlarına yansımakta ve “adil yargılanmaya” ilişkin eleştiriler getirilmektedir. Şöyle ki;

Yüzlerce Afgan'ın yasal bir otorite ve ona uygun bir süreç olmadan keyfi olarak gözaltına alınmaya devam edilmesi, NATO ve ABD güçlerinin tutukluları, kendilerini işkence ve diğer kötü muamelelerin, keyfi gözaltıların ve adil olmayan mahkemelerin beklediği Afganistan'ın istihbarat örgütü Ulusal Güvenlik Müdürlüğü'ne (UGM) vermeye devam etmesi, yasa uygulayıcılar sözleşme yükümlülüklerine uymamak, aile anlaşmazlıkları ve “ahlaki suçlar” denen suçlamalar gibi Ceza Yasası'nda olmayan suçlamalarla, insanları yasadışı gözaltına almalar ve hatta bazı durumlarda yargulamalar olmuştur. UGM, gazeteciler dahil insanları “kamu güvenliği için tehlike veya devlet güvenliği ve güvenlik” gibi Afgan yasalarında çok belirsizce tanımlanmış eylemlerden gözaltına alıp tutulamaktadır. Yargılama süreçleri savunmaya savunmasını hazırlamak için yeterli zaman vermemek, yasal temsilci eksikliği, yetersiz kanıtlara dayanmak veya işkence ve diğer kötü muameleyle elde edilmiş kanıtlara dayanmak ve savunmanın tanık çağırma ve sorgulama hakkı gibi adil uluslararası standartların gerisine düşmüştür.¹⁸⁹

3.2.2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika kıtasında Kuzey Amerika'da olan ve yönetim şekli Federal Cumhuriyet olan Amerika Birleşik Devletleri göçmenlerle ve uluslararası terörizmle mücadele ettiğinden, Uluslararası Af Örgütü raporlarında, adil yargılanma ile ilgili eleştiriler şu yöndedir;

Haziran ayında ABD Yüksek Mahkemesi beş erkeğin, Küba hükümetinin kayıt dışı ajanlığını yapmaktan ve ilintili suçlardan 2001 tarihli mahkumiyetleri ile ilgili temyiz başvurusunu kabul etmedi. BM Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu 2005 senesinin Mayıs ayında, bu beş kişiye adil yargılanma garantisi sağlanamaması sebebiyle tutukluluklarının keyfi olduğunu ifade etmişti.¹⁹⁰

3.2.3. Birleşik Krallık (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı)

Batı Avrupa, Kuzey Atlas Okyanusu ile Kuzey Denizi arasında, Fransa'nın kuzeybatısında yer alan Birleşik Krallık (BK) meşruti krallıkla yönetilir. Uluslar arası

¹⁸⁹ 2010 Uluslar arası Af Örgütü Raporu, (AI), a.g.e., s.57.

¹⁹⁰ “Amerika Birleşik Devletleri”, AI, a.g.e., ss.59-61.

düzeyde terörizmle mücadele ettiğinden ‘AI’ raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştiriler şu yöndedir;

Şubat ayında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi oybirliğiyle, BK'nın dokuz yabancı uyruklu kişiyi terör şüphesiyle alıkoyarak hürriyet hakkını ihlal ettiğine hükmetti. Söz konusu kişileri suçlama veya yargılama olmaksızın gözaltında tutmak, bu kişilerle BK vatandaşları arasında haklı gösterilemeyecek şekilde ayrımcılık yarattı. Mahkeme ayrıca dokuz kişinin dördünün kendi aleyhlerindeki iddialara etkin şekilde karşı koyamadıklarını, çünkü hükümetin dayandığı açık belgelerin genel ifadelerden ibaret olduğuna ve ulusal mahkemenin tutukluluğu sürdürme kararının sadece veya önemli ölçüde, ne şüphelilerin ne de seçtikleri avukatların erişimi olmayan gizli belgelere dayandığına karar verdi. Mahkeme ayrıca dokuz kişinin her birinin yukarıda bahsi geçen ihlaller için tazminat hakkından da mahrum bırakıldığına hükmetti.¹⁹¹

3.2.4. Bolivya

Güney Amerika'nın orta kesiminde yer alan Bolivya'nın yönetim biçimi başkanlık tipi cumhuriyettir. Demokrasinin yerleşmediği, sıkıntılı bir süreç geçiren Bolivya'nın ‘AI’ raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

Yargının bağımsızlığı konusundaki endişeler devam etti. Siyasi gerilimler kilit kurumların yargı reformu ile ilgili teklifleri koordineli bir biçimde görüşebilmesini zorlaştırdı. Son kalan Anayasa Mahkemesi hakimi Haziran ayında, arkasında, anayasal güvencelerin gözetimi için herhangi bir mekanizma olmadan ve birikmiş 4,000'in üzerinde dava bırakarak istifa etti. Süregelen istikrarsızlık ve adalet sistemindeki siyasallaşmanın, uluslararası adil yargılama standartlarının uygulanmasını zayıflatabileceği endişeleri vardı. 2009 senesinde, bazı Yüksek Mahkeme hakimleri de dahil olmak üzere çok sayıda hakim ve hukukçu görevden men edildi ve usulsüzlükle suçlandı. Aralarında, Kara Ekim davasını kasten ertelediği iddiası ile Mayıs ayında görevi askıya alınan Yüksek Mahkeme Başkanı Eddy Fernández de bulunuyordu. Yasal sorunların kamuoyunca iyi bilinen birçok davanın seyrini engellemesi, siyasi müdahale iddialarına neden oldu. Örneğin 2008 senesinin Eylül ayında Pando bölgesinde baş gösteren ve çoğu çiftçi 19 kişinin ölümüne neden olan şiddet olayları ile ilgili davanın seyrini yargı sorunları yavaşlattı. Davaların bazılarında atanan hakimlerin tarafsız davranmadığı iddiaları, daha fazla usul sorunlarına yol açtı.¹⁹²

¹⁹¹ “Birleşik Krallık”, *AI*, a.g.e., ss. 81-85.

¹⁹² “Bolivya”, *AI*, a.g.e., ss. 85-86 .

3.2.5. Bulgaristan

Avrupa ülkesi olan Bulgaristan çok partili demokrasi ile yönetilmektedir. Demokrasinin yeni yerleşmeye başladığı bir ülke olarak, sıkıntılı bir süreç geçiren Bulgaristan'ın 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

Bulgaristan'ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önerdiği makul bir zaman içinde açık bir duruşmaya çıkma hakkını ihlal ettiği saptandı. Valentin Ivanov'un hukuk işlemleri 1992 yılının Mayıs ayında başlayarak 2000 yılının Kasım ayına kadar devam ederek 8 yıldan uzun sürdü. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunun "makul zaman" sınırını aştığına ve geçmişte de Bulgaristan'ın aynı konuda sık sık hak ihlalleri yaptığına karar verdi.¹⁹³

3.2.6. Cezayir

Kuzey Afrika'da, Akdeniz kıyısında bulunan Cezayir, başkanlık tipi cumhuriyetle yönetilmektedir. Cezayir'in, şeriat yanlısı terörizmle mücadele ettiğinden 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir ;

Terörizm zanlısı bireylerin adil yargılanma hakkına saygı duyulmadı. Bazıları askeri mahkemelerde yargılandı. Bazılarına özellikle de yargılama öncesi gözaltı sürecinde yasal destek hakkı tanınmadı. Yetkililer tutuklulara işkence ve diğer kötü muamele iddialarını soruşturmadı ve mahkemeler işkence ve diğer kötü muamelelerle alındığı söylenen "itirafları" bu iddiaları soruşturmadan suçlanan sanıkların ifadesi olarak kabul etti.¹⁹⁴

3.2.7. Çad

Orta Afrika ülkesi olan Çad tek partili Cumhuriyetle yönetilmektedir. Demokrasinin yerleşmediği, sıkıntılı bir süreç geçiren Çad'ın 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

Yetkililer sık sık insanları tutukladılar ve keyfi bir biçimde herhangi bir suçlama olmaksızın gözaltında tuttular. Bazıları ziyaretin yasak olduğu güvenlik güçlerinin binalarında tutuluyorlardı.¹⁹⁵

¹⁹³ "Bulgaristan", *AI*, a.g.e., ss. 93-95.

¹⁹⁴ "Cezayir" *AI*, a.g.e., ss. 98-100

¹⁹⁵ "Çad", *AI*, a.g.e., ss. 101-103.

3.2.8. Gine- Bissau

Batı Afrika'da, Atlas Okyanusu'na bakan Gine- Bissau başkanlık tipi cumhuriyetle yönetilmektedir. Askeri yönetimlerle demokrasisi kesintiye uğrayan bir ülke olarak 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir ;

Askerler hükümete karşı komplo kurmakla suçladıkları sivilleri ve askerleri keyfi olarak tutukladılar. Tutuklamalar bir yetkilendirme ile yapılmadı. Tutuklular askeri bölgelerde bir suçlama yada mahkeme olmadan yasal süre olan 48 saati aşarak haftalarca hatta aylarca tutuldu. Genel Kurmay Başkanı'ni öldürmekle suçlanarak Mart ayında tutuklanan beş asker tutukluluklarını yasallaştırmak için sulh ceza mahkemesine aylarca çıkarılmadılar. Sene sonunda henüz yargılanmaya başlamamışlardı.¹⁹⁶

3.2.9. Mısır

Uluslar arası Af Örgütünün 2010 raporunda adil yargılama yönünden eleştirilen Kuzey Doğu Afrika'da Akdeniz kıyısında bulunan ülkelerden olan Mısır, çok partili demokratik bir sistemle yönetilmektedir. En üst yönetici olan ve genel seçimle seçilen cumhurbaşkanının yetkileri çok geniştir. Başbakan, Cumhurbaşkanı tarafından tayin edilir. Yasama yetkisi 454 üyeli ve üyeleri genel seçimle belirlenen parlamentodadır. Mısır'da evlilik, boşanma gibi özel haller hakkında İslâm hükümleri, ticaretle, cezalandırmada ve idari mekanizmada ise Avrupa'dan ithal edilmiş kanunlar uygulanır. Yani karma bir hukuk sistemi hâkimdir. Mısır terörle uğraşan bir ülke olarak 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

Uluslararası adil yargılanma standartlarını ihlal ederek, sivillerin askeri mahkemelerde ağır şekilde haksız yargılanmaları devam etti. En az üç sivil bu davalarda suçlu bulundu ve iki yıla kadar hapis cezasına mahkum edildi. Yüksek Devlet Güvenlik Mahkemesi, Müslüman Kardeşler örgütünün 18 üyesinin, 2008 senesinin Nisan ayında Kahire'nin kuzeyindeki Haikstip Yüksek Askeri Mahkemesi'nde yapılan haksız yargılama ile yedi yıla kadar hapis cezalarına mahkum olduktan sonra yaptıkları temyiz başvurularını, reddetti. Temmuz ayında bir idari mahkeme, 18 kişi arasından cezalarının dörtte üçünü tamamlamış olan 13 kişinin serbest bırakılmasına karar verdi ancak sene sonunda hepsi cezaevinde tutulmaya devam ediyorlardı.¹⁹⁷

¹⁹⁶ "Gine- Bissau", *AI, a.g.e.*, ss. 141-142.

¹⁹⁷ "Mısır", *AI, a.g.e.*, ss. 234-238.

3.2.10. Türkiye

Asya, Avrupa ve Afrika kıtalarının birbirine çok yaklaştığı bir alanda yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin yönetim biçimi parlamenter demokrasidir. Uzun yıllardır bitmeyen terörle uğraşan bir ülke olarak Türkiye'nin 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

Uzun süren ve adil olmayan davalar, özellikle terörle mücadele yasaları uyarınca yargılanan sanıkların durumunda, süregeldi. Çocuklar yetişkinlerle aynı prosedürler altında yargılandı ve bazen şiddet kullanıldığı iddia edilen gösterilere katıldıkları gerekçesiyle, kanıtlanmamış ve güvenilmez deliller temelinde ve adil olmayan yasalar uyarınca mahkum edildi. Mart ayında, 14 yaşında olan A.Y. "terör örgütünün propagandasını yapmak" ve "terör örgütüne üye olmak" suçlarından mahkum oldu. İddiaya göre, 2008 yılının Ekim ayında bir gösteriye katılmıştı. A.Y., uç yıl bir ay 15 gün hapse mahkum oldu. Yıl sonunda temyiz sureci devam ediyordu.¹⁹⁸

3.2.11. Ukrayna

Doğu Avrupa ülkesi olan Ukrayna'nın yönetim biçimi başkanlık tipi cumhuriyettir. Yönetim biçimi ve ekonomik sıkıntıları olan Ukrayna'nın 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

7 Temmuz tarihinde Balaklava Bölge Mahkemesi Igor Koktysh'nin Belarus'a sınır dışı edilmesini beklerken tutuklu olmasına yaptığı itirazı görüşmeyi reddetti. Bu sınır dışı etme prosedüründe hiçbir çözüm olmadığını gösterdi. Igor Koktysh Belarus'un cinayet iddiası ile yargılanması için geri gönderilmesini istemesinden sonra 25 Haziran 2007 tarihinden beri tutukluymuştu. Belarus'ta cinayet suçuna ölüm cezası verilebiliyordu. Bu suçtan beraat etmişti ve 2001 yılında Yüksek Mahkeme, kararı 1 Şubat 2002 tarihinde onayladı. 11 Nisan 2002 tarihinde Belarus Baş Savcısı beraat kararına itiraz etti ve dava yeniden görüşülmek üzere mahkemeye döndü. Igor Koktysh bir muhalefet aktivisti idi ve genç uyuşturucu kullanıcılarını iyileştirmeye çalışıyordu. 2003 yılının Ekim ayında Ukrayna'ya geldi, 2006 başkanlık seçimlerinde muhalefeti desteklemeye devam etti. 2007 yılının Ekim ayında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne geri gönderilmesi ve tutukluluğu için başvurdu. Mahkeme, Ukrayna'ya tutukluyu, davasını görüşünceye kadar Belarus'a geri göndermeme çağrısında bulundu ve hakkındaki iddiaların ifade özgürlüğü hakkını

¹⁹⁸ "Türkiye", AI, a.g.e., ss. 352.

*barışçıl bir biçimde kullandığı için Belarus yetkilileri tarafından uydurulmuş olabileceğini belirtti.*¹⁹⁹

3.2.12. Yemen

Bir Ortadoğu ülkesi olan Yemen çok partili demokratik sisteme dayalı bir cumhuriyet rejimiyle yönetilmektedir. İki Yemen'in birleşme sürecini oluşturan geçiş döneminde Cumhurbaşkanlığını eski Kuzey Yemen Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı Yardımcılığını eski Güney Yemen Sosyalist Parti Genel Sekreteri, Başbakanlığı da yine eski Güney Yemen Devlet Başkanı yaptı. İki Yemen'in birleşmesindeki sancılı dönemle uğraşan Yemen'in 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

*Yetkililer güneyde ve başka yerlerdeki gösterilerde ve Sa'da'daki yeniden başlayan çatışmalarda binlerce insanı gözaltına aldı. Tutuklananların büyük kısmı serbest bırakıldı veya yargılandı. Diğerleri, daha çok önceki yıllarda tutuklananlar, Ceza İhtisas Mahkemesi'nde (SCC) adil olmayan bir yargılanmayla ölüm cezasına veya hapis cezasına mahkum edildiler. İşkence ve diğer kötü muameleler iddia edildi ve gözaltında en az bir ölüm vardı. Yetkililer bu ve diğer ihlalleri ve hükümet güçlerinin yasadışı öldürmelerini soruşturmadı. Hükümet medyanın kontrolünü sıkılaştırdı. Kadınlar ayrımcılığın ve şiddetin hedefi olmaya devam etti. Yetkililer Somali'den gelen mültecileri ve sığınmacıları koruyabildiler ama orada kendilerini bekleyen risklere rağmen Suudi Arabistan'dan gelen terörizm şüphelilerini zorla geri gönderdiler. En az 30 kişinin ölüm cezası infaz edildi.*²⁰⁰

3.2.13. Yeni Zelanda

Adil yargılanma konusunda eleştirilerde bulunan diğer bir ülke Yeni Zelanda'dır. Güney Büyük Okyanus'da bir ada ülkesi olan Yeni Zelanda'nın yönetim biçimi 'Parlamber Demokrasi' olup, Devlet Başkanı Kraliçe Elizabeth II'dir. Kraliçe Elizabeth II adına yönetim onun tarafından atanmış Genel Vali Annad Satyanand tarafından temsil edilir. Değiştirilmez Anayasası yoktur, İngiltere ve Yeni Zelanda Hükümetlerinin çıkardıkları kanunlardan oluşur.

Yeni Zelanda yeni yerleşime açık ve yaşanabilirliği açısından cazip bir ülke olması nedeniyle göçmenlerle uğraştığından AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

¹⁹⁹ "Ukrayna", *AI, a.g.e.*, ss. 330-331.

²⁰⁰ "Yemen", *AI, a.g.e.*, ss. 338-341.

Kasım ayında yolcu tarama sistemi ile birlikte Göçmen Yasası yürürlüğe girdi. Yasa Göçmen Bölümü'nün Baş Yöneticisini bir bireye Yeni Zelanda'ya gelmek için uçağa binmesini bir neden göstermeden izin vermeme hakkı veriyordu. Bu, eğer ülkelerinde yargılanma riskleri varsa iltica talebinde bulunanları teşhir ederek zarar verecekti. Yasa ayrıca iltica talebi reddedilenlerin yasal temyiz haklarını kaldırıyordu.²⁰¹

3.2.14. Yunanistan

Balkan yarımadasında kurulan Yunanistan'ın yönetim biçimi parlamenter demokrasidir. Avrupa Birliği'nin Asya'ya açılan bölgesinde olması nedeniyle kaçak göçmenlerle uğraşmaktadır. Yunanistan'ın 'AI' raporunda adil yargılanma ile ilgili eleştirisi şu yöndedir;

Yerel ve uluslar arası STK'ların bu gruplarda yer alan bazı bireylerin keyfi olarak sınır dışı edildiklerine dair iddiaları oldu. Haziran ayında 3772/2009 sayılı Yasa yabancıların, en az üç ay hapis cezasına olanak veren suçlar da dahil olmak üzere herhangi bir suç ile suçlanması durumunda idari olarak sınırdışı edilmesine izin verdi. Sığınmacılar açıkça hükmün dışında tutulmadılar. Aynı yasa idari gözaltı süresini 3 aydan 6 aya arttırırken, belirli şartlar altında bu sürenin 12 ay daha uzatılma olasılığını da tanıdı ve maksimum süre böylece 18 ay oldu. Çocuk kabul merkezlerindeki yer sıkıntısı sebebiyle, refakatsiz çocuklar bazı tesislerde iki buçuk aya kadar gözaltında tutuldu.²⁰²

Adil yargılanma açısından dikkat edileceği üzere ülkelerin yönetimlerinin ne olduğunun önemi bulunmamaktadır. Yani ister en demokratik rejimle yönetiliyor olsun, ister en baskıcı rejimle yönetiliyor olsun, adil yargılanmaya dair tüm olumsuzluklar uğraştıkları sorunlarla yakından ilişkilidir. "AI" Raporu bize şunu göstermektedir ki; ülkelerin uğraştığı sorunlar kendi rejimi için sorun oluşturuyorsa adalet ve hukuk göz ardı edilebilir.

Türkiye ile ilgili adil yargılanma bazında yapılan eleştirilen azlığı ve yargılama süreçlerinin tamamlanmamış olması hususu birlikte değerlendirildiğinde görülecektir ki, ülkemiz adil yargılanma hakkı konusunda önemli yol kat etmiştir. Buda gösteriyor ki, AB uyum süreci çerçevesinde yenilenen yasalarla adil yargılanma hakkı daha da kuvvetlendirilmiştir.

²⁰¹ "Yeni Zellenda", *AI, a.g.e.*, ss. 341-342.

²⁰² "Yunanistan", *AI, a.g.e.*, ss. 342-344.

Bu açıklamalara felsefi boyutta bir yorum getirilmek gerekirse, eski Yunan Sofistlerinden THRASYMACHUS'un dediği gibi değerlendirmek yanlış olmaz sanırım. Çünkü O, *adaleti, güçlünün işine yarayan* olarak görür. Bu düşünce paralelinde yukarıdaki ihlallerin gerekçesi daha kolay anlaşılacaktır.

3.3. TÜRKİYE'DE ADİL YARGILANMA İLKESİNE OLAN TALEBİN ORTAYA ÇIKIŞI

Osmanlı Devletindeki yargılama yetkisi Beylikler döneminden itibaren atanmış yargıçlara bırakılmıştır. Yargıçlar şeriat adına hüküm verdikleri için yargı işlerine müdahale etmeme Osmanlı Devleti'nin yerleşik uygulamalarındandır.²⁰³

Osmanlı Devletinin hukuk düzeninin şeriat üzerine kurulu olması nedeniyle *Ulema* denilen bir sınıf doğmuş, ulemalar eğitim, din ve yargı işlerini üstlenmişlerdir. Bunlar şer'i hükümleri uygulaması nedeniyle Padişah'ın bunlara müdahale yetkisi yoktu. Fakat kadıları doğrudan atama yetkisi ve bunların başı sayılan kazaskerleri atama yetkisi padişahların hukuk düzeni üzerinde etkisi olduğunun da bir göstergesi olarak kabul edilmiştir.²⁰⁴

Osmanlı Devletinde şer'i kurallar dışında tüm yasama yetkisi, siyasi ve hukuksal anlamda Padişaha bağlıydı. Padişahın sonraki en büyük ikinci güç Vezir-i Azam olmakla birlikte, yetkileri Padişahın iradesi ile sınırlıydı. Padişah bazı devlet sorunlarını devlet büyüklerinin bulunduğu Devlet-i Hümayun denilen kurulda çözüme kavuşturuyordu. Bu kurulun örfi hukuk kuralları koyabilir olması nedeniyle yargı yetkisi de vardı. Ayrıca yargıçları, yargı kararlarını denetleme yetkisi olması nedeniyle bir çeşit üst yargı kurulu olarak çalışmıştır.²⁰⁵

Osmanlı'da Tazminat dönemine kadar görev yapan şer'i mahkemeler; kadılar ve kadı yardımcılarında oluşan tek yargıçlı ve genel olarak tek dereceli yargılamaların yapıldığı mahkemelerdir. Sistemik temyiz mercii mevcut değildi. Fakat bazen Divan-i Hümayun, yargıçların kararlarını temyiz mahkemesi gibi denetlemiştir.²⁰⁶

²⁰³ ÜÇOK, Çoşkun,- MUMCU, Ahmet, -BOZKURT Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Savaş Yayıncılık, 1996, s. 45.

²⁰⁴ AYDIN, M.Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta Yayın ve Dağıtım, 1999, s. 80.

²⁰⁵ MUMCU, Ahmet, *Hukuksal ve Sayısal Karar Organı Olarak Divan-i Hümayun*, Ankara:1986, s. 36.

²⁰⁶ MUMCU, Ahmet, *a.g.e.*,s. 87.

Tazminat döneminde Osmanlı Devleti 19.yüzyıldaki gelişmelerden etkilenmiş yargı sisteminde bazı değişiklikler yapmak zorunda kalmıştır.²⁰⁷ Yargılama düzenlemeleri II.Mahmut döneminin sonlarında, yasama ve yargı yetkisi bulunan “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” kurulmuştur.²⁰⁸ Bunlar dışında şer’i kurallar dışında yabancıların baskısıyla ticaret mahkemeleri, sarraflar arasındaki uyuşmazlıklara bakan Meclis-i Muhasebe, deniz ticaretinde doğan uyuşmazlıklarda yerel meclisler kurulmuştur.²⁰⁹

19 yüzyıldaki gelişmeler Osmanlı’da bazı değişiklikler meydana getirmiştir. Bu değişikliklerden biri de, adil yargılanma yolundaki taleplerden doğduğundan ilk önce Tanzimat Fermanı -Gülhane Hattı Hümayunu, Islahat Fermanı, Adalet Fermanı ve Kanun-i Esasi kabul edilmiştir.

Osmanlı Devleti’nin yıkılmasıyla kurulan Türkiye Cumhuriyeti’nin, uluslararası kuruluşlara üyeliği ve globalleşen dünya düzeni içinde imzaladığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights), BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar Arası Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, adil yargılanma taleplerini karşılayan iç hukukumuz açısından da geçerli belgeler olmuştur.

Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti’nin Anayasalarında da adil yargılanma taleplerini karşılayan değişiklikler mevcuttur. (Geniş bilgi için bkz 3.Bölüm 3.1. ve devamı.)

3.4. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İŞLEYİŞİNİN HUKUKSAL VE PRATİK YAPISI

3.4.1. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı sözü ve ruhuyla en güncel anlamı AİHS’nin 6. maddesinde ifade bulunduğundan bu madde kapsamında tüm hukuksal ve pratik yapısının ele alınması gerekir.

²⁰⁷ YETİŞ, Kazım, “Tazminat Karşısındaki Tavırların Tasnifi Konusunda Bir Deneme”, *Tazminat’ın 150.Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, 31Ekim -3Kasım 1989 Ankara, TTK Yayınları*, 1994, s. 118.

²⁰⁸ KARAL, Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi*, Ankara: TTK Yayınları, 1988, s. 20.

²⁰⁹ BELGESAY, M.Reşit, “Tanzimat I”, *Tazminat ve Adliye Teşkilatı*, İstanbul, 1940, s. 214.

3.4.1.1.Kavram ve Kapsamı

Kavram olarak adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde ifade bulmuştur. Bu maddeye göre adil yargılanmadan bahsedebilmek için ortada medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili “Niza” (uyuşmazlık-“dispute”), hakkını arayan bir kişiye karşı “cezai alanda yönetilen suçlamalar” ve belirli ölçülerde idare hukuku davalarındaki uyuşmazlıklar söz konusu olmalıdır. Avrupa Birliği’nin ortak kabulü olan “adil yargılanma” birçok kuralı içerisinde barındırmaktadır. Bu kuralların ihlallerini denetleyen mahkeme olarak karşımıza çıkan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) incelemesini soyut değil, dava konusu usulün gerekçeleri yönünden yapmaktadır.²¹⁰

AİHS’nin 6. maddesi bir yandan adil yargılanmaya ilişkin ilkeleri ortaya koyarken öte yandan modern bir toplumun zaman içinde gösterdiği gelişmelere bağlı olarak söz konusu maddenin geniş yorumlanması sonucunu da doğurmaktadır. Buna yorum yöntemi olarak “özerk kavramlar” anlayışı da denilmektedir. AİHM bu yorumu yaparken, maddenin fıkralarındaki hükümlerden hareketle kavramlara yeni anlamlar yükleyerek bu maddenin içeriğini geniş tutmaya, bu maddede olmayan unsurları da eklemeye devam etmektedir. Örneğin hakkaniyete uygun kavramından hareketle “silahların eşitliği”, “çelişmeli yargılama” , “özel uygulama biçimleri” gibi kavramlar getirmiştir.²¹¹

Adil yargılanmanın kapsamı AİHS in 6. maddesinin 2. fıkrasında işaret edilmiştir. Bu fıkrada medeni hak ve yükümlülüklerin, bir suç isnadıyla yapılan yargılamalarla sınırlı olduğu görülse de, olayın niteliğine ve durumuna göre çeşitli değerlendirmeler çıkmaktadır. Bu değerlendirmeleri yaparken o ülkenin değerleri bir bütün olarak alınıp karar verilmemektedir. Netice itibarıyla ortak bir Avrupalı kültürü oluşturma açısından da değerlendirmeler yapılmaktadır. Örneğin disiplin hukukunun işletilmesi sonucu, eğer sonuçta adli yönden bir ceza yoksa bu yöndeki uygulamaları suç isnadı olarak görmemektedir.²¹² Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere AİHM, adil yargılanma kapsamını değerlendirirken maddeye bağlı kalsa da, yorumlama tekniği

²¹⁰ İNCEOĞLU, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Ankara: Şen Matbaa, Kasım,2007, s. 9.

²¹¹ İNCEOĞLU, a.g.e., s. 10.

²¹² Bkz. Appl no. 8496/79, X v. U.K.08.10.1980, 21 dr 168 (disiplin soruşturması sonucu görevine son verilen polislin soruşturması bir suç isnadı olarak kabul edilmemiştir.)

olarak özerk kavramlardan hareketle olayın niteliğine göre değişik kararlar verebilmektedir.²¹³

AİHM ‘nin medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin “niza”ların neler olduğuna ilişkin içtihatları mevcuttur. Bunlara göre uyuşmazlığın gerçekte var olup ciddi bir niteliğinin olması, uyuşmazlığın medeni bir haktan doğmuş olması, uyuşmazlığın bir haktan doğabileceği gibi bir fiilin kullanımından da doğabileceği, sözleşme hukukundan doğan uyuşmazlıklarda aşırı teknik anlamdan çok, şekilcilikten uzak öze ilişkin olması gerekliliğidir.²¹⁴

Suç isnadından kasıt “bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi” olarak tanımlanabilir. Bu tanım aynı zamanda şüphelinin durumunun esaslı biçimde etkilenip etkilenmediğini belirleyen ölçüt ile de uyumludur.²¹⁵

3.4.1.2. Mahkemeye Başvurma Hakkı

Bir yerde adaletsizlik varsa, orada en önemli sorun adalettir. Modern toplumlarda adaletsizliğin ortadan kaldırılacağı yerler mahkemelerdir. Aksi halde herkes kendi adaletini sağlamaya çalışırsa o yerde hukuktan bahsetmek mümkün olmadığından ancak bir kaostan bahsedebiliriz. Mahkemeye başvurma hakkı, hukukun en temel prensiplerindedir. Her bireyin hak aramasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve bu yoldaki engellerin kaldırılması gerekmektedir. Ancak bu hak, mutlak bir hak olmayıp bazı sınırlamaları içermektedir. Bu konuda küçüklere, akıl hastalığı veya zayıflığı olanlara, hükümlülere, müflislere yönelik doğrudan sınırlamalar olabileceği gibi, avukatla görüşme hakkının tanınmaması, adli yardım verilmemesi (yargı süreci içindeki masrafların kişinin ödeme gücünü aşması durumunda maddi ve ücretsiz avukat yardımı sağlanmaması gibi durumlar) ve dava açma süresiyle temyiz süresinin kısa tutulması gibi dolaylı sınırlamalar da yer alabilir. Mahkemenin yargı yetkisine yönelik sınırlamalar ise tam bir yargı yetkisinin bulunmaması, idarenin bazı işlem ve

²¹³ İNCEOĞLU, *a.g.e.*, s. 21.

²¹⁴ DUTERTRE, Gilles, *AİHM Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, s. 141.

²¹⁵ DUTERTRE, Gilles, *a.g.e.*, s. 150 Deweer –Belçika davası. 27.02.1980 tarihli karar.

eylemlerinin yargı denetimi dışında tutulması, dokunulmazlık ve muafiyetler tanınması halinde karşımıza çıkmaktadır.²¹⁶

AHİM tarafından verilen GOLDER kararına göre; başvurma hakkının sağlanmasıyla adil yargılanmanın teminat altına alınmış olunacağı, aksi halde hakkaniyetten bahsedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.²¹⁷ Öte yandan AHİM "Ashingdame" davasında mahkemeye başvurma hakkının üç kritere göre sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bunlar, a) meşru bir amaç, b) hakkın özünün zedelenmesi ve c) orantılı olmasıdır.²¹⁸

Mahkemeye başvurma hakkı özel hukuk uyuşmazlıkları, idari işlem ve eylemlerle, ceza davaları açısından geçerli bir haktır. Ayrıca idari para cezalarında bu hak kapsamındadır. Mahkemeye başvurma hakkının içeriğinde kişinin kendine isnad edilen suçla ilgili davanın devamı yanında, bir yargıç ve mahkemece yargılanma hakkını da içerir.²¹⁹

3.4.1.3. Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı

AİHS'nin 6/1 maddesinde ifade bulan yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemeden bahsetmesinden anlaşılacağı üzere bu kural: yasayla kurulmuş, her türlü organ, kurum ve kişiden bağımsız, davanın taraflarına karşı nesnel, yargılama usulü güvencesine sahip bir yargı yerini ifade etmektedir.²²⁰

AİHM 'in içtihadına göre mahkeme; "*maddi anlamıyla üstlendiği yargı işlevine göre nitelik kazanır. Bir başka deyişle mahkeme, yetkisi dahilindeki konuları hukuk kuralları temelinde, belirlenen usule bağlı olarak görülen davaların neticesinde karara bağlayan mercidir.*"²²¹

²¹⁶ "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından", *Tusiad Basın Bülteni*, 19 Ocak 2004 TS/BAS-BÜL/04-08.

²¹⁷ GOLDER, v.Ireland, 09.10.1979, prg. 25.

²¹⁸ Ashingdame v. U.K. 28.05.1985, prg. 57.

²¹⁹ İNCEOĞLU, *a.g.e.*, ss. 22-23.

²²⁰ İNCEOĞLU, *a.g.e.*, s. 30.

²²¹ DUTERTRE, *a.g.e.*, s. 160 H.Belçika davasının 30.11.1987 tarihli kararı.

Yine AİHM'e göre, mahkeme sözcüğünden anlaşılması gereken, bir ülkenin standart yargı mekanizması içindeki klasik mahkeme olarak anlaşılmaması gerektiği bir içtihadında belirtilmiştir.²²²

AİHM 'in içtihadına göre; bağımsız mahkeme kavramının tanımında şu unsurlar vardır: Önce mahkemenin bir yasaya dayalı olarak kurulması gerekir. Yasaya dayalı kurulan mahkeme kesin kararlarını verirken bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Bu bağlamda verilen kararların bir merciin veya şahsın onayına dayanması durumunda mahkemeden bahsedilemez. Bu mahkemelerin yargıçları: tarafsız, bağımsız, yansız, önyargısız tamamen objektif olmalıdır. Öte yandan bu yargıçların atama biçimleri objektif kriterlere dayanmalı, görev süreleri önceden bilinebilir olmalı ve bütün bu düzenlemeler bir yasaya dayanmalıdır. Ayrıca yürütmenin müdahalelerine de kapalı olması gereklidir.²²³

Bir mahkemenin olması adil yargılanma için yeterli değildir. Bunun için ayrıca mahkemeye erişim hakkının da etkin olması gereklidir. Bu hakkı kişi kendi başına kullanabilir olsa da maddi imkânsızlıkları ve mevzuatın karmaşıklığı karşısında hukuki bir yardımın da yapılması gereklidir.²²⁴

3.4.1.4. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

AİHS'nin 6. maddesinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkından bahsedilmekte ve bu hak hem ceza yargılanmasında hem de medeni hak ve yükümlülükleri karara bağlayan yargılamalar için geçerli haktır. Hakkaniyete uygun yargılamanın gerçekleşmesi için, bir yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam kullanılması ile uyumlu olması gereklidir.²²⁵

AİHM içtihatlarında adil yargılanma hakkı kavramı için; *"kural olarak, aynı zamanda bir davanın taraflarının gösterilen deliller veya sunulan mütalaalar hakkında*

²²² DUTERTRE, *a.g.e.*, s.160 X.- Birleşik Krallık davasının 05.11.1981 tarihli kararı.

²²³ "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından", *Tusiad Basın Bülteni*, 19 Ocak 2004 TS/BAS-BÜL/04-08.

²²⁴ DUTERTRE, *a.g.e.*, s. 154.

²²⁵ İNCEOĞLU, *a.g.e.*, s. 44.

*bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirmesi hakkını da içinde barındırır*²²⁶ olarak tanımlamış, bu görüşü güçlendiren diğer kararında ise; *”Burada asıl önemli olan, davacıların adaletin işleyişinde güvenidir ki, bu da diğer hususların yanı sıra, davacıların dosyadaki tüm belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatı bulduklarını bilmelerine bağlıdır.”*²²⁷ Yolundaki içtihatları bize adil yargılama için savunma hakkının önemini göstermektedir. Öte yandan kişilerin bilmeleri, yani bilgilendirmeleri anladıkları dilde yapılmalıdır. Bunun için yargılamanın her aşamasında kişiye ücretsiz tercüman sağlanmalıdır.²²⁸

Bir yargılama yapılırken davada taraf olanların savunma haklarının yeterince ve tam olarak yerine getirmelerine imkân sağlanması gereklidir. Aksi halde orada hakkaniyete uygun yargılamadan bahsedilemez. Bu unsura “silahların eşitliği ilkesi” denilmektedir. Diğer bir deyişle yargılama sırasında taraflar tamamen eşit olduğu gibi bu eşitlik davanın her aşamasında geçerlidir. Bir başka önemli hususta kişinin kendi aleyhine tanıklığa zorlanamayacağıdır. Hakkaniyete uygun yargılanmanın diğer bir şartı da mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerekliliğidir. Bir başka anlatımla yargılamanın nasıl yapıldığı, hangi kanuna dayandığı, delilleri, tanıkları ve sonucunun neler olduğunun mahkeme kararında mutlaka olması gerekliliğidir.²²⁹

3.4.1.5. Aleniyet İlkesi

AİHS ‘nın 6/1. maddesi aleniyet ilkesini de içermektedir. Bu madde ile sözleşmeyi kabul eden devletlere iki yükümlülük getirilmiştir. Birincisi davanın aleni (açık) duruşma ile görülmesi , ikincisi ise kararın aleni olarak açıklanmasıdır. Bu iki ilke ile gizli karar ve yargılamaların önüne geçilmek istenilmiştir. Bu halde yargılama sürecinin açık toplum, açık bilgi ilkeleri doğrultusunda yargıya güvenin sağlanması amaçlanılmıştır.²³⁰ Bahsi geçen hak mutlak hak olmayıp olayın niteliği ve durumuna göre AHİS 6. maddeye göre sınırlamalarının olabileceği de açıktır. Bu sınırlamalar toplumun düzeni, kamu yararı, tarafların zararı, küçüğün korunması, ahlak yararı,

²²⁶ DUTERTRE, *a.g.e.*, s. 167, (Lobo Machado- Portekiz ve Vermeulen- Belçika davaları 20.02.1996 tarihli karar).

²²⁷ DUTERTRE, *a.g.e.*, s. 167, (Nideröst- Hubber kararı).

²²⁸ İNCEOĞLU, *a.g.e.*, s. 58.

²²⁹ “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından”, *Tusiad Basın Bülteni* 19 Ocak 2004 TS/BAS-BÜL/04-08.

²³⁰ İNCEOĞLU, *a.g.e.*, s. 101.

adaletin selametinin sağlanması gibi durumları kapsadığı, bu hallerde davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensuplarına veya halka kapatılacağı sözleşmeyle hüküm altına alınmıştır.

3.4.1.6. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Gecikmiş adaletin adalet olmadığı, bu haliyle adaletten sağlanması düşünülen faydanın durumuna göre ortadan kalkacağı hususu tartışmasızdır. Çok uzun süren bir yargılama sürecinin beraberinde getireceği olumsuzlukların ortadan kalkması için AİHS'in 6/1. maddesi bu hususu hüküm altına almıştır. Hüküm altına alınca bu husus ayrıca AİHM tarafından da geniş içtihatları ile desteklemiştir.²³¹

Makul süreden kasıt belli standart bir süre değildir. Bu süre olayın niteliğine göre değişiklik arz etmektedir. Makul süre değerlendirmeleri üç kritere göre yapılmaktadır. Bunlar; a) dava bu kadar süre uzun sürecektir kadar karmaşık mıdır? b) yargılama sırasında başvuru tutumu davanın sonuçlandırılmasında gecikmeye sebebiyet vermiş midir? c) yargılama sürecinin uzamasında milli mercilerin tutumunun rolü nedir? Bu kriterler tek başına değil bir bütün olarak ele alınan değerlendirmelerdir.²³²

3.5. İDARE HUKUKU KAPSAMINDA ADİL YARGILANMA SORUNUNA DAİR ÖRNEK MAHKEME KARARLARI

3.5.1. Anayasa Mahkemesi (AYM)' nin Bakışı

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden biri de "hukuk güvenliği ilkesi"dir. Buna göre yasal düzenlemeler, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer

²³¹ İNCEOĞLU, *a.g.e.*, s. 109.

²³² İNCEOĞLU, *a.g.e.*, s. 117.

vermeyecek şekilde belirli, açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmalıdır.

AYM'nın adil yargılanma hakkına bakışını gösterir birkaç kararın irdelenmesi;

1-Hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı konusunda AYM 1988 tarihli bir kararda aynen şöyle denilmektedir:

Hukuk devletinin, işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yargı denetimini etkinlikle yaygınlaştırıp sürdürmesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasa koyucu da dahil devletin tüm organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumayı, adil bir hukuk düzeni kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir. Yasaların üstünde yasa koyucunun uymak zorunda bulunduğu Anayasa ve temel hukuk ilkeleri vardır. Anayasada öngörülen devletin amacı ve varlığı ile bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanında olumsuz tepkiler yaratır.²³³

Bu karardan anlaşılacağı üzere hukuk devletinin olmazsa olmazlarından birinin insan haklarına saygılı, adil bir hukuk düzeninin olması gerekliliğidir. Bu bağlamda yapılacak bütün yasal düzenlemelerin bu kuralla bağdaşır olma zorunluluğu vardır. AYM bu ön kabulü yaparken gücünü tamamıyla Anayasadan almıştır. Çünkü 1982 Anayasası İnsan hakları ve adil yargılanmaya dair birçok maddeyi içermektedir.

2- AYM yapılan yargılama sonucu 2010 tarihli bir kararında; idari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran kuralların, hak arama özgürlüğünü sınırladığı, kamu düzenini bozduğu, ayrıca hâkimlere tanınan yargı yetkisinin kullanılmasını engellediği, bu halde Anayasa'nın 2., 9., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırılık olduğu ileri sürülmesi üzerine yapılan yargılamada,

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." denilmektedir. Maddeyle

²³³ AYM, "E. 1987/ 16, K. 1988/8 sayılı kararı," R.G. Tarih-Sayı :23.08.1988-19908.

güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir... Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşulunu oluşturur. İtiraz konusu kural uyarınca, yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi, idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır.²³⁴

gereğesiyle iptal kararı vermiştir. Bu hüküm ile AYM, bahsi geçen kanun maddesinin getirdiği yargı kısıntısını adil yargılanma hakkı ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptal etmiştir. Bir başka anlatımla bu kararda alınan kıstas anayasada mevcut adil yargılanma hakkı maddesidir. Bu haliyle AYM adil yargılanma hakkının içeriğini genel kabul görmüş ilkelerle doldurduğu açıktır.

3-AYM 2010 tarihli bir kararın da; AYM hukuk devleti ile ilgili şu tespiti yapmaktadır;

Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan bireylerin temel haklarının korunması, diğer unsurları yanında, adil yargılanma hakkının tanınmasını da içermektedir. Mahkeme önünde adil yargılanma hakkının bireylerce kullanılabilmesi her şeyden önce kişinin madde kapsamına giren medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar veya cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye müracaat hakkını; bu hakkın kullanılmasından sonra da davasının makul sürede görülmesini isteme hakkını içermektedir.²³⁵

Bu kararıyla AYM hukuk devletinin gereklerinden biri olarak adil yargılanma hakkını kabul etmektedir. Bu tespitten hareketle denilebilir ki; adil yargılanma hakkı hukuk devletinin olmazsa olmazlardandır. Bu tespit adil yargılanma hakkının ne derecede önemli bir boyut taşıdığına açık göstergesidir.

²³⁴ AYM, "E. 2008/ 77, K. 2010/77 sayılı kararı", R.G. Tarih-Sayı : 30.10.2010-27744.

²³⁵ AYM, "E. 2009/ 69, K. 2010/79 sayılı kararı", R.G. Tarih-Sayı : 22.10.2010-27737.

3.5.2. Danıştay'ın Bakışı

1-Danıştay 2006 tarihli bir kararında; mevzuattaki karmaşıklığın dikkate alındığında, kişilerin hangi haklara sahip olduğunu bilmelerinin adil yargılanma hakkı önünde bir engel olduğu, bu halde haklarında tesis edilen işlemlerde bu hakların neler olduğunun gösterilmesinin gerekeceği hüküm altına almıştır.

Davacı adına 1997 ila 2002 yıllarına ilişkin olarak düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ..." Hak arama hürriyeti" başlıklı 36 ncı maddesinde de, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmiş... Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir." açıklaması yapılmıştır.... Anayasal ve yasal kurallar karşısında, Anayasanın emredici kuralına rağmen, 6183 sayılı Yasanın 55 inci maddesinde bir ödeme emrinde bulunacak açıklamalar veya ibareler arasında ödeme emrine karşı yapılacak başvuru yeri ve süresinin öngörülmemiş olması, Anayasanın doğrudan uygulanabilirliği tartışmasının yapılmasını zorunlu hale getirmektedir. Kural olarak Anayasa hükümleri doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, Anayasada öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak uygulama ile ilgili kanunların çıkarılması gerekir. Ancak Anayasanın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda uygulama kanunu çıkarılması gerekmediği gibi, mevcut kanunda Anayasaya uygunluğu sağlayacak değişiklik yapılması gerekiyorsa bu değişikliğin yapılması beklenmeden ayrıntılı Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir.... Bu durum hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmakta ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40 ncı maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle, özel yasında yer alan düzenleme gereği tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açılması gereken ödeme emirlerinin içeriğinde, bu bilgiye yer verilmemiş olduğundan, bu ödeme emirlerine karşı açılan davada, anılan Anayasa hükmü karşısında dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.²³⁶

Yukarıdaki kararın irdelenmesinden anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda idari mevzuat çok karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu bağlamda kişinin hangi hukuksal haklara sahip olduğunu bilmesi imkânsız bir hal arz eder. Şöyle ki, idari makamlar bile tesis

²³⁶ "Danıştay 4. Dairesi 13.11.2006 tarih ve E:2005/2534,K:2006/2156 sayılı karar", *Danıştay Dergisi*, Ankara: Danıştay Yay., S. 115.

edilen bir idari para cezası işlemine karşı hangi yargı yoluna, kaç günlük süre içerisinde dava açılacağını bilmemektedir. Bu haliyle idari para cezası işlemlerine muhatap olan vatandaşlar yanlış yönlendirilmektedirler. Örneğin; Kırıkkale İdare Mahkemesinin 08/04/2010 gün ve E:2010/126, K:2010/189 sayılı kararında;

Davacının büyükbaş canlı hayvanları veteriner sağlık raporu olmaksızın sevk ettiğinden bahisle 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu'nun 47. maddesinin d ve f bentleri uyarınca 1.750 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına dair davalı idare işleminde itiraz mercii olarak Kırıkkale İdare Mahkemesinin gösterildiği, bu işlemin 3285 sayılı yasada idari para cezalarına karşı hangi yargı düzeninde dava açılacağı gösterilmediğinden 5326 sayılı kabahatler kanunu gereğince sulh ceza mahkemesinde davanın açılması gerektiği, bu nedenle davanın görev yönünden reddi ile yanlış yargılama yerini gösteren davalı idarenin işbu davanın açılmasına sebebiyet verdiğinden yargılama giderlerini de karşılaması gerektiği, hüküm altına alınmıştır.

2-Danıştay 2008 tarihli bir kararında; yasalara uygun davranmayarak devleti AİHM de tazminata mahkûm ettiren idarenin karar vericilerinin bu zararı bizzat tazminle sorumlu oldukları yönündeki karar;

Olayda, Bergamalı yurttaşlar, altın madeni işletilmesi amacıyla verilen izinler konusundaki karar sürecinin Sözleşmenin 2. ve 8. maddelerine aykırılık taşıdığını, Sözleşmenin 6/1 ve 13. maddelerine aykırı olarak etkin bir hukuki korumadan yararlandırılmadıklarını belirterek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuşlardır. AİHM, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkına sahip olan başvuru sahiplerinin bu hakkının güvence altına alınmasına ilişkin yükümlülüğün Devlet tarafından yerine getirilmediği ve 8. maddenin ihlal edildiği; ayrıca, ulusal makamların, ulusal yargı kararının Sözleşmenin 6/1. maddesinin gerekli kıldığı biçimde aynen ve makul bir sürede yerine getirilmesinde ihmalkar davrandığı kanaatine vararak, Sözleşmenin "Adil yargılanma hakkı"na ilişkin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Anılan Mahkeme tarafından, ilgililerin maddi tazminat istemlerinin reddedildiği, ancak her başvurucuya 3.000 Euro manevi tazminat ödenmesine hükmedildiği anlaşılmaktadır... Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurularına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat, devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması

anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir. Belirtilen hukuki durum ve tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.²³⁷

Bu kararın irdelenmesinden de görüleceği üzere, idare adına karar veren uygulayıcıların verdikleri kararlar nedeniyle devletin uğradığı zararlardan sorumluluğu yine idarenin inisiyatifine bağlı olduğu, bu inisiyatifin ise tamamen keyfi kullanıldığı, bu durumda zararın, tüm vergi verenlerin külfeti haline geldiğine yönelik tespit içermektedir. İdare adına karar verenlerin hukuka ve hakkaniyete uygun karar vermeleri ancak rücu müessesesinin işletilmesiyle mümkündür. Aksi halde sorumluluk taşımayan bir idarecinin hukuka ve hakkaniyete uygun davranmasının *lütuf özelliği* olarak kalacağı açıktır.

3-Danıştay 2007 tarihli bir kararında; yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin TBMM kararının, idare fonksiyonuyla ilgili olduğu için iptal davasına konu edilebileceği, diğer bir deyişle hukuk devletine göre yargı denetimi dışında bir kararın alınmasının mümkün olmadığına dair özellikli bir karar;

Dava, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 9 üyesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'na seçimi ve atanmasına ilişkin 14.7.2005 günlü, 25875 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan TBMM Kararının iptali ile davacının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeliği görevinin sona erdirilmesi sonucunu doğuran bu karardan dolayı yoksun kaldığı aylık ve diğer özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine ve göreve iadesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır... Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri

²³⁷ “Danıştay 5. Dairesi 03.06.2008 tarih ve E:2007/7369, K:2008/3234 sayılı karar”, *Danıştay Dergisi* Ankara: Danıştay Yay., S. 119.

önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü getirilmiş; "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasında da; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralına yer verilmiştir. İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelemlerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemleri üzerinde yargısal denetimin yapılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez. Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyuşmazlık konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu açık olup, Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.²³⁸

Modern toplumlarda hukuk denetimi dışında bir idari kararın olması hukuk devletiyle bağdaşmaz bir özelliktir. Halen Türk Anayasasında yargı denetimi dışında olan birçok idari işlem ve karar söz konusudur. Montesque'nun önerdiği gibi erklerin aykırılığı birbirine üstünlüğü söz konusu olmamalıdır. Aksine hukukun, adaletin ve hakkaniyetin bir dengesi olarak erklerin aykırılığı söz konusu olmalıdır.

4-Danıştay 2004 tarihli bir kararında; duruşmaya katılarak söz hakkını kullanmak isteyen davacı vekillerine, bu hakkın tanınmamasının adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturduğuna dair karar;

Dava; davacının sanık sıfatıyla yargılandığı davada şikayet ettiği İstanbul DGM. Cumhuriyet Savcıları ?, ?, İstanbul 1 Nolu DGM Başkanı ?, Üye Hakim ? ve Üye Hakim ? hakkında yasal işlem yapılmasına yer olmadığına ilişkin Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 25.5.2003 gün ve ? sayılı işlemin duruşma talepli olarak iptali istemiyle açılmıştır... Davacı avukatlarının duruşmadan hemen sonra 5.11.2003 günü saat:14.25'te reddi hakim istemine ilişkin dilekçelerini Mahkemeye vermeleri, davanın incelenmeksizin reddi yolunda aynı gün alınan kararın da, usulde öngörülmemesi nedeniyle hangi saatte alındığının belli olmaması karşısında; olayın akışı dikkate alınarak, reddi hakim isteminin duruşmadan hemen

²³⁸ "Danıştay 5. Dairesi 24/01/2007 tarih ve E:2005/5627, K:2007/72 sayılı karar", *Danıştay Dergisi* Ankara: Danıştay Yay., S. 115.

sonra ve karardan önce verildiğinin kabulü, adil yargılama ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla karardan sonra verildiği kanıtlanamayan reddi hakim istemli dilekçenin, karar öncesi verildiği kabul edilip, istemin incelenmesi gerekirken, Ankara Bölge İdare Mahkemesince istemin reddi yolunda alınan karar da yerinde bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 5.11.2003 gün ve E:2003/774, K:2003/1431 sayılı kararının ve Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 19.11.2003 gün ve E:2003/3506, K:2003/4133 sayılı reddi hakim isteminin reddine ilişkin kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın reddi hakim istemi karara bağlanmak üzere öncelikle Ankara Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nce reddi hakim isteminin yerinde görülmesi halinde 2577 sayılı Yasa'nın 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca işin esasının da karara bağlanmasına, reddi hakim isteminin yerinde görülmemesi halinde ise dosyanın karar verilmek üzere Mahkemesi'ne gönderilmesine, ... karar verildi²³⁹

Adil yargılama ilkelerinden biri de tarafların kendilerini serbestçe savunmaları için söz hakkının tanınmasıdır. Söz hakkının kısıtlanması karar verici olan yargıçların hükümlerinde, kendilerinin yakındıkları konuların açıklığa kavuşmaması gibi bir sonuç doğuracağı aşikârdır. Bahsi geçen eksikliğin temyiz aşamasında kararın bozulması sonucunu doğuracağından yargılamanın makul süre dışına çıkması gibi bir sonuçla karşılaşılması muhtemeldir.

5-Danıştay 1998 tarihli bir kararında; insan hakları ve ana hürriyetleri korumaya dair Avrupa sözleşmesinde yer alan mahkeme önünde hazır bulunma ilkesi, iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğindedir. İşbu davada tutuklu sanığın yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışına sevkini öngören dava konusu genelge'de hukuka uyarlık bulunmadığına dair karar;

Dava; Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 9.7.1996 tarih ve 8-59 sayılı Genelgesinin Sevkle ilgili Esaslara ilişkin II. fıkrasının 3 numaralı bendinde yer alan "İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yetki alanına giren Terör ile Mücadele Kanunu kapsamındaki tutuklular, Kartal'da yapılan 500 kişi kapasiteli özel tip

²³⁹ “Danıştay 5. Dairesi 29/09/2004 tarih ve E:2004/291, K:2004/3370 sayılı karar”, *Danıştay Kararları Dergisi*, Ankara, Danıştay Yay., S. 6.

cezaevi inşaatı tamamlanıncaya kadar İzmit Kapalı, Sakarya (E) tipi ve Eskişehir Özel Tip Cezaevlerine konulacaklardır." şeklindeki düzenlemenin iptali istemiyle açılmıştır... Zira tutuklu sanığın mahkeme önüne çıkmasının engellenmesinin anılan Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan "adil yargılanma hakkı" ile de doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkı; ceza yargılaması açısından, sanık ve iddia makamı arasında bir fark gözetmeksizin, karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmeleri ve savunmalarını yapabilmeleridir. İddia ve savunmanın yapılabilmesi, yargılamada hazır bulunma hakkını da beraberinde getirmektedir. Sanığın hazır bulunması, adil yargılanma hakkının ikinci görüntüsü olan "silahların eşitliği" yani iddia ve savunmanın eşit olması ilkesi içinde değerlendirilmelidir. Dava dosyasının incelenmesinden, İstanbul ilinde tutuklu olarak yargılanan adi ve terör suçlarından tutuklu sanıkların tümünü İstanbul'da bulunan tutukevlerinde barındırılmalarına fiilen ve fiziken olanak kalmadığı gerekçe gösterilerek, Kartal'da yapımı devam eden 500 kişi kapasiteli özel tip cezaevi hizmete açılıncaya kadar, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yetki alanına giren Terörle Mücadele Kanunu Kapsamındaki tutukluların İzmit Kapalı, Sakarya E tipi ve Eskişehir Özel Tip Cezaevlerine konulmalarının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 2. maddesinde mahkemelerin yargı çevreleri belirlenmiş olup; yukarıdaki düzenleme uyarınca İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin yargı çevresi içinde Eskişehir'in yer almadığı görülmektedir. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde yer alan ve yukarıda aktarılan mahkeme huzurunda hazır bulunma ilkesi; iddia ve savunmanın eşitliği ilkesi ve bunların sonucu olarak adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğinde görüldüğünden tutuklu sanığın yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışına sevkini öngören dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.²⁴⁰

Bahsi geçen karardan çıkarılacak sonuç yargılamanın yerelliğidir. Suçun veya olayın vukua geldiği yerde yargılamanın yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Tanıkların dinlenmesi, olay yeri keşfi, tarafların davaya intikali, olayın incelemesini yapan adli ve idari kollardan uzaklık sağlıklı delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesini etkileme olasılığı olduğundan, bu gibi hususlar yargılamanın sağlıklı yapılmasına etki edebilir. Diğer yandan özel durumlarda yargılama yerinin değiştirilmesinde esneklik olması da gereklidir.

²⁴⁰ “Danıştay, Onuncu Daire E: 1998 /5511 sayılı karar”, [http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=adil yargılanma&ozet=metin &dokid=1815](http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=adil%20yargılanma&ozet=metin%20&dokid=1815) (Erişim tarihi:25/08/2010).

6-Danıştay 2008 tarihli bir kararında; öğretmen olan davacının, 657 sayılı yasa'nın 125/b-c maddesi uyarınca, kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın, esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle reddine dair kararda Danıştay Savcısının, bu kararın adil yargılanma ilkesine aykırı olduğuna dair görüşü;

Uyuşmazlık; öğretmen olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin B bendi uyarınca Kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde doğmuştur. İdare Mahkemesince kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğundan bahisle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının, Temel Hak ve Ödevler Kısımının, Kişinin Hakları ve Ödevleri Bölümünde yer alan "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin 1. fıkrasında, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir", 90. maddesinde, "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (5170 sayılı kanunun 7.maddesi ile ek cümle:) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır., "125. maddesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...", 129. maddesinin 3. paragrafında, " Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" kuralları getirilmiştir. Yani Anayasanın 129. maddesi ile, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılmamış, kapatılmasına imkan verilmiştir. Temel Hak ve Hürriyetlerin, Anayasanın 13. maddesi uyarınca Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılabilceği de çok açıktır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135. maddesinde, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın varsa bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idarî yargı yoluna başvurulabileceği, 136. maddesinin 4. fıkrasında ise, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olup bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilerek bu tür (uyarma ve kınama) cezalarına karşı yargı yolu kapatılmıştır. Ancak, 657 sayılı yasa kapsamı dışında kalan, diğer pek çok kamu görevlilerine ilişkin özel yasal düzenlemelerde bu tür cezalara karşı yargı yolu kapatılmamış, ilgili personele uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı mercileri önünde hakkını arama ve bu tür idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme imkanı verilmiştir. Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan Kanun Önünde Eşitlik ilkesi gereğince; tüm vatandaşların hiç bir ayırım gözetilmeden kanun

önünde eşit buldukları, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun şekilde hareket etmek zorunda oldukları da tartışma götürmez bir kural olduğundan, 657 sayılı yasaya tabi memurlar aleyhine bu konuda Anayasanın özüne ve ruhuna aykırı bir sınırlama getirildiği fikri de kuvvet kazanmıştır. Ayrıca; akit devlet olmamız nedeniyle ülkemiz açısından da bağlayıcılığı bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Adil Yargılanma Hakkını düzenleyen 6. maddesinde "Herkes, gerek 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 isteme hakkına sahiptir...", Etkili Başvuru Hakkı başlıklı 13.maddesinde; "Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış olsa da, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.", hükümleri yer almaktadır. Yine, Sözleşmenin ayrımcılık yasağı başlıklı 14. maddesinde de, bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın hiç bir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağı ifade edilmiştir. BM İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin yukarıda bahsedilen hükümleri ile uyarma ve kınama cezalarına karşı iç hukukta sadece 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa bağlı kamu görevlileri açısından yargı yolunu kapayan 657 sayılı Yasanın 135. ve 136/4. maddesi hükümlerinin; aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle, devletin tüm organlarını bağlayacağı tartışmasız bulunan Anayasanın 90. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bu davada çözüme esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bütün bu değerlendirmeler sonucunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle farklı içerik taşıyan 657 sayılı yasanın 135. ve 136./4 maddelerinin uygulanması yerine Sözleşme hükümlerinin esas alınarak 657 sayılı yasaya tabi personel açısından da uyarma ve kınama cezalarına karşı dava açılabileceği kanısıyla, idare mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiğinden, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.²⁴¹

Disiplin hukuku bir çeşit ceza hukuku olsa da maalesef Türk hukukunda 657 sayılı yasaya göre memurlara verilen "uyarma ve kınama" cezaları yargı denetimi dışındadır. Yargı denetimini isteme doğal hukukun bir sonucudur. Aksi halde verilen "uyarma ve kınama" cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamaması hallerinde muhtemel keyfiliklerin doğmasını engelleyemeyeceği açıktır. Bu keyfilik memurun siciline işlendiğinden görünüşte bir sürü disiplin cezası almış alan o memuru haksız

²⁴¹ "12.Daire19/12/2008, E:2007/2831, K:2008/7006", *Danıştay Dergisi*, Ankara, Danıştay Yay, S. 120.

yere sorunlu bir tip olarak göstereceği de tartışmasıdır. Bu bağlamda 12 Eylül 2010 halkoylaması ile uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı denetiminin açılmış olmasıyla antidemokratik bir düzenleme daha yürürlükten kalkmıştır.

7-Danıştay 2007 tarihli bir kararında; Yargılanan birinin adli yargıda mahkumiyet kararı verilmeden adil yargılanma hakkının masumiyet ilkesine ters düşeceğine dair Tetkik Hakimi'nin görüşü;

Dava, Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyesi olan davacının, bu görevinden alınarak yerine yedek yönetim kurulu üyesinin atanmasına dair işlemin iptali istemiyle açılmıştır.1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun olay tarihinde yürürlükte bulunan 6/1. maddesinde; Merkez Birliği Teftiş Kurulu tarafından yapılacak denetim sonuçlarına göre, görevleri ile ilgili olarak suç işledikleri anlaşılan ve görevden alınmaları uygun görülen Kooperatif, Bölge Birliği ve Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyeleri ve denetçileri ile personelinin görevlerine Merkez Birliği Yönetim Kurulu'nca son verileceği ve bu hususlardaki usul ve esasların 5. maddede belirtilen yönetmelikte belirtileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu madde hükmüne dayanılarak hakkında dava açılan davacının, dava sonucu beklenilmeksizin Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyeliği görevine son verilmiş ve yerine yedek yönetim kurulu üyesi atanmıştır. Bu nedenle, maddede sözedilen "suç işledikleri anlaşılan" ibaresinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Anayasanın 38/4. maddesinde; suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılamayacağı kuralına yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde de; bir suç ile itham edilen her şahısın, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılacağı, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14/2. maddesinde de; kendisine bir suç isnat edilen herkesin, hukuken suçlu bulununcaya kadar masum sayılma hakkına sahip olacağı hükmüne yer verilmiştir. Adil yargılanma hakkının temel bir parçası olan masumiyet karinesi, diğer unsurların yanı sıra, bir ceza yargılamasında, ispat külfetinin iddia makamına ait olduğu ve sanığın şüpheden yararlanma hakkına sahip olduğu anlamına gelir. Hukuk devletinde geçerli olan bu ilke uyarınca mahkumiyete dair bir yargı kararı olmadan kimsenin suçlu olarak ilan edilmemesi gerekir. Bu durumda, henüz hakkında dava açılan ve dava sonuçlanana kadar "masum" sayılması gereken davacının, suç işlediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle ve anılan Kanun hükmü uyarınca Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyeliği görevine son verilmesinde ve yerine yedek yönetim kurulu üyesi atanmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Kaldı ki, Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun anılan hükmünde 2005 yılında yapılan değişiklikle, yargı mercilerince mahkumiyet kararı verilmesi halinde Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyelerinin görevlerine son verilebileceğinin

*öngörölmüş olması da dikkate alınarak davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.*²⁴²

Bahsi geçen görüş idari hukukundaki ceza hukukuyla disiplin hukukunun birbirinden bağımsızlığının bir sonucudur. Her ne kadar idari hukukundaki disiplin cezaları adli cezalardan bağımsız görünse de, bu biraz tek yanlı düşünceyi de beraberinde getirir. Şöyle ki; adli yargıda alınan bir ceza sonucu disiplin hukukunda ceza almayan yok gibiyken, adli yargıda beraat ettiği halde disiplin hukukunda ceza alınması çokça söz konusudur.

8-Danıştay 2006 tarihli bir kararında; davacının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre kınama cezası ile cezalandırılmasını gerektiren eylemi nedeniyle, 24 ay uzun süreli durdurma cezası ile cezalandırılması işleminde orantılılık ilkesinin ihlal edildiğine dair karar;

*Disiplin suçu işlediği usulüne uygun yapılan soruşturma ile belirlenen kamu görevlisinin işlediği disiplin suçunun ilgili disiplin mevzuatının hangi disiplin kuralını ihlal ettiği açık bir şekilde ortaya konulmalı ve karşılığında yetkili makamlarca o suç için öngörülen disiplin cezası ile cezalandırılmaları gerekir. Kamu görevlisinin "Hak arama özgürlüğünü" kullanarak disiplin cezasının iptali istemiyle dava açması durumunda yapılacak yargılamanın "Adil yargılanma" ilkesine uygun bir şekilde yürütülebilmesi için "Eylemin ağırlığına göre cezalandırma" ilkesinin disiplin cezası verilmesi aşamasında gözetilmesi zorunludur. Kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri eylemlerin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yaratacağı olumsuzlukların ağırlığına göre disiplin cezası verilmesi; diğer bir deyişle cezanın suç ile orantılı olması gerekmektedir. Orantılılığın bir yandan kanunda suç tipi olarak belirlenmiş olan eylem ile buna karşılık verilecek ceza arasında adil bir dengenin olması, benzer hukuksal değerleri korumaya yönelik suçlar için öngörülen cezalar arasında mantıklı bir dengenin olması, diğer yandan ise hukuksal değerlerin hiyerarşik özelliğinin zorunlu bir sonucu olarak farklı hukuksal değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar arasında bir dengenin olması şeklinde sonuçları bulunmaktadır. Kamu görevlisinin işlediği disiplin suçu karşılığında niteliği itibariyle o suç için öngörülenden daha ağır bir disiplin cezası ile cezalandırılması durumunda "eylemin ağırlığına göre cezalandırma", diğer bir deyişle "orantılılık" ilkesi ihlal edilecektir.*²⁴³

²⁴² "12. Daire 28/0272007 tarih ve E:2004/2238, K:2007/881sayılı karar", Danıştay Dergisi, Ankara: Danıştay Yay., S.115.

²⁴³ "Danıştay 12. Daire 26/12/2006 tarih ve E:2003/3174, K:2006/6690 tarihli karar", Danıştay Dergisi , Ankara: Danıştay Yay., S.115.

Suç ile ceza arasında orantılılık ve kanunilik modern hukukun ilkelerindedir. Kanuna göre önerilen bir ceza dışında bir ceza verilmesinin hukuka uygun olmadığı gibi bir kanunda başka bir ceza önerilirken başka bir kanunda veya mevzuatta önerilen ceza arasında sanık lehine hareketle en az olan cezanın verilmesi gerekmektedir.

9-Danıştay 2006 tarihli bir kararında; davacıya isnat edilen fiillerin ve bu fiillerin emniyet örgütü disiplin tüzüğüne hangi maddeleri kapsamına girdiğinin tek tek belirtilmeden verilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığına dair karar;

Anayasanın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Önemi nedeniyle hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. Kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak ve bu davada kullanılacak kanıtları mahkeme önüne getirebilme olanağına sahip olması gerekmektedir. Disiplin cezası ile cezalandırılan kamu görevlisinin disiplin suçu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan bu eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır. Aksi halde, kamu görevlileri isnat edilen eylemleri gerçekleştirmediklerini, dolayısıyla disiplin suçunu işlemediklerini kanıtlayamayacakları gibi, bu uyuşmazlıklara karşı açılan davalarda yapılacak hukuki nitelendirmeler de hakkaniyete uygun olmayacaktır.²⁴⁴

İdare hukukuna göre ceza hukukundaki gibi ilgiliye uygulanan cezanın hangi mevzuatın hangi maddesinden kaynakladığının bilinmesi, ilgilinin de bu durumdan haberdar edilmesi kanunsuz suç olmaz ilkesinin bir sonucudur. Aksi halde ben bir ceza vereyim de ilgili kendine göre o cezayı yorumlasın diye keyfi bir düşünce hukukun tasvip edeceği bir düşünce değildir. Nitekim AİHS'nin 6/1-3/a maddesi de aynı yöndedir.

²⁴⁴ "12. Dairesinin 22/02/2006 tarih ve E:2005/6353, K:2006/540 sayılı kararı", *Danıştay Dergisi*, Ankara: Danıştay Yayınları, S.113.

10-Danıştay 2005 tarihli bir kararında; mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve gerekçelerinin de uyumsuzlukla ilgili bulunması gerektiğine dair karar;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "kararlarda bulunacak hususlar" başlıklı 24/e maddesinde de; kararlarda; kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hükmün belirtileceği kuralına yer verilmiştir. Mahkemeler kararlarının yapısı ve içeriği açısından takdir yetkisine sahiptir, ancak; kararların dayanaklarını yeterli açıklıkta belirtmek zorundadırlar. Gerekçenin olayla ilgili bulunmayan hususlardan hareketle oluşturulması adil olmayan bir sonuca varılmasını sağlayacaktır. Gerekçede, birbiri ile çelişen anlatımlara yer verilmesi, maddi olayla ilgisi olmayan saptamaların yapılması durumunda sağlıklı bir çözümlemenin yapılmış olmayacağı kesindir. Bu nedenle, yargı yerleri hükme varırken kullandıkları gerekçe tutarlı olmalı, hakkaniyete uygun bir yargılama yapıldığı kanaatini uyandıracak ifadeler kullanılmalıdır. Dosyanın incelenmesinden; dava konusu işlemin iptaline karar veren Ankara 10.İdare Mahkemesince iptal hükmünün gerekçesi olarak; davacının da aralarında bulunduğu sanıklar hakkında "telefon teli hırsızlığı" suçundan Kars 2. Asliye Ceza Mahkemesinde açılan dava sonucu anılan Mahkemece verilen 12.10.1994 günlü, E:1990/3, K:1994/289 sayılı karardan yapılan alıntıda davacının kardeşi olan ? isimli sanık hakkında kullanılan"... üzerine atılı suçun farik ve mümeyyizi olmadığı anlaşıldığından 2253 sayılı Yasanın 12/2.maddesi uyarınca ceza tertibine yer olmadığına, yargılamanın yapıldığı tarihteki yaşı itibarıyla ise 2253 sayılı Yasanın 10. maddesindeki tedbirlerden birinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına karar verildiği... henüz işlediği bakır tel hırsızlığı suçunun farik ve mümeyyizi olmadığı dikkate alınacak olursa... suçun farik ve mümeyyizi olmadığı anlaşılan ..." ifadelerinin alındığı anlaşılmaktadır.²⁴⁵

Kararların gerekçeli olması demek, dayandığı kanuni ve hukuki sebeplerin, hüküm kısmında yer alması demektir. Gerekçe, hem davanın taraflarına kararın nedenini açıklar, hem de temyiz yoluyla incelemeyi kolaylaştırır. Gerekçeler hükmün zaruri unsurlarından biridir. Zira hükmün doğru ve isabetli olup olmadığını tayinde ölçü olacak olan bu mucip sebeplerdir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olacağı Anayasanın 141. maddesinde düzenlenmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre gerekçesiz karar olmaz. Çünkü gerekçe yargılamanın hangi yasaya hangi aykırılıkları taşıdığına ilişkindir. Aksi durumda ortada adil bir yargılama söz konusu olmaz. O karar, karardan çok buyruk niteliği taşır.

²⁴⁵ “Danıştay12. Dairesinin 13/01/2005 tarih ve E:2002/1760, K:2005/20 sayılı karar”, *Danıştay Dergisi*, Ankara: Danıştay Yayınlar, S.109.

11-Danıştay 2008 tarihli bir kararında; 2577 sayılı yasa'nın 20.maddesinde öngörülen istisnai durum dışında, davacılara dava konusu işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeyi, bu bağlamda disiplin soruşturma raporlarını istemleri halinde inceleyebilme olanağının tanınmasının hukuk devletinin, adil yargılanma hakkının ve İYUK'nun 20. maddesinin gereği olduğu, davacının istemesine karşın soruşturma raporu incelettilmeden karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı dair karar;

Adil yargılanma hakkı, 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ve bu maddede yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, maddede öngörülen istisnai durum haricinde davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabilecektir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkânsızdır. Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin dayanağı soruşturma raporunun davacı vekilinin talep etmesine karşın Dairesince incelettilmediği, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise soruşturma raporunda yer verilen hususlara değinildiği anlaşıldığından Daire kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.²⁴⁶

AİHS'nin 6. maddesine göre kişinin kendini savunabilmesi için neyle suçlandığını, hakkında düzenlenen tüm bilgi ve belgeleri görmesi olmazsa olmaz koşullardandır.

Yukarıda yer verilen bazı AYM ve Danıştay kararlarında görüleceği üzere adil yargılanma hakkı 1982 Anayasasında var olan hükümleri yanında, ülkemizin de taraf olduğu AİHS hükümlerinin de sadece metinlerde kalmadığı, yargı kararlarında yerini aldığı bir göstergesidir. Türk hukukunda her ne kadar bu kavramın yer alması yeterli olmasa da yinede kendine yer bulmaya başladığı açıktır.

3.5.3. AİHM nin Türkiye'ye İlişkin İdare Hukuku Dâhilinde Örnek Kararlar

1) Disiplin hukukunun kendine özgü yapısına ilişkin AİHM'nin Batur, Erbek, Duran ile Taraman davası;

²⁴⁶ “Danıştay İdari Dava Daireleri K:2008 /1633sayılı kararı” http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=adilyargılanma&ozet=metin&dokid=30970 (Erişim tarihi:27/08/2010).

BATUR, ERBEK, DURAN ile TARAMAN²⁴⁷ davalarında; Türkiye’den bir grup subay ve astsubayın disiplin cezası alarak kendilerinin ordu ile ilişkilerinin kesilmesi sonucu, bu duruma karşı mahkemeye müracaat haklarının bulunmadığı şeklindeki başvuruda; AİHM devletlerin Sözleşmenin 6/1’inci maddesinde belirtilen konu ve amaca ters düşmemek kaydıyla suç hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayırma hakkına sahip olduklarını, söz konusu davada başvuru sahiplerinin disiplin hukukuna tabi eylemler olduğunu, başvuru sahiplerinin orduya katılırken hizmet gereği sivillere özgü olmayan askeri disipline uyacakları konusunda kendi hür iradeleri ile kabul kararı verdiklerini, dolayısıyla kendine özgü bir statüye sahip olan bir grupla ilgili verilmiş ihraç kararının Sözleşmenin 6/1’inci maddesinde belirtilen nitelikte bir ceza müeyyidesi olmadığına karar vererek, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir.

AİHM bu kararında ilke olarak bilinebilirlik ilkesinin önemine dikkat çekmektedir. Kişi memuriyete, askerlik mesleğine girerken uyması gereken bir disiplin hukukunu bildiği, oradaki tüm şartları kabul ettiğine işaret etmektedir.

2)İç hukuk sürecinin karmaşıklığı ve çokluğu davanın makul sürede sonuçlanmaması durumunu doğurduğuna ilişkin BÜKER/Türkiye davası,²⁴⁸

(29921/96) Strazburg 24 Ekim 2000, Davacı, başlangıcı 9 Aralık 1985 olan iki yıllık bir sözleşmeyle Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde yardımcı doçent olarak çalışmakta iken, Üniversite Rektörlüğü 21 Aralık 1987’de başvuranın mesleki yetersizliğini gerekçe göstererek sözleşmesini yenilememe kararı almış, fakat bu karardan bankadan maaşını çekmeye gittiğinde haberdar olmuştur. Bunun üzerine başvuran 4 Mart 1988 tarihinde Rektörlüğün bu kararına karşı Kayseri İdare Mahkemesi’nde dava açmıştır. 6 Aralık 1989 tarihinde adı geçen mahkeme, idarenin başvuranın mesleki yetersizliğine ilişkin görüşünü kanıtlayamadığı gerekçesiyle başvuranın lehine karar vermiş ve idari kararı iptal etmiştir. 29 Haziran 1990 tarihinde, mahkemenin verdiği karar Üniversite rektörlüğüne tebliğ edilmiş; ancak Rektörlük, iç hukukta öngörülen 60 günlük süre içinde mahkeme kararına uymamıştır. Rektörlük bu

²⁴⁷ AİHM’nin 04.07.2000 karar tarihli Batur, Erbek, Duran ve diğerleri; Taraman vd. Türkiye davası.

²⁴⁸ “BÜKER/Türkiye Davası” (29921/96) Strazburg, 24 Ekim 2000.

kararı temyiz etmiş ve dosya 22 Mayıs 1990 tarihinde, Danıştay'a gönderilmiştir. 13 Haziran 1990 tarihinde Danıştay 5. Dairesi, Kayseri İdare Mahkemesi'nin anılan kararını bozmuştur. 30 Temmuz 1990 tarihinde karar, Üniversite Rektörlüğüne tebliğ edilmiş ve dava dosyası da Kayseri İdare Mahkemesi'ne geri gönderilmiştir. 5 Temmuz 1991 tarihli kararla Kayseri İdare Mahkemesi, Danıştay'ın kararına uymuş ve Üniversite Rektörlüğü'nün başvuranın sözleşmesini yenilememe kararını kanuna uygun bulmuştur. 21 Ağustos 1991 tarihinde başvuran, bu kararı Danıştay 5. Dairesi'nde temyiz etmiştir. 4 Ekim 1991 tarihinde dosya mahkemeye gönderilmiş ve 18 Mart 1992 tarihinde Danıştay 5. Dairesi Kayseri İdare Mahkemesi'nin 5 Temmuz 1991 tarihli kararını onamıştır. 13 Ekim 1992 tarihinde başvuran, Danıştay 5. Dairesine başvurarak karar düzeltme isteminde bulunmuştur. 21 Haziran 1993 tarihinde, Danıştay 5. Dairesi, Kayseri İdare Mahkemesi'nin 5 Temmuz 1991 tarihli kararını bozarak vermiş olduğu kararı düzeltmiştir. Dava, Kayseri İdare Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Kayseri İdare Mahkemesi, 2 Aralık 1993 tarihli kararıyla (karar no.3), Danıştay'ın 21 Haziran 1993 tarihli kararına uymuş ve yine Üniversite Rektörlüğü'nün 1987 yılında vermiş olduğu kararı iptal etmiştir. 19 Şubat 1994 tarihinde bu karar Üniversite Rektörlüğü'ne tebliğ edilmiştir. Rektörlük, iç hukukun öngörmüş olduğu 60 günlük süre içerisinde yine kararın gereğini yerine getirmemiştir. 23 Şubat 1994 tarihinde Üniversite Rektörlüğü Kayseri İdare Mahkemesi'nin kararını temyiz etmiştir. 27 Haziran 1994'te Danıştay 8. Dairesi, temyiz başvurusunu reddetmiş ve kararı onamıştır. Kararda, idarenin, başvuranın mesleki yetersizliğine ilişkin görüşünü kanıtlayamadığı yine ifade edilmiştir. Üniversite Rektörlüğü Danıştay 8.Dairesine karar düzeltme talebinde bulunmuştur. 23 Mart 1995 tarihinde, Danıştay 8. Dairesi bu talebi reddetmiştir. 25 Mart 1995 tarihinde başvuran, Rektörlüğe noter aracılığıyla bir yazı göndererek üniversitedeki eski görevine iade edilerek maaş ve diğer parasal haklarının kendisine verilmesini talep etmiştir. 7 Aralık 1995 tarihinde başvurana Üniversite Rektörlüğünden 23 Kasım 1995 tarihi itibarıyla göreve iade edildiğini bildiren 4 Aralık 1995 tarihli bir yazı gönderilmiş ve 15 Aralık 1995'te de başvuran, göreve başlamıştır. 27 Aralık 1995 tarihinde başvuran istifa ederek, Rektörlükten emeklilik işlemlerinin başlatılmasını istemiştir. Başvuran Kayseri İdare Mahkemesi'nde Üniversite Rektörlüğüne karşı açtığı üç ayrı dava ile görevine iade talebini onaylayan iç hukuk mahkemelerinin kararlarına uygun olarak hak kazandığı maaş ve diğer parasal haklarının ödenmesini talep etmiştir. Kayseri İdare Mahkemesi 25 Ocak 1994, 25 Ocak 1995 ve 16 Ocak 1996 tarihinde verdiği üç ayrı kararda, Rektörlüğün adı geçen mahkemenin başvuran lehine vermiş

olduğu iki kararın gereklerini 60 günlük süre içinde gayri kanuni olarak yerine getirmediği ve Rektörlüğün, sözleşmesini feshetme kararının hukuk dışı bulunması hususunda başvuranın uğradığı zararlardan sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu dönemde başvuranın maaşının ve diğer parasal haklarının ödenmesine karar vermiştir. Nihayetinde bu miktarlar başvurana ödenmiştir.

AİHM yukarıda süreci gösterilen bu yedi buçuk yıllık süre için, istisnai bir biçimde uzun olduğu ve daha kısa bir süreli incelemeye layık olduğunu tespit etmiştir. Bu sürenin uzunluğu, hiçbir biçimde, dava konusunun karmaşıklığı, niversite ve başvurana iç hukuk yollarının tanımış olduğu karşılıklı temyiz yollarının kullanılması gibi kavramlarla açıklanamaz. Mahkeme, her iki tarafın da başvurduğu iç hukuk mahkemelerinin kararlarını göreceli olarak hızlı verdiğine de dikkat çekmiştir. Ayrıca AİHM, işle ilgili ihtilafların doğaları gereği, işten çıkarılması nedeniyle geçim kaynaklarını yitirecek olan ilgili kişi bakımından doğuracağı tehlikeler karşısında hızlı karar verilmesi gerektiğini hatırlatır (stte adı geçen FRYDLENDLER kararı §45). Mahkemeye göre, işbu davada asıl sorun, başvuranın, alanında akademik ve araştırmacı yeterliliğe sahip olup olmadığıdır. Basit bir işveren-işçi uyuramazlığının bu kadar uzun sürmesi, bu tür davalarda, iç hukuk sisteminin etkinliği sorununu akla getirmelidir. Davalı Hükümet'in ne sürdüğü gibi, tarafların başvurabileceği birçok iç hukuk yolunun bulunması, ilke olarak, kişi haklarının korunmasına uygun olarak değerlendirilebilmesine karşın, bu durum, yetkilileri Sözleşme'nin 6/1 maddesi uyarınca üstlendikleri hukuk sistemlerini, mahkemelerin makul bir süre içinde karar vermek de dahil olmak üzere yükümlülüklerini yerine getirecek şekilde düzenleme görevinden muaf tutmaz (bkz. stte adı geçen FRYDLENDER kararı, §45). Başvuran yargılama sürecinin uzunluğunun 'olağandışı' olmadığını düşünse de bu süre Sözleşme'nin 6/1 maddesi anlamında makul olarak değerlendirilemez kabul etmiştir.

Bu kararın irdelenmesinden anlaşılacağı üzere iç hukuktaki kesinleşmeye ilişkin süreç ne olursa olsun olayın özelliğine göre kesin kararın verildiği tarihe kadar olan sürenin makul süre kavramına dhil olduğudur. Maalesef Türk idare hukukunda yukarıdaki olayın benzeri çok sık olmasa da görünmektedir. Bu süreç bize gecikmiş olan adaletin adalet sayılmayacağı görüşünü hatırlatır.

3.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ADİL YARGILANMA İLKESİNDE SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF TARAFSIZLIK

Adil yargılama hakkında AİHM'nin diğer bir özelliği de tarafsız mahkeme olmasıdır. Tarafsız kavramı objektif ve sübjektif olmak üzere iki açıdan ele alınmaktadır. Sübjektif tarafsızlık mahkeme üyesi yargıcın kişisel tarafsızlığı; objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin tarafsız bir görünüme sahip olması, yani tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan önlemlerin bu kurumun tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır.

AİHM "tarafsızlık" kavramını "objektif" ve "sübjektif" olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir.

3.6.1. Sübjektif Tarafsızlık

Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimin birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığıdır. Sübjektif tarafsızlığından şüpheye düşülen yargıcın davadan çekilmesi gerekir. Sübjektif tarafsızlık mahkemede hâkimin hal ve hareketlerinde ve de verdiği kararda kendisini gösterir. Yargıç kararlarında gerekçesini tamamen adalete, hakkaniyete ve somut çıkarımlara dayandırmalıdır. AİHM sübjektif tarafsızlığa karar vermek için 'fiili peşin hüküm' kanıtı aramaktadır. Aksine ilişkin kanıt bulununcaya kadar, usulüne uygun olarak atanmış bir yargıç kişisel olarak tarafsız kabul edilir. Uyuşmazlığı, tarafların ve onunla ilgililerin etkisinde olan değil, onların dışında kalabilen ve üzerinden bakabilen hâkim çözebilir.²⁴⁹ Bu yönüyle de tarafsızlık, hâkimlik niteliğinin olmazsa olmaz şartıdır. Diğer taraftan, hâkimin konumu itibarıyla ortada onun taraflı davranabileceğine dair algılamaya yol açabilecek bir sebep varsa, hâkimin gerçekte tarafsız yargılama yapabilecek kişilikte olması yeterli olmayacaktır. Buna göre mahkemede hâkimin tarafsızlığından şüphe edilecek objektif bir sebep de bulunmamalıdır.

Mahkeme 6. Madde'nin 1. fıkrası bağlamında tarafsızlığın mevcudiyetinin belirlenebilmesi için;

²⁴⁹ Bkz. AİHM, Piersack v. Belçika 01.10.1982 prg. 30(Mole/Harby, s.60); Saraiva v. Portekiz 22.04.1994 Seri A 286-B prg 33(Dutertre, s.160); Gautrin v. Fransa 20.05.1998 38/1997/822/1025-1028 prg.58.

*Belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulanması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıca bu bağlamda hiçbir meşru şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtir.*²⁵⁰

Buradan anlaşılacağı üzere bir yargıcın öznel bir teste tabi tutulması o yargıcın tamamen sübjektif yaklaşımıyla alakalıdır.

Diğer yandan AİHM; daha önce verilmiş olan bir karardan sorumlu olan bir yargıcın, bu karara itirazı inceleyen mahkemeye katılmasının tarafsızlığı ortadan kaldıran unsurlardan biri olarak görmüştür.²⁵¹

3.6.2. Objektif Tarafsızlık

Objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması demektir. Objektif tarafsızlık değerlendirmesi organik, yani mahkemenin kuruluş şekli ve fonksiyonel (görevin yerine getirilme tarzı) açısından yapılmaktadır. Objektif tarafsızlığın gerçekleşmesi de, makul her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak garantilerin yargıca sunulmasını, yani yargıcın, hakkında kuşku duyulmasını önleyecek güvencelere sahip olmasını gerektirir. Bu bağlamda 12 Eylül 2010'da yapılan halk oylaması ile HSYK kararlarından sadece meslekten çıkarılmaların yargı denetimine tabi tutulması bir nebze olsa objektif yaklaşıma uygundur. Öte yandan meslekten çıkarma dışındaki tüm disiplin cezalarıyla, atama ve tayinlere karşı yargı yolu halen kapalıdır. İster kamuda olsun ister özel sektörde olsun iş ve işlemlerinde yargı yolu kapalı kurullardan en önemlisi HSYK'dır. Bu da objektif tarafsızlığın halen tartışılmasını gündemde tutan açmazlardandır.

Objektif yaklaşıma Türkiye'den bir başka örnekte bugün itibariyle mevcut olmayan 2004 yılındaki Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılan Devlet Güvenlik Mahkemeleridir. Bu mahkemelerin bir yargıç üyesinin asker olmasının tarafsız mahkeme görüntüsünü zedelediği üzerine birçok kararı mevcuttur. Örneğin bir kararda şöyle denilmektedir;

Bunlar, bu kişilerin halihazırda silâhli kuvvetler mensubu olmaları, bu kurumun emirlerini yürütmeden alıyor olması ve bu kişilerin askeri

²⁵⁰ Saraiva de Carvalho-Portekiz davası-22 Nisan 1994 tarihli karar, Seri A No.286-B, s. 38, prg. 33.

²⁵¹ De Haan-Hollanda davası, 26Ağustos 1997 tarihli karar, Başvuru No. 22839/93.

*disipline tabi olmaları ve gerek atanmaları gerekse aday gösterilmelerinde yürütme ve idarenin büyük ölçüde dahil olması şeklinde belirlenmiştir.*²⁵²

3.7. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE DİNSEL YAKLAŞIMLAR

Birinci Dünya Savaşı ile sonrasında patlak veren İkinci Dünya Savaşı, çalışabilir insan nüfusunun sayısının azalmasına sebebiyet verdiği için, Batı Avrupa toplumlarına yoğun yabancı nüfus akımlarının yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Bu nüfus hareketleri Batı Avrupa toplumlarının bugünkü çok kültürlü toplumsal yapılanmalara dönüşmelerinde belirleyici faktör olmuştur. Ötekiler olarak nitelendirilen göçmenler, beraberlerinde misafir oldukları toplumların sosyal ve politik hayatına adapte olma açısından birçok uyum sorununu da beraberlerinde getirdiler. Gerilime sahne olan konuların başında göçmen toplumunun din hürriyeti açısından ısrarlı özgürlük talepleri olmuştur. Diğer taraftan günümüzde kültürel, etnik, dinsel, dilsel açılardan homojen ülke kalmamış gibidir. Bazı yönetimler, ülke insanların kültürel veya dinsel farklılıklarını yok sayarak, benzeşik bir toplum yaratmaya yönelebilirler; bu zorlama gerginliklere hatta ayaklanmalara neden olur.

Bu bağlamda AİHS birçok düzenlemeyi de beraberinde getirmiş, bu konudaki gerilimlerde ister istemez ülkelerin yargısının, daha sonrada AİHM'nin sorunları arasında yerini almıştır. Bu konuda yeni içtihatlarla kapı aralayan AİHM'nin ülkemizde de dinsel sorunlar konusunda verdiği kararlar söz konusudur. Bu kararların bazılarını irdelemek konuya bir bakış açısı getirecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere insan sosyal bir varlık olduğundan sosyalleşmenin gereği olarak toplum içinde aynı dil, ırk ve dine mensup kişilerin bir arada yaşama zorunluluğu vardır. Bu zorunluluğu teminat altına alan kurum, devlettir. Bu farklılıklardan biri din olduğundan din hususu Türk hukuk sisteminde de koruma altına alınmıştır. Fakat ülkemizde ana kural laikliktir. Laiklik Anayasamızın birinci maddesiyle hüküm altına alınmıştır. "Laiklik" kavramı 1937'den beri anayasal bir ilke olarak Türk hukuk sisteminde mevcuttur. Laiklik; ne kendine özgü kutsal bir şeydir, ne vicdansızlıktır, ne de bir kutuplaşma konusudur. Laiklik, siyasal iktidarla din arasındaki

²⁵² İNCAL davası, 28 Ekim 1998 tarihli kararı.1571, prg. 68.

ilişkilerin belli kurallara göre biçimlenme şeklidir. Devletin temel yapısı herhangi bir dinin inanç sistemi ve görüşlerine göre biçimlenmez. Dinsel görüşler arasında ayrım yapılmaz ve kişisel inanç sistemleri devletin güvencesi altındadır. Dinsel inançlar ve ibadet Türk Ceza Kanunu ile devletin teminatı altına alınmıştır. Dinî işlerin ya da ibadet ve ayinlerin yapılmasına engel olanlar ve ihlâl edenler; dinlerden birini tahkir maksadıyla bu dinlerce kutsal sayılan mabetleri, mezarları, buna benzer yerleri ve bu yerlerdeki eşyaları yıkan, bozan ve zarar verenler; ibadethanelerdeki mevcut süslemeleri ve eserleri tahrip edenler çeşitli para cezalarına çarptırılır. İbadethaneleri her ne suretle olursa olsun kirletmek ise üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ülkemizde yaşayanların büyük bir çoğunluğu İslam dinine inanır. Ancak hukuk sistemimizde Müslüman olmayanların da hakları korunmuştur. Lozan Antlaşması'nın 38. maddesi Türkiye'de oturan herkesin, her inancın, her dinin, her mezhebin kendi inanç sistemine göre serbestçe ibadet etmesini sağlar.

Din ve ahlak eğitimi ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dinî veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. Anayasamızın 24. Maddesinde, “ Din ve Ahlak Eğitimi ve Öğretimi devletin gözetimi ve denetimi altında yapılır. Bu kurallara rağmen din konusunda çatışmalar yaşanmakta dolayısıyla bu çatışmalar yargı yerlerine oradan da AİHM’ne ulaşmaktadır. Her ne kadar AİHS 9. maddesi din konusunda düzenlemelere yer verseyse de, dinsel bakışın bir bütün içinde ayrılmaz parça oluşu dolayısıyla insan haklarından ve onun alt kollarından olan adil yargılanmanın da konusunu oluşturmaktadır.

AİHM verdiği üç adet karar ve bu kararların Türk toplumunda izdüşümlerine ana fikirler doğrultusunda bakıldığında;

3.7.1. Dini Eğitimi Veren Devletin Farklı Dinlerin Eğitim Hakkına Saygı Göstermeli.

Bu düşünceyi güçlendiren karar “ZENGİN/Türkiye” kararıdır. Bu davada ortaya konulan düşünce; ülkelerde dini eğitim verilmesinin doğru bir düşünce olsa da bu düşüncenin çoğunluğa ait olanların tek dini eğitimi değil, çoklu her inancın eğitiminin verilmesini teşvik etmesidir.

Bahsi geçen dava, Türk vatandaşının açmış olduğu ilköğretimde zorunlu din dersinin kaldırılması yönündeki davadır. Bu davada İstanbul’da bir ilköğretim okulunda öğrenci olan Alevi Türk vatandaşı Eylem ZENGİN ve babası Hasan ZENGİN’in “Din Kültürü ve Ahlâk Bilgisi” dersinden muaf olma isteğiyle Türk yargı yerlerine yapılan başvuruların reddedilmesiyle iç hukuk yolları bitirilmiş, bunun üzerine Zengin AİHM’ne 2 Ocak 2004’te başvuruda bulunmuştur. Zengin, bahsi geçen dersin AİHS nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. madde ve anne ve babanın dini ve felsefi inancına uygun eğitim verilmesini düzenleyen ek protokol-1’in 2. maddesini ihlal edildiği gerekçesiyle dava açmıştır. Başvuruda, din dersi programının İslam dışı diğer dinlere bakışta detaylı bilgi vermediği ve dini bir bakış açısı ile ele alındığı gerekçesiyle objektif olmadığı iddia edilmişti. Ayrıca yine başvuruda Sunni İslam yorumu ve geleneğinin de yüceltildiği ifade edilmişti. AİHM dava ile ilgili kararını Türk yargıcının da katıldığı oturumda 9 Ekim 2007’de oybirliğiyle vermiştir.

AİHM bu davada, Türk eğitim sisteminde, din dersleriyle ilgili tarafsızlık ve çoğulculuk koşullarının yerine getirilmemesi ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun bir yöntem sunulmaması nedeniyle, sistemin yetersiz olmasından ötürü AİHS’nin ihlal edildiğini gözlemler. Bu sonuçlar, AİHS’ne Ek 1 No’lu Protokol’ün 2. Maddesi’nin ikinci cümlesinde teminat altına alındığı üzere, başvuranların haklarının ihlalinin, bu sınıfa ders programı uygulanması ile ilgili sorundan ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun yöntemlerin bulunmamasından kaynaklandığını göstermektedir. Sonuç olarak, AİHM, Türk eğitim sistemi ile iç mevzuatını AİHS’nin yukarıda belirtilen maddesine uygun hale getirmenin, tespit edilen ihlali sona erdirecek uygun bir tazmin şekli teşkil ettiği kanısına varmıştır.²⁵³

Mahkeme, davacı ZENGİN tarafından iddia edilen, anne ve babanın çocuklarını kendi dini ve felsefi inancına göre yetiştirme hakkını düzenleyen sözleşmenin ek

²⁵³ AİHM , “Hasan ve Eylem Zengin kararı”, Başvuru No: 1448/04, Strazburg , 9 Ekim 2007, prg. 84.

protokol 2. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Davacıların maddi ve manevi tazminat talepleri bulunmadığı, talebin sadece adli süreçteki harcamalara ait olduğunu bu miktarında sadece adli yardım kısmının davalı Türkiye Cumhuriyeti'nden tahsiline karar vermiştir.

Görüleceği üzere AİHM okullarda din öğretimi olmasına olumlu bakmakta ancak, bu öğretimin çoğulcu ve eleştirel olmasını istemektedir. Bu ise din öğretiminde farklı dinlerin de değerli olduğu ve bu dinlerin de eğitim hakkı bulunduğu anlamına gelmektedir. Bu bağlamda denilebilir ki; günümüz dünyasının insan hakları değerleri ile din dersi uyumlu olmalıdır. Ülkemizde bu kararın etkisi yeni bir dönemi oluşturma yönünde yol gösterici hatta teşvik etmesi olarak okumak yerinde olur. Küreselleşen bir dünyada hızla ilerleyen insan haklarının din konusunda da azınlık sayılacak dini düşüncelerin, çoğunluk gibi haklara sahip olduğu görüşünü yeni bir görüş olarak bütün dünyada sesini duyurmaya başladığı aşikârdır.

3.7.2. Nüfus Cüzdanının Din Hanesini İçermesi İnsan Haklarına Aykırıdır.

Sinan IŞIK isimli Türk vatandaşı, nüfus cüzdanının din hanesinde “İslam” yerine “Alevi” yazılması istemiyle idareye başvurmuş, bu başvuru reddedilmiştir. Başvurunun reddi üzerine Türk yargısında tüm yargılama sürecini bitiren IŞIK, AİHM’ne başvurmuştur. İlgili davasında nüfus cüzdanının din hanesine “İslam” yazılmasının AİHS’nin 9. maddeye ek olarak, günlük hayatta sıklıkla kullanılan resmi belge olan nüfus cüzdanında inançlarını açıklamak mecburiyetinde bırakıldığından şikayetle, 6. maddeye (adil yargılanma hakkı) ve 14. maddeye (ayrımcılık yasağı) de dayanmıştır. Başvurucu, mevcut durumun (İslam ibaresinin) gerçeği yansıtmadığını ve talebinin reddine dair yargılamanın, aynı zamanda devlet tarafından inancının değerlendirilmesini de içermesi sebebiyle sakıncalı olduğunu savunmuştur.²⁵⁴

Mahkeme, altıya karşı bir oyla 9. madde ihlalinin bulunduğuna karar vermiştir. Mahkeme yine aynı çoğunlukla, 6. ve 14. maddelerin ihlal edilip edilmediğinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, söz konusu ihlalin, başvuranın inancının (Alevi), nüfus cüzdanında yer almasından değil, ancak, zorunlu ya da isteğe bağlı olsun veya olmasın, nüfus cüzdanının bir din hanesini içermesi olgusundan kaynaklandığına işaret etmektedir. Davada her ne kadar Türkiye

Cumhuriyeti yaptığı savunmada 2006 tarihli yasadaki bu yana, tüm Türk vatandaşlarının nüfus cüzdanlarındaki dine dair bilgilerin değiştirilmesi veya bu hanenin boş bırakılmasını talep etme hakkına sahip olduklarından, başvurusunun her halükarda 9.madde ihlalinin mağduru olduğu iddiasında bulunamayacağını da ileri sürmüşse de, mahkeme bu savunmaya itibar etmemiştir.Çünkü burada önemli olan başvuruya din hanesinin içeriğinin boş bırakılması veya değiştirilmesi değil böyle bir hanenin nüfus cüzdanında bulunmasıdır.²⁵⁵ Bu kararın aslında tarihsel birtakım sıkıntıların sonucu olduğu düşünülebilir. Çünkü bir bireyin dini inancının resmi evraklarda bulunması o bireyin ilerde yaşanması muhtemel ayrışmalarda gerçekleşecek insan hakları ihlalleri üzerindeki etkisinin kısmen de olsa azaltılmaya çalışılması söz konusudur. Bu düşüncenin iz düşümünü eski Yugoslavya’da yaşanan din ve mezhep savaşları ile 2. Dünya savaşındaki Yahudilere yapılan soykırım da görmek mümkündür.

Nüfus cüzdanlarında din hanesinin bulunmasının pozitif yaklaşımı, *o kişide aidiyet duygusu vermesi* olarak görülebileceği gibi, bu görüşün negatif yaklaşımı ise kişiyi teşhir edebileceğidir.

3.7.3. AİHM nın Türban Kararları.

Türkiye ile ilgili verilmiş değişik kararlar bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; Marmara Üniversitesi’ne "türbanlı" fotoğraf verdiği için kaydı yapılmayan Emine ARAÇ’ın 2002 yılında yaptığı başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir. ARAÇ, yaptığı başvuruda üniversite tarafından alınan kararın din ve vicdan özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik olduğu gibi eğitim hakkının da engellendiğini belirtmişti. Mahkeme başvuruyu kabul etmemeye yönelik gerekçeli kararında, türbanlı fotoğraf sunduğu için diplomasını alamayan Lamia BULUT’un 1988’de açtığı ve 1993’te sonuçlanan davasını örnek göstermiştir. AİHM, başı açık bir fotoğrafla kayıt yaptırma zorunluluğu uygulamasının o öğrencinin dini vecibelerini yerine getirme özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirmemiştir. AİHM, yine bahsi geçen kararında, bu tür kuralların uygulanması ile ilgili ülkelerin geniş yargı alanı bulunduğunu yani yargılama kısıntısının bulunmadığını belirtmiştir. ARAÇ’ın kendisine "ayrımcılık" yapıldığı yönündeki itirazı da kabul edilmeyerek, uygulamanın

²⁵⁴ AİHM, “Sinan Işık/Türkiye”, Başvuru no.21924/05 kararı.

²⁵⁵ AİHM , “Sinan Işık/Türkiye kararı”, aynı karar.

bir dine ya da cinsiyete yönelik değil, "kimlik tespitine" yönelik olduğunu belirtmiştir.²⁵⁶

Türbanla okula giriş yasağı nedeniyle İstanbul Tıp Fakültesi öğrencisi Leyla ŞAHİN 1998’de disiplin cezası almış ve uygulamayı AİHM’ne taşımıştır. 29 Haziran 2004’te davayla ilgili ilk karar, AİHM’nin 4’üncü dairesi tarafından verilmiş ve 7 yargıç oybirliğiyle türban yasağının ‘insan hakları ihlali olmadığına’ hükmetmiştir. Dava daha sonra ŞAHİN’in avukatları tarafından AİHM’nin büyük mahkemesine götürülmüştür. Davayla ilgili kararını açıklayan Büyük Mahkeme, türban nedeniyle okula girişi yasaklanan Leyla ŞAHİN’in başvurusunu ‘haksız’ bularak, söz konusu yasağın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ‘din ve vicdan özgürlüğünü’ güvence altına alan 9’uncu maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. AİHM kararında, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin üniversitede türbana izin verilmesinin anayasaya aykırı olduğu yolundaki kararı ile Danıştay’ın kararlarına atıfta bulunarak üniversitelerde türban takılmasının cumhuriyetin temel ilkeleriyle bağdaşmadığı yolundaki görüşlere de işaret etmiştir.²⁵⁷

AİHM kararında üniversitelerdeki türban yasağının, başvuruyu yapanların üniversiteye kayıt yaptırmak istemesinden önce de var olduğu, Türkiye’de türban konusundaki müdahalenin laiklik ve eşitlik ilkeleriyle bağlantısının bulunduğuna işaret edilmiştir. Mahkeme, söz konusu türban yasağının AİHS’ni ihlal edip etmediğini incelerken, üç nokta açısından değerlendirme yapılması gerektiğini öngörmüştür. Bunlar; bahsi geçen yasağın normatif hukuk olarak bir yasaya dayanıp dayanmadığı, yasağın mevcudiyetinde meşruiyetin varlığı, yasağın modern ve demokratik toplum hayatı için önemlidir.

Görüleceği üzere AİHM’nin bahsi geçen kararlarında bu tür düzenlemelerin din ve vicdan hürriyetine değil de, daha çok devletlerin iç düzenlemelerinden kaynaklandığı üzerinde durarak olayı mecrası dışına taşımıştır. Bu husustaki düşüncesini güçlendirmek için daha önce yapmadığı bir şekilde Türk yargı kararlarını da kendi kararına gerekçe olarak göstermiştir. Buradan çıkan sonuç, Avrupa’da egemen dinin Hıristiyanlık olduğu

²⁵⁶ AİHM , “Emine ARAÇ-Türkiye Davası”, (Başvuru no: 9907/02) 23 Eylül 2008.

²⁵⁷ AİHM , “Leyla Şahin – Türkiye Davası”, (Başvuru no. 44774/98) STRAZBURG 10 Kasım 2005 .

ve yargıçların çoğunluğunun da Hıristiyan olmasının kararlarda etkili olup olmadığı, diğerk bir deyişle sübjektif tarafsızlık konusunun ayrı bir araştırma konusu olabileceğidir.

SONUÇ

Herkesin adalet istediği, adalet duygusunun bütün öteki duyguları bastırduğu, bir şekilde adaletsizliğe maruz kaldığını düşündüğü bir anı olmuştur. Sonuçta herkes ya kendisi ya da başkaları için adaleti, hak etmediğine inandığı yoksunluğun telafisini istemiştir.

İlk topluluklardaki siyasi düşüncelerden, felsefenin sistematik bir şekilde başlamasına, hukukun bir disiplin olarak kuruluşundan günümüze değin, en çok araştırılan ve üzerine tartışılan problemlerden biridir “Adalet nedir?” sorusu. Bu sorgulamada ya PROTAGORAS’ın, “insan her şeyin ölçütüdür” yargısı gereği evrensel anlamda hiçbir değer varlığını kabul etmeyecek, ya bu düşüncenin devamı niteliğinde THRASYMACHUS’un “adalet güçlünün işine gelendir” iddiasına kulak verip, adaletsizlikleri olağan karşılayacağız; aynen KALLİKES’in hukuku “güçsüzlerin işine gelen, güçlülere harcayan” adaletsizlik olarak kabul etmesi gibi veya da Sokrates’in amansız bir şekilde savunduğu gibi genel geçer bir adalet ilkesinin varlığını inanacaktık. Fark edilebileceği gibi, Sofist düşünürlerin adalet yaklaşımı tek yanlıdır. Bu yüzden SOKRATES’ adalet hakkında öne sürülen bütün görüşleri bir şekilde eleştiriye tabi tutarak, günlük dilin ve önkabullerin ötesinde genel bir kavrama varmaya çalışıyordu.

Eski Yunan’da hukuk ile ilgili ileri sürülen en önemli tespit, doğa yasaları ile sonradan insanlar tarafından oluşturulan toplumsal yasalar arasında bir ayrım yapılmasıdır. Çağlar boyunca bu iki ayrı hukuk düşünürlerce tartışma konusu olmuştur. Tabiattan olan (physis) ile insan yapımı olan (nomos) arasındaki çatışmaya en güzel yorumu ANTİPHON dile getirmiştir. O’na göre insanların kanunları tamamen insani isteklerden, tabiatın kanunları ise zorunluluktan doğar. İnsanların neyi düşünüp neyi düşünmeyeceğine insan yapımı kanunlar karar verir. Yine O, insanların yaptıkları kanunlara uyma zorunluluğu tamamen insani cezadan kaçınmaktan ibarettir der.²⁵⁸ Bu mukayeseden hareketle tabiat ile uyumlu olmayan insan yapımı kanunların adaleti sağlayıp sağlayamayacağı sorgulanmaya başlar.

²⁵⁸ OTACI, *a.g.e.*, s. 116.

Doğal hukukun başlı başına kural koyucu olduğu bilinmektedir. İnsan, kendi doğasından ve toplumsal yaşamdan hareketle normlar oluşturabilir. Bu normlar bize pozitif hukuku belirlemede yol gösterici olur.

Pozitif hukukun ilk teorisyenlerinden biri AUSTİN'dir. O pozitif hukuku itaat geleneğinin sonucu olarak görür ve bu itaatin devamı için yasaların meşru zeminlerde, mantıklı kurallar olarak yapılması gerektiğini savunur. Yasaların ceza unsuru taşımasının da kaçınılmaz olduğunu söyleyerek, ancak bu şekilde adaletin sağlanabileceğini ileri iddia eder.²⁵⁹

Ünlü düşünürlerden KANT, hukuka ayrı bir önem vermektedir. O'na göre iyi bir yönetici aynı zamanda iyi bir hakim olmalıdır. Yani yargılarını ortaya koymadan önce bilgi sahibi olmalı, sonra yargılarını gerçekçi bir şekilde ortaya koymalıdır. KANT felsefesinin temel özelliği, varlığı hukuki terimler dâhilinde mantığın ulaşabildiği yere kadar düşünebilmektir.²⁶⁰

Görüleceği üzere, bugünün hukukunu her yönüyle tartışıp oluşturan düşünürlerin yaptığı şey hukuk felsefesinden başka bir şey değildir. CALAMANDERİ'nin dediği gibi, hukuk bir uzvumuz gibidir. Varlığında değerini bilmediğimiz kaybettiğimizde ise yana yakıla aradığımız!²⁶¹ Hukuk felsefesi, hukuk bilimi ve uygulamalı hukuğun temel sorunlarını ele alıp irdelemekle, hukuk disiplinin gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Ne zaman ki felsefe yapmaktan vazgeçilirse o zaman, NİETZSCHE'nin dediği gibi, insan yaptığı işin teknisyeni olmaktan öteye gidemeyecektir.²⁶² Hukuk Felsefesinin insanı ele almakla kalmayıp, insanın insan olmaktan kaynaklanan haklarını günümüzde işlemeye devam etmesi, bize hukukun görevinin halen devam ettiğini gösterir.

Hukuk temelde ikiye ayrılır. Bunlar özel hukuk ve kamu hukukudur. Özel hukuk, kişiler arasındaki ilişkiyi konu alır. Kamu hukuku ise, kişilerle devlet veya devleti oluşturan kurumlar arası ilişkileri düzenler.

Kamu hukuku tüm toplumu ilgilendiren genel düzenleyici işler olduğundan, kanun koyucuların kanunları yaparken devletlerin yönetim biçimini, dini ve ahlaki

²⁵⁹ BIX, *a.g.m.*, ss. 291-343.

²⁶⁰ HİRŞ, *a.g.m.*, s. 275.

²⁶¹ AKTAN, *a.g.m.*, s. 2.

²⁶² YÜCEL, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Afşar Matbaacılık, 2009, s. 5.

yapıyı, sivil toplum örgütlerini dikkate almak zorundadır. Bilindiği gibi yasalar olmadan önce de insanlar arasında adalete dayalı ilişkiler vardı. Burada adaleti belirleyen, hukuk normuna içeriğini veren doğal yasalar söz konusuydu. Kamu otoritesi yasalarını koyarken bu hassasiyeti dikkate almak zorundadır. Yani insan doğasını göz ardı etmemelidir. Bu durumda insan doğasından kaynaklanan *İnsan Hakları* kavramı karşımıza çıkar. İnsan hakları kavramı söz konusu olduğunda, onu belirleyen üç sacayağı vardır. Bunlar *özgürlük*, *hak* ve *eşitlik*dir. Bu üç sacayağı, insanoğlunun yaşadığı bir sürü acılar sonrası belgelere dökülmüş, sürekli geliştirilerek günümüze ulaşmıştır. İnsanların bir arada yaşama zorunluluğu devletlerinde sulh içinde bir arada yaşama zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Bunun için uluslararası düzeyde Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği gibi, devletler üstü birlikler kurulmuştur.

Birleşmiş Milletler, 1948 yılında "İnsan Hakları Bildirisi"ni evrensel bir hukuk kuralı olarak dünya gündemine getirmiştir. Bu bildirge ve benzeri belgelerde insan hakları içinde sayılan ve tezimizin de konusunu oluşturan haklardan biri adil yargılanma hakkıdır.

Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde, "Herkes hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında... adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir" ve "hakkında bir suç isnadı bulunan kimse aleni bir yargılanma sonunda hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar suçsuz sayılır" şeklinde anlam bulur. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere, adil yargılanma hakkının sağlamaya çalıştığı görev, insani değerleri yüceltmek, herkesin önceden belirli olan hukuk kuralları karşısında sağlıklı bir yargılama sürecinden geçmesini teminat altına almaktır.

Osmanlı'dan Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş aşamasına kadar geçen sürede Tanzimat-ı Hayriye adıyla tanınan belge hukuki manada reform hareketinin başlangıcı olmuştur. Tanzimat Fermanı'nın en önemli yanı, toplumsal değişimin başladığı ilk ferman olmasıdır. Osmanlı toplumsal ve idari sistemi "avam-havas" ayrıcalıklarına dayalı olduğu için, bu sistemde yöneticilerle yönetilenler arasındaki ilişkiler "mütekabiliyet-karşılıklılık" esasına değil, tepeden tabana doğru "buyuruculuk" esasına

dayalıydı. Bu durumda toplum tüm katmanlarıyla birlikte yönetimde katılımcı değil, değişiklikleri seyreden bir konumdaydı.²⁶³

Osmanlı Devleti'nin yıkılmasıyla kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası kuruluşlara üyeliği ve globalleşen dünya düzeni gereği imzaladığı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights) BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar Arası Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, adil yargılanma taleplerini karşılayan iç hukukumuz açısından da geçerli belgeler olmuştur. AİHS, 20 Mart 1950'de Roma'da katılımcı devletlerce imzalanmış, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiş olup ülkemiz sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır. (R.G. 19 Mart 1954-8662). Ülkemizin de taraf olduğu bu sözleşme nihayetinde “Adil Yargılanma Hakkı” AİHS nin 6.maddesi ile karşımıza çıkmaktadır. MC'dan bugüne değin mevcut tüm belgeler irdelendiğinde görülecektir ki, adil yargılanma hakkının oluşması tesadüfi değildir.

Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti'nin 1924, 1961, 1971(Anayasa değişikliği) ve 1982 Anayasalarında adil yargılanma taleplerini karşılayan değişiklikler mevcuttur.²⁶⁴ AHİM kararlarının bağlayıcılığı karşısında Türk yargısı da kararlarında Adil Yargılanma Hakkına riayet etmek zorunda kalmıştır.

“Bu kararlar yeterli midir?” diye sorarsak, elbette yeterlidir cevabını veremeyiz.

Bu noktada idari yargı için adil yargılanma ilkesine ters olduğu düşünülen hususları sıralarsak;

1) 2577 Sayılı İYUK na göre idari işlem ve eylemlerde yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için iki şartın bir arada olması gerekmektedir. Bu şartlar; Telifisi imkansız zarar ile hukuka açıkça aykırılıktır. Hukuka aykırı bir işlemin telifisi imkansız zararı yok diye durdurmamak adalet duygusuyla ve adil yargılanma ilkesiyle bağdaşırılığı tartışmalı bir konudur.

2) İdari Yargı'da görülen davalarda yargılamanın yapılması için gerekli bilgi ve belgeler mahkemelerce idarelerden istenmektedir. İstenilen bilgi ve belgeler

²⁶³ ÜÇOK- MUMCU, a.g.e., ss. 262-263.

²⁶⁴ Geniş bilgi için bkz tezin 3.bölüm 2.1.2.2 ve devamı.

mahkemelere sunulmayıp ,daha sonra temyiz aşamasında ileri sürüldüğü bilinen vakalardandır. Bu durumda olağan üstü durumlar hariç olmak üzere yargılama sürecinde temin edilmeyen belgelere dayalı temyiz talebinde bulunulmasının önü kesilmeli, etkin ve verimli yargılamanın önü açılmalıdır.

3) Karar verme konumundaki idare personel emsal kararları dikkate almamakta ve ayrıca keyfilik, gazez gibi durumlarda oluşan zararlar genellikle idareler üzerinde kalmaktadır. Bu nedenle gereksiz yargılama sürecinin ve keyfiliğin önünün geçilmesi için 1982 Anayasası ile Devlet Memurları Kanunu'ndaki ilgili hükümlerde yer alan 'devlet memurunun verdiği zararlar ilgiliye rucü edilebilir' cümlesindeki 'edilebilir' kısmı 'edilir' olarak düzeltilmelidir.

4) İdari davalardaki dava açma sürelerinde bir standardın olmaması, her yasa için ayrı bir süre düzenlenmesi kanunların bilinebilirliğini etkilediğinden (15) günden kısa süreler için (15) gün, (15) günden çok süreler için (60) gün gibi genel bir standardın belirlenmesinin, adil yargılanma ilkesine uygun düşebilir.

5) İdari Yargıdaki davaların büyük kısmının Danıştay'da temyize tabi tutulması adil yargılanma ilkesi önündeki engellerden biridir. Örneğin, Rize ili, Çayeli ilçesindeki üniversite öğrencisinin disiplin davası, ya da not tespiti davası Danıştay nezdinde temyize tabidir. Bu durumda Danıştay'dan bir davanın üç yıl gibi bir süreç içinde sonuçlandırıldığı dikkate alındığında yargılama sürecinin makul süre kavramı ile uyuşmadığı görülür. Memurların memuriyetten çıkarma cezaları hariç tüm disiplin cezaları, il için naklen tayinleri de dahil olmak üzere bu tür davalarda temyiz süreci yerine Bölge İdare Mahkemeleri nezdinde itiraz sürecinin işletilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

6) İdari Yargıdaki davalarda taraflardan biri idaredir. Bu bağlamda davanın tarafı olan idareyle yapılan her türlü bilgi belge istemeye yönelik ara karar, savunma verilmesi ve istenilmesi gibi yargılama sürecine ilişkin yazışmaların posta yoluyla oluşturulabileceği gibi, kurumlar adına oluşturulacak e-posta adresleri üzerinden de yapılabilir hale getirilmesi, yargılama sürecini kısaltacak, adil yargılanma hakkının makul süreler içinde yapılmasına katkı sağlayabilecektir.

Bütün bu sorunların üzerine gidildiğinde, toplumun ve bireyin öncelikleri en iyi şekilde incelenip irdelenmeye devam edildikçe, adalet kavramı içinde yer alan adil yargılanma hakkı da güncelliğini ve önemini kapsamakla kalmayıp daha da artan bir şekilde karşımıza çıkmaya devam edecektir.

Bu bağlamda denilebilir ki, bütün dünyada kanun yapıcılar artık kanunlarını nasıl yaparlarsa yapsınlar, adil yargılanma hakkına azami önem ve dikkati göstermek zorundadırlar. Aksi halde, adaletle birlikte toplumun da çöküşü kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI, M. Ali, *Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi*, Ankara: Teori Yayıncılık, 1989.

AKAD, Mehmet, *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997.

AKTAN, Coşkun Can, Dilek Dileyici ve Özgür Saraç, *Vergi, Zulüm ve İsyân*, Ankara: Phoenix Yayınları, 2003.

AKTAN, Coşkun Can, "Hukuk Üzerine Özlü Sözler", *Yeni Global Gerçekler*, İstanbul: TUGİAD Yayınları, 2000.

Ana Britannica, Cilt: 32, 1994.

ATAY, Ender Ethem, *Fransa'da Adli Yargı İdarî Yargı Ayrımı*, Kamu Hukuku Arşivi, 1998.

AYDIN, M.Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.

AYTEPE, Oğuz, *Atatürk ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2001.

BELGESAY, M.Reşit, "Tanzimat I", *Tanziminat ve Adliye Teşkilatı*, İstanbul - 1940.

BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

BOZKURT, Enver, *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Asıl Yayın Dağıtım Ltd. Yayını, 2007 .

BURY, John, *Düşünce Özgürlüğünün Tarihi*, Çev. Durul BATU, Erdini Basım ve Yayıncılık, 1978.

CEVİZCİ, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2005.

CEVİZCİ, Ahmet, *Felsefe Tarihi Cilt:4 Aydınlanma Felsefesi*, Bursa: Ezgi Kitabevi, 2002.

- ÇOBANOĞLU, Rahmi, *Hukuk Felsefesi Ders Notları*, İÜHF Yayınları, 1968.
- DUMAN, H. İ, *1982 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet*, İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 1997.
- DUTERTRE, Gilles, *AİHM Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1997.
- GÖKBERK, Macit, *Felsefe Tarihi*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 2003.
- GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1986.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayıncılık, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: 2005.
- GUTHRIE, W.K.C, *İlkçağ Felsefe Tarihi*, Çev.Ahmet Cevizci, Ankara: Gündoğan Yayıncılık, 1999.
- GÜÇLÜ, Abdülbaki,- UZUN, Erkan, - UZUN, Serkan, - YOLSAL, Ümit HÜSREV, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2003.
- GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1987.
- GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2005.
- HANÇERLİOĞLU, Orhan, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Hegel: Seçilmiş Parçalar*, Edit. Nejat Bozkurt, İstanbul: Say Yayınları, 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev. Cenap Karakaya, İstanbul: Sosyal Yayınlar, 2004.
- HİLAV, Selahattin, *Diyalektik Düşüncenin Tarihi*, İstanbul: Sosyal Yayınlar, 1997.

- TDK, “Hukuk”, *Türkçe Sözlük*,1.cilt, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1998.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, *Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2001.
- DİB, “Eş’ariyye”, *İLMİHAL*, I.Cilt, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2009.
- İNCEOĞLU, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Ankara: Şen Matbaa, Kasım 2007 .
- UNICEF, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”, UNICEF Türkiye için Mullan’lar tarafından tercüme, UNICEF Türkiye- 2004.
- KARADENİZ, Çelebican Özcan, “Tarihî Giriş-Kaynaklar Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku Hakların Korunması”, *Roma Hukuku*, 10. Baskı, Ankara-2004.
- KARAL, Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi*, Ankara: TTK Yayınları, 1988 .
- KUÇURADİ, İoanna, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2007.
- KUÇURADİ, İoanna, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2009.
- MİLL, John Stuart, *Faydacılık*, Ankara: MEB Yayınları, 1946.
- MUMCU, Ahmet, *Hukuksal ve Sayısal Karar Organı Olarak Divan-i Hümayun*, Ankara, 1986.
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul: Hak Kitabevi, 1966.
- PLATON, *Diyaloglar*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 2009.
- PLATON, *Devlet*, Çev. Ersin UYSAL, Dergah Yayınları, 2005.
- SAHAKIAN, “Friedrich HEGEL kimdir?”, Çev. Aziz YILDIRIM, *Felsefe Tarihi*, İdea Yayıncılık, 9*jhgfl997.
- SOYSAL, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul: Gerçek Yayıncılık, 1974

TOKATLI, Attila, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Bilgi Yayınları, 1973.

TOKATLI, Attila, *Çağdaş Diyalektiğin Kaynağı Hegel*, İstanbul: Yazko Yayınları, 1983.

TUNALI, İsmail, *Felsefeye Giriş*, İstanbul: Altın Kitaplar Yayınları, 2009,

TUNAYA, Tarık Zafer, *İnsan Derisiyle Kaplı Anayasa*, İstanbul: Arba Yayınları, 1988.

TÜRKÖZER, Bahir Güneş, "Hegel' in Hukuk Sistematiğine Özlü Bir Bakış", Ankara: Seçkin Yayıncılık, Hukuk Kitapları Dizisi: 704, 2006.

ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul: Hak Kitabevi, 1966.

ORMAN, Enver, "Hegel Felsefesi", *Felsefe Söyleşileri*, TMMOB İstanbul Şubesi, 2007.

ÖZLEM, Doğan, "Ahlak Hukuku Önceler", *Felsefe Tartışmaları*, İnkılap Kitabevi 2000.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1962-1963 (Teksir).

ÜÇOK, Çoşkun,- MUMCU, Ahmet, BOZKURT Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Savaş Yayınları, 1996.

ÜÇOK, Çoşkun, MUMCU, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Savaş Yayınları, 1993.

YETİŞ, Kazım, "Tazminat Karşısındaki Tavırların Tasnifi Konusunda Bir Deneme", *Tazminat'ın 150.Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu* 31Ekim -3 Kasım 1989, Ankara: TTK Yayınları, 1994.

YILDIRIM, Cemal, *Çağdaş Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Doruk Yayıncılık, 2000.

YÜRÜK, Ayşe Tülin,- KARAKUL, Selman, ""Çağımızda İnsan Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Düzeyinde Korunması",Çağdaş Yaşam Çağdaş İnsan. AÖF.Yay.No:563,Ünite 5. s.9.

YÜCEL, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Afşar Matbaacılık, 2009.

ZABUNOĞLU, Yahya Kâzım, *Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., no. 328.

2010 Uluslar arası Af Örgütü Raporu, İstanbul:Uluslararası Af Örgütü Yay., 2010.

MAKALELER-BÜLTENLER-DERGİLER

AKBAY, Muvaffak, “Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AUHF Dergiler*, S.38.

ALGANER, Yalçın- ÇETİN, Müzeyyen Özlem, “Avrupa’da Birlik ve Bütünleşme Hareketleri”, *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi* XXIII, S.2.

ANAL, A.Akın, “Magna Carta ve Yönetim Anlayışımız”, *Mali Kılavuz Üç Aylık Maliye Dergisi*, 7. (26), Ekim-Aralık 2004.

“Apriori nedir?” http://www.felsefe.gen.tr/a_priori_nedir_ne_demektir.asp (Erişim tarihi: 16.07.2010).

“A Treatise of Human Nature”, <http://spectrum.troy.edu/~sltaylor/theory/hume-selection.html> (Erişim Tarihi : 18/07/2010).

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından”, *Tusiad Basın Bülteni* 19 Ocak 2004 TS/BAS-BÜL/04-08.

BİLİK, Erol, “İngilterede 18 ve 19 uncu Yüzyıllarda Parlamento Hükümeti ve Anayasa Islahatı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1951,Cilt 8, Sayı. 1-2 .

BİLİK, Erol, “Sofistler”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt 7, sayı 1-4, 1950.

BİX, Brian H., “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çeviren: Ertuğrul UZUN”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt : 6, Sayı : 2, 2004.

ÇEÇEN, Anıl, “Hukukta Norm ve Adalet”, *AUHF Dergileri* 1975.

ÇELEBİ, Emin, “David Hume'da Psiko - Epistemolojik İlke:Nedensellik”, *SÜFD* S.20.

Danıştay Dergisi S.109,113,115,119 ,120., Ankara: Danıştay Yayınları,

Danıştay Kararlar Dergisi, Ankara: Danıştay Yayınları, S.6.

ERBAY, Adviye, “İnsan Hakları ve Demokrasi Açısından Yurttaşlık”, *8 International Congress On Intercultural Dialogue And Education. 8.Ekim 2009,Uludağ Üniv.Bursa,*

ERTUĞ, Hasan Refik, “Ölümünün 300 üncü Yıldönümü Münasebetiyle:Hugo Grotius” *SBF Dergiler, Cilt 1.S.4.,1943.*

EMİNİ, M.Emin, “Hak Kavramı”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2004, S.12 .*

GÜLCAN, Nur Yeliz, “Rawls’ın Doğruluk Olarak Adalet Teorisi”, *Kaygı Dergisi, 2007 S.8.*

GÜNDOĞAR, Hamdi, “Mu’tezile Mezhebinde İnsanın Fiilleri Problemi”, Aralık, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi Cilt:VIII/2 , Sivas, 2004 .*

HİRŞ, Ernest, “Kant’ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi”, *AUHFD Yıl 1946 Cilt 3 Sayı 2-4.*

“Hukuk”, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Hukuk> (Erişim tarihi: 03/07/2010).

OTACI, Cengiz, “Tabî Hukukun Tabî Neticesi ya da Lâik Hukukun Kökleri”, *Sayıştay Dergisi, S.54.*

ÖNKAL, Güncel, “Felsefenin Yöntemi”, <http://www.guncelonkal.com/PDF/felsefede...pdf>, (Erişim Tarihi: 13.02.2011).

ÖKTEM, Ülker, “Orhan Saadettin’in Felsefe Nedir? Adlı Makalesi Üzerine Bir İnceleme”, *Felsefe Dünyası Dergisi, S.24, 1997.*

ÖZEKES, Muhammet, “Adil Yargılanma Hakkı Oyun Teorisi Ve Hukuk Eğitiminde Aktif Öğrenim”, *İstanbul Barosu - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojik Bakışlar II Sempozyumu, İstanbul/7-11 Eylül 2004, 14. Kitap, İstanbul, 2005.*

“Protagoras Kimdir?”, <http://www.msxlab.org/forum/felsefe-ww/15014-protagoras-protagoras-kimdir-protagoras-hakkinda.html> (Erişim tarihi:24/06/2010).

RİCOEUR, Paul, “The Just”, University of Chicago Pres, 2000
<http://www.iep.utm.edu/ricoeur/> (Erişim tarihi:17/06/2010).

RUHİ, Mehmet Emin, “Platon'un Devletin Kökenine İlişkin Görüşü ve Yansımaları”,
Erzincan Hukuk Dergileri, 2005.

SAKINÇ, Süreyya, “İnsan Hakları Hakkında Rapor”, *10.03.2000 tarihinde Rektörlük makamı için hazırlanan kisisel rapor*.

SAVCI, Bahri, “Korkudan ve Yoksulluktan Kurtulma Hürriyetleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay. No: 577, Ankara -1992.

SELÇUK, Fatma Ülkü, “Sosyal Politika: Tarihsel Zorunluluk Yaklaşımı Yerine Liberalizmle Ortaklaşan Temellerden Alternatif Kuramsal İnşalara”, *1. Ulusal Çalışma İlişkileri Kongresi*, Sakarya, 2008.

SENCER, Muzaffer, “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:23, Sayı:2, 1990.

SEZER, Abdullah, “Yeni Anayasa, Yeni Meclis, Yeni Yöntem”, *1982 Anayasasının Halk Oyuna Sunuluşunun 27. yılında 7.9.2009 da Ankara düzenlenen Anayasa Toplantısı tebliği*.

TOPAKKAYA, Arslan, “Aristoteles’te Adalet Kavramı”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, The Journal of International Social Research Volume 2/6 Winter 2009.

TOPAKKAYA, Arslan, “Adalet Kavramı Bağlamında Aristoteles- Platon Karşılaştırılması”, *Felsefe Dergisi*, 1995, S.6.

UYGUR, Gülriz, “Adalet ve Hukuk Devleti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt: 53, Sayı: 3.

UZUN, Ertuğrul, “İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin”, *Sosyal Bilimler Dergisi* 2003/2.

KANUNLAR-MAHKEME KARARLARI-SÖZLEŞMELER- RAPORLAR

“AİHS, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetin.htm> (Erişim tarihi :20/07/2010).

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. Protokol ile yeniden düzenlenen metin”, http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html (Erişim Tarihi:17/07/2010).

“BM”, <http://www.un.org.tr/> (Erişim tarihi:17/07/2010).

“BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi” <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (Erişim tarihi: 17/07/2010).

“Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun”, Kanun no:2576 Kabul tarihi:06/01/1982.

“BÜKER - Türkiye Davası”, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29921_96.pdf (Erişim tarihi:27/08/2010).

“Danıştay Kanunu”, Kanun no:2575, Kabul tarihi:06.01.1998.

“Danıştay, Onuncu Daire E: 1998 /5511 sayılı karar”, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=adilyargılanma&ozet=metin&dokid=1815 (Erişim tarihi:25/08/2010).

“Danıştay, İdari Dava Daireleri K:2008 /1633 sayılı kararı”, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=adilyargılanma&ozet=etin&dokid=30970 (Erişim tarihi: 27/08/2010).

“Habeas Corpus Act”, <http://www.constitution.org/eng/habcorpa.htm> (Erişim tarihi:19/07/2010).

“İdari Yargılama Usulü Kanunu”, Kanun no:2577, Kabul tarihi:06.01.1982.

“İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”, <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html> (Erişim tarihi:18/07/2010).

“Tazminat Fermanı”, http://tr.wikipedia.org/wiki/Tanzimat_Ferman%C4%B1 (Erişim tarihi :20/07/2010).

“Treason Act 1695”, http://en.wikipedia.org/wiki/Treason_Act_1695 (Erişim tarihi: 16/07/2010).

“Türk Medenî Kanunu”, Kanun No. 4721 Kabul Tarihi : 22.11.2001.

“Virginia Declaration of Rights”, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp (Erişim tarihi:17/07/2010).