

161591

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

AHMET KILINÇ

KANUN-İ ESASİ'NİN İNSAN
HAKLARI YÖNÜNDEN ANALİZİ

Yüksek Lisans Tezi

TEZ YÖNETİCİSİ

PROF. DR. AHMET BİLGİN

161591

KIRIKKALE - 2005

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

AHMET KILINÇ

KANUN-İ ESASİ'NİN İNSAN
HAKLARI YÖNÜNDEN ANALİZİ

Yüksek Lisans Tezi

TEZ YÖNETİCİSİ
PROF. DR. AHMET BİLGİN

KIRIKKALE - 2005

ÖZET

Batıda anayasalar, insan haklarının ihlali neticesinde ortaya çıkmıştır. Bilindiği üzere; Kanun-i Esasi ilk yazılı Türk anayasasıdır. Tezimizin amacı, Kanun-i Esasi'nin de batıda olduğu gibi insan haklarını kazanmayı amaçlayan mücadeleler neticesinde kabul edilip edilmediğinin; Kanun-i Esasi'de yer alan insan hakları hükümlerinin; Osmanlı hukuk sisteminde ve bu bağlamda İslam hukukunda insan haklarının nasıl düzenlendiğinin araştırılmasıdır.

Çalışmamızın kapsamı şu şekilde teşekkül etmiştir: Öncelikle insan hakları kavramından ne anlamamız gerektiğini, bu hakların özelliklerini, anayasalarda yer almalarını (ve bu durumun ortaya çıkardığı neticeleri), sınırlandırılmalarını ve korunmalarını genel olarak tespit ettik. Daha sonra gerek örfi hukukta gerekse İslam hukukunda insan haklarının nasıl düzenlendiğini yapılan tartışmaları da nazar-ı dikkate alarak inceledik. Son olarak Kanun-i Esasi'de yer alan insan hakları hükümlerini ve devletin temel organlarının yetkilerini ve işleyişini, insan haklarına etkisi açısından değerlendirdik. İlk yazılı anayasamızda çok mühim değişiklikler yapması sebebiyle 1909 değişikliklerini de araştırma kapsamımızın içine aldık.

Bir hukuk tezi olan çalışmamızda gerek İslam hukukunda gerekse Osmanlı hukukunda insan haklarını araştırırken, anılan hukuk sistemlerinin hukuki kaynaklarından yola çıktık. Fakat her hukuk sisteminin kendine has özelliklere sahip olmasından dolayı, öncelikle İslam hukukun temel niteliklerine daha sonra örfi hukukun kendine has özelliklerine değindik. Bu bağlamda insan haklarını İslam hukukunda araştırırken, Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyastaki hükümleri esas alınmıştır. Örfi hukuk sisteminin temelini fermanlar ve kanunnameler oluşturduğu için, çalışmamızda bu kaynaklardan da olabildiğince yararlanılmaya çalışılmıştır. Çalışma esasen bir hukuk tarihi çalışmasıdır; bu itibarla çalışmanın verileri tarihten alınacak, bu verilen incelenip yorumlanması hukuki düşünme ve yorumlama yöntemiyle yapılmıştır.

Yapılan araştırmalar neticesinde şu sonuçlara varılmıştır: Siyasal iktidarın keyfi davranması muhakkak engellenmelidir. İnsan haklarına ilişkin bütün normlar, insanların

oluşturdukları topluluklarda geçerli olan en üst düzey hukuk kaynaklarında yer almalıdır. Osmanlı hukukunun insan haklarına bakışı ile İslam hukukunun insan haklarına bakışı tamamen uyuşmamaktadır. İnsan hakları kavramı günümüzdeki biçimiyle İslam hukuk ve felsefe literatüründe yer almamıştır. Fakat, günümüzde üzerinde durulan bir kısım haklar, içerik olarak İslam hukuk sisteminde farklı terim ve ifadelerle yer almaktadırlar. Osmanlı Devleti'nin hak ve hürriyetler karşısındaki konumu, orta çağın mutlakiyetçi devletlerine oranla daha yumuşaktır. Fakat; bu hakların korunması garantisini verecek günümüz anlamında bir mekanizmadan söz edemeyiz. Şeyhülislamlık müessesesi, adâletnameler, İhtisah ağası ve taşraya gönderilen iki yönetici insan haklarının korunması amacıyla o devirde uygulanan koruma yöntemleridir. Kanun-i Esasi'de yer alan İnsan hakları hükümleri ne tam olarak İslam hukukunun insan haklarına bakışını ne de örfi hukukun insan haklarına bakışını yansıtmaktadır. Kanun-i Esasi tamamen kendine has bir insan hakları hükümleri ortaya koymuştur. Kanun-i Esasi'de yer alan insan hakları hükümleri özellikle 1909 değişikliğinin ardından mükemmel denilebilecek seviyededir. Kanun-i Esasi'de sosyal haklarının olmaması ve 113'ncü maddede olduğu gibi iktidara çok fazla yetki verilmesi ve bu bağlamda insan haklarının korunmamış olması şeklinde yapılan eleştiriler bu dönemin şartları nazar-ı dikkate alınacak olursa yerinde (!) iken, o dönemin şartları dikkate alınacak olursa normal karşılanmalıdır.

ABSTRACT

Currently, the concept of “Constitution” has appeared as a result of the struggle that has been done for Human Rights. Kanun-i Esasi is the first written Constitution of Turks. The aim of our thesis is to search thoroughly if the aim of Kanun-i Esasi was like the aim of the Estren Constitutions or not; the norms of Human Rights that are occurred in Kanun-i Esasi and Human Rights in Otoman Empire and Islamic law.

The content of our studying is like this: First of all, we have to determine what we have to understand by the concept of “Human Righths”; the properties of these rights; the importance of human rights taking into account their positions in the constitutions, and moreover to evaluate that why norms of human rights should take place in the constitutions. Than we research Human Rights in Islamic law and Örfi law by the help of the discussions in Doctrine. And lastly, we evaluated the norms of Human Rights in Kanun-i Esasi and the effects of state’s strength to Human Rights. We added the changes of Kanun-i Esasi that has been made in 1909.

In our study (it is a law thesis), we want to determine the sui generis properties of Islamic law and Örfi law. Than, we use the Quran, Sunnah, Consensus (İcma), Comparison (Kıyas) while we were searching the Human Rights in Islamic law. Also we use imperial edicts and laws of the Sultan of Ottoman Empire when we were searching the Human Rights in Otoman Empire. As it is explained we also study the Historical law systems. Thus, we try to evaluate the legislation by taking into account the situation of that age.

At the end of our study we reach these results: The political power’s arbitrary activitiy must be obstructed. Norms about Human Rights should take place in the superiorist legislations. This legislation can be a national constitution or an international constirution. Human Rights in the Ottoman Empire is not absolutely the same like Human Rights in İslamic law. Modern “Human Rights” concept do not take place in Islamic law. But it does not mean that there is not Human Rights in Islamic law. Modern Human Rights consepts take place in Islamic law with the other consepts. The

Approach of the Otoman State to Human Rights was more modern than European states. Sheikh ul-Islams, adaletname, ihtisah ağası and existence of two administrators in one province are the protection systems of Human Rights. Human rights in Kanun-i Esasi are different from Islamic law and Örfi law. The norms of Human Rights which took place in Kanun-i Esasi are sui generis norms. By taking into account the features of that age Kanun-i Esasi which was changed in 1909 provided perfect Human Rights Norms.



KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Kanun-i Esasi’nin İnsan Hakları Yönünden Analizi” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin kaynaklarda gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

Mayıs 2005

Ahmet KILINÇ

ÖNSÖZ

Çalışmamızın bir hukuk tarihi araştırması olması sebebiyle, karşılaşılan hukuki olgu ve kavramları o dönemim şartlarını dikkate alarak yorumlamaya gayret ettik. Gerek klasik Osmanlı devletinin hukuk düzeni gerekse Kanun-i Esasi'nin analizi yapılırken bu ilkeye uymaya çalıştık. Bu şekilde devrinde uygulanan hukuki olgu ve olaylardan nasıl daha iyi ders alabileceğimizi tespit edebileceğiz.

Araştırmamızı yaparken olabildiğince makalelere ve tezlere başvurduk. Zira bu tür çalışmalar spesifik araştırmalar oldukları için kendi konuları hakkında derinlemesine bilgiler ihtiva etmektedirler. Bu bağlamda Yüksek Öğretim Kurulunun internet sitesindeki yer alan tez tarama sayfası ve isimleri burada sayamayacağım kadar çok olan değerli hocalarımızın anılarına armağan edilmiş eserlerin katkısı büyüktür.

İzlediğimiz yöntem şu şekilde belirlemiştir: Öncelikle insan hakları hakkında genel bilgi verilmiştir. Bu şekilde kullanacağımız kavram ve müesseselerden neyi anlamamız gerektiği tespit edilmiş olacaktır. İslam ve Osmanlı hukukunda insan haklarını tetkik ederken, bu hukuk sistemleri hakkında genel bilgi verilmeye çalışılmıştır. Bu sayede anılan hukuk sistemlerinde insan haklarını araştırırken, sistemin temel mantalitesi dikkate alınacaktır. Bir hukuk tezi olan çalışmamızın son bölümünde yer alan Kanun-i Esasi'nin analizi yapılırken, siyasi ve ekonomik konjonktüre bağlı kalınmaksızın hukuki yorum yapılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ortaya çıkmasında, doğrudan ya da dolaylı olarak birçok kişinin yardımı olmuştur. Çok kıymetli vaktini benimle paylaşarak tezimin hazırlanmasında büyük emekleri olan, asistanı olma şerefine nail olduğum ve gerek akademik anlamda gerekse hayata bakış açısı konusunda kendime örnek aldığım hocam **Prof. Dr. Ahmet BİLGİN**'e ve bütün kitaplığını bana açarak kaynaklara ulaşmam konusunda yardımcı olan hocam Yrd. Doç. Dr. Adnan KÜÇÜK'e teşekkürlerimi sunarım.

Ahmet KILINÇ

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	III
KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA.....	V
ÖNSÖZ.....	VI
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI KAVRAMI

ÖZELLİKLERİ ANAYASALARDA YER ALMASI

SINIFLANDIRILMASI SINIRLANDIRILMASI KORUNMASI

A. GENEL OLARAK İNSAN HAKLARI	5
1. Kavramın Belirginleştirilmesi	5
2. Tanım.....	7
a. İnsan.....	7
b. Hak	8
c. İnsan Hakları.....	10
3. İnsan Haklarının Özellikleri	11
a. İnsan Hakları Doğuştan Elde Edilen Haklardır	11
b. İnsan Hakları Evrenseldir	11
c. İnsan Hakları Eşitlikçidir.....	12
d. İnsan Hakları En Üstün Ahlaki Haklardır	13
e. İnsan Hakları Dokunulamaz Haklardandır	14
f. İnsan Hakları Siyasal Meşruluğun Ölçütüdür	15

B. İNSAN HAKLARININ ANAYASALARDA YER ALMASI VE BU DURUMUN NETİCELERİ.....	15
1. İnsan Haklarının Anayasalarda Yer Alması.....	16
2. İnsan Haklarının Anayasalarda Yer Almasının Neticeleri.....	20
C. İNSAN HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI.....	22
1. Genel Olarak.....	22
2. Birinci Kuşak Haklar (Klasik Haklar).....	24
3. İkinci Kuşak Haklar (Sosyal Haklar).....	26
4. Üçüncü Kuşak Haklar (Dayanışma Hakları).....	29
D. İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI.....	31
E. İNSAN HAKLARININ ULUSAL DÜZEYDE KORUNMASI.....	34
1. Genel Olarak.....	34
2. Yasama Organına Karşı Koruma.....	35
3. Yürütme Organına Karşı Koruma.....	38
4. Yargı Organına Karşı Koruma.....	40

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK OSMANLI HUKUKUNDA İNSAN HAKLARI

A. GİRİŞ.....	43
B. İSLAM HUKUKU VE İNSAN HAKLARI.....	43
1. Genel Olarak.....	43
2. Fıkıh.....	44
a. Tanımı.....	44
b. Özellikleri.....	46
c. Sınıflandırılması.....	47
d. Kaynakları.....	48
aa. Kitap.....	49
bb. Sünnet.....	51
cc. İcma.....	51
dd. Kıyas.....	52
3. Fıkıh Usulü (Usul-U Fıkıh).....	53
a. Tanımı.....	53

b. Amacı	54
c. Fıkıh İle Arasındaki Fark	54
4. İslam Hukukunun İnsan Hakları Açısından Tetkiki.....	55
a. İslam Hukukunun İnsan Haklarına Yer Vermediği Görüşü	56
b. İslam Hukukunda İnsan Haklarının Yer aldığı Görüşü	59
c. Değerlendirme	66
5. İslam Hukukundaki İnsan Hakları Düzenlemeleri.....	67
a. Birinci Kuşak Haklar	67
b. İkinci Kuşak Haklar.....	70
c. Üçüncü Kuşak Haklar.....	72
C. OSMANLI HUKUKUNDA İNSAN HAKLARI	74
1. Genel Olarak Osmanlı Hukuk Sistemi	74
2. Osmanlı Hukukun İnsan Hakları Yönünden Kısaca Analizi.....	76
a. Osmanlı Hukuk Sisteminde İnsan.....	77
b. Osmanlı Hukukunda Birinci Kuşak Haklar.....	80
c. Osmanlı Hukukunda İkinci Kuşak Haklar.....	85
d. Osmanlı Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar	87
3. Osmanlı Hukukunda İnsan Haklarının Korunması.....	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUN-İ ESASİ'NİN İNSAN HAKLARI AÇISINDAN ANALİZİ

A. KANUN-İ ESASİ HAKKINDA GENEL BİLGİ.....	93
1. Kanun-i Esasi'nin İlanını Hazırlayan Koşullar	93
2. Kanun-i Esasi'nin Hazırlanışı ve Anayasal Niteliği	95
3. Kanun-i Esasi'nin İçeriği (Muhtevası)	97
a. Yasama Organı	99
aa. Meclis-i Umumi, Padişah ve Kanun Çıkarma	99
bb. İnsan Haklarının Sınırını Kanunun Belirlemesi.....	101
b. Yürütme Organı	103
aa. 113. Madde	104
bb. Muvakkat Kanun ve Meclisi Fesih.....	107
c. Yargı Organı	109

4. Anayasanın Korunması ve Üstünlüğü	111
B. KANUN-İ ESASİDE YER ALAN İNSAN HAKLARI	112
1. Hürriyet ve Eşitlik	112
2. Kanun-i Esasi'de Yer alan İnsan Haklarının Sınıflandırılması	114
a. Klasik Haklar	115
aa. Kişi Güvenliği.....	115
bb. Kişi Dokunulmazlığı	116
cc. Konut Dokunulmazlığı ve Özel Hayatın Gizliliği	116
dd. Din ve Vicdan Hürriyeti	117
ee. Mülkiyet Hakkı	118
ff. Eğitim Öğretim Hakkı	119
gg. Düşünce ve Basın Hürriyeti.....	121
ğğ. Şirket Kurabilme Hürriyeti.....	121
b. Siyasal Haklar	122
aa. Seçme – Seçilme Hakkı	122
bb. Dilekçe Hakkı.....	123
cc. Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı.....	124
dd. Vergi Eşitliği ve Vergilerin Kanuniliği İlkesi	125
c. Yargısal Korumalar	125
aa. Tabii Hakim İlkesi	125
bb. Hak Arama Hürriyeti.....	126
cc. Bağımsız Mahkeme ve Yargılamanın Aleniliği İlkesi.....	126
dd. Anayasaya Uygunluk	127
C. 1909 DEĞİŞİKLİKLERİ ve YENİ HAKLAR.....	127
1. Genel Olarak.....	127
2. Yasama Organında Yapılan Değişiklikler.....	128
3. Yürütme Organında Yapılan Değişiklikler	130
4. İnsan Hakları İle İlgili Değişiklikler	131
SONUÇ	133
KAYNAKLAR.....	139
ÖZGEÇMİŞ.....	152

KISALTMALAR

age	: adı geçen eser
agm	: adı geçen makale
agt	: adı geçen tez
AnBD	: Ankara Barosu Dergisi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
bk.	: bakınız
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DÜ	: Dicle Üniversitesi
dp.	: dipnot
e. t.	: erişim tarihi
İbid	: Aynı kaynak aynı yer (Latince kısaltma)
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Krş.	: Karşılaştırınız
KÜ	: Kırıkkale Üniversitesi
md.	: madde
M.Ö.	: Milattan Önce
Osav	: Osmanlı Araştırmaları Vakfı
R.G.	: Resmi Gazete
TODAI	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TTK	: Türk Tarih Kurumu
SÜ	: Selçuk Üniversitesi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

s. : sayfa
SBE : Sosyal Bilimler Enstitüsü
vd : ve devamı
Yay. : yayınları
yy. : yüzyıl



GİRİŞ

İnsanoğlunun dünya üzerinde belirmesinden itibaren, bütün dengeler onun üzerine kurulmuştur. Çünkü, dünyadaki her şeyin varlık nedeni ve hareket noktası insanın ta kendisidir. Bu bağlamda gerek insanların bizzat kendileri, gerek doğa ve gerekse insanların oluşturdukları topluluklar hep bir gayeye hizmet etmeye çalışmışlar: İnsanın mutluluğu. İnsanoğlu bu amaca ulaşabilmek için çeşitli arayışlar içine girmiş, diktatörlükten demokrasiye kadar çeşitli sistemler oluşturmuşlardır. Beşer bir taraftan kendi mutluluğunu sağlama amacına yönelmiş iken, diğer taraftan kendi hemcinslerine zulüm eden tarafta da olmuştur. Bu bağlamda her ne şekilde, esas ve kriterlerle olursa olsun güçlünün zayıfı ezdiği düzenler oluşmuştur. Bu güç, gerek fiziki, gerek ekonomik ve gerekse siyasi anlamda olabilmıştır. Çağlar boyunca karşılaşılan zulüm, işkence, soykırım vb. gibi vahşi tatbikatlardan ötürü başta düşünürler olmak üzere değişik kesimler harekete geçmişler. Artık, güçlünün iktidar sahibinin sahip olduğu bu yetki keyfi bir şekilde kullanılmamalı; iktidar bu yetkisini kullanırken “insan”a önem vermelidir.

Bugün artık, insan hakları kavramı, -eskisi gibi- bir avuç entellektüelin tartıştığı felsefi bir kavram değil, halkların paylaştığı ve sahip çıktığı canlı ve dinamik bir yükselen değerdir. İnsanlığın bugün için ulaştığı noktayı vurgulamak amacıyla “uzay çağı”, “bilgi çağı” ve “iletişim çağı” gibi nitelendirmeler yapılmıştır. Fakat, insan haklarının son onlu yıllarda evrensel ölçekte kabul görmesi ve ön plana çıkması karşısında, içinde bulunduğumuz çağ, “İnsan Hakları Çağı” olarak da değerlendirilmektedir.

Günümüzde gelinen nokta itibarıyla, yazılı bir metnin anayasa olarak adlandırılması için “devletin kuruluşunu yani niteliğini, yapısını, hükümet şeklini, temel organlarını, bunların birbirleriyle olan ilişkilerini”¹ düzenliyor olması yetmemektedir. Mezkur belge, tüm bu sayılan müesseselerle beraber “insan haklarını” içerisinde barındırmalıdır. Dolayısıyla bir metinde devletin kuruluşu, organları ve insan hakları düzenlemelerinden herhangi birinin yer almaması, o metnin anayasa olmadığı kanaatine

¹ Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2002, s. 4.

sahip olmamızı sağlayacaktır. Esas itibariyle yazılı anayasaların ortaya çıkmasının da sebebi insan haklarıdır. Zira, 18'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren ve 19'ncü yüzyıl boyunca Avrupa'da mutlak yetkili hükümdar ve kralların otokratik ve monarşik yönetimlerine baş kaldırarak, devlet yönetimini, vatandaşların hak ve hürriyetlerini yazılı belgelere dayandırma hareketlerinin yoğunlaştığını görürüz². Görüldüğü üzere anılan bölgede anayasaların ortaya çıkışındaki temel faktör, devletin temel düzenini kurmak, devleti yönetenlerin ve siyasal iktidarların keyfi davranış ve tasarruflarına engel olarak ve –Hobbes'in tabiriyle- “Leviathan”ı sınırlandırarak insan haklarını garanti altına almaktır.

Bu kadar çetrefilli bir kavram olan “insan hakları”nın Osmanlı hukuk sisteminde ve ilk yazılı anayasamızdaki konumunu daha iyi algılayabilmek amacıyla, çalışmamızın ilk bölümünde; insan hakları hakkında genel bilgi vermenin uygun olacağı kanısındayız. İlk bölümümüzde, insan hakları kavramından ne anlamamız gerektiğini, anılan kavramın özelliklerini, anayasalarda yer almasını, korunmasını ve sınırlandırılmasını incelemeye çalışacağız.

Teokratik bir devlet olduğu herkes tarafından kabul edilen Osmanlı Devleti her konuda olduğu gibi insan hakları konusunda da temelde İslam hukuk kurallarını uygulamıştır. İslam hukuku ile insan haklarının bağdaştırılabilip bağdaştırılmayacağı doktrinde ateşli tartışmalara sebep olmuş. Bir kısım yazarlar İslam hukuku ile insan haklarının bir araya dahi gelemeyeceğini ifade ederken; karşı görüşteki yazarlar ise insan haklarının İslam hukukun bir eseri olduğunu ileri sürmüşlerdir. O zaman öncelikle İslam hukukunun genel prensiplerini, kaynaklarını ve karşılaşılan hukuki meselelere karşı çözüm tarzının nasıl olduğunu tespit edip, insan haklarına bu açıdan bakmanın doğru olacağı kanısındayız. Diğer taraftan her ne kadar İslam hukuku kendi ağırlığını hissettirmiş ise de, Osmanlı “örfi hukuk” adı altında kendine has bir hukuk sistemi de geliştirmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde gerek İslam hukuku açısından gerekse örfi hukuk açısından insan haklarını tahlil etmeye çalışacağız.

Çalışmamızın son bölümünde ise, ilk yazılı Türk Anayasası olması sebebiyle kıymeti çok büyük olan Kanun-i Esasi'yi insan hakları açısından tetkik etmeye çalışacağız. Getirdiği siyasal sistemden çok, etrafında yarattığı siyasal çekişmeler,

² Kocaoğlu, Ali Mehmet, Anayasa Hukuku, Ankara 1998, s. 12.

yürürlüğe konulması için girişilen uğraşlar ve siyaseti düşünen, onunla ilgilenen kişilerin sayısını çoğaltması açısından ehemmiyetli olduğu zikredilen³ Kanun-i Esasi özellikle klasik hak ve hürriyetlere yer vermesi açısından takdir toplamış, fakat getirdiği bu hakları koruyacak bir koruma sistemi sağlamadığı için eleştiriye tabi tutulmuştur. Çalışmamızın bu bölümde Kanun-i Esasi’de düzenlenen insan hakları hükümleri ve bu hakların gerçekten korunabilip korumayacağı tartışılmıştır. Özellikle 1909 yılında yapılan değişikliklerle de eleştiriye tabi tutulan Kanun-i Esasi’de nasıl yenilikler getirmiştir? Bu sorunun cevabını da çalışmamızın son bölümünde bulmaya çalışacağız.

Malum olduğu üzere, Hukuk Tarihi, hukuki kavram ve hukuk kurallarının tarihi gelişimini, geçmişte bu olguların hangi ihtiyaçları karşılamak için konduğunu, neden başarılı olduğunu ya da neden başarılı olamadığını o dönemin şartlarını nazar-ı dikkate alarak inceler ve bundan ibret alınmasını sağlar. İşte bu Hukuk Tarihi araştırmasında amaçlanan da, bu mantıki sonuca ulaşabilmektir.

³ Kili, Suna, “1876 Anayasası ve Çağdaşlaşma Sorunu”, Kanun-i Esasi’nin 100. yılı Armağanı, Ankara 1978, s. 207.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI KAVRAMI

ÖZELLİKLERİ ANAYASALARDA YER ALMASI

SINIFLANDIRILMASI SINIRLANDIRILMASI KORUNMASI

A. GENEL OLARAK İNSAN HAKLARI

1. Kavramın Belirginleştirilmesi

İnsanlara tanınan hak ve hürriyetler farklı belge, zaman ve hukuk sistemlerinde değişik kavramlarla isimlendirilmektedir. Doktrinde de bir kısım yazarlar¹, “*Kamu Hürriyetleri*” terimini, bir kısım yazarlar² “*Temel Haklar*” terimini ve bazı yazarlar³ ise “*İnsan Hakları*” kavramını tercih etmektedirler.

Kamu Hürriyetleri, daha çok Fransız yazarlarca benimsenen bir kavram olup, otorite tarafından tanınan ve hukuk eliyle düzenlenen hürriyetleri⁴ içerir. Diğer bir deyişle, erişilmeye çalışılan, insanlık için bir gaye olan insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümünü ifade eder⁵. Terimi oluşturan ilk söz olan “Kamu” kelimesi, bir devletle yaşayan insan topluluğunun bütünü anlamını ifade etmektedir⁶. Dolayısıyla, “Kamuya ait” diyerek, istisnasız toplumun tamamı ve onun bütün bireylerine ait olması kastedilmektedir. Bunlara “kamu” hürriyetleri denmesi, toplumun sadece bir sınıfına veya zümresine değil, fakat istisnasız olarak herkese (kamuya) tanınmış olmasından ve bununla beraber fert devlet ilişkilerini düzenleyen kamu hukukunun bir kolunu teşkil etmesindedir. Bahsi geçen terim şu şekilde eleştiriye uğramıştır; devletin yapmama edimi yüklediği hürriyetleri için her ne

¹ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1993, s. 14 vd; Kocaoğlu, A. Mehmet, *Anayasa Hukuku*, s. 264.

² Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir 1999, s. 358 vd; Gören, Zafer, *Temel Hak Genel Teorisi*, İzmir 2000; Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa 2004, s. 146 vd; Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 2001, s. 38 vd.

³ Bilgin, Ahmet, *Genel ve Türk Hukuk Tarihi Yönünden İnsan Haklarının Analizi*, Profesörlük Takdim Tezi, s. 5; Zabunoğlu, H. Gökçe, *Ulusal ve Ulusaltüstü Bağlamda İnsan Haklarının Köttüye Kullanılmaması (Doktrin ve Uygulamada)*, KÜ SBE, *Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004.

⁴ Hürriyet ya da özgürlük, Türk Dil Kurumu tarafından “Herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu; Her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu, hürriyet” olarak açıklanmıştır. (www.tdk.org.tr e. t.: 29/12/2004) ilk bakışta kavranması çok kolay gibi gözükse de bu terim, tahlil edilmek istenirse son derece karmaşık ve birbirine zıt yorumlarla karşılaşılabılır. Montesquieu’nun bu terim hakkındaki “hiçbir kelime yoktur ki, özgürlük kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli biçimlerde yansımış olsun”(Montesquieu, *De l’Espirt des lois*, XI, 2; Mumcu, Ahmet – Kützeci, Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Ankara 2003, s. 14 dp. 16’dan naklen) ifadesini hatırlayıp, tezimizin konusu dışına çıkmamak için bu tartışmalara girmiyoruz.

⁵ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, s. 14.

⁶ Doğan, D. Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, “Kamu” maddesi.

kadar bu kavram kullanılabilirse de devlete somut ödevler yükleyen hak ve hürriyetleri tanımlamaya yeterli bir kavram değildir⁷.

Temel Haklar ise Alman hukuk terminolojisinde (Die Grundrechte) kullanılmaktadır⁸. “Temel Hak ve Özgürlükler” deyimi bazen insan hakları kavramının yerine kullanılsa⁹ da iki kavram arasında önemli farklılıklar mevcuttur. “İnsan hakları” terimi, pozitif hukuku aşan bir yapıya sahip iken, “temel hak ve özgürlükler” terimi pozitif hukuk temellidir. SABUNCU, bu terimi kullanmasının gerekçesini şu şekilde dile getiriyor: “Bu terim hem “ideal” olanı, hem de “gerçekleşmiş” durumu kapsayıcı olarak kullanılmaya daha elverişli.”¹⁰ Bu kavram bugün artık, anayasalarda tanınan hak ve özgürlükler için kullanılmaktadır¹¹.

İnsan hakları kavramının, diğer terimler gibi pozitif kaynaklı olduğu ileri sürülemez. Söz konusu kavramın, tabii hukuk anlayışına dayandığını ve pozitif hukukun dışında ve üstünde yer aldığını belirtmek gerekir. Sadece belli bir zamanda anayasa ve kanunlarda tanınan hak ve hürriyetlerin haricinde, insanlığın ulaştığı gelişme açısından tüm insanlara tanınması gereken hak ve hürriyetleri ifade eder¹². Bu bağlamda bu terim ile olması gereken hak ve hürriyetler de ifade edilmektedir.

Biz çalışmamızda, “insan hakları” kavramını kullanmayı uygun gördük. Zira son devirde konuyla ilgili yapılan çalışmaların pek çoğu diğer kavramları değil de insan hakları kavramını kabul etmekte¹³ ve Türk doktrininde de “insan hakları” kavramı diğer kavramlara bir üstünlük sağlar durumda bulunmaktadır. Belirtildiği gibi “insan hakları” terimi sadece pozitif hukukun tanımış olduğu hak ve hürriyetleri değil, insanların sahip olması gereken hak ve hürriyetleri içerisinde barındırmaktadır. Günümüzde üçüncü hatta dördüncü kuşak hakların varlığının tartışılması, bu hakların sürekli değişken ve dinamik olduğunun yeterli bir kanıtıdır. Aynı şekilde anayasalarda bir takım hak ve hürriyetleri düzenlenmektedirler. Fakat anayasalar sadece insanların sahip oldukları hak

⁷ Zabunoğlu, H. Gökçe, agt, s. 7.

⁸ İbid, s. 5; anılan terim 1770’de ortaya çıkmıştır(Gören, Zafer, Temel Hak, s. 11).

⁹ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 13.

¹⁰ Sabuncu, Yavuz, Anayasaya, s. 38.

¹¹ bk. 7/11/1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 12.

¹² Tanör, Bülent, Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1994, s. 14.

¹³ Örneğin; Ünal, Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, AnBD, C: 51, Ankara 1994, s. 41; Erem, Faruk, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Türkiye’deki Durumu”, AnBD, C: 26, Ankara 1969, s. 5.

ve hürriyetleri düzenlemekle yetinmemeli, olması gereken hak ve hürriyetleri de düzenleyebilmelidir. Bu bağlamda anılan hak ve hürriyetleri “insan hakları” terimi daha iyi ifade edeceği söylenebilir.

2. Tanım

İnsan haklarının tanımını yapmadan önce, bu deyimini oluşturan “insan” ve “hak” kavramları hakkında kısaca bilgi vermenin yararlı olacağı kanısındayız.

a. İnsan

İnsan haklarını iyi tanımak için “insan”ı iyi tanımak gerekmektedir. İnsan nasıl bir varlıktır? Ontolojik¹⁴ olarak tabiatın bir parçası, hayvanın bir üst türü müdür, yoksa bütün varlıklardan farklı bir yapıya sahip yaratık mıdır? İnsandaki fikir hayatının, zengin hayal aleminin, inanç ve mana dünyasının, eğitim anlayışının mevcudiyeti göz önünde bulundurulursa, insanın diğer varlıklardan farklı olduğu rahatça anlaşılır¹⁵. İnsan, canlılar dünyasının en gelişmiş varlığıdır. Onu diğerlerinden farklı kılan sadece gelişmişliği değil, insanın duyması, düşünmesi, hissetmesi, üretmesi, bir medeniyet ve kültür yaratması özetle bilinçli bir varlık olmasıdır¹⁶. Bu bağlamda insanın insan olmasından dolayı¹⁷ sahip olduğu değerler neticesinde, bu varlık bir kısım haklara sahip olmalıdır.

Konumuz açısından insanın ehemmiyet arz eden yönü, onun onurudur. Filhakika insan haklarının anayasal düzeyde tanınıp koruma altına alınmasının nedeni insan onurunun korunmasıdır¹⁸. İnsan onuru, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değerlerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır.

¹⁴ Ontolojik: Varlık bilgisi ile ilgili(Doğan, Mehmet, age).

¹⁵ Bolay, S. Hayri, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998, s. 121.

¹⁶ Kocaoğlu, A. Mehmet, Anayasa Hukuku, s. 263.

¹⁷ Zira bahsedilen bu değerler -nitelikler- doğa da başka hiçbir varlıkta yoktur.

¹⁸ İnsan hakları ve insan onuru ilişkisi için bk. Akad, Mehmet, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. maddesi, İstanbul 1984, s. 24 vd.

Felsefi açıdan “insan”ı bu şekilde tahlil ettikten sonra; söz konusu kelimenin Türkçe’ye Arap dilinden geçtiğini ifade etmek isteriz. Arapça kökü “ins”¹⁹ olan kelime, İbrani ve Hint dillerinde Adam ya da Adama sözcüklerinin karşılığı olup, ilk kişi (insan) demektir²⁰. Kelime anlamı, “Memelilerden, iki eli olan, iki ayak üzerinde dolaşan, sözle anlaşılan, akıl ve düşünme yeteneği olan en gelişmiş canlı.”²¹ olarak ifade edilen sözcük konumuz itibarıyla, beşer cinsinin tüm fertleri olarak algılanmalıdır²². Küçük– büyük, kadın–erkek, zengin–fakir, köle–özgür, vb. ayrımlar yapılmaksızın insanoğlunun her sınıfı bu kapsamın içine girmektedir.

Bu başlık altındaki fikirlerimizi ifade etmeye son vermeden önce, insan hakları düşüncesinin “insan merkezci” bir düşünce olduğunu dile getirmek isteriz. Yani insan hakkı, insan olarak var oluşumuzun objektif olarak “iyi” olduğu varsayımına dayanmaktadır. Zira insan, diğer canlılara göre bazı üstün özelliklere sahiptir.

b. Hak

Hak kelimesi de dilimize sami dillerinden olan Arapça’dan girmiştir. Sözlük anlamı adalet, gerçek ve doğru olan şey demektir²³. Hukuki ilişkinin ve hukukun temelini oluşturan hak kelimesinin iki temel ahlaki ve siyasi anlamı vardır: doğruluk ve yetki²⁴. Doğruluk anlamında hak kelimesi, bir eylemin ya da bir durumun yanlış olmadığını vurgulamak için kullanılır. Hukukta hak kelimesi ise yetki anlamında kullanılır. Doktrinde üç farklı kriterden yola çıkarak hakkın tanımı yapılmaktadır²⁵:

İrade teorisine göre; hak hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan irade gücüdür. Bir kişi, diğer bir kişiye kendi iradesini zorla kabul ettirebiliyor veya onu kendi iradesine uygun davranmaya zorlayabiliyorsa hak sahibidir. İrade sahibi olmayan küçük

¹⁹ Aynı kelimenin “uns” kökü nezaket, güvenilirlik, arkadaşça davranış gibi anlamlar ifade etmektedir; Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 2 dp. 1’den naklen.

²⁰ Meydan Larousse “insan” maddesi.

²¹ www.tdk.org.tr e. t.: 29/12/2004.

²² Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 5.

²³ Şafak, Ali, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara Mart 1992, s. 155, İlginç bir şekilde, Avrupa dillerindeki hak kelimeleri de “gerçek ve doğru” anlamlarını içerirler (Recht, Right, Droit)(Hatemi, Hüseyin, “İnsan Hakları”, Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21(İnsan Hakları Özel Sayısı 1), Ankara Mayıs-Haziran 1998, s. 166).

²⁴ Donnelly, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları(Çev.: Mustafa Erdoğan – Levent Korkut), Ankara 1995, s. 19.

²⁵ Bozkurt, Enver, Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2004, s. 251 vd; Esener, Turan, Hukuk Başlangıcı, İstanbul Aralık 1998, s. 153 vd; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, C: 1, İstanbul 1998, s. 43-44.

çocuklar, akli yönden özürlü bulunanlar ve akıl hastaları bu teoriye göre hak sahibi olamayacağından anılan teori eleştiriye maruz kalmıştır.

Menfaat teorisine göre; hak, hukuk düzeni tarafından korunan menfaattir, çıkardır. Konusu hukuki değer olmadığı için hak olarak nitelenemeyen menfaatler²⁶ bu teoriye göre hak olarak nitelendirilemez. Yani hak, hukuk düzeni tarafından korunan her türlü menfaat değildir, denilmek suretiyle eleştiriye uğramıştır. Bu teori, iradeye önem vermediği için de eleştirilmiştir. Zira hak objektif hukuk tarafından tanınmış bir yetkiden ibarettir. O halde hak bir menfaati sağlamak için verilmiş bir yetki, bir araçtır. Menfaate hak vesilesi ile ulaşılır. Yoksa hak menfaatin kendisi değildir.

Karma Teoride ise, irade ve menfaat teorilerini birleştirilerek, hak kavramını objektif hukuk tarafından korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi veren bir menfaat olarak kabul edilmektedir. Hukuki açıdan hak, günümüzde genelde bu teori nazara alınarak tanımlanmaktadır. Örneğin Akbulut şu şekilde tanım yapmıştır²⁷ :
“...hukuk nizamı tarafından himaye edilmiş ve bu himayeden istifade hak sahibinin iradesine bırakılmış olan menfaatlerdir.”

Kişiyi hak sahibi kılan yetkinin kaynağı; yani, hakkın doğuş nedeni çeşitli yollarla ortaya çıkabilir. Taraflar arasında akdedilen sözleşme olabileceği gibi hukuk kuralları da kişiyi hak sahibi yapabilir. Başka bir deyimle, anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik gibi hukuk düzenlemelerinin kuralları, kişiye yetki tanıyabilir veya isteğini meşru görebilir. Diğer bir doğuş nedeni de, bir isteğin ya da davranışın objektif etik ölçülere göre doğru ve haklı görülmesidir. Böyle bir durumda isteğin ahlaki meşruluğundan söz edilmektedir. İster sözleşmeye, isterse hukuka veya ahlakîlik esasına dayansın, hakkın varlığı kadar ve hatta ondan da fazla hakkın korunması ve sahibine kazandırılması büyük önem taşır. Tarih boyunca insanoğlunu en çok uğraştıran ve uğrunda büyük mücadele verilen konuların başında bu husus gelmektedir²⁸.

²⁶ Örneğin geceleri sokakların aydınlatılmasında bir kimsenin menfaati olabilir. Fakat bu menfaatin hukuk düzeni tarafından korunması, genel menfaatin sağlanması içindir. Bu menfaatin konusu o kişi için bir hukuki değer taşımadığından hak olarak nitelendirilemez.

²⁷ Akbulut, İlhan, “İnsan Hakları”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Dr. İsmet Giritliye Armağan), sayı: 1-3, 1991, C: 12, s. 2.

²⁸ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 6.

Hakların sınıflandırılması, hangi hukuk kurallarına tabi olacaklarının tespiti açısından önemlidir. Kamu hukuku-özel hukuk ayırımına göre haklar da kamu hakları ve özel haklar olarak ikiye ayrılabilir. Kişilerin devlet karşısında devletle ve toplumla olan münasebetlerini düzenleyen kamu hukukundan kaynaklanan haklara kamu hakları denilmektedir. Modern anlamda insan hakları, devletle olan mücadele sonucunda ortaya çıktığını dikkate alacak olursak; “insan hakları”nın kamu hakları içerisinde mütalaa edileceğini ifade edebiliriz²⁹.

c. İnsan Hakları

İnsan haklarının ne olduğu konusunda oldukça fazla görüş olmasına karşılık genel olarak üzerinde ittifak edilebilecek tanım, *insan haklarının her bireyin insan olmak dolayısıyla sahip olduğu, kişinin tek tek kişilerle ve iktidarla ilişkileri içerisinde kendi malı olarak elinde bulundurduğu, vazgeçilmez, devredilmez ve dokunulamaz ahlaki haklar* olduğu şeklindedir³⁰.

İnsan haklarının felsefi temellerini tahlil etmek gerekirse; yani niçin insan hakları denilirse, iki farklı bakış açısıyla karşılaşırlar³¹. Birinci görüş tabii hukukçuların görüşüdür: insanlara toplum içine bir takım hakların tanınması gerekir, zira onlar bu haklara doğuştan sahiptirler; bu haklar insanların *tabii* haklarıdır. *Realist* olarak adlandırılan ikinci görüşe göre ise insan hakları; fikren gelişmiş, hürriyet bilinci uyanmış insanların duydukları hürriyet inancının bir ifadesi olarak ortaya çıkar.

Yukarıda³² kısaca “insan”ı tahlil etmeye çalışmıştık. İnsan ruhu ile beraber³³ insan olduğu için, insan hakları nerden kaynaklanır denirse; evvela insanın bizzat taşıdığı ontolojik değerinden, ona duyulan saygıdan yani onun onurundan kaynaklanır, diye cevap verilebilir³⁴. Zira insan hakları genel olarak, insan onurunu korumayı, maddi

²⁹ Bozkurt, Enver, age, s. 253.

³⁰ Çoban, A. Rıza, “Mülkiyet bir insan hakkı mıdır?”, KÜ SBE Dergisi, Kırıkkale 3/2003, Özel sayı, s. 258; Mourgeon, J., İnsan Hakları, İstanbul, Mayıs 1991, s. 12 [Birdal, Akın, “İnsan hakları günü” Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998), s. 41 dp. 3’den naklen]; Çoban, A. Rıza, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri ve Tartışmalar” Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998, s. 189; Doğan, İsmail, Modern Toplumda Vatandaşlık Demokrasi ve İnsan Hakları İnsan Haklarının Kültürel Temelleri, Ankara Ekim 2004, s. 249.

³¹ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 141 vd.

³² bk. birinci bölüm, A, 2, a.

³³ Mevlana’nın da belirttiği gibi beden halindeki insan sadece kamyş gibidir.

³⁴ Bolay, S. Hayri, agm, s. 121.

ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan haklardır³⁵. Bu bağlamda insan hakları, sözleşme ya da hukuktan değil, ahlakilik düşüncesinden kaynaklanır³⁶.

İnsan hakları başka her türlü haktan üstün olan ve bunlara yol göstermesi gereken, ve aynı zamanda pozitif hukuktaki uygulamaları da içinde barındıran bir yapıya sahiptir. İnsan hakları, devlet tarafından koruma altına alınsın ya da alınmasın, belirli bir tarihsel aşamada, onurlu bir yaşam sürdürmek için insanların sahip olması gerektiği düşünülen tüm hakları ifade eder³⁷.

3. İnsan Haklarının Özellikleri

Bu bölümümüzde insan haklarının genel kabul görmüş tanımından yola çıkarak, bir takım özelliklerini belirtmeye çalışacağız.

a. İnsan Hakları Doğuştan Elde Edilen Haklardır

Bu hakların her insanda doğuştan var olduğu kabul edilir. Yani, insanın bu hakları sonradan kazanması ve bu amaçla herhangi bir hukuki ilişki, eylem ya da işleme girişmesi gerekmemektedir.

b. İnsan Hakları Evrenseldir

İnsan hakları, insanın sırf insan olması dolayısıyla sahip olduğu haklar olduğuna göre, bu haklar evrenseldir. Başka bir deyişle, bu haklara sahip olmak için, diğer özellikleri ne olursa olsun “insan” olmak tek ve yeterli koşuldur. İnsan haklarının bu özelliği bütün insanların aralarındaki farklılık ne olursa olsun (din, dil, renk, kültür, ekonomik ve sosyal durum) aynı ahlaki değere sahip olduğunu gösterir. Bunun anlamı, insan hakların coğrafi, siyasi, ideolojik, sosyal, ekonomik, kültürel veya diğer farklılıklar nazara alınmaksızın, bütün insanlara uygulanmasıdır³⁸.

İnsan hakları, bütün insanların ve hatta dünyaya henüz gelmemiş çocukların sahip olması gereken haklardır. Bu bağlamda insan hakları zaman ve mekan

³⁵ Doğan, İsmail, age, s. 248.

³⁶ Erdoğan, Mustafa, “İnsan Hakları ve Türkiye”, Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), s. 121, Ankara Mayıs-Haziran 1998, s. 138.

³⁷ Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992, s. 2-6.

³⁸ Ünal, Şeref, İnsan Haklarının Tarihi, s. 54.

mefhumlarından münezzehtir. Bugünkü şekliyle “insan hakları” doktrininin batı kökenli olduğu iddia ediliyor³⁹ olsa da bu fikir bizi, insan haklarının kültürel olarak rölatif(izafi) oldukları yargısına götürmemelidir. İnsan haklarının göreceli olmaması başlıca iki şeyi ifade eder: İlk olarak, insan haklarının korunması, zorunlu olarak modern batı toplumlarının kültürlerinin bu kültürlere özgü değer ve normların korunması anlamına gelmez. İkinci olarak, herhangi batılı olmayan kültürün mensuplarının, insanın temel değer ve onurunu çiğneyen uygulamaları kendi yerel kültürlerine dayanarak haklı göstermeye çalışmaları da kabul edilemez. Aksine insan hakları kültürel farklılıkları aşan, daha doğrusu bütün kültürlerde ortak olduğunu ümit ettiğimiz “insan onuru”nu korumaya yönelik ahlaki taleplerin adıdır⁴⁰.

Kısacası denilmek istenen o dur ki; kişiler insan haklarına belli bir toplumsal guruba ait olma ya da belli değer ve düşüncelere sahip olma gibi bir şarta bağlı olmaksızın sahip olurlar⁴¹.

c. İnsan Hakları Eşitlikçidir

İnsan hakları “*eşitlikçi*”⁴²dir. Doğuştan tüm insanlar bir ve eşittir. Eşitlik sözlük anlamı itibariyle “birbiriyle aynı olan fark gözetmeyen, eş olan; aynı haklara sahip olan”⁴³ anlamına gelmektedir. Hukuk tarihini anılan kavram açısından incelersek; karşımıza ilk başta 18. yy. liberal düşüncesinin getirdiği hukuki eşitlik (veya kanun önünde eşitlik) prensibi çıkar. Ne var ki; kanun önünde eşitlik, insanlar arasındaki büyük eşitsizlikleri ve sosyal uçurumları ortadan kaldırmak için yeterli olmamıştır. Kanun önünde eşitliği siyasal eşitlik prensibi izlemiştir. Bu prensip sayesinde eşitlik anlamında mühim gelişmeler olmuş olsa da insanlar arasında sosyal ve ekonomik eşitlik tam anlamıyla sağlanamamıştır. Artık günümüzde fırsat ve imkan eşitliği kavramı ön

³⁹ Örneğin Kapani, insan hakları doktrininin doğuşunu görebilmemiz için 17. yy.’a kadar gelmemiz gerektiğini ve batı kültürünün bu doktrininin açığa çıkmasında etkisinin çok büyük olduğunu savunmuştur; Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 30 vd.

⁴⁰ Donelley, Jack, age, s. 135; Erdoğan Mustafa, İnsan, s. 136.

⁴¹ Çoban, A. Rıza, İnsan haklarının, s. 190.

⁴² Doğan, İsmail, age, s. 249.

⁴³ Doğan, Mehmet, age.

plana çıkmaktadır⁴⁴. Bu bağlamda insanların yaradılıştan gelen farklılıkları dışında toplum yaşamına katılmasında kesin bir eşitlik bulunması gerekmektedir⁴⁵.

İnsanlar, anılan hakların kullanılmasında bedensel, zihinsel ve düşünsel farklılıklara (örneğin; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş vb.) bakılmaksızın eşittirler. Kısacası haklar sadece küçük bir zümre, bir grup veya bir sınıf için değil de herkes içinse, ancak o zaman ideal anlamda insan haklarının varlığından söz edilebilir. Aksi takdirde, insan haklarından ziyade, bir zümrenin ya da azınlığın ayrıcalığı demek olan bir uygulamayla karşı karşıya oluruz⁴⁶.

d. İnsan Hakları En Üstün Ahlaki Haklardır

İnsan, anılan hakları doğuştan, sırf insan olması nedeniyle elde ettiğinden ötürü, devlet bu haklara saygı göstermelidir. Dolayısıyla insan haklarının amacı “siyaseti ahlakileştirme – ahlakla sınırlama”⁴⁷dır. İnsan haklarının koruduğu temel değer, en üstün ahlaki değer olan insanın değeridir. İşbu nedenle bu haklara *ahlaki haklar* denir.

İnsan haklarının ahlakiliğinden şu husus da anlaşılmaktadır: İnsan ahlaki bir varlık olması sebebiyle böyle bir hakka sahip olmuştur. Filhakika, bütün dinler, inanç sistemleri ve felsefeler insanı ahlaki bir varlık olarak kabul etmektedirler. Ahlaki yanıyla insan, biyolojik yanını aşmakta, bir takım sorumluluklar yüklenmektedir. İnsan kendi dışındaki insanların varlığını ve onların kendisi gibi haklara sahip olduğunu, sorumlulukları aracılığıyla öğrenir. Çünkü insan, canlılar içinde “başkası” düşüncesine sahip tek varlıktır. İnsan toplumda yalnız olmadığını, başka insanların, toplumların ve kültürlerin olduğunu bilir. Bu bilgi, insanın davranışlarını denetler; ona dikkatli zamana ve şartlara uyumlu bir kişi olması gerektiğini öğretir⁴⁸. İnsanın, sorumluluk sahibi olması, kendisinin ödevli kılınmasının sonucunu doğurmuş ve temel insan hakları belgelerinde insan haklarıyla beraber ödevlerine de işaret edilmiştir⁴⁹.

⁴⁴ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 11-12.

⁴⁵ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 151.

⁴⁶ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 8.

⁴⁷ Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara Şubat 2004, s. 139.

⁴⁸ Doğan, İsmail, age, s. 249-250.

⁴⁹ Hak ödev ilişkisi için bk. Akad, Mehmet, age, s. 46 vd.

İnsan haklarının ahlakiliği hususunda şunları da ifade etmekte fayda vardır: İnsan hakları *en üstün* ahlaki talepleri ifade ederler. Bu özelliğinin bir sonucu olarak, insan hakları pozitif hukuktan bağımsızdır. İnsan haklarının üstünlüğünün pratik anlamı ise; bu haklara dayanan iddia ve taleplerin başka bütün hak iddiaları karşısında öncelikli olmasıdır⁵⁰.

e. İnsan Hakları Dokunulamaz Haklardandır

İnsan haklarının dokunulmazlığından anlaşılması gereken; devletin ya da siyasi iktidarın, insan hak ve hürriyetlerini keyfi olarak ortadan kaldırma lükslerinin olmadığıdır. Devlet ve siyasi iktidarın başlıca görevi, bu hak ve hürriyetlere zarar vermeyecek düzenlemelere yer vermek ve kullanılmalarının önünü açmaktır⁵¹.

İnsan hakları dokunulamaz haklardandır çünkü; devleti devlet yapan, onu meşrulaştıran, halkı ile aralarındaki bağları güçlendiren bu temel değerlere gösterdiği saygı ve bunların kullanılmasını engelleyen bariyerlerin kaldırılmasıdır⁵².

İnsan haklarının dokunulmazlığı denildiğinde; sadece devletin müdahalesi akla gelmemelidir. Diğer insanlar da hemsinlerinin haklarına müdahale etmemelidir.

Hukuk tarihi, bize zaman ilerledikçe, insan hakları listesinin genişlediğini göstermektedir. İnsan hakları listeleri genişledikçe temel hakların dokunulmazlık niteliğinde esneme ve koruma sistemlerinde gevşeme başlamış, temel haklara önemli sınırlamalar yine bu ulusal ve uluslararası belgelerde yer almıştır⁵³. İşbu nedenle son yıllarda temel haklar içinde bütün diğer hakların kaynağını teşkil eden ve kesinlikle müdahale edilmemesi gereken bir temel haklar kategorisi oluşturma fikri yoğunluk kazanmıştır⁵⁴.

⁵⁰ Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 130.

⁵¹ Kocaoğlu, A. Mehmet, Anayasa Hukuku, s. 130-131.

⁵² İbid, s. 265.

⁵³ Çoban, A. Rıza, "İnsan Hakları Hukukunda 'Dokunulmaz Haklar' (Sert Çekirdekli Temel Haklar)", Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 7 Sayı: 52, Nisan-Mayıs-Haziran 1997, s. 291; Kapani, Münici, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Ankara 1996, s. 113 vd.

⁵⁴ Donnelly, Jack, age, s. 47.

f. İnsan Hakları Siyasal Meşruluğun Ölçütüdür

İnsan haklarının belirtilen özellikleri ile bağlantılı olarak, günümüz dünyasında insan haklarının, siyasal meşruluğun ölçütü haline geldiğini zikredebiliriz. Siyasal meşruluk, toplumsal yönetim temel dayanağının sorgulanması anlamına gelir⁵⁵. Bir siyasal erkin meşru sayılabilmesi, onun bireylerin iradesine dayalı bir uyum ve uzlaşmayı sağlayabilmesine, yönetimin yönetilenler tarafından onanmasına bağlıdır. Ancak siyasal iktidarın, yönetilenlerin onayıyla işbaşına gelmiş olmasıyla meşruluk sorunu tümden bitmemekte; siyasal iktidarın daha sonra gerçekleştireceği etkinlikler açısından da meşruluğun sorgulanması devam etmektedir. Bu bağlamda, siyasal yönetimler ve onların uygulamaları insan haklarına bağlı kaldıkları oranda meşrudurlar⁵⁶.

İnsan haklarının, anayasa düzeninin kurucu unsurları olarak devlete “meşruiyet” kazandıracakları ve bu nedenle de insan haklarının güçlendirilmesinin sonuç olarak devletin yararına olacağı söylenebilir.

B. İNSAN HAKLARININ ANAYASALARDA YER ALMASI VE BU DURUMUN NETİCELERİ

Anayasaların genel olarak toplumsal-siyasal yaşamın hukuki çerçevesini çizdiği söylenir. Bu, toplumsal ve siyasal yaşamın, anayasa tarafından belirlendiği anlamına kuşkusuz gelmez. Anayasa kuralların bir ülkede somut gerçeklikten kopuk bir varlıkları yoktur. Ama belirleyici olmasa bile, anayasanın (anayasa hukukunun) varolan toplumsal-siyasal ilişkileri etkileyici bir gücü de vardır. “Anayasanın normatif gücü” diyebileceğimiz ve bir ölçüde “devlet yaşamının hukuk tarafından şekillendirildiği” fiksiyonuna dayanan bu güç “emredici hukuk kaideleri toplamı”⁵⁷ olarak anlaşılması gereken “anayasa” kavramında mündemiçtir. Çünkü anayasa tarafından oluşturulan hukuki yapı, mevcut toplumsal hukuki ilişkileri aşan bir meşru düzeni de ifade eder⁵⁸. Dolayısıyla anayasalar var olan ilişkilerin aynası olmaktan öteye aynı zamanda “olması

⁵⁵ Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk, İstanbul 1998, s. 11.

⁵⁶ Donnelly, Jack, age, s. 25.

⁵⁷ Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 5.

⁵⁸ Sabuncu, Yavuz, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, İnsan Hakları Yılığ, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C: 7-8, 1985-1986, s. 15.

gerekeni” de belirten ve devlet gerçekiğinin oluştuğu güçler alanını etkileme savını içeren metinlerdir. Bu nedenle anayasa kurallarının özü, somut gerçeklikle etkili olmaya, anayasanın “normativite”sinin kural haline gelmesine dayanır.

Normlar, ihtiyaçlara göre konulur, kaldırılır; içerikleri gene koşulların değışmesiyle daraltılır, genişletilir. İnsan haklarını düzenleyen normlar ise, yukarıda belirtmiş olduğumuz özelliklerinden dolayı, ayrı bir yapıya sahiptirler; öyle ise onlar ayrıcalıklı durumda kalmalıdır. Bunun için de o normlar, üst normun, anayasanın bir parçası haline getirilmelidir. Zira anayasalar, devletin ideolojisini yansıttıkları için, ancak, o ideolojinin belli noktalarda gösterdiği yenilenme ihtiyacı söz konusu olduğu zaman değıřtirilebilirler⁵⁹. İnsan haklarının kurucu erk tarafından formüle edilmesi; halkın insan haklarına verdiği önemi ifade eder ve onların normlar hiyerarşisindeki konumu üzerinde bir yargıya sahip olunur. Bu bağlamda; tez konumuz Türk hukuk tarihindeki ilk yazılı anayasa olan Kanun-i Esasi'nin insan hakları yönünden analizi olması sebebi ile bu bölümde insan haklarının anayasalarda yer alması nedenleri ve bu keyfiyetin doğurduğu neticeler üzerinde durmaya çalışacağız.

1. İnsan Haklarının Anayasalarda Yer Alması

Anayasa hukukunun tanımı genel olarak şu şekilde yapılmaktadır⁶⁰: “Anayasa hukuku, devletin şeklini, yapısını, temel organları ile bunların kuruluşu ve yetkilerini, bu organların birbirileri arasındaki etkileşimini; *kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve bu özgürlüklerin devlet karşısındaki durumunu* inceleyen hukuk dalıdır.” İnsan haklarının anayasalarda yer alması gerekliliği açısından, yapılan tanımından şu şekilde bir netice çıkarılabilir: “...,anayasa hukukun konusu öncelikle devlettir. Devletin ana yapısı, bu yapıyı oluşturan yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetsel kuruluşlardır. Ana yapının işleyişi, organların birbirleriyle ilişkileri, onların hak ve yetkileridir. Vatandaşların temel hak ve özgürlükleridir. Bu özgürlükleri kullanabilmenin sınırlarının belirlenmesidir, güvenceleridir. Devletle bireyin karşılıklı hak ve ödevleridir.”⁶¹

⁵⁹ Mumcu, Ahmet-Küzeci, Elif, age, s. 187-188.

⁶⁰ Bozkurt, Enver, age, s. 106; Esener, Turan, age, s. 88.

⁶¹ Kocaoğlu, A. Mehmet, Anayasa Hukuku, s. 33.

İlk kez İngiltere’de 1689 tarihli Temel Haklar Bildirisi (Bill of Rights) ile vatandaşların bir takım temel hakları birer birer sayıldığı ve kralın parlamentonun onayı olmaksızın bunlara müdahale edemeyeceği ifade edilmiştir⁶². Fakat insan haklarının günümüz anlamda topluca ve anayasa gücünde pozitif hukuka aktarılması ilk olarak 12/06/1776 tarihinde hazırlanan Virginia “Bill of Rights”ı ile gerçekleşmiştir⁶³. Esas itibariyle söz konusu beyanname bile insan hakları ile anayasalar arasındaki sıkı bağın mevcudiyetini açıklamaya yetmektedir⁶⁴. Zira anılan beyannamenin 16’ncı maddesinde “*Hakların güvencesinin sağlanmadığı ve erkler ayrılığının belirlenmediği toplumlar Anayasa’ya da sahip değildirlere.*” denilerek anayasanın var olması için o metnin insan haklarını koruması gerektiği ifade etmiştir. Bu beyanname, insan hakları literatüründe fazla yer almamakla beraber, Amerika kıtasında ilk örnek olarak kendisinden sonrakileri büyük ölçüde etkilediği için önemli bir konuma sahiptir. Bu belgelere göre bütün insanlar doğal olarak hür ve bağımsızdırlar ve doğuştan vazgeçemeyecekleri ve devredemeyecekleri bazı haklara sahiptirler⁶⁵. Böylece M.Ö. 4’ncü yüzyılda eski Yunan’da sofist ve özellikle daha sonra Stoacı düşünürler tarafından savunulan insanın doğal olarak bazı haklara sahip oldukları şeklindeki tabi hukuk anlayışı asırlar sonra ilk kez anayasa niteliğindeki belgelerde ifadesini bulmuştur⁶⁶.

Anayasaların ve insan haklarının hukuk literatüründe ve uygulamada somut olarak ortaya çıkmasının aynı tarihlere tekabül etmesi tesadüf değildir. Zira 18’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren ve 19’ncü yüzyıl boyunca Avrupa’da mutlak yetkili hükümdar ve kralların otokratik ve monarşik yönetimlerine baş kaldırarak, devlet yönetimini, vatandaşların hak ve hürriyetlerini yazılı belgelere dayandırma hareketlerinin yoğunlaştığını görürüz⁶⁷. Görüldüğü üzere anılan bölgede Anayasaların ortaya çıkışındaki temel faktör, devletin temel düzenini kurmak, devleti yönetenlerin ve

⁶² Ünal, Şeref, İnsan Haklarının Tarihi, s. 51.

⁶³ Gören, Zafer, Temel Hak, s. 10.

⁶⁴ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 2002, s. 49-50

⁶⁵ Anderson, W., The National Government of The United States, New York 1946, s. 20 (Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 14 dp. 32’den naklen).

⁶⁶ Ünal, Şeref, İnsan Haklarının Tarihi, s. 51.

⁶⁷ Kocaoğlu, A. Mehmet, Anayasa Hukuku, s. 12.

siyasal iktidarların keyfi davranış ve tasarruflarına engel olarak ve –Hobbes’in tabiriyle- “Leviathan”ı⁶⁸ sınırlandırarak insan haklarını garanti altına almaktır⁶⁹.

İnsan hakları ile ilgili hükümlerin değerlendirilmesinde, bu hükümlerin ikili karakterini göz önünde tutmak gereklidir. Gerçekten de insan hakları, bir yandan şahsi yaşamı –tarih içinde özellikle tehdit altında olduğu görülen alanlarda- koruma altına alan “statü hakları” niteliğinde görülürlerken, öte yandan toplumsal açıdan önem atfedilen bazı alanları da korur. Bunun tipik bir örneğini seçme ve seçilme haklarında görürüz. Bu hakların çağdaş ilkeler çerçevesinde garanti edilmesi, bireyin devlet yönetimine katılması, aynı zamanda belli bir iktidar oluşumu modelinin koruma altına alınması demektir⁷⁰. Aynı şekilde basın hürriyeti, mülkiyet ve miras hakkı, bilim hürriyeti ya da sözleşme hürriyeti gibi hak ve hürriyetler de kurumsal yönü özellikle öne çıkan ve birey devlet ilişkisine indirgenemeyecek hak alanlarını koruma altına alırlar. Başka bir deyişle, aslında tüm insan hakları hükümleri, kişiler açısından bakılınca “hak”, toplumsal ilişkiler açısından bakılınca ise -şu ya da bu ölçüde- “kurum güvencesi” niteliği gösterir ve anayasa düzeninin kurucu unsurlarını oluşturur.⁽⁷¹⁾

İnsan hakları düzenlemelerinin niçin sadece kanunlarda yer almaması gerektiğine gelince; hukuk tarihi bize kanunun, insan haklarının çiğnenmesinde kullanılan aldatmacalardan biri olduğunu, pek çok adaletsizliğin ve haksızlığın “Kanun” kılıfına bürünebileceğini göstermiştir. Şöyle ki; en başta kanun gerçek bir kanun olmayabilir, seçilmiş bir yasama organının ürünü olmak yerine, aslında yürütme organının elinden çıkmış bir “düzenleme” olabilir⁷². Seçilmiş meclislerin başka güçlerin ipoteği altında çalıştıklarına günümüzde dahi karşılaşmak mümkündür. Kanunun insan hakları açısından bir tehdit kaynağı olabileceğini kabul etmek için sırf anayasa mahkemeleri ya da anayasaya uygunluk denetimi olgularına bakmak yeterlidir. Zira bu müesseseler, kanunların hukuka uygun bir şekilde yapılamama ihtimaline binaen hukuk

⁶⁸ İngiliz filozof Thomas Hobbes 1651 yılında yayınladığı eserinde devleti Tevrat’ta adı geçen büyük bir su canavarı (Leviathan)na benzetmiştir.

⁶⁹ Erdem F. Hüsni, “1982 Anayasasında İnsan Hakları ve Hukuk Devleti: Eleştirel Bir Bakış” Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21 (İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998, s. 624.

⁷⁰ Gerçekten de “seçme ve seçilme hakkı” bireysel özgürlüğün bir ifade biçimi olarak görülemez. Tek tek kişiler açısından bakılınca, seçimlere katılma sonuçsuz kalacak bir harekettir. Üstelik özgürlüğün “aleniyet” gerektirmesine karşın, gizli gerçekleştirilen bir davranıştır.

⁷¹ Sabuncu, Yavuz, Temel Hakların, s. 16.

⁷² Tanör, Bülent, Türkiye’de, s. 180.

dünyasına gelmişlerdir. İnsan haklarının yasa koyucunun bu alandaki faaliyetleriyle düzenlenmesi, bu hakların “temel kural” olma özelliğini etkileyebilecek, onları istisna haline getirebilecektir. Sayılan nedenler insan hakları düzenlemelerinin sadece “kanun”lar yoluyla düzenlenmesi ile yetinilmemesi gerektiğini göstermektedir. Anlatılmak istenen odur ki; sadece kanunlarla düzenleme insan hakları için tek başına koruma oluşturmamaktadır. Günümüzde kanunlar insan hakları düzenleme *teknikleri* açısından önem taşımaktadır⁷³. Kanunların insan hakları düzenlemeleri tekniğini ihtiva ederken dahi, hem insan haklarını teminat altına alan anayasal metinlere hem de uluslararası yükümlülüklerle uymak gereği göz önünde bulundurulmalı, insan hakları ile ilgili bütün bildiri ve sözleşmelere uygun bir biçimde hazırlanması gerekmektedir⁷⁴.

Anayasalarda insan haklarının yeri tamamen şekli bir sorun olmayıp ideolojik tercihleri yansıtır ve hukuki sorunlar doğurur. İnsan haklarına ilişkin hükümlerin, anayasa metni içindeki yeri, nicel olarak önemi ve hangi hürriyetlerin yer almış olması anayasanın insan haklarına bakış açısını gösterecektir. Örneğin ilk anayasalarda insan haklarının ayrı bir belge olarak(Bill of Rights gibi) yer alıp onu Anayasa metninin izlemesi, aydınlanma felsefesinde yetişen 18. yüzyıl insanları için insan haklarının insan doğasıyla mündemiç olmasıyla açıklanabilir. Daha sonra anayasalarda insan hakları düzenlemelerinin başa konmuş olması, iktidar kurumlarının bunlar temel alınarak oluşturduklarının işaretidir. Hak ve hürriyetlere anayasalarda verilen yerin önemi, bunların gelişmeci-ilerlemeci özelliğini yansıtmaması açısından önemlidir. Anayasalarda birinci, ikinci ve üçüncü kuşak hakların hangilerinin bulunduğu ya da hangilerinin ağırlıklı olarak bulunduğu, o anayasanın hazırlanış felsefesinin tespiti açısından ehemmiyet arz etmektedir.⁽⁷⁵⁾ Örneğin liberal-batı anayasacılığı açısından konuya yaklaşan yazarlar, devletin eğitim, sağlık, konut, sosyal güvenlik gibi devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların, anayasalarda olabildiğince az yer alması gerektiğini savunmaktadırlar⁷⁶.

⁷³ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 60.

⁷⁴ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 156.

⁷⁵ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 52-53.

⁷⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bk. Atar, Yavuz, “Anayasa Yapımında İnsan Haklarının Düzenlenmesi ve Sınırlanmasıyla İlgili Tercihler” Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998, s. 621 dp. 17.

İnsan haklarının anayasalarda yer alması gerektiği tezinin aksini düşünecek olursak şu şekilde eleştirilerle karşılaşırız: İnsan hakları anayasada yer almadıkça, bunlar yöneticiler ve mahkemelerce uygulanmadıkça ve kamu oyunca desteklenmedikçe hiçbir önemi olmayan retorik hükümler olmaktan öteye gidemez⁷⁷. Bu eleştiri ile anlatılmak istenen, insan haklarının güvenceye sahip olabilmeleri için anayasalarda yer almaları gerektirir. Zira çıkarılacak yasalar ve bunların altındaki normlar, bünyesinde insan hakları ile ilgili düzenleme bulundurmeyen anayasaya uygun fakat; insan haklarını ihlal edici hükümler içerebileceklerdir. Bu durumda insan haklarının ihlalini mevzuat açısından meşrulaşmış olacaktır.

2. İnsan Haklarının Anayasalarda Yer Almasının Neticeleri

Anayasalarda insan hakları düzenlemelerinin yer almasının bir takım doğurduğu neticeler vardır:

İnsan haklarına ilişkin kuralların anayasalarda yer alması ile birlikte, bunlar insanlara “hak” sağlayan kurallar olmayı aşp, kanunlar ve yürütmenin düzenleyici işlemleri (tüzük ve yönetmelikler) ile yürütme ve yargının tüm somut işlemleri karşısında “yüksek dereceli normlar”⁷⁸ niteliği kazanırlar. Bu demektir ki; anayasa altı hukukun tümü ve ona dayalı somut işlemler anayasaya uygun olmalıdır ve anayasanın bir parçasını oluşturan insan hakları düzenlemeleri ile bağdaşır olmadıkça anayasaya aykırıdır ve kural olarak geçerli değildirler. Diğer bir ifade ile, insan haklarının bağlayıcılığı, kaynağını anayasaların “bağlayıcılığı ve üstünlüğü” ilkesinde bulmaktadır⁷⁹. Böylece anayasaların koruması altına alınan insan haklarının yasaklanması olasılığı ortadan kalmış olduğu gibi; insan haklarına uygun davranış, aykırılıkların önlenmesi/giderilmesi görevi hukuk özneleri bakımından bir ödev niteliği kazanır⁸⁰. Örneğin yargı ve yürütme organları hukukun genel ilkelerinin ve belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda ve uygulanmasında anayasa kuralları ve bu bağlamda insan haklarına uygun takdir serbestisine sahiptirler⁸¹.

⁷⁷ McWhinney, E., *Constitution-making: Principles, Process and Practice*, Toronto 1981, s. 86-87 (Atar, Yavuz, *Anayasa Yapımında İnsan*, s. 618 dp. 4'den naklen).

⁷⁸ Gören, Zafer, *Temel Hak*, s. 3.

⁷⁹ Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya*, s. 39.

⁸⁰ *İbid*, s. 39.

⁸¹ Gören, Zafer, *Temel Hak*, s. 7.

İnsan hakları hükümlerinin anayasalarda yer almasından ötürü edinmiş olduğu “bağlayıcılık ve üstünlük” ilkesi, yalnızca kural koyucu organlar açısından değil, hukuk normlarını uygulayanlar, yorumlayanlar ve kişiler açısından da bağlayıcılığın pozitif temelini oluşturmaktadır. Bu ilkedен kaynaklanan ve “yatay etki” denilen “insan haklarının üçüncü kişilere karşı korunması”; insan haklarının yalnızca devlete yönelik olarak anlaşılması gerektiğini ortaya koyar.⁽⁸²⁾

Anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasanın her bir hükmünün, her şeyden önce anayasanın diğer kurallarının yorumlanmasında etkili olmasını zorunlu kılar. Çünkü bu ilke anayasa normlarının birbirine ters düşmeyecek biçimde anlaşılmasını, başka bir ifade ile bir maddenin anlamının tespit ve yorumlanmasında bütün anayasayı dikkate almayı gerektiriyor⁸³. Bu bağlamda insan hakları hükümlerinin anayasalarda yer alması neticesinde, anayasanın diğer hükümleri yorumlanırken insan hakları ile ilgili hükümler de dikkate alınmalıdır.

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da “anayasa uygun yorum” ilkesidir. Bu ilkede, anayasanın kendisinin yorumu değil, anayasanın altındaki basamaklarda yer alan basit hukuk normlarının yorumu söz konusudur⁸⁴. Anılan ilke, anayasaya aykırılığı apaçık belli olmayan bir kanunun anayasaya uygun olarak yorumlanıp, yorumlanamayacağıının araştırılması anlamına geliyor. Bu araştırmanın vermesi beklenen sonucu “birden çok anlama gelen” ya da “belirsiz” olan kanun hükümlerinin anayasa içeriği ile belirlenmesidir. Böylece anayasa hükümleri “denetim ölçütü” olmanın yanı sıra “kanunların içeriklerini belirleyen” bir nitelik de edinmiş olurlar. O halde insan haklarına ilişkin tüm kuralların bu biçimde kanunları doğrudan etkilemeleri de söz konusu olabilecektir⁸⁵.

İnsan haklarının anayasa kuralı olması, tıpkı diğer anayasa kuralları gibi, bunların hükme bağladığı durumların da somut gerçeklikte oluşmasının istenmesi demektir. Anayasa insan haklarını tanıdığı ölçüde, bu hükümlerin “kural” olması amaçlanmış olmakta ve optimal etkilerinin sağlanması anayasal bir zorunluluk olarak

⁸² Sabuncu, Yavuz, Temel Hakların, s. 17.

⁸³ Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 5; Gören, Zafer, Anayasa, s. 6-7; Anayasa Mahkememizin “Anayasanın Bütünlüğü”nü vurgulayan bazı kararları için bkz. AMKD C: 5, s. 16; AMKD C: 9, s. 142; AMKD C: 13, s. 151.

⁸⁴ Gören, Zafer, Anayasa, s. 7.

⁸⁵ Sabuncu, Yavuz, Temel Hakların, s. 22.

belirlenmektedir. Bu açıdan devlete ikili bir görev düşmektedir. Devlet bir yandan insan haklarını ihlal etmekten kaçınacak, öte yandan düzenleme yoluyla bunları somutlaştıracaktır⁸⁶. Doğal olarak devletin konumu her insan hakkının niteliğine göre farklı olacaktır; klasik haklar alanında daha çok “hak ve hürriyetleri zedelememe” ile yükümlü olan devlet, sosyal haklar alanında “somutlaştırma” işlevini yükleneyecektir.

Hemen hemen bütün yazılı anayasalar, değiştirilmelerine ilişkin usulleri kendileri belirlemişlerdir. Yine yaygın olarak birçok ülkenin anayasası, anayasa hükümlerinin değiştirilmesini adi kanunların kabul ve değiştirilmelerindeki usullerden daha farklı daha güçleştirici bir takım kurallara bağlamıştır(sert anayasa sistemi)⁸⁷. Anayasalarda, devlet organlarının aşamayacakları yetki sınırlarının açıkça çizilmesi ve bu sınırların geçici bir çoğunluk tarafından kolayca değiştirilmesinin önlenmesiyle güdülen esas hedef, insan haklarının korunmasıdır. Sert anayasa ile insan haklarına adeta “zırh”⁸⁸ geçirilmek istendiği söylenebilir.

İnsan haklarını seçimle gelen çoğunluklara karşı korumak için alınan en etkili önlem, siyasal iktidarın iradesini anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa mahkemelerinin kurulmasıdır⁸⁹. Böylece siyasal iktidarın ürünü olan toplumun hukuk düzenini oluşturacak kanunların, anayasaya uygunluğu anayasa mahkemeleri denetimi ile sağlanacaktır. Bu kuşkusuz, yasama organının görevini yaparken, muhtemel insan hakları ihlallerine karşı en etkin koruma yoludur. Bunun içindir ki; 2. Dünya savaşı sonrası anayasa mahkemelerinin çıkış gibi yayıldığı ve yapılan bütün anayasalarda ulusal hukuk düzenlerinin vazgeçilmez kurumu oldukları görülecektir.

C. İNSAN HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

1. Genel Olarak

İnsan haklarının farklı tasniflere tabi tutulduğu bilinmektedir. Bunun başlıca nedeni farklı özelliklerin hareket noktası kabul edilmesi ve değişik açılardan değerlendirme yapılmasıdır. İnsan haklarını listeleme çabası, onu, soyuttan somuta

⁸⁶ İbid, s. 18.

⁸⁷ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2004, s. 148.

⁸⁸ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 284.

⁸⁹ Anayasa yargısının insan haklarını koruması işlevi konusunda ayrıntılı bilgi için bk. Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Yargısı, Ankara Eylül 2000, s. 138-161.

indirgeme çabası demektir. Nitekim insan hakları, fikir evreninde ebediyen kalacak, bir fikir jimnastiği değildir. O, fikir evreninden somuta iner. Ancak insan haklarının listelenmesi onun eksiksiz, tam bir metin olduğu anlamına gelmez. Eksikleri, yetersizlikleri içinde taşır. Bu, listenin değerinde bir azalma yaratmaz; ancak, tamamlanması gerektiğini anlatır. Bu haliyle böyle bir liste dinamik içeriklidir ve gelişmeye açıktır. İnsan hakları listesi ulaşılabilecek bir hedef program değil, kullanılacak araçtır⁹⁰.

Demokratik toplumlarda kişi hakları, Jellinek'in genellikle benimsenen tasnifi ile negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları diye üç kategoriye ayrılır: *Negatif statü hakları*, kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen haklardır. Vicdan hürriyeti, düşünce serbestliği, kişi güvenliği ve konut dokunulmazlığı gibi haklar bu kategoriye girmektedir. *Pozitif statü hakları* ise, vatandaşa devletten olumlu bir adım, bir hizmet ve yardım isteme imkanını tanır. Bu gruba giren başlıca haklar; sağlık hakkı, öğrenim hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve benzerleridir. *Aktif statü haklarına* gelince, bu haklar vatandaşa toplum yönetiminde söz sahibi olma ve kararlara katılma yetkisini veren siyasal haklardır. En tipik örnekleri referandum, seçme ve seçilme haklarıdır. Ancak, hemen belirtmeli ki, her bir kategori diğerini tamamlar niteliktedir⁹¹.

Yukarıdaki tasnif şekli felsefi ve fonksiyonel açıdan doğru olsa da, aynı kategoride yer alan haklar tarihsel gelişim süreci bakımından paralellik göstermezler. Gelişim çizgileri farklı olan bu hakların bir kısmı (siyasal haklar) eski çağlarda ortaya çıkmıştır. Bir kısmı da (kişi hürriyetleri) 17'nci ve 18'nci yüzyılın hediyeleridir. Diğer bir kısmı olan sosyal haklar ise, yeni olup 20. yüzyılın ürünleridir. O halde, tarihi gelişimi de göz önünde bulundurarak yerleşmiş bir sınıflandırmaya yer vermek uygun olur⁹².

İnsan haklarının sınıflandırılması hususunda ayrıntıya inmeden önce şu hususa değinmekte fayda vardır. Her ne kadar insan hakları konusunda çeşitli ayrımlar

⁹⁰ Gemalmaz, Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul 1994, s. 388.

⁹¹ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, s. 7 vd.

⁹² Bilgin, Ahmet, *Genel ve Türk Hukuk*, s. 9; değişik sınıflandırma örnekleri için bk: Gemalmaz, Semih, *age*, s. 321 vd.

yapılıyorsa da, bu haklar bir bütündür. Bir kişi ancak, insan haklarının bütününe sahip olmak şartıyla hür olabilir. Şüphesiz ki, kişinin hür olması için her şeyden önce negatif statü haklarına, yani bireysel haklara sahip olması gerekir. Ancak, kişi aç ise, evsiz ise bu haklara sahip olmasının bir anlamı kalmaz. O nedenle kişinin pozitif statü haklarına, yani sosyal haklara da sahip olması gerekir. Nihayet, bu bireysel ve sosyal haklara sahip olan kişinin, aktif statü haklarına yani siyasal haklara da sahip olması gerekir. Çünkü, yönetimine katılmadığı bir devlette kişinin bu hakları geri alınabilir. Görüldüğü gibi hürriyet özünde bütündür. Buna hürriyetin monizmi(bütünlüğü) ismi verilir⁹³.

2. Birinci Kuşak Haklar (Klasik Haklar)

Birinci kuşak haklar, kişilere, devletin dokunamayacağı özel bir alan yaratır. Bunlar öncelikle, iktidar ve diğer kişiler karşısında bireyin güvenliğini ve özerkliğini sağlayan haklardır⁹⁴. Bu alan içinde bireyler diledikleri şekilde hareket edebilirler. Devlet genelde bu haklar karşısında pasif davranmak zorundadır. Bu nedenle bu haklara “*Negatif Statü Hakları*” da denilmektedir. Klasik haklar olarak da adlandırılan bu haklar, kişileri devlete karşı korur. Bu özelliğinden dolayı da bu hakları “koruyucu haklar” olarak adlandıran yazarlar da mevcuttur⁹⁵. Kişileri devlete karşı koruyan bu hakların kullanılması bağlamında devlete düşen görev *gölge etmemek* ve pasif bir tutum takınmaktır⁹⁶.

Bu kuşağa giren hakların başlıcaları şunlardır: yaşama hakkı ve kişi dokunulmazlığı, kişi hürriyeti ve güvenliği, düşünce ve ifade hürriyeti, inanç ve ibadet hürriyeti, dernek kurma hakkı, çalışma hürriyeti, tarafsız bir yargıç önünde yargılanma hakkı(adil yargılanma hakkı), konut dokunulmazlığı hakkı, mülkiyet hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, çalışma hürriyeti vb.

Bu haklardan bir kısmını irdelenmek gerekirse; konut dokunulmazlığı hakkından, devletin kişilerin konutlarına keyfi şekilde girip, onları rahatsız etmemesi gerektiği

⁹³ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 6-7; Anayurt, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE Yayınları, 2000, s. 47-59.

⁹⁴ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 41.

⁹⁵ Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 150; Gözübüyük, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 156.

⁹⁶ Gören, Zafer, Temel Hak, s. 28.

anlaşılmalıdır; düşünce hürriyeti devleti, düşüncelerinden ötürü kişileri kınayıp suçlamama ve düşüncelerin açıklanmasına engel olmama yükümlülüğü altına sokar. Dernek kurma hakkı, devletin, kişilerin dernek kurmasına engel olmayacağını ifade eder. Mülkiyet hakkı, herkesin meşru yollardan mal mülk sahibi olmasını ve gerçek karşılığı ödenmeksizin kamulaştırılamayacağını koruma altına alır. Örneklerden de rahatça anlaşıldığı üzere, klasik hakları kullanabilmek açısından kişinin gereksinim duyduğu en önemli şey, hür olmaktır. Bu cümleden olarak, devlete düşen görev ise çoğu zaman, kişiye karışmamak ve pasif tutum takınmaktır.

Birinci kuşak hakların bu özelliği, insanların hür ve eşit doğduğu, iktidarın kendilerinden kaynaklandığını varsayması nedeni ile, iktidarın neler yapamayacağını belirtmektedir⁹⁷. Yani bu kategoriye giren haklar, ancak devletin bunlarla ilgili olumsuz⁹⁸ bir tutum takınmasıyla sağlanabilirler. Bu durumun neticesinde bu haklar ile kişilere, devletin karışamayacağı özel bir alan yaratılır. Bu haklara ilişkin devletin rolü, müdahaleden çok kaçınmaya dayanır.

Bu hakların, 17'nci ve 18'nci yüzyıl düşünürlerince dile getirildiği ileri sürülmüştür⁹⁹. Tabii Hukuk Okuluna mensup bu düşünürlerce dile getirilen adı geçen haklar, Amerikan ve Fransız devrimleriyle ivme kazanmış ve peyderpey uygulamaya geçirilmiştir¹⁰⁰. Bu haklar, aristokrasi-burjuvazi çatışmasına dayandırılmaktadır. Ticaret yoluyla zenginleşen ve yeni bir sınıf olan burjuvazi, ayrıcalıklar üzerine kurulu feodal düzene karşı verdiği mücadele ile, feodal çağı kapatırken beraberinde haklar ve hürriyetler de getirdiği ifade edilmiştir. Bu hak ve hürriyetler burjuvazinin feodaliteye karşı verdiği mücadelenin bir eseri olarak zikredilmiştir¹⁰¹. Ancak burjuvazinin çıkarlarını temsil eden klasik haklar, burjuvazinin sınıfsal çıkarlarını korumayı amaçlar¹⁰². Bu sınıfsal niteliğine rağmen, insan hakları düşüncesi zamanla bu kökten

⁹⁷ Turan, Mützeyyen, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Kavramları ışığında 1982 Anayasası, Dicle Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi(yayımlanmamış), Diyarbakır 2002, s. 14.

⁹⁸ Buradaki "olumsuzluk" kavramı beğenilmeyen, kötü, uygunsuz anlamında değil, hareketsiz kalma, kaçınma, karışmama anlamındadır.

⁹⁹ Uygun, Oktay, "İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması", İnsan Hakları, Ankara 2000, s. 21.

¹⁰⁰ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 10.

¹⁰¹ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 41; Erdem, F. Hüsnü, "İnsan Hakları Düşüncesinin Evrimine Genel Bir Bakış", Batman Barosu Dergisi, sayı 2, Mayıs 2003, s. 7.

¹⁰² Tanör, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s. 45 (Turan, Mützeyyen, agt, s. 14 dp. 18'den naklen).

ayrılmış ve evrenselleşmiştir¹⁰³. Bu bağlamda bu hakların ortaya çıkışında burjuvazinin rolünü yadsımamak gerekir¹⁰⁴.

Fakat; tabii hukuk okulundan çok daha önce, miladi 622 yılında, birinci kuşak hakların Arap yarım adasında zikredildiği ifade edilmiştir. İslam Peygamberi Veda hutbesinde anılan haklara değinmiştir. İslam kendinden sonra gelişen insan hakları alanındaki gelişmelere temel teşkil eden beş temel hakkın güvenliğini formüle etmiştir¹⁰⁵: Can güvenliği, mal güvenliği, akıl güvenliği, nesil güvenliği ve din güvenliği. Bu konuda ayrıntılı açıklamayı ileride¹⁰⁶ yapacağımızdan burada koruyucu hak olarak da bilenen bu haklara ilişkin veda hutbesinden örnekler vermekle yetiniyoruz: “Canlarınız, mallarınız ve ırz ve namuslarınız her türlü tecavüzdten korunmuştur”; “Arap’ın Arap olmayana üstünlüğü yoktur”; “Bir kimseye kardeşinin malı helal olmaz, sadece gönül rızasıyla verilirse başka”¹⁰⁷.

Bu haklar kişilerin insan olarak var kalmalarına, kendilerini ifade etmelerine ve gerçekleştirmelerine imkan verir; kişiler ve gruplar arasında hür etkileşim, iletişim ve örgütlenmeyi sağlar; toplum içindeki düşüncelerin serbest dolaşımını temin eder. Bireylerin güvenlik ve özerkliğini sağlayan bu haklar aynı zamanda onların maddi ve manevi gelişmesine olanak sağlar. Bu özellikleri dolayısıyla bu haklar barışçı, medeni ve hür bir toplumsal hayatın temelini oluştururlar.⁽¹⁰⁸⁾

3. İkinci Kuşak Haklar (Sosyal Haklar)

Klasik ferdiyetçi doktrininin kişilere tanıdığı haklar ve hürriyetler tamamen teorik planda kalmakta ve sadece “kuramsal” bir değer ifade etmektedir. Zira bu doktrin, insanı içinde yaşadığı toplumdan ve çevreden sıyrarak soyut bir varlık olarak ele almakta ve bu soyut varlığın kişiliğini felsefi bir spekülasyon konusu olarak değerlendirmeye çalışmaktadır. Oysa soyut insanın somut gerçeklikle ilgili olmadığı çok kısa sürede anlaşılmıştır. Çünkü, somut gerçekliğin ifadesi olan “yaşayan insan”,

¹⁰³ Erdem, F. Hüsnü, İnsan Hakları Düşüncesinin, s. 7.

¹⁰⁴ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 9.

¹⁰⁵ Bilgin, Ahmet, “Hak ve Özgürlükler, Çifte Standartsız Bir Dünya”, Yeni Türkiye Dergisi sayı: 22 (İnsan Hakları Özel Sayısı II), Ankara Temmuz-Ağustos 1998, s. 702.

¹⁰⁶ bk. İkinci Bölüm, B, 4.

¹⁰⁷ Veda hutbesinin metinleri için bk. Kahveci, Nihat, İnsan Hakları ve İslam, Ankara 1995, s. 50.

¹⁰⁸ Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 150.

kendisine tanınan bu soyut nitelikli haklardan yararlanabileceği asgari koşullardan yoksun bırakılmıştır. Bu bağlamda, insan haklarından yararlanabilmek için, insanların serbest ya da hür olmalarının yetmediği anlaşıldı ve yoksul kimselerin insan haklarından faydalanması için, devletin yapacağı hizmetler birer hak olarak düzenlendi. Herkesin klasik haklara doğuştan sahip olduğu kabul ediliyordu. İnsanlara yaşam hakkı tanınmıştı; ama doktora gidecek ve ilaç alacak imkanları olmadığından en basit hastalıklara karşı bile çaresiz idiler. Konut dokunulmazlığından söz ediliyordu; ancak başlarını sokacak konutları yoktu. Düşünce hürriyetleri de vardı; fakat zor çalışma şartlarından ötürü düşünme zamanları ve bunun için gerekli asgari düzeyde eğitimleri yoktu.⁽¹⁰⁹⁾

18'nci yüzyıl sanayi devrimi ile müteşebbis ve sanayiciler tam bir ekonomik ve sosyal hürriyetler içindeyken, sömürü düzeni ile toplum temelinden sarsılmış ve özellikle çalışma hayatı, çalışanlar için çekilmez hale gelmiştir. İşçi sınıfının doğuşu ile ekonomik ve sosyal sorunlar artmış, çalışanlar ile çalıştırılanlar arasında ekonomik ve sosyal dengesizlikten kaynaklanan kapatılması zor uçurumlar doğmuştur¹¹⁰. Bu koşullar atında parlak cümlelerle ve görkemli törenlerle ilan edilen hak ve hürriyetlerden, toplum içinde, maddi bakımdan varlıklı küçük bir kesim dışında kimse yararlanamıyordu. Oysa bu hakların tüm insanlar için var olduğu söyleniyordu. Zamanla insan haklarından yararlanmak için, kişilerin hür ve serbest olmalarının yeterli olmadığı görülmüştür. Hür oldukları halde, yoksulluk ya da başka nedenlerle bu haklardan yararlanamayanların desteklenmesi gerekiyordu. Bu amaçla, 19'ncü yüzyıldan başlayarak insan hakları düşüncesinde önemli bir gelişme oldu. İnsan hakları artık yalnızca bir serbesti, bir hürriyet olarak değil; aynı zamanda devletten bir *hizmet isteme yetkisi* veren haklar olarak düşünölmeye başlandı¹¹¹.

Yoksul kişilerin insan haklarından yararlanması için, devletin sunacağı hizmetler birer hak olarak düzenlendi. Söz konusu haklar sosyal devlet anlayışının sonuçları

¹⁰⁹ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 10; Erdem, F. Hüsnü, İnsan Hakları Düşüncesinin, s. 8-9; Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 50-51.

¹¹⁰ Kocaoğlu, Ali Mehmet, "İnsan Hakları Çerçevesinde Ekonomik ve Sosyal Hakların Vazgeçilmez Önemi", Yeni Türkiye Dergisi sayı: 22(İnsan Hakları Özel Sayısı II), Ankara Temmuz-Ağustos 1998, s. 1067.

¹¹¹ Uygun, Oktay, İnsan, s. 23.

olduğundan, bu haklara kısaca “sosyal haklar” da denilmektedir¹¹². Bu ikinci kuşak hakların büyük çoğunluğu, devlete bir hizmet sunma görevini yüklenme niteliğini taşır¹¹³. Bu haklara, kişiye devletten bir şey istemesi hakkını verdiği için “isteme hakları” da denmektedir¹¹⁴. Bugün artık ekonomik ve sosyal haklar olmadan sırf medeni ve siyasi haklarla insan refah ve mutluluğunun sağlanamayacağı şüphe götürmez bir gerçektir. Bu bağlamda birinci ve özellikle ikinci dünya savaşları sonrası yapılan tüm anayasalarda bu haklar geniş biçimde yer almaya başlamıştır¹¹⁵. İkinci kuşak hakların belli başlıları şunlardır: Çalışma hakkı, sendika kurma hakkı, grev ve toplu sözleşme hakkı, dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, parasız eğitim ve öğrenim hakkı, sağlık hakkı, beslenme hakkı, konut hakkı vb.

Bireyin, devletin sunduğu hizmetlerden yararlanma konusunda talep hakkı olduğuna işaret ettik. Ne var ki, bireyin bu konudaki talep hakkı devletin ekonomik ve mali imkanlarıyla sınırlıdır¹¹⁶. Denilmek istenen o dur ki; somut bir hakkın gerçekleştirilerek yaşama geçirilmesi, devletin o andaki mali imkanlarına bağlıdır. Bu bağlamda ekonomik imkansızlık, hakkın gerçekleştirilmesinin önündeki en önemli engeldir¹¹⁷. Bu cümleden olarak; devletin eğer ki bu haklar yerine getirmek için mali kaynağı yoksa, kişilere bu haklar tanınamayacaktır. Burada şu hususa da değinmekte yarar vardır; bazı haklarda mali kaynağın bulunup bulunmaması arasında bir ilişki (ilgi) yoktur. Mesela; sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı ve grev hakkı gibi. Dolayısıyla devlet, bu tür hakların hayata geçirilmesini mali imkansızlık iddiası ile engelleyemez.

İkinci kuşak haklar bakımından itici gücün, sanayi devrimiyle ortaya çıkmış olan işçi sınıfı olduğu iddia edilmektedir¹¹⁸. İşçilerin sosyal ve iktisadi durumlarının ıslahı konusunda yapılan çalışmaların, iktisadi ve sosyal hak ve hürriyetlerin geniş bir tatbik sahası bulmasını sağladığını inkar etmek tarihi gerçekleri görmezlikten gelmek olur. Fakat; İslam hukuku'nun temel normları, bu hizmetlerin cevherini 14 asır evvel

¹¹² Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, s. 210, (www.anayasa.gen.tr/thh.htm, e. t.: 07.02.2005)

¹¹³ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 10; Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 52; Uygun, Oktay, İnsan, s. 23.

¹¹⁴ Gözübüyük, Şeref, age, s. 157.

¹¹⁵ Kocaoğlu, Ali Mehmet, İnsan Hakları Çerçevesinde, s. 1067.

¹¹⁶ Örneğin T.C. Anayasasının 65'nci maddesi –(Değişik: 03.10.2001 – 4709/22 md.) Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek *mali kaynaklarının yeterliliği* ölçüsünde yerine getirir.

¹¹⁷ Ünal, Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Ankara 1997, s. 42.

¹¹⁸ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 44; Uygun, Oktay, İnsan, s. 23.

düzenlemiş bulunduğu ifade edilmektedir. Hem de zengin ve kapitalist kimselere karşı bir reaksiyon manasında olmadan. Zaten toplum içine fertleri kardeşçe, karşılıklı sevgi ve merhamet duygusu ile yaşatmak isteyen İslam dininin elbette “sosyal hakları” tanıyacağı zikredilmiştir. 1870’li yıllarda Fransa ve Almanya’da işçi, 3000 kalorilik gıda için 16-20 saat çalışmak zorundaydı¹¹⁹. Oysa İslam’ın emek anlayışı ve emeğin değeri baştan itibaren aynı olup hiçbir değişikliğe uğramamış, sömürü aracı yapılmamıştır.

19’ncü yüzyılın ortalarından itibaren hukuk metinlerince tanınan sosyal ve kültürel haklar, 20’nci yüzyılın başında anayasalarca (1917 Meksika, 1919 Almanya, 1924 Sovyetler Birliği) düzenlenmiştir. Sosyal hakların yaygın bir biçimde anayasalarda tanınması, ikinci dünya savaşı sonrası batı anayasacılığının belirgin özelliğidir¹²⁰. Bugün bütün insan haklarının karşılıklı olarak birbirine bağımlı ve bölünmez oldukları belirtilmektedir. Buna karşılık klasik anlayışa bağlı bazı yazarlar, sosyal hakkın aslında insan hakkı sayılmayacağı yönünde fikirler ileri sürmüşlerdir. Bu fikirlerin ve bunlara karşı verilen cevapların, tez konumuz dahilinde olmamasından ötürü burada incelemeye gerek görmüyoruz¹²¹.

4. Üçüncü Kuşak Haklar (Dayanışma Hakları)

İnsan haklarının gelişmeye açık, sürekli oluşum halinde olan dinamik yapısı ve insan onuruna yönelik tehditlerin zamanla farklılaşması ile özellikle ikinci dünya savaşından sonra, bilim ve teknolojinin gelişmesine paralel olarak diğer iki kategoriye giren haklardan farklı yeni bir takım hakların ortaya çıktığını görüyoruz. Bu yeni haklar nitelikleri açısından klasik ve sosyal haklardan farklılık arz etmektedirler. Dolayısıyla ortaya çıkan bu yeni haklar ayrı bir kategoride değerlendirilmelidir. Bu hakların gerçekleşebilmesi için kişilerin, kurumların ve devletlerin ortak çabası gerekmektedir. Zira adı geçen hakların oluşum süreci henüz tamamlanmamıştır. Görüş birliği

¹¹⁹ Şafak, Ali, İslam Dini ve Sosyal Adalet, Ankara 1992, s. 17.

¹²⁰ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 44-45; Aliefendioğlu, Yılmaz, “İnsan Hakları ve Sivil Toplum Örgütleri”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale25.html> e. t.: 07/02/2005

¹²¹ Sosyal hakların, insan hakları olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bk. Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 141-146 ve Uygun, Oktay, İnsan, s. 32-37.

sağlanamadığı için anılan hakların “insan hakları” olarak nitelendirilmesi tartışma konusudur¹²².

Üçüncü kuşak hakların ortaya çıkmasında bir takım etmenlerin önemli rol oynadığı ifade edilmektedir. Bunlardan biri bilimsel teknik bağlamında ortaya çıkan sorunlardır. Çevre kirliliğinin korkunç boyutlara ulaşması, nükleer silahların tüm insanları yok edecek bir savaş tehlikesine yol açması önemli etkenlerdir¹²³. İşte dayanışma hakları yeni dramlar ve tehlikelere karşı hukukun karşı duruşunu ifade etmektedir. Dayanışma hakları kapsamında düşünülebilen belli başlı haklar şunlardır: Çevre hakkı, insanlığın ortak mal varlığına saygı hakkı, kalkınma hakkı, barış hakkı, kentsel haklar vb.

Bu haklar, diğer haklardan farklı niteliklere sahiptirler. Zira gerçekleştirilebilmeleri için kişilerin, kurumların ve devletin ortak çabası gerekmektedir. Bu bağlamda hakkın öznesi bireylerden oluşan topluluklardır. Örneğin, temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşamak için çevrenin kirletilmemesi, kirletenlerin engellenmesi gerekir. Bu hakların temelini devlet sınırlarını aşan insanlık “dayanışması” ilkesinin oluşturduğu düşüncesinden hareketle bunlara “dayanışma hakları” da denmektedir¹²⁴. Devlet, kişiler ve kuruluşlar bu hakları gerçekleştirmek için el ele vermeli, dayanışma içinde olmalıdır¹²⁵.

Dayanışma hakları, ilk iki kuşak içinde de yer alırlar. Örneğin birinci kuşak haklar içinde yer alan dernek kurma hakkı ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hürriyeti, *kullanımı bakımından* üçüncü kuşak hak sayılmaktadır: Tek başına değil, ancak başkaları ile birlikte kullanılır. Bununla birlikte, derneğin kurucusu ya da üyesi

¹²² Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 10-11; Uygun, Oktay, İnsan, s. 24-25; Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 45-45; bu hakların insan hakları olmadığı görüşü kısaca şu temellere dayanmaktadır: Öncelikle insan hakları, birey olarak insanın haklarıdır, toplumun, grubun veya sınıfın irade hakimiyeti olmamasından ötürü, insani vasıfları ve dolayısıyla korunması gereken bir insan onuru mevcut değildir. İkinci olarak; bu hakların varlığını kabul etmek, baskıcı rejimler tarafından insan haklarını bastırmak ve reddetmek için uygun bir araç olabilir. Bir başka açıdan; insan haklarına sahip olmak için insan doğmuş olmak gerekmektedir; oysa dayanışma kişiler veya gruplar arasındaki bir “ilişki” olduğu için, insanlar için genel ve evrensel iddialara kaynaklık edemez. Bu husustaki tartışmalar için bkz: Donnelly, Jack, age, s. 153-159; Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 146-150.

¹²³ Kaboğlu, İbrahim, Çevre Hakkı, s. 7-8 (Turan, Müzeyyen, agt, s. 17 dp. 24’den naklen).

¹²⁴ Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 146.

¹²⁵ Uygun, Oktay, İnsan, s. 25.

olmak; toplantı ya da gösteri yürüyüşünün düzenleyicisi ya da katılımcısı olmak bağlamında, hakkın sahibi bireydir.

Bu kategoriye giren hakları diğer hak türlerinden ayıran İlk iki kuşak haklarda, hak talebi devlete yöneliktir. Devletin negatif ya da pozitif bir tutum izlemesi gerekmektedir. Barış, gelişme gibi bazı üçüncü kuşak haklar ise tüm dünyaya yönelik talepler içeriyor¹²⁶.

Bugün artık üçüncü kuşak hakların anayasalarda yer aldığını ifade etmek gerekmektedir. Örneğin 1982 Anayasasının 56'ncı maddesi uyarınca, herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

D. İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI

İleride¹²⁷ ayrıntısı ile anlatılacağı üzere Kanun-i Esasi kişilere tanıdığı haklar açısından genel olarak olumlu tepkiler almıştır. Fakat tanınan hakların korumasının olmaması ve bu hakları sınırlama yetkisinin, olması gereken devlet organında bulunmaması yönünden eleştiriye uğramıştır. Bu bağlamda teorik bazda insan haklarının sınırlandırılmasının nasıl olacağına değinmenin faydalı olacağı kanısındayız.

Herkesin her istediğini yapabildiği bir toplumda ortaya çıkacak kargaşalığı görmek pek fazla zaman almaz. Sınırsız hak ve hürriyetler anarşi ve neticesinde hürriyetsizlik doğuracaktır. Zira toplumsal yaşam içinde, bir insanın haklarının başka birisinin haklarıyla çatışması kaçınılmazdır. Şu halde; devletin ve toplumun var olabilmesi için hak ve hürriyetleri sınırlandırmak, yapılması gereken bir zorunluluktur¹²⁸. İnsan hakların sınırlandırılması, bir yandan bunların kötüye kullanılmasının önlenmesi, diğer taraftan herkesin yararlanabilmesi amacına hizmet etmektedir¹²⁹.

Fazıl Sağlam'a göre; "Sınırlama belli bir hakkın anayasaca öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan *norm alanına* yasa yoluyla (veya yasaya dayanılarak) *dışarıdan*

¹²⁶ İbid, s. 38.

¹²⁷ Üçüncü bölüm, B.

¹²⁸ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 223.

¹²⁹ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 88.

yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan müdahaledir”¹³⁰. Yapılan tanımın can alıcı noktası “norm alan” kısmıdır. Bir temel hak ile korunan “yaşam alanı”, yani insan hakları normunun yaşam gerçeğinden koruma konusu olarak kesip çıkardığı alan insan hakkının norm alanını oluşturmaktadır¹³¹.

İnsan hakları ile ilgili hükümlerin düzenlenmesi ve sınırlandırılması arasındaki ilişkiye kısaca değinelim. Bir kısım yazarlar¹³², her düzenlemenin, sınırlama anlamına geldiğini ifade etmektedirler. Bu düşüncedeki yazarlara göre; kişinin devlet dışında devletten bağımsız bir eylem alanı vardır. Devletsiz alanda kişinin hürriyeti ilke olarak sınırsızdır. Bu bağlamda kişinin hürriyetine ilişkin her türlü düzenleme, hürriyet anlayışının mantığı gereği, sınırlama anlamına bürünecektir. Bu anlayış, liberalizmin ürünü olan olumsuz hürriyet düşüncesine dayanır. Diğer görüşteki yazarlar ise, insan haklarının pratikte bir değer ifade edebilmesi için, anayasal korumaya kavuşarak tek tek belirtilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Yapılan düzenlemenin bu hak ya da haklar açısından ne ya da neler getirdiği dikkate alınmalıdır. Böyle bir bakış açısı her düzenlemenin zorunlu olarak bir sınırlama getirmediğini gösterecektir. Teorik tartışmalara fazlaca girmeden, şunu ifade edebiliriz: Her sınırlama hukuki açıdan bir düzenlemedir; fakat her düzenleme sınırlama değildir.⁽¹³³⁾

Toplumsal yaşamın, insan haklarının sınırlandırılmasını zorunlu kılmasına karşın, sınırlamanın nasıl yapılacağına ilişkin bazı önemli ilkelerin hesaba katılması gerekmektedir. Bu ilkelere en önemlisi, hürriyet otorite arasındaki dengeyi iyi kurmak ve hürriyeti otoriteye feda etmemektir. Elbette, ilk bakışta, düzen ya da otorite ile hürriyet birbiriyle çakışır gibi görünmektedir. Fakat gerçekte bunların birbirine ait olan iki şeyin parçası sayılmaları gerekir. Bu bağlamda, düzen ya da onu sağlamakla yükümlü olan iktidar, hürriyetin düşmanı değil, şartıdır. Hürriyet otorite ilişkisinde hürriyeti ön plana çıkarmak, devlet birey ilişkisinde bireyi ön sıraya almak demektir.

¹³⁰ Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 22-23.

¹³¹ Gören, Zafer, Temel Hak, s. 85; Gören, Zafer, Anayasa, s. 370.

¹³² Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organın Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 103 (Sağlam, Fazıl, age, s. 17 dp. 3'den naklen.)

¹³³ Sağlam, Fazıl, age, s. 19-20.

Dolayısıyla, oluşturulacak sınırlama rejiminde bu gerçeği dikkate almak ve devleti bireye yeğlememek gerekir.⁽¹³⁴⁾

İnsan haklarının sınırlandırılmasının gerekliliğinin tespiti, beraberinde bir takım sorular getirmektedir. Sınırlandırmanın kimin tarafından yapılacağı, sınırlandırmanın ölçülerinin ne ve nasıl olacağı ve somut hürriyet uygulamasına geçişindeki güçlüklerin nasıl ortadan kaldırılacağı meseleleri ortaya çıkmaktadır.

Sınırlamayı kimin yapacağı sorusuna verilecek cevap –en azından teorik olarak– çok zor değildir. Demokratik hukuk devletinin, kabul edilmiş ve yerleşmiş olan temel kuralı gereğince, sınırlama *yasama organı* tarafından yapılabilecektir. Anayasalar, yürütme organının yetkilerini kötüye kullanma eğilime karşı, halkın temsilcilerine güven duyarlar. Bu nedenle, insan hakları yasama organı tarafından ancak kanun ile sınırlandırılmalıdır¹³⁵. Kanunun parlamentoda açık görüşme ve tartışma ile kabul edilmesi ve kanunun herkes için genel kurallar koyması, insan haklarının kanunla sınırlandırılması ilkesinin sağladığı koruma mekanizmalarıdır¹³⁶. Yasal sınırlama hükümlerinin açık ve kesin olması da şarttır¹³⁷. Bu, hukuk devletinin bir gereğidir ve amaç bireyin kanunun emrini önceden görebilmesini ve hesaba katabilmesini sağlamaktadır¹³⁸. Bu duruma binaen, yürütme organının düzenleyici işlemler aracılığıyla insan haklarını sınırlandırması, kural olarak, mümkün değildir¹³⁹.

Sınırlandırmanın ölçüsü hususunda dikkat edilecek bir diğer konu; hakkın kural, sınırlandırmanın ise istisna olması gerektiğidir. Hür bir toplumda prensip olarak açıkça yasaklanmayan her şey serbest olmalıdır. Bu bağlamda dikkat edilecek nokta, istisnaların çoğala çoğala kuralı boğacak hale gelmemesidir. Aynı zamanda insan

¹³⁴ Bulut, Nihat, “4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği çerçevesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin birey devlet ilişkisi açısından değerlendirilmesi”, AÜEHFD, C: V, sayı: 1-4, Erzincan 2001, s. 40-41.

¹³⁵ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 89.

¹³⁶ Yasa kaydıyla sınırlamanın bireyler açısından taşıdığı korumalar için bk. Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak, s. 90; Kapanı, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 230-231.

¹³⁷ Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak, s. 90.

¹³⁸ Gören, Zafer, Anayasa, s. 378.

¹³⁹ Hemen belirtelim ki; bazı anayasalar, belli şartlar halinde yürütme organına da bir takım insan haklarını sınırlama hakkı vermektedir. Örneğin T.C. Anayasasının 91’nci maddesi “Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasasının ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemez.” hükmünü içererek, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bir takım insan haklarının KHK ile düzenlenebileceğine değinmiştir.

hakları ancak toplum hayatının bozulmamasını sağlamak ve bir de kendisinden herkesin yararlanmasını mümkün kılmak amacıyla sınırlandırılabilir¹⁴⁰.

İnsan hakkının sınırlanıp sınırlanmayacağını ya da ne ölçüde sınırlamanın mümkün olduğunu anlayabilmek için öncelikle o hakkı korumaya alan maddeye bakmak gerekir. Çoğu maddelerde değişik içerik ve kapsamda da olsa, yasa koyucunun sınırlama yetkisinin saklı tutulduğu görülmektedir. Buna karşılık kimi maddelerde herhangi bir yasal sınırlama hükmüne yer verilmediği görülmektedir. Bu bağlamda insan haklarının sınırlandırılmasını içeren düzenlemenin şekli, o anayasanın insan haklarına bakışını ortaya koymaktadır.

İnsan hakları normunda, o hak için yasa koyucuya verilmiş sınırlama yetkisini ifade eden “kanun kaydı”nı “nitelikli kanun kaydı” ve “basit kanun kaydı” olarak iki ana gruba ayrılabiliriz¹⁴¹. *Basit kanun kaydı*; anayasanın müdahaleye sadece bir kanunla izin verdiği insan haklarında söz konusudur. Basit kanun sınırlaması, müdahale eden kanundan özel isteklerde bulunmamaktadır¹⁴². Anayasanın müdahalelerin kanunla yapılabileceğini istemekle kalmadığı, bunun dışında müdahale eden kanunun belli koşullara dayanmasını, belli amaçlara hizmet etmesini veya belli araçları kullanmasını istediği insan haklarında *nitelikli kanun sınırlaması kaydı* vardır¹⁴³.

E. İNSAN HAKLARININ ULUSAL DÜZEYDE KORUNMASI

1. Genel Olarak

Günümüzde insan haklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesi iç hukuk boyutunu aşarak evrensel nitelik kazanmıştır. Nitekim başta Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve Avrupa Konseyi olmak üzere, evrensel ve bölgesel örgütlerin kuruluş nedenleri ve bu örgütlerce kabul edilen insan haklarına ilişkin bildiri, sözleşme ve diğer belgelerin amacı insan haklarını uluslararası koruma altına almak ve bunlara ilişkin evrensel standartlar belirlemektir. Bununla birlikte insan haklarının asıl ve öncelikli korunması ulusal hukuk düzenlerinin işidir. Uluslararası koruma ulusal korumayı

¹⁴⁰ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 235.

¹⁴¹ Sağlam, Fazıl, age, s. 29.

¹⁴² Gören, Zafer, Temel Hak, s. 99; Gören, Zafer, Anayasa, s. 369.

¹⁴³ Sağlam, Fazıl, age, s. 30; Gören, Zafer, Temel Hak, s. 99; Gören, Zafer, Anayasa, s. 369.

tamamlayıcı, ikincil, yedek niteliktedir. Tez konumuz ulusal normlar hiyerarşisinde en üst seviyede olan ilk anayasamızın insan hakları açısından tetkiki olması sebebiyle, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması konusuna değinmeyeceğiz.

Nasıl ki; sınırsız hürriyet kargaşa, düzensizlik ve insan hakları ihlalleri için bir sebep teşkil ediyor ve bu duruma binaen söz konusu hakların sınırlandırılması gerekiyorsa, bu sınırlandırmayı dengelemek amacıyla anılan hakların korumaya kavuşturulması gerekmektedir. İnsan haklarının korumaya kavuşturulması şu şekilde tanımlanmıştır: “Kamu Özgürlüklerinin güvence altına alınması, yurttaşın özgürlüklerinin sahibi olması ve onları *kullanırken ve kazandıktan sonra herhangi bir sakıncalı durumun doğmaması demektir.*”¹⁴⁴

İnsan haklarının tarihi gelişimi incelendiği vakit geleneksel, liberal ya da yerleşik anlayış, insan hakları ihlalleri bakımından tehlikenin devletten geldiği varsayımına dayanır. Fakat, aynı zamanda devletin varlık nedeni, ülke üzerinde yaşayan insanların hak ve hürriyetlerini korumaktır. Bu bağlamda devlet, bir taraftan, insan haklarını korumakla görevli iken, diğer taraftan bu hakları ihlal eden mekanizmanın kendisidir.

Bu tehlikeli durumu ortadan kaldırmak ya da en aza indirmek için; erkler ayrılığı sisteminin benimsenmesi gerekmektedir. Bunun anlamı, devletin, örgütlenmesini yürütme, yasama ve yargı olarak işlevlerine denk düşen iktidarlar şeklinde örgütlemektir. Bölünmek suretiyle iktidarın bir bütün olarak ortaya çıkması önlenemez, ama daha önemlisi her biri diğerini frenleyecektir¹⁴⁵. Bu ayrılık, insan haklarının korumaya kavuşması açısından müspet bir başlangıç olmasına rağmen, yeterli seviyede sayılmamaktadır. Binaenaleyh devleti oluşturan üç temel erkin, insan haklarının korunması açısından nasıl şekillendirilmesi gerektiğine değinmek lazımdır.

2. Yasama Organına Karşı Koruma

Halkın temsilcisi olan parlamentoların ortaya çıkmasından sonra yasama organınca yapılacak kanunlarda insan haklarını ihlal edici hususların bulunmayacağına

¹⁴⁴ Mumcu Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 168.

¹⁴⁵ Özbudun, Ergun, age, s. 40; Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 132.

inanılıyordu¹⁴⁶. Ancak kanunlarında giderek insan haklarını kısıtlayıcı veya ortadan kaldıracı tarzda hükümler içerebileceği uygulama ile anlaşılınca, kanunlardaki kısıtlayıcı hükümlerin düzeltilmesi, yani yasama işlemlerinin denetlenmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Bu doğrultuda, insan haklarını seçimle gelen çoğunluklara karşı korumak için alınan önlemlerden ilki; insan hakları listesi ile hürriyetlerin sınırlanma neden ve ölçülerinin seçimle oluşan yasama organının iradesi olan kanunlara bırakılmayıp anayasada gösterilmesidir¹⁴⁷.

Yasama erkine karşı insan haklarını korumaya yönelik en önemli organ, anayasa yargısıdır. Esasen, anayasa mahkemelerinin ortaya çıkışındaki faktör de, insan haklarının korunmasıdır. Binaenaleyh anayasa mahkemesinin varlık nedeni, anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve hukukun genel ilkelerine aykırı –insan haklarını ihlal edici- yasal hükümleri hukuk düzeninden ayıklamaktır¹⁴⁸. Gerçekten, yasama organının yetkilerine anayasa ile bazı sınırlar koymanın, pratikte bu sınırların aşılabildiği kontrol edilemedikten sonra ne faydası vardır? Bu sistemin de iyi işleyebilmesi; yargı denetimi yetkisi kendilerine verilen hakimlerin, fonksiyonlarını iyi kavramalarına, ölçü ve basiretle hareket etmelerine bağlıdır¹⁴⁹. Kaboğlu, bir adım daha ileri giderek anayasa mahkemelerinin, insan haklarını korumak açısından koruma mekanizması özelliğinin yanında, insan haklarına ilişkin normlar yarattığını savunmaktadır¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Kanuna bu kadar güvenmenin başlıca sebepleri şunlardır: bir kere kanun, seçilmiş üyelerin halkı temsil ettiği bir meclis tarafından oylanır. Bu kanun, belli bir prosedüre uygun olarak kamu oyuna açık bir tartışmanın ürünüdür. Toplumsal iletişim araçlarıyla değişik fikirler açıklanıp tavır konulabilir. Sonra kanun, hukuki işlemler(dayanaklar) arasında yüksek bir sırada yer almaktadır. Üçüncü olarak, kanun geçmişe yürütülemez. Nihayet, kanun geneldir. Kanun “herkes için aynı” olmalı, ayrımcılık yaratmamalıdır. Genel iradenin ifadesi olan kanun yanılmaz ve baskıcı olamaz.(Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 156).

¹⁴⁷ Yüzbaşıoğlu, Necmi, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, İnsan Hakları, İstanbul Aralık 2000, s. 398; insan haklarının anayasalarda yer alması ve bu durumun neticeleri için bk. birinci bölüm, “B”.

¹⁴⁸ Günümüzde yasa, iktidar partilerinin ve hükümetin iradesinin ifadesidir. Siyasal parti çoğunluğuna dayalı parlamentoculukta, yasama organı, hükümetler iradesinin ve idare tarafından hazırlanmış metinlerin “kayıt bürosu”na dönüşmüştür.

¹⁴⁹ Zira uygulama, hakimlerin, kendilerini yasama organının üstünde bir *siyasal otorite* konumunda görmeleri ile doludur. Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde, Federal Yüksek Mahkemenin geçmişteki bazı davranışları, doktrinde anayasadaki kuvvetler dengesinin bozulmuş olduğundan ve bir *hakimler hükümeti* karşısında bulunulduğundan söz edilmeye başlanılmıştır.(Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 297).

¹⁵⁰ Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Yargısı, s. 140.

Kişileri, yasama organı dahil, kamu otoritelerinin işlevlerinden gelebilecek insan hakları ihlallerine karşı etkili koruma yollarından bir diğeri de anayasa şikayeti yoludur. Bugün başta Almanya ve Avusturya olmak üzere, Avrupa ülkelerinin bir çoğunda kabul edilen bu yolla, kamu otoritelerince bir insan hakkı ihlal edildiği iddiasında olan bir kişi, önce iç hukuktaki diğer başvuru yollarını tükettikten sonra, hâlâ hakkını elde edemediği iddiasında ise, son çare olarak Anayasa Mahkemesine de başvurabilecektir¹⁵¹. Üzülerek belirtmek isteriz ki; bu düzenleme Türkiye’de bugüne kadar hiç benimsenememiştir.

İnsan haklarını yasama organına karşı koruyan yargısal denetimin dışında, yasama organının kendi içinde de, siyasi nitelikte de olsa, insan haklarını koruyucu işlev gören, bazıları sürekli, bazıları geçici komisyonlar vardır. Anayasa Komisyonu, Adalet Komisyonu, Dilekçe Komisyonu, ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu bu tür işlev gören sürekli komisyonlardır¹⁵².

Yasama organının da ikiye bölünmesi ve karşılıklı içten kontrol sağlanması, anılan erkin insan haklarını ihlal edici normlar düzenlemesini engeller¹⁵³. İkinci meclis, tek meclisin despotizmine karşı bir koruma sağlar. Çünkü, tek meclis, yetkilerini kendisinde topladığı ve “milli iradeyi” kendisinin temsil ettiği varsayımından hareket ederek, yetkilerinde bir sınırlama getirilmesine karşı çıkabilir. Oysa, ikinci meclisin varlığı, egemenliğin kullanılmasında bir denetim ve denge unsuru olabilmektedir. Aynı zamanda, kişisel otoritesini egemen kılmak isteyen bir devlet, ya da hükümet başkanı, bu isteğini tek meclise karşı gerçekleştirebilme olanağına sahip olduğu halde, ikinci meclise karşı aynı gücünü devam ettirmesi daha zordur. İkinci meclis, birinci meclisin aceleci tutumuna karşı bir fren rolü oynayarak, parlamento çalışmalarında, duygusal davranışlara karşı, düşüncenin egemen olmasını sağlar¹⁵⁴. İkinci meclis, kanunlar için bir *süzgeç* görevi göreceğinden, hürriyetleri zedeleyici kanunların çıkması herhalde daha güçleşecektir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta; her iki meclis üyelerinin de atama yoluyla değil, demokratik ilkelere uygun seçimlerle seçilmesi,

¹⁵¹ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 192; Yüzbaşıoğlu, Necmi, agm, s. 400.

¹⁵² Yüzbaşıoğlu, Nesmi, agm, s. 400.

¹⁵³ Tunaya, T. Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1975, s. 315; Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 253.

¹⁵⁴ Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku(Genel Esaslar), İstanbul Eylül 1998, s. 362-638; Çift meclis sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Çelik, Elif, Türkiye’de Parlatonun Gelişim Sürecinde Çift Meclis, KÜ SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kırıkkale 2003; Arsel, İlhan, “Çift Meclis Sisteminin Memleketimde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler”, AÜHF Dergisi, C: 12, sayı: 3-4, 1955, s. 61-68.

dolayısıyla bu üyelerin hiçbir yönden hiçbir makama bağlı olmaması gerektiğidir. Denilmek istenen odur ki; bu sistemin uygulama alanında pratik bir değeri olabilmesi, tamamen ikinci meclisin kuruluşuna, yapısına, tutumuna, üyelerinin siyasal olgunluk derecesine ve çaplarına bağlıdır. İyi kurulmuş, fonksiyonunu iyi kavramış, sorumluluk bilincine sahip ikinci meclis, yukarıda sayılan faydaları büyük ölçüde gerçekleştirebilir¹⁵⁵.

Bir takım anayasalarca devlet başkanlarına tanınan, yasama organı tarafından kabul edilmiş kanunları yeniden görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi de yasamanın denetlenmesi anlamına gelmektedir. Burada devlet başkanının bu yetkisini insan haklarının korunması yönünde kullanması ehemmiyet arz etmektedir. Parlamentoya hakim olan bir çoğunluğun insan haklarını kısıtlayıcı nitelikte bir kanunu kabul etmesi halinde, devlet başkanı, bu yetkisini kullanmakta tereddüt etmemelidir.

3. Yürütme Organına Karşı Koruma

Hükümetten merkezi ve yerel yönetimlerin en alt basamaklarına kadar, devletin yürütme organı içerisinde yer alan birimler, vatandaşlara ve topluma çeşitli araçlarla ve farklı biçimlerle hizmet götürme amacına yönelmişlerdir. Fakat, kamu kurumlarının sahip olduğu yetkiler, nihayetinde insanlar tarafından yerine getirileceğinden, bu yetkilerin kurumdaki yetkili kişiler tarafından kötüye kullanılma olasılığı yüksektir. Ne yazık ki; tarih bizi bu konuda da doğrulamaktadır. Zira insan haklarının, devlet organları içinde öncelikle ve en çok yürütmeye karşı korunduğunu görürüz. Bilindiği gibi idarenin kullandığı yetkiler iki kümeye ayrılabilir: *kolluk* ve *kamu hizmeti*. Kamu hizmeti, kamu yararı, kolluk ise kamu düzeni için yapılır. Her iki amaç da insan haklarının sınırlandırılması için gerekli sebeplerden sayılmışlardır. İdare, yaptığı işler dolayısıyla *hakları sınırlama* yetkisi kullanmaktadır. İdare bu yetkiyi, karşı taraf ya da yönettiği kişilere sormaksızın, onlarla uyuşma sağlamak zorunda olmaksızın, *tek yanlı* olarak kullanabilir¹⁵⁶. İnsan haklarına karşı somut müdahale, yürütme organı ya da ona bağlı idareden geldiği içindir ki, insan haklarının kendisine karşı en çok korunması gereken devlet organı, yürütmedir.

¹⁵⁵ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 288.

¹⁵⁶ Akıllıoğlu, Tekin, "Yönetim Hukukunda İnsan Hakları", Yeni Türkiye Dergisi, sayı: 22 (İnsan Hakları Özel Sayısı II), Ankara Temmuz Ağustos 1998, s. 1278.

İnsan haklarının yürütmeye karşı ilk koruması, kanuni idare ilkesidir. Bu ilke şu anlama gelmektedir: İdarenin eylem ve işlemleri hem kanuna dayanmalı hem de bu eylem ve işlemler kanuna aykırı olmamalıdır¹⁵⁷. İdarenin faaliyette bulunabilmesi için kanuna dayanması, kanundan yetki alması gerekir. Aynı zamanda idarenin eylem ve işlemleri kanunun çizdiği sınırlar içerisinde olmak zorundadır. Dolayısıyla idare kanundan bir yetki almadıkça, insan haklarına dokunan bir davranışta bulunmaz¹⁵⁸. Fakat burada kanunlara karşı yaptığımız tenkitlerimizi saklı tutuyoruz.

İnsan hakları çoğunlukla idari mercilerce ihlal edilmesi nedeniyle, yürütme organının yargısal denetimi son derece önemlidir. İnsan haklarının idari yargı yoluyla korunmasında, idarenin kanun hükümlerini uygularken belli bir bireyle ilgili olarak yaptığı işlem veya eylemin somut bir ihlale yol açması durumunda, ilgili kişi bu ayrılığın giderilmesi için yargı organına başvurmaktadır. Yargı organı ise, kanun hükmünün yanlış uygulanması suretiyle ortaya çıkan hukuka aykırı işlemin iptal edilmesine ya da eylemin ortadan kaldırılmasına karar vermek suretiyle somut ihlali bertaraf etmiş olmaktadır. Fakat, idarenin eylem ve işlemleri ortaya çıkmış zararları kaldıramıyorsa; yargı merci bu sefer bu zararların tazmin edilmesine karar verecektir. İnsan haklarının idari yargı yoluyla korunmasının etkili olabilmesi için idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olmalıdır. Bu kurala getirilecek istisnalar hak ve hürriyetlerin korunmasını zayıflatır¹⁵⁹.

Seçim, devlet iktidarının sınırlanması yollarından bir diğeridir¹⁶⁰. Seçime, idare edilenlerin, idare edenleri denetlemesi de denmektedir. İktidarı elinde bulunduran, seçildiği sürenin sonunda kendilerini seçmiş olanların karşısına çıkıp *hesap vermek* zorundadır. Bu hesap verme işleminin kesin bir yaptırımı vardır: İktidardan uzaklaştırma. Yeniden seçilememe endişesi, çoğunlukla, idare edenleri kendilerine emanet edilen iktidarı kötüye kullanmaktan alıkoyma gibi olumlu bir sonuç sağlar¹⁶¹.

İnsan haklarının yürütme ve idareye karşı korunmasında önemli bir konu da, bilgi edinme hakkıdır. Bilgi edinme hak ve hürriyeti idarenin tek yanlı iradesiyle hukuk

¹⁵⁷ Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Bursa Eylül 2003, s. 25.

¹⁵⁸ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 1998, s. 29.

¹⁵⁹ Atar, Yavuz, "Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması", *Yeni Türkiye Dergisi*, sayı: 22, Ankara Temmuz-Ağustos 1998, s. 1291.

¹⁶⁰ Tabi burada gerçek anlamda, yani tamamen serbest ve dürüst yapılan seçimden bahsediyoruz.

¹⁶¹ Kapani, Munci, *Kamu Hürriyetleri*, s. 281; Tunaya, T. Zafer, *age*, s. 315.

düzeninde yapacağı değişiklikler hakkında ilgili bireylere, söz konusu işlemin niteliği ve sonuçları hakkında bilgi edinme imkanını sağlayan hak ve hürriyeti ifade etmektedir¹⁶². Dolayısıyla hakkında işlem yapılacak kimselerin, yönetimden işlem dosyasıyla ilgili bilgileri öğrenmeleri gerekmektedir. Hürriyetler ve bireyin korunması bakımından her türlü bilginin verilmesi kural, gizlilik istisnadır. Bu kural yönetimin şeffaf olmasını sağlayacaktır. Şeffaf yönetim anlayışına sahip bir idare ise keyfi hareket edemeyecektir.

Bağımsız idari otoriteler de yürütmeye olan güvensizlik neticesinde ortaya çıkmıştır. Belli bir hizmet alanı ile sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon yapan, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip kılınan; bir anlamda belli bir hizmet alanı ile sınırlı olarak kural koyma, koyduğu kuralları uygulama ve kurallara uyulmasını sağlama yetkileri ile donatılan bu kurumların üyelerinin ilgili sektörlerce seçilmesi ve yasama organı tarafından atanması öngörülmüştür¹⁶³. Bağımsız idari otoriteler, üçlü erkler ayrılığı ile kurulan devlet organları ve yurttaşlar arasındaki ilişkilerde meydana gelen sorunlara yanıttır. Söz konusu düzenleme ve denetim birimlerinin, devlet-birey ilişkisinde ortaya çıkan hak ve hürriyet ihlallerini azaltarak ya da ortadan kaldırarak, idari yargının yükünü hafifletmek suretiyle bir önkoruma, bu şekilde idari yargı organlarını hantallıktan çıkararak onları daha etkili kılma biçiminde tamamlayıcı koruma işlevini görmektedirler¹⁶⁴.

4. Yargı Organına Karşı Koruma

Kural olarak, insan haklarının yargıya karşı korunması sorunu yoktur. Zira, yargının kendisi insan haklarını koruyucu işlev görür. Kanunların uygulanmasında, gerek devlet organları ve bireyler arasındaki gerekse yatay ilişkilerden kaynaklanan hak ve hürriyet ihlallerinde yargısal denetim temel bir korumadır. Yargının bu korumayı layıkıyla yapabilmesi için, bağımsız olması, duruşmaların açık, kararların gerekçeli olması ve hakim teminatının mevcut olması gerekmektedir.

¹⁶² Adalı, Nermin, Bilgi Edinme Hakkı, KÜ SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Kırıkkale 2004, s. 69.

¹⁶³ Günay, Metin, age, (5. baskı), s. 490-491.

¹⁶⁴ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler, s. 142-143.

Yine de yargıya karşı güven duyulmasını sağlamak için hakimlerin red ve çekinme yöntemleri kabul edilmiştir. Bu bağlamda, belirli nedenlerin varlığı ileri sürülerek, taraflarca yargıç reddedileceği gibi, yargıç kendiliğinden davaya bakmaktan çekinebilir. Keza yargı içindeki mahkemelerinin kararlarına karşı üst mahkemelere itiraz, temyiz ve yeniden yargılama yolları da yargı işlevinde muhtemel hataların ve insan hakları ihlallerinin giderilmesini amaçlamaktadır¹⁶⁵.



¹⁶⁵ Uygun, Oktay, İnsan Haklarının Ulusal, s. 403.



İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK OSMANLI HUKUKUNDA İNSAN HAKLARI

A. GİRİŞ

Osmanlı devletinin, bir İslam devleti olduğu ve her türlü hukuki konuda İslam hukuku hükümlerini uyguladığı malumdur. Fakat Osmanlı hukuk mevzuatının iki kısımdan oluştuğu da bir gerçektir. Bunlardan birincisi, Kitap, Sünnet, İcma ve kıyasa dayanan ve fıkıh kitaplarında toplanmış olan normlar manzumesidir ki bunlara *şer'i hukuk* ya da *şer'i şerif* denilmektedir. Osmanlı hukukun ikinci büyük parçasını ise *örfi hukuk* oluşturmaktadır.

İslamiyet'in kaynaklarını tahlil ettiğimizde bu dinin sadece itikad, ibadet gibi ölüm ötesi dünyayı ilgilendiren bir din olmadığını, yaşadığımız dünyaya ilişkin de normlara yer verdiğini görürüz. Bu bağlamda İslam hukukunda insan haklarını araştırırken, anılan hukuk sisteminin kendi kaynakları ve yine kendi mantalitesinden yola çıkmak gerekmektedir.

Osmanlı hukuk sisteminin ikinci ana yapısını oluşturan örfi hukuk değişik şekillerde tanımlanmıştır. Yapılan tanımların ortak noktası, örfi hukukun oluşum sürecinde esas yetkinin ulul'emrde olduğudur¹. Zira ulul'emrin (halife sultan gibi tek kişi de olabilir veya bu yetki çeşitli organ ve kişiler arasında da paylaşılabilir) sınırlı yasama yetkisine dayanarak örfi kurallar geliştirebileceği konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Dolayısıyla ortada İslam hukuku kaynaklarının dışında bulunan hukuki kaynaklar mevcuttur. Binaenaleyh Osmanlı hukukunda insan haklarını tahlil ederken, anılan kaynakları ve uygulamayı nazar-ı dikkate almak ihtiyacı hasıl olmaktadır.

Osmanlı hukuk sisteminin bu ikili yapısını dikkate alarak; önce İslam hukukunda insan haklarını, ardından da Osmanlı hukukunu spesifik kılan örfi hukukta insan haklarını tahlil etmeye çalışacağız.

B. İSLAM HUKUKU VE İNSAN HAKLARI

1. Genel Olarak

İslam hukukunda insan haklarını incelerken, öncelikle "İslam hukuku" teriminin ne anlam ifade ettiğini, bu hukuk sisteminin alt hukuk dallarını, sui generis

¹ Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s. 94.

özelliklerini ve insan hakları arayacağımız kaynaklarını –İslam hukukunun kaynaklarını- tespit etmeliyiz. Bu tespit, İslam hukukunda insan haklarının mevcudiyetine ilişkin hukuki tahlil yapmamıza yardımcı olacağı gibi, bu hukuk sisteminin anılan kavrama bakışını değerlendirmemizde de faydalı olacaktır.

Genel kabul gördüğü üzere, İslam hukuku iki ana daldan meydana gelmektedir. Birincisi kişinin bütün davranışlarını ilahi emir ve yasaklar çerçevesinde detaylı bir şekilde ele alan ve meseleleri pratik olarak inceleyip hukuki hüküm ve müeyyidelere bağlayan daldır ki; buna *fıkıh* denilmiştir. Fıkıh ile ilgili yazılan eserler, soyut normlardan çok, pratikteki meseleleri ve bu meselelerin çözümlerine ilişkin hükümleri kapsamaktadır. İslam hukukunun ikinci dalı ise; söz konusu fıkhi hükümlerin elde edilmesine ilişkin yöntemleri, hukuki yorumun metotlarını ve pratik meseleler ile ana kaynaklar arasındaki hukuki münasebeti belirtmektedir, İslam hukuk terminolojisinde bu dala *Fıkıh Usulü (Usul—Ul Fıkıh)* denilmiştir. Bunlar iki ayrı dal sayılmakla beraber fonksiyon itibariyle öylesine girift bir hal almışlardır ki, ayrı ayrı mütalaa edilemezler. Doktrinde fıkıh kazuistik kanunlara, fıkıh usulü de hukuk metodolojisine benzetilmektedir².

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle fıkıhın ne anlam ifade ettiğine, özelliklerine, sınıflandırılmasına ve kaynaklarına değineceğiz. Daha sonra fıkıh usulü hakkında bilgi vermeye çalışacağız. Bunu yaparken insan haklarına ilişkin tahlil yapma çabasında bulunmayacağız -zira bu değerlendirme ayrı başlık altında yapılmıştır- burada sadece sistemin genel mantalitesine değinmeye çalışacağız.

2. Fıkıh

a. Tanımı

İslamiyet'in yalnız bir din olmadığı, aynı zamanda bir hukuk sistemi olduğuna yukarıda değinmiştik. İslam hukukunu ifade eden kelimeler arasında *fıkıh*, *şeriat* ve *şer'* kelimeleri bulunmaktadır. *Şeriat*, *teşri'*in köküdür ve sözlük anlamı itibariyle, açık, doğru, geniş ve düz yol, cadde, metot ve yöntem anlamında kullanılır³. İslam hukuku anlamında ise, Allah'ın, peygamberleri vasıtasıyla kullarının mutluluğu için vazettiği

² Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk'unda Gerçek Kişilerin Ehliyeti, yayımlanmamış doktora tezi, s. 1.

³ Doğan, Mehmet, age, şeriat kelimesi; Şafak, Ali, Hukuk Terimleri Sözlüğü, şeriat kelimesi.

hükümler şeklinde açıklanmaktadır. Fakat buradaki hükümler inançla ilgili olabilir (itikadi hükümler); insanların birbirleriyle veya Allah ile aralarındaki ilişkilerle de ilgili olabilir (ameli hükümler) hatta sadece ahlakı ilgilendiren hükümler de olabilir. *Şer'* kelimesi de şeriatın eş anlamlısıdır. Netice olarak şeriat; “insanlar tarafından ortaya çıkan iradi fiilleri, ilahi hükümlerle nizam ve kontrol altına alıp sınırlayan normların bütünüdür”⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

Fıkıh ise, İslamiyet'in hukuki hükümler kısmıdır. Fıkıh sözcüğünün Arap dilindeki anlamı bir şeyi gereği gibi iyice anlayıp bilmek, kavramak, bir hususu derinlemesine idrak etmek, bir şeyi layıkıyla bilmek ve bir şeyin künhüne vakıf olmaktır⁵. Fıkıhın bu anlamı İslam hukukunun ana kaynağı olan Kitap ve hadislerde de yerini almıştır: "Onların kalpleri var, fakat onunla anlamazlar (fıkıh etmezler)"⁶ şeklindeki ayet ve “Allah kime hayır dilerse ona, dinde ince anlayış (fıkıh) verir.”⁷ mealindeki hadis örnek olarak söylenebilir. Terim anlamına gelince, fıkıh için verilen şu tanım hukukçuların çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir, “*fıkıh, delillerden elde edilmiş pratik şer'i (dini) hükümleri bilmektir*”⁸. Hanefi ekolünün kurucusu Ebu Hanife ise, “fıkıh insanın leh ve aleyhindeki hükümlerini, yani haklarını ve vazifelerini bilmesidir”⁹ gibi bir tanım yaparak fıkıhın başka bir cephesini yansıtmıştır. Mecelle de “Mesâil-i Şer'iyeye-i Ameliyye'yi bilmektir”¹⁰ hükmüne yer vererek, Ebu Hanife'nin tanımını benimsemiştir¹¹. Her iki tanıma da bakıldığında fıkıhın kapsamına itikadi ve ahlaki meseleler yanında dine ilişkin daha bir çok konular girer. Nitekim, ilk zamanlarda bu anlayış hakim olmuş ve bütün dini konular fıkıh adı altında incelenmiştir. Ancak, daha sonra bu anlayış terk edilmiş ve söz konusu terim, yalnız hukuki nitelik taşıyan konuları ifade etmek için kullanılmıştır. Dolayısıyla

⁴ Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, C: 1, Giriş ve Kamu Hukuku, İstanbul Eylül 1995, s. 113.

⁵ www.tdk.gov.tr e.t.: 18/03/2005; Doğan, Mehmet, age, “fıkıh” maddesi; Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk'unda Gerçek, s. 1.

⁶ El Araf Suresi, 179.

⁷ Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk'unda Gerçek, s. 1.

⁸ İbid, s. 1.

⁹ Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-i İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul 1967, C: 1, s. 14 (Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk'unda Gerçek, s. 1'den naklen); Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 113; Keskiöğlu, Osman, Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, Ankara 2003, s. 16.

¹⁰ Metni şu şekilde sadeleştirebiliriz: “Belli maksat, belli şekil ve şartlarda yapılan şeri meseleleri bilmektir.”

¹¹ bk. Mecelle'nin ilgili maddesi

İslam hukukunu “fıkıh” tabiriyle ifade edilmesinde bir sakınca yoktur¹². Fıkıh konusunda yeterli bilgi ile donanmış kişiye yani fıkıh bilginine "*Fakih*" denilir ki; bugünkü hukukçu karşılığıdır. Fakih sayılabilmek için kişinin şer'i hükümlere ilişkin delilleri yani fıkıh usulünü derinlemesine bilmesi ve aynı zamanda kaynaklar hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerekmektedir¹³.

b. Özellikleri

Umumi hukuk tarihi, hukuk sistemlerinin genellikle örf-adete, devlet başkanlarının emir ve fermanlarına, ilmi ve kazai içtihatlarla veya bir meclisin yasama faaliyetlerine dayandığını göstermektedir. İslam hukukunda söz konusu hukuk kaynaklarının belirli kurallar içerisinde yeri olmakla beraber bu hukukun kaynakları temelde daha farklıdır ve meydana geliş şekli de diğer hukuk sistemleri gibi olmamıştır. Fıkıhı diğer hukuk sistemlerinden farklı kılan temel özellik de kaynaklarının ve meydana geliş şeklinin bu farklılığıdır¹⁴.

Anılan farklılık sebebiyle, İslam hukukunun kaynakları hakkında yorum yapar iken; fıkıhın haiz olduğu temel niteliklerini nazar-ı dikkate almak gerekmektedir. Şimdi kısaca İslam hukukunun kendine mahsus özelliklerine değinelim:

aa) İslam hukukunun yasama organı, esasta Allah'ın iradesidir. Hukukun kaynakları arasında birinci sırayı Allah'ın sözü olan Kitap almaktadır. İslam hukukun diğer kaynakları (Sünnet, Kıyas ve İcma) da Allah'ın iradesine dayanmaktadır.

bb) Anılan hukuk sisteminde müeyyideler ikili şekilde teşekkül etmiştir. Yani, cezalar butlan, tek taraflı bağlamazlık, hapis gibi maddi müeyyidelerin yanında, bir de akıllara ve vicdanlara tesir eden manevi yaptırım söz konusudur¹⁵.

cc) Fıkıh, insanların birbirleri ile ve oluşturdukları topluluklar arasındaki ilişkileri düzenlemenin yanı sıra Allah ile insanlar arasındaki kulluk ilişkilerini de

¹² Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 57; Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 113.

¹³ İbn-i Kayyim, Muhammed Bin Ebu Bekr, İlam-ul Muvakkuyn, Mısır 1961, C: 2, s. 264, (Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk'unda Gerçek, s. 1 dp. 8'den naklen).

¹⁴ Aydın, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul Mayıs 1999, s. 31.

¹⁵ Osmanlı kanunnamelerinde karşılaşılan şu ifadeler durumu izah etmektedir: Cuma ezanı okunduktan sonra yapılan alım-satım akdi hukuken geçerlidir, ancak manevi sorumluluk açısından caiz değildir; (Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 114).

tanzim etmektedir. Günümüz hukuk sistemleri ise sadece fertler ve bu fertlerin oluşturduğu topluluklar arasındaki münasebetleri düzenlemektedir.

dd) İslam hukukunda bir takım hükümlerin insanlar tarafından değiştirilmesi yasaklanmıştır; bununla beraber sosyal ve ekonomik kurumlarla bunları düzenleyen hukuk normlarının değişmesi zorunluluğu da İslam hukukunun prensiplerinden sayılmıştır. Değişmeye uygun hükümleri ictihata bırakmış ve “zamanların değişmesiyle bazı hükümlerin değişeceği inkar olunmaz” prensibi konulmuştur. Bazı konularda ise ayrıntıya inilmemiş ve temel esaslar tespit edilerek gerisi zamanın yasama organına (ulul'emre) bırakılmıştır.

Kısacası, İslam hukuku kendine has bazı niteliklere sahip orijinal bir hukuk sistemidir¹⁶.

c. Sınıflandırılması

Fıkıh çeşitli yönlerden tasnife tabi tutulmuştur. Fıkıh kuralları, düzenledikleri ilişkiler bakımından iki kategoriye ayrılmaktadır:

Allah ile kişi arasındaki ilişkileri düzenleyen fıkıh kuralları: Bu kuralların amacı Allah'ın kişiden hoşnut kalmasını sağlamaktır. Tamamen dini nitelikte olan bu kurallar, emir veya yasak biçiminde ifade edildiğinden, nedenleri araştırılmaksızın zorunlu bir itaati gerektirirler. Bunlar zaman ve şartların değişmesiyle hiç bir değişikliğe uğramayan statik hükümlerdir. Bu grubun en canlı örnekleri namaz, oruç, zekat, hac vb. gibi ibadetlerdir. Evlenme, boşanma, nesep ve mirasa ilişkin bir kısım düzenlemeler de kişiler arası ilişkiler olmakla beraber, sabit (değişmeyen) hükümleri içerdikleri için bu kategoride mütalaa edilmiştir. İslam hukuku, bu kategoriye giren kurallarla pozitif hukuktan ayrılmaktadır. Çünkü, pozitif hukukta, kişi ile Allah

¹⁶ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, C: 1, İstanbul 1974, s. 29 vd.

arasındaki ilişkiler gözetilmemekte ve kuralların değişmezliği prensibi istisnalar¹⁷ dışında kabul edilmemektedir¹⁸.

İnsanların diğer insanlar ile olan ilişkilerini düzenleyen fıkıh kuralları: Bunlar, fert ve toplumun dirlik ve düzenini sağlamaya yönelik hükümleridir. Söz konusu normların, neden ve amaçlarını anlamak güç değildir; insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemek. Diğer yandan, bu kuralların önemli bir kısmı prensip olarak zaman ve şartlara göre değişebilirler. Bunların çoğu ana kaynak olan Kitap ve Sünnet'te genel ve soyut olarak ifade edildiği için, içtihat veya devlet yetkililerinin takdiri ile değişebilmektedirler. İdari ve mali konulara ilişkin düzenlemeler bu kategoriye girerler. Ancak, bu kuralların kesin bir emirle ifade edilmiş olanları değişmeye konu olamazlar. Bu bakımdan, kesin emirlerle belirlenmiş had cezaları ve özel hukuk çerçevesine giren işlemlerle ilgili kurallar açık ve kesin olduklarından değiştirilemezler¹⁹. Bu kategoriye giren İslam hukuku alt dalları şunlardır²⁰: günümüzdeki medeni hukuk, eşya hukuku ve borçlar hukukuna tekabül eden muamelat; ceza hukukunu ifade eden ukubat; münâkehat ve müfârekat namı altında aile hukuku ve feraiz bölümünde miras hukuku.

Buraya kadar anlattıklarımızla beraber, fıkıh kurallarının dini nitelikte bir hukuk sistemi olduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Çünkü, yasama organı bütünüyle Allah'a aittir. İnsanların katkısı onun müsaade ettiği ölçüde olabilir. Bu nedenle, İslam hukukçuları fıkıh ilmini dini ilimler kategorisine almışlardır²¹.

d. Kaynakları

Hukukun kaynağı denilince, hukuk kaidelerinin nereden geldiği ve dayanağının ne olduğu kastedilmektedir. Bu manada kaynak kelimesini eski hukukumuzda “delil” kelimesi karşılamaktadır. Hukuki anlamda kaynağın bir diğer anlamı ise; hukuku

¹⁷ Bu istisnaya Anayasamızın 4'ncü maddesi örnek olarak verilebilir; buna göre Anayasanın 1'nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm, 2'nci maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen norm ve 3'ncü maddede yer alan hükümler değiştirilemez ve değiştirilmesi teklifi dahi edilemez.

¹⁸ Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk'unda Gerçek, s. 2; Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam, s. 29 vd; Keskiöglü, Osman, age, s. 19.

¹⁹ Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk'unda Gerçek, s. 3.

²⁰ Keskiöglü, Osman, age, s. 19-20; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 57-58.

²¹ Bilgin, Ahmet, İslam Hukukunda Gerçek, s. 3.

çıkaran yer, yani kanun koyucu anlamındadır. Bu manada İslam hukukunun kaynağı yukarıda da belirtildiği gibi Allah'ın iradesidir. Kitap, Sünnet ve benzeri kaynaklar, insanları Allah'ın iradesine (yani esas İslam hukuku kaynağına) götüren vasıtalar²². İnsan haklarına ilişkin düzenlemeleri araştırırken, ilahi hükümleri öğrenmeye vesile olan deliller yani birinci manadaki kaynaklar üzerinde yoğunlaşmak gerekmektedir.

Bir kısım kaynaklar, bütün İslam hukukçuları tarafından hukukun kaynağı olarak kabul edilmiştir ki; bunlara “edile-i şer’iye” denir²³. Bunlar asli kaynaklardır ve dört adettir: Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas. Bir hükmü öğrenmek isteyen kimse için, bu kaynaklar arasında Kitap ilk sırayı alır. Eğer karşılaşılan hukuki meselenin hükmünü burada bulamazsa, Sünnet’e bakmak gerekir. Mesele ile ilgili Sünnet hükmü de bulunmazsa, icma incelenmelidir. İcmada yoksa kıyasa başvurulur. Bir de bütün İslam hukukçuları tarafından kabul edilmeyen ve hukukun kaynağı olduğu tartışmalı olan kaynaklar vardır ki; bunlara “tali kaynaklar” denilmektedir²⁴.

Biz, İslam hukukçularının tamamının üzerinde ittifak ettikleri kaynakların üzerinde duracağız.

aa.Kitap

İslam hukukunun ilk ve en önemli kaynağıdır. İslam hukukçularının ilk başta başvurdukları kaynaktır. Kitap fıkıh usulcülere tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: “Kitap ya da Kur’ân, Yüce Allah’ın Haz. Muhammed’e (s.a.) Arapça olarak indirilmiş, bize kadar tevâtür yoluyla nakledilmiş, mushaflarda yazılı, Fâtiha Sûresi ile başlayıp Nâs Sûresi ile sona ermiş kelâmıdır”²⁵. Kitabın özellikleri şunlardır: Arap dilinde indirilmiş olması; gerek manasının gerekse Arapça olan lafızlarının Allah

²² Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 153.

²³ İbid, s. 153.

²⁴ Bir kısım yazarlar, tali kaynakların tartışmalı olmasının sebebini, bunların hukukun kaynağı olduğunun tamamen inkar edilmesi anlamına gelmediğini, belki bu kaynakların ilk dört kaynaktan birinin kapsamına girdiğini ve müstakil kaynak olarak gösterilmesine gerek bulunmadığını ileri sürmüşlerdir; Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 153. Bu görüşü paylaşmayan diğer yazarlar ise; hukuki meselelerin çözümünde tali kaynakların kullanılmasında müellifler arasında farklı görüşe sahip olanların olduğunu ve kesin olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır fikrine sahiptirler; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 58.

²⁵ Şa’bân, Zekiyyüddîn, İslam Hukuku İlminin Esasları (Usûlü’l Fıkh) (Notlar ekleyerek tercüme eden Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara 2000, s. 51; benzer tanım için bk. Keskiöglü, Osman, age, s. 25.

tarafından indirilmiş olması; tevâtür²⁶ yoluyla nakledilmiş olması ve içeriğinde hem bu dünya hem de ölüm sonrası hayat hakkında düzenlemeler mevcut olması.

Şurası muhakkaktır ki; bir konuda Kitap'ta ilgili hüküm varsa, uygulanacak hukuk normu odur. Allah, Kitabı her türlü hukuki problemin çözümünde kullanılacak ana kaynak kılmıştır. Nitekim Kitaptaki şu sözler bu hususa değinmektedir: “*Sana bu Kitab'ı her şey için bir açıklama, bir hidayet rehberi, bir rahmet kaynağı ve Müslümanlar için bir müjde olarak indirdik*”²⁷, “*Kitapda hiçbir şeyi ihmal etmedik*”²⁸ Kitap'ta birbirinden bağımsız bölümlere sure, sureleri oluşturan cümle ya da cümleciklere de ayet ismi verilmiştir. Toplam 114 sure ve 6666 ayetten oluşan Kitabın tam anlamıyla sistematik bir hukuk kitabı olduğunu söyleyemeyiz.

Belirtmek gerekir ki; Kitapta yer alan hukuki düzenlemeye ait ayetler, diğer sahalara ait hükümlerden azdır. Bir başka ifade ile: Kitabın hemen hemen %95'i itikad, ibadetler, ahlaki vazifeler, ibretli kıssa ve öğüt ... gibi hususları ihtiva ederken; ancak %5'i hukuki ve siyasi düzenlemeye taalluk eder. Bunlardan sadece siyasete taalluk edenler ise, bütün Kitap'ın %1'i kadardır denilebilir²⁹.

Hukuki düzenlemelerle ilgili ayetleri şöyle tasnif edebiliriz³⁰: Aile hukukuna ait 70 Ayet; Medeni hukuka ait 70 Ayet; Ceza hukukuna ait 30; Muhakeme usulüne ait yaklaşık 13 Ayet; Anayasa hukukuna ait yaklaşık 10 Ayet; Devletler hukukuna ait yaklaşık 25 Ayet; İktisadi ve mali hükümlere ait ise, yaklaşık 10 kadar ayet bulunmaktadır³¹. Günümüz hukuk sisteminde, insan hakları anayasa hukukunun konusu olarak algılanmakta; hatta anayasaların ortaya çıkmasına vesile olduğu ileri sürülmektedir. İslam hukukunda ise; anayasa hukukuna ait yukarıda belirtilen 10 Ayetten hepsi insan hakları ile ilgili değildir; anılan hükümler devlet idaresine ve devlet adamlarının vazifelerine de değinmektedir. Aynı zamanda diğer hukuk branşlarına ait görünen Ayetlerden de, insan haklarını ilgilendiren hükümler

²⁶ Tevâtür, normalde yalan üzerine birleşmesi alken mümkün olmayan bir topluluğun aynı özellikteki bir topluluktan yaptığı rivayettir.

²⁷ En-Nahl, 16/89.

²⁸ En'am, 38.

²⁹ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 2001, s. 23.

³⁰ Hemen ifade edelim ki; Fakihler arasında bu konuda mutabakat sağlanamamıştır; farklı görüş ve rakamlar için bk. Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 59-60; Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 154; Keskiöglü, Osman, age, s. 25.

³¹ Hallaf, Abdülvahhab, İslam Hukuk Felsefesi, (Tercüme eden: Hüseyin Atay), Ankara 1973, s. 31-32.

çıkarılabilir. Bu da demektir ki; Ayet ve hadisler devrin ihtiyaç ve şartlarına cevap verebilecek uygun yoruma müsait kaynaklardır³².

bb. Sünnet

Sünnet, lügatta “yol ve gidiş” demektir³³. Bazılarına göre, sünnet, beyan etmek manasında “Sünne”den alınmıştır ve Sünnet, Kitabı beyan ettiği için bu şekilde adlandırılmıştır. Usul-u Fıkıh alimlerine göre ise; “Hz. Peygamber’den nakledilen söz, fiil ve takrirlerdir”³⁴. Fıkıh kaynağı olarak Sünnet bir yandan Kitabın yorumlanmaya (beyâna) muhtaç bulunan hükümlerini açıklarken diğer yandan boşlukları doldurmakta; yani müstakil olarak -Kitapta bulunmayan- hükümler koymaktadır³⁵. Dolayısıyla sünnet Kitaptan sonraki en önemli kaynaktır.

Sünnetin kesin sayısı belli olmadığından, hukuki düzenlemelerle ilgili sünnet sayısını söylemek de mümkün değildir. Ancak, yukarıda belirttiğimiz Kitap ile ilgili tasnif ve tespit nispetleri, sünnet için de caridir, denilebilir. Dolayısıyla ancak, %1 nispetinde siyaset ve %5 nispetinde de hukuki düzenlemelere ilişkin sünnet vardır denilebilir. Bu genel teşhis, Kütüb-ü Sitte’nin fihristleri ve bablarının genel olarak gözden geçirilmesinden de anlaşılabilir³⁶.

cc. İcma

Sözlük anlamı bir şeyde ittifak etmek, azmetmek, toplama, dağınık unsurları bir araya getirme demek olan³⁷ icma’nın terim olarak manası şöyledir: aynı asırda yaşayan müçtehid ve Müslüman hukukçuların, herhangi bir şer’i hüküm üzerinde ittifak etmeleridir³⁸. Usul ilminin bir terimi olarak icma, “Muhammed (s.a.) ümmetinden olan müçtehidlerin, Hz. Peygamber’in vefatından sonraki herhangi bir devirde, şer’i bir hüküm hakkında ittifak etmeleridir”³⁹ şeklinde tanımlanmıştır.

³² Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 24.

³³ Doğan, Mehmet, age, “sünnet” kelimesi.

³⁴ Şa’bân, Zekiyyüddîn, age, s. 71.

³⁵ Karaman, Hayrettin, İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 1999; (<http://www.hayrettinkaraman.net/> e.t.: 25/03/2005).

³⁶ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 24.

³⁷ www.tdk.org.tr (e.t.: 25/03/2005); Doğan, Mehmet, age, “icma” kelimesi.

³⁸ CİN, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 157; Keskiöglü, Osman, age, s. 40.

³⁹ Şa’bân, Zekiyyüddîn, age, s. 105.

İcmâ'nın bağlayıcı bir delil olması, ümmetin dinî konularda yanlış üzerinde ittifak etmeyeceklerini haber veren hadîslere ve "mü'minlerin yolundan ayrılmayı kınayan" âyete⁴⁰ dayanmaktadır⁴¹.

Tariften de anlaşılacağı üzere, icma'nın bir hukuk kaynağı olabilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Bunları, icma'a katılanların içtihad yapabilen İslam hukukçusu ve Müslüman olmaları; o devirdeki bütün İslam hukukçularının ittifak etmeleri; icmanın İslam Peygamber'inin vefatından sonraya rastlaması ve icmanın konusunu şeri bir meselenin teşkil etmesi şeklinde özetleyebiliriz⁴².

İcma, Kitap ve Sünnetten sonra gelen İslam hukukunun asli kaynağıdır.

dd. Kıyas

İslam hukukunun dördüncü asli kaynağı olan kıyas Kitap ve Sünnette hakkında hüküm bulunan bir meselenin hükmünü aralarındaki ortak gerekçeden (illet) veya benzerlikten dolayı hakkında Kitap ve Sünnette hüküm bulunmayan meseleye uygulama şeklinde tarif edilmiştir⁴³. Tariften anlaşılacağı üzere, kıyas etmek için dört unsur gerekmektedir:

- hakkında açık ve kesin Kitap veya Sünnet hükmü bulunan mesele.
- hakkında Kitap veya Sünnet hüküm bulunmayan hukuki mesele.
- mevcut olan Kitap veya Sünnet normu.
- iki hukuki mesele arasındaki ortak illet.

⁴⁰ Nisâ, 4/115.

⁴¹ Karaman, Hayrettin, İslam Hukuk Tarihi, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/tarih/0065.htm> e.t.: 25/3/2005

⁴² CİN, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 157.

⁴³ İbid, s. 158; Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 62; Keskiöglü, Osman, age, s. 39.

3. Fıkıh Usulü (Usul-U Fıkıh)

a. Tanımı

Fıkıh sözcüğünün lügat ve terim anlamlarını yukarıda izah etmiştik⁴⁴. Usul sözcüğü ise asl'in çoğulu olup temel ve esas demektir⁴⁵. Bir isim tamlaması olan usul-u fıkıh ise, etimolojik olarak fikhın esasları (ana kuralları) anlamındadır. İslam Hukuku terminolojisinde fıkıh usulü şu şekilde tanımlanmıştır: “Müctehidin şer’î-amelî hükümleri tafsîlî delillerinden çıkarabilmesine yarayan kurallar bütününe usûlü’l-fikh denir.”⁴⁶ Başka bir deyimle, fıkıh usulü, fıkıh hükümlerini delillerden (Kitap ve Sünnetten) çıkarma yolunu gösteren ve araştırma yöntemlerini belirleyen kurallardır.

Günümüzde hukuk metodolojisi diye anılan bu kurallar sayesinde, fıkıh bilgini, Kitap, Sünnet ve icmadan hüküm elde ederken yanılma ihtimalini azaltmış olacaktır. Bir örnek olarak fikhın birinci kaynağı Kitap’ı ele alalım: Kitapta hükümlerle ilgili teşrii(yasamaya ilişkin) ayetler değişik ifadelerle yer almıştır. Emir kipi ile olanın yanında nehiy(yasaklama) şeklinde bildirileni de vardır. Yine, bazı hükümlerin, genellik ve açıklık ifade etmesine karşılık, bazısında da özel bir durum ve kapalılık göze çarpar. İşte böylesi girift bir durumun tahlili Usul-u fikhın belirlediği metodlar aracılığıyla yapılabilmektedir. Mesela, emir kipinin vacip statüsünü ve nehiy kipinin de kesin yasak hükmünü fıkıh usulünden öğrendiğimiz için "Namazı kılınız."⁴⁷ ayetindeki ifadeden namazın vacip (farz) olduğunu ve "Ey iman edenler faiz yemeyin."⁴⁸ ayetindeki nehiy siygasından da faizin kesin olarak yasaklanmış olduğunu anlıyoruz⁴⁹.

⁴⁴ bk. A, 2, a.

⁴⁵ Doğan, Mehmet, age, “usul” kelimesi.

⁴⁶ Şa’bân, Zekiyyüddîn, age, s. 28.

⁴⁷ Nur Suresi, ayet, 56.

⁴⁸ Al’i İmran, ayet, 130.

⁴⁹ Bilgin, Ahmet, İslam Hukukunda Gerçek, s. 13.

b. Amacı

Fıkıh usulü iki gayeye hizmet etmektedir.⁵⁰

1. İctihat şartlarını taşıyanlar, öncekilerin yaptığı gibi icthah edip günün şartlarına göre karşılaşılan hukuki olaylara hüküm bağlayabilecektir. Sırf bu amaç dahi, İslam hukukunun mekan ve zamandan münezze bir hukuk olduğunu açıklamak için yeterli görülmüştür. Binaenaleyh bu hukuk her mekanda ve her zaman uygulanabilecektir.

2. İctihat şartlarını taşımayanlar ise, müctehidlerin hükümlere varırken dayandıkları delilleri ve o delillerden bu hükümlere nasıl ulaştıklarını öğrenerek, onlardan nakledilen hükümleri gönül huzuru içinde kabullenmiş olacaktırlar. Bu ise müctehidlerin ortaya koydukları İslam hukuku hükümlerini meşrulaştıracaktır.

Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, fıkıh usulünün konusu, pratikte uygulanacak fikhi hükümleri ana kaynaklardan elde etme yöntemleridir. Şu halde, bu bir nevi ilmi inceleme ve ihtisaslaşma işi olduğundan, tamamıyla ilim adamlarını ve hukuk uzmanlarını ilgilendirmektedir. Çünkü, bu ilim kolu sayesinde müctehit, tek tek meselelerle uğraşmaktan çok, İslam hukuk mantığını ve olaylara genel olarak bakış açısını belirler. Nitekim, fıkıh usulünün belirlemiş olduğu esaslar, İslam hukukuna bir özgünlük kazandırdığı gibi yüzyıllarca tatbik edilebilmesini sağlayan bir esneklik de vermiştir. İslam hukuk kaynaklarının delillerini (Kitap, Sünnet ve İcma), yorumlama şekillerini, kıyas ve icthadın ilkelerini, mezhepler arasındaki ihtilafların nedenlerini, İslam hukukunun esnek ve rijid (bükülmez) normlarını ve daha bir çok genel ve soyut kuralları fıkıh usulünün koyduğu esaslar yardımıyla öğreniyoruz⁵¹.

c. Fıkıh İle Arasındaki Fark

Fıkıh usulü pratikte uygulanacak olan hükümlere ulaşmanın metodlarını ve hüküm çıkarmanın yollarını açıklarken, fikhin görevi usul ilminin çizdiği metodlar ışığında ve tesbit ettiği kuralları uygulayarak hükümlere ulaşmaktır.

⁵⁰ Şa'bân, Zekiyyüddîn, age, s. 27.

⁵¹ Bilgin, Ahmet, İslam Hukukunda Gerçek, s. 13.

Fıkıhın esas gayesi kişilerin fiil ve sözlerine uygulanacak şer'i hükümleri belirlemek olduğuna göre, kadı (hakim) hükmünü verirken ve Müftü fetvasını söylerken fıkıh kurallarına başvurmak durumundadır. Hatta, şer'i hükümleri öğrenmek için her mükellef kişinin müracaat edeceği yer fıkıh usûlü değil, fıkıh kaideleridir. Yani, bir yerde fıkıh kaideleri günümüzdeki kanun metinlerine benzerler. Çünkü, pratikteki meselelerin çözümü bunlar vasıtasıyla olur⁵².

Öte yandan, fıkıh usulünün özellikle müctehidlere ve hukuk uzmanlarına yol gösterme niteliği taşıdığını ileri sürerek içtihadı başvurulmadığı günümüzde, bu ilim dalının pek önem taşımadığını iddia etmek fevkalade yanlıştır. Çünkü, kıyamete dek içtihat kapısının açık olduğu görüşü İslam hukukçularınca benimsenmektedir. Mezhep imamları dahi, kendilerinin bile körü körüne taklit edilmemeleri gerektiğini her fırsatta açıklamışlardır. Kaldı ki, ehil olmayan kimselerin içtihat yapacağı endişesiyle içtihat kapısının kapanması gerektiğini savunmak da bir nevi içtihattır. Şu halde, şartların gerçekleşmesi kaydıyla içtihat ameliyesi devam edeceğinden, fıkıh usulünün önemi de aynı şekilde devam edecektir⁵³.

4. İslam Hukukunun İnsan Hakları Açısından Tetkiki

Çalışmamızın bu kısmına kadarki bölümünde nevi şahsına münhasır olan İslam hukuku hakkında genel bilgi vermeye çalıştık. Günümüzde karşılaşılan hukuki meselelere İslam hukukunun nasıl çözüm ürettiğini ve bu meseleleri İslam hukuku açısından nasıl ve neye göre çözeceğimizi bu şekilde tespit etmiş oluyoruz. Günümüz hukukçuları arasında İslam'da insan hakları ya da insan haklarının İslami bir kurumsal temellendirmesinin yapıp yapılmayacağı, İslam inanç ve öğretisinin böyle bir temellendirme için gerekli zemine sahip olup olmadığı hususunda birbirine zıt görüşler vardır.

Bu konuda ileri sürülen görüşler birbiriyle o derece çelişir durumdadır ki; bazı yazarlar İslam'da insan haklarından söz etmenin mümkün olmadığını iddia ederken, bazıları tam aksine tutarlı bir insan hakları teorisinin ancak İslam inancı çerçevesinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Bir takım yazarlar ise İslam'ın, geldiği döneme

⁵² Bilgin, Ahmet, İslam Hukukunda Gerçek, s. 13; Şa'bân, Zekiyyüddîn, age, s. 31.

⁵³ Bilgin, Ahmet, İslam Hukukunda Gerçek, s. 14.

nazaran epey ehemmiyetli sayılabilecek yenilikler ve korumalar getirmesine karşılık bugünkü anlayış karşısında çok geride kaldığını iddia ederken, diğer bazı yazarlar da bugünkü insan hakları listelerinde yer alan bütün hakların en mükemmel şekliyle İslam hukuk ve uygulamasında daha da geniş biçimde yer aldığını iddia etmektedir.

Bu farklı fikirleri, “İslam hukukunun insan haklarına yer vermediği görüşü” ve “İslam hukukunda insan haklarının yer aldığı görüşü” başlıkları altında iki kategoriye ayırarak incelemeyi uygun gördük.

a. İslam Hukukunun İnsan Haklarına Yer Vermediği Görüşü

Bu konuda kesin bir dille konuşmuş olan yazarlardan biri Münci Kapani'dir. Kapani, İslam'ın toplum ve insan hayatının hemen her yönünü kapsayan katı ve ayrıntılı düzenlemeler (şeriat) getirmesi bakımından “bütüncü”- bugünkü deyimiyile *totaliter*- bir din olduğunu ve diğer inanç sistemlerinin çok ötesinde bir dünya nizamı kurma iddiasında olduğunu belirtmektedir⁵⁴. Yazar, “insan hakları” teriminin İslam kaynaklarında rastlamanın mümkün olmadığını vurguladıktan sonra; anılan hukuk sisteminde insana, sırf insan olarak bir değere sahip olduğu için, kendi varlığına ve yaradılışına bağlı bir takım hakların tanınmasının söz konusu olmadığını zikretmektedir⁵⁵. Yazar İslam hukukunun, toplum içinde kişilere tanınan hakların, her türlü iktidarın kaynağı ve yeryüzü devletinin de gerçek sahibi ve hükümranı olan Tanrı tarafından bağışlanmış imtiyazlar olduğunu vurgulamıştır⁵⁶.

Anılan yazar, İslamiyet'in amacının insana hürriyet sağlamak olmadığını, aksine geçerlikte olan anarşik hürriyet anlayışını daraltmak ve insanların davranışlarını belirli sosyal kalıplara sokmak olduğunu yazdıktan sonra; o devirde en önde gelen sorunun ve başlıca kaygının, insanı kendi soydaşlarına karşı koruma; onu, diğer insanların kötülüklerinden, yağmalarından, zorbalıklarından kurtarmak olduğunu belirtmektedir. İşbu nedenle de devlete geniş ölçüde kudret ve otorite verildiğini zikretmektedir. Yazara göre, bu tarihsel ve sosyolojik nedenler yüzündendir ki İslam'da kişinin devlete karşı ileri sürebileceği, doğuştan sahip olduğu “tabii haklar” ya da kendi varlığına ve

⁵⁴ Kapani, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası, s. 120-121.

⁵⁵ İbid, s. 121.

⁵⁶ İbid, s. 121-122.

kişiliğine bağlı insan hakları fikirlerine rastlanamaz⁵⁷. Kapani, İslam'ın da bir takım haklara değindiğini, fakat bu hakları ihlalinin müeyyidesinin çok ağır olduğunu -idam, el ve ayak kesilmesi, kırbaç, sürgün cezaları- ve belirtilen haklar listesinin zaman ilerledikçe genişlemediğini, zira İslam hukuku kaynaklarının değiştirmeye kimsenin yetkisi olmadığını yazmıştır⁵⁸.

İslam hukukunun, zamanına göre bir reform niteliği taşıdığını kabul eden yazar, anılan hukuk sisteminde; din ve vicdan hürriyetinin olmadığını, zira dinden çıkan cezasının ölüm olduğunu; çeşitli suçlar için, elin kolun ve ayağın kesilmesi, kırbaçlama ve recm gibi cezaların öngörüldüğünü, bu durumun ise İHEB'nde yer alan "hiç kimsenin işkenceye ve zülmedici, insanlık dışı, haysiyet kırıcı cezalara ve işlemlere tabi tutulamayacağı" ilkesine uygun düşmediğini iddia etmektedir. Yazar aynı zamanda çok kadınla evlilik, iki kadının tanıklığının bir erkeğe denk gelmesi, miras taksiminde kadına bir pay düşerken erkeğe iki pay düşmesi, kocanın kadını dövebilmesi, kadının boşanma hakkının olmadığı hükümlerine değinerek, İslam hukukunun kadın-erkek eşitsizliğini örneklendirmiştir⁵⁹.

Bu görüş taraftarlarından bir diğeri de Jack Donnelly'dir. Donnelly, İslam'da insan haklarını irdelerken, İslam'da insan haklarını savunan yazarların görüşlerine ve delillerine değinmekte ve bu delillerin bir insan hakları temellendirmesine dayanak teşkil edemeyeceğini, esasen bunların insan tekinin sahip olduğu haklar olmayıp, sadece yöneticilerin ve kişilerin ödevleri olduğunu belirtmektedir. O'na göre hayatın korunması hakkının esası olarak ifade edilen Kitap ayetleri aslında öldürme yasağıyla ve hayatın dokunulmaz sayılmasıyla ilgili ilahi emirlerdir. Adalet hakkı denilen şey de yöneticilerin adaleti sağlama ödevinden ibarettir. Müslümanlar, sürekli olarak ve kesin bir biçimde, dindaşlarına saygı ve onurla muamele etmekle emredilmiştir. Ancak bu emirlerin dayanağı insan hakları değil, yalnızca ödevler yükleyen ilahi emirlerdir. İslam bu konuları tamamen terime yüklediği, özel anlamdaki hak, yani haklara tekabül etmeyen ödevler açısından ele almaktadır⁶⁰.

⁵⁷ İbid, s. 123.

⁵⁸ İbid, s. 123.

⁵⁹ İbid, s. 124-125.

⁶⁰ Donnelly, Jack, age, s. 59; aynı yönde görüş için bk. Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 166-167.

Donnelly, insan hakları ile insan onurunun farklı olduğunu belirterek İslam'da insan onuru alanında esas olanın haklardan çok ödevler olduğunu, var olan hakların da kişinin insan olmasının değil, statüsünün veya eylemlerinin sonucu olduğunu ileri sürmüştür⁶¹.

Nevin Ünal-Özkorkut ise yüksek lisans tezinde; İslam hukukunda, hürriyetin “ne kendine ne de başkasına zarar vermemek şartıyla meşru dairede istediğini yapmaktır. İslami hürriyet, iki esası emreder; biri tahakküm ve istibdat ile başkasını zillet altında bırakmamak, diğeri zalimlere boyun eğmemektir.”⁶² tanımından yola çıkarak, İslamiyet ile bugünkü hürriyet anlayışının bağdaşmayacağını ileri sürmüştür. Müellif gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir: “Çünkü, her şeyden evvel, özgürlüğün bu kadar kesin çizgilerle tanımı yapılamaz ve kavram, belli şekli kalıplar dahilinde ele alınamaz. Çünkü, durağan değildir, her yeni koşula göre yeniden biçimlenir. Tanrı'nın kulları için Peygamber vasıtasıyla bildirilmiş dünya ve ahiretle ilgili kuralların tamamı olan dinî bir inanç sistemi olmasının yanı sıra, iyiliği ve kötülüğü, ödülü ve cezayı göstermiş olduğundan toplum ve ahlâk düzenini de içeren Şeriat kuralları ise sabittir (...) Eleştiriye tepkisi serttir ki, bu noktada da özgürlükle zıtlaşır. Çünkü özgürlük kendine aykırı gelen şeyleri eleştirebilmektir.”⁶³

Yazar, demokrasinin ana unsuru olan “yönetime katılım”ın bu bağlamda seçme ve seçilme hakkının İslam kamu hukuku teorisinde mevcut olmadığını; halkın, yöneticiyi adil davranmadığı zaman onu uyarma yetkisi de pratik olarak bulunmadığını zikretmektedir⁶⁴.

Mezkur müellif, İslam hukukunda, insanlar arasında eşitliğin istisnaları olduğunu belirtmiştir. İslam hukukunun ortaya çıktığı zaman nazara alınırsa kadınlar için reform düzeyinde⁶⁵ yenilikler getirildiğini, fakat Nisa Süresinin 34 ayetinde yer

⁶¹ İbid, s. 60; ayrıca bk. Erdoğan, Mustafa, Anayasal, s. 166-167.

⁶² Akgündüz, Ahmed, İslamda İnsan Hakları, s. 17.

⁶³ Özkorkut - Ünal, Nevin, Osmanlı Siyasi Belgelerinin Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Getirdiği Yenilikler, AÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1994, s. 9.

⁶⁴ İbid, s. 10.

⁶⁵ İslamiyet'in VII. yy.'a kadar insanlığın görmediği şekilde eşitlik getirdiği bu durumun reform olarak adlandırılabilceğine ilişkin ayrıca bk. Mumcu, Ahmet, “Türkiye’de İnsan Haklarının Dünü ve Bugünü”, Türkiye Bilimler Akademisi, Boğaziçi Üniversitesi “İnsan Haklarının Gelişimi Sempozyumu” 13 Aralık 1997, s. 113.

alan “Allah’ın kimini kimine üstün kılmasından ötürü ve erkeklerin mallarından sarf etmelerinden dolayı, erkekler kadınlar üzerinde hakimdirler. İyi kadınlar, gönülden boyun eğenler ve Allah’ın korunmasını emrettiğini, kocasının bulunmadığı zaman da koruyanlardır...” hükmüne binaen kadın erkek eşitliğinin bulunmadığını ifade etmiştir⁶⁶. Yazar devamla, İslamiyet’in, miras konusunda da İslamiyet öncesi Arap toplumlarındakinin aksine kadın lehine değişiklikler yaptığını ve kadını mirasta pay sahibi durumuna getirdiğini ifade etmiş. Ancak önce kadına evde oturup çocuk doğurmak ve büyütmek (velayet hakkı babada olmasına rağmen) görevi yükleyip, onu ekonomik açıdan kocaya bağımlı kılmak, sonra da ekonomik yükün kocada olduğu gerekçesiyle böyle bir paylaşımaya gitmek doğru olmadığı şeklinde eleştiride bulunmuştur⁶⁷.

İslam hukukuna insan hakları açısından yapılan eleştirilerden biri de; köleliğin kaldırılmamış olmasıdır. Ebedi bir hukuk kaynağı olan Kitaptaki kölelik ile ilgili hükümlerin eşitlik konusunda ciddi engeller taşıyacağı ileri sürülmektedir⁶⁸.

b. İslam Hukukunda İnsan Haklarının Yer aldığı Görüşü

İslami düşünceye haiz yazarlar, insan haklarının İslam literatüründe ilk defa⁶⁹ 1965 yılında girdiğini belirtmişlerdir: Özellikle 1990’dan sonra İslami yazarlar tarafından çokça işlenmeye başlayan insan hakları müessesinin aynı zamanda islami sivil toplum örgütleri tarafından desteklenmiş olduğu ileri sürülmektedir. Azam Temimi bunun gerekçesini, batılı düşüncenin insan hakları kılıfı altında, İslam alemini değiştirme -batılılaşma- çabasında aramaktadır. Zira özellikle 1990’dan sonra gerçekleşen Körfez Savaşı, Cezayir’deki darbe ve Bosna trajedisi, mezkur yerlerde insan haklarının olmadığı ve bu yerlere anılan hakların tesis edileceği gayesiyle Batılılar tarafından gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla islami düşüncedeki bir takım müellifler şu kanaate varmışlardır: İnsan hakları alanını göz ardı edilmemeli, temelde İslam

⁶⁶ Özkorkut – Ünal, Nevin, agt, s. 64.

⁶⁷ İbid, s. 70.

⁶⁸ Kabakçıoğlu, Metin, Osmanlı İmparatorluğu’nun Son Döneminde İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Normatif Gelişimi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale 2000, s. 92.

⁶⁹ İnsan hakları konusunda İslamcı düşünceyi temsil eden ilk kitap, Mısırlı Ali Abdülvahid Vafi’ydi; Temimi, Azam, “İslam’ın İnsan Haklarına Bakışı ve Çağdaş Yorumlar” tebliğ metni, Diyarbakır Eylül 1997, s. 261.

düşmanlığı çekirdeği taşıyan Batılıların bu hakların savunuşunu kendi tekellerine almaları engellenmelidir.⁽⁷⁰⁾

Engin İslam hukuku bilgisine sahip olan Hatemi, Kapani'nin de belirttiği “insan hakkı” ve “hukuk devleti” terimlerinin, Onsekizinci yüzyılın sonlarında ve Ondokuzuncu yüzyılın başlarında Batı düşünce çerçevesinde ortaya çıktığını doğrulamıştır. Ancak ortaya çıkanın “kavram” değil “terim” olduğunun üzerinde durmuştur⁷¹. Hatta, “insan hakkı” terimini doğrudan doğruya “ilahi vahy”e dayandırmıştır. O'na göre, insan hakları kuramı, ilk kelimesi ve son kelimesi Allah olan Fıtrat ve Hilkat kitabının içinde yer alır. Onun dışında yer almasına mantiken imkan yoktur. İnsan hakları da insan denilen varlığın manevi tekamül (olgunluk) sürecine başlarken zorunlu olarak sahip olması gereken araç ve gereçler demektir, yoksa bir bölümü askıda tutularak tekamül sürecinin belirli evrelerinde kendisine mükafat olarak verilecek değildir⁷².

Hatemi şu şekilde devam etmiştir: İnsan haklarının öznesi olan insan manevi olarak gelişmek, Allah'a kulluk etmek için yaratılmıştır. Yaratılışın bu gayeye ulaşabilmesi için insan, yaratılmışların en şerefliisi olarak yaratılmıştır. İnsanın diğer varlıklar arasında bu farklı konumunu ona sağlayan insanın bedeni veya bedeni harekete geçiren ruhu değil, manevi tekamüle ehil olmasını sağlayacak yetenekleri olması, ilahi sevgiden güç alarak Evvelden Ahire doğru tekamül edebilmesi, yani ahlaki sorumluluk taşıma yeteneğine sahip olmasıdır. Bu aynı zamanda ölümün insan için nihai bir son olmamasını da gerektirir. Aksi takdirde ölüm nihai bir son ise insana ahlaki sorumluluk yüklenmesinin ve ahlaki değerler gösterilmesinin hiçbir anlamı olmaz. Bütün gerçeklik ortada haz ve acı duyabilen bir beden makinesidir. Ölümle bozulacak dağılacak olan bu makinenin tek amacı olabilir; acıdan kaçınmak, hazların peşinden koşmak⁷³. Ahlaki sorumluluk yüklenebilen bireyin ne olduğunu da tartışan Hatemi burada Leibniz'in monade teriminden yararlanmakta, insanın manevi tekamül öznesi olmak üzere

⁷⁰ İbid, s. 261 vd.

⁷¹ Hatemi, Hüseyin, İslam'da İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı, Ankara 1996, s. 1.

⁷² Hatemi, Hüseyin, İnsan Hakları Öğretisi, İstanbul 1988, s. 70.

⁷³ İbid, s. 120.

yaratılan bireysel öze “monade” demektir. Burada Kitapta geçen ruhların yaratılışı ve sonra Allah’ın Rab oluşunu tasdik etmeleri olayına atıf yapılmaktadır⁷⁴.

Yazara göre, insanın nefis monade’nın özüne hiçbir insan istisna tutulmayarak ilahi sevgi cevheri konmuş ve bu cevheri geliştirme, bu sevgi gücünden yararlanarak manevi tekamül yoluna girme yeteneği verilmiştir. İnsanın seçme yeteneği vardır, dolayısıyla ahlaken sorumludur. Seçim yetkisi olmazsa ahlaki sorumluluk da olmaz. İslam’ın insana bakışı ahlaki sorumluluk ve seçim yeteneği sahibi, gönlünün özünde ilahi sevgi olan bir varlık şeklindedir. Seçme yeteneği dolayısıyla manevi tekamül yoluna girme ya da girmeme konusunda serbest bırakılmıştır. Her insan da insan haklarına sahiptir. Çünkü insan haklarına sahip olmaksızın seçim hakkının bir anlamı olmayacağı gibi ahlaki sorumluluk yüklemek de mümkün olmayacaktır. Bunlar Allah’ın rahmeti olarak herkese, insan türüne mensup her bireye istisnasız tanınmıştır⁷⁵.

Hatemi, İslam hukukunun bir takım hükümlerinin statik olmasının, insan hakları açısından olumlu bir düzenleme olduğunu şu şekilde dile getirmiştir: “Hak; Hukukça korunan menfaat demek olduğuna göre; insan hakkının gerçek bir korumaya kavuşmuş olması için, bu hakkı koruyan Temel Hukuk ilkelerinin değişmez olması gerekir. Aksi takdirde, insan hakkını talep eden bir şey, “artık temel ilkelerin, temel değerlerin gücünün koyduğu Pozitif Hukuk ilkeleri ile değiştiği; insan hakkının, talepte bulunan için korunmadığı veya hükümden düştüğü cevabı ile karşılaşılabilir. Şu halde “Şeriat”ın değişmezliği, birey için bir sakınca mıdır, yoksa güvence midir?”⁷⁶ Yazar devamla Batı’nın yüzyıllar sonra keşfettiği, Hukuk Devleti’nin temel güvencelerinden olan “hukuk’un üstünlüğü ilkesi”ni, Kitabın yedinci yüzyılda “Şeriat”e velayet-i emr’in bağımlılığı” tarzında ifade ettiğini yazmıştır⁷⁷.

İslam hukuku kaynaklarında ve fakihlerin dinden dönenlerin öldürülmesi gerektiğini ifade eden içtihatlarının, din ve vicdan hürriyeti ile çelişmediği, zira bu görüşün oluşmasında İslam tarihinin ilk dönemlerinde ortaya çıkan irtidad

⁷⁴ İbid, s. 123.

⁷⁵ İbid, s. 251.

⁷⁶ Hatemi, Hüseyin, İslam’da İnsan Hakkı, s. 5.

⁷⁷ İbid, s. 5.

hareketlerinin siyasi bir karakter taşıdığı ileri sürülmüştür⁷⁸. İslam hukukunun ikinci sırada yer alan ve esas kaynağı olan hadislerin söylenme sebebi ile ilgili buldukları ortam ve şartların tamamı bir bütünlük içinde ele alındığında; ölümüne hükmedilecek mürtedin şüpheleri sebebiyle dinden çıkmış kendi halindeki inkarcı değil; İslam toplumuna karşı savaş açan ve kamu düzenini bozanlar olduğu anlaşılmaktadır⁷⁹. Kısacası mürtedin ölümle cezalandırılması dinden döndüğü için değil, ölümü gerektiren suçları sebebiyle olmasından ötürü; din ve vicdan hürriyetini ihlal edecek herhangi bir düzenlemenin İslamiyet'te yer almadığı ileri sürülmektedir⁸⁰.

Akgündüz ise; İslam hukukunda insan hakları fikrinin, günümüz siyasi düşüncenin geçirdiği aşamaları geçirmediğinin, zira İslam hukukunun kabul ettiği hak ve hürriyetlerinin başlangıçtan beri mevcut olduğunun üzerinde durmuştur⁸¹. Aynı fikri Karaman şu şekilde dile getirmiştir: “Hz. Peygamber (s.a.v.) kanalıyla ilan edilen insan hak ve ödevleri, bunu isteyen ve bunun için savaştan fert ve gruplara yenilerek, mecbur kalınarak değil, insan buna layık olduğu için verilmiştir ve İngiltere’de olanların aksine, bu hakların verilmesine karşı çıkanlarla mücadele edilmiştir.”⁸²

İslam hukukunda hürriyet “ne kendisine ne de başkasına zarar vermemek şartıyla dilediğini yapmaktır” şeklinde tanımlanmıştır⁸³. Armağan, İslam hukukunun dini bir hukuk sistemi olduğu için; hürriyet kavramının da bu açıdan değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁸⁴. İslam hukukunda mutlak hürriyet vardır demek; yani

⁷⁸ Köse, Saffet, İslam Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti, İstanbul 2003, s. 101. İlk irtidad olayı hicri 8. yılda şöyle meydana gelmiştir: Haşim n. Subabe Müslüman olmuş ve İslam Peygamberi ile birlikte el-Müreyysi’ (Beni Mustalik) gazvesine katılmıştı. Ensardan birisi müşrik zannederek onu öldürmüştü. Haşim’in kardeşi Mikyes, İslam Peygamberi’ne gelerek kardeşinin diyetinin ödenmesini talep etmiş İslam Peygamberi katilin ailesinin diyeti ödemesine hükmetmiş ve Mikyes bu diyeti alarak Müslüman olmuştu. Fakat daha sonra kardeşinin katiline düşman olmuş ve onu öldürdükten sonra irtidad etmiş, kaçmış ve şu beyitleri okumuştur: “Boynundaki gizli damarların kanı elbisesine bulaşmış olduğu halde düz bir yere uzanmış olarak sabahlanması kalbime şifa verdi” “Ondan öcümü en acı şekilde aldım, kan diyetini de Fari’ kalesi sahipleri olan Beni’n-Neccar’ın ulularına ödettim.” Bunun üzerine İslam Peygamberi Mikyes’in nerde bulunursa öldürülmesini emretmiştir. İbid, s. 101.

⁷⁹ İbid, s. 103.

⁸⁰ İbid, s. 103.

⁸¹ Akgündüz, Ahmed, Eski Anayasa Hukukumuz, s. 22; Akgündüz, Ahmed, İslam ve Batı Hukukunda İnsan Haklarının Tarihi Gelişimi; www.osmanli.org.tr/doysaara.php?bolum=2&id=145 e.t.: 07/03/2005.

⁸² Karaman, Hayrettin, Laik Düzendeki Dini Yaşamak 3; İstanbul 2002; <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/laikduzen/3/0132.htm> e.t.: 07/03/2005.

⁸³ İbid, s. 24; Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 74; Boz, M. Naim, İslam Hukukunda Kişi Hak Ve Hürriyetleri, Uludağ Üniversitesi, SBE, Temel İslam Bilimleri Bölümü, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 1999, s. 20.

⁸⁴ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 74.

insanın her aklına geleni ve arzu ettiğini yapması hürriyet sayılmaz. Böyle bir davranış hürriyetin himayesinden istifade edemez; o halde hürriyet sınırlıdır ve sınırlandırılabilir. Yazara göre hürriyet islami hükümlerin sınırları içinde bir hürriyettir. Buarada Hürriyetin dinamik bir kavram olması sebebi ile İslam hukukunda hürriyet müessesesinin yer almadığı iddiasına şu şekilde cevap verilmiştir: Asolan hürriyettir, sınırlama istisnaidir. Çünkü İslam hukukunun temel bir kaidesi şudur: “*Eşyada aslonan ibahedir.*” Yani bir davranışın helal veya haram olup olmadığına, farklı bir söyleyişle, o davranışa müsaade edilip edilmediğinde tereddüt edilirse, verilecek ilk cevap, serbest olduğudur. Kısacası İslamiyet’te hakkında yasaklayıcı bir nass(hüküm) bulunmayan, açıkça yasaklayıcı tanzimi bir tasarrufa (ayet, hadis, kanun vb.) mevzu olmamış bir davranışın serbest olduğu ifade edilmektedir⁸⁵.

İslam hukukunda insan haklarının temellendirilemeyeceği konusunda verilen klasik delil “kölelik” kavramıdır. İslami düşünceye sahip yazarlar kölelik ile ilgili ilk olarak şu hususa işaret etmektedirler: Kitapta düşman ve esir de olsa hür bir insanın köleleştirilmesine ilişkin bir tane bile ayet yoktur⁸⁶. İslam hukuku bulunduğu dönemin gereklerine uyarak köleliği kökten kaldırma yoluna gitmemiş; ancak tedrici olarak kalkmasını sağlayacak bir dizi tedbirler öngörmüştür. O dönemin ekonomik durumu kölelerin iş gücüne dayandığından, köleliğin hemen kalkmasıyla bir ekonomik bunalımın ve sosyal huzursuzluğun doğma ihtimali uzak değildi. Diğer yandan, İslam düşmanlarının, ele geçirdikleri Müslümanları köle yapmaları karşı tarafı da böyle bir tedbiri almaya zorluyordu (mukabele-i bilmi-sil). Zaten, İslam hukukuna genel olarak baktığımız zaman, bünyesine uymayan İslam’dan önceki müesseseleri ya tamamıyla kaldırmış (evlat edinme gibi), ya da ıslah etmek suretiyle zararlarını minimum noktaya indirgemıştır. Kölelik kurumu bu ikinci kısma sokulabilir⁸⁷.

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN, İslam hukukunun, köleliğin kaynaklarını büyük ölçüde azaltarak ikiye indirdiğini belirtmektedir. Hatta, müellif köleliği doğuran iki nedenden köle olarak doğma şeklinin pratik değerinin olmadığını göz önünde

⁸⁵ İbid, s. 76.

⁸⁶ Karaman, Hayrettin, Laik Düzenle İslamı Yaşamak 2, İstanbul 2001; <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/laikduzen/2/0070.htm> (e.t.: 07/03/2005).

⁸⁷ Bilgin, Ahmet, İslam Hukuku’nda Gerçek, s. 34.

bulundurulursa, tek neden olarak savaş esirliği kaldığının söylenmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir⁸⁸. Yazar devamla, İslam hukukçularının, kölelik statüsünün gerekçesini, küfüre, yani İslam düşmanlığına verilen ceza biçiminde izah ettiklerini yazmıştır. Yoksa, insanın mal olarak telakki edilmesi İslam düşüncesiyle bağdaşmamaktadır. Aslında İslam hukukunda köle, tam anlamıyla mal sayılmamaktadır. Kölenin miras yolu ile intikali düşünülürse maldan farksız olduğu görülür; ancak hukuki bakımdan efendi, kölenin maliki değil, koruyucusu sayılır⁸⁹.

Yazar şu şekilde devam etmiştir: İslam hukukuna göre köle, efendisinin himayesinde sayıldığı için aile fertlerinden biri olarak addedilmektedir. Bundan ötürü efendi, kölesini ayırık tutamaz, haksızlık yapamaz ve hiç bir şekilde işkence edemez. Köleyi de ancak çocuklarını azarlayabildiği ve dövemediği durumlarda azarlar ya da döver. Yine efendinin, kölesinin giyimini, yemeğini, ibatesini ve diğer zaruri ihtiyaçlarını mutadın dışında ihmal etmeye hakkı yoktur. Böyle bir durumun ortaya çıkmasında mahkeme yolu açıktır, aynı şekilde köleye gücünün dışında bir iş yüklemek de yasaktır. Kısacası, insan olmak sıfatıyla köle, insanlık dışı hiç bir işleme maruz bırakılamaz⁹⁰.

Kölelik ile ilgili İslam hukukçuları netice olarak şunları ifade etmiştir: İslamiyet, köleliği ihdas ve tesis etmiş değildir. O devirde yaygın bir adet olan ve ekonominin bel kemiğini oluşturan bu müesseseyi bir anda kaldırmak mümkün değildi. Köleliği ortadan kaldırmak için, hukuki ve fiili yollar gösterilerek, anılan kavramın ortaya çıkış kaynağı kurutulmuştur⁹¹. Aynı şekilde kısa bir süre uygulanacak olan kölelik müessesesinde; bu kişilere kötü muamele yapılmasını engelleyecek hükümler ihdas edilmiştir.

İslam hukukçuları, bütün insanların istisnasız her konuda eşit seviyede olması ve aynı şartlara tabi olmaları demek olan mutlak eşitliğin, İslam'ın anladığı manada eşitlik olmadığını ileri sürerek, kadın ile erkeğin mutlak manada eşit olmadığını ifade etmektedirler⁹². Akgündüz, mutlak eşitliği savunmanın insan fitratını değiştirmek

⁸⁸ İbid, s. 35.

⁸⁹ İbid, s. 35.

⁹⁰ İbid, s. 37-38.

⁹¹ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 63.

⁹² Akgündüz, Ahmed, İslam ve Batı.

olduğunu ileri sürmektedir⁹³. Zira her iki varlık, gerek fiziksel gerekse manevi açıdan bir değildirler. Hatta verilen şu örneklerden İslamiyet'in kadına, erkeğe nazaran daha fazla önem verdiği ifade edilebilir: "Cennet annelerin ayağı altındadır" diyen İslam Peygamberinin sözü, İslamiyet'in ilk şehidinin kadın olması, ilk Müslüman'ın kadın olması, Kitapta Nisa(Kadınlar), Meryem adlı surelerin mevcut olması⁹⁴.

Kadının erkekle eşit olmadığı durumlar şunlar: Kadın, erkek kardeşi ile birlikte mirasçı olduğu zaman, erkek kardeşinin miras payının yarısını alır⁹⁵. Tanıklıkta, iki kadının tanıklığı, bir erkeğin tanıklığına denk sayılır⁹⁶. Ev reisi erkektir. Erkek şartlar gerçekleşirse birden fazla kadınla evlenebilir. Kadın yukarıda sayılan bir takım haklara sahip değildir. Bu durum onun bazı mükellefiyetlere tabi olmamasını sağlamıştır. Bu bağlamda İslam hukukçuları, kadın ile erkek arasında mutlak manada eşitliğin değil, adaletin yer aldığını zikretmektedir. Kadınların uymak zorunda olmadıkları sorumluluklara örnek olarak şunlar verilmiştir: Kadınlara cihat'ın farz kılınmaması; ceza hukukunda kadına erkeğe verilen cezanın yarısının verilmesi; kadının diyetinin, erkek için ödenin yarısı olması; kadının kendi rızası olmadan evlendirilememesi; kadınların özel hayatı yabancı erkeklere karşı korunduğu gibi kendi kocasına karşıda korunması -(⁹⁷)

İnsan haklarının sağlanması açısından önemli olan hususun; anılan hakların taahhüt edilmesinden ziyade koruma mekanizmaları getirilmesi olduğunu muhtelif defalar belirtmiştik. İslam hukukun bu konuya bakışını Armağan şu şekilde dile getirmiştir: Yazar, insan haklarının korunmasına ilişkin günümüz hukuku ile İslam hukukunun çelişmediğini zira İslam hukukunda devlet aleyhine idari, kazaî ve siyasi müracaat yolunu engelleyen bir hükmün olmadığını ifade etmiştir⁹⁸. Aynı şekilde insanı kendi hemcinslerine karşı korumayı ifade eden "Bizzat ihkak-ı hak yasaktır" ilkesinin İslam hukukunda da yer aldığını ve bunu destekleyen hükmün Mecellenin

⁹³ Akgündüz, Ahmed, İslam ve Batı; aynı yönde görüş için bk. Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 64 ve İslam'da Kadın Hakları, www.islamustundur.com/konular/islamvekadın.htm e.t.: 07/03/2005.

⁹⁴ İslamda Kadın Hakları, www.islamustundur.com/konular/islamvekadın.htm e.t.: 07/03/2005.

⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. www.islamustundur.com/konular/islamvekadın.htm.

⁹⁶ Bu hususun hem dini hem de akli sebep ve gerekçeleri için bk. Özcan, Mustafa, İslam Hukukunda Kadın Hakları www.akademi.nl/sayi4/dusunce1.htm e.t.: 07/03/2005.

⁹⁷ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 69-70.

⁹⁸ İbid, s. 78.

19 ve 25'nci maddelerinde yer alan -sırasıyla- “Zarar ve mukabele bizzarar yoktur”, “Bir zarar kendi misli ile izale olunmaz” hükümleri olduğunu ileri sürmektedir⁹⁹.

c. Değerlendirme

İslam'da insan haklarının temellendirilmesine ilişkin yapılan tartışmalar neticesinde bir takım tespitler yapılabilir. Öncelikle şunu ifade etmekte yarar vardır: İnsan hakları kavramı günümüzdeki biçimiyle İslam hukuk ve felsefe literatüründe yer almamıştır. Zira İslam hukukçuları ve filozofları özgür (hür) deyince hukuki terim olarak köle olmayan insanı, felsefi alanda da determinizm karşıtı olarak irade serbestliğini kastetmişlerdir. Fakat şu da bir gerçektir ki; İslam hukukunda insan haklarının Batıda olduğu gibi siyasal bir kavram niteliğini kazanmasına o çağların şartları ve devletlerin otorite anlayışı engel oluşturmuştur. İslam'ın tebliğ yıllarında, göçebe yaşam biçiminin egemen olduğu Ortadoğu'da, tamamen başıboş, düzensiz ve anarşik bir düzen söz konusu idi. Dolayısıyla İslam teorisyenleri her şeyden önce insana hürriyet sağlamaktan çok var olan sınırsız hürriyeti daraltmayı ve yerleşik bir devlet otoritesini ortaya koymayı amaçlamışlardır. Ortada yerleşmiş bir devlet otoritesi olmadığından, önde gelen başlıca kaygı insanı kendi hem cinslerine karşı koruyacak kudretli bir devlet mekanizmasının işlerlik kazanması idi. O an için kişiyi devlete karşı koruma düşüncesinin pratik değerinin olmadığı göz önünde tutularak, insanların can ve mal dokunulmazlığı maddi ve manevi ağır ceza tehdidi ile sağlanmak istenilmiştir¹⁰⁰.

Tabi bu durum, İslam düşüncesinde insan haklarının hiç ele alınmadığı anlamına gelmemelidir. Çünkü, hakları zorba insanlara karşı devlet aracılığıyla korumayı hedefleyen bir sistemin, zımnen de olsa her tür ihlalin karşısında olacağı aşikardır. Bu cümleden olarak, günümüzde üzerinde durulan bir kısım hakların içerik olarak İslam hukuk sisteminde yer aldığı, fakat bunlara verilen terim ve ifadelerin farklı olduğunu da vurgulamak gerekir¹⁰¹. Zaten aşağıda¹⁰² İslam hukuk kaynakları ile desteklenerek açıklandığı üzere bazı klasik haklar da açık olarak işlenmiştir.

⁹⁹ İbid, s. 78-79.

¹⁰⁰ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 23.

¹⁰¹ İbid, s. 24; Ersoy, Hamit, “İnsan ve Hak Kavramı”, Uluslararası Demokrasi, Hukuk ve İnsan Konferansı, Diyarbakır Eylül 1997, s. 110.

¹⁰² Bk. ikinci bölüm, B, 5.

İslam hukukçu ve düşünürlerinin, hukuk kurallarının amacının din, nefis (can), akıl, nesil ve malı korumak olduğu şeklindeki ifadelerinden günümüzdeki anlamı ile can güvenliği, mal güvenliği, din hürriyeti ve düşünce hürriyeti kavramlarının İslam hukukuna göre düzenlenmiş olduğunu çıkarabilir. Bunların yanı sıra, İslam hukuk sisteminde adalet kavramına büyük önem verilerek her aşamada işlendiği ve hak ve hürriyetlerin korunmasında bir bakıma kalkan görevi gördüğü ifade edilebilir. O kadar ki, hükümdar ya da halifenin bile adil olması gerektiği üzerinde durulmuş; herhangi bir göreve atanan ve hatta mahkeme veya nikah akdine şahitlik yapanlarda da adalet özelliği aranmıştır¹⁰³. Ancak, unutulmaması gereken nokta yukarıda belirtilen üstün niteliklerin uygulamasının, otorite sahibi kişilerin yapısına bağlı olduğu gerçeğidir. Filhakika, dört halife zamanındaki egemenliğin kullanılışı ile Yezid gibi hükümdarların barındırdıkları yetkileri kullanışı bir olmamıştır.

İslam hukukunda, insan haklarının korunmasına ilişkin günümüz anlamındaki koruma mekanizmalarından doğrudan bahseden kaynak yoktur. Bu durum anılan hakların güvencesiz kaldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira koruma sistemi zamanın yasama organına bırakılmıştır.

5. İslam Hukukundaki İnsan Hakları Düzenlemeleri

İslam hukukunda kabul ve tanzim edildiği ileri sürülen insan hakları farklı açılardan sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Biz burada insan haklarının tarihi gelişim süreci nokta-i nazarından hareket ederek ve tezimizdeki bütünlüğü korumak amacıyla İslam hukukunda insan haklarına ilişkin hükümleri birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar olarak tasnif etmeye çalışacağız.

a. Birinci Kuşak Haklar

Birinci kuşak hakların hepsine ilişkin İslam hukuku kaynağını burada zikretmemiz, tezimin sınırını aşacağından; belli başlı haklara ilişkin temel düzenlemelere yer verme gayretinde olacağız.

Bu kategoriye giren belki de en önemli hak olan *yaşama hakkı* hakkında İslam hukuku açısından şu hususlar belirtilebilir: Öncelikle ukubata göre kasten adam

¹⁰³ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 24.

öldürmek suçtur. Bu konuda şu Kitap hükümleri hukuki dayanak olarak gösterilmiştir: “Savaş (veya kısas icrası gibi) haklı bir sebep olmadıkça, Allah’ın muhterem kıldığı cana kıymayın. Haksız yere öldürülenin velisine (hakkını alması için) yetki tanıdık. O da artık öldürmekte ileri gitmesin...”¹⁰⁴ “Kim bir canı, bir can mukabilinde veya yeryüzünde bir fesad çıkarmaktan dolayı olmayarak (haksız yere) öldürürse, bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de onu kurtarırsa, bütün insanları diriltmiş gibi olur.”¹⁰⁵ İslam Peygamberi de Veda hutbesinde, “İnsanlar! Bugünleriniz nasıl mukaddes bir gün, bu aylarınız nasıl mukaddes bir ay, bu şehriniz nasıl mübarek bir şehir ise, canlarınız, mallarınız, namuslarınız da öyle mukaddestir, her türlü tecavülden korunmuştur...” diyerek, yaşama hakkının önemine değinmiştir.

Seyahat ve Yerleşme Hürriyetine ilişkin; “Yeryüzünü size boyun eğdiren O’dur. Öyleyse yerin sırtlarında dolaşın...”¹⁰⁶ Kitap hükmü ve “Seyahat ediniz, sıhhat bulunuz.”¹⁰⁷ Sünneti örnek olarak verilmiştir.

Özel hayatın gizliliğine ilişkin şu Kitap hükmü ve hadisler zikredilmiştir: “Birbirinizin suç ve ayıplarını araştırmayınız”¹⁰⁸; “Ey dili ile inanıp kalbine iman girmeyenler! Müslümanlara eziyet etmeyiniz ve onların gizli taraflarını araştırmayınız! Allah Müslüman kardeşinin gizli tarafını araştıranın gizli tarafını araştırır. Ve Allah, kimin gizli tarafını araştırırsa, evinin içinde bile olsa onu herkese karşı mahcup eder.”¹⁰⁹; “Ayıp araştıran, koğuculukla söz gezdiren kimseye itaat etme”¹¹⁰.

İslam hukukunun tüzel kişiliği kabul etmediği öteden beri söylenilmektedir. İslamcı yazarlar ise; İslam hukuku bakımından tüzel kişilik teorisinin kabulüne engel bir hüküm bulunmadığını ifade etmektedirler. Bu hususta Karaman’ın zikrettiği ifadeyi aynen almakta fayda görüyoruz:

“Şurasını unutmamalıdır ki, hukuk, yaşayan ve değişip gelişen cemiyet hayatının muayyen münasebetlerini tanzim eden bir müessesedir. Hukuk âlemi ve vâz-ı kanun

¹⁰⁴ İsra, 33.

¹⁰⁵ Maide, 32.

¹⁰⁶ Mülk, 51.

¹⁰⁷ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 90.

¹⁰⁸ Hucurat, 12.

¹⁰⁹ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 97.

¹¹⁰ Kelam, 10-11.

mevcut iktisadî ve ictimâî durumu, münasebetleri ve ihtiyaçları göz önüne alır ve tanzimini buna göre ayarlar. Geçmiş fukuha zamanındaki iktisadî, ticârî ve zirâî durum ve münasebetler, şirketler için mücerret hükmî şahsiyetler kabul etmeyi gerekli kılmıyordu. Eğer bugün mevcut ve hükmî şahsiyeti hâiz müesseseler o zamanda mevcut olsaydı, şüphesiz fukuha bunlara müteallik hükmi şahsiyet hükümlerini de bulup ortaya koyacak, kabûl edeceklerdi. Nitekim devlet, beytu'l-mâl, vakıf gibi müesseseler hakkında mezkur hükümler İslam Hukuku'nda da kabul edilmiştir. Cemiyet ve tesisler gibi hükmî şahsiyetlere ait kanunî hükümleri İslam Hukuku'nun bünyesi reddetmez; çünkü bunlardan onun rûh ve naslarına aykırı bir durum yoktur.”¹¹¹

Din ve vicdan hürriyeti hakkında Kitapta yaklaşık 700 hüküm vardır¹¹². İslam hukukçuları İslam dini en son ve hak din olmasına rağmen insanları İslam'a girmek için zorlamamış ve kimseye de böyle bir hak tanımadığını ileri sürmüşlerdir. Bu ilke Kitap hükmünde şöyle açıklanmaktadır: “Dinde zorlama yoktur.”¹¹³ Aynı şekilde bir başka ayette şöyle ifade edilmektedir: “De ki; O (Kitap) Rabbinizden gelen bir haktır. Artık dileyen iman etsin dileyen de inkar etsin”¹¹⁴. Din ve Vicdan hürriyetine ilişkin Medine Anayasal belgesinde de hüküm vardır. Anılan yazılı hukuk metninin 25'nci maddesinde yer alan “Müslümanların dini kendilerine, Yahudilerin dinleri kendilerinedir” hüküm din ve vicdan hürriyetinin İslam hukukunun uygulamasında da yer aldığını göstermektedir¹¹⁵.

Düşüncelerin oluşumuna imkan veren bilgi/haberleri serbestçe elde edebilme ve düşünebilme (hür düşünme), düşünme faaliyeti neticesinde düşünce, kanaat ve inanç değerleri arasında serbestçe tercihte bulunabilme ve bu tercihlerden dolayı kınanmama, rahatsız edilmeme, suçlanmama, kaygı duymama ve bunları her türlü meşru ifade araçları ile dış dünyaya aktarabilme imkan ve serbestisi şeklinde tanımlanan¹¹⁶ fikir hürriyetinin; İslam Peygamberi ve Halifeler döneminde aynen uygulandığı dile getirilmiştir. İslam Peygamberi'nin fikir hürriyeti konusundaki uygulaması güzel söz ve

¹¹¹ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam, s. 211.

¹¹² Boz, M. Naim, agt, s. 44.

¹¹³ El-Bakara, 2/256.

¹¹⁴ El-Kehf, 18/29.

¹¹⁵ Hamidullah, Muhammed, “Medinede Kurulan İlk İslam Devletinin Esas Teşkilat Yapısı ve Hz. Peygamber'in Yeryüzündeki İlk Yazılı Anayasa”, İslam Hukuku Ettüdleri Makaleler Külliyyatı, İstanbul 1984, s. 21 vd; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 80.

¹¹⁶ Küçük, Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Eylül 2003, s. 14.

nasihat ile olmuş, asla zorlamaya başvurmadığını belirtmiştir. Bu yöndeki uygulama Medine vesikasında da açık olarak belirtilmiştir: “Yahudilerin dinleri kendilerine, mümin’lerin dinleri kendilerinedir.”¹¹⁷ İslam hukukunda fikir açıklama hürriyeti o kadar toleranslı bir boyuta ulaşmıştır ki; çağdaş İslam hukukçularından Mevdudi, hazırladığı Pakistan Anayasası taslağında şu hükme yer vermiştir: “İslam ülkesinde yaşayan gayri Müslimler, Müslüman olmayan şahısları dinlerine davet edebilirler, benimsedikleri dinin kendilerine güzel olan taraflarını açıklayabilirler. İftira ve hakarete sapmaksızın, İslam’ı tenkit eder, niçin onu benimsemediklerini anlatabilirler.”¹¹⁸

İslam hukukunun halkın oyuna ehemmiyet veren bir hukuk sistem olduğu, devlet başkanının esas itibarıyla seçimle iş başına geldiği de belirtilmiştir. Seçme hakkı, “Şura” esası ve İslam devlet idaresinin ana hedeflerinden olan “İslam Hukuku kaidelerinin tatbiki” dolayısıyla söz konusu olmaktadır¹¹⁹. Kitapta ister devlet başkanı ister başka kişi olsun yapacağı işte istişarenin önerildiği önerdiği şu hükümden anlaşılmaktadır: “Yapacağın iş konusunda onlarla istişarede bulun”¹²⁰.

İslam hukukunda toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğüne ilişkin hüküm bulunmasa da, fertlerin barışçıl amaçlı, silahsız, saldırısız toplantı düzenleme hakkını yasaklayan bir kural da yoktur. İslam’da birden fazla görüşün bir araya gelmesini, tartışmasını ve fikir mübadelesini gerekli kılan *istişare* kavramı, en geniş anlamdaki toplantı kavramının içinde düşünülebileceği ifade edilmiştir¹²¹.

b. İkinci Kuşak Haklar

Bu kategoriye giren belli başlı haklar ile ilgili İslam hukuku kaynaklarına kısaca değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Çalışma hakkına ilişkin şunlar söylenmiştir: Çalışma insanın bir yandan hakkı, diğer yandan topluma karşı borcudur. Bu sebeple İslam çalışmayı teşvik etmiş, işi ve gücü bulunan insanların rızklarını çalışarak temin etmelerini istemiş, başkalarına el

¹¹⁷ Akgündüz, Ahmed, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, İstanbul 1995, s. 123-124.

¹¹⁸ Boz, M. Naim, agt, s. 47.

¹¹⁹ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 129.

¹²⁰ Al-i İmran, 3/159.

¹²¹ Benli, Salih, Türk Anayasa Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüşü Özgürlüğü ve Sınırlandırılması, KÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004, s. 28

açmayı ve yük olmayı hoş görmemiştir¹²². Bu konuda şu ayet örnek olarak verilmiştir: “İnsan ancak, çalıştığına erişir.”¹²³

Bir ülkede yaşayan bütün vatandaşların geçinme ve yaşama; ihtiyaçlarını tesadüfe bırakmadan, başkalarının atıfet ve yardımlarına gerek kalmadan hep birden karşılayan bir sistem olan; sosyal güvenlik konusunda Kitapta şu şekilde bir hüküm vardır: “İyilik etmek, fenalıktan sakınmak hususunda birbirinizle yardımlaşın, günah işlemek ve aşırı gitmekte yardımlaşmayın.”¹²⁴ İslam Peygamberi Medine devletinde Müslümanlar arasında kurduğu kardeşlik usulü ile başlangıçta böyle bir sosyal güvenlik uygulamasını başlattığı; daha sonra zekat ve sadaka, ganimetler ve vakıflar ile bu korumayı daha da güçlendirdiği ileri sürülmüştür¹²⁵. İslam Peygamberinin İslam Devletinin halkının her türlü ihtiyacını gidermek zorunda olduğunu belirtmesi günümüzün “Sosyal Refah Devleti” olgusunu çağrıştırdığı söylenmektedir¹²⁶. Aynı zamanda İslami sistemde yer alan birçok mükellefiyet ve kurumun sosyal dayanışma ve sosyal güvenlikle ilgili olduğu bilinmektedir. Mesela, kefaret gibi, bir hatanın karşılığında yapılması gereken işlemlerin çoğu muhtaçlara yardım türündedir. Yine sadaka, fitre, kurban, adak vs. de de aynı özellikler vardır.

Eğitim öğretim hakkı hakkında İslam hukukçuları, kadın erkek herkesin eğitim, öğretim hakkının olduğunu belirtmektedirler. Hatta bu onlara bir görevdir. Kitap’ın “Oku” emri ile başlaması bu konuya verdiği önemi göstermek için yeterlidir. Kitap’ın : “De ki; bilenlerle bilmeyenler bir olur mu?”¹²⁷ hükmü de örnek olarak verilmiştir. Bu imkanı sağlamak da devlete düştüğü; nitekim İslam Peygamberinin Bedir savaşında esir aldıkları müşrikleri, Müslümanlara okuma yazma öğretmek karşılığı serbest bırakması örnek olarak verilmiştir¹²⁸. Daha sonra İslam tarihinde devletler bu görevi yerine getirmek için medreseler kurmuşlardır. Bu da İslam hukukçuları tarafından, İslamiyet’in

¹²² Karaman, Hayrettin, “İslam’a göre İnsan Hakları ve Ödevleri” Yeni Türkiye Dergisi 21 (İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara 1998, s. 243.

¹²³ Necm, 39.

¹²⁴ Maide, 2.

¹²⁵ Şafak, Ali, İslam Dini ve Sosyal Adalet, s. 39.

¹²⁶ Tabakoğlu, Ahmet, Osmanlı Sosyal Güvenlik Sistemi, Osmanlı Toplum Yapısı Üzerine Deneme, Konya 1996, s. 354.

¹²⁷ Zümer, 9.

¹²⁸ Kahveci, Niyazi, age, s. 31-32.

eğitim öğretim hakkına yer verdiğinin uygulamadaki örneğidir, demelerine sebep olmuştur.

Sendika, bir tüzel kişi çeşidinin ismidir, kişi birlikleri kısmına giren bir tüzel kişi olup, diğer derneklerden farkı, sadece işçi ve işverenlerin haklarını koruma ile meşgul olmasıdır. Binaenaleyh, İslam hukukunda sendika hakkı konusu, “Tüzel kişilik” konusu ile birinci derecede ilgilidir. Derneklerle ilgili İslam hukukunun bakış açısını yukarıda¹²⁹ ifade etmiştik; varılan sonuç itibarıyla İslam hukuku açısından sendika kurma hakkına engel bir hüküm olmadığı belirtilmiştir¹³⁰.

c. Üçüncü Kuşak Haklar

İslam hukukçuları İslam hükümlerinin, derinlemesine incelendiğinde bu dünyada çözümüne çare bulunamayacak sorunun olmadığını; binaenaleyh günümüzde henüz bir hak olup olmadığı tartışılan üçüncü kuşak haklara ilişkin bir çok düzenleme bulunabileceğini ifade etmişlerdir.

Barış hakkına ilişkin şu Kitap hükmü kaynak olarak gösterilmiştir: “Eğer barışa yanaşırlarsa sen de ona yanaş ve Allah'a güven; O her şeyi işitendir ve bilendir. Seni oyuna getirmeye kalkışırlarsa kuşkusuz Allah sana yeter; yardımıyla ve müminlerle seni destekleyen O'dur. Müminlerin gönüllerini birleştiren de O'dur. Dünyanın bütün servetini harcasaydın onların gönüllerini birleştiremezdin, fakat Allah onların aralarını düzeltti, O izzet ve hikmet sahibidir.”¹³¹ İslâm'ın savaştan amacının ne olduğu, yukarıda verilen hükümle¹³² açıklandığı belirtilmiştir: Zulmü ve saldırı ihtimâlini ortadan kaldırmak, meşrû savunmada bulunmak. Bu zarûretler yüzünden başvurulmuş savaş, karşı tarafın zulümden ve saldırıdan vazgeçerek barışa yönelmesi ile gereksiz hale geleceği için buna olumlu cevap verilmesi ve barış isteyenle barışılması Kitap hükmünde ayrıca belirtildiği için İslamiyet'in barış hakkını bundan 14 yüzyıl önce ifade ettiği belirtilmiştir.¹³³ Binaenaleyh, Savaşla ilgili Kitap hükümlerine bakıldığında “barışın

¹²⁹ İkinci Bölüm, A, 4, a.

¹³⁰ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 177.

¹³¹ Enfal: 8/61-62.

¹³² Enfal:8/61.

¹³³ Karaman, Hayrettin, Hayatımızdaki İslâm, <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0115.htm>, İstanbul 2003.

esas, savaşın arızı olduğu”¹³⁴ ve İslam'ın, ancak zulmü, din yüzünden baskıyı ve haksız saldırıyı ortadan kaldırmak için buna izin verdiği dile getirilmiştir.

Günümüzde gelişmekte olan haklardan biri de çevre hakkıdır. Kitapta hukuki anlamda çevre ile ilgili herhangi bir tanım ve müeyyideye rastlanmamaktadır. Fakat dolaylı olarak çevre ile ilgili hükümlere rastlamak mümkündür. Kitapta üzerinde yemin edilen birkaç şeyden birisi de ağaçtır¹³⁵. Yine cennet tasvir edilirken genellikle üzerinde durulan konulardan birinin ağaç, gölge ve meyve olması dikkati çeker bir husustur¹³⁶. Mesela bir Kitap hükmünde “Takva sahiplerine vaad edilen cennetin sıfatı şudur: Onun altında ırmaklar akar, yemişleri ve gölgesi daimidir.”¹³⁷ Çevre ilgili İslam hukukunun ikinci kaynağını irdeleyecek olursak; bir çok hadis ile karşılaşırız. Örneğin; “Temizlik imandandır”¹³⁸, “Avlularınızı ve meydanlarınızı temiz tutunuz”¹³⁹, “İman yetmiş kusur şubedir. Bunun ilki kemle-i şahadet getirmek ve sonuncusu ise, yollardan eza veren şeyleri kaldırmaktır.”¹⁴⁰ Görüldüğü üzere, Kitapta olmasa bile Sünnet’te çevre hukukuna açıkça yer verildiği belirtilebilir.

İslam hukukunda hürriyetin, ne kendisine ne de başkasına zarar vermemek¹⁴¹ olarak tarif edildiğine göre; çevreyi kirleten kimse ise, hem kendisine hem de başkasına zarar vereceğinden, anılan kişi hürriyet ihlali yapmış olacaktır. Dolayısıyla eski hukukumuzda çevre hakkı sağlık hakkıyla bağıntılı olarak, bir kamu hukuku kavramıdır¹⁴². İslam hukuku sırf çevreyi koruma amacıyla karşılaşılabilecek sorunları – örneğin çevreyi kirletiyor diye, fabrikaların, enerji tesislerinin kurulmaması ve bu bağlamda ortaya çıkacak işsizlik ve teknolojik gerileme sorunları- da çözüme kavuşturmuştur. Anılan hukuk sistemine ilişkin ilk kaide; “Ehven-i Şerreyn İhtiyar olunur” yani ortada iki zarar varsa daha az zarara katlanılır; ikinci kaide olarak “İki zarar tearuz ettikte ehaffi irtikâb ile âzamanın çaresine bakılır” yani iki büyük zarar ve

¹³⁴ Çetin, Mustafa, “İslam ve Milletler arası Barış”, Doğu’da ve Batı’da İnsan Hakları, Ankara 1996, s. 91.

¹³⁵ Tin, 1,2.

¹³⁶ İnsan (Dehr) Suresi.

¹³⁷ Rad, 35.

¹³⁸ Bilmen, Ö.Nasuhi, Büyük İslam İlmihali, İstanbul 1948, s. 48.

¹³⁹ Acluni, “Keşful-Hafa” C: I, Beyrut 1351, s. 224.

¹⁴⁰ Sindi: Haşiye İbn,i Mace, C: I, İstanbul 1990, s. 138-139.

¹⁴¹ Akgündüz, Ahmed, İslam’da İnsan Hakları Beyannamesi, İstanbul 1991, s. 16-17; Akgündüz, Ahmed, Eski Anayasa Hukukumuz, s. 24.

¹⁴² Armağan, Servet, İslam Çevre Hukukun Genel Esasları, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992, s. 246.

felaket aynı anda geliyor bu durumda insanoğlu daha az zarar verecek olanına katlanır, büyüğünün çaresine bakmak için; bir diğer kaide ise “Hayrı kesir için şerri kalil’e katlanılır” yani büyük bir hayır, büyük bir menfaat ve fayda gelmesi için küçük zararlara katlanılır¹⁴³.

C. OSMANLI HUKUKUNDA İNSAN HAKLARI

1. Genel Olarak Osmanlı Hukuk Sistemi

Belirtildiği üzere, Osmanlı devleti, İslam hukukunu aşan bir hukuk düzeni geliştirmiştir ve buna da örfi hukuk denilmiştir. Osmanlı devletinin farklı bir hukuk sistemine sahip olmasına yol açan prensip “örf”dür. Bu da doğrudan doğruya hükümdarın devlet içinde tam anlamda mutlak bir konum kazanması, devlet çıkarlarının ve bürokrasinin üstünlüğü sayesinde gerçekleşebilmiştir. Esasen bu aşamaya, Osmanlıdan önce kurulan Müslüman Türk Devletlerinde erişilmiş bulunuyordu.

Örfi hukuk hakkında yapılan tanımlara göz atalım: Fatih devrinin idare adamı ve müverrihi (tarihçisi) Tursun Beg’e göre örfi hukuk “Siyâset-i sultânî ve yasag-i pâdişahî derler ki, urefâmızca ona örf derler”¹⁴⁴. Bir başka tanıma göre örfi hukuk ulül’emrin Müslüman toplumun hayrı düşüncesi ile İslam hukuk kaynakları ve prensipleri dışında, kendi iradesine dayanarak çıkardığı kanunlar bütünü anlamına gelmektedir¹⁴⁵. Fakat; örfi hukuk sadece Müslüman tebaa için değil; aynı zamanda Osmanlı devletinde yaşayan gayrimüslimlere de hitap ettiği için bu tanım eleştirilebilir. Yapılan tanımları çoğalmak mümkündür, bizim üzerinde durmak istediğimiz husus tüm tanımların ortak paydası olan; örfi hukukun oluşum sürecinde esas yetkinin ulül’emrde olduğudur. Fakat burada şu hususa da değinmek gerekmektedir; Osmanlı İmparatorluğu ve daha önceki Müslüman devletlerinde kamu hayatına ilişkin yeni durumlarda bağımsız bir kanun koyucu faaliyeti –bu bağlamda orfi

¹⁴³ Armağan, Servet, “Çevre Korunması ve Toplum Veya Devlet Hayatı”, SÜHFD Prof. Dr. Süleyman ARSLAN’a Armağan, C: 6, sayı 1-2, Konya 1998, s. 41-42.

¹⁴⁴ İnalçık, Halil, Örf, İA. c.9, İstanbul 1988 (Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 94 dp. 47’den naklen); metnin sadeleştirilmiş hali şu şekildedir: Padişahın devlet yönetimine (siyasetine) ve kanun koymasına örf denir.

¹⁴⁵ Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 94.

hukukun ortaya çıkışı- bir zaruret olarak, yine bir İslamî kurala, istislah ve istihsân¹⁴⁶ kuralına göre meydana gelmiştir¹⁴⁷.

Örfi hukuk'un unsurları şu şekilde tespit edilmiştir:¹⁴⁸ 1- İslam hukuku dışında bir durum; 2-Buna dair yaygın bir âdetin veya kıyasa esas olacak bir genel anlayışın varlığı; 3- Hükümdarın iradesi (emr-i ali); 4- Kamu düzeninin bunu gerektirmesi. Osmanlı devletinde, devlet idaresinde ve askeri sınıf arasında meri olan örfi hukuk ile halkın gündelik işlerinde (sözleşmeler, aile hukuku) uygulanan İslam hukuku arasındaki farklılığı en açık şekilde gösteren müessesese, kadıaskerlik¹⁴⁹ ve yarguculuk kurumudur¹⁵⁰. Örneğin, Hazem'de, İran'da, Irak'ta kadıların şeri mahkemeleri yanında *yargu* (yargı) mahkemeleri yer almıştı. Örfi hukuka örnek verelim: Fatih'in "*Karındaşların nizâm-i âlem için katl etmek münâsibdir, ekser ulema dahi tecvîz etmiştir*"¹⁵¹ formülüyle ifade ettiği siyaseten katl müessesesi İslam hukukunun değil; örfi hukukun eseridir¹⁵². Zaten, kardeş katli için şeyhülislam tarafından verilen bir fetva bugüne kadar ortaya konamamıştır¹⁵³.

Bu arada kısaca şeri hukuk ile örfi hukukun birbiriyle olan ilişkisine de bakmak gerekmektedir¹⁵⁴. Bir kısım İslam hukukçuları örfü kabul etmemekle beraber; bazıları Kitap ve Sünnete ters düşmemek kaydıyla örfü izin verildiğini ve hükümdarın idari, askeri ve mali alanda bazı düzenlemeler yapmasını İslam hukukunun sınırları içerisinde saymışlardır¹⁵⁵. Bir takım yazarlar ise, hukukun temel kaynaklarından biri şeriat

¹⁴⁶ İstihsân, müctehidin, bir meselede, kendi kanaatine o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükümü bırakıp başka bir hüküm vermesidir; Şaban, Zekiyyüddîn, age, s. 181. İstihsân şu şekilde de tanımlanmıştır: Kıyasla sabit olan bir hükümden ayrılıp başka bir kıyasa başvurma işlemi veya özel bir meselede genel kuraldan ayrılıp farklı bir kuralı benimsemektir; Aydın, M. Akif, age, s. 39.

¹⁴⁷ İnalçık, Halil, "Şerî'at ve Kanun, Din ve Devlet", Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000, s. 45.

¹⁴⁸ bk. İnalçık, Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultanî Hukuk ve Fatih Kanunları", AÜSBF Dergisi, XIII, Ankara 1958, s. 102-126; İnalçık, Halil, "Türk-İslam Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği", Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000, s. 28.

¹⁴⁹ Kazaskerlik hususunda ayrıntılı bilgi için bk.Uzunçarşılı, İsmail, Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1988, s. 228-241.

¹⁵⁰ İnalçık, Halil, Türk-İslam Devletlerinde Devlet, s. 30.

¹⁵¹ İbid, s. 35.

¹⁵² Aydın, Mehmet Akif, age, s. 134-135.

¹⁵³ İbid, s. 131.

¹⁵⁴ Bu konuda daha fazla bilgi için bk. İbid, s. 73- 76.

¹⁵⁵ İbid, s. 30; Acun, Fatma, "Osmanlı'dan Türkiye Cumhuriyeti'ne: Değişme ve Süreklilik" <http://www.history.hacettepe.edu.tr/archive/continuityandchange.htm> e.t.: 08/04/2005.

olmakla beraber Osmanlı devletinin klasik anlamda İslam devleti olarak adlandırmanın yanlış olacağını, eğer öyle olsaydı Osmanlı Devletinin İslam hukuku kaynaklarından başka bir kanunu olmaması gerektiğini ve bu bağlamda örfi hukukun daha ağır bastığını ileri sürmüştür¹⁵⁶. Bu konuda sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Her ne kadar iki farklı hukuk sisteminin, aynı zaman ve mekanda uygulanması sağlanmaya çalışılmış ise de; bu iki hukuk sistemi arasında bütünlük mevcuttur. Nitekim, sadece örfi hukuk için ayrı mahkemeler kurulmamış olması ve karşılaşılan tüm hukuki problemlerin şer'îye mahkemelerinde görülmesi, bu bütünlüğün en güzel kanıtıdır¹⁵⁷. Fakat şu da bir gerçektir ki; örfi hukukun ortaya çıkmasını İslam kamu hukuku ile ilgili ayrıntılı normların mevcut olmamasına ve İslam hukukunun devlet yöneticisine bu konuda yetki vermesine bağlayabiliriz.

Örfi hukukun semeresi olan fermanlar Padişah tarafından düzenlenirdi. Zira kanunların kaynağı ve dayanağı Padişah'ın iradesidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bir padişahın çıkarmış olduğu hükümlerin, kanunların ve imzaladığı anlaşmaların ve verdiği beratların kendisinden sonra gelen padişahları bağlamayacağıdır¹⁵⁸. Fakat bir İslam devleti olan Osmanlı devleti, esas itibariyle İslam hukukunun üstünlüğü ilkesini kabul ettiği¹⁵⁹ için daha sonra gelecek olan padişahlarda kendisinden önceki padişahın İslam hukukuna göre uygun olan fermanlarını kabul etmekle yükümlü saymıştır.

2. Osmanlı Hukukun İnsan Hakları Yönünden Kısaca Analizi

Osmanlı Devleti, bir İslam devleti olduğu için; bu devlette insan hakları uygulamaları esas itibariyle İslam hukukun insan haklarına bakışının bir versiyonudur. Fakat, yukarıda da belirtildiği gibi, Devlet-i Ali Osmaniye tam anlamıyla İslam hukukuyla yönetilmemiştir. Çalışmamızın bu kısmında insan haklarının örfi hukukta temellendirilip temellendirilemeyeceğini tartışacağız.

¹⁵⁶ Ünal, Mehmet Ali, "Osmanlı Hukukun Tarihi Gelişimi ve Ulema Sınıfı", Türk Yurdu Dergisi, Ankara 1998, s. 189.

¹⁵⁷ Aydın, Mehmet Akif, age, s. 75.

¹⁵⁸ İnalçık, Halil, Türk-İslam Devletlerinde Devlet, s. 34.

¹⁵⁹ İnalçık, Halil, Şer'at ve Kanun, s. 39.

Konunun ayrıntısına inmeden önce şunu ifade etmek gerekir ki; Osmanlı devletinde II. Mahmut dönemine kadar, sadece insan haklarını içeren bir belge mevcut değildir. Mumcu bu durumu üç sebebe bağlamıştır¹⁶⁰. Birincisi, batı toplumlarının eşitsizlik üzere kurulan yapısı Türk toplumunda mevcut değildi. İkincisi, Osmanlı Devletinde uygulanan İslam hukuku, insan haklarının korunması için gerekli çerçeveyi zaten sağlıyordu. Örneğin yukarıda da belirtildiği gibi, yaşama hakkı, mülkiyet hakkı, aile kurma hakkı, miras hakkı gibi haklar uygulanan hukuk sistemi içinde mevcut olan haklardı. Üçüncü sebep ise, 16'ncı yüzyıldan itibaren Osmanlı Devletinin Batıdaki gelişmelere kapısını kapatmasıdır.

a. Osmanlı Hukuk Sisteminde İnsan

Bilindiği gibi devlet, bir insan topluluğunun belirli bir toprak üzerinde ve bir otorite etrafında teşkilatlanmış şeklidir¹⁶¹. Buna göre devletin, siyasi teşkilatı, topluluğu(millet), ülkesi ve egemenliği olmak üzere dört unsuru vardır. Bir kısım yazarlar tarafından, devlete hukuki varlık sağlayan, onu hukuki realite haline getiren ve onun temel saç ayaklarından biri sayılan insan unsurunun Osmanlı devletinde kelimenin tam anlamıyla gelişemediği iddia edilmiştir¹⁶². Bu düşüncenin aksini savunup Osmanlıda “insan” konusunda kendi çağında dünyanın en ileri ve hürriyetçi ülkesi olduğunu zikreden yazarlar da yok değildir¹⁶³. Bunlara göre; Osmanlı kamu hukuk teorisinde insan “mümkün ve hür” bir varlık olarak kabul edilmiştir. İnsan en güzel bir şekilde yaratılmış olup, doğuştan günahsız ve tertemiz olduğu ileri sürülmüştür¹⁶⁴.

Yapılan tartışmaları bir kenara bırakarak, realiteyi dikkate alırsak; Osmanlı toplumun öncelikle iki sosyal tabakaya ayrıldığını bunlardan birincinin “reaya” ikincisine ise “askeri” tabaka olduğunu söyleyebiliriz. Saray erkani, din adamları ve memurlar askeri tabaka içinde sayılırdı. Reaya ise; Müslüman gayrimüslüman ayrımı

¹⁶⁰ Mumcu, Ahmet, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu, İnsan hakları sempozyumu, bildiri, s. 28-29 (Öney, Metin, “İnsan Haklarının Tarihi Gelişimi ve Türkiye”, Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21 (İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara 1998, s. 57 dp. 15'den naklen).

¹⁶¹ Devlet ve ilgili kavramla alakalı olarak geniş açıklama için bk. Gözübüyük, Şeref, age, s. 10-18.

¹⁶² Okandan, Recai, Amme Hukukumuzun Ana Hatları Birinci Kitap, İstanbul 1977, s. 17.

¹⁶³ Fendoğlu, T. Hasan, “Osmanlı'da İnsan Hakları Algılaması ve Uygulaması” Uluslararası Demokrasi, Hukuk ve İnsan Konferansı, Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Diyarbakır Eylül 1997, s. 299.

¹⁶⁴ Akgündüz, Ahmed, “Osmanlı Devletinde İnsan Hakları ve Hürriyetleri”, www.osmanli.org.tr e.t.: 07/03/2005.

yapılmaksızın yöneticiler dışındaki tüm halkı ifade etmektedir¹⁶⁵. Hemen şunu belirtmek gerekir ki, bu iki tabaka Hint hukuk siteminde olduğunun aksine bu iki tabaka arasında geçişler mümkündür¹⁶⁶.

İslam hukukun da etkisiyle Osmanlı İmparatorluğu Dünyayı Dar'ül Harb ve Dar'ül İslam olmak üzere iki ayırmıştır. Bu ayırımın temelinde iki türlü gayrimüslüm bulunmaktadır. Darül harbde yaşayanlar *harbiler*dir. Osmanlı topraklarında yaşayan gayrimüslümler ise zımmilerdir¹⁶⁷.

Harbiler, darül harb'da yaşamalarına binaen, düşman kabul edilmişlerdir. Dolayısıyla bu kimseler ele geçirildiği vakit, öldürülebilir veya esir alınabilirlerdi. Esasında Osmanlı devletinin insan haklarına bakışı harbilere karşı tutumundan dahi anlaşılabilir. Zira herhangi bir Müslüman bu gayrimüslümlerden birine veya bir kaçına eman verebilir. Eman verilen kimseye *müste'min* denilir ve böylece bu şahıs canından ve malından emin olarak İslam topraklarında dolaşabilir, ticaret yapabilir¹⁶⁸.

Osmanlı devleti Orta Asya Türk devletlerine hakim olan toplumsal sınıflandırmayı benimseyerek Müslim - gayrimüslim ayırımı yapmaksızın halkı belirtildiği üzere askeri ve reaya olarak iki ayırmıştır¹⁶⁹. Fakat devletin dine dayılı¹⁷⁰ olduğu gerçeğini dikkate alacak olursak, Zimmilerin sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin, Müslümanlardan farklı olduğunu görürüz. Mezkur vatandaşlara bazı istisnalar dışında Müslümanlara tanınan bütün hak ve hürriyetler tanınmıştır. Zira Osmanlı devleti yöneticileri “Bize tanınan haklar onlara da tanınır; bize yüklenen ödevler onlara da yüklenir” şeklindeki hadisi esas olarak kabul ve tatbik etmişleridir¹⁷¹. Bunlar özel hukuk ilişkilerinde tamamen kendi hukuklarına tabi olmuşlardır. Ceza

¹⁶⁵ Akyılmaz, Gül, “Osmanlı Devletinde Reaya Kavramı”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, yıl: 4 sayı: 49, Ankara Aralık 1999, s. 4.

¹⁶⁶ İbid, s. 4; Akay, Aydın, Sefa, İnsan Hakları ve Türkiye 1839-1923, Hacettepe Üniversitesi Atatürk İlke ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998, s. 23.

¹⁶⁷ Müslümanlar Hıristiyanların yaşadıkları bir bölgeyi işgal ettikleri zaman onlara üç kere İslamiyet tebliğ edilir. İslamiyet'i kabul etmedikleri takdirde kendilerine Müslüman hakimiyetine rıza gösterdiklerini içeren bir anlaşma teklif edilir. Bu anlaşmaya *zimm*, bu anlaşma ile gayrimüslümlerin kazandıkları statüye *zimmi* denilir.

¹⁶⁸ Türköne, Mümtaz'er, “Osmanlı İmparatorluğunda İnsan Hakları”, Doğu'da ve Batı'da İnsan Hakları, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1996, s. 86.

¹⁶⁹ Akyılmaz, Gül, agm, s. 3.

¹⁷⁰ Ünal, Mehmet Ali, agm, s. 189.

¹⁷¹ Akgündüz, Ahmed, “Tarihi Açından Azınlıklara Tanınan Haklar ve Biz 1” www.osmanli.org.tr e.t.: 03/07/2005.

hukuku alanında, kendilerine İslam ceza hukuku uygulanmasına rağmen Müslümanlar için saptanmış olan diyet miktarının yarısına tabi tutulmuşlardır. Bu vatandaşlar, kendilerinden cizye adı altında bir vergi alınmak suretiyle askerlik görevinden muaf tutulmuşlardır¹⁷². Anılan tebaanın devlet hizmetine girememesi ve yönetime katılamaması eleştiriye uğramış¹⁷³ olsa da; bu kural çok istisnai bir kaidedir. Zira zimmiler, devlet başkanlığı, ordu komutanlığı, valilik, sancak beyliği, sadaret ve kadılık gibi Devletin egemenlik hakkını kullanma anlamını ifade eden görevlere getirilmemişlerdir¹⁷⁴.

Zimmiler şahsi hak ve hürriyetlerden tıpkı Müslümanlar gibi yararlanmışlardır. Bunlar için de bazı cüzi sınırlamalar dışında, seyahat hürriyeti, şahsın dokunulmazlığı ve mesken hürriyeti gibi hak ve hürriyetler vardır. Seyahat ve ikamet hürriyetinin tek istisnası, Kitabın emriyle zimmilerin Hicaz bölgesine sokulmamasıdır. Zimmilere din ve vicdan hürriyeti de meşru dairede tanınmış ve tatbik edilmiştir. İslam devletler hukukuna göre, sulh yolu ile fethedilen ülkelerde mevcut olan zimmilerin ibadet yerlerine dokunulamaz, ancak yenilerinin inşasına da izin verilmeyebilirdi. Bu İslam hukuku hükmüne rağmen, Fatih Sultan Mehmed'in savaş yoluyla fethettiği İstanbul'daki kiliselerin bir kısmını olduğu gibi bırakması, Müslüman Türklerin din ve vicdan hürriyetine verdiği önemi göstermektedir¹⁷⁵. Zimmiler , haç ve çan gibi dini sembollerini, ibadet yerleri içinde gösterebileceklerdir. Bugün Avrupa'da camilerin minarelerine izin verilmediği gerçeğini nazar-i dikkate alacak olursak, Osmanlı'nın insan haklarında çağın ne kadar ilerisinde olduğunu görebiliriz. Bu vatandaşlara gösterilen hoşgörü, zaman zaman yabancı yazarlar tarafından da takdir edilmiştir. Örneğin; Campanella, "Güneş Sitesi"nde, Türklerin düşünceyi ve inancı zincire vurmadıklarını belirtmiş ve bu nedenle onları takdir etmiştir¹⁷⁶. Bir başka yayında ise, "... büyük Türk, türlü dinlere mensup 20 milleti barış içinde idare ediyor, binlerce Rum İstanbul'da sulh ve sükûn içinde yaşıyorlar", "merhamet ve şevkatin büyük kanunu olan

¹⁷² Tanzimat öncesinde gayrimüslüm tebaanın hukuki durumu hakkında geniş bilgi için bk. Bozkurt, Gülnihal, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslüm Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Ankara 1989, s. 4-40.

¹⁷³ Özkorkut, Nevin, agt, s. 18.

¹⁷⁴ Akgündüz, Ahmed, Tarihi Açından Azınlıklara, www.osmanli.org.tr.

¹⁷⁵ İbid; Erdemir, Hatice, "Tarihî Gelişim Sürecinde İnsan Hakları ve Osmanlı Modeli", http://www.academical.org/dergi/MAKALE/9_10sayi/s9erdemir1.htm e.t.: 04/04/2005.

¹⁷⁶ Daver, Bülent, "İnsan Hakları ve Türkiye", Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, AÜSBF Yayınları, Ankara 1983, s. 527.

dini müsamahanın İslamlar tarafından Hıristiyanlara öğretilmiş olması Hıristiyan devletler için teessüfe şayandır”¹⁷⁷ denilerek Osmanlı Türkünün hoşgörüsünü ve bu bağlamda zimmilere tanınan din ve vicdan hürriyetini itiraf edilmiştir.

Yukarda kısaca bahsedilen hak ve hürriyetlerden yararlanan zimmilerin bazı vazife ve mükellefiyetleri de söz konusudur. Öncelikle, belli şartları taşıyan şahıslardan alınan cizye vergisi karşılığında, zimmiler, askerlikten muaftırlar. İkinci olarak, arazilerinden harâç denilen bir vergi vermekle mükelleftirler. Üçüncü olarak, gümrük vergisinde zimmilerden alınan nisbet Müslümanlarınkinden fazladır. Ancak kapitülasyonlarla bu nisbet çok düşürülmüştür.

Zimmilerle ilgili netice olarak şu tespiti yapabiliriz: bunlar bazı haklardan mahrum görünseler bile, önemli birçok sorumluluklardan da muaftırlar. Örneğin vergi verirler, askerlik yapmazlar. Askerlik yaparlarsa ise cizyeyi ödemezler. Canlarını, mallarını koruma yükümlülüğü Müslümanlara şart koşulmuştur. Bu durumda zimmilerin, Müslümanlardan daha düşük haklara sahip olduklarını ve bu sebeple eşitliğin onların aleyhine bozulduğunu ileri sürmek yanlış olur¹⁷⁸.

b. Osmanlı Hukukunda Birinci Kuşak Haklar

Bu sınıf içerisine giren tüm hakları tek tek incelemek tez konumuzun kapsamını aşacağından belli başlı haklara değinmeye çalışacağız.

Birinci kuşak hakların başında yer alan yaşama hakkı, tüm tebaa için sağlanmış ve korunmuştur. Hattı zatında, bir takım haklardan mahrum olduğu ileri sürülen zimmilerin özellikle yaşama hakkına riayet etmek, dini bir vazifedir. Onların canlarından Devlet-i Ali Osmaniye sorumlu olduğu gibi, Müslüman tebaa da sorumludur. Osmanlıda zaruri, haci ve tahsini maslahatlar, insan haklarının kabulünden başka bir şey değildir. Zaruri maslahatlar, dinin (din ve inanç hürriyetinin) korunması, nefsin (yaşama hakkının) korunması nesillerin(aile ve çocuk haklarının) korunması,

¹⁷⁷ Djevdet, Les turcs, d'après les auteurs ce'le'bres, İstanbul 1919; Karal, Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, Ankara 1988, s. 9'dan naklen.

¹⁷⁸ Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel, s. 53.

aklın (zararlı ve uyuşturucu maddelerden) korunması ve malın (mülkiyet hakkının) korunmasıdır¹⁷⁹. Bu beş maslahat Osmanlı hukukun amacı olarak da belirtilmiştir¹⁸⁰.

Osmanlı hükümdarının, mutlak olduğu ileri sürülen otoritesine ve cezalandırma hakkına dayanarak, ülke idaresi ve politik zorunluluklar dolayısıyla verdiği en ağır ceza olan “siyaseten katl” cezası, yetki sahibi tarafından kötüye kullanılması ve başta askeri sınıf olmak üzere zaman zaman ulema ve hatta reayanın korkulu rüyası haline gelmesi ve bu bağlamda sadece halkın değil, saray efradının ve Devletin ileri gelenlerinin dahi en temel hakkı olan can güvenliğinin sağlanamaması açısından bir delil olarak ileri sürülmüştür¹⁸¹. Fakat sistemin uygulayıcılarının, hak ve yetkilerini gerektiği gibi kullanmamaları, sistemin değil, uygulayıcının hatasıdır. Fatih, “siyaseten katl” fermanını¹⁸² verirken dahi, ulemanın kendisine izin verdiğini belirterek, kendi hukuka mugayir hareketini hukukileştirmek istemiştir. Bu çabası dahi kendisinin hatalı olduğunu bilmesini göstermektedir.

İslam hukuku kaynakları ve kanunnameler çerçevesinde adaleti yerine getirme ve hukuk sisteminin işlerliğini sürdürme görevi ile memur olan kadının kararı olmadan kimse hapsedilemez ve cezalandırılmaz. Tutuklunun göz altında kalma süresi, genel olarak üç gündür; üç gün içerisinde kadının(hakimin) huzuruna çıkarılmalıdır. Yine kadı kararı olmadan kimsenin evi aranmazdı. Kadının çıkaracağı arama emrinde kişinin adı, özellikleri, oturduğu yer çok açık bir şekilde belirtilirdi. Eğer arama yapılacak ev Türk ise mahallenin imamı, Hıristiyan ise kilisenin papazı aramada bulunmak üzere çağrılmak zorundaydı¹⁸³.

Belirttiğimiz hususlara ilişkin birkaç adet kanunname zikrederim: Yavuz Kanunnamesinin 50’nci maddesine göre; “*kadı marifetünsüz kimesneyi hapseylemeleyeler*”. Bursa Kanunnamesinin 34’ncü maddesi ise “*Sanıkların suçları kadı katında sabit olmadan, cezalarını infaz eylemeye kalkışmak şer’i şerefe ve devlet*

¹⁷⁹ Fendoğlu, T., Hasan, agm, s. 299.

¹⁸⁰ Türklerin devlet yönetiminde nazar-i dikkate almaları gereken ilke şu şekilde ifade edilmiştir: “Hükümdarın gücü askeri güce, askeri güç hazineye, hazine, reayanın ödediği vergilere, vergilerin artışı adalete bağlıdır.” Bu ilkedен yola çıkarak “Adalet, mülkün temelidir.” ilkesine varılmıştır. İnalçık, Halil, Şer’at ve Kanun, s. 46.

¹⁸¹ Özkorkut, Nevin, agt, s. 20.

¹⁸² Fatih Kanunnamesinin 37’nci maddesi: “Karındaşların nizam-i âlem için katl etmek münâsibdir, ekser ulema dahi tecvîz etmiştir”; İnalçık, Halil, Türk-İslam Devletlerinde Devlet, s. 35.

¹⁸³ Türköne, Mümtaz’er, agm, s. 84.

örfümüze aykırıdır.”. 4.Murat Kanunnamesine göre; “Ve dahi hapis yerlerinde kefil bulunur iken hapsetmeyeler; yazıp dergah-ı muallaya arzedeler, Meğer ki şenaati azime ola. Ve dahi firar ihtimali olup, kefil bulunmayacak hapsedeler.”¹⁸⁴

Adil yargılanma hakkı da Osmanlı hukuk sistematüğinde kendine has bir şekilde yerini almıştır. Zira, Osmanlıda yargı kural¹⁸⁵ olarak bağımsızdır. Nitekim Fatih’in bir ustabaşı ile aralarındaki davada Fatih’in aleyhine karar verilmesi kadıların adaletle nasıl uyduklarını anlatan uygulamadan bir örnektir¹⁸⁶. Yargıda baskı, iltimas işkence olmaması için davayı sürekli izleyen ve sayıları 5 ile 10 arasında değışen *şühud* veya *şühudul hal* denilen ve eski kadılardan, emekli kazaskerlerden ve hukukçulardan oluşan bir grup vardır¹⁸⁷. Bu müşahitlerin varlığı, bir otokontrol mekanizması sayılabilir. Zira verilecek olan kararın altında bu kimselerin de imzaları gerekmektedir. Hakimin mahkemede tek başına karar vermemesi beraberinde anılan kimselerin bulunması ve ileride verdiği hükümleri ispata muhtaç olması sebebiyle yargılamanın açık yapılması zorunluluktadır¹⁸⁸. Bir başka ifadeyle, yargılamada bulunup yargılamayı dinlemek isteyenler bundan men edilemezdi. Osmanlı adliye teşkilatında, başka bir ifade ile şer’iye mahkemelerinde, yargılamada çabukluk ve ucuzluk en belirgin özellik olarak göze çarpmaktadır. Hükümün sebebi ve şartları tamamıyla bulunduktan sonra hakimin hüküm vermeyi geriye bırakması mümkün değildi. Aksi takdirde görevinden alınması dahi söz konusu olabilirdi. Çünkü Osmanlı hukuk düzeninde geciken adaletin zulüm olduğu kabul edilmekteydi¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Fendoğlu, T. Hasan, agm, s. 300.

¹⁸⁵ Kural olarak dememizin nedeni, kadının saraydan bir takım emirler almasındandır. Fakat kadı sadece yargılama işlevi yürütmemektedir. “Kadı”nın bugünkü anlamda belediye başkanının, noterin ve emniyet müdürünün sahip olduğu haklara sahip olduğu bilinmektedir. İşte kadı bu yetkilerine binaen saraydan emirler almaktadır.

¹⁸⁶ Kaşıkçı, Osman, “Adalet, Hukuk, Yargı”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/fnB4> e.t.: 04/04/2005.

¹⁸⁷ “Kadı”nın bazı durumlarda bölgenin örf ve gelenekleri hakkında karar vermeden önce bunlara danışması, bir takım yazarlarca günümüzdeki bilirkişilik kurumuna benzetilmesine sebep olmuştur; Kaygısız, Mustafa, “Yargılamanın Tarihsel Gelişimi”, <http://www.caginpolisi.com.tr/34/29-30-31-32-33-34.htm#ftn1> e.t.: 04/04/2005; Fendoğlu, T., Hasan, agm, s. 301.

¹⁸⁸ Bayındır, Abdulaziz, Osmanlıda Yargının İşleyişi Osmanlı (Teşkilat), Ankara 1999, Yeni Türkiye Yayınları, C: 6 s. 429,

<http://www.suleymaniyevakfi.org/modules/nsections/index.php?op=viewarticle&artid=26> e.t.: 04/04/2005.

¹⁸⁹ Kaşıkçı, Osman, Adalet, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/fnB4> e.t.: 04/04/2005

Osmanlı ceza hukukunda “Biraet-i zimmet asıldır”¹⁹⁰; yani insanın suçsuz ve borçsuz olması ana prensiptir. Çünkü insan dünyaya suçsuz ve borçsuz olarak gelir. Suç veya borç, sonradan doğar. Dolayısıyla bir suçun veya borcun varlığını iddia edenin, onu ispat etmesi gerekir. Çünkü delil, yeni bir şeyi iddia edenden istenir¹⁹¹. Bu iddianın şüpheliyi aşacak şekilde ispatı gerekmektedir. İspatın bu kadar önemli olması sebebiyle en az iki şahitle yapılması şart koşulmuştur¹⁹². Ceza yargılamasında şüphe, daima sanık lehine kullanılmıştır. (Bu husus Mecelle’de şu şekilde ifade edilmiştir: “Şek ile yakîn zâil olmaz”. Md. 4). Had ve kısas cezaları da şüphe ile düşmekteydi¹⁹³. Hatta bu cezaların ağır olmaları sebebiyle hakim bir şüphe bulup cezayı düşürmekle görevlendirilmiştir. Bu konuda, sanığa ve tanıklara sorulacak sorular, bütün açıklığı ile İslam hukuku kitaplarında yer almıştır¹⁹⁴.

Osmanlı devletinde esas olan askeri sınıfa ait dava, veraset ve sair hukuki işlemler kazasker vasıtasıyla görülürdü¹⁹⁵. Malum olduğu üzere “askeri” tabiri, Osmanlılarda ordu mensuplarını içine aldığı gibi, ücretlerini devlet hazinesinden alan bütün kamu görevlilerini de kapsamaktaydı¹⁹⁶. Kazaskerler, bazı davaları istinafen tetkik ile hüküm verirlerdi. Aynı zamanda anılan görevliler, idari kurum olarak, kadı ve müderris tayinleri ile ilgilenmişlerdir¹⁹⁷. Kazaskerlerin bu memuriyetleri nazar-ı dikkate alınarak; askeri ve sivil yargının başı, ilmiyenin ikinci temsilcisi olduğu ve bu cümleden olarak, günümüzdeki Adalet Bakanlığı ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun nüvesini teşkil ettiği ileri sürülmüştür¹⁹⁸. Bu kadar geniş yetkilerle donatılmış bir müessese olan kazaskerliğin, sadrazam tarafından teftiş edilmesi; bitaraf olamayacağından şikayet edilirse, davanın kazaskerlikten emekli olmuş ya da çıkarılmış biri tarafından görülmesi; davada haksız karar verildiği iddia ediliyorsa, diğer bir hakim

¹⁹⁰ Mecelle md. 8.

¹⁹¹ Aynı husus, Mecellede yer almıştır; bk md. 77 “Beyyine hilaf-ı zahiri isbat içtindir.”.

¹⁹² Bayındır, Abdulaziz, agm.

¹⁹³ Konu ile ilgili bir örnek için İstanbul Müftülüğü Arşivinde bulunan İstanbul Mahkemesi, 1/25 numaralı arz sicili, s. 137’de kayıtlı tazir başlıklı maruza bakılabilir. Burada Kazif davasında, mağdurda beliren bir şüphe üzerine sanığa, had yerine tazir cezası verildiği görülmektedir; İbid.

¹⁹⁴ Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramuz, (öl. 886 h./1481 m.) Dererü'l-hükkâm fi ureri'l-ahkâm, İstanbul, c. I, s. 544-545; Bayındır, Abdulaziz, agm, dp. 116’dan naklen.

¹⁹⁵ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez, s. 228.

¹⁹⁶ Akdağ, Mustafa, Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, İstanbul 1979, CII, s. 79; (Aydın, M. Akif, age, s. 88 dp. 59’dan naklen).

¹⁹⁷ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez, s. 231.

¹⁹⁸ Fendoğlu, T., Hasan, agm, s. 301.

tarafından incelenip karar verilmesi-hatta önceki kararın iptal edilmesi-¹⁹⁹ günümüzde yargılamanın yenilenmesi müessesesine benzetilebilir. Bu bağlamda Osmanlı yargı sisteminde kontrol altında olduğu ve devrin hakimlerinin keyfi davranmalarının sayılan tedbirlere dayanarak, birinci kuşak haklar kategorisine giren işkence yasağı engellenmek istediği söylenebilir.

Osmanlı hukuk sisteminin teorisinde ve kural olarak uygulamasında işkence yasaktır. Şer'i ve örfi hukukta işkence bir delil olarak kabul edilmemiştir²⁰⁰. Osmanlı-İslam hukukuna göre savaşta esir düşen insanlara bile işkence edilmezdi. Bu husus, fıkıh kitaplarında yer almıştır: Esirden askeri sırları almak için işkence yapmak yasaktır; esire sadece kimliği ile ilgili sorular sorulabilir²⁰¹.

Osmanlı hukuk düzeninde, çalışma hürriyeti ve özel mülkiyet hakkı da kabul edilmişti. Kimsenin mülkiyet hakkına kural olarak tecavüz edilemezdi. Mülkiyet hakkına iki çeşit müdahale mevcuttu: Eşyanın kazanım sebebinin gayri-meşru olması ve belli ölçüde servetli olanlara kamu yararı ve sosyal adalet adına zekat ve fitre gibi yükümlülükler yüklenmesine bağlı olarak müdahale edilmesi²⁰².

Siyasi haklar arasında seçme hakkı başta gelmektedir. Uygulamada tam olarak riayet edilmese dahi, Halifenin veya Padişahın seçilmesinde halkın önemli rolü vardır. Fakat, Osmanlı'da Kanun-i Esasi'ye kadarki dönemde, gerek Sened-i İttifak, gerek Gülhane Hattı Hümayunu, gerekse Islahat Fermanında cemiyet kurma ve bununla beraber siyasi parti örgütlenme hürriyetine ilişkin ve bu bağlamda seçme ve seçilme hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir²⁰³. Fakat şu da bir gerçektir ki; eğer Şura esası uygulanırsa herkes bizzat veya temsilcisi vasıtasıyla fikrini beyan edebilecektir²⁰⁴.

¹⁹⁹ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez, s. 238-239.

²⁰⁰ Fendoğlu, T., Hasan, agm, s. 301.

²⁰¹ ez-Zuhayl, M. Vehbi, Asarü'l-Harb fi'l-fikhi'-İslami Diraseten Mukaraine, Dimaşk (Fendoğlu, T., Hasan, agm, s. 302. dp 5'den naklen.)

²⁰² Cin, Halil – Akgündüz, Ahmed, age, s. 191.

²⁰³ Küçük, Adnan, Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Ankara 2005, s. 86.

²⁰⁴ Cin, Halil - Akgündüz Ahmed, age, s. 190.

c. Osmanlı Hukukunda İkinci Kuşak Haklar

Bu kategoriye giren haklardan biri olan öğrenim hak ve hürriyeti Müslüman'ın hakkı olduğu gibi aynı zamanda ödevidir. Nitekim Osmanlıda eğitim ve öğretim hakkına riayet ederek, medreselerin açılmasını sağlamıştır.

İkinci kuşak hakların belki de en önemlisi sosyal güvenlik hakkıdır. Osmanlı hukuk sisteminde *zekat* ve *vakıf* gibi sosyal güvenlik kurumlarının yanında, devletin muhtaç vatandaşlara bakma yükümlülüğü de mevcuttu²⁰⁵. Osmanlıda sosyal güvenlik sistemini, Osmanlı vatandaşlarını ikiye ayırarak irdemek gerekmektedir: Askeri sınıfa ilişkin sosyal güvenlik sistemi, reaya ilişkin sosyal güvenlik sistemi.

Askeri sınıf - ki bunları ilmiye-adliye, kapıkulları, tımarlı sipahiler olarak ayırabiliriz- hakkında öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki; bunların mecburi prim ödeme ve belirli bir emeklilik yaşları yoktu. Azledilme, ihtiyarlık, sakatlık gibi durumlar dışında çalışma süreleri sınırsızdı²⁰⁶. Merkezi hazineden maaş alan ilmiye ve adliye görevlilerine azledildiklerinde verilen *arpalık*²⁰⁷ ve Tanzimat'tan sonra onun yerine geçen *mazuliyet akçesi*; mütekait veya otrak diye adlandırılan kapıkulları emeklilerine verilen ve selatin (Sultanlar) camilerinden ödenen yüksek emeklilik maaşı; yeniçerilerin orta sandığı denen ve orta adındaki birliklerinde bulunan vakıf statüsündeki yardımlaşma sandığı ve tımarlı sipahilere *dirlik* adı altında verilen toprak parçaları devlet görevlilerine ilişkin sosyal güvenlik müesseseleri olarak algılanabilir²⁰⁸.

Şehirli, köylü ve yarı göçebe sınıftan oluşan reaya ilişkin sosyal güvenlik kurumu olarak da esnaf sandığından bahsedilebilir ki; bunlar kethüda, yiğitbaşı gibi esnafın ileri gelenlerinin gözetimi altında vakıf statüsünde çalışırlardı. Sandığın sermayesi esnafın bağışları ile çıraklıktan kalfalığa ve kalfalıktan ustalığa yükselenler için ustaları tarafından verilen paralardan ve aidatlardan oluşurdu²⁰⁹. *Avarız vakıfları*, şehir ve köy halkının en önemli sosyal güvenlik kurumu olarak ifade edilmiştir. Avarız

²⁰⁵ Cin, Halil - Akgündüz Ahmed, age, s. 192.

²⁰⁶ Tabakoğlu, Ahmet, Osmanlı Sosyal Güvenlik Sistemi, Osmanlı Toplum Yapısı Üzerine Derleme, Konya 1996, s. 354-355.

²⁰⁷ Arpalık, "Osmanlı Devletinde yüksek devlet memurları, bazı saray mensurları ile ilmiye sınıfının üst kademesinde ek tahsisat ve emekli veya azil maaşı olarak verilen gelirler" olarak tanımlanmıştır; Doğan, Mehmet, age, arpalık kelimesi.

²⁰⁸ Tabakoğlu, Ahmet, agm, s. 355 vd.

²⁰⁹ İbid, s. 360.

bilindiği gibi hem toplu yükümlülüklerle verilen addır hem de rizikolar, tehlikeler demektir ki bunlar tamamen sosyal güvenliğin çerçevesine girer. Avarız vakıfları ile önceleri, fakir olanların vergi borçları ödenirken; daha sonraları su yolu ile kaldırım inşası, fakirlerin iaşesi, evlendirilmesi, sermaye tedarik, cenaze masraflarının finansmanı gibi hususları da karşılamaya çalışmıştır²¹⁰.

Osmanlı hukukunda sosyal güvenlik müessesesini araştıranların karşılaştıkları bir diğer kurum, kökleri 13'ncü yüzyıla dayanan *ahilik teşkilatı*dır. Bu örgüt, dinsel kaynaklardan esinlenerek oluşturulmuş örf ve adetlere göre yönetiliyordu. Sonraları, bu örgütlere uygulanan kurallar *fütüvvetname*²¹¹ denilen yazılı kaynaklarda toplanmıştır. Öte yandan, zamanla bu örgütler gayrimüslümleri de ele alacak yönde dönüşüme uğrayarak *lonca* adını aldığı ifade edilmiştir²¹². Anadolu'da üretim ve pazarlama ortaklığını teşvik edici kurumlar olarak ortaya çıkan loncalar zamanla üretim kalitesini yükseltme, kalifiye eleman yetiştirme, yetişen elemanlara ustalık sertifikası verme, iş ve ticaret ahlakını geliştirme ve denetleme ve en önemlisi *işçileri koruma* görevini üstlendiler²¹³. Belirtildiği üzere onbeşinci yüzyılda ahilik geleneğiyle bütünleşen loncalar belli bir heyet tarafından yönetiliyordu ve bu yönetim gerekli cezai müeyyideleri de uygulama yetkisine sahipti²¹⁴.

Sendika ve Toplu İş Sözleşmesi hakkı, ikinci kuşak haklar kategorisine giren haklardandır. Osmanlı devleti döneminde ülkenin sanayileşmede geri kalması sebebiyle, sendika ve toplu sözleşme haklarına ilişkin aşağıda belirttiğimiz örnek dışında herhangi bir sözleşmeye veya düzenlemeye rastlanmamaktadır²¹⁵. Zira sendika ve toplu iş sözleşmelerinin kabulü sanayinin gelişmesine ve işçi sayısının artmasına bağlıdır. Bahsettiğimiz örnek ise, 13 Temmuz 1766 yılında Kütahya'da yapılan eyalet divanı

²¹⁰ İbid, s. 361.

²¹¹ Arapça aslı futuvva olan fütüvvet; gençlik, erginlik çağı, delikanlılık, delikanlıca tavır, gençlikten kaynaklanan hafif meşreplik, yiğit bir delikanlıda bulunan iyi tavırların hepsi ve özellikle çömertlik gibi özelliklerdir (Ateş, Toktamış, Osmanlı Toplumunun Siyasal Yapısı, Ankara 1994, s. 138-139.)

²¹² Işıklı, Alpaslan, İş Hukuku, Ankara 2002, s. 12.

²¹³ Çaha, Ömer, "Osmanlı'da Sivil Toplum", Osmanlı Toplum Yapısı Üzerine Derleme, Konya 1996, s. 387.

²¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bk. Şen, Murat, "Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri Loncalar ve Vakıflar" Çimento İşveren Dergisi, sayı: 6 C: 16, Kasım 2002 s. 18-40; <http://www.cmis.org.tr/dergi/112002/makale3.pdf> e.t.: 06/04/2005.

²¹⁵ Tuncay, A. Can, "Toplu İş Sözleşmesi Hakkı", İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları-1410, İstanbul Aralık 2000, s. 265.

toplantısında, vali Ali paşanın huzurunda gayrimüslüm fincancı kalfaları arasında yapılan ve fincancı kalfalarına ne kadar ücret ödeneceğine ilişkin sözleşmedir²¹⁶.

d. Osmanlı Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar

Varlığı günümüzde dahi tartışma konusu yapılan üçüncü kuşak hakların başında barış hakkı gelmektedir. Bünyesinde 20 küsur milleti barındıran bir devletin, 600 sene yaşaması barış hakkının bilfiil uygulamasından başka bir şey değildir. Klasik Osmanlı toplum yapısı resmen din esasına dayanan “millet”lere bölünmüş, idari teşkilatlanmada bu ayırım nirengi noktası alınmış, vergilendirme, eğitim, sosyal hayat bu esas çerçevesinde düzenlenmiştir²¹⁷. Dolayısıyla bu milletler her zaman için barış hakkını talep etmeye yetkili olmuşlardı.

Bu kategoriye giren bir diğer hak da çevre hakkıdır. Malum olduğu üzere, Devlet-i Ali Osmaniye idari yapı olarak eyalet, sancak, kaza, nahiye ve köylere ayrılmakta idi²¹⁸. Kazaların en önemli görevlileri subaşı ve kadıdır. Bu idari merkezde o yerin emniyet ve asayişini temin, maddi ve manevi temizliğini muhafaza görevlerini üstlenen kişilere subaşı denmiştir²¹⁹. Subaşının görevlerinin çokluğu nedeni ile özellikle çevre ile ilgili hususlarda yetkili olmak üzere *çöplük subaşısı* isimli ayrı bir memur daha atanmıştır²²⁰.

Çöplük subaşılarının görev ve yetkilerini düzenleyen 1539 tarihli nizamnameden²²¹ birkaç hüküm zikrederim: - *ilan ve yasak ede, bundan sonra hiçbir evin ve dükkanların etrafını pis tutmayıp çöplük ve onun emsalinden nesne vaki’i olmaya, olursa gidereler. – zikredilen subaşı bu hususta çok dikkatli olup, çarşı ve mahallelerde dökülen çöpleri, kimin evine ve bahçesine yakın olursa, onun döktüğü*

²¹⁶ İbid, s. 265.

²¹⁷ Türköne, Mümtazer, agm, s. 87.

²¹⁸ Cin, Halil - Akgündüz, Ahmed, age, s. 217 vd; Cin, Halil - Akyılmaz, Gül, age, s. 143 vd.

²¹⁹ Cin, Halil - Akyılmaz, Gül, age, s. 149.

²²⁰ Akgündüz, Ahmed, Belgeler Gerçekleri Konuşuyor, C: III, Osav yayımları, İstanbul 1991, s. 73; aynı gerçeği Evliya Çelebi de, çöplük subaşılarının yol ve sokakların temizlik işlerine baktıklarını, bu kişilerin yönetimi altındaki çöp toplayıcı ve taşıyıcı esnafın garip görünen kıyafetleri olduğunu belirterek dile getirmiştir; (Çelebi, Evliya, Seyhatname C: III, İstanbul 1992, s. 151).

²²¹ Nizamnamenin tamamı için bk. Kaşıkçı, Osman, “İslam ve Osmanlı Çevre Hukukuna Giriş” Selçuk Üniversitesi Yayınları no: 129, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10 Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 243; aynı şekilde Fatih Sultan Mehmet’in de vasiyetnamesinde çevre hukuku ile ilgili düzenlemeler mevcuttur, bu vasiyetname için bk. İbid, s. 245-246.

bilinirse temizletdire. Biz etmedik derlerse edeni buluvereler, onun yasağı ona ola. ... - Dahi onat vechile görüp gözetip cifeden ve sair çöplükten temizlettire. Ve at olsun ve sair davar cifesin halk incindiği yerde konduktmaya. Gereği gibi yasak edüb men' eyleye. Her kim ki, uymayup temerrüd ederse, ol cifenin başını kesüp bırakan kimesnenin boynuna takup şehri teşhir edüp men'ederler. Uymayanı yazup bildire. Görüldüğü üzere çevre temizliği en ince ayrıntısına kadar düzenlenmiş, hatta bu kurallara uymayanlar cezalandırılmıştır.

Burada Osmanlı devletindeki çevre hukuku ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da çevrecilikte etkin bir rol olan mükafatlandırma ya da muaf tutma yoludur. Örneğin; Haliç'te biriken ve erozyonla gelen çamurlar çömlük, testi vb. eşyaların yapımında kullanılıyordu. Devlet, bu işle uğraşan imalathanelerden vergi almıyordu. Başka bir ifade ile bu imalathaneleri vergiden muaf tutuyordu. Böylece tarihte ilk kez İstanbul'da çevre korumacı sanayi teşvik ediliyordu²²². Bu ve benzeri örnekleri çoğaltmak mümkündür²²³.

3. Osmanlı Hukukunda İnsan Haklarının Korunması

İlk bölümümüzde de ayrıntıları ile belirttiğimiz gibi; günümüzdeki anlamı ile insan hakları, iktidarı elinde bulunduranların yetkilerini keyfi kullanmaları neticesinde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla insanlar, artık yetkili kişilerin keyfi davranmalarını engellemek için bunları sınırlamak istiyorlar. Çalışmamızın bu kısmında Osmanlı Devletinde siyasi iktidarın ve onun taşradaki temsilcisinin sınırlandırılmasına ve bu bağlamda insan haklarının korunmasına değinmeye çalışacağız. Öncelikle şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki; Osmanlı Devleti'nin hak ve hürriyetler karşısındaki konumunun, orta çağın mutlakıyetçi devletlerine oranla daha yumuşaktır. Fakat; bu hakların korunması garantisini verecek günümüz anlamında bir mekanizmadan söz edemeyiz. Yönetimin sert ya da yumuşaklığı, Padişahın yapısına bağlı olduğundan, hakların çerçevesinin çizilmesi de hükümdarın iki dudağının arasında kalmakta idi. Ancak, Osmanlı Uleması²²⁴, siyasi iktidarın sertliğini dini akidelerle yumuşatmaya ve Padişahı İslam hukukuna uymak için uyarmaya sürekli çaba harcamışlardır. Dinî

²²² İbid, s. 247.

²²³ Farklı örnekler için bk. İbid, s. 247.

²²⁴ Ulema, medreselerde yetişmiş, kadılık, müftülük, müderrislik, kadıaskerlik, defterdarlık, şeyhülislamlık gibi mevkilere gelmiş kişilere denir (Ünal, Mehmet Ali, agm, s. 190).

otoritenin uyarısı platonik ve tavsiye mahiyetinde olduğu halde, hükümdarın adalet çizgisinden sapmaması için en büyük caydırıcı güç oluşturmuştur²²⁵. İşbu caydırıcı güç hakkında biraz bilgi verelim.

Osmanlı padişahının keyfi davranmasını önleyen ilk caydırıcı güç Şeyhülislamdır. IX. yüzyılda ortaya çıkan ve fetva ile şöhret kazanmış veya çok sayıda fakihin tasvibini almış olan fıkıh alimlerine şeref unvanı olarak verilen *Şeyhülislam*lar, mühim devlet işlerinde²²⁶ fikir ve düşüncelerini zikrederek, Padişahın vereceği kararların İslam hukukuna uygun olup olmadığını tespit eder²²⁷, binaenaleyh Padişahın yetkilerini bir nebze de olsa sınırlamaktaydılar²²⁸. Bu cümleden olarak yasama yürütme ve yargı organının başı konumundaki padişahlar şeyhülislamın *fetvasına*²²⁹ uymak konusunda itina göstermişlerdir. Padişah fetvaya uymalıydı çünkü; fetvanın Osmanlı siyasi iktidarının icraatları için kamuoyu nazarında bir meşruiyet kaynağı olduğu Padişah tarafında da bilinmekteydi²³⁰. Hattı zatında, kanunnamelerin İslam hukukuna uygunluğunun şeyhülislam tarafından kontrol edildikten sonra yürürlüğe girdiğini ileri sürenler dahi olmuştur²³¹. Tabii bu durum, fetvaya uymak istemeyen veya kendi görüşüne uygun olarak fetva çıkarılmasını isteyen hükümdarların varlığını engellememiştir. Zira, II. Osman (Genç), Şeyhülislam Esad Efendi'den kardeşinin katliyle ilgili fetva talep edince o buna karşı çıkmış, lakin bu sefer de Esad Efendi azledilmiştir²³². Verdiğimiz örnekten de anlaşıldığı üzere şeyhülislamın atanması ve azledilmesi Padişahın takdirindeydi. Buradan çıkaracağımız sonuç ise; mezkur görevliler padişahın istediklerine uygun fetva vermeliler yoksa buldukları konumdan olabileceklerdir.

Osmanlı imparatorluğunda idarenin sınırlanmasına ilişkin diğer bir delil ise *adâletnameler*dir. Mezkur kavram İnalçık tarafından şu şekilde tanımlanmıştır:

²²⁵ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 25-26.

²²⁶ Örneğin, harp ilan edilmesi, barış yapılması, ıslahat uygulaması, askeri ve sosyal alandaki düzenlemeler hakkında görüş bildirmesi.

²²⁷ Ünal, Mehmet Ali, agm, s. 190-191.

²²⁸ Aksi görüş için bk. Üçok, Çoşkun – Mumcu, Ahmet – Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999, s. 195.

²²⁹ Fetva, şeyhülislamın görüşünü yazılı olarak açıklamasıdır.

²³⁰ Ünal, Mehmet Ali, agm, s. 191; Üçok, Çoşkun – Mumcu, Ahmet – Bozkurt Gülnihal, age, s. 194-195.

²³¹ Aydın, Mehmet Akif, age, s. 73.

²³² İbid, s. 191; Uzunçarşılı, İsmail, Hakkı, Osmanlı Devlet'inin Saray Teşkilatı, Ankara 1948, s. 48.

“...devlet otoritesini temsil edenlerin, *reaya*’ya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını, kanun, hak ve adalete aykırı tutumlarını, olağanüstü tedbirlerle yasaklıyan beyannâme şeklinde bir Padişah hükmüdür.”²³³ Tariften de anlaşılacağı üzere, adaletnamelerin amacı, Osmanlı hukukunun kaynaklarına aykırı hareket ederek, elindeki yetkiyi keyfi olarak ve suistimal ederek kullanan otoriteyi sınırlandırmaktır. Tanımda dikkati çeken bir diğer husus da, iktidarı sınırlandırmak için meydana getirilen adaletnamelerin, yine iktidar tarafından düzenlenmiş olmasıdır.

Yapılan bid’atlar²³⁴ neticesinde ortaya konan adaletnameleri²³⁵ umumi olarak tahlil ettiğimizde şu tespitleri dile getirebiliriz: Padişah’ın kapısına veya doğrudan kendisine, aynı nitelikte birçok şikayetin yapılması veya padişah tarafından gerek bizzat gerekse müfettişleri vasıtasıyla yapılan teftişleri neticesinde yaygın bir yolsuzluğu ve keyfiliği önleme amacıyla hazırlanan adaletnameler, hüküm ve siyaset sahibi yüksek idarecilere –örneğin kadılara, beylerbeylerine veya sancak beylerine- hitaben yazılır. Direk onları muayyen hususları yapmaktan yasakladığı gibi, başkalarının yaptıkları zulümlerden de kendileri sorumlu tutulmaktadır. Zira bu haksızlıkları önlemek de onların görevidir. Adaletnamelere uymayanların cezalandırılacağı ve bu durumun Padişah tarafından gizli bir şekilde teftiş edileceğine de değinmek gerekir. Aynı zamanda adaletnamelerin halka duyurulması şart koşulmuştur.

Görüldüğü üzere, adaletnameler aslında meri kanunların kesin bir şekilde uygulanması gayesiyle, Padişahı olmasa bile, iktidarın taşra örgütü olarak adlandırabileceğimiz birimlerin başındaki kişilerin keyfi hareket etmelerini engellemektedir.

Günümüzde kamu hakemliği de denilen ombudsman kurumu Osmanlı’da –başka görevleri de olmakla birlikte- *hisbe* teşkilatı adı altında kabul edilmiştir²³⁶. Bu kurumun başında *İhtisah ağası* veya *Mühtesip* denilen kişi bulunur²³⁷. Koloğlanlar, terazibaşı ve

²³³ İnalçık, Halil, “Adaletnameler” Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000, s. 76.

²³⁴ Bidat, haksız yenilikler, şere, örf, padişah emirlerine, kanun-i kadime aykırı olan uygulamalardır; İbid, s. 80.

²³⁵ Birçok bidat ve adaletname örnekleri için bk. İbid, s. 80-120.

²³⁶ Hisbe teşkilatı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Kazıcı, Ziya, “Osmanlılarda İhtisab” Yeni Türkiye Dergisi, Osmanlı Özel Sayısı II, sayı 32, Mart-Nisan 2000, s. 63- 73.

²³⁷ Fendoğlu, T., Hasan, agm, s. 302.

Taşoğlanlar adı altında yardımcıları bulunurdu. Tebaa karşılaştıkları problemleri bu kurum vasıtasıyla idareye bildirebiliyordu.

İnsan haklarının korunmasına ilişkin şunları da söyleyebiliriz. Osmanlı devletinde idari toprak birimine kadı ve subaşı olmak üzere iki yöneticinin gönderildiğini; “kadı”nın verdiği hükümlerde subaşından bağımsız olduğunu; subaşının “kadı”nın hükmü olmadan kimseyi cezalandıramayacağını ve “kadı”nın da subaşının kuvvetine dayanmadan tek başına hükümlerini uygulayamayacağını dikkate alacak olursak taşra örgütünde bir oto kontrolün olduğunu zikredebiliriz; hatta sayılan bu sebeplerden ötürü bazı yazarlar Osmanlı taşra örgütünde kuvvetler ayrılığı ilkesinin mevcut olduğunu ifade etmişlerdir²³⁸. Aynı şekilde hakkında şikayet olan, yetkisini kötüye kullanan eyaletlerin en üst idari amiri olan beylerbeylerinin görevlerine son verilmesi; mezkur yetkilinin hukuki konularda verdikleri kararların kadılar, mali konularda verdikleri kararlarının ise defterdarlar tarafından denetlenmesi; ayrıca paşa divanlarında²³⁹ verilen kararların bir nüshasının Divan-ı Hümayun’a gönderilmesi ve yine Paşa divanlarında verilen kararlardan memnun olmayanların Divan-ı Hümayuna başvurmaları beylerbeyinin yetkisini suiistimal etmesini engelleyebilmekte²⁴⁰ ve bu bağlamda insan haklarının korunması sağlanabilmektedir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Osmanlı hukuk sisteminde insan haklarını koruyucu mekanizmaların olmaması sebebiyle, bu düzeni olabildiğince eleştirmek insaf sınırını aşmaktadır. Belirtildiği üzere günümüz anlamında insan haklarının ortaya çıkışı; Avrupa’da siyasal iktidarların yetkilerini keyfi olarak kullanmaları neticesinde toplumsal hareketlerin etkisiyle olmuştur. İfade edilmek istenen o dur ki, Batıda önceleri yürütme organı, sonra ise yasama organı, bünyelerinde barındırdıkları yetkilerini kötü niyetli olarak kullanmışlardır ki, toplum bu kullanım biçimine “dur” deme ihtiyacı duymuştur. Fakat Osmanlıda iktidar elindeki yetkiyi, var olan bir takım sınırlayıcı organlar vasıtasıyla olabildiğince adaletli kullanmıştır. Zaten bu durumu Osmanlının devlet yönetim ilkesi de açıklamaktadır: Hükümdarın gücü askeri güce,

²³⁸ Akyılmaz, Bahtiyar, “Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Taşra Teşkilatı”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, yıl: 4 sayı: 49, Ankara Aralık 1999, s. 8.

²³⁹ Paşa Divanı, Divan-u Hümayunun eyaletlerdeki küçük modelidir diyebiliriz; İbid, s. 10.

²⁴⁰ İbid, s. 11.

askeri güç hazineye, hazine, reyanın ödediği vergilere, vergilerin artışı adalete bağlıdır.
Görüldüğü üzere hükümdar adaletli olduğu müddetçe güçlüdür.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUN-İ ESASİ'NİN İNSAN HAKLARI YÖNÜNDEN ANALİZİ

A. KANUN-İ ESASİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

1. Kanun-i Esasi'nin İlanını Hazırlayan Koşullar

Günümüz anlamındaki anayasaların ve anayasacılık hareketlerinin, batı kökenli olay ve müesseseler olduğunu; bu yerlerde anayasaların ortaya çıkmasında halktan gelen hak ve hürriyet taleplerinin ve mücadelelerinin etkili olduğunu ve bu taleplerin başında iktidarın keyfi tutumlarını sınırlandırmak ve yasama organında halktan da temsilcilerin olması gerektiğini muhtelif defalar belirtmiştik. Her ne kadar *ilk* yazılı Türk anayasası da olsa Kanun-i Esasi'nin¹ hazırlanmasında, halk hareketi ve bir ideolojinin olmadığı ileri sürülmektedir. Osmanlı devletinde görülen, anayasanın aşağıdan gelen değil; fakat yukarıdan empoze edilen bir teşebbüsün sonucu olduğudur². Nitekim meşrutiyet'in kurucusu sayılan Mithat Paşa, azil ve sürgün edildiğinde arkasında umduğu kimselerin hiçbirini bulamamış, halkın bu olaya bir tepkisi de bulunmadığı gibi; meclisin feshi ve Kanun-i Esasi'nin tatilinde de uzun yıllar karşı çıktığı görülmemiştir³.

Meşrutiyet öncesinde yurtiçinden gelen baskıların kitlesel boyutlara ulaşmadığı, ulusal bir hareket kazanmaması; meşrutiyetin ve bu bağlamda ilk anayasamızın, bir bağış veya lütuf olduğu sonucu akla getirilmemelidir⁴. Başka bir ifade ile, anayasanın padişahın bir yazısı ile yürürlüğe girmiş olmasından veya anayasayı yapan gücün padişahın iradesinden ibaret bulunmasından yola çıkarak, anayasanın kaynağında “Batı anayasalarındaki gibi bir ulusal hareket yoktur” demek yanlış olacaktır. Zira Anayasayı ilan eden Abdülhamid'in tahta çıkabilmesi için, bu anayasanın ilan edilmesi şart

¹ İlk anayasamız “Kanun-u Esasi” ve “Kanun-i Esasi” olmak üzere farklı şekillerde yazılmıştır. Doğru yazılışı aslında “Kanun-ı Esasi”dir. Farsça sıfat tamlamalarındaki iki kelimenin arasına giren işaret Türkçe'ye -i veya -ı harfleriyle aktarılabilir. Ancak ses uyumuna göre u veya ü şeklinde de söylenebilir. Buna göre “Kanun-ı Esas” şeklinde yazıp “Kanunu Esas” şeklinde okumak gerekir. (Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 15 Mayıs 2004 dp. 83).

² Ekinci, Ekrem Buğra, “Kanun-u Esasi'nin İlanını Hazırlayan Şartlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C: 6, sayı: 1-2, Konya 1998, s. 529.

³ Kili, Suna, “1876 Anayasası ve Çağdaşlaşma Sorunu”, Kanun-i Esasi'nin 100. yılı Armağanı, AÜSBF Yayınları, Ankara 1978, s. 195-196; Okandan, R. Galip, *age*, s. 145-146; Kili, meclisin feshinin geniş halk kitlelerinde büyük bir tepkiyle karşılanmamasının asıl nedenini sadece Anayasada aramamak gerektiğini; toplumun büyük bir kesiminin bu konularla ilgilenmemesinin, genel bir atalet içinde olmasının, siyasal bilinçlenmeye varmayışının ve varolan düzenin siyasal kültürünün aktif yurttaş görüşünü taşımamasının, anayasa rejimiyle ilgili konuların yeniliğinde ve henüz bunlarda bir birikim olmasının da Kanun-i Esasi'nin ertelenmesinde tepkiyle karşılanmaması nedenlerinden olduğu ifade etmiştir; *ibid*, s. 195.

⁴ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul Eylül 2004, s. 126.

koşulmuştur⁵. Bürokrasinin üst mercilerinin aktif olarak müdahale etmesi, basın yoluyla kamu oyunu etkilemeye çalışan bir muhalefet hareketi, siyasi çekişmeler, ordunun iktidar değişikliğinde rol oynaması, kamu maliyesinin bozulması ve diğer ülkelerin iç siyasette etkili olması, bu anayasanın sadece padişahın iradesiyle ortaya çıkarılmadığının göstergesidir.

Belirtildiği gibi, ilk Anayasamızın hazırlanmasında bir çok olgu ve kavramlar etkili olmuştur⁶. Getirdiği siyasal sistemden çok, etrafında yarattığı siyasal çekişmeler, yürürlüğe konulması için girişilen uğraşlar ve siyaseti düşünen, onunla ilgilenen kişilerin sayısını çoğaltması açısından ehemmiyetli olduğu zikredilen⁷ Kanun-i Esasi'nin hazırlanmasından önceki bu vakaları tahlil etmek siyasi tarih biliminin uğraşına gireceği için, bu konunun üzerinde fazla durmayacağız. Burada sadece şunu ifade etmek istiyoruz: I. Meşrutiyet, tarihsel bir birikim neticesinde ortaya çıkmış olup; Osmanlı Devleti'nde ilk kez halkın bir bölümü eşitlik, hürriyet, padişahın yetkilerinin kısıtlanması, anayasalı rejime geçiş gibi taleplerde bulunmuştur⁸. Fakat, kısmen de olsa aşağıdan yukarıya doğru yükselen siyasi olayların, toplumsal tabana oturduğunu söylemek yanlış olur⁹.

Konumuz açısından mezkur anayasanın hazırlanmasındaki koşulların önemi; batıdaki ilk anayasaların ortaya çıkmasındaki faktör ile Kanun-i Esasi'nin ortaya çıkmasını sağlayan koşulların birbirinden farklı olmasıdır. Batıda belirtildiği üzere, anayasalar insan haklarının ihlali neticesinde hukuk alemine intikal etmişken; aynı hususun ilk yazılı Türk anayasasında da söz konusu olduğunu ileri süremeyiz. Bu da anayasada hangi insan haklarının düzenlendiği ve bu hakların korumaya kavuşturulması hususunun tespiti açısından ehemmiyet arz etmektedir.

⁵ Ekinci, Ekrem Buğra, agm, s. 535; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 125.

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Ekinci, Ekrem Buğra, “Kanun-u Esasi'nin İlanını Hazırlayan Şartlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C: 6, sayı: 1-2, Konya 1998, s. 509-554.

⁷ Kili, Suna, agm, s. 207.

⁸ Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 468.

⁹ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 127.

2. Kanun-i Esasi'nin Hazırlanışı ve Anayasal Niteliği

Anayasayı hazırlamak üzere Şuray-ı Devlette “Cemiyet-i Mahsusa” adlı bir komisyon kuruldu. Üçü Hıristiyan onaltı mülkiye memuru, ulemadan on kişi, iki ferik, toplam 28 kişiden oluşan komisyonda Mithat paşanın, Küçük Said Paşanın ve Meclis-i Vükela'nın hazırladığı üç tasarı görüşüldü¹⁰. Belçika, Polonya ve Prusya anayasalarından da yararlanılarak hazırlanan ve 119 maddeden oluşan anayasa, komisyonun çalışmalarının ardından Padişah II. Abdülhamit'e sunuldu. Padişah'ın özellikle yetkilerine ilişkin bazı maddelerde değişiklik yaptığı ve ünlü 113'ncü maddenin Mithat, Ziya Paşaların ve Namık Kemal'in itirazlarına rağmen Anayasa'da yer almasını sağladığı ileri sürülmektedir¹¹. Görüldüğü gibi, anayasa halkı temsil eden bir kurucu meclis tarafından hazırlanmamış ve kurucu referandum da yapılmamıştır. Kanun-i Esasi'yi anayasa yapan gücün Padişahın iradesi olduğu, hatta Padişahın yazısıyla (hatt-ı hümayunu ile)¹² yürürlüğe girdiği nazarı dikkate alındığında; mezkur anayasaya hukuki biçimi itibariyle “ferman anayasası” da diyen yazarlar mevcuttur¹³.

Belirtildiği üzere, Kanun-i Esasi Polonya, 1831 Belçika ve 1851 Prusya Anayasalarından yararlanarak hazırlanmıştır. 1851 Prusya anayasasının, bir hanedanın meşrutiyetine dayandırılması, tüm iktidarın “Allah'ın yardımıyla” hüküm süren meşru bir krala verilmesi ve yürütmenin üstünlüğünü devamlı kılmak eğilimi özellikleri nazarı dikkate alınacak olursa; Kanun-i Esasi'nin özellikle Prusya Anayasasından etkilendiğini dile getirebiliriz¹⁴. Zira, bazı yazarlar, Osmanlıların yeni Anayasalarını yaparken, örnek aldıkları anayasalarda, meşruti sayılabilecek her şeyi ihmal ederek,

¹⁰ Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara 1996, s. 62.

¹¹ İbid, s. 64; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasa, s. 133; Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 63.

¹² Hatt-ı Hümayun, padişahların kendi el yazılarıyla –genellikle çok kısa olarak- bizzat belirttikleri istek ve buyruklardır. Anayasayı yürürlüğe koyan padişah iradesi böylece onun hazırlatıp kendi el yazısıyla onayladığı üstün bir hukuk belgesidir ve Anayasa'nın geçerlik dayanağıdır; Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 199 dp. 51.

¹³ İbid, s. 133; Tanyel, Süalp, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, DÜ SBE, Kamu hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2001, s. 27; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000; www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005; Kabakçıoğlu, Metin, agt, s. 165.

¹⁴ Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 69.

mutlakiyet rejimine yarayacak her şeyi aldıklarını veya aldıklarını da mutlakiyet rejiminin işine yarar şekilde getirildiklerini ileri sürmektedirler¹⁵.

Sayıları çok az da olsa, bir kısım yazarlara göre, 1876 Kanun-i Esasi'si gerek şekil ve gerek içerik olarak, kamu hukukunun bugünkü şartlarının gereği olarak anayasa niteliğine sahip değildir. Gerçi bu metinde devletin teşkilatı ve insan hakları ile ilgili bazı hükümler bulunmakla birlikte, esas olarak Padişah kendi ile ilgili hususları kendi isteği doğrultusunda düzenlemiş olup bu bağlamda tek taraflı bir tasarruf olup, bir “ferman” “ihsan olunmuş bir hükümdar şartnamesi” niteliğindedir. Kanun-i Esasi'nin diğer taraftan seçtiği kimseler tarafından, bağımsız bir yasama organı veya bir kurucu meclis tarafından düzenlenmiş ve kabul edilmiş olmaması Padişahın kendi iradesi ile millete bağışlanmış bir berat (*Charte Constitutionnelle*).olarak adlandıran yazarlar da olmuştur¹⁶. Yasama ve yürütme organı Padişahın elinde bulunmaktadır. İşbu sayılan nedenlerden ötürü, bu görüş sahipleri 1876 Kanun-i Esasi'nin Anayasa niteliğinden yoksun olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁷.

Anayasa hukuku kitaplarının geneline bakıldığında anayasaların içerik ve hazırlanış açısından “maddi anlamda anayasa” ve “şekli anlamda anayasa” olmak üzere ikiye ayrıldığını; bunlardan maddi anlamda anayasanın, toplumun siyasi yapısını oluşturan temel organların kuruluşunu, işleyişini, görev ve yetkilerini, kişilerin devlet karşısındaki hak ve hürriyetlerini düzenleyen kuralları ve ilkeleri ifade ettiğini¹⁸; şekli anlamda anayasanın ise ihtiva ettiği kurallar ne olursa olsun, genellikle alelade kanunlardan farklı şekil ve usullere uyularak yapılan ve anayasa adını taşıyan kanun¹⁹ olduğunu görürüz²⁰.

Kanun-i Esasi'yi şekli anlamda anayasa açısından değerlendirecek olursak, metnin anayasa olduğunu ifade edebiliriz. Zira, öncelikle, Kanun-i Esasi kendisinin üstünlüğünü ve bağlayıcılığını açıkça ilan etmiştir. 115'inci maddeye göre, “Kanun-u Esasi'nin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil ve icradan iskat edilemez”.

¹⁵ Özer, Atilla, “1876 Anayasasında Padişahın Durumu”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Prof. Dr. Orhan M. Kürkçüer'e Armağan, C: 7 sayı: 1-2, Ankara 1975, s. 54.

¹⁶ Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 103.

¹⁷ Okandan, Recai G., age, s. 146 vd; Tunaya, Tarık Zafer, age, s. 422; Özkorkurt-Ünal, Nevin, agt, s. 49.

¹⁸ Demir, Fevzi – Karatepe Şükrü, Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1989, s. 17.

¹⁹ Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, s. 4.

²⁰ Ayrıca bk. Gören, Zafer, Anayasa, s. 2.

Aynı zamanda Kanun-i Esasi'nin 116'ncı maddesi Kanun-i Esasî değiştirilme teklifinin kabul edilmesi için sırasıyla Heyet-i Mebusan'ın ve Heyet-i Âyanın üye tamsayılarının üçte iki oy çokluğu gerektiğini hükme bağlamıştır ki; bu demektir ki, Kanun-i Esasi kanunlardan zor değiştirilebilir bir metindir. Aynı şekilde Kanun-i Esasi, anayasaya özgü bölümler ve metinler halinde, kişisel olmayan hukuki dille yazılmıştır. Dolayısıyla Kanun-i Esasi'yi şekli kritere göre bir anayasa olarak kabul etmek zorundayız²¹. Osmanlı Devleti'nin genel yapısını, organlarını, bunların aralarındaki ilişkileri, tebaanın hak ve hürriyetlerini yazılı bir metin içerisinde bu anayasada düzenlendiği için de Kanun-i Esasi'nin maddi anlamda da bir anayasa metni olduğunu ifade edebiliriz²².

Günümüz anlamında bir kanunun, Anayasa olarak addedilmesi için gereken şartlardan biri de o metinde insan hakları hükümlerinin yer alması gerektiğidir. Kanun-i Esasi bu açıdan da anayasa olmayı hak etmektedir. Zira başta 8 ile 26'ncı maddeler arasında düzenlenen ve "Tebaa Devleti Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi" bölümü olmak üzere Anayasanın bir çok hükmü insan haklarına ilişkin normlardır.

Kanun-i Esasi'nin bir anayasa olup olmadığı ve bir anayasa ise hangi ilkeleri bünyesinde barındırdığı tezimiz açısından ehemmiyet arz etmektedir. Zira çalışmamızın birinci bölümünde de belirtildiği üzere, maddi anlamda hukuk devleti ilkeleriyle mündemiç, insan haklarına koruma sağlayan mekanizmalar düzenleyen ve sadece olanı değil olması gereken insan haklarına da yer veren bir anayasa, hem kendi hükümleri yorumlanırken hem de altındaki normlar yorumlanırken insan haklarının nazar-ı dikkate alınmasını sağlayacaktır. İşbu sebepten ötürü bir anayasa olduğu hususunu açıkladığımız, Kanun-i Esasi'nin içeriğine kısaca değinmek gerekmektedir.

3. Kanun-i Esasi'nin İçeriği (Muhtevası)

Öncelikle, şunu ifade etmek gerekir ki; Kanun-i Esasi'de ne kuvvetler birliği ne de kuvvetler ayrılığı hususunda açık bir hüküm yoktur. Bununla birlikte devletin başlıca organları ve bu organların yetkilerini tayin ve tespit ederken, Anayasaya hakim olan ruh ve ana prensipler açığa çıkmaktadır.

²¹ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 134.

²² Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 32; Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 68; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku; Tanyel, Sualp, agt, s. 27.

119 madde ve 12 bölümden oluşan Anayasanın, saltanat ve hilafet hakkını ve makamını, Osmanoğulları soyuna ve bunlar arasındaki en büyük²³ erkek evlada vermesinden (md.3) devletin *monarşik* bir devlet olduğunu ifade etmek gerekir. Kanun-i Esasi bütün olarak irdelendiğinde, Padişahın devletin asli organı olduğu rahatça anlaşılacaktır. Halk egemenliğine bir kavram olarak dahi yer vermeyen Anayasanın, bu özellikleri dikkate alındığında egemenliğin Padişahta olduğu gerçeği gün yüzüne çıkacaktır. Osmanlı devletinin egemenliğin Padişahta olduğu²⁴ monarşik bir devlet olmasından ötürü; yürürlüğe girecek olan kanunlar halk ya da halkın temsilcileri tarafından yapılamayacağından; insan haklarına ilişkin normlar halkın istediği gibi değil, monarkın(Padişahın) istediği gibi çıkacaktır.

Anayasanın birinci maddesinde yer alan Osmanlı Devletinin “memalik ve kıtaat-ı hazırayı ve eyalat-ı mümtazeyi” içerse de “yek vücud” olduğu ve “hiçbir sebeple tefrik kabul etmediği” hükmünden, devletin Üniter bir devlet olduğunu söyleyebiliriz. Üniter bir devlet olmasından dolayı, Osmanlı taşra örgütleri diyebileceğimiz, eyaletlerde, sancaklarda, kazalarda ve nahiyelerde, sağlanan hak ve hürriyetler açısından bir fark olmaması gerekecektir.

Devlet, uygulana geldiği üzere teokratik bir devlettir. 11’nci madde bu durumu açıkça belirttiği gibi; Padişahın aynı zamanda halife olduğunu hükme bağlayan hükümler (md.3, 4); “Ahkâm-ı şer’iye”yi uygulanacağına ilişkin hüküm (md.7); Şeyhülislâm devlet örgütünün içinde ve Hükûmette yer alacağını düzenleyen hüküm (md.27); kanunların, “umur-u diniye”ye aykırı olamayacağını zikreden norm (md.64) - Keza ülkede şer’iye mahkemeleri vardır (md.87)- ve nihayet Padişahın ismi hutbelerde zikredileceğini belirten maddeler de bu hususu gözler önüne sermektedir (md.7). Laik bir devlet olmaması, Osmanlı devletinde insan haklarının, İslam hukuku perspektifi açısından değerlendirilmesi gerektiğini zorunlu kılmaktadır.

²³ Padişahların hanedan ailesinin en yaşlı erkek üyeleri arasından seçilmesi sistemine, *seneroit sistemi* denilmektedir. Osmanlı devletinin kuruluşundan yıkılışına kadarki evrede, bu sistem uygulanmamıştır. Kökeni 1617 yılında, I.Ahmet’in genç yaşta ölmesi üzerine, kendisinin çocuklarının çok küçük olmasından ötürü, kardeşi Mustafa’nın tahta geçmesine dayanmaktadır. Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 114-115.

²⁴ Hükümet şeklinin monarşi olması, egemenliğin kimde olduğu hususunun tespitini anlamsız kılmaz; zira bir monarşide de egemenlik millete olabilir ve monark milletin temsilcileri arasında yer alabilir. Tanör, bu duruma örnek olarak 1791 Fransız Anayasasını(md. 1, 2, 4) ve 1970 Fas Krallığı anayasasını (md. 2)vermiştir; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 135.

a. Yasama Organı

aa. Meclis-i Umumi, Padişah ve Kanun Çıkarma

Kanun-i Esasi'nin kurduğu yasama organı, 42 ile 80'inci maddeleri arasında düzenlenen "Meclis-i Umumi"dir. Meclis-i Umumi, Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan isimli iki heyetten oluşmaktadır (md.42). Meclis-i Umumi üyelerinin oy ve görüşlerinden dolayı serbest oldukları ve bunlardan ötürü de suçlanamayacakları yani yasama sorumsuzluğu (md.47) ve yasama dokunulmazlığı (md.48, md.79) öngörülmüştür. Tanör, Anayasanın her ne kadar yasama sorumsuzluğunu düzenlese de; Meclisi Umumi üyelerin *Padişaha sadakat* yemini ettikleri hatta yemin metninde "padişaha sadakat"ın, "vatana sadakat" ve anayasa hükümlerine uyma taahhüdünden de önce geldiğine dikkat çekerek, yasama sorumsuzluğunun bir anlamı kalmadığını zikretmiştir²⁵.

Heyet-i Ayanın günümüzün senatolarına tekabül eden bir ikinci meclis olduğu ifade edilmiştir²⁶. Heyet-i Ayan üyesi olmak için şartlar²⁷ Anayasada belirtilmiştir; bunlar arasında bizim dikkatimiz çeken; üyelerin Padişah tarafından atanmasıdır(md.60). Aynı şekilde bu meclisin başkanı da Padişah tarafından seçilmektedir(md.60). Üyeleri ve başkanı Padişah tarafından seçilen bir meclisin Padişahın yetkilerini sınırlandırarak yasal düzenlemeler yapamayacağı aşikardır. Gözler, üyelerinin Padişah tarafından atanması büyük bir sakınca olarak görülemeyeceğini ifade etmektedir. "Çünkü, Heyet-i Âyan üye sayısı Heyet-i Mebusanın üye sayısının üçte birini geçemez ve üyeleri ömür boyu görevde kalır. Bu nedenle, Padişahın beğenmediği üyeleri değiştirme veya yeni üyeler atayarak çoğunluğu değiştirme imkanı yoktur."²⁸

Heyet-i Mebusan üyeleri ise Osmanlı tebaasından her ellibin erkek nüfusa bir temsilci seçilmesiyle kurulur (md.65). Seçimler dört yılda bir kere yapılır (md.69). Heyet-i Mebusan üyelerinin tekrar seçilmeleri mümkündür (md.69). Kanun-i Esasi'de

²⁵ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 139.

²⁶ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005.

²⁷ Üye seçilebilmek için 40 yaşını doldurmuş, umumun itimadına şayan ve devlet hizmetinde bulunmuş olmak (veya Hahambaşı veya Patriklik yapmış olmak) gerekir (md. 61). Heyet-i Âyan üyeliği ömür boyudur (kayd-ı hayat) (md. 62).

²⁸ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005.

seçim sistemine ilişkin tek hüküm, “gizli oy ilkesi(rey-i haffi kaidesi)” ile yapılacağıdır (md.66). 66’ncı madde seçimin “suret-i icrasının kanun-ı mahsus ile tayin olunaca”ğını belirtmektedir. Ancak kanun yapabilmek için de mebusların seçilmiş olması gerektiğinden Kanun-i Esasî hazırlanırken bir sene yürürlükte kalacak ve seçimin nasıl yapılacağını gösteren “Talimat-ı Muvakkate” ismini taşıyan bir talimat 28 Ekim 1876’da yürürlüğe kondu²⁹. Bu geçici usulle, kentlerdeki ve kasabalardaki idare meclislerinin üyeleri ikinci seçmen sayıldıklarından ve mebusların bunlar arasından seçilmesinden ötürü; ilk Heyet-i Mebusanın tam bir genel seçime dayanmadığı ileri sürülmüştür³⁰. Hatta adı geçen talimat, milletvekili seçilebilmek için aranılan koşullar arasında Türkiye’de “az çok emlak sahibi olmak” gibi bir şart getirilmiştir ki; bu da siyasal katılmayı kısıtlayıcı bir hüküm olarak yorumlanmıştır³¹.

Yasma organın en önemli ürünü olan kanunların hazırlanışında Meclis-i Umuminin fazla bir etkisi yoktur. Zira üyeler sadece *kendi görev alanlarını* ilgilendiren konularda, Padişahın izniyle kanun teklifinde bulunabileceklerdir (md.53). Her konudaki kanun tasarıları ise hükümet tarafından hazırlanacaktır. Yapılan teklif Başbakanlık aracılığıyla Padişaha iletilir ve onun izni istenir (md.53). Bu izin bir irade-i seniyye ile verilirse, teklif konusu, ilkin yasama meclislerine değil, Şura-ı Devlete gönderilir (md.53). Şura-ı Devlet bir kanun lahiyası hazırlar (md.54). Bu lahiya (tasarı) önce Heyet-i Mebusanda, daha sonra Heyet-i Âyanda görüşülür (md.54). Kanun lahiyasının kabulünde her iki meclisin eşitliği vardır. Meclislerden birinde lahiya reddedilmişse, o senenin içtima döneminde tekrar müzakere edilemez (md.56). Her iki Meclis tarafından da kabul edilen metin tasdik için Padişaha sunulur. Padişah bir irade-i seniyye” ile tasdik ederse, kanun yürürlüğe girer (düsturul amel olur) (md.54). Görüldüğü gibi, kanunun yürürlüğe girmesi Padişahın onayına bağlıdır. Bu şu anlama geliyor ki, Padişahın “mutlak veto” yetkisi vardır³². Görüldüğü gibi yasama süreci

²⁹ Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 63; Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 61; Talimat-i Muvakkate iki dereceli basit çoğunluk sistemine dayanıyordu. Seçilecek mebusların 80’ini Müslüman ve 50’sini ise gayrimüslim olarak tespit etmekte idi. Memleket birbirinden farklı iki bölgeye ayrılmıştı. İstanbul şehri (İzmit dahil) 20 dairesel bir seçim çevresi kabul edilmişti. Bu seçim bölgesinden beşi Müslim, beşi de gayrimüslim olmak üzere 10 mebus iki dereceli seçim ile seçilecekti. Her daireden “birinci seçmenler” önce 40 “ikinci seçmen (*müntehib-i sani*)” seçecek, sonra da bunlar mebusları seçeceklerdi. İstanbul dışında kalan yerlerde ise, kaza, liva ve vilayet merkezlerinde evvelce seçilmiş idare meclisleri üyeleri “ikinci seçmen” kabul olunmuştu ve bunlar milletvekillerini doğrudan doğruya seçmişlerdir; İbid, s. 61 vd.

³⁰ Kili, Suna, agm, s. 202.

³¹ İbid, s. 202.

³² Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005

içinde Padişahın sadece sembolik değil, çok önemli yetkileri vardır. Kanun teklifinin görüşülebilmesi için Padişahın izni gerekir. İzin vermiş olmasına rağmen Padişah Meclislerce kabul edilmiş bir kanunu veto edebilir.

Kanun-i Esasi'nin getirmiş olduğu yasama organı ve bu organın yetki ve faaliyetlerini dikkate alacak olursak, Padişahın önemini rahatça anlayabiliriz. Şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki; yasama faaliyetleri bakımından padişahın otoritesi çok yüksek olup son söz padişaha ait olmaktadır³³. Padişahın arzusu hilafına bir yasal düzenlemenin meclislerden çıkması mümkün olmamaktadır. Meclislerin, padişaha karşı kullanacak hiçbir silahı yoktur. Bu sebepten ötürü Kanun-i Esasi'nin getirdiği sistemin anayasal monarşi olmadığı da ileri sürülmüştür³⁴. Padişahın yasama organı üzerindeki bu etkisi sebebiyle insan hakları aleyhinde hükümlerin çıkma ihtimali doğal karşılanmalıdır. Zira padişah insan haklarını ihlal edici bir yasal düzenleme getirecek olsa, onu bu isteğinden alı koyacak herhangi bir müessese yoktur. Kanun-ı Esasi'ye göre, padişahın geleneksel anlamdaki yetkileri büyük oranda muhafaza edilmekle birlikte, artık bu yetkileri, kurulması öngörülen seçilmiş bir parlamento ile kayıtlanmaktadır. Her ne kadar padişahın istemediği bir tasarı kanunlaşmasa da; O, bir konunun kanunlaşmasını ne kadar arzu ederse etsin, yasama organının bu konuya ilişkin iradesi belirmedikçe, kanunlaşması mümkün olmaktadır. Kısaca karşılıklı bağımlılık söz konusudur. Bu da, padişahın geniş yetkilerini bir dereceye kadar dizginleyici bir işlev görecektir³⁵.

bb. İnsan Haklarının Sınırını Kanunun Belirlemesi

Anayasada insan haklarının sınırını kanunun çizeceği belirtmiştir. Kanun-i Esasi bu durumu *kanunun dairesinde serbestlik, kanunen muayyen olan ahvala göre, muayyen olan kanuna tebaiyet şartıyla* gibi ifadelerle hükme bağlamıştır. Esas itibarıyla insan haklarının sınırının kanunla çizilmesi, keyfi sınırlamanın ve iktidarın

³³ Özer, Atilla, agm, s. 63-64; Okandan, Recai G., age, s. 154 vd; Üçok, Çoşkun – Mumcu, Ahmet – Bozkurt Gülnihal, age, s. 279; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 139; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 470; Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 70.

³⁴ Erdoğan, Mustafa, Türkiye'de Anayasalar, s. 15.

³⁵ Küçük, Adnan, "Türkiye'de Anayasalar ve Anayasacılık Hareketleri", Yirmibirinci Yüzyılım Eşiğinde Türkiye'de Siyasal Hayat isimli Kitapta yayımlanmak üzere Gönderilmiştir, s. 7.

tasallutlarının önüne geçmek bakımından önemli bir aşamada olsa, yukarıda³⁶ da değindiğimiz gibi sadece yasal düzenleme koruma açısından yeterli olmamaktadır. Zira belirtildiği gibi, bu durumun gerçek anlamda koruma sağlayabilmesi için, halkın temsilci olan, yasama sorumsuzluğu olan ve bu sınırlandırmayı yaparken hangi ölçüde ve nereye kadar sınırlama yapabileceğini bilen yasama organı mevcut olmalıdır. Kanun-i Esasi'nin yasama organını bu açıdan değerlendirecek olursak; halkın temsilcisi ve yasama sorumsuzluğuna sahip olan Heyet-i Mebusanın bu şartları kısmen de olsa sağladığını ifade edebiliriz. Fakat kendi görev alanları dışında kanun tasarısı teklif edememeleri gerçeği ile yüzleştığımızde, bu konudaki kanunların da yürütme organın bu bağlamda Padişahın iradesine dayalı çıkacağı sonucuna varabiliriz.

Aynı şekilde, Kanun-i Esasi, yasama organının kanun çıkarma yöntemine ilişkin herhangi bir koruma ve önleyici tedbir getirmemiştir. İnsan hakları kanunla sınırlanabilecektir. Ne var ki; insan haklarını sınırlayacak kanunlar için herhangi bir alt sınıra yer verilmemiştir. Örneğin, “kanun dairesinde hür olan basın”a, kanun ile sansür konulmuş olsa da görünüş olarak basın hürriyeti kanun dairesinde serbesttir diyen hükme uyulmuş olacaktır³⁷.

O dönemim şartları dikkate alındığında, yasama organının yetkilerini kötüye kullanması ve Anayasaya aykırı kanunlar yapması ihtimali tartışılmıyordu bile. Kısaca ifade etmek gerekirse, kanunların anayasa uygunluğu denetimi yeterince işlenememiştir³⁸. Bu nedenle Kanun-i Esasi açısından da böyle bir sorun söz konusu değildi.

İnsan haklarının düzenlenmesi, kanuna bırakıldığından ve kanunların tespit ettiği ölçüde kullanılabilirdiğinden; kanunların teklif ve kabulünün de, Padişahın kendisi tarafından atanmış olan Bakanlar Kurulu ve yine kendisi tarafından atanmış, kendisine sadakat yemini etmiş olan Meclisi Ayanda yapılacağından ve yine son sözün Padişaha bırakıldığından³⁹, getirilecek kanunlarla insan haklarının özünün ve ruhunun ihlali

³⁶ Birinci bölüm, B, 1.

³⁷ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 204.

³⁸ Onar, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C: 1, İstanbul 1966, s. 155.

³⁹ Özer, Atilla, agm, s. 63-64; Okandan, Recai G., age, s. 154 vd; Üçok, Çoşkun – Mumcu, Ahmet – Bozkurt Gülnihal, age, s. 279; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 139; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 470; Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 70.

mümkündür. Bu cümleden olarak, insan haklarının padişahın insafına bırakıldığı yorumu yapılmıştır⁴⁰.

b.Yürütme Organı

Yürütme organının da başı padişaktır. Gerek sadrazamı gerekse bakanları (vukelayı) o seçer ve görevden alır. Heyet-i Vükelâ bir nevi bakanlar kuruludur. Heyet-i Vükelânın başkanı sadrazamdır (md.28). Heyet-i Vükelâda sadrazamdan başka şeyhülislâm ve diğer vekiller bulunur. Sadrazam ve şeyhülislâm doğrudan Padişah tarafından atanır (md.27). Diğer vekiller de, sadrazam tarafından değil, Padişah tarafından atanırlar (md.7, md.27). Keza bunların azli de yine Padişaha ait bir yetkidir (md.7). Bu şu anlama gelmektedir ki, sadrazam, şeyülislâm ve vekiller Padişaha karşı sorumludurlar. Padişahın Başbakan ve Bakanlar Kurulu üzerindeki bu yetkisinden dolayı, Kanun-i Esasi'nin parlamenter bir rejim getirdiğinin söylenmesinin de yanlış olduğu ifade edilmiştir⁴¹.

Heyet-i Vükala'nın denetlenmesine gelince; Heyet-i Mebusan gensoru verip Hükûmeti düşüremez. Hükûmeti denetlemenin bilinen yollarından (soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması, gensoru) sadece “soru (sual)” (md.38) ve vekillerin cezaî sorumluluğunu başlatabilecek ve dolayısıyla bir nevi meclis soruşturması olarak görülebilecek bir vekilin “Divan-ı Âliye havalesi” usûlü vardır (md.31). Özetle Kanun-i Esasînin kurduğu Hükûmet, Meclisin güvenine dayanmaz; ona karşı sorumlu değildir⁴². Tüm konularda kanun tasarısı teklif etme yetkisini elinde barındıran ve yasama organına karşı sorumsuz olan bir hükümetin insan haklarını ihlal eden yasal düzenlemeler çıkarmaya çalışması durumunda, bu arzusunu engelleyecek bir olgu yoktur. Dikkat edilirse özellikle batıda insan hakları kavramı, tüm yetkileri elinde barındıran iktidar vesilesiyle meydana çıkmıştır. Bu bağlamda Heyet-i Vükela'nın bu kadar geniş yetkilere sahip olması ve bu yetkilerinin suiistimal edilip edilmeyeceğinin kontrol edilememesi, insan hakları hukuku açısından çok da olumlu bir adım değildir.

⁴⁰ Özer, Atilla, agm, s. 64; Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 63.

⁴¹ Erdoğan, Mustafa, Türkiye'de Anayasalar, s. 15.

⁴² Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005.

aa. 113. Madde

Kanun-i Esasi'ye göre, yürütmenin en önemli organı Padişah'tır⁴³. Hatta yürütme organının kendisi olduğu dahi ifade edilmiştir⁴⁴. Anayasa Padişaha birçok yetki vermiştir⁴⁵. Padişaha verilen yetkiler arasında bizim üzerinde durmak istediklerimizin biri kanun yapmadaki yetkisidir ki, buna yukarıda değinmiştik⁴⁶. İnsan hakları hukuku açısından Padişahın sahip olduğu öyle bir yetki vardır ki; Anayasasının sağlamış olduğu tüm hak ve hürriyetleri yok ettiği, bu hakların değerinin sıfıra indirildiği ileri sürülmüştür⁴⁷. Ünlü 113'ncü madde uyarınca; hükümetin güvenliğini ihlal ettikleri polis soruşturması (idare-i zabıta tahkikatı) ile doğrulanıp sabit olanları yüce hükümdarın büyük ülkesinden (memalik-i mahrusa-i şahane-Osmanlı Ülkesi) dışarıya çıkarmak ve uslandırmak, yola getirmek (tedip etmek) yalnızca (münhasıran) padişah hazretlerinin kişiliğine bağlı bir haktır(yed-i iktidarındadır).

Bu hükmün kişi güvenliği sistemini kökten sarstığı gibi, “kanunsuz suç ve ceza olmaz”, “yargılama yapılmadan kimse cezalandırılmaz” ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir⁴⁸. Kanun-i Esasi bu durum açısından Tanzimat fermanı'nından bile

⁴³ Kanun-i Esasi'de Padişah'ın durumu hususunda ayrıntılı bilgi için bk. Özer, Atilla, “1876 Anayasasında Padişahın Durumu”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Prof. Dr. Orhan M. Kürkçüer'e Armağan, C: 7 sayı: 1-2, Ankara 1975, s. 54-70.

⁴⁴ Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 58; Okandan, Recai G., age, s. 153; Özkorkut-Ünal, Nevin, agt, s. 47.

⁴⁵ Kanun-i Esasının 7'nci maddesinde Padişahın görev ve yetkileri sayılmıştır: Bakanların tayin ve azli, rütbe ve nişan verilmesi, para basılması, uluslararası andlaşma yapma yetkisi, “harb ve sulh ilânı”, kara ve deniz kuvvetlerinin komutanlığı, kanun ve şeriat hükümlerinin uygulanması, “nizamnamelerin tanzimi”, cezaların hafifletilmesi ve affı, Meclis-i Umumînin toplantıya çağırılması ve tatil edilmesi, Heyet-i Mebusan üyelerinin yeniden seçilmesi kaydıyla Heyet-i Mebusanı fesih hakkı, vb. Keza 29'uncu maddeye göre, Bakanlar Kurulunun önemli kararları icra edebilmesi için Padişahın iznini alması zorunludur. Kanun tekliflerinin görüşülebilmesi için Padişahın iznini almak gerektiği gibi, kabul edilen kanunlar hakkında da Padişahın mutlak veto yetkisi bulunmaktadır.

⁴⁶ bk. Üçüncü Bölüm, A, 3, a.

⁴⁷ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 33; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 145; Özer, Atilla, agm, s. 65; Okandan, Recai G., age, s. 166 vd; Üçok, Çoşkun – Mumcu, Ahmet – Bozkurt Gülnihal, age, s. 279; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 471; Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 71; Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 63; Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, s. 104; Kabakçoğlu, Metin, agt, s. 168; İpek, Aydın, Türkiye'de Anayasacılık Hareketlerinde İnsan Hakları ve Demokrasi Kavramlarının Gelişimi yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Dumlupınar Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kütahya 2002, s. 33; Eroğul, Cem, Anattüzeve Giriş, Ankara 2000, s. 218; Korkusuz, Refik, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1998, s. 208; Gözübüyük, Şeref, age, s. 107.

⁴⁸ Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 471; Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 71; Üçok, Çoşkun – Mumcu, Ahmet – Bozkurt Gülnihal, age, s. 279.

gerisindedir⁴⁹. Zira, 1839 Tanzimat fermanı, yargılamasız ceza verilemeyeceği ilkesini düzenlemiştir. Herkesin siyasi iktidarı eleştirmesi, onun güvenliğini zedeleyici şekilde yorumlanabilir. Bu arada kolluk örgütünün doğrudan doğruya Padişahın emrinde olduğu gerçeğini de dikkate alacak olursak; Padişahın buyrukla düzenlenen soruşturma belgesine dayanarak bir mahkeme gibi ceza verilebileceği aşıkardır. Bu açıdan madde yargısal teminatı da büyük ölçüde ortadan kaldırmış olmaktadır⁵⁰.

Adı geçen maddenin, padişahın ısrarı üzerine anayasa metnine ilave edildiğinin ileri sürüldüğüne değinmiştik. Böyle bir hükmün anayasada yer aldığını Mithat Paşa'dan duyan Ziya Paşa "Bu madde ile Kanun-i Esasi'nin , Kanun-i Esasi denecek yeri kalmamıştır. Bundan böyle hükümet istediğini sürecektir. Böyle meşrutiyet kanunu nerede görülmüştür." demiştir⁵¹. Namık Kemal de "bu maddenin evvelâ Kanun-u Esasi'yi tamamen lağvedeceğini, Avrupa'ya karşı Tanzimat'ı bile kaldırmış olacağımızı ispat edeceğini, memurları da her şüphe ettikleri kişi hakkında Padişah'ı ceza vasıtası etme yetkisi verilmiş olacağını" yazmıştır⁵². Fakat padişaha bahşedilen sürgün yolunu, bir bakıma Mithat Paşa ve arkadaşları açmıştır. Tasarı henüz padişahın incelemesindeyken, meşrutiyete sempati duymayan ve Mithat Paşa'nın karşısında olan bir grup devlet dairelerine komplolar düzenleyerek, propagandalar yaparak medrese öğrencilerini gösteri yapmaya itmişlerdir. Mithat paşa bu muhalif hareketi Vekiller Heyetine getirerek, eylemi yapanların yargılanmadan, derhal sürgüne gönderilmelerini padişahı istemişlerdi. Padişah Abdülhamid, önce bunların yargılanmaları, suçlu buldukları takdirde sürgüne gönderilmeleri taraftarıydı. Bu olayda sadece Mithat Paşa değil, aralarında Namık Kemal'inde bulunduğu bir çok düşünür muhalif hareket eden kişilerin yargılanmadan sürgüne gönderilmelerini istemişlerdir. Bunun üzerine padişah sürgünlerine karar vermiştir. "Böylece keyfi bir rejime son vermek için anayasalandırma hareketini gerçekleştirmek isteyenler, yargısız cezalandırma isteği ile kendi kendilerine ters düştükleri gibi zaten bu akıma muhalif bir padişaha ve grubun

⁴⁹ İbid, s. 279; Kabakçoğlu, Metin, agt, s. 170.

⁵⁰ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 205.

⁵¹ Özer, Atilla, agm, s. 65; Üçok, Çoşkun – Mumcu, Ahmet – Bozkurt Gülnihal, age, s. 279, dp. 16; Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 471, dp. 24; Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 71; Okandan, G. Recai, age, s. 170 dp. 25.

⁵² İnal, M. Kemal, Osmanlı Devrinde Son Sadr-ı Azamlar, C: III, İstanbul 1940, s. 344-347 (Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 71 dp. 125'den naklen); Okandan, G. Recai, age, s. 170 dp. 25.

eline öldürücü bir silah vermişleridir.”⁵³ Hata olarak adlandırabileceğimiz bu olaydan padişah ustaca yararlanmış, hükmün anayasa konmasını sağlamıştır.

Bu hüküm sayesinde, Padişah iktidarı için tehlikeli gördüğü kişiyi, kolluk marifetiyle *formalite bir soruşturma*⁵⁴ sonucunda yurt dışına sürerek ondan kurtulabileceği düşünülebilir. Aldıkaçtı bu madde hakkında şu şekilde yorum yapmıştır: “... Anayasaya Padişahın zoru ile konan ve Padişah tarafından Anayasanın ilânı için bir **sine qua non** şartı olarak ileri sürülen 113. madde, bütün hükümleri –hükümlerin gerçek bir teminat teşkil etmeye yeterli oldukları kabul edilse bile- ölü bir madde haline getiriyordu...”⁵⁵

Okandan bu hüküm sayesinde, kurulmasına teşebbüs edilen eksik siyasi-hukuki düzenin, insan hak ve hürriyetleri de dahil olmak üzere yıkılarak, ülkede gerçekleştirilmek istenen ve Gülhane Hatt-ı Hümayunda söz konusu olan Meşrutî yönetiminin yerine İstibdad’ın hakim kılındığını ve her türlü entrikalara sebebiyet verebilecek bir rejim kurulduğunu ifade etmiştir⁵⁶. Yazar bu hükmün sınırsız monarşinin gereklerini teyit ettiği ve güçlendirdiği sonucuna varmıştır⁵⁷.

Bu fıkra hükmü nedeniyle doktrinde, Anayasanın üstünlüğü ve uygulanma zorunluluğu prensibinin(md.115) bir koruma sistemi sayılmadığı fikri de ifade edilmiştir⁵⁸.

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki; 113’ncü maddenin birinci fıkrası, padişaha ülkenin herhangi bir yerinde ihtilal, ayaklanma ve benzeri gibi devlet otoritesini sarsıcı nitelikte hareketlerin ortaya çıkması durumunda, örfî idare ilan etme yetkisini –yani sıkıyönetim ilan etme yetkisini- tanımaktadır. Yukarıdaki incelememizden de görüldüğü gibi hükümetin bütün kontrolü Padişahın elindedir. Bu

⁵³ Tunaya, T. Zafer, “1876 Kanun-u Esasîsi ve Türkiye’de Anayasa Geleneği”, Tanzimat’tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, C: 1, İstanbul 1985, s. 28.

⁵⁴ Anayurt, Ömer, “1876 Kanun-u Esasîsi ve 1909 Değişiklikleri’nde Temel Hak ve Özgürlükler”, Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı: I, Sayı: 21, Ankara Mayıs-Haziran 1999, s. 665.

⁵⁵ Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 63.

⁵⁶ Okandan, Recai G., age, s. 169; aynı yönde görüş için bk. Özkorkurt-Ünal, Nevin, age, s. 48; Kocaoğlu, A. Mehmet, “Cumhuriyet’in 75. yılında İnsan Hakları ve Türk Anayasaları”, 75. yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Dicle Üniversitesi Sempozyum Düzenleme Komisyonu, Diyarbakır 22-23 Ekim 1998, s. 77.

⁵⁷ İbid, s. 169.

⁵⁸ Kuzu, Burhan, Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İstanbul 1998, s. 60.

sebepten ötürü padişah istediği yerde ve zamanda sayılan sebepleri ileri sürerek sıkıyönetim ilan edebilecektir⁵⁹.

bb. Muvakkat Kanun ve Meclisi Fesih

İnceleme konumuz olan Kanunu-i Esasi'nin 36'ncı maddesi uyarınca, Meclis-i Umumi toplantı halinde olmadığı zamanlar, devleti bir tehlikeden veya genel güvenlik ve asayiş bozulmaktan korumak gereği meydana çıkar ve Meclisin toplanması o an için mümkün olmayacak olursa, Kanun-i Esasi'ye aykırı olmamak koşulu ile, Heyet-i Mebusanın toplanıp vereceği karara kadar, Bakanlar Kurulunca *Muvakkat Kanun* adı altında kararlar alınabilecektir. Gerek 1961 Anayasasında 1971 değişikliği ile yer alan gerekse 1982 Anayasasında mevcut olan Kanun Hükmünde Kararname benzeri bir yürütme işlemi olarak adlandırabileceğimiz muvakkat kanunların da insan hakları açısından tehlikeli sayılabilecek düzenlemeler olduğunu ifade etmek gerekir⁶⁰. Zira bu hükümle Padişah, parlamentodan bağımsız olarak genel düzenleme yapma yetkisini haiz bulunmaktadır.

Muvakkat kanunu çıkarabilmek için, öncelikle meclisin toplanamamış olması ve devleti bir tehlikeden kurtarmak ve kamu düzenini korumak için zorunlu bir durum mevcudiyeti şarttır. Bu bağlamda, eğer meclis, bu zorunlu duruma rağmen toplanabiliyorsa anılan muvakkat kanun çıkarılamaz. Muvakkat kanun çıkarma yetkisinin ne zamana kadar kullanılacağı konusunda herhangi bir hükmün olmaması sebebiyle, maddede sayılan durumların varlığı devam ettikçe kullanılacağı söylenebilir⁶¹.

Söz konusu maddeye göre, muvakkat kanunlar, Heyet-i Mebusanın toplanıp vereceği karara kadar kanun gücündedir. Eğer Heyet-i Mebusan toplanıp tasdik ederse; tamamen kanun niteliğini kazanır. Tasdik etmezse yürürlükten kalkar. Ancak, eğer muvakkat kanun Meclis-i Mebusanın onayına sunulmazsa ne olacağı konusunda bir

⁵⁹ Özer, Atilla, agm, s. 65; Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasîsi, s. 665.

⁶⁰ Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasi'si, s. 666.

⁶¹ Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, doktora tezi, İstanbul 1985, s. 239.

hüküm olmamakla beraber, uygulamada onaya sunulmamış kanunun yürürlükten kalktığı görülmüştür⁶².

Ülkenin o dönemdeki siyasi konjonktürü nazar-ı dikkate alınacak olursa, bu kanunun önemi daha da artmaktadır. Her ne kadar geçici olacağı söyleniyorsa da Meclis'in feshedilip Kanun-i Esasi'nin dondurulduğu dönemde, bu sürekli yetki olmuş⁶³, bakanlar kurulu, dolayısıyla padişah bunu azami ölçüde kullanmış⁶⁴ ve ülke adeta kararnamelerle yönetilir hale gelmiştir⁶⁵. 21'nci yüzyılı yaşadığımız bu çağda bile, modern olarak adlandırılan Anayasalarda bu bağlamda kendi meri Anayasamızda, yürütme organının böyle bir yetkiyi elinde tuttuğu gerçeği ile karşılaşmaktayız. Gerçekten Anayasamızın 91'nci maddesi uyarınca “...Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”. Hükümden de rahatça anlaşılacağı gibi, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde insan haklarına ilişkin Kanun Hükmünde Kararname çıkarabileceklerdir. Bu bağlamda ülkenin içinde bulunduğu ortamı düşünecek olursak, yürütme organına muvakkat kanun gibi yetkilerin verilmesini olağan karşılayabiliriz.

Padişahın haiz olduğu konumuz açısından bir diğer önemli yetkisi de, meclisi gerektiğinde feshedebilmesidir. Buna göre, bakanlar kurulunun teklifi iki defa Meclisi Mebusanda üst üste reddedildiğinde, Padişahın yeniden seçim yapmak şartıyla Bakanlar kurulunu azletmeye veya Meclisi Mebusanı feshetmeye yetkisi vardır(md.35). Padişahın fesih hakkı iki ayrı yerde öngörülmüştür. 7'nci maddede Padişah'ın takdirine kalmış bir “(ledelik tiza) gerektiği zaman fesih” hakkı vardır. 35'nci madde ise Hükümet ile Meclis arasında ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığı çözmek için bir fesih müessesesi öngörülmüştür. Bu maddeye göre, Bakanlar Kurulu ile Meclis-i Mebusan arasında bir konuda “ihtilaf” çıkarsa Bakanlar Kurulu bu konuda “ısrar” ederse Heyet-i Mebusan da bunu iki defa ard arda reddederse Padişah Bakanlar Kurulunu “tebdil” değiştirebilir

⁶² İbid, s. 241.

⁶³ Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasi'si, s. 667.

⁶⁴ Onar, S. Sami, age, s. 398.

⁶⁵ Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda, s. 24.

veya Heyet-i Mebusanı “fesih” edebilir. Fesih yolunu seçtiği vakit altı ay içerisinde Heyet-i Mebusan seçimlerini yenilemelidir(md.73).

Padişahın sahip olduğu bu yetkiden dolayı, gerek diğer yürütme organı olan bakanlar kurulu ve gerekse yasama organı Padişahın arzusu hilafına bir yasal düzenleme yapmaya teşebbüs dahi edemeyeceği şeklinde yorumlar mevcuttur⁶⁶. Gözler’in haklı olarak belirttiği gibi; “7’nci maddede öngörülen fesih hakkı tüm parlâmenter rejimlerde görülen yürütme organının başının sahip olduğu bir yetkidir. Bir parlâmenter monarşide bu yetkinin hükümdara tanınmasından daha doğal bir şey yoktur. 35’inci madde ise eleştirilecek değil, övülecek bir maddedir. Hükûmet ile parlâmento arasındaki uyumsuzluğu çözmeye yöneliktir. Değiştirilmek istemeyen Hükûmet ve feshedilmek istemeyen Meclis inatlaşmayı bırakıp uzlaşmaya çalışacaklardır. Bu usûl, 20’nci yüzyılda görülen “rasyonelleştirilmiş parlâmentarizm” araçlarına benzemektedir.”⁶⁷

Gözler devamla; İkinci Abdülhamit’in Meclis-i Mebusanı feshettiği bir daha toplantıya çağırmadığı yolunda Türk siyasi kültüründe yanlış bir kanı olduğunun altını çizmektedir. İkinci Abdülhamit 20 Mart 1877’de Meclisi feshetmiş, Kanun-i Esasînin öngördüğü şekilde Heyet-i Mebusan seçimleri yapılmış ve 13 Aralık 1877’de Meclis-i Umumî tekrar toplanmıştır. Meclis-i Umumî, Kanun-i Esasînin 43’üncü maddesine uygun olarak 14 Şubat 1878’de “tatil”e girmiştir⁶⁸. Burada bir fesih yok; bir “tatil” vardır. Ancak İkinci Abdülhamit tatile giren Meclisi Kasım başında toplantıya çağırması gerekirken bir daha toplantıya çağırmamıştır⁶⁹. Görüldüğü gibi, burada fesih hakkının kötüye kullanılması değil, toplantıya çağırma hakkının kötüye kullanılması söz konusudur⁷⁰.

c.Yargı Organı

Kanun-i Esasî yargı organını “mehakim (mahkemeler)” başlığı altında 81 ile 91’inci maddelerinde düzenlemiştir. Şunu hemen ifade etmek gerekir ki; Kanun-i Esasi bir devlet organı olarak “yargı gücünden” değil, mahkemelerden (mehakim)

⁶⁶ Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 58.

⁶⁷ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005

⁶⁸ Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 62.

⁶⁹ İbid, s. 62.

⁷⁰ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005.

bahsetmektedir. Anayasanın yargı korumasının gerektirdiği asgari sınırı sağladığını ifade edebiliriz⁷¹.

1876 Kanun-i Esasîsinin yargı konusunda getirdiği korumalar günümüz Anayasalarının korumalarından az olmadığını belirtmek gerekir. Öncelikle hakimler azlolunamazlar (m.81). Diğer yandan hakimlerin özlük işlerinin (yükselme, yer değiştirme, emeklilik) özel bir kanun (kanun-ı mahsusa) ile düzenleneceği öngörülmektedir (m.81). Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, 87’nci maddede “mahkemeler her türlü müdahalattan azâdedir” denilerek açıkça tanınmaktadır. Keza mahkemelerin sınıf, görev ve yetki paylaşımının kanunla yapılacağı öngörülmektedir (m.88). Aynı şekilde hakimlerin atanması da yürütmenin takdirinden çıkarılıp kanuna tâbi kılınmaktadır (m.89). Yine hakimlerin bağımsızlığını sağlamak için hakimlerin devletin maaşlı bir başka memuriyetini kabul edemeyecekleri hükmü de getirilmiştir (m.90). Kanun-i Esasî savcılık kurumunu da anayasallaştırmış ve savcılarının görev ve derecelerinin kanunla belirleneceği hükmünü getirmiştir (m.91). Kanun-i Esasî ayrıca vekilleri ve temyiz mahkemesi başkan ve üyelerini ve Padişah aleyhine cürüm işleyenleri yargılamak üzere bir de Divan-ı Ali (yüce divan) kurmuştur (m.92-95). Kanun-i Esasî yargılamanın “alenîliği ” ilkesini kabul etmiştir (m.82). Kanun-i Esasî yine “hak arama hürriyeti”ni tanımıştır (m.83). Kanun-i Esasînin 84’üncü maddesi, “bir mahkeme vazifesi dahilinde olan davanın her ne vesile ile olursa olsun rüiyetinden imtina edemez” diyerek mahkemelerin ihkak-ı haktan imtina edemeyecekleri ilkesini benimsemiştir. Yine 85’inci madde her davanın ait olduğu mahkemede görüleceği hükmünü getirmektedir. Kişiler ile Hükümet arasındaki davaların dahi genel mahkemelere tâbi olduğu belirtilmiştir (m.85). Nihayet Kanun-i Esasî 89’uncu maddesinde “kanunî hâkim (tabîî hâkim, olağan hâkim) ilkesini” çok açık bir şekilde kabul etmiştir.

Bu hükümlerden açıkça görüleceği gibi Kanun-i Esasînin yargı alanında getirdiği hükümlerin, 1982 Anayasasından pek geri kalan yanı kalmadığı hatta 1924 Anayasasından da ileri sayılabileceği şeklinde yorumlanmıştır⁷². Kanun-i Esasînin yargıya ilişkin hükümleri döneminin Batı Avrupa ülkelerinin Anayasalarıyla tamamıyla

⁷¹ Cin, Halil – Akyılmaz, Gül, age, s. 470 dp. 22; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 144.

⁷² Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 147; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005.

boy ölçüşebilir niteliktedir. Kanun-i Esasi'nin yargılama alanında getirdiği bu olumlu yenilikler, Tanzimat ve İslam-Osmanlı klasiğinde “adalet”in seçkin konumuna bağlandığını burada belirtmekte yarar vardır⁷³.

Her ne kadar, 1876 Kanun-i Esasîsinde yargı yetkisi sahibi artık Padişapta değil de, Şer'îye ve Nizamiye mahkemelerinde olsa da; tüm bu yargısal korumaların 113'ncü madde hükmüyle büyük çapta etkisiz kaldığını belirtilmiştir⁷⁴.

4. Anayasanın Korunması ve Üstünlüğü

Gerek devlet düzeni, gerekse insan hakları açısından bir anayasanın getirdiklerinin gerçek değerini anlayabilmek için, bir de o metnin kuvvetine bakmak gerekmektedir. Şekli anlamda tam bir anayasa olduğunu değindiğimiz Kanun-i Esasi, üstün ve katı bir anayasadır.

Anayasanın 115'inci maddesi “Kanun-u Esasînin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan ıskat edilemez” hükmünü getirmektedir. Bu hüküm anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını göstermektedir. Diğer yandan Kanun-i Esasî, değiştirilmesi bakımından “katı bir anayasa”dır. Anayasanın değiştirilmesi için Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusan üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğuyla değişiklik teklifinin kabul edilmesi gerekir. Bu çoğunluk ile kabul edilen değişiklik teklifinin yürürlüğe girmesi için Padişahın onayı gerekir. Yani anayasa değişikliği konusunda Padişah, mutlak bir veto yetkisine sahiptir. Buradan şu sonucu çıkarabiliriz⁷⁵: 1876 Kanun-i Esasîsi sisteminde tali kurucu iktidar, Meclis-i Umumî ile Padişah arasında paylaşılmıştır. Padişah, tek başına tali kurucu iktidarı kullanamaz. Meclis-i Umumî ise bu iktidara sahiptir; ancak yaptığı değişikliğin geçerliliği için Padişahın onayını da elde etmesi gerekir.

Tanör, Kanun-i Esasi'nin egemenliğin kaynağı ve kullanışı bakımından kökten bir değişiklik yapmamasından, anayasanın getirdiği sistemin meşruti-demokratik birer yasama ve yürütme organı yaratmamasından ve yasama-yürütme ilişkilerini padişahın iradesine bırakmasından ötürü; Anayasanın sertliği ve üstünlüğü ilkelerinin tersine birer

⁷³ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 144.

⁷⁴ İbid, s. 147.

⁷⁵ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005.

işlev yaparak, *padişah haklarının* koruması durumuna geldiğini ifade etmektedir⁷⁶. Yazar devamla, anayasayı yorumlama yetkisinin Padişahın seçtiği organlara (Heyet-i Ayana) bırakılmasından (md.117) ötürü, 115'nci maddede düzenlenen “Kanunu Esasi'nin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradın iskat edilemez” hükmünün platonik ve olumsuz anlamlara geldiğini ifade etmiştir⁷⁷.

Doğaldır ki; anayasanın üstünlüğü ve sertliği, sadece Padişaha tanınan yetkiler için geçerli değildir. “Tebaa Devleti Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi” (Madde 8-26) başlığı altında insan hakları hükümleri de bu üstünlük ve sertlik ilkelerinden nasibini alacaktır. Bu bağlamda anayasanın kişilere tanıdığı insan hakları, mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin hükümler de Anayasada yer alan hükümler oldukları için korunacaklardır.

B. KANUN-İ ESASİ'DE YER ALAN İNSAN HAKLARI

Muhtelif defalar zikredildiği gibi, Kanun-i Esasi insan haklarına ilişkin hükümlerin bir çoğunu 8-26'ncı maddeleri arasında düzenlenen *Tebaa Devleti Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi (Osmanlı Devleti Vatandaşlarının Genel Hakları)* başlığı altında düzenlemiştir. Hemen şunu da ifadelim ki; Kanun-i Esasi'de düzenlenen insan hakları hükümleri sadece bu başlık altında değildir. Anayasanın çeşitli maddelerinde insan haklarıyla dolaylı ve doğrudan ilgili maddeler bulmak mümkündür.

1. Hürriyet ve Eşitlik

Anayasanın bugünkü anlamda “Başlangıç”ı sayılabilecek “Surte-i Münife-i Hatt-ı Hümayun” (Padişahın yüce el yazısı sureti) bu hukuki belgenin Tanzimat'tan beri süregelen çabaların bir sonucu olduğunu ifade ettikten sonra, Osmanlıların “hürriyet ve eşitlik”inin de hükme bağlanan temel ilkeler olduğunu belirtmiştir⁷⁸. Görülüyor ki,

⁷⁶ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 148; aynı yönde görüş için bk. Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasîsi, s. 667

⁷⁷ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 148; aynı yönde görüş için bk. Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasîsi, s. 667.

⁷⁸ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 201; Akay, A. Sefa, agt, s. 65.

“hürriyet” ve “eşitlik” Padişahın el yazsısı ile anayasanın başlangıcına yazılmıştır. Bu bağlamda Anayasanın bu iki kavramı temel ilke olarak ele aldığı yorumunu yapabiliriz.

Bahsedilen hükümlerde, “hürriyet” sözcüğü iki kez kullanılıyor: bu da 9 ve 10’ncü maddelerde geçen “hürriyet-i şahsiye (kişi hürriyeti)” deyimidir. Hürriyet kavramı diğer hükümlerde “serbesti (md. 11, 12, 15)”, “mezun (md.13)”, “selahiyet (md.14)” kelimeleri ile ifade ediliyor.

Anayasanın 9’ncü maddesinde yer alan hürriyetin; “başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek gücüdür” şeklindeki Fransız İnsan ve Yurttaş hakları bildirgesine çok benzediğini ifade etmek gerekmektedir. İslam hukukunda ise hürriyetin “ne kendine ne de başkasına zarar vermemek şartıyla meşru dairede istediğini yapmaktır” anlamına geldiğine değinmiştik. Bu bağlamda Kanun-i Esasi tam anlamıyla İslam hukukundaki insan hakları hükümlerinin yasal düzene aktarılmasıdır şeklindeki yoruma⁷⁹ katılmak mümkün değildir⁸⁰.

Aşağıda ayrıntıları ile tek tek inceleyeceğimiz hak ve hürriyetlerin geneline bakıldığında, sanki sadece anayasada yer alan hürriyetlere müsaade edildiği şeklinde yanlış bir kanı uyanabilir. Zira belirtildiği gibi, anayasa hürriyet ve eşitlik kavramlarını nirengi noktası olarak ele almıştır –ki buna başlangıç kısmında da yer vermiştir-. Bu bağlamda Kanun-i Esasi’de hususiyetle yasaklanmayan her şeyin serbest olduğu sonucuna varabiliriz.

Eşitlik hususuna gelince; öncelikle anayasa, 8’nci maddesinde “Devleti Osmaniye tabîyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise bilâ istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve izae edilir.” (*Osmanlı Devleti uyruğunda bulunan kişilerin tamamı, hangi din ve mezhepten olursa olsun, istisnasız olarak Osmanlı (vatandaşı) sayılır ve Osmanlı (Vatandaşlığı) kanunla kazanılır ve kaybedilir.*) hükmüne yer vererek, Müslüman-gayrimüslüman- zimmi ayrımını ortadan kaldırmıştır. Burada ifade edilmesi gereken bir diğer husus da; Osmanlı vatandaşlığını tarif eden hükmün, anayasanın insan haklarını düzenleyen 2’nci kısmında yer almasıdır. Dolayısıyla kanun koyucunun vatandaşlığı bir

⁷⁹ Akgündüz, Ahmed, Eski Anayasa Hukukumuz, s. 22.

⁸⁰ Kanun-i Esasi’nin Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları bildirgesi ile kıyaslanması hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Kabakçioğlu, Metin, agt, s. 179-189.

insan hakkı olarak algıladığımız ifade edebiliriz. Bu aynı zamanda vatandaşlığın bir anayasal insan hakkı olarak algılanması geleneğinin başlangıcı da olmuştur⁸¹.

Resmi dilin Türkçe olması, bir takım yazarlar tarafından çok uluslu bir devlette insanların eşitliği ilkesine ters düştüğü şeklinde yorumlanmıştır⁸². Fakat Kanun-i Esasi'nin ilk maddesinde yer alan Osmanlı Devletinin üniter bir devlet olduğu hususu nazar-ı dikkate alınacak olursa; resmi dilin tespit edilmesinde sakınca olmadığı rahatça anlaşılır.

Anayasa, vatandaşların hak ve hürriyetlerini hükme bağlarken, Müslümanlara ayrı, gayrimüslümanlara ayrı ve zimmilere ayrı hitap etmemiş; ya 8'nci maddede de vurgulandığı gibi "Osmanlılar"(md.9, md.13, md.14, md.15, md.16, md.17, md.18) tabirini kullanmış ya da "herkes", "hiç kimse"(md.10, md.21, md.22, md.23, md.25) gibi ifadeler kullanmıştır. Görüldüğü gibi insan hakları hükümleri ya sadece kendi vatandaşlarına tanınmış ya da kendi vatandaşları dahil olmak üzere ülkede yer alan tüm insanlara (yabancılara) da tanınmıştır. Günümüzdeki anayasalarda da bu ayrımın doğal olarak yapıldığını dikkate alacak olursak, Kanun-i Esasi'nin o günün şartlarına göre nasıl bir düzenleme getirdiğini daha iyi anlarız.

2. Kanun-i Esasi'de Yer alan İnsan Haklarının Sınıflandırılması

Çalışmamızın ilk iki bölümünde insan haklarını, gelişimi esas alınarak birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar olarak sınıflandırmıştık. Kanun-i Esasi'de düzenlenen insan hakları hükümlerine baktığımızda, anayasada yer alan hakların çok büyük bir kısmının birinci kuşak haklar kategorisine girdiğini fark ediyoruz. Bu bağlamda ilk anayasamızdaki hakları birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar olarak adlandırmanın yanlış olacağı kanaatindeyiz.

Anayasada yer alan haklar esas itibariyle klasik haklar ve siyasal haklar olarak tasnif edilebilir.

⁸¹ Zira, dönemin özel şartları dolayısıyla kendisinde bulunmayan ve bir anayasa olup olmadığı tartışılan 1921 Teşkilat-ı Esasi'ye Kanunu dışında tüm anayasalarımızda vatandaşlık bir anayasal hak olarak yerini almıştır; Aybay, Rona, "İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık", İnsan Hakları, İstanbul Aralık 2000, s. 186.

⁸² Kabakçıoğlu, Metin, agt, s. 183.

a. Klasik Haklar

Kanun-i Esasi klasik haklar olarak adlandırabileceğimiz haklardan, kişi güvenliği, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, hak arama hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, kanun önünde eşitlik, kanuni yargı yolu, mülkiyet hakkı ve eğitim ve öğretim hakkını düzenlemiştir. Şimdi bu haklara ayrı ayrı değinelim.

aa. Kişi Güvenliği

Bu hak, anayasanın 9 ve 10'ncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Madde 9.- “Osmanlıların kâffesi hürriyeti şahsiyelerine malik ve aherin hukuku hürriyetine tecavüz etmemekle mükelleftir.” (*Osmanlı (Vatandaşlarının) tamamı kişi hürriyetlerine sahip ve başkasının kamu haklarına tecavüz etmemekle yükümlüdür.*)⁸³

Madde 10.- “Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.” (*Kişi Hürriyeti her türlü saldırıdan korunmuştur. Hiç kimse kanunun belirlediği sebep ve hal (takdir) dışındaki bir bahane ile cezalandırılmaz.*)

9'ncü maddeden de rahatça anlaşıldığı üzere, bütün Osmanlı vatandaşları kişi hürriyetine sahiptirler. Anılan madde Osmanlı vatandaşlarına bir de ödev yüklemiştir. Buna göre Osmanlı vatandaşları başkalarının hürriyetine tecavüz etmemekle yükümlü kılınmıştır.

10'ncü madde ise, kişi güvenliği açısından son derece önemli olan ve modern ceza hukukunun temel ilkesi olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine yer vermiştir. Maddede kişi hürriyetinin her türlü saldırıdan korunduğu ifade edildikten sonra, hiç kimsenin kanunda gösterilen sebep ve usullerin dışında, hiçbir bahaneyle cezalandırılmayacağı hükme bağlanmaktadır. Böylece tutuklama ve yakalama kurumu ile ilgili ilk hükümlerin Kanun-i Esasi ile getirildiğini görmekteyiz⁸⁴.

Anılan madde hükümleri uyarınca; doktrinde Fransız devriminin klasik kişi hürriyetleri anlayışının ilk anayasamıza olabildiğince yansıdığı şeklinde yorumlar

⁸³ İtalik yazılar tarafımdan sadeleştirilmiştir, A.K.

⁸⁴ Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasîsi, s. 661.

yapılmıştır⁸⁵. Fakat İslam Peygamberinin veda hutbesinde “...canlarımız... mukaddestir...her türlü tecavüzden korunmuştur...” hükmünü hatırlayacak olursak, İslam hukuku kaynaklarıyla paralel bir hüküm getirildiğini ifade edebiliriz.

bb. Kişi Dokunulmazlığı

Kanun-i Esasi yaşama hakkı ve bu hakkın uzantılarına yer vermektedir. “İşkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur.” (*İşkence ve diğer her türlü eziyet kesinlikle ve tamamen yasaktır.*) hükmüne yer veren 26’ncı maddeyle işkence her türlü zulüm ve eziyet tamamen ve mutlak bir biçimde yasaklanmıştır. Bu hak, doktrinde modern insan hakları doktrinine uygun çok kesin bir hak olarak yorumlanmıştır⁸⁶. Bu madde, kişinin beden dokunulmazlığını –ölüm cezası dışında – kesin koruma altına almaktadır.

Anayasa, “Müsadere ve angarya ve cerime memnudur. Fakat muharebe esnasında usulen tâyin olunacak tekâlif ve ahval bundan müstesnadır.” (*Müsadere, angarya ve cerime (başkasının sebep olduğu zararı çekme, suçludan para alınması) yasaktır. Fakat savaş sırasında usulen belirlenecek vergiler ve durum bunun dışındadır.*) hükmüne yer veren 24’ncü maddesiyle de müsadere, angarya ve suçludan para alınması yasaklanmıştır. Madde, savaş esnasında usulen belirlenecek belirli durumları istisna kılmıştır. Bu istisna aynı zamanda kişi dokunulmazlığının da istisnası sayılmaktadır; zira bu hüküm vesilesiyle savaş durumunda angarya (zorla çalıştırma) geçerli olacaktır.

cc. Konut Dokunulmazlığı ve Özel Hayatın Gizliliği

Klasik haklardan bir diğeri de konut dokunulmazlığıdır. Bu hak Kanun-i Esasi’nin 22’nci maddesinde yer almıştır. Buna göre:

“Memaliki Osmaniyede herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tâyin eylediği ahvalden maada bir sebeble hükûmet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.” (*Osmanlı memleketinde herkesin sürekli ve geçici oturduğu yerler saldırıdan (tecavüzden) korunmuştur. Kanunun belirlediği*

⁸⁵ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 203.

⁸⁶ İbid, s. 202.

durumun dışında bir sebeple hükümet tarafından cebren (zorla) hiç kimsenin sürekli ve geçici oturduğu yerlere girilemez)

Fransız İnsan ve Yurttaş hakları Bildirisi'nin 8'nci maddesinden Kanun-i Esasi'ye aktarılan bu hüküm, Osmanlı ülkesinde yaşayan herkesin sürekli ve geçici olarak oturduğu yerlere yönelik saldırılardan emin olacaklarını, kanunun gösterdiği haller dışında hükümet tarafından hiç kimsenin sürekli ve geçici oturduğu yerlere zorla girilemeyeceği ifade edilmektedir.

Bu hükümle aynı zamanda özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı da dile getirilmiş olmaktadır. Ne var ki; özel hayatın gizliliği ve korunması bakımından önem arz eden haberleşme hürriyeti ile ilgili düzenlemeye bu aşamada yer verilmemiştir⁸⁷.

Bu hükmünde bir istisnası vardır. Buna göre, "kanunun belirlediği durumlarda" devlet güçleri zorla da olsa konutlara girebilirler.

dd. Din ve Vicdan Hürriyeti

Yukarıda da zikredildiği gibi Kanun-i Esasi'nin muhtelif maddelerinden, Osmanlı devletinin teokratik bir devlet olduğu çok rahatça anlaşılmaktadır. 11'nci madde bu hususu açıkça ifade etmektedir:

Madde.11- Devleti Osmaniye'nin dini din-i islâmdır. Bu esası vikaye ile beraber asayiş halkı ve adabı umumiyeyi ihlâl etmemek şartile memaliki Osmaniye'de maruf olana bilcümle edyanın serbestii icrası ve cemaatı muhtelifiye verilmiş olan imtiyazatı mezhebiyenin kemakân cereyanı Devlet'in tahdi himayetindedir.*(Osmanlı Devletinin dini İslamdır. Bu esası (temel disiplini, düzeni) korumakla beraber halkın asayişini ve kamu düzenini ihlâl etmemek şartıyla Osmanlı ülkesinde tanınan (bilinen, şeriatın izin verdiği) bütün dinlerin serbestçe yaşanması ve belirli gruplara verilmiş olan mezheplerin imtiyazlarının eskisi gibi olacağı Devlet'in (sınırlı) korumasındadır.)*

Kimsenin din ve mezhebine karışılmayacağını ifade eden 11'nci madde, o gün için olduğu kadar bugün dahi ileri bir yasama ve uygulama örneği oluşturmaktadır⁸⁸.

⁸⁷ Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasîsi, s. 662.

⁸⁸ Akay, A. Sefa, agt, s. 67.

Maddenin 2'nci cümlesinde de belirtildiği gibi, Osmanlı devletinde yaşayan diğer din ve mezhep mensuplarına, ibadet hürriyeti tanınmıştır. Fakat, ibadet hürriyeti güvenlik ve genel ahlakla sınırlıdır. Burada dikkat edilirse, İslam hukukunun din ve vicdan hürriyetine bakış açısının yansınmasını görebiliriz. Zira belirtildiği üzere, İslam hukukunda din ve vicdan hürriyeti vardır, fakat kamu düzenini bozacak şekildeki hürriyete izin verilmemiştir⁸⁹.

ee. Mülkiyet Hakkı

Kanun-i Esasi'de mülkiyet hakkına ilişkin bir çok madde düzenlenmiştir. Biz burada özellikle 21'nci madde üzerinde duracağız. Anılan madde hükmü şu şekildedir:

Madde 21- Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafii umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer bahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz.*(Herkes(in) hukuka uygun şekilde (usulen) maliki olduğu malı ve mülkü güvendedir. Kamu menfaatleri için gerekliliği sabit olmadıkça ve kanun gereğince değeri peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz)*

Bu madde ile herkesin sahip olduğu mal ve mülkten emin olabileceği hükme bağlandıktan sonra, kamu yararı gerekmedikçe ve değeri peşin olarak ödenmedikçe hiç kimsenin malına el konulamayacağı ifade edilerek kamulaştırmanın temeli atılmıştır⁹⁰.

Burada üzerinde durmak istediğimiz hususlardan bir diğeri de, mülkiyet hakkının korunabilmesi için hakka konu olacak malın “usulünce” kazanılmış olmasıdır. Dolayısıyla hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş bir mal, devlet tarafından korunmayacaktır.

Bu hükmün de istisnası vardır. 24'ncü madde uyarınca savaş durumunda müsadere mümkün olduğu için kişi malını hukuka uygun bir şekilde de kazanmış olsa, devlete vermek zorunda kalacaktır.

⁸⁹ Krş. Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 203.

⁹⁰ Akın, İlhan, Kamu Hukuku, İstanbul 1987, s. 335.

ff. Eğitim Öğretim Hakkı

Kanun-i Esasi’de yer verilen düzenlenen insan hakları hükümlerini düzenlerken, bu anayasanın düzenlediği hak ve hürriyetlerin hemen hemen hepsinin birinci kuşak haklar kategorisine girdiğini ifade etmiştik. İşte bu duruma bir istisna teşkil eden eğitim öğretim hakkı ikinci kuşak haklardan sayılmış⁹¹ ve Kanun-i Esasi’nin 15 ve 16’ncı maddelerinde yerini almıştır.

Madde 15- “Emri tedaris serbesttir. Muayyen olan kanuna tebaiyet şartile her Osmanlı umumi ve hususi tedrise mezundur.”(*Eğitim işi (emri) serbesttir. Kanun belirlediği şartlara tabi olarak her Osmanlı genel ve özel eğitime iznlidir(yetkilidir.)*)

Madde 16- “Bilcümle mektepler Devletın tahtı nezaretindedir. Tebaai Osmaniyenin terbiyesi bir siyaki ittihat ve intizam üzere olmak için iktiza eden esbaba teşebbüs olunacak ve mileli muhtelifenin umuru itikadiyelerine müteallik olan usulü talimiyeye halel getirilmeyecektir.”(*Bütün okullar Devletın gözetimi altındadır. Osmanlı uyruğunun(vatandaşlarının) terbiyesi ifade şeklinde birlik ve düzen olması için gereken vasıtalar sağlanacak(teşebbüs olunacak) ve farklı milletlerin inanç emirlerine ilişkin öğretim usullerine zarar verilmeyecektir.*)

15’nci maddenin ilk cümlesi “emri tedaris serbesttir” ifadesine yer vermiştir. Tedris malum olduğu üzere eğitim demektir; burada eğitim *emrinin* serbest olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla Kanun koyucu eğitimi bir emir olarak telakki etmektedir. Eğitim emir olduğu hukuk sistemi ise İslam hukukudur. İlk ayetinde “oku” ile başlaması bu hususunun ispatıdır. Dikkat edilirse Kanun-i Esasi’de yer alan eğitim-öğretim hakkı da İslam hukukuyla bağlantılıdır.

Kanun-i Esasi; öğretimi yalnızca devlet tekelinde bir kamu hizmeti olarak görmemiş, özel öğretim kurumları eliyle de yerine getirilmesine olanak vermiştir⁹². Fakat tüm –kamusal ya da özel- okullar, devletin gözetimi altındadırlar. Bu husus bugün de cari olan bir vakadır. Anayasada devlete eğitim öğretim hususunda görevler de verilmiştir. Buna göre, vatandaşların eğitim ve öğretimleri için gerekli olan vasıtalar devlet tarafından sağlanacaktır.

⁹¹ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 10.

⁹² Gülmez, Mesut, “Eğitim ve “İnsan Hakları Eğitimi” Hakları”, İnsan Hakları, İstanbul Aralık 2000, s. 323.

Özkorkut'un "Eğitim hakkını düzenleyen 15 ve 16. maddelerde, eğitim ve öğretimin, Devlet gözetimi ve denetimi altındaki okullarda, kanuna uygun olmak şartıyla serbestçe yapılabileceği belirtilmiştir. Eğitim ve öğretimin Devlet gözetimi altında olması, Devletin teokratik yapısının elverdiği ölçüde eğitim yapılabilmesi demektir ki, bu da çağdaş eğitimden uzak kalma sonucunu doğuracağından sakıncalı bir düzenlemedir"⁹³ şeklinde ifade ettiği fikrine katılmadığımızı belirtmek isteriz. Ülke her ne kadar İslam devleti de olsa; anayasa din ve vicdan hürriyetini serbest bıraktığı için; ülkede diğer dinlere sahip vatandaşların olacağı aşıkardır. Anayasanın 16'ncı maddesinin son cümlesi bunların eğitim-öğretim haklarını ayrıca koruma altına almıştır. Buna göre; farklı dinlere sahip insanların inançları gereği görmeleri gereken eğitim usulleri devlet tarafından korunacaktır. Bu hüküm aynı zamanda, farklı milletlerin anayasa tarafından tanınmış olan özel okullarında, özel din dersi uygulayabilecekleri şeklinde de yorumlanmıştır⁹⁴.

Osmanlı devletinin resmi dili Türkçe olduğundan (md.18), açıkça belirtilmemiş olsa da, kamusal ve özel tüm öğretim kurumlarında, öğretim dili Türkçe'dir. Osmanlı ülkesinde bulunan milletlerin her birinin, "kendilerine mahsus olan lisanı talim ve taallümde muhtar" olduğunu belirten yani kendi dillerinde öğrenim ve öğretim olanağı tanıyan maddenin ilk metindeki düzenleme kesin metne alınmamıştır⁹⁵. Bu hükmün, ayrılıkçılığı daha da körükleyeceğini ileri süren Eğinli Sait Paşa'nın girişimiyle, son metne girmemesi sağlanmıştır⁹⁶.

Kanun-i Esasi'nin eğitim-öğretim hakkı açısından eleştirilebilecek bir yönü varsa o da; parasızlık ilkesine yer vermemiş olmasıdır. Bu arada şunu da ifade etmek gerekir ki; Kanun-i Esasi öğretimin ilk derecesini tüm Osmanlı vatandaşları için zorunlu kılmıştır⁹⁷.

⁹³ Özkorkut-Ünal, Nevin, agt, s. 50.

⁹⁴ Akay, A. Sefa, agt, s. 66.

⁹⁵ Gencer, Ali İhsan, "İlk Osmanlı Anayasasında Türkçenin Resmi Dil Olarak Kabulü Meselesi", Kanun-u Esasi'nin 100.yılına armağan, AÜSBF yay., Ankara 1978, s. 186-187; Kabakçıoğlu, Metin, agt, s. 169.

⁹⁶ İbid, s. 170.

⁹⁷ Gülmez, Mesut, agm, s. 324.

gg. Düşünce ve Basın Hürriyeti

Anayasanın 12'nci maddesi “Matbuat kanun dairesinde serbesttir.”(*Basın kanun çerçevesinde serbesttir*) hükmüne yer vererek, basının serbest olduğuna değinmiştir. Burada dikkati çeken husus daha önceden de belirtildiği gibi, bu serbestliğin sınırının kanun tarafından belirlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla anayasal koruma sağlanan basına, kanun ile sansür konulsa, görünüşte basın hürriyeti olacaktır⁹⁸. Bu rağmen, idari kararlarla basın hürriyetinin sınırlanamayacağını düzenlemiş ve böylece basın hürriyetini hiç olmazsa yürütme organına karşı teminat altına alınmış olmaktadır. Bu bağlamda hürriyeti keyfilikten kurtarıp kanun teminatına bağlaması yönünden bir gelişme olarak kabul etmek gerekir⁹⁹. Bu madde sansürü yasaklamayan hüküm içermediği için eleştirilmektedir¹⁰⁰.

Anayasa düşünce hürriyetine açıkça yer vermemiştir. Basın hürriyeti, düşüncenin basın yoluyla açıklanması anlamı¹⁰¹ da taşıdığı için, 12'nci maddede yer alan basın hürriyetinden yola çıkarak, düşünce ve ifade hürriyetine de dolaylı yoldan ulaşılabilir.

ğğ. Şirket Kurabilme Hürriyeti

Kanun-i Esasınin 13'üncü maddesinde “Tebaa-i Osmaniyenin nizam ve kanun dairesinde ticaret ve sanat ve felahet için her nevi şirketler teşkiline mezun” olduğu (*Osmanlı uyruğu (vatandaşları) nizam ve kanun çerçevesinde ticaret, sanat ve ziraat(tarım) için her çeşit şirket kurabilirler(şirket kurmaya izinlidir)*) belirtilmiştir.

Bu hüküm bir taraftan özgümlükleri ilgilendirirken, diğer taraftan devletin temel ekonomik zihniyeti hakkında bilgi vermektedir. Dolayısıyla devletin liberal anlayış içinde yönetildiği ifade edilebilir.

⁹⁸ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 204.

⁹⁹ Aksoyak, Tayfun, Basın Hürriyeti, SÜ SBE, yayımlanmamış doktora tezi, Konya 2001, s. 93

¹⁰⁰ Özkorkut-Ünal, Nevin, agt, s. 49; Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 204; Kabakçioğlu, Metin, agt, s. 169.

¹⁰¹ Aksoyak, Tayfun, agt, s. 9

b. Siyasal Haklar

Anayasa, Osmanlı vatandaşlarına siyasal haklar olarak, tatmin edici bir düzeyde olmasa da seçme ve seçilme hakkı, dilekçe hakkı, vergi eşitliği ve adaleti ve kamu hizmetlerine girme hakkını tanımıştır.

aa. Seçme – Seçilme Hakkı

Siyasal haklar deyince, ilk akla geleni seçme ve seçilme hakkıdır. Hemen ifade edelim ki, Kanun-i Esasi seçme ve seçilme hakkına açıkça değinmemiştir. Fakat doktrinde, 65-69'ncü maddelerin dolaylı olarak bu hakları düzenlediği ifade edilmiştir¹⁰².

66'ncı maddede düzenlenen “Emri intihap reyî hafî kaidesi üzerine müessesdir. Sureti icrası kanunu mahsus ile tâyin olunacaktır.” (*Seçimlerde oy gizlilik esasî üzerine kurulmuştur. (Seçimlerin) uygulanma şekli özel kanunla belirlenecektir.*) hükmü ile gizli oy esasının getirilmiş olması takdir edilecek bir husustur. Osmanlı devletinin diktatör bir devlet olduğunu ileri sürenlere verilebilecek bir cevaptır denilebilir.

67'nci madde konumuz açısından epey mühim bir hüküm getirmektedir. Madde hükmü aynen şöyledir: “Heyeti Mebusan âzalığı ile Hükümet memuriyeti bir zat uhdesinde içtima edemez. Fakat Vükelâdan intihap olunanların âzalığı mücazdır. Vesair memurinden biri mebusluğa intihap olunur ise kabul edip etmemek yedi ihtiyarındadır. Fakat kabul ettiği halde memuriyetinden infisal eder.” (*Heyet-i Mebusan üyeliğı ile Hükümet memuriyeti bir kişi üzerinde birleşemez. Fakat vükela (bakanlar)arasından seçilenlerin üyeliğı caizdir. Memurlardan biri mebusluğa seçilirse, (mebusluğı) kabul edip etmemesi kendi takdirindedir. Fakat kabul ettiği takdirde memuriyetten ayrılmış sayılır*). Görüldüğü gibi bir kişinin hem devlet memuru olmasına, hem de milletvekili olmasına müsaade edilmemiştir. Zira memur özlük hakları itibariyle hükümete bağlı olacağından, meclis çalışmalarında serbest olamayacaktır. Burada eleştirilebilecek husus varsa o da; bakanların da milletvekili olabileceğidir. Zira bakanlar Padişaha bağlı olduklarından, yasama sorumsuzluğu onlar için geçerli olamayacaktır.

¹⁰² Karamustafaoğlu, ilk seçme hakkının 1876 Kanun-i Esasi ile kabul edildiğini söylemektedir; Karamustafaoğlu, T., Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara 1970, s. 102; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 146; Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasi'si, s. 663; Özkorkut-Ünal, Nevin, agt, s. 50; Kabakçioğlu, Metin, agt, s. 170.

Anayasanın 68'nci maddesi vekil seçilmek için gerekli şartları düzenlemiştir. Buna göre; öncelikle; Osmanlı devleti vatandaşı olmayan; özel kanunu gereğince geçici olarak yabancı hizmetine sahip olan; Türkçe bilmeyen; otuz yaşını tamamlamış olmayan; seçildiği zaman bir kimseye bağlı olarak çalışan; iflas etmiş olup da durumunu düzeltmemiş olan; kötü vaziyeti ile ün kazanan; kısıtlılığına hüküm verilmiş olup da bu durumu ortadan kaldırılmamış olan; medeni hakları düşmüş olan; son olarak yabancı uyrukluğu iddiasında bulunanlar vekil olamazlar.

Seçme ve seçilme hakkının pratik olarak anlam ifade edebilmesi için olmazsa olmaz nitelikte öneme sahip olan siyasi partilere ilişkin Kanun-i Esasi'de herhangi bir düzenleme olmadığı için; mezkur anayasanın monarşik meşruluk anlayışını demokratikleştirmediği ve siyasi örgütlenme yolunda gerekli adımların atılmadığı ifade edilmiştir¹⁰³.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, ilk Osmanlı seçimleri Kanun-i Esasi'nin değindiği hükümlere göre değil, bunlardan önce ilk Osmanlı meclis-i mebusan üyelerini tespit etmek amacıyla 24 Ekim 1786 tarihli talimat-ı muvakkate hükümlerine göre yapılmıştır¹⁰⁴. Bu mevzuatın hükümlerine göre ise, vekil seçilebilmek için; emin ve itimada şayan bulunmak, Türkçe bilmek, cinayet veya siyasi bir suçtan dolayı hüküm giymemiş olmak, Osmanlı vatandaşı olmak, memur olmamak ve az-çok mülk sahibi olmak gerekir¹⁰⁵. Ayrıca 25 yaşından küçük olmamak şartı da aranmıştır. Burada dikkate değer bir husus da siyasi partilerin olmamasından ötürü adaylıkların da kişisel olması idi¹⁰⁶.

bb. Dilekçe Hakkı

Kanun-i Esasi'nin 14'ncü maddesi Osmanlı vatandaşlarına dilekçe hakkını tanımıştır. Madde hükmü şu şekildedir: “Tebaa Osmaniyeden bir veya bir kaç kişinin gerek şahıslarına ve gerek umuma müteallik olan kavanin ve nizamata muhalif

¹⁰³ Küçük, Adnan, *Siyasi Partilere İlişkin*, s. 87; Kili, Suna, *agm*, s. 203; Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal*, s. 152 vd; Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, *age*, s. 204.

¹⁰⁴ Üçüncü bölüm, A, 3, a, aa.

¹⁰⁵ Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukuku*, s. 63; Aldıkaçtı, Orhan, *age*, s. 61; Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal*, s. 152 vd.

¹⁰⁶ Armağan, Servet, “Memleketimizde İlk Parlamento Seçimleri”, *Kanun-u Esasi'nin 100. yılına armağan*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1978, s. 149-176.

gördükleri bir maddeden dolayı işin merciine arzuhal verdikleri gibi Meclisi Umumiye dahi müddei sıfatile imzalı arzuhal vermeğe ve memurinin efalinden iştikâye selâhiyetleri vardır.” (*Osmanlı uyruğundan (vatandaşlarından) birinin veya bir kaçının gerek şahıslarına ve gerek topluma ilişkin kurallar ve nizama aykırı gördükleri bir maddeden dolayı işin makamına dilekçe verebilecekleri gibi Meclis-i Umumiye bile davacı sıfatıyla imzalı dilekçe vermeye ve memurların fiillerinden şikayet etmeye yetkileri(hakları) vardır*).

Buna göre bir veya birkaç kişi, gerek şahıslarını, gerek geneli ilgilendiren konularda kanunlara veya nizamlara aykırı bir uygulamadan dolayı ilgili mercilere dilekçe verebileceği gibi, meclisi umumiye de konu ile ilgili olarak başvurma hakkına sahiptir. Aynı şekilde memurların yaptıklarını beğenmemeleri durumunda, şikayet hakkına sahiptirler. Ne var ki, 52’nci madde, ilgilinin meclislerden birine gitmeden önce, ilgili memura veya o memurun bağlı bulunduğu mercie başvuruda bulunması ve bunlardan herhangi bir sonuç elde edememesi şartını getirmiştir.

Bu hüküm sadece Osmanlı vatandaşları için geçerlidir. Dolayısıyla o an için ülkede yer alan bir yabancı için böyle bir hakkı yoktur. Madde hükmü bu açıdan eleştirilebilir.

cc. Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı

Bu hak 18’nci ve 19’ncü maddelerde düzenlenmiştir. 18’nci madde; “Tebaa Osmaniyenin hidematı Devlette istihdam olunmak için devletin lisanı resmisi olan Türkçeyi bilmeleri şarttır.” (*Osmanlı vatandaşlarının(uyruklarının) devlet hizmetinde çalışabilmesi için devletin resmi dili olan Türkçe’yi bilmeleri şarttır.*) hükmüne yer verirken; 19’ncü madde “Devlet memuriyetinde umum tebaa ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip olan memuriyetlere kabul olunurlar.” (*Devlet memuriyetinde genel vatandaş (uyruk) liyakat ve yeteneklerine göre uygun olan memuriyetlere alınurlar.*)

Anılan maddelerden de rahatça anlaşılacağı üzere, kamu görevinde yer alabilmek için üç şart gerekmektedir. Bunlardan birincisi: Osmanlı vatandaşı olmak; ikincisi: Türkçe’yi bilmek ve son olarak; görevin gerektirdiği liyakat ve yeteneğe sahip olmak. Bunların dışında kamu hizmetine girme hakkına bir şart getirilmemiştir.

dd. Vergi Eşitliği ve Vergilerin Kanuniliği İlkesi

“Tekâlifi mukarrere nizamâtı mahsusasına tevfikân kâffeî tebaa beyninde herkesin kudreti nisbetinde tarh ve tevzi olunur.” (*Kesinleşmiş (tahakkuk etmiş) (Örfî) vergiler özel kurallarına uygun olarak bütün vatandaşlar(uyruklar) arasında herkesin zenginliği (gücü) oranında tarh ve dağıtılır.*) hükmüne yer veren 20’nci madde alınacak vergilere ilişkin birkaç önemli hususa değinmektedir. Buna göre öncelikle, vergiler bütün vatandaşlardan alınacaktır. Vergi alımı hususunda zimmi-müslüman vb. ayrımlar yapılamayacaktır. Aynı zamanda vergiler, kişilerin zenginlikleri nispetinde alınacaktır. Bu şu açıdan önem kazanmaktadır; ekonomik durumu çok iyi olan bir kişiden alınan farzı misal 5 akçe ile durumu çok kötü birinden alınan 5 akçenin değeri bir değildir.

Anayasanın günümüzdeki anlamıyla özdeşleştirilebilecek bir diğer düzenleme de “kanuni vergi” ilkesidir. 25’nci madde “Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi ve rüsumat nâmı aherle hiç kimseden bir akçe alınamaz.” (*Bir kanuna dayanmadıkça vergi ve resim adı altında hiç kimseden bir akçe alınamaz.*) hükmüne yer vererek, bu ilkeyi düzenlemiştir.

c. Yargısal Korumalar

Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde ifade edildiği üzere, 1876 Kanun-i Esasi’si küçümsenemeyecek ölçüde bir hak ve hürriyetler demeti oluşturmuştur. Aynı zamanda anayasa, bu hak ve hürriyetler için yargısal korumalar getirmeyi de ihmal etmemiştir. Bunlar başlıklar halinde şu şekildedir: tabii hakim ilkesi, bağımsız hakim ilkesi, yargılamanın aleniyeti ilkesi, işkence ve eziyetin yasaklanması, hak arama hürriyeti ve Anayasaya uygunluk ilkesi.

aa. Tabii Hakim İlkesi

Bir kimsenin kanunen bağlı olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye zorlamayacağı ve başka bir mahkemede yargılanamayacağı anlamına gelen “Tabii Hakim İlkesi” Anayasanın 23’ncü maddesinde “Yapılacak usulü muhakeme hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.” (*Yapılacak yargılama usulünce hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye(başvurmaya) zorlanamaz.*) ifadesiyle yerini almıştır.

Bir mahkemenin görevi içerisinde olan davaya her ne sebep olursa olsun bakmaktan imtina edemeyeceğini düzenleyen 84'ncü madde; her davanın hatta kişiler ile hükümet arasındaki davaların bile ait olduğu mahkemede görüleceğini hükme bağlayan 85'nci madde ve her ne ad ile olursa olsun bazı özel kanunlara bakmak ve hükmet için belirli mahkemeler dışında olağanüstü bir mahkeme veya hüküm vermeye yetkili komisyon oluşturmayı kesinlikle yasaklayan 89'ncü madde tabii hakim ilkesinin bu anayasada yeteri derecede işlendiğini ispatlar hükümlerdir.

bb. Hak Arama Hürriyeti

İlk yazılı anayasamızın 83'ncü maddesinde yer alan hükme göre; herkes mahkeme huzurunda haklarını koruma açısından gerekli gördüğü her türlü meşru araçtan faydalanabilme hakkına sahiptir. Böylece, Kanun-i Esasi, kişinin önemli haklarından olan savunma hakkına da modern bir şekilde yer vermiş olmaktadır.

cc. Bağımsız Mahkeme ve Yargılamanın Aleniliği İlkesi

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki; 81'nci madde uyarınca hakimler azlolunamazlar. Diğer yandan hakimlerin özlük işlerinin (yükselme, yer değiştirme, emeklilik) özel bir kanun (kanun-ı mahsusa) ile düzenleneceği öngörülmektedir (md.81). Aynı şekilde, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, 87'nci maddede "mahkemeler her türlü müdahalattan azâdedir" denilerek açıkça tanınmaktadır. 88'nci maddede, mahkemelerin sınıf, görev ve yetki paylaşımının kanunla yapılacağı öngörülmektedir. Aynı zamanda hakimlerin atanması da yürütmenin takdirinden çıkarılıp kanuna tâbi kılınmaktadır (md.89). Yine hakimlerin bağımsızlığı sağlamak için hakimlerin devletin maaşlı bir başka memuriyetini kabul edemeyecekleri hükmü de getirilmiştir (md.90). Görüldüğü üzere mahkemelerin bağımsızlığı hem açık bir hükümle hem de dolaylı bir şekilde anayasada yerini almıştır.

82'nci madde, mahkemelerde her çeşit yargılamanın alenen yapılacağını ve verilen kararın yayımlanmasına izin verildiğini düzenlemiştir. Ancak yargılamanın aleniliği ilkesine istisna getirilmiş, kanunda açıklanan sebebe dayanarak mahkemenin yargılamayı gizli yapabileceği hükme bağlanmıştır. Yasa koyucuya bu kadar geniş bir yetki verilmesi, yargılamanın aleniliği hususu açısından menfi bir düzenleme olmuştur. Yasa koyucu en azından hangi hallerde duruşmaların gizli olabileceğinin temel

kriterlerini anayasaya koymalıydı. Bu maddeye kararların gerekçeli olarak verilmesi gerektiği de eklenebilirdi.

dd. Anayasaya Uygunluk

Ayan Meclisinin, Mebusan Meclisinden gelen tasarıları, Anayasada tespit edilmiş değerlere uygunluk açısından incelenmesini düzenleyen 64'ncü madde, bu değerler içerisinde "hürriyet" in de bulunmasından ötürü insan hakları açısından bir koruma olarak kabul edilebilir¹⁰⁷.

C. 1909 DEĞİŞİKLİKLERİ ve YENİ HAKLAR

1. Genel Olarak

Kanun-ı Esasi ve Birinci Meşrutiyetin kesintili durumuna rağmen hak özgürlükler mücadelesinde esen rüzgarın önünü almak oldukça zorlaşmış görünüyordu. Başta Jön Türkler olmak üzere ülke düzeyinde gittikçe yayılıp kökleşen bu hürriyetçi akım, ordunun da desteğini kazandıktan sonra Padişaha bile kafa tutma noktasına gelmiştir. Baskılara dayanamayan II. Abdulhamit 23.7.1908 yılında Kanun-ı Esasi'yi yeniden yürürlüğe koyarak, İkinci Meşrutiyet devrini başlatmıştır. İkinci Meşrutiyet dönemini başlatan bu hareketin karakteri ve taşıdığı anlam konumuz açısından önemlidir. Zira, Osmanlı Devletinde gerçekleştirilmek istenen reform girişimlerine ilk defa halk unsuru katılmış bulunmaktadır. Başka bir deyişle, İkinci Meşrutiyet çabası diğer önceki girişimlerin tersine, aşağıdan yukarıya doğru bir hareket şeklinde kendini göstermektedir. Kanun-i Esasi'nin mevcut hali ile yürürlüğe girmesi özgürlükçü rejimin kurulması için elbette yeterli görülmemiştir. Bu nedenle, 1909 yılında Anayasada bazı köklü değişiklikler yapılmıştır¹⁰⁸.

İlk yazılı Anayasamız II. Abdülhamit'in tahtan indirilmesinin ardından kısa bir süre sonra değişikliğe tabi tutulmuştur. Yapılan bu değişikliklerle 1876 yılında yapılan anayasanın hemen hemen temel yapısı değişmiştir diyebiliriz. Yapılan değişiklikler

¹⁰⁷ Özkorkurt-Ünal, Nevin, agt, s. 51.

¹⁰⁸ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 33; Gözübüyük, Şeref, age, s. 109; Benli, Salih, agt, s. 32.

neticesinde doktrinde genel kabul gördüğü üzere, gerçek anayasal rejim kurulmuş olmaktadır¹⁰⁹.

8 Ağustos 1909 tarihli kanun ile, 1876 metninin 21 maddesi değiştirilmiş, bir madde kaldırılmış ve üç yeni madde eklenmiştir. Aslında yapılan iş yeni bir anayasa yapmak değildi, fakat değişikliklerin ehemmiyeti o kadar fazla idi ki, doktrinde bazı yazarlar “1909 Anayasası”nın yapılmış olduğunu ileri sürmüşlerdir¹¹⁰. Zira yasama ve yürütme organları arasındaki denge yasama lehine bozulmuştur¹¹¹. Konumuz açısından burada şunu ifade etmek de yarar vardır ki; Meclis-i Mebusan’ın yetkilerinin genişletilmesi insan haklarının güvencesi açısından önemli sayılabilecek bir yeniliktir¹¹².

Yapılan değişiklikler yasama ve yürütme organlarının yetkilerini ve çalışma usullerini değiştirdiği gibi yeni bir takım insan hakları hükümleri de getirmiştir. Aynı zamanda, insan haklarına daha açık koruma sistemi de getirilmiştir.

2. Yasama Organında Yapılan Değişiklikler

Hemen ifade edelim ki, yasama organının yapısı ve oluşumu değişmemiştir. Heyet-i Ayan yine mevcuttur ve eskiden olduğu gibi üyeleri Padişah tarafından seçilip atanacaktır. Burada eskiden farkı, Heyet-i Mebusan kendi birinci ve ikinci başkanlarını bizzat seçebilmesidir (md.77). Bu durumun anılan meclis üyelerinin görevlerini yaparken, Padişaha bağlı olan başkan tarafından gözetilmediklerini bilmeleri ve bağımsız olduklarını daha rahat bir şekilde anlamaları açısından önemlidir.

Kanun yapma usulünde de önemli değişiklik yapılmıştır. Bir kere kanun teklif etmek için Padişahın iznini alma şartı kaldırılmıştır. İkinci olarak kanun tekliflerinin ilk önce Şura-ı Devlette görüşülmeleri usûlü ilga edilmiştir. Artık meclisler Padişahın iradesinin bir yansıması olmaktan çıkacaktır. Tasarıların Şura-ı Devlete gönderilmemesi, temsili ve yasama niteliği bulunmayan bir kurulun yasama faaliyetinin

¹⁰⁹ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 211; Tanyel, Süalp, agt, s. 31; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005

¹¹⁰ Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 72; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 194.

¹¹¹ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 33; Aldıkaçtı, Orhan, age, s. 71; Okandan, Recai Galip, age, s. 297; Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 94; Benli, Salih, agt, s. 32; Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasi’si, s. 668.

¹¹² Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 214.

dışına çıkması anlamına gelmektedir¹¹³. Böylece, yasama faaliyetinin padişahın iradesine göre yapılmasının büyük ölçüde önüne geçilmiştir. Kuşkusuz bu yapının insan hakları açısından sağladığı koruma önemlidir.

Kanun çıkarma usulünde getirilen bir diğer değişiklik ise Padişahın mutlak veto yetkisinin, geciktirici veto yetkisine çevrilmesidir. Padişaha “arz olunan kanunlar iki mah (ay) zarfında ya tasdik olunur, yahut tekrar tetkik edilmek üzere bir kerre iade edilir. İade olunan kanunun tekrar müzakeresinde ekseriyet-i sülûsan (üçte iki oy çoğunluğu) ile kabulü şarttır”. Görüldüğü gibi burada Padişaha yine de çok önemli bir yetki verilmiştir. Bir kere Padişah bir kanunu iki ay süreyle beklebilir (Ancak müstaciliyetine (acil olduğuna) karar verilmiş olan kanunlar on gün zarfında ya tasdik veya iade olunur). İkinci olarak, Padişah bir kere daha görüşülmek üzere geri gönderirse aynı kanunun Meclislerde kabul edilebilmesi için üçte iki oy çoğunluğu gerekir. Burada çok önemli bir “zorlaştırıcı veto” yetkisi vardır. Ancak her halükârda Padişah karşısında üçte ikiye ulaşan kararlı bir Meclis çoğunluğu varsa, Meclisin Padişahın bu vetosunu aşması mümkündür. Bu şu anlama gelmektedir ki, artık Padişah “egemen” değildir¹¹⁴. Meclis bir kanunu Padişaha rağmen çıkarabilmektedir¹¹⁵. Böyle bir sistemde Padişahın artık mutlak egemenliğinden bahsedilemez. En azından yasama yetkisinin sahibinin artık Padişah olduğunu söylemek mümkün değildir¹¹⁶.

İnsan hakları ile doğrudan ilgilisi olmasa da yasama organında yapılan diğer değişiklikler şunlar:7’nci madde padişahın yetkilerini saydıktan sonra, “Ancak, sulhe ve ticarete ve terk ve ihalkı araziye ve tebaai osmaniye’nin hukuku asliye ve şahsiyesine taallük eden ve devletçe masarifi mucip olan ahedatın akdinde Meclis-i Umumi’nin tasdiki şarttır”. Heyet-i Ayanın görüşmeleri de artık açık yapılacaktır(md.121). Böylece padişah tarafından seçilen meclis üyeleri kamuoyu tarafından denetime tabi tutulacaktır.

¹¹³ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 194.

¹¹⁴ Krş. Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 213.

¹¹⁵ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 194; Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 213.

¹¹⁶ Karşı görüş için bk. Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukuku, s. 94.

3. Yürütme Organında Yapılan Değişiklikler

Hemen ifade etmek gerekir ki; padişahın 1909 değişikliği ile Padişahın “Kanun-u Esasî Ahkâmına (hükümlerine) riayet ve vatan ve millete sadakat edeceğine yemin” edeceği öngörülmektedir. 1876 Kanun-i Esasîsinin ilk şeklindeki Padişahın görev ve yetkileri, 1909 değişikliğinde de esas itibarıyla korunmuştur (md.7). Ancak kurulan bu sistemin parlâmenter niteliği gereği, Padişah artık bu yetkilerini ancak sadrazam ve ilgili vekilin imzası ile kullanabilir¹¹⁷. Padişahın 113’üncü maddede öngörülen “sürgüne gönderme” yetkisi kaldırılmış, 35’inci maddede öngörülen “fesih hakkı” da kullanılamaz hale getirilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere padişahın milletlerarası andlaşma “akdetme” yetkisi Meclis-i Umumînin tasdiki şartına bağlanmıştır (md.7).

Heyet-i Vükelânın kuruluş şekli tamamen değiştirilmiştir: Sadrazam (başbakan) Padişah tarafından atanacak, diğer vekiller (bakanlar) ise sadrazam tarafından seçilecektir (md.29). Padişahın sadrazam atama yetkisi çok önemli bir yetki değildir, çünkü Heyet-i Vükelâ Meclis-i Mebusan karşısında sorumlu olduğu için, Padişah ancak Meclis-i Mebusandan güven oyu alabilecek birini Sadrazam atayabilir. O halde Hükûmetin kuruluş şemasının parlâmenter sisteme tam anlamıyla uygun olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁸. Dolayısıyla artık Vekiller Heyeti padişaha değil, Meclis-i Mebusana karşı sorumlu olduğundan gerektiğinde padişaha karşı koyabilecek, keyfi işlemlerin önüne geçebilecektir¹¹⁹.

1909 değişiklikleri ile Heyet-i Vükelânın (Bakanlar Kurulunun) Padişaha karşı değil, Meclis-i Mebusana karşı sorumlu olduğu esası kabul edilmiştir (md.30). 30’uncu maddenin yeni şekline göre, vekiller (bakanlar) “Hükûmetin siyaset-i umumîyesinden müştereken ve daire-i nezaretlerine ait muamelattan dolayı münferiden Meclis-i Mebusana karşı mesuldürler”. Yani 1909 değişikliği bakanların kolektif ve bireysel sorumluluklarını açıkça kabul etmektedir. Hükûmetin genel politikasından “kolektif olarak (müştereken)”, kendi bakanlıklarındaki işlerden ise “bireysel olarak (münferiden)” sorumludurlar. Bakanların siyasal sorumluluğu da tamamıyla parlâmenter sisteme uygundur.

¹¹⁷ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 194.

¹¹⁸ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005

¹¹⁹ Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasi’si, s. 668.

30'ncü maddede yapılan değişiklikle de padişahın tek başına karar almasının önüne geçilmiş, herhangi bir yürütme işleminin oluşabilmesi için sadrazam ve ilgili bakanın onu imzalamış olması şartı getirilmiştir. Böylece padişahın, ilgili bakanın ortak imzasını taşımayan bir karar alma imkanı ortadan kaldırılarak, keyfi işlem yapılması engellenmiştir¹²⁰.

4. İnsan Hakları İle İlgili Değişiklikler

İnsan hakları ile ilgili yapılan değişikliklerden ilk dikkatimizi çeken; 113'ncü maddenin kişi güvenliğini yok eden hükmü madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, anayasal hakların kullanımında bir baskı aracı olduğuna inanılan en önemli engel ortadan kalkmıştır¹²¹. Bu şekilde insan hakları gerçek anlamda bir anayasal değer kazanmış¹²² ve artık yargı güvencesi tam anlamıyla sağlanmış olacaktır¹²³.

Kişi güvenliği ile ilgili bir diğer değişiklik de Anayasanın 10'uncu maddesinde yapılan değişikliktir. Buna göre tutuklamalar da artık “şer' ve kanunun tâyin ettiği sebep ve suretten maada” (*İslam hukukun ve kanunun belirlediği sebep ve şekilden başka*) bir bahane ile yapılamayacaktır. Böylece ilk kez tutuklamada keyfilik önüne geçilmiş, tutuklamalar bakımından kanuna uygunluk şartı getirilmiştir¹²⁴.

Anayasanın 12'nci maddesi ile basın özgürlüğü bir kez daha düzenlenmiş, lakin maddeye eklenen “hiçbir veçhile kablettab teftiş ve muayeneye tâbi tutulamaz.” cümlesiyle, basının ön denetime tabi tutulamayacağı Anayasa'da açıkça yerini almıştır. Fakat basının kanun çerçevesinde serbest olacağı hususunda bir değişiklik yapılmayarak, yasama organına bu konuda verilmiş olan çok kritik yetki devam etmektedir. Bu ek'in Abdulhamit'in sansürcülüğüne karşı bir tepki olarak Anayasaya konmuş şeklinde yorumlanmıştır¹²⁵. Bu hükmün sansürü yasaklayan bir hüküm olduğu da aşikardır¹²⁶.

¹²⁰ İbid, s. 668.

¹²¹ Bilgin, Ahmet, Genel ve Türk Hukuk, s. 33.

¹²² Özkorkut-Ünal, Nevin, agt, s. 59; Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 196

¹²³ Mumcu, Ahmet – Küzeci, Elif, age, s. 213.

¹²⁴ Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasi'si, s. 663; Tunaya, T., Zafer, 1876 Kanun-u Esasi'si, s. 38.

¹²⁵ Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal, s. 196.

¹²⁶ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, www.anayasa.gen.tr/osmanli.htm, e.t.: 27/04/2005; Gözübüyük, Şeref, age, s. 109; Benli, Salih, agt, s. 32.

119'ncü madde ile "postanelerde mevdû evrak ve mekâtib müstantik veya mahkeme kararı olmayınca açılmaz" düzenlemesi de getirilerek, hem haberleşmenin gizliliği sağlanmış hem de basın lehine bir hüküm daha getirilmiş olmaktadır. Bu şekilde düşünce hürriyeti gibi, demokrasinin kalbi rolündeki hürriyete yine açık olarak yer verilmemekle beraber, bu hürriyetin doğal uzantılarından olan basın hürriyeti yapılan değişikliklerle pekiştirilmiştir¹²⁷. Bundan böyle, basın, yayından önce teftiş ve denetime tabi tutulamayacaktır.

Kanun-i Esasi'de 1909 yılında yapılan değişiklikle toplanma (md.120) ve dernek kurma hakları da Anayasada yer almıştır. Bu haklar Kanun-i Esasi'nin ilk halinde yoktu. 2. meşrutiyetin hazırlanışında, yasak ve baskılara tabi tutulmalarına rağmen toplanma ve dernekleşme eylemleri önemli rol oynamıştır. 1909 değişikliği bu faaliyetleri anayasallaştırmıştır. Toplanma hakkının çıkarılacak özel kanun çerçevesinde kullanılacağı hükme bağlanmıştır¹²⁸. 120'nci madde ve söz konusu özel kanun açıkça siyasi partilerden söz etmemiş olsa da, siyasi partiler de diğer cemiyetler gibi kurulup faaliyetlerini sürdürebileceklerdir¹²⁹. Aynı madde, Osmanlı Devletinin ülkesel bütünlüğünü bozma, meşrutî yönetimi değiştirme (tağyir), Kanun-i Esasi'ye aykırı hareket etme ve ayrılıkçı siyaset gütmeye yönelik cemiyetler ile her türlü gizli dernekleşmeyi ise yasaklamaktadır. Dernek kurma hakkının anayasallaşması aynı zamanda siyasi partilerin de kurulmasının serbest olduğu anlamına gelmektedir. Bu da ülkenin demokratikleşmesi açısından önemli bir gelişmedir.

¹²⁷ Anayurt, Ömer, 1876 Kanun-u Esasi'si, s. 663; Aksoyak, Tayfun, agt, s. 93 vd.

¹²⁸ Sözü edilen kanun 03/08/1909 tarih ve 310 sayılı "İçtima-i Umumiye Kanunu"dur. Bu kanun Fransız toplanmalar kanunundan etkilendiği için liberal bir niteliğe sahiptir. (Benli, Salih, agt, s. 32-33).

¹²⁹ Küçük, Adnan, Siyasi Partiler İlişkin, s. 90.

SONUÇ

İnsanoğlu, yerkürede var olamaya başladığı günden itibaren hem doğaya ve hem de hemcinslerine karşı kendisini korumak zorunda kalmıştır. Devlet gibi organize toplumların mevcut olmadığı ilk zamanlar insan haklarının çiğnenmesi için uygun zemin oluşturmuştur. İnsan mutluluğu ve huzurunu sağlama amacıyla kurulan devletler bile, insanın yaradılışından kaynaklanan “başkasının hakkına tecavüz etme” duygusuna engel olamamış; devrin şartlarına göre, bu duyguyu realize edecek birer araç dahi olmuşlardır. Dolayısıyla insanlar artık, güçlünün –iktidar sahibinin- yetkisini keyfi şekilde kullanmasını engellemek istemişleridir.

Anayasaların ve insan haklarının batılı anlamda hukuk literatüründe ve uygulamada somut olarak ortaya çıkması anılan istekler doğrultusunda olmuştur. İnsan hakları ve anayasalar aynı tarihlerde gün yüzüne çıkmıştır. Bu durum bir tesadüf değildir. Zira 18’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren ve 19’ncü yüzyıl boyunca Avrupa’da mutlak yetkili hükümdar ve kralların otokratik ve monarşik yönetimlerine baş kaldırarak, devlet yönetimini, vatandaşların hak ve özgürlüklerini yazılı belgelere dayandırma hareketlerinin yoğunlaştığını görürüz. Anılan bölgede anayasaların ortaya çıkışındaki temel faktör, –Hobbes’in tabiriyle- “Leviathan”ı sınırlandırarak insan haklarını garanti altına almaktır.

Günümüzde artık gelinen nokta itibariyle, yazılı bir metnin anayasa olarak adlandırılması için “devletin kuruluşunu yani niteliğini, yapısını, hükümet şeklini, temel organlarını, bunların birbirleriyle olan ilişkilerini” düzenliyor olması yetmemektedir. Tüm bu sayılan müesseselerle beraber insan haklarını içerisinde barındırmalıdır. Dolayısıyla bir metinde devletin kuruluşu, organları ve insan hakları düzenlemelerinden herhangi birinin yer almaması, o metnin anayasa olmadığı kanaatine sahip olmamızı sağlayacaktır.

İnsan haklarının sadece yasalarla düzenlenmemesi gerektiği gibi, bu hakların salt anayasalarda yer alması da söz konusu hakların güvenceye sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Maddi anlamda hukuk devletinin gerekliliklerini içerisinde barındıran bir anayasa, insan haklarına dayalı bir devleti oluşturur. Aksi takdirde, sadece

anayasanın olması ve bu anayasanın insan haklarına ilişkin düzenlemelere yer vermesi, bu hakların güvenceye bağlanması ve pratik anlamda değer ifade etmesi anlamına gelmemektedir. Anılan hakların anayasalarda yer alması neticesinde, anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasaya uygun yorum ilkesi, yasaların anayasa mahkemesinin kontrolünde olması, anayasanın değiştirilmesinin adi yasalara nazaran daha güç olması ve anayasal kuralların bağlayıcılığı ve üstün norm olması ilkeleri etrafında belirli bir koruma sahasına sahip olacaklardır.

Herkesin her istediğini yapabildiği bir toplumda ortaya çıkacak kargaşalığı görmek pek fazla zaman almaz. Sınırsız hak ve hürriyetler anarşi ve neticesinde hürriyetsizlik doğuracaktır. Zira toplumsal yaşam içinde, bir insanın haklarının başka birisinin haklarıyla çatışması kaçınılmazdır. Şu halde; devletin ve toplumun var olabilmesi için hak ve hürriyetleri sınırlandırmak, yapılması gereken bir zorunluluktur. İnsan hakların sınırlandırılması, bir yandan bunların kötüye kullanılmasının önlenmesi, diğer taraftan herkesin yararlanabilmesi amacına hizmet etmektedir. Toplumsal yaşamın, insan haklarının sınırlandırılmasını zorunlu kılmasına karşın, bazı önemli ilkelerin hesaba katılması gerekmektedir. Bu ilkelerden en önemlisi, hürriyet otorite arasındaki dengeyi iyi kurmak ve hürriyeti otoriteye feda etmemektir. Oluşturulacak sınırlama rejiminde bu ilkeyi dikkate almak ve devleti bireye yeğlememek gerekir.

Nasıl ki; sınırsız hürriyet kargaşa, düzensizlik ve insan hakları ihlalleri için bir sebep teşkil ediyor ve bu duruma binaen söz konusu hakların sınırlandırılması gerekiyorsa, bu sınırlandırmayı dengelemek amacıyla anılan hakların korumaya kavuşturulması gerekmektedir. İnsan haklarının tarihi gelişimi incelendiği vakit geleneksel, liberal ya da yerleşik anlayış, insan hakları ihlalleri bakımından tehlikenin devletten geldiği varsayımına dayanır. Fakat, aynı zamanda devletin varlık nedeni, ülke üzerinde yaşayan insanların hak ve hürriyetlerini korumaktır. Bu bağlamda devlet, bir taraftan, insan haklarını korumakla görevli iken, diğer taraftan bu hakları ihlal eden mekanizmanın kendisidir. Bu tehlikeli durumu ortadan kaldırmak ya da en aza indirmek için; erkler ayrılığı sisteminin benimsenmesi gerekmektedir. Bunun anlamı, devletin, örgütlenmesini yürütme, yasama ve yargı olarak işlevlerine denk düşen iktidarlar şeklinde örgütlemektir. Bölünmek suretiyle iktidarın bir bütün olarak ortaya çıkması önlenemez, ama daha önemlisi her biri diğerini frenleyecektir. Fakat tarih, her erkin yetkilerini kötüye kullandığı gösteren örneklerle doludur.

Osmanlı devletinin, bir İslam devleti olduğu ve her türlü hukuki konuda İslam hukuku hükümlerini uyguladığı malumdur. Fakat Osmanlı hukuk mevzuatının iki kısımdan oluştuğu da bir gerçektir. Bunlar biri İslam hukuku diğeri örfi hukuk.

Günümüz hukukçuları arasında İslam'da insan hakları ya da insan haklarının İslami bir kurumsal temellendirmesinin yapılıp yapılmayacağı İslami inanç ve öğretisinin böyle bir temellendirme için gerekli zemine sahip olup olmadığı hususunda birbirine zıt görüşler vardır. Bu konuda ileri sürülen görüşler birbiriyle o derece çelişir durumdadır ki; bazı yazarlar İslam'da insan haklarından söz etmenin mümkün olmadığını iddia ederken, bazıları tam aksine tutarlı bir insan hakları teorisinin ancak İslam inancı çerçevesinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Doktrinde bu tartışmalar neticesinde bir takım tespitler yapılabilir: Öncelikle şunu ifade etmekte yarar vardır: İnsan hakları kavramı günümüzdeki biçimiyle İslam hukuk ve felsefe literatüründe yer almamıştır. Tabi bu durum, İslam düşüncesinde insan haklarının hiç ele alınmadığı anlamına gelmemelidir. Çünkü, hakları zorba insanlara karşı devlet aracılığıyla korumayı hedefleyen bir sistemin, zımnen de olsa her tür ihlalin karşısında olacağı aşikardır. Günümüzde üzerinde durulan bir kısım hakların içerik olarak İslam hukuk sisteminde yer aldığı, fakat bunlara verilen terim ve ifadelerin farklı olduğunu da vurgulamak gerekir. İslam hukukçu ve düşünürlerinin, hukuk kurallarının amacının din, nefis (can), akıl, nesil ve malı korumak olduğu şeklindeki ifadelerinden günümüzdeki anlamı ile can güvenliği, mal güvenliği, din hürriyeti ve düşünce hürriyeti kavramlarının İslam hukukuna göre düzenlenmiş olduğunu çıkarabilir.

Belirtildiği üzere, Osmanlı devleti, İslam hukukunu aşan bir hukuk düzeni geliştirmiştir ve buna da örfi hukuk denilmiştir. Osmanlı devletinde II. Mahmut dönemine kadar, sadece insan haklarını içeren bir belge mevcut değildir. Bunun gerekçeleri şunlardır: Birincisi, batı toplumlarının eşitsizlik üzere kurulan yapısı Türk toplumunda mevcut değildi. İkincisi, Osmanlı Devletinde uygulanan İslam hukuku, insan haklarının korunması için gerekli çerçeveyi zaten sağlıyordu. Örneğin, yaşama hakkı, mülkiyet hakkı, aile kurma hakkı, miras hakkı gibi haklar uygulanan hukuk sistemi içinde mevcut olan haklardı. Son olarak, 16'ncı yüzyıldan itibaren Osmanlı Devletinin Batıdaki gelişmelere kapısını kapatmasıdır.

Her ne kadar II.Mahmut'a kadar insan haklarına ilişkin bir yazılı düzenleme olmasa da; bu durum Osmanlıda insan haklarının olmadığı anlamına gelmemelidir. Zira her türlü hak o devrin şartları ve konjonktürüne göre hukuk sistemi içinde yerini almıştır. Şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki; Osmanlı Devleti'nin hak ve hürriyetler karşısındaki konumunun, orta çağın mutlakıyetçi devletlerine oranla daha yumuşaktır. Fakat; bu hakların korunması garantisini verecek günümüz anlamında bir mekanizmadan söz edemeyiz. Yönetimin sert ya da yumuşaklığı, Padişahın yapısına bağlı olduğundan, hakların çerçevesinin çizilmesi de hükümdarın iki dudağının arasında kalmakta idi. Ancak, Osmanlı Uleması, siyasal iktidarın sertliğini dini akidelerle yumuşatmaya ve Padişahı İslam hukukuna uymak için uyarmaya sürekli çaba harcamışlardır. Dinî otoritenin uyarısı platonik ve tavsiye mahiyetinde olduğu halde, hükümdarın adalet çizgisinden sapmaması için en büyük caydırıcı güç oluşturmuştur.

Şeyhülislamlık müessesesi, adâletnameler, İhtisah ağası ve taşraya gönderilen iki yönetici insan haklarının korunması amacıyla o devirde uygulanan koruma yöntemleridir. Dolayısıyla Osmanlı hukuk sisteminde insan haklarını koruyucu mekanizmaların olmaması sebebiyle, bu düzeni olabildiğince eleştirmek insaf sınırını aşmaktadır. Osmanlıda iktidar elindeki yetkiyi, var olan bir takım sınırlayıcı organlar vasıtasıyla mümkün olduğunca adaletli kullanmıştır. Zaten bu durum Osmanlı'nın devlet yönetim ilkesi de açıklamaktadır: Hükümdarın gücü askeri güce, askeri güç hazineye, hazine, reyanın ödediği vergilere, vergilerin artışı adaletle bağlıdır. Görüldüğü üzere hükümdar adaletli olduğu müddetçe güçlüdür.

Burada bir gerçeği daha ifade etmek gerekir ki; o da Osmanlı'nın insan hakları hususunda da İslam hukukuyla tam anlamıyla bağdaşmadığıdır. Zira siyaseten kalt gibi bir müessese İslam hukuku prensiplerine aykırıdır. Fakat Fatih bunu kanunnamesine ekleyebilmiştir.

Bu arada şunu da ifade etmek isteriz ki; Kanun-i Esasi'de yer alan insan hak ve hürriyetleri, eskiden beri var olan hak ve hürriyetlerin yazılı hale gelmiş şekli değildir. Zira öyle olacak olsa idi, bir yandan siyaseten katl gibi bir müessese anayasada yer alması gerekecek; diğer taraftan insanlara tanınan hürriyetin tanımını açısından Kanun-i Esasi ve İslam hukuku birbiriyle çelişmeyecekti.

Her ne kadar günümüzde dahi bazı yazarlar tarafından bir anayasa olmadığı ileri sürülse bile; devletin temel organlarını, bunların birbiriyle olan ilişkilerini ve insan hak ve hürriyetlerini bünyesinde barındırmasından ötürü 1876 Kanun-i Esasi için rahatlıkla ülkemizin ilk yazılı anayasasıdır diyebiliriz. Bu anayasa ile ilk defa Padişah iktidarı anayasada sınırlandırılmış ve anayasal monarşi düzenine geçilmiştir.

Gerek yapıldığı dönemde, gerek bugünkü mevcut anayasalarda yer alan insan hak ve hürriyetlerinin çoğuna 1876 Kanun-i Esasi'sinde rastlamak mümkündür. Anayasanın ilk haliyle klasik hak ve hürriyetlerin hemen hemen hepsine değinilmiştir. Hemen hemen diyoruz zira, ilk halinde toplantı hürriyeti ve dernek kurma hakkına değinilmemişti. Sosyal haklar ise daha oluşum aşamasında bulunduğu ve bu bağlamda yeni yeni gündeme geldiğinden Kanun-i Esasi'de yer almamış olması çok doğaldır.

İlk yazılı anayasamız belirtildiği üzere klasik hak ve hürriyetlerin çoğuna yer vermesine rağmen, koruma bakımından gerekli ilke ve kurumlarını getirmemiştir. Fakat bu durumun o devir için normal karşılanabilir. Zira bugün insan haklarını korumak için faaliyet gösteren Anayasa Mahkemesi gibi kurumlar o devirde hiçbir yerde yok idi. Bu arada anayasada hakların düzenlenmesi kanunlara bırakılmıştır. Anayasanın kanun yapımında padişah büyük yetkiler verdiğini düşünürsek, hakların kullanılmasının padişahın iradesine bağlı olduğu sonucuna varabiliriz.

Yinelemek pahasına da olsa, o dönemin hiçbir anayasası, insan haklarını ideal anlamda güvence altına almadığını ifade etmek isteriz. Tüm bunlara rağmen tabii hakim ilkesi, bağımsız mahkeme, duruşmaların aleniliği, hak arama hürriyeti ve anayasa uygunluk gibi kavram ve olgular yargısal koruma niteliğinde olup, o devrin şartlarına nazaran çok ileri düzenlemelerdir. Anayasanın en çok eleştirilen 113'ncü maddesini de o dönemim şartlarına göre yorumlamak lazımdır. Şu halde, Berkes'in de haklı olarak ifade ettiği gibi "...113. maddenin, daha iyi anayasaların uygulandığı dönemlerde görülen anayasaya aykırı eylemler yanında, çok medenice kaldığını da söylemek (gerekir)."¹

¹ Berkes, N., Türkiye'de Çağdaşlaşma, İstanbul 1978, s. 325.

1876 Kanun-i Esasi ve 1909 değişiklikleri ile getirilen insan hakları gerek o dönemin gerekse günümüz anayasalarından önemli eksiklikleri görülmemektedir. Her ne kadar sosyal haklara yer verilmemiş ise de, belirtildiği gibi bu durum o dönemin ortak özelliğidir.

Günümüzde dahi insan haklarının daha iyi nasıl korunacağı tartışılmaktadır. Bu da göstermektedir ki, anılan haklar istenildiği gibi korunamamaktadır. Bu yöndeki çabalar çeşitli yöntemlerle devam etmektedir. Esasen sorun anayasadan çok, siyasal sistemi ve çarkı döndüren yönetenlerin ve buna uymak durumunda olan insanların kendi hak ve hürriyetlerinin bilincine varmış, insan haklarına saygı fikrinin zihinlerde yer etmiş olmasına bağlıdır. Nitekim 1909 değişiklikleri, insan haklarının korunması bakımından çok ileri bir düzeyde bulunmasına, getirilen sistemin büyük ölçüde parlamenter sistem olmasına, padişahın siyasal sistemin hakim unsuru olmaktan çıkarılmasına rağmen; bu dönemde de hak ve hürriyetler açısından olumlu gelişmeler kaydedilmemiştir. Dolayısıyla mevcut hukuk sistemi ne kadar iyi ya da ne kadar kötü olsa da mühim olan onu uygulayanların yorumudur.

KAYNAKLAR

Acun, Fatma “Osmanlı'dan Türkiye Cumhuriyeti'ne: Değişme ve Süreklilik”
<http://www.history.hacettepe.edu.tr/archive/continuityandchange.htm>

Adalı, Nermin, Bilgi Edinme Hakkı, KÜ SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi, Kırıkkale 2004

Akın, İlhan, Kamu Hukuku, 5. baskı, İstanbul 1987

Aksoyak, Tayfun, Basın Hürriyeti, SÜ SBE, yayımlanmamış doktora tezi, Konya 2001

Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İÜHF Yayını,
4. Baskı, İstanbul 1982

Aliefendioğlu, Yılmaz, “İnsan Hakları ve Sivil Toplum Örgütleri”
<http://www.abchukuk.com/makale/makale25.html>

Akad, Mehmet, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. maddesi, İÜHF
yayınları, İstanbul 1984

Akay, Aydın Sefa, İnsan Hakları ve Türkiye 1839-1923, Hacettepe Üniversitesi Atatürk
İlke ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998

Akbulut, İlhan, “İnsan Hakları”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Dr. İsmet
Giritliye Armağan), sayı :1-3, 1991, C.12

Akdağ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, İstanbul 1979, C.II

Akgündüz, Ahmed, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, Osav Yayınları,
İstanbul 1995 (Eski Anayasa Hukukumuz)

Akgündüz, Ahmed, İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi, Osav yayınları, İstanbul
1991 (İslam'da İnsan Hakları)

Akgündüz, Ahmed, İslam ve Batı Hukukunda İnsan Haklarının Tarihi Gelişimi,
www.osmanli.org.tr/doysaara.php?bolum=2&id=145 (İslam ve Batı)

Akgündüz, Ahmed, Belgeler Gerçekleri Konuşuyor C.III, Osav yayınları, İstanbul 1991

Akgündüz, Ahmed, “Osmanlı Devletinde İnsan Hakları ve Hürriyetleri”, www.osmanli.org.tr

Akgündüz, Ahmed, “Tarihi Açıdan Azınlıklara Tanın Haklar ve Biz 1” www.osmanli.org.tr (Tarihi Açıdan Azınlıklara)

Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, Yeni Türkiye Dergisi, sayı:22, Ankara Temmuz Ağustos 1998

Akyılmaz, Gül, “Osmanlı Devletinde Reaya Kavramı”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, yıl:4 sayı:49, Ankara Aralık 1999

Akyılmaz, Bahtiyar, “Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Taşra Teşkilatı”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, yıl:4 sayı:49, Ankara Aralık 1999

Anayurt, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE Yayınları, 2000

Anayurt, Ömer, “1876 Kanun-u Esasîsi ve 1909 Değişiklikleri’nde Temel Hak ve Özgürlükler”, Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı:1, Sayı:21, Ankara Mayıs-Haziran 1999 (1876 Kanun-u Esasî’si)

Armağan, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları:274, 4. baskı, Ankara 2001 (İslam Hukukunda Temel)

Armağan, Servet, “Memleketimizde İlk Parlamento Seçimleri”, Kanun-u Esasî’nin 100. yılına armağan, AÜSBF Yayınları, Ankara 1978

Armağan, Servet, “İslam Çevre Hukukun Genel Esasları, İnsan ve Çevre”, İstanbul 1992

Armağan, Servet, “Çevre Korunması ve Toplum Veya Devlet Hayatı” SÜHFD Prof. Dr. Süleyman ARSLAN’a Armağan, C.6, sayı 1-2, Konya 1998

Arsel, İlhan, “Çift Meclis Sisteminin Memleketimde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler”, AÜHF Dergisi, C.12, sayı: 3-4, 1955

Atar, Yavuz, “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması”, Yeni Türkiye Dergisi, sayı:22, Ankara Temmuz-Ağustos 1998

Atar, Yavuz, “Anayasa yapımında İnsan Haklarının Düzenlenmesi ve Sınırlanmasıyla ilgili Tercihler” Yeni Türkiye Dergisi sayı:21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998 (Anayasa Yapımında İnsan)

Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları 2. baskı, Konya 2002 (Türk Anayasa Hukuku)

Ateş, Toktamış, “Osmanlı Toplumunun Siyasal Yapısı” Ümit Yayıncılık, Ankara 1994

Aydın, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, 3. baskı, İstanbul Mayıs 1999

Aybay, Rona, “İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları-1410, İstanbul Aralık 2000

Bayındır, Abdulaziz, “Osmanlıda Yargının İşleyişi” Osmanlı (Teşkilat), Ankara 1999, Yeni Türkiye Yayınları, c. 6 s. 429

<http://www.suleymaniyevakfi.org/modules/nsections/index.php?op=viewarticle&artid=26>

Benli, Salih, Türk Anayasa Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüşü Özgürlüğü ve Sınırlandırılması, KÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004

Bilgin, Ahmet, “Hak ve Özgürlükler, Çifte Standartsız Bir Dünya”, Yeni Türkiye Dergisi sayı:22(İnsan Hakları Özel Sayısı II), Ankara Temmuz-Ağustos 1998

Bilgin, Ahmet, “Genel ve Türk Hukuk Tarihi Yönünden İnsan Haklarının Analizi”, Yayımlanmamış Profesörlük Takdim Tezi (Genel ve Türk Hukuk)

Bilgin, Ahmet, İslam Hukuk’unda Gerçek Kişilerin Ehliyeti, yayımlanmamış doktora tezi (İslam Hukukunda Gerçek)

Birdal, Akın, “İnsan hakları günü” Yeni Türkiye Dergisi sayı:21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998

Bolay, S. Hayri, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, Yeni Türkiye Dergisi sayı:21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998

Boz, M. Naim, İslam Hukukunda Kişi Hak Ve Hürriyetleri, Uludağ Üniversitesi, SBE, Temel İslam Bilimleri Bölümü, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 1999

Bozkurt, Enver, Hukukun Temel Kavramları, 3. baskı, Asil yayın dağıtım, Ankara, 2004

Bozkurt, Gülnihal, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslüm Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), TTK yayınları, Ankara 1989

Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), TTK Yayınları, Ankara 1996 (Batı Hukuku)

Bulut, Nihat, “4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği çerçevesinde hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin birey devlet ilişkisi açısından değerlendirilmesi”, AÜEHFD, C. V, sayı:1-4, Erzincan 2001

Cin, Halil; Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya 2003

Cin, Halil; Ahmed Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, C. 1, Giriş ve Kamu Hukuku, Osav yayınları, 3. baskı, İstanbul Eylül 1995

Çaha, Ömer, “Osmanlı’da Sivil Toplum”, Osmanlı Toplum Yapısı Üzerine Derleme, Sebat Ofset Matbaa, Konya 1996

Çoban, Ali Rıza, “Mülkiyet bir insan hakkı mıdır?”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Kırıkkale 3/2003, Özel sayı

Çoban, Ali Rıza, “İnsan Hakları Hukukunda ‘Dokunulmaz Haklar’ (Sert Çekirdekli Temel Haklar)”, Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:7 Sayı:52, Nisan-Mayıs-Haziran 1997

Çoban, Ali Rıza, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri ve Tartışmalar” Yeni Türkiye Dergisi sayı:21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998 (İnsan Haklarının)

Çelik, Elif, Türkiye’de Parlatentonun Gelişim Sürecinde Çift Meclis, KÜ SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kırıkkale 2003

Çetin, Mustafa, “İslam ve Milletlerarası Barış”, Doğu’da ve Batı’da İnsan Hakları, Türkiye Diyanet Vakıfları Yayınları no:201, Ankara 1996

Daver, Bülent, “İnsan Hakları ve Türkiye”, Prof. Dr. Fadıl H. Sur’un Anısına Armağan, AÜSBF Yayınları, Ankara 1983

Demir, Fevzi; Şükrü Karatepe, Anayasa Hukukuna Giriş, Evrim Yayın, 2. baskı, İstanbul 1989

Doğan, D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, İz yayıncılık

Doğan, İsmail, Modern Toplumda Vatandaşlık Demokrasi ve İnsan Hakları İnsan Haklarının Kültürel Temelleri, Pegema Yayıncılık, 5. baskı, Ankara Ekim 2004

Donnelly, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları(Çev.: Mustafa Erdoğan – Levent Korkut), Yetkin yayınları, Ankara 1995

Ekinci, Ekrem Buğra, “Kanun-u Esasi’nin İlanını Hazırlayan Şartlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C.6, sayı:1-2, Konya 1998

Erdoğan, Mustafa, “İnsan Hakları ve Türkiye”, Yeni Türkiye Dergisi sayı:21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), s.121, Ankara Mayıs-Haziran 1998 (İnsan)

Erdoğan, Mustafa, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, Liberte yayınları, 3. baskı (Türkiye’de Anayasalar)

Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 6. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Şubat 2004 (Anayasal)

Erdem, Fazıl Hüsnü, “1982 Anayasasında İnsan Hakları ve Hukuk Devleti:Eleştirel Bir Bakış” Yeni Türkiye Dergisi sayı:21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998

Erdem, Fazıl Hüsnü, “İnsan Hakları Düşüncesinin Evrimine Genel Bir Bakış”, Batman Barosu Dergisi, sayı 2, Mayıs 2003 (İnsan Hakları Düşüncesinin)

Erdemir, Hatice, “Tarihî Gelişim Sürecinde İnsan Hakları ve Osmanlı Modeli”, http://www.academical.org/dergi/MAKALE/9_10sayi/s9erdemir1.htm

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, C.1, Beta Yayınları, İstanbul 1998

Erem, Faruk, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Türkiye’deki Durumu”, AnBD., C.26, Ankara 1969

Ersoy, Hamit, “İnsan ve Hak Kavramı”, Uluslararası Demokrasi, Hukuk ve İnsan Konferansı, Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Diyarbakır Eylül 1997

Esener, Turan, Hukuk Başlangıcı, Alkım yayınları, İstanbul Aralık 1998

Fendoğlu, Tahsin Hasan, “Osmanlı’da İnsan Hakları Algılaması ve Uygulaması” Uluslar arası Demokrasi, Hukuk ve İnsan Konferansı, Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Diyarbakır Eylül 1997

Gemalmaz, Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 1994

Gencer, Ali İhsan, “İlk Osmanlı Anayasasında Türkçenin Resmi Dil Olarak Kabulü Meselesi”, Kanun-u Esasi’nin 100.yılına armağan, AÜSBF yay., Ankara 1978

Gören, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, 2. baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları İzmir, 1999 (Anayasa)

Gören, Zafer, “Temel Hak Genel Teorisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4. bası, İzmir 2000 (Temel Hak)

- Gözler, Kemal**, “İdare Hukukuna Giriş”, Ekin Kitabevi, 2. baskı, Bursa Eylül 2003
- Gözler, Kemal**, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004
- Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa Ekin Kitabevi Yayınları, 2000 (Türk Anayasa Hukuku)
- Gülmez, Mesut**, “Eğitim ve “İnsan Hakları Eğitimi” Hakları”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları-1410, İstanbul Aralık 2000
- Gürbüz, A.**, Hukuk ve Meşruluk, Beta Yayınları, İstanbul, 1998
- Günday, Metin**, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 4. baskı, Ankara 1998
- Güneş, Turan**, “Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri”, Ankara 1965
- Hallaf, Abdülvahhab**, İslam Hukuk Felsefesi, (Tercüme eden: Hüseyin Atay), A.Ü. İlahiyat Fakültesi yayınları, Ankara 1973
- Hamidullah, Muhammed**, “Medinede Kurulan İlk İslam Devletinin Esas Teşkilat Yapısı ve Hz. Peygamber’in Yeryüzündeki İlk Yazılı Anayasa”, İslam Hukuku Etüdları Makaleler Külliyyatı, Bir Yayıncılık, İstanbul 1984.
- Hatemi, Hüseyin**, “İslam’da İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı”, Diyanet Vakfı Yayınları no:201, Ankara 1996 (İslam’da İnsan Hakkı)
- Hatemi, Hüseyin**, İnsan Hakları Öğretisi, İstanbul 1988
- Hatemi, Hüseyin**, “İnsan Hakları”, Yeni Türkiye Dergisi sayı:21(İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara Mayıs-Haziran 1998
- Işık, Alpaslan**, İş Hukuku, İmaj Yayıncılık, 4. baskı, Ankara 2002
- İnalçık, Halil**, “Adaletnameler” Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet; Eren yayıncılık, İstanbul 2000
- İnalçık, Halil**, “Şerî’at ve Kanun, Din ve Devlet ”, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet; Eren yayıncılık, İstanbul 2000 (Şeriat ve Kanun)

İnalçık, Halil, “Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfî-Sultanî Hukuk ve Fatih Kanunları”, AÜSBF Dergisi, XIII, Ankara 1958

İnalçık, Halil, “Türk-İslam Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği”, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet; Eren yayıncılık, İstanbul 2000 (Türk-İslam Devletlerinde Devlet)

İpek, Aydın, Türkiye’de Anayasacılık Hareketlerinde İnsan Hakları ve Demokrasi Kavramlarının Gelişimi yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Dumlupınar Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kütahya 2002

Kabakçioğlu, Metin, Osmanlı İmparatorluğu’nun Son Döneminde İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Normatif Gelişimi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale 2000

Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, 3. baskı, Eylül 2000 Ankara (Anayasa Yargısı)

Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. baskı, İstanbul 2002 (Özgürlükler)

Kahveci, Nihat, İnsan Hakları ve İslam, Türk Demokrasi Vakfı Yayını, Ankara 1995

Kapani, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 3. baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1996 (İnsan Haklarının Uluslararası)

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetler”, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993 (Kamu Hürriyetleri)

Karal, Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, C.6, TTK Yayınları, Ankara 1988

Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, C. 1, İstanbul 1974 (Mukayeseli İslam)

Karaman, Hayrettin, İslam Hukuk Tarihi, İz yayıncılık, İstanbul 1999 (<http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/tarih/0065.htm>)

Karaman, Hayrettin, Laik Düzendeki Dini Yaşamak 3, İz yayıncılık, İstanbul 2002,
<http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/laikduzen/3/0132.htm>

Karaman, Hayrettin, Laik Düzendeki İslamı Yaşamak 2, İz yayıncılık, İstanbul 2001,
<http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/laikduzen/2/0070.htm>

Karaman, Hayrettin, “İslam’a göre İnsan Hakları ve Ödevleri” Yeni Türkiye Dergisi
21 (İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara 1998

Karaman, Hayrettin, Hayatımızdaki İslâm, İz yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2003
<http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0115.htm>

Kaşıkcı, Osman, “Adalet, Hukuk, Yargı”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/fnB4>,
(Adalet)

Kaşıkcı, Osman, “İslam ve Osmanlı Çevre Hukukuna Giriş” Selçuk Üniversitesi
Yayınları no:129, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10 Hizmet Yılı
Armağanı, Konya 1995

Kaygısız, Mustafa, “Yargılamanın Tarihsel Gelişimi”,
http://www.caginpulisi.com.tr/34/29-30-31-32-33-34.htm#_ftn1

Kazıcı, Ziya, “Osmanlılarda İhtisab” Yeni Türkiye Dergisi, Osmanlı Özel Sayısı II, sayı
32, Mart-Nisan 2000

Keskioğlu, Osman, Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları,
6. baskı, Ankara 2003

Kili, Suna, “1876 Anayasası ve Çağdaşlaşma Sorunu”, Kanun-i Esasi’nin 100. yılı
Armağanı, AÜSBF Yayınları, Ankara 1978

Kocaoğlu, Ali Mehmet, “İnsan Hakları Çerçevesinde Ekonomik ve Sosyal Hakların
Vazgeçilmez Önemi”, Yeni Türkiye Dergisi sayı:22(İnsan Hakları Özel Sayısı II),
Ankara Temmuz-Ağustos 1998 (İnsan Hakları Çerçevesinde)

Kocaoğlu, Ali Mehmet, “Cumhuriyet’in 75. yılında İnsan Hakları ve Türk
Anayasaları”, 75. yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Dicle Üniversitesi
Sempozyum Düzenleme Komisyonu, Diyarbakır 22-23 Ekim 1998

Kocaoğlu, Ali Mehmet, Anayasa Hukuku, Yüksek Öğretim Kurulu matbaası, Ankara 1998 (Anayasa Hukuku)

Korkusuz, Refik, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlükler, Özrenk Matbaacılık, İstanbul 1998

Köse, Saffet, İslam Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti , İz yayıncılık, İstanbul 2003

Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, doktora tezi, İstanbul 1985 (Türk Anayasa Hukukunda)

Kuzu, Burhan, Ülkemizde Kişi Özürlüğü ve Güvenliğı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998

Küçük, Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğı, Eylül 2003

Küçük, Adnan, Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil Yayın, Ankara 2005 (Siyasi Partilere İlişkin)

Küçük, Adnan, “Türkiye’de Anayasalar ve Anayasacılık Hareketleri”, Yirmibirinci Yüzyılın Eşiğinde Türkiye’de Siyasal Hayat isimli Kitapta yayımlanmak üzere Gönderilmiştir

Mourgeon, J., İnsan Hakları,İletişim yayınları, 2. baskı, Mayıs 1991,İstanbul, s.12

Mumcu, Ahmet, “Türkiye’de İnsan Haklarının Dünü ve Bugünü”, Türkiye Bilimler Akademisi, Boğaziçi Üniversitesi “İnsan Haklarının Gelişimi Sempozyumu” 13 Aralık 1997

Mumcu, Ahmet; Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Savaş Yayınları, 3. baskı, Ankara 2003

Okandan, Recai, Amme Hukukumuzun Ana Hatları Birinci Kitap, İÜ yayınları no:2195, İstanbul 1977

Onar, S.Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.:1, 3’ncü baskı, İstanbul 1966

Öney, Metin, “İnsan Haklarının Tarihi Gelişimi ve Türkiye”, Yeni Türkiye Dergisi sayı: 21 (İnsan Hakları Özel Sayısı I), Ankara 1998

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. baskı, Ankara 2004

Özcan, Mustafa, İslam Hukukunda Kadın Hakları www.akademi.nl/sayi4/dusunce1.htm

Özkorkut-Ünal, Nevin, Osmanlı Siyasi Belgelerinin Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Getirdiği Yenilikler, AÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1994

Özer, Atilla, “1876 Anayasasında Padişahın Durumu”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Prof. Dr. Orhan M. Kürkçüer’e Armağan, C.:7 sayı:1-2, Ankara 1975

Sabuncu, Yavuz, Anayasaya Giriş , İmaj Yayıncılık 7.Baskı, Ankara 2001 (Anayasaya)

Sabuncu, Yavuz, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Cilt 7-8, 1985-1986 (Temel Hakların)

Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları:506, Ankara 1982

Şa'bân, Zekiyyüddîn, İslam Hukuku İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkh) (Notlar ekleyerek tercüme eden Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 4. baskı, Ankara 2000

Şafak, Ali, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rehber Yayıncılık, Ankara, Mart 1992

Şafak, Ali, İslam Dini ve Sosyal Adalet, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 311, Cep Kitapları 26, Ankara 1992 (İslam Dini ve Sosyal Adalet)

Şen, Murat, “Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri Loncalar ve Vakıflar” Çimento İşveren Dergisi, Sayı 6 Cilt 16, Kasım 2002, <http://www.cmis.org.tr/dergi/112002/makale3.pdf>

Tunaya, T. Zafer, “1876 Kanun-u Esasîsi ve Türkiye’de Anayasa Geleneği”, Tanzimat’tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, C:1, İstanbul 1985

Turan, Müzeyyen, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Kavramları ışığında 1982 Anayasası, Dicle Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi(yayımlanmamış), Diyarbakır

Tabakoğlu, Ahmet, “Osmanlı Sosyal Güvenlik Sistemi”, Osmanlı Toplum Yapısı Üzerine Deneme, Sebat Ofset Matbaa, Konya 1996,

Tanör, Bülent, Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3.baskı, İstanbul 1994 (Türkiye’de)

Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 12. baskı, İstanbul Eylül 2004 (Osmanlı-Türk Anayasal)

Tanyel, Süalp, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, DÜ SBE, Kamu hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2001

Temimi, Azam, “İslam’ın İnsan Haklarına Bakışı ve Çağdaş Yorumlar” Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Diyarbakır Eylül 1997

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku(Genel Esaslar), Beta Basım Yayım Dağıtım, 5. baskı, İstanbul Eylül 1998

Tunaya, Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İÜHF Yayınları: 454, 3. baskı, İstanbul 1975

Tuncay, A. Can, “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları-1410, İstanbul Aralık 2000

Türköne, Mümtaz’er, “Osmanlı İmparatorluğunda İnsan Hakları”, Doğu’da ve Batı’da İnsan Hakları, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1996

Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992 (1982 Anayasasında Temel Hak)

Uygun, Oktay, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, Editör: Korkut Tankuter, İstanbul, Aralık 2000 (İnsan)

Uzunçarşılı, İsmail, Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, TTK Yayınları, Ankara 1988 (Osmanlı Devletinin Merkez)

Uzunçarşılı, İsmail, Hakkı, Osmanlı Devlet’inin Saray Teşkilatı, Ankara 1948

Üçok, Çoşkun, Ahmet Mumcu; Gülnihal Bozkurt; Türk Hukuk Tarihi, Savaş yayınları 9. baskı, Ankara 1999

Ünal, Mehmet Ali, “Osmanlı Hukukun Tarihi Gelişimi ve Ulema Sınıfı ”, Türk Yurdu Dergisi, Ankara 1998

Ünal, Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, AnBD., C.51, Ankara 1994 (İnsan Haklarının Tarihi)

Ünal, Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin yayınları, Ankara 1997

Yüzbaşıoğlu, Necmi, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, “İnsan Hakları” Yapı Kredi Yayınları, Editör: Korkut Tankuter, İstanbul, Aralık 2000

Zabunoğlu, Hamdi Gökçe, Ulusal ve Ulusalüstü Bağlamda İnsan Haklarının Kötüye Kullanılmaması (Doktrin ve Uygulamada), KÜ SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004

ÖZGEÇMİŞ

Ahmet KILINÇ, 1981 yılında Niğde’de doğmuştur. 1992 yılında girdiği Adana Anadolu Lisesini 1999 yılında bitirmiştir. Aynı yıl kazandığı Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2003 yılında mezun olmuştur. Kılınç, Mayıs 2004 tarihinde Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalına Araştırma Görevlisi olarak atanmıştır. Halen aynı görevi sürdürmektedir. Az derecede (Grundstufe 2) Almanca ve orta seviyede (upper intermediate) İngilizce bilmektedir.

