

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 2, Sayı 2, Yıl 2012

ISSN 2146 - 1708



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

YAYININ ADI HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YIL 2012 CİLT (2) SAYI (2) AY ARALIK

YAYIN SAHİBİNİN ADI Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına
Prof.Dr. Çağlar ÖZEL

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN

YAYIN İDARE MERKEZİ Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü
Rektörlük Binası 7. Kat
06800 / ANKARA

YAYIN İDARE MERKEZİ TEL. +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAKS** +90 (312) 297 62 93

İNTERNET ADRESİ <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>

E-POSTA hukukdergi@hacettepe.edu.tr

YAYIN DİLİ Türkçe ve yabancı diller

YAYIN TÜRÜ Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir
Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel süreli bir yayındır

YAYINLANMA BİÇİMİ Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır

BASIMCININ ADI Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi
Sıhhiye 06100 / ANKARA

BASIMCININ TEL. 0 (312) 310 9790

BASIM TARİHİ / YERİ ŞUBAT 2013 / ANKARA

ISSN 2146 - 1708

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Editörler

Doç.Dr. Öykü Didem AYDIN
Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN

Editör Yardımcıları

Arş.Gör. Hale AKDAĞ
Arş.Gör. Şefik Taylan AKMAN
Arş.Gör. Tunay TUNOĞLU
Uzman Alper BULUR

Yayın Kurulu

Prof.Dr. Çağlar ÖZEL
Doç.Dr. Öykü Didem AYDIN
Doç.Dr. Luigi CORNACCHIA
Doç.Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU
Yrd.Doç.Dr. Ferhat CANBOLAT
Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN
Yrd.Doç.Dr. Özge OKAY TEKİNSOY
Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Università Degli Studi di Lecce Facolta di Giurisprudenza
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Victoria University of Wellington

Danışma Kurulu

Prof.Dr. Serap AKİPEK
Prof.Dr. Mustafa AKKAYA
Prof.Dr. Meltem CANİKLİOĞLU
Prof.Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI
Prof.Dr. Merdan HEKİMOĞLU
Prof.Dr. Çiğdem KIRCA
Prof.Dr. Erdal ONAR
Prof.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Prof.Dr. Mithat SANCAR
Prof.Dr. Fügen SARGIN
Prof.Dr. Asuman TURANBOY
Doç.Dr. Gülriz UYGUR
Doç.Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

NAME OF PUBLICATION HACETTEPE LAW REVIEW
YEAR 2012 **VOLUME** 2 **NUMBER** 2 **MONTH** DECEMBER
PUBLISHER On the Behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL
RESPONSIBLE MANAGER Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN
ADDRESS Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü
Rektörlük Binası 7. Kat
06800 / ANKARA
PHONE +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAX** +90 (312) 297 62 93
URL <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>
E-MAIL hukukdergi@hacettepe.edu.tr
LANGUAGE Turkish and foreign languages
TYPE OF PUBLICATION Hacettepe Law Review is a refereed journal
Hacettepe Law Review is a local periodical journal
FORM OF PUBLICATION Published twice a year in June and December
NAME OF PRESS Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi
Sıhhiye 06100 / ANKARA
PHONE OF PRESS 0 (312) 3109790
DATE AND PLACE OF PRINTING FEBRUARY 2013 / ANKARA
ISSN 2146 - 1708

Hacettepe Law Review

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Editors

Assoc. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN

Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN

Deputy Editors

Res. Asist. Hale AKDAĞ

Res. Asist. Şefik Taylan AKMAN

Res. Asist. Tunay TUNOĞLU

Expert Alper BULUR

Editorial Board

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Assoc. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN

Assoc. Prof. Dr. Luigi CORNACCHIA

Assoc. Prof. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU

Asst. Prof. Dr. Ferhat CANBOLAT

Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN

Asst. Prof. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Lecturer Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Università Degli Studi di Lecce Facoltà di Giurisprudenza

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Victoria University of Wellington

Board of Advisors

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Prof. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Mithat SANCAR

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Assoc. Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Assoc. Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Dokuz Eylül University Faculty of Law

Başkent University Faculty of Law

İzmir University Faculty of Law

TOBB ETÜ Faculty of Law

Bilkent University Faculty of Law

Galatasaray University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

İçindekiler

Makaleler

Yargıtay Kararları Işığında Zamanaşımı Def'inin Islah Yolu ile İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi	1
Dr. Cenk AKİL	
Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri	16
Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ	
Türkiye İçin Bir Eğitim Hukuku Teorisinin Gerekliliği	25
Dr. Bilge BİNGÖL	
Üniversite Özerkliğinin Değişen Tanımı ve Üniversitelerin Yeniden Yapılandırılması	39
Dr. Bilge BİNGÖL	
Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış	76
Dr. Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR	
Roma Antikitesinde Sosyal - Politik - Ekonomik Değişimlerin Hukuksal Yapı ve Kamu Düzeni Üzerindeki Etkileri	89
Arş. Gör. Şefik Taylan AKMAN	
Yabancılaşma ve Hukuk	108
Arş. Gör. Şefik Taylan AKMAN	
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi	116
Arş. Gör. Ş. Esra BASKAN	
İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi	126
Arş. Gör. Cem ŞENOL	
İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler	146
Denizhan HOROZGİL	

Çeviriler

Adalet İdesi	165
Rudolf STAMMLER (çev. Arş. Gör. Ali ACAR)	

Ek Makaleler

Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı	172
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI	
Anayasa Yapım Sürecindeki Zorluklar: Hukuk Devleti ile Demokrasi Arasındaki Etkileşimde Farklılıkları Koruma ve Katılım Sorunları	178
Prof. Dr. Gerhard ROBBERS	

Contents

Articles

- The Problem Whether Plea of Statute of Limitations Can Be Raised by Correction in the Light of the Decisions of the Court of Cassation 1
Dr. Cenk AKİL
- Unlawful Animal Experiments 16
Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ
- The Necessity of a General Theory of Education Law 25
Dr. Bilge BİNGÖL
- The Changing Definition of University Autonomy and Reconstruction of Universities 39
Dr. Bilge BİNGÖL
- An Overview of the Drug Patents in the Turkish Law 76
Dr. Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR
- The Impact of Social - Political - Economic Alterations on the Legal Structure and Public Order in the Roman Antiquity. 89
Arş. Gör. Şefik Taylan AKMAN
- Alienation and Law. 108
Arş. Gör. Şefik Taylan AKMAN
- Noncompetition Contract According to Turkish Obligation Code 116
Arş. Gör. Ş. Esra BASKAN
- The Analysis of Inside Information and Insider in Terms of Criminal Law 126
Arş. Gör. Cem ŞENOL
- Some Detection and Considerations about Publication Bans During Criminal Investigation in Framework of Freedom of Expression and Press 146
Denizhan HOROZGİL

Translations

- The Idea of Justice 165
Rudolf STAMMLER (Translated by Res. Asst. Ali ACAR)

Additional Articles

- State Secret in the Criminal Law Order 172
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI
- Challenges in the Constitution Making Process: Problems of Participation and Protecting Diversity in the Interplay Between Rule of Law and Democracy. 178
Prof. Dr. Gerhard ROBBERS

Yargıtay Kararları Işığında Zamanaşımı Def'inin İslah Yolu ile İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi

Araştırma

Cenk AKİL*

*Dr.

(E-posta: akilcenk@hotmail.com)

ÖZET

İslah usul hukukumuzda hâkim olan teksif ilkesi nedeniyle kabul edilmiştir. İslah yoluna başvurulması ile davanın tarafları yapmış oldukları usulî işlemdeki hata yahut eksikliği telafi etme imkânı bulmaktadırlar. Davalı cevap dilekçesini kaleme alırken zamanaşımı def'ini ileri sürmeyi unutmuş olabilir. Böyle bir durumda ıslah yoluna başvurarak zamanaşımı def'ini ileri sürüp sürülemeyeceği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Davalının hiç cevap dilekçesi vermemiş olması halinde de daha sonra ıslaha başvurmak suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Medeni usul hukuku, ıslah, usulî işlem, zamanaşımı, hak arama özgürlüğü.

ABSTRACT

THE PROBLEM WHETHER PLEA OF STATUTE OF LIMITATIONS CAN BE RAISED BY CORRECTION IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

The procedure of amendment is accepted because of the prevailing concentration principle in Turkish civil procedure law system. By using amendment procedure the parties are able to recover the errors or defects that are present in their procedural actions. For instance, the respondent may have forgotten to allege the statute of limitation in the plea. There are different opinions on the possibility of alleging the statute of limitation by an amendment. Similarly, the opinions on the possibility of alleging the statute of limitation in case no plea has been submitted also vary.

Keywords

Civil procedure law, amendment, procedural action, statute of limitation, freedom to claim rights.

GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun esas olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") temel felsefesine sadık kalmış olmakla beraber yeni kurumlar da getirmiştir. HMK ile ıslah kurumuna ilişkin olarak da bazı değişikliklere gidilmiştir¹. HUMK döneminde Yargıtay'ın ıslah kurumu ile ilgili olarak verdiği kararlar çoğu zaman tartışma konusu olmuştur. Özellikle ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi HMK döneminde de tartışılacağına benzemektedir. Bu tartışmaların bir kısmı ıslah yoluna başvurmak suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkindir. Yargıtay'ın bugüne kadar verdiği kararlarda bu konuda içtihat birliği sağlanamadığı gibi öğretilerde de farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bu çalışmada ıslah yoluna başvurulmak suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülmeyeceği iki başlıkta incelenmiştir. Birinci başlık altında davalının süresinde verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı def'ini ileri sürmemiş olması durumunda bunu daha sonra ileri sürüp süremeyeceği; ikinci başlık altında ise daha önce cevap dilekçesi vermemiş olan davalının ıslah yoluna başvurarak cevap dilekçesi vermek suretiyle zamanaşımı def'ini ileri sürüp süremeyeceği incelenecektir.

1 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda ıslah kurumu 182 ilâ 188. maddeler arasında düzenlenmişti. Tasarı'da ıslah kurumu, bazı iyileştirmeler dışında 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ıslaha ilişkin hükümlerine sadık kalınarak düzenlenmiştir. Taslakta öngörülen değişiklikler şu şekilde özetlenebilir: Davanın tamamen ıslahı halinde iptal olunma ve buna bağlı olarak (HUMK m. 89'daki) iptal tarihinden itibaren üç ay içerisinde yeniden dava açılmama durumunda davadan feragat addolunma yerine, "tamamen ıslah bildiriminden itibaren bir hafta içinde yeni dava dilekçesi verilmesi, verilmemesi halinde ıslah hakkının kullanılmış sayılacağına ve ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edileceğine" ilişkin hüküm Tasarıya konulmuş ve ayrıca kısmen ıslah yapan tarafa bir hafta süre verileceğine ilişkin yeni bir hüküm getirilmiştir. Bunun yanı sıra, Tasarıda, kötüniyetli ıslah halinde, ıslahın dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Tasarının 147. maddesinin ikinci fıkrasında ise iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakatının saklı olduğu kabul edilerek, HUMK'taki düzenlemeye göre davacı için, dava dilekçesini vermekle, davalı için ise cevap dilekçesinin davacıya tebliğiyle başlayan iddia ve savunmayı değiştirmeye genişletme yasağının başlangıç anı değiştirilmiştir (YILMAZ, Ejder, (Medeni Yargılama Hukukunda) ıslah, 3. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 123).

I. DAVALININ SÜRESİNDE VERDİĞİ CEVAP DİLEKÇESİNDE ZAMANAŞIMI DEFİNİ İLERİ SÜRMEMİŞ OLMASI DURUMUNDA ISLAH HAKKININ KULLANIMI

A. Öğretilerdeki Görüşler

Öğretilerde hâkim görüşe göre, davalının süresinde verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inin ileri sürülmemiş olması durumunda, ıslah yoluyla bu def'i ileri sürülebilmektedir.

Ansay'a göre " (B)azılarının dediği gibi ıslaha tâbi olmayan medeni hukuk muameleleri arasında müruruzaman def'ini sokmak ve hele evvelce iler sürülmeleyen bir müruruzaman iddiasının ıslah yolu ile sonradan dermeyeran edilmesinin caiz olmayacağını sanmak tamamıyla yanlıştır. ıslah bir medeni hukuk işlemi olmakla beraber, tarafın davada yaptığı bir muamele değildir; hatta bunun medeni hukuk sahasında da bir muameleye ihtiyacı yoktur. Onun ancak mahkemeye arzı orada iddiası usul muamelesidir. Bu itibarla taraf cevabında zamanaşımı def'ini unutmuş veya evvelce iddiasına lüzum görülmemiş ise, bunu pekâlâ ileri sürebilir ve iddia etmiş ise, ıslah yoluyla o def'ini geri alarak bu defa tediye def'ini dermeyeran edebilir."²

*Postacıoğlu*³ da "Davalı verdiği cevap layihasında muayyen bir def'i, mesela müruruzaman def'ini serd etmemişse bunu bilahare, ancak karşı tarafın muvafakatı veya müddetinde verdiği cevap layihasını ıslah etmek sureti ile ileri sürebilir" diyerek unutulmuş zamanaşımı def'inin daha sonra ıslah yoluyla ileri sürülebileceği görüşünü benimsemiştir.

Benzer şekilde *Berkin* de " [...] (D)avacının dava dilekçesinde göstermediği maddi vakiaları ve bunlara dayanan yeni bazı hukuki sebepleri, dilekçeyi kısmen ıslâh ederek, davalının da cevap lâyihasında dermeyeran etmeyi unuttuğu zamanaşımı veya başka bir def'ini, bu layihanın kısmen ıslâhı yoluna giderek dermeyeran etmesi mümkündür" diyerek cevap dilekçesinde ileri sürülmesi unutulmuş zamanaşımı def'inin ıslah yoluna başvurulmak suretiyle ileri sürülebileceğini açıkça kabul etmiştir.⁴

2 ANSAY, Sabri Şakir, "ıslah", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1950/1-2, s. 123-124; ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 6. B., Ankara 1960, s. 163.

3 POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. B., 1975, s. 419.

4 BERKİN, Necmeddin, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 641.

*Kuru*⁵ ise aynı doğrultudaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: “[...] (D) avalının cevap layihasında zamanaşımı def’inde bulunmayı unutmuş veya borcun zamanaşımına uğradığını cevap layihası verdikten sonra fark etmiş; sonradan zamanaşımı def’inde bulunmuş ve bu savunmasına savunmanın genişletilmesi nedeniyle davacı rıza göstermemişse, bu takdirde, davalının cevap layihasını ıslah ederek zamanaşımı def’inde bulunabil (ir) [...]”.

Islah yoluyla zamanaşımı def’inin ileri sürülebileceğini kabul eden yazarlardan *Üstündağ*⁶’a göre ise⁶, süresi içinde cevap dilekçesi vermiş olmakla birlikte zamanaşımı def’ini veya diğer herhangi bir savunma sebebinin ileri sürmeyi ihmal etmiş bulunan davalı, bu savunma sebebinin sonradan ileri sürmek isterse, bunu ancak davacının açık veya zımni rızasıyla gerçekleştirebilecek veya aynı sonuca cevap dilekçesini ıslah etmek suretiyle ulaşacaktır.

Uygulamada zamanaşımının ıslah yoluyla ileri sürülüp sürülemediği konusunda tereddüt yaşandığına dikkat çeken *Muşul* da zamanaşımı def’inin, ilk itirazlardan olmadığını vurguladıktan sonra ıslah yoluyla zamanaşımının ileri sürülebileceğini dile getirmiştir⁷.

Yargıtay’ın aksi yöndeki görüşleri eleştiren *Umar* da davacının alacak davasına karşı cevap dilekçesinde zamanaşımı def’ini öne sürmek hakkı varken bu savunmayı öne sürmemiş davalının söz konusu savunmayı ıslahla öne süremeyeceği, daha doğrusu savunmanın bu yoldan genişletilmesinin ancak karşı tarafın rızasıyla mümkün olabileceği yolundaki Yargıtay kararlarının açıkça yanlış olduğunu ifade etmiştir.⁸

Öğretide hâkim görüşe katılan *Yılmaz*⁹ da zamanaşımının bir itiraz değil, maddi hukuktan kaynaklanan bir def’i olduğunu belirttikten sonra “Zamanaşımı unutmaya nedeniyle davanın başında ileri sürülmemiş olabilir; daha sonra bu unutmanın farkına varılırsa, bunun ıslahla belirtilebilmesine olanak vermek gerekir. Çünkü savunmanın

değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağını düzenleyen HUMK m. 202, II/HMK m. 141’de ıslahla savunma sebeplerinin genişletilebileceği veya değiştirilebileceği açıkça kabul edilmiştir. Nitekim öğretide, genellikle zamanaşımının sonradan ileri sürülebilmesi olanağının bulunduğunu kabul edilmektedir” demektedir.

Görüşlerini Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karara katıldıklarını belirterek açıklayan *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım* ise: “Kanaatimizce zamanaşımının ıslahla ileri sürülebileceği hususunda 9 HD nin 2.4.2007 tarih ve 23818/8905 tarihli kararı ilke niteliğindedir: ‘Islah, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin karşı tarafın oluru-na bağlı olmaksızın tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir. HUMK m. 83 ve devamı maddelerinde düzenlenen ıslah müessesesi sadece davacıya hak tanımaz. Usulünce yapılmış davalı ıslahı da geçerlidir. Esasa cevap süresi içinde ileri sürülmediğinden davacı tarafın savunmasının genişletilmesi yönündeki itirazı ile karşılaşması mümkün olan zamanaşımı def’inin ıslah yolu ile yapılmasında usule aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu nedenle, davalının ıslah yolu ile zamanaşımı def’inin kabulü gerekirken bu husus gözetilmeden hüküm kurulmuş olması hatalıdır.’ Temennim, doğru olan bu kararın yerleşik bir nitelik kazanmasıdır.”¹⁰

*Pekcanitez/Atalay/Özekes*¹¹, Yargıtay’ın bazı kararlarında ıslahla zamanaşımı def’inin ileri sürülemediğinin kabul edildiğini belirttikten sonra bu görüşe katılmadıklarını, bir davada ileri sürülmesi mümkün olan (ve ıslah konusunda açık bir sınırlama olmayan) iddia ve savunmalar ile taleplerin ıslahın konusunu teşkil edebileceğini; bu sebeple, yasak ve sınırlama olmayan, ıslahla yapılabilecek işlemler kapsamında tüm iddia ve savunmaların ıslah edilebileceğini; bu çerçevede ıslahla zamanaşımı def’inin de ileri sürülebileceğini ifade etmişlerdir.

*Pekcanitez/Akyazılı*¹²’ya göre¹² de ıslah, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının

5 KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2001, C. IV, s. 3967, 4038.

6 ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. B., İstanbul 2000, s. 546-548.

7 MUŞUL, Timuçin, *Medeni Usul Hukuku*, 3. B., Ankara 2012, s. 304.

8 UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 479-480.

9 YILMAZ, 2011, s. 417; YILMAZ, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 963-964.

10 ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 262.

11 PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 12. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 403-404.

12 PEKCANITEZ, Hakan / AKYAZILI, Erdem, “Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. II, İstanbul 2008, s. 555-556.

bir istisnasıdır; bu istisna davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi bakımından uygulama alanı bulur. Bunun yanı sıra, usul hukukuna hâkim olan ve en sert formunda uygulanan teksif ilkesinin katılığını gidermek amacıyla kabul edilmiş bulunan ıslah kurumunun zamanaşımı def'i hakkında uygulanmamasının hiçbir haklı sebebi bulunmamaktadır. Bu bakımdan unutulmuş veya eksik bırakılan usulî işlemlerin düzeltilmesi yada tamamlanması için öngörülen ıslah kurumu, zamanaşımı def'i hakkında tereddütsüz uygulanmalıdır.

Öğretideki azınlık görüşüne göre ise, davalı süresi içerisinde verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı def'ini ileri sürmemişse bunu daha sonra ıslah yoluna başvurmak suretiyle ileri sürmez. Aksi düşüncenin kabulü, kazanılmış hakları ihlâl edeceği gibi, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş bulunan eşitlik ilkesine ve ayrıca usul hukukundaki silahların eşitliği ilkesine aykırı düşer. **Bilgen**'e göre zamanaşımı def'inin ıslah yolu ile ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi durumunda, süresi içinde zamanaşımı savunması ile karşılaşmayan veya süresinden sonra ileri sürülen zamanaşımı savunmasına karşı çıkarak bu yöndeki savunmanın reddini sağlayan ve davayı yürütmek için masraf ve emek harcayan davalı, davada ıslah yoluna gidilebileceğinin kabul edilmesi durumunda, ıslah tarihine kadar harcadığı emeğin ve yaptığı masrafların boşa gideceği endişesine kapılacaktır. ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin kabul edilmesi ile aylarca veya belki de yıllarca süren işlemler yok sayılacak, bu suretle hukuki güvenlik zedelenecek, yapılan masraflar ve harcanan emek boşa gidecektir. Bu halde, zamanaşımına uğramış bir borcun dava edilmesinde davacının kusuru olduğu ve bunun sonuçlarına katlanması gerektiği gibi bir düşünce ileri sürülebilir ise de; zamanaşımına uğrayan borcun düşmeyeceği, dava ve takip edilebileceği, ödenmesi halinde, ödenen meblağın sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenemeyeceği gözönünde bulundurulduğunda, bu yöndeki düşüncenin doğru olmayacağı, bu halde, ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin kabul edilmesinin usul kurallarının amacı ile de bağdaşmayacağı sonucuna varmak gerekir.¹³

13 BİLGEN, Mahmut, **Hukuk Yargılamasında ıslah**, 2. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 291-292.

B. Yargıtay'ın Görüşü

ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda Yargıtay kararları arasında görüş birliği yoktur. Yargıtay bazı kararlarında ıslah suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülebileceğini bazen ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın ıslah yoluyla zamanaşımı def'ini ileri sürülebileceğine ilişkin kararlarına şu örnekler verilebilir:

" [...] Davalı vekili 12.11.2007 tarihli dilekçe ile ıslah yoluyla zamanaşımı def'ini ileri sürmüştür. Mahkemece, davalının anılan dilekçesi dikkate alınmamıştır. ıslah, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin karşı tarafın olurluğuna bağlı olmaksızın tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 83 ve devamı maddelerinde düzenlenen ıslah müessesesi sadece davacıya hak tanımaz. Usulünce yapılmış davalı ıslahı da geçerlidir. Esasa cevap süresi içinde ileri sürülmediğinden davacı tarafın savunmanın genişletilmesi yönündeki itirazı ile karşılaşması mümkün olan zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla yapılmasında usule aykırı bir yön bulunmamaktadır [...] ".¹⁴

" [...] Yargılama sırasında davalı vekili 10.05.2006 tarihli dilekçesi ile savunmasını ıslah ederek dava konusu alacakların bir kısmının zamanaşımına uğradığını belirterek zamanaşımı def'inin dikkate alınmasını istemiştir. Mahkemece, usulüne uygun olmadığı ve süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesi ile davalının zamanaşımı def'i nazara alınmamıştır. ıslah, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin karşı tarafın olurluğuna bağlı olmaksızın tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 83 ve devamı maddelerinde düzenlenen ıslah müessesesi sadece davacıya hak tanımaz. Usulünce yapılmış davalı ıslahı da geçerlidir. Esasa cevap süresi içinde ileri sürülmediğinden davacı tarafın savunmanın genişletilmesi yönündeki itirazı ile karşılaşması mümkün olan zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla yapılmasında usule aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu nedenle, davalının ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin kabulü gerekirken bu husus gözetilmeden hüküm kurulmuş olması hatalıdır [...] ".¹⁵

14 Y 9. HD, 24.2.2009, E. 2008/11118, K. 2009/3369 (BİLGEN, 2010, s. 242-243).

15 Y 9. HD, 2.4.2007, E. 2006/23813, K. 2007/8905 (<http://www.hukukturk.com>), (erişim tarihi 20.11.2012).

" [...] Davalı vekili cevap dilekçesini ıslah ederek, zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Mahkemece, ıslah yolu ile zamanaşımı def'inin ileri sürülemediği, davacı taraf lehine usulü kazanılmış hak doğduğundan bahisle, ıslah talebinin reddine karar verilmiştir. HUMK'nun 202/3. maddesinde, savunmanın genişletilmesi yasağının istisnaları arasında ıslah sayılmıştır. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları da bu yöndedir. Cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmamış davalı tarafın, ıslah yoluyla zamanaşımı def'inde bulunabileceği kabul edilmektedir. Mahkemece, davalının ıslah talebinin kabul edilmemesi de doğru değildir [...]"¹⁶

Yargıtay'ın ıslah yoluna başvurmak suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülemediği yönündeki kararlarına ise şu örnekler verilebilir:

" [...] Uyuşmazlık, cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmayan davalı G..M..Ltd Şti'nin daha sonraki aşamada ileri sürdüğü bu def'in davacı tarafın itirazı ile karşılaşmasından sonra davalının bu defa ıslah yoluyla zamanaşımı def'inde bulunup bulunamayacağı noktasındadır...HUMK.nun 83. ve devamı maddelerine göre davalının da usule ilişkin olarak yapmış olduğu muameleyi tamamen ıslah edebilme hakkı vardır. Ancak genel usul kurallarına göre ıslah yoluyla da olsa kazanılmış haklar ortadan kaldırılamaz. Esasen davalının yapmış olduğu işlem HUMK.nun 83. maddesine uygun bir ıslah da değildir. Çünkü ıslahla ancak usule ilişkin bir işlemin düzeltilmesi amaçlanabilir. Somuta olayda davalının bu istemi usule ilişkin olmayıp buradaki amacı savunmanın genişletilerek davanın reddini sağlamak ve böylece davacı yararına oluşmuş bulunan kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaktır. Buna usulen olanak yoktur. Bu, doğrudan doğruya savunmanın genişletilmesi olup, kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaya yönelik bir davranıştır [...]"¹⁷

" [...] Davalı taraf süresinde verdiği 21.02.2006 günlü cevap dilekçesinde zamanaşımı def'ini ileri sürmeyerek davanın esasına yönelik savunmalarında bulunmuş, daha sonra 27.11.2006 tarihli dilekçesiyle ıslah yoluna başvurmuş ve ıslah dilekçesinde zamanaşımı savunmasında bulunmuş, davacı

taraf ise bu usulî işleme 12.12.2006 havale tarihli dilekçesiyle karşı çıkmıştır. HUMK'nun 83. ve devamı maddelerine göre davalının da usule ilişkin olarak yapmış olduğu muameleyi tamamen ıslah edebilme hakkı vardır. Ancak genel usul kurallarına göre ıslah yoluyla da olsa kazanılmış haklar ortadan kaldırılamaz. Esasen davalının yapmış olduğu işlem HUMK'nun 83. maddesine uygun bir ıslah da değildir. Çünkü ıslahla ancak usule ilişkin bir işlemin düzeltilmesi amaçlanabilir. Somut olayda davalının bu istemi usule ilişkin olmayıp, buradaki amacı savunmanın niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece cevap dilekçesinde ileri sürülmesi unutulmuş bulunan zamanaşımı def'ini eklemek suretiyle savunmayı genişletip davanın bu nedenle reddini sağlamak ve böylece davacı yararına oluşmuş bulunan kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaktır. Buna usulen olanak yoktur. Bu doğrudan savunmanın genişletilmesi olup, kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaya yönelik bir davranıştır. Davacı genişletilen savunmaya açıkça karşı çıktığına ve HUMK'nun 202. maddesi hükmünce davalı cevap dilekçesini hasmına tebliğ ettirdikten sonra onun izni olmaksızın savunma nedenlerini genişletemeyeceğine göre davalının sonradan ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin reddi gerekir [...]"¹⁸

II. SÜRESİNDE CEVAP DİLEKÇESİ VERMEYEN DAVALININ ISLAH YOLU İLE ZAMANAŞIMI DEF'İNİ İLERİ SÜRMESİ

A. Öğretideki Görüşler

Davalının süresinde cevap vermemesi durumunda daha sonra ıslah yoluna başvurmak suretiyle zamanaşımı def'ini ileri sürüp süremeyeceği konusunda öğretide farklı yönde görüşler mevcuttur.

1. Islah Yoluyla Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülebilmesi İçin Daha Önce Cevap Dilekçesinin Verilmesini Şart Koşan Görüş

Bu görüşün temsilcilerinden *Postacioğlu*'na göre "Davalı verdiği cevap layihasında muayyen bir def'i, mesela müruruzaman def'ini serd etmemişse [...] bunu bilahare, ancak karşı tarafın muvafakatı veya müddetinde verdiği cevap layihasını ıslah etmek suretiyle ileri sürebilir. Yok, eğer müddetinde cevap vermemişse, cevap layihasının

¹⁶ Y 3. HD, 27.10.2008, E. 2008/17610, K. 2008/17930 (YILMAZ, 2011, s. 437).

¹⁷ Y 19. HD, 14.09.2009, E. 2008/11897, K. 2009/8161 (<http://www.kazanci.com>), (erişim tarihi 20.11.2012).

¹⁸ Y 19. HD, 24.11.2008, E. 2007/6175, K. 2008/11388 (<http://www.kazanci.com>), (erişim tarihi 20.11.2012).

islahı da bahis mevzuu olmayacağından, o zaman ancak karşı tarafın muvafakatiyle müruru zaman def'ini öne sürmek hakkını kazanır. Karşı taraf müdafaanın genişletilmesine itiraz ederse, artık mevzuubahis def'i muteber olarak ileri sürmek hakkını kaybeder".¹⁹

Üstündağ'a göre ise davalı cevap dilekçesi vermemişse, HUMK'un 202/son fıkrasından, yani islah hakkından yararlanamaz. Çünkü HUMK m. 202/2 cevap dilekçesinin karşı tarafa tebliğinden sonra artık onun rızası olmaksızın savunma sebeplerini genişletmeyeceği ve değiştiremeyeceğine ilişkindir. Cevap dilekçesinin verilmemesi durumunda ise zaten genişletme yahut değiştirmeden bahsedilemez. Bu bakımdan bu halde davalı, ne karşı tarafın rızasıyla ne de islah yolu ile cevap dilekçesi veremez.²⁰

Bu görüşün bir başka taraftarı **Yılmaz'a** göre ise taraflardan birinin islahla başvurabilmesi için daha önce yapmış bulunduğu bir usul işleminin mevcudiyeti şarttır. Bu sonuç, tarafın "yaptığı" muameleyi islah edeceğinden söz eden HMK m. 176 hükmünden de anlaşılmaktadır. Öte yandan islahın kaçırılmış olan sürelerin geri getirilmesini sağlayan bir yol olmadığı da gözden geçirilmelidir.²¹

2. Islah Yoluyla Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülebilmesi İçin Daha Önce Cevap Dilekçesi Verilmiş Olmasını Şart Koşmayan Görüş

Bu görüşün temsilcilerinden **Karafakih**, zamanaşımı def'inin cevap layihasında bildirilmemesinin bu def'i hakkını ortadan kaldırmayacağını; zamanaşımı def'inin ilk itirazlardan olmadığını, bu bakımdan, davalının cevap layihası vermemiş olması halinde bile bunu davalının rızasına bağlı olmadan yargılama sırasında ileri sürebileceğini, cevap dilekçesi vermemenin tek yaptırımının ilk itirazların ileri sürülmemesi ve karşılık dava açılmaması olduğunu, cevap dilekçesi verilmiş olup olmaması şeklinde bir ayırım yapmanın aşırı şekilcilik olacağını dile getirmiştir.²²

19 POSTACIOĞLU, 1975, s. 419-420.

20 ÜSTÜNDAĞ, Saim, "Süresinde Cevap Layihası Vermemenin Müeyyidesi Vardır", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1962/4-5-6, s. 35; ÜSTÜNDAĞ, 2000, s. 544-546; ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul 1967, s. 96-99.

21 YILMAZ, 2011, s. 130.

22 KARAFAKİH, İsmail Hakkı, Cevap Layihası Vermemiş Olan Davalı Müruru Zaman Def'ini Dermeyan Hakkını İskat Etmiş Midir?,

Bu görüşün başka bir temsilcisi **Kuru'ya** göre ise²³, "Davalı verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmayı unutmuş veya borcun zamanaşımına uğradığını cevap dilekçesini verdikten sonra fark etmiştir; sonradan zamanaşımı def'inde bulunmuş ise de, bu savunmanın genişletilmesine davacı rıza göstermemiştir (HUMK m. 202, II). Davalı, cevap dilekçesini islah ederek (düzelterek) zamanaşımı def'inde bulunabilir."

Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım²⁴ da islah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülebilmesi için daha önce cevap dilekçesi verilmiş olmasını şart koşulmamasını savunmuştur: "Davalı hiçbir savunma yapmadan sadece davacının dayandığı maddi vakıaları inkâr ettiğini bildiren bir dilekçe verse idi, bunun sonuçları süresinde cevap layihası vermemesi ile aynı olacaktı; ama bu eşit duruma rağmen davalı birinci halde muvafakat veya islahla yeni savunmalar yapabilecek, ikinci durumda ise, bu mümkün olmayacak. Eşit olanların eşit işlem görmesi ilkesi böyle bir sonucu kabule elverişli değildir. 'Usulün 202. maddesi hükmünden kanuni süreyi geçirerek karşılık verme yetkisini yitiren taraf, ancak davacının açık ve zimni rızası ile karşılık verebilir ve fakat böyle bir rıza bulunmazsa yahut islah yoluna gitmezse artık karşılık veremez' sonucuna varan Yargıtay kararının çözümü isabetlidir".

Pekcanitez/Atalay/Özekes ise cevap dilekçesi verilmemiş olsa bile, kanunda adeta cevap dilekçesi verilmiş gibi sonuç bağlanarak, cevap dilekçesi vermeyen davalının, davacının ileri sürdüğü vakıaları inkâr ettiğinin kabul edildiğini (HMK m. 128); bu sebeple cevap dilekçesi vermeyen davalıya da, adeta cevap dilekçesi verip inkârla yetinen davalı gibi islah imkânı tanınmalıdır. Yazarlar, islahla zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi konusunda Yargıtay tarafından cevap dilekçesinin verilmiş olup olmamasına göre yapılan ayırımın isabetli olmadığını; islah ile zamanaşımı def'inin ileri sürülebilmesi için mutlak surette önceden bir cevap dilekçesi verilmesine ihtiyaç olmadığını; islah kurumunun amacının da bu sonucu haklı kıldığını dile getirmiştir.²⁵

İstanbul Barosu Dergisi, 1962/1-2-3, s. 18-19.

23 KURU, Usul IV, 2001, s. 3970-3971.

24 ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 264.

25 PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet,

Konuyu biraz daha ayrıntılı olarak ele alan **Pekcanitez/Akyazılı**'ya göre de davalı, cevap dilekçesi vermemiş olsa bile ıslah yolu ile zamanaşımı def'ini ileri sürülebilmelidir. Başka bir deyişle, ıslah yolu ile zamanaşımı def'inde bulunabilmek için muhakkak önceden cevap dilekçesi verilmiş olması şart değildir. Daha önce cevap dilekçesi verilmediği için, daha sonra zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla da ileri sürülemeyeceğinin kabul edilmesi hukuk yargılamasının amacına aykırıdır²⁶. Öte yandan, teksif ilkesinin istisnası olan ıslah kurumunu cevap layihası vermemiş olan davalı bakımından kabul etmemek haklı değildir. Aksi düşüncenin kabulü, asıl hakkın bir kenara bırakılarak sorunun biçimsel yöntem tartışmalarıyla çözümlenmesine yol açar. Böyle bir durumda verilecek kararın doğruluğundan ise sadece biçimsel olarak bahsedilebilir. Öte yandan şekilcilik, maddi gerçeğin bir kenara bırakılmasına neden olmamalıdır. İddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağındaki sınırlamalar ıslah kurumuyla yumuşatılmıştır. Bu bakımdan ıslah kurumunun kendisine tanınan fonksiyonu yerine getirebilmesi, ıslah hükümlerinin hakkaniyete uygun biçimde yorumlanması halinde mümkündür. Eğer cevap dilekçesi verilmediği için yargılama boyunca zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla ileri sürülemeyeceği kabul edilirse, maddi gerçeklikten uzaklaşmış olur. Halbuki ıslahın amacı yargılamanın usulî hakkaniyet ilkesine ve maddi gerçeklik ilkesine uygun olmasını sağlamaktır. Bütün bu nedenlerle önceden cevap dilekçesi vermemiş olan tarafın da ıslah yoluna başvurarak zamanaşımı def'inde bulunabilmesi kabul edilmelidir²⁷.

Umar da bu görüşe katıldığını şu sözlerle dile getirmiştir:

" [...] (C)evap dilekçesi vermeyen davalı, davacının bütün vakıalarını inkâr etmiş sayıldığına göre (HMK m. 12), davalının cevap dilekçesi vermeyişini, "Dava dilekçesindeki bütün vakıa iddiaları asılsızdır" içeriğinde bir cevap dilekçesini vermesi hükmünde sayarak, ıslah

yoluyla savunma dayanakları öne sürmesine cevaz tanımak doğrudur görüşünü...savunuyorlar. Bence de doğru olan cevaz tanıma görüşüdür. Çünkü yargılama hukukunun yüklenmesi gereken işlev, yargıcı ve tarafları bir takım yasaklamalar, feragat karineleri vb. içine hapsederek mahkemenin işini hak ve adalet zararına azaltmak için değil, maddi hukukun belirlediği haklılık durumunun ortaya konabilmesine kapıyı ardına kadar açık tutacak kurallar ve yöntemler getirmektir".²⁸

B. Yargıtay'ın Görüşü

Islah yoluna başvurabilmesi için daha önce cevap dilekçesi verilmesinin şart olup olmadığı konusunda Yargıtay'ın farklı yönde kararları mevcuttur. Yargıtay bazı kararlarında ıslah yoluna başvurulabilmesi için daha önce cevap dilekçesi verilmesi gerektiğine hükmetmiştir:

" [...] Somut olayda, davalı, davayı yasal süresi içinde cevap vermemiş, esasen bu dilekçede ileri sürülen zamanaşımı Def'i de davacının savunmasının genişletilmesi itirazı ile karşılaşmıştır. Bu durumda, davalı, ıslah yoluyla süresinde verilmeyen cevap dilekçesini, süresinde verilmiş hale getirmek için ıslah yolunu kullanamaz. Kullanmış olsa dahi hukuki sonuç doğurmaz [...] ".²⁹

Yargıtay bir başka kararında da " [...] Davalı tarafından açılan davaya karşı süresi içerisinde verilmiş bir cevap dilekçesi mevcut olduğundan, sonradan cevap dilekçesini ıslah etmek suretiyle zamanaşımı def'inde bulunmasında bir usulsüzlük görülmediğinden, davalı şirkete yapılan ödemelerin tarihlerinin belirlenerek, davalının zamanaşımı def'inin değerlendirilmesi gerekirken, bu hususun gözetilmemiş olması [...] "³⁰ nı bozma sebebi saymıştır.

Bir başka kararında ise " [İ]kinci duruşmada davalı vekili, 1 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu savunarak davanın reddini dilemiş ve o duruşmada sunulduğu anlaşılan dilekçesiyle, ıslah yoluyla zamanaşımı def'inde bulunmuş, mahkemece davalının bu ıslah dilekçesi hakkında herhangi bir

Medeni Usul Hukuku, 12. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 403.

26 *Belgesay*'a göre, Kanun, gerçeğin meydana çıkarılabilmesi için taraflardan her birine yanlış kanaatle yaptığı işlemi düzeltmek için ıslah kurumunu ihdas etmiştir (BELGESAY, Mustafa Reşit, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, İkinci Cilt, Fasikül 1, İstanbul 1945, s. 95).

27 PEKCANITEZ, Hakan / AKYAZILI, Erden, "İslaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Uğur Alacakaptan'ın Armağan**, Bilgi Üniversitesi, 2008, C. II, s. s. 557-558.

28 UMAR, 2011, s. 486.

29 Y 17. HD, 5.4.2011, E. 2010/9708, K. 2011/3066 (PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmalar**, 12. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 115 dn. 44).

30 Y 11. HD, 16.11.2007, E. 2007/9191, K. 2007/14402 (YILMAZ, 2011, s. 448-449).

işlem ve değerlendirme yapılmaksızın, davacının itirazı gözetilerek, zamanaşımı def'i reddedilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki; süresinde davaya cevap vermeyen ve böylece esasa cevap süresi içinde zamanaşımı def'inde bulunmayan davalı, ıslah yoluyla bunu ileri sürebilir. Davalı ıslah dilekçesi vererek zamanaşımı def'inde bulunduğuna göre, ıslaha ilişkin usul hükümleri çerçevesinde bu dilekçesi işleme konularak, usulüne uygun şekilde zamanaşımı def'inde bulunduğu benimsenmek suretiyle, davalının bu def'inin incelenmesi gerekir [...] ³¹ sonucuna vararak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yargıtay, aynı yöndeki bir başka kararında da " [...] İnceleme konusu olayda davalının yapmış olduğu usule müteallik işlem davaya cevap vermekten ibarettir. Bu işlemin ıslah edilmesinin istenilmesi halinde doğacak sonuç, önceki cevap dilekçesinin verilmemiş sayılması ve yeni bir cevap dilekçesi verilmesi olup, verilen yeni cevap süresinde olmayacaktır. Usule müteallik bir sürenin geçirilmesi halinde bu sürenin geçirilmiş sayılabilemesi için başvurulacak yol ıslah değil aynı kanunun 166. maddesine göre eski hale getirme talebidir. İnceleme konusu olayda bu yolda bir talepte bulunulmamış olup, ıslah yolu ile de, süresinde yapılmayan zamanaşımı def'inin süresinde ileri sürülmüş hale getirilmesi mümkün değildir [...] ³² diyerek ıslah yoluna başvurulmak suretiyle daha önce ileri sürülmemiş bulunan zamanaşımı def'inin sonradan ileri sürülmesine cevaz vermemiştir.

Yukarıdaki kararların aksine, Yargıtay başka bazı kararlarında süresi içerisinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalının daha sonra ıslah yoluna başvurmak suretiyle zamanaşımı def'inde bulunamayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay'ın bu görüşüne şu kararlar örnek gösterilebilir: " [...] Davalı, cevap dilekçesinde ileri sürmediği bir savunmayı özellikle zamanaşımı def'ini cevap dilekçesini ıslah ederek ıslah edilmiş bu cevap dilekçesiyle ileri sürebilir. Ancak davalının bu nitelikte bir ıslah işlemini yapabilmesi, her şeyden evvel daha önce süresinde verilmiş bir cevap dilekçesinin varlığıni gerektirir. Somut olayda, davalı davaya yasal

cevap süresi içinde cevap vermemiş, esasen bu dilekçede ileri sürülen zamanaşımı def'i de davacının savunmasının genişletilmesi itirazı ile karşılaşmıştır. Bu durumda, davalı ıslah yoluyla süresinde verilmeyen cevap dilekçesini, süresinde verilmiş hale getirmek için ıslah yolunu kullanmış olması da hukuki sonuç doğurmaz [...] ³³

" [...] Davalı vekili, yasal sürenin sona ermesinden sonra verdiği cevap dilekçesinde süresinde davaya cevap vermeyerek davayı inkâr etmiş olduklarını savunarak cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla istemin zamanaşımı nedeniyle reddini istemiştir. HUMK.nun 83. maddesinde ıslah, taraflardan birisinin yapmış olduğu bir usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi olarak tanımlanmıştır. Cevap dilekçesi de usulî bir işlemdir. Davalı ıslah yoluyla süresinde verilmeyen cevap dilekçesi süresinde verilmiş hale getirilemez ise de, cevap dilekçesinde ileri sürmediği bir savunmayı özellikle zamanaşımı def'ini cevap dilekçesini ıslah ederek ileri sürebilir [...] ³⁴

" [...] Davalı davaya karşı süresi içinde ve 28.9.1999 günlü cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmamıştır. Daha sonra ve 14.10.1999 havale tarihli dilekçesinde bu yolda def'i de bulunmuş ve cevap dilekçesini ıslah ettiğini bildirmiştir. Davacı vekili bu isteme karşı verdiği 22.2.2000 tarihli dilekçede zamanaşımı def'inin süresinde yapılmadığını ıslah yolu ile süresi geçtikten sonra zamanaşımı def'inde bulunulmasının mümkün olmadığını açıklamıştır. HUMK'nun 83 ve devamı maddelerinin hükümlerine göre davalının da usule ilişkin olarak yapmış olduğu muameleyi tamamen ıslah edebilme hakkı vardır. Ancak genel usul kurallarına göre ıslah yoluyla da olsa kazanılmış haklar ortadan kaldırılamaz. Esasen davalının yapmış olduğu işlem HUMK'nun 83. maddesine uygun bir ıslah da değildir. Çünkü ıslahla ancak usule ilişkin bir işlemin düzeltilmesi amaçlanabilir. Somut olayda davalının bu istemi usule ilişkin olmayıp buradaki amacı savunmanın niteliğinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın sadece cevap dilekçesinde ileri sürülmesi unutulmuş bulunan zamanaşımı def'ini eklemek suretiyle savunmayı genişletip

31 Y 13. HD, 14.11.2000, E. 2000/8872, K. 2000/9955 (PEKCANITEZ / AKYAZILI, 2008, s. 557; YILMAZ, 2011, s. 449-450).

32 Y 11. HD, 12.2.2001, E. 2000/9980, K. 2001/1148 (PEKCANITEZ / AKYAZILI, 2008, s. 276).

33 Y 13. HD, 1.12.2000, E. 2000/9903, K. 2000/10802 (<http://www.hukukturk.com>), (erişim tarihi 20.11.2012).

34 Y 11. HD, 28.6.2005, E. 2004/10295, K. 2005/6903 (BİLGİN, 2010, s. 277).

davanın bu nedenle reddini sağlamak ve böylece davacı yararına oluşmuş bulunan kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaktır. Buna usulen olanak yoktur. Bu doğrudan doğruya savunmanın genişletilmesi olup kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaya yönelik bir davranıştır [...]”.³⁵

Yargıtay’ın yukarıda zikredilen farklı yöndeki kararlarından sonra konu içtihatların birleştirilmesi talebiyle Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Genel Kurul yaptığı inceleme sonucunda “ [...] İslah ile zamanaşımı def’inin ileri sürülemediğini içtihat eden Yargıtay Daire Kararları 7 (Yedi) adet olup, en yakın tarihli olanı 22.10.2002 tarihlidir. Yeni tarihli bir karar yoktur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konu ile ilgili hiçbir kararı bulunmamaktadır. İslah ile zamanaşımı def’inde bulunulabilir kararı veren daireler ise bu görüşlerini uygulamaya devam etmektedirler. Karşı görüşte olan kararların en yeni si 2002 tarihli olup, bu tarihten sonra verilen kararlara rastlanmamıştır. Bu nedenlerle, henüz içtihatların birleştirilmesini gerektirir düzeyde içtihat aykırılığı bulunmadığından “Süresinde verilen cevap layihasında zamanaşımı savunmasının ileri sürülmemiş olması veya süresinde cevap layihası verilmemiş olması halinde zamanaşımı savunmasının ıslah yolu ile ileri sürülüp sürülemediği konularında, yukarıda tek tek isimleri yazılı Yargıtay Daire Kararları arasında içtihatların birleştirilmesi yolu ile aykırılığın giderilmesine şu aşamada henüz gerek ve yer bulunmadığına [...]” karar vermiştir.³⁶

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Kurulu’nun 7.4.2000 tarihli ve 2/2 sayılı kararının teyidi niteliğindedir. Söz konusu karara göre içtihat aykırılığının, içtihatların birleştirilmesi yolu ile giderilmesi için, Yargıtay daireleri ve genel kurullarının belli konuya ilişkin görüş ve kabullerini kararlı ve sürekli biçimde içtihatlarında ortaya koymaları ve bu yönün uygulamada kesinlik kazanması zorunlu ön koşuldur.³⁷ Buna göre iki daire arasında çelişkili kararların mevcut

bulunması yeterli değildir. Çelişkili kararların her bir daire bakımından ayrı ayrı süreklilik göstermesi; yani istikrar kazanmış olması gerekir.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

A. Davalının Süresi İçerisinde Cevap Dilekçesi Vermesi Durumunda İslah Yoluna Başvurarak Zamanaşımı Def’ini İleri Sürüp Süremeyeceği

Davalının süresi içerisinde cevap dilekçesi vermesi durumunda dahi ıslah yoluna başvurularak zamanaşımı def’inin ileri sürülemediği öğretiden ziyade Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir. Yukarıda³⁸ yer verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay bu yöndeki kararlarını başlıca iki gerekçeyle dayandırmaktadır: Bunlardan ilki, daha sonra ıslah yoluyla zamanaşımı def’inin ileri sürülmesinin karşı tarafın (usulî) kazanılmış hakkını ortadan kaldıracığı; diğeri ise böyle bir savunmanın daha sonra ileri sürülmesinin (ve kabul edilmesinin) dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı düşeceği.

O nedenle önce usulî kazanılmış hak konusu üzerinde durmak faydalı olacaktır. Usulî kazanılmış hak öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır: “Bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakka usule ilişkin kazanılmış hak (usulî müktesep hak) denir”.³⁹ Usulî kazanılmış hak, mahkemenin bozma kararına uyması ve bazı konuların bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmesi olmak üzere başlıca iki şekilde meydana gelmektedir.⁴⁰ Öğretide usulî kazanılmış hakka çeşitli örnekler verilmiş⁴¹ ise de bunların içinde zamanaşımı def’inin ileri sürülmemesi gösterilmemiştir. Öte yandan, bir durumu usulî kazanılmış hak sayarken mahkemelerin çok dikkatli olması gerekmektedir. Çünkü usulî kazanılmış hak tanımak suretiyle taraflara yasayla verilen haklar ihlâl edilemez. Aksi takdirde yargı içtihatlarıyla yasama faaliyetine girilmiş olur ki, bu, Anayasa’nın yasama yetkisinin devredilmezliği

35 Y 4. HD, 30.09.2002, E. 2002/5913, K. 2002/10502 (<http://www.hukukturk.com>), (erişim tarihi 20.11.2012).

36 YİBHKG, 14.11.2008, E. 2007/2, K. 2008/1 (BİLGİN, 2010, s. 292).

37 YILMAZ, Ejder, “İçtihatı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme İhtiyacı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII 9-10 Haziran 2000**, Ankara 2000, s. 13.

38 Bkz. yuk. II. B.

39 KURU, Baki, “Usulî Kazanılmış Hak”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara 1974, s. 395; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 5, İstanbul 2001, s. 4737.

40 KURU, 1974, s. 397.

41 Bkz. KURU, Usul V, 2001, s. 4737-4738.

hükmüne (m. 7) aykırı düşer. Yargıtay'ın zama-naşımı def'inin ıslah yoluyla ileri sürülememesini usulî kazanılmış hakka dayandıran kararları öğre-tide haklı olarak şu sözlerle eleştirilmiştir:

"4. HD 1983 tarihli kararında, zama-naşımının bilahare ileri sürülmesinin kazanılmış hakları ihlâl edeceğini ifade etmektedir. Zama-naşımı savun-masının cevap layihasında ileri sürülmemiş olması ile davacı lehine bir usulî kazanılmış hak doğmuş olduğu yolundaki görüşün temeli yoktur. Islahla savunmanın niteliğinde değişiklik yapılması ge-rektiği, hâlbuki zama-naşımının eklenmesi ile sa-vunmanın genişletilip davanın bu sebeple reddi-nin sağlanmasının davacılar yararına doğmuş bu-lunan kazanılmış hakkı ortadan kaldırdığını kabul etmenin veya davalının, cevap layihasında ileri sürmedi diye bu hakkından feragat etmiş oldu-ğunun kabulünün yasal temeli yoktur [...]".⁴²

Gerçekten de zama-naşımı def'inin cevap di-lekçesinde ileri sürülmemiş olması ile davacı lehi-ne usulî kazanılmış hak doğmuş olduğu yönünde-ki görüşün hukuki bir temeli bulunmamaktadır⁴³. Kaldı ki, yargı kararlarında usulî kazanılmış hak-kın hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla kabul edildiği belirtilmekte⁴⁴ ve bu hak genellikle verilmiş bulunan bir mahkeme kararıyla irtibat-landırılarak açıklanmaktadır. Hâlbuki zama-naşımı def'inin ileri sürülmemesi durumunda, sırf bunu belirleyen ve doğrudan yargılamanın aşamalarını etkileyen bir karar da verilmemektedir.

Yargıtay'ın ıslah yoluna başvurmak suretiyle zama-naşımı def'inin ileri sürülemeyeceğine gös-terdiği ikinci gerekçe ise dürüstlük kuralıdır. Bu gerekçe özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiştir. Zira HMK m. 182 ile ıslah yoluna dürüstlük ilkesine aykırı biçimde baş-vurulması durumunda gerekli yaptırım öngörül-müştür. Söz konusu hükme göre "Islahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kö-tüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belir-tilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate alma-dan karar verir. Ayrıca hâkim, kötüniyetle ıslaha başvurana, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün

zararlarını ödemeye ve beşyüz Türk Lirası'ndan beşbin Türk Lirası'na disiplin cezasına mahkûm eder." Görüldüğü gibi bu hüküm ile zaten ısla-hın dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanı-lması durumunda gerekli yaptırım öngörül-müştür. Dolayısıyla burada ayrıca TMK m. 2'ye başvur-maya gerek yoktur. Şayet somut olayda taraflardan biri ıslah hakkını dürüstlük kuralına aykırı bir bi-çimde kullanmış ve bu durum HMK m. 182'nin ara-dığı şartlara uygun düşmüşse maddede belirtti-len yaptırımlar uygulanacaktır. Ancak belirtelim ki, buraya kadar bahsedilenler 6100 sayılı HMK ile kabul edilen düzenlemeye ilişkindir. 1086 sa-yılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ise ısla-ha kötünietli olarak başvurulmasını biraz daha farklı bir biçimde düzenlemişti. Şöyle ki; bahsi ge-çen Kanunun 90. maddesine göre, "Islah hakkı-nın, mücerret hasmı izaç ve davayı sürüncemede bırakmak gibi fena bir maksatla kullanıldığı kari-nei haliye ile anlaşılırsa hâkim ıslah talebinde bu-lunan kimseyi diğer tarafın bilumum zarar ve zi-yanını tazmin ile mahkûm ettikten sonra yüz lira-ya kadar cezayı nakdiyeye de mahkûm edebilir." Yani, ıslah yoluna kötünietle başvurulması duru-munda, bu yola başvuran karşı tarafın zararlarını tazmin etmek zorunda olduğu gibi ayrıca para ce-zasına da çarptırılmaktaydı. Hükümde kötünietli davranışlara örnek gösterilen hallerin tahdidi ol-madığı, "gibi" ifadesinden de açıkça anlaşılma-kta-dır. Dolayısıyla ıslah edenin bu amaçlardan birine veya benzeri bir amaca sahip olması halinde bile, maddede öngörülen yaptırımlar uygulanacaktır.⁴⁵ Yargıtay'ın yukarıda verilen kararları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dö-nemde verilmiş bulunan kararlardır. Yargıtay bu-rada TMK m. 2'ye başvurarak durumu değerlen-dirmiş ve ıslah yolu ile zama-naşımı def'inin ileri sürülmesinin geçersiz olduğu sonucuna varmış-tır. Halbuki TMK m. 2 genel bir hükümdür. Başka bir kanunda dürüstlük kuralına uygun bir düzen-leme yapılmışsa TMK m. 2'ye değil, ilgili hükme başvurmak gerekir.⁴⁶ Islaha ilişkin dürüstlük kura-lı ile ilgili hüküm ise HUMK m. 90'dır. Bu hüküm öğre-tide eleştirilmiş ve konuluş amacını gerçek-

42 ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, 2009, s. 260-261.

43 UMAR, 2011, s. 481.

44 Örnek bir karar için bkz. YHGK 8.10.1997, E. 1997-1-443, K. 1997/770 (<http://www.hukukturk.com>), (erişim tarihi 20.11.2012).

45 ARSLAN, Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Ku-ralı**, S Yayınları, Ankara 1989, s. 93.

46 Karş. OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Naim, **Medenî Hukuk**, 15. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 259.

leştirmeye yeterli olmadığı⁴⁷; kötünietli yapılan ıslahın usulî sonuç doğurması yönünde hâkime karar verme yetkisinin tanınması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁸ Bununla birlikte söz konusu hüküm yukarıda bahsettiğimiz kararlar verilirken yürürlükte olduğundan bu hükmü uygulamaktan başka çare yoktur. Bir diğer deyişle, kötünietli olarak yapılan ıslah durumunda dahi ıslah geçerli olacak⁴⁹ ve fakat ilgili tarafa kanunda öngörülen yaptırım uygulanmakla yetinilecektir.⁵⁰ Dolayısıyla Yargıtay'ın sonradan ıslah yoluna başvurmak suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin geçerli olmadığını dürüstlük kuralına dayandırması kararın verilmiş olduğu tarihteki mevzuat göz önünde bulundurulduğunda isabetli değildir.

Islah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülmemesi lehinde ileri sürülecek bir başka gerekçe de zamanaşımı def'inin aslında "mevcut" bir alacağa karşı ileri sürülüyor olmasıdır. Bu bakımdan zamanaşımı def'ini ileri süren davalının gerçekte zaten borçlu olduğu ve bu def'iyi ileri sürmek suretiyle aslında borçlu olduğu bir borcu ödemekten kaçınmaya çalıştığı akla gelebilecektir. O nedenle zamanaşımı def'i kurumuna neden ihtiyaç duyulduğu üzerinde kısaca durmak gerekir. Alacağını uzun süre talep etmeyen alacaklıda böyle bir hakkın hiç doğmadığı yahut ortadan kalktığı yönünde bir kanaat mevcut olabilir⁵¹. Öte yandan, alacaklının hakkını kullanmada fazla gecikmemesi, kamu yararı, hukuki güvenlik ve sosyal barış bakımından da gereklidir. Çünkü gecikme, zaman içinde delillerin kaybolması yada zayıflaması gibi sakıncalar doğurmaktadır. Zamanaşımı sayesinde mahkemeler, aradan uzun zaman geçtiği için incelenmesi zorluk gösteren eski olaylarla uğraşmaktan, borçlarını ifa etmiş bulunan borçlular da ifaya ait delilleri çok uzun süre muhafaza etme zorunlu olduğundan kurtulmaktadırlar.⁵² Kanunlarda kabul

edilmiş bulunan süreler içerisinde hakkını aramayan alacaklıyı korumak için haklı bir neden kalmadığından, hak sahibi kendi ihmalinin sonuçlarına katlanacaktır.⁵³

Bütün bu açıklamalar zamanaşımı kurumunun toplumsal hayat ve kamu düzeni bakımından oynadığı rolü açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle zamanaşımına uğramış bir borcun alacaklısı kadar-belki ondan da çok-bu tip bir borcun borçlusu korunmaya değerdir. Dolayısıyla uzunca bir süre alacağını takip etmemiş taraf, bunun def'i yoluyla ileri sürülmesinin sonuçlarına katlanmak durumundadır.

B. Davalının Süresi İçerisinde Cevap Dilekçesi Vermemiş Olması Durumunda Islah Yoluna Başvurarak Zamanaşımı Def'ini İleri Sürüp Süremeyeceği

Bu konuda gerek öğretide gerekse yargı kararlarında birlik olmadığı yukarıda ifade edilmişti. Davalının süresi içerisinde cevap dilekçesi vermemiş olması durumunda ıslah yoluna başvurarak zamanaşımı def'ini ileri süremeyenlerin en önemli gerekçesi, ıslahın tarafın "yapmış" olduğu bir işlemin düzeltilmesi için kullanılabileceği; buna karşılık cevap dilekçesi vermemiş olan davalının ortada "yapmış" olduğu bir işlem olmadığı için bunun düzeltilmesinin de mümkün olmayacağıdır.

Islah herşeyden önce bir taraf usul işlemi olduğundan⁵⁴ bu görüşün isabetli olup olmadığı tartışılırken usul işlemleri üzerinde de kısaca durmakta fayda vardır.

Taraf usul işlemleri ise ileri sürülen iddia ve savunmaların haklı olduğunu göstermek, yargılamayı yürütmek ve sona erdirmek amacıyla yapılır. Bu işlemlerin bazılarının olumsuz, yani tarafın hareketsiz kalması sonucu gerçekleştirilmesi de mümkündür.⁵⁵ Örneğin, tarafların duruşma-

47 BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku**, 3. B., Ankara 1978, s. 366: "[B] u yaptırımların ıslâh yoluna kötü niyetle başvurmayı öneyebileceği çok şüphelidir."

48 ARSLAN, **1989**, s. 95.

49 ÖNEN, Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku**, Ankara 1979, s. 182.

50 ARSLAN, **1989**, s. 95.

51 EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 1233; BİLGİN, Mahmut, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 10.

52 OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s. 465; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. B., Turhan Kitabevi,

Ankara 2010, s. 712; BİLGİN, **2010**, s. 11. DALAMANLI, Lütfü, **Kanunlarda Süreler ve Mahkemelerin Görevleri**, Kazancı Yayınevi, Ankara 1984, s. 66; TUTUMLU, Mehmet Akif, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4. B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 29.

53 OĞUZMAN / ÖZ, **2006**, s. 466; TUTUMLU, **2008**, s. 29.

54 Mahkeme usul işlemlerini ıslah yoluna başvurmak suretiyle ortadan kaldırmak, yapılmamış saymak mümkün değildir (ATALI, Murat, "Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, 2009 (Özel Sayı), s. 120).

55 POSTACIOĞLU, **1975**, s. 335; BERKİN, Necmeddin, **Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul 1982, s. 457; KARS-

ya gelmemesi yahut kanun yoluna müracaat etmeme gibi. Bu hallerde taraf, aktif olarak bir şey yapmamakta ise de muhakeme kuralları bu duruma bazı hukuki sonuçlar bağlamaktadır.⁵⁶ Diğer bir deyişle, usul hukuku alanında da bir davranışta bulunmama, yani içtinap bir hukuki durumun ortaya çıkmasına yol açabilir. Ancak bu sonuç sadece hukuk düzeninin içtinaba açıkça bir sonuç bağladığı hallerde söz konusudur.⁵⁷ Kanımızca bu açıklamalar cevap dilekçesi verilmemesi açısından da geçerlidir. Gerçi usulî işlemler, özel hukuk anlamında hukukî işlem değilse de usulî işlemler de iradeden kaynaklandıklarından onların da etkili olabilmesi için bilinçli olarak yapılmış olmaları gerekir.⁵⁸ Bu bakımdan cevap dilekçesi vermeyen taraf da bunu davacının ileri sürdüğü iddiaları inkâr etmek kastıyla yapmış olabileceği gibi davacının iddialarını ikrar etme niyetiyle de cevap vermemiş olabilir. Ne var ki, bunun bir önemi yoktur. Kanun davalının cevap vermemesine onun iradesinden bağımsız olarak "inkâr" sonucunu bağlamıştır. Dolayısıyla bu konuda yapılacak bir tartışmanın pratik bir değeri bulunmamaktadır. Burada önemli olan "cevap dilekçesi verip de sadece davacının iddialarını inkâr etmiş sayılan davalı" ile "hiç cevap vermemiş olup da davacının iddialarını inkâr etmiş sayılan davalı" arasında ayırım yapmanın haklı ve adil olup olmadığıdır ki, böyle bir ayırıma gitmenin haklı ve adil sayılamayacağı açıktır. Öte yandan, Kanunun cevap vermeyen davalıyı davacının bütün iddialarını inkâr etmiş sayması da makuldür. Zira davacı, aslında aralarında hiçbir hukuki ilişki olmayan bir kişiye karşı da dava açmış ve onu yargılamanın içine çekmiş olabilir. Böyle bir durumdaki davalıyı "birşeyler yapmak zorunda bırakmak" doğru olmayacaktır. Davacı davayı açıp davalıya karşı bir iddia da bulunduğuna göre öncelikle o iddialarını ispat etmek durumundadır. Davalı, davacının tümüyle haksız olduğuna inanarak, bu aşamada pasif kalmayı tercih etmiş olabilir.

Bundan başka medeni usul hukukunda kural olarak susma ikrar sayılmaz.⁵⁹ Diğer bir anlatımla,

LI, 2001, s. 33.

56 PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, 2011, s. 179; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, 2009, s. 161.

57 KARSLI, 2001, s. 173.

58 KARSLI, 2001, s. 217; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 209.

59 BİLGE/ÖNEN, s. 511; BERKİN, 1982, s. 818; POSTACIOĞLU,

tarafın suskun kalmasından karşı tarafça ileri sürülen vakıaların ikrar edildiği sonucu çıkarılamaz. Bu bakımdan hiç cevap vermeyerek suskun kalan davalının davayı ne kabul ettiği ne de vakıaları ikrar ettiği sonucuna varılır.⁶⁰

Kanımızca süresinde cevap dilekçesi veren davalı ile vermeyen davalı arasında yapılan ve birinci gruba girenleri ikinci gruptakilere nazaran daha avantajlı bir konuma getiren ayırım "yapay"dır. Çünkü davalı savunmasında sadece inkâr ile de yetinebilir ve sadece inkâr içeren bir dilekçe verebilir. Cevap dilekçesinde dava dilekçesinde bildirilen vakıaları inkâr etmekle yetinebilecek olan davalı süresinde cevap dilekçesi vermez ise yine aynı sonuç ortaya çıkar; yani yalnız dava dilekçesinde bildirilen vakıaları inkâr etmiş sayılır.⁶¹

Davalı, başka hiçbir savunma ileri sürmeksizin sadece davacının dayandığı maddi vakıaları inkâr ettiğini ifade eden bir dilekçe vermiş olsaydı bunun sonuçları, süresinde cevap dilekçesi vermemekle aynı olacaktı. Yani, her iki tip davalı açısından da sonuçlar aynı olacaktı. Buna rağmen birinci halde davalı zamanaşımı def'ini ileri sürebilecek; ikinci halde ise ileri süremeyecektir. Bunun kabulü eşit olanların eşit işlem görmesi ilkesine aykırı düşecektir⁶². Davalılar arasında böylesi yapay bir ayırım yapılması, kanımızca, Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesini (m. 10) ihlâl edecektir.

Bundan başka süresinde cevap veren davalı ile vermeyen davalı arasında ayırım yapan bu düşünce medeni usul hukukunun amacı bakımından da eleştiriye açıktır. Medeni usul hukukunda asıl

1975, s. 554 dn. 45; KİRAZ, Taylan Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Ankara 2005, s. 147.

60 KİRAZ, 2005, s. 147. Süresinde cevap dilekçesi vermemekle davayı ve vakıaları inkâr etmiş olan davalı, ancak davacının ileri sürdüğü vakıaların doğru olmadığını ispat için delil gösterebilir (KİRAZ, 2005, s. 147).

61 KURU, Usul III, 2001, s. 1281; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, 2009, s. 263. " [...] Davacı, şirket davalıya satılıp teslim edilen yürüme cihazının bedelinin tahsili için yapmış oldukları takibe davalının itirazının iptali ile %40 icra inkâr tazminatı takdirini istemiştir. Davalı davaya cevap vermemiş, Mahkeme 'ce 7.222.000 TL.sı üzerinden itirazın iptaline %40 icra inkâr tazminatı 2.888.000 TL.sının davalıdan tahsiline karar verilmiş, karar davalı yanca temyiz olunmuştur. Davalı, duruşmaya gelmemekle davayı inkâr etmiş sayılır. Bu nedenle davacı davasını yasal delillerle isbat etmekle yükümlüdür. Davacı sattığını ileri sürdüğü kısa bacak yürüme cihazını davalıya teslim ettiğini yasal delillerle isbat edememiştir..." (YHGK, 26.3.1997, E. 1996/13-956, K. 1997/233), (<http://www.hukukturk.com>), (erişim tarihi 20.11.2012).

62 ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, 2009, s. 264.

olan, uyuşmazlık konusunda doğru bir karar verilebilmektir. Her ne pahasına olursa olsun, katı şekli kurallara bağlı kalarak bir an önce karar verebilmek için, tarafların sonradan ileri sürdükleri hususları görmezden gelmek, hukuki dinlenilme hakkına uygun olmayacaktır.⁶³

“Biçimsellik” muhakemenin olmazsa olmazı ise de, bu biçimsellik, hakkı ortadan kaldıran kötü bir biçimsellik değil, hakka varmaya, maddi gerçeği bulmaya yarayan; hakkaniyete uygun bir biçimsellik olmalıdır.⁶⁴ Çünkü “katı biçimsellik, zaman zaman maddi hukukun ortadan kaldırılmasına neden olabilmekte ve gerçek hak değil, şekil üstün olabilmektedir. Diğer bir anlatımla şekil, gerçek hakkı ortadan kaldırmaktadır. Böyle bir durumun benimsenebilmesi elbette ki mümkün değildir. O halde, biçimsellik yalnızca belli bir noktaya kadar benimsenebilir, bunun aşırısına götürülmesi haksızlıklara yol açabilir”.⁶⁵

Bunun yanısıra “islah, biçimselliğin yumuşatıcısı (yani, biçimsel bir kuralın doğurduğu sakıncaların hafifleticisi) olarak karşımızca çıkmakta ve verilecek kararın usulî hakkaniyet ilkesine ve maddi gerçeklik ilkesine (yani, usulün amacına) uygun olmasını sağlamaktadır”.⁶⁶ Bir başka deyişle, islah, tarafların yaptıkların usul işlemlerinde düşebilecekleri yanlışlıkları düzeltmeye, bırakabilecekleri eksiklikleri tamamlamaya ve böylece adaletli karar verilmesini sağlamaya yönelik bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷. Islah sayesinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile ortaya çıkan katı biçimselliğin berabere getireceği olası hak kayıplarının önüne geçilebilmekte; yeniden dava açılması ile harcanacak emek ve zamandan tasarruf edilmiş olmaktadır.

Bütün bunlardan başka, salt dava dilekçesi verilmedi diye islah yoluyla dahi olsa zamaşımı def’inin ileri sürülmesinin engellenmesi kanımızca AY m. 36, l’de hükme bağlanmış bulunan

hak arama özgürlüğünün de ihlâli anlamına gelebilecektir⁶⁸. Bahsi geçen hükme göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Görüldüğü gibi burada hem iddia hem de savunma hakkı güvence altına alınmıştır. Davalının daha sonra islah yoluna başvurmak suretiyle zamaşımı def’ini ileri sürmesi de savunma kapsamında değerlendirilebileceğinden bu hakkın kullanımının engellenmemesi gerekmektedir⁶⁹. Zira cevap dilekçesi vermiş davalının yanısıra davacının iddialarını inkârla yetinmiş bulunan davalı da zamaşımı def’ini ileri sürmeyi unutmuş olabilir. Birinci gruptaki kişileri bu haktan yararlandırırken ikinci gruptaki kişilerin bu yönde savunmada bulunmalarının engellenmesi hukuki dinlenilme hakkının (AİHS m. 6; HMK m. 27) bir parçası olan savunma hakkının ihlâli anlamına gelecektir.⁷⁰

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında zamaşımı def’inin islah yoluyla ileri sürülebileceği

68 Zira hak arama özgürlüğünün iki önemli unsurunu oluşturan iddia ve savunma hakkının kısıtlanması AY m. 36’ya aykırılık oluşturabilecektir (ULUKAPI, Ömer, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ve m. 87/son Hükmünün İptali”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001/1-2, s. 372-373).

69 Anayasa Mahkemesi de islahla ilgili olarak vermiş olduğu 20.7.1999 tarih ve 1/33 sayılı kararında hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini sav ve savunma haklarının oluşturduğunu; bu hakların noksatsız olarak kullanımının ve adil yargılanmanın engellenmesinin Anayasa’nın 36. maddesine aykırı düşeceğini ifade etmiştir. Karar için bkz. RG. 4.11.2000, Sa. 24220. Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. YILMAZ, 2001, s. 97 vd.; UMAR, Bilge, “Anayasa Mahkemesinin HUMK m. 87’deki “Müddeabihin Islah Yoluyla Arttırılmaması” Kuralını İptal Eden 20.7.1999 Günlü Kararı (RG 4.11.2000, No. 24420) Üzerine”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004/1, s. 419 vd.; ULUKAPI, Ömer, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 87/son Hükmünün İptali”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 363 vd.

70 Nitekim HUMK m. 87, son cümlede yer alan “Müddei islah suretiyle müddeabihi tezyit edemez” hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi kararında dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi “islah” yoluyla arttırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, “hukuk devleti” ilkesine aykırı düşüğünü; ayrıca, Anayasa’nın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı yada davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğunu; hak arama özgürlüğünün en önemli ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanmasının, bu hakların eksiksiz kullanımının ve adil yargılanmanın engellenmesinin Anayasa’nın 36. maddesine aykırılık oluşturduğunu ifade etmiştir (AYM 20.7.1999, E. 1999/1, K. 1999/3). Karar için bkz. RG. 4.11.2000, Sa. 24220.

63 ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 115-116.

64 YILMAZ, 2011, s. 84.

65 YILMAZ, Ejder, “Islah Yoluyla Dava Konusunun Artırılması”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 11 Mayıs 2001**, Ankara 2001, s. 97-98.

66 YILMAZ, 2011, s. 85.

67 DEMİRCİOĞLU, Yaşar, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 235.

konusunda tereddüt etmemek gerekir. Bu konuda daha önce cevap dilekçesi vermiş olan davalı ile vermemiş olan davalı arasında yapılan ayırım yapay olduğu gibi daha önce cevap dilekçesi vermemenin ve zamanaşımı def'ini ileri sürmemiş olmanın davacı açısından usulî kazanılmış hak teşkil edeceği düşüncesi de yasal dayanaktan yoksundur. Bunun yanısıra yukarıda zikredilen Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun kararına katılmak da olanaksızdır. Zira benzer yahut aynı nitelikteki olaylar hakkında birbirine aykırı en az iki Yargıtay kararının bulunması durumunda içtihatların birleştirilmesi yoluna⁷¹ gidilebilir. Bunun için iki Yargıtay kararına konu olan maddi vakıaların, tümüyle aynı olması da şart değildir. Yargıtay Kanunu m. 15/2b ve m. 16/5 hükümlerinde de açıkça belirtildiği üzere birbirine aykırı olan Yargıtay kararlarının "benzer" olaylar hakkında verilmiş olması yeterlidir.⁷² Vurgulayarak belirtmek

71 İçtihatların birleştirilmesi konusunda daha geniş bilgi için bkz. KURU, Baki, **İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar**, Ankara 1977, s. 9 vd.

72 KURU, Usul V, **2001**, s. 4945-4946.

gerekir ki, yüksek mahkeme kararları arasında çelişkili olması ve adaletin benzer veya aynı nitelikteki olaylarda farklı farklı tecelli etmesi kamunun yargıya olan güvenin sarsılmasına yol açar. Bu durum, hukuk devleti açısından son derece tehlikelidir. Bundan başka Yargıtay'ın bu tutumu kanuna da aykırıdır. Çünkü Yargıtay Kanunu, içtihatları birleştirme gerektiren halleri "görevler" arasında saymış olup, çelişik kararların ayrı ayrı istikrar kazanmış olmasını öngörmemiştir. Öte yandan, kararların ne zaman istikrar kazanacağı açıklıkla ortaya konulamayacağı gibi yerel mahkemeleri de ne yönde karar verecekleri hususunda tereddüde düşüreceğinden, adalete olan güvenini de zedeleyecektir.⁷³ Bu durum ise Yargıtay'ın kuruluş amacına tümüyle aykırıdır. Zira Yargıtay'ın asli görevi hukukun ülke içinde yeknesak biçimde uygulanmasını sağlamaktır. Bu bakımdan Yargıtay da içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulabilmesi için birbirine aykırı iki adet çelişkili kararın mevcut olması yeterli sayılmalıdır.⁷⁴

73 YILMAZ, **2001**, s. 14.

74 YILMAZ, **2001**, s. 15.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. B., İstanbul 2009.

ANSAY, Sabri Şakir, İslah, **AÜHFD**, 1950/1-2, s. 122-129.

ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 6. B., Ankara 1960.

ARSLAN, Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989.

ATALI, Murat, İslah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih, **DEÜHFD**, C. 11, 2009 (Özel Sayı), s. 115-127.

BELGESAY, Mustafa Reşit, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, İkinci Cilt, Fasikül 1, İstanbul 1945.

BERKİN, Necmeddin, **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul 1982.

BİLGİ, Necip / ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, 3. B., Ankara 1978.

BİLGİN, Mahmut, **Hukuk Yargılamasında İslah**, 2. B., Ankara 2011.

BİLGİN, Mahmut, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. B., Ankara 2010.

DALAMANLI, Lütfü, **Kanunlarda Süreler ve Mahkemelerin Görevleri**, Ankara 1984.

DEMİRCİOĞLU, Yaşar, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Ankara 2007.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. B., İstanbul 2008.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı, Cevap Layihası Vermemiş Olan Davalı Müruru Zaman Def'ini Dermeyan Hakkını İskat Etmiş Midir?, **İBD**, 1962/1-2-3, s. 13-19.

KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler**, İstanbul 2001.

KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 2. B., İstanbul 2011.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. B., Ankara 2010.

KIRAZ, Taylan Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Ankara 2005.

KURU, Baki, **İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar**, Ankara 1977.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 4, İstanbul 2001, (Usul IV).

- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 5, İstanbul 2001, (Usul V).
- KURU, Baki, Usulî Kazanılmış Hak, **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara 1974, s. 395-409.
- MUŞUL, Timuçin, **Medeni Usul Hukuku**, 3. B., Ankara 2012.
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Naim, **Medenî Hukuk**, 15. B., İstanbul 2008.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. B., İstanbul 2006.
- ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara 1979.
- ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003.
- PEKCANITEZ, Hakan / AKYAZILI, Erdem, Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. II, İstanbul 2008, s. 533-559.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 12. B., Ankara 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Pratik Çalışmalar**, 12. B., Ankara 2012.
- POSTACIOĞLU, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. B., İstanbul 1975.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4. B., Ankara 2008.
- ULUKAPI, Ömer, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 87/son Hükmünün İptali", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 363 vd.
- UMAR, Bilge, "Anayasa Mahkemesinin HUMK m. 87'deki "Müddeabihin Islah Yoluyla Arttıralamaması" Kuralını İptal Eden 20.7.1999 Günlü Kararı (RG 4.11.2000, No. 24420) Üzerine", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004/1, s. 419-426.
- UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 1. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Süresinde Cevap Layihası Vermemenin Müeyyidesi Vardır, **İBD**, 1962/4-5-6, s. 22-36.
- ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. B., İstanbul 2000.
- ÜSTÜNDAĞ, Üstündağ, **İddia ve Müdaafanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul 1967.
- YILMAZ, Ejder, **(Medenî Yargılama Hukukunda) Islah**, 3. B., Ankara 2011.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 1. B., Yetkin Yayınevi, Ankara 2012
- YILMAZ, Ejder, "İçtihadı Birleştirme" veya "Adalettteki Çelişkiye Sonverme İhtiyacı", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII 9-10 Haziran 2000**, Ankara 2000, s. 1-19.
- YILMAZ, Ejder, Islah Yoluyla Dava Konusunun Artırılması, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 11 Mayıs 2001**, Ankara 2001, s. 97-111.

KISALTMALAR CETVELİ

AD	: Adalet Dergisi	HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
AY	: Anayasa	K.	: Karar
AYM	: Anayasa Mahkemesi	m.	: madde
B.	: Bası	RG	: Resmî Gazete
bkz.	: bakınız	s.	: sayfa
c.	: cümle	Sa.	: Sayı
E.	: Esas	TMK	: Türk Medeni Kanunu
e.t.	: erişim tarihi	YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HD	: Hukuk Dairesi	YİBHKG	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu		

Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri

Araştırma

Ezgi AYGÜN EŞİTLİ*

*Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD.
(Dr., Başkent University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law)
(E-posta: aygune@baskent.edu.tr)

ÖZET

Hayvan Hakları Evrensel Beyannameyi uyarınca; hayvanlar üzerine yapılan fiziksel yada psikolojik acı çekmeye sebep olan deneyler hayvanların haklarının ihlalidir.

Türk Hayvanları Koruma Kanunu'nun 9. maddesine göre; hayvanlar, bilimsel olmayan teşhis, tedavi ve deneylerde kullanılamazlar.

Tıbbî ve bilimsel deneylerin uygulanması ve deneylerin hayvanları koruyacak şekilde yapılması ve deneylerde kullanılacak hayvanların uygun biçimde bakılması ve barındırılması esastır.

Başkaca bir seçenek olmaması halinde, hayvanlar bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılabilir.

Hayvan deneyi yapan kurum ve kuruluşlarda bu deneylerin yapılmasına kendi bünyelerinde kurulmuş ve kurulacak etik kurullar yoluyla izin verilir.

Çalışma, hayvan deneyini tanımlamakta ve sorunlu alanları tahlil etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Deney, hayvan.

ABSTRACT

UNLAWFUL ANIMAL EXPERIMENTS

In accordance with the Universal Declaration of Animal Rights; experiments on animals entailing physical or psychological suffering violate the rights of animals.

According to article 9 of the Turkish Animal Protection Code; animals cannot be used for non-scientific diagnosis, treatment or experiments.

It is a principle that only medical and scientific experiments can be carried out, these will be performed in such a manner as to protect the animals and the animals to be used in these experiments will be cared for and sheltered in a suitable manner.

Where there is no other option, animals can be used for testing in scientific studies.

In organizations and institutions which will carry out animal testing, they will be permitted to do so by ethical committees established or to be established by them.

The study will define the experiment on animal and will attempt on analysis of problem areas.

Keywords

Experiment, animal.

I. Giriş

Hayvan deneyleri, en basit haliyle ilk çağlardan beri yapılagelmektedir. Ancak tıp biliminin gelişmesiyle, özellikle de 20. yy' dan sonra bu tür deneyler insanlar üzerinde gerçekleştirilen deneylerle paralel olarak hız kazanmıştır.

Diğer taraftan, deneylerde hayvanların ölçüsüz bir şekilde kullanılması ve eziyet verici yöntemlere başvurulması, toplumda konuya ilişkin duyarlılığın artmasına neden olmuştur. Böylece hayvan deneylerinde uyulması gerekli etik ilke ve standartların getirilmesi ihtiyacı hâsıl olmuş, bu amaçla ulusal ve uluslararası düzenlemeler yapılmış ve etik kurullar oluşturulmuştur¹.

II. Tarihsel Gelişim

Hayvanların korunmasına ilişkin olarak tarihsel gelişime göz atıldığında, uluslararası mevzuatta ilk önemli düzenlemenin 15 Ekim 1978 tarihli UNESCO "Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi" olduğu görülür².

Beyannamenin 6. maddesiyle; hayvanlar üzerine yapılan ve fiziksel yada psikolojik olarak acı çekmelerine sebep olan deneyler hayvan haklarının ihlali sayılmıştır.

Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi' nin ardından, 1986 yılında, deney amaçlı kullanılan hayvanların korunmasına ilişkin 86/609/EEC sayılı

Avrupa Birliği Konseyi Direktifi yayımlanmış, ilgili direktif üzerinde ise 2003/65/EC sayılı direktifle değişiklik yapılmıştır.

Adı geçen direktifler, AB sürecinde yönetmelik ve talimatlarla aşağıda incelenecek olan ulusal mevzuata büyük oranda aktarılmıştır.

123 no'lu Deneysel ve Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalı Hayvanların Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ise 18 Mart 1986 tarihinde imzaya açılmıştır³. Türkiye sözleşmeyi 5 Eylül 1986 tarihinde imzalamıştır⁴.

Sözleşmede, insanoğlunun tüm hayvanlara saygılı olması gerektiği, onların sıkıntı çekme ve hafıza kapasitelerine karşı yerine getirilmesi gereken bir saygı borcu bulunduğu ve bunun ahlaki bir mecburiyet olduğu kabul edilmiştir. Bununla beraber, insanoğlunun bilgi, sağlık ve güvenlik için yaptığı tetkiklerde, belirli şartlar altında hayvanları kullanma gerekliliğinin doğabileceği belirtilmiştir.

Söz konusu gerekler karşısında, deneysel ve diğer bilimsel maksatlarda kullanılan hayvanların kullanımını sınırlamak için ve kullanışlı olduğu yerlerde bu tür kullanımı ikame etmek amacıyla, özellikle alternatif sistemler araştırmaya ve bu alternatif sistemlerin kullanımını teşvik etmeye kararlı olarak; muhtemel acı, eziyet, sıkıntı veya kalıcı zarar verebilecek işlemlerde kullanılan hayvanları korumak ve kaçınılmaz olduğunda bu işlemlerin en az sayıda tutulmasını temin etmek için ortak şartlar kabul etmek arzusuyla sözleşme imzalanmıştır.

Bu kapsamda ele alınan diğer bir direktif ise 123 no'lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesini de hedefleyen 2010/63/EU⁵ sayılı deneysel ve diğer bilimsel amaçlarla kullanılan hayvanların korunmasına dair 22 Eylül 2010 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifidir. Direktif 1986 tarihinde kabul edilen ve bu konudaki üye devlet yasalarının, düzenlemelerinin ve idari hükümlerin yakınlaştırılmasına yönelik 86/609/EEC sayılı Direktifin değiştirilerek, daha da güçlendirilmesini hedeflemektedir. Bu direktif uyarınca, deneylerin ve deney sonrasında

1 DI PIETRO, Carlotta/**PASSANTINO, Annamaria**, L'etica veterinaria e la "liceità" della sperimentazione animale nella cultura contemporanea, **Rivista italiana di medicina legale**, Y. 2006, S. 2, s. 335 vd.; **GRATANI, Adabella**, La normativa sulla sperimentazione degli animali al vaglio della corte comunitaria, **Rivista giuridica dell'ambiente**, Y. 2003, S. 2, s. 325 vd.; **GRATANI, Adabella**, Sperimentazione su animali. La normativa sulla sperimentazione degli ani, **Rivista giuridica dell'ambiente**, Y. 2003, S. 3, s. 325 vd.; **DELL'ERBA, Alessandro/DI VELLA, Giancarlo**, Aspetti deontologici e normativi della sperimentazione animale, **Rivista italiana di medicina legale**, Y. 1996, S. 3, s. 725 vd.; **PERICO, Giacomo**, Sperimentazione scientifica sugli animali, **Aggiornamenti sociali**, Y. 1983, S. 1, s. 53 vd.; **BATTAGLIA, Luisella**, **Dimensioni della bioetica**, Genova 1999, s. 203 vd.; **RESCIGNO, Francesca**, **I diritti degli animali**, Torino 2005, s. 145 vd.

2 Beyanname; yaşamın tek olduğunu, yaşayan bütün canlıların ortak bir kökeni olduğunu ve türlerin evrimi yönünde farklılaştığını, yaşayan bütün canlıların doğal haklara sahip olduğunu ve sınırsız sistemi olan her hayvanın kendine özgü hakları bulunduğunu, bu doğal hakların küçümsenmesi ve hatta kolayca göz ardı edilmesinin doğa üzerinde ciddi zararlar doğuracağını ve insanoğlunun hayvanlara karşı suç işlemesine sebebiyet vereceğini, türlerin birlikte olmasının diğer hayvan türlerinin yaşama hakkının insanoğlu tarafından tanınmasını ifade edeceğini, insanoğlu tarafından hayvanlara saygı gösterilmesinin bir insanın bir diğerine gösterdiği saygıdan ayrı tutulamayacağını belirtmiştir.

3 <http://www.avrupakonseyi.org.tr> (erişim tarihi 16.08.2011)

4 www.khgm.gov.tr (erişim tarihi 16.08.2011)

5 <http://eur-lex.europa.eu> (erişim tarihi 15.08.2011)

gerekmesi durumunda hayvanların öldürülmesi işleminin ehil kişiler tarafından yapılması, bu hayvanların tutulduğu ve yetiştirildiği yerlerde hayvan refahı kurallarına uyulması, deneylerin hayvanlara en az acı verecek biçimde yapılması gibi koruyucu hükümler ile deney hayvanı besleyen ve tedarik edenler ile kullanıcı işletmelere ilişkin ayrıntılı kurallar belirlenmiştir⁶.

Günümüzde Birleşik Krallık, Fransa, İtalya⁷ ve İsveç gibi pek çok gelişmiş ülkede hayvanlara karşı işlenen fiiller yaptırıma bağlanmıştır. Almanya' da ise konuya ilişkin bir kanun hükmü bulunmakla birlikte, Anayasa'nın 20. maddesi; "devlet gelecek nesiller yararına doğal hayatı ve hayvanları korumak sorumluluğundadır" hükmüne amirdir. Bu maddeyle Almanya hayvanların korunmasına anayasal bir temel kazandırmıştır⁸.

III. Ulusal Mevzuat

Ülkemizde 1 Temmuz 2004 yılında kabul edilen 5199 sayılı "Hayvanları Koruma Kanunu" ile, hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesi amaçlanmıştır. Kanun, 123 no' lu Avrupa Sözleşmesi göz önüne alınarak hazırlanmıştır. Kanunda; hayvanların, bilimsel olmayan deneylerde kullanılmaması, deneylerin hayvanları koruyacak şekilde yapılması, deneylerde kullanılacak hayvanların uygun biçimde bakılması, hayvanların başka bir alternatif olmaması halinde deneylerde kullanılması, hayvan deneylerine yerel etik kurullar yoluyla izin verilmesi, etik kurulların kuruluşu, çalışma usul ve esasları Yönetmeliğinin Çevre ve Orman Bakanlığınca çıkarılacağı, deney hayvanlarının yetiştirilmesi, beslenmesi, barındırılması, bakılması, deney hayvanı besleyen, tedarik eden ve kullanıcı işletmelerin tescil edilmesi, çalışan personelin nitelikleri, tutulacak kayıtlar, ne tür hayvanların yetiştirileceği ve deney hayvanı besleyen, tedarik eden ve kullanıcı işletmelerin uyacağı esaslar bakımından çıkarılacak Yönetmeliğinin ise Tarım ve Köyişleri

6 T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı, **Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı**, Mart 2011, Ankara, s. 5, <http://www.abgs.gov.tr> (erişim tarihi 15.08.2011)

7 BARNI, Mauro, **Diritti-doveri responsabilità del medico**, Milano 1999, s. 197 vd.; MAURO, Barni/TURILLAZZI, Emanuela/CECILLIA, Cateni, La sperimentazione negli animali: dal controllo burocratico alla responsabilizzazione bioetica, **Rivista italiana di medicina legale**, Y.1998, S. 03, s. 389 vd.

8 T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı, **(Hayvan Hakları)**.

Bakanlığınca çıkarılacağı hususları üzerinde durulmuştur⁹.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun' un 553. maddesiyle değişik 28/f bendi uyarınca; diğer hükümler saklı kalmakla birlikte yetkisi olmadığı halde hayvan deneyi yapanlara hayvan başına binikiyüz Türk lirası idarî para cezası verilir.

Bu Kanunun uygulanmasını sağlamak adına sonrasında, Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Deneysel Hayvanlarının Korunması, Deneysel Hayvanlarının Üretim Yerleri ile Deneysel Yapacak Olan Laboratuvarların Kuruluş, Çalışma, Denetleme, Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik¹⁰ ve bu Yönetmeliğin uygulama talimatı yayımlanmıştır¹¹, 2006 yılında ise Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği¹² ve Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik¹³ yayımlanmıştır.

Yukarıda bahsi geçen ulusal mevzuat, gerek kendi içinde gerekse AB mevzuatı ile uyum göstermektedir.

Bir hayvan deneyinin hukuka uygun olarak yapılabilmesi için Hayvanları Koruma Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

- Tıbbî ve bilimsel deneylerin hayvanları koruyacak şekilde yapılması ve deneylerde kullanılacak hayvanların uygun biçimde bakılması ve barındırılması esastır.
- Başkaca bir seçenek olmaması halinde, hayvanlar bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılabilir.
- Hayvan deneyi yapan kurum ve kuruluşlarda bu deneylerin yapılmasına kendi bünyelerinde kurulmuş ve kurulacak etik kurullar yoluyla izin verilir.
- Etik kurulların kuruluşu, çalışma usul ve esasları, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının ve ilgili kuruluşların görüşleri alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.
- Deneysel hayvanlarının yetiştirilmesi, beslenmesi, barındırılması, bakılması, deney hayvanı

9 Hayvanları Koruma Kanunu, md. 9.

10 16.05.2004 tarih ve 25464 sayılı RG.

11 25.04.2006 tarih ve 2006/24 sayılı RG.

12 12.05.2006 tarih ve 26166 sayılı RG.

13 06.07.2006 tarih ve 26220 sayılı RG.

besleyen, tedarik eden ve kullanıcı işletmelerin tescil edilmesi, çalışan personelin nitelikleri, tutulacak kayıtlar, ne tür hayvanların yetiştirileceği ve deney hayvanı besleyen, tedarik eden ve kullanıcı işletmelerin uyacağı esaslar Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun atıfta bulunduğu ilgili Yönetmelikler uyarınca, hayvan deneylerine ilişkin olarak getirilen başlıca etik ilke ve standartlar şöyle sıralanabilir:

- Hayvan deneyi; deneysel olmayan hayvancılık, tarımsal yada kliniksel veterinerlik uygulamaları dışında kalan ve hayvanların öldürülmesi veya işaretilenmesi için çağdaş kabul edilen, en az acı veren insancıl metotlardan başka, acı, eziyet, rahatsızlık veya kalıcı hasara neden olacak şekilde, yetiştirilmiş her türlü omurgalı hayvanın¹⁴, doğurtulmaları da dâhil, deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla kullanılmasıdır¹⁵
- Hayvan deneylerinin kontrollü ve belirlenmiş etik standartlara uygun bir şekilde yapılmasını sağlamak adına yerel etik kurullar oluşturulmuştur¹⁶.
- Deney hayvanlarının kullanılmasına ilişkin etik ilkeleri belirlemek ve yerel etik kurulları denetlemek amacıyla Hayvan Deneyleri Merkezi Etik Kurulu (HADMEK) kurulmuştur.
- 5199 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükmü gereğince Hayvan Deneyleri Yerel Etik Kurulları (HADYEK), deney hayvanı kullanan Sağlık, Tarım ve Köyişleri, Çevre ve Orman ve Milli Eğitim Bakanlıklarına bağlı araştırma ve hizmet veren kurum ve kuruluşlar ile yükseköğretim kurumlarında kurulur. Bunların dışında kalan ve bu Yönetmeliğin öngördüğü şekilde deney hayvanı kullanmak isteyen tüm resmi ve özel kurum ve kuruluşlar Hayvan

Deneyleri Merkezi Etik Kuruluna başvurarak yerel etik kurul kurma izni talep eder. Hayvan deneyleri yerel etik kurulu bulunmayan kurum ve kuruluşlarda hayvan deneyleri yapılamaz¹⁷

- Deney hayvanları üzerinde yapılacak tüm işlemlerin etik yönden kabul edilebilir sınırlarını belirleyerek çalışma protokollerini onaylamak veya gerekçeli olarak kabul etmemek yerel etik kurulun görevleri arasındadır^{18 19}
- Yerel etik kurullar yapılacak başvuruları değerlendirmek için bir form hazırlar. Formda, deney hayvanı kullanmanın gerekçesi, yapılacak işlemler, kullanılacak hayvan türleri ve sayıları, hayvanlara verilecek rahatsızlığın niteliği ve boyutları ile deneylere katılacak personel ayrıntılı şekilde yer alır. Bütün başvurular ve alınan kararlar tarih ve sayı numarası verilerek kayıt altına alınır. Kayıtlar en az beş yıl süreyle muhafaza edilir²⁰.
- Yerel etik kurul tarafından yapılan düzenlemelere uygun olarak alınmış bir genel veya

17 Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 9/a.

18 Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 12/b.

19 Kurulun diğer görevleri şunlardır Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 12):

*Bu Yönetmelik hükümleri ile Merkezi Etik Kurulun belirlediği etik ilkeler ve iyi laboratuvar uygulamaları çerçevesinde kendi çalışma usul ve esasları hakkında yönerge hazırlamak.

*Kurum içinde deney hayvanı kullanılması sürecinin etik kurallara uygun olarak sürdürülmesini denetlemek, bu amaçla gerekli düzenlemeleri yapmak.

*Deney hayvanları üzerinde yapılacak işlemlerin onaylanmış protokole uygun olarak yapılmasını sağlamak, gerektiğinde sonlandırmasına karar vermek.

*Deney hayvanlarıyla çalışacak personelin gerekli eğitimi almasını sağlamak. Bu amaçla sertifika programları düzenlemek. Deney hayvanları kullanım sertifikası olmayanların hayvan deneyleri yapmasını engellemek.

*Deney hayvanlarının üretim, yetiştirme, barındırma ve nakil koşulları ile deneylerin yapıldığı laboratuvar koşullarının ve ekipmanının etik yönden uygun olup olmadığını denetlemek, uygun görmediği durumlarda deney hayvanı kullanılmasını engellemek.

*Deney hayvanı kullanımı ile ilgili her türlü veriyi toplamak ve deney hayvanları kullanımı yıllık raporunu hazırlamak ve Hayvan Deneyleri Merkezi Etik Kuruluna sunmak.

*Deneysel çalışmalar sonunda ortaya çıkan atıklar, ölü hayvanlar ve tıbbi atıkların 2872 sayılı Çevre Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesince bertarafını sağlamak.

*5199 sayılı hayvanları Koruma Kanununun ve ilgili mevzuatın getirdiği hükümler çerçevesinde; deney hayvanlarının kayıt altına alınmalarını ve izlenebilmelerini sağlamak.

20 Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 11/ç.

14 Hayvan; serbest yaşayan larva biçimleri ve/veya çoğalan larva biçimleri dâhil, ancak cenin yada embriyo biçimleri hariç, insan olmayan herhangi bir omurgalı canlıyı ifade eder (Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 4/h).

15 Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 4/ç.

16 DOĞAN, Hanzade, Hayvan Deneyleri ve Etik Kurullar, **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni**, Y. 3, S. 6, Temmuz 2008, s. 22 vd.; ALTUÇ, Tuncay, Hayvan Deneyleri Etiği, **Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık**, Y. 2009, s. 63 vd., <http://uvt.ulakbim.gov.tr> (erişim tarihi 23.12.2011).

özel istisna olmadıkça, deneylerde kullanılacak hayvanların, kayıtlı yasal deney hayvanı üreticisi ve tedarikçilerinden alınmış olması şartı aranır. Kedi, köpek gibi evcil türlerin sokakta başıboş olanları deneylerde kullanılmaz. Doğadan alınmış yaban hayvanı üzerinde yapılacak deney; ancak diğer hayvanların deneyin amacı bakımından yeterli olmaması halinde onaylanır.

- Yerel etik kurullar, başta Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik olmak üzere Hayvan deneylerini düzenleyen mevzuat hükümleri uyarınca belirlenen ilkeler doğrultusunda çalışır²¹.

21 Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 14 uyarınca belirlenmiş belli başlı etik ilkeler şunlardır:

a. Etiğin yaşama saygı ilkesi her türlü hayvan türü için geçerli kabul edildiğinden, bilimsel araştırmalarda kullanılması zorunlu olan deney hayvanlarına kötü uygulamalardan kaçınmak.

Deney Hayvanlarının Korunmasına Dair Yön., md. 6 uyarınca da; deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla kullanılan veya kullanılması planlanan hayvanlar için, fizyolojik gereksinimlerini karşılayabilecek, sağlamlıklarının ve iyilik hallerini devam ettirebilecek yeterlilikte yaşam ve hareket alanı, yiyecek, su, çevresel şartlar ve bakım sağlanmalıdır. Hayvanların üretildiği, yetiştirildiği veya kullanıldığı mekânlar günlük olarak kontrol edilmelidir. Hayvanların iyilik halleri ve sağlık durumları yakından ve yeterli sıklıkta kontrol edilerek ağrı, sıkıntı ve diğer önlenemeyen zararlı durumlar ortadan kaldırılmalıdır. Hayvana zararlı olabileceği saptanan tüm şartlar en kısa zamanda düzeltilmelidir.

b. Deney hayvanlarının bilimsel araştırma ve tahdidi olarak mevzuatta belirlenmiş diğer amaçlar kapsamında kullanılmasını sağlamak.

Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, md. 5 uyarınca deney hayvanları;

i. İnsanlar, hayvanlar, bitkilerdeki hastalık, sağlıksızlık veya diğer anormallikleri yada bunların etkilerinden kaçınılması, önlenmesi, teşhisi, tedavisi ve söz konusu canlılardaki davranışsal özelliklerin değerlendirilmesi, tespiti, düzenlenmesi veya değiştirilmesi amacıyla; ilaçların, aşıların, gıdaların diğer madde veya ürünlerin geliştirme, imalat, kalite, etkinlik ve güvenlik testlerinin yapılması,

ii. İnsan, hayvan ve bitkilerde fizyolojik mekanizmaların belirlenmesi, düzenlenmesi veya değiştirilmesi,

iii. Doğal çevrenin insan veya hayvanların sağlık yada refahı yararına korunması,

iv. Eğitim, öğretim,

v. Adli soruşturma,

vi. İnsan, hayvan veya bitkilerdeki davranışsal özelliklerin değerlendirilmesi, tespiti, düzenlenmesi yada değiştirilmesi,

vii. Bilimsel araştırma için kullanılabilir.

c. Ağır acı, stres yada buna denk eziyet veren deneylerde bir hayvanın bir defadan fazla kullanılmamasını sağlamak.

Deney Hayvanlarının Korunmasına Dair Yön., md. 7/e-4 uyarınca da; bilimsel bir zorunluluk yok ise hiç bir hayvan birden fazla büyük cerrahi girişimde kullanılamaz.

d. Eğitim için sunum amacıyla kongre, konferans ve seminerlerde ağırlı deneylerin yapılmamasını sağlamak.

- Deneysel veya diğer bilimsel uygulamalarda kullanılan veya kullanılması planlanan tüm hayvanların üretim, satış ve bir yerden bir yere nakli ile ilgili olarak faaliyette bulunmak isteyenler ile deneysel ve bilimsel amaçlar için bu tür hayvanları kullanan tüm gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlar bir dilekçe ile Tarım ve İşleri Bakanlığına müracaat ederek gerekli bilgi ve belgeleri ta-

e. Hayvanlara mümkün olduğu kadar az acı çektirerek ve en az strese sokarak bilimsel açıdan güvenilir veri elde edilmesini sağlamak.

f. Araştırmalar süresince kullanılan deney hayvanlarına, türüne uygun şartlar hazırlamak ve en iyi fizyolojik, davranışsal ve çevresel koşulların teminini sağlamak.

g. Uygun şekilde eğitilmiş personel tarafından uygun koşullarda deney hayvanı bakımını sağlamak.

h. Canlı hayvanlarda yapılacak deneysel çalışmaların veteriner hekim tarafından yada ehil kişilerin denetiminde yapılmasını sağlamak.

i. Araştırmacılar tarafından deneysel hedef noktaların belirlenmesini sağlamak.

j. Araştırılan bilginin elde edilmesinde geçerliliği kanıtlanmış alternatif yöntemler varsa hayvan deneylerini etik olarak uygun görmemek ve daha önceden ayrıntılı olarak yapılmış deneylerin tekrar edilmesinin önlenmesini sağlamak.

k. Deney için en uygun hayvan ve yöntemin seçilmesini ve bilimsel sonucu verebilecek en az sayıda hayvan kullanılmasını sağlamak.

l. Deney hayvanlarına gereksiz acı ve ağrı verecek deneylerin uygun bir anestezi yöntemi uygulanmasını ve araştırmalarda uygun ağrı kesici ve anestezi kullanılmasını sağlamak.

m. Anestezinin, hayvan için deneyin kendisinden daha fazla travmatik olması ve deneyin amacına uygun olmaması durumunda deneyin yapılmasını engellemek.

n. Deneyin etik ilkeler çerçevesinde yapılması ve amacına uygun olması için; anesteziden çıktığında önemli oranda acıya maruz kalacak olan hayvanın ağrı kesici araçlarla tedavi edilmesi, bu mümkün değilse insancıl bir metotla öldürülmesi ve deney hayvanının araştırma sürecinde yada sonunda yaşamına son verilmesi işlemlerinin uygun gerekçelerle yapılmasını sağlamak, şiddetli ve sürekli ağrı çeken veya normal yaşamını sürdüremeyecek duruma gelen deney hayvanları ile kamu sağlığı ve çevresi için risk oluşturabilecek deney hayvanlarının en uygun yöntemle acı duymayacak şekilde yaşamlarına veteriner hekimin kararından sonra son verilmesini sağlamak ve hayvan hayatta bırakılacaksa sağlığının yeniden kazandırılmasında geçen süre boyunca uygun bakımını sağlamak, hayvanın yetiştirilmesi, üretilmesi ve bakımından sorumlu veteriner hekim gözetiminde olmasını sağlamak.

o. Deneyin insan veya hayvanların hayati ihtiyaçlarının karşılanması için yeterli önem taşımadığı kanaatine varıldığında, hayvanın uzun süreli ağır acı yaşayacağı yada yaşayabileceği bir deneye tabi tutulmasının önlenmesini sağlamak.

p. Araştırmada kullanılan ve yaşamlarını sürdüren deney hayvanlarına, deney sonunda sağlıklı yaşam koşullarının teminini sağlamak.

r. Hayvanları ağır ve uzun süreli acıya maruz bırakacak deneylerin yerel etik kurul tarafından etik ilkeler çerçevesinde uygun görülmesinden sonra yapılmasını sağlamak.

mamlamak zorundadır²². Bakanlık tarafından resmi izin verilmemiş tesislerde deney hayvanı üretimi ve yetiştirilmesi yapılamaz²³. Bu tesislerin nitelikleri ve çalışma koşulları, Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Deney Hayvanlarının Korunması, Deney Hayvanlarının Üretim Yerleri ile Deney Yapacak Olan Laboratuvarların Kuruluş, Çalışma, Denetleme, Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin Uygulama Talimatı'nda ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

IV. Hayvan Hakları Meselesi

Bu bahis altında üzerinde durulması gerekli noktalardan biri de hayvanların aslında bir hakka sahip olup olmadığı sorusudur...

Hayvanlar suç işleyemezler. Çünkü hayvan, hukuken "kişi" statüsünde değildir. Hayvanın hak ve fiil ehliyeti yoktur. Oysaki ceza kanunu uyarınca ancak gerçek kişiler fail olabilir. Suçun failinin sadece gerçek kişi, yani insan olması kuralının bir istisnası bulunmamaktadır²⁴.

Öte yandan, son zamanlarda artan bir hızla hayvanların da haklara sahip olduğundan bahsedilmektedir. Ancak hayvan, ne kadar değer verirsek verelim, günümüzde hala hukukun süjesi değil objesi kabul edilmektedir²⁵. Mağdur, gerçek kişi yada tüzel kişi olabilir, ama mutlaka hukuken kişi statüsünde olması gerekir²⁶. Aile gibi kişi grupları da suçun yapısına uygun düştüğü ölçüde mağdur olabilirler. Bunların her ne kadar tüzel kişilikleri yoksa da kendilerine has menfaatleri olabilir. Suçun mağduru olabilmek için ehliyet şart olmadığına göre, belirli gruplara birtakım menfaatleri temsil etmek yetkisinin hukuken tanınması, onların suç mağduru sayılmaları için yeterlidir²⁷. Ancak bu grupların üyeleri

22 Deney Hayvanlarının Korunmasına Dair Yön., md. 9.

23 Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Deney Hayvanlarının Korunması, Deney Hayvanlarının Üretim Yerleri ile Deney Yapacak Olan Laboratuvarların Kuruluş, Çalışma, Denetleme, Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin Uygulama Talimatı, md. 5.

24 TCK'nun 20. maddesi uyarınca; "ceza sorumluluğu şahsıdır. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır".

25 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011, s. 393.

26 Bkz., aksi yönde; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, GH., Ankara 2005, s. 226.

27 TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2011, s.

de mutlaka kişilerden oluşmalıdır. Zira ceza kanunu kişiler üzerinde uygulanma kabiliyetine sahiptir. Oysa hayvanlara ne Türkiye' de ne de çağdaş herhangi bir hukuk düzeninde kişi statüsü tanınmamıştır. Dolayısıyla hayvanlar suçun konusu olabilir de suçun mağduru olamazlar.

V. Fiil, İhlal, Kusurluluk

Hayvana ait bir hakkın olamayacağı hususu hayvanlara eziyet edilmesini haklı çıkaramaz.

Hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muameleler idari suç, yani kabahat olarak kabul edilmekte ve bunlara hukuka aykırı davranışta bulunanlara idari para cezası verilmektedir²⁸.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen hukuka aykırı deneyler de kabahat kabul edilmekte ve failler idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

Hayvan üzerinde hukuka aykırı deney fiilinde maddi konu hayvandır. Ancak maddi konunun hayvan olması, mağdurun da hayvan olmasını gerektirmez. Eğer hayvanlar sahipsizse mal statüsünde de olmadıkları için bunlara karşı işlenen suçlar mağduru gayrimuayyen suçlar halini alırlar. Bu suçların mağdurunun kamu, devlet veya daha genel olarak toplum olduğu söylenmektedir²⁹.

Türkiye'de, haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişinin, TCK'nun 151. maddesi uyarınca mala zarar verme suçundan ötürü cezalandırıldığı görülmektedir. Bu suçun mağduru hayvanın sahibi olan kişidir.

Mala zarar verme suçu neticeli bir suçtur. Oysa idari suç (kabahat) kabul edilen hukuka aykırı hayvan deneyleri, neticesiz suç niteliğindedir. Hukuka aykırı deney yapmakla suç tamamlanır. Ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi beklenmez. Yasaklanan, tek tek her bir hukuka aykırı deneysel hareket değil, bu hareketlerin tamamının oluşturduğu deney fiilinin kendisidir.

Şu durumda, hayvanının sahipli olması halinde, sahibinin rızası olmaksızın yada rızası

108. Bkz., tüzel kişiliği olmayan toplulukların mağdur olabilip olamayacağı tartışmaları için; TOROSLU, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara 1970, s. 180 vd. Ayrıca bkz., aksi yönde, DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, GK., C. II, İstanbul 1997, s. 470.

28 Bkz., 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, md. 28.

29 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2011, s. 234.

olmasına karşın verilen rızanın kapsamını aşmak suretiyle hayvanı deneyde kullanarak zarar veren ilgililer, hem deney hayvanlarının üretimi ve satışı özel düzenlemelere tabi olduğundan hukuka aykırı hayvan deneyi yapmaktan idari olarak, hem de TCK'nun 151/2. maddesi uyarınca mala zarar verme suçundan cezai olarak sorumlu olacaklardır. Aslında söz konusu neticeler Hayvanları Koruma Kanunu'nda da idari yaptırıma bağlanmıştır. Ancak aynı Kanun'un 29. maddesi uyarınca daha ağır ceza öngördüğünden ve Kabahatler Kanunu'nun 15/2. maddesi uyarınca cezai yaptırım olması sebebiyle öncelikle uygulanması gerektiğinden TCK'nun 151/2. maddesi Hayvanları Koruma Kanunu'na nispetle öncelikle uygulanır. Hayvanın sahipli olmaması halinde ise bünyesine uygun düştüğü ölçüde Hayvanları Koruma Kanunu'nun 14. maddesinde ifade olunan³⁰ ve idari para cezası ile cezalandırılan fiillerden sorumluluk doğacaktır. İdari yaptırıma karşı kanunen öngörülen idari başvuru yolları açıktır.

Diğer taraftan kural olarak deney hayvanının kayıtlı yasal deney hayvanı üreticisi ve tedarikçilerinden alınmış olması gerektiğinden, hayvanın,

30 Hayvanlarla ilgili yasaklar şunlardır:

- a. Hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sicağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek.
- b. Hayvanları, gücünü aştığı açıkça görülen fiillere zorlamak.
- c. Hayvan bakımı eğitimi almamış kişilerce ev ve süs hayvanı satmak.
- d. Ev ve süs hayvanlarını onaltı yaşından küçüklerle satmak.
- e. Hayvanların kesin olarak öldüğü anlaşılmadan, vücutlarını müdahalelerde bulunmak.
- f. Kesim hayvanları ve 4915 sayılı Kanun çerçevesinde avlanmasına ve özel üretim çiftliklerinde kesim hayvanı olarak üretimine izin verilen av hayvanları ile ticarete konu yabancı hayvanlar dışındaki hayvanları, et ihtiyacı amacıyla kesip yada öldürüp piyasaya sürmek.
- g. Kesim için yetiştirilmiş hayvanlar dışındaki hayvanları ödül, ikramiye yada prim olarak dağıtmak.
- h. Tıbbi gerekçeler hariç hayvanlara yada onların ana karnındaki yavrularına veya havyar üretimi hariç yumurtalarına zarar verebilecek suni müdahaleler yapmak, yabancı maddeler vermek.
- ı. Hayvanları hasta, gebelik süresinin 2/3'ünü tamamlamış gebe ve yeni ana iken çalıştırmak, uygun olmayan koşullarda barındırmak.
- j. Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak.
- k. Sağlık nedenleri ile gerekli olmadıkça bir hayvana zor kullanarak yem yedirmek, acı, ıstırap yada zarar veren yiyecekler ile alkollü içki, sigara, uyuşturucu ve bunun gibi bağımlılık yapan yiyecek veya içecekler vermek.
- l. Pitbull Terrier, Japanese Tosa gibi tehlike arz eden hayvanları üretmek; sahiplendirilmesini, ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak; takas etmek, sergilemek ve hediye etmek.

deney yapan kurum ve kuruluş dışında 3. bir kişinin mülkiyetinde olması yada sahipsiz olması düşük bir ihtimaldir. Hayvanın deney yapan kurum veya kuruluşa ait olması halinde ise faille mağdur aynı kişi olamayacağından mala zarar verme suçu oluşmayacak, ancak Kabahatler Kanunu uyarınca ilgililerin sorumluluğu doğabilecektir.

Hukuka uygun bir hayvan deneyi neticesinde hayvan yaralanır yada ölürse, fail yada failler ve deneyi gerçekleştiren kuruluşların herhangi bir sorumluluğu doğmaz.

Hukuka aykırı hayvan deneylerinde fiil, bilimsel hayvan deneyi yapmaktır. Bilimsel olmayan müdahaleler bir başka kabahate/suçta yol açabilirlerse de hayvan üzerinde hukuka aykırı deney olarak değerlendirilemezler.

Hayvan deneylerine izin vermek suretiyle hayvan üzerinde gerçekleştirilen müdahaleye bilimsel deney niteliği tanıyan merci etik kuruludur. Dolayısıyla etik kurul izni olmaksızın hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen müdahaleler, "bilimsel deney" statüsünde kabul edilmedikleri için hukuka aykırı hayvan deneyi kapsamında da değerlendirilemezler. Ancak zararlı bir neticenin meydana gelmesi halinde faili meydana gelen neticeden sorumlu tutmak mümkün olabilecektir. O halde etik kurul iznini hukuka aykırılık değil, fiil unsuru içinde değerlendirmek yerinde olacaktır.

Öte yandan etik kuruldan izin almalarına karşın, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 9. maddesinde ve bu madde uyarınca çıkarılacak Yönetmeliklerde belirtilen deneye ilişkin diğer esaslara uymayan ilgililerin hukuka aykırı deney nedeniyle sorumlulukları doğacaktır.

Hayvan deneyleri için kullanılan tesislerin Deney Hayvanlarının Korunmasına Dair Yönetmelik'te kayıtlı şart ve sorumluluklarını yerine getirmediği veya kaybettiği, denetimler sonucunda tespit edilen aykırılıkların uyarılara rağmen yerine getirilmediği, tesis sorumlu yöneticisinin görevden ayrılmasını müteakip bir ay içerisinde yeni bir tesis sorumlu yöneticisinin göreve atanmadığı, bu Yönetmelik hükümleri doğrultusunda Bakanlıktan Projelerine göre çalışma izni almış fakat sonradan Bakanlığın izni olmadan tesislerde yapılan tadilat durumları ile Bakanlığın uygun görmediği uygulamaların yapıldığı hallerde, söz konusu tesisin çalışma veya işletme izinleri, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu ile aynı

Kanuna dayanılarak çıkarılan 15.03.1989 tarihli ve 20109 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliğine göre işlem yapılmak suretiyle çalışma izinleri iptal edilir³¹.

Ayrıca denetim elemanlarınca, 5199 sayılı Kanuna aykırı olduğu saptanan fiillerin işlenmesi durumunda, hayvanların korunması ve refahlarının sağlanması adına idari para cezası verilebilir. Bu yetki, Çevre ve Orman Bakanlığı İl Müdürlüklerince kullanılır³².

Hayvan üzerinde hukuka aykırı deney, ancak kasten işlenebilen bir idari suçtur. Fail, hayvan üzerinde deney yapmak kastıyla hareket etmelidir. Aksi halde bu suç değil fakat hukuka aykırı bir başka neticenin meydana gelmesi örneğin hayvanın yaralanması halinde başka bir suç söz konusu olabilir. Bu suç, unsurlarını taşıması halinde, Hayvanları Koruma Kanunu'nda yer alan bir idari suç olabileceği gibi, sahipli hayvanın yaralanması halinde TCK'nun 151. maddesi uyarınca mala zarar verme suçu da olabilir.

Etik kurul izni olmaksızın deney olarak nitelendirilebilecek bir fiil olamayacağından bu suç açısından fiili hatanın mümkün olabileceğini sanmıyoruz. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinde hata söz konusu olabilir. Failin fiilin anti-sosyal niteliğini bilmemesi gibi bir olasılığın mümkün olmadığını düşüncesiyle biz hukuki hatanın da somut olayda var olamayacağını düşünüyoruz.

VI. Suçun İşleniş Biçimleri

Hayvanları Koruma Kanunu 29. maddesinde; "fiili ile bu Kanunun birden fazla hükmünü ihlal edenlere daha ağır olan ceza verilir" demek suretiyle fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceğine işaret etmiştir. Dolayısıyla tek bir fiille Hayvanları Koruma Kanunu'nun birden çok hükmünün ihlal edilmesi halinde ilgili, cezası en ağır olan kabahatten sorumlu tutulacaktır.

Fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için kural olarak iki neticesiz suçun varlığı gerekir. Çünkü ancak bu halde tek bir fiil ile birden fazla suç işlemek mümkün olur.

Hayvan üzerinde hukuka aykırı deney her ne kadar neticesiz bir suç da olsa, fikri içtima hükümlerinin bu idari suç açısından uygulanamayacağını,

zira tek bir deney hareketiyle Hayvanları Koruma Kanunu'nda yer alan bir başka hükmün ihlal edilme olasılığının olmadığını düşünüyoruz.

Hayvan üzerinde hukuka aykırı deneyin, zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.

Bu kabahate teşebbüs olmaz³³.

Hayvan üzerinde hukuka aykırı deneye iştirak mümkündür. Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir³⁴.

Deneyin sahipli hayvan üzerinde gerçekleştirilmesi durumunda idari ve cezai sorumluluğun yanı sıra, şartları varsa tazminat sorumluluğu da doğabilecektir.

VII. Sonuç

Bilimin ve insan sağlığının gelişimi insanlar üzerinde yapılacak deneyler neticesinde ortaya çıkan verilere, insanlar üzerinde gerçekleştirilen deneylerse TCK'nun 90/2. maddesi gereği³⁵ hayvanlar

33 Bkz., 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, md. 13.

34 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, md. 14.

35 TCK'nun 90. maddesi uyarınca; insan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ise maddede aranan diğer şartların yanı sıra deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması gerekmektedir.

36 Deneyin, insan üzerinde gerçekleştirilmeden önce ya insan dışı deney ortamında, örneğin laboratuvar ortamında (Bkz., MANTOVANI, Ferrando, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova 1974, s. 623) yada yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması gerektiğinden bu iki yöntemden birinin insan üzerinde deney gerçekleştirilmeden önce tüketilmiş olması yeterlidir. Ancak maddenin bu şekliyle sevk edilmesinin nedeni, aksi yönde görüşler olmakla birlikte her deney konusu için uygun bir hayvan modeli olmayabileceği gerçeğidir (Bkz., Tutanaklarla Türk Ceza Hukuku, **T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı**, Ankara, Şubat 2005, s. 363 vd.). O halde insana uygulamadan önce, o deney konusunu hayvanlar üzerinde denemek mümkünse, sadece insan dışı deney ortamında gerçekleştirilen deneylerle yetinilmeli, hayvanlar üzerinde de deney gerçekleştirilmeli ve bunun neticesinde ulaşılan veriler göz önünde bulundurularak insan üzerinde deney yapılmalıdır (HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara 2007, s. 409; ÜNVER, Yener, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu' ndaki Düzenlemeler Sempozyumu*, İstanbul 2007, s. 168; ÇİN, Onursal, *Yerel ve Uluslararası Metinlerde İnsan Üzerinde Deney, I. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı*, Kamu Hukuku Arşivi, 2 (2005), s. 200.). Öte yandan bizce, mümkün olduğu halde öncelikle hayvan dışı deney ortamında ve yeterli ölçüde deney yapmaksızın, hayvanlar üzerinde deney yapılması, haklı neden ve ölçülülük söz konusu olmadığından kötü muamele kapsamında değerlendirilmeli ve yetkili kurullar bu şekilde gerçekleştirilen deneylere izin vermemelidir (AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, Ankara 2012, s. 104).

31 Deney Hayvanlarının Korunmasına Dair Yön., md. 16.

32 Hayvanları Koruma Kanunu, md. 17,25; Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, md. 5 vd.

üzerinde gerçekleştirilecek deneylere bağlıdır.

Hayvanların insanlığın gelişimi noktasında oynadıkları bu önemli rol, onları bir yandan deneylerde kullanmayı zorunlu kılarken, diğer yandan da yaşama duyulan saygı gereği ölçsüz bir şekilde kullanılmalarını önlemek adına korunmaları gerekliliğini doğurmuştur.

Hayvanların korunmasına ilişkin hukuki düzenlemeler son yıllarda artış göstermiş, deney

hayvanlarının kullanımı şartları ayrıntılı düzenlemelere kavuşturulmuştur. Düzenlemeler umut vericidir. Ancak normların amacına ulaşması etkili olmaları ile mümkündür. Bu etkililiği sağlayacak olanlarsa denetimleri gerçekleştirip yaptırım uygulayan idari organlardır.

Öğretide eleştiriler, uygulamada kararlar çoğaldıkça, konunun sağlam bir zemine oturacağı inancındayız.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ALTUĞ, Tuncay, Hayvan Deneyleri Etiği, **Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık**, Y. 2009, (s. 53-68), <http://uvt.ulakbim.gov.tr>.
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, Ankara 2012.
- BARNI, Mauro, **Diritti-doveri responsabilità del medico**, Milano 1999.
- BATTAGLIA, Luisella, **Dimensioni della bioetica**, Genova 1999.
- CİN, Onursal, Yerel ve Uluslararası Metinlerde İnsan Üzerinde Deney, **I. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı**, Kamu Hukuku Arşivi, 2 (2005), (s. 199-201)
- DELL' ERBA, Alessandro/Dİ VELLA, Giancarlo, Aspetti deontologici e normativi della sperimentazione animale, **Rivista italiana di medicina legale**, Y. 1996, S. 3, (s. 725-736)
- DI PIETRO, Carlotta/PASSANTINO, Annamaria, L'etica veterinaria e la "liceità" della sperimentazione animale nella cultura contemporanea., **Rivista italiana di medicina legale**, Y. 2006, S. 2, (s. 335-344)
- DOĞAN, Hanzade, Hayvan Deneyleri ve Etik Kurullar, **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni**, Y. 3, S. 6, Temmuz 2008, (s. 22-23)
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, GK., C. II, İstanbul 1997.
- MANTOVANI, Ferrando, **I trapianti e la sperimentazione umana**, Padova 1974.
- GARATANI, Adabella, La normativa sulla sperimentazione degli animali al vaglio della Corte comunitaria, **Rivista giuridica dell'ambiente**, Y. 2003, S. 2, (s. 325-331)
- GRATANI, Adabella, Sperimentazione su animali. La normativa sulla sperimentazione degli ani, **Rivista giuridica dell'ambiente**, Y. 2003, S. 3, (s. 325-330)
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011.
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara 2007.
- MAURO, Barni/TURILLAZZI, Emanuela/CECILIA, Cateni, La sperimentazione negli animali: Dal controllo burocratico alla responsabilizzazione bioetica, **Rivista italiana di medicina legale**, Y. 1998, S. 03, (s. 389-402)
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, GH., Ankara 2005.
- PERICO, Giacomo, Sperimentazione scientifica sugli animali, **Aggiornamenti sociali**, Y. 1983, S. 1, (s. 53-62)
- RESCIGNO, Francesca, **I diritti degli animali**, Torino 2005.
- T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı, **Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı**, Mart 2011, Ankara, s. 5, <http://www.abgs.gov.tr>. (T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı, **(Hayvan Hakları)**.)
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2011.
- TOROSLU, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara 1970.
- Tutanaklarla Türk Ceza Hukuku, **T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı**, Ankara, Şubat 2005.
- ÜNVER, Yener, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu' ndaki Düzenlemeler Sempozyumu**, İstanbul 2007, (s. 150-184).

Türkiye İçin Bir Eğitim Hukuku Teorisinin Gerekliliği

Araştırma

Bilge BİNGÖL*

*Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD.
(Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Public Law)
(E-Posta: bilge.bingol@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

Çalışma Türkiye’de eğitim hukukuna ilişkin genel bir teorinin gerekliliğini tartışmaktadır. Eğitim hukuku yalnızca eğitime ilişkin yürürlükteki yasal metinlerin incelenmesi ve yorumlanmasını ifade etmez. Özellikle farklı kademelere ilişkin olsa dahi tüm eğitim alanına yönelik genel kavramların ilkesel düzeyde düzenlenmesi ve eğitim hukukuna ilişkin karmaşık sorunların kendine özgü ilkeler doğrultusunda ele alınması gerekmektedir. Eğitim hukuku disiplinler arası bir anlayışa sahiptir ve çoğu durumda teknik hukuki bakış açısı yeterli olmamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Eğitim hukuku, eğitim adaleti, eğitim hukuku teorisi, eğitim hukukunun genel hükümleri

ABSTRACT

THE NECESSITY OF A GENERAL THEORY OF EDUCATION LAW

The article argues the necessity of a general theory of education law in Turkey. The education law does not only refer to the examination and interpretation of the legal rules on education. Especially, even belonging to different categories of education, it is necessary to regulate the general concepts of the whole education field on principal basis and to handle the complex problems according to these distinctive principles of this field. The education law has an inter-disciplinary understanding and in most of the cases the technical legal perspective is not adequate.

Keywords

Education law, education justice, the theory of education law, the general part of the education law

Önsöz

Eskinin hayali canavar, ejderha, yaratık, tek gözlü dev, zehirli çiçek ve türlü dev sürüngenleri, şimdinin gerçek dijital virüsleri, tankları, radarları, uyduları, füzeleri ve tüketim aşığı insanımsılarına dönüştüğü için, gerçek dışı bir takım canavarlar yaratmamıza gerek kalmadı. Çok sayıda insanımsı, tüketim aşığı, dijital virüs, tank, radar, uydu ve füze gördüğümüz 21. yüzyılda kahramanlık hikâyelerinin de içerik değiştirdiğini söyleyebiliriz. Bu çağda kahramanlar genellikle bir kahramanın “hiper-gerçeği” şeklinde var olabildiğinden bir kere kesinlikle medyatik olmaya muhtaçtır. Onlar öncenin kahramanlarının aksine, tek başına güç, azim, sevgi, heyecan, emek, macera vb. olgularla kendilerini var edemeyecekleri bir çağda savaşmak zorunda bırakılmışlardır. Slogan: “Hakkımda konuşuluyor; o halde varım!” olmuştur.

“Hakkında konuşulmuyor; o halde yoksun!”

Giriş

Yukarıdaki kısa öyküyü doğrular nitelikte hakkında konuşulmayan şeylerin adeta “yok” sayılabildiği bir çağda eğitim hukukunun gerçekte neyi ifade ettiği konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Belli konulardaki belirsizlik ve kavram kargaşaları, söz konusu kavramların, onları kendi kişisel çıkarları için kullanmak isteyen grup yada kişilerin anlamlandırdığı şekilde içerik kazanmalarına yol açacak ve böylece kavramlar zamandan zamana değişiklik gösterecektir. Böylelikle belli bir alana ilişkin gelenek ve kültür oluşturmak zorlaşacak, sağlam temellere dayanmayan kavramlar üzerinden yürütülen tartışmalar giderek baskın bir grubun ilgili kavramdan ne anladığına göre şekillenmeye başlayacaktır.

Türkiye’de hukuk fakültelerinde eğitim hukuku adında bir ders bulunmadığı gibi, ülkemizde doğrudan bu alanda yazılmış konuyu bütünsel bir açıdan ele alan, derli toplu eserlerin sayısı da oldukça azdır¹. Bununla birlikte eğitim hukuku, ge-

1 Türkiye’de yayınlanmış doğrudan eğitim hukukuna ilişkin kitaplar şöyledir; AKYÜZ, Emine, **Eğitim Hukuku**, Ankara Üniversitesi, Eğitim Fakültesi, Eğitim Araştırmaları Merkezi, 1981, Ders Notu; ÇİFTÇİ, Ahmet, **Türk Eğitim Hukuku**, Ankara, 1993; **Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar, Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi**, Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2009; AKYÜZ, Emine, “Eğitimin Hukuki Temelleri”, **Eğitim Bilimine Giriş**, Editörler: Şule Erçetin-Necmettin Tozlu, Hegem Yayınları, Ankara, 2006; ANKAY, Aydın, **Hukuk ve Eğitim**, GÜTEF Yayınları, Ankara, 1991.

nel olarak “Eğitim Yönetimi ve Denetimi Yüksek Lisans” programlarında genellikle lisansüstü derisi olarak okutulmaktadır². Söz konusu ders büyük ölçüde, temel hukuk bilgisi, Türk eğitim sistemi, idari teşkilat, ulusal eğitim mevzuatı, uluslararası belgelerde eğitim hakkı gibi olguları **eğitim bilimcilerine yönelik olarak** sunmayı amaçlamaktadır³. Temel hedef eğitim hakkı olgusunu, eğitim sisteminin teşkilatını ve genel anlamda anayasa ile idare hukukuna ilişkin temel ilkeleri kavramaktır. Hukukçuların eğitiminde ise eğitim hukukuna özel olarak girilmemekte, konuya ilişkin tartışmalara genel olarak idare hukuku, anayasa hukuku yada insan hakları hukuku derslerinin içerisinde yalnızca yeri geldiğinde değinilmektedir.

Kanun devleti ile hukuk devletinin birbirinden farklı anlamlar içermesi gibi, eğitim hukukundan söz edilirken, yalnızca eğitim alanına ilişkin mevzuatın bilinip, uygulanmasının bizleri tıpkı “kanun devleti”ndeki sonuçlara götüreceği kuşkusuzdur. Bu nedenle belli bir hukuk dalının düzenlediği ve ilgilendiği kavramların özünün araştırılmaması ve aslında ne oldukları sorusu sorulmadan haklarında düzenlemeler yapılması, o kavramların yeniden üretilmesine yol açarak asıl anlatılmak istenilen çok farklı sonuçlar ortaya çıkartacaktır.

Bu çalışma eğitim hukukuna ilişkin genel bir teori oluşturma çabası içerisinde değildir. Böyle bir çaba zaten bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak çalışma, böyle bir çabanın gerekliliğini

2 Örneğin dersin içeriği bir programda şu şekilde tanımlanmıştır: “*Temel Hukuk bilgisi, Eğitim Hukukunun kaynakları, Eğitim ve öğretim kavramları, Eğitim Hak ve Hürriyeti ile Ödevi, Uluslararası belgelerde eğitim hak ve hürriyeti, eğitim mevzuatı, Okul Hukuku, Çocuk Hukuku, Öğretmen Hukuku, Türk Millî Eğitim sisteminin yapısı (örgün eğitim ve yaygın eğitim, eğitim kademeleri, eğitim ve öğretimde denetim, Türk kamu yönetimini etkileyen ilkeler, MEB’nin merkez ve taşra teşkilatı, öğretmen yetiştirme.*” Eğitim Yönetimi ve Denetimi Yüksek Lisans, Eğitim Hukuku dersi, Prof. Dr. Ahmet Çiftçi.

3 Örneğin 19 Mayıs Üniversitesi Uzaktan Eğitim Merkezi-Eğitim Hukuku Dosyasında, eğitim hukukunun gereği olarak şu başlıklara yer verilmiştir:

“-Her birey eğitim gibi önemli bir hakkın ne anlama geldiğini ve bunun hangi yasalarda yer aldığını bilmek ister.

-Eğitimle ilgili düzenlemelerin kendisine ne gibi hak ve yetkiler sağladığını bilmek ister.

-Eğitime ilişkin düzenlemelerin hiyerarşik sıralamasını bilmek ister.

-Yürürlükteki mevzuatı yakından izleyerek işlemlerini buna göre yürütür.

-Bu konuda uluslararası uygulamaları tanır.” GÜL, İbrahim, “Eğitim Hukuku”, 19 Mayıs Üniversitesi Uzaktan Eğitim Merkezi, Ünite 6, s. 3.

ve bundan sonra Türkiye için bir eğitim hukuku teorisinin oluşturulmasının ve bu alanda özellikle hukukçuların, eğitim bilimcilerinin, sosyologların ve felsefecilerin bir arada çalışmasının faydalarını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte eğitim hukukunun teorisinden söz edilirken dikkat edilmesi gereken bazı temel noktaları ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda öncelikle kısaca eğitim olgusuna değinilecek, ardından hukukun konusu olarak eğitim irdelenecek ve eğitim hukukuna ilişkin temel ilkelerin ne olabileceği somutlaştırılarak tartışılmaya çalışılacaktır. Son olarak ayrı bir eğitim hukuku dalının ve teorisinin nasıl fark yaratabileceği irdelenecektir.

1. Eğitim Olgusu

Eğitim olgusundan önce burada kısaca sözcüğe ilişkin ilgi çekici bir açıklamada bulunulması gerekmektedir. İngilizcede eğitim sözcüğünün karşılığı, "education"dır. Bu sözcük Latince'deki "educere" kökünden türemiştir ve "kaldırmak, çıkarmak, ileriye koymak" anlamına gelmektedir. Bu daha çok kişiye belli bir vasfın kazandırılması değil de, onda var olanları ortaya çıkartmak, kişinin kendi varoluşunu gerçekleştirmesini sağlamak anlamına gelmektedir. Almancada eğitime karşılık gelen sözcük "Erziehung"dur. Bu sözcük eski Almancadaki "herausziehen" anlamına gelen "irziehen" sözcüğünden türemiştir ve "çekip çıkartmak, içindekini açığa çıkartmak" anlamındadır. Türkçedeki sözcük olan "eğitim" ise "eğ" kökünden türemiştir. Bu daha çok "eğmek, bükmek ve istenilen şekle sokulmak" şeklinde bir anlamı ifade etmektedir⁴.

4 Eğitim sözcüğünün Türkçedeki ve İngilizcedeki anlamları ve genel olarak eğitim kavramının etik analizi hakkında bkz. YAYLA, Ahmet, "Eğitim Kavramının Etik Açısından Analizi", **Yüzüncü Yıl Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt: II, Sayı:1, Haziran 2005; Yayla burada eğitim sözcüğüne ilişkin çarpıcı bir tespitte bulunmuştur:

"Eğitim kavramının kökü olan eğ/eğmek fiilinden bir şeyin, bir nesnenin yada bir insanın eğilmesi, bükülmesi, kontrol altına alınması yada istenilen şekle sokulması anlamlarını çıkarabiliriz; yani eğitilen nesne yada özne 'eğitilerek' istenen şekle sokulmaktadır. Demek ki ortada eğilip, bükülmesi, istenilen şekle girmesi beklenen bir malzeme ve bu malzemeyi eğip, bükün, belirli şekillere sokmak isteyen birileri var. Burada sorulması veya sorgulanması gereken kim yada kimlerin niçin ve nasıl eğitildiğinin/eğildiğinin veya kimler tarafından niçin ve nasıl eğitilmek/eğitilmek istendiğinin ortaya konulmasıdır. Başka bir deyişle, birileri eğitim/eğitime hak ve yetkisini neye ve kime dayanarak almaktadır. Gerçekten bireyi eğip, bükün, belli şekillere sokan, onu denetim altına alan bir eğiltilme/eğitim olabilir mi? veya böyle bir etkinliğe eğitim adı verilebilir mi? ", s. 5.

Eğitim olgusu çok çeşitli açılardan irdelenebilir ve anlamlandırılabilir. Örneğin ilkçağlarda daha çok soyut ve pedagojik anlamlara sahip olmuş eğitim, daha sonra toplumsal ve siyasal koşulların etkisiyle anlam değiştirmiştir. Eğitimi, bilinç, yeti, haz, zihin gibi kavramlar ile ilişkilendiren felsefi ve psikolojik tanımlar, modernleşme ile yerini eğitimi tarihsel ve toplumsal bağlamda açıklamaya çalışan toplumsallaşma, kültürlenme, ideoloji, siyasal iktidar, toplumsal sınıf gibi kavramlara bırakmıştır⁵. Burada aslında temel tartışma eğitimin bireye yönelik mi yoksa kolektif olana yönelik bir etkinlik mi olduğudur. Tüm bu tartışmalara burada yer verilmesi mümkün olmadığı gibi, burada eğitimin bireysel yada kolektif açıdan ele alınması yönünde bir tercihte bulunmadan ideal anlamda bir "eğitim hukuku teorisi" için gerekli koşullardan söz edilmelidir.

Hukukun meşruiyeti, insanın temel varoluşsal durumuna, "*conditio humana*"ya (insanın temel doğası, insanın şartı) dayanmalıdır. Hukuki değerlendirmenin akla yakınlığının temeli olarak, sosyal ve insani bilimlerdeki söz konusu antropolojik meşruiyet ve bu bilimlerin yaklaşımı yeterli bir işleve sahip olmadığında, en azından *insanın varoluşu ve biyolojik durumsallığı* gibi tartışmasız olgulara danişılmalıdır⁶. İşte eğitim hukuku için bu koşul *eğitimin bir insanlık hali (conditio humana) olmasıdır. Conditio humana*, insan olmanın genel şartları ve insan olmanın doğasıdır⁷. Bir nevi, insan olmanın ne demek olduğunu ve bunun hangi aşamaları gerektirdiğini ifade eder. Eğitimin en temel hedefi insanın bütün yönleriyle mükemmelliğe ulaşmasını sağlamaktır. Başka bir deyişle insanı insani değerler doğrultusunda yetiştirmeye çalışmaktır. İnsan ancak eğitimle insan olabilir. Ancak buradaki eğitim, evrensel iyiliği ve kursesuzluğu hedefleyen, insanda gizli halde bulunan nüvelerin giderek daha fazla geliştirilmesini sağlayan bir eğitimidir. Kant burada önemli bir

5 İNAL, Kemal, **Eğitim ve İktidar-Türkiye'de Ders Kitaplarında Demokratik ve Milliyetçi Değerler**, Ütopya Yayınevi, 1. Baskı, Nisan 2004, s. 35; tüm tartışmalar için bkz. İNAL, 2004, s. 35-104.

6 LINDNER, Josef Franz, "Was ist und weshalb brauchen wir eine „Theorie des Bildungsrechts“? ", **Die Öffentliche Verwaltung**, Heft 8, 2009, s. 306.

7 Conditio Humana için bkz. PLESSNER, Helmut (1961), **Die Frage nach der conditio humana, Gesammelte Schriften Bd. VIII**, hg. von G.Dux, O.Marquard und E.Ströker, Frankfurt / Main 1983, s. 136-217.

tespitte bulunmuştur; ebeveynler genellikle sadece çocuklarının bu dünyada başarılı olmalarını dikkate alırlar ve bunun endişesini taşırlar; idareci mevkiinde bulunanlar ise, tebaalarını kendi amaçlarını gerçekleştirmek için birer araç olarak görürler. **Yani ebeveynler evlerini, yöneticiler devleti düşünürler. Her ikisi de insanın içinde doğal bir eğilime sahip olduğu evrensel iyiliği ve kusursuzluğu hedeflemez**⁸.

İnsan olma koşullarının (*condicio humana*) üç farklı boyutu vardır. Bu üç boyuttan ilki, fiziksel-varoluşsal boyut, ikincisi kültürel boyut ve üçüncüsü iletişimsel-toplumsal boyuttur⁹. Varoluşsal boyut, insanın dünyada ilk olarak korumasız, tehdit altında bir varlık olarak var olmasını işaret eder. Bu nedenle insan ilk olarak bütünlüğünü korumaya yönelmektedir. İkinci boyut olan kültürel boyut, insanın kendisini gerçekleştirmesine, fikir ve yeteneklerini kendi dilediği şekilde geliştirmesine, başka insanlarla iletişim ve işbirliği kurmasına karşılık gelmektedir. Kültürel yön, insanın doğal bir şekilde bir nedensellik içeren belli yöndeki çabalarıdır. Bu çabalar, insanın kendini geliştirmesi, kendi fikir ve yeteneklerini özerk olarak uygulayıp gerçekleştirebilmesi, başkaları ile iletişim kurması ve aslında tüm bunları kapsayan insanın kendini aşması çabasıdır. Üçüncü koşul ise insanın ilk iki koşulu gerçekleştirebileceği gerçek araçlara ve imkanlara sahip olma zorunluluğudur. Bu da insan olma halinin sosyal yönünü oluşturur¹⁰. İnsanın varoluşunun ideal-kültürel yönünün yaşam tarafından doyurulabilmesi için, insana, kendi içinde saklı olan potansiyeli açığa çıkartıp geliştirebilmesi için izin verilmesi gerekmektedir. Tanilli'nin ifadesi ile, "insanlığa aday olarak doğarız; insanlığın kültürel birikimini eğitimle öğrenerek insanlaşırız."¹¹

İşte insanın, doğası gereği ihtiyaç duyduğu tüm bu olanaklar, "eğitim"e karşılık gelir. İnsan, en erken çocukluktan itibaren, kendi içinde saklı

olan potansiyeli, yetenekleri geliştirebilmelidir (ve aynı zamanda buna izin de verilmelidir). Nasıl ki insan fiziki varoluşu için gerekli olan maddi şeylere ihtiyaç duyuyorsa, bunun gibi eğitim de, insanın fiziki, iletişimsel ve kültürel varoluşu için o denli gerekli bir ön şarttır. Eğitim, *conditio humana*nın bir yönüdür. İnsanı insan yapan olgulardan bir tanesidir¹².

2. Neden Ayrı bir Eğitim Hukuku Dalına İhtiyaç Vardır?

Eğitim felsefesi alanından hukuk alanına geçildiğinde sorulacak ilk soru eğitimin neden hukukun konusu olduğudur¹³. Bu soru iki açıdan yanıtlanabilir. İlki yukarıda bahsedilen eğitimin insan olma halinin boyutlarının, hukukun varlık nedeni olarak açıklanan insan davranış ve ilişkilerini düzenleme hali ile ilişkili olmasıdır. Şöyle ki, insanın başta gelen yaşam kaynağı topluluktur ve insan ancak güven duyduğu ölçüde toplumsal ilişkiler kurabilir ve bu ilişkileri geliştirebilir¹⁴. Hukuk metot ve sisteme karşılık gelen *düzen* ve konulmuş kurallara uymayı sağlayan *zorlama* yada *cebiri* ile ilişkilendirilir. Ancak hukukun düzenlediği toplumsal davranışlar, insanın toplum içerisinde herhangi bir hareketi değil, belli bir amaca yada değere yönelen faaliyettir¹⁵. Bu açıdan insanda içkin nüvelerin bulunup, açığa çıkartılıp geliştirilmesi, onun olanaklarının geliştirilebilmesi için de bir düzene ihtiyaç vardır.

İkinci neden aslında birinci nedeni önceleyen bir neden olarak ortaya çıkmaktadır. Bu, hukukun çıkar çatışmalarını çözen ve dengeleyen işlevinden kaynaklanmaktadır. Her hukuk düzeni nihayetinde bir değerler derecelendirmesidir ve değerler arasında önem ve öncelik sıralaması bulunmaktadır. Değerlendirme ise, değerlendirmenin konusunu oluşturan olgular arasında önemli-önemsiz, anlamsız-anlamlı, nötr olanlar-farklı olanlar gibi ayrımlarla başlar. Bir başka ifade

8 KANT, Immanuel, **Eğitim Üzerine-Ruhun Eğitimi-Ahlak Eğitimi-Pratik Eğitim**, Çev: Ahmet Aydoğan, Say Yayınları, 1. Baskı, 2007, s. 38; bu konuda özellikle çocuk merkezli yaklaşım metodunun uygulanması gerektiği tartışılmaktadır. Bkz. ATAY, Mesude, "Okullarda Eğitimin Amacı, Yöntemi ve İçeriği", **Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar, Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi**, Sabancı Üniversitesi, Yelken Basım, İstanbul Mart 2009, s. 105.

9 LINDNER, 2009, s. 306.

10 LINDNER, 2009, s. 306.

11 TANİLLİ, Server, **Nasıl Bir Eğitim İstiyoruz?**, Adam Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2004, s. 14.

12 LINDNER, Josef Franz, "Was ist und weshalb brauchen wir eine „Theorie des Bildungsrechts“? ", **Die Öffentliche Verwaltung**, Heft 8, 2009, s. 306-311.

13 Eğitimin hukukun konusu olmadığı da ileri sürülebilir ve tartışılabilir. Aslında burada hukuk nedir, hukukun konusu nedir gibi daha derin sorular ortaya çıkmaktadır.

14 Bugün güvensizlik üzerine kurulan ilişkilerin yıkılmaya mahkum olduğu ve bu türden toplulukların varlıklarını sürdüremediği bilinmektedir.

15 KEYMAN, Selahattin, **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 26.

ile bir değerlendirmede bir olgu olumlu, bir diğeri olumsuz olur ve böylece ortaya çıkan kutuplaşmada hukuk sistemi bir değerler derecelendirmesi yapmış olur. Söz konusu değerler hukukun amacını oluşturan menfaatlerdir. İşte hukuk düzenini oluşturan normların işlevi, çatışma içinde olan ve menfaat adını alan bu değerlerin dengelenmesidir. Her değer öncelik kazanmak ve hukuki güvenceye kavuşmak istemektedir. Hukuk burada bir menfaati (değeri) tanır ve ona diğer menfaatlere oranla belli bir ağırlık verir. Bundan sonra hukuk insanların özgür faaliyet alanına müdahale ederek onlardan bu değerler sistemine uygun davranışlar bekler¹⁶.

Eğitimin hukukun konusu olması ve ayrı bir eğitim hukuku teorisinin olmasının önemi de tam burada belirmektedir. Yukarıda bahsedilen ailelerin ve devletlerin eğitimi farklı amaçlar için kullanmak istemelerinde ortaya çıkan çıkarlar çatışmasının nasıl dengeleneceği hukukun konusunu oluşturmaktadır. Öte yandan insanlara kendi varlıklarını gerçekleştirebilmeleri yönündeki araç ve olanakların sağlanması da yine hukuk tarafından düzenlenmiş ve belli bir sisteme kavuşturulmuş eğitim kurumları ve eğitime ilişkin düzenlemeler aracılığıyla mümkün olabilir. Üstelik yalnızca eğitim alanına ilişkin olarak sınav hukuku, okul hukuku, okullara giriş, üniversiteye giriş, okul-öğrenci-veli dengesi, ana dilde eğitim ve devletlerin egemenlik hakları, din eğitimi, okul öncesi eğitim ve devlet ilişkisi gibi bir bakışta akla gelmeyecek özgün sorunlar bulunmaktadır. İşte eğitim hukuku, kendi içlerinde ayrı birer sistem olan okul hukuku, kütüphanecilik ve bilgi paylaşımına ilişkin yasal düzenlemeler, sınav hukuku, yükseköğretim hukuku, okulların finansmanı, okul yönetimi, öğrencilerin hak ve sorumlulukları, yükseköğretimin finansmanı gibi kendi içerisinde çeşitlenen alanları, bütünsellik arz eden temel bir çatı altında toplayabilecek ve bu alana özgü genel ilkeler geliştirilmesinin önünü açabilecektir. Örneğin eğitim konusunda "fırsat eşitliği" önemli bir eğitim hukuku ilkesi olarak birçok sorun tartışılırken atıf yapılan bir ilkedir. yada fikri mülkiyet ve patent hukuku alanının kapsamında değerlendirilmesine karşılık, eğitim materyallerine fikri mülkiyet ve patent hukuku alanına hakim olan genel ilkeler ve anlayıştan

daha farklı ilkelerin uygulanması söz konusudur¹⁷.

Bu açıdan ayrı bir eğitim hukuku dalının nedeni, bu alana özgü çıkar çatışmalarının yine kendine özgü bir alanda ve kendine özgü olarak geliştirilmiş ilkelere dayanılarak çözümlenmesi gerekliliğidir. Bundan kasıt, eğitimin yalnızca bir insan hakkı, yalnızca devletin bir etkinliği, ekonomik boyutu ağır basan bir alan yada idare hukukunun alt dalı (özellikle eğitim-öğretim teşkilatı nedeniyle) olarak ele alınıp ona göre düzenlenmesinin yetersizliğidir. Bir başka ifade ile, eğitim alanına ilişkin bir yasal düzenleme yapılacağı yada bir uyumsuzluk çözüleceği zaman temel hareket noktası bir yada birkaç tane olmamakta, çok fazla alanın ve olgunun aynı anda ele alınmasını gerektiren karmaşık bir sistem içerisinde hareket edilmesi gerekmektedir¹⁸.

Hukukun kaynakları çeşitlidir ve bir hukuk sistemi, gerek tarihi gelişimi, gerek yasaları, gerek yargı kararları, gerekse örf-adet hukuku bakımından kendi içerisinde tutarlı bir bütünlük arz eder. Farklı hukuk sistemlerinde de sahip olunan gelenek, hukuk anlayışı ve doktrin ile yargı kararlarının oluşturduğu birikim sayesinde, çeşitli hukuk dalları kendi içerisinde gelişim göstermiştir. Hukuk dallarının gelişimi kimi zaman devletten devlete kimi zamanda zaman içerisinde değişiklik gösterir. Örneğin uzay hukuku, uluslararası kamu hukukunun bir alt dalı olarak gelişmiş ancak daha sonra 21. yüzyıla özgü bir hukuk disiplini olarak son 50 yılda kendi temel ilkelerini oluşturacak şekilde gelişim göstermeye başlamıştır¹⁹. Buna id-

17 UNESCO 'nun başlattığı "Açık Eğitim Kaynakları" girişimi buna örnektir. Daha fazla bilgi için bkz. <http://iite.unesco.org/pics/publications/en/files/3214680.pdf>.

18 Aslında hukuka ilişkin birçok alanda böylesine karmaşık bir sistem içerisinde hareket edilmesi gerektiği de savunulabilir. Örneğin bir ceza hukukçusunun felsefe ve sosyolojiden faydalanması, hatta özel hukukçuların da "hukuk bir bütündür" mantığından hareketle başka disiplinlerden de faydalanmaları gerekmektedir. Bu konu daha da derine gidilirse iyi bir hukukçu olabilmek için temel bilimlerin eğitimde ne denli yer almasının gerekliliği tartışmasına ulaşır. Şöyle ki iyi bir meslek erbabı olabilmek için bir kişinin temel sosyal bilimlere ilişkin iyi bir bilgi ve becerisinin mutlaka olması gerekliliğinin aksi de savunulabilir. Nitekim, hukuk eğitimi konusundaki tartışmalardan birisi de budur.

19 Bu alan her ne kadar uluslararası kamu hukukunun alt dallarından birisi olarak gelişim göstermeye başlamış olsa da kendine özgü bir teori geliştirmeye müsaittir. Uzay hukuku özellikle ekonomik ilişkiler, finans hukuku, fikri mülkiyet hukuku, borçlar hukuku, ceza hukuku, bilişim hukuku ve bunların da ötesinde daha çok bilimsel ve teknolojik gelişmeler ile de doğrudan bağlantılı olduğundan bir alt dalı olarak geliştiği uluslararası kamu hukukundan ay-

re hukuku alanı da örnek gösterilebilir. Özellikle kamu hukuku özel hukuk ayrımının benimsendiği kıta Avrupası hukuk sistemlerinde idare hukuku ayrı bir hukuk dalı olarak gelişmiştir. Nasıl ki ülkemizde idare hukukunun tedvin edilememiş bir hukuk dalı olmasına karşılık kendine özgü ilkeleri bulunmaktaysa²⁰ eğitim hukukunun da bu şekilde kendine özgü ilkeleri geliştirilebilir.

Eğitim kuşkusuz hükümetlerin birinci derecede önem atfettiği alanlardan bir tanesidir. Ancak çoğu zaman eğitim politikalarının arka plan tartışmalarında ekonomik, ideolojik yada uluslararası zorlayıcı etkiler bulunmaktadır. Eğitim hukukunun kendine özgü ayrı bir disiplin olarak gelişmesi ve bu yönde bir genel teorinin yapısallaştırılabilmesi söz konusu eğitim politikalarında fırsat eşitliği yada eğitim hakkı gibi temel ilkelerin göz ardı edilmemesini sağlayabilir. Şöyle ki, eğitim hukuku, eğitim alanındaki tüm yasal düzenlemelerin, uluslararası sözleşmelerin, hükümetlerin kararlarının, Milli Eğitim Şuralarında alınan kararların yalnızca hukuki açıdan değil, hukuk ile birlikte felsefi ve sosyolojik açılardan da analizine odaklanacaktır. Bu şekilde ülkede eğitim hukuku doktrini gelişecek ve alana özgü hukuki bir birikim oluşacaktır²¹.

rılarak kendine özgü bir disiplin olarak ilerlemektedir ve uzay hukukunun genel ilkeleri de yukarıda sayılan ilgili tüm hukuk dallarının ve diğer bilim dallarının ötesinde oluşmaya başlamıştır. WADE-GAONKAR, Damodar, "The Fundamental Principles of Space Law", içinde: **The Orbit of Space Law**, Stevens & Sons, London, 1984, s. 1-29.

20 "...Öte yandan, teşmile ilişkin Bakanlar Kurulu kararı idari bir tasarruf olup, **idare hukukunun genel ilkeleri** uyarınca yayımından itibaren hüküm ifade etmesi gerektiğinden, geriye yürür hüküm ve sonuç getirmesi hukuka aykırıdır." Esas No: 1991 / 4571, Karar No: 1992 / 2237, Mercii: Danıştay 10. Dairesi, Tarih: 26/05/1992;

"...Kamu hizmetinin hiç işlememesi, geç işlemesi veya gereği gibi işlememesi nedeni ile fertlere veya fertlerin sahip oldukları taşınır veya taşınmaz mallara zarar verilmesi halinde, bu zararın hizmet kusuruna dayalı olarak giderilmesi **idare hukukunun genel ilkeleri** gereğindedir." Esas No: 1982 / 2644, Karar No: 1983 / 106, Mercii: Danıştay 10. Dairesi, Tarih: 24/01/1983;

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 25-30; GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, 5. Baskı, Bursa, Şubat 2007, s. 28-34; GÖZBÜYÜK, Şeref A., TAN, Turgut, **İdare Hukuku-Genel Esaslar**, 4. baskı, Ankara, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006, s. 9-29.

21 Bu açıdan idare hukuku yada anayasa hukuku düşünülürse, ülkemizde belli bir anayasa hukuku yada idare hukuku doktrinin yıllar içerisinde geliştiği fark edilebilir. Söz konusu birikim yargı kararları ile birlikte de gelişmektedir.

Eğitim hukuku alanının nasıl fark yaratacağına ilişkin bir örnek vermek yerinde olacaktır. Bu alanda değerlendirilebilecek sınav hukuku konusu idarenin takdir yetkisine ilişkin hem yargıda hem de doktrinde tartışmalı alanlardan bir tanesidir. Ancak konu-

Eğitim hukuku disiplinler arası bir yaklaşımı gerektirmektedir²². Eğitim -öğretim alanındaki uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararları incelendiğinde konunun salt teknik hukuki bir yaklaşım ile çözümlenmesinin yetersizliği hemen fark edilecektir²³. Birkaç örnek vermek gerekirse; yükseköğretime erişim bir hak mı yoksa ayrıcalık mı? Okul öncesi eğitim devlet mi yoksa aile tarafından mı verilmeli? Anadilde eğitim konusunun uluslararası sözleşmeler bağlamında çözümlenmesi yeterli sonuçlar ortaya çıkartabilir mi? Üniversiteye girişte yapılan merkezi sınavın fırsat eşitliği, eğitim hakkı, öğrenim özgürlüğü bakımından ne denli adil sonuçlar doğurmakta? Bu sorular çoğaltılabilir.

ya ilişkin değerlendirmeler teknik anlamda idare hukukuna ilişkin olarak, yalnızca idari işlemler ve idarenin takdir yetkisi doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

Sınav kağıtlarının değerlendirilmesinde idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kimi yazarlar, sınavlarda not verme işlemini, tamamen uzmanlık gerektiren bir konuda maddi olayın değerlendirilmesi olarak ele almıştır. Bu nedenle öğretim elemanlarının yada sınav komisyonunun takdir yetkisi yoktur. Bu açıdan yargıya intikal etmiş not uyuşmazlıklarında, bilirkişilerin görevi, not takdirinde bir hataya düşülüp düşülmediğini değil, maddi hata bulunup bulunmadığını tespit etmektedir; TUNCAY, Aydın H., **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Yayımı, Ankara, 1972, s. 156.

Bazı yazarlar ise sınav kağıtlarının değerlendirilmesinin idarenin takdir yetkisi dahilinde olduğunu savunmuşlardır; GÖZBÜYÜK, Şeref A., **Yönetim Hukuku**, 28. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2009, s. 333; BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I- Genel Konular**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970/72, s.135.

Buna ek olarak sınav kağıtları üzerinden doğan uyuşmazlıklarda, yargı mercii tarafından atanan bilirkişilerin yalnızca not takdirinde eşitlik ilkesine uyulup uyulmadığını incelemekle yetkili oldukları da savunulmaktadır. Çünkü, not verme işleminde idarenin takdir yetkisi benzeri bir "değerlendirme" yetkisi bulunmaktadır. Aslında değerlendirme konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmamasıyla beraber, not vermeye özgü olarak, sınavın değerlendirilmesindeki ölçütlerin tespiti bakımından idareye bir takdir yetkisi tanınmıştır. Burada idare, eşitlik ilkesine uymak koşulu ile, sınav kağıtlarını değerlendirirken uyguladığı ölçü bakımından takdir yetkisine sahiptir; GÖZBÜYÜK, 2009, s. 333. Benzer yönde bkz. TAN, Turgut, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1-4, Cilt: 51, Ocak-Aralık 1994, s. 409-423;

Bu konuda not verme işlemine eğitim olgusu açısından yaklaşan yazar olmadığı gibi, düşünce alanı hukuk ile sınırlı kaldığından tartışmalı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle doktora, doçentlik ve profesörlük jürilerinde ve sözlü sınavlardaki uyuşmazlıklar ve ülkemizdeki uygulamalar akla getirilirse yalnızca sınav hukukuna ilişkin olarak bile temel bir felsefeye dayanan yasanın eksikliği hissedilecektir.

22 LINDNER, 2009, s. 309.

23 Bu açıdan 21 no'lu dipnota bakınız. Öte yandan ana dilde eğitim ve din eğitimi konuları da bireyin özerkliği-devletin egemenliği karşılığı içerisinde hala en tartışmalı alanlardan bir tanesi olarak ortada durmaktadır.

Burada önemli olan tüm bu sorulara verilecek yanıtların salt teknik hukuki bir bakış açısıyla çözülmesinin yetersizliğidir. Ancak eğitim hukukunun sahip olması gereken disiplinler arası özellik, elbette hukuk bilimine ilişkin metotlar ile diğer bilimlerin metotlarının karıştırılması anlamına gelmemektedir. Disiplinler arasılıktan kasıt, hukuk biliminin, ayrı bir eğitim hukuku teorisi geliştirilirken, eğitim bilimine ilişkin gelişmeleri²⁴ ve diğer sosyal yada fen bilimlerini²⁵ ne denli dikkate alacağı ile ilgilidir²⁶. Buna karar verecek olanlar da elbette yine hukukçulardır.

Tüm bunlara ek olarak eğitim hukukunun uluslararası boyutu da bulunmaktadır. Bu boyut yalnızca çok taraflı uluslararası sözleşmelerde tanıyan ve açıklanan eğitim ve öğretime ilişkin hak ve özgürlükleri değil aynı zamanda ulusal sınırların giderek silikleşmeye başladığı yükseköğretim alanını da kapsamaktadır. Şöyle ki son olarak 2012 yılının Kasım ayında YÖK'ün yayınlamış olduğu yeni yükseköğretim yasası taslağı önerisinde²⁷ yabancı yükseköğretim kurumlarının ülkemizde şube açabilmeleri öngörülmektedir. Buna ek olarak tüm yükseköğretim alanını bir bütün olarak kapsayan Bolonya süreci ve bu süreçten kaynaklanan (ve çoğu zaman da derinlemesine ve çok yönlü boyut ile tartışılmadan) aksaklıkların ve ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların insanların eğitim-öğretim hakkına etkileri, olumlu yada olumsuz farklı açılardan tartışılmamaktadır²⁸. Eğitim-öğretim ve

yükseköğretim alanında çalışan personel klasik devlet memuru olarak ele alınmakta ve kamunun dönüşümü ile birlikte eğitim kurumlarında (aslında eğitim kurumunu eğitim kurumu yapan kişiler olmalarına rağmen) çalışanların da söz konusu dönüşüme paralel bir şekilde statü değiştirmeleri öngörülmektedir. Ancak bu konuya ilişkin olarak Alman tarihçi E. K. Kantorowicz üniversite profesörlerinin sıradan memurlar olmadıklarını, öğretim görevinin farklı bir meslek olduğunu belirtmiştir. Kantorowicz'e göre, üniversite çalışanları, kamu çalışanlarının gelirin ve sanatçıların özgürlüğüne sahip kişilerdir²⁹. Bu açıdan ayrı bir eğitim hukuku teorisinin varlığı, eğitim-öğretim kurumlarında çalışan personele ilişkin, eğitim bilimi ve diğer sosyal bilimlerin de verilerinden yararlanarak ideal bir görev ve meslek tanımı geliştirilmesini sağlayabilecek; söz konusu idealler yasalara yansıyabilecektir.

Bu başlığı sonlandırmadan önce hukukun konusu olarak eğitimin neyi ifade ettiğine de kısaca değinmekte yarar vardır. Eğitim yukarıda bahsedildiği üzere insan olmanın bir koşuludur. Bu nedenle her şeyden önce hukuk dünyasında **eğitim hakkı** olarak ortaya çıkmaktadır. Eğitim hakkını ayrıca incelemek çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak burada kısaca hak merkezli yaklaşımın gerekliliğini vurgulayan bir rapordan alıntı yapmak yerinde olacaktır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Eğitim Hakkı özel raportörü Katarina Tomasevksi tarafından Türkiye ziyareti sırasında 3-10 Şubat 2002 tarihinde, Türkiye hakkında bir rapor sunmuştur. Raporda önemli bir tespitte bulunulmuştur:

Öğrenim piramidinin en altından başlayan çocukların, en üste yalnızca çok küçük bir yüzdesi çıkabiliyor. Örneğin Douglas Franz, hükümetten ismi belirtilmeyen bir kaynağa atıfta bulunarak, 5 çocuktan yalnızca birinin 14 yaşından sonra da eğitime devam edebildiğini belirtmiştir. Bununla birlikte genel tahmine göre ise, eğitim sistemindeki

24 Bilişsel bilimler, öğrenme, eğitim öğretim metotlarındaki değişim, eğitimde ölçme ve değerlendirme vb. olgular, elbette hukuku etkileyecektir.

25 Fen bilimleri alanında özellikle insanın öğrenme kapasitesi ve yöntemi ile ilgilenen nöro-bilimler eğitimi yakından ilgilendirmektedir.

26 LINDNER, 2009, s. 311.

27 Yasa taslağı önerisi için bkz. <http://yeniyasa.yok.gov.tr/files/b494b17ff7566b86ef17f23893baa909..pdf>

28 Örneğin yalnızca Bolonya Süreci ve eğitime etkilerinin hukuki analizine ilişkin Almanya'da ve Avusturya'da yapılan bilimsel çalışma ve yayın sayısı yüzlercedir. Burada birkaç isim verilmesi ile yetinilmiştir: SEIFERT, Michaela, "Rechtliche Grundlagen des Bologna-Prozesses und der Lissabon-Strategie", **Europaweite Vereinheitlichung der Studienstrukturen und Maßnahmen zur Erleichterung der Anerkennung von Diplomen**, El Working Papers, Europainstitut, 56. Europainstitut, WU Vienna University of Economics and Business, Vienna, 2004;

HARTMANN, Eva, "Europa als neue normative Weltmacht? Einsichten aus dem Bologna-Prozess", **Endstation Bologna? Zehn Jahre Europäischer Hochschulraum**, Himpele, Klemens [Hrsg.]; Keller, Andreas [Hrsg.]; Staack, Sonja [Hrsg.], Bielefeld: Bertelsmann, 2010, s. 19-26;

THOLE, Werner; LOHMANN, Ingrid, "Vom Bologna-Prozess über den Europäischen zum Deutschen Qualifikationsrahmen", **Erziehungswissenschaft 21**, S. 41, 2010, s. 67-71;

LIESNER, Andrea (2010): "Die Standardisierung der deutschen Hochschullandschaft - Dynamik der Autonomiedemontage", **Erziehungswissenschaft 21**, S. 41, 2010, s. 119-126.

29 ROISOVSKY, Henry, **Üniversite-Bir Dekan Anlatıyor**, 18. basıkı, Tübitak Popüler Bilim Kitapları (Çeviren: Süreyya Ersoy), Şubat 2008, s. 168-169.

rekabetin bir göstergesi olarak, başvuruların yalnızca %10'u üniversitede kendilerine bir yer edinebilmektedir. Eğitim maliyetlerinin giderek artması bu alanda kapsayıcı ve hak temelli bir strateji geliştirilmesini güçlendirecektir³⁰.

Görüldüğü gibi eğitim sisteminde eğer hak temelli bir strateji geliştirilemezse, artan eğitim maliyetleri ve eğitimde rekabet ile birlikte eğitimden faydalanacak kişi sayısı giderek azalma tehlikesine sahiptir.

3. Kamu Hukuku Alanında Eğitim Hukuku

Eğitim hukuku dalının kamu hukuku³¹ disiplini çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Bunun en temel nedeni, hiç kuşkusuz eğitim hukukunun nihayetinde birey ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenliyor olmasıdır³². 1982 Anayasası'nın 42. Maddesinde düzenlendiği gibi eğitim bir devlet etkinliğidir. Ancak eğitim hukukunun kamu hukuku çerçevesinde değerlendirilmesinin gereği olarak pedagojik ve iş bölümü gibi nedenler ile kamu hukuku özel hukuku ayırımında kullanılan ölçütlerin³³ ötesinde diğer bazı nedenler mevcuttur³⁴. Eğiti-

min, insanın kendini gerçekleştirebilmesi için bir insanlık koşulu olmasının yanında, onun kamusal yaşam ile doğrudan iç içe olduğu alanlar da bulunmaktadır³⁵. Bunlardan ilki, eğitimin büyük ölçüde kamusal kaynaklar kullanılarak finanse edilmesi, eğitimin daha sonradan belli mesleklere girişte birer ölçüt olan okullar aracılığıyla yapılması, okullara giriş (yükseköğretim kurumları dahil), sınavlar, harçlar, eğitim-öğretim personelinin tabi olduğu statü gibi **pozitif hukuka** ilişkin nedenlerdir. Yukarıda adı geçen alanlardaki yasal düzenlemelerin çoğu kamu hukuku alanında düzenlemiştir. Diğer neden ise yine yukarıda bahsedilen eğitimin **hak** boyutudur.

Eğitim hukukuna ilişkin sınırlı sayıdaki yazında eğitim hukukunun kamu hukukunun bir alt dalı olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur. Ancak burada yazarlar eğitimi düzenleyen hukuk kurallarının çoğunlukla egemenlik ölçütüne dayandığını, bir başka ifade ile taraflardan birinin kamu gücü kullanan devlet olduğunu ve bu nedenle eğitim hukukunun kamu hukuku içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinden söz etmişlerdir. Hatta Türk hukukunda kamu hukuku ve özel hukuk ayırımında en sık başvurulan ölçüt aynı doğrultuda egemenlik ölçütüdür³⁶. Buna ilaveten yazarlar, okul açma, kapatma ve teftiş gibi kurumları düzenleyen hukuk kurallarının kamu hukukuna ilişkin olduğunu belirtirken, özel okulların sahipleri ile öğrenci ve veliler arasındaki ilişkinin, tarafların birbirine eşit olması nedeniyle özel hukuk alanında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır³⁷.

sel olarak yapılmış olan ayırımı temel almıştır.

35 Burada eğitimin dışsallığından da söz edilebilirdi. Dışsallık, söz konusu hizmetin, hizmetten faydalanan kişiye doğrudan bir fayda sağlamasının yanında, toplumun geneline de ek yararlar sağlama adına verilen isimdir. Eğitimin dışsallığına ve iktisadi kalkınmadaki rolü hakkında bkz. ÖZTÜRK, Nazım, "İktisadi Kalkınmada Eğitimin Rolü", **Sosyo-Ekonomi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ocak-Haziran, 2005-1, s. 27-44.

36 GÜRİZ, 1999, s. 94; *Devlet ve kamu hukuku tüzel kişileri egemenlik haklarını kullandıkları zaman ortaya çıkan ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olduğu, buna karşı egemenlik hakkı kullanılmadığı zaman beliren ilişkinin özel hukuk ilişkisi olduğu savunulmuştur*. GÜRİZ, 1999, s. 94.

37 AKYÜZ, 1981, s. 39; ÇİFTÇİ, 1993, s. 33-34; benzer yönde vakıf üniversitelerinin personeli ile üniversite arasında ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklarda da yetkili yargı kolunun idari mi yoksa adli yargı mı olduğu yönünde doktrinde tartışmalar mevcuttur. Benzer yönde vakıf üniversitelerinin hukuki statüsü konusunda da uyumsuzluk ve karışıklık bulunmaktadır. Bu konu hakkında Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşü, bu üniversitede çalışanların kamu personeli statüsünde sayılamayacağı yönündedir. **Devlet Perso-**

30 TOMAŞEVSKI, Katarina, "Economic, social and cultural rights Report submitted by Katarina Tomaševski, Special Rapporteur on the right to education, Mission to Turkey, 3-10 February 2002", 2002, s. 9, 16 no'lu paragraf;

Eğitim hakkına ilişkin kapsamlı değerlendirmeler ve eğitimde hak temelli yaklaşım için bkz. ATAY, Mesude, "Okullarda Eğitimin Amacı, Yöntemi ve İçeriği", **Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar, Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi**, Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2009, s. 101-148.

31 Burada kamu hukuku-özel hukuk ayırımına ve bu ayırımı reddeden tartışmalara girilmemiştir. Ancak konu Roma hukukuna kadar geri götürülebilir; öte yandan kamu ve özel hukuk ayırımı daha çok kıta Avrupası ülkelerinde bulunmaktadır. Anglo-amerikan sistemlerinde hukuk kamu hukuku ve özel hukuk olarak ikiye ayrılmamaktadır. Tartışmalar için bkz. GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 9. Baskı, Bursa, Eylül 2012, s. 63-68; GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, Eylül 1999, s. 90 vd.; SHIMAN, Chaim, "Public Law, Private Law, an Legal Science", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 56, No. 3, Special Symposium Issue, Beyond the State: Rethinking Private Law, Summer, 2008, s. 691-702.

32 Bununla birlikte kamu hukuku-özel hukuku ayırımına ilişkin ölçütlerle de eğitim hukukunun, kamu hukukunun alt disiplini olması gerektiği sonucuna ulaşılır. Kamu hukuku-özel hukuku ayırımına uygulanan ölçütler için bkz. GÖZLER, 2012, s. 70-74.

33 Bu ölçütler, menfaat ölçütü, egemenlik ölçütü, irade hürriyeti ölçütü, eşitlik ölçütü, böl ve yönet ilkesine dayanan pragmatik ölçüt. GÜRİZ, 1999, s. 92-93.

34 Gözler, kamu hukuku-özel hukuku ayırımının daha çok pedagojik ve iş bölümü nedeniyle yapıldığını belirtmiştir. GÖZLER, 2012, s. 69. Birçok yazar da Türkiye'deki hukuk fakültelerinde gelenek-

Eğitim hukukunun kamu hukuku içerisinde değerlendirilmesinin en önemli gereği kuşkusuz eğitimin hak ve özgürlük boyutudur. Kamu hukuku disiplini, otorite ve özgürlük arasındaki ilişki ve dengeyi hem teorik açıdan hem de belli bir devlet düzeni bakımından somut olarak inceler³⁸. Bu nedenle eğitim hukuku genel teorisinin, mevcut yasal düzenlemeleri ve uygulamaları, eğitim hakkı, eğitim özgürlüğü ve eğitimde eşitlik olgularını temel alacak şekilde eleştirmesi ve bu yönde geliştirmesi, ancak bununla birlikte otorite ve özgürlük dengesi bakımından da ele alabilmesi gerekmektedir.

Eğitim hakkı, eğitim özgürlüğü ve eğitimde eşitlik olguları bireyler ile devlet arasındaki alanda olduğu kadar özel kişiler arasında da gerçekleşebilir. Bu nedenle hak temelli bir yaklaşım, söz konusu eğitim kurumu özel yada vakıf olsa dahi, üstlenilen etkinlik gereği bireylerin yararına sonuçlar ortaya çıkartabilecektir. Bu açıdan hukukun eğitimi, insanın, insansal bir kültürün içinde kendi doğasını gerçekleştirme ideali olarak ele alması, eğitimi bir doktrin yada bir inancın doğrultusunda araç haline getirmekten koruyacak tek çare olarak ortaya çıkmaktadır³⁹.

Son olarak eğitim hukukunun kamu hukuku disiplininin bir alt dalı olmasının gerekçesi olarak sosyal devlet olgusu da belirtilebilir. Özellikle Fransız Devrimi'nin ardından gelişen ve Avrupa'daki devletlerin anayasa ve yasalarında yer almaya başlayan "kamusal eğitim"⁴⁰, eğitimin herkes için zorunlu, parasız ve laik olmasını ve devlet tarafından üstlenilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴¹. Bu anlayışa paralel olarak, özellikle 20. yüzyıldan itibaren ekonomik ve sosyal haklar anayasalarda yer almaya başlamıştır. Ailenin korunması, eğitim hizmetleri, çalışma hayatı, sağlık işleri, sosyal güvenlik gibi ödevlerin çoğalması, söz konusu ödevlerin

yerine getirilebilmesi için devlete yeni yetkiler tanınmasını da gerekli kılmıştır⁴². Ancak 80'li yılların ardından daha önce kamu hukukunun konusu olarak değerlendirilen bazı alanlar -örneğin kamu hizmetleri alanı- özel hukuka ilişkin ilkelerle yorumlanmaya başlanmış ve bir çok alanda ekonomik bakı açısı hakim yaklaşım olarak benimsendiği için -ki eğitim ve özellikle yükseköğretim bu alanlardan en başta gelenleridir- eğitim hakkı ve özgürlüğü tek yönlü olarak ele alınmaya ve eğitim giderek özelleştirilmeye başlanmıştır⁴³. Bununla birlikte 1961 Anayasası döneminde daha çok devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir ödevi olarak ele alınan eğitim hakkı, 1982 Anayasası döneminde "Kimse eğitim ve öğretim hakkından yoksul bırakılamaz." ifadesi ile düzenlenmiştir. Bu açıdan 1961 Anayasası'nın özellikle eğitimde eşitlik bakımından daha üstün bir ifadeye sahip olduğu söylenebilecektir⁴⁴.

Eğitimde özelleşme ve ardından gelen ticarileşmenin insanları birer meta -eğitim öğretim personelinin bilgi işçisi, öğrencileri ise müşteri- haline dönüştürdüğü 21. yüzyılda⁴⁵ temel bir eğitim hukuku teorisi ve söz konusu teorinin dayandığı temel ilkeler eğitime ilişkin kavramları sağlamlaştırabilecek ve böylelikle belli bir soruna insan ve hak temelli bütünsel bir bakış açısı ile ışık tutabilecektir.

4. Eğitim Hukukunun Konusu

Eğitim hukukunun konusunu idare hukuku, anayasa hukuku, genel kamu hukuku ve eğitim bilimlerinin kesiştiği konular oluşturmaktadır. Eğitim hukuku kapsam bakımından oldukça geniş bir alandır. Şöyle ki, eğitim yalnızca okul aracılığıyla yapılan değil, aynı zamanda örgütsüz olarak serbest biçimde dinamik olarak da yapılan bir süreçtir.

nel Başkanlığı Görüşleri, "Vakıf Üniversitesi'nin 217 sayılı KHK kapsamına girip girmediğine ve söz konusu Üniversitede çalışanların statüsünün belirlenmesine ilişkin.", Tarih: 07.10.2009, Sayı: 17769, erişim adresi: <http://www.dpb.gov.tr/dpbgorusmenu45.htm>; erişim tarihi: 07.12.2012; söz konusu tartışma için bkz. GÖZÜBÜYÜK, TAN, **2006**, s. 180, 181, 183.

38 GÜRİZ, **1999**, s. 95-96.

39 TANİLLİ, **2004**, s. 14.

40 Kamusal eğitimden kasıt, eğitimin ilk ve ortaçağların aksine, ailenin yada küçük grupların tekelinde değil, devletin tekelinde olması anlamında kullanılmaktadır. AKYÜZ, **1981**, s. 62 vd.

41 TANİLLİ, **2004**, s. 20-21; AKYÜZ, **1981**, s. 68-69.

42 GÜRİZ, **1999**, s. 95; ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 37.

43 ÇEÇEN, Anıl, "Küresel Emperyalizm Eğitimi Ticarileştiremez", **Gazete Vatan Emek**, 21 Mayıs 2011, "Eğitimin bir kamu hizmeti olmaktan çıkartılarak ticari faaliyete dönüştürülmesi, toplumların geleceğini ciddi boyutlarda tehlikeye atmıştır. Eğitimin başlıca hedefinin geleceğin kuşaklarını en üst düzeyde yeterli ve başarılı bir düzeyde yetiştirmek olması gerekirken, eğitim alanına girmiş olan özel sektör kuruluşlarının kısa vadede azami kazanç yönelmeleri nedeniyle, devletin kalkınma planlarında yer alan eğitim ile ilgili hedefler geri planda kalmıştır.

44 ALGAN, **2007**, s. 266.

45 TANİLLİ, **2004**, s. 26.

Eğitim, ailede, okulda, okulun dışında, meslek yaşamında da devam ederek yaşamın bütününe kapsar. Ancak okul, örgütlenmiş ve tanımlanmış bir araçtır ve asla tek eğitim kurumu olma iddiasında değildir. İşte eğitim hukuku aslında, okul hukukunu da içine alan ancak ondan daha geniş bir alanı kapsayan bir hukuk dalıdır⁴⁶. Bu açıdan ilk olarak ailede başlayan eğitim ile ilgili konular her ne kadar çocuk hukuku olarak ayrı bir hukuk dalı şeklinde geliştirse de⁴⁷, özellikle ailenin çocuk üzerindeki hakları, din eğitimi yada ana dilde eğitim gibi gerilimli alanlarda çocuk merkezli bakış açısının, eğitim felsefesinin, anayasa hukuku ve insan haklarının verilerinden de, genel bir eğitim hukuku teorisinin çatısı altında, yararlanılması gerekir. O halde geniş anlamda eğitim hukukunun konusunun örgütlü eğitimi aştığı, insanın eğitimi ile ilgili bütün alanları kapsadığı söylenebilir. Böylelikle Medeni Kanun'un Aile Hukuku kısmındaki çocuğa ilişkin hükümleri, çocuk hukuku ve okul hukuku⁴⁸ ile yaşam boyu süren eğitim etkinliğine ilişkin her türlü konu eğitim hukukunun konusunu oluşturur.

Dar anlamda eğitim hukuku ise daha teknik bir alanı işaret eder. Dar anlamda eğitim hukuku, örgün ve yaygın eğitim sisteminin içinde yer alan ve kurumsallaşmış eğitim kurumlarına ilişkin düzenlemeleri inceleyen, boşlukları gideren ve aksayan yönlerine çözümler üreten bir hukuk dalıdır. Bu açıdan, okul öncesi eğitim kurumları (anaokulu, kreş, vb.), ilkökul, ortaokul, lise, meslek liseleri ve mesleki eğitim olgusu, üniversiteler, diğer yükseköğretim kurumları, uzaktan eğitim, açık öğretim, yaşam boyu eğitim gibi kurumsallaşmış eğitimi düzenleyen ulusal ve uluslararası belgelerdeki bütün kuralları inceler ve sistemli olarak açıklar⁴⁹. Dar anlamda eğitim hukuku denildiğinde aslında daha çok pozitif hukuka ilişkin bir alan anlaşılır. Örgün ve yaygın eğitim kurumlarının örgütsel yapısı, bunların iç işleyişi, yönetim şekilleri, organları arasındaki ilişkiler⁵⁰, bunların yetki ve ödevle-

ri, öğretmen ve öğrenci gibi doğrudan okul içinde bulunan ve veli gibi doğrudan okul içinde bulunmayan kişilerin hukuki durumunu düzenleyen hukuk kuralları, eğitim-öğretim masraflarını karşılayan kişilerin (dernek yada vakıflar) hukuki statüsü, yetki ve ödevleri, söz konusu eğitim kurumlarının denetimine ilişkin hukuk kuralları, özel kişilerin eğitimi, dar anlamda eğitim hukukunun konusunu oluşturur⁵¹.

Ancak eğitim hukukunun sistemli bir teori geliştirebilmesi için yukarıda bahsedilen inceleme alanının ötesine geçilmesi yada geniş anlamda eğitim hukukundan söz edilmesi gerekmektedir. Çünkü eğitimin insan hakkı ve insan koşulu olması, eğitime ilişkin yasal düzenlemelerin yorumlanacağı yada eleştirileceği zaman, onun anayasalarda yer alan bir takım ve hak ve özgürlüklerle olan ilişkisini ortaya çıkartır.

5. Eğitim Hukuku Genel Hükümler-Eğitim Hukuku Özel Hükümler Ayrımı

Eğitim hukukuna ilişkin genel bir teori oluşturulmasında tıpkı ceza yada borçlar hukukunda olduğu gibi eğitim hukuku genel hükümler ve eğitim hukuku özel hükümler şeklinde bir ayrıma da gidilebilir⁵². Örneğin ceza hukukunun genel kısmı, ceza hukukuna hakim olan genel ilkeler, suç kavramının tanımı, ceza kavramının tanımı, suçu ortadan kaldıran nedenler, cezayı azaltan ve ortadan kaldıran nedenler gibi bütün suçlar için ortak olan ilke ve teoriler ile ilgilidir. Özel kısmı ise hukuk düzeni tarafından yasaklanan fiillerin bir tablosunu ortaya koyar⁵³. Eğitim hukuku da benzer şekilde düşünülebilir.

Genel eğitim hukuku (ya da eğitim hukuku genel hükümler) denildiğinde eğitim hukukuna ilişkin temel kavramları ilkesel bir biçimde düzenleyen ve tüm eğitim sistemine ve eğitim olgusuna ilişkin genel ilkeleri belirleyip, alana özgü kavramları yeknesak bir biçimde açıklayan kısım kastedilmektedir. Bir başka ifade ile eğitime özgü farklı alanların tümü için geçerli olabilecek

46 AKYÜZ, 1981, s. 37.

47 AKYÜZ, 1981, s. 38; ÇİFTÇİ, 1993, s. 32.

48 ÇİFTÇİ, 1993, s. 32.

49 ÇİFTÇİ, 1993, s. 32.

50 Örneğin bu konuya ilişkin üniversitelerde rektörlük seçimleri, senato ve mütevelli heyeti gibi organların oluşumu ve yetkileri gibi konularda ana tartışma noktası genel bir eğitim hukuku bakış açısından yürütülmemektedir. Özellikle üniversite özerkliğinin dahi tartışmalı olduğu ülkemizde, yükseköğretim hukuku denildiğinde de yalnızca yükseköğretime ilişkin yasal düzenlemeler anlaşılacak

tadır ve üniversite kavramına, yükseköğretim olgusuna ana niteliğine, bilim ve sanat özgürlüğüne, yada kamu hukuku tüzel kişiliğine ilişkin felsefi tartışmalara, somut sorunlara çözümler aranırken hiç değinilmemektedir.

51 ÇİFTÇİ, 1993, s. 32-33.

52 LINDNER, 2009, s. 307.

53 TOROSLU, Nevzat, EREM, Faruk, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, 2000, s. 3 vd.

temel ilkesel kurallar, örneğin eğitimin finansmanı, eğitim-öğretime giriş, eğitim kurumlarının örgütü, sınav olgusu⁵⁴ eğitim hukukunun genel hükümleri kısmında yer alacaktır⁵⁵. Tüm eğitime ilişkin olarak “eğitim adaleti”ni de genel bir eğitim hukuku teorisi sağlayabilecektir⁵⁶. Örneğin eğitime giriş yada eğitimden faydalanma olguları bütün eğitim aşamaları için söz konusudur. Bu açıdan ülkemizde ilkokul, ortaokul, lise ve yükseköğretim açısından farklı uygulamalar bulunsa da “eğitim-öğretime giriş”, “eğitim-öğretimin finansmanı”, “eğitim-öğretimde sınav ve değerlendirme”⁵⁷, “eğitim çalışanları”, “eğitimin tanımı”, “eğitim-öğretim yapıları”, “eğitim kurumları organizasyonu” şeklinde temel kavramlar, farklı eğitim kademelerine ilişkin farklı yasal düzenlemelerdeki karmaşıklığı giderebilir ve tıpkı ceza hukuku yada borçlar hukukunda olduğu gibi **eğitim alanının tümüne yönelik ortak ilke ve teoriler** geliştirilmesini sağlayabilir⁵⁸.

Özel eğitim hukuku (ya da eğitim hukuku özel hükümler) ise, farklı eğitim alanlarına ilişkin, özel konulardaki hükümleri içeren kısımdır. Örneğin bu açıdan ilköğretim, orta öğretim, yükseköğretim veya özel öğretim kurumları hakkında ayrı yasalar söz konusu olabilir.

54 Özellikle sadece sınav olgusunun dahi oldukça tartışmalı olduğu Türkiye’de sınavlara ilişkin temel bir anlayış ve ilke düzenlenebilir. Örneğin, eğitim-öğretime giriş sınavları, meslek sınavları, kamu kurumlarına giriş sınavları, yabancı dil sınavları, vb.

55 LINDNER, 2009, s. 307.

56 LINDNER, 2009, s. 308.

57 Örneğin not tespiti uyumsuzluklarında doktrinde oldukça farklı görüşler bulunmaktadır. Bu açıdan sınav olgusuna ilişkin temel bir kavramlaştırma yasal düzenlemelerde yapılabilir ve söz konusu düzenleme fırsat eşitliği olgusu ile eğitim adaletine yönelirse öğrencilerin mağduriyetleri en aza indirilebilir. Şöyle ki, not tespiti uyumsuzluklarında genellikle dava sonuçlanıncaya kadar öğrenci ilgili dersi diğer dönem geçmekte yada mezuniyet aşamasına gelmekte ve böylelikle öğrenci mağdur olmaktadır. Öte yandan okulda öğrenci ve öğretim elemanı ilişkisi açısından da -bir uyumsuzluğun iki tarafı olarak- eğitim/öğretim etkinliğindeki olumsuz psikolojik boyut da göz ardı edilmemelidir. Konuya ilişkin önemli örnek olaylar ve doktrindeki farklı görüşler hakkında bkz. BİLGİN, Hüseyin, SEZER, Yasin, “Not Tespit Davaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 81, Yıl: 2009, s. 1-36.

58 Türkiye’de 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu bulunmaktadır. Söz konusu yasa, Türk millî eğitiminin düzenlenmesinde esas olan amaç ve ilkeler, eğitim sisteminin genel yapısı, öğretmenlik mesleği, okul bina ve tesisleri, eğitim araç ve gereçleri ve Devletin eğitim ve öğretim alanındaki görev ve sorumluluğu ile ilgili temel hükümleri bir sistem bütünlüğü içinde kapsar (Madde 1). Ancak yukarıda açıklandığı üzere yasanın bu hali eğitim hukukuna ilişkin genel hükümler getirmek açısından yetersizdir.

Eğitim hukuku alanında daha da ileri gidilirse yalnızca eğitim ve öğretim alanındaki uyumsuzluklara bakmakla görevli, idari yargı koluna dahil olmak üzere ayrı “eğitim mahkemeleri” kurulması düşünülebilir. Çünkü eğitim-öğretime ilişkin uyumsuzluklar idari yargı kararlarının azımsanmayacak bir çoğunluğunu oluşturmaktadır⁵⁹.

6. Eğitim Hukuku Bakış Açısı Nasıl Fark Yaratabilir?

Türkiye’de ayrı bir eğitim hukuku genel teorisinin olması ve eğitim hukuku adıyla ayrı bir hukuk dalının olması öncelikle alana özgü temel ilkelerin gelişmesini ve bu ilkelerin politika belirleyiciler, hukuk uygulayıcıları ve eğitimciler tarafından her koşulda dikkate alınmasını sağlayacaktır.

Belli bir hukuk dalına ilişkin temel ilkeler çoğu zaman yargıçlar tarafından yorum yolu ile ya tek bir hukuk kuralından yada düzenin birkaç kuralının içinden çıkartılırlar⁶⁰. Ancak buna ek olarak söz konusu hukuk kurumunun ruhundan ortaya çıkan ilkeler (kamu hizmetinin sürekliliği), söz konusu kurumun veya ilişkini niteliğinden, özünden ve sosyo-ekonomik işlevinden gelen ilkeler (tehlîke sorumluluğu), uygarlık ve insanlığın ortak ideallerinden ortaya çıkan ilkeler ve toplum içindeki ahlaki ilkelerden doğan ilkeler de (hakkın kötüye kullanılması yasağı) bulunmaktadır⁶¹.

Bu doğrultuda eğitim hukukuna ilişkin olarak, eğitimde adaleti sağlamaya yönelik temel ilkenin “eğitim eşitliği” ilkesi olduğu söylenebilir. Eğitim eşitliği genel bir kavram olarak hem fırsat eşitliğini hem de maddi olanak eşitliğini kapsamaktadır. Şöyle ki, fırsat eşitliği negatif

59 TAN, 1994, s. 409, dipnot 2, “öğrenci ve öğrenim işleri” ile ilgili olarak Danıştay’da açılan dava sayısı 1967’de 340 iken bu sayı 1973’de 6672’ye yükselmiştir. Gene aynı konuda idare mahkemelerinde açılan dava sayısı 1990 yılında 27628 ile tüm davaların %26’sını oluşturmakta ve kamu görevlilerine ilişkin davalardan sonra ikinci sırayı almaktadır. Bu tür davaların özellikle sınav dönemlerinde dikkat çekici biçimde artış gösterdikleri bir gerçektir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi Başkanının açıklamalarına göre, yalnızca 1.9.1989-14.10.1989 tarihleri arasında açılan dava sayısı 3500’dür. Yalnızca sınavlarda not değerlendirme işlemleri hakkındaki uyumsuzluklar bile oldukça fazladır. Ankara İdare Mahkemesinde 2000 yılında açılan 17565 davadan 535 tanesi öğrenci not tespit davası olup, söz konusu bu dava miktarının toplam dava miktarına oranı %3.05 iken, 2001 yılında açılan 18383 davadan 721 tanesi öğrenci not tespit davasıdır ve bu miktarın toplam dava miktarına oranı ise %3.92’dir. BİLGİN, SEZER, 2009, s. 34.

60 KEYMAN, 2005, s. 99.

61 KEYMAN, 2005, s. 100.

statü hakkı olan öğrenme ve öğretme konularında devletin kişilere müdahale etmemesini öngörür; buna karşılık olanak eşitliği de pozitif bir statü hakkı olarak devletin kişilere, söz konusu haklarını kullanabilmeleri için olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğünü yükler⁶². Hukuksal açıdan insanların eğitime erişiminde yasal herhangi bir engel olmamasına rağmen, olanak eşitsizliği nedeniyle eğitimde eşitliğin sağlanamadığı ve insanların eğitimden eşit şekilde yararlanamadığı söylenebilecektir. Bir hakkın kullanılabilmesi için insanlara mutlaka o hakkı kullanabilecekleri olanakların sağlanmış olması gerekmektedir⁶³. Örneğin Almanya’da üniversitenin hukuksal temeline ilişkin yapılan tartışmalarda, üniversitenin “kurumsallaşmış bilim özgürlüğü” olduğu ve devlet tarafından insanlara bilimi gerçekleştirebileceği madde olanakların ve bu etkinliğin gerçekleşeceği kurumların sunulmaması halinde, bilim özgürlüğünün de tam olarak gerçekleşemeyeceğinden söz edilmektedir⁶⁴.

Öte yandan eğitimde eşitlik ilkesine ilişkin olarak da çok farklı tartışmalar bulunmaktadır. Özellikle fırsat eşitliğinin, eğitim sistemine giriş eşitliği, sistem içerisindeki işleme süreçlerinde eşitlik ve üründe eşitlik ilkelerini kapsadığı ve eğitimdeki fırsat eşitliğinin toplumdaki sosyal, ekonomik ve mesleki fırsat eşitliğinden ayrı düşünülemez⁶⁵. Yine benzer doğrultuda sınavlardaki değerlendirme ve ölçme

eyleminin niteliği ve değerlendirmede eşitlik ilkesi de, eğitimde eşitlik ilkesi doğrultusunda tartışılmakta ve öğrencinin başarısına karar verecek olan eğitim-öğretim personelinin değerlendirmede bulunurken, bazı durumlarda söz konusu personelde bilinçaltından gelen bir takım yanlılıkların otomatik olarak var olabileceği vurgulanmaktadır⁶⁶.

Anlaşılabacağı üzere yalnızca tek bir ilkedен yola çıkılarak dahi, sistem içerisindeki çok farklı konular, temel hedef olan eğitim adaletini gerçekleştirecek bir biçimde düzenlenebilir.

Sonuç

Türkiye’de dar anlamda eğitim hukuku olarak adlandırılan eğitime ilişkin yasal düzenlemeler oldukça fazladır. Bunların hepsine burada yer vermek mümkün değildir. Belli başlıları, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu, 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu’dur. Yalnızca millî eğitim ile ilgili 25 yasa bulunmaktadır. Bu mevzuata yükseköğretim alanına ilişkin olan yasalar da eklenince sayı oldukça artmaktadır. Doğrudan eğitime ilişkin olmayan yasalarda da eğitim sistemine, özellikle personeline ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, köy muhtarlarına öğretmenlere yardımcı olma yükümlülüğü getiren 442 sayılı Köy Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu yada 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu gibi yasalarda da eğitime ilişkin hükümler bulunmaktadır. Yasalara ek olarak, Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, çeşitli tüzükler, Bakanlar Kurulu Kararları, yönetmelikler, yönergeler, genelgeler, usul ve esaslar ile tebliğler de oldukça fazla sayıdadır⁶⁷. Ancak çok sayıda ve dağınık yasal düzenlemeler çalışmada kısmen değinilmeye çalışılan bazı sorunlara ilkesel düzeyde çözümler üretmeye yetmemektedir. İşte genel bir eğitim hukuku teorisinin gelişmesi ile birlikte eğitime yönelik olgulara ilişkin temel ilkeler belirlenebilir. Örneğin

62 AKYÜZ, 1981, s. 60-61; ÇİFTÇİ, 1993, s. 44-46.

63 ZORALOĞLU, Yunus, “Eğitimde Fırsat Eşitliği ve Üniversite Giriş Sınavları”, *Dosya*, Yaz-Güz, 1998, s. 64.

64 DETMER, Hartmer (Hrsg.), *Hochschulrecht, Ein Handbuch für Praxis*, 2. Auflage, C.F. Müller Wissenschaft, 2011, s. 12-13; THLEME, Werner, *Deutsches Hochschulrecht*, 2. Auflage, München, 1986, s. 89;

BVerfGE 35, 79 künyeli kararda, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesi, bütünlük arz eden bir sistem ve örgüt olmadan, özellikle doğa bilimleri alanında araştırma ve bilim yapma olanağının günümüzde mümkün olamayacağından ötürü, devlet, insanlara bilim özgürlüğünden faydalanabilmeleri adına, bu amaca yönelik kurumlar oluşturmakla yükümlüdür. Hatta üniversiteyi “kurumsallaşmış bilim yada bilimin kurumsallaşması” olarak tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır. Bir başka ifade ile üniversite, devletin, bireylerin bilim özgürlüğünün tam anlamıyla gerçekleşebilmesi ve bireylerin bilim özgürlüğünden tam anlamıyla yararlanabilmeleri için, bir pozitif edimde bulunma yükümlülüğü sonucu oluşturmuş olduğu bir kurumdur.

65 KARASAR, Niyazi, “Eğitimde Fırsat Eşitliği-Avrupa Eğitim Araştırmaları Merkez Başkanları Üçüncü Kolokyumundan İzlenimler”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 1979, s. 204.

66 KARASAR, 1979, s. 206.

67 Tüm bunlara erişim için bkz. <http://www.meb.gov.tr/mevzuat/>.

değerlendirme ve ölçme olguları felsefi ve sosyolojik açılardan irdelenerek genel olarak "sınav" olgusuna yönelik ilkesel bir düzenleme temel eğitim kanununda yer alabilir. Yine benzer biçimde devamlı tartışılan üniversite özerkliğinin neyi ifade ettiği de ilkesel düzeyde yükseköğretim kanununda yer alabilir.

Eğitim hukuku alanında hukukçuların ve eğitim bilimcilerinin teorik ve pratik alanda iş birliği içerisinde çalışarak genel bir eğitim hukuku teorisi oluşturma çabaları, eğitim adaletinin gerçekleştirilebilmesi için bir gerekliliktir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYÜZ, Emine, **Eğitim Hukuku**, Ankara Üniversitesi, Eğitim Fakültesi, Eğitim Araştırmaları Merkezi, 1981, Ders Notu.
- ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 35, 79.
- ATAY, Mesude, "Okullarda Eğitimin Amacı, Yöntemi ve İçeriği", **Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar, Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi**, Sabancı Üniversitesi, Yelken Basım, İstanbul Mart 2009.
- BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I- Genel Konular**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970/72.
- BİLGİN, Hüseyin, SEZER, Yasin, "Not Tespit Davaları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 81, Yıl: 2009, (s. 1-36).
- ÇEÇEN, Anıl, "Küresel Emperyalizm Eğitimi Ticarileştiremez", **Gazete Vatan Emek**, 21 Mayıs 2011.
- ÇİFTÇİ, Ahmet, **Türk Eğitim Hukuku**, Ankara, 1993.
- Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 1982 / 2644, Karar No: 1983 / 106, Tarih: 24/01/1983.
- Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 1991 / 4571, Karar No: 1992 / 2237, Tarih: 26/05/1992.
- DETMER, Hartmer (Hrsg.), **Hochschulrecht, Ein Handbuch für Praxis**, 2. Auflage, C.F. Müller Wissenschaft, 2011.
- Devlet Personel Başkanlığı Görüşleri**, "Vakıf Üniversitesi'nin 217 sayılı KHK kapsamına girip girmediğine ve söz konusu Üniversitede çalışanların statüsünün belirlenmesine ilişkin.", Tarih: 07.10.2009, Sayı: 17769, erişim adresi: <http://www.dpb.gov.tr/dpbgorusmenu45.html>; erişim tarihi: 07.12.2012.
- Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar, Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi**, Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2009.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, 5. Baskı, Bursa, Şubat 2007.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 9. Baskı, Bursa, Eylül 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref A., **Yönetim Hukuku**, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref A., TAN, Turgut, **İdare Hukuku-Genel Esaslar**, 4. Baskı, Ankara, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006.
- GÜL, İbrahim, "Eğitim Hukuku", **19 Mayıs Üniversitesi Uzaktan Eğitim Merkezi**.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- İNAL, Kemal, **Eğitim ve İktidar-Türkiye'de Ders Kitaplarında Demokratik ve Milliyetçi Değerler**, Ütopya Yayınevi, 1. Baskı, Nisan 2004.
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, Eylül 1999.
- KANT, Immanuel, **Eğitim Üzerine-Ruhun Eğitimi-Ahlak Eğitimi-Pratik Eğitim**, Çev: Ahmet Aydoğan, Say Yayınları, 1. Baskı, 2007.
- KARASAR, Niyazi, "Eğitimde Fırsat Eşitliği-Avrupa Eğitim Araştırmaları Merkez Başkanları Üçüncü Kolokyumundan İzlenimler", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 1979, (s. 203-211).
- KEYMAN, Selahattin, **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2005.
- LINDNER, Josef Franz, "Was ist und weshalb brauchen wir eine Theorie des Bildungsrechts"? , **Die Öffentliche Verwaltung**, Heft 8, 2009, (s. 306-311).
- Milli Eğitim Mevzuatı için: <http://www.meb.gov.tr/mevzuat/>.
- ÖZTÜRK, Nazım, "İktisadi Kalkınmada Eğitimin Rolü", **Sosyo-Ekonomi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ocak-Haziran, 2005-1, (s. 27-44).
- PLESSNER, Helmut (1961), **Die Frage nach der conditio humana, Gesammelte Schriften Bd. VIII**, hg. von G.Dux, O.Marquard und E.Ströker, Frankfurt / Main 1983.
- ROSOVSKY, Henry, **Üniversite-Bir Dekan Anlatıyor**, 18. Baskı, Tübitak Popüler Bilim Kitapları (Çeviren: Süreyya Ersoy), Şubat 2008.
- SHIMAN, Chaim, "Public Law, Private Law, an Legal Science", **The American Journal of Comperative**

- Law**, Vol. 56, No. 3, Special Syposium Issue, Beyond the State: Rethinking Private Law, Summer, 2008, (s. 691-702).
- TAN, Turgut, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1-4, Cilt: 51, Ocak-Aralık 1994, (s. 409-423).
- TANİLLİ, Server, **Nasıl Bir Eğitim İstiyoruz?**, Adam Yayınları, 1. Basım, Ekim 2004.
- THIEME, Werner, **Deutsches Hochschulrecht**, 2. Auflage, München, 1986.
- TOMAŠEVSKI, Katarina, "Economic, social and cultural rights" Report submitted by Katarina Tomaševski, Special Rapporteur on the right to education, Mission to Turkey, 3-10 February 2002", 2002.
- TOROSLU, Nevzat, EREM, Faruk, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, 2000.
- TUNCAY, Aydın H., **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Yayımı, Ankara, 1972.
- UNESCO 'nun başlattığı "Açık Eğitim Kaynakları" girişimi için: <http://iite.unesco.org/pics/publications/en/files/3214680.pdf>.
- WADEGAONKAR, Damodar, "The Fundamental Principles of Space Law", **The Orbit of Space Law**, Stevens & Sons, London, 1984.
- YAYLA, Ahmet, "Eğitim Kavramının Etik Açısından Analizi", **Yüzüncü Yıl Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt: II, Sayı:1, Haziran 2005.
- Yükseköğretim yasa taslağı önerisi için: <http://yeniyasa.yok.gov.tr/files/b494b17ff7566b86ef17f23893baa909..pdf>.
- ZORALOĞLU, Yunus, "Eğitimde Fırsat Eşitliği ve Üniversite Giriş Sınavları", **Dosya**, Yaz-Güz, 1998, (s. 64-69).

Üniversite Özerkliğinin Değişen Tanımı ve Üniversitelerin Yeniden Yapılandırılması

Araştırma

Bilge BİNGÖL*

*Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD.
(Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Public Law)
(E-Posta: bilge.bingol@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

Üniversiteler her dönemde devletlerin en çok ilgilendiği kurumlardan olmuştur. Yalnızca ülkemizde değil, tüm dünyada yükseköğretime ilişkin gerçekleştirilen tüm reformlar önemli toplumsal olayların yada dönüşümlerin ardından gerçekleştirilmektedir. Özellikle hükümetler değiştikçe, yeni gelen hükümetin öncelikli olarak reform gerçekleştirdiği alan da genel olarak eğitim, özelde yükseköğretim olmaktadır. Bir kurum olarak üniversite 21. yüzyıl ile birlikte artık anlam değiştirmekte ve yeni bir içeriğe kavuşmaktadır. Devlet ve toplum olgularının birbirinden ayrılması, üniversitelerin topluma hesap verebilir olmaları, belli kalite standartlarını sağlayamayan ve "toplum"a hizmet etmeyen üniversitenin meşruiyetini yitirmesi, üniversitelerin kurumsal geleceklerinin kısa dönemli hükümet politikalarına bağlı olması bir çok ülkede gözlemlenen durumlardır. Yazı, üniversitenin değişen yapısını, söz konusu yapının dayandığı bilgiye dayalı ekonomi olgusunu ve bu bağlamda yeniden tanımlanan üniversite özerkliğinin tıpkı hiper-gerçeklik teorisini doğrular nitelikte nasıl aslında onun anlamı ile bağdaşmayan bir içeriğe kavuştuğunu ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Üniversite özerkliği, üniversite kurumu, bilgiye dayalı ekonomi, özelleşme, piyasalaşma.

ABSTRACT

THE CHANGING DEFINITION OF UNIVERSITY AUTONOMY AND RECONSTRUCTION OF UNIVERSITIES

The universities have always been one of the institutions that states are interested in most. Not only in Turkey, also worldwide, all the reforms on higher education are being made after the major social events or transformations. Especially when the governments change, the first field which the new government makes reform is in generally the education field and particularly the higher education field. The university as an institution in the 21st century is starting to have a new meaning. In a lot of countries, it can be observed that, the society concept has been trimmed away from the state concept, the universities have started to be accountable to the society and therefore the universities have started to lose their legality unless they serve "the society", the institutional future of the universities are dependent much more to the short-term policies of the current governments. The article aims to reveal that the university autonomy concept has gained a new meaning which is contrary to the real university concept like proving the hyper-reality theory and aims to discuss the changes on the structure of the university by observing the knowledge based economy on which the new structure of the university depends.

Keywords

University autonomy, university institution, knowledge based economy, privatization, marketization.

Önsöz

Hiçbirşeyin Krallığı ve İnsanimsılar

Hayat denilen şey bir sarkaçtır; o bir sağa, bir sola, bir ileri, bir geri; yani aslında 360 derecelik bir alanda yer alan noktalardan herhangi birine doğru gidebilir. Gidip tam aksi yönünde geri gelebilir. Yani sallanır. Sürekli hareket halindedir. Bu bazen rüzgara bağlıdır. Bazen de sizin itiş gücünüze.

İnsan denilen ise cıvık bir çamurdur; onu bir şeyler şekillendirir; bazen kare, bazen yuvarlak, bazen üçgen, bazen de kendine özgü değişik bir biçim alabilir. Suyu çok katarsanız hiç şekil almayabilir de; güneşte fazla kalırsa kurur ve şeklini onu kırmadan değiştiremezsiniz. Bazen bu yağmura bağlıdır. Bazen de sizin kendinizi şekillendirme gücünüze ve yağın yağmurla ahenginize.

Dünya'ya ait ne varsa aslında insanı insan, hayatı hayatı yapandır. Bir çiçek açtığında onun özünü yakalayabilmek için toprağa ve gökyüzüne aynı anda bakabilmek ve anlayabilmek gereklidir. Bu anlayabilme eylemi için öncelikle gözleri açmak ve merakla etrafı süzmek gereklidir. Bu olmazsa açan çiçek de fark edilmez, onu besleyen toprak ve gökyüzü de... İnsan bunları yapmadığında neleri kaybettiğinin de farkında olamaz ne yazık ki... İçindeki boşluk büyür de büyür. O boşluk "hiçbir şeyin kralındaki" gibi karmaşık bir hal alır.

Hiçbirşeyin kralının diğer adı ego kralıdır. Bu kral sürekli büyür ve sürekli büyümesine rağmen kendine bakılmasını yasaklar. Ancak sürekli büyüdüğü için bir süre sonra her yeri hava gibi kaplar ve ona bakılmaması mümkün olamaz. Bu da, hiçbirşeyin krallığında yaşayan herkesin doğuştan elinde olmadan suç işlemesi ve doğduğu andan itibaren yaptırımı tabi olması gerekliliği gibi bir sonuç doğurur.

Eleştiri denilen şey ise bir şarkıdır; o her türden insana hitap edebilir de, çoğu insanın nefret ettiği ancak bazılarının çok sevdiği bir tını içerebilir de... İletişime açık olmak öncelikle "Hiçbirşeyin Krallığını" terk etmekten geçer. Sürekli büyüyen egoya karşı çıkışı içerir. Ona direnerek, açan çiçeğin özünü görebilmeyi gerektirir. Yoksa zalimlik doğar. Zalimler etrafına zulüm eder. En büyük kayıpları da zaten budur; yani bir insana zulüm etmiş olmaları...

Sonunda "insanimsı" doğar işte böyle, hiçbirşeyin krallığında...

Giriş

Dünyada bütün ülkelerde hükümetler değiştiğinde, yeni gelen hükümetin reform çalışmalarına başladığı öncelikli alanlar hep eğitim ve yükseköğretim olmaktadır. Üstelik hükümet, yasa organında çoğunluğu da elinde bulunduruyorsa, kamu hizmetlerinden, devletin kurumlarının işleyişi ve özerklik derecelerine kadar her alanda değişiklikler gerçekleştirebilmektedir. Ülkemizde yükseköğretim alanına ilişkin gerçekleştirilen her köklü reformun da çok partili yaşama geçiş, askeri darbeler gibi köklü toplumsal dönüşümlerin ardından gerçekleştiği görülmektedir¹. Son olarak da Yükseköğretim Kurulu 5 Kasım 2012 tarihinde yeni bir sistem öngören yasa taslağı önerisini yayınlamıştır².

Üniversiteler içinde bulunduğu toplumlarla hep kararsız ve değişken nitelikte bir ilişki içinde olmuştur. Toplum hem kapsayıcı hem dışlayıcı; toplumu hem eleştiren hem de ona hizmet eden; topluma hem ihtiyaç duyan hem de kendisine toplum tarafından ihtiyaç duyulan nitelikte bir ilişkidir bu³. Ashby bu çelişkili ve değişken kararsızlığı şu şekilde tanımlamıştır: "*Bir üniversite, kendi doğumuna kaynaklık eden fikri yeterince muhafaza edebilecek kadar sabit olmalıdır; ancak aynı zamanda, kendisini destekleyen topluma da uygun kalmak için yeterince sorumluluk duymalıdır.*" Bu

1 Türkiye'de söz konusu köklü değişikliklerin yapıldığı tarihtir şunlardır: 1933 tarihli reform, 1946 tarihli reform ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu, 1973 tarihli reform ve 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu, 1981 tarihli reform ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu. Hatırlanacak olursa bunlardan 1933 tarihli reform "Darülfünun" sözcüğünün kaldırılıp yerine "Üniversite" sözcüğünün kullanılması ve modern Cumhuriyeti'ne uygun yeni bir anlayışta üniversite kurulmasını amaçlamıştır; 1946 tarihli reform aslında çok partili yaşama geçişin ardından gerçekleşmiş ve ana hareket noktası üniversitelerin daha sistemli bir yapıya kavuşturulması ve özerkliği konuları olmuştur; 1973 tarihli reform 1960'lı yıllarda yaşanan toplumsal dönüşüm ve 12 Mart 1971 askeri müdahalesinin ardından gerçekleşmiştir; son olarak 1981 tarihli reform ise 12 Eylül 1980 tarihli askeri müdahalenin ardından yükseköğretim sistemini vesa-yet altına alacak şekilde sıkı bir denetim ve gözetim modeli oluşturmuştur. Detaylı bilgi için bkz. **Cumhuriyetin 75. Yılında Yükseköğretim**, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Yükseköğretim Genel Müdürlüğü, Ankara, 29 Ekim 1998; TİMUR, Taner, **Toplumsal Değişme ve Üniversiteler**, İmge Kitabevi, Ankara, Haziran 2000, s. 229 vd., HATİBOĞLU, Tahir, **Türkiye Üniversite Tarihi**, 2. baskı, Selvi Yayınevi, Ankara, 2000.

2 <http://yeniyasa.yok.gov.tr/?page=yazi&c=90&i=105> ; erişim tarihi: 5 Kasım 2012.

3 BERDAHL, Robert, "Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities", **Studies in Higher Education**, Y. 1990, Vol. 15, No.2, (s.169-180), s. 170.

nedenle, hükümetlerin meşru ihtiyaçları ile üniversitelerin ihtiyaçları arasında bir denge olmak zorundadır: “Çok fazla bir özerklik, üniversitelerin topluma karşısında tepkisiz kalmaları sonucunu doğrulabilir; bunun yanında çok fazla hesap verilebilirlik de gerekli akademik ruhun ve akademik değerler sisteminin yok olmasına yol açabilir”⁴. Burada aslında sorunun, üniversite ile toplum arasında var olması gereken bir işbirliği ile çözülebileceği de söylenebilir⁵. Ancak çelişkili durumlar yalnızca üniversitelerin özerkliği ile toplumun ilişkisine özgü değildir. Günümüzde birçok ülkede daha çok özerklik “sloganı” ile gerçekleştirilen yükseköğretim reformlarının istenilen aksine sonuçlar doğuruyor olması da çelişkili bir durumu yansıtmaktadır. Söz konusu çelişkiye çalışmaları ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir.

Üniversite özerkliğinin değişen tanımının açıklanabilmesi için elbette öncelikle üniversite özerkliğinin ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. Ancak bu da çok kolay değildir. Üniversite özerkliğini tanımlamanın zorluğu yalnızca “özerklik” kavramını tanımlamanın zorluğundan kaynaklanmamakta, aynı zamanda “üniversitelerin özerk olması” ifadesinin tanımlanmasının zorluğundan da kaynaklanmaktadır. Bir başka ifade ile, üniversitelerin özerkliğinin, bir kamu kurumunun özerkliği, hukuk düzeni içerisinde bir özerklik anlayışı, yükseköğretimin kamusal bir hizmet olup olmadığı gibi hususlar ile birlikte düşünülmeli gerekmektedir. Bununla birlikte üniversite özerkliğine ilişkin birçok uluslararası kuruluş, devletler, anayasalar da hep birbirinden farklı tanımlar kullanmışlardır. Ancak elbette somut sonuçlara yönelen böylesine bir kavramı “tanımlanamaz” olarak belirleyip konuyu ucu açık bırakmamak daha iyi olur. Bu açıdan özerklik tanımlarına yer verilirken, üniversite özerkliğindeki amacın ne olduğu sorusunun da sorulması gerekmektedir. Üniversite özerkliğindeki amacın ne olduğu sorulurken de akla bir başka soru, üniversitenin

aslında ne olduğu sorusu gelmektedir. Konunun zorluğu ise, bu soruların hepsinin de farklı ülkelerde farklı yanıtlanmaya müsait olmalarından kaynaklanmaktadır. Öte yandan konunun zorluğunu oluşturan bu özellik, aslında somut çözümler ortaya koyabilmek açısından ise, işi kolaylaştıran bir özellik haline gelmektedir. Bir başka ifade ile söz konusu özellik, Türkiye’de bir yükseköğretim reformu gerçekleştirilirken ve özerklik olgusuna özellikle vurgu yapılırken, dünyadaki diğer yükseköğretim sistemleri ile bir kıyaslama yapmanın ve Türkiye’deki üniversitelere yönelik sorunlara başka ülkelerden doğrudan çözüm aramanın yetersizliğini de ortaya koymaktadır. Çünkü her ülke kendi tarihi koşullarında kendine özgü yükseköğretim sistemini oluşturmuştur. Bu nedenle üniversite kurumunu belli bir toplumdan kesip, onu soyutlayarak alıp, belli bir ülkedeki üniversite sistemine ilişkin verilerden ve üniversitelerin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik, uluslararası ve ulusal koşullardan bağımsız olarak açıklamalara gidilmesi var olan sorunları derinleştirmekten başka bir işe yaramayacaktır⁶.

Okumakta olduğunuz çalışma, Türkiye’de üniversitelerin yeniden yapılandırılmasına ve üniversite özerkliğine ilişkin tartışmalara katkı

6 Çalışmanın kapsamını aşmakla birlikte ideal bir üniversite sistemi oluşturulurken **ütopyalardan faydalanılabilir**. Yok-ülke anlamına gelen ütopyalar var olan sisteme karşı bir memnuniyetsizliği içlerinde barındırarak aslında değişimin itici gücünü oluştururlar. Ütopyalar aslında gerçek olmayan, ulaşılmaz, gizli yerlerdir. Ancak bu gizli yerler veya çalışmanın konusu açısından gizli bir ideal kurum olan ütopya üniversiteleri, aslında bir devlet ve toplumun nasıl olması gerektiğinin tasarımını oluşturmaktadırlar. Şöyle ki ütopya bizlere, günümüzde üniversiteye ilişkin tartışılan bir problemin, aslında üniversitenin öncesindeki ortaöğretim sistemindeki bir aksaklıktan ya da devletin sisteminden kaynaklandığını gösterebilmektedir. Örneğin üniversitelerin özerkliğinin derecesi değerlendirilirken, toplumda var olan çeşitliliklerin, devletin ideolojisiyle çatışması durumu ele alınırsa, bir ütopya bize, o ütopyada böyle bir sorun olamayacağını **çünkü ütopyanın insanların zaten tartışma kültürü içerisinde yetmiş olduklarını, ütopya vatandaşlarının karakterinin iletişime ve eleştiriye açık olduğunu söyleyebilir**. Böyle bir durum da, aslında konunun kökünü sosyal bilimlerde her şeyin ölçüsünün nihayetinde insan olduğu sonucuna dayandırır ve bilge karakterde bir insanı nasıl oluşturabileceğimizi sorgulamamızı sağlar. Dolayısıyla yükseköğretimle ilişkin tartışmalı bir alan belki de bizi ilk ve ortaöğretim sisteminin yeniden düzenlemesi gerekliliğine götürebilir. Bu durum bir örnektir. Bu örnek, ideal bir yükseköğretim sistemi tasarlamak ve yarışan karşıt düşünceler arasından ne yönde bir seçim yapmak gerektiğinin bulunabilmesi için, düşünce alanının aslında ne kadar genişletilmesi gerektiğini göstermektedir. Bu konuda Robert M. Hutchins’in *The University of Utopia* isimli eserine bakılması önerilir.

4 ASHBY, E., *Universities, British, Indian, African*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1966, s.3’ten aktaran, BERDHAL, 1990, s. 170.

5 Nitekim Federal Almanya’da bilim özgürlüğünün kurumsal garantisini teminat altına alan üniversite özerkliği, aslında Alman toplumu ile üniversiteleri arasında yapılmış görünmez bir sosyal sözleşmenin varlığına dayanır. Bir başka ifade ile, toplum ile üniversite arasında, üniversite özerkliğinden ve bu sayede bilim ve sanatların özgürce gelişmesinden yana bir sözleşme yapılmıştır.

sağlamayı ve bu iki hususun, dünya genelinde hakim olan “yeni kültür savaşları” ve “bilgi toplumu” olguları çerçevesinde yeniden değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Bu açıdan çalışmada öncelikle üniversite kavramına değinilecek ve onun toplum ile arasındaki bağ ortaya konulmaya çalışılacaktır. Daha sonra üniversite özerkliğinin anlamı tartışılacak ve ardından bilgi toplumuna eleştirel bir bakış ile dünyadaki devletlerin üniversitelerini yeni kültür savaşlarında birer silah olarak ne denli kullandıkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Üniversite Nedir?

Bilimsel bir kurum ve kişi topluluğu⁷ olarak eğitim sisteminin en üst basamağında yer alan üniversitenin işlevi ve kapsamı her çağda ve farklı coğrafyalarda değişiklik göstermiş, üniversiteler bilgi üretme ve yayma işlevleri nedeniyle hem politika ve devletle, hem de toplumun yaratıcı ve düşünsel yönü ile doğrudan ilişki içinde olmuştur. Bu nedenle üniversiteler, artık ulusal sınırları aşmış olsalar da, her devletin kendine özgü tarihi gelişimi, kültürel ve sosyal yapısı ile birlikte şekillenen belli bir karakteri taşımaktadır⁸. Üniversite bir kurum olarak toplumsal dönüşüme yön vermektedir ancak aynı zamanda toplumsal dönüşümden de etkilenmektedir. Onun ne olduğunu ortaya koymak bu açıdan zor olmaktadır. Özellikle 1960’lı yıllarda yalnızca Türkiye’de değil, tüm dünyada başlayan toplumsal dönüşümün etkileri en çok üniversitelerde kendisini göstermiştir. Batılı üniversiteler bir yandan toplumsal çatışmaların ayrıcalıklı alanı haline gelirken bir yandan da bu çatışmaları anlayan

ve kendilerini bu bağlamda değiştirmeye çalışan merkezler olarak ortaya çıkmıştır. Üniversiteler özellikle Amerika Birleşik Devleti’nde, toplumsal çatışmanın çözüldüğü ortamlar olmuştur. İdealle edilmiş bir üniversiteden çok işlevleri üzerinde durulan üniversite, Amerikan toplumunun gelişmesinde adeta bir lokomotif rolü üstlenmiştir⁹. Bu dönemde özellikle üniversiteye ilişkin değişik kuramsal tartışmalar da yapılmıştır. Almanya’dan gelen geleneksel Humboldt modeli üniversitenin hedefi olan “Bildung” anlayışı¹⁰ ile yeni dünyada, giderek profesyonelleşen ve yönetici kadroları yetiştiren bir kurum olma anlayışı arasında bir çatışmanın ortaya çıktığı görülmektedir. 1963 yılında Clark Kerr’in ortaya attığı “multi-versite” kavramı ve Amerikan yükseköğretimine ilişkin söyledikleri, yeni bir üniversite anlayışını ortaya koymuştur. Yeni üniversite artık bir multi-versite olacaktır. Bu anlayış, bir ulusun değeri ile bir eğitim sisteminin değerinin birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğundan hareket ediyordu ve üniversite bir “amaç ve ruh birliği olan bir organizma” anlayışından çok, “çoğulcu bir örgüt” halini almıştı¹¹.

1980’li yıllara gelindiğinde dünyada yeni bir dönemin, küreselleşme döneminin başladığı yıllar, üniversiteleri de doğrudan etkilemiştir. Yeni Dünya Düzeni uluslararası sermayenin öncülüğünde, ulusal sınırları ortadan kaldırmaya başlamış, dünyada iktisadi ve kültürel bir bütünlüğe doğru giden bir küreselleşme sürecini de beraberinde getirmiştir. İletişim devriminin döneme damgasını vurması ile birlikte artık toplumlar birer

9 TİMUR, 2000, s. 253-264;

Alain Touraine, Radikal’deki söyleşisinde üniversitelerin bilgi toplumunun çekirdeği olduğunu ve özellikle Amerika’nın küresel ölçekte dünyadaki bilgi akışını nasıl yönlendirdiğini, Amerikan toplumunun itici güç olarak üniversiteleri birer lokomotif olarak nasıl kullandığını, Amerika’nın üstünlüğünün teknolojide değil, bilginin edinilmesi, üretilmesi ve dönüştürülmesinde olduğunu açıkça belirtmiştir. Ona göre, Amerika’da üniversiteler sistemde bir pompa gibi çalışarak sistemin bel kemiğini oluşturmaktadır. Amerika, bu açıdan üniversitelerine, kütüphanelerine ve müzelerine çok fazla önem vermektedir. Amerika’nın toplumsal dönüşümü ve kalkınmasında üniversitelerin birincil rolü için bkz. TOURAINE, Alain, 24 Nisan 2005, **Radikal Gazetesi**, “Alain Touraine Söyleşi”, erişim tarihi ve adresi: 05.12.2008, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=150650>.

10 *Bildung* anlayışı Almanya’da eğitim alanında hümanizm akımının etkisiyle birlikte gelişen ve insanın hem zihinsel hem de kültürel olarak olgunlaşmasına karşılık gelen bir terimdir. Genel olarak eğitim anlamında kullanılmaktadır. Ancak anlamı daha derindir.

11 KERR, Clark, **The Uses of the University**, 5th Edition, (first published in 1963), Harvard University Press, 2001.

7 Üniversitelerin birer kişi topluluğu mu, yoksa mal topluluğu mu olduğuna yönelik doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tartışmaya burada yer vermeye çalışmanın kapsamı elverişli değildir. Ancak bu hususta iki zıt görüş olarak bkz. GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2005, s. s. 79-80, 90-91, GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 294.

8 Örneğin, bilim özgürlüğü ve gerçeğin araştırılması idealine dayanan Alman üniversiteleri ve ondan etkilenen Kıta Avrupası ülkelerindeki üniversite sistemleri daha çok devlete bağlı ve merkezîyetçi bir yapıya sahipken, topluma hizmet işlevi ağır basan Amerika Birleşik Devletleri ve ondan etkilenen ülkelerdeki üniversite sistemi daha adem-i merkezîyetçi bir yapıdadır. Hatta birçok farklı yazar üniversiteleri ve yükseköğretim sistemlerini birbirinden farklı gruplandırmaktadır. Ancak üniversiteler birçok açıdan sınıflandırılmışsa da temel tartışma noktası hep iki uç arasında olmuştur. Bunlar, sırasıyla idealizm ve faydacılık düşüncelerinin birer ürünü olan saf bilime hizmet etmek, gerçeği araştırmak ve insanın kişisel gelişimini ön plana çıkartmak ile sosyal bir sorumluluk altında topluma hizmet etmektir.

“bilgi toplumu”, üniversiteler de “evrensel bilginin üretildiği ve yönetildiği ağlara dönüşmeye başlamıştır¹². Kurumsal olarak belirgin değişiklikler¹³ geçirse de üniversite olarak adlandırılan bir kurumun beş ayırıcı özelliği bulunmaktadır. Bunlar,

1. Soyut, kavramlaştırılmış, kurumsal **bilgilerin üretildiği ve aktarıldığı** bir kurum olması;
2. Bilgi üretimi ve aktarımı işinin, bu işi **sürekli meslek edinmiş kişilerce** gerçekleştirilmesi;
3. Söz konusu kurumların kendi ihtiyacı olan gelecekteki üyelerini de eğiterek, bilimsel üretim ve aktarımı **kişisel eylem olmaktan çıkarması** ve bu işi sürekli bir **kurumsal etkinlik** haline getirmesi;
4. Söz konusu kurumların bitirilmesinin toplum içindeki belli **mesleklerin icrasında** ve belli sorumlulukların yüklenilmesinde bir **ön koşul** haline gelmesi;
5. Eğitimin belli bir amacı gerçekleştirilmesi için yapılması dolayısıyla **belli bir programın izlenmesidir**¹⁴.

Kavramsal olarak da üniversitenin üzerinde anlaşılmiş dört temel özelliği bulunmaktadır:

- Üniversite, akademiklerden ve öğrencilerden oluşan; bir başka ifade ile usta (senior) ve çıraklardan (junior) oluşan bir topluluktur;
- Üniversite bilgi ile bağlantılıdır. Üniversitenin her bir disiplini, bilginin farklı dallarını oluşturur ve üniversite bilginin farklı dallarının bulunduğu, bütünleştirici bir kurumdur;
- Üniversite gerçeği araştıran bir kurumdur; bilginin farklı dallarını bir araya getiren üniversitenin amacı gerçeği araştırmaktır;
- Üniversite özgür ruha sahip olması gereken bir kurumdur¹⁵.

Üniversitelerin işlevleri de temel de ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, **entelektüel** ve **sosyal** işlevlerdir. Üniversitenin entelektüel işlevi olan öğretimin

ve araştırma, aklın yetiştirilmesi ile temel fikir ve kavramların aktarılmasını içerirken; üniversitenin sosyal işlevi, entelektüellik ile toplumun gelişmesi arasında bir denge ve bağ kurmaktadır.

Üniversitenin doğasını ve ne olduğunu belirlerken onun amaçlarına ve işlevlerine de kısaca değinmek bizlere bazı ipuçları verecektir.

II. Üniversitenin Amaçları ve Görevleri

Üniversitelerin tartışmasız en temel amacı bilimin gerçekleştirilmesidir¹⁶. Üniversiteye bir amaç ve görev yüklemek aslında onun doğası ile bağdaşmasa da üniversitenin amaç ve görevlerinden kasıt daha çok onun zaten doğasında var olan, varlık nedeni olan durumlardır. Bir başka ifade ile, üniversite nedir sorusunu sordüğümüzde alınan yanıt, üniversitenin amaçlarını; toplumda karşıladığı ve sağladığı hizmet de onun görevlerini ifade etmektedir.

Üniversitenin amaçları ve görevleri hakkında sayısız eser yazılmış, uluslararası kuruluşlar, dünya üniversiteleri ve devletler tarafından da bu konu sürekli gündemde olmuştur. Üniversitenin işlevleri ve görevlerini belirlemek açısından ilk adım, idare / yönetim kavramından yola çıkılarak yapılan ikili ayırmadan başlar. İdare kavramı üniversiteler söz konusu olduğunda iki türlü anlaşılabilir. Bunlardan ilki, üniversitenin kendi kendisini yönetmesi, organize etmesi ve kendisinin akademik yapısını oluşturması ve bu sayede işlevlerini yerine getirebilmesini ifade eder. İkinci anlamda idare kavramı ise daha çok Latince'den türeyen *ad-ministrare* anlamındaki teknik idareyi ifade eder. Şöyle ki, bu kavram *hizmet etmek* anlamındadır ve üniversite açısından da, üniversitenin kendi kendisini akademik anlamda organize etme

12 TİMUR, 2000, s. 295; UÇKAN, Özgür, “Bilgi Politikası ve Bilgi Ekonomisi: Verimlilik, İstihdam, Büyüme ve Kalkınma”, **Bilgi Dün-yası**, Yıl: 2006, Cilt: 7, Sayı: 1, s.29.

13 Örneğin şirket üniversiteleri, sanal üniversiteleri çok kampüs-lü üniversiteler, klasik üniversite kurumunun yapısından oldukça farklıdır.

14 TEKELİ, İlhan, İLKİN, Selim, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Eği-tim ve Bilgi Üretim Sisteminin Oluşumu ve Dönüşümü**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, VII. Dizi, Sayı: 154, Ankara, 1993, s. 1.

15 HETHERINGTON, Henry, “University Autonomy”, **University Autonomy: It's Meanings Today**, International Association of Universities, Paris, 1965, s. 5.

16 Burada bir hususun hatırlatılmasında yarar var. Üniversitenin nihai amacının bilim olması olgusu modernite ile birlikte gündeme gelmiştir. Ortaçağ toplumlarında bilim özellikle üniversite olarak nitelenebilecek kurumların dışında gerçekleştirilmekteydi daha çok. Özellikle 1940'lı yıllardan sonra bu amaç daha da belirginleşmiştir. Üniversiteye atfedilen rol Alman ve ABD sistemlerinde farklı olsa da her iki sistem de bilim ve bilim özgürlüğü ilkelerine dayanarak üniversite sistemlerini oluşturmaktadırlar. Bu konuda Humboldt ve Vannevar Bush doktrinlerinin incelenmesi önerilir. BUSH, Vannevar, **Science The Endless Frontier-A Report to the President by Vannevar Bush** (Director of the Office of Scientific Research and Development), Washington, United States Government Printing Office, July 1945, erişim adresi: www.nsf.gov/od/lpa/nsf50/vbush1945.htm, erişim tarihi: 28.03.2012; RÜEGG, Walter, “Humboldt's Heritage”, **Universitäten in Deutschland**, Prestel (Editors: Christian Bode, Werner Becker, Rainer Klotz), 1996, s.15.

eylemini topluma hizmet için kullanacağı anlamını taşır¹⁷.

Bu ifadeden anlaşılacağı üzere, üniversitenin içe dönük ve dışa dönük işlevleri bulunmaktadır ancak bu işlevler de birbiri ile etkileşim halindedirler. Üniversitenin karakteristiğini oluşturan, deyim yerindeyse üniversitenin anahtar sözcükleri olarak nitelenebilecek dört sözcük vardır. Bunlar, *bilimsellik*, *evrensellik*, *özerklik* ve *kurumsallık*tır. İşte üniversitenin işlevleri bu anahtar sözcüklerden yola çıkılarak ortaya koyulabilir. İdeal olarak üniversite, bilimin yayılması, insanlığın eğitimi ve toplumun oluşturulmasına hizmet eder ve kurumsal olarak bir üniversitenin asıl ve ilk varlık nedeni araştırma, öğrenim ve hizmettir. Yukarıda da belirtildiği gibi üniversitenin entelektüel işlevi olan öğretim ve araştırma, aklın yetiştirilmesi ile temel fikir ve kavramların aktarılmasını içerirken; üniversitenin sosyal işlevi, entelektüellik ile toplumun gelişmesi arasında bir denge ve bağ kurmaktadır. Bu nedenle üniversitenin iç ve dış yönü birbiri ile etkileşim halindedir ve olmak zorundadır. Bir üniversite kendisini dışarıya kapatarak, iç işlerini topluma aldırışsız bir şekilde rastgele düzenlememeli, kendi kurumsal gelişimi için de bazı ilkelere ve standartlar belirlemelidir.

Üniversite ile ilgili olarak UNESCO'nun ve OECD'nin belirlemiş olduğu farklı işlevler bulunmaktadır. Bunlara kısaca değinmekte yarar vardır.

UNESCO'nun 1991 yılında gerçekleştirmiş olduğu, "2. Sivil Toplum Kuruluşları Kolektif Yükseköğretim Tartışması" çerçevesinde yayımladığı "Toplumda Yükseköğretimin Rolü" başlıklı raporunda¹⁸ üniversitenin, daha sonradan yenilerinin eklenmesine de imkan tanıyacak şekilde, beş işlevi bulunduğu ifade edilmiştir. Bunlar;

1. Üniversite, araştırma ve öğretimi birleştiren bir anlayışta eğitim sağlama işlevine sahip olmalıdır.
2. Üniversite mesleki eğitim sağlamalıdır. Mesleki eğitim olgusu savaş sonrası bir olgu değil, aksine ortaçağda üniversitelerin ilk ortaya çıktığı zamanlardan itibaren var olmuş

bir işlevdir. İlk üniversiteler de hukuk, tıp ve öğretmenlik alanlarında mesleki eğitim vermekteydiler.

3. Üniversite aynı zamanda bir araştırma kurumudur. Üniversite geniş çaplı araştırmalar için, birden çok disiplinin de işbirliği içerisinde bir arada çalışabileceği ortamı sunan bir kurumdur.
4. Üniversite, hem bölgesel gelişmeye katkı sağlaması gereken, hem de uluslararası ilişkilerde rolü olması gereken bir kurumdur.
5. Üniversite tüm bunların yanında sosyal bir işlev olan toplumun sosyal ve entelektüel açıdan gelişmesini sağlama rolünü de üstlenmesi gereken bir kurumdur¹⁹.

OECD'nin 1987 yılında belirlemiş olduğu işlevler ise dokuz tanedir:

1. Üniversite, ortaöğretimin en başarılıları için lisans eğitimi sağlar ve bazı ülkelerde dışardan gelenler için yetişkin eğitimi uygular;
2. Kültürü ve araştırmayı geliştirir;
3. Üniversite bilgi toplumunun işgücü gereksinimi olan insanları yetiştirir; mesleki deneyim için kullanışlı olan bilginin işlenmesi gereği, üniversite topluma karşı, insanları mesleki hayata son yer olarak hazırlama sorumluluğunu taşımaktadır. Bu açıdan, lisans eğitiminin yanı sıra yüksek lisans ve doktora programları ile çalışma dünyasına da eğitim vermeyi sağlayan özel kurslar gerçekleştirerek topluma katkı sağlamalıdır;
4. Yüksek düzeyde öğrenim ile özelleştirilmiş ve uzmanlaştırılmış bir eğitim sağlamak;
5. Bir ekonominin rekabetçi olmasını, refah yaratmayı özellikle mühendislik bilimleri ve teknoloji alanına ağırlık vererek sağlamak ve bu doğrultuda iş dünyası ve endüstri ile işbirliği içinde olmak da üniversitenin rolü arasındadır;
6. Üniversiteler bir çeşit "filtreleme aracı" da olmalıdır. Özellikle üniversiteler, kapılarını yetiştiklilere açmalarına rağmen, bu konuda belli entelektüel kapasitede olanları seçmeye özen gösterecek şekilde davranmalılar;
7. Seçme ve derece verme işlevleri ile birleşik olarak, iyi öğrenciler ile işçi sınıfı çocukları açısından sosyal hareketliliği sağlamalıdır;
8. Üniversiteler, fırsat eşitliği, kültürün yayılması ve ortak medeni ilkelerin garanti altına alınması

17 CABAL, AlfonsoBorrero, **The University As an Institution Today: Topics for Reflection**, International Development Research Centre-Ottawa, UNESCO Publishing, Paris, 1993, s. 21.

18 UNESCO, "The Role of Higher Education in Society: Quality and Pertinance", **2nd UNESCO - Non-Governmental Organizations Collective Consultation on Higher Education**, Paris, 8-11 April 1991.

19 UNESCO, 1991, s. 32.

açısından, belli ulusal politikaların yaşama geçirilmesi için bir model rolü üstlenmelidir;

9. Üniversiteler, insanları, geleceğin toplumsal liderleri olabilecek kapasitede yetiştirmekle yükümlüdürler²⁰.

Görüldüğü gibi OECD'nin üniversitelere yüklediği işlevler de, filtreleme aracı olması gibi bazı sakıncalı ifadeler barındırmakla birlikte genel olarak araştırma, öğrenim ve topluma hizmet etme kavramları ile özetlenebilir.

Üniversitelerin üç klasik işlevi olarak sayılabilecek, araştırma, öğrenim ve hizmet konusuna farklı bir açıdan bakan Watts'ın görüşlerine de değinmekte yarar vardır. Watts, üniversitenin toplumdaki rolü hakkında genel kabul görmüş üç farklı görünümünden söz etmiştir. Ona göre, bu rolün üç farklı görünümü vardır: Araçsal Görünüm, Özerkçi Görünüm ve Karşılıklı Bağıllık Görünümü²¹.

Araçsal görünümde üniversite toplumun gelişmesi açısından bir **araç** konumundadır. Toplumumuz, endüstriyel bir ekonomiden bilgi temelli bir ekonomiye doğru geçiş yaşadığından, artık bilgiye dayalı yeni iş türleri ortaya çıkmıştır. Bu yeni işler, metadan çok bilginin işlenmesine ve dağıtılmasına dayanmaktadır. Böylece artık, yaratıcılık ve üretkenlik endüstriyel işçilerin ve makinelerin çalışmasına değil, beynin en iyi şekilde kullanımına ve teknolojiye dayanmaktadır²². Üniversitenin ürünleri, yani *eğitilmiş insanlar ve araştırmalar sonucu elde edilen yeni bulgular*, toplumları başarıya ve medeniyete ulaştırır²³. Bunun yanında daha iyi eğitilmiş nitelikli iş gücü de yeni şartlar altındaki ekonomik rekabeti büyütür. Bu bakış açısının ana fikri, eğitim ve araştırmanın ekonominin temel kaynakları olduğu ve üniversitenin de böyle bir toplumun, ekonomik yarışma ve refahı için temel bir araç olduğu yönündedir²⁴.

20 OECD, Roles et fonctions de l'universitéaujourd'hui, Paris, France, 1987'den aktaran:CABAL, 1993, s. 23.

21 WATTS,Ron, "Universities and Public Policy", **Public Purse, Public Purpose: Autonomy and Accountability in the Groves of Academe**, Canada, The Institute for Research on Public Policy (Editors: James Cutt, Rodney Dobel), 1992, s. 76.

22 WATTS, 1992, s. 76.

23 CUTT, James, RODNEY,Dobell, "Introduction", **Public Purse, Public Purpose: Autonomy and Accountability in the Groves of Academe**, Canada, The Institute for Research on Public Policy (Editors: James Cutt, Rodney Dobel), 1992, s. 1.

24 WATTS, 1992, s. 76.

Özerkçi görünüm, bakış açısı üniversiteyi, öğretim ve keşifler için bir merkez olarak kabul eder. Bu nedenle, bilginin yaratılması da üniversitenin kendi amacı içindir. Bir başka deyişle üniversiteyi toplumun ekonomik büyümesi ve refahı için bir araç olarak görmek yerine, üniversitenin araştırma ve öğretim işlevlerinin onun yegane amacı olduğunu ve bu amacı da yalnızca kendisi için gerçekleştirdiğini kabul eder. Üniversitelerin öğrenim merkezleri olarak kendi potansiyellerini tam olarak gerçekleştirebilmeleri ancak topluma bağımlı olmamaları halinde mümkün olabilir. Bu görüşün savunucuları, üniversiteyi toplumun hizmetinde gören araçsal görünümün, üniversitenin temel işlevlerinin altını kazacağını düşünmektedir. Bu görüşte, üniversitenin yegane işlevi sadece toplumun ekonomik büyümesini gerçekleştirmek değildir; üniversite toplumsal değerlerin dönüştürülmesi ve böylece daha medeni toplumlar yaratılmasına katkı sağlamalıdır²⁵. Özerkçi görünümdeki fikirler aslında üniversite özerkliğinin temelinde yatan tartışmaların da odak noktasındadır. Çünkü üniversitelere sıklıkla yöneltilen eleştirilerden birisi de onların toplumdan kopuk, -eskilerin deyişiyle- birer "fildişi kule" olduklarıdır.

Karşılıklı bağımlılık görünümü, diğer iki görüşün anlaşamadığı noktaları uzlaştıran bir görüştür. Üniversitenin bir topluma hizmet etmek rolünün araçsal olmasından çok yaratılışsal (içsel) olduğunu savunan bu görüş, üniversitenin temel işlevinin, yalnızca toplumun ihtiyaçlarını karşılamak olmadığını, aynı zamanda geniş bir alanda keşif yapmak olduğunu da ileri sürer. Üniversite toplumun ihtiyaçları ile ilişkili değil, insan anlayışının ve deneyiminin sınırları ile ilgilidir²⁶. Aynı zamanda üniversite kendisinde içkin olan bilginin sınırlarını genişletme ve geniş alanlarda keşifler yapma işlevlerini, içinde bulunduğu toplumun kültüründen beslenmeden ve toplumdan kaynaklanmadan yerine getiremez. Bu nedenle, ne üniversite ne de toplum birbirinden soyutlanamaz. Üniversiteyi yalnızca kamusal politikaların bir aracı olarak görmek onun anlamının ve amacının altını kazar. Bununla birlikte üniversiteyi toplumdan tamamen bağımsız görmek de onun anlamının ve amacının altını kazar²⁷.

25 WATTS, 1992, s. 79.

26 WATTS, 1992, s. 79-80.

27 WATTS, 1992, s. 80-81.

Görüldüğü gibi üniversitenin sahip olduğu işlevler çok yönlüdür ve aslında hepsi birden bir üniversitenin ideal anlamına kavuşmasına yardımcı olabilir. Bir üniversite ne yalnızca meslek kazandıran bir kurum olmalı, ne yalnızca sosyal sermaye yaratıcı kurum olarak deyim yerindeyse "nitelikli ve gerekli insan üretim tesisi" olmalı, ne yalnızca bir araştırma kurumu olmalı ve ne de yalnızca yalın bir öğretim kurumu olmalıdır. Bir üniversite eğitim ve öğretim hizmetlerinin dışında sağladığı kültürel ve sosyal ortam ile insanların bir bütün olarak gelişmesine hizmet eder. Bunun yanında toplumun gelişmesinde rol oynayarak, insanların bilgilenmesini sağlar ve somut sorunlara yönelik çözümler üreterek kolektif aklın oluşumuna kaynaklık eder.

İşte üniversitenin sahip olduğu çeşitli işlevlerin bir akademik cumhuriyet gibi algılanmasına yol açar. Şimdi söz konusu işlevleri yakından incelemekte yarar vardır. Çünkü bu işlevler toplumdaki başka bir kurum tarafından yerine getirilemeyecek işlevlerdir. Bu başlık altında üniversitenin, eğitim, araştırma ve meslek kazandırma işlevleri, toplumsallaşma sürecine olan katkısı, kültürün yaratılması ve yorumlanmasına olan katkısı, politik bilincin şekillenmesine ve demokrasiye olan katkısı ile bütün bunların sonucunda devlet için sosyal sermaye yaratıcı bir kurum olması irdelenecektir.

a. Eğitim, Araştırma ve Meslek Kazandırma

Üniversitenin kuşkusuz üzerinde anlaşılmalı en temel işlevleri eğitim, araştırma ve meslek kazandırma işlevleridir. Buradaki tartışılmalı nokta, bu üç işlevin tek bir kurumun çatısı altında toplanıp, toplanmaması yönündedir.

Araştırma işlevi, bilimsel gelişmeyi sağlayan ve devletin araştırma ve bilim politikası ile yakından ilgili bir husustur. Araştırma alanlarının ve konularının belirlenmesi, hangi alanlara ne yönde yatırım yapılacağı gibi hususlar üniversitelerin araştırma faaliyetlerini doğrudan etkilemektedir. Öte yandan öğrencilerin de yaratıcı birer araştırmacı olabilmelerini sağlamak da üniversitenin yerine getirmesi gereken işlevlerden birisidir. Bir üniversite, bünyesindeki bölümler, enstitüler veya merkezler aracılığıyla araştırma işlevini yerine getirmiş olmaktadır²⁸. Araştırma işlevi günümüzde Ar-Ge olarak adlandırılan bir alana

işaret etmektedir. Özellikle teknoloji alanında üniversitede üretilen bilgiyi uygulamaya aktarmak adına üniversite ile ilişkili olarak teknoloji geliştirme bölgeleri kurulmuştur. Birçok bölümü ve bilimsel alanı bünyesinde barındıran bir kurum olarak üniversite, araştırma yapan ve araştırma ile öğrenimi aynı çatı altında birleştirebilen ve böylelikle teori ile uygulamayı bünyesinde taşıyabilme kapasitesine sahip tek kurumdur. Ancak son dönemlerde birçok şirket de kendi Ar-Ge birimini ve şirket akademisini oluşturmaya başlamıştır. Burada şirket ile üniversitelerin araştırma faaliyetleri birbirinden farklı olmakla birlikte, son dönemlerde üniversite-sanayi işbirliği çerçevesinde üniversitelerdeki Ar-Ge faaliyetlerinin yalnızca şirketlerin talepleri doğrultusunda şekillendiği gözlemlenmektedir²⁹. Araştırmanın bir sonucu da teknoloji gelişimidir. Teknolojik gelişim doğrudan insan hayatının pratik kısmına yöneliktir. Bunun üniversite ile bağlantısı ise bilgi toplumu kavramında düşünülmektedir. Şöyle ki günümüzde bilgi, eskiden petrol, petrol endüstrisi için neyi ifade ediyorsa, onu ifade etmektedir. Bu nedenle bilgi oldukça önemli hale gelmiş ve yeni ekonomik değer olmuştur. Üniversitede geliştirilen bilgiye endüstrinin yeni teknolojiler geliştirmek ve bunları serbest piyasada pazarlamak için ihtiyacı olduğundan, üniversite, iş dünyası ve sosyal çevre aynı noktada birleşmektedir. Bu doğrultuda elbette yeni tür girişimler ve yeni tür meslekler ortaya çıkacaktır. Burada üniversiteye düşen görev ise teknolojinin etik olarak kullanılmasını sağlamak olmaktadır³⁰.

Eğitim ve öğretim işlevi, üniversitenin anlamına uygun şekilde yüksek nitelikte olmalıdır. Üniversite öğretiminin liseden veya yüksekokul eğitiminden daha farklı ve yüksek olması gerekmektedir. Burada eğitimin ve öğretimin anlamından çok, üniversitedeki eğitimin daha çok bireylerin evrensel ilkeler doğrultusunda eğitilmesine yönelik olduğu vurgulanmalıdır. Bir başka ifade ile, üniversite eğitimi aslında belli derslerin öğretilmesinin ötesine geçen bir eğitim niteliğine sahiptir.

Söz konusu üç işlevden her birinin değil de yalnızca ileri düzeyde araştırmanın, bilimsel eğitimin,

28 CABAL, 1993, s. 94.

29 BOK, Derek, **Piyasa Ortamında Üniversiteler-Yükseköğretimin Ticarileşmesi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (Çeviren: Barış Yıldırım), İstanbul, Şubat 2007, s. 60 vd.

30 CABAL, 1993, s. 98-99.

geleceğin araştırmacılarının yetiştirilmesinin ve elde edilen araştırma sonuçlarının uygulamaya aktarılmasının -prototip oluşturma- üniversitenin asli işlevi olduğunu ve mesleki becerinin edinilmesi yerinin üniversite olmaması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin San, üniversitede, belli bir mesleğin öğrenilmesi yönünde temel bilimsel bilgilerin verilerek, ileride uygulanacak meslekler için zorunlu olan altyapının oluşturulmasının amaçlanması gerektiğini ve kuramsal bilgilerin uygulamaya aktarılması işinin üniversite eğitimi sonrasındaki staj döneminde sağlanması gerektiğini savunmaktadır. Bu doğrultuda, meslek yüksekokullarının üniversite çatısı altında örgütlenmesinin yanlış bir uygulama olduğunu savunan San, bu durumun üniversitenin öğrencileri belirli mesleklere hazırlamakla yükümlü bir kurum olarak algılanması sonucunu doğurduğunu ve bilimin geleceği açısından büyük tehlike doğuracağını belirtmektedir³¹.

b. Toplumsallaşma Sürecine ve Kalkınmaya Olan Katkısı

Üniversitelerin birer bilgi üreten ve eğitim işlevine sahip kurumlar olarak toplumsallaşma ve kalkınmaya olan katkıları azımsanmayacak ölçüdedir. Toplumsallaşma bir süreç olarak genel anlamda eğitimin gerçekleştirdiği bir iştir ve bireylerin bir toplumda, kişisel kimlikleri ile toplumsal kimlikleri arasında belli bir denge kurmalarını, böylece toplum içerisinde öteki bireylerle karşılıklı iletişimi olanaklı kılmalarını sağlayan bir süreçtir. İnsanın belli bir toplumda yaşaması olgusu, onun kişisel gelişmesinin her aşamasında bu gerçeği göz önünde tutması zorunluluğunu da beraberinde getirir. İşte bu zorunluluk, bireyin kendi kişisel çıkarları ile toplumun çıkarları arasında bir denge kurmasını gerektirir. Bu doğrultuda, bireylerin kendi özel çıkarlarını gözetirken, toplumun çıkarlarını bütünüyle görmezlikten gelmeleri, hatta kimi zaman bu doğrultuda toplumun zararına davranmaları, toplumsal yaşamın zedelenmesi ve çözülmesi sonucunu doğurur. Uygur bir toplum, bireylerin toplumsallaşma sürecini başarıyla tamamladığı, kendileriyle toplum arasındaki gerekli bütün dengeleri yeterince gözettikleri bir toplumdur³².

31 SAN, Coşkun, "Bir Toplumsal Kurum Olan Üniversite'de Özerklik ve Bilim Özgürlüğü", **AÜSBFD**, 1993, (s. 150 vd.),1993, s. 150.

32 TEZCAN, Mahmut, **Eğitim Sosyolojisi**, Ankara Üniversitesi

Toplumsallaşma süreci ilk olarak aileden başlar. Bu eğitimin ikinci aşaması ise, ilkokuldan başlayıp üniversitenin bitimine kadar süren okul dönemidir. Bu dönemde önemli olan, öğrenciye yaşamın ve içinde yaşadığı toplumun gerçeklerinin saptırılmadan ve gizlenmeden gösterilmesi, böylece de onun gerçekçi bir tutumla kendi kimliği ile toplumun gerçeklerini dengelemesinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda toplumsal gerçeği görmezlikten gelen bir eğitim, giderek öğrenci ile yaşadığı toplum arasında bir yabancılaşmanın doğmasına yol açacaktır³³.

Üniversite her şeyden önce bir eğitim kurumu olduğu için toplumsallaşma sürecine, hem demokrasi kültürünü aşılarken, hem sahip olduğu kampus ortamı ile katkıda bulunan bir kurumdur. Öte yandan bilimsel bilginin üretildiği ve işlendiği bir kurum olan üniversite, bilimsel bilginin paylaşıldığı, daha çok kendi içerisindeki fakülte ve bölümler aracılığıyla bilgiyi paylaşan ve çoğaltan bir kurum olarak belirli değerlerin de kendiliğinden oluşumuna katkı sağlar. Üniversite bu şekilde ülkenin kalkınmasına ve ekonomik açıdan güçlenmesine bilginin paylaşımı ile olanak verir. Bu açıdan bilimsel faaliyetlerin sonuçlarının paylaşıldığı bilimsel dergiler, bilimsel paylaşım ağları da önem kazanmaktadır. Bir ülkenin kalkınması, o ülkede üretilen bilimsel bilgi ve bu bilginin uygulamaya aktarılma kapasitesi ile ilgili olduğu için önemli olan ülkenin bir ulusal bilgi birikimine sahip olması ve bu birikimin bir ağ ile bütünleşmiş olmasıdır. İşte üniversiteler hem kişilerin toplumsallaşmasına hem de bilginin toplumsallaşmasına³⁴ katkı sağlayan kurumlardır.

c. Kültürün Yaratılmasına ve Yorumlanmasına Olan Katkısı

Kültür, *toplumun bir üyesi olarak insanoğlunun öğrendiği, bildiği, sanat, ahlak, gelenek-görenek ve benzeri diğer yetenek ve alışkanlıkları kapsayan karmaşık bir bütündür.*³⁵ Kültür kavramının

Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları No: 150, Ankara, 1985, s. 36 vd.

33 TEZCAN, **1985**, s. 398 vd.

34 ANAMERİÇ, Hakan, **Türkiye'de Çağdaşlaşma Sürecinde Bilginin Toplumsallaşması ve Bilgi Merkezleri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bilgi ve Belge Yönetimi Anabilim Dalı, 2008, s. 26-31.

35 TYLOR, Edward Burnett, **Primitive Culture, Researches into The Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom**, 6th edition, London, 1920, s. 1.

ana tezi böylelikle bütünsellik olmaktadır. Bir başka ifade ile kültür bütüncül bir kavramdır ve farklı alanların bileşiminden oluşur. Güvenç'e göre, kültüre ilişkin olarak dört ayrı alan ve dört farklı anlam bulunmaktadır. Bunlar, bilimsel alanda kültürü ifade eden *uygarlık*, beşeri alanda kültürü ifade eden *eğitim*, estetik alanda kültürü ifade eden *güzel sanatlar* ve teknolojik/biyolojik alanda kültürü ifade eden *üretme, çoğaltma ve yetiştirme*³⁶.

Çeçen'e göre, kültür, insanın tarihsel yaşam süreci içinde yarattığı değerlerin toplamı, bir başka ifade ile insanların toplum içinde, yürüttükleri çeşitli üretim çabalarının sentezi sonucunda ortaya çıkan bir olgudur ve insana özgüdür³⁷. Kültürde daha geniş bir anlam bulan Verene'ye göre ise kültür, insanın düşüncelerinin, inançlarının, duygusal etkinliklerinin sonucunda ortaya çıkan yaratıların, değerlerin ve kuşaktan kuşağa aktarılan davranışların bütünüdür. İnsan, düşünme kapasitesi sonucunda, yarattığı sosyal ortamlar içinde politik, ekonomik, sanatsal, dini ve entelektüel bir örgütlenme içine girer. Böylece çevreyi egemenliği altına alarak onu yönetir ve gerekirse değiştirir³⁸. Bu nedenle, aslında insanın yapmış olduğu tüm faaliyetler, *kültürel faaliyetler* adı altında tanımlanabilir.

Çağımızda üç tür bilim olduğu ileri sürülmektedir. Bunlar doğa bilimleri, toplumsal bilimler ve beşeri bilimlerdir. İşte kültür, toplumsal ve beşeri bilimler kapsamı içinde ele alınır³⁹. Her toplumsal kültür ya da kültürel sistemin kendine özgü kuramları ve düşünce yapısı vardır⁴⁰.

Kültür hem tarihsel hem de süreklilik arz eden bir özelliğe sahiptir. Söz konusu sürekliliği kültürün öğrenilebilir olma özelliği desteklemektedir. Verene, insanın kültürel yaşamının her ana bölümünün, mit (myth), din, *sanat*, tarih, politika, sağduyu, fen gibi bilgi tiplerinden oluştuğunu belirtmiştir. Bu ana bölümler insanın simge yaratma yeteneğini kullandığı alanları temsil

ederler. İnsanlar söz konusu yaşam bölümlerinde yarattıkları bu simgeler aracılığıyla kendinde biriken bilgileri kendinden sonrakilere geçirebilir ve bu şekilde, *kültürde bir süreklilik* meydana gelir⁴¹. Böylelikle toplumsal deneyimin ve bilginin tümü simgeler aracılığı ile oluştuğundan, kültürün yaratımı insanın simge yaratma yeteneğine ve onları kendilerinden sonrakilere aktarmalarına bağlı olmaktadır. Bir başka ifade ile kültür insanın yaratıcı yeteneği ile ortaya çıkmaktadır⁴².

İşte üniversite tüm bu anlatılanların ışığı altında, kurum olarak belli bir kültürün zaman içinde oluştuğu, geliştiği ve insanın toplu ve iletişim içinde yaratıcı bir etkinlik içerisine girdiği bir kurumdur. Eskinin bilgi birikimlerinden yola çıkılarak, onların üzerine yenisinin konulması, bilgi birikiminin kümelendiği ve bu şekilde ortaya çıkan kültürün korunup geliştirildiği tek kurum üniversite olmaktadır. Bunun nedeni de üniversitelerin yalnızca birer öğretim değil, araştırma ve öğretim kurumu olmasından kaynaklanmaktadır.

d. Politik Bilincin Şekillenmesine ve Demokrasiye Olan Katkısı

Bir toplumdaki insanların vatandaşlık bilincine sahip olması, onların siyasi tercihleri, siyasi tercihlerdeki değişimin de siyasi kararları sürekli bir şekilde etkileyebilmesi bir eğitim sorunudur. Demokrasi, halkın istediği ya da en uygun olarak gördüğü kararları almasını sağlayan, halkın iradesini ortaya çıkartan ve bir sistemin gerçekten cumhuriyetçi olabilmesini sağlayan en önemli araçtır. Ancak halkın, iradesini bilinçli bir şekilde kullanabilmesi ve neyin en iyi olduğunu bilmesi için vatandaşların iyi bir eğitimden geçmiş olması gerekmektedir. Hatta buna ilişkin olarak John Stuart Mill "evrensel eğitimin, evrensel oy hakkından önce gelme-

36 GÜVENÇ, Bozkurt, **İnsan ve Kültür (Antropolojiye Giriş)**, Ay-yıldız Matbaası, Sosyal Bilimler Derneği Yayınları, Ankara, 1972, s. 96-99.

37 ÇEÇEN, Anıl, **Kültür ve Politika**, 2. baskı, Gündoğan Yayınları, 1996, s. 16.

38 VERENE, Donald, Philip, **Man and Culture-A Philosophical Anthology**, Dell Publishing Co. Inc, New York, 1979, s. 2.

39 ARMAÇAN, İbrahim, **Sanat Toplum Bilimi-Demokrasi Kültürüne Giriş**, İleri Kitapevi, İzmir, 1992, s. 197.

40 ÇEÇEN, 1996, s. 22-23.

41 VERENE, 1979, s. 189-190.

42 Verene, kültürün sürekliliğine ilişkin Pavlov'un ünlü deneyini örnek olarak vermiştir. İnsanın hayvanlardan farkı, sahip olduğu bilgi ve deneyimi simgeler aracılığıyla yavrularına aktarabilmesidir. Bununla ilgili olarak çok iyi bilinen Pavlov'un köpekle yapmış olduğu şartlı refleks deneyi belirtilebilir. Deneyde köpeğe belirli saatlerde çalınan zil ile birlikte yemek verilir. Bir süre sonra her zil çalışında köpeğin, daha önce algılama aracılığı ile edindiği tecrübesi sonucunda yemek verileceği gibi salyasının aktığı görülür. Ancak köpek, öğrendiği bu bilgiyi yavrusuna aktaramaz. Yavrunun da aynı işlemi geçmesi gerekecektir. Ancak insan semboller yaratıp, onları kullanabilme yeteneğine sahip olduğu için bilgilerini aktarabilir. VERENE, 1979, s. 189.

si gerekmektedir.” demektedir⁴³. Özellikle okuma yazma oranının düşük olduğu, yoksulluğun egemen olduğu ülkelerde seçimlere dayalı siyasal kurumların yeterince işlediği söylenemeyecektir. Çünkü, vatandaşlık bilinci denilen olgu, demokratik düzene karşı sorumluluk sahibi olan yurttaş demektir ve bireyin kendisini, çağdaş uygarlığın yapıcı ve yaratıcı bir ortağı olarak görmesi ve bu bilince sahip olması gerekmektedir. Buna ilişkin çarpıcı bir örnek ABD’den verilmiştir. Şöyle ki, kişilerin eğitim seviyesi ve oy kullanma davranışı arasındaki ilişkiye ilişkin ABD’de yapılan bir çalışmada, lise seviyesinden daha düşük seviyede eğitime sahip vatandaşlar arasında oy kullanma yüzdesi yalnızca %23 olmuştur. Buna ek olarak, bu kişilerin de oy kullanırken en fazla *reklam kampanyalarından* etkilendiği ortaya konulmuştur⁴⁴.

İngiltere ve ABD’de özellikle endüstrileşmenin yaşandığı dönemde, genel oy hakkı ile eğitim hakkı aynı ölçüde gelişmeye başlamıştır. Bu ülkelerde eğitimin birinci amacı gençleri genel oy hakkının kullanımına hazırlamak olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda, İngiltere ve ABD’de, demokratik bir ülkenin, ancak vatandaşların genel oy haklarını *bilgece* kullanmayı öğrendikleri sürece var olabileceğine inanılmıştır. Bu inanış günümüzde İngiltere ve ABD’de de halen geçerliliğini korumaktadır. Bu açıdan eğitimin ve özel olarak da yükseköğretimin genel amacı endüstri için işgücü geliştirmek değil, sorumluluk sahibi ve bilinçli vatandaşlar yetiştirmektir⁴⁵.

İşte yükseköğretimin öğrenciler açısından, hem reşit olarak gelmiş oldukları bir kurum olması dolayısıyla, hem de barındırdığı sosyal ortam dolayısıyla demokratikleşme bilincine katkısı büyüktür ve belki de başka hiçbir kurum bu bilinci insanlara aşılayamayacaktır. Vatandaşlık kavramı yalnızca bir ülkeye tabi olmak demek değildir. Böylesi bir tanım vatandaşlığın yalnızca siyasi-hukuki

açıdan tanımını oluşturur ve onun ahlaki yönünü dışlar. Sosyal vatandaşlık kavramı ise, bir bireyin, belli bir toplumdaki sosyal ve ahlaki kimliğine karşılık gelir. Bu tanım sosyal olan ile bireysel olan arasında sıkı bir bağ kurarak adeta kendilik kavramını sosyal olarak tanımlar ve vatandaşlık kavramının ahlaki yönüne vurgu yapar. Aktif vatandaşlar hem ahlaki hem de politik bir bilince sahiptir. Bu açıdan, özellikle günümüzdeki üniversite öğrencilerinin *sosyal farkındalıktan* daha çok *maddi değerlere* önem vermesi durumunun, üniversitelerde *vatandaşlık bilincinin* de aşılması yolu ile önüne geçileceği savunulmaktadır. Bu sayede öğrenciler ileride kim olmak istedikleri sorununun yanıtını doğru bir şekilde bulabilirler⁴⁶. Bu şekildeki bir bilinç yaratma durumu, sorumluluk sahibi vatandaşların yetişmesini sağlayarak, demokrasiye ve ülke geleceğine ahlaki açıdan katkı yapacaktır. Hemen her üniversitenin amaç ve vizyonuna bakıldığında, hepsinde öğrencileri, düşünceli, sorgulayan, eleştirel ve topluma katkı yapan sorumluluk sahibi birer vatandaş olarak yetiştirecekleri yer almaktadır. Ancak somut duruma bakıldığında bu gibi ideallerin yalnızca kağıt üzerinde kaldığı, gerçekte öğrencilerin kişilik meselesi ya da sosyal sorumluluklarının bilincinde olmadıkları, yalnızca bir meslek edinme ve kendisine verilen bilgileri öğrenme amacıyla oldukları görülecektir. Üniversiteler üzerindeki, yetersiz kaynak, aşırı bir düzenleme, piyasaya açılma ve piyasa ile sanayinin talepleri, vb. zorlayıcı etkilere bakıldığında, üniversitelerin artık giderek ders kredileri, ücretler, piyasa talepleri, bürokrasi gibi olguların *sayısal nitelikteki* işleri ile meşgul olduğu da görülecektir. Aslında durum bunun tam tersi, yani üniversitelerin öğrencilerin ve eğitimin niteliği ile uğraşmıyor olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte demokrasi bilincinin aşılması aslında üniversitede öğrencilere tanınan katılma ile sağlanabilir.

Üniversitelerin sivil topluma yönelik katkısı *Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching* merkezinin bir raporunda da dile getirilmiştir. Söz konusu raporda, Amerika Birleşik Devletleri üniversitelerinin, üniversitelerin sahip olduğu sosyal işlev üzerinde bir anlaşmaya vardıkları

43 DAHL, Robert A., **Demokrasi ve Eleştirileri**, Yetkin Yayınları (Çeviren: Levent Köker), Ankara, 1996, s. 162.

44 TÜRKMEN, Fatih, **Eğitimin Ekonomik ve Sosyal Faydaları ve Türkiye’de Eğitim Ekonomik Büyüme İlişkisinin Araştırılması**, Devlet Planlama Teşkilatı, Yayın No:2655, Eylül 2002, s. 57.

45 HUTCHINS, Robert M., **The University of Utopia**, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1964, s. 3; hatta Hutchins burada şöyle bir örnek de vermektedir; yükseköğretimin tek amacı teknolojik ve bilimsel gelişmenin sağlanması olmamalıdır; söz konusu teknolojinin nasıl ve ne yönde kullanılacağı da bir eğitim sorunudur. Bu nedenle dünya tarihinde atom bombası gibi bir deneyim yaşanmıştır.

46 ARTHUR, James, “Introduction”, **Citizenship and Higher Education-The Role of Universities in Communities and Society**, Routledge Falmer (Editors: James Arthur, Karen E. Bohlin), London and New York, 2005, s. 1-2.

ve üniversitenin sahip olduğu sosyal işlevler yer almaktadır⁴⁷. Buna göre, özellikle 1880 ile 1945 yılları arasında, ileri nitelikteki araştırmaya önem verilmesi ile gittikçe göz ardı edilmeye başlanan sosyal işlev, 1945'lerin ardından yeniden öne kazanmıştır. Bu dönemde üniversite bürokratik bir örgüt olduğu yönünde eleştirilere maruz kalınca, çeşitli üniversitelerden öğrenci protestoları yükselmeye başlamıştır. Bu protestolar da üniversiteler de yeni türden müfredatın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Örneğin bu doğrultuda Berkeley'in demokratik eğitim programı⁴⁸ öğrencilerin protestoları sayesinde oluşturulabilmiştir. Bu programda öğrenciler kendi istedikleri şekilde, kendi alacakları öğretim programlarını oluşturabilmektedirler. Vatandaşlık ise, özellikle hukuki bir statü olarak değil, siyasete ya da toplumsal işlere, statü önemli olmaksızın katılımı ifade edecek şekilde algılanmaktadır. Bu açıdan üniversitelerin, genç insanların siyasi ve sosyal katılımını geliştirebilecek birer kurum olmalarının üzerinde durulmuştur⁴⁹.

47 "Higher Education: Civic Mission&Civic Effects-A Report by The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching and CIRCLE", **The Center for Information and Research on Civic Learning and Engagement**, February 2006.

48 "Berkeley's Democratic Education at California Initiative"; bu girişim öğrenciler tarafından gerçekleştirilmiş ve Kaliforniya Üniversitesi'nde alternatif bir program olarak uygulanmaktadır. Bu programda öğrenciler kendi der programlarını, geleneksel müfredattan bağımsız olabilecek şekilde serbestçe belirleyebilmektedirler. <http://www.decal.org/>.

49 Bunun için lütfen "Wingspread Declaration on Renewing the Civic Mission of the American Research University", June 1999 (Amerikan Araştırma Üniversitesinin Sivil Misyonunun Yenilenmesi Hakkında Wingspread Bildirisi", bildirisine bakınız;

"Higher Education: Civic Mission&Civic Effects-A Report by The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching and CIRCLE", **The Center for Information and Research on Civic Learning and Engagement**, February 2006, s.1-2;

Bu dönemde bir toplumdaki katılımın göstergesi olan 19 davranışı belirleyen bir çalışma da yapılmıştır. Söz konusu çalışma için, KEETER, Scott, "The 19 Core Indicators of Engagement", "The Civic and Political Health of the Nation", **CIRCLE**, 2002, s. 3; söz konusu 19 davranış kısaca şunlardır; yerele ilişkin problemlerin çözümü için bulunduğu bölgedeki gruplara katılım, düzenli gönüllü aktivitelere katılım, bir dernek ya da grupta aktif üyelik, koşu, bisiklet gibi gönüllü aktiviteler aracılığıyla herhangi bir yere maddi yardım, herhangi başış, düzenli oy kullanma, diğer insanları oy kullanmaları yönünde bilinçlendirme, kampanya rozetleri, herhangi bir fikri belirten işaretleri üzerinde taşımak, siyasi parti ya da adaylara maddi yardım yapmak, siyasi partiye gönüllü üye olmak, herhangi bir bürokratik kişiye bilgi almak için başvurmak, fikrini açıklamak için herhangi bir medya aracına başvurmak (yazılı ya da görsel basın), herhangi bir şeyi protesto etmek, protesto amaçlı elektronik posta dilekçesini imzalayıp göndermek, protesto amaçlı herhangi bir dilekçe yazıp ilgili makama göndermek, boykot, oy açılığı yapmak.

Tüm bu ifadelerin ışığında, İngiltere, vatandaşlık bilincinin ve vatandaşlık eğitiminin yükseköğretimde aşılmasını "karakter eğitimi" başlığı ile bir hükümet politikası olarak belirlemiştir. ABD de bunu takiben üniversitelerinde bu yönde çalışmalar yapmaktadır⁵⁰. Avrupa bu doğrultuda 2000 yılında *Vatandaşlık Yeri Olarak Üniversite* (University as Site of Citizenship) başlıklı bir proje geliştirmiştir. Bu proje Avrupa Konseyi'nin Demokratik Vatandaşlık İçin Eğitim (Education for Democratic Citizenship) kavramına dayanmaktadır. Bu kavram 1999 Mayıs ayında Avrupa Konseyi'nin 50. kuruluş yıldönümünde kabul edilen *Bölücü Çizgileri Olmayan Daha Büyük Avrupa-Budapeşte Deklarasyonu*'na (Budapest Declaration for a Greater Europe Without Dividing Lines) dayanmaktadır. Amaç demokrasi bilincinin, katılımın ve sorumluluk sahibi vatandaşlar olabilmenin gereğinin bütün eğitim kademelerinde ve yükseköğretim de etkin bir şekilde öğrencilere sağlanmasıdır. Bu program ile aktif katılımın, vatandaşlık bilincinde sahip olduğu önem vurgulanmaktadır. Bu açıdan bir üniversite açısından önem arz eden konular, kurumsal karar alma mekanizmaları, öğrenim aşamasını da içeren geniş anlamda bir kurumsal yaşam, çok kültürlü bir yaşam alanı olarak üniversiteler ve üniversitelerin toplumla etkileşimi olmaktadır⁵¹. İşte bu alanlarda katılımı sağlayan ve demokrasiyi kendi içerisinde gerçekleştiren bir üniversite politik bilincin şekillenmesinde ve demokratikleşmede önemli bir rol oynayabilecektir⁵². Şu unutulmamalıdır ki bir sistemin

50 ARTHUR, 2005, s. 4.

51 BERGAN, Sjur, "Higher Education Governance and Democratic Participation: The University and Democratic Culture", **The University as ResPublica**, Council of Europe Publishing, 2004, s. 14.

52 Ancak burada belirtilmesi gereken bir husus vardır. Üniversitelerin daha demokratik olması için Avrupa'da, tıpkı ABD'de olduğu gibi kurullarına akademik dünyadan olmayan kişilerin de katılımını öngören bir yaklaşım hakimdir. Böyle bir durum her ülke açısından olumlu sonuçlar veremeyebilir. Buna ek olarak üniversitelerin toplumla olan ilişkilerine örnek olarak Türkiye'deki çarpık durum gösterilebilir. Üniversiteler Türkiye'de genel olarak birer *yarı açık ceza evi gibi*, kapısından geçilmesi zor olan kurumlara dönüşmüşlerdir. Sıradan bir vatandaşın üniversiteye herhangi bir referans olmadan girebilmesi mümkün gibi görünmemektedir. Güvenlik açısından yapıldığı düşünülen ve bir ölçüde kabul edilebilir olan bu uygulama aslında halk ile akademinin arasındaki uçurumun varlığını onaylar nitelikte bir durum gibi gözükmektedir. Ancak vatandaşı, öğrenciyi, herkesi adeta doğuştan suçlu kabul eden bir sistemde, üniversitelerin kapılarındaki kimlik kontrolü anlaşılabilir olmaktadır. Bu durum ne yazık ki, "evrensel bilgi ve bilim kurumu-bilgiyi yayan-dağıtan kurum" olarak nitelenen üniversite-

iyi işleme, ondan gelişen anlayışa ve ilkelerin uygulanmasına dayanmaktadır⁵³. Bu açıdan eğer söz konusu demokratik ilke ve anlayış iyi kullanılmazsa, demokratik bir sistem gerçekten demokratik olamayacaktır.

e. Sosyal Sermaye Yaratıcısı Olarak Üniversite

Sosyal sermaye kavramı 1990'lı yıllarda ülkelerin ekonomik ve siyasi performansları ile bireylerin sivil faaliyetleri arasındaki ilişkiyi irdeleyen düşünürler tarafından kullanılmış bir kavramdır⁵⁴. Sosyal sermaye kavramı hakkında en bilinen kavramsal tartışmaları gerçekleştirmiş düşünür Robert Putnam, kavramı şu şekilde tanımlamıştır: "*sosyal sermaye, sosyal örgütlenmenin şebekeler, normlar ve güven gibi, koordine edilmiş faaliyetleri kolaylaştırarak toplumun verimliliğini yükseltebilen özellikleridir.*"⁵⁵ Putnam, neden bazı kurumların ya da devletlerin diğerlerinden daha başarılı olduğunu sorgulamış ve İtalya'yı incelediği söz konusu eserinde, Kuzey İtalya'nın ekonomik gelişmişliğinin, vatandaşların daha çok sosyal ağlara dahil olmasına ve karşılıklı işbirliğinin daha gelişmiş olmasına bağlamıştır⁵⁶. Putnam gibi Fukuyama da sosyal sermaye kavramına açıklık getirmeye çalışmış ve güven ilişkisinin önemini vurgulamıştır. Fukuyama'ya göre sosyal sermaye, bir topluluğa üye kişiler arasındaki güvenden kaynaklanan ve üyelerin benimsedikleri ortak hedeflere varmak için ondan yararlanabildikleri bir yerdir. Güven ise, bir topluluğun içinde herkesin paylaştığı ortak normlar temelinde, o topluluğun diğer üyelerinin, düzenli, dürüst ve işbirliğine hazır davranışlarından kaynaklanan beklentidir⁵⁷. Sosyal ser-

maye, paylaşılan değerler, güven, işbirliği, dayanışma, sorumluluk ve ödül paylaşımı gibi manevi olarak verimliliği arttıran her şeydir. Öte yandan sosyal sermaye iyi anlamda yani başarının, verimin arttırılabileceği gibi kötü amaçlar için de kullanılabilir. Örneğin bir çete kurmak ve bu çete içinde kötü amaçlara sahip olarak dayanışma içinde çalışmak gibi.

Üniversitelerin bir sosyal sermaye yaratıcısı olarak ne türden bir işlevi olabileceğinin ortaya konulmasında bu açıdan fayda vardır. Sosyal sermaye, bir sosyal grubun, diğer toplulukların refahı ile uyum içinde davranan adil bir topluluğun yaratılmasında işbirliği yapma yetisini de içermektedir. Ortak değerler ve etik ile birlikte oluşan güven de sosyal sermaye olarak çok değerlidir. Bu açıdan üniversitelerin sosyal sermaye yaratıcısı olarak özellikle iş dünyası ve endüstri ile sıkı işbirliği ve dayanışma oluşturması gerektiği savunulmaktadır. Bu doğrultuda Fountain ABD'deki Silikon Vadisi ile ilgili şöyle bir örnek vermiştir:

"Stanford Üniversitesi, Vadi'nin en önemli firmalarından biri olan Hewlett-Packard'a ve daha bir çok firmaya beşiklik yapmıştır...Bu firmanın yönetiminin ve bazı atılım sermayedarlarının üniversiteyle sıkı bağları vardır."⁵⁸

Sosyal sermaye yaratımın katkı olarak yalnızca sanayiye teknoloji transferi ya da bu türden şirketler ile sıkı işbirliği geliştirilmesi, sosyal sermaye gibi çok da belirli olmayan bir kavramı tek yanlı olarak yorumlamak olacaktır. Ne yazık ki etik değerleri, işbirliği kültürünü ve insancılığı aşılması gereken üniversiteler günümüzde özellikle Türkiye açısından tam tersi bir duruma düşme tehlikesi ile karşı karşıyadırlar.

III. Üniversite Özerkliğinin Anlamı

Çalışmanın bu kısmında üniversite özerkliği farklı açılardan irdelenmeye çalışılacaktır. Kamu kurumlarının içerisinde özel bir yere sahip olan üniversite için özerklik daima en tartışmalı alanlardan birisi olmuştur. Bunun nedeni söz konusu alanın bir

lere uymamaktadır.

53 HETHERINGTON, 1965, s. 9.

54 ERDOĞAN, Emre, "Sosyal Sermaye, Güven ve Türk Gençliği..", s. 3, erişim adresi: http://www.urbanhobbit.net/PDF/Sosyal%20Sermaye_emre%20erdogan.pdf ; erişim tarihi: 23.01.2012.

55 PUTNAM, Robert D., **Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy**, Princeton University Press, New Jersey, 1993, s. 167; Putnam burada, bazı sonuçlara, sosyal sermaye olmadan kesinlikle ulaşılamayacağını belirtmiştir ve birbirine güven duyan insanlardan oluşan bir grubun, birbirine güven duymayan kişilerden oluşan diğer gruba oranla daha başarılı olduğu örneğini vermiştir. Bu durumda güven sosyal sermayenin bir unsuru olmaktadır.

56 PUTNAM, 1993, s. 3-7.

57 FUKUYAMA, Francis, **Trust, The Social Virtues and The Creation of Prosperity**, Free Press Paperbacks, New York, 1995, s. 26.

58 FOUNTAIN, J. F., "Social Capital: A Key Enabler of Innovation: Toward A Consensus Strategy for Federal Technology Policy", **Investing in Innovation**, Lewis M. Branscomband James H. Keller, Eds. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1997, s. 13'den akataran: DUNAS, Guillermo, "Sosyal Sermaye Yaratıcıları Olarak Üniversiteler", **Eğitimin Geleceği- Üniversitelerin ve Eğitimin Değişen Paradigması**, 1. baskı, Sabancı Üniversitesi (Editör: Oğuz N. Baburoğlu), İstanbul, Nisan 2003, s. 151.

devlet için kamu yararı ve ulusal çıkarlar gerekçesi ile kilit alanlardan birisi olmasıdır. Öte yandan yeni liberal politikalarla birlikte şekillenen devlet sistemleri de, üniversite üzerindeki vesayetin sürdürülebilirliğini kabul ederler. Böylelikle üniversiteler üzerinde daha çok özerklik talebi ile devletin etkisi azalsa da aslında yalnızca vesayet makamının değişmesi öngörülmektedir -artık devletin değil de başka aktörlerin söz konusu vesayeti gerçekleştirmesi yönünde⁵⁹.

Özerkliğin kapsamı tarihi açıdan olduğu kadar, günümüzde onun ele alınış biçimi açısından da farklar içermektedir. Kimi yazarlar özerkliği soyut bir kavram olarak, üniversitenin bir toplumda sahip olduğu konumdan yola çıkarak açıklamaya çalışırken, kimileri onu öğelerine ayırarak somutlaştırmak istemişlerdir. Üniversite özerkliğinin öğelerine ayrılarak incelenmesinde ise devreye üniversite-devlet-piyasa ilişkileri ve söz konusu ilişkideki aktörlerin somut davranışları önem kazanmaktadır. Burada hem üniversitenin bir örgüt olarak iç yapısı (üniversite içi güç dengeleri) ve işleyişi, hem de söz konusu iç yapının dış aktörler ile olan ilişkisi dikkati çekmektedir. Ancak tüm bu çözümleyici yaklaşımlar üniversite özerkliğinin tek yönlü bir bakış açısı ile ortaya koyulmasını sağlamaktadır⁶⁰. Üniversite özerkliğinin kapsamı, kavramın tanımlandığı devletin tarihi gelişimi, geleneği ve -tıpkı ütopyacı düşüncenin bize göstereceği gibi- insanların kişiliği ile de belirlenmeye müsaittir.

a. Üniversite Özerkliğinin Kısa Tarihi

Üniversite özerkliği köklerini özellikle Alman üniversitelerinde, daha öncesinde de ortaçağ

59 Bu konuda EUA'nın çalışmasına bakılması önerilir. Öte yandan Türkiye'de yayınlanan ve yükseköğretime ilişkin raporların hemen hepsinde benzer görüşler yer almaktadır. ESTERMAN, Thomas, NOKKALA, Terhi, **University Autonomy in Europe I**, Exploratory Study, EUA Publications, 2009.

60 Yükseköğretim alanına ilişkin çok fazla sayıda bilimsel yaklaşım bulunmaktadır. Her bir yaklaşımın yükseköğretim sistemini ele alırken ve bu doğrultuda üniversite özerkliğini ortaya koyarken farklı sonuçlara ulaşması doğaldır. Ancak buradan üniversite özerkliğinin belirsiz bir kavram olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Çünkü meseleye yaklaşım metodu ne olursa olsun, üniversite özerkliği kendisini nihai olarak bilim ve sanat özgürlüğünde bulur. Üniversitelere devletin müdahalesinin gerekçesi kamu yararı ve ulusal çıkarlardır; piyasaların etkisi ise karların maksimizasyonu doğrultusunda üniversiteler üzerinde, hükümet politikaları aracılığıyla oluşturduğu baskıdır. Her iki durumda da söz konusu müdahalelerin sınırı bilim ve sanat özgürlüğü olmalıdır.

Avrupa'sında bulmaktadır. Birçok yazar özerkliği, yeterli bir öğretim, araştırma ve toplumun ihtiyaçlarına yönelik hizmetin sağlanması için, üniversitenin vazgeçilmez bir niteliği olarak ele almıştır. Çünkü özerklik, yasal bir statü olmanın ötesinde, üniversitenin sosyal bir kurum olarak gelişmesi ile de ilişkilidir ve her dönemde yükseköğretim kurumlarının temel ideolojisi olarak ortaya çıkmıştır⁶¹. Ancak üniversitenin topluma hizmet etmesi gerekliliği ile özgür bilim adına toplumdaki bir ölçüde uzak kalması gerekliliği, her dönemde bir gerilim alanı olmuştur.

Özerklik sözcüğü, eski Yunancadaki "autonomia"ya dayanmaktadır. Bu sözcük, bağımsız olma, kendi kendini yönetme durumu, kendi kendini idare etme hali anlamına gelmektedir. Eğitim alanında ise, özerklik ilk olarak, usta (hocalar) ve çırak (öğrencilerin) loncalarında, ortaçağ Avrupa'sında ortaya çıkmıştır. Bu loncalar daha sonra Avrupa'nın ilk üniversiteleri halini almıştır. O dönemde bu bilginler loncaları (bilginler cemaatleri), mali kaynak ister feodal beylerden, ister papalıktan gelsin, kendi işlerini kendileri yönetmişlerdir⁶². Genel olarak ortaçağ üniversiteleri, kendi kendini idare eden ve kendi mali kaynaklarını kendileri karşılayan kurumlar olmuştur. Bu nedenle o dönemde özerkliğin anlamı şu ilkelerde somutlaşmıştır:

- Dışsal herhangi bir otorite karşısında yüksek derecede kurumsal bağımsızlığa sahip olma;
- Mali açıdan kendi kendine yetebilme;
- Yeni fikirlere karşı tolerans ve bilim özgürlüğüne imkan veren entelektüel bağımsızlık.

Buna ek olarak ortaçağda özerklik, hükümet ya da kilise tarafından verilen ayrıcalıkları da ifade etmekteydi. Ancak üniversiteler özerklikten yararlandılarsa da, tarih, her zaman *üniversitenin bir kurum olarak amaçları ile üniversitenin amaçlarını etkilemek isteyen sosyal, siyasi ve dini güçler* arasında bir gerilim olduğunu göstermiştir. Ortaçağ üniversiteleri söz konusu gerilimin içerisinde kısım gönüllü birlikler olarak özgürlükleri için mücadele etmeye çalışmışlardır⁶³.

61 HETHERINGTON, 1965, s.1; PERKINS, James Alfred, "Autonomy", **The International Encyclopedia of Higher Education**, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1977, Vol. 2, s. 578.

62 JASPERS, Karl, **The Idea of the University**, Boston, Beacon Press, 1959, s. 1.

63 **The Control of the Campus-A Report on the Governance of Higher Education**, Third Printing, The Carnegie Foundation for

Ulusal devletlerin ortaya çıkmasıyla ve Fransız Devrimi'nin de etkisiyle birlikte artık üniversite özerkliği, ortaçağdaki içeriğini yitirmiştir. Artık ulusal olan üniversiteler, Hıristiyanlıkla olan bağlantılarını da yitirmeye başlamışlardır. Öğrenciler, uluslararası olmaktan çok geldikleri ülkeye göre İspanyol, Fransız veya Alman olarak ulusal kimlikleri ile anılmaya başlanmıştır ve üniversitelerdeki akademik özerklik kısıtlanmıştır. Bilim ve araştırma olgusu ise yalnızca Sanayi Devrimi'nin itici gücü olup, sanayiye hizmet etmek koşulu ile bilimsel akademiler tarafından kabul edilmişti. Fransız Devrimi'nin ardından Napolyon üniversiteyi hükümetin bir organı gibi yeniden organize etmiş ve üniversite tamamen devlet tarafından finanse edilen, programları, çalışmaları, yönetimi, atamaları kamusal ahlak doğrultusunda oluşturulan bir kurum olmuştur. Bu dönemdeki üniversitelerin görünümü faydacı ve teknik olmuştur. Bununla birlikte, temel amaçları, toplum ve kamu yönetiminin ihtiyacı olan meslek gruplarına insan yetiştirmek; araştırma olgusu da üniversitenin bir parçası olmamıştır⁶⁴.

19. yüzyıl boyunca, Humboldt'un yönetiminde Alman üniversiteleri, kendi bünyelerinde bilim ve araştırma ile yeniden tanışmışlardır. Üniversiteler daha çok hükümet kaynakları ile finanse edilse de, profesörleri kamu görevlisi olsa da, uzman bir yönetim ve akademik özgürlük, üniversitenin hükümetle arasındaki ilişkiyi yeniden düzenlemiş ve üniversitenin yeni karakteri bilim özgürlüğü çerçevesinde oluşmaya başlamıştır. Üniversiteler bu yüzyılda öğretim ve araştırma

birliğini korumuşlardır. Bu doğrultuda özerklik düşüncesi ise şu anlama gelmekteydi: üniversiteler, *hiçbir etki altında kalmadan* bilginin işlenmesi ve anlaşılmasına, gerçeğin araştırılmasına, toplum ile önemli bir ilişki içinde olmaya ve bu ilişkinin korunmasına, odaklanmalıydı⁶⁵. Alman üniversite modeli daha sonra Amerika, Latin Amerika ve giderek dünyanın her yerine yayılmış çok sevilen bir model olarak, Napolyon üniversitesinin antitezini oluşturmuştur⁶⁶.

20. yüzyıl boyunca ve 21. yüzyılın başlarında, Amerikan üniversitelerinde özerkliğin, eğitim sisteminde hükümetin rolü ile ilgili olarak, başka yan anlamları ortaya çıkmıştır. II. Dünya Savaşı'ndan önce, devletler, üniversiteler üzerindeki kontrollerini daha çok bütçe üzerinden yürütmüşlerdir ve üniversitenin idari kadrolarına da akademisyenleri değil kamu sektöründen insanları atamışlardır. Finansal kontrolün yanı sıra, yine ABD'de devlet, üniversiteleri, çeşitli lisans işlemleri aracılığıyla da kontrol etmeye çalışmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, federal hükümetler, stratejik alanları bilimsel gelişme ile desteklemek için, yükseköğretime özel bir önem vermişlerdir ve devletler üniversitelere yüksek miktarda mali kaynak ayırmaya başlamıştır. Ancak bu dönemde devletler, yalnızca kaynak yardımı ile sınırlı kalmamış, üniversitelerin, akademik programlarının niteliği ve türleri gibi karmaşık işleri ile de uğraşmışlardır. Bu yeni tür ilişki artık, yeni kurumlar yaratma sorumluluğu altında *üniversiteleri yönlendirebilmeyi*, onların *amaçlarını ve planlarını belirleyebilmelerini*, onlara *yeni roller yükleyebilmeyi*, *akademik programları birbiriyle uyumlaştırabilmeyi* ve *tüm sistemi yönetebilmek için uygun vergiler alabilmeyi* içermekteydi⁶⁷.

Bu kısa tarihçe bize üniversite özerkliğinin, üniversitenin toplumun içindeki rolüne göre değişik yorumlarının olduğunu göstermektedir. Özerklik zaman içinde ve değişik yerlerde anlam

the Advancement of Teaching, Lawrenceville, Princeton University Press, Nj, 1984, s. 4-5; COBBAN, A. B., **The Medieval Universities: Their Development and Organization**, Methuen&Co Ltd, London, 1975, s. 23-24; GIEYSZTOR, Alexander, "Management and Sources", **A History of the University in Europe, Volume 1-Universities in the Middle Ages**, Cambridge University Press (General Editor: Walter Rüegg-Editors: Hilde De Ridder-Symoens), Cambridge, 2003, (s. 108-143), s. 109-111, 114-116;

Üniversiteleri özerklik açısından zora sokan bir örnek olarak, 15. yüzyıldan 18. yüzyıla kadar olan dönemi gösterebiliriz. Örneğin, Cenova'da, akciğer dolaşımını keşfeden bilim adamı olan Miguel Servet, halk içinde yakılan bir ateşe ölme cezasına çarptırılmıştır; dünyanın güneş tarafında döndüğünü keşfeden bilim adamı olan Galilei Galileo ise teorisini reddetmesi yönünde baskıya uğramıştır. Buna ek olarak, Paris üniversitesi Juana de Arco'yu 1431 yılında cezalandırmış, İspanya Engizisyonu'nu anatomi çalışmalarını yasaklamış, Hollanda'daki Leyden Üniversitesi dışsal otorite tarafından, hukuk alanında bilginin tek kaynağı olarak Aristoteles'i kabul etmeye zorlanmıştır.

64 TİMUR, 2000, s. 64-79.

65 PAULSEN, Friedrich, **The German Universities-Their Character and Historical Development (1895, c1894)**, MacMillan and Co., New York, 1985, s. 5-7.

66 CABAL, 1993, s. 2-15, 28-29.

67 NEAVE, G., VAN VUGHT, F. A. (Editors), **Prometheus Bound: the Changing Relationship Between Government and Higher Education in Western Europe**, Oxford, New York, Pergamon Press, 1991'den aktaran: YOLIMA, Beltran, **University Autonomy in the Columbian Public Universities**, The Pennsylvania State University The Graduate School College of Education, A Thesis in Educational Theory and Policy, Ağustos, 2003, s. 20.

değiştirmiştir. Ortaçağ boyunca özerklik, akademik çevre ve öğrenciler tarafından oluşan kurum üzerindeki, kilise ya da hükümet tarafından sağlanan bir ayrıcalıklı kontrol olarak algılanmıştı. 20. yüzyıl boyunca ve 21. yüzyılın başlangıcında, bu anlayışa hükümetlerin, eğitim sektöründe giderek daha fazla söz sahibi olması ile birlikte yeni bir içerik daha eklenmişti. Ancak, anlamı zaman içinde değişiklik gösterse de, özerklik düşüncesi hakkında, yükseköğretim kurumlarının merkez fikri olduğu yönünde kabul hep mevcut olmuştur.

b. Modern Anlamda Üniversite Özerkliği

Üniversite özerkliğine ilişkin tanımlar iki grup altında toplanabilir. Bunlardan ilki özerkliği soyut bir ideal olarak açıklayan ve bütüncül bir bakış açısına sahip tanımlar; ikincisi ise özerkliği öğelerine ayırarak ya da özelliklerini sayarak açıklayan tanımlardır.

Üniversiteye ilişkin özerklik kavramının ilk anlamdaki yalın bir tanımı, Yüksek Öğretim Kurumlarının Özerkliği ve Akademik Özgürlük Üzerine Lima Bildirgesi'nde yapılmıştır. Buna göre *özerklik; yükseköğretim kurumlarının iç işleyişlerine, mali işlerine ve yönetimlerine ilişkin kararlar almada ve eğitim, araştırma, dışa yönelik çatışmalar ve diğer ilgili faaliyetlerde kendi politikalarını oluşturmada devlet ve toplumun tüm diğer güçleri karşısındaki bağımsızlıkları anlamına gelir.* Sözcük olarak da "kendi yasasını koyma" anlamına gelen özerklik, üniversiteler açısından da benzer şekilde kullanılmış ve üniversite özerkliği soyut bir içerikte tanımlanmıştır.

Benzer tanımlar çeşitli yazarlar tarafından yapılmıştır. Bu doğrultuda Neave&Van Vught üniversite özerkliğini, herhangi bir dış kontrol olmadan kendi kendini idare etme gücü anlamında kullanılan bir kavram olarak tanımlamıştır⁶⁸.

Hetherington'a göre, üniversiteler, sahip olduğu ayırt edici özellikler gereği diğer kurumlardan ayrı konuma sahip olan sosyal kuruluşlardır. Üniversiteler ise, kendine özgü işlerinde, kendi kararlarını kendilerinin alabilmesine imkan tanıyan, kendi usullerini uygulamalarına izin veren ve bu doğrultuda yüksek derecede özerkliğe sahip

olması gereken, dıştan gelen hiç bir otoriteye tabi olmayan, tüzel kişiliği haiz topluluklardır⁶⁹.

Özerkliğe daha soyut bir anlam yükleyen Pullias ve Wilbur da, üniversitelerin esas niteliğinin, belli amaçları gerçekleştirmek için organize olmuş, yerel bir bilginler grubu olmasında yer aldığını ve bu nitelikteki bir topluluğun da en yüksek derecede özgürlükten yararlanamadıkça kendi sorumluluğunu taşıyamayacağını belirtmiştir. Onlara göre özerklik, yükseköğrenimin doğası gereği var olmalıdır çünkü aslında özerk olacak olanlar bilginler topluluğudur. Bir başka deyişle belli bir amaç için bir araya gelen bilginler topluluğu üniversitenin kendisidir⁷⁰. Burada özerklik ile sorumluluk arasında bir bağlantı kurulmuştur. Öte yandan bu görüşler üniversite özerkliğini, üniversitede içkin, onda doğası gereği bulunan bir özellik olarak tanımlamışlardır.

İkinci gruptaki yazarlar, üniversite özerkliğini öğelerine ayırarak açıklamışlar ve onun kurucu özelliklerini sayma yoluna gitmişlerdir. James, bir üniversitenin ancak belli konularda kendisinin karar alma yetkisi var ise toplumun kendisinden beklediği görevi yerine getirebileceğini ve üniversitenin özerk olabileceğini savunmuştur. Bu alanlar şunlardır:

- Atama formaliteleri ne olursa olsun, bir üniversite kendi elemanlarını kendisi seçme hakkına sahip olmalıdır.
- Üniversite kendi öğrencilerini seçmekten de sorumlu olmalıdır.
- Öğretimin her aşamasındaki müfredatın oluşturulmasından üniversite kendisi sorumlu olmalıdır. Akademik standartların belirlenmesini kendisi yapmalıdır. Akademik derecelerin ve belli bir mesleğe ilişkin lisans verilmesinin kanunla düzenlendiği ülkelerde, üniversitelerin de kesinlikle bu yasama işlemine etkili bir şekilde dahil olması gerekmekte ve müfredat ve akademik standartların belirlenmesinde üniversite en azından bu şekilde söz sahibi olmalıdır.
- Her üniversite kendi sınırları dahilindeki araştırma programları hakkında son karar mercii olmalıdır.

68 NEAVE, Guy, VUGHT, Frans A. van, "Government and Higher Education in Developing Nations: A Conceptual Framework", **Government and Higher Education Relationships Across Three Continents: The Wind of Change**, The IUA Press, Oxford, England, 1994, s. 7.

69 HETHERINGTON, 1965, s. 1.

70 PULLIAS, Pearl V., WILBUR, Leslie, **Principles and Values for College and University Administration**, Philosophical Library, New York, April 1994, s. 69-70.

- Üniversite mevcut mali kaynakları çeşitli aktiviteleri için kullanırken, bunların kendi içerisinde dağıtımından sorumlu olmalıdır. (yer ve araç temini, parasal gelirler, faaliyet gelirleri, vb.)⁷¹.

Hetherington da, yukarıda bahsedilen beş öğenin bir üniversite için olmazsa olmaz öğeler olduğunu yinelemiştir; üniversite özerkliğinin üniversiteye tanınması gereken bir takım *ayrıcılıklar olarak değil*, üniversitenin olmazsa olmaz temel özelliği olarak anlaşılması gerektiğini savunmuştur. Bir üniversitede ancak söz konusu beş özellik birden var olursa, üniversite sahip olduğu, genç insanları yetiştirme, kültür alanını koruyarak topluma hizmet etme ve bilginin sınırlarını keşfetme işlevlerini tam olarak yerine getirebileceğini belirtmiştir. Hetherington, üniversitenin kamusal çıkarlardan, toplumdan gelecek olan eleştiriden ve yargılamadan uzak tutulmaması gerektiğini, çünkü bu eleştiriler altında üniversitenin daha özgür olacağını savunmuştur. Öte yandan hükümetlerin, yanlış anlama ve kriz ortamlarında kararlar almaları için, üniversitelerin toplum ile danışmanlık ve iletişim kanallarını açık tutacak sürekli komitelere ihtiyacı vardır⁷².

Dünya Bankası, üniversite özerkliğini mali özerkliği merkez alarak tanımlamıştır. Bir üniversitenin özerk olabilmesi için, onun mali kaynaklarını etkili bir şekilde kullanmasına saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, yükseköğretim kurumları, kendi harcamalarını etkileyen bütün temel etkenler üzerinde anlamlı bir kontrole sahip olmalıdır. Her kurum, giriş gereklilikleri koyabilme, harç ve giderleri belirleyebilme ve öğrencilerin giderleri için seçenekler belirleyebilme olanağına sahip olmalıdır. Çünkü öğrencilerin gerekliliklerinin ve sayısının üniversitenin mali kaynakları ile doğru orantılı olması gerekmektedir. Kurumlar aynı zamanda kendi personelini de kendisi belirleyebilme olanağına sahip olmalıdır. Çünkü bu da aslında bir üniversitenin giderleri arasında en büyük yeri tutan kısımdır. Ayrıca esneklik de, ancak üniversitelerin, iş gücünün ihtiyacı olan yeni tür programlar açabildiğinde, belli bir programdaki öğrenci-öğretim üyesi oranı etkili

oranın altına düştüğünde ve üniversite bu şekilde masraflarını kontrol edebildiği zaman etkili olmaktadır. Gelir yelpazesi de üniversiteler tarafından bağımsızca belirlenmelidir ki, bu da fakültelerin istenilen kapasiteye ulaşmasını sağlar⁷³. Öte yandan, Dünya Bankası'na göre üniversitelere çok daha fazla özerklik verilirken, akademik ve idari alanda da daha fazla bir hesap verilebilirlik olmalıdır⁷⁴.

Carnegie Komisyonu, kurumsal özerkliği üç alana ayırarak tanımlamıştır. Bunlar,

- Entelektüel alan: akademik ifade özgürlüğü, araştırma projelerinin ve alanlarının öğretim üyeleri ve öğrenciler tarafından serbestçe seçilebilmesi özgürlüğü;
- Akademik alan: derslerin içeriği gibi belirli uzmanlık alanlarına ilişkin, akademik personelin (akademik otoritelerin) kararlar almasının kabulü;
- İdari alan: özellikle personele ilişkin ve mali konulara ilişkin kararların maddi anlamda (içerik yönünden de serbest olacak şekilde) alabilmesidir⁷⁵.

Levy, üniversite özerkliğini, üniversitenin üç alanda kendi kendine karar verebilmesi ile sağlanabileceğini belirtmiştir. Söz konusu üç alan, kadrolara atama ve gerektiğinde idarecilerin görevine son verebilmeyi içeren kadro alanı, üniversitenin kendi müfredatını oluşturabildiği akademik alan ve mali alandır⁷⁶.

Berdhal, üniversite özerkliğini üç alana ayırmıştır. Bunlar, akademik özgürlük, maddi özerklik

73 The World Bank, **Development in Practice-Higher Education-The Lessons of Experience**, A World Bank Publication, Washington D.C.,1994, s. 64;

Bu düşünceye göre, kurumsal özerklik, kamu yükseköğretiminde bir reform için anahtar bir etkidir. Böyle bir özerkliğin temel amacı, üniversitedeki mali kaynağın kurumun ihtiyaçları doğrultusunda daha etkili bir şekilde dağıtılmasını sağlamaktır. Örneğin, Endonezya ya da Brezilya gibi ülkelerde öğrencilerden harç ve herhangi bir mali gider alınması yasak olduğu için ve yükseköğretimdeki tüm giderleri devlet karşıladığı için, Dünya Bankası bu tür ülkelerde, finansal yönetim sisteminde esnekliğin karşılığı olarak bir sertlik olduğu ve bu doğrultuda bir etkisizlik olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle mali kaynakların çeşitliliği konusunda bir stratejinin olması özerkliğin en iyi garantisidir.

74 The World Bank, **1994**, s. 10.

75 The Carnegie Commission on Higher Education, **Governance of Higher Education: Six Priority Problems**, New York, MacGraw-Hill Book Company, New York, 1973, s.17-18.

76 LEVY, Daniel C., **University and Government in Mexico: Autonomy in an Authoritarian System**, Praeger, New York, 1980, s. 7.

71 JAMES, F. Cyril, "Introduction", University Autonomy-Its Meaning Today, International Associations of Universities, Papers-7, Paris, 1965, (s.vii-xi), s.viii.

72 HETHERINGTON, **1965**, s. 28.

ve usuli özerklidir. Bu doğrultuda, akademik özgürlük, bir akademik personelin kişisel olarak öğretiminde ve araştırmasında, politik, dini ya da devlet tarafından herhangi bir cezai işlem altında kalma, işten çıkarılma tehdidi veya korkusu olmadan işlerini yapabilmesi anlamına gelmektedir.

Maddi özerklik, üniversitenin, kurumsal yapısı içinde kendi *amaçlarını ve programını belirleyebilme* gücüdür. Bu güç, üniversitenin “ne”sini oluşturur.

Usuli özerklik ise, üniversitenin, kurumsal yapısı içerisinde kendi amaçlarının ve programının *araçlarını oluşturabilme* gücüdür. Bu güç de, üniversitenin akademik çevresinin “nasıl”ını oluşturur⁷⁷.

Bu üç tür özgürlük birbiri ile ilişki içindedir. Bu açıdan hükümetin usuli mi, yoksa maddi işlere mi müdahil olduğunu bilmek yararlıdır. Usuli işlere müdahale, (örneğin; ödenetim, satın almalarda kontrol, vb.) üniversite için büyük bir sorun teşkil etse de, onu hedeflerine ulaştırmaktan alı koymaz. Ancak bunun aksine, üniversitenin maddi anlamdaki özerkliğine müdahale niteliğinde olan hükümet kararları, üniversiteyi kalbinden vurur. Bu hassas alanda ihtiyaç duyulan, hem üniversitenin hem de hükümetin ayrı ayrı rolleri üzerinde bir orta yol bulunması ve aralarında farazi de olsa bir anlaşma kurulmasıdır. Örneğin bu bağlamda çeşitli ortaklık modelleri geliştirilebilir ya da her iki si arasında, üniversitenin maddi özerklik alanına ilişkin kararlarının kimler tarafından alınacağı yasal çerçevede belirlenip, bir çeşit kuvvetler ayrılığı oluşturulabilir⁷⁸.

Ancak, hangi alandaki özerkliğe vurgu yapılırsa yapılsın, hiçbir üniversitenin tamamen özerk veya tamamen kendi kendine yönetilen ve diğer sosyal kurumlardan tamamen bağımsız olması mümkün olmamıştır.

Tüm bunlara ek olarak Neave, üniversite özerkliğinin tanımının birlikte kullanıldığı bağlama göre değiştiğini, bu nedenle üniversite özerkliğinin aslında “**bağlamsal ve politik olarak tanımlanabilen**” bir kavram olduğunu belirtmiştir⁷⁹.

77 BERDAHL, 1990, s. 171, 172.

78 BERDAHL, 1990, s. 172.

79 NEAVE, Guy, “On the Cultivation of Quality, Efficiency and Enterprise: An overview of Recent Trends in Higher Education in Western Europe, 1986-1988”, *European Journal of Education*, Y. 1998, Vol.23, No. 1-2, s. 2-23.

Bugün yalnızca ülkemizde değil, Avrupa’da da üniversite özerkliğine ilişkin kapsamlı tartışmalar ve çalışmalar yapılmaktadır. Bilgi toplumu ve bilgiye dayalı ekonomi kavramının üniversite ile devlet arasındaki ilişkiyi dönüştürdüğünü kabul eden Avrupa Komisyonu, geliştirilmiş bir özerklik anlayışı ve hesap verilebilirlik ile karakterize edilmiş bir yükseköğretimden söz etmektedir⁸⁰. Komisyon buna ek olarak üniversite özerkliği ile üniversitelerin toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilme yetenekleri arasında belirgin bir bağ olduğunu vurgulamaktadır. Bu hususlar ve genel olarak Avrupa’nın yükseköğretimden beklentileri “Green Paper (Yeşil Dosya)” olarak da bilinen raporunda etraflıca sunulmuştur. Bu doğrultuda özerklik anlayışı üniversitenin topluma hizmet işlevi ve hesap verilebilirlik ile birlikte şekillenmektedir. Avrupa üniversitelerinin daha çok araştırma eğilimli, esnek programlara sahip, iş dünyası ile ilişkili ve sanayiye katkı sağlayan, uluslararası rekabete açık birer mükemmeliyet merkezleri niteliğinde olmaları beklenmektedir⁸¹.

Kurumsal özerklik Avrupa’da, üniversite ve devlet arasındaki ilişkiye ve devletin üniversiteler üzerindeki kontrolünün düzeyine dayanmaktadır. Devletin üniversite üzerindeki kontrolü de yükseköğretimin kamusal sorumluluğunun değişmesi ile birlikte değişmektedir. Avrupa’da üniversite özerkliği üzerine gerçekleştirilmiş alan çalışmalarının sonuçları, devletin üniversiteler üzerinde doğrudan değil de, finansal ve kalite kontrol mekanizmaları (akreditasyon kurulları vb.) aracılığıyla dolaylı olarak bir kontrol sağladığı sistemlerin giderek yaygınlaştığını ortaya koymaktadır. Ancak yine de devlet yasal düzenlemeler ile üniversiteler üzerindeki kontrolünü güçlü bir şekilde sürdürebilmektedir. Bunun yanında özerkliğin değeri de daha çok kurumsal performans, mükemmellik, nitelik ve verimlilik kavramları ile ölçülmektedir⁸². Bir başka ifade ile özerklik yalnızca devlet karşısında üniversitenin bağımsız olabilmesi açısından değerlendirilmiştir.

80 Commission of the European Communities, “Delivering on the modernisation agenda for universities: Education, research and innovation”, COM (2006), 208 Final, 10 Mayıs 2006, s. 5 vd.

81 Commission of the European Communities, “The European Research Area: new perspectives”, COM (2007) 161 Final, 4 Nisan 2007, (Green Paper).

82 ESTERMAN, Thomas, NOKKALA, Terhi, *University Autonomy in Europe I*, Exploratory Study, EUA Publications, 2009., s. 6.

Avrupa Üniversiteler Birliği'nin yayımlamış olduğu Lizbon Deklarasyonu'nda üniversite özerkliğinin dört alanı, akademik, mali, örgütsel ve kadro özerkliği şeklinde belirtilmiştir. Avrupa üniversiteleri açısından özerkliğin derecesi, söz konusu dört alanda, üniversitenin *kendi başına karar verebilme kapasitesi* ile ölçülmektedir. Akademik özerklik, üniversitenin esnek bir şekilde kendi müfredatını belirleyebilmesi, programları ve araştırmaları bağımsız bir şekilde yürütebilmesi olarak değerlendirilmektedir. Mali özerklik, üniversiteye götürü usulü bir ödenek verilmesini gerektirir ve söz konusu ödeneği kullanmakta ve kaynak elde etmek konusunda sahip olduğu serbestliği ifade etmektedir. Örgütsel özerklik üniversitenin idari yapısına, karar alma mekanizmalarına ilişkindir. Son olarak kadro özerkliği de işe alma, ücretlerin ödenmesi ve çalışanların statüsü gibi konular hakkında karar verebilme ile ilgilidir⁸³. Öte yandan özerkliğin yalnızca söz konusu dört alanda karar verme kapasitesi ile sınırlı kalmadığının ve üniversite özerkliğinin nihayetinde ulusal bir karakter taşıdığına, kültür ve geleneğin de özerkliğin derecesinin ölçülmesinde önemli rol oynadığının unutulmaması gerekmektedir. Bu düşünce bizleri, özerkliği yalnızca hukuk kurallarını inceleyip, üniversite özerkliğinin derecesini ortaya koymaya çalışmanın ötesine götürecektir. Örneğin ABD açısından özerklik değerlendirmesi yapılırken, üniversite kurumunun geleneksel olarak topluma hizmet anlayışı ile kurulmuş olmasının, Almanya açısından üniversitenin, bilim ve araştırma ile öğretimin bir arada yürütüldüğü ve ideal bireyleri yetiştirmek için kurulmuş olmasının ve Türkiye açısından da modernleşmenin beşiği olması amacı ile kurulmuş olmasının birbirinden farklı anlamları vardır. Bu nedenle yalnızca belli bir ülkeye özgü yükseköğretim sisteminin özerkliğe ilişkin değerlerinin temel alınarak bir başka ülke hakkında, o ülkenin kültüründen bağımsız olarak değerlendirme yapılması yanlış sonuçlar ortaya çıkartabilir. Bugün ortak bir yükseköğretim alanı oluşturan ve bu doğrultuda birbiri ile uyumlu yasal düzenlemeleri iç hukuklarında gerçekleştiren Avrupa'daki ülkelere ilişkin olarak dahi, genel geçer bir özerklik çerçevesi çizilmesi oldukça zordur.

83 European University Association, **The EUA Lisbon Declaration-Europe's Universities Beyond 2010: Diversity with a Common Purpose**, EUA, Brussels, Mayıs 2007, s. 6-7.

Görüldüğü gibi modern anlamda üniversite özerkliği birçok yazar ve uluslararası kuruluş tarafından benzer şekilde değerlendirilmiştir. Burada göze çarpan husus, üniversitenin kendi öz sorumluluğu altında, kendi alanına giren bütün işlerde, hiçbir dış baskı veya etki olmadan kararlar alabilmesi ve aldığı kararları bir üst makam tarafından geri çevrilme korkusu olmadan uygulayabilmesidir. Her ne kadar üniversite özerkliği çeşitli açılardan öğelere ayrılabilirse de, özerklik kavramı bir bütünlük ifade eder. Çünkü üniversite özerkliğinin öğeleri birbiri ile ilişki içindedir ve bunlardan herhangi birisinde bir kısıtlama olduğu takdirde, diğerleri de olumsuz etkilenmekte, sonuç olarak da üniversite özerk olarak var olmaya devam edememektedir. Üniversite özerkliğinin öğeleri arasında mantıki ve işlevsel bir bağ bulunmaktadır⁸⁴.

Türkiye'ye bakıldığında ise yükseköğretime ilişkin ilk etapta göze çarpan ve kapsamlı beş rapordan söz edilebilir. Bunlar;

1. 2006 yılında UNESCO-CEPES tarafından yayınlanan Fatma Mızıkacı'nın "Higher Education in Turkey" isimli raporu;
2. 2007 yılında YÖK'ün yayınladığı "Türkiye'nin Yükseköğretim Stratejisi Raporu";
3. 2008 yılında TÜSİAD'ın Avrupa Üniversiteler Birliği (EUA) ile işbirliği içinde yayınladığı "Türkiye'de Yükseköğretim: Eğilimler, Sorunlar ve Fırsatlar" başlıklı raporu;
4. 2008 yılında İstanbul Politikalar Merkezi'nin yayınladığı "Neden Yeni bir Yükseköğretim Vizyonu?" başlıklı rapor;
5. 2008 yılında merkezi Bologna'da bulunan Yükseköğretim Kurumsal Özerklik ve Akademik Özgürlük İzleme Merkezi (Magna Charta Observatory)'nin yayınlamış olduğu "Case Studies: Higher Education in Turkey: Institutional Autonomy and Responsibility in a Modernising Society" başlıklı raporu⁸⁵.

84 AZRAK, A. Ülkü, "Devlet ve Üniversite", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 3, 1988, s. 24.

85 Bahsedilen raporlara erişim:

1. MIZIKACI, Fatma, **Higher Education in Turkey**, Monographs on Higher Education, UNESCO-CEPES, Bucharest 2006; erişim adresi: <http://www.cepes.ro/publications/pdf/turkey.pdf> ;

2. **Türkiye'nin Yükseköğretim Stratejisi**, TC Yükseköğretim Kurulu, Ankara, Şubat 2007; erişim adresi: <http://www.yok.gov.tr/content/view/557/238/>

3. TÜSİAD, **Türkiye'de Yükseköğretim: Eğilimler, Sorunlar ve Fırsatlar**, Ekim 2008; erişim adresi: http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/EUA-08.pdf

Tüm bu raporlarda göze çarpan ortak hususlar ise yükseköğretimin serbest piyasa ekonomisine açılması⁸⁶ konusu ile doğru orantılıdır. Yükseköğretime olan ilginin giderek artması tüm raporlarda vurgulanmıştır. Türkiye'nin sahip olduğu genç nüfusun daha 2020 yılına kadar artacak olması ortaya ciddi bir yükseköğretim talebi çıkaracaktır. Bu doğrultuda yükseköğretimde piyasalaşma ve özelleşme olgularının gerekliliği vurgulanmıştır. Yükseköğretim talebinin giderek yükselecek olması yükseköğretim alanında piyasalaşma ve özelleşmenin de haklılaştırıcı nedenlerinden birisi olarak gösterilmektedir. Çünkü devlet kaynakları artan talebi karşılamakta yetersiz kalacaktır. Söz konusu beş raporda da, esneklik, işletmecilik, performans ve kalite ölçümü, üniversite-sanayi işbirliği gibi konulara vurgu yapılmaktadır. Özellikle rekabet konusu yalnızca kurumlar arası değil, öğrenciler ve akademik personel arasında da söz konusu olmaktadır. Sürdürülebilirlik için rekabet olmazsa olmaz bir koşul olarak ileri sürülmüştür. Buna ek olarak bilgi temelli ekonomi, bilgi toplumu ve küreselleşme de yükseköğretim alanında köklü bir reform yapılması için gerekçe gösterilen en önemli nedenlerdir. Türkiye'nin, ortak bir Avrupa yükseköğretim alanı yaratmak üzere başlatılan Bolonya sürecine dahil olması, Avrupa entegrasyonu gibi konular da raporlarda yer almaktadır. Türkiye'nin yükseköğretim yapısının oldukça hiyerarşik olduğu, YÖK sisteminin üniversiteleri tekipleştirdiği, esnekliğe izin vermediği,

4. İstanbul Politikalar Merkezi, Sabancı Üniversitesi, 2009; erişim adresi: <http://ipc.sabanciuniv.edu/sites/ipc.sabanciuniv.edu/files/yokraporubasilan.pdf>

5. BARBLAN, Andris, ERGÜDER, Üstün, GÜRÜZ, Kemal, Observatory for Fundamental University Values and Rights, Case Studies: **Higher Education in Turkey: Institutional Autonomy and Responsibility in a Modernising Society**, Bolonya, Bononia University Press, Nisan 2008.

86 Yükseköğretimin serbest piyasa ekonomisine açılması GATS ile gündeme gelmiş ve Türkiye'de de özelleştirme dalgalarındaki 3. dalga olarak yerini almıştır. Türkiye'de özelleştirme konusunda izlenecek üç dalgadan söz edilmiştir. Birinci dalga, ticari, sınai ve finansal kamu işletmelerinin özelleştirilmesidir ve bunun yöntemi, klasik özelleştirme yöntemleri olarak belirlenmiştir. İkinci dalga, alt yapı tesisleri ve hizmetleri olarak belirlenmiştir ve yöntem olarak da PPP olarak bilinen kamu-özel ortaklığı (public private partnership) belirlenmiştir. Burada idare ile özel girişim arasında gerçekleştirilen bir sözleşme ile hizmetin özel kişilerce görülmesi söz konusudur. Üçüncü dalga özelleştirmeler ise, eğitim ve sağlık gibi sosyal hizmet sektörlerinin özelleştirilmesi olarak belirlenmiştir ve yöntem olarak da, ağı yönetimi modelinin benimseneceği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. T.C. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan, 2009-2013.

özerkliğin ise son derece kısıtlı olduğu belirtilmiştir. Çözüm önerileri olarak üniversitelerin daha çok özerkleşmesi adına devlet ile olan bağlarının zayıflatılması, özellikle idari işlev ile akademik işlevin birbirinden ayrılarak üniversitelerin yönetiminin profesyonel olarak ele alınması gerekliliği belirtilmiştir. Üniversite-devlet-toplum (ekonomi) üçgeninde yeniden tanımlanan özerklik genel olarak dört açıdan incelenmiştir. Bunlar, kurumsal özerklik, mali özerklik, personel özerkliği ve akademik özerklidir. Tüm raporlarda göze çarpan en önemli konu ise özerkliğin aslında devlete karşı bir özgürleşme olarak ele alınmasıdır. Oysa devlet karşısında daha bağımsızlaşan ve serbestleşen üniversitelerin, serbest piyasa ekonomisindeki aktörler karşısında nasıl bir özerkliğe sahip olacağına vurgu yapılmamış, üniversite özerkliği konusu tek taraflı ele alınmıştır⁸⁷.

Buraya kadar anlatılan yükseköğretim alanında tüm dünyada gözlemlenen değişimin altında yatan ve hemen hemen tüm ülkelerde gerçekleştirilen reformların haklılık nedenini oluşturan "bilgi temelli ekonomi" ya da "bilgi ekonomisi" olgusunu irdelemek gerekmektedir. Çünkü yalnızca Türkiye açısından değil, diğer birçok ülkede de çeşitli raporlarda, bildirilerde ve bilimsel toplantılarda üzerinde durulan yegane kavram "bilgi ekonomisi"dir. Bilgi ekonomisi, ekonomi alanında "yeni ekonomi" adı ile de anılmaktadır ve bu nedenle konuya yaklaşımlar ekonomik bir bakış açısı ile gerçekleştirilmektedir. Bunun yanında üniversite-toplum arasında 21. yüzyılın sözleşmesi olarak yeni bir sözleşme yapılması gerekliliğinden söz edilmektedir. 21. yüzyılda üniversite ile toplum arasında yeniden tanımlanan bir ilişki vardır. Söz konusu yeni ilişkinin belirleyici üç özelliği bulunmaktadır. İlki, bilgi toplumu ve buna paralel olarak bilgi temelli ekonomiye geçilmiş olmasıdır. 21. yüzyılın toplumları artık birer bilgi toplumu ise, toplumun üniversiteden beklentisi de bu yönde gelişmektedir. Toplumsal gelişme, bilginin üretilmesi, dağıtılması ve işlenmesi süreçlerine bağlı hale gelmiş, bilginin niteliği olarak da özellikle bilim ve teknolojik gelişmenin önünü açan bilgi değerli olmuştur. İkinci özellik, üniversite toplum ilişkisine yeni aktörlerin dahil olmaya başlamasıdır. Hangi bilginin, nasıl üretildiği soruları önemli hale

87 Bu konu detaylı olarak bir sonraki bölümde değişen üniversite özerkliği anlayışı kapsamında incelenmiştir.

gelmeye başlayınca ve bilimsel buluşların toplum üzerindeki etkilerinin araştırılması konusu bilim dünyasının (ya da akademik dünyanın) egemenliğinden çıkınca üniversitenin konumu da değişmeye başlamıştır. Bilgiyi kullanan aktörler çeşitlendiği gibi onu üretenler de çeşitlenmeye başlamıştır. Üçüncü özellik olarak da küreselleşmiş toplumlarda üniversitelerin artık karmaşık ağların içinde yer alan ve sosyal gelişmeye yön veren kurumlardan yalnızca birisi halini alması belirtilebilir. Üniversite hem yerel özellikler taşıyan ve taşıması beklenen, hem de küresel ve uluslararası olması beklenen bir kurum halini almıştır. Üniversiteleri çevreleyen ağlar, ekonomi, iş piyasası, sosyal sistem, uluslararası sistem, ulus devlet boyutu gibi birden çoktur⁸⁸. Üniversite özerkliğini yalnızca teknik boyuttan değil de daha geniş ve toplumsal değişim bakışı açısından da ele alabilmek için bilgi temelli ekonomi olgusunu da irdelemek gerekmektedir.

IV. Bilgi Ekonomisi Kavramı

Bilgi ekonomisi ya da bilgiye dayalı ekonomi yeni ekonomik düzeni (yeni ekonomi)⁸⁹ ifade etmek

88 FELT, Ulrike, "University Autonomy in Europe: Changing Paradigms in Higher Education Policy, Special Case Studies, Decision-Making Structures and Human Resources Management in Finland, France, Greece, Hungary, Italy, The Netherlands, Spain and the United Kingdom", s. 4; erişim adresi: http://eua.uni-graz.at/Ulrike_Felt.pdf ; erişim tarihi: 01.06.2011; ve özellikle SCHUGURENSKY, Daniel, "The Heteronomous University and the Question of Social Justice: In Search of a New Social Contract", **Globalization, Education and Social Justice**, Ed. Zajda Joseph, 1st Edition, Springer, 2010, s. 54-55.

89 Yeni ekonomi, bilginin elde edilmesi, işlenmesi ve dönüştürülmesi ile birlikte dağıtım süreçlerini kapsar. Bu üç temel süreç, bilginin işlenmesini, elde edilmesini, dağıtımını ve iletişimini sağlayan bilgisayar sisteminin fiziksel araçları ile birlikte, insan yardımı ile bütün süreci kontrol eden yazılım sistemi sayesinde işler. Yeni ekonomide ürün ve hizmetlerin en önemli özelliği, bilginin temel üretim faktörü olmasıdır. Yeni ekonomi sektörlerinde beşeri sermaye, fiziksel sermaye ile entelektüel sermayeyi güçlü bir şekilde tamamlayan bir rol üstlenmektedir. Gerek enformasyon teknolojilerinin kullanımı ve gerekse üretimi, nitelikli işgücü talebini artırır. Dolayısı ile beşeri sermaye yatırımlarında artış gözlenir. ERDOĞAN, Seyfettin, "Makro Ekonomik Etkileri Açısından Yeni Ekonomi", **I. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi, Bildiriler Kitabı, 10-11 Mayıs 2002**, Hereke-Kocaeli, 2002. s.14-15; Alcorta, yıllara göre teknoloji dalgalarını şu şekilde belirtmiştir: 1785-1845 yılları arasında, su gücü, tekstil ve demirin ön planda olduğu 1. dalga; 1845-1900 yılları arasında, buhar, demiryolu ve çeliğin ön planda olduğu 2. dalga; 1900-1950 yılları arasında, içten yanmalı motor, elektrik ve kimyasalların ön planda olduğu 3. dalga; 1950-1990 yılları arasında, hayvancılık, sanayii, petro-kimyasallar ve elektroninin ön planda olduğu 4. dalga; 1990 ve 2020 arasındaki yazılım, yeni medya, dijital ağlar, mikro ve nano teknolojilerin ön planda olduğu 5. dalga; ALCORTA, Ludovico, "The Impact of New Techno-

için 1990'lı yıllardan itibaren kullanılmaya başlanmış bir kavramdır. İçinde bulunduğumuz toplumsal yapı da buna koşut olarak "bilgi toplumu"⁹⁰ olarak adlandırılmaktadır. Bu yapı aslında bilgiyi piyasanın bir parçası olarak görmekte ve onu metalaştırmaktadır. Ancak bilgi ekonomisine gelişmesinin ve bunun üniversiteler üzerinde yarattığı etkinin arka planının da ortaya konulması gerekmektedir.

Bilgi temelli ekonomi kavramı endüstri sonrası ekonomik büyümenin temel itici gücü olarak algılanmaktadır. Bilginin üretimi, dağıtımını yeni ekonomik etkinliğin temelini oluşturduğu için çeşitli firmalar ve kurumlar arası bilgi akışını sağlayan ağlar da önem kazanmaya başlamıştır. Özellikle bilgisayar ve bilişim teknolojilerinin gelişmesi ile başlayan yeni bir sanayi dönemi (bu dönem üçüncü sanayi devrimi olarak da adlandırılmaktadır) ekonomik sistemi de değiştirmiştir. Toplumların teknolojisi ile ekonomik sistemleri arasında doğrudan bir bağ vardır. Her dönemin teknolojisi o dönemin ekonomik sistemini belirler. Nasıl ki M.Ö. 8000 yıllarından 17. yüzyıl ile 18. yüzyılın son çeyreğine kadar devam eden tarım toplumlarına hakim olan tarıma dayalı ekonomi varlığını sürdürmüşse ardından sanayi devrimi ile birlikte sanayi toplumu ve onun ekonomik etkinliği olan sanayi ekonomisi gündeme gelmiştir. Sanayi ekonomisi, kol gücü yerine buharlı makinenin bulunması ile makine gücünü öne çıkarmıştır ve kitle üretimi ekonomik etkinliğin belirleyici gücü olmuştur. Üretim olabildiğine artmış, sermaye büyümüşür ve kapitalist toplum denilen toplum yapısı ortaya çıkmıştır⁹¹.

Günümüzde ise yeni bilişim teknolojileri sayesinde yeni bir döneme geçilmiştir. Bu döneme ilişkin olarak aslında bir ekonomik teori mevcut olmamıştır ancak yaygın deyimle bilgi toplumu ve bilgiye dayalı ekonomi terimleri kullanılmaya başlanmıştır. Bu ifadeler, ekonomik anlamda refahın, bilginin ve bilgi temelli ürünlerin yaratılması,

logies on Scale in Manufacturing Industry: Issues and Evidence", **World Development**, May 1994, Vol.22, Issue.5, s. 755-760.

90 <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/Portal.aspx?value=UE9SVE-FMSUQ9MSZQQUdFSUQ9MTM5JIBBROVWRVJTSU9OPS0xJk1P REU9UFVCTEITSEVEX1ZFUIJTO4=> ; erişim tarihi: 31.05.2012.

91 YILDIRIM, Süreyya, "Bilgi Ekonomisi ve Bilgi Ekonomisinin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", **TC. Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: Aralık 2004, Cilt:7, Sayı:12, s.106-107.

üretilmesi, dağıtılması ve tüketilmesi ile sağlanabileceği tezini savunmaktadır. Tuğlalara ve hantal makinelere dayalı ekonomi, yazılıma, CD'lere, dijital DNA kodlarına dayalı bir ekonomiye dönüşmüştür. Son olarak da internetin ortaya çıkıp yaygınlaşması ile bu yeni sistem giderek oturmaya başlamıştır. İnternet sanayi toplumunda ülkeler arası otoyolların ve demir yollarının üstlendiği role benzer bir rol üstlenmektedir ve adeta bilgiye dayalı ekonominin altyapısını oluşturmaktadır⁹². Bilgiye dayalı ekonomide ülke ekonomilerinin büyüklüğü, artık ürettikleri mal miktarları, büyük pazar payları, ya da çalıştırdıkları personel sayıları ile ölçülmeyecek, çalıştırdıkları personelin bilgi düzeyi ve bu yöndeki performansı, bilgiye dayalı iletişim ağı gibi faktörlerle ölçülecektir. Bilgi ekonomisine geçmenin en önemli yolu ise başta ar-ge olmak üzere bilgiye yatırım yapmaktır. Bunun göstergesi de milli gelirin ne kadarının bilgi üretimine ayrıldığıdır. Bütün gelişmiş ülkeler, gayri safı milli hasıllarının yaklaşık beşte birini bilginin üretimine veya dağıtımına harcamaktadırlar⁹³.

Bilgiye dayalı ekonominin en önemli özelliği maddi olmayan nesnelere giderek artan ekonomik değeri ve bilişim teknolojilerinin yeni ekonomik düzende oynadığı merkezi roldür. Burada kurumsal ya da belli bir konuya yönelik bilgi üretiminin yanı sıra kişilerin ürettiği bilgi, üniversitedeki dersler, bir doktorun hastasına verdiği tavsiye, bir yabancı ülkeye gidildiğinde elde edilen deneyim ve bilgi gibi çok farklı alanlardaki ve türdeki bilgi de ekonomik etkinliğin temelinde yer almaktadır. Bilginin ekonomik etkinlik açısından özellikleri ise şu şekilde sıralanabilir: Yeni bir parça bilgi;

- değerinde bir bozulma ya da parçalanma olmadan sonsuz kere kullanılabilir;
- zaman ve mekandan bağımsız olarak sonsuza kadar dayanıklı ve kalıcı olabilir;
- yeni dijital araçlarla neredeyse sifıra yakın maliyetle saklanabilir⁹⁴.

Buna en iyi örnek yazılım ya da müzik gibi bir sanat eseri gösterilebilir. Bir kere kayıt edilen bir müzik eseri sonsuz kere çoğaltılabilir ve dağıtılabilir.

Bilgi ekonomisindeki önemli bir özellik de insanın bilgiyi üreten kişi olarak bir kaynak ya da sermaye konumuna gelmiş olmasıdır. Bunun nedenlerinden birisi de hizmetler sektörünün ön plana geçmiş olmasıdır. Sanayide çalışanlar giderek azalmaya başlamıştır. Görüldüğü gibi bilgiye dayalı ekonomide üniversite, bilgiyi üreten ve dağıtan bir kurum olarak baş aktör gibi ilk akla gelen olmaktadır. Ancak 21. yüzyılın belirgin özelliği aslında sanılanın aksine üniversitenin bilgi konusundaki tek kurum olma özelliğini yitirmiş olmasıdır. Üniversite bilgiyi üreten, geliştiren ve dağıtan kurumlardan **yalnızca birisi** konumuna gelmiştir. Diğer yandan insan sermayesinin yeni ekonomideki önemi yükseköğretimi bir sermaye yaratıcı hizmet konumuna da getirmiştir. Örneğin yukarıda anılan raporlarda çoğu defa vurgulandığı üzere yükseköğretim, iş gücü piyasasının ihtiyacı duyduğu gerekli insan gücünü yaratacak nitelikte olmalıdır. Hatta daha da ileri gidilirse "durumsal bilgelik" olarak adlandırılan ve yalnızca belli bir durum için geçerli olacak, oldukça belirli ve alana özgü bilgiyi üretecek "bilgi işçileri" yetiştirilmesi 21. yüzyılın yükseköğretimden beklentileri arasında yer almaktadır⁹⁵. Bu açıdan bakıldığında belli bir fabrikada yalnızca belli nitelikte bir işi gerçekleştiren ve adeta makineleşen işçilerin etkinliği, bilgiye dayalı ekonomide çok da farklılaşmamakta, yeni tür işçi olan "bilgi işçileri" yalnızca belli tür bilgiyi üretebilen ya da işleyebilen, alanında uzmanlaşmış birer makine olmaya doğru gitmektedirler. Bu durum akla **Taylorizmi** ve onun yükseköğretimdeki uzantısı olan **"akademik taylorizmi"** getirmektedir⁹⁶.

95 BOSCH, Hermanvanden, "Yükseköğretim Konusunda İdealize Edilmiş Beş Görüş", **Eğitimin Geleceği- Üniversitelerin ve Eğitimin Değişen Paradigması**, 1. baskı, Sabancı Üniversitesi (Editör: Oğuz N. Babüroğlu-Çeviren: Zülfü Dicleli), İstanbul, Nisan 2003, s. 160; "İlkokuldan yükseköğretime kadar eğitimin kapsadığı geniş alanda, 'eğitimsizlikten', 'durumsal bilgelik'e' geçiş belirtileri her yerde hazır ve nazırdır. Bu geçişin bazı yerlerdeki simgesi ders okuma amfilerinin ortadan kalkması oluyor. Bazı yeni üniversiteler (Maastricht, Roskilde, Aalborg) bu yeni bakış açısından bir bütün olacak sapacak şekilde yapılandırıldı. Bunlar, probleme dayalı öğrenme, proje-temelli öğrenme ve öğrenci grupları içinde ya da öğrenciler ile hocaları arasında özgür tartışma gibi yöntemlere bel bağlıyor."

96 Taylorizm 1800'lerin sonunda, ABD'de, Frederic Winslow Taylor tarafından geliştirilmiş bir yönetim yaklaşımıdır. Bu sistemin özelliği işçileri makinenin bir uzantısı haline getirmek ve üretim sürecinde işçilerin tamamen pasif konuma indirgenmesine dayanmaktadır. Üretim sürecinde her parça işin ne kadar sürede ve nasıl yapılacağı standartlaşmalıdır ve işçiye söylenmelidir. Tüm zihinsel faaliyet yöneticilerde toplanmalıdır.

92 HARRIS, Richard G., "The Knowledge Based Economy: Intellectual Origins and New Economic Perspectives", **International Journal of Management Reviews**, March 2001, Vol. 3, No. 1, s. 22.

93 DRUCKER, Peter F., **Kapitalist Ötesi Toplum**, İstanbul, İnkılâp Kitabevi (Çeviren: Belkis Çorakçı), 1993, s.259.

94 HARRIS, 2001, s. 23.

Bilgiye dayalı ekonomi olgusu yalnızca ekonomik yaklaşım temel alınarak değerlendirildiğinde ülkelerin ekonomik büyümesi için son derece etkili, olumlu ve gerekli bir olgu gibi gözükmektedir. İlk çağlardan günümüze dünyada sırasıyla, tarım ekonomisi, sanayi ekonomisi ve bilgi ekonomisi olmak üzere üç tür ekonomik sistem uygulanmıştır. Ancak Almanya, ABD gibi ekonomik yönden gelişmiş ülkelere bakıldığında sanayi ekonomisinin yanı sıra artık bilgi ekonomisine geçtikleri görülmektedir. Örneğin söz konusu ülkeler her yıl bilgi üretimine ve bilgi ile ilgili etkinliklere milli gelirlerinin %5'ini ayırmaktadırlar ve bu ülkelerde patent başvuruları oldukça yüksektir. Yine bu ülkelerde işgücünün yapısı değişmiştir. İşgücü imalat sanayinden ileri teknoloji içeren ürünler ve hizmetler sektörüne doğru kaymış fakat milli gelirde bir azalma değil artma meydana gelmiştir⁹⁷. Ancak ekonomik bakış açısı yeterli olmamakta, konuya sosyal açıdan da bakılmalıdır. Bir başka ifade ile bilgiye dayalı ekonomi ve onun baş aktörlerinden birisi olarak görülen üniversiteler, tarihsel olarak sahip oldukları özelliklerini yitirmektedir. Üniversitelerin içinde bulunduğu yeni durumu ortaya koyabilmek açısından bilgiye dayalı bir ekonomik yapıda veya bilgi toplumunda ortaya çıkan durumların değerlendirilmesi gerekmektedir.

V. Bilgiye Dayalı Ekonomide Üniversite

Bilgiye dayalı ekonomide üniversitenin konumunu belirlemeye çalışırken ortaya iki durum çıkmaktadır. Bunlardan ilki **akademik kapitalizmdir**; ikincisi ise **üniversite-devlet-sanayi üçlü sarmal ilişkisidir**.

Akademik kapitalizm kavramı, akademik işlemin, küresel piyasaların taleplerine cevap vermek adına içerik değiştirmeye başladığı 1980'li ve özellikle 1990'lı yıllardan itibaren gündeme gelmiştir. Üniversiteler, sanayi şirketlerine özgü bir kültürü benimsemeye başlamışlardır. Bu nedenle özellikle hükümetlerin birincil hedefi yükseköğretim hizmetini teknolojik bir medeniyete uygun hale getirmek ve bu sayede üniversitelerini dünya ekonomisinde baş aktör olacak şekilde yeniden düzenlemek olduğu savunulmaktadır⁹⁸. Öte yandan

devletlerin üniversitelere ayırdığı kaynaklar ve yatırım giderek tüm dünyada azalmaktadır. Bu da üniversiteleri yeni kaynak arayışı içinde itmekte ve bu sayede sanayi kesimine daha çok yaklaştırmaktadır. Bununla birlikte bilgi ekonomisiyle birlikte ülkelerin küresel piyasalardaki rekabeti arttığından, çoğu ülke yükseköğretim sistemini rekabete dayalı olarak yeniden şekillendirmeye başlamıştır. Üniversiteler yeni kaynak arayışı içine girmeye başlamışlardır. Üniversitelerin yeni kaynak arayışına girmeleri ve şirketlerin bilimsel bilgiye dayalı yeni türden ürünlere olan ihtiyacı karşı karşıya gelince akademik kapitalizm denen olgu ortaya çıkmıştır. Bu durum özellikle yeni gündeme gelen araştırma üniversitelerinin ortaya çıkması ile birlikte pekişmiş ve buradaki akademisyenlerin insan sermayesi birikimi olan buluş ve akademik ürünlerini rekabete dayalı bir piyasa ortamında sunmaları sonucunu doğurmuştur. Akademik kapitalizm üretim araçlarının özelleştirilmesine dayanmamakla birlikte, kendisi bir ekonomik sistem olan ve piyasa güçleri tarafından yönetilen kapitalizmin ilkelerinin yükseköğretime uygulanması anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile, genel olarak eğitim, özel olarak da yükseköğretim politikalarının, yeni liberal politikaların isteklerine cevap verecek şekilde oluşturularak, ekonomi politikalarının bir alt alanı gibi görünmesi akademik kapitalizmi oluşturmaktadır⁹⁹. Akademik kapitalizmin belirleyici unsuru ise, üniversite profesörlerinin ve diğer akademik çalışanların artık insan kaynaklarını, bir başka ifade ile emek ve güçlerini, giderek daha yarışmacı ortamlarda harcamak zorunda kalmalarıdır¹⁰⁰. Akademik kapitalizmin en belirginleştiği alan özellikle teknoloji bilimi alanıdır. Bu alan endüstri sonrası döneminin yükselen alanıdır ve çoğunlukla üniversitelere dayanmaktadır. Yeni teknoloji şirketleri ihtiyaç duydukları nitelikte iş gücünü üniversiteler aracılığıyla sağlamaya çalışmaktadır. Bununla birlikte üniversitelerin kendileri de yeni teknolojilerin üretildiği, bu alanda buluşların yapıldığı yerler olmuşlardır. Bu nedenle üniversiteler giderek daha çok iş dünyası ve şirketlerle ortak çalışma içine girmektedirler.

97 YILDIRIM, 2004, s. 122-123.

98 REICH, Robert B., **The Work of Nations: Preparing Ourselves for 21st Century Capitalism**, Vintage Books, New York, 1992, s. 21, 227.

99 SLAUGHTER, Sheila, LESLIE, L. Larry, **Academic Capitalism-Politics, Policies and the Entrepreneurial University**, MD, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1997, s. 9.

100 SLAUGHTER, Sheila, LESLIE, L. Larry, "Expanding and Elaborating the Concept of Academic Capitalism", **Organization**, Sage Publications, Y. 2011, Vol. 8, No. 2, (s. 154-161), s. 154.

Öte yandan teknoloji tamamen piyasanın yönetiminde olan bir alan olduğu için **bilgi ile ticari mal arasındaki ayırım da ortadan kalkmıştır**¹⁰¹. Burada *teknöncüler* kavramı devreye girmektedir. Teknöncüler, kendi bilim ya da teknoloji temelli firmalarını kuran öğrenci ya da akademisyenlerdir. Teknöncüler:

"...arz ve talep, teknoloji ve pazar arasında bir denge kurma çabası içindedir. Pazarın bazı gereksinimlerine uygun düşmedikçe, güzel bir teknik fikir yararsızdır. Teknolojiyi işe dönüştürmek, sadece teknolojinin geliştirilmesini gerektirmekle kalmaz, aynı ölçüde pazarın analizini ve geliştirilmesini de gerektirir... Pek çok kişinin yeni bir iş etkinliğine temel olabilecek yaratıcı fikirleri vardır. Bu kişiler kendi fikirlerini çok değerli bulurlar. Ne var ki bir fikrin sadece bir fikir olarak çok az değeri vardır; onun değeri pazarda uygulanmasından gelir."¹⁰²

Bilgiye dayalı ekonomi içinde üniversitenin, daha çok teknöncüler yaratması, desteklemesi ve ürettiği bilgiyi kendisine alternatif bir kaynak yaratma aracı olarak kullanması beklenmektedir.

Akademik kapitalizme bağlı olarak üniversite-devlet-sanayi üçlü ilişkisi de ortaya çıkmıştır. Bu yeni ilişkinin özelliği, bundan önce *üniversite-devlet* ve *üniversite-sanayi* işbirliği şeklinde ikili farklı ilişki şeklinde ortaya çıkan durumun artık üçlü bir sarmal ilişki şekline bürünmüş olmasıdır. Bu da üniversitelerin eş zamanlı olarak hem sanayiye bağımlı olması, hem de devletin taleplerine cevap vermesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu ilişkinin sonucunda da üniversite gittikçe küresel ekonomiye doğru ilerlemektedir¹⁰³. Buradaki değişim yalın bir şekilde ifade edilecek olursa, daha önceleri devlete göre konumları belirlenen ve özerkliğin ölçüsü bu ilişkiye göre ölçülen üniversitenin, günümüzde piyasalara göre konumunun belirleniyor olmasıdır. Üniversite devlet ilişkisinin daha çok üniversite ve piyasa ilişkisine dönüşmesinin nedeni de kuşkusuz ki bilgiye dayalı ekonomide yeni bir tür bilgi üretiminin ortaya çıkmış olmasıdır. Bu yeni tür bilgide, bilginin doğasını belirleyen,

bilgiyi üreten kişi değil de, bilgiyi kullanacak olan kişi olmuştur. Bilginin üretilme sürecini onu kullanacak olanlar belirlediğinde üniversitenin işlevi ve devletle olan ilişkisi de değişmektedir. Buna bir örnek vermek gerekirse biyo-teknoloji alanından söz edilebilir. Biyo-teknoloji alanı öyle bir alan olarak üniversitelerde ortaya çıkmıştır ki, uygulamalı ile temel araştırmalar arasındaki ayırım ile teorik kaygı ve ticari kaygı taşıyan araştırmalar arasındaki ayımları ortadan kaldırmıştır. Söz konusu alan, hem teorik, hem de ticari kaygı taşıyan, bunun yanında hem temel araştırmaları içeren hem de pratik hayata yönelik bir alandır¹⁰⁴. Üniversite ile sanayi işbirliğinin ilk olarak ortaya çıktığı alanlar da ABD'de kimya, biyoloji ve daha sonraları teknoloji, biyo-teknoloji, bilişim gibi güncel bilimsel dallar olmuştur.

Birinci tür bilgi ve ikinci tür bilgi olmak üzere iki tür bilgi vardır. Bu konuyu biraz daha irdelemek gerekmektedir. Batı düşüncesinde iki tür bilgi vardır; bunlar, bilim olarak bilgi ve kültür olarak bilgi. Bunun kökeni de Antik Yunan'daki, Latincesi, *logos* olan *knowledge* anlamındaki bilgi ile; Latincesi *doxa* olan *opinion* anlamındaki bilgi ayırımına dayanmaktadır; *opinion* Türkçeye *görüş* olarak çevirmektedir¹⁰⁵. Daha sonraları, *logos / doxa* karşıtlığı, *logos / demokrasi* karşıtlığına dönüşmüştür¹⁰⁶. Üniversitede verilen dört tür bilgi vardır. Bunlar ise, araştırma sonucu elde edilen temel bilgi; insanın dengesi ve kişilik oluşumuna odaklanan eğitim

104 HOUSE, D., "Agent of change with change: the development of bio-technology in universities", Unpublished paper, 1998'den aktaran: DELANTY, 2002, s. 123;

Teorik bilginin ticari bir değerinin olduğunu ileri süren ve bunu kullanan ilk şirketin Monsanto Chemical Company olduğu ileri sürülmüştür. Bu şirket 1974 yılında Harvard Üniversitesi'ne 23 Milyon Dolar bağışta bulunarak üniversite-sanayi ilişkileri açısından yeni bir dönemi başlatmıştır. Bu ilişkinin olumlu yanları olduğu gibi olumsuz yanları da vardır. En olumsuz yan ise şirketlerin üniversitelere yaptığı bağışın, karşılıksız bir iyilik olarak kalmamasıdır. Üniversiteler giderek, ilişki içinde oldukları şirketlere bağımlı araştırmalar yapacak konuma gelme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklardır. "University-Industrial Research Collaboration - Advantages of the Collaborative Relationships, Disadvantages of the Collaborative Relationships", erişim adresi: <http://education.stateuniversity.com/pages/2519/University-Industrial-Research-Collaboration.html>; erişim tarihi: 10.06.2011;

Harvard ve Monsanto şirketi arasındaki ilişki için bkz. CULLITON, B. J., "Harvard and Monsanto: The \$23-Million Alliance", **Science Magazine**, 25 February 1977.

105 DELANTY, 2002, s. 1.

106 Hatta Delanty burada, Antik Yunan'da bilgi ile demokrasinin birbiri ile uyum içinde olamayacağını savunmaktadır ve bilgi erdemi savunan Socrates'in öldürülüşünü buna dayandırmaktadır.

101 DELANTY, Gerard, **Challenging Knowledge-the University in the Knowledge Society**, Open University Press, 2002, s. 122.

102 WISSEMA, J.G., **Üçüncü Kuşak Üniversitelere Doğru-Geçiş Döneminde Üniversiteleri Yönetmek**, 1. baskı, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Eylül 2009, s. 115.

103 DELANTY, 2002, s. 120.

sırasında verilen bilgi, uygulamaya ve iş yaşamına yönelik mesleki eğitim bilgisi, toplumun kamusal meselelerinin çözümünü ve entelektüelleşmesini sağlayan entelektüel bilgidir. Bunlardan, eğitim bilgisi ile entelektüel bilgi kültürel vatandaşlığı oluştururken birinci tür bilgi iken, araştırma ve mesleki bilgi ikinci tür bilgi olarak teknolojik vatandaşlığı oluşturur¹⁰⁷. İşte burada söz konusu olan yeni bilgi ikinci tür bilgidir ve teknolojik vatandaşlığa giden yolu açmaktadır. Günümüz toplumunda teknolojik vatandaşlık ve teknolojik vatandaşlığa giden türden bir bilgi önem kazanmıştır.

Günümüzde bilgi açısından belirleyici olan diğer bir olgu, *iletişim*dir. Bilgi sosyolojisi alanında önemli çalışmalar yapmış olan Delanty burada önemli bir tespitte bulunmuştur. Delanty'e göre, Aydınlanma dönemi ile II. Dünya Savaşı arasında, bilgi, bir kurum olarak insanlar arası iletişim ağının dışındaydı ve bilgi alanı daha çok üniversite tarafından doldurulmaktaydı. Bir başka ifade ile bilgi, üniversitedeydi; toplumda yer almamaktaydı. Bu dönemde ulus devletlerin ortaya çıkışıyla birlikte üniversiteler, ulus devlete hizmet amacını taşımıştır; ulusal kültürel değerlerin korunması ve yeniden üretilmesi söz konusuydu ve üniversiteler teknik anlamda kullanışlı bilgi üretiyorlardı. Üniversite özerkliği ise daha çok toplumsal olaylardan uzaklık olarak belirliyordu. 1960'lı yıllardan sonra ise, üniversite değişim yönünde bir baskı görmüştür ancak bu henüz bilgi üretimi konusunda olmamıştır. Üniversite bu yıllarda daha çok demokratikleşme talepleri doğrultusunda kurumsal bir dönüşüm yönünde baskı görmüştür. Ancak bilgiye yönelik bir değişiklik söz konusu olmamıştır; yani endüstri toplumu söz konusu olduğu için hala disiplin temelli bilginin varlığı devam etmekteydi. Günümüzde ise, yukarıda bahsedilen bilgi ikiliği ortadan kalkmaya başlamıştır ve demokrasi, bilgi alanına sızmıştır. Bu nedenle bilginin üretilme sürecinde bir değişiklik -ve özellikle bu değişim için de bir talep- meydana gelmiştir. Ancak bilginin içine sosyal güçlerin girmesi ideoloji ile sonuçlanmıştır. Üniversite böylelikle bilginin üretildiği tek kurum olmaktan çıkmıştır¹⁰⁸. Bilginin kültürel ve bilişsel olarak ikiye ayrılmasında günümüzde önemli alanları ortaya çıkartmıştır; örneğin yu-

karıda bahsedildiği gibi biyo-teknoloji, biyoetik, ekoloji, sürdürülebilirlik, bilişim teknolojileri ve çok kültürlülük olgusu, vb.

Günümüzde ulaşılan nokta, üniversitenin yanında alternatif bilgi merkezlerinin, yeni kapitalizmin kendisini bilgi ve bilim üzerinden dönüştürmüş olması, bilgiye ve bilime son derece ihtiyaç duyan ve ona dayanan *teknolojik-kurumsal bir işletmecilik*¹⁰⁹ anlayışının ortaya çıkmış olması nedeniyle üniversite ve özerkliği içerik değiştirmiştir. Üniversite özerkliği artık kendisini önceden olduğu gibi bir akademik cumhuriyet olgusu ve bilim/sanat özgürlüğü ile meşrulaştıramamaktadır¹¹⁰; bunun yerine yeni meşruiyet, toplumun bilgi ve gücün ilişkisine olan ihtiyacıdır. Bir başka ifade ile, üniversite, toplumdaki bilgi akışına katkı sağladığı, bilgi ağı içerisinde anlamlı bir yer edinebildiği ölçüde meşrudur; bilgi ise üretilirken demokratik süreçlerden geçiyse meşrudur.

VI. Üniversitenin Yapısındaki Dönüşüm

Üniversite yalnızca fikir olarak değil yapısal olarak da bir dönüşüm geçirmektedir. Bir kamu kurumu olarak üniversiteler aynı zamanda birer karmaşık örgüttür. Peki, o halde bu örgüt nasıl bir örgüttür ve kimlerden oluşmaktadır? Bu soruyu köklü birer geçmişe sahip Alman üniversitelerinden örnekler vererek yanıtlamak faydalı olacaktır.

19. yüzyılda Heidelberg Üniversitesi kendisini tanımlarken "üretken akademik cumhuriyet" (productive scholarly republic¹¹¹) kavramını kullanmıştı. Bunun nedeni üniversitenin tıpkı bir cumhuriyette olduğu gibi, sorumlu yurttaşlar tarafından kendi kendini yönetmesi ve adeta birer yurttaşlar topluluğu gibi hareket etmek istemesiydi. Bundan 200 yıl öncesinde ortaya çıkmış bile olsa Alman üniversitelerinin bugünkü hukuکی yapısı hala Humboldt'un temel felsefesini taşımaktadır.

Üniversitenin kimlerden oluştuğu sorusu Almanya'da tarihi sırasıyla üç farklı üniversite anlayışını doğurmuştur. Bunlar *Ordinarienuniversitaet*, *Gruppenuniversitaet* ve *Raeteuniversitaet*

109 DELANTY, 2002, s. 11.

110 DELANTY, 2002, s.73.

111 Cumhuriyet sözcüğünün Latincesi *respublica*'dır ve bu sözcük yurttaşlar anlamına gelmektedir. AUDIER, Serge, **Cumhuriyet Kuramları**, 1. baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2006, s. 13; Heidelberg Üniversitesi hakkında bkz. <http://www.uni-heidelberg.de/university/welcome/history.html> erişim tarihi: 12.01.2011.

107 DELANTY, 2002, s. 8-9.

108 DELANTY, 2002, s. 2, 6, 22-25.

türleridir. Söz konusu üç farklı tür, üniversitenin değişen amaçlarını da yansıtmaktadır.

Profesörlerden oluşan ve profesörlerin yönetiminde olan, onların ağırlıklı olduğu *Ordinarienuniversitaet* anlayışı Humboldt'çu üniversite anlayışının temel özelliğidir. Humboldt üniversite modelinin örgütsel olarak ilk gerçekleştiği yer 1811 yılında Berlin Üniversitesi'dir¹¹². Bu üniversite 19. yüzyıldan sonra da tipik Alman üniversitesinin bir modeli olmuştur. Örgütsel olarak bu üniversitenin iç yapısı, devlet idaresi ve üniversitenin kendi idaresinden oluşan iki başlı bir yapı sergilemekteydi. Burada önemli olan husus Humboldt Üniversitesi'nin kendi kendini yaratmış akademik bir kişi topluluğu (Korporation) değil, devletin bir uzantısı biçiminde, devletin bir etkinliği olmasıydı. Üniversiteyi kurma ve örgütünü oluşturma gücü, bütçeye hakim olma ve diğer idari işler, devlet tarafından gerçekleştirilmekteydi. *Ordinarien* kavramı aslında sıradan, tam zamanlı profesör anlamına gelmektedir ve bir müzeyi müze yapan eserler ne denli önemliyse tam zamanlı profesör de bir üniversite için o derece önemlidir. Bir başka ifade ile üniversitenin temelini söz konusu tam zamanlı profesörler oluşturmaktadır. *Ordinarienuniversitaet* anlayışı, tam zamanlı profesörlerin akademik yaşamda ve üniversitede baskın karakterde olduğu bir yapılanmayı ifade etmektedir. Bu model özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından profesörler hegemonyası olduğu yönünde eleştirilmiştir ve üniversitenin yalnızca profesörlerden oluşan bir kurum olmadığı dile getirilmiştir¹¹³.

İkinci tür üniversite anlayışı 1968 yılında ortaya çıkmış *Gruppenuniversitaet* anlayışıdır. Bu anlayış özellikle üniversitenin yalnızca profesörlerden oluşan bir kurum olmadığını, öğrencilerin, doçentlerin ve üniversitede çalışan diğer elemanların da üniversitenin bir parçası olduğunu savunmaktadır¹¹⁴. 1968 yılı Almanya'da üniversite için

112 Bu üniversite II. Dünya savaşıdan sonra Humboldt Üniversitesi olmuştur.

113 OPPERMANN, Thomas, "Ordinarienuniversitaet - Gruppenuniversitaet - Raeteuniversitaet", **Wissenschaftsrecht, Beiheft 15, Die janusköpfige Rechtsnatur der Universitaet-ein deutscher Irrweg?**, Mohr/Siebeck, Tübingen, 2005, s. 4-5.

114 ORTMAN, Alexandra, "Die Gruppenhochschule und die Wissenschaftsfreiheit, Oder: kann die Demokratiesierung der Hochschule grundgesetzwidrig sein?", **Forum Recht, Heft 1**, 2009, erişim adresi: <http://www.linksnet.de/de/artikel/24687>, erişim tarihi: 15.01.2011.

dönüm noktası olmuştur. Eyaletler sırayla kendi yasalarında üniversitelerinin örgütsel yapısını oluşturmuşlardır. Bazı yerlerde üniversite yönetmelikleri için hala bakanlıkların gücü söz konusu olsa da, savaş sonrası dönem bitmiş ve üniversitelerde tamamen bir 68 dönemi hakimiyeti başlamıştır. Yalnız 68 sonrası dönemde üniversitenin ikili doğası, yani hem kendi başına akademik bir kişi birliği olması niteliği hem de devletin yükseköğretim etkinliğini yürüten bir kurumu olması niteliği devam etmiştir ve hatta devletin üniversite üzerindeki sahip olduğu söz hakkı gücünü korumuştur. Ancak bir örgüt olarak yapısı değişmiş, üniversite içine bilim kavramı dışında demokrasi kavramı da girmiştir. Bu yeni zaman dilimi üniversite içi karar alma mekanizmalarının demokratikleşmesine yol açmıştır¹¹⁵. Grup üniversitesi anlayışı ile birlikte daha önce yalnızca belli bir kesime açık olan yükseköğretim, herkesin ilgi duyduğu, herkese açık olan bir alan haline gelmiştir. Bu gelişmelerle birlikte üniversite artık kitle üniversite şeklinde bir dönüşüme girmiştir. Yükseköğretime kayıt yaptıran öğrenci sayısındaki hızlı artış sonucu eğitimin niteliğinin düşeceğinden ve üniversitelerin birer mesleki eğitim veren kuruma dönüşeceğinden korkulmuştur. Bu doğrultuda grup üniversitesi anlayışı nedeniyle, üniversitenin sahip olduğu ödevlerini yerine getirmekte zorlanacağı eleştirisi yapılmıştır¹¹⁶.

Üçüncü tür olarak adlandırılan ve 1998 yılından itibaren gündeme gelen üniversitenin yeni örgütsel yapısında ise ağırlık noktasını üniversite konseyi (heyet / meclis) oluşturmaktadır. Bu nedenle bu üniversiteye de *Raeteuniversitaet* denmiştir. Bu türden üniversiteler heyetlerin ya da konseylerin yönetimindeki üniversitelerdir. 1998'den itibaren Almanya'da gerçekleştirilen

115 ORTMAN, 2009.

1961 ve 1965 yıllarında Alman Sosyalist Öğrenci Birliği (Sozialistischen Deutschen Studentenbundes-SDS), 'Demokraside Üniversite' başlıklı yazılar yayınlamışlardır. Bu yazılarda özellikle profesörlerin değil, her grubun aktif katılım içinde olduğu bir grup üniversitesi modeli çizilmiştir ve dönemin koşullarına uygun olarak üniversitenin ve bilimin politikadan ayrı düşünülmemeyeceğini ve bunların devletin daha iyiye gitmesi için birer araç olarak kullanılması gerekliliğinden de söz edilmiştir. Bu konuda, NITSCH, Wolfgang, **Hochschule in der Demokratie, Kritische Beiträge zur Erbschaft und Reform der deutschen Universitaet**, Berlin, 1965. Yazar SDS'nin yayınlamış olduğu düşünce yazılarını geliştirmiş ve bu konuda bir çalışma yapmıştır.

116 OPPERMANN, 2005, s. 9.

reformların altındaki neden özellikle kamuoyunun Alman üniversitelerinin uluslararası alandaki imajlarından ve konularından hoşnutsuz olmalarıydı. Özellikle vakıf üniversitelerinin çoğalmasi ile birlikte üniversitede faaliyet alanları yapısına göre bir uzmanlaşma gündeme gelmekteydi. Bunun örneği olarak Baden-Württemberg eyaletindeki 2005 yılındaki Üniversite Yasası değişikliği¹¹⁷ verilebilir. Böylece yeni dönemde “işletme üniversitesi” (management-Universität) ya da “üniversitenin ekonomikleştirilmesi” gibi kavramlar ortaya çıkmaktadır. Bu da üniversitelerdeki gelişim ve reformların adeta birer şirketin gelişim programı gibi değerlendirilmeye başlanmasına yol açmıştır. Heyet üniversitesinin (Raeteuniversitaet) temel organı üniversite heyetidir (Hochschulrat). Bu organın temel görevleri ise daha çok finans meseleleri, geleceği planlamak ve üniversitenin genel yönetimi ile ilgilidir. Baden-Württemberg eyaletinin Üniversite Yasası'na göre ise söz konusu heyet üniversitenin rektörünü de seçmekle yükümlüdür. Buna karşılık senato ise ana organ olma özelliğini yitirmiştir¹¹⁸. Almanya'da üniversitenin yapısı ile ilgili olarak meydana gelen değişikliklerin, özellikle “yeni kamu yönetimi” anlayışı çerçevesinde oluşturulduğu savunulmaktadır¹¹⁹. Yeni kamu yönetimi¹²⁰, özel sektör yönetim stratejilerinin kamu yönetimi alanında uygulanmasını öngören, 1980'lerden itibaren ortaya çıkmış (özellikle ABD'de bir takım skandallar sonucunda hükümetlere ve kamu sektörüne duyulan güvenin yitirilmesi sonucu tartışılmaya başlanan), temelde rekabet, verimlilik, sosyal eşitliği hedefleyen, sınırlı kontrol, yönetsel açıdan özerklik, idarenin faaliyet alanında küçülme, yönetim ideolojisi teorisini (managerialism) kamu alanında uygulamak, girişimci

mantığını ve ilkelerini kamu yönetimi alanına taşımak, hiyerarşiyi azaltıp yerelleşmeyi sağlamak, bürokrasiyi azaltmak ve özelleştirme gibi ilkelere dayanmaktadır. Bu anlayış kamu sektöründeki örgütlere hızla uygulanmaya başlamış ve bu doğrultuda üniversitelerin genel örgütsel ve idari yapılarında köklü değişimlere gidilmeye başlanmıştır. Özellikle bütçe ve personel yönetimi konusunda bir kuralısızlaştırma ve serbestleştirme (deregulation) faaliyetine giden Alman hükümeti, tıpkı Türkiye'de¹²¹ olduğu gibi “üniversitelere daha çok özerklik” başlığı ile hareket etmektedir. Ancak söz konusu özerkliğin, akademik olarak üniversiteyi daha çok bağımlı hale getireceği ve yükseköğretim alanının yeni kamu yönetimi ilkeleri altında esas anlamını yitireceği ileri sürülmektedir¹²².

Türkiye'de üniversitenin bir örgüt olarak geçirdiği gelişim çizgisi biraz daha farklı ama genel hatları ile benzer bir düzeyde olmuştur. Bilindiği gibi Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda mevcut üniversite anlayışı batılı bir felsefeye dayandırılmış ve üniversite daha çok topluma ve devlete hizmet üreten bir kurum olarak tanımlanmıştır. Kurumsal açıdan göze çarpan en önemli husus devletin üniversitenin yönetici organlarının oluşumundaki doğrudan etkisidir. Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren Türkiye'de üniversitelerde Alman modeli temel alınmıştır. Yani, profesörler üniversitenin

121 Türkiye'de üniversite özerkliği denildiğinde üniversitelerin idari olarak daha bağımsız ve devletin müdahalesinden uzak olmaları gerektiği hemen her konferans ve bildiriye iler sürülmektedir. 2007 tarihli YÖK Strateji Raporu'nda da “Üniversite Özerkliği” ve “Yükseköğretimin Yönetimi/Yönetişimi” başlıklı bölümlerde değişen paradigma ortaya konulmuştur. Bkz. **T.C. Yükseköğretim Kurulu, Türkiye'nin Yükseköğretim Stratejisi**, Ankara, Şubat 2007.

122 SCHIMANK, 2005, s. 365; aynı yönde SLAUGHTER, Sheila, “Problems in Comparative Higher Education: Political Economy, Political Sociology and Postmodernism”, **Higher Education**, Y. Haziran 2001, Vol. 41, No. 4, (s. 389-412), s. 394; Slaughter burada özellikle kalite güvencesi ve hesap verilebilirliğin üniversitelerin yeni meşruiyet zemini olduklarını belirtmiştir. Hesap verilebilirlik ile üniversiteler kamusal kaynakları etkin bir şekilde kullandıklarını kanıtlamalı; kalite değerlendirmesi ile de bir çeşit ürünün garantilenmesi gerekmektedir. Bu şekilde blok şeklinde birden çok ülkeyi kapsayan (örneğin Avrupa Birliği'nde olduğu gibi) kalite ölçme ve değerlendirme sistemleri öngörülmekte ve ülkeler, üniversitelerindeki yayın sayıları, atıf sayıları ve projeleri ile birbiri ile yarışmaktadır. Ancak kimse gerçekten söz konusu kalite ölçme ve değerlendirme sistemlerindeki “iyi ve kaliteli” kavramının gerçekte kim ve ne için iyi olduğunu sormamaktadır. Bir yükseköğretim programı veya kurumunun üstlendiği projeler piyasalara yönelik olduğu için mi iyidir? Ya da bir eğitim programının öğrenim çıktıları iş piyasasının ihtiyacını karşıladığı ölçüde mi iyidir?, SLAUGHTER, 2001, s. 395.

117 [http://mwk.baden-wuerttemberg.de/service/presse/pressemitteilungen/presse-detailseite/?tx_ttnews\[tt_news\]=805&chash=a6fd335f5b9bdba7d3132c3b408aca61](http://mwk.baden-wuerttemberg.de/service/presse/pressemitteilungen/presse-detailseite/?tx_ttnews[tt_news]=805&chash=a6fd335f5b9bdba7d3132c3b408aca61); erişim tarihi: 18.01.2011. Bu değişiklikte göze çarpan temel değişim, üniversite yönetiminin köklü bir değişimden geçmiş olmasıdır. Yönetim kurulu (üniversite heyeti-Hochschulrat) ve denetim kurulları oluşturulmuştur. Bu kurullar rektör bile seçmektedir.

118 OPPERMANN, 2005, s. 10-12.

119 SCHIMANK, Uwe, “New Public Management and the Academic Profession: Reflections on the German Situation”, **Minerva**, Y. 2005, Vol.43, s. 361-376.

120 ÖZER, M. Akif, “Günümüzün Yükselen Değeri: Yeni Kamu Yönetimi”, **Sayıştay Dergisi**, Yıl: Ekim-Aralık 2005, S.59, s. 1-44; <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/dergi/icerik/der59m1.pdf>; erişim tarihi: 26.01.2011.

temeli olmuş ve kürsü sistemi kurulmuştur. Yine 1960-1973 tarihleri arasında Dünya'da yaşanan gençlik hareketi Türkiye'de de hissedilmiş ve üniversite içinde demokratik bir yapılanmanın gerekliliği vurgulanmıştır¹²³. 1973 reformuyla birlikte üniversite yönetim konusunda daha demokratik ve üniversite içindeki grupların temsilcilerinin de (asistan ve öğrenciler) karar alma mekanizmalarına oy hakkı ile katılımını öngören düzenlemeler getirilmiştir. Bu dönemde üniversitenin bir grup üniversitesi anlayışına dayandığı söylenebilir. Öte yandan Alman grup üniversitesi modeline benzemekle birlikte, bu reform dönemindeki üniversitenin aslında kendine özgü, "özgün Türk modeli" olduğu söylenebilir¹²⁴. Ancak bu dönem uzun sürmemiş ve 1980 askeri darbesinin ardından gelen yeni anlayış kendine özgü ve oldukça merkeziyetçi bir yapıdaki yeni üniversite anlayışını ortaya çıkartmıştır. Bu model aslında Türkiye'de üniversitenin model olarak Amerikan üniversiteleri modelini temel aldığı ve özellikle Dünya genelinde değişen yükseköğretim anlayışından etkilendiğinin de bir göstergesidir. Öğrenci ve araştırma görevlileri bir önceki dönemde kazanmış oldukları hakları yitirmişlerdir. Özellikle öğrencilere karşı bir güvensizlik baş göstermiş ve öğrencinin üniversitenin temel ögesi olduğu unutulmuştur. 1982 Anayasası'nda da vakıfların özel yükseköğretim kurumları açabileceği öngörülmüştür. Bunu takiben 1991 yılında ilk defa "Özel Statülü" üniversite başlığı ile 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 19. maddesiyle yeni bir üniversite anlayışı gelmiştir. Bu madde daha sonradan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa da, Amerikan modeli, paralı ve kurullarla yönetilen, yöneticiliğin ve verimliliğin esas alındığı, üniversitenin özel sektör için bir araç haline geldiği yeni bir modelin başlangıcı sayılır¹²⁵. Günümüze bakıldığında ise ortaya konan YÖK strateji raporlarında ve Türkiye 2023 hedeflerinde üniversitelerin daha çok özerklikten faydalanması için devletten daha bağımsız

123 Bu açıdan hatırlanacak olursa, fakülte binalarını işgal eden gençler, fakültelerde işgal komiteleri kurmuş, üniversite sorunlarına yönelik fikirler üretmiş ve tıpkı Almanya'da olduğu gibi bu konu ile ilgili olarak kitapçıklar dağıtmışlardır. Rapor: "İstanbul Üniversitesi Reform Tasarısı ve Fakülterele Özgü İstekler", İstanbul Üniversitesi İşgal Komiteleri Konseyi, Ülke Matbaası, İstanbul 1968; T. M. Hatiboğlu, 2000, s. 227.

124 HATİBOĞLU, 2000, s. 495.

125 HATİBOĞLU, 2000, s. 403-412.

bir statüye kavuşması savunulmaktadır. Bu doğrultuda üniversiteler için, üniversite camiasının dışından ve akademik olmayan, uzman yönetici kadrolarının yönetim işinden sorumlu olduğu yeni modeller öngörülmektedir¹²⁶. Son olarak 5 Kasım 2012 tarihinde YÖK'ün kamuoyuna duyurduğu yasa taslağı önerisinde yer alan "Türkiye Yükseköğretim Kurulu" ve üniversite düzeyinde yer alan "Üniversite Konseyi" ve bu kurulların oluşum ile görevleri yukarıda bahsedilen dönüşüm ile paralellik arz etmekte ancak bunlara ek olarak hükümetin üniversiteye aşırı müdahalesine de olanak tanımaktadır. Bu da hiç kuşkusuz üniversitelerin kısa dönemli hükümet politikaları doğrultusunda yönlendirilebilmesi tehlikesini içinde barındırmaktadır¹²⁷.

VII. Yeni Özerklik Anlayışı

Üniversite özerkliği ile yeni liberal politikalar karşı karşıyadır. Yükseköğretimdeki ticarileşme ve özellikle yeni liberal politikalar, üniversite-devlet-hizmetten yararlananlar ilişkisini, üniversitenin görevlerini ve toplumdaki varlık nedenini de dönüştürmüştür. Öte yandan üniversite olgusu söz konusu olduğunda asıl mesele çözümleyici bir model geliştirilmesi yerine, konuya yaklaşım yöntemi olmaktadır. Bir başka ifade ile, üniversite hakkında, üniversitenin ne olduğundan hem ideal hem de pratiğe yönelik olarak söz edilmeden, fayda-maliyet analizine gidilmesi meseleye bir yaklaşım yöntemi sorununu ortaya çıkartmaktadır. Hakim yaklaşım metodu ekonomik yaklaşımdır. Ancak bu

126 Bkz. TÜSiAD Raporu 2008, YÖK Strateji Raporu 2007, Türkiye'de Yükseköğretimin 2023 Vizyonu-Atılım Üniversitesi Yayınları;

Bu doğrultuda üniversitelerin etkili bir örgüt yönetimine sahip olabilmeleri için, eğer akademisyenler aracılığıyla yönetilecekse, akademisyenlerin yönetime ilişkin özel bilgiyi kullanıp, profesyonel davranabilmeleri için; eğer akademisyen olmayanlar tarafından yönetilecekse de, akademisyen olmayanların, akademik bir kurumun kendine özgü durumunu kavrayabilmeleri için, yeni eğitim programları başlatılmıştır. Bu doğrultuda Avrupa'da özellikle Almanya, İspanya, Hollanda, Avusturya, İngiltere ve Norveç'te **yükseköğretim yönetimi** ayrı bir bilim dalı olarak gelişmiş ve bu alanda akademik eğitim veren çok sayıda program oluşturularak, gelecekte ortaya çıkacak sakıncaların bir ölçüde önüne geçilmeye ve üniversitenin sahip olduğu geleneksel değerlerin en az şekilde zarar görmesine çalışılmaktadır. **Higher Education Governance in Europe-Policies, Structures, Funding and Academic Staff**, Belgium, Eurydyce, 2008, s. 44-45;

Türkiye'de de Bahçeşehir Üniversitesi "Yükseköğretim Yönetimi ve Liderliği" isimli bir yüksek lisans programı başlatmıştır.

127 Bu konuda yasa taslağı önerisini inceleyiniz.

da bir tercih meselesidir. Üniversite-ekonomi ilişkileri açısından irdelendiğinde yukarıda anlatılanlar nihayetinde ekonomik değer yaratma, uluslararası arenada öne geçme, en iyisini talep etme ve oluşturma gibi sonuçlar elde etmemizi sağlar. Bu olguya ilişkin olarak Türkiye'nin de bir parçası olduğu Bolonya Süreci'ne ilişkin kısa bir değerlendirme yapılması faydalı olacaktır. Bilindiği gibi Bolonya Süreci ortak bir Avrupa kültürü fikri temelinde dayanan ve Avrupa'yı¹²⁸ dünyanın en yarışmacı bilgiye dayalı gücü yapmak için başlatılmış, katılımın gönüllü olduğu bir süreçtir. Bu süreçte Avrupa Birliği dışında politika belirleyici olarak birçok kurul ve örgüt de¹²⁹ yer almaktadır. Söz konusu süreç, yükseköğretimde mükemmelleşmeyi öne sürerken aslında üniversite özerkliğine de sürekli vurgu yapmaktadır. Ancak ileri sürülenin tam tersi olarak, politika belirleme ve üniversitenin yönetimi, bilgi oluşumu ve bilginin aktarılması konularında özerkliğin altını oyan sonuçlar ortaya çıkartmaktadır. Üniversite özerkliği adına yapılan ya da yapılması savunulan her düzenleme aslında üniversitenin işleyişine piyasalar ve bürokrasi olgularını dahil etmektedir¹³⁰. Bu doğrultuda özellikle kalite ölçme ve değerlendirme, performans dayalı bütçeleme, kurumlar arası rekabet, yükseköğretim kurumlarında işletme, yöneticilik ve girişimcilik ruhunu canlandırıp geliştirmek Bolonya Sürecindeki politika belirleyicilerinin sürekli vurguladığı ilkeler olarak ortaya çıkmaktadır¹³¹.

128 Bolonya Sürecinin uyguladığı alan aslında Avrupa'dan daha öteye uzanmaktadır. Her ne kadar "Avrupa Yükseköğretim Alanı" olarak anılsa da, Avrupa Birliği üyesi olmayan, Türkiye, Andora, Ermenistan, Azerbaycan, Bosna-Hersek, Gürcistan, Kazakistan, Norveç, Sırbistan gibi ülkeler de Bolonya Sürecine dahil olmuşlardır. Bununla birlikte söz konusu süreçte "gözlemci ülkeler" statüsünde olan ülkeler de bulunmaktadır. Bunlardan bazıları ise, Japonya, ABD, Meksika, İsrail, Mısır, Çin, Kolombiya, Kanada, Yeni Zelanda, Kanada, Fas, Brezilya, Arjantin, Avustralya, Suudi Arabistan, Tayland, Güney Afrika'dır. MOUTSIOS, Stavros, "Academic Autonomy and the Bologna Process", **Working Papers on University Reform**, Workingpaper No. 19, Department of Education, University of Aarhus, Şubat 2012, s. 3.

129 Avrupa Konseyi, UNESCO Avrupa Yükseköğretim Merkezi, Avrupa Üniversiteler Birliği, Avrupa Yükseköğretim Kurumları Birliği, Avrupa Öğrenci Birliği, Avrupa Yükseköğretimde Kalite Ölçme Birliği, Avrupa iş dünyasının birliği olan BUSINESSEUROPE.

130 MOUTSIOS, 2012, s. 4.

131 Bu hususta bir dizi rapor yayınlanmıştır. Bkz.:

EC (European Commission) **The Role of the Universities in the Europe of Knowledge**, Communication from the Commission, Brussels, 5.2.2003, COM (2003) 58 final;

EC (European Commission), **Mobilising the Brain power of**

Yeni özerklik anlayışında devlet hizmet sağlayıcı olan konumdan, düzenleyici olan konuma geçmektedir. Devletin asıl olarak üniversiteler üzerinde sahip olduğu vesayet yetkileri de bu şekilde akreditasyon kurumları gibi bağımsız ve aracı kurullara devredilmektedir. Üniversitenin meşruiyet zemini kazandığı yeni alan topluma hizmettir. Çok kaba bir tabir de olsa, "bir üniversite ancak topluma hizmet ettiği ölçüde kaynak elde etmeye değerdir" şeklinde bir anlayış yalnızca Türkiye'de değil tüm dünyada giderek yaygınlaşmaktadır. Bu doğrultuda üniversite özerkliğine yönelik tartışmalarda gözler, Amerikan yükseköğretim sistemine çevrilmektedir ve Amerika Birleşik Devletleri'nin dünya genelinde sahip olduğu bilimsel ve teknolojik ilerilik, Amerikan yükseköğretim sisteminin temel ilkelerinde aranmaktadır¹³². Söz konusu temel ilkeler yükseköğretim kurumlarının çeşitliliği ve sistemin serbest piyasa koşullarında şekillenen sıkı rekabete dayalı bir sistem olmasıdır. Ancak göz ardı edilmemesi gereken husus, ABD'de yükseköğretimin bir bütün olarak federal hükümet tarafından çok büyük rakamlarla desteklediği ve yükseköğretim ile kültürün (müzeler, arşivler, kütüphaneler) devletin itici gücü olduğunun 17. yüzyıldan itibaren anlaşılmasıdır. Örneğin 2010 yılında Barack Obama hükümeti, yükseköğretime, sadece öğrenciler ve kurumlar için toplam 110 milyar Dolar kaynak ayırmıştır. Bunun karşılığında, yükseköğretim kurumlarından beklenen de, bilimsel ilerlemeye sağladıkları katkılarını kanıtlayabilmeleridir. Bunun için de ülke genelinde tek tipleştirilmiş bir ba-

Europe: Enabling the Universities to Make Their Full Contribution to the Lisbon Strategy, Communication from the Commission, Brussels, 20.4.2005, COM (2005) 152 final;

EC (European Commission), **Delivering on the Modernisation Agenda for Universities: Education, Research and Innovation**, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Brussels, 10.5.2006, COM (2006) 208 final;

EC (European Commission), **A New Partnership for the Modernisation of the Universities: the EU Forum for University Business Dialogue**, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 2.4.2009, COM (2009) 158 final;

EC (European Commission), **Europe 2020 Flagship Initiative: Innovation Union**, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 6.10.2003, COM (2010) 546 final.

132 Burada ABD yükseköğretim sisteminin kendi özgü koşulları içerisinde yine kendine özgü olarak geliştiği göz ardı edilmekte; özellikle bir yükseköğretim sisteminin içinde geliştiği ülkenin insan unsuru, coğrafyası, tarihi gibi özellikleri dikkate bile alınmamaktadır.

şarı değerlendirme ölçütü uygulanmaktadır. Aslında üniversitelerin söz konusu kaynağı hak edecek şekilde davrandıklarını kanıtlamalarının, ABD'deki kurumları tek tipleştireceği ileri sürülmüştür. Çünkü birçoklarına göre ABD yükseköğretimin başarısı kendi içerisindeki kurumsal çeşitliliğe dayanmaktadır. Ancak, Broad bu konuda başarının püf noktasının, yükseköğretim kurumları ile federal hükümet arasında, bilimsel ilerleme adına *gönüllü bir ortaklık* yapılması olduğunu belirtmiştir¹³³. Böylelikle, ABD'de üniversite özerkliği aslında hem üniversitelerin, hem de devletin gönüllü olarak uzlaştığı bir alana dönüşmüştür.

Yeni liberal politikalar üniversite özerkliğinin içeriğini Neave'nin bahsetmiş olduğu gibi kendine özgü bir bağlamda yeniden oluşturmaktadır. Yeni liberal üniversite özerkliği tanımları, üniversitenin devlet ile arasındaki somut bağları kopartırken, onu toplumsal ve uluslararası baskılardan koruyamayacak şekilde oluşturmaktadır. Üniversite özerkliği, iki farklı açıdan tanımlanabilir. Bunlar "kamusal özerklik" anlayışı ile "özel özerklik" anlayışıdır¹³⁴. Bunları *üniversite özerkliğinin dışsal tanımı* ve *özerkliğin içsel tanımı* olarak da değerlendirebiliriz. Özel ya da içsel özerklik anlayışı, akademik elemanların kendi çalışmalarının doğalarını belirleme hakkını ifade etmektedir. Bu doğrultuda, üniversite özerkliğinin özel anlamında ana eksen bir üniversitenin kendi amaç ve işlevlerini, kısaca kendini belirleyebilmesi olgusu olmaktadır. Burada üniversitenin içindeki güç dağılımı da üniversite özerkliğinin değerlendirilmesinde etkilidir. Örneğin öğrenciler, akademik kadro, idari personel, mütevelli heyetleri, senato ya da yürütme kurulu gibi kurumların oluşumu ve birbiri ile ilişkisi üniversite özerkliğinin içeriğini etkilemektedir.

Kamusal ya da dış özerklik anlayışı ise, üniversitenin dış paydaşlar tarafından belirlenen amaç ve işlevlerine karşılık gelmektedir. Burada da

ana eksen, üniversitenin sosyal, kültürel, ekonomik değişime katkı sağlaması yönünde olmaktadır. Kamusal özerklik tanımı, dış paydaşların (bunlar hükümetler, sivil toplum kuruluşları ve çeşitli toplumsal baskı gruplarıdır), ideolojileri ile yakından ilgilidir¹³⁵.

İç özerklik ile dış özerklik birbirinden tamamen bağımsız değildir. Şöyle ki, üniversitenin içinde yer alan kurullar ya da rektörler gibi yönetici konumunda olanlar, her zaman akademik değerlere göre hareket etmeyebilir ve böyle bir durumda iç paydaşlar tarafından belirlenen akademik değerlerin haricinde başka değerler de üniversiteye hakim olabilir.

Yeni liberal politikalar aslında, üniversite dış güçlerin, üniversite üzerindeki dengesini veya rolünü belirtmemektedir. Bununla birlikte yeni liberalizm doğrudan bir özerklik tanımı da getirmektedir. Yeni liberal politikaların etkisiyle birlikte hükümetler söz konusu iki özerklik tanımından kamusal tanımı tercih ederek, üniversite özerkliğini, üniversite ile hükümet, üniversite ile toplum, üniversite ile sanayi arasındaki ilişkiler açısından ele alıp düzenlemektedir¹³⁶.

Burada hemen bir hatırlatma yapmakta yarar vardır. Berdhal'ın usuli ve maddi özerklik tanımları hatırlanacak olursa, kamusal özerkliğin daha çok usuli bir özerkliğe, özel özerkliğin de maddi anlamda bir özerkliğe karşılık geldiği fark edilecektir. İşte yeni özerklik anlayışı, üniversitenin dış paydaşlar karşısında daha bağımsız olmasını öngörürken, onun asıl içeriğini, yani akademik özgürlükler boyutunu ve üniversite içinden gelecek akademik oligarşi ile katı bürokrasi etkilerini dışlamaktadır. Hatta üniversitenin iç özerkliği sorunu dış özerklikten bağımsız olmadıysa; bir başka ifade ile, üniversitenin iç yapısının oluşumu ve iç birimlerin birbirleri ile arasındaki ilişkinin niteliği dış güçler tarafından belirlenebileceğinden, üniversite özerkliği çelişkili bir şekilde ortadan kalkmış da olacaktır. Bu nedenle devletten ve toplumsal baskı gruplarından bağımsızlaşan üniversiteler, yalnızca usuli işler açısından bağımsızlaşmaktadır. Ancak üniversiteler açısından, uluslararası alanda öne geçmek isteyen hükümetlerin kısa dönemli politikaları ile piyasadaki şirketlerin bilimsel

133 BROAD, Molly Corbett, "Academic Freedom&Institutional Autonomy in the United States: Balancing Rights and Responsibilities", Council of Europe Strasbourg, France, November 8, 2010, s. 8.

134 "Public definition", "Private definition"; bu tanım Neave tarafından yapılmıştır: NEAVE, Guy, "On Being Economical with University Autonomy: Being an Account of the Retrospective Joys of a Written Constitution", **Academic Freedom and Responsibility**, London, SRHE and Open University Press (Editor: M. Tight), 1988, s. 337-349'dan aktaran, YOKOYAMA, Keiko, "Changing Definitions of University Autonomy: The Cases of England and Japan", **Higher Education in Europe**, Y. December 2007, Vol. 32, No. 4, s. 399-409.

135 YOKOYAMA, 2007, s. 400.

136 YOKOYAMA, 2007 s. 402.

talepleri doğrultusunda üniversitenin amaçlarının belirlenmesi, akademisyenlerin gerçekleştirileceği bilimsel çalışmaların içeriğine karışılması gibi tehlikeli ve özerklik ile hiç bağdaşmayan başka bir sonuç ortaya çıkartmış olmaktadır. Hatta söz konusu gelişmiş değil de gelişmekte olan bir devlet olduğunda, hükümetlerin politikaları, ulusal çıkarlar yerine uluslararası güçler tarafından belirlenen politikalar doğrultusunda şekillenme tehlikesini de içinde barındırdığından; bütün bir yükseköğretim sistemi en baştan özerkliğini yitirmiş olacaktır. Bir başka ifade ile yeni liberal politikalar, devletin rolünü, genel politikaları belirleyen, sistemi koordine eden bir aracı yaparken, hesap verilebilirliği, vergileri veren topluluk olarak topluma karşı yönelmekte¹³⁷, böylelikle ortaya toplum ile devletin birbirinden koptuğu, devletin bir aracı kuruma dönüştüğü bir anlayış çıkmış olmaktadır. Üniversiteler açısından daha çok mali özerklik, merkezi denetimden kopukluk, kadro özerkliği gibi konular, bir üniversitenin kendi belirlediği amaçlarına ulaşabilmesi için sahip olması gereken araçlardır. Ancak maddi anlamda özerklik, üniversite söz konusu araçlara sahip olmasa dahi, bilimin ve sanatın yüceltilmesi ile devlet tarafından ona sağlanmış olabilir. Özerkliği özel açıdan tanımlayan görüşe göre özerklik, üniversitenin özgür bir bilim ortamında, hiçbir iç ve dış etki veya baskı olmaksızın kendini var edebilmesidir. Bunun koşulu devlet tarafından yasal bir çerçevede de sağlanmış olabilir.

İşte yeni liberal politikalar özerkliğin asıl anlamını soyutlayarak, üniversite özerkliğini yalnızca dış aktörler ile ilişkiler çerçevesinde tanımlamaktadır. Burada Yokoyoma'nın Japon üniversiteleri ile İngiliz üniversiteleri arasında kıyaslama yaptığı çalışmadan çarpıcı bir örnek vermek yerinde olacaktır. Yokoyoma'ya göre hem İngiliz üniversitelerinde, hem de Japon üniversitelerinde özellikle 1990'dan sonra dış özerliğe vurgu yapan bir tanım hakim olmaya başlamıştır. Özerkliğin içeriği her iki ülkede farklılık gösterse de, ortak yönleri, asıl olan maddi özerkliği, yani akademinin "ne"sini (işin doğasını) dışlayan bir özerklik anlayışı olmasıdır. İngiltere'de bu daha çok "şartlı özerklik" olarak ortaya çıkarırken, Japonya'da ise mali ve idari üniversite özerliğine vurgu yapılması şeklinde ortaya çıkmıştır. Şartlı

özerklik, üniversitelere, hükümetin ve ulusal ekonomik gerekliliklerin ihtiyaçları doğrultusunda davrandıkları ölçüde tanınan bir özerklik anlayışıdır ve daha çok usuli işlerde bir özerkliği ifade eder. Öte yandan, akademinin "ne"sinin, üniversiteler tarafından değil de, hükümet politikaları tarafından belirlenmesi ve akademinin mali ve idari işlerden sorumlu kurullarına akademi dışından kişilerin dahil olması üniversite özerkliğine zarar vermektedir. Üniversiteler karar alma mekanizmalarında daha bağımsızdır ancak aldıkları kararların içeriği, akademi dışı kişiler nedeniyle dışa daha bağımlı hale gelmektedir¹³⁸.

Benzer şekilde Japon üniversiteleri açısından da 1990'dan sonra üniversite özerkliği usuli konulara vurgu yapılarak ve daha çok dış özerklik tanımı ile örtüşecek şekilde anlaşılmaktadır. Yokoyoma, Japonya'daki devlet üniversitelerinin ilk olarak modernleşme ve ekonomik büyümeye hizmet edecek şekilde oluşturulduğunu belirtmiştir. Bu açıdan mali ve idari özerklik tam olarak bulunmamakta, üniversite devlete karşı sorumlu olmaktadır. Ancak 1990'dan sonra gerçekleştirilen reformlarda vurgulanan, üniversite içinde merkezileşme, güçlü bir yönetim mekanizması, idari ve mali işlerde daha çok özerklik gibi olgular, özerkliğin asıl anlamını yani maddi özerkliği yok etmeye başlamıştır. Özellikle üniversite başkanlarının ya da rektörlerin üniversite içerisinde çok güçlü bir konuma getirilmesi, karar alma mekanizmalarında merkezileşme, rektörlerin akademik kadro üzerindeki belirleyici gücü, mali kaynakları kullanmada esneklik, müfredat ve öğrenim sürelerinin üniversite yönetimi tarafından düzenlenmesi gibi reformlar üniversitelerin özerkliklerinin arttırıldığı gerekçesi ile yapılmıştır. Devlet ve ilgili bakanlıkların üniversiteler üzerindeki düzenleme yetkisi zayıflatılınca, üniversitelerin idari ve mali olarak bağımsızlaşması "daha özerk üniversite" oldukları şeklinde anlaşılmaktadır. Buna karşılık, dıştan gelen kalite kontrol mekanizmaları, çıktı ve ürün kontrolü, performans dayalı kalite kontrolü gibi kavramlarla aslında akademinin "ne"si daha çok kontrol altına alınmış olmaktadır. Üstelik söz konusu kontrol üniversitelerin piyasanın ihtiyaçlarına daha rahat yanıt verebilmesi için gerçekleştirilmektedir¹³⁹.

Türkiye'de de benzer bir durumla karşılaşmaktadır. Türkiye'de üniversiteler modernleşme, yeni kurulan cumhuriyetin ekonomik açıdan kalkınması

138 YOKOYAMA, 2007 s. 404.

139 YOKOYAMA, 2007 s. 408.

137 YOKOYAMA, 2007 s. 402.

ve ülkenin refahının yükseltilmesi açısından kilit kurumlar olarak düşünülmüştür. Bu nedenle üniversiteler usuli işler açısından devlete sıkı sıkıya bağlı ve devlete karşı sorumlu olmuş; usuli özerkliğe sahip olamamıştır. Ancak cumhuriyet idealinin felsefesi devlet ve toplumun birliği fikrine dayanmaktaydı. Kamunun üniversiteleri yine kamuya karşı sorumluluk taşımaktaydı. Maddi özerklik olan üniversitelerin ve akademik kişilerin kendi işlerinin doğasını belirleyebilme serbestisi ise her dönemde teorik olarak var olmuş, ancak konunun doğrudan bilim ve sanat özgürlüğü ve onun sınırlandırılması problemiyle ilişkili olması nedeniyle, bu özgürlüğün Anayasalarımızda düzenleniş biçimine göre değişiklik göstermiştir. 1990'lı yıllarda ve özellikle 2000'li yıllarda Türkiye'de gerçekleştirilmesi düşünülen yükseköğretim reformlarında yer alan idari ve mali özerklik, üniversitelerin kendi müfredatını, öğrenim sürelerini ve personelinin belirleyebilmesi özgürlüğü; kalite kontrol mekanizmaları, akreditasyon kurumları, rektörlerin güçlendirilmesi, üniversitelerin topluma hesap vermesi gibi olgularla birlikte vurgulanmaktadır. Devletin etkisi en aza indirilerek, üniversitelerin maddi özerkliği (yani içerik ve ürün) ve özellikle akademik özgürlükler dışlanmakta, özerklik ülkemizde de tek boyutlu olarak ele alınmaktadır. Bu açıdan özerkliği dış özerklik olarak değerlendiren reform çalışmaları, üniversite içindeki akademik oligarşi etkilerini ve üniversitenin iç özerkliğini de göz ardı etmektedir.

Schugurenky söz konusu dönüşümü özerklikten bağımlılığa geçiş olarak adlandırmaktadır. Söz konusu bağımlılık, detaylı hukuk kurallarına aşırı bir bağımlılık ve dış güçlerin, özellikle hükümetlerin kontrolü ve müdahaleleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bağımlı hale gelen üniversite birbirine iki zıt olgudan ortaya çıkmaktadır: *laissezfaire* doktrini ve *hükümet müdahaleciliği*. Böylesine bir ortamdaki üniversitenin gündemi de böylece hükümet ve piyasa talepleri ile bağlı hale gelmektedir. Üniversiteler bu nedenle hem topluma hesap verebilmelidir hem de bilgi üretim ağındaki yerini alarak özel şirketlere hizmet edebilmelidir. Ancak bu durum üniversitenin kontrolü ve aynı zamanda da ticarileşmesi sonuçlarını doğurmaktadır¹⁴⁰.

140 SCHUGURENSKY, 2010, s. 54; Derek Bok ABD'den birçok çarpıcı örnek vermektedir. Örneğin, şirketlerin üniversiteden talep ettiği araştırmaların gizlilik içermesi gerekliliği ve bu nedenle aynı bilim koluna dahil akademisyenler arasındaki bilimsel iletişimin kopmaya başlaması, şirketlerin öğrencilere, üniversitede reklamlarını

SONUÇ

Üniversite özerkliğinin tanımı artık çok da kolay anlaşılıp ortaya konulamamaktadır. Üniversitenin salt bir örgüt (organizasyon) olarak açıklamak ve incelemek, onun devlet ve hükümetin siyasi gücünden bağımsız olarak ele alınması, üniversitenin tam olarak ne olduğunu ortaya koymaz. Bu nedenle üniversitenin örgütsel yapısını ve bu yapının içerisindeki değişkenleri ve belirleyici öğeleri hep, devletle ve hükümetin politikaları ile paralel olarak incelemek gerektiği gibi, günümüzde buna bir de küreselleşme olgusu ile gelen bir uluslararasılaşma ve yeni liberal politikalar doğrultusunda şekillenen yükseköğretimde piyasalaşma da eklenmiştir. Öte yandan, üniversitelerde devlet politikasından bir sapma görüldüğü anda da, hükümetler derhal yükseköğretimin örgütsel yapısında bir değişikliğe giderler. Bu durum dünyanın her yerinde bu şekilde gerçekleşmektedir. ABD'de bu durum özellikle devlet üniversiteleri açısından söz konusudur. Ancak bir farka değinmekte yarar vardır. ABD'deki üniversiteler, her şeyden önce birer *politika üreten kurum* olarak kabul edildikleri için, mezunlarını takip etme, bağımsız davranabilme, bölgesel destek grupları ile ilişkili olarak kendi politikalarını ve çıkarlarını belirleme olanağına sahiptirler ve belirlemektedirler de. Burada belki de kilit kavram, politika üreten kurum kavramıdır. Politika üretmekten kasıt ise, üniversitenin toplumsal sorunlara birer çözüm üretici kurum olarak davranıyor olmalarıdır. Bu hiç kuşkusuz sistemin temelinde yer alan negatif özgürlük anlayışından kaynaklanmaktadır. Amerikan üniversiteleri sistemde yenilik üreten bir pompa görevi gördüğü için, hükümetler ile aralarında gizli bir anlaşmanın bulunduğundan söz edilebilir. Özerklik, ABD'de, daha çok merkezden bağımsızlık, kendi politikalarını belirleme olarak anlaşılmaktadır ve akademik özgürlük ile desteklenmektedir. Kağıt üzerinde devletin bir kurumu olarak görülmeyen üniversiteler, adeta demokraside bir vatandaşmışçasına, politika üretiminde söz sahibidirler.

Almanya'da üniversite 19. yüzyıldan beri

yapmaları karşılığında burslar vermesi, akademisyenlerin zamanlarını öğrencilere ve derslere ayrılması yerine kişisel çıkarlara ve şirketler için hazırlanmış kazanç getirici projelerde çalışmaları gibi akademik etiğe aykırı bir çok sonuç ortaya çıkmaktadır. Tüm bunların sonunda ortaya çıkacak en tehlikeli sonuç ise, üniversitelerin ahlaki erozyona uğraması sonucu toplumda üniversitelere olan güvenin yok olması olacaktır. BOK, 2007, s. 115-116, 118.

devletin kurumu olarak görmüştür çünkü Almanya'nın devlet felsefesi Kulturstaat ilkesine dayanmaktadır. Buna göre devlet kültür ve bilimin bir "patron"u gibi, üniversitenin içinden ya da dışından gelecek olan baskılara karşı bilim ve sanatı koruma görevini üstlenmiştir. Öte yandan Almanya'nın sosyal devlet ilkesi oldukça sağlam bir ilke olarak sistemin bel kemiğini oluşturmaktadır. Üniversite özerkliği de bu doğrultuda, bilim ve sanat özgürlüğünün kurumsal olarak garanti altına alındığı, korunduğu ve geliştirildiği bir kurum olarak üniversite fikrinden ortaya çıktığı için, "devletten özgür değil, ancak devlet içinde özgür" özerklik düşüncesini yansıtmaktadır. Özellikle Alman doktrininde üniversitelerin varlığının nedeni kurumsal anayasa hukuku açısından, bilim özgürlüğü temel hakkına dayandırılmaktadır. Şöyle ki, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi, bütünlük arz eden bir sistem ve örgüt olmadan, özellikle doğa bilimleri alanında araştırma ve bilim yapma olanağının günümüzde mümkün olmayacağından ötürü, devlet, insanlara bilim özgürlüğünden faydalanabilmeleri adına, bu amaçla yönelik kurumlar oluşturmakla yükümlüdür¹⁴¹. Hatta üniversiteyi "kurumsallaşmış bilim ya da bilimin kurumsallaşması" olarak tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır¹⁴². Bir başka ifade ile üniversite, devletin, bireylerin bilim özgürlüğünün tam anlamıyla gerçekleşebilmesi ve bireylerin bilim özgürlüğünden tam anlamıyla yararlanabilmeleri için, bir pozitif edimde bulunma yükümlülüğü sonucu oluşturmuş olduğu bir kurumdur.

Tanilli'ye göre, yeni sömürgecilik, kapitalist sömürgeciliğin ve emperyalizmin, az gelişmiş ülkelerin ulusal bağımsızlıklarını kazandıktan sonra, halen devam eden biçimine verilen isimdir. Buradaki önemli koşul, ulusal bağımsızlığını kazanmış ülkelerin, onu sömüren ülkelerle olan iktisadi ya da başka yeni sosyal ilişkiler geliştirerek bağımlılıklarının devam ediyor olmasıdır. Tanilli, sömüren ülkelerin, artık yeni sömürgecilikte, sağlam bir sosyal temele dayanabilmek için, kendi kültürlerini yaymak ve özellikle "yabancı sermaye ile kalkınma zorunluluğu" gibi kavramları dayatarak, kendilerine yakın

çevreleri de siyasi iktidara getirmek için çeşitli yardımlarda bulunmaktan kaçınmadıklarını belirtmiştir. İşte bu insancıl düşüncelere dayanıyor gibi görünen "dış yardımlar" çoğu zaman yeni sömürgeciliğe doğru atılan bir adım olmakta ve yardımda bulunan ülke ile yardım alan ülke arasındaki ticari ilişkileri geliştirme olgusu, giderek az gelişmiş ülke ekonomilerini denetim altına almaya doğru gitmektedir¹⁴³. Yükseköğretimin çağımızdaki bir boyutu da, ülkeler arasında geliştirilen yeni sosyal ilişki alanlarından birisi olarak ortaya çıkmasıdır. Özellikle 1980'lerin ardından ulus devlet olgusu arka planda kalmaya başlayınca, kültürel kimliklerin kendilerini üzerinden meşrulaştıracağı ulus olgusu da parçalanmaya başlamıştır. Delanty'e göre tam bu noktada üniversiteler yeni bir rol ile ortaya çıkmışlardır. O da üniversitenin, kültür savaşlarının müfredat üzerinden gerçekleştiği bir kurum haline gelmiş olmasıdır¹⁴⁴. Günümüzde yükseköğretim alanındaki gelişmeler, Bolonya Süreci, akademik atama ölçütlerinde aranan SCI ve SSCI gibi uluslararası indeksler, uluslararası kalite standartları ve bunlara uyum sağlanabilmesi için reformlarda sıkça adı geçen bağımsız akreditasyon kuruluşlarının kurulması ve hatta bir sarmal gibi, üniversiteleri akredite eden bağımsız akreditasyon kuruluşlarının da akredite edilmesi gibi olgular yükseköğretim alanının artık ulusal nitelikten çıktığını kanıtlamaktadır. Özellikle devletin bir aracı kurum halini alması, kamu hizmetlerinin dönüşümü, GATS ve serbest piyasa olguları, üniversite özerkliğinin devletten bağımsızlaşma olarak algılanmasını sağlamakta ve toplum ile devlet arasında bir ikilik oluşturmaktadır. Böylelikle, üniversitenin de devletin değil, toplumun bir kurumu olduğu vurgulanmaktadır. Bu anlayışa göre üniversite "toplum"a hesap vermelidir. Ancak eğitim birçok ütopyada yer aldığı gibi bir devlet etkinliğidir ve kamunun iyiliğine yönelir. Bu açıdan eğitimin, sosyal devlet anlayışı içerisinde bir kamu hizmeti olarak sunulmaya devam etmesi ve yükseköğretimin yarı kamusal değil, kamusal bir hizmet olarak değerlendirilmesi, yeni kültür savaşlarında, Türkiye'nin içine düşme tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı yeni sömürgecilik kapanından kendisini kurtarması için gerekli olan kendine özgü

141 BVerfGE 35, 79; DETMER, Hartmer (Hrsg.), **Hochschulrecht, Ein Handbuch für Praxis**, 2. Auflage, C.F. Müller Wissenschaft, 2011, s. 12-13.

142 THIEME, Werner, **Deutsches Hochschulrecht**, 2. Auflage, München, 1986, s. 89.

143 TANİLLİ, Server, **Uygarlık Tarihi**, 3. basım, İstanbul, Adam Yayınları, Ocak 2000, s.286, 287.

144 DELANTY, 2002, s. 143.

üniversite anlayışını oluşturmasını sağlayabilir. Çalışmada ortaya konulmaya çalışılan üniversite özerkliği anlayışı, *akademik bir camianın, kendi öz sorumluluğu altında, ilkel ve sorumluluk sahibi olarak, kendi işlerini özgürce belirleyebilme ve düzenleyebilme hakkı ve bunun yanında devlet ile üniversite arasında karşılıklı bir işbirliği* fikrine dayanmaktadır. Üniversitede bilim ve sanat özgürlüğü temel alınmalı, hükümetler ile üniversiteler arasında güven ve dayanışma olgusu ön plana çıkarılmalıdır. Üniversite özerkliği, üniversitenin iç ya da dış, herhangi bir etki, baskı ya da yönlendirme olmaksızın, kendi varlığını gerçekleştirebilme ve varoluş amacını yerine getirebilmesi için sahip olması gereken özgürlük alanıdır. Bu doğrultuda, üniversitenin var oluş amacının ne olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Üniversite, yüksek eğitim ve öğretim yapan, meslek edindiren, bilimsel araştırma yapan, kısacası bir toplumu daha ileriye götürebilecek her şeyi yapan temel kurumdur. Bu nedenle, ister piyasa ve sermaye şirketleri, ister devletten, ister sivil toplumdan gelsin, üniversite bütün dış etkilerden bağımsız olarak söz konusu işlevlerini gerçekleştirmelidir. Söz konusu dış etkilerden bağımsızlığın sağlanabilmesi ise ancak üniversitenin "ne"sini oluşturan akademisyenlerin özgürlüklerinin mesleki güvencelerle desteklenerek korunması ile tam anlamıyla mümkün olabilir. Bu güvenceleri sağlayabilecek olan tek kurum da

devlettir. Ancak devletin burada yapması gereken bilim ve sanat özgürlüğü ekseninden hareket etmektir. Aksi takdirde, devlet de tıpkı piyasa olgusu gibi akademik özgürlükleri zedeleyen bir etken olmanın önüne geçemeyecek ve yeni liberal politikaların, insanların mutluluğu için devletin etkisinin en aza indirilmesi fikrine meşruiyet zemini hazırlamış olacaktır.

Son olarak Robert M. Hutchins'in *Ütopya Üniversitesi* eserinde üniversite ile ilgili önemli bir değerlendirmesine burada yer vermek gerekmektedir. **21. yüzyılın başlarında Amerikan yükseköğretimi ve üniversitenin karşı karşıya olduğu en önemli sorun, üniversitenin ve eğitimin birer kavram yanılığısı içine sokulmuş olmalarıdır.** Eğer eğitimin ve üniversitenin gerçekte neyi ifade ettiği net bir şekilde ortaya konulamazsa ve **eğer bir ülkede net olarak ortaya konulmuş bu kavramları destekleyen bir gelenek yaratılamazsa**, eğitim ve üniversite daima onları kendi görüşlerinin baş savunuculuğunu yapacak kişiler (-ister politik olsun isterse kişisel çıkar olsun) tarafından kullanılacaktır¹⁴⁵.

ALCORTA, Ludovico, "The Impact of New Technologies on Scale in Manufacturing Industry: Issues and Evidence", **World Development**, Y. May 1994, Vol.22, Issue.5, (s. 755-760).

145 HUTCHINS, M. Robert, **The University of Utopia**, The University of Chicago Press, London, 1964, s. 83.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ANAMERİÇ, Hakan, **Türkiye'de Çağdaşlaşma Sürecinde Bilginin Toplumsallaşması ve Bilgi Merkezleri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bilgi ve Belge Yönetimi Anabilim Dalı, 2008.
- ARMAĞAN, İbrahim, **Sanat Toplum Bilimi-Demokrasi Kültürüne Giriş**, İleri Kitapevi, İzmir, 1992.
- ARTHUR, James, "Introduction", **Citizenship and Higher Education-The Role of Universities in Communities and Society**, Routledge Falmer (Editors: James Arthur, Karen E. Bohlin), London and New York, 2005.
- AUDIER, Serge, **Cumhuriyet Kuramları**, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2006.
- AZRAK, A. Ülkü, "Devlet ve Üniversite", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 3, 1988.
- Baden-Württemberg yükseköğretim yasasındaki değişiklik hakkında, <http://mwk.baden-wuerttemberg.de/>

[service/presse/pressemitteilungen/presse-detailseite/? tx_ttnews \[tt_news\] = 805&cHash = a6fd335f5b9bdba7d3132c3b408aca61](http://www.wuerttemberg.de/service/presse/pressemitteilungen/presse-detailseite/?tx_ttnews[tt_news]=805&cHash=a6fd335f5b9bdba7d3132c3b408aca61); erişim tarihi: 18.01.2011.

- BARBLAN, Andris, ERGÜDER, Üstün, GÜRÜZ, Kemal, Observatory for Fundamental University Values and Rights, Case Studies: **Higher Education in Turkey: Institutional Autonomy and Responsibility in a Modernising Society**, Bolonya, Bononia University Press, Nisan 2008.
- BERDAHL, Robert, "Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities", **Studies in Higher Education**, Y. 1990, Vol. 15, No.2, (s.169-180).
- BERGAN, Sjur, "Higher Education Governance and Democratic Participation: The University and Democratic Culture", **The University as ResPublica**, Council of Europe Publishing, 2004.

- BOK, Derek, **Piyasa Ortamında Üniversiteler-Yükseköğretimin Ticarileşmesi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (Çeviren: Barış Yıldırım), İstanbul, Şubat 2007.
- BOSCH, Hermanvanden "Yükseköğretim Konusunda İdealize Edilmiş Beş Görüş", **Eğitimin Geleceği-Üniversitelerin ve Eğitimin Değişen Paradigması**, 1. baskı, Sabancı Üniversitesi (Editör: Oğuz N. Babüroğlu-Çeviren: Zülfü Dicleli), İstanbul, Nisan 2003.
- BROAD, Molly Corbett, "Academic Freedom&Institutional Autonomy in the United States: Balancing Rights and Responsibilities", Council of Europe Strasbourg, France, November 8, 2010.
- BUSH, Vannevar, **Science The Endless Frontier-A Report to the President by Vannevar Bush** (Director of the Office of Scientific Research and Development), Washington, United States Government Printing Office, July 1945, erişim adresi: www.nsf.gov/od/lpa/nsf50/vbush1945.htm, erişim tarihi: 28.03.2012.
- CABAL, Alfonso Borrero, **The University As an Institution Today: Topics for Reflection**, International Development Research Centre-Ottawa, UNESCO Publishing, Paris, 1993.
- COBBAN, A. B., **The Medieval Universities: Their Development and Organization**, Methuen&Co. Ltd, London, 1975.
- Commission of the European Communities, **"Delivering on the modernisation agenda for universities: Education, research and innovation"**, COM (2006), 208 Final, 10 Mayıs 2006.
- Commission of the European Communities, **"The European Research Area: new perspectives"**, COM (2007) 161 Final, 4 Nisan 2007, (GreenPaper).
- CULLITON, B. J., "Harvard and Monsanto: The \$23-Million Alliance", **Science Magazine**, 25 February 1977.
- Cumhuriyetin 75. Yılında Yükseköğretim**, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Yükseköğretim Genel Müdürlüğü, Ankara, 29 Ekim 1998.
- CUTT, James, RODNEY, Dobell, "Introduction", **Public Purse, Public Purpose: Autonomy and Accountability in the Groves of Academe**, Canada, The Institute for Research on Public Policy (Editors: James Cutt, RodneyDobel), 1992.
- ÇEÇEN, Anıl, **Kültür ve Politika**, 2. Baskı, Gündoğan Yayınları, 1996.
- DAHL, Robert A., **Demokrasi ve Eleştirileri**, Yetkin Yayınları (Çeviren: Levent Köker), Ankara, 1996.
- DELANTY, Gerard, **Challenging Knowledge-theUniversity in the Knowledge Society**, Open University Press, 2002.
- DETMER, Hartmer (Hrsg.), **Hochschulrecht, Ein Handbuch für Praxis**, 2. Auflage, C.F. Müller Wissenschaft, 2011.
- DUENAS, Guillermo, "Sosyal Sermaye Yaraticıları Olarak Üniversiteler", **Eğitimin Geleceği- Üniversitelerin ve Eğitimin Değişen Paradigması**, 1. baskı, Sabancı Üniversitesi (Editör: Oğuz N. Babüroğlu), İstanbul, Nisan 2003.
- DRUCKER, Peter F., **Kapitalist Ötesi Toplum**, İstanbul, İnkılap Kitabevi (Çeviren: Belkis Çorakçı), 1993.
- EC (European Commission) **The Role of the Universities in the Europe of Knowledge**, Communication from the Commission, Brussels, 5.2.2003, COM (2003) 58 final.
- EC (European Commission), **Mobilising the Brainpower of Europe: Enabling the Universities to Make Their Full Contribution to the Lisbon Strategy**, Communication from the Commission, Brussels, 20.4.2005, COM (2005) 152 final.
- EC (European Commission, **Delivering on the Modernisation Agenda for Universities: Education, Reserach and Innovation**, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Brussels, 10.5.2006, COM (2006) 208 final.
- EC (European Commission), **A New Partnership for the Modernisation of the Universities: the EU Forum for University Business Dialogue**, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Commitee and the Committee of the Regions, Brussels, 2.4.2009, COM (2009) 158 final.
- EC (European Commission), **Europe 2020 Flagship Initiative: Innovation Union**, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Commitee and the Committee of the Regions, Brussels, 6.10.2003, COM (2010) 546 final.
- ERDOĞAN, Emre, "Sosyal Sermaye, Güven ve Türk Gençliği..", s. 3, erişim adresi: http://www.urbanhobbit.net/PDF/Sosyal%20Sermaye_emre%20erdogan.pdf; erişim tarihi: 23.01.2012.
- ERDOĞAN, Seyfettin, "Makro Ekonomik Etkileri Açısından Yeni Ekonomi", **I. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi, Bildiriler Kitabı, 10-11 Mayıs 2002**, Hereke-Kocaeli, 2002.
- ESTERMAN, Thomas, NOKKALA, Terhi, **University Autonomy in Europe I**, Exploratory Study, EUA Publications, 2009.
- European University Assocaition, **The EUA Lisbon Declaration-Europe'sUniversities Beyond 2010: Diversity with a Common Purpose**, EUA, Brussels, Mayıs 2007.
- FELT, Ulrike, "University Autonomy in Europe: Changing Paradigms in Higher Education Policy, Special Case Studies, Decision-Making Structures and Human Resources Management in Finland, France, Greece, Hungary, Italy, The Netherlands, Spainand the United Kingdom"; erişim adresi: http://eua.uni-graz.at/Ulrike_Felt.pdf; erişim tarihi: 01.06.2011.
- FUKUYAMA, Francis, **Trust, The Socail Virtues and The Creation of Prosperit**, Free Press Paperbacks, New York, 1995.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, **İdare**

- Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2005.
- GÜVENÇ, Bozkurt, **İnsan ve Kültür (Antropolojiye Giriş)**, Ayyıldız Matbaası, Sosyal Bilimler Derneği Yayınları, Ankara, 1972.
- GIEYSZTOR, Alexander, "Management and Sources", **A History of the University in Europe, Volume 1-Universities in the Middle Ages**, Cambridge University Press (General Editor: Walter Rüegg-Editors: Hilde De Ridder-Symoens), Cambridge, 2003, (s. 108-143).
- HARRIS, Richard G., "The Knowledge Based Economy: Intellectual Origins and New Economic Perspectives", **International Journal of Management Reviews**, March 2001, Vol. 3, No. 1, s. 22.
- HATİBOĞLU, Tahir, **Türkiye Üniversite Tarihi**, 2. baskı, Selvi Yayınevi, Ankara, 2000.
- Heidelberg Üniversitesi hakkında bkz. <http://www.uni-heidelberg.de/university/welcome/history.html> erişim tarihi: 12.01.2011.
- HETHERINGTON, Henry, "University Autonomy", **University Autonomy: It's Meanings Today**, International Association of Universities, Paris, 1965.
- "Higher Education: Civic Mission&Civic Effects-A Report by The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching and CIRCLE", **The Center for Information and Research on Civic Learning and Engagement**, February 2006.
- Higher Education Governance in Europe-Policies, Structures, Funding and Academic Staff**, Belgium, Eurydyce, 2008.
- <http://yeniya.yok.gov.tr/?page=yazi&c=90&i=105;5> Kasım 2012 tarihinde resmi YÖK internet sitesinden yayınlanan Yükseköğretim Yasası Taslağı Önerisi.
- [http://www.dec.al.org/-Berkeley's Democratic Education at California Initiative](http://www.dec.al.org/-Berkeley's%20Democratic%20Education%20at%20California%20Initiative).
- <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/Portal.aspx?value=UE9SVEFMSUQ9MSZQQUdF-SUQ9MTM5JIBBROVWRVJTSU9OPSOxJk1PREU9UFV-CTEITSEVEXIZFUINJT04> =
- <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/>; erişim tarihi: 31.05.2012.
- HUTCHINS, Robert M., **The University of Utopia**, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1964.
- İstanbul Politikalar Merkezi, Sabancı Üniversitesi, 2009; erişim adresi: <http://ipc.sabanciuniv.edu/sites/ipc.sabanciuniv.edu/files/yokraporubasilan.pdf>.
- JAMES, F. Cyril, "Introduction", **University Autonomy - Its Meaning Today**, International Associations of Universities, Papers-7, Paris, 1965, (s.vii-xi).
- JASPERS, Karl, **The Idea of the University**, Boston, Beacon Press, 1959.
- KEETER, Scott, "The 19 Core Indicators of Engagement", "The Civic and Political Health of the Nation", **CIRCLE**, 2002.
- KERR, Clark, **The Uses of the University**, 5th Edition, (first published in 1963), Harvard University Press, 2001.
- LEVY, Daniel C., **University and Government in Mexico: Autonomy in an Authoritarian System**, Praeger, New York, 1980.
- MIZIKACI, Fatma, **Higher Education in Turkey**, Monographs on Higher Education, UNESCO-CEPES, Bucharest 2006; erişim adresi: <http://www.cepes.ro/publications/pdf/turkey.pdf>.
- MOUSIOS, Stavros, "Academic Autonomy and the Bologna Process", **Working Papers on University Reform**, Workingpaper No. 19, Department of Education, University of Aarhus, Şubat 2012.
- NEAVE, Guy, "On the Cultivation of Quality, Efficiency and Enterprise: An overview of Recent Trends in Higher Education in Western Europe, 1986-1988", **European Journal of Education**, Y. 1998, Vol.23, No. 1-2, (s. 2-23).
- NEAVE, Guy, VUGHT, Frans A. van, "Government and Higher Education in Developing Nations: A Conceptual Framework", **Government and Higher Education Relationships Across Three Continents: The Wind of Change**, The IUA Press,, Oxford, England, 1994.
- NITSCH, Wolfgang, **Hochschule in der Demokratie, Kritische Beitrage zur Erbschaft und Reform der deutschen Universitaet**, Berlin, 1965.
- OPPERMANN, Thomas, "Ordinariuniversitaet-Gruppenuniversitaet-Raeteuniversitaet", **Wissenschaftsrecht, Beiheft 15, Diejanusköpfige Rechtsnatur der Universitaet-eindutscherlrrweg?**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- ORTMAN, Alexandra, "Die Gruppenhochschule und die Wissenschaftsfreiheit, Oder: kann die Demokratisierung der Hochschule Grundgesetzwidrig sein?", **Forum Recht, Heft 1**, 2009, erişim adresi: <http://www.linksnet.de/de/artikel/24687>, erişim tarihi: 15.01.2011.
- ÖZER, M. Akif, "Günümüzün Yükselen Değeri: Yeni Kamu Yönetimi", **Sayıştay Dergisi**, Yıl: Ekim-Aralık 2005, S.59, (s. 1-44).
- PAULSEN, Friedrich, **The German Universities-Their Character and Historical Development (1895, c1894)**, MacMillan and Co., New York, 1985.
- PERKINS, James Alfred, "Autonomy", **The International Encyclopedia of Higher Education**, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1977, Vol. 2, s. 578.
- PULLIAS, Pearl V., WILBUR, Leslie, **Principles and Values for College and University Administration**, Philosophical Library, New York, April 1994.
- PUTNAM, Robert D., **Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy**, Princeton University Press, New Jersey, 1993.
- REICH, Robert B., **The Work of Nations: Preparing Ourselves for 21st Century Capitalism**, Vintage Books, New York, 1992.
- RÜEGG, Walter, "Humboldt's Heritage", **Universitaeten in Deutschland**, Prestel (Editors: Christian Bode, Werner Becker, Rainer Klofat), 1996.
- SAN, Coşkun, "Bir Toplumsal Kurum Olan Üniversite'de

- Özerklik ve Bilim Özgürlüğü", **AÜSBFD**, 1993, (s. 150 vd.),1993.
- SCHIMANK,Uwe, "New Public Management and the Academic Profession: Reflections on the German Situation", **Minerva**, Y. 2005, Vol.43, (s. 361-376).
- SCHUGURENSKY, Daniel, "The Heteronomous University and the Question of Social Justice: In Search of a New Social Contract", **Globalization, Education and Social Justice**, Ed. Zajda Joseph, 1st Edition, Springer, 2010.
- SLAUGHTER, Sheila, LESLIE, L. Larry, **Academic Capitalism-Politics, Policies and the Entrepreneurial University**, MD, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1997.
- SLAUGHTER, Sheila, LESLIE, L. Larry, "Expanding and Elaborating the Concept of Academic Capitalism", **Organization**, Sage Publications, Y. 2011, Vol. 8, No. 2, (s. 154-161).
- SLAUGHTER, Sheila, "Problems in Comparative Higher Education: Political Economy, Political Sociology and Postmodernism", **Higher Education**, Y. Haziran 2001, Vol. 41, No. 4, (s. 389-412).
- TANİLLİ, Server, **Uygurlık Tarihi**, 3. basım, İstanbul, Adam Yayınları, Ocak 2000.
- T.C. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Stratejik Plan, 2009-2013.
- T.C. Yükseköğretim Kurulu, **Türkiye'nin Yükseköğretim Stratejisi**, Ankara, Şubat 2007.
- TEKELİ, İlhan, İLKİN, Selim, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Eğitim ve Bilgi Üretim Sisteminin Oluşumu ve Dönüşümü**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, VII. Dizi, Sayı: 154, Ankara, 1993.
- TEZCAN, Mahmut, **Eğitim Sosyolojisi**, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları No: 150, Ankara, 1985.
- TİMUR, Taner, **Toplumsal Değişme ve Üniversiteler**, İmge Kitabevi, Ankara, Haziran 2000.
- The Carnegie Commission on Higher Education, **Governance of Higher Education: Six Priority Problems**, New York, MacGraw-Hill Book Company, New York, 1973.
- The Control of the Campus-A Report on the Governance of Higher Education**, Third Printing, The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, Lawrenceville, Princeton University Press, Nj, 1984.
- The World Bank, **Development in Practice-Higher Education-The Lessons of Experience**, A World Bank Publication, Washington D.C.,1994.
- THIEME, Werner, **Deutsches Hochschulrecht**, 2. Auflage, München, 1986.
- TOURAINÉ, Alain, 24 Nisan 2005, **Radikal Gazetesi**, "Alain Touraine Söyleşi", erişim tarihi ve adresi: 05.12.2008, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=150650>.
- TYLOR, Edward Burnett, **Primitive Culture, Researches into The Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom**, 6th Edition, London, 1920.
- Türkiye'nin Yükseköğretim Stratejisi**, TC Yükseköğretim Kurulu, Ankara, Şubat 2007; erişim adresi: <http://www.yok.gov.tr/content/view/557/238/>.
- TÜRKMEN, Fatih, **Eğitimin Ekonomik ve Sosyal Faydaları ve Türkiye'de Eğitim Ekonomik Büyüme İlişkisinin Araştırılması**, Devlet Planlama Teşkilatı, Yayın No:2655, Eylül 2002.
- TÜSİAD, **Türkiye'de Yükseköğretim: Eğilimler, Sorunlar ve Fırsatlar**, Ekim 2008; erişim adresi: http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/EUA-08.pdf.
- UÇKAN, Özgür, "Bilgi Politikası ve Bilgi Ekonomisi: Verimlilik, İstihdam, Büyüme ve Kalkınma", **Bilgi Dünyası**, Yıl: 2006, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 29.
- UNESCO, "The Role of Higher Education in Society: Quality and Pertinance", **2nd UNESCO - Non-Governmental Organizations Collective Consultation on Higher Education**, Paris, 8-11 April 1991.
- "University-Industrial Research Collaboration-Advantages of the Collaborative Relationships, Disadvantages of the Collaborative Relationships", erişim adresi: <http://education.stateuniversity.com/pages/2519/University-Industrial-Research-Collaboration.html>; erişim tarihi: 10.06.2011.
- VERENE, Donald, Philip, **Man and Culture-A Philosophical Anthology**, Dell Publishing Co. Inc, New York, 1979.
- WATTS,Ron, "Universities and Public Policy", **Public Purse, Public Purpose: Autonomy and Accountability in the Groves of Academe**, Canada, The Institute for Research on Public Policy (Editors: James Cutt, RodneyDobel), 1992.
- WISSEMA, J.G., **Üçüncü Kuşak Üniversitelere Doğru-Geçiş Döneminde Üniversiteleri Yönetmek**, 1. baskı, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Eylül 2009.
- YILDIRIM, Süreyya, "Bilgi Ekonomisi ve Bilgi Ekonomisinin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", **TC. Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: Aralık 2004, Cilt:7, Sayı:12, (s.106 vd.).
- YOKOYAMA, Keiko, "Changing Definitions of University Autonomy: The Cases of England and Japan", **Higher Education in Europe**, Y. December 2007, Vol. 32, No. 4, (s. 399-409).
- YOLIMA, Beltran, **University Autonomy in the Colombian Public Universities**, The Pennsylvania State University The Graduate School College of Education, A Thesis in Educational Theory and Policy, Ağustos, 2003.

Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış

Araştırma

Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR*

*Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.
(Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Civil Law)
(e-posta: bgozcan@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

İnsan sağlığı için özel bir önemi olan ilacın patent konusu olması uzun yıllar tartışılmıştır. Bir buluş niteliği taşıyan ilaç aynı zamanda birey için vazgeçilmez bir üründür. Bu vazgeçilmezlik ilacın değerini de belirlemektedir. Bugün Türk hukukunda ilaçlar patent korumasından yararlanmaktadır. Türk hukukunda ilaçların patentine konu olmasının önünü Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle Bağlantılı Yönlerine Dair Anlaşma (TRIPS) açmıştır. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnameye göre patent verilme koşullarını sağlayan ilaçlar patent konusudur. Patentin sahibine verdiği tekel niteliğindeki hak da düşünüldüğünde, patent sahibinin hakları ile sağlık hakkı arasında bir denge kurulması zorunluluğu doğmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Patent, ilaç, ilaç patenti, eşdeğer ilaç, patent hukuku

ABSTRACT

AN OVERVIEW OF THE DRUG PATENTS IN THE TURKISH LAW

The subjection of drugs to the patent regulations led to a long-lasting debate. While having the quality of being invented, drugs are also indispensable products for human health. Drugs are granted patent protection in the Turkish Law today. This protection is adopted under the guidance of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). According to the Decree Law on the Protection of the Patent Rights (no. 551), drugs which meet the conditions for holding a patent can be subject to patent protection. Once the monopolist right granted to the holder of the patent is taken into account, there is an obligation on finding a balance between the rights of the patent holder and the right to health.

Keywords

Patent, drug, drug patents, generic drugs, patent law

I. Giriş

Gelişen toplumda bireylerin gereksinimlerinin giderek farklılaşması ve ilacın tedavi sürecinin önemli bir bölümünü oluşturması, ilaca ulaşımı önemli kılmaktadır. Sözünü ettiğimiz gereksinim farklılaşmasına üretimin seri hale gelmesi, endüstrinin ve dolayısıyla ilaç endüstrisinin gelişmesi de eklenince, ortaya çıkan sorunlar ve boyutları da farklılaşmaktadır.

İlacın bir buluş olarak patente konu olması ve bir ürün olarak seri üretiminin yapılması, ilaç sektörünün diğer sektörlerden farkı da düşünüldüğünde son derece önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. İlaç patentlerinin tarihsel gelişimine bakıldığında diğer patent konularından farklı bir gelişim izlediği görülmektedir. İlacın bir buluş olarak patente konu olması, ilacın sağlık ile yakın ilişkisi nedeniyle onu diğer patent konularından farklı kılmaktadır. Ayrıca buna patente ilgili ilaca özel kimi sorunları da eklersek konu herhangisi bir buluşa patent verilmesinden farklılaşacaktır.

Çalışmada ilaç kavramı ve ilacın patent hakkına konu olması irdelendikten sonra Türk hukuku açısından ilaç patentlerinin tarihsel gelişimi üzerinde durulacaktır. Patent verilebilirlik koşulları ve ilaç patentleri açısından önemli konular ayrı başlıklar altında incelenecektir. Çalışmanın amacı ilaç patenti konusuna Türk hukuku açısından genel bir çerçevede yaklaşabilmektedir.

II. İlaç Kavramı

İlaç sağlıkla ve Anayasa tarafından güvence altına alınan sağlık hakkı ile (madde 17 ve 56) yakından ilgili bir üründür. İnsanın ilaca olan gereksinimi de oldukça eskidir. Bugün bildiğimiz anlamda ilacın tarihi oldukça eskilere şifacılığa, kocakarı iksirlerine ve Şamanizme dayanır. Sümer tabletlerinde ilaçlarla ilgili ilk yazılı bilgilere ulaşırken, Mısır Papirüslerinde, Çin, Hint, Arap ve Acem yazmalarında ilaçlarla ilgili bilgiler bulunmaktadır. Eski Mısır ve Çin'de ilaçla tedavilerin çok erken çağlardan itibaren uygulandığı bilinmektedir. Mısır bilgisinin Antik Yunan'a geçmesiyle Batı Tıpla tanışmış ve hekimlikle ilgili temel prensiplerini oluşturmuştur. Bugün edilen tıp yemininin ilkel halini oluşturan ise o dönemde kurulan tıp okullarından olan Hipokrat Okulunun prensipleridir¹.

Bugün artık ilaç endüstrisinden söz edilmekte ve ilacın seri üretimi yapılmaktadır. İnsan sağlığı ile ilişkisi tartışılmaz olan ilaç, aynı zamanda patent hakkına da konu olmaktadır. Bu anlamda ilaç, çoğu kez endüstriyel üretime konu olan, standart bir şekil ve ambalaj içinde ve üreten firmanın markasıyla piyasaya sunulan tıbbi müstahzardır.

Ülkemizde ilaçla ilgili temel hukuksal sorunları özel olarak düzenleyen bir "ilaç yasası" olmamasına karşılık çeşitli yasalarda ve yönetmeliklerde ilaçla ilgili genel düzenlemelere yer verildiğinden söz edilebilir². Bunlardan Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne göre ilaç, "*etkin madde/ maddeler açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış/ izin verilmiş ürün*"dür.

Tıpta ilaç, hastalıkların tedavisi, önlenmesi, tanısı ve diğer bazı tıbbi amaçlarla (örn. gebeliğin önlenmesi amacıyla) kullanılır. "İlaç, hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonudur³.

İlaçların hazırlanması, korunması, kontrol, saklama ve dağıtımı Sağlık Bakanlığı ve ilgili kuruluşların denetim ve gözetimi altında yasal düzenlemelere uygun olarak yapılır. 14 Mayıs 1928 tarih ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ile buna ek olarak çıkartılan yasa ve yönetmeliklerle ilaçlarla ilgili işlemleri Sağlık Bakanlığı yürütür. İlaç ve eczacılık hizmetleri ile ilgili norm ve standartları belirlemek Sağlık

2 1262 sayılı " İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Beşeri, İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarların Tıbbi Tanıtım Yönetmeliği (R.G. 07.09.1990 T., 20628 sayı), Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik (R.G. 13.10.1992 T., 21374 sayı), Radyofarmasötik Yönetmeliği (R.G. 23.12.1993 T., 21797 sayı), Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik (R.G.27.05.1994 T., 21942 sayı), Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulmuş Ürünler Hakkında Yönetmelik (R.G. 20.10.1999 T., 23852 sayı), Beşeri ve Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği (R.G. 23.10.2003 T., 25268 sayı), Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği (R.G. 19.01.2005 T., 25705 sayı), Beşeri ve Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik (R.G. 17.02.2005 T., 25730 sayı), Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği (R.G. 12.08.2005 T., 25904 sayı), Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik (R.G. 23.12.2008 T., 27089 sayı).

3 İLTER, Dilek, **İlaçların Ruhsatlandırılması ve Piyasaya Sürülmesi Usulü**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku 2009, s. 274.

1 AYCAN, Mükerrrem., **İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Far- kı**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku 2009, s. 3.

Bakanlığı'nın görevleri arasındadır. Bakanlığın ana hizmet birimlerinden olan İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü Türkiye'de beşeri tıbbi ürünlerle ilgili otoritedir⁴.

III. İlaçın Patente Konu Olması

İlaç, günümüz hukuk düzeninde patent hakkının konusunu oluşturmaktadır. Patent, dar anlamıyla resmi makam tarafından buluş sahibine verilen ve patentli buluşu yalnızca buluş sahibinin yada onun yetkili kıldığı kişilerin kullanması hakkını belli bir süre için koruma altına alan belgedir⁵. Ancak geniş anlamda patent⁶ bir belge niteliğinin yanında, sahibine patente konu buluşun üretilmesini, kullanılmasını yada ithal edilmesini engelleyecek bir tekel hakkı vermektedir (551 sayılı KHK mad. 73/2). Patent hakkı, sahibine verdiği geniş yetkiye rağmen, her zaman buluştan ticari bir yarar sağlanması yada buluşu üretme olanağını vermez. Patent hakkı sahibi, buluşu başkalarının üretmesini, ticari amaçla kullanmasını ve ithal etmesini engellerken, kendisi de buluşu salt patent hakkına sahip olduğu için üretme/satma hakkına sahip olmayacaktır. Örneğin, bir ilaç için alınan patent, o ilacın üretilmesi ve satılması hakkını da patent sahibine vermeyecektir. İlacın üretimi ve satımı için ülkemizde Sağlık Bakanlığı'ndan onay almak gerekmektedir. Bununla birlikte patent sahibi olmasına rağmen Sağlık Bakanlığı'ndan ilacın çoğaltımı için onay alan kimse de, patent hakkı sahibi olmadığı için ilacı üretemeyecektir⁷. Buluş konusu ürünün üretilmesi/piyasaya sunulması, patent hakkının korunduğu ülkede özel bir mevzuatla

düzenlenmişse, patent hakkı sahibi ancak mevzuatta öngörülen koşulları yerine getirerek buluşunu üretebilecektir yada piyasaya sunabilecektir.

İlaçta patent korumasının konusunu, yeni bir etken madde yada daha önce bilinen bir etken maddenin yeni bir hastalığı tedavi ettiğinin bulunması halinde varolan bir etken madde oluşturmaktadır⁸.

A. Türk Hukukunda İlaç Patentlerinin Tarihsel Süreci

Patentin konusunu oluşturan diğer buluşlar gibi, ilaç da bir buluştur ve patent koruması altındadır. Ne var ki diğer buluşlardan farklı olarak ilacın patente konu olması uzun süre tartışılmıştır. İlacın özellikleri, bu tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Günümüzde endüstriyel üretime konu olan ilacın sağlık hakkı ile yakın ilgisi onu diğer ürünlerden farklı kılmaktadır. Sağlık hakkının korunmasında ilacın "ulaşılabilir" ve "edinilebilir" olması dolayısıyla ilacın maliyeti de önem kazanmaktadır⁹. Diğer taraftan ilaç, buluş olarak patent konusu olmakta ve patent hakkı sahibinin fikri haklarının korunması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Fikri hakın korunması ile buluş yapmanın özendirilmesi ve buluş sahibinin sırlarının saklanması sağlanabilecektir. Bununla birlikte günümüzde ilaç patentine yönelik düzenlemelerin varlığı karşısında, sağlık hakkının önceliği de dikkate alınarak patent hakkı ile sağlık hakkı arasında bir denge oluşturulmalı ve ilaç patentlerinde buna yönelik özel düzenlemeler yapılmalıdır.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği 1995 yılına kadar, 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu, Türkiye'de ilaçların patent konusu olmasına izin vermemekteydi. Bunun nedeni yukarıda da belirtildiği gibi ilacın insan sağlığı açısından önemi ve sağlık hakkının korunması için ilacın "ulaşılabilir" ve "edinilebilir" olması gerekliliğidir.

İhtira Beratı Kanununun yürürlükte olduğu süre içerisinde ilaç ürün ve usulleri patente konu olmamıştır. Dünya Ticaret Örgütü'nün Kuruluş Anlaşmasının 15 Nisan 1994 tarihinde onaylanması ve 26 Ocak 1995 tarihinde TBMM tarafından

4 İLTER, 2009, s. 273.

5 REID, Brian, *Practical Guide to Patent Law*, Sweet & Maxwell, 1993, s. 2.

6 Patent sistemini açıklayan çeşitli görüşler vardır: Birinci görüş patenti, buluşlara geçici koruma sağlamak amacıyla devletle buluş sahibi arasında yapılan sözleşme olarak açıklamaktadır. Patent bir anlamda devletle buluş sahibinin bu tekel hakkını kazanmak üzere yaptığı bir sözleşme olarak da düşünülebilir. Aynı zamanda patent, buluş sahibi için buluşu için harcadığı zaman, emek ve para karşılığında devletten aldığı bir ödül niteliği de taşımaktadır. Buradaki ödül, patent hakkı sahibine buluşu için tanınan tekel hakkı niteliğindeki hakkıdır. Devlet, buluş sahibine ödül vermeyi garanti altına almalıdır. Son görüş ise doğal hukuk/etik haklar teorisi (moral rights theory) bireylerin fikirleri (buluşları) üzerinde doğal mülkiyet hakkı olduğunu bunun korunması gerektiğini, korumanın da patentle sağlandığını söylemektedir (Bainbridge, R., Patent, s. 315.).

7 ÖZTÜRK, Özgür, *Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları*, İstanbul 2008, s. 14.

8 DEUTSCH, Erwin; *Arzneimittel im gewerblichen Rechtsschutz*, s. GRUR, 1983, S. 6-7, s. 490.

9 Ulaşılabilirlik ilacın zamansal olarak her arandığında ve her yerde bulunabilmesiyken, edinebilirlik ilacın fiyatı ile ilgilidir.

Anlaşma'nın onaylanarak Türkiye açısından yürürlüğe girmesi ile birlikte Anlaşmanın eki olan ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin TRIPS anlaşması da yürürlüğe girmiştir. TRIPS'in 70. maddesinin 8. bendinde ilaçların da patent hakkına konu olacağı düzenlenmektedir.

TRIPS Türkiye'ye 65. maddesi gereği önce 2000, sonra 2005 yılına kadar ilaç ürün ve usullerine patent verilmesini erteleme hakkı tanımıştı¹⁰. Bununla birlikte 551 sayılı KHK'de 1995 yılında 566 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle patent başvuruları kabul edilmeye başlanmıştır. Bunun nedeni, Türkiye'nin de taraf olduğu Paris Sözleşmesi'nin rüçhan haklarına ilişkin hükümleri ve Dünya Ticaret Örgütü Kurulu Anlaşması'dır. Bunlara taraf herhangi bir ülkede 12 aylık rüçhan hakkı süresi içinde, 1 Ocak 1995 tarihinden sonra patent başvurusu yapılmış ilaçlarla ilgili buluşların Türkiye'de patent koruması hakkını elde edebilmiştir. Patent koruması için başvurular her ne kadar 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren başlasa da fiilen patent koruması, 1 Ocak 1999'den sonra olmuştur. Bu arada yapılan patent başvuruları bekletilmiştir¹¹.

B. Patent Verilmesinin Koşulları

Patent¹², istem üzerine ve "yeni" olan, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olma özelliklerini taşıyan buluşlara verilir. Ayrıca, buluşun patent konusu olamayacak bir alanda olmaması gerekir. Bu koşulların incelenmesinden önce buluş kavramı üzerinde durulacaktır.

1. Patentın Konusu Olarak Buluş

Buluşlar, ülkelerin ekonomik gelişmelerinde önemli olan teknolojik gelişmelerin kaynağını oluşturmaktadır. Buluş sahiplerinin buluşlarının patentle korunması ise teknik bilginin yaygınlaştırılması, buluş sahibinin haklarının güvenceye alınmasını

ve yeni buluşlar için özendirilmesini sağlamaktadır¹³. Patent, araştırma ve buluş yapmak için buluş sahibini teşvik ederken¹⁴, buluşunu açıklamasını da sağlamaktadır. Buluş sahibinin, patent koruması olmadan buluşunu açıklamak istememesi doğaldır. Patent koruması olmadan yaptığı ilacı (buluşu) piyasaya süren kişi, ilacın eşdeğerlerinin yapılması tehlikesi ile karşı karşıyadır. Patent belli bir süre tekel niteliğinde bir hak vererek yeni ilaçların/buluşların açıklanmasını da sağlamaktadır. Patent, aynı zamanda buluş sahibinin buluşu için harcadığı zamanın ve paranın karşılığı olarak bir ödül niteliği de taşımaktadır¹⁵.

Buluş, patent hukukuna göre, bir şeyi tasarlayıp kullanılabilir hale getirmeyi, icat etmeyi ve/veya patent istemlerinde patent konusunu ifade eder. Buluş, patent hukukunda doğanın getirdiği problemlere çözüm bulmak amacıyla geliştirilen teknik özellikleri olan ancak buluş sahibinin yaratıcılığını da içinde barındıran tekniğin bilinen durumunu aşan ve o alanda uzman bir kişi için yeni sayılan, daha önceki buluşlardan farklı, buluş basamağını aşan ve sanayiye uygulanabilir olan ürünlerdir.

Patent hukuku anlamında buluş, teknik özelliklere sahip teknik bir eser niteliğindedir. Teknikle yaratıcılığın birleşmesi ile doğada çözüm bekleyen problemlerin giderilmesi amaçlanarak buluş ortaya çıkarılır¹⁶. Buluşun estetik yapısından çok, teknik açıdan problemi çözmeye yönelik özelliklere sahip olması daha ön plandadır¹⁷. 551 sayılı KHK'ye göre, buluş yeni ise, tekniğin bilinen durumunu aşarsa ve sanayiye uygulanabilir ise patente konu olacaktır. Bu bağlamda buluş, "teknik bir fiille ilgili kuraldır"¹⁸. Bir buluşa patent verilebilmesi için buluşun yeni olması, buluş basamağını aşması ve sanayiye uygulanabilmesi

10 TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 502, 503.

11 TEKİNALP, **2006**, s. 503.

12 Patent korumasının gerekliliği, "Hickton's Patent Syndicate v. Patents and Machine Improvements Co. Ltd." davasında şöyle açıklanmıştır: "Her buluşun patentle korunması gerekliliği vardır. Buluşun, üretilmiş bir mal olarak düşünceden ayrıldığını söyleyerek, özü ve özün gölgesiyle olan bağlantısını kavramaktan uzaklaşıyorsunuz. Patent, üretime dönüşen düşünce için bir korumadır demek daha doğru olacaktır. Açık bir şekilde kavradığınız, ancak dışavurumunun olmadığı düşüncenin patent konusu olamayacağı şüphe götürmez. Fakat buluş, düşüncenin kavranabilecek somut bir varlığa dönüşmüş halidir." (BAINBRIDGE, David., **Intellectual Property**, 2002, s. 311).

13 Chapman, R., A., "Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations related to Article 15 (I) (c) " 2001, Volume XXXV No.3 UNESCO Publishing, s. 8; Pfizer, (Baykara/Çaylı/Çelik/Tokat/Ünal), İlaç, s. 7.

14 THOMAS, John., **Pharmaceutical Patent Law**, Washington 2005, s. 4.

15 BAINBRIDGE, **2002**, s. 315.

16 TROLLER, Kamen., **Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts**, Helbing & Lichtenhahn Verlag 2005, s. 40; ŞEHİRALİ, Feyzan, Hayal, **Patent Hakkının Korunması**, Ankara 1998, s. 7.

17 TROLLER, **2005**, s. 40; AYİTER, Nuşin, **İhtira Hukuku**, Ankara 1968, s. 30.

18 ORTAN, Necip, **İşçi Buluşları**, İzmir 1987, s. 46.

gerekmektedir. Buluşun yeni olması, 551 sayılı KHK madde 7'ye göre, tekniğin bilinen durumuna dahil olmamaktır¹⁹.

Patent, sahibine patente konu buluşun üretilmesini, kullanılmasını yada ithal edilmesini engelleme yetkisini vermektedir (551 sayılı KHK mad. 73/2). Buluşların patentle korunabilmesi için tescil zorunluluğu vardır. Bir kimse, buluşun patentle korunduğunu bilmeden o buluşu kendi de bulup kullanırsa, patent koruması altındaki buluşa tecavüz gerçekleştirmiş olur. Bu nedenle patentlerin aleni bir sicile tescili gerekmektedir²⁰. Patent koruması da ilk başvuru yapan buluş sahibine tanınacaktır. Patent başvurusunda, patent verilmesi istenen buluş açık bir şekilde anlatılmalıdır. Patent isteminin eksik yapılması, buluşun tam olarak korunamaması sonucunu doğurabilecektir. Buluştan daha fazlası yada hali hazırda bilinen şeyler için patent başvurusu yapıldığında, başvuru reddedilecektir. Ancak buluşu kapsayan bir başvuru da kabul edilebileceğinden buluşa tam koruma sağlanamayacaktır. Patent konusu buluşun kullanılması için önceki tarihli bir patentle korunan buluşa gereksinim duyulabilir. Bu halde sonraki tarihli patent sahibi, patent koruma süresi boyunca önceki tarihli patent sahibinin izni olmaksızın onun buluşunu kendi buluşu için dahi olsa kullanamaz (551 sayılı KHK mad. 79).

2. Patent Verilebilirlik Koşulları

a. Yeni Olma Koşulu

Avrupa Patent Hukuku ve Türk Patent Hukuku bakımından mutlak yeni olma önemlidir²¹. Yani patent başvuru tarihinden önce buluşla ilgili herhangi bir yerde herhangi bir şekilde sözlü yada yazılı olarak herhangi bir şekilde kamuoyu tarafından ulaşılan bilgiler yeni olmayacaktır²². Buluşun patent konusu olmasının ilk koşulu "yeni" olmasıdır. 551 sayılı KHK madde 7'ye göre, "*tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluş yenidir*". Avrupa Birliği Patent Sözleşmesi'nin 54. maddesine

göre de yeni olma, tekniğin bilinen durumuna ait olmamak anlamına gelmektedir. Bu çerçevede bakıldığında tekniğin geldiği son noktayı aşan buluşlar yeni olarak kabul edileceklerdir. Buluşun yeni olması için aynı zamanda sözlü, yazılı yada başka bir şekilde dünyanın herhangi bir yerinde patent başvurusundan önce açıklanmamış olması gerekmektedir²³. Alman Patent Kanunu § 2, Avrupa Patenti Sözleşmesi'ne (EPC) uygun olarak buluşun yeni olması gerektiğini belirtmekte ve yeni olmayı üçüncü paragrafında aynı yönde tanımlamaktadır. Yeni olma ile ilgili uluslararası ortak bir ölçüt olmamakla birlikte, düzenlemelerin benzerliğinin nedeni Avrupa Birliği Patent Sözleşmesi'ne göre yapılan yeni tanımının, sözleşmeye taraf ülkeler için ortak bir ölçüt olarak kabul edilebilir olmasıdır. Çünkü taraf ülkelerin de yerel patent kanunlarını bu sözleşmeye uygun hale getirme yükümlülükleri vardır.

Yukarıda belirtildiği gibi 551 sayılı KHK' de tekniğin bilinen durumuna dahil olmama "yeni" sayılmanın ölçütü olarak kabul edilmiştir. Buluş, patent başvurusunun yapıldığı tarih itibariyle yeni olmalıdır. Patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce buluşa ilişkin bilgilere dünyanın herhangi bir yerinde toplumca ulaşılabilmesi, tekniğin bilinen durumu olarak kabul edilir²⁴. Patent başvurusu tarihinden önceki tarihli Türk patent ve faydalı model belgesi başvurularının yayınlanan ilk metinleri tekniğin bilinen durumu sayılır (551 sayılı KHK madde 7). Kamuya açıklamanın çok geniş kitlelere ulaşması da gerekmemektedir. Önemli olan açıklama sonucunda bilgiye birden çok kişinin ulaşabilmesidir. Üçüncü kişilerin buluş hakkında patent başvurusundan önce bilgi sahibi olması yeniliğin ortadan kalkması için yeterlidir²⁵. Küçük bir kitleye buluş hakkında bilgi sahibi olacak şekilde açıklama yapılması kamuya açıklamanın gerçekleşmesi için yeterli olacaktır²⁶.

19 ORTAN, 1987, s. 64.

20 ÖZTÜRK, 2008, s. 15.

21 ŞEHİRALİ, 1998, s. 10. Tekinalp ise KHK'daki düzenlemenin mutlak yenilik ölçütü olmadığını, çünkü buluşun dünyanın hiçbir yerinde açıklanmamış olmasını değil; bilgilerin dünyanın herhangi bir yerinde "toplumca ulaşılabilir" şekilde açıklanmaması gerektiğinin arandığı görüşündedir (TEKİNALP, 2004, s. 495).

22 MEMİŞ, Tekin, **İlaçların Patentlenmesi**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku 2009, s. 214.

23 BAINBRIDGE, 2002, s. 340; CORREA, Carlos, **Protection and Promotion of Traditional Medicine Implications For Public Health In Developing Countries**, University of Buenos Aires 2002, s. 54.

24 TEKİNALP, 2004, s. 495; ORTAN, 1987, s. 64; ŞEHİRALİ, 1998, s. 10; THOMAS, 2005, s. 84. Ayrıca karş. PEDRAZZINI, Mario/HILTI, Christian, **Europäisches und schweizerisches Patent- und Patentprozessrecht**, Bern 2008, s. 123 vd.; HUBMANN/GÖTTING/FURKEL, **Gewerblicher Rechtsschutz**, Bern 2008, s. 127 vd.

25 CORREA, 2002, s. 55.

26 TEKİNALP, 2004, s. 496.

Buluş sahibinin izni ve bilgisi içinde yapılan yazılı-sözlü tanıtım, ticari amaçla üretilmesi, sergilenmesi buluşun kullanılması anlamına gelir. Ayrıca buluş için patent başvurusu yapılması önceden kamuya açıklanmış olma sayılmakta ve yenilik koşulunun sağlanmasını engellemektedir. Patent başvurusu yapılmadan önce, buluşun belli kişilere test amaçlı olarak gönderilmesi, bu kişilerin bu amacı ve bunun bir sır olduğunu bilmeleleri koşuluyla kamuya açıklama olarak sayılmamalıdır²⁷. Örneğin, bir işverenin yeni bir üretim yöntemini bulması ve bu yöntemin işçileri tarafından kullanılması kamuya açıklama olarak sayılmayacaktır. Çünkü işçilerin mesleki sırları saklama yükümlülükleri nedeniyle yeni yöntem hakkında da üçüncü kişilere bilgi vermesi söz konusu değildir²⁸. Bu nedenle henüz patenti alınmamış bir ilacın son klinik testlerinin yapılması da kamuya açıklanma olarak kabul edilmeyecek ve ilacın yeni olma özelliğini engellemeyecektir.

Patent başvurusunda bulunan kişi, daha önce patenti alınmış bir buluştan açık bir şekilde farklı olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Bu nedenle ilk önce patent başvurusunda bulunan kişinin, koşulları varsa patent başvurusu kabul edilecektir. Önceki ve sonraki buluşların kesişen noktaları olmamalıdır. Buluşun salt farklı olması yetmemekte; farkın açık bir şekilde anlaşılması ve kanıtlanması gerekmektedir²⁹. Toplumca erişilebilir olmayan bilgiler yeni kabul edilecektir. Burada önemli diğer bir konu da tedavi edici özelliği için daha önce kamuya açıklanmış bir ilacın başka bir hastalığı tedavi edici özelliğinin ortaya çıkması durumudur³⁰. Buna ikinci tıbbi kullanım da demek mümkündür. İkinci tıbbi kullanım için patent başvurusu yapılan ilacın yeni ve tekniğin bilinen durumunu aşan etkisinin kanıtlanması ile patent konusu olabilir³¹.

İş görüşmeleri sırasında taraflarca açıklanan buluşla ilgili bilgiler kamuya açıklama olarak kabul edilmeyecektir. Bunun nedeni tarafların karşılıklı güven ilişkisi içinde bir iş görüşmesi yapmalarıdır. Aralarındaki güven ilişkisi nedeniyle öğrenilen sırların taraflar dışındaki kişilerce bilinme ihti-

mali olmadığı kabul edilmektedir³². Bununla birlikte üretim yapma amacıyla bir karışımın kimyasal bileşiminin yada bir ürünün iç yapısının konusunda uzman bir kişi tarafından çözümlenmesi kamuya açıklanma olarak kabul edilmektedir. Avrupa Patent Ofisinin kararlarına göre bir karışımın/maddenin/buluşun kimyasal bileşimleri o alanda uzman bir kişi tarafından çözümlendiğinde kamuya açıklanma gerçekleşecektir. Dolayısıyla söz konusu buluş, tekniğin bilinen durumu haline gelecektir. Bu nedenle buluş yapan kişilerin deneysel amaçlı da olsa buluşlarını üçüncü kişilere açıklamadan önce patent başvurusunda bulunmaları daha yerinde olacaktır. Aksi halde buluşun içeriğinin çözümlenmesiyle buluş kamuya açıklanmış sayılma tehlikesiyle karşılaşabilir³³. Ancak üretime yönelik olmayan deneysel amaçlı kullanımlar kamuya açıklanma olarak kabul edilmemekte ve patent hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmaktadır³⁴.

b. Tekniğin Bilinen Durumunun Aşılması

Yeni olma ile tekniğin bilinen durumunun içiçe geçmesi, "yeni olma koşulunun" tekniğin bilinen durumunun aşılması olarak tanımlanması, tekniğin bilinen durumunu tanımlama zorunluluğu doğurmuştur. Tekniğin bilinen durumu sadece, buluşun patent başvurusunda açıklanan bölümü için araştırılır. Patent koruması istenmeyen ve açıklanmayan buluşun gizli kalmış kısımları varsa bunlar, tekniğin bilinen durumunun aşılmış ve aşılmadığının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Alman Patent Kanunu'nun (PatG.) 3. paragrafının 1. ve 2. fıkralarında yapılan tanımlamalar da bu doğrultudadır³⁵. § 3/1 ve 2 PatG. yeni tanımını yaparak, yeni olmanın tekniğin bilinen durumunun aşılması anlamına geldiğini ve tekniğin bilinen durumunun da patent başvurusu yapılan tarihten önce dünyanın herhangi bir yerinde sözlü yada yazılı olarak ulaşılabilir bilgiler olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle tekniğin bilinen durumunun dışı yönelik kısmı, yazılı yada sözlü olarak kamuya açıklanan bölümdür. 551 sayılı KHK'nin 7. maddesi de

27 BAINBRIDGE, 2002, s. 341.

28 BAINBRIDGE, 2002, s. 343.

29 REID, 1993, s. 31.

30 CORREA, 2002, s. 55.

31 HUYSA, Ayşe, **İlaç Patenti**, İstanbul 2010, s. 93.

32 HANSEN, Bernd/ HIRSCH, Frijitoff, **Protecting Inventions in Chemistry**, 1997, s. 84.

33 BAINBRIDGE, 2002, s. 343; HANSEN/ HIRSCH, 1997, s. 84.

34 THOMAS, 2005, s. 109 vd.

35 SCHRAMM, Carl, **Der Patent-verletzungsprozess, Patent und Prozessrecht**, 1999, s. 24.

aynı yöndedir. Bu nedenle Türk hukukunda da patentin sadece kamuya açıklanan kısmının tekniğin bilinen durumu açısından bir inceleme yapılacağından, buluş sahibinin açıklamayarak gizli tuttuğu bölümün ise patent korumasından yararlanamayacağını söylemek yerinde olacaktır.

551 sayılı KHK'nin ve Alman Patent Kanunu'nun kastettiği teknik, buluşun yer aldığı özel teknik alandır. Bu nedenle yeni olma, objektif olarak yeni olmadır³⁶. Yaratıcılığın ön plana çıktığı buluş, ilgili olduğu alanda daha önce varolmayan bir şeyi getirmiş olmalıdır³⁷. Buluşta yeni olma ve bunun sonucunda tekniğin bilinen durumunun aşılması aynı anda bulunmalıdır. Tekniğin bilinen durumunun aşıldığına karar verilirken, o alanda uzman (Fachmann) olan kişinin bilgi düzeyi dikkate alınacaktır³⁸. Tekniğin bilinen durumunun aşılması, iyi yetişmiş olan uzmanın bulabileceği çözümden daha üstün değildir. Buluş konusu teknik alanda orta düzeyde bilgili bir uzman yerine, iyi yetişmiş bir uzmanın tercih edilmesinin nedeni aslında tekniğin aşılmadığı buluşların "yeni" olarak kabul edilmesinin önlenmesi isteğidir³⁹. 551 sayılı KHK madde 9'da: tekniğin bilinen durumunun aşıldığına, buluşun yer aldığı alandaki uzman kişi tarafından karar verileceği belirtilmiştir⁴⁰. Uzman kişi, sadece kendi alanında değil, buluşun ilgili olduğu başka alanlar varsa o alanlarda da genel bir bilgi sahibi olmalı; en azından söz konusu alanlarda uzman diğer teknik kişilerin bilgisine başvurmalıdır. Bu kişi, kendi alanında da teknolojik gelişmelere hâkim ve yenilikler hakkında bilgi sahibi olmalıdır⁴¹.

Tekniğin bilinen durumunun aşılması, buluş basamağının aşılmasıdır. Tekniğin bilinen durumu, buluş başvurusundan önce yazılı, sözlü yada herhangi bir şekilde kamuoyu tarafından ulaşılan tekniğe ilişkin bilgilerdir. Buluş basamağının aşılması, buluşun belli bir düzeyde olmasını gerektirmektedir. Buluş, teknikle ilgili nitelikli bir çalışma sonucu

ortaya çıkmalıdır. Tekniğin bilinen durumuna çok az bir uğraşla basit bir yenilik getirilmesi, buluş basamağının aşılması anlamına gelmemektedir⁴². Bu yeni bir şeyin üretilmesi olabileceği gibi, daha önce var olan ürünün umulmadık bir şekilde kullanılarak farklı bir ürünün ortaya konması da olabilir. Tekniğin bilinen durumunun alanında uzman bir kişi tarafından aşıldığı kolay bir şekilde anlaşılıyorsa, buluşun buluş basamağının aşmadığı kabul edilecektir. Buluş, o alanda uzman bir kişi tarafından tekniğin şimdiki durumu değerlendirildiğinde "akla yakın bir çare" olarak sayılamıyorsa buluş basamağının aşıldığı kabul edilecektir (Avrupa Patent Sözleşmesi mad. 56). Burada uzman kavramı özel bir öneme sahiptir. Uzman kişinin tekniğin tüm alanlarına egemen olması gerekmez.. Bazen sadece bir kişiyi değil, bir grubu da anlatabilir uzman kavramı⁴³.

Buluş basamağı objektif bir kavram olarak karşımıza çıkar ve buluşla ilgili teknik alanda ortalama bir uzman tarafından tekniğin bilinen durumundan açık bir şekilde çıkarılamayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş buluşlarda, buluş basamağının dolayısıyla tekniğin bilinen durumunun aşıldığı kabul edilir (551 sayılı Pat.KHK madde 9). Buluş basamağının aşılmasında her somut olaya göre karar verilecektir. Tekniğin bilinen durumu alanında uzman olan kişinin açık olarak anlayamayacağı bir şekilde aşılmış ise buluş olduğu kabul edilir (551 sayılı KHK mad. 9). Buluş, tekniğin o gün bilinen durumundan çıkarılabilen yakın bir çözüm olmamalıdır⁴⁴. Buluş basamağının aşılmasını belirlemek için açıklık kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Açıklık, konusunda geniş bilgi sahibi olan uzman kişi için söz konusu olmalıdır. Buluş basamağının aşılmasında kullanılacak ölçüt objektif bir ölçüt olmalıdır. Buluş sahibinin sübjektif değer yargılarının bir önemi olmayacaktır. Buluşun yapıldığı alanda uzman olan kişiye göre buluş, "açık bir şekilde yeni"⁴⁵ olmalıdır⁴⁶.

36 SCHRAMM, 1999, s. 24; REID, 1993, Patent Law, s. 33.

37 SCHRAMM, 1999, s. 18; REID, 1993, s. 31; TROLLER, 2005, s. 40.

38 AYİTER, 1968, s. 37.

39 AYİTER, 1968, s. 37; TEKİNALP, 2004, s. 499.

40 551 sayılı Pat. KHK Madde 9 - "Buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından, tekniğin bilinen durumundan aşık bir şekilde çıkarılamayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş ise, tekniğin bilinen durumunun aşıldığı kabul edilir."

41 Schramm, C.; Der Patent-verletzungsprozess, s. 25.

42 ORTAN, 1987, s. 69.

43 MEMİŞ, 2009, s. 215.

44 ORTAN, 1987, s. 62.

45 Daha önce üretilmiş bir makineye yeni eklemeler yapılarak makinenin şeklinde önemli değişiklikler yapılması "yeni" bir şeyin üretilmesi sayılmayacaktır. Çünkü bilinen bir şey üzerinde basit değişiklikler yapılmıştır. Açık bir şekilde yenilik söz konusu değildir (British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. Ltd.v. Braulic davası, BAINBRIDGE, 2002, s. 350.).

46 BAINBRIDGE, 2002, s. 350.

Buluşun mutlaka teknolojik nitelikte olması gerekmektedir. İlkel nitelikte bir buluş da buluş basamağının aşılmasını sağlayabilecektir. Önemli olan buluşun ihtiyaca yanıt vermesi ve tekniği zenginleştirmesidir⁴⁷.

İngiliz Patent Kanunu'nun 3. bölümü, patent verilebilir buluşun bir buluş basamağını aşması gerektiğini öngörmektedir. Bu koşulun gerçekleşmesi içinse buluşun ait olduğu teknik alandaki uzmanın bilgisi dahilinde olmaması aranmaktadır. Buluş, alanında uzman olan kişinin bulacağı çözümden daha üstün nitelikte olmalıdır⁴⁸. Uzman için buluş, tekniğin durumundan anlaşılabilirlik akla yakın bir çare olmalıdır⁴⁹. Uzman kişi ise normal çalışma tekniklerini ve ticaret hilelerini bilen kişi olarak kabul edilmektedir⁵⁰. Uzmanlık alanında her şeyi bilmesi gerekmemekle birlikte geniş bilgi sahibi olması beklenen uzman kişinin, konusu hakkında kendisiyle eşdeğer statüde olan başka bir uzman kişiyle aynı bilgi düzeyinde olduğu kabul edilir. Uzman kişinin sadece alanında bilgi sahibi olması yeterli değildir; aynı zamanda bilgisini o alanda uygulayabilecek nitelikte de olması gerekmektedir

İlaç patentleri söz konusu olduğunda özellikle de ikinci kullanıma yönelik endikasyon patentlerinde uzman kişinin belirlenmesi daha da önem kazanmaktadır. Çünkü yeni bir ürünün buluş basamağını aştığının belirlenmesinde hem tıp bilgisine hem de eczacılık bilgisine gereksinim duyulabilmektedir⁵¹.

c. Sanayiye Uygulanabilir Olma

Patent verilme koşullarından bir diğeri ise sanayiye uygulanabilir olmadır. Buluş, yeni olsa ve buluş basamağını aşsa dahi sanayiye uygulanabilir değilse, patent hakkına konu olamayacaktır⁵². Sanayiye uygulanabilir olma, buluşun pratik amaçlarla kullanılabilmesi anlamına gelmektedir. Pratik amaçlarla kullanılabilen buluşlar, patent korumasından yararlanabilecektir⁵³. Avru-

pa Patent Sözleşmesi'nin 52. maddesi, buluş sanayinin herhangi bir alanına uygulanıyor ise patent konusu olabilir şeklindedir. İngiliz ve Alman Patent Kanunu'nda düzenlenen sanayiye uygulanabilir olma koşulu ABD Patent Kanunu'nda yer almamıştır. Ancak bu kanunun 101. bölümünde patent verilebilmesi için buluşun yararlı olması koşulu aranmaktadır. Buluşun patent konusu olması için Amerikan Hukukunda asgari düzeyde pratik bir sonuca yönelik yararın varlığı gerekmektedir. Buluşun yer aldığı teknik alanda çalışan orta düzeyde bir kişi için yararlı ise buluşun yararlı olduğu sonucuna varılacaktır⁵⁴.

Sanayiye uygulanabilir olma, aynı zamanda içinde yararlı olmayı da barındırmaktadır. Yararlılığın tespiti açısından önemli olan sanayi kavramı, teknik kavramından farklıdır. Sanayi kavramı, teknikten daha geniş bir anlama sahiptir. Sanayi, süreklilik gösteren ve toplumun gereksinimlerini karşılamaya yönelik insan faaliyetidir⁵⁵. Teknik ise yukarıda açıklandığı gibi doğa hakkında bilgi sahibi olarak doğada var olan bir soruna çözüm bularak doğayı hâkimiyet altına almaktır⁵⁶. Bir çözümün buluş sayılması ve patent konusu olabilmesi için doğada var olan soruna somut bir çözüm getirmesi gerekmektedir. Teknik alanda soyut olarak getirilen çözüm, somutlaşarak karşımıza çıktığında da patent konusu olacaktır. İlaçlarla ilgili buluş, teknik alanda getirilen somut çözümdür⁵⁷ ve sanayiye uygulanabilir kabul edilerek patent hakkına konu olmaktadır⁵⁸. 551 sayılı KHK'nın 10. maddesinde ve Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 57. maddesinde, buluşun tarım dahil sanayinin her alanına uygulanabilir olması gerektiği belirtilerek sanayi kavramı geniş bir şekilde ele alınmıştır.

Sanayinin her alanına uygulanabilir olma, buluşun sanayinin ilgili olduğu alanında bir yarar sağlayacak şekilde kullanılmasıdır. Yarar sağlama ise, buluşun ilgili olduğu sanayi alanında kullanıldığında ihtiyacı karşılayabilmesi ve üretilebilir olmasıdır. Ticari açıdan buluşun piyasada başarılı olması (talep edilebilir olması) yarar sağlama için yeterli değildir. Buluşun ticari başarısından bağımsız olarak kullanım açısından yarar sağlama

47 ÖZTÜRK, **2008**, s. 256.

48 ORTAN, **1987**, s. 62.

49 ORTAN, **1987**, s. 68; Troller, K., Immaterialgüterrechts, s. 49.

50 BAINBRIDGE, **2002**, s. 350.

51 MEMİŞ, **2009**, s. 215.

52 CHISUM/ NARD/ SCHWARTZ, Principles of Patent Law, 2003, s. 515.

53 ŞEHİRALİ, **1998**, s. 12.

54 THOMAS, **2005**, s. 51.

55 AYİTER, **1968**, s. 50.

56 TEKİNALP, **2004**, s. 490.

57 TEKİNALP, **2004**, s. 492.

58 BAINBRIDGE, **2002**, s. 359.

gerekmektedir⁵⁹. İlaç patentlerinde patent ve piyasaya sürülme birbirinden bağımsız aşamalardır. İlacın patente konu olması onun piyasada satılmasını gerektirmemektedir. Piyasaya sürülme ve satımına konu olmak için ilaç ruhsatının alınması gerekmektedir. Bu nedenle ilacın sanayiye uygulanabilir olması, tek başına onun piyasada satılabilirliği anlamına gelmemektedir. İlaç patenti başvurusunda ayrıntılı olarak ilacın kullanım alanı ve işlevi açıklanmalıdır. Bu bilgiler ışığında ilacın sanayiye uygulanabilirliğine karar verilecektir⁶⁰.

3. Patent Verilemeyecek Konulardan Olmama

Buluşun patent konusu olabilmesi için patent verilemeyecek konular arasında olmaması da gerekmektedir. Buluşun teknikle ilgili olması nedeniyle patent verilemeyecek konular, teknik alan dışında kalan konulardır⁶¹. TRIPS⁶² sözleşmesiyle patent konusu olamayacak şeyler 27. maddede yer alır. Türkiye’de de 551 sayılı KHK’nin 6. maddesi ile patent verilemeyecek buluşlar belirlenmiştir. Bu düzenleme Avrupa Patent Sözleşmesindeki düzenlemeye (mad.52) paralel bir düzenlemedir. Patent verilemeyecek konular 551 sayılı KHK tarafından belirlenirken buluşun ait olması beklenen teknik alanın sınırları da bir bakıma çizilmektedir⁶³. Buluş, teknik alana ilişkin çözüm getirici nitelikte olduğu için sadece teoride kalan zihinsel faaliyetler de patent konusu olamayacaktır⁶⁴. Avrupa Patent Sözleşmesi’nin 52. maddesi ve 551 sayılı KHK mad. 6’ya göre patent verilemeyecek konular keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel formüller; zihni, ticari ve oyun faaliyetlerine ilişkin plan, usul ve kurallar; edebiyat ve sanat eserleri, bilim eserleri, estetik niteliği olan yaratmalar, bilgisayar yazılımları; bilginin derlenmesi, düzenlenmesi, sunulması, iletilmesi ile ilgili teknik yönü bulunmayan usuller; insan ve hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usulleri ile insan ve hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleridir. Sözleşmenin 53. maddesi

59 THOMAS, 2005, s. 56.

60 HUYSAL, 2010, 135.

61 TEKİNALP, 2004, s. 491.

62 TRIPS Sözleşmesi, sağlık alanında uluslararası fikri haklar sistemini düzenlemekte ve buluşların korunmasını öngörmektedir.

63 KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara 2007, s. 105.

64 TEKİNALP, 2004, s. 491.

de patente bağlanabilirliğin ayrık durumlarını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, açıklanması, değerlendirilmesi, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olan buluşlar, patent konusu olamayacaktır.

Sadece sorunu tespit etmek buluş sayılmayacaktır. Tedavi yöntemlerinin patente konu olmaması, hastalıkların tedavi edilmesinin birincil öncelik olmasındandır. Alanında uzman olan hekim bulunduğu yeni tedavi yöntemini yayınları ile diğer meslektaşlarıyla paylaşacaktır. İlaç ise tedavi yöntemlerinden farklı olarak patent hakkı ile korunmaktadır. İlaç firmaları, uzun araştırmalar ve harcamalarla buldukları ilaca ilişkin haklarını korumak için patent korumasına ihtiyaç duymaktadırlar⁶⁵.

C. İlaç Patenti Açısından Özel Durumlar

1. Endikasyon Patentleri

Yenilik tanımını yapan 551 sayılı KHK madde7”ye göre tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluşlar yeni olarak kabul edilecektir. Patent ve Faydalı model Kanun Taslağı’nda da 7. maddesinde “... Tekniğin bilinen durumuna dahil herhangi bir madde veya terkip, 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) ⁶⁶ bendinde belirtilen bir yöntemde

65 BAINBRIDGE, 2002, s. 359.

66 Patent Verilemeyecek Konular ve Buluşlar

Madde 6-Aşağıda sayılanlar buluş niteliğinde olmadıkları için bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışında kalır:

a-Keşifler, bilimsel teoriler, matematik metotları;
b-Zihni, ticari ve oyun faaliyetlerine ilişkin plan, usul ve kurallar;

c-Edebiyat ve sanat eserleri, bilim eserleri, estetik niteliği olan yaratmalar, bilgisayar yazılımları;

d-Bilginin derlenmesi, düzenlenmesi, sunulması ve iletilmesi ile ilgili teknik yönü bulunmayan usuller.

e-İnsan veya hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usulleri ile insan, hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri.

Bu maddenin birinci fıkrasının (e) bendindeki hüküm bu usullerin herhangi birinde kullanılan terkip ve maddeler ile bunların üretim usullerine uygulanmaz.

Bu maddenin birinci fıkrasında sayılanlar için münhasıran korumaya talep edilmesi halinde patent verilmez.

Aşağıda belirtilen buluşlar patent verilerek korunmaz:

a-Konusu kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olan buluşlar.

b-Bitki veya hayvan türleri veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki veya hayvan yetiştirilmesi usulleri.

Yenilik

Madde 7-Tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluş yenidir.

Tekniğin bilinen durumu, patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda dünyanın herhangi bir yerinde topluca erişilebilir yazılı veya sözlü tanıtım, kullanım veya bir başka yolla açıklanan bilgilerden oluşur.

kullanılırsa ve bu tür bir kullanım tekniğinin bilinen durumuna dahil değilse, ikinci ve üçüncü fıkralar, bu tür kullanım için bu madde veya terkiple- rin patentlenebilirliğini engellemez. Dördüncü fıkrada belirtilen herhangi bir madde veya terkip, 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen bir yöntemde kullanılırsa ve bu tür bir kullanım tekniğinin bilinen durumuna dahil olmayan özel bir kullanımsa, ikinci ve üçüncü fıkralar, bu tür kullanım için bu madde veya terkiplerin patentlenebilirliğini engellemez..." şeklindeki düzenleme endikasyon patentlerine yönelik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷.

Bu hüküm ile bilinen eski moleküllerin ikincil yada yeni kullanımlarının patent konusu olmasının önü açılmaktadır. Bu ise tekniğinin bilinen durumuna getirilen bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Endikasyon patentleri, bir ilacın ikinci yada üçüncü kullanımlarının patentle korunması anlamına gelmektedir⁶⁸. Burada temelde yeni bir ilacın bulunması değil, varolan ve daha önce patent almış bir ilacın başka bir tedavide de kullanılabilmesinin anlaşılması söz konusudur. Buna örnek olarak ağrı kesici özelliği ile patent korumasından yararlanan Aspirini verebiliriz. Aspirinin daha sonra kan sulandırıcı özelliğinin bulunması ile kalp krizini önleyici etkisi de ortaya çıkmıştır⁶⁹.

Burada önemli olan nokta sanayide uygulanabilirlik koşulunun da gerçekleşmesinin gerekliliğidir. Yeni olan kullanım usulünün, sadece hekimlerin değil, ilaç üreticilerine de yönelik olması yani, madde ve madde terkiplerinin belli bir şekilde tertip edilmesi, paketlenmesi ve ambalajlanması ve kullanıma uygun hale getirilmesi de mümkün ise sanayiye uygulanabilir olmadan söz edilecek ve endikasyon patenti olacaktır⁷⁰. Birinci kullanım için söz konusu olan yaratıcı çaba ikinci kullanım için de söz konusu olmalı ve teknik alanda uzman kişi tarafından ikinci kullanım tekniğinin bilinen durumuna ait olmamalı⁷¹. Aynı zamanda yukarı-

da da belirtildiği gibi sanayiye uygulanabilir olma da varsa endikasyon patenti olacaktır. Tasarıdaki maddenin bu şekilde yorumlanması, patent korumasının buluş sahibi için bir ödül niteliği taşıdığı görüşüne ve patent korumasının ruhuna uygun olacaktır. Aksi halde sağlıklı yakın ilişkisi olan ilacın patent sürelerinin dolaylı olarak uzaması gündeme gelebilecektir.

2. Ek koruma Belgesi

"Ek koruma belgesi (Supplementary Protection Certificates/ SPC) " ile sona eren patent koruma süresinin uzatılması yoluna gidilebilmektedir. Ek koruma belgesi, ülkemizde düzenlenmemiştir. Avrupa Patent Sözleşmesi'nde düzenlemesi olan ek koruma belgesi alan patent hakkı sahibi, patent koruma süresi dolmasına karşın buluşu üzerinde bir süre daha tekel niteliğindeki hakkını sürdürebilir. Ek koruma belgesi alınması daha çok ilaçlar için gündeme gelmektedir. Bunun nedeni patent başvurusunda bulunulan ilaca, patent belgesi verilmesinin oldukça uzun sürmesi nedeniyle fiili patent koruma süresinin aslında yirmi yıldan çok daha az olmasıdır. Patent koruma süresinden, bu şekilde temel koruma süresinden daha az yararlanılmasına "patent erozyonu" (patent term erosion) denilmektedir⁷².

"Sui generis" bir fikri hak niteliği taşıyan ek koruma belgesine⁷³ ilişkin düzenleme ülkemizde yoktur; ancak Avrupa Birliği üyesi ülkelerde, ABD'de ve Japonya'da vardır. Patentle sağlanan yirmi yıllık koruma süresinin (süre, ilaç patent başvurusu dosyalandığı gün başlamaktadır), en az on yılı, ilacın özelliği nedeniyle bir araştırma ve geliştirme, pazarlama süreci olmasından dolayı, kalan on - kimi durumlarda altı, yedi- yıl yeterli olmamaktadır. Avrupa Birliği'nde ilaç patentlerine yönelik olarak ek bir koruma getiren düzenleme 1995 yılından itibaren uygulamaya konulmuştur⁷⁴. Ek koruma belgesi alınarak en azından bir süre daha patent konusu buluşun/ürünün temel patent koruma süresinin uzatılması söz konusu olabilecektir. Ek koruma belgesi, başvuru yapıldıktan sonra

Patent başvurusu tarihinde veya bu tarihten sonra yayınlanmış olan ve patent başvurusu tarihinden önceki tarihli Türk patent ve faydalı model belgesi başvurularının yayınlanan ilk metinleri tekniğinin bilinen durumuna dahildir.

67 17.04.2009 tarihli Başbakanlığa gönderilen metin

68 DEUTSCH, 1983, s. 490.

69 MEMİŞ, 2009, s. 219.

70 MEMİŞ, 2009, s. 219.

71 MEMİŞ, 2009, s. 219.

72 BLAKEY, Alison., **Supplementary Protection Certificates (SPCs) National Decisions / Comparisons**, Tebliğ, Patent in Pharmaceutical Industry, 26-27 Mart 2009 Ankara, s. 35.

73 BLAKEY, 2009, s. 37.

74 ACAR, Aylin/ YEĞENOĞLU, Selen, Türkiye'de İlaçta Patent, Ankara Eczacılık Fakültesi Dergisi, 2004, 33 (4), s. 275.

patent süresinin sona ermesiyle birlikte devreye girecektir. Ülkesel bir nitelik taşıyan ek koruma belgesinin her bir ülke için ve her bir patent için ayrı ayrı alınması gerekmektedir. Henüz Türk hukukunda ek koruma belgesi uygulanamamakla birlikte AB uyum sürecinde ek koruma belgesine yönelik düzenlemelerin yapılması beklenmektedir.

3. Deneme Amaçlı Fiiller

Patent konusu ürünün deneme amaçlı olarak üretilmesi ancak piyasaya sürülmemesi de patent hakkına aykırılık oluşturmamaktadır. Özellikle patent konusu ürün üzerinde çalışarak yeni bir buluş yapılmak istendiğinde deneme amaçlı kullanımlar ortaya çıkmaktadır⁷⁵. İlaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneme amaçlı fiiller patent koruması dışındadır. 551 sayılı KHK mad. 75/f'teki bu düzenleme Bolar istisnası olarak da anılmaktadır⁷⁶. Eşdeğer ilaç firmalarına, referans ürünün patent koruma süresi sona ermeden önce, eşdeğer ilaca ilişkin ruhsat başvurusunda bulunmak üzere gereken araştırma ve geliştirme faaliyetlerini patenti ihlal etmeksizin gerçekleştirebilmeye olanağı veren yasal bir hükümdür. İlaç patentleri açısından burada tartışılması gereken nokta, eşdeğer ilaç firmalarının özgün ilacın etken maddesiyle ilgili laboratuvar çalışmalarına ve ruhsat alma sürecine ne zaman başlayacakları sorusudur.

Bolar istisnasının düzenlendiği 551 sayılı KHK madde 75/f'e göre "*İlaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak*

75 TROLLER, 2005, s. 228.

76 ABD'de 1984 tarihli "Roche v. Bolar" davasında da bu konu tartışılmıştır. Özgün ilacın patent hakkı sahibi Roche ilaç firmasıdır. Bolar ise aynı etken maddeli ilacın eşdeğerini üretmek istemektedir. Bu amaçla patent koruma süresi içinde Bolar ilaç firması, gerekli laboratuvar araştırmalarını yapmış ve ruhsat alımı için dosyasını oluşturarak ruhsat başvurusunda bulunmuştur. Böylece özgün ilacın patent koruma süresi bitir bitmez piyasaya girebilecektir. Roche firması patent hakkı ihlal edildiği gerekçesiyle Bolar firmasına karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı, Bolar firmasının kullanımının deneysel olduğu ve minimum düzeyde kaldığı gerekçesi ile reddetmiştir. Ancak üst derece mahkemesi Bolar'ın kullanımının her ne kadar deneysel amaçlı da olsa son amacının eşdeğer ilaç üretmek olduğu ve ticari bir nitelik taşıdığı için patent koruma süresi içinde böyle bir araştırma ve dosya hazırlama faaliyetinin patent hakkının ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir. Kısa bir süre sonra Amerikan Patent Hukukunda 1984 tarihli The Hatch-Waxman Act ile Roche v. Bolar davasında temyiz mahkemesinin (Court of Appeal) verdiği kararın aksine eşdeğer ilaç firmalarının patent koruma süresi içinde, eşdeğer ilaç üretmeye yönelik olarak deneysel çalışmalar yapmalarının patent hakkının ihlali olmayacağı düzenlenmiştir (THOMAS, 2005, s. 9,10).

üzere, ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller" patent hakkını ihlal olarak değerlendirilmeyecektir. Bu düzenleme 551 sayılı KHK'de 22.06.2004 tarihinde yapılan değişiklik ile yürürlüğe girmiştir. Sadece ilaç patentleri için söz konusu olan bu istisna, patent sahibinin izni olmadan buluşun patent geçerlilik süresi içinde kullanılmasıdır. Eşdeğer ilaçlar genelde ilaç fiyatlarını da düşürdüğü için ilaç tüketicisine seçme hakkı tanımakta ve ilaç piyasasında rekabetin oluşmasını sağlamaktadır. Bu nedenle eşdeğer ilaç üreticisinin, patent koruma süresi dolmakta olan özgün ilaçla ilgili laboratuvar çalışması yapması, özgün ilacın patent hakkını ihlal olarak nitelendirilemeyecektir.

4. Eczanelerde Hazırlanan İlaçlar

Eczanelerde bazı reçeteli ilaçlar, eczacı tarafından seri üretim yapılmaksızın sadece ilgili hasta için üretilmektedir. Eczacılar bu yetkiyi kamudan ve örf ve adet hukukundan almaktadırlar⁷⁷. Bu da patent hakkının ihlaline neden olmamaktadır. TRIPS Anlaşmasınının 30. maddesi de eczanelerde sadece ilgili hasta için hazırlanan ilaçları patent hakkı dışında tutmuştur.

IV. Eşdeğer İlaçlar

İlaçlarda patent uygulaması beraberinde eşdeğer ilaçları da gündeme getirmektedir. İlaç patentleri açısından burada tartışılması gereken nokta, eşdeğer ilaç firmalarının özgün ilacın etken maddesiyle ilgili laboratuvar çalışmalarına ve ruhsat alma sürecine ne zaman başlayacakları sorusudur. Eşdeğer ilaç, özgün ilacı araştırıp geliştiren firmaya ait, ama patent koruma süresi dolmuş olan bir ilacın, ulusal resmi otoriteye hem hammaddesi bakımından hem de ruhsatlandırma koşullarına uygun olarak üretim ve satışı bakımından, izin verilen ilaçtır. Eşdeğer ilaç üreten firmalar, ilacı üreten patent sahibi ilk firmaların ilaçlarını, aynı etken maddeyi, aynı miktarda ve aynı farmasötik şekli kullanarak ve biyoeşdeğer olduğunu kanıtlayarak, patent koruma süresi sona erdikten sonra piyasaya sürmektedirler. Bu firmalar genelde insan sağlığı için ilaçların daha ucuza satın alınabilmesi ve ilaç geliştirmelerinde klinik çalışmaların tekrarlanmaması için ilaçlarla ilgili korumanın hiç olmamasını yada kısa süreli olması gerektiğini savunmaktadırlar.

77 TEKİNALP, 2004, s. 547.

Eşdeğer ilaç firmaları, eşdeğer ilacın oluşturulması aşamasında, özgün ilaçta olduğu kadar uzun, maliyetli ve kapsamlı olmayan belli bir araştırma süreci yaşamakta, ruhsat alımı için dosya hazırlamaktadırlar. Bu firmalar, ilacın kimyasal formülü zaten oluşturulduğu için kapsamlı deneyi gerektirmeyen ilaçları üretmeleri nedeniyle ilaç patent sahibi şirketlerle aynı araştırma ve geliştirme yatırımını yapmak zorunda değildirlir. Bu da eşdeğer ilacın maliyetini, özgün ilaca oranla azaltmaktadır⁷⁸. Eşdeğer ilaç ile özgün ilacın satışa sunulana kadar geçirdikleri aşamalar klinik öncesi ve insanlar üzerinde yapılan klinik aşamalar hariç olmak üzere aynıdır. İnsanlar üzerinde tekrar deneyler yapılması etik açıdan ve insan sağlığı açısından yerinde bulunmamaktadır.

Eşdeğer ilaç firması, araştırma ve dosya hazırlama sürecine⁷⁹, özgün ilacın patent süresi dolmadan belli bir süre önce başlarsa, asıl ilacın patent koruma süresi dolduğunda kendisi de piyasada yer alabilecektir. Ancak eşdeğer ilaç firması, özgün ilacın patent koruma süresi dolduktan sonra deney ve ruhsat için dosya hazırlama sürecine başlarsa, bu işlemler belli bir süre devam edeceği için hali hazırda patent koruma süresi dolmuş ilacın piyasada tek ilaç olma özelliği bir süre daha devam edecektir. Bir bakıma fiilen patent koruma süresi uzamış sayılacaktır. Eşdeğer ilaç firmaları bir an önce piyasaya girmek için özgün ilacın patent koruma süresi dolmadan önce üretimle ilgili çalışmalarına ve hatta üretimlerine başlamak istemektedirler. Bolar istisnası da denen bu durumda, firmaların patent koruma süreleri içinde özgün ilacın eşdeğerini üretmek için çalışmalar yapması patent hakkının ihlali olmayacaktır.

78 BARTON, John, TRIPS and The Global Pharmaceutical Market, Health Affairs, S. 3, 2004, s. 1.

79 Veri koruma uygulaması eşdeğer ilaçlarla yakından ilgili bir konudur. 551 sayılı KHK mdde 83'te düzenlenmiştir. Eşdeğer ilaç firmaları ilaçları için kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunurlar. Burada ilacın etkinliği ve güvenliği için özgün ilacın klinik öncesi ve klinik test sonuçlarına atıf yapılması sorunu karşımıza çıkmaktadır. Verilerin korunması hakkı, yetkili makamların (Sağlık Bakanlığının) eşdeğer ilaçlara onay verirken, belli bir süre için özgün ilaca ait klinik öncesi ve klinik test sonuçlarını referans olarak kabul etmesini engellemektedir. Bu anlamda veri koruması, ruhsat verecek makama ibraz edilen gizli bilgilerin korunmasını ve bunlara üçüncü kişiler tarafından dayanılmamasını ifade eder.

Sonuç

Ülkemizde ilaçla ilgili temel hukuksal sorunları özel olarak düzenleyen bir "ilaç yasası" bulunmamaktadır. Buna karşılık çeşitli yasalarda ve yönetmeliklerde ilaçla ilgili genel düzenlemelere yer verildiğinden söz edilebilir. Bunlardan Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne göre ilaç, "etkin madde/ maddeler açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış/ izin verilmiş ürün" dür. İlaç, kendine özgü özellikleri olan bir tıbbi ürün olmakla birlikte diğer tıbbi ürünlerden farklılık gösterir. İlacın farmakolojik (ilaç bilimsel) özellikleri onu, bedensel iyileşmenin sağlanması yada kişinin yaşamının kolaylaştırılması amacıyla kullanılan diğer tıbbi ürünlerden (örneğin protez, takma diş vs.) ayırmaktadır.

Tıbbi bir ürün olan ilaç, patentin konusunu oluşturan diğer buluşlar gibi ve patent koruması altındadır. Ancak diğer buluşlardan farklı olarak ilaç, kişinin sağlığı ile yakından ilgisi nedeniyle sosyal bir boyuta da sahiptir. Bu nedenle patent konusu olması uzun süre tartışılmıştır ve bugün hala tartışılmaya devam etmektedir. İlacın patente konu olması yolunu açan TRIPS anlaşması uzun tartışmalar sonunda kabul edilmiştir. Bir taraftan ülkelerin ekonomik gelişmelerinde en önemli etkenlerden birinin teknolojik gelişmelerin sanayiye uygulanması olduğu kabul edilmekte, teknolojik gelişmelerin kaynağını ise buluşların oluşturduğu gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan bireylerin yaşam hakları ve sağlıklı yaşam haklarının sağlanması/korunması gerekmektedir. Belki de Türk hukuku açısından sorulması gereken soru İhtira Beratı Kanunu'ndan TRIPS'in kabulüne kadar geçen sürede ilaçların neden patent kapsamı dışında tutulduğudur. Bu anlamda ilaç patentleri açısından önemli olan nokta, ilaç kullanıcının sağlık hakkı ile buluş sahibinin fikri mülkiyet hakkının dengelenmesi gerekliliği ve bu yapılırken de sağlık hakkının insan için vazgeçilmezliğinin göz ardı edilmemesidir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ACAR, Aylin / YEĞENOĞLU, Selen, **Türkiye’de İlaçta Patent**, Ankara Eczacılık Fakültesi Dergisi, 2004, 33 (4).
- AYCAN, Mükerrerem Betül, **İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku 2009.
- AYİTER, Nuşin, **İhtira Hukuku**, Ankara 1968.
- BLAKEY, Alison, **Supplementary Protection Certificates (SPCs) National Decisions/ Comparisons**, Tebliğ, Patent in Pharmaceutical Industry, 26-27 Mart 2009 Ankara, s.35.
- BAINBRIDGE, David, **Intellectual Property**, United Kingdom 2002.
- BARTON, John., **TRIPS and The Global Pharmaceutical Market**, Health Affairs, S. 3, 2004.
- BUĞDAYCI, Azimet., **Küreselleşme ve Rasyonel İlaç Kullanımı Bağlamında İlaç Erişim Patent ve Veri Koruması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Farmakoloji Anabilim Dalı 2006.
- CHISUM/ NARD/ SCHWARTZ, **Principles of Patent Law**, New York, 2nd Edition.
- CORREA, Carlos, **Protection and Promotion of Traditional Medicine Implications For Public Health In Developing Countries**, University of Buenos Aires 2002.
- DEUSCH, Erwin, **Arzneimittel im gewerblichen Rechtsschutz**, s. GRUR, 1983, S. 6-7.
- HANSEN, Bernd / HIRSCH, Fritijoff, **Protecting Inventions in Chemistry**, 1997.
- HUBMANN/GÖTTING/FURKEL, **Gewerblicher Rechtsschutz**, Bern 2008.
- HUYSAL, Ayşegül, Sezgin, **İlaç Patenti**, İstanbul 2010.
- İLTER, Dilek., **İlaçların Ruhsatlandırılması ve Piyasaya Sürülmesi Usulü**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku 2009.
- MEMİŞ, Tekin., **İlaçların Patentlenmesi**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İlaç Hukuku 2009.
- ORTAN, Necip., **İşçi Buluşları**, İzmir 1987.
- ÖZTÜRK, Özgür., **Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları**, İstanbul 2008.
- PEDRAZZINI, Mario / HILTI, Christian, **Europäisches und schweizerisches Patent-und Patentprozessrecht**, Bern 2008.
- REID, Brian, **Practical Guide to Patent Law**, Sweet & Maxwell, 1993.
- SCHRAMM, Carl, **Der Patent-verletzungsprozess, Patent und Prozessrecht**, 4. Auflage, 1999.
- ŞEHİRALİ, Feyzan, Hayal, **Patent Hakkının Korunması**, Ankara 1998.
- TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul 2004.
- THOMAS, John, **Pharmaceutical Patent Law**, Washington 2005, s. 4.
- TROLLER, Kamen, **Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts**, Helbing & Lichtenhahn Verlag 2005.

Roma Antikitesinde Sosyal - Politik - Ekonomik Değişimlerin Hukuksal Yapı ve Kamu Düzeni Üzerindeki Etkileri

Araştırma

Şefik Taylan AKMAN*

*Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

(Res. Asst., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Philosophy and Sociology of Law)

(E-Posta: taylanakman@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

Roma hukuku, bir şehir devletinden bir dünya imparatorluğuna uzanan Roma devletinin egemenliği altında bulunan topraklarda uygulanan hukuksal sistemi ifade eder. Bununla birlikte Roma hukukunun etkisini sadece antik dönem ile sınırlayabilmek mümkün değildir. Roma hukukunun geçerliliği bütün bir Ortaçağ boyunca sürdüğü gibi, bilhassa modern hukuk sistemlerini de başta özel hukuk kurumları olmak üzere ciddi anlamda etkilediğini belirtmek gerekir. Mülkiyet hukukundan sözleşme hukukuna birçok hukuksal kategorinin Roma hukundan beslendiği ayrıca dikkat çeker.

Bu çalışmada Roma hukukunun gelişimi, sadece hukuka bağlı etkenler çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Tarihsel süreçte sosyolojik bir bakış açısıyla Roma devleti içinde gerçekleşen olaylarla bağlantı kurularak hukukun değişimi yorumlanmaya çalışılacaktır. Dolayısıyla Roma hukukunun incelenmesinde, Roma'nın politik tarihi, iktisadi gelişimi ve yaşanan toplumsal olayların etkileri de göz önüne alınacaktır. Bu bağlamda pleb'ler ile patricius'lar arasında yaşanan ekonomik ve politik mücadele ve sınıf savaşlarının sonuçları, şehir devletinden bir imparatorluk haline gelmesinin Roma'nın kamu düzeni üzerindeki etkileri ve Hıristiyanlığın ortaya çıkışının ardından Roma topraklarında yaşayan halklar arasında hızla taraftar kazanması gibi hususlar araştırılacaktır. Söz konusu olayların geleneksel Roma devlet yapısı içindeki sonuçları ile Roma hukukunda ne gibi dönüşümlere sebep olduğu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Hukukun gelişimi, hukuk sosyolojisi, hukuk ve politika, Roma hukuku, Roma devleti.

ABSTRACT

THE IMPACT OF SOCIAL - POLITICAL - ECONOMIC ALTERATIONS ON THE LEGAL STRUCTURE AND PUBLIC ORDER IN THE ROMAN ANTIQUITY

Roman law expresses the legal system adopted that the territories under domination of the Roman state, which a world empire is extending from a city state. However, the influence of the Roman law is not only restricted by the ancient period. As the validity of the Roman law is maintained all through the medieval, notably it should be noted that modern legal systems initially the institutions of private law is significantly affected by the Roman law. Many legal categories from property law to contract law that feed on from the Roman law also draw attention.

In this study, the development of the Roman law won't only be considered within the framework of the factors connected with law. In the historical period with a sociological perspective will be attempted to interpret the alteration of law by establishing a connection with the events that took place in the Roman state. Therefore, on the examination of the Roman law, the effects of Roman political history, economic development and social events will be taken into account. In this context, the issues like the consequences of the economic and political struggles and the class wars between the plebs and patricians, the impact on the public order of Rome that becoming an empire from the city state and after the emerges of Christianity its quickly gained followers among the people living in the territory of Rome will be searched. These events' results in the structure of traditional Roman state and what kind of transformations caused on the Roman law will be discussed.

Keywords

Development of the law, sociology of law, law and politics, Roman law, Roman state

1. Giriş

Roma devletinin sahip olduğu hukuk düzeni, gerek sistematik yapısı gerekse modern hukuk düzenlerinin öncülü kabul edilmesi vesilesiyle hukuk ile ilgili olarak yapılan araştırmalarda kendisine sıklıkla atıf yapılan ve farklı bağlamlarda değerlendirmelere tabii tutulan bir mahiyet gösterir. Roma hukukunun kurumları ve dönemleri içinde gerçekleştirilen çeşitli hukuksal düzenlemeler ile uygulamalar günümüz modern hukuk yapılarının anlaşılabilirliği bağlamında önem arz eder. Bilhassa modern hukuksal kurum ve düzenlemelerin kaynağının daha sağlıklı bir biçimde ele alınabilmesi için söz konusu kurum ve düzenlemelerin Roma hukuku olarak adlandırılan sistem içinde ne anlama geldiğinin, dönemin Roma devletinin idari mekanizması içerisinde hangi işlevleri yerine getirdiğinin değerlendirilmesi önem kazanmaktadır. Gerçekten günümüz hukuk, toplum, politika, ekonomi ilişkileri düşünüldüğünde, Roma devleti ve toplumunda egemen olan hukuk algısının döneminin sosyal, ekonomik ve politik yapılarından ve gerçekliklerinden soyutlanamayan bir niteliğe ve anlama tekabül ettiği görülür. Dolayısıyla Roma dönemine ait hukuksal yapının incelenmesi ile bu dönemdeki hukukun oluşturulması ve uygulanmasına ilişkin süreçlerin anlaşılmasına çalışılması modern dönemlerin kurum ve yapılarının ve hukuksal süreçlerinin kavranabilmesini de kolaylaştıracaktır.

2. Roma Devlet ve Toplum Yapısının Ana Hatları

Roma hukuku Roma'nın bir şehir devleti olarak kurulduğu M.Ö. 753 yılından Doğu Roma İmparatoru *Iustinianus*'un M.S. 565 yılında ölümüne kadar geçen zaman içinde Roma devletinin egemenliği altında bulunan topraklar üzerinde uygulanan sistemi ifade eder¹. *Iustinianus*'un ölümünden Doğu Roma İmparatorluğunun dağılına kadar (1453) olan dönemi tanımlamak için ise "Yunan - Roma hukuku" veya "Bizans hukuku" ifadelerini kullanılmak daha yerinde olur².

Roma devletinin kuruluşuna ve ilk dönemlerine ilişkin birbirinden farklı belirlenimler söz ko-

nusu olmakla birlikte³ M.Ö. 509 yılından itibaren cumhuriyet yönetiminin kurulduğunu ve devletin idari ve hukuki sisteminin esas rengini bu dönemle birlikte aldığı söylenebilir⁴. *Paul A. Zoch*'a göre de Roma'nın kuruluş dönemine ilişkin, bilhassa ilk üç yüzyılına ait kesin tarihsel bilgilerden bahsetmek güçtür. Romalıların kendi tarihlerini kuruluşlarından yüzyıllar geçtikten sonra yazmaya başlamaları sebebiyle Roma'nın kuruluşu konusunda yazan dönemin tarihçilerinin de söz konusu dönemlerde neler yaşandığı konusunda açık bilgiye sahip olmadıkları söylenebilir. Ayrıca dönemin tarihçilerinin, eserlerinde kullandıkları kaynakların kökenleri ile ilgili yeterince özenli ve eleştirel olmadıkları, tarih yazımında ahlak ve yurtseverlik ile ilgili olan değerleri ön plana çıkararak tarihsel gerçekliklerle daha az ilgilendikleri ve bazen yazımın salt biçimsel yönden iyi olmasına dikkat etmekle yetinip doğruları yazmaktansa atalarını, soylarını övmeyi tercih ettikleri görülür⁵.

Roma cumhuriyet yönetiminin ilk dönemlerini kapsayan M.Ö. V. yüzyılda, devletin, sürekli bir gelişme içinde bulunduğu, buna karşılık iç sorunların çözümünde aynı başarıyı sağlayamadığı görülür⁶. Bu dönemde bilhassa Roma toplumunun içinde iki farklı sınıf olan *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasındaki *-patricius*'ların ayrıcalıklarını sürdürebilme ve *pleb*'lerin hukuki eşitliği sağlayabilme hedefine

3 Roma devletinin kuruluşuna ilişkin dönemin Romalı tarih yazıcılarının geleneksel olarak M.Ö. 21 Nisan 753 tarihini benimzedikleri görülür. Ancak kuruluş aşaması ve krallar devri olarak adlandırılan dönemi efsanelerle dolu olan Roma'nın, bu zamanlarına ilişkin kesin tarihsel bilgilerden bahsetmek pek de mümkün değildir. Dolayısıyla Roma tarihini son kral olarak kabul edilen *Tarquius Superbus*'ın tahttan indiği ve böylece krallık devrinin son bulduğu M.Ö. 509 yılından itibaren ele almak, bu çalışma açısından daha anlamlı olacaktır. Konuyla ilgili olarak bkz. Zoch, Paul A., **Ancient Rome: An Introductory History**, University of Oklahoma Press, Norman, 1998, s. 6 - 14; DEMİRCİOĞLU, Halil, **Roma Tarihi, I. Cilt, Cumhuriyet I. Kısım, Menşe'lerden Akdeniz Havzasında Hâkimiyet Kurulmasına Kadar**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1953, s. 34 - 47; ATLAN, Sabahat, **Roma Tarihinin Ana Hatları, I. Kısım, Cumhuriyet Devri**, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, s. 10 - 12; AĞAOĞULLARI Mehmet Ali & KÖKER, Levent, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 15 - 16.

4 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 42.

5 Zoch, 1998, s. 6. Bu bağlamda örnek bir çalışma için İ.Ö. 49 - İ.S. 17 yılları arasında yaşamış ve Roma'nın kuruluşundan başlayarak tarihini yazmaya çalışan *Titus Livius*'un eseri örnek gösterilebilir. KULAOĞLU, Meliha, "Tarihçi Titus Livius ve Tarihinin Birinci Kitabının Önsözü", **Anatolia**, S. 12, Y. 1968, s. 9 - 11.

6 OKANDAN, Recai G., **Roma Âmme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 29 - 30.

1 KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 27.

2 **Idem.**

odaklanmış- sınıf savaşlarının ve cumhuriyetin anayasal düzenine kesin bir şekil vermeye dönük mücadelelerin yoğunlaşması dikkat çekicidir⁷. Gerçekten de Roma devletinin yönetim biçiminin ve gittikçe kurumsallaşmaya başlayan Roma hukuk sisteminin anlaşılabilmesi için bu iki sınıfın politik, hukuki ve ekonomik mücadelelerinin tahlil edilmesi gerekir⁸. Dolayısıyla bu iki sınıfın karakteristiklerini belirleyen temel nitelikler ve uğrunda yoğun bir iktidar mücadelesi verdikleri çeşitli kurumların devlet yönetimi ve Roma toplumu içinde neyi temsil ettiği ve nasıl bir işlev gördüğü saptanmalıdır.

Roma devletinin Krallık döneminin egemen sınıfını oluşturan ve aristokrat kökenli kişilerden müteşekkil bulunan *patricius*'lar Roma'nın gerçek vatandaşları olarak kabul ediliyordu⁹. Ancak cumhuriyet yönetiminin kurulmasının ardından sahip oldukları siyasi ve ekonomik nüfuzu *pleb* sınıfının lehine kaybetmeye başlayan *patricius*'lar, zamanla, devlet yönetimi üzerinde sahip oldukları iktidarı da *pleb* sınıfının verdiği mücadeleler neticesinde onlarla paylaşmak zorunda kalmışlardır¹⁰.

Patricius'ların krallık devrinden miras aldıkları söz konusu siyasi ve ekonomik erklerinin, *pleb*'ler karşısında önceki döneme nazaran sürekli bir biçimde zayıflamasına karşın, cumhuriyetin kuruluşunun ardından örneğin tam vatandaşlık gibi son derece önemli bir hakkı sadece kendilerine tanıyan bir ayrıcalık şeklinde münhasıran tekellerinde tutmaya devam ettiklerini de belirtmek gerekir¹¹.

7 **Ibid.**, s. 42 - 43; DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 159; OKANDAN, Recai G., "Roma Hukukunun Kaynakları Bakımından Vukua Gelen Tarihî Gelişme", **İÜHF**, C. 18, S. 1 - 2, Y. 1952, s. 458 - 459.

8 Krallık devrinin yapılan bir darbeyle son bulması ve bunu müteakiben cumhuriyet idaresinin kurulması sürecinde sosyo-ekonomik yapıdaki değişikliklere paralel bir biçimde güçlenen *pleb* sınıfı karşısında, *patricius*'ların sahip oldukları imtiyazları koruma içgüdülerinin de önemli rol oynadığına ilişkin görüşler öne sürülmüştür. Bu görüşlere göre söz konusu darbeyle amaçlanan, monarşik bir idareyi asillerin egemen olduğu oligarşik bir yönetim şekline tahvil etmektir. Özellikle son kralların *patricius* sınıfının dışındaki halka, *patricius*'lara özgü hakları tanımak suretiyle sınıf farklılıklarını azaltmaya çalışmalarının krallık idaresini son vermeye dönük bir darbeye sebep olduğu iddia edilmektedir. TAHİROĞLU, Bülent & ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 3 - 4. Bu durum ilerleyen sayfalarda ayrıntılı olarak ele alınacak *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasında yaşanan uzun sınıf savaşlarının kökenlerinin krallık idaresi dönemine dek uzandığını da göstermektedir.

9 AÇAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 17.

10 Bkz. **Ibid.**, s. 20 - 22.

11 Buna karşılık Ağaogulları ve Köker, altıncı kral *Servius Tullius*'un gerçekleştirdiği kabul edilen ve cumhuriyet dönemine

Benzer biçimde uzun süre *senatus* üyeliklerini de kendi sınıflarına münhasır bir ayrıcalık olarak korumaya devam etmiş; dinsel nitelikli *pontifex* ve *augur* rahipliklerine sahip olmayı sürdürerek hem dinsel hem de hukuksal -söz konusu rahipliklerin yetkilerinin hukukun yorumlanmasını da içermesi sebebiyle- güce hükmetmişlerdir¹². Çoğunluğu büyük arazi sahibi olan *patricius*'lar, ticaret ve mülkiyet hukukundan (*ius commercii*), eşitliğe dayanan evlenme hukukundan (*ius connubii*), aktif seçim hukukundan (*ius suffragii*) ve memur seçilme ile memurluk yapma demek olan pasif seçim hukukundan (*ius honorarium*) tam olarak yararlanıyor, böylece mecliste ve devletin idaresinde kesin söz sahibi bir konumda bulunuyorlardı¹³. *Patricius*'ların bir diğer ayrıcalığı bilhassa krallık döneminde ve daha sonra cumhuriyet yönetiminin ilk zamanlarında, kendilerine inhisar edilen askerlik hakkına ilişkindi. Bu ayrıcalığın pratikteki anlamı şiddet tekelinin doğrudan bu sınıfın elinde olmasıydı. Ancak bu durumun uzun müddet devam etmediği, genişleyen Roma devletinin ihtiyaçları doğrultusunda ordu ve askerlik sisteminin de kendi içinde yeniden şekillendiğini belirtmek gerekir. *Patricius*'ların ve onların adamlarının oluşturduğu süvarilerin asıl nüvesini teşkil ettiği Roma ordusu, zamanla, artan ihtiyaçlarını karşılayabilmek için daha geniş bir halk tabakasına yaslanmaya gereksinim duymuş, böylece *pleb*'ler de ordu içinde görev almaya başlamışlar; ordu soy esasından servetin esas alındığı bir nizama geçiş yapmıştır¹⁴.

Roma toplumunun ikinci önemli katmanını ise *pleb* olarak adlandırılan sınırlı vatandaşlık

aktarılan yasal reformlar ile *pleb*'lere sınırlı bir vatandaşlık olanağının sağlandığını belirtir. Bu dönemde vatandaşlık "soy" yerine "konaklama" ve "özel mülkiyet" gibi ilkelere bağlanmıştır. Böylece vatandaş sayısı hızla artırılmıştır. **Ibid.**, s. 18.

12 ADKINS, Lesley, & ADKINS, Roy A., **Handbook to Life in Ancient Rome**, (Updated Edition), Facts on File, New York, 2004, s. 38.

13 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 52.

14 ATLAN, 1970, s. 31 - 32; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 41. Askerlik hizmetinin görülmesinde vatandaşların servetlerinin esas alınması sonucunda ordu içinde farklı sınıflar oluşmuştur. Her sınıf mensubu kendisinin ve varsa adamlarının askeri teçhizatını ve diğer ihtiyaçlarını karşılamak ile mükellefi. Beş sınıfa ayrılan bu sistem içinde en fazla serveti olanlar birinci sınıfı teşkil ediyor, diğer sınıflar bu sınıfın ardından geliyordu. ATLAN, 1970, s. 31 - 32; AÇAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 18. Bu sistemde de servet yönünden kuvvetli sınıfı oluşturan *patricius*'ların ayrıcalıklarını sürdürmeye devam ettikleri söylenebilirse de zengin *pleb*'lerin de yüksek sınıflarda yer almaya başladıkları göz ardı edilmemelidir.

haklarına sahip kişiler oluşturuyordu¹⁵. *Pleb*'ler, cumhuriyet yönetiminin kurulmasının ardından *patricius* sınıfının elinde bulundurduğu geniş haklara ve iktidar erkine karşı ikinci bir güç olarak, yönetim üzerinde etkinlik kurabilmek ve eşit haklara kavuşabilmek için mücadeleye başlamışlardır¹⁶. Roma'nın cumhuriyet yönetiminin bu iki sınıf arasında yaşanan mücadeleler doğrultusunda şekillendiği ve bilhassa hukuk sisteminin esasının söz konusu mücadelelerden ciddi biçimde etkilendiği belirtilmelidir.

Pleb'ler, yabancılar veya köleler gibi vatandaş sayılmayan bir topluluk değillerdi. Buna karşın *patricius*'lar gibi tam vatandaşlık hakkına da sahip değillerdi. Ticaret ve mülkiyet hakkına sahip olmalarına karşılık seçme ve seçilme hakları bulunmadığından siyasi görevlerde bulunamıyor, askere alınmıyor¹⁷ ve *patricius*'lar ile evlenemiyorlardı¹⁸. *Gens*¹⁹ teşkilatının dışında olan bu sınıf, genellikle zanaatkar ve küçük esnaftan oluşmaktaydı.

Bu sınıfın cumhuriyet döneminin ilerleyen yıllarında gittikçe güçlendiği ve ekonomik açıdan *patricius*'larla yarışmaya dahi başladığı görülür. Bilhassa zengin *pleb* aileleri ulaştıkları bu ekonomik güce paralel olmayan haklarının peşine düşerek *patricius*'lar ile eşit hukuksal statüye sahip

olma taleplerini yoğunlaştırmışlardır²⁰. *Pleb*'lerin hızla zenginleşebilmelerinin temel nedeni, ülke sınırlarının genişlemesi ve buna paralel olarak ticaretin artması; eskiden en önemli servet kaynağı olan ve genelde *patricius*'ların sahip olduğu toprak zenginliğine ticaret, armatörlük, bankacılık gibi alternatif kazanç olanaklarının eklenmesi ve *pleb*'lerin bu alanlara yönelerek başarılı olmalarından kaynaklanmaktadır²¹. Bu bağlamda siyasal ve hukuksal süreçlerde daha etkin rol oynayabilmek için hem çeşitli meclislerde daha güçlü temsil taleplerini hem de yüksek devlet memurluklarına atanabilmeye ilişkin isteklerini dillendirmeye başlamışlardır.

Pleb'lerin gerek siyasal gerek hukuksal anlamda gittikçe güçlenmelerinin altında yatan bir neden de nüfuslarının artmasına paralel olarak Roma ordusunun ihtiyaçlarının karşılanabilmesinde kendilerine başvurulmasının zorunluluğundan kaynaklanıyordu. Roma'nın savaşlar nedeniyle ihtiyaç duyduğu insan gücü *pleb*'lerin ordu içinde görev almalarını gerektiriyor, bu durum da *patricius*'ların *pleb*'lerin istekleri doğrultusunda sahip oldukları ayrıcalıklardan ödün vermelerine neden oluyordu²². *Pleb*'ler bu durumdan yararlanarak bir taraftan yeni haklara, diğer taraftan Roma devletinin yukarıda belirtilen çeşitli kurum ve makamlarına seçilebilme olanaklarına kavuşuyorlardı. *Pleb*'ler açısından bu kurum ve makamların eşit hukuksal statülerin sağlanabilmesi ve çehesinde önemli kazanımlar olduğu belirtilmelidir.

Söz konusu makamların en önemlilerinden ilki cumhuriyet idaresinin kurulmasıyla birlikte (M.Ö. 509) oluşturulan *consul*'luk makamıdır²³. Söz ko-

15 *Ibid.*, s. 17 - 18.

16 *Ibid.*, s. 20.

17 Bu durumun cumhuriyetin ilerleyen yıllarında Roma devletinin hızlı gelişimi ve ordunun daha geniş halk kitlelerinden de askere ihtiyaç duyması neticesinde değiştiği ve *pleb*'lerin ordu içinde görevler almaya başladıkları daha önce belirtilmişti. Konuyla ilgili ayrıca bkz. UMUR, Ziya, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 25.

18 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 52; AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 20; ADKINS & ADKINS, 2004, s. 39.

19 *Gens*, kan ilişkisi ile birbirine bağlı olan, ortak bir soydan geldiklerini kabul eden farklı ailelerden müteşekkil bir topluluğu ifade ediyordu. *Gens* teşkilatı içinde asilleri oluşturan *patricius* kökenli aileler ile onlara bağlı olan, onların himayesi altında bulunan ve *clientes* olarak adlandırılan aileler vardı. OKANDAN, 1944, s. 16 - 17. *Umur*'a göre de *gens*, kendi tabileri (*clientes*'ler) ve köleleri ile birlikte bir ev veya köy topluluğunu temsil ediyordu. Kan esasına dayanmakla birlikte, aileye sonradan katılmak gibi usullerle de *gens*'e girilebiliyordu. *Gens*, devlete dâhil bir topluluk olmakla beraber, aynı zamanda kendi içinde bir dini birliği ve kendisine ait tanrıları ve ayinleri olan bir grup olarak nitelendirilebilir. UMUR, 1982, s. 6 - 7. *Engels*'e göre ise *gens* sınıfı, haklardan yoksun, ama ödev yüklenmiş kalabalık bir *pleb* sınıfı karşısında kapalı bir aristokrat sınıfını temsil etmektedir. ENGELS, FRIEDRICH, **Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni**, 12. Baskı, (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 2002, s. 198. *Engels*'in *gens*'le ilgili ayrıntılı açıklamaları için ayrıca bkz. *Ibid.*, s. 142 - 144.

20 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 86 - 87; AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 21.

21 TAHIROĞLU, Bülent, "Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri", **İÜHFİM**, C. 45, S. 1 - 4, Y. 1979 - 1981, s. 681.

22 ATLAN, 1970, s. 33 - 35. Benzer bir durumun M.Ö II. yüzyılda gittikçe fakirleşen köylülerin şehre gelerek proleterya (proletarii) sınıfını oluşturduktan sonra da görüldüğünü belirtmek gerekir. Mülksüzlerden oluşan bu sınıf, vatandaşların vergi verebilme kudretleri esasına -servet esasına- dayanılarak yapılmış askeri anayasa göre askeri hizmete alınmamaktaydı. *Ibid.*, s. 107. Gerçekten piyadelerin özünü teşkil eden köylü sınıfının şehirlere gelerek hızla proleterleşmesi, ordunun müdafaa kuvvetini hissedilir derecede zaafa uğratmaktaydı. Bu sorun ise ücret karşılığında gönüllülerin silah altına alınması yöntemiyle çözülmüş; proleterler, askerliği bundan böyle meslek olarak yapmaya başlamıştır. Ayrıca proleterlere savaş dönemleri dışında kendilerini geçindirebilmeleri için toprak da verilmiştir. *Ibid.*, s. 118.

23 WILLIAMSON, Callie, **The Laws of the Roman People - Public**

nusu makam aynı zamanda devlet yönetiminin en önemli organı kabul edilen yürütme erkini kullanma gücüne sahipti²⁴. En güçlü *magistra*'lar olarak kabul edilen *Consul*'ler, görev süreleri herhangi bir otokraziyi önlemek amacıyla birer yıl olan iki yöneticiden meydana geliyordu²⁵. Burada müşterek iktidara ve eşit yetkilere sahip olan, böylece birbirlerinin işlem ve eylemlerini denetleyebilen ve bu işlem ve eylemleri itiraz hakkını (*ius intercedendi*) kullanmak suretiyle durdurabilen iki kişi söz konusuydu. *Consul*'ler birer yıllık görev sürelerinin bitmesini müteakip buldukları makamdan çekilirlerdi. Görevde buldukları müddetçe hukuksal sorumlulukları bulunmayan *Consul*'lerin, görevleri ile ilgili gerçekleştirdikleri işlem ve eylemler dolayısıyla mesuliyetleri görev sürelerinin bitiminin ardından başlardı²⁶.

Consul'lerin devlet başkanı sıfatıyla yapmak zorunda oldukları işlerin başında askeri sahada emretme kudretini kullanmak, asker toplamak, savaş vergisi almak ve ordulara komutanlık etmek vardı. Bundan başka adalet işlerine bakmak, hükûmetin günlük işlerini yerine getirmek, devletin masraflarını tespit etmek, *senatus* ve *curia* meclisini toplantıya çağırmak, toplantılara başkanlık etmek gibi çeşitli görevleri mevcuttu²⁷.

Devlet yapılanması içinde ikinci önemli kurum *senatus* idi. Roma'nın krallık döneminde bir danışma meclisi niteliğini haiz olan *senatus*²⁸ cumhuriyetin kurulmasının ardından hızla güçlene-

rek önemli bir otorite haline gelmişti²⁹. Bilhassa cumhuriyet yönetiminin erken dönemlerinde gerek iç ve dış siyasetin bütünü üzerinde, gerek asker toplama ve devletin mali yönetimi gibi konularda etkinlik göstererek devletin idari aygıtının kontrolünü elde etmeye başlamıştı³⁰. Zaman zaman halk meclisleri karşısında etkinliği azalsa dahi *senatus*, önemli bir güç odağı olarak varlığını sürekli korumuş ve rejim içerisindeki belirleyici politik güçlerin başında yer almaya devam etmişti. *Senatus*'un verdiği kararlar (*senatus consultum*), kanun mahiyetinde olmamasına karşın, *consul*'lerin bu kararları yerine getirmeleri zorunluluğu doğmuştur³¹. Ayrıca *senatus*, halk meclisleri olan *curia* ve *centuria* meclisleri karşısında da yetkilerini genişleterek yasama organlarını da denetler hale gelmişti³². Bununla birlikte *Senatus*'un, cumhuriyet yönetimi boyunca ve ilk imparatorluk döneminin başlarında sahip olduğu güç zamanla azalarak, kurum, yetkisini ve otoritesini büyük oranda kaybetmiştir³³.

Önceleri sadece *patricius*'ların girebildiği *senatus*, zamanla *pleb* sınıfının mensuplarına da açılmış, hatta M.Ö. 3. yüzyılın sonlarına doğru bilhassa zengin *pleb*'ler çoğunluğu ele geçirmiştir³⁴.

Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic, The University of Michigan Press, USA, 2005, s. 4. İlk *consul* M. Iunius Brutus olmuştur. **Idem**.

24 AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 19. Mesai arkadaşı anlamına gelen "*consules*" kavramının yanı sıra *consul*'ler, *magistra* (*magistratus*), *praetor* ve *iudices* (*iudex*) gibi kavramlarla da ifade ediliyordu. OKANDAN, 1944, s. 37; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 43; UMUR, 1982, s. 28 - 29. Örneğin *consul*'lere başlangıçta *praetor* adı verilmekteydi, ancak M.Ö. 336'dan itibaren devletin ikinci derecede önemli memurları olan ve adli, hukuki işlerin yönetimini alan memurlara *praetor* adı verilince, baştakiler *consul* adını almıştır. ATLAN, 1970, s. 25.

25 JOHNSTON, David, **Roman Law in Context**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 2.

26 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 71 - 72; OKANDAN, 1944, s. 36 - 37; AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s.19 - 20.

27 ATLAN, 1970, s. 26; TÜRKOĞLU, Gökçe H., "Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı", **DEÜHFD**, C. 11, S. 2, Y. 2009, s. 261 - 262.

28 *Senatus* yapısı itibarıyla *patricius* ailelerinin reislerinden meydana geliyordu. Ayrıca yüksek devlet memurluğu yapmış *patricius*'lar da *senatus*'a dâhil bulunuyordu. ATLAN, 1970, s. 26.

29 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 45; TÜRKOĞLU, 2009, s. 275.

30 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 45.

31 "*Senatus consultum*"ların kendilerine has bir nitelikleri olduğu dikkat çeker. Gerçekten de bu kararların kanun sayılıp sayılmayacağı hususu ciddi bir tartışma konusudur. Bu bağlamda bilhassa *senatus consultum*'ların kimlere yöneldiği tartışılmıştır. Zira bu kararlar gerek yurttaşlar gerekse *consul*'ler -*magistra*'lar- üzerinde normatif etkiler gösteriyordu. Konuyla ilgili ayrıntılı bir tartışma ve farklı görüşler için bkz. WATSON, Alan, **Law Making In The Later Roman Republic**, Oxford University Press, London, 1974, s. 22 - 28; BUCKLAND, W. W., **A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian**, Cambridge [Eng.], University Press, 1950, s. 12 - 13; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, "Roma Hukukunda *Senatus Consultum Velleianum*", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1 - 2, Y. 2005, s. 203.

32 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 74 - 75; ATLAN, 1970, s. 26 - 27. Örneğin cumhuriyet idaresinin sonlarına doğru bilhassa *principatus* döneminde, vatandaşların sayısının hızla artması halk meclislerini toplanamaz ve dolayısıyla kanun çıkaramaz hale getirmiş; bu durum *senatus*'un önemini arttırdığı gibi *senatus* kararlarını da kanun mahiyetine yükseletmiştir. Bununla beraber söz konusu *senatus* kararlarının niteliğine, bilhassa kime yöneldiğine ilişkin tartışmalar devam etmiştir. Zira *senatus* kararlarının muhatabı Roma halkı değil *magistra*'lar olarak gösteriliyor; kararlarda onlara tavsiyelerde bulunuyordu. TAHİROĞLU & ERDOĞMUŞ, 2001, s. 58 - 59.

33 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 49 - 50; TÜRKOĞLU, 2009, s. 276.

34 WATSON, 1974, s. 22; OKANDAN, 1944, s. 71.

Roma Krallık döneminin mirası olarak cumhuriyet dönemine aktarılan bir diğer kurum *curia* meclisidir (*comitia curiata*). *Patricius*'ların bir araya gelerek genel işler hakkında karar verdikleri bir kurum olarak *curia* meclisi gerçek anlamda bir halk meclisi olmamakla birlikte cumhuriyet döneminde de etkinliğini sürdürmüştür. *Pleb*'lerin yer alamadığı bu meclisin ayırt edici özelliklerinden biri kullanılan oyların bireysel oy değil, topluluk oyu³⁵ biçiminde kabul edilmesiydi. Yani burada kişiler tek tek oy vermez; oylar *curia* hesabıyla verilir. Her *curia* birliğinin³⁶ bir oyu vardı ve mecliste karara bağlanması gereken konular ile ilgili olarak lehte ve aleyhte verilen oylar, oy veren *curia*'ların sayısı doğrultusunda kabul veya ret edilirdi³⁷.

Cumhuriyet idaresinin tesisi ile beraber yeni meclislerin de oluşturulmaya başlandığı görülür. Bunlardan ilki *centuria* meclisidir (*comitia centuriata*). Bu meclisin ayırt edici özelliği *pleb* sınıfına mensup bulunan kişilerin de burada yer alabilmesiydi. Dolayısıyla Roma'nın asıl halk meclisinin *centuria* meclisi olduğu söylenebilir. Kanun tekliflerinin kabul yada reddinde³⁸ ve yargı işlerinde yetkili olan bu meclis, ayrıca çeşitli devlet görevlilerinin seçiminde de etkinlik gösteriyordu. Ancak *Curia* meclisine karşı gittikçe güçlenmesine ve savaşa ve barışa karar vermek de dâhil olmak üzere birçok yetkiyi elinde toplamasına rağmen bu mecliste çoğunluğun *patricius*'larda bulunduğunu da belirtmek gerekir. Zira bu mecliste de oylar topluluk oyu olarak verilmekte ve *patricius*'ların doksan sekiz oyuna karşılık *pleb*'lerin doksan beş oyu bulunmaktaydı³⁹.

35 Roma'da meclislerde oy verme usulü demokratik bir yöntemden ziyade korporatist yönleri ağır basan bir nitelik taşıyordu. Bireylerin tekil oylarının bir önemi yoktu, bireyler, bağlı oldukları birliklere (*curia*, *centuria*, *tribus*) göre oy verirlerdi. Bu niteliği ile Roma meclisleri her vatandaşın tekil oy hakkı olan Yunan meclislerinden farklılık arz ediyordu. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 175 - 176.

36 Roma'nın kuruluşuna ilişkin rivayetlerde Roma sitesinin özünde üç *tribus*'a, otuz *curia*'ya ve üç yüze yakın *gens*'e ayrıldığı belirtilmektedir. Buna göre her *tribus* on *curia*'ya ve her *curia* da on *gens*'e ayrılmaktaydı. *Curia* birliklerinde sadece *patricius* sınıfı mensupları bulunabilmekteydi. OKANDAN, 1944, s. 28.

37 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 55; OKANDAN, 1944, s. 28 - 29; BUCKLAND, 1950, s. 2 - 3; AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 18.

38 Bu bağlamda *Centuria* meclisini cumhuriyet döneminin yasama organı olarak kabul etmek mümkündür. *Magistra*'lardan gelen kanun tekliflerinin onaylamak yada reddetmek bu meclisin yetkisi dâhilindeydi. ADKINS & ADKINS, 2004, s. 48.

39 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 45; OKANDAN, 1944, s. 39 - 40; DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 59; AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004,

Centuria meclisinde *patricius*'lar lehindeki bu üstünlük M.Ö. 241 yılında yapılan reformla değişmiştir⁴⁰. Özellikle M.Ö. 218 yılından itibaren meclis, yasama yetkisini oldukça nadiren kullanmaya başlamıştır⁴¹. Zira *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasında hukuksal eşitliğin sağlanmasına yönelik reformların ardından bu meclisin yapısında ciddi değişikliklere gidilmiştir. *Patricius*'ların çoğunluğu elde tuttuğu 193 *centuria*'nın sayısı artırılarak 373'e kadar yükseltilmiş, bu da *patricius*'ların meclis üzerindeki egemenliğine son vermiştir. Bilhassa ekonomik yönden daha aşağıda bulunan *centuria*'lar meclis içinde önemli bir güç kazanmışlardır. *Patricius*'lar istedikleri düzenlemeleri gerçekleştirebilmek için daha alt sınıftan *centuria*'larla uzlaşmak zorunda kalmışlardır⁴².

Cumhuriyet yönetimine geçilmesinin ardından sadece *pleb*'lerden oluşan özel bir *pleb* meclisinin de (*concilia plebis tributa*) faaliyete geçtiği dikkat çeker. Yasama ve yargılama alanında görev alacak bazı yetkilileri seçme hakkı bulunan bu meclis⁴³, önceleri sadece *pleb*'leri ilgilendiren konuları ele alırken zamanla herkesçe kabul edilen, kanun mahiyetinde kararlar almaya da başlayarak, *pleb*'lerin devlet içindeki konumlarını *patricius*'lara karşı güçlendirmiştir⁴⁴. *Pleb*'ler açısından önemli olan bir diğer husus, bu meclisin aldığı kararların zaman içinde *patricius*'ları da bağlayıcı hale gelmesidir⁴⁵. *Pleb* meclisinin bir diğer dikkat çekici özelliği ise, özellikle kamu hukuku alanında yoğun bir yasama faaliyetinde bulunmasıdır. Kamu hukukuna ilişkin düzenlemeler-

s. 19. Ancak *centuria* meclislerinde kolektif oylar *curia*'lara dayanmamakta, ayrı bir yapı olan *centuria*'lar esas alınarak belirlenmekteydi. Her *centuria* kendi teşkil ettiği birliği temsil ederek oy verirdi ve her oyda o kolektivitinin üyelerinin iradelerinin bir sentezi var kabul edilirdi. OKANDAN, 1944, s. 60 - 61.

40 *Ibid.*, s. 62.

41 ADKINS & ADKINS, 2004, s. 48.

42 OKANDAN, 1944, s. 60 - 63.

43 *Pleb* meclisinin seçtiği bu kişiler arasında *pleb* sınıfının temsilcisi niteliğinde olan *tribuni*'leri ayrıca belirtmek gerekir. M.Ö. 493 yılında kurulan ve "halk tribunluğu" (*tribunus plebis*) olarak anılan bu makam *patricius*'ların *consul*'lüğüne mukabil vücuda getirilmişti. Başlangıçta sayıları iki olarak tespit edilen ve sadece *pleb*'leri temsil eden *tribuni*'lerin yetkileri zamanla arttırmış ve *tribuni*'ler *consul*'ler karşısında da etkinlik göstermeye başlamışlardır. Daha geniş bilgi için bkz. *Ibid.*, s. 44 - 46; TÜRKOĞLU, 2009, s. 272 - 274.

44 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 90; OKANDAN, 1944, s. 46 - 47.

45 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 45.

den M.Ö. 350 - 219 yılları arasında çıkarılanların %32'si (17 düzenleme), M.Ö. 218 - 201 yılları arasında çıkarılanların %60'ı (23 düzenleme), M.Ö. 200 - 134 yılları arasında çıkarılanların %54'ü (33 düzenleme), M.Ö. 133 - 92 yılları arasında çıkarılanların %66'sı (65 düzenleme), M.Ö. 91 - 44 yılları arasında çıkarılanların %44'ünün (104 düzenleme) bu meclis tarafından yapıldığını belirtmek gerekir⁴⁶. Bu rakamlar *pleb*'lerin *patricius*'lara karşı verdikleri sınıf mücadelelerinin meyvelerini, özellikle hukuksal düzlemde toplamaya başladıklarının ve ülke yönetimi üzerinde belirli bir etkinliğe ulaştıklarının somut göstergesidir. Aynı zamanda politik kazanımlar ile hukuksal güce sahip olmak arasında doğrudan bir korelasyon olduğunun da kanıtıdır. Ancak *patricius*'lar süreç içerisinde *pleb*'lerin bu meclisine girmek istemiş ve neticede M.Ö. 447'de *centuria* meclisinin dışında *pleb* ve *patricius*'ları kapsayan ve *comitia tributa* adıyla anılan yeni bir halk meclisi oluşturulmuştur⁴⁷. M.Ö. 287 yılında *comitia tributa* kararlarının *senatus* tarafından onaylanması zorunluluğunun kaldırılması bu meclisin gücünü oldukça arttırmıştır⁴⁸.

3. Roma Hukuk Sisteminde Dönüşümün Yapısal Analizi

3.1. Krallık ve Cumhuriyet Dönemlerinin Yapısal Analizi

Roma devletinin temel yönetim organları ele alındıktan sonra hukuk sistemi ile ilgili daha ayrıntılı tespitler yapmak mümkün hale gelir. Ancak hukuk sistemi ile ilgili bu tespitler yapılırken de, hukukun gelişiminin dönemin politik mücadeleleriyle ekonomik yapısı ve süreçlerinden soyutlanmadığı ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda yukarıda kısaca değinilen *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasında yaşanan sınıf mücadelelerinin, hem hukukun yeniden yapılandırılmasında hem de yeni politik kurumların oluşturulmasında belirleyici etken oldukları dikkat çeker. Politik kurum ve hukuksal düzenlemeler bir taraftan *pleb*'lerin verdikleri hukuksal eşitlik mücadelesini şekillendiriyor, diğer taraftan da ondan etkilenerek değişime uğruyor, dönüşüyordu. Bu süreç, *patricius*'lar ile *pleb*'lerin eşit hukuksal haklara sahip özneler olarak kabul edilmelelerine değin farklı aşamalardan geçmiştir.

46 WILLIAMSON, 2005, s. 54.

47 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 99.

48 AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 21 - 22.

Roma hukukunun ilk hali büyük oranda örf ve adet hukukuna dayanan yazılı olmayan bir hukuk sistemiydi. "*Ius Civile*" yada "*Ius Quiritium*" (yurttaşlar hukuku) denen bu hukuk düzeni⁴⁹ Roma devletinin ve toplumunun o dönemki sosyal ve ekonomik gerçekliklerine uygunluk arz ediyor; sadece *patricius*'ları hukuki özne olarak kabul ediyordu. Gerçekten de Roma kavminin ekonomik hayatının tarımsal niteliğinin etkileri, bu hukuksal yapılara rengini veren asıl unsurdu⁵⁰. Diğer taraftan bu kanunların sadece *patricius* sınıfı mensuplarına yönelik olması, aynı zamanda sınıfsal karakterli olmaları sonucunu da doğuruyordu. Örneğin yargıç olma hakkı *patricius*'lara tanınmış bir imtiyazdı; *patricius*'lar hukuku istedikleri gibi biçimlendirebiliyor ve yorumlayabiliyorlardı⁵¹. Dolayısıyla

49 Roma hukuk düzeninin de tıpkı Roma'nın siyasal dönemleri gibi çeşitli safhalara ayrılarak incelendiği görülmür. Bu bağlamda bilhassa Roma özel hukukunun -Roma kamu hukukunun siyasal dönemlere olan sıkı bağlılığının aksine- başka ölçütler ile değerlendirilerek farklı bölümlere tabi tutulduğu dikkat çeker. Örneğin Karadeniz Çelebican'a göre eski hukuk (M.Ö. 753 - M.Ö. 150), klasik - öncesi hukuk (M.Ö. 150 - M.Ö. 27), klasik hukuk (M.Ö. 27 - M.S. 250), klasik - sonrası hukuk (M.S. 250 - M.S. 527) ve *Iustinianus* dönemi hukuku (M.S. 527 - M.S. 565) olmak üzere beş farklı bölümlere ile ele alınabilecek olan Roma hukukunun devirlerinin Roma'daki büyük siyasal değişikliklerle doğrudan bir ilişkisi yoktur. Bu devirler daha ziyade söz konusu siyasal değişikliklerin uzun dönemdeki etkileri neticesinde oluşmuştur; zira bu tür siyasi değişiklikler, özel hukuk sistemlerini daha geç bir süreçte ve ancak dolaylı olarak etkileyebilmektedir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 56 - 57. Buna karşın Roma hukuk sisteminin dönemlerine ilişkin ortak bir kabul yoktur. Örneğin *Umur*, Roma devletinin hukuki devirlerini üç büyük bölüme ayırarak tasnif eder. "Eski devir" olarak da adlandırdığı birinci devir Roma'nın kuruluşundan M.Ö. 150 senesine kadarki dönemi, ikinci devir M.Ö. 150 yılından M.S. 3. yüzyılın ortalarına kadar uzanan dönemi ve üçüncü devir ise M.S. 3. yüzyılın ortasından *Iustinianus*'a kadar olan dönemi kapsamaktadır. UMUR, 1982, s. 154 - 158.

50 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 57 - 58; TAHİROĞLU, 1979 - 1981, s. 677. Köle emeğine dayanan tarım faaliyeti özellikle Sicilya'da uygulanan ve kaba kuvvete dayanan bağıcılık ve zeytin yetiştiriciliğine odaklanmış büyük çiftlikler (*latifundia*) aracılığıyla gerçekleştiriliyor; toprak sahibi olma servet edinmenin önemli yollarından biri kabul ediliyordu. AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 22; CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, "Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik", (Çev. Özcan Çelebican), *AÜHF*, C. 43, S. 1 - 4, Y. 1993, s. 308.

51 Bilhassa Krallık döneminde hukukun sınıfsal karakteri çok baskındı. Roma'da en eski hukukçular rahiplerdi. Rahiplik ise sadece *patricius* sınıfı mensuplarına tanınmış bir ayrıcalıktı. Rahipler oldukça uzun süre hukuk bilgisi tekeliğini ellerinde bulundurmışlar; hukukun rahip olmayanlar tarafından -dolayısıyla hukukçu da olmayan *patricius* sınıfı dışında kalan herkes için- bilinebilirliğinin bütün olanaklarını ortadan kaldırmışlardır. Çünkü hukuk uygulamasına ilişkin kararlar, örnekler, yapılan yorumlar tapınak arşivlerinde saklanıyor ve sadece rahipler tarafından kontrol edilebiliyordu. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 74 - 75. Bu durum, doğal

patricius'lar ile *pleb*'ler arasındaki sınıf savaşında önemli bir mevzu, sözlü hukukun yazılı hale getirilmesi olmuştur. *Pleb*'ler yargıçların üzerinde karar verecekleri, herkesçe geçerli sayılan yazılı bir hukuk sistemi talep ediyorlar, bu doğrultuda örf ve adet hukukunun -aristokratik sözlü hukukun- yazıya dökülmesini istiyorlardı⁵². M.Ö. 451 - 449 yılları arasında "Oniki Levha Kanunları" olarak adlandırılan hukuksal düzenlemeler de bu taleplerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. *Pleb*'lerin baskılarına dayanamayan *patricius*'lar, kurulan özel bir komisyon⁵³ (*decemviri consulari imperio legibus scribundis*) tarafından dönemin örf ve adet hukukunun yazılı hale getirilmesine müsaade etmiş ve herkes tarafından bilinebilir olmasına onay vermişlerdir. Oniki Levha Kanunları ile *pleb*'ler çeşitli haklar kazanmakla birlikte hukuksal açıdan *patricius*'lar ile eşit olma hakkına ulaşamamışlardı⁵⁴. Zira Oniki Levha Kanunları hukuk bilgisinin tekeli belki *patricius* sınıfına mensup ruhani şahısların (*pontifex*) elinden almakta ve kanunların herkes tarafından bilinebilir olmasını sağlamaktaysa da son kertede hukukun kontrolü hala *patricius* sınıfının elindeydi. Hukukun uygulanmasında

olarak *pleb* sınıfı mensuplarının şiddetli tepkisine neden oluyordu.

52 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 89; AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 21.

53 M.Ö. 450 yılında kurulan ve on kişiden müteşekkil olduğu belirtilen bu komisyon görevde olduğu süre içerisinde bütün idari mekanizma durmuş ve *consulluk*, *tribunluk* gibi makamların görevleri de bu komisyon tarafından yerine getirilmiştir. ATLAN, 1970, s. 30.

54 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 96 - 97; RUSS, Jacqueline, **Avrupa Düşüncesinin Serüveni - Antik Çağlardan Günümüze Batı Düşüncesi**, (Çev. Özcan Doğan), Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2011, s. 55; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 76 - 77. Oniki Levha Kanunları'nın ayırt edici özelliklerinden biri, söz konusu kanunlarda modern hukuk sistemlerinin de bel kemiğini oluşturan bireysel mülkiyet, miras ve aynı hak - şahsi hak ayrımı mefhumlarının bulunmasıdır. Gerçekten üzerinde en çok durulan mevzular, usul hukuku, hukuki muamelelerdeki şekli unsurlar, miras hukuku, vesayet ve kayımsızlık, komşuluk ilişkileri ile haksız fiil ve cezalara ilişkin hususlardır. UMUR, 1982, s. 166 - 172; JOHNSTON, 1999, s. 2. Yalnızca bazı parçaları bilinen Oniki Levha Kanunları biçimsel olarak günümüz modern yasalarında ciddi anlamda farklılaşmaktadır. Kurallar olağandışı bir biçimde kısa ve özlü sözler biçiminde ifade edilmiştir. *Idem*. Oniki Levha Kanunları'nın orijinal biçimini koruyamadığını ama günümüze muhtelif parçalarının kısmen de olsa kaldığını belirtmek gerekir. Bu kanunlar, genel kuralları ihtiva ediyordu. Ayrıntılar ve bilhassa usule ilişkin kurallar uygulamacılara bırakılıyordu. Erken Roma'da, o dönemdeki benzer birçok medeniyette olduğu üzere hukuk kuralları ile dinsel kurallar arasında kesin ve büyük bir ayrışma yoktu. Ancak devletin gelişmesiyle paralel bir süreç içerisinde, hukuk kurallarının dinsel kurallardan bağımsızlaşarak ayrışabildiğini belirtmek gerekir. BUCKLAND, 1950, s. 2.

rahiplerin -dolayısıyla *patricius* sınıfı mensuplarının- tekelinin ortadan kaldırılabilmesi ancak M.Ö. 300 yılında *pleb* sınıfı mensuplarına da rahiplik hakkının tanınmasının ardından gerçekleşebilmiştir. Hukuka ilişkin asıl gelişiminin bu dönemden sonra yaşandığını söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁵.

Roma devletinin M.Ö. IV. ve III. yüzyıllarda gerek *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasında hukuksal eşitliğin sağlanması gerekse idari sistemin esas şeklinin ortaya çıkarılarak cumhuriyet yönetiminin istikrarlı bir yapıya kavuşturulması için başka önemli adımlar attığı da görülür⁵⁶. Bu doğrultuda yapılan çalışmalar neticesinde M.Ö. 367 yılında *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasındaki eşitsizlikleri azaltmak için, *pleb*'lerin politik süreçlere katılabilmesinin önünü açan ve var olan ayrımcılıkları önlemeye dönük "*Licinius - Sextius Kanunları*" konulmuştur⁵⁷. Üç bölüme ayrılan bu kanunların birinci kısmı *pleb*'lerin borçlarının hafifletilmesini öngörüyor; ikinci kısmı *pleb*'lerin *patricius*'lara karşı korunması amacıyla yönelenerek esasen *pleb*'lerin devlete ait arazi ile meralardan yararlanma hakları gibi zirai konuları düzenliyor; son kısmı ise *pleb*'lerin en yüksek devlet memurluğu olan *consul*'lüğe atanmalarının önündeki engelleri kaldırarak *consul*'lerden birinin *pleb* olmasının sağlanması gibi *pleb*'lerin politik taleplerini karşılayabilmeyi hedefliyordu⁵⁸.

Pleb'lerin *consul* olabilmelerinin önündeki engeller "*Licinius - Sextius Kanunları*" ile ortadan kaldırılmasına karşın, aynı yıl içerisinde (M.Ö. 367) *patricius*'ların etkisiyle farklı düzenlemeler yapılarak bu sefer *consul*'luk makamının karşısında yine sadece *patricius*'ların seçilebileceği yeni bir kurumun oluşturulduğu görülür. *Praetor*'luk adıyla anılan bu makam, *consul*'lerin elinde bulunan adalet dağıtma yetkisini kendisinde toplamakta bilhassa hukuk alanındaki işlerin yine *patricius* sınıfının kontrolünde kalmasını sağlamaktaydı⁵⁹.

55 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 77 - 78; OKANDAN, 1952, s. 455 ve 458 - 459.

56 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 159.

57 WILLIAMSON, 2005, s. XI.

58 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 161 - 162.

59 *Ibid.*, s. 162; OKANDAN, 1944, s. 52. Aynı zamanda üçüncü bir *consul* olarak nitelendirilebilecek *praetor*'luk makamının oluşturulmasında, mevcut iki *consul*'ün hızla büyüyen ve genişleyen Roma devletinin tüm işlerine yetişememesi de önemli bir etken olmuştur. Keza ilerleyen dönemlerde kamu hukuku alanında başka *magistra*'lıkların kurulması ihtiyacı da baş göstermiştir. KARADE-

Daha sonra biri vatandaşların kendi aralarındaki (*praetor urbanus*), diğeri vatandaşlar ile yabancılar yada yabancıların kendi aralarındaki davalara bakmak üzere (*praetor peregrinus*) sayıları ikiye çıkarılan bu *praetor*'lar⁶⁰, *patricius*'ların, politik sistem üzerindeki etkinliklerini asıl olarak hukuk uygulamasının kontrolünü tekelinde tutmak suretiyle sağladıklarının somut göstergesidir. Gerçekten de *patricius*'lar, *pleb*'lerin ekonomik yönden güçlenmesi ve hak talepleri nedeniyle siyasal anlamda sürekli mevzi kaybediyorlarsa da son aşamaya kadar hukukun oluşturulmasından uygulanmasına kadar uzanan bir sahada var olan belirleyiciliklerini ve üstünlüklerini korumak istiyorlardı. Keza *consul*'lüğün karşısına *praetor*'luk makamını çıkarmaları ve adaletle ilgili yetkileri sadece kendilerinin görevli olabildikleri bu makama hasretmelerinin sebebini başka türlü açıklamak son derece güç olsa gerektir.

Oluşum aşamasındaki bu sınıfsal karakterli yapısına karşın *praetor*'lar, *Ius Civile*'nin dar ve biçimci kalıplarının dışında, toplumsal ve ekonomik gerçekliklerle daha uyumlu, esnek bir hukuk sisteminin oluşturulabilmesi veçhesinde "*Ius Praetorium*"⁶¹ (*Praetor* hukuku) adıyla anılan yeni hukuk kuralları da yaratmışlardır. Bu kurallar

NİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 44.

60 **Idem.**; TÜRKOĞLU, 2009, s. 259. Başlangıçta bir tane olan bu makamdaki görevli sayısının süreç içerisinde çoğalmaya başladığı dikkat çeker. Gerçekten de ülkenin topraklarının genişlemesine paralel olarak hukuk işlerine bakan *praetor*'ların sayısı artmıştır. M.Ö. 242 yılında görevi yabancıların hukuk işlerine bakmak olan ikinci *praetor* atanmış; ilk *praetor*'un görev alanı ise Roma vatandaşlarının hukuksal durumları ile ilgilenmekle sınırlanmıştır. Zamanla bu iki *praetor*'un yetersiz kalması dolayısıyla M.Ö. 227 yılında birer tane Sicilya ve Sardunya, yine M.Ö. 198 yılında da iki tane İspanya bölgesi için yeni *praetor* atanması yoluna gidilmiştir. Bkz. WATSON, 1974, s. 61.

61 *Ius Praetorium*, *Ius Civile*'nin eksikliklerini gidermeye yönelik esnek bir hukuksal yapı sunuyordu. Bununla birlikte Roma'nın genişleyen sınırları ve devlete sürekli yabancı unsurların katılması, esas olarak vatandaşların kendi aralarındaki uyumsuzlukları çözmek için oluşturulmuş *Ius Civile*'yi kimi durumlarda iyice işlevsiz kılıyordu. Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkilerden doğan anlaşmazlıkların çözümü son derece güç bir hal alıyordu. Bu durum Roma sınırları içinde yaşayıp da vatandaş olmamış kişilere de uygulanabilen ve adına "*Ius Gentium*" (kavimler hukuku) denilen yeni bir hukuk sisteminin gelişmesini sağlamıştır. *Ius Gentium*, Roma toplumuna özgülünmüş bulunan bazı müesseseleri değiştirmek ve yabancılar ile Roma vatandaşları arasındaki ilişkileri bir düzene bağlamak amacıyla yine Romalılar tarafından tesis edilip özel olarak bu işlere bakmakla görevlendirilen yabancılar *praetor*'u tarafından yürütülen kaideler manasına geliyordu. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 58 - 59; UMUR, 1982, s. 212 - 214.

zamanla *Ius Civile* ile de imtizaç ederek *Iustinianus* döneminde gerçekleştirilecek hukuk derlemelerinin önemli bir kaynağını oluşturmuştur⁶².

Yaşanan tüm bu gelişmeler aynı zamanda, *patricius* sınıfı mensuplarının iktidarı elinde tutarak çeşitli ayrıcalıklarını sürdürme yönündeki iradelerini de göstermektedir. Buna karşılık *pleb*'ler de eşitlik yönündeki iradelerini ve mücadelelerini sürdürmeye devam etmişlerdir. Mücadeleler neticesinde örneğin *praetor*'luk makamı da *pleb*'lere açılmış ve ilk *pleb praetor* M.Ö. 337'de göreve atanmıştır. Ayrıca yine önceleri sadece *patricius*'ların görev alabildikleri *dictator*'luk, *ensor*'luk, *aediles curules* ve siyasi önemi olan *pontifex* ve *augur* rahiplik makamları da süreç içerisinde *pleb*'lere açılmıştır⁶³.

Politik ve hukuksal yapıda yaşanan önemli bir değişim de *senatus* ile halk meclisleri ve halk meclislerinin kendi aralarındaki yetki ve güç dengeleri arasında gerçekleşiyordu. Bu bağlamda *senatus*'un, *patricius*'ların ve *centuria* meclisinin hızla yetkilerini kaybetmeye başladıkları görülür⁶⁴. *Senatus*'un ve *centuria* meclisinin yetkilerinin azalmasını önceleri sadece *pleb*'lerin girdiği, ancak daha sonra *patricius*'ların de girmeye başladığı *tributa* meclisinin gücünü artırması izlemektedir. Örneğin *tributa* meclisinin cumhuriyet döneminde kamu hukuku alanındaki düzenlemelerin gerçekleştirilmesinde diğer meclislere oranla ciddi bir üstünlük göstermesi söz konusu durumun kanıtıdır⁶⁵. M.Ö. 339 yılında *Hortensius* Kanunu olarak adlandırılan düzenlemeler ile *tributa* meclisinin

62 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 58 - 59.

63 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 164; OKANDAN, 1944, s. 49 - 50; MOMMSEN, Theodor, **The History of Rome Vol. 1**, (Çev. William Purdie Dickson), Richard Bentley & Son, London, 1894, s. 383 - 384. Bununla beraber söz konusu makamlara yalnız zengin *pleb*'lerin başvurabildiklerini de belirtmek gerekir. Zira fakir *pleb*'lerin bu makamlara ulaşabilecek güçleri yoktu. Bu bağlamda bir demokratikleşmeden ziyade aristokrasi sınıfının zengin *pleb*'leri de içine alacak biçimde belirli bir miktar genişlemesi söz konusuydu. Gerçekten de idareci zümrenin genişlemesi yavaş yavaş memurluk asıllığı denilen yeni bir aristokrasi meydana getirmeye başlamıştır. *Nobilitas* olarak da adlandırılan bu aristokratik sınıfın devlet içinde gittikçe önemli bir konuma sahip olmaya başladığı görülür. Bkz. DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 170 - 171.

64 **Ibid.**, s. 165. *Senatus*'a M.Ö. 400 yılından itibaren *pleb* sınıftan kişilerin de girmeye başladıklarını belirtmek gerekir. Mevki ve sayı olarak *patricius*'lar her ne kadar üstünlüklerini koruyorlarsa da *pleb*'ler de giderek artan bir siyasi güç olarak etkinlik göstermektedirler. OKANDAN, 1944, s. 50 - 51.

65 Bkz. WILLIAMSON, 2005, s. 54.

aldığı tüm kararlar tıpkı *centuria* meclisinin aldığı kararlar gibi halkın tamamı açısından bağlayıcı bir hale gelmiştir. Bunun yanında *tributa* meclisi kanun yapma hakkını da kazanarak önemli bir gücü eline geçirmiştir. Böylece her iki meclisin hukuksal yönden yetkileri eşitlenmiştir. Keza *tributa* meclisinin bu kanun yapma hakkını *centuria* meclisine göre daha yoğun olarak kullandığı da göz önüne alınırsa *pleb*'lerin devlet sistemi ve hukukun işleyişi üzerinde giderek artan bir etkinlik göstermeye başladıkları söylenebilir. *Tributa* ve *centuria* meclislerinin eşit kabul edilmesinin pratik anlamı ise yıllardır süren *patricius*'lar ile *pleb*'ler arasındaki sınıf mücadelesinin en azından hukuki açıdan artık son bulduğudur⁶⁶.

Pleb'lerin *patricius*'lar ile eşit siyasal ve hukuksal haklara ulaşmalarının son boyutu ise kendini *senatus* üyeliklerinde göstermiştir. Önceleri sadece *patricius*'lara açık olan *senatus* üyelikleri zamanla *magistra*'lara açılarak *pleb*'lerin de *senatus*'a girme imkânı doğmuştur⁶⁷. Hatta *pleb*'ler kısa zamanda *senatus*'ta çoğunluğu ele geçirmişlerdir. Zaman zaman yönetim üzerindeki etkinliği azalan *senatus* yeniden güç kazanarak önemli bir iktidar odağı haline gelmiştir. Bilhassa zengin *pleb*'lerin egemenlik kurduğu *senatus*, diğer tüm kurum ve makamlara kendi iktidarını dayatmış, adeta bir *senatus* oligarşisi teşkil etmeye başlamıştır. *Senatus*; yönetim aygıtının, hukuk sisteminin, ordunun ve iktisadi araçların (malî politikaların) üzerinde tek etkili güç konumuna yükselmiştir⁶⁸. Bu durum bir yönüyle *patricius*'ların yıllarca ellerinde bulundurdukları yönetim tekelinin sonu anlamına gelirken, diğer yönüyle de ekonomik gücü hızla artan bir sınıfın (*pleb*'lerin) yönetime ortak olma talebinin gerçekleşmesi manasına geliyordu. Zengin *pleb*'ler sahip oldukları ekonomik güce paralel siyasi ve hukuksal hakları da elde ederek, kendi siyasal ve hukuksal egemenliklerini şekillendirmeye başlıyor; *patricius*'lara dayanan eski aristokratik geleneğin yerine artık içinde kendilerinin de bulunduğu yeni bir siyasal düzen ve onun hukuki aygıtları inşa ediliyordu.

Pleb'lerin ulaştığı mevcut durumu *patricius*'lar açısından önemi, kraliyet devrinden beri süre gelen egemen aristokratik

iktidar erklerinin sınırlanması özelinde ortaya çıkmıştır. Bir başka ifadeyle zengin *pleb*ler ve *patricius*'lardan müteşekkil *nobilitas* olarak adlandırılan yeni aristokratik yapı, sadece *patricius*'lardan müteşekkil bir aristokrasine ikame edilmiştir. Gerçekten *patricius*'lar ve *pleb*'ler arasındaki sınıf savaşı son bulmuş, anlaşmazlıklar büyük oranda ortadan kalkmış ve ortak bir düzen kurmaya yönelik bir irade belirlemiştir⁶⁹.

Pleb'lerin sınıf savaşlarını kazanmaları ve sahip oldukları ekonomik güce paralel siyasal katılım ve hukukun eşit özneleri olarak kabul edilmelerine yönelik talepleri, ekonomi, iktidar ve hukuk ekseninde özetlenebilecek ve günümüz modern toplumları için de büyük oranda geçerli olan, hukukun, mevcut gerçeklikler dünyasındaki sosyopolitik ve ekonomik olguların belirlenimi dışında anlamlandırılmayacağı hususunu doğrulamaktadır. *Pleb*'ler, 1789 Fransız Devrimi sırasında burjuvazinin var olan ekonomi - politik konjonktür içerisinde bulunduğu konuma benzer bir biçimde, yürüttükleri politik nitelikli sınıf mücadeleleri neticesinde, egemen *patricius* iktidarının kurumsal düzeydeki üstünlüğünü büyük oranda sona erdirmişlerdir. Sahip oldukları ekonomik gücü, önce politik güce dönüştürmüş, ardından eşitlik eksenine oturan bir vatandaşlık rabitasıyla güçlendirerek hukuksal alana taşımayı başarmışlardır. Böylece başta yönetim aygıtı olmak üzere, hukukun oluşturulmasından uygulanmasına ve hukukun yapısal karakterine, var olan sınıfsal ayrılıklar üzerine kurulu sistematik yapıyı tasfiye ederek bir bakıma iktidara ortak olmuş, hatta idari yapı üzerinde *patricius*'lara kıyasla daha güçlü bir konuma ulaşmışlardır.

Patricius ile *pleb*'lerin sınıf savaşlarının hukuka yansıyan bir diğer neticesi, süreç içerisinde daha ziyade dini motifler de ihtiva eden Roma hukukunun laik ahlaka dayalı bir nitelik kazanarak, yurttaş olarak bireyle devlet arasındaki ilişkileri ilk kez yazılı ve açık bir biçimde düzenlemesidir. Bu değişimin,

66 DEMİRCİOĞLU, 1953, s. 169.

67 AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 22.

68 OKANDAN, 1944, s. 72 - 85.

69 *Ibid.*, s. 52 - 54. Bu yeni aristokratik sınıfın oluşumunda *pleb* ve *patricius* ailelerinin evlilikler yoluyla akrabalıklar kurması, ortak çıkarlarının varlığı gibi sebepler etkili olmuştur. "*Nobilitas*" adı verilen bu aristokratik sınıfın ayırt edici özelliği ise, bir ailenin bu sınıfa girebilmesi için aile üyelerinden birinin "*curules*" *magistra*'lıklarından birine yükselmesi şartının bulunmasıydı. Böylece ancak devlet yönetimi içinde önemli bir konuma yükselebilenler *pleb* yada *patricius* olmalarına bakılmaksızın bu sınıfın ve asaletin bir parçası olabiliyorlardı. *Ibid.*, s. 55 - 56.

bilhassa aşağıda ele alınacak Roma'nın bir imparatorluk haline dönüşerek çok hukuklu bir düzeni benimsemesine karşın, Roma hukukunun özel hukuka ilişkin düzenlemelerinin nasıl bir üst-hukuk olarak varlığını koruyabildiğinin açıklanabilmesi veçhesinde önemi vardır⁷⁰. Gerçekten *pleb* ve *patricius*'lar arasındaki mücadelenin büyük oranda sönümlenerek eşitliğin gerçekleştiği bir dönemde, Roma devletinin ulaştığı siyasal ve ekonomik kudretin devlet yapılanmasını yavaş yavaş imparatorluk yönünde değiştirdiği, keza hukuksal yapının da bu imparatorluğun gereklilikleri doğrultusunda dönüşüme uğradığı söylenebilir. Artık *pleb*'ler ile *patricius*'lar arasındaki sınıf mücadelesi ekseninden çıkan, yeni imparatorluk düzeninin farklı paradigmalara ve koşullara doğrultusunda biçimlenen politik ve siyasal bir yapıdan bahsetmek daha yerinde olacaktır. Söz konusu yapı, iktidar ile ekonomik güç arasında doğrudan bir bağlantının kurulmasına paralel olarak bir oligarşi biçimine dönüşmüştür⁷¹. Neredeyse bütün bir krallık ve cumhuriyet dönemi boyunca süre giden *pleb - patricius* savaşı biçim değiştirerek, ekonomik ve siyasal iktidara sahip zengin *pleb - patricius* oligarşisi ile fakir halk arasındaki çatışmaya evrilecektir.

Özellikle fakir köylülerin, uzun savaşların da etkisiyle topraklarıyla yeterince ilgilenememeleri gibi nedenlerden dolayı Roma kentine göç ederek buradaki *proletarii* sınıfının sayısında hızla bir artışa neden olduklarını belirtmek gerekir. Bu durumu düzeltmeye yönelik, bilhassa toprak reformunu gerçekleştirmeyi amaçlayan birçok düzenleme oligarşinin tepkisiyle karşılaşarak engellenmeye çalışılmıştır⁷². *Proletarii* ile zengin oligarşinin mücadelesi, *pleb - patricius* mücadelesine benzer biçimde bir çatışma içine girildiğini de bu bağlamda göstermektedir. Fakat söz konusu mücadeleler *proletarii* için açık kazanımlar sağlamamıştır. Bu

duruma sebebiyet veren en önemli etken ise imparatorluğun ve genel olarak Roma toplumunun yeniden biçimlenen yapısal karakterinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda kitleleri büyük oranda pasivize eden ve itaatkâr bir yönelime sürükleyen Stoacılığın ve Hıristiyanlığın özellikle fakir halk kitleleri üzerinde etkili olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten önce Stoacı düşünce ve ardından Hıristiyanlık inancı geniş kitlelerin kontrol edilebilmesi bağlamında Roma'nın son dönemlerinde yönetici elitlere benzersiz imkânlar sağlamıştır.

3.2. İmparatorluk Dönemlerinin Yapısal Analizi

Roma, cumhuriyet idaresi altında bir şehir devletinden, büyük bir imparatorluğa dönüşmüştür. Bu durum cumhuriyet rejiminin organlarının ve biza-tihi cumhuriyetin kendisinin hızla büyüyen devletin ihtiyaçlarına cevap verebilmesi konusunda yeni sorunlara yol açmıştır. Dolayısıyla Roma'da cumhuriyet rejiminin yetersiz olduğu yönünde çeşitli kanaatler oluşmaya başlamış, yönetimde yeni arayışlar, tartışmalar da bu veçhede gelişmiştir⁷³.

M.Ö. 1. yüzyılın ilerleyen yıllarında, artık *senatus* yönetiminden başka bir anlama gelmeyen cumhuriyet sisteminin ihtiyaçları karşılayamadığı farklı kesimlerce daha yoğun bir biçimde dilelendirilmeye başlanmıştır. *Senatus* içerisinde dahi, Roma devleti için yegâne kurtuluş çaresinin diktatörlükte olduğunu söyleyenler çıkmıştır⁷⁴.

Roma'da cumhuriyetten imparatorluğa geçiş sürecinde siyasal çatışmalar önemli bir etken olarak rol oynadığı gibi, yönetim değişikliğinin de bir tür iktidar savaşı biçiminde gerçekleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu süreçte askeri güç belirleyici etken olarak ortaya çıkmıştır. Cumhuriyetin ve onun aygıtlarının yetersizliğine ilişkin tartışmalar, bilhassa *Iulius Caesar* (M.Ö. 100 - 44) döneminde yaşanan siyasal çatışmalar sırasında artmış; *Caesar*'ın M.Ö. 44 yılında öldürülmesinden sonra ise cumhuriyet rejimi ancak M.Ö. 27 yılına kadar dayanabilmiştir. *Caesar*'ın yeğeni *Augustus*'un (*Gaius Octavius Thurinus*) (M.Ö. 63 - M.S. 14) M.Ö. 27 yılında *princeps*⁷⁵ unvanıyla

70 ÖZLEM, Doğan, **Etik - Ahlak Felsefesi-**, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 217.

71 AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 22.

72 **Ibid.**, s. 23. Roma'da proleteryanın çoğunlukla imparatorluk yardımlarıyla geçinebildiğini söylemek gerekir. *Caesar* döneminde sayıları 300.000'den yarıya indirilen bu sınıf *Augustus* devrinde sayı itibarıyla 200.000'e yükselmiş ve yeniden artmaya başlamıştır. Proleterya gerek ekonomik açıdan gerek kamu düzeni açısından imparatorluk için önemli ve sürekli bir sorun kaynağı olmuştur. Bkz. TAHİROĞLU, 1979 - 1981, s. 690 - 691. *Engels*'e göre Roma'daki en önemli sorunların ve çatışmaların kaynağı esasen toprak mülkiyetinden kaynaklanmaktadır. ENGELS, Friedrich, **Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu**, 3. Baskı, (Çev. Sevim Belli), Sol Yayınları, Ankara, 1992, s. 53.

73 Bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 47 - 48; TÜRKOĞLU, 2009, s. 279 - 280.

74 OKANDAN, 1944, s. 111.

75 *Senatus* tarafından seçilen ve bu seçimi halk meclislerinde onaylanan *princeps*'in sözlük anlamı "başkan, şef" idi. Bununla bir-

la devletin başına geçmesi ile de cumhuriyet rejimi resmen sona ermiş, devlet bir imparatorluğa dönüşmüştür⁷⁶.

Cumhuriyet rejiminin sona ermesinin nedenleri arasında devlet topraklarının aşırı genişlemesi ve mevcut idari sistemin yetersiz kalması gibi faktörler rol oynadığı gibi hukuki ve politik sebepler de etkili olmuştur. Roma devletinin sınırlarının hızla genişlemesi, süreç içerisinde kendilerine vatandaşlık hakkı tanınan toplulukların sayısını da arttırmıştır. Bu durum ise cumhuriyet rejiminin gereklerinden biri olan tüm vatandaşların meclislerde oy kullanması kuralının uygulanabilmesi olanağını ortadan kaldırmıştır. Böylece meclisler toplanamaz, karar alamaz hale gelmiştir⁷⁷. Bütün vatandaşların halk meclislerinde toplanarak karar almasının maddi açıdan imkânsızlaşması, özellikle cumhuriyet rejiminin son dönemlerinde *senatus*'un güçlenmesine ve hatta diktatörlüğe yol açarken, halkta da ciddi hoşnutsuzluklara sebep olmuştur. Hukuk - politika alanında yaşanan tüm bu kargaşa, hızla karar alınabilmesini ve bu kararların uygulanabilmesini sağlamaya dönük olarak sistemin tek adam düzenine dönüşmesini, böylece *principatus* dönemi (İlk İmparatorluk Dönemi) olarak da adlandırılacak yeni bir rejimin yerleşmesi sürecini başlatmıştır.

Cumhuriyet devrinin kurumlarıyla monarşik bir sistemin gerekliliklerini karşılamaya çalışan *principatus* devri⁷⁸, esas itibarıyla rejime yönelebilecek

likte yurttaşlar arasında birinci, yurttaşların ilki manasında da kullanılıyordu. *Princeps*'in orduları kumanda etmek, asker toplamak, terhis etmek, kendisine bağlanan eyaletleri yönetmek, halk meclislerine başkanlık etmek, savaş açmak, barış anlaşması imzalamak, yurttaşlık hakkı tanımak, din işlerini yönetmek, devlet topraklarını tahsis etmek gibi devlet yönetiminin en önemli yetkilerini şahsında topladığı görülür. Ayrıca *princeps*'in yargılama yetkisine de sahip olduğu dikkat çeker. İster kendisi ister atadığı yargıçlar vasıtasıyla hem ceza hukuku hem özel hukuk davalarına bakabiliyor, çeşitli itirazları nihai olarak karara bağlayabiliyordu. Bununla birlikte *princeps*'in kanun koyma yetkisine henüz sahip olmadığını ancak *senatus*'a bu hususta kanun önerileri sunabildiğini de belirtmek gerekir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 48.

76 AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 45 - 46 ve s. 67 - 68.

77 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 46; UMUR, 1982, s. 103. *Augustus*'un vatandaşların halk meclislerine mektupla oy göndermeleri usulünü uygulamaya koyması da problemi çözmekte yetersiz kalmıştır. TAHIROĞLU & ERDOĞMUŞ, 2001, s. 22.

78 Cumhuriyet devrinin çeşitli kurumlarının varlıklarını sürdürmelerinin yanı sıra o dönemden devam edegelen çeşitli hukuksal uygulamaların da yeni siyasi ve hukuksal yapı içinde ufak bazı değişikliklerle uygulandığı dikkat çeker. Örneğin *magistra*'ların bir kanun yolu olarak başvurabildikleri veto hakkının -diğer *magist-*

muhalefeti bir taraftan cumhuriyetin organlarını muhafaza ederek savuşturmayı hedeflerken diğer taraftan hükümdarın (*princeps*) mutlakiyetçi arzularının maskelenmesinin bir aracı olmuştur. Başta *senatus* olmak üzere cumhuriyet döneminin organları, varlıklarını en azından görünüşte sürdürdükleri halde, sahip oldukları yetkiler hemen tümüyle hükümdarın şahsında toplanmaya başlamıştır⁷⁹. Bununla birlikte örneğin *Augustus*, kendisini sıkı bir cumhuriyetçi olarak konumlandırmayı ve mevcut iktidarını bu cumhuriyetçi maske ile sürdürmeyi de ihmal etmiyordu⁸⁰. Muhafazakârlığın mümkün olabileceği her durumda bir muhafazakâr gibi hareket etmeyi tercih eden *Augustus*'a göre, Roma'nın öncelikli ihtiyacı devletin yeniden teşkilatlandırılması ve iyi bir idari yapının oluşturulmasıydı⁸¹. Bu bağlamda yasamaya ilişkin süreçlerin ve kurumların düzenlenmesi öncelikle ele alınmış; *Augustus* bir taraftan yasama gücünün tamamını kendisinin de içinde bulunduğu ikinci *triumvirate*'nin bünyesinde toplamaya çalışırken, diğer taraftan hâkim otoritenin sahibi olarak *tribunicia potestas* unvanı ile imparatorluğun tümü üzerinde mutlak bir güce ulaşma hedefine yönelmiştir⁸².

Principatus dönemi içinde gerek devletin yapısal karakteri ve hukuk düzeni gerekse Roma toplumunun iç dinamikleri açısından önem taşıyan olaylardan biri de, M.S. 212 yılında İmparator

ra veya *pleb tribun*'larının kararlarına karşı- kullanımının yeni dönemle birlikte *princeps*'e geçtiği görülür. Ayrıntılı bilgi için bkz. JONES, A. H. M., "Imperial and Senatorial Jurisdiction in the Early Principate", *Studies in Roman Government and Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1960, s. 69 - 70.

79 OKANDAN, 1944, s. 135 - 149. *Karadeniz Çelebican*'ın belirttiği üzere M.S. 284 yılına kadar süren bu dönem içinde mutlak bir monarşinin kurulduğu söylenemez. Çünkü *principatus* yönetiminin başlıca özelliği, *princeps*'in birçok yetkiyi şahsında toplamış olmasına rağmen, bu yetkilerin kendisine cumhuriyet yönetiminin organları tarafından verilmesi dolayısıyla mutlak bir iktidara sahip olmamasıdır. Söz konusu dönemin siyasi organları, özellikle *senatus*'un bu dönemdeki görev ve yetkileri incelenirse durum daha iyi anlaşılır. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 48.

80 JONES, A. H. M., "The Imperium of Augustus", *Studies in Roman Government and Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1960, s. 6.

81 Cumhuriyet rejimi terk edilerek yeni bir rejime geçilmediğini sürekli belirtme ihtiyacı duyan *Augustus*, getirdiği yeni kuralları, cumhuriyetin idari yapısını restore ettiğini gösteren davranışlarıyla geleneklere ve eski yapıya dayandırmaya özen göstermiştir. *Augustus*, bütün reform hareketlerine, sahip oldukları imtiyazları kaybetmek korkusuyla sürekli karşı çıkan soyluların tepkisini önlemek için cumhuriyetçi gelenekleri arkasına alarak hareket etmeyi tercih etmiştir. TAHIROĞLU & ERDOĞMUŞ, 2001, s. 19 - 20.

82 BUCKLAND, 1950, s. 6.

Caracalla tarafından, imparatorluğun tüm eyaletlerinde yaşayan bütün özgür insanların Roma vatanı olarak tanındığının ilan edilmesidir⁸³. Bu kararlar Roma vatandaşlığı bir ayrıcalık olmaktan çıkmakla birlikte, aslında bir imparatorluğun gereği olarak vatandaşlar da tebaaya dönüştürülmekteydi; *Caracalla*'nın bu kararlarla güttüğü gerçek amaç ise vatandaşlığı genişletmek suretiyle vergi yükümlüsü sayısının artırılması olarak nitelendirilebilir⁸⁴. Böylece imparatorluk sınırları dâhilinde yaşayanlar hukuksal bir özne kabul edilerek, onlar üzerinden ekonomik ve politik anlamda faydalanabilmek de mümkün hale gelmektedir.

M.S. 284 yılına kadar süren *principatus* döneminin bilhassa ilk iki yüzyılının Roma açısından oldukça parlak olduğunu belirtmek gerekir. Barış ve sükûnet dönemi (*pax romana*) olarak adlandırılan bu yüzyıllarda Yunan uygarlığından ve kültüründen hızla etkilenmeye başlayan Roma kurumlarının daha da kökleştiği görülür. Roma - Helen uygarlığı denilen yeni bir dünya görüşü şekillenmeye başlamıştır. Gerçekten bu görüş bugünün Batı toplumunun da düşünce, sanat, hukuk ve devlet idaresi bakımından temelini oluşturacak ortak bir uygarlığı dönemin Roma sınırları dâhilindeki toplarlara yerleştirmiştir⁸⁵.

Principatus döneminin son yıllarında bilhassa M.S. 235'ten sonra iç kargaşaların hızla artmaya başladığı, yine aynı zaman evresinde "barbar" olarak adlandırılan yabancı kavimlerin akınlarının da yoğunlaştığı dikkat çekmektedir. Bu süreç, yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmiş ve neticede *Diocletianus*'un (245 - 312) M.S. 284 yılında adına *dominatus* dönemi (Son İmparatorluk Dönemi) denen tam bir mutlakiyet yönetimi kurmasıyla sonuçlanmıştır. Kurulan bu yönetim örgütü ile monarşi hukuksal bir zemin kazanmış, aynı zamanda siyasi anlamda olmak üzere "*princeps*" yerine *imperator* unvanı ile anılan hükümdar her türlü devlet iktidarının tek kaynağı haline gelmiştir⁸⁶.

83 UMUR, 1974, s. 106. Bu bağlamda *Capogrossi Colognesi*'ye göre, tüm Roma uyruklarına yurttaşlık tanındığı M.S. 212 yılına kadar, toplulukları düzenleyen hukukların ve iç politik düzenlemelerin tarihini, birleştiricilikten ziyade, farklılaşmanın tarihi olarak da okumak mümkündür. CAPOGROSSI COLOGNESI, 1993, s. 306.

84 AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 69.

85 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 47; UMUR, 1982, s. 91. Ayrıca bkz. RUSSELL, Bertrand, *Batı Felsefesi Tarihi I*, (Çev. Muammer Sencer), Say Yayınları, İstanbul, 2002, s. 426.

86 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 51 - 53; OKANDAN, 1944, s. 248.

Kurulan yeni düzende, ülkenin önderi olarak nitelendirilebilecek imparator her alanda mutlak egemen kabul edilmiştir. Mutlak egemenlik, siyasi sahada olduğu kadar dinsel sahada da etkili olmaya başlamış, kutsal bir kişilik ve hatta tanrı (*deus*) olarak kabul edilen imparator, egemenliğe hem ruhani hem de dünyevi alanda sahip olmuştur⁸⁷. Bu durumda hukukun tek kaynağı olarak imparatorun iradesi, kanun mahiyetinde kabul edilmiştir⁸⁸. *Okandan*'ın ifadesiyle imparatorun hoşuna giden her şey kanun kuvvetine ulaşabilirdi; imparatorun kanun mahiyetindeki fermanları, emirnameleri (*constitutio*) karşısında, bunlarla rekabet edebilecek hiçbir organ yada kurum yoktu⁸⁹. Örf ve adetler bile ancak imparatorun iradesine aykırı düşmedikleri müddetçe geçerli ve bireylerin yurttaş değil imparatorun uyrukları olduğu bu sistem, cumhuriyet yönetiminden kalan bütün organları ortadan kaldırmış⁹⁰; imparator ve al-

87 *Ibid.*, s. 248 - 249.

88 İmparatorun iradesinin kanun mahiyetinde kabul edilmesi "*edictum (edicta)*" olarak anılan imparatorların yayınladıkları beyannameler aracılığıyla gerçekleştiriliyordu. *Edictum*'lar imparatorluk emirnamelerinin (*constitutiones*) en önemli kategorisiydi. *Edictum*'lar cumhuriyet döneminde *magistra*'lar -*praetor*'lar tarafından yayınlanabiliyordu. Bunun birlikte *magistraların* görev süreleri bir yıl ve belirli bir alan ile sınırlanmıştı, dolayısıyla *magistra*'ların yayınladıkları beyannameler de aynı biçimde sınırlı bir niteliğe haizdiler. Oysa imparatorların *magistral* yetkileri imparatorluk sınırlarının tamamı üzerinde hayatları boyunca devam ediyordu ve yayınladıkları beyannameler de tüm imparatorluk toprakları üzerinde uygulanıyordu. Hatta ilerleyen dönemlerde bu beyannameler imparatorların ölümlerinden sonra da uygulanmaya devam etmiştir. BUCKLAND, 1950, s. 17 - 18. Cumhuriyet döneminde yayınlanan *praetor edictum*'ları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. UMUR, 1982, s. 205 - 209; OKANDAN, 1952, s. 462 - 466. Aşağıda belirtileceği üzere *Iustinianus* döneminde gerçekleştirilen kodifikasyon çalışmaları sırasında, onun zamanına kadar gelen imparatorluk emirnamelerinin toplanmaya çalışarak bunlara belirli bir düzen verilmek istendiği dikkat çeker. Bu durum da emirnamelerin geçerliliklerinin imparatorların yaşadıkları dönemle sınırlı olmadığını gösterir.

89 *Ibid.*, s. 473 - 474.

90 Ortadan kaldırılmayan organların ise işlevsizleştirildiğini belirtmek gerekir. Bu bağlamda *senatus* cumhuriyet rejiminde ulaştığı iktidar gücünü, siyasi nüfuzunu ve saygınlığını büsbütün kaybetmiştir. *Dominatus* döneminde *senatus*'un gerçek vazifesi, imparator kararlamalarını, emirnamelerini, kanunlarını kayıt ve tescil etmekten ibaret bir hale dönüşmüştür. OKANDAN, 1944, s. 269. *Senatus*'un yetkilerinin azalmasına paralel olarak, menşei *principatus* döneminde bulan *consilium principis*'in (imparator meclisi) güçlendiği görülür. Bilhassa *dominatus* devrinde imparator meclisi idari faaliyet ve yasama faaliyeti açısından imparatorun en önemli yardımcı konumuna yükselmiş; devletin en nüfuzlu müesseselerinin başında sayılmaya başlanmıştır. *Ibid.*, s. 280 - 281; UMUR, 1982, s. 99 - 100.

tında ona mutlak biçimde bağlı hiyerarşik bir düzene göre sıralanmış memurlardan müteşekkil bir yapı haline gelmiştir⁹¹. Bu hiyerarşik yapılanma dâhilinde memurlar arasında maaşlardan rütbelere ve şereflere kadar uzanan son derece ayrıntılı düzenlemeler yapılmış, imparatorun kişiliğinde vücut bulan iktidar, büyük oranda bu merkez memurlarının eliyle yürütülür hale gelmiştir⁹². Bu hiyerarşik bürokratik yapılanmanın bir ilk çağ devleti için gerçekten ileri bir idari örgütlenme aşamasına tekabül ettiğini belirtmek gerekir. Bu dönemin ayırt edici özelliklerinin başta gelenlerinden bir tanesi de *princeps*'lerin sahip olamadığı kanun koyuculuk vasfını⁹³, mutlak monarşinin kurulmasıyla beraber imparatorun kendi uhdesine alması, böylece *principatus* döneminde kısmen -görünüştü- ayrı organlarca yerine getirilen yasama ve yürütmeye ilişkin yetkilerin tek elde birleşmesidir. Böylece yargı ve yürütme yetkisini zaten elinde tutmakta olan hükümdar, kanun koyucu vasfıyla yasama yetkisine de sahip olmuştur.

İmparatorlar, kanun koyuculuk vasıflarını Augustus zamanından beri imparatorluk emirnameleri yayınlamak suretiyle kullanarak hukuk sistemi üzerinde doğrudan etkinlik gösterebiliyorlardı. Ancak ilk imparatorluk emirnamelerinde cumhuriyetçi geleneğin sürdürüldüğü, hukuk alanında köktenci değişikliklerden ziyade mevcut düzenlemelerin günün şartlarına uydurulması için sınırlı bir tadil ile yetinildiği dikkat çekmektedir. Bununla beraber imparatorların güçlerinin artmasına paralel olarak, bilhassa *principatus* devrinden itibaren, örneğin *Hadrianus* (M.S. 76 - 138) zamanında⁹⁴ ve onu takip eden dönemlerde söz konu-

91 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 53 - 54; UMUR 1982, s. 126 - 127. Yargılama ve yasama sistemi de bu durumdan etkilenmiştir. Gerçekten daha *principatus* döneminin sonlarında çeşitli özel hukuk ilişkilerini düzenlemek ve yönetmek için *praetor* atanmasından vazgeçilerek, söz konusu görev memurlara devredilmeye başlanmıştır. Böylece iki aşamadan oluşan eski yargılama usulü terkedilerek, davanın başından sonuna değin imparatorun memuru konumundaki yargıçların önünde görüldüğü yargılama usulü genel uygulama haline gelmiştir. Keza *dominatus* döneminde *praetor*'luk sisteminin tamamen ortadan kaldırılmasına ek olarak sadece imparatorun iradesi kanun olarak kabul edilmeye başlandığı için, yasama faaliyetleri de sadece imparatorun şahsında ve onun tarafından şekillendirilmeye başlanmıştır. Bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 111.

92 UMUR, 1982, s. 131 - 132.

93 Bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 48.

94 *Buckland*'a göre Roma İmparatorluğu'nda gerçek anlamda monarşik yönetim imparator *Hadrianus* döneminde başla-

su cumhuriyetçi geleneklerin terk edilerek emirnamelerin doğrudan düzenleyici ve kural koyan bir biçimde kaleme alındığını belirtmek gerekir. Kamuya ilişkin birçok düzenleme bu emirnameler aracılığıyla gerçekleştirilmiştir⁹⁵.

Roma'nın gerçek anlamda bir imparatorluk haline gelmesinin olağan sonuçlarından biri de, özellikle imparatorluk siyasetinin izlenmeye başlanması ve kendilerine vatandaşlık hakkı tanıyan yabancı unsurların sayısının artmasına paralel olarak imparatorluk tebaası içinde Romalıların azınlık haline gelmesi ve vatandaşlık tanınan yabancı toplulukların, başta Roma'nın kurumları ve hukuk düzeni olmak üzere yapısal niteliklerini değiştirmeleridir⁹⁶. Özellikle Hıristiyanlığın gelişiminin böyle bir etki gösterdiğini belirtmek gerekir. Ayrıca Doğu'dan gelen istilacı güçler ve sürekli savaşların da imparatorluğu giderek zayıflattığını, hatta sahip olduğu topraklar düşünülüğünde yönetilemez bir hale getirmeye başladığını söylemek gerekir.

Dominatus dönemi, mutlak monarşinin ve tek elden yönetimin uygulandığı bir idari sistem olmasına karşın, aynı zamanda Roma İmparatorluğu'nun ikiye bölündüğü bir zamana da tekabül eder⁹⁷. Gerçekten M.S. 395 yılında

miştir. Zira bu dönemde imparator, *senatus*'un üzerinde büyük bir güce ulaşmış, kanun koyuculuk vasfı doğrudan imparatorun şahsında temerküz ederek mutlak bir hale gelmiştir. Gerçekten *Hadrianus*'tan itibaren *praetor*'lar yasama faaliyetine ilişkin tüm güçlerini kaybetmişler; keza diğer *magistra*'ların da hemen hiçbir gerçek yetkisi veya gücü kalmamıştır. Tüm yetki ve güç imparatorun eline geçmiştir. BUCKLAND, 1950, s. 50. Ayrıca bkz. TÜRKÖĞ-LU, 2009, s. 280.

95 BUCKLAND, 1950, s. 17.

96 ÖZCAN, Mehmet Tevfik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 18. Bununla birlikte Roma İmparatorluğu M.S. 476 yılında dağıldıktan sonra bile, siyasal parçalanmanın Roma kültürüyle hukuk sisteminin etkilerini tamamen ortadan kaldırdığını söylemek güçtür. Kurulan bir siyasal yapılanma yada krallık, kendini Roma İmparatorluğu'nun ardılı saymış, onun kültür ve medeniyetine sahip çıkmıştır. KÜÇÜK, Eşref, "XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka", **AÜHF**, C. 56, S. 4, Y. 2007, s. 115 - 116.

97 Gerçekten de *dominatus* sisteminde sürekli, tek bir imparatorun egemenliğinden söz etmek pek mümkün değildir. Daha *Diocletianus*'un imparatorluğu döneminde, devletin daha kolay savunulabilmesi ve kamu yetkisini güçlendirmek için önce ikili (diyarşi sistemi) sonra dördütlü (tetraarşi sistemi) hükümdarlar uygulamasına geçildiği görülür. İmparatorluk bağımsız yöneticileri olan dört bölgeye ayrılmıştır. Bu dört hükümdar arasında bir eşitlik olmayıp hiyerarşi düzeni mevcut olsa da, her birinin kendine özel hazinesi, hükümet merkezi ve meclisi vardı. Örneğin *Diocletianus*, Doğu eyaletlerini daha kolay yönetebilmek için İzmir'e yerleşmiştir. Sa-

İmparatorluk Batı ve Doğu olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Her iki bölümün ayrı imparatoru, başkenti, ordusu ve bağımsız yönetimi olmasına karşın ortak bir hukukları vardır⁹⁸. Keza bu durum M.S. 476 yılında Batı Roma İmparatorluğu siyasal bakımdan ortadan kalkıncaya kadar sürmüştür. Buna karşın *dominatus* dönemi *Iustinianus*'un öldüğü M.S. 565 yılına kadar devam etmiş sayılır⁹⁹.

Doğu Roma'nın imparatoru olan *Iustinianus*, öncelikle Roma imparatorluğunun evrenselliğini geri getirmek istiyordu. Bu doğrultuda yayınladığı bir emirnamesinde “geçmişte varolan her şeyi ... değeri azalmış olmakla birlikte ... yeniden kuruyoruz ... Romalıların adını saymakla, devletimizde geçmişin daha büyük bir ölçüde canlanmasını sağlayacağız” (*Novella XVII*) diyordu¹⁰⁰. Dolayısıyla *Iustinianus*'un önemi kendisini iki yönden gösterir. Öncelikle *Iustinianus*, Roma'nın eski topraklarını geçici bir süre de olsa yeniden egemenliği altına alarak Roma uygarlığını tekrar canlandırmak için mücadele etmiş¹⁰¹; ikinci olarak kendisine kadar olan dönemde gerçekleştirilen hukuk uygulamalarının derlenmesi (kodifikasyonu) için çalışmıştır. Roma hukuku ile ilgili bilgiler, gerçekleştirilen

yılları kimi zaman artan kimi zaman azalan bu imparatorlar ülkenin belirli bölgelerini yönetimleri altında tutuyor, böylece sınırları aşırı bir biçimde genişlemiş olan imparatorluk toprakları tek parça olarak muhafaza edilmek isteniyordu. Keza İmparatorluk, Doğu ve Batı olarak ikiye ayrılıncaya kadar bu çok parçalı ama mutlakiyetçi iktidar örgütlenmesi farklı mahiyet ve görünümde varlığını sürdürmüştür. Bkz. OKANDAN, 1944, s. 256 - 264; SEIDLER, G. L. **Bizans Siyasal Düşüncesi**, (Çev. Mete Tunçay), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 1; AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 70 - 71.

98 Örneğin iki imparatorluktan birinin hükümdarı öldüğü zaman, yenisi seçilene kadar öteki imparatorluğun başındaki hükümdar, kuramsal olarak iki imparatorlukta da egemen sayılıyordu. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 54. *Umur*'a göre de imparatorluğun ikiye bölünmüş olması, imparatorluğun birliğini kaldırmamıştı. Batı'da veya Doğu'da kabul edilen bir kanun diğer taraf içinde geçerli sayılıyordu. Emirnameler her iki imparatorun da ismini taşıyordu. Ancak bu durum M.S. 429 senesine kadar devam edebilmiş, çıkarılan bir emirname ile imparatorlardan birinin çıkardığı emirnamenin diğer imparatorlukta geçerli olabilmesi için onun imparatorunun da onayından geçmesi gerektiği şartı getirilmiştir. UMUR, 1982, s. 252. Ayrıca bkz. TAHİROĞLU & ERDOĞMUŞ, 2001, s. 29.

99 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 54 - 55; RUSSELL, 2002, s. 429 - 430.

100 SEIDLER, 1980, s. 10.

101 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 61. *Iustinianus* yaptığı savaşlar ile imparatorluğu gerek Batı gerekse Doğu'da genişletmiş ve bu başarılarını manevi yönden destekleyebilmek için de bir taraftan hukukun derlenmesine yönelmiş diğer taraftan Ortodoksluğu imparatorluğun ortak dini olarak benimsetmeye çalışmıştır. **Idem**.

bu derlemeler sayesinde günümüze kadar gelebilmiş ve günümüz Batı hukuk sistemlerinin kaynağını teşkil edebilmiştir¹⁰². Bu bağlamda Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasını müteakiben Roma kilisesinin hukukun üretilmesi sürecindeki boşluğu büyük ölçüde dine dayanarak doldurmayla çalışmasına karşın, Doğu Roma'da *Iustinianus*, Hıristiyanlık ve Stoacılıktan izler taşıyan bir hukuk kodifikasyonu aracılığıyla devletten kiliseye geçen hukuk üzerindeki tekeli tekrar devletin egemenlik sahası içine almıştır¹⁰³. Keza Roma Kilisesi'nin etkinliği altındaki Katolik dünyasında, modern devletin oluşumu aşamasına kadar hukukun temel karakteristiğinin dinsel bir belirlenim altında olduğunu; laikleşme sürecinin ancak modern devletin kuramsal yapılanmasının ardından gerçekleşmeye başladığını ve son olarak 16. ve 17. yüzyıllardan itibaren dinden bağımsızlaşabildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Roma hukukunun anlamı da bu dönemlerde yeniden keşfedilmiş ve Roma hukuku, modern devletin yapısal kurumlarının oluşturulması aşamasında kendisinden yararlanan bir kaynak haline gelmiştir. Weber'in de belirttiği üzere Roma hukuku, site devletinden dünya imparatorluğu haline gelmiş bir siyasal yapının ürünü olarak, geç ortaçağ pandekt hukukçularının ve kilise hukukçularının *usus modernus*'u, Hristiyanlığın laikleşen doğal hukuk kuramlarıyla birleştirmesi sonucu rasyonalize edilmiş ve böylece modern devletin hukuksal dayanaklarını teşkil edebilecek bir hüviyete kavuşturulmuştur¹⁰⁴. Hatta *Jacqueline Russ*'a göre Roma'nın hukuki, politik ve tarihsel mirası bütün bir 18. yüzyıl ve Fransız Devrimi boyunca devrimci düşünceye

102 **Ibid.**, s. 55 - 56. Batılı anlamda çeşitli modern hukuki ve politik kurumların anlaşılabilmesi ancak söz konusu kurumların tarihsel kökenlerinin analizi ile mümkün olabilecektir. *Iustinianus*'un derlemesi, Roma hukukunun M.S. 6. yüzyıl itibarıyla aldığı şekli ve ulaştığı düzeyi göstermesi açısından son derece önem arz etmektedir. *Karadeniz Çelebican*'ın da belirttiği üzere “bu derlemede yer alan hukuk kuralları, değişik zamanlardaki siyasal, toplumsal ve kültürel olayların sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bundan ötürü, bu kuralların anlaşılabilmesi, bunları belirleyen uzun gelişim sürecinin incelenmesini gerektirir. Başka bir deyişle, Roma hukukunu, bütün hukuki kurum ve kuralları ile birlikte bir bütün olarak algılayabilmek ve değerlendirebilmek, gelişmesini sağlayan yaratıcı güçlerin dönemlere göre saptanarak incelenmesini zorunlu kılar”. **Ibid.**, s. 56.

103 ÖZLEM, 2004, s. 218.

104 WEBER, Max, **Sosyoloji Yazıları**, (Çev. Taha Parla), İletişim Yayınları, İstanbul, 1996, s. 153 - 154. *Usus modernus pandectarum* olarak adlandırılan modern Pandekt hukukuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KÜÇÜK, 2007, s. 115 - 121.

egemen olan paradigmalara kaynaklık etmiştir¹⁰⁵. Benzer biçimde, A. Georgesco'ya göre de Roma hukuku *Iustinianus*'tan Alman Medeni Kanunu'na kadar, Avrupa hukuku olarak, gerek modern Batı dünyasının gerekse onun hukuk sistematığının belkemiğini oluşturmuş, hukuki alanın yanı sıra, politik alanda da kendini hissettirmiştir¹⁰⁶. Buna karşın Doğu Roma'da ise, hukuk üzerindeki belirleyicilik tekelinin Batı'ya kıyasla büyük oranda hâlâ devletin -hükümdarın- elinde bulunduğu bir gelişim çizgisinin takip edildiği söylenebilir.

*Iustinianus*¹⁰⁷ derlemeleri ile Roma hukukunun, bilhassa klasik dönem hukukçularının eserlerinin ve *principatus* dönemi imparator emirnamelerinin, sistematik bir yapı dâhilinde ele alınarak gün ışığına çıkarılması, ayrıca klasik dönem hukukunun eskimiş ve bu nedenle güncelliği kalmamış olan kurallarının kaldırılarak, yerine yeni koşulları gözeten kuralların ihdas edilmesi hedefleniyordu. *Iustinianus*'un ölümüne kadar çıkardığı emirnamelerin de eklendiği bu derleme¹⁰⁸ aynı zaman-

105 RUSS, 2011, s. 56. Engels'e göre de Roma hukukunun, örneğin Fransız medeni hukuku ve dönemin burjuva toplumunun yapısı üzerinde inkar edilemez bir etkinliğinden söz etmek gerekir. ENGELS, 1992, s. 52. "Alman İdeolojisi"nde ise Marx ve Engels konuyla ilgili olarak şu tespitleri yaparlar: "hukuk bütün ülkelerde -Fransa'da 16. yüzyılda- sözcüğün tam anlamında gelişmeye başladı ve İngiltere'den başka bütün ülkelerde bu gelişme Roma hukukunun temelleri üzerinde oldu. İngiltere'de bile özel hukuku gittikçe daha çok yetkinleştirmek üzere Roma hukukunun (özellikle taşınır mülkiyet konusundaki) ilkelerini almak zorunda kaldı". MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Alman İdeolojisi [Feuerbach]**, 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1999, s. 116 - 117.

106 GEORGESCO, A., "Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi", (Çev. Bülent Tahiroğlu), **İÜHF**, C. 42, S. 1 - 4, Y. 1976, s. 599.

107 *Iustinianus* dönemi, Roma hukuku üzerindeki tartışılmaz etkinliğinin yanı sıra varlığını bin yılı aşkın bir süre devam ettiren Bizans İmparatorluğu'nun resmi öğretisinin şekillenmesinde de belirleyici bir rol oynamıştır. Gerçekten de Hristiyanlığın gereklilikleri, Roma hukukundan gelen fikirler ve erkin tanrısal kökenli olduğuna ilişkin Doğulu teokratik inanç Bizans'ın resmi öğretisinin kaynaklarını teşkil etmekteydi. Bu bağlamda her üç öğenin bir bileşimi olarak uyrukların imparatora mutlak itaatini dinsel, hukuksal ve doğu devletlerine özgü bir geleneksellikte sentezlemeye çalışan resmi Bizans siyasal düşüncesi meydana geliyordu. SEIDLER, 1980, s. 16 - 17.

108 Bu derlemelere Ortaçağ'dan bu yana "*Corpus Iuris Civilis*" adı verilmektedir. Söz konusu derlemelerde özel hukuka ilişkin bölümler ağır basmakla birlikte, az da olsa anayasa, idare, ceza ve kilise hukukuna ilişkin bölümler mevcuttur. *Corpus Iuris Civilis* bir kanun kitabı olarak düşünülmüş olmakla beraber günümüzün sistematik yapıya sahip kanunlarına benzememekte; daha ziyade özel, münferit olayların bir araya toplandığı bir derleme niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte *Corpus Iuris Civilis* sadece bir uygulama kitabı da olmayıp, hukuk eğitiminde de kendisinden yararlanan kanun gücünde bir temel eser mahiyeti göstermektedir. Zira çeşitli bölüm-

da Roma hukukuna yeni bir nitelik de kazandırmıştır¹⁰⁹.

4. Değerlendirme

Cumhuriyet dönemi boyunca Roma'da siyasal ve ekonomik düzen ile kamusal yaşam büyük oranda sınıf mücadeleleri ve yönetim aygıtı üzerindeki iktidar savaşları ekseninde şekillenmiştir. *Pleb*'lerin ulaştıkları ekonomik güç ile paralel olarak siyasal iktidar talepleri özellikle Roma hukukundaki değişikliklerin gerçekleşmesinde önemli bir tazyik sebebi olmuştur. Bu bağlamda hukuk ile politika arasında ilişki, bütün bir cumhuriyet dönemi boyunca ortaya çıkan siyasal ve ekonomik mücadelelerin dışında anlamlandırılmayacak bir süreç içinde gelişmiştir. Cumhuriyet rejiminin sona ermesini müteakiben, sırasıyla *principatus* ve *dominatus* dönemlerinde politik ve ekonomik dizgelerin uğradığı farklı dönüşümler, bir taraftan hukuksal üst yapıda değişimlere diğer taraftan Roma'daki egemen siyasal ve felsefi düşünce sistemlerinde yeni arayışlara neden olmuştur. Bu bağlamda stoacı felsefenin de kaynaklarından beslenen Hristiyanlık, Roma'nın geleneksel düşünce yapısından ve siyasal geçmişinden önemli bir kopuşun simgesini oluşturmaktadır. Söz konusu durum Roma'nın idari ve siyasal yapısından Roma toplumunun kamusal ve özel yaşantısına kadar uzanan bir alanda etkili olacak sonuçları da beraberinde getirmiştir.

Roma siyasal düşüncesi üzerinde etkili olan akımların başında stoacı felsefe gelmektedir. Ancak stoacı felsefe sadece siyasal düşünce üzerinde değil, aynı zamanda siyasal sistemin pratik işleyişinde ve geniş halk kitleleri üzerinde de önemli

lerden (*Institutiones, Digesta (Pandectae), Codex ve Novellae*) müteşekkil olan *Corpus Iuris Civilis* imparatorun mutlak iradesinin bir ifadesi kabul edilmiş; yayımlanmakla birlikte kanun gücünü kazanmıştır. *Corpus Iuris Civilis*'i oluşturan bölümlere daha ayrıntılı bakıldığında, *Iustinianus*'un bu derleme ile öncelikle imparator emirnamelerinin toplanmasını (*Codex*), klasik hukukun derlenmesini (*Digesta*) ve hukuk öğreniminde kullanılmak üzere bir hukuka giriş kitabı (*Institutiones*) yazılmasını amaçladığı görülür. Ayrıca bu kanunnameye *Iustinianus*'un imparatorluğu sırasında çıkarılmış olan emirnameler eklenerek yeni bir bölüm (*Novellae*) daha oluşturulmuştur. KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 65 - 68. Ayrıca bkz. UMUR, 1982, s. 266 - 274; TAHIROĞLU & ERDOĞMUŞ, 2001, s. 75. *Corpus Iuris Civilis* bilhassa Batı kültürünün ve hukuksal yapılarının şekillendirilmesinde benzersiz bir katkı sağlamıştır. Bu bağlamda Russ, antikiteye ait eserler arasında *Corpus*'tan daha fazla bası yapan tek eserin İncil olduğunu söyler. RUSS, 2011, s. 57.

109 KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2012, s. 61 - 62. Ayrıca bkz. JOHNSTON, 1999, s. 22 - 23.

bir etkinlik göstermiştir. Bilhassa Hristiyanlığın bir inanç sistemi olarak Roma toplumu tarafından benimsenmesini önceleyerek Romalı bireyin düşünsel yaşantısı üzerinde baskın bir karakter göstermiştir.

Roma Stoacılığı, mirasçısı olduğu ve başlıca temsilcileri *Zenon*, *Kleanthes*, *Khrysippos* gibi filozoflardan müteşekkil olan erken dönem Stoacılığından ve önemli isimleri arasında *Panaitios* ile *Poseidonios* olan orta dönem Stoacılığından ciddi anlamda farklılaşmaktadır¹¹⁰. Gerçekten de Roma Stoacılığının polis ulusçuluğunu aşan ve insanları tek bir devlet yönetimi altında birleştirmeye yönelten kozmopolitizmi, Roma İmparatorluğu'nun sosyo-politik ihtiyaçları ve amaçlarıyla birebir uyuşuyordu. Çünkü gerek imparatorluğun temel felsefesi gerekse Stoacılık öğretisi, insanların kaynaştırılıp tek bir çatı altında birleştirilmesini imliyordu¹¹¹. Roma Stoacıları içerisindeki en önemli isimler olan *Seneca*, *Epiktetos* ve aynı zamanda Roma imparatoru da olan *Marcus Aurelius*'un klasik Stoacılığı daraltarak onu geniş kapsamlı bir dünya görüşünden, bilgi kuramından, varlık teorisinden, doğa ve ahlak felsefesinden sadece insanla, insanın evren içindeki yeriyle, ahlaki ve pratik konumuyla ilgilenen bir öğütler toplamına indirdikleri söylenebilir¹¹². Keza Stoacılığın, Roma İmparatorluğu gibi bir dünya devleti haline gelmiş siyasal yapılanma içerisinde, bir yandan insanların vicdanlarını rahatlatmak, öte yandan yazgıya boyun eğmeyi teşvik ederek olası efendi-köle çatışmalarını teskin etmek, kısacası var olan çeşitli iktidar ilişkilerinin yeniden üretilebilmesini sağlamak gibi bir misyonunundan da söz edilebilir. Bu özelliğin, bilhassa iktidar aygıtının sahipleri tarafından büyük bir memnuniyetle karşılanacağı da aşikârdır¹¹³. Gerçekten Roma Stoacılığı, imparatorluğun tebasını sessizce boyun eğmeye yönlendirmektedir. Haksızlık durumunda dahi ruhsal bir mutluluk arayışı ve içsel özgürlüğün daha önemli olduğu vurgusunun ön plana çıkartılması suretiy-

le pasivize edilmiş bir kamusal alanın tesisinin olanaklılığını yaratmaktadır. Sözü edilen tüm bu hususlar, cumhuriyet dönemine nazaran imparatorluk içi toplumsal ve politik mücadeleyi körelttiği gibi Hristiyanlık inancının yayılabilmesi için de uygun ortamı yaratmıştır.

Stoacılık düşüncesinin yarattığı düşünsel ve felsefi iklim ile bireysel pasivizasyonun toplumu durağanlaştırması olgularıyla büyük oranda uyum içinde olan Hristiyanlık inancı ve öğütlediği felsefe, Stoacılıkla benzer biçimde bireyin, toplumla ve devletle olan ilişkilerini düzenlemeye yönelen bir mahiyete sahipti. *Umur*'un da belirttiği üzere bir inanç sistemi olarak Hristiyanlık, kendini devlet düşüncesinin -kavramının- üzerinde konumlandırıyor; yerellikten evrenselliğe -kozmpolitizm idealine- yönelen bir dil kullanmayı tercih ediyordu. Bu durum geleneksel Roma yurtseverliğini baltalıyor, yeni bir değerler sistemini eskisinin yerine ikame ediyordu. Birey öncelikle kendi içine yöneliyor, bu dünya ile ilgilenmeyerek ölümden sonraki dünya ile daha çok alakadar oluyor ve dünya işleri karşısında edilgen kalmayı yeğliyordu. Bu durumun, Roma devletine olan bağlılığı azalttığı ve yerine dini kurumlara yönelişi getirdiğini de belirtmek gerekir¹¹⁴.

Hristiyanlığın Roma toplumu içinde yaygınlaşması çok kolay ve egemen güçlerin hemen onayladığı bir veçhede de gerçekleşmemiştir. Fakir halk arasında hızla yaygınlaşan Hristiyanlık zenginler ve iktidar üzerinde etkinlik gösteren egemen güçlerce uzun süre onay görmeyerek ciddi bir direnişle reddedilmeye, yasaklanmaya çalışılmıştır. Hristiyanlık inancı ancak M.S. 305 yılında imparatorluğun başına *Constantinus*'un geçmesi ve M.S. 313 tarihli *Milano Fermanı*'nın yayınlanmasının ardından hoşgörülle karşılanmaya başlamıştır¹¹⁵. Fakat bu süreç içerisinde pek çok Hristiyan'ın ağır baskılar altında kaldığını, kovuşturmalara uğradığını da belirtmek gerekir. İmparator *I. Theodosius* döneminde ise Hristiyanlık, devletin resmi dini haline getirilerek eski pagan inançlar yasaklanmıştır¹¹⁶. Hristiyanlığın kabulü yaşanan büyük iç çatışmaları bir nebze duraklattıysa da buna karşın dış sorunlar, yabancı kavimlerin saldırıları Roma

110 RUSSELL, 2002, s. 403. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 416 - 418; ARSLAN, Ahmet, **İlkçağ Felsefe Tarihi 4 - Helenistik Dönem Felsefesi: Epikuroşular Stoacılar Septikler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 187 - 206.

111 AĞAOĞULLARI, 2004, s. 430 - 431.

112 ARSLAN; 2008, s. 220.

113 AĞAOĞULLARI, 2004, s. 432 - 434.

114 UMUR, 1982, s. 122 - 123. Hristiyanlığın imparatorluk üzerindeki etkileri konusunda ayrıca bkz. ÖZCAN, 2008, s. 19.

115 AĞAOĞULLARI & KÖKER, 2004, s. 107 - 111.

116 *Ibid.*, s. 111.

İmparatorluğu'nun kısa süre içerisinde çökmesi sonucunu doğurmuştur.

Roma'nın çökmesine karşın Hıristiyanlığın gerek İtalya gerekse Avrupa'nın diğer bölgelerinde hızla yaygınlaşarak kurumsallaşması, Papalık aracılığıyla yeniden anlamlandırılmaya çalışılan bir iktidarın meşrulaştırıcı kaynağı haline gelmesi, genel olarak Avrupa üzerindeki iktidar mücadelelerini de daha farklı bir boyuta taşımıştır. Keza bütün bir Ortaçağ boyunca imparatorlar, prensler yada feodal güçler ile Papalık arasındaki gerginlikler özelinde somutlaşacak olan egemenlik mücadeleleri ile onun hukuksal - politik yansımalarının ilk nüvelerinin de Roma İmparatorluğu'nun çöküşüyle eş zamanlı olarak ortaya çıkmaya başladığını söylemek yanlış olmayacaktır¹¹⁷. Bu sürecin dünyevi yönünü temsil eden imparatorlar yada prensler, kendi iktidar konumlarını Papalığın tahakkümünden kurtararak sağlamlaştırmaya çalışırken, öncelikle egemenliklerini kazanmaya yönelmişlerdir. Buna karşın Papalık ise imparatorlardan prenlere kadar dünyevi iktidarlar üzerinde hiyerarşik açıdan sahip olduğu üstün konumunu sürdürmeye, egemenliğin, hukukun, iktidar erkinin kaynağını kendi tekelinde tutmaya devam etmek istiyordu. Bütün bir Ortaçağ boyunca

sürecek politik ve hukuki mücadelelerin, temel karakteristiğinin de bu minvalde biçimlendiğini belirtmek gerekir.

Sonuç olarak bu çalışmada belirli bir tarihsel perspektiften Roma'nın krallık devrinden imparatorluğa ve oradan bölünerek dağılmasına uzanan bir dönemde, ekonomi, toplumsal sınıflar ve ilişkiler, felsefe ve din gibi dizgeler ışığında değişen politik süreçlerin, iktidar ilişkilerinin, yönetim biçimlerinin hukuksal yapı ve kamu düzeni üzerinde nasıl bir etkinlik gösterdiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda var olan politik mücadelelerle çatışmalar, gerek hukuk sistemi gerekse kamu düzeni üzerinde ilk elden sonuçlar doğuracak biçimde etkiler yaratmıştır. Ekonomik süreçlerdeki değişimler iktidar mücadelelerine yansımakta, kimi durumlarda iktidar sahiplerinin muhaliflere yönelik tavizleriyle, kimi durumlarda ise doğrudan iktidarın el değiştirmesi suretiyle, öncelikle hukuksal alanda somutlaşan etkileşimler meydana getirmektedir. Bir üst yapı kurumu olarak hukuk, tıpkı günümüz modern toplumlarında yaşanan süreçlerde olduğu gibi Roma antikitesinde de ekonomik, politik ve toplumsal olgulara duyarlı olduğundan, ortaya çıkan dönüşümleri yansıtmakta, mevcut iktidar pratiklerinin belirlenimi altında farklı çıkar gruplarının mücadele ve müdahaleleriyle biçimlenmektedir.

117 Bkz. *Ibid.*, s. 111 - 113.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ADKINS, Lesley, & ADKINS, Roy A., **Handbook to Life in Ancient Rome**, (Updated Edition), Facts on File, New York, 2004.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali & KÖKER, Levent, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.
- ARSLAN, Ahmet, **İlkçağ Felsefe Tarihi 4 - Helenistik Dönem Felsefesi: Epikuroşular Stoacılar Septikler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- ATLAN, Sabahat, **Roma Tarihinin Ana Hatları, I. Kısım, Cumhuriyet Devri**, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.
- BUCKLAND, W. W., **A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian**, Cambridge [Eng.], University Press, 1950.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, "Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik", (Çev. Özcan Çelebican), **AÜHFD**, C. 43, S. 1 - 4, Y. 1993, (s.299 - 311).
- DEMİRCİOĞLU, Halil, **Roma Tarihi, I. Cilt, Cumhuriyet I. Kısım, Menşe'lerden Akdeniz Havzasında Hâkimiyet Kurulmasına Kadar**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1953.
- ENGELS, FRIEDRICH, **Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni**, 12. Baskı, (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 2002.

- ENGELS, Friedrich, **Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu**, 3. Baskı, (Çev. Sevim Belli), Sol Yayınları, Ankara, 1992.
- GEORGESCO, A., "Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi", (Çev. Bülent Tahiroğlu), **İÜHF**, C. 42, S. 1 - 4, Y. 1976, (s. 585 - 601):
- JONES, A. H. M., "Imperial and Senatorial Jurisdiction in the Early Principate", **Studies in Roman Government and Law**, Basil Blackwell, Oxford, 1960, (s. 69 - 98).
- JONES, A. H. M., "The Imperium of Augustus", **Studies in Roman Government and Law**, Basil Blackwell, Oxford, 1960, (s. 1 - 17).
- JOHNSTON, David, **Roman Law in Context**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- KULAOĞLU, Meliha, "Tarihçi Titus Livius ve Tarihinin Birinci Kitabının Önsözü", **Anatolia**, S. 12, Y. 1968, (s. 9 - 15).
- KÜÇÜK, Eşref, "XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka", **AÜHF**, C. 56, S. 4, Y. 2007, (s. 111 - 122).
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Alman İdeolojisi [Feuerbach]**, 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1999.
- MOMMSEN, Theodor, **The History of Rome Vol. 1**, (Çev. William Purdie Dickson), Richard Bentley & Son, London, 1894.
- OKANDAN, Recai G., **Roma Âme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944.
- OKANDAN, Recai G., "Roma Hukukunun Kaynakları Bakımından Vukua Gelen Tarihî Gelişme", **İÜHF**, C. 18, S. 1 - 2, Y. 1952, (s. 454 - 478).
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- ÖZLEM, Doğan, **Etik - Ahlak Felsefesi-**, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2004.
- RUSS, Jacqueline, **Avrupa Düşüncesinin Serüveni - Antik Çağlardan Günümüze Batı Düşüncesi**, (Çev. Özcan Doğan), Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2011.
- RUSSELL, Bertrand, **Batı Felsefesi Tarihi I**, (Çev. Muammer Sencer), Say Yayınları, İstanbul, 2002.
- SEIDLER, G. L. **Bizans Siyasal Düşüncesi**, (Çev. Mete Tunçay), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.
- TAHİROĞLU, Bülent, "Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri", **İÜHF**, C. 45, S. 1 - 4, Y. 1979 - 1981, (s. 677 - 706).
- TAHİROĞLU, Bülent & ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- TÜRKOĞLU, Gökçe H., "Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı", **DEÜHF**, C. 11, S. 2, Y. 2009, (s. 251 - 289).
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, "Roma Hukukunda *Senatus Consultum Vellaeum*", **İKÜHF**, C. 4, S. 1 - 2, Y. 2005, (s. 199 - 223).
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- WATSON, Alan, **Law Making In The Later Roman Republic**, Oxford University Press, London, 1974.
- WEBER, Max, **Sosyoloji Yazıları**, (Çev. Taha Parla), İletişim Yayınları, İstanbul, 1996.
- WILLIAMSON, Callie, **The Laws of the Roman People - Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic**, The University of Michigan Press, USA, 2005.
- ZOCH, Paul A., **Ancient Rome: An Introductory History**, University of Oklahoma Press, Norman, 1998.

Yabancılaşma ve Hukuk

Araştırma

Şefik Taylan AKMAN*

*Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.
(Res. Asst., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Philosophy and Sociology of Law)
(E-Posta: taylanakman@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

Hegel'den Marx'a uzanan bir çizgide yabancılaşma kavramı günümüz modern felsefe tartışmalarında önemli bir yere sahiptir. Yabancılaşma olgusu Hegel'de insanın doğaya yada öznenin nesneye yabancılaşması biçiminde ortaya çıkmakta, Marx'daysa işçinin kendi emeğine yabancılaşması olarak görünür hale gelmektedir. Başka bir ifadeyle Marx için yabancılaşma olgusu insanların kapitalist üretim süreçleri içerisinde yaşadığı bir tür zorunluluğa tekabül etmektedir. Yabancılaşmaya ilişkin daha yeni çalışmalarda ise söz konusu olgu bir toplumsal sorun olarak nitelendirilmektedir. Kavram, hegemon iktidar yapılarının yarattığı suni gündemler ve mevcut ekonomik düzenin tüketim kalıplarının baskısı altında bireyin yalnızlaşmasını tanımlamak için kullanılmaktadır. Yabancılaşma süreçleri içerisinde hukukun rolü ise daha çok dolaylı bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Buna rağmen hukukun egemen iktidar yapılarının, üretim ilişkilerinin ve toplumsal ilişkilerin korunması özelinde son derece önemli olduğunu da belirtmek gerekir. Öncelikle hukuk, içerdiği yasal düzenlemeler aracılığıyla mevcut politik ve ekonomik sistemin devamlılığını güvence altına almakta ve yabancılaşmanın asıl kaynağının sürdürülebilirliğini sağlamaktadır. İkinci olarak hukuk, devletin ideolojik bir aygıtı gibi işlediğinden yarattığı hukuk bilinci aracılığıyla bizatihi yabancılaşmayı üretmektedir. Dolayısıyla hukuk hem var olan düzeni meşrulaştırarak onun yabancılaştırıcı etkinliğini gizlemekte hem de ideolojik niteliği itibarıyla insanı kendisine ve içinde yaşadığı dünyaya karşı yabancılaştırmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yabancılaşma kavramı, hukuk düzeni, ideoloji ve hukuk, hukuk bilinci, Marksizm.

ABSTRACT

ALIENATION AND LAW

The concept of alienation in a line extending from Hegel to Marx has an important place in today's modern philosophy debates. Phenomenon of alienation at Hegel emerges as the alienation of human to the nature or the alienation of subject to the object, and at Marx its shows up as the alienation of worker to own labour. In other words, phenomenon of alienation for Marx is a kind of obligation in the capitalistic production processes which people live. In more recent studies on the alienation this phenomenon is characterized as a social problem. It's using as a definition of the artificial agendas creating by the hegemonic power structures and the individual's isolation under the pressure of present economic system's consumption patterns. The role of the law in processes of alienation is emerging as an indirect form. Nevertheless it should be note that the law is very important especially on the protecting of the dominant power structures, production processes and social relations. Primarily the law with the legal regulations which it contains is securing the continuousness of the present political and economic system and provides sustainability of the main source of alienation. Secondly the law, which treating as an ideological state apparatus generates the alienation with creating the legal consciousness. Consequently, the law is both legitimating the present order with concealing the alienated activity and alienating the human to itself and world with the ideological character.

Keywords

The concept of alienation, legal order, ideology and law, legal consciousness, Marxism.

1. Yabancılaşma ve Hukukun Yabancılaştırıcı Etkinliği

Yabancılaşma ile ilgili olarak gerçekleştirilecek ayrıntılı bir analiz, gerek kavram üzerinden yürütülen tartışmalar gerekse bu tartışmaların kapsamı düşünüldüğünde bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşmaktadır. Fakat bu kavramın hukuk ile ilişkilendirilebilmesi amacıyla hangi anlamda kullanılmak istendiğinin açıklanması, hukukun yabancılaştırıcı ve baskılayıcı etkinliği hususunun aydınlatılabilmesi bakımından zorunluluk arz etmektedir. Dolayısıyla *Hegel'e*, *Marx'a* ve yabancılaşmaya ilişkin daha yakın tarihli yaklaşımlara kısaca da olsa değinilmesi gerekir.

Hegel, "Tin'in Görüngübilimi" adlı eserinde ele alarak modern felsefenin gündemine soktuğu yabancılaşma kavramı ile insan ve doğa (özne ve nesne) ilişkisini sorgulamaktadır¹. *Hegel'e* göre düşünen bir özne olarak insanla ilişkili olmayan hiçbir gerçek olmadığı gibi esasen gerçek denilen olgu, doğrudan ve bütünüyle insana ilişkindir, zira doğa dünyanın sözde nesnelliliği aslında bir yabancılaşmadır². Belirtmek gerekir ki özne - nesne diyalektiği çerçevesinde ortaya konmaya çalışılan yabancılaşma olgusu, *Hegel* felsefesinde oldukça karmaşık bir mahiyet göstermektedir³. İnsanın mı insanlaşmış doğa (özne haline gelmiş nesne), yoksa doğanın mı kendine yabancılaşmış tin (nesne haline gelmiş özne) olduğu sorusu kilit önem taşımaktadır⁴. Bu bağlamda *Hegelci* yabancılaşma olgusunun bir boyutu da yaşam ile ölümün zorunluluğu arasında ortaya çıkar; zira yaşam ve ölüm içgüdüleri, çözülemez bir zıtlığın iki farklı kutbudur⁵. Bunu efendi - köle diyalektiği içinde açıklayan *Hegel'e* göre insan, zaten ölümden korktuğu için köle olmuştur, fakat bu korku insanın doğa ve doğaya egemen olan efendi karşısındaki bağımlılığını da haklı çıkarmakta, bu korku kölenin hiçliğini bilmesi ve bu sayede efendi üzerinde üstünlüğe sahip olması gibi bir sonucu da beraberinde getirmektedir⁶. İnsanın doğaya hâkim olma, onu

dönüştürme mücadelesinin en önemli ayağı ise çalışmadır; çalışan insan doğayı dönüşüme uğratar, doğayı dönüşüme uğratan ve tarihi yaratan eylemle kendini aşmaya yönelmeyen insan, ne ise o olmasından doyuma ulaşmış olduğunu bilen insandır⁷. Bu durum, yabancılaşmanın kaynağı olduğu gibi insanın yazgısı probleminin de kökenidir, keza *Hegel* yabancılaşmış insanı, tarih anlamına gelen yazgısıyla uzlaştırma çabasındadır⁸. Sonuç olarak *Hegel'de* yaşamın yabancılaşmış bir fenomen olarak belirdiği⁹, yabancılaşma kavramsallaştırmasının da esasen ontolojik bir mahiyete sahip olduğu söylenebilir.

*Marx'ın Hegel'den miras aldığı ve gençlik eserlerinde kullandığı kavram, bilhassa Marx sonrası dönemlerde sıklıkla atıf yapılan, ele alınan ve sürekli biçimde yeni değerlendirmelere tabi tutulan tartışmalı konulardan biri olmuştur. Marx, Hegel'den farklı olarak yabancılaşmayı soyut kavramsal bir sistem içinde kendini gösteren bir süreç olarak değerlendirmemekte; daha çok bir olgu olarak yaşamın, insanın yabancılaşmasına yol açan fiili ve somut koşullarının ortaya konması özelinde ele almaktadır¹⁰. Marx'ın terimleriyle ifade edilirse yabancılaşmanın iki boyutu olduğunu belirtmek gerekir. İlki *Hegelci* yönü daha ağır basan insanın doğaya yabancılaşmasıyla ilgilidir¹¹. İkincisi ve *Marx'ın* üzerinde daha özenle durduğu yabancılaşma ise, *Hegelci* yabancılaşma kavramından önemli bir kopuş anlamına gelen işçinin kendi emeğine yabancılaşması, bir başka ifadeyle insanın kapitalizm altındaki yabancılaşmasıdır.*

tin Hilav), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 53 - 54.

7 **Ibid.**, s. 52 - 57.

8 HYPOLITE, 2010, s. 131.

9 **Ibid.**, s. 174.

10 PAPPENHEIM, Fritz, **Modern İnsanın Yabancılaşması - Marx'a ve Tönnies'e Dayalı Bir Yorum**, (Çev. Salih Ak), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002, s. 75.

11 MARX, Karl, **1844 Elyazmaları - Ekonomi Politik ve Felsefe**, (Çev. Kenan Somer), 2. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1993, s. 145 - 148. *Vogel'e* göre *Marx'ın* doğaya yabancılaşma olgusu bir anlamda yanlış anlaşılmalıdır. Ona göre *Marx'ın* bu ifadeyle anlatmak istediği bireyin çevreden / ortamdaki (environment) yabancılaşmasıdır. Zira "Feuerbach Üzerine Tezler" ile "Alman İdeolojisi"nde *Marx*, kendinden önceki materyalizmi, maddi çevreyi insan eylemliliğinin somut bir ürünü olarak görememesi ve insanları da basit bir doğalcı yaklaşım çerçevesinde dışsal durumların pasif ürünleri olarak göstermesi nedeniyle eleştirmektedir. Dolayısıyla *Vogel*, Marksist yabancılaşma tezinin insanın doğaya yabancılaşmasından ziyade çevreye yönelik bir yabancılaşma anlamı taşıdığı düşüncesindedir. VOGEL, Steven, "Marx and Alienation From Nature", **Alienation and Social Criticism**, (Ed. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, s. 209.

1 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **Tin'in Görüngübilimi**, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 315 - 318.

2 ERGİL, Doğu, "Yabancılaşma Kuramına İlk Katkılar", **AÜSBFD**, C. 33, S. 3 - 4, Y. 1978, s. 94.

3 BUMİN, Tülin, **Hegel - Bilinç Problemi, Köle-Efendi Diyalektiği, Praksis Felsefesi**, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 47.

4 **Idem.**

5 HYPOLITE, Jean, **Marx ve Hegel Üzerine Çalışmalar**, (Çev. Doğan Barış Kılınç), 2. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2010, s. 130.

6 KOJËVE, Alexandre, **Hegel Felsefesine Giriş**, (Çev. Selahat-

Kapitalizmde işçinin emeği olan ürün üretildiği andan itibaren kendi elinden çıkmakta, kapitalistin mülkiyetine geçmektedir. Bu süreçte işçi kendi emeği ile ürettiği meta arasındaki ilişkiyi kaybetmeye başlamakta, dolayısıyla da emeğine yabancılaşmaktadır. *Marx*'a göre emeğin somutlaşması onun nesnelleşmesidir; iktisadi anlamda bu süreç, işçi için kendi gerçekliğinin yitirilmesi¹². Nesnelleşme, nesnenin yitirilmesi ya da nesneye kölelik biçiminde, sahiplenme ise yabancılaşma ve yoksunlaşma olarak görülür; nesnenin kapitalistçe sahiplenilmesi işçi üzerinde öylesine bir yabancılaşma doğurur ki; işçi ne kadar çok nesne üretirse o kadar az sahiplenebilir ve kendi ürünü olan sermayenin egemenliği altına o kadar çok girer¹³. Kapitalist üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet ile işbölümü artışının yol açtığı bu süreç¹⁴ *Marx* için kapitalist sistemin bir zorunluluğudur ve özel mülkiyet ya da kapitalist ekonomi devam ettiği müddetçe varlığını sürdürmektedir¹⁵. Gerçekten de yabancılaşma, insanın bilinçsiz eyleminin meydana getirdiği ve ancak daha yüksek bir ekonomik ve toplumsal gelişme düzeyinde yine insanın, bilinçli toplu eylemiyle değiştirilebilecek belirli tarihsel koşulların ürünüdür¹⁶. Yabancılaşma kavramının etkinliğinin sadece ekonomik bir veçhede sonuçlar doğurmadığını da yine *Marx* ifade eder. Özellikle *Marx* sonrasında psikolojiden sosyolojiye, siyaset biliminden edebiyata son derece geniş bir sahada yeniden değerlendirilen yabancılaşmanın, aslında tüm toplum ve bireyler açısından daha da genelleşebilen bir mahiyete sahip olduğu bu bağlamda ayrıca vurgulanmalıdır. Esasen *Marx* da bu doğrultuda çeşitli tespitler yaparak işçinin kendi emeğine yabancılaşmasının bazı önemli sonuçlar doğurduğunu belirtir; zira bu yabancılaşma aynı zamanda insanın kendi dışındaki doğaya, fiziksel ve sosyal dünyaya, kendi eylemleri ve davranışlarına,

tinsel özüne ve öz bedenine ve genel olarak insanın insana karşı yabancılaşmasına neden olmaktadır¹⁷. Yabancılaşmanın söz konusu boyutları, aynı zamanda iktidarın ideolojik aygıtları, bilhassa kitle iletişim araçları yoluyla bireylerin yaşadıkları topluma ve ekonomik - politik gerçekliklere yabancılaştırılarak yapay ve sanallaştırılmış meselelerle vakitlerini geçirmeleri, adeta bir akıl tutulmasına uğramaları gibi çeşitli sonuçlara da sebebiyet vermektedir. Yabancılaşmaya ilişkin yeni yaklaşımlarda da iktidarın ve mevcut hegemonik sistemin, bilhassa bu felç edici etkinlikleri sıklıkla ele alınmıştır.

1960'lı yıllardan itibaren toplum ve birey yaşamına ilişkin birçok sorunun yabancılaşma kavramı çerçevesinde incelenmeye başlandığı dikkat çeker; psikolojinin kişiselleştirdiği, burjuva düşüncesinin ise büyük oranda metafizikleştirdiği sorunlar esasında yine kapitalizme mündemiç toplumsal bir yabancılaşmanın tezahürleridir¹⁸. Marksist çözümlerinin dışında liberal teorisyenler tarafından da sıklıkla ele alınan yabancılaşma olgusunun, özellikle küçük burjuva radikalizmde konumlanmaya başladığını ve sınıf ilişkileri ya da kapitalizmin birey üzerinde yarattığı tahribattan ziyade insanın dünyadaki durumuyla -psikolojik süreçlerle- ilişkilendirilmeye çalışıldığını ve küçük burjuva bireyin ruhsal sorunlarını / boşluklarını söz konusu kavramla açıklamaya yönelik bir gayretin ortaya çıktığını belirtmek gerekir¹⁹. Bu bağlamda birey açısından birbiriyle bağlantılı üç tür yabancılaşma olgusunun söz konusu olduğu belirtilmiştir; bunlardan ilki bireyin kendisi olmayı becerememesi şeklinde ortaya çıkan kendisine yabancılaşması, ikincisi arkadaş çevresine yabancılaşması ve son olarak yaşadığı dünyaya yabancılaşmasıdır²⁰. Yabancılaşmanın

12 MARX, 1993, s. 140. Ayrıca belirtmek gerekir ki *Marx*'ın "Kapital"de kullandığı meta fetişizmi kavramının da yabancılaşma kavramıyla doğrudan ilişkisi vardır. Bkz. MARX, Karl, **Kapital - Ekonomi Politikin Eleştirisi I. Cilt**, (Çev. Mehmet Selik & Nail Satılğan), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, s. 81 - 92; ÖZBUDUN, Sibel & MARKUS, George & DEMİRER, Temel, **Yabancılaşma ve...**, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2008, s. 27 - 29.

13 MARX, 1993, s. 140 - 141.

14 ERGİL, 1978, s. 95.

15 MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Alman İdeolojisi [Feuerbach]**, 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1999, s. 61. *Marx*'a göre yabancılaşma ancak kapitalizmin ve tüm sınıflı toplumların pratik olarak ortadan kaldırılması yoluyla tersine çevrilebilir. SLATER, Phil, **Frankfurt Okulu**, (Çev. Ahmet Özden), Kabcacı Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 79.

16 MANDEL, Ernest & NOVACK, George, **Marksist Yabancılaşma Kuramı**, (Çev. Olcay Göçmen), Yücel Yayınları, İstanbul, 1975, s. 11.

17 MARX; 1993, s. 148; ISRAEL, Joachim, **Alienation From Marx to Modern Sociology**, Allyn and Bacon Inc., Boston, 1971, s. 53.

18 ÇELİK, Sinan Kadir, "Yabancılaşmadan Ötekileşmeye: Kültürel Bir Hegemonyanın Kuruluş Biçimleri", **Praksis Dergisi**, S. 4, Güz 2001, s. 154.

19 **Idem**. *Çelik*'e göre yabancılaşmanın yukarıda belirtilen küçük burjuva yorumu *Marx*'ın kavrama ilişkin anlamlandırmasından oldukça farklıysa da bu durum, söz konusu yaklaşımların kavramın içini bütünüyle boşalttıkları manasına gelmemektedir. Aksine, Marksist düşünce ve mücadelenin gücünün daha yoğun olduğu dönemlerde küçük burjuvazinin kişisel olarak gördükleri gündelik hayatlarına ilişkin sorunlarının esasen tarihsel-toplumsal nedenlerden kaynaklandığını fark etmeye başladıklarını kanıtlamaktadır. Hatta bu durumun Marksizm'i -bilhassa postmarksizmleri- yeniden fakat bu sefer popüler bir ilgi odağı, çekim merkezi haline getirdiğini söylemek de çok yanlış olmayacaktır. **Idem.**, s. 155.

20 PAPPENHEIM, Fritz, "Alienation in American Society", **Montly Review**, Vol. 52, No. 2, June 2000, s. 37.

-Marksist anlamıyla- sadece işçi sınıfının bir sorunu olmaktan çıkartılıp modern yaşamdan kaynaklanan, kapitalizmin yarattığı bir tahribat şeklinde kavranmaya başlanması bilhassa küçük burjuva kültüründe kavramın ele alınmasına yönelik beklentileri arttırdığı gibi, toplumsal olgu olarak yabancılaşma üzerine yapılan çalışmaların hem nicelik hem nitelik yönünden çoğalmasıyla sonuçlanmıştır.

Yabancılaşma kavramının bu popülaritesi sadece küçük burjuva düşüncesiyle de sınırlı kalmamıştır. *Sartre*'dan *Marcuse*'a yeni sol veya postmarksist düşünce ve hareket içerisinde de Marksizm'in psikoloji, antropoloji, sanat, cinsellik, özgürlük, kadın hakları, çevre gibi gündelik hayatı sarmalayan sorunlar ile ilişkilendirilmeye çalışıldığı ve bu bağlamda *Marx*'ın gençlik dönemi eserlerine atıfta bulunularak -Sovyet Marksizmi'nin 1930 - 1960'lı yıllarda büyük oranda görmezden gelinmeye başlanması ve hatta yok sayılan²¹ yabancılaşma kavramının adeta yeniden keşfedilmesine yönelik bir uğraşının kuvvetlendiği dikkat çeker²². Buna karşılık yabancılaşma kavramına yönelik ilginin artmasını sadece konuyla ilgili çalışmaların artması ve derinleşmesi bağlamında açıklamak mümkün değildir. Günümüz toplumsal yaşamının, kültürel yapısının, teknolojik gelişiminin, iletişimsel süreçlerin ve bilginin dolaşımının akıl almaz ve takip edilemez boyutlara ulaşmasının ve televizyondan internete kitle iletişim araçlarının hegemonyasının²³ insanlar üzerindeki etkinliği, bu yabancılaşma sürecinin yeni bir boyuta geçmesinde ciddi anlamda etkili olmuştur. Gerçekten de günümüz modern toplumunun ve

onun kuşatılmış bireyinin karakteristiği ve yaşam biçimi, geçmiş zamanlardaki uygarlıklarla ve hayatlarla kıyaslanamayacak bir biçimde yabancılaşma olgusu tarafından belirlenir olmuştur²⁴.

Yabancılaşmayı psikanalitik yönüyle değerlendiren *Fromm*, yabancılaşma ile kapitalist ekonomik sistem ve onun kültürel hegemonyası arasında belirli bir ilişki kurmasına rağmen eleştirel tutumunu esasen kapitalist toplum yapısından çok sanayileşmiş modern toplum tipine yöneltmektedir²⁵. *Fromm*'a göre sanayileşmiş modern toplumun ideolojisi, insanın mutluluğunu adeta arzu edilen her şeyin alınabilmesi ölçüyle değerlendirmeye başlamış ve yarattığı tüketim kültürü ile tüketimi hem özgürlüğün hem de mutluluğun yegâne kaynağı haline getirmiştir²⁶. Kazandığı bu nitelikler itibarıyla göstergelerin düzenlenmesinin ve toplumun bütünleşmesinin güvence altına alınmasını hedefleyen bir sistem olarak tüketim, hem bir ideolojik değerler dizgesi hem de bir iletişim düzeni, değiş tokuş yapısıdır²⁷. Tüketimin bir yaşam biçimi haline dönüşümü aynı zamanda hızlandırılmış üretim süreçlerinin yoğunlaşmasına neden olarak günümüz toplumunda bireyin radikal bir biçimde yabancılaşmasını da beraberinde getirmektedir²⁸. Bu üretim süreçlerinde birey, toplumla uyumlu olabilmek adına, zorla kendi işini benimsemeye çalışmakta, üretim süreçlerinin bir otomatına dönüşmektedir²⁹. Modern insan, işiyle, tükettiği şeylerle, devletle, başkalarıyla ve kendisiyle olan ilişkisiyle, bütünüyle kendisi tarafından üretilmiş nesnelere dönüşen bir dünya yaratmakta fakat bu

21 MANDEL & NOVACK, 1975, s. 13.

22 ÇELİK, 2001, s. 160. *Marcuse*'a göre yabancılaşma kavramı insanların kendilerine dayatılan varoluş ile özdeşleştikleri ve onda kendi gelişim ve tatminlerini buldukları zaman sorgulanabilir hale gelmektedir. Bu özdeşleşme yanılsama olmayıp bizatihi gerçektir. Bununla birlikte gerçeklik daha ilerleyici bir yabancılaşma evresi oluşturur. Yabancılaşma bütünüyle nesnelleştirilmiştir, yabancılaşmış özne, yabancılaşmış varoluşu tarafından yutulmuştur. MARCUSE, Herbert, **Tek Boyutlu İnsan - İleri İşleyim Toplumunun İdeolojisi Üzerine İncelemeler**, (Çev. Aziz Yardımlı), Üçüncü Basım, İdea Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 22.

23 Kitle iletişim araçları insanın yabancılaştırılmasında ve tüketim toplumunun nesnesine dönüştürülmesinde başrolü oynar. *Baudrillard*'a göre de "kitle iletişim araçlarının işlevi dünyanın yaşanan, benzersiz ve olaysal karakterini, yerine oldukları halleriyle birbirine türdeş, birbirlerini anlamlandıran ve birbirlerine gönderme yapan bir araçlar evrenini geçirmek için nötr hale getirmektedir. Aslında, iletişim araçları karşılıklı olarak birbirlerinin içeriği haline gelir ve işte bu, tüketim toplumunun totaliter 'ileti'sidir". ÖZBUDUN & MARKUS & DEMİRER, 2008, s. 62; BAUDRILLARD, Jean, **Tüketim Toplumu**, (Çev. Hazal Deliceçaylı & Ferda Keskin), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 155.

24 PAPPENHEIM, 2000, s. 43.

25 ÖZBUDUN & MARKUS & DEMİRER, 2008, s. 33.

26 FROMM, Erich, **Çağdaş Toplumların Geleceği**, (Çev. Gülnur Kaya & Kaan H. Ökten), Arıtan Yayınları, İstanbul, 2004, s. 68 - 69. *Fromm*'a göre günümüzde "üreten insan" (*homo Faber*), "tüketen insan" (*homo Consumens*) evrilmektedir. Bu yeni insan, her gün her şeyi, hatta Tanrı katını bile komşusundan biraz daha fazlasını alabileceği büyük bir alışveriş merkezi gibi değerlendirir. *Ibid.*, s. 62.

27 BAUDRILLARD, 2004, s. 91.

28 *Ibid.*, s. 251. Yabancılaşmayı ticaret toplumunun yapısının kendisi olarak tanımlayan *Baudrillard*'a göre "metanın mantığı günümüzde sadece emek süreçlerini ve maddi ürünleri değil, tüm kültürü, cinselliği, tüm insani ilişkileri, bireysel fantazmalara ve itkilere kadar, denetimi altına alarak genelleştirdi. Sadece tüm işlevlerin, tüm ihtiyaçların kâr terimleriyle nesnelleştirilmesi anlamında değil, aynı zamanda her şeyin gösterişelleşmesi, yani her şeyin imgeler, göstergeler, tüketilebilir maddeler olarak çağrıştırılması, kısırıtılması, düzenlenmesi gibi daha derin bir anlamda her şey bu mantık tarafından ele geçirilmiştir". *Ibid.*, s. 250 - 251.

29 FROMM, Erich, **Sağlıklı Toplum**, (Çev. Yurdanur Salman & Zeynep Tanrısever), 4. Baskı, Payel Yayınları, İstanbul, 2006, s. 152 - 153.

yaratımları kontrolden çıkarak ona sahip olmakta, bir başka ifadeyle insan, nesnelere dönmektedir³⁰. Bireye kendi üretimini tüketmeye dönük olarak kodlanmış yaşam biçimleri dayatılarak, tüketim bir tür tutkuyla özdeşleştirilmek istenmektedir. Bu süreçte tüketim, gerek kitle iletişim araçlarının yarattığı yarı hayali bir ütopya dünyasının yönlendirici etkinliği gerek kurulmuş bir kültürel hegemonyanın baskılayıcı kısıtlılığının dolayılmasıyla, bireyleri, suni ihtiyaçlara yöneltmekte; piyasanın ölçüsüz genişlemesine ve bu suni ihtiyaçların zorunlu ihtiyaçlar gibi algılanmalarına neden olmaktadır. Beslenme, barınma, sağlık, giyim gibi insanın gerçek ve zorunlu ihtiyaçlarıyla beraber aslında her şeyi ticarileştirmek ve mümkün olduğu kadar çok şeyi satılabilir hale getirmek çabasında olan kapitalizm, büyük bir hızla insan gereksinimlerinin ötesine geçerek, onların sistematik ve yaygın bir şekilde suni ihtiyaçlara yönelimini teşvik eder; böylece yabancılaşma sadece ekonomik değil, insanlar üzerinde kasıtlı ve bilinçli şekilde tatminsizlikler yaratmak suretiyle aynı zamanda kültürel, sosyal ve psikolojik bir niteliğe tahavvül eder³¹. Artık yabancılaşma işçi sınıfının ya da üretim süreçlerinde kendi ürettiği metalar üzerinde herhangi bir iyeliği olmayan ve emeğine yabancılaşmış işçinin sorunu değil, suni tüketim kalıplarının içine çekilerek sürekli daha fazlasını, yenisini isteyen her bireyin tatminsizliklerinin bengi dönüşünde nesnelleşmekte, daha derin bir toplumsal sorun haline gelmektedir.

Yukarıda ele alınan biçimleriyle toplumsal bir sorun haline gelen yabancılaşmanın, esas itibarıyla iktidarı elinde tutan egemen sınıfların çıkarlarını korumaya hizmet ettiğini de belirtmek gerekir. Yabancılaşmadan kaynaklanan ve sisteme ilişkin sorunlara yönelik *"benim elimden bir şey gelmez ki"* düşüncesi, bir taraftan bireyi yoğun bir pasivizme iterken diğer taraftan bireyin zihninde, içeriğini anlayamayıp çaresiz kaldığı, yaşamının, kendisinin dışındaki güçler tarafından yönetildiği şeklinde bir algının ortaya çıkmasına neden olmaktadır³². Birey, bu güçlere karşı bir etkide bulunamayacağına inanmaya başlayarak, mutlak biçimde kendini gösteren bir biat etme ve teslimiyetçilik kültürünün parçası / ortağı haline getirilmektedir³³.

30 **Ibid.**, s. 120 - 121.

31 MANDEL & NOVACK, 1975, s. 34 - 35.

32 ÖZBUDUN & MARKUS, & DEMİRER, 2008, s. 44 - 45.

33 **Ibid.**, s. 45. Özbudun ve Demirel'e göre *"kapitalist çağın insana"*

Hukuk ile yabancılaşma arasındaki ilişki yabancılaşmanın kapitalizm içindeki anlamından soyutlanarak ele alınamaz. Bu bağlamda hukuk düzeni, iktidar ile birey arasındaki ilişkinin adeta bir göstergesi durumunda olup, bir taraftan bireyin var olan politik ekonomik sisteme entegrasyonunun yasal çerçevesini çizmekte, diğer taraftan iktidarın egemenliğinin meşruiyet kaynağını teşkil etmektedir. Hukuk, düzenlemeler aracılığıyla hem yabancılaştırıcı etkiye sahip mevcut sistemi korumakta hem de ideolojik etkinliğinin bir sonucu olarak bir inanç sistemi inşa etmekte ve hukuk bilinci aracılığıyla, bizatihi yabancılaştırıcı bir etmen haline gelmektedir³⁴. Bu yabancılaştırıcı etki hukukun mevcut ekonomik-politik dizgilerden tamamen ayrı bir kategori olarak algılanmasını sağladığı gibi, hukukun politikayla ilişkisinin de görünmez kılınmasına katkı yapmaktadır. Nesnel ve formal bir kurallar yapısı ile toplumsal düzenin sürdürülebilirliğinin yegâne aracı olarak kendini kabul ettiren hukuk düzeni, maskeleyici niteliği itibarıyla günlük politikadan iktidarın yönetsel süreçlerine uzanan bir alanda bireyi içinde olduğu halde dışında zannettiği toplumsal, politik, ekonomik gerçekler dünyasına yabancılaştırarak üstlendiği misyonu yerine getirmektedir. Başka bir ifadeyle hukuku kendi dışında, kendine yabancılaşmış bir yapısal bütünlük olarak gören birey, iktidarın vazettiği kurallara uyarak tam da hukukun ve onun hegemonik söyleminin içinde olduğu halde, aslında söz konusu söylem tarafından dışsallaştırıldığı farkında değildir. Dolayısıyla hukuk, sistem içi pek çok unsurla birlikte bireyin yabancılaşmasına katkı yapan bir araç olarak kendini göstermektedir.

Hukukun insana yabancılaşmış bir olgu olması, yabancılaşmayı kapitalist sistemin zorunlu bir sonucu olarak değerlendiren Marksizm'in de üzerinde durduğu konulardan biridir. İnsanın kendi kendine yabancılaşmasının kutsal biçimi olarak dini gören Marx kutsal olmayan biçiminin ise hukuk olduğunu belirtir³⁵. Hukuk da dinin yüzyıllar boyunca yaptığına benzer bir biçimde belirli bir toplumsal

ni (...)' biat etmeyi öğrenmiş insandır'. Sınıflı toplum(lar) tarihinin binlerce yıllık birikimi, ona 'kendi dışında, kendisinin üzerinde yer alan' mahiyetini bilemediği bir takım buyurucu güçlere boyun eğmesini, ve bu güçlerin istekleri doğrultusunda emeğinin ürününü ve yaşamının yönlendirilişini efendilere teslim etmesini bellemiştir". Ibid., s. 46.

34 TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History", **100 Yale L. J. 1515 1990-1991**, s. 1527.

35 MARX; Karl, **Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 1997, s. 193.

düzen öngörmekte ve öngördüğü bu düzenin sürdürülebilirliğini bir dizi kural ve yaptırıma bağlayarak insanların yaşamlarına doğrudan müdahale etmektedir. Aradaki tek fark, din kutsal bir kaynağa dayanırken, hukuk esasen fazlasıyla dünyevi bir kaynağa -egemenin iradesine ve vatandaşların bu iradeyi kabul ederek biat etmelerine- dayanmaktadır. Hukuk sistemi kamusal yaşamın çok farklı katmanlarında işleyerek politik statükonun sürdürülebilirliğine yönelik bir algıyı kalıcılaştırmayı hedeflediği gibi, bu süreçte birçok insanın yabancılaştırıcı ve insanlık dışı bulunduğu bir toplumsal düzeni -iktidarın sembolleri, görünümleri ve fikirleri manipüle etmeye dönük etkinliğinin de yardımıyla- meşrulaştırmaktadır³⁶. Hukukun insana yabancı bir olgu olmasından ziyade üzerinde daha fazla durulması gereken husus, onun, insanı kendine ve içinde yaşadığı düzene karşı nasıl yabancılaştırdığı meselesidir.

Yabancılaşmanın birkaç noktada kendini gösterdiğini bu bağlamda belirtmek gerekir. İlk olarak hukuk düzeni, kurallar oluşturarak bireylerin yaşamlarını belirli norm dizgelerinin dışına çıkmadan sürdürmelerini amaçlar. Bu kuralların birçoğu doğal olarak bireyin özgür seçim ve isteklerini, düşüncelerini geliştirme yönünden engelleyici bir niteliğe sahiptir. Birey, bir dizi norm aracılığıyla, kendini etrafı çevrilmiş bir yaşam alanının / çemberinin içinde hareket etmek mecburiyetinde hisseder. Bireyin sınırları belirlenmiş bu alanın dışına çıkması devletin baskı aygıtlarından payandasını alan bir dizi yaptırımla karşılaşması sonucunu doğurur. Dolayısıyla da birey esasen bu alanın içinde sıkışmakta ve hem kendisine hem de içinde yaşadığı topluma ve çevreye yabancılaşmaktadır. Bireyin söz konusu sıkışmışlığı, hukuk kurallarının ideolojik, ayrımcı, cinsiyetçi olmasından kaynaklanabileceği gibi öngörülen düzenlemelerin toplum tarafından, hatta bizatihi yargı organlarıca egemen değer yargılarının baskısıyla görmezden gelinerek sınırlı -marjinal- bir etkinlik göstermesinden de kaynaklanabilir. Bu süreçte bireyin yabancılaşmasının temel faktörlerinden birinin hukukun etkinliğinden ya da tam aksine etkin olamamasından kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu hususun bilhassa ırk ayrımcılığı gibi konularda kendini açık biçimde gösterdiğinden bahsedilebilir. Örneğin ırk ayrımcılığının yasal bir

biçim arz ettiği dönemlerde hukuk, bu ayrımın ve bireyin ötekileştirilerek yabancılaştırılmasının hem doğrudan nedeni hem de dayanağı iken; günümüzde bu konudaki yabancılaşmanın dolaylı bir kaynağını oluşturmaktadır³⁷. Buna karşın ırk, dil, din, mezhep ayrımcılığını önlemeye dönük düzenlemelerin yetersizliği ya da egemen çoğunluk üzerinde ancak sınırlı bir etki göstermesi gibi nedenler kaynağını hukukun oluşturduğu bir yabancılaşmanın ortaya çıkmasını kolaylaştırır. Örneğin bir kişi sadece rengi, ırkı veya dini inancı nedeniyle iş başvurusunda bulunduğu o işe alınmıyor ve hukuk buna ilişkin yaptırımların işlenmesini gereği gibi sağlayamıyorsa, hukukun dolaylı olarak yabancılaşmaya neden olduğunu söylemek gerekir³⁸. Keza göçmen yasaları, kadın hakları, azınlık hakları, eşit koruma hakları gibi konularda da hukuk, birçok durumda hala zayıfı yeterince koruyamayarak yabancılaşmaya neden olabilmektedir.

Hukukun doğrudan yabancılaştırıcı etkinliğinin yanı sıra, dolaylı bir araç olarak yabancılaştırıcı etkinlik gösterdiği de belirtilmelidir. Hukuk, mevcut sistemin meşruiyet kaynağı olduğu kadar onun birçok olumsuzluğunu gizleyen maskeleyici bir işleve de sahiptir. Bilhassa hukuk - politika ilişkisi ekseninde düşünüldüğünde hukuk, bireylerin politik olana yabancılaşmasının önemli yardımcı unsurlarından biridir. Hukukun politik niteliğinin saklanması şeklinde kendini gösteren bu durum, onun, politikanın ve iktidarın dışında bireyleri devlete ve onun aygıtlarına karşı koruyan bir tür emniyet supabı olarak algılanması sonucunu doğurmaktadır. Hukukun tarafsızlığı ve nesnellğine dayanan bir söylemle biçimlenen bu hukuk inancı, insan hak ve özgürlükleri, hukuk devleti gibi araçlar vasıtasıyla hukuku devlet faaliyetlerinin öngörülebilirliğinin bir garantörüne tahavvül ettirmekte, böylece hukuk, politikanın günlük işleyişi içerisinde bireyin adalet duygusunun somutlaşmış bir idesine dönüştürülmektedir. Oysaki hukukun

37 Bu bağlamda yabancılaşma kavramıyla ilgili olarak çalışan hukukçuların ağırlıklı eleştirel ırk teorisi (critical legal theory) bağlamında konuyla ilgilendikleri belirtilebilir. Keza hukukun sınırlı etkinliği olgusuyla da çoğunlukla eleştirel ırk teorisyenleri ilgilennmiştir. Bkz. MARTINEZ, George A., "The Legal Construction of Race: Mexican - Americans and Whiteness", **Harv. Latino. L. Rev.** **321** 1997, s. 335; PELLER, Gary, "History, Identity, and Alienation", **43 Conn. L. Rev** 2010-2011, s. 1499 - 1500.

38 Bkz. MCGARY, Howard, "Alienation and the African-American Experience", **Alienation and Social Criticism**, (Ed. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, s. 139.

36 GABEL, Peter & HARRIS, Paul, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law", **11 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change** **369** 1982 - 1983, s. 370.

politikadan ayrı olduğuna ilişkin bu görünüm birçok durumda karşılaşılan olaylar nedeniyle sıklıkla tahrip olmakta ve bireyi devlet karşısında yalnızlaştırmaktadır. Söz konusu yalnızlaşmanın sebeplerinden biri *Pappenheim*'in da belirttiği üzere bireyin zihninde var olan ve kendisi ile yönetici gruplar arasında güçlü bir şekilde ortaya çıkan uçurumdan kaynaklanmaktadır; gerçekten de birçok insanın kendisini politik temsilcilerinin düşünce ve eylemlerinden nasıl ayrı hissettiklerini anlamak için sadece politika ve politikacılar kavramlarının bireyler bakımından yarattığı çağrışımları anımsamak yeterli olacaktır³⁹. Fakat bu yalnızlaşmanın tam da iktidar sahiplerinin istediği biçimde, bireylerin, "politik olan her şeye" yabancılaşması sonucunu doğuracağını söylemek yanlış olmayacaktır. Hukuk düzeni tarafından da desteklenen politik olana yabancılaşma, büyük oranda bireyin var olan toplumsal, ekonomik, politik mücadelelerle ilgilenmemesi, onlardan uzaklaşması şeklinde kendini gösterirken, egemen iktidar aygıtlarına yönelik itaati de sıradanlaştırır. Böylece birey tam da egemen iktidar sahiplerinin arzuladığı biçimde belirlenmiş kalıplar içinde yaşamını sürdürerek depolitizasyonun tahrip edici etkinliği altında politik olana yabancılaşmış, seçimden seçime oy kullanmakla sınırlandırılmış bir onay mekanizmasına -pasif bir yurttaş- dönüştürülmüş olur.

Bireyin, tanık olduğu ya da bizzat yaşadığı haksızlık, eşitsizlik hatta hukuk dışılıklarla mücadele etmemesi, hatta bu tür durumları görmezden gelmesi şeklinde kendini gösteren yabancılaşma olgusu bir yönüyle de bireyin, yurttaşlık kavramı çerçevesinde ele alınabilecek toplumsal duyarlılıklardan büyük oranda uzaklaşması gibi sonuçlara neden olmaktadır. Bu noktada insanın, birey olarak varoluşu ile yurttaş olarak varoluşu arasında hızla bir bölünmenin ortaya çıktığı, söz konusu durumu yaşamının birbirinden ayrı ve çoğunlukla çatışan parçaları olarak görmeye başladığı, bu iki rolü birleştirmekten aciz kaldığı ve esasen politik topluluktan ve politik olandan kendini çektiği söylenebilir⁴⁰. Bireyin yurttaş olmaya yabancılaşması olarak

39 PAPPENHEIM, 2002, s. 37.

40 *Ibid.*, s. 46. *Pappenheim*'a göre bireyin politik olan her şeyden bu şekilde geri çekilmesi sonucunda siyasal toplum da "yaşamayı için gerekli kanı kaybetmiş demektir. Ne toplumun refahına ve ihtiyaçlarına karşı gerçek kaygıdan, ne de hukuk düzenine karşı iç saygıdan eser kalır. Çoğunlukla korkağın ve 'hanım evladının ürkekliği olarak alaya alınan ceza korkusu, yasal bir toplum görüntüsünü sürdürmenin tek gücü haline gelmiştir". *Ibid.*, s. 47.

adlandırılacak bu durumun kişiyi tamamen özel alanının içine hapsederek, yasaların yerine getirmekle yükümlendirdiği yurttaşlığa ilişkin sorumlulukları ifa etmekle mahdut bir çerçevede, toplumsala ait olan her şeye karşı duyarsızlaşması gibi sonuçlara neden olacağı da açıktır. Söz konusu yabancılaşmayla, genel olarak kapitalist ekonomi - politik aygıtının ve onun yönetsel mekanizmalarının tahayyül ettiği bireyselleşmiş birey -bireyselliğinden başka bir şey düşünmeyen birey- heyulasının gerçekleşmesi olarak nitelendirmek mümkündür.

Hukukun yine dolaylı ama çok önemli bir diğer yabancılaştırıcı etkisi ise bireyin ekonomik yapıyla ilişkisi bağlamında ortaya çıkar. Yukarıda değinildiği üzere kapitalist sistemin ekonomik işleyişi, işçinin kendi ürettiğine sahip olamaması gibi nedenlerle öncelikle kendi emeğine yabancılaşması biçiminde tezahür eden bir yabancılaşma olgusu içermektedir. Bunun yanı sıra toplumun hemen tüm üyeleri, piyasa mekanizmasının işleyişi, tüketim kültürü, kitle iletişim araçlarının etkinliği gibi sebeplerden ötürü kendilerine, çevrelerine ve en sonunda tüm dünyaya yabancılaşmaktadır. Bu süreçlerde hukukun, tıpkı bireylerin politik sisteme yabancılaşmaları olgusunda olduğu gibi, yine üzerine düşen görevi yerine getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hukuk bizatihi ekonomik ilişkileri, üretim süreçlerini, işçi - işveren ilişkilerini, piyasa kurallarını belirleyerek bu yabancılaşmanın sürdürülebilirliğinin olanaklarını sunmaktadır. Sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkını korumaya dönük sıkı kurallar gibi bir dizi normatif düzenleme aracılığıyla hukuk, mevcut üretim ve pazarlama imkânlarının genişletilebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu niteliği itibarıyla hukuk düzeni, ekonomi ve piyasa kaynaklı yabancılaşmanın temel araçlarından biridir. Piyasa sisteminin sürdürülebilirliğinin en sağlam teminatlarından birinin var olan hukuk düzeninin etkinliği, düzenlemelerin koruyuculuğu ve yaptırımlar olduğu göz ardı edilmemelidir.

2. Değerlendirme

Sonuç olarak hukuk, bizatihi bir normlar dizgesi olarak bireyleri belirlenmiş bir kurallar çemberinin içine hapsettiği için kimi zaman doğrudan, kimi zaman ise politikanın -mevcut iktidar organizasyonun- veya ekonominin -piyasa ve onun uzantılarının- araçsallaştırması doğrultusunda dolaylı bir yabancılaştırıcı etken şeklinde işlev görmektedir. Hegemonyanın bir aracı olan hukuk, yasama

sürecinden yargılama faaliyetlerine kadar ekonomik - politik iktidar sahiplerinin elinde kapalı bir sistem olarak esasen ekonomik ve politik veçheden güçlü olanların lehinde, öncelikle onların çıkarlarını korumayı amaçlayan bir düzenlemeler silsilesidir; dolayısıyla toplumun geri kalan geniş kesimleri bu hukuka yabancılaşmaktadır⁴¹. Hukukun bireyler üzerindeki yabancılaştırıcı etkisi onu politikanın, politik mücadelenin, politik düşüncenin merkezî olgularından biri haline getirmektedir. Bireyler hukukun bu etkisi neticesinde bir taraftan var olan

politik ekonomik sisteme yabancılaşırken, diğer taraftan bu yabancılaşmanın bir sonucu olarak ilgisizleşmekte ve mevcut sisteme boyun eğmektedirler. Yaratılan sahte bir bilinç ve onun inanç biçimleri, bireyi, içinde yaşadığı ve var olmak zorunda bulunduğu devasa mekanizmanın işleyişi karşısında pasivize etmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki modern toplumda hukuk, yabancılaşma sürecinin kesinlikle birincil müsebbibi ya da üretici kaynağı olmayıp daha çok ekonomik, politik ve kültürel yabancılaştırıcı etkilerin kimi zaman doğrudan, çoğunlukla da dolaylı bir taşıyıcısıdır ve bu bağlamda sınırlı bir etkiye sahiptir.

41 AKKAYA KİA, Rukiye, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 155.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKKAYA KİA, Rukiye, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- BAUDRILLARD, Jean, **Tüketim Toplumu**, (Çev. Hazal Deliceçaylı & Ferda Keskin), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.
- BUMİN, Tülin, **Hegel - Bilinç Problemi, Köle - Efendi Diyalektiği, Praksis Felsefesi**, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005.
- ÇELİK, Sinan Kadir, "Yabancılaşmadan Ötekileşmeye: Kültürel Bir Hegemonyanın Kuruluş Biçimleri", **Praksis Dergisi**, S. 4, Güz 2001, (s. 144 - 184).
- ERGİL, Doğu, "Yabancılaşma Kuramına İlk Katkıları", **AÜSBFD**, C. 33, S. 3 - 4, Y. 1978, (s. 93 - 108).
- FROMM, Erich, **Çağdaş Toplamların Geleceği**, (Çev. Gülnur Kaya & Kaan H. Ökten), Aritan Yayınları, İstanbul, 2004.
- FROMM, Erich, **Sağlıklı Toplum**, (Çev. Yurdanur Salman & Zeynep Tanrısever), 4. Baskı, Payel Yayınları, İstanbul, 2006.
- GABEL, Peter & HARRIS, Paul, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law", **11 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change** **369 1982 - 1983**, (s. 369 - 411).
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **Tinin Görüngübilimi**, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul, 2004.
- HYPPOLITE, Jean, **Marx ve Hegel Üzerine Çalışmalar**, (Çev. Doğan Barış Kılıncı), 2. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2010.
- ISRAEL, Joachim, **Alienation From Marx to Modern Sociology**, Allyn and Bacon Inc., Boston, 1971.
- KOJÉVE, Alexandre, **Hegel Felsefesine Giriş**, (Çev. Selahattin Hilav), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.
- MANDEL, Ernest & NOVACK, George, **Markсист Yabancılaşma Kuramı**, (Çev. Olcay Göçmen), Yücel Yayınları, İstanbul, 1975.
- MARCUSE, Herbert, **Tek Boyutlu İnsan - İleri İşleyim Toplumunun İdeolojisi Üzerine İncelemeler**, (Çev. Aziz Yardımlı), Üçüncü Basım, İdea Yayınevi, İstanbul, 1997.
- MARTINEZ, George A., "The Legal Construction of Race: Mexican - Americans and Whiteness", **Harv. Latino. L. Rev.** **321 1997**, (s. 321 - 347).
- MARX, Karl, **1844 Elyazmaları - Ekonomi Politik ve Felsefe**, (Çev. Kenan Somer), 2. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1993.
- MARX, Karl, **Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi**, (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 1997.
- MARX, Karl, **Kapital - Ekonomi Politikinin Eleştirisi I. Cilt**, (Çev. Mehmet Selik & Nail Satlıgan), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich, **Alman İdeolojisi [Feuerbach]**, 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 1999.
- MCGARY, Howard, "Alienation and the African-American Experience", **Alienation and Social Criticism**, (Ed. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, (s. 132 - 146).
- ÖZBUDUN, Sibel & MARKUS, George & DEMİRER, Temel, **Yabancılaşma ve...**, Ütopya Yayınevi, Ankara, 2008.
- PAPPENHEIM, Fritz, "Alienation in American Society", **Montly Review**, Vol. 52, No. 2, June 2000, (s. 36 - 53).
- PAPPENHEIM, Fritz, **Modern İnsanın Yabancılaşması - Marx'a ve Tönnies'e Dayalı Bir Yorum**, (Çev. Salih Ak), Phoenix Yayınevi, Ankara, 2002.
- PELLER, Gary, "History, Identity, and Alienation", **43 Conn. L. Rev** **2010-2011**, (s. 1479 - 1502).
- SLATER, Phil, **Frankfurt Okulu**, (Çev. Ahmet Özden), Kabaıcı Yayınevi, İstanbul, 1998.
- TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History", **100 Yale L. J.** **1515 1990-1991**, (s. 1515 - 1544).
- VOGEL, Steven, "Marx and Alienation From Nature", **Alienation and Social Criticism**, (Ed. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, (s. 207 - 222).

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Araştırma

Ş. Esra BASKAN*

* Arş. Gör., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD
(Res. Asst., Başkent University Faculty of Law, Department of Labour and Social Security Law)
(E-Posta: taskin@baskent.edu.tr)

ÖZET

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir yer, zaman ve işin türüyle sınırlı olacak şekilde, işverene rakip bir işletme açmayacağını veya rakip bir işletmede çalışmayacağını ya da böyle bir işletmeyle başka bir menfaat ilişkisi içinde bulunmayacağını taahhüt ettiği sözleşmedir. Rekabet yasağı sözleşmesi, iş ilişkisinde bir yandan işverenin haklı menfaatlerini koruması, diğer yandan işçinin çalışma özgürlüğüne zarar verme ihtimali yüksek olması nedeniyle özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle her iki menfaat arasında adil bir denge kurulması adına, rekabet yasağı sözleşmesinin belirli sınırlamalara tabi tutulması gerekir. Çalışmamızdaki amacımız, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümlerini, önceki kanundaki düzenlemelerle olan farklarını da dikkate alarak incelemektir.

Anahtar Kelimeler

İş sözleşmesi, işçinin borçları, sadakat borcu, iş sözleşmesinin sona ermesi, rekabet yasağı sözleşmesi.

ABSTRACT

NONCOMPETITION CONTRACT ACCORDING TO TURKISH OBLIGATION CODE

Noncompetition contract is a contract which the worker's undertake that will not open a business competitor or rival, will not work in a business or an interest in such a business relationship with any other, after the end of labour contract that a particular place, time and manner of work shall be limited to the type. Noncompetition contract is important in employment relationship, because on the one hand the employer's legitimate interests of the protection, but the other hand, is due to the high probability of harm the employee's freedom of the work. For this reason, the name of the establishment of a fair balance between the two interests, noncompetition contract should be subject to certain limitations. The aim of our study to examine the provisions of the Turkish Code of Obligations regarding noncompetition contract, taking into account the differences between the previous law.

Keywords

Labour contract, obligations of worker, duty of loyalty, the ending of labour contract, noncompetition contract.

I. Giriş

İş ilişkisinin devamı süresince işçinin en önemli borçlarından biri, sadakat borcudur. Sadakat borcu en genel tanımıyla “işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma” şeklinde tanımlanabilir¹. İşçinin sadakat borcu kapsamında uyması zorunlu olan davranışlarının başında işverenle rekabet etmemek gelmektedir². Zira işverene ait işyerinde çalışan işçi işverenin iş sırlarına, üretim usullerine ve müşteri çevresine ilişkin pek çok bilgi edinmiş olabilir. Bu bilgilerin rakip bir işletme veya işyerinde kullanılması ise işverenin menfaatlerine zarar verir ve sadakat borcu ile bağdaşmaz. Zira bu durum Türk Borçlar Kanunu’nda “işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez” şeklinde açıkça ifade edilmiştir (md. 396, f. 3).

Ancak iş ilişkisinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, sadakat borcu da dâhil olmak üzere tarafların sözleşmeden doğan borçları sona erer. Bu durumda ise işçinin önceki işverenin yanında edindiği bilgileri rakip bir işverenin işinde kullanması veya kendisinin açmış olduğu rakip işletmede söz konusu bilgilerden yararlanması işverene zarar verir. Bu ihtimali engellemek amacıyla işçi ve işverenin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin rakip bir işletmede çalışmayacağı veya rakip bir işyeri açmayacağına ilişkin sözleşme yapması mümkündür. Bu sözleşmeye rekabet yasağı sözleşmesi adı verilmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, yukarıda açıklandığı üzere işverenin menfaatlerinin korunması adına oldukça önemli bir sözleşmedir. Buna karşılık anılan sözleşmenin işçinin anayasa ile güvence altına alınmış olan çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ihlal etme olasılığı yüksektir. Bu nedenle her iki menfaat arasındaki dengeyi sağlayabilmek amacıyla rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğine ve sonuçlarına ilişkin yasal düzenlemeler yapılması zorunludur. Hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemeler 818

sayılı Borçlar Kanunu’nun 348 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. Ancak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yeni ve önemli düzenlemeler içermektedir. Çalışmamızda yeni Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmesinin koşulları, sınırları, hukuki sonuçları ve sona ermesi 818 sayılı Borçlar Kanunu ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

II. Rekabet Yasağı Sözleşmesi Kavramı

Rekabet yasağı sözleşmesi, öğretide işçinin iş ilişkisi içinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına vâkifiyeti nedeniyle iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisine girmesini yasaklayan sözleşme olarak tanımlanmıştır³. Gerçekten Türk Borçlar Kanunu md. 444’de yer alan düzenleme dikkate alınarak rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin işverene karşı iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçındığı sözleşme olarak tanımlanabilir (818 sayılı BK md. 348, 6098 sayılı TBK md. 444).

İş ilişkisinin sona ermesinden sonra işçinin rekabet etmeme borcu altında olabilmesi için, mutlaka işçi ile işveren arasında bireysel olarak rekabet yasağı sözleşmesinin imzalanmış olması şarttır⁴. Nitekim öğretide rekabet yasağının iç yönetmelikle düzenlenmesi veya iş akdine işverenin işçiye rekabet yasağı getirme hakkını saklı tutmasının mümkün olmayacağı isabetli olarak ileri sürülmektedir⁵. Buna karşılık rekabet yasağı sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olarak veya iş sözleşmesi içinde yer alan bir koşul olarak kararlaştırılması mümkündür⁶.

3 UŞAN, Fatih, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2011, Y. 6, S. 21, s. 121.

4 ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku**, 25. Bası, İstanbul 2012, s. 147.

5 SÜZEK, **2012**, s. 363.

6 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, **İş Hukuku**, 5. Bası, Ankara 2012, s. 548. TAŞKENT, Savaş/KABAKÇI, Mahmut, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2009, Y. 4, S. 16, s. 35. KESER, Hakan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu-

1 SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 360.

2 DOĞAN YENİSEY, Kübra/ÖZTÜRK, Özgür, “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul 2008, s. 423. Erdemoğlu, Deniz, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2009/21, s. 142.

Rekabet yasağı sözleşmesi kapsamında dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus, rekabet yasağının geçerli olması için sadece işçinin imzasının bulunmasının yeterli olmasıdır. Gerçekten rekabet yasağı bir sözleşme olarak nitelendiriliyor olmasına rağmen, sadece işçinin yükümlülük altına girmesi söz konusu olduğundan işverenin de imzasının bulunması zorunlu değildir. Buna karşılık eğer rekabet yasağı sözleşmesiyle işveren de karşı edim taahhüdünde bulunuyorsa, sözleşme hem işçi hem işverenin imzasını taşımalıdır⁷.

III. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Koşulları

Türk Borçlar Kanunu md. 444'de rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için uyulması gereken koşullara yer verilmiştir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu koşullar olmaksızın yapılan sözleşme butlan yaptırımına tabi olup, geçersizdir. Geçerlilik koşullarının varlığını ispat yükümlülüğü ise Medeni Kanun md. 6'da yer alan ana kural gereğince işverene aittir⁸.

Rekabet yasağı sözleşmesi yapma koşullarının üç başlık altında toplanması mümkündür. Bunlar işçinin fiil ehliyetine sahip olması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin varlığı olarak sıralanabilir.

1. İşçinin Fiil Ehliyetine Sahip Olması

818 sayılı Borçlar Kanunu md. 348, f.3'de rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı anda, işçinin reşit olması gerektiği, aksi halde sözleşmenin geçersiz olacağı hükmüne yer verilmişti. Buna karşılık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmek için işçinin fiil ehliyetine sahip olması koşulu getirilmiştir (md. 444, f. 1). Yeni kanunda açıkça fiil ehliyeti koşulunun aranması karşısında, işçinin sadece ayırt etme gücüne sahip olması yeterli olmamakta, aynı zamanda ergin olması ve önceki kanundan farklı olarak kısıtli olmaması da gerekmektedir⁹. Bu itibarla küçük

na Göre Rekabet Yasağı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2011, Y. 6, S. 24, s. 89.

7 SOYER, Polat, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, Ankara 1994, s. 42. TAŞKENT/KABAKÇI, **2009**, s. 35. UŞAN, **2011**, s. 124. ERDEMOĞLU, **2009**, s. 145.

8 SÜZEK, **2012**, s. 368. SOYER, **1994**, s. 39. TAŞKENT/KABAKÇI, **2009**, s. 29.

9 KESER, **2011**, s. 91.

veya kısıtlılar adına yasal temsilcilerinin rekabet sözleşmesi yapması halinde, söz konusu sözleşme geçerli olmadığı ifade edilebilir¹⁰.

Belirtmek gerekir ki, fiil ehliyetine sahip olma koşulu, rekabet yasağı sözleşmesinin imzalandığı ana göre değerlendirilmelidir¹¹. Bu noktada işçi rekabet sözleşmesini imzaladığı anda fiil ehliyetine sahip değilse, söz gelimi erginliğini kazanmıyorsa, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte tam ehliyetli olsa dahi rekabet yasağı hüküm ifade etmez.

2. Sözleşmenin Yazılı Olarak Yapılması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 444, f. 1'de, önceki kanuna paralel bir şekilde (818 sayılı BK md. 350) rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu öngörülmüştür. Rekabet yasağı sözleşmesinde yazılı şekil koşulu öngörülmesinin nedeni, işçinin yasağın kapsamı hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaktır¹².

Belirtmek gerekir ki, diğer koşullarda olduğu gibi yazılı şekil koşuluna uyulmamış olması da, sözleşmenin butlan türünden geçersiz olmasına neden olur¹³. Ancak kanununun öngördüğü şeklin, resmi şekil değil, adi yazılı şekil olarak kabul edilmesi gerekir¹⁴.

3. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Menfaatinin Varlığı

Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin iş ilişkisi içinde işle veya işyeri ile ilgili edindiği bilgileri iş ilişkisi sona erdikten sonra rakip bir işletme içinde kullanılmasını engellemektir¹⁵. Bu nedenle rekabet sözleşmesinin yapılabilmesi için işçinin işle veya işyeri ile ilgili, rakip işletmede kullanılması işvereni zarara uğratabilecek bilgilere sahip olması gerekir¹⁶. Aksi halde rekabet yasağı sözleşmesi

10 SÜZEK, **2012**, s. 363. ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Y. 2011, s. 945. SOYER, **1994**, s. 45. ERDEMOĞLU, **2009**, s. 146.

11 SOYER, **1994**, s. 44. TAŞKENT/KABAKÇI, **2009**, s. 35.

12 SOYER, **1994**, s. 41. TAŞKENT/KABAKÇI, **2009**, s. 35.

13 SOYER, **1994**, s. 44. KESER, **2011**, s. 92.

14 KESER, **2011**, s. 92.

15 SÜZEK, **2012**, s. 364.

16 "Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinde, "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle

geçersiz olur. Bu itibarla Türk Borçlar Kanunu md. 444., f. 2'de, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları yada işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması ve bu bilgilerin kullanılmasının işvereni önemli bir zarara uğratacak nitelikte olması koşulu aranmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ise bu koşul "rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine his olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir" şeklinde ifade edilmiştir (md.348, f. 2).

Türk Borçlar Kanunu md. 444'de yer alan düzenlemede işçinin sahip olduğu ve rakip işletmelerde kullanılması işverene zarar verecek bilgilerin müşteri çevresi, üretim sırları veya işverenin yaptığı işler hakkında olabileceği öngörülmüştür.

Müşteri çevresine ilişkin bilgiler genel olarak, müşterilerin ad ve soyadları, meslekleri adres ve telefon numaraları, yaptıkları alışverişin cins ve miktarları gibi bilgilerden oluşmaktadır¹⁷. İşçinin işverenin müşteri çevresine ait bilgileri haiz olması halinde rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasını haklı gösteren neden, işçinin müşteri çevresi ile kişisel ilişki kurması, onların kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilmesi ve bu bilgileri

bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler. Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir" şeklinde kurallara yer verilerek rekabet yasağının esasları düzenlenmiştir. Buna göre işçinin, işverene ilişkide olan müşterileri tanıması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşabilmesi imkanının olduğu hallerde, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından işverene rekabet oluşturacak şekilde kendi namına iş yapmaması, rakip bir firmada ortak olamaması yada iş sözleşmesiyle çalışmaması şeklinde şart içeren sözleşmeler yapabileceklerdir. Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünde ikinci cümlede ise rekabet yasağının kapsamı sınırlandırılmış ve işverene önemli bir zarar verilmesi ihtimalinin olmadığı durumlarda bu tür düzenlemelerin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanununun ilgili hükmünde rekabet yasağının kapsamı sınırlandırılmış ve işverene önemli bir zarar verilmesi ihtimalinin olmadığı durumlarda bu tür düzenlemelerin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Davacı hemşire olup çalıştığı konum itibarıyla işverenin ilişkide olduğu müşterileri tanıması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşma imkanı olmadığı ve işverene önemli bir zarar verme olanağı bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla sözleşmede yer alan rekabet yasağına dair cezai şartın reddi gerekmektedir." Y9HD, 13.6.2008, 19368/15558. Aynı yönde, Y9HD, 8.6.2004, 18581/14299. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 30.10.2012.

17 DÖNMEZ, Kamil Yücel, **İşçinin Borçları**, Ankara 2000, s. 233.

rakip bir işletme içinde kendi lehine ekonomik bir değer olarak kullanma ihtimali bulunması, bu bağlamda eski işverenin müşteri çevresinde azalmaya neden olacak olmasıdır¹⁸. Ancak, avukat veya doktorlarda olduğu gibi, müşteri çevresinin bizzat işçinin yeteneği ve bilgisi ile sağlanmış olduğu durumlarda, bunlarla yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğu isabetli olarak ileri sürülmektedir¹⁹.

Üretim sırları ve işle ilgili bilgiler ise, öğretide sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilmesi mümkün olmayan, saklı kalmasında işverenin haklı menfaatinin olduğu olgular olarak tanımlanmıştır²⁰. Üretim teknolojisi, bir makinenin yapısı, özel bir ürünün içeriği, ham madde kaynakları, yatırım planları gibi bilgiler örnek olarak gösterilebilir²¹. Bu noktada önemli olan üretim sırları ve işle ilgili bilgilerin mahrem bilgi ve sır niteliği taşıması ve işçinin bu sırları öğrenme imkânına sahip olması gerekliliğidir²². Bu nedenle, herkes tarafından bilinmesi mümkün olan bilgileri haiz, özellikle vasıfsız işçilerle rekabet yasağı sözleşmesi yapılamaz²³.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak yapılabilmesi için, işçinin müşteri çevresi, üretim sırları ve işle ilgili bilgilere sahip olması bir şart olarak öngörülmüş olsa da, öğretide isabetli olarak, işçinin söz konusu bilgileri fiilen öğrenmiş olması koşulunun aranmayacağı, objektif koşullarda öğrenilecek bir konumda olmasının yeterli olacağı görüşü ileri sürülmüştür²⁴.

Belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasında işverenin haklı bir menfaati olması koşulunun gerçekleştirilmesi için, işçinin

18 SÜZEK, 2012, s. 365. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 2012, s. 550. ŞAHLANAN, Fevzi, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2008, s. 76.

19 SÜZEK, 2012, s. 365. UŞAN, Fatih, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara 2003, s. 230-231.

20 SÜZEK, 2012, s. 364. UŞAN, 2011, s. 122. KESER, 2011, s. 94. DOĞAN YENİSEY/ÖZTÜRK, 2008, s. 402.

21 SÜZEK, 2012, s. 364. UŞAN, 2003, s. 230 vd. DÖNMEZ, 2000, s. 234.

22 UŞAN, 2011, s. 121. AKYIĞIT, Ercan, "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı", **Kamu-İş**, C. 2, Ocak 1991, s. 11.

23 SÜZEK, 2012, s. 365. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 2012, s. 550. TAŞKENT/KABAKÇI, 2009, s. 25. UŞAN, 2003, s. 230.

24 SÜZEK, 2012, s. 364. TAŞKENT/KABAKÇI, 2009, s. 25.

yukarıda açıklanan bilgilere sahip olması ve öğrenilecek durumda olması yeterli değildir. Nitekim kanunun 444. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, söz konusu bilgilerin kullanılmasının işvereni önemli bir zarara uğratma ihtimalinin bulunması gerekir. Böyle bir ihtimalin var olup olmadığı ise somut olaya göre belirlenecektir. Buna rağmen, genel olarak işverene ait bilgilerin kullanılmasının kazanç veya siparişlerde ciddi bir düşüşe neden olması, ilgili piyasada rekabet gücünde bir geriye dönüş yaratması, zararın kolaylıkla telafi edilmesinin mümkün olmaması durumlarında önemli bir zararın varlığının kabul edileceği ifade edilebilir²⁵.

IV. Sınırlandırılması

Rekabet yasağı sözleşmesiyle içinin rekabet etmeme borcunun yer, zaman veya işin türü bakımından sınırlı olarak kararlaştırılması gerekir. Bu hususa Türk Borçlar Kanunu md. 445'de yer verilmiştir. Zira söz konusu düzenlemeye göre, "rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez". Belirtmek gerekir ki, rekabet yasağının yer, zaman ve işin türü bakımından sınırlamasına yönelik düzenleme 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da benzer şekilde yer almaktaydı. Gerçekten, kanunun 349. maddesine göre "rekabet memnuniyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini men edecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir sınır dâhilinde şart edilmiş ise muteberdir".

Rekabet yasağına ilişkin getirilen sınırlamaların açık bir şekilde sözleşmede yer alması gerekir. Bir başka deyişle işçi yer, zaman ve süre açısından rekabet yasağının kapsamını sözleşmeden açıkça anlayabiliyor olmalıdır. Buna rağmen, eğer rekabet yasağı sınırları sözleşmede açıkça ve somut olarak belirlenmemişse, işçi lehine yorumlanması gerekir²⁶. Ancak bu noktada önemli olan rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürmemesidir (md. 445, f. 1). Aksi halde sözleşme geçersiz olur²⁷.

25 SÜZEK, **2012**, s. 366. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, **2012**, s. 551. TAŞKENT/KABAKÇI, **2009**, s. 28.

26 SOYER, **1994**, s. 29.

27 SÜZEK, **2012**, s. 366. ALPAGUT, **2011**, s. 950. MOLLAMA-

1. Yer Bakımından Getirilen Sınırlamalar

Rekabet yasağı sözleşmesine yer bakımından sınırlama getirilmesi zorunludur. Bu itibarla işçinin rekabet yasağı, coğrafi bir bölge, şehir veya işverenin faaliyet alanı ile sınırlandırılmalıdır. Ancak, yer bakımından yapılacak sınırlamada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu sınırlamanın işverenin fiilen yürüttüğü faaliyet alanını aşmamasıdır²⁸.

Bu noktada tartışılması gereken önemli hususlardan biri de, işverenin tüm Türkiye'de faaliyette bulunduğu durumlarda rekabet yasağının ülkenin tamamında geçerli olarak kararlaştırılmasının mümkün olup olmayacağıdır. Yargıtay banka müfettiş yardımcısı olarak işe alınan işçiyle iki yıl boyunca tüm Türkiye'deki bankalarda çalışmasını yasaklayan rekabet yasağı sözleşmesini mahal ve banka açısından bir sınır getirilmediği gerekçesiyle geçersiz saymıştır²⁹. Konuyla ilgili olarak

MUTOĞLU/ASTARLI, **2012**, s. 551.

28 SÜZEK, **2012**, s. 367. SOYER, **1994**, s. 66. TAŞKENT/KABAKÇI, **2009**, s. 31. UŞAN, **2011**, s. 125. KESER, **2011**, s. 96.

29 "Taraflar arasında süresi belirsiz biçimde hizmet akdi ilişkisi kurulduktan bir süre sonra 23.12.1997 tarihinde rekabet yasağı konusunda bir anlaşma metni düzenlenmiştir. Buna göre; "Bankaya müfettiş olarak yetiştirilen, bankacılık hizmetlerinde bir saklanması ve gizliliği esas olan konularda bilgi sahibi olan A. E.; bankaya intisabından itibaren 4 yıl içerisinde hizmet akdini feshettiği bütün hallerde, iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 2 yıl süre ile Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder. Bu taahhüdüne uymadığı takdirde, A. E. bankaya işe başladığı tarihten itibaren banka tarafından ödenen aylık ücretler ile diğer ek ödemelerinin tutarı ve son aylık ücretinin 10 katı tutarında bir ceza şartı, ilk talepte ve herhangi bir itirazda bulunmaksızın derhal ödemeyi kabul ve taahhüt eder." Gerek bu anlaşmanın başlığı ve gerek yukarıya alınmayan birinci paragrafı içeriği ve tüm düzenleniş şekli itibarıyla bu metni Borçlar Kanunu 348 ve onu izleyen maddelerinde öngörülen "Rekabet Memnuniyeti" çerçevesinde düzenlenmiş bir özel anlaşma niteliğindedir. Mahkemeye bu anlaşma bir ceza şart şeklinde değerlendirilmiş ve bu değerlendirme itibarıyla sonucuna gidilerek hüküm kurulmuş ise de bu düşünce tarzının benimsenmesi olanağı yoktur. Açıkça rekabet yasağı konusunda bir düzenleme söz konusudur. Ancak sözleşme davacının ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye girmesini yasaklayacak ölçülerde şart edilmemiş ve mahal ve çalışma alanı kapsamında normalin üzerinde sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten "Türkiye'de ki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder" biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye'deki tüm bankaları kapsamı bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için davacı bankacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Rekabet yasağının bu yönden geçersiz sayılarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmesi hatalı ise de sonucu itibarıyla doğru olan kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanması gerekmiştir." Y9HD, 6.7.1999, 8262/12073. Aynı yönde Y9HD, 2.12.2010, 41875/35558. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 30.10.2012.

öğretide ileri sürülen ve bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre, rekabet yasağının, işverenin yürüttüğü faaliyetin tüm Türkiye’de geçerli olması halinde, işçinin işyerindeki konumu bakımından işverenin korunmaya değer haklı menfaatlerinin bulunması durumunda tüm ülkeyi kapsayacak şekilde düzenlenmesi mümkündür. Ancak bu durumda süre ve işin türü açısından getirilen sınırlamaların daha dar kapsamlı olması gerekir³⁰.

2. İşin Türü Bakımından Getirilen Sınırlamalar

Rekabet yasağı sözleşmesinde işin türü açısından da sınırlama getirilmesi gerekir. Söz konusu sınırlama işverenin faaliyet alanını aşamaz. Söz konusu faaliyet alanının sınırı ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe göre belirlenmelidir³¹. Zira işverenin daha önce terk ettiği faaliyetler, kural olarak korunmaya değer bir menfaatin kalmamış olması nedeniyle rekabet yasağının kapsamına dâhil edilemez³².

İşin türü bakımından getirilecek sınırlamada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, söz konusu sınırlamanın işverenin bütün faaliyet alanını ile değil, işçinin yapmakla görevli olduğu işle doğrudan ilgili olanları kapsayacak şekilde getirilmesi gerektiğidir³³.

3. Süre Bakımından Getirilen Sınırlamalar

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda rekabet yasağı sözleşmesinin süresine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Buna karşılık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 445’de rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin özel durumlar ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Süre, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte başlar³⁴.

Kanunda yer alan bu açık düzenleme karşısında rekabet yasağının süresi iki yılı aşamamakla birlikte, özel durumlarda bu süre sınırına istisna tanınması mümkün olabilecektir. Burada özel

durumlardan neyin kastedildiğinin ortaya konulması gerekir. Öğretide özel durumlara örnek olarak, işçinin üst düzey yönetici olması, işyerindeki uzmanlığı, işverenin üretimle ilgili teknik iş sırları hakkında kapsamlı bilgiye sahip nitelikli uzman olması durumları gösterilmektedir³⁵.

4. Aşırı Nitelikteki Rekabet Yasakları

818 sayılı Kanundan farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu md. 445, f. 2 ile hâkime aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlama yetkisi verilmiştir. Gerçekten anılan hükme göre, “hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun bir biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı ve süresi bakımından sınırlayabilir”.

Görüldüğü üzere, yeni kanun rekabet yasağı sözleşmesinin sınırlandırılması konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye dayalı olarak hâkim, işçinin rekabet yasağını süre bakımından sınırlayabilir. Bu noktada örneğin süresi iki yıl olan bir rekabet yasağını bir yıl ile sınırlandırabilir³⁶. Benzer şekilde hâkimin rekabet yasağını kapsam itibarıyla kısıtlaması mümkündür. Örneğin, rekabet yasağının kapsadığı faaliyet alanını daraltabilir.

Hâkimin aşırı nitelikteki rekabet yasaklarını sınırlarken dikkate alacağı husus, somut olayın özellikleri olacaktır. Bunun yanı sıra, kanunda hâkimin takdir yetkisini kullanırken işverenin karşı edimini de göz önünde bulundurması gerektiği hükmü yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki, hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim getirilmesi zorunluluğu yoktur. Ancak tarafların sözleşmeyle karşı edim kararlaştırmalarının önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

V. Rekabet Yasağı Sözleşmesine Aykırı Davranışın Yaptırımı

1. Zararların Tazmini

Türk Borçlar Kanunu md. 446, f. 1’e göre (818 sayılı BK md. 351, f. 1), rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Burada işçinin tazminat ödemekle yükümlü olmasının

30 TAŞKENT/KABAKÇI, 2009, s. 31. UŞAN, 2011, s. 123. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 2012, s. 552. Aksi görüşte ŞAHLANAN, 2008, s. 81.

31 SOYER, 1994, s. 67.

32 SOYER, 1994, s. 67. TAŞKENT/KABAKÇI, 2009, s. 29.

33 SÜZEK, 2012, s. 368. SOYER, 1994, s. 30. AKYİĞİT, 1991, s. 67. ERDEMOĞLU, 2009, s. 150.

34 SÜZEK, 2012, s. 367. KESER, 2011, s. 95.

35 ŞAHLANAN, 2008, s. 80.

36 SÜZEK, 2012, s. 369.

hukuki dayanağı sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmemesidir ve söz konusu tazminat Türk Borçlar Kanunu'nun 112 vd. maddelerine göre belirlenir. Bu itibarla tazminata hükmedilebilmesi için işverenin zararını ispat etmesi zorunludur. Buna karşılık, işçinin tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekir (TBK md. 112).

İşçinin karşılaması gereken zarar, müspet zarar olup, işverenin malvarlığının mevcut durumu ile yasağa aykırı davranılmamış olsaydı arz edeceği durum arasındaki farktır³⁷. Söz konusu zarar fiili zarar veya kazanç kaybı olarak ortaya çıkabilir. Fiili zarardan kastedilen, örneğin işçinin rakip bir işletme kurması nedeniyle işverenin müşterileri nezdindeki itibarını kaybetmesi sonucu uğradığı zarardır. Buna karşılık, kazanç kaybı, işçinin rekabet yasağını ihlal etmemiş olsaydı, işverenin muhtemelen sağlayacağı geliri ifade eder³⁸.

2. Cezai Şart

Rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık halinde işverenin bir diğer hakkı sözleşmede öngörülen cezai şartın talebidir³⁹. Zira 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 351, f. 2'de rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali halinde sözleşmede cezai şart kararlaştırılabileceği hükmü yer almaktaydı. Aynı düzenleme Türk Borçlar Kanunu md. 446'ya da alınmıştır. Buna göre, rekabet yasağına aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede de aksine bir hüküm yoksa işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir. Rekabet yasağının ihlali halinde tazminat yerine cezai şart talep etmek işverenin daha lehinedir. Zira bu durumda işverenin zararını ispat etmesine gerek yoktur⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki,

37 SÜZEK, 2012, s. 369. SOYER, 1994, s. 78.

38 SOYER, 1994, s. 78, 79.

39 "Davacı işveren, davalının istifasının ardından aynı gün başka şirkette çalışmaya başladığını ileri sürerek iş sözleşmesinin 5.3 maddesinde belirtilen rekabet yasağının ihlalden kaynaklanan 60.000 USD cezai şartı da talep etmiştir. Mahkemece, gerekçesiz olarak bu talebin de reddine karar verilmiştir. Anılan istekle ilgili olarak herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin isteğin reddi hatalı olmuştur. İş sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağından kaynaklanan cezai şart koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemece, eksik inceleme ve hatalı değerlendirmeye hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Y9HD, 12.7.2005, 2189/24839. Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 31.10.2012.

40 ÇELİK, 2012, s. 147.

Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere⁴¹ sözleşmede öngörülen cezai şartın aşırı derecede yüksek olduğu durumlarda Türk Borçlar Kanunu md. 182'ye göre hâkimin indirim yapma yetkisi vardır.

Rekabet yasağının ihlali halinde tazminat yerine cezai şart ödendiği durumlarda, eğer işverenin cezai şartı aşan bir zararı varsa, işçi bu miktarı ayrıca ödemek zorundadır (TBK md. 446 f. 2). Ancak, işverenin aşkın zararı talep edebilmesi için cezai şart ile karşılanmayan bir zararı olduğunu ispat etmesi şarttır.

3. Yasağa Aykırı Davranışa Son Verilmesi

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranması durumunda işverenin bir diğer talep hakkı, yasağa aykırı davranışa son verilmesidir. Gerçekten Türk Borçlar Kanunu md. 446'ya göre (818 sayılı BK md. 351), işveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında yasağa aykırı davranışa son verilmesini isteyebilir. Ancak söz konusu düzenleme kapsamında işverenin bu hakkını kullanabilmesi bazı koşulların varlığına tabi kılınmıştır. Bu koşullardan ilki, işverenin bu hakkını sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutmasıdır. İşverenin yasağa aykırı davranışa son verilmesini isteme hakkına sahip olabilmesinin ikinci koşulu ise, kendisinin ihlal yada tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışının bu hakkı kullanmayı haklı gösteriyor olmasıdır.

VI. Sona Ermesi

1. Süre Bitimi

Rekabet yasağı sözleşmesinde tarafların işçinin rekabet etmeme yükümlülüğünü altı ay, bir yıl gibi bir süreyle sınırlamaları mümkündür. Nitekim

41 "Taraflar arasında hizmet sözleşmesinin 9. maddesinde "İşçi, işbu sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren iki yıl süre ile başka bir şarap firmasında her ne unvan altında olursa olsun çalışmaz. Kendisi adına veya üçüncü şahıslar adına şarap üretim, dağıtım, pazarlama ve satış işini yapamaz. TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu yasağa aykırı davranılması halinde işçi kayıtsız ve şartsız olarak 500.000.000 TL ödeyecektir" denilmektedir. Davacı işveren nezdinde davalı işçi satış elamanı olarak çalışmış olup, bir süre sonra kendi isteği ile işyerinden ayrılmış olup, yine şarapçılık konusunda faaliyette bulunan D. Şarapçılık AŞ.'ne ait işyerinde tanıtma ve pazarlama elamanı olarak çalışmaya başlamıştır. Davacının bu davranışı Borçlar Kanununun 348 ve mütekip maddeleri doğrultusunda ferdi hizmet sözleşmesindeki rekabet memnuniyetine aykırı davranışı oluşturur. Ne var ki sözleşmede öngörülen cezai şart miktarı çok fahiş olup Borçlar Kanununun 161/Son maddesi uyarınca gerekli indirim yapılarak hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmelidir." Y9HD, 29.5.1997, 6252/10506. Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 30.10.2012.

yukarıda da açıklandığı üzere rekabet yasağı sözleşmesinin süre ile sınırlanması zorunlu olup, söz konusu süre en fazla iki yıl olabilir. Bu itibarla rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren nedenlerden ilki, sözleşmede öngörülen sürenin bitimidir. Zira öngörülen süre dolduğunda işçinin rekabet yasağı kendiliğinden sona erer.

2. İşverenin Yararının Kalmaması

Türk Borçlar Kanunu md. 447, f. 1'e göre (818 sayılı BK md. 352, f. 1), rekabet yasağı, işverenin bu yasağı sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer. İşverenin farklı bir bölgeye taşınması, faaliyet alanını değiştirmesi gibi haller işverenin rekabet yasağının devam etmesinde yararı kalmadığı durumlara örnek olarak gösterilebilir⁴².

3. İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmadan İşveren Tarafından Feshedilmesi

Türk Borçlar Kanunu md. 447, f. 2'ye göre, rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren bir diğer neden iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından feshedilmesidir. Söz konusu sona erme nedeni 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 352, f. 2'de "iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusur yok iken feshetmiş, ... ise işçi aleyhine memnuniyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez" şeklinde düzenlenmiştir⁴³.

42 SÜZEK, **2012**, s. 373. ALPAGUT, **2011**, 953. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, **2012**, s. 551. ŞAHLANAN, **2008**, s. 87. SOYER, **1994**, s. 94. KESER, **2011**, s. 100. UŞAN, **2003**, s. 272.

43 "Davacı işveren, davalı işçinin rekabet yasağına aykırı davranışından bahisle tazminat ödetilmesi isteğinde bulunmuştur. Mahkemece rekabet yasağı sözleşmesinde yazılı olan miktarın davalıdan tahsiline dair hüküm kurulmuştur. Taraflar arasında 22.3.1999 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinin eki niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmesinde, davalı işçinin fesih tarihinden itibaren bir yıl içinde davalı şirketin iştiğal alanına giren hiçbir işi kabul etmeyeceği, bu türden şirketlerde görev yapmayacağı kararlaştırılmış ve coğrafi sınır olarak Türkiye belirlenmiştir. Davalının iş sözleşmesi, 19.8.2003 tarihinde davacı işveren tarafından feshedilmiş ve tazminatlar davalı işçiye ödenmiştir. Davalı işçinin bir yıllık süre geçmeden davacı işverene rakip bir firmada yönetici sıfatıyla göreve başladığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 352. maddesinin 2. fıkrasında, "iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusur yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuniyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez" şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre, davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Somut olayda davacı işveren, davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmamıştır. Davalının iş

Bu hüküm kapsamında işverenin İş Kanunu md. 25 veya Türk Borçlar Kanunu md. 435'e dayalı olarak iş sözleşmesini feshettiği durumlarda rekabet yasağının devam edeceği ifade edilebilir⁴⁴. Ancak bu noktada asıl tartışılması gereken özellikle işverenin işçinin davranışı veya yetersizliğine dayalı olarak geçerli nedenle fesih yaptığı durumlarda rekabet yasağı sözleşmesinin sona erip ermeyeceğidir. Öğretide, yasada açıkça haklı nedenden bahsedilmesi nedeniyle geçerli fesih halinde rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁵. Kanımızca da kanunda açıkça haklı nedenden bahsedildiğine göre, haklı nedenin burada kanun koyucu tarafından teknik anlamda kullanıldığını kabul etmek, işverenin iş sözleşmesini İş Kanunu md. 25 veya Türk Borçlar Kanunu md. 435'e dayalı olarak haklı nedenle feshetmediği tüm durumlarda rekabet yasağının sona erdiğinin kabul edilmesi isabetli olacaktır.

4. İş Sözleşmesinin İşverene Yüklenebilen Bir Nedenle İşçi Tarafından Feshedilmesi

İş sözleşmesinin işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilmesi durumunda da rekabet yasağı sözleşmesi sona erer (TBK md. 447, f. 2). Bu noktada işçinin TBK md. 435, İK md. 24'e dayalı olarak veya işverene yükletilebilen, süreli feshi makul gösteren nedenlerden biriyle feshi durumunda işçinin rekabet yasağı ortadan kalkar⁴⁶.

818 sayılı Kanunda bu düzenleme "iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla işçi tarafından feshedilmiş ise işçi aleyhine memnuniyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez" şeklinde yer almış (md. 352, f. 2) ve öğretide İş Kanunu md. 24, f. I ve III'e dayalı yapılan fesihlerde işverenin kusuru olmadığından rekabet yasağı sözleşmesinin devam edeceği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁷. Kanımızca aynı sonuca yeni düzen-

sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiği, işverenin de kabulündedir. Böyle olunca, Borçlar Kanununun 352. maddesi hükmü davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Mahkemece davanın reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur." Y9HD, 3.4.2007, 913/9258. Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi: 31.10.2012.

44 KESER, **2011**, s. 101.

45 KESER, **2011**, s. 101.

46 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, **2012**, s. 555. SÜZEK, **2012**, s. 347.

47 KESER, **2011**, s. 101.

lemeler açısından da ulaşılabilmektedir. Zira kanunda işçinin sözleşmeyi haklı veya geçerli nedenle feshetmiş olmasına değil, fesihte işverenin kusurlu olup olmaması dikkate alınmıştır.

VII. Sonuç

Bir işletmede özellikle işverene ait üretim veya işle ilgili sırları edinebilecek konumda çalışan işçilerin, bu bilgileri söz konusu işletmeden ayrıldıktan sonra rakip işletmeler içinde kullanması, önceki işverenin haklı menfaatlerine zarar verir. Gerçekten günümüzde, rakiplerinin bir adım önünde olmak isteyen bazı işverenlerin, işletme ve işle ilgili sır niteliği taşıyan bilgileri edinebilmek için, bu bilgilere sahip işçileri "ayartma" yoluna giderek, kendi işletmelerinde işe aldıkları gözlenmektedir. İşte bu durumun önlenmesi için, ortaya çıkan kurum rekabet yasağı sözleşmesidir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, genel olarak işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işveren ile rekabet etmeyeceğini, özellikle kendi adına rakip bir işletme açmayacağını, başka bir rakip işletmede çalışmayacağını veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmeyeceğini taahhüt ettiği sözleşmedir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin haklı menfaatlerini korumak açısından önemli olmakla birlikte, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ağır bir şekilde ihlal etme ihtimali yüksek olan bir sözleşmedir. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği kanunda sınırlayıcı hükümlere tabi kılınmıştır. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 440 vd.'da yer verilmiştir.

Bu düzenlemeler kapsamında rekabet yasağı sözleşmesi ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken ilk önemli nokta rekabet yasağı taahhüdünde bulunan işçinin fiil ehliyetine sahip olması ve sözleşmenin yazılı olarak yapılmış olması şarttır. Aksi halde sözleşme geçersiz olur.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak hüküm ifade edebilmesi için aranan en önemli koşullardan biri de, işçinin işverenin müşteri çevresi veya üretim yada işle ilgili sırlarını biliyor veya bilebilecek durumda olması ve bu bilgilerin rakip işletmelerde kullanılmasının işverene önemli bir zarar verme ihtimali bulunmasıdır. Zira aksi halde işverenin korunması gereken haklı menfaatinden bahsetmek mümkün değildir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin çalışma özgürlüğünü ihlal etme tehlikesinin ortadan kaldırılabilmesi için kanunda ayrıca sözleşmeyle öngörülen yasağın yer, zaman ve süre açısından sınırlandırılması koşulu aranmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin getirdiği yeniliklerden biri de süre açısından rekabet yasağının en fazla iki yıl ile sınırlanabileceği kuralına yer vermiş olmasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yeni kanun öncekinden farklı olarak ayrıca hâkime aşırı rekabet yasağını sınırlama yetkisi vermiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranan işçi, işverenin bu nedenle uğradığı müspet zararları sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümlere göre karşılamak zorundadır. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu işçiye sözleşmede öngörülen cezai şartı ödeyerek yasaktan kurtulabilme imkânı tanımaktadır. Ancak bu durumda dahi, işverenin cezai şartı aşan bir zararı varsa, işçi bunu da karşılamakla yükümlü olacaktır. Rekabet yasağının ihlal edilmesinin bir diğer koşulu ise, yasağa aykırı davranışa son verilmesidir. Ancak bunun için kanun sözleşmede bu hakkın saklı tutulmuş olması ile işverenin ihlal ve tehdit edilen menfaatleri ile işçinin davranışının bu hakkın kullanılmasını haklı göstermesi koşullarını aramıştır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, öngörülen sürenin bitimi, işverenin korunması gereken bir yararının kalmaması, işveren tarafından haklı neden olmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi ve işverene yükletilen bir nedenle işçi tarafından feshedilmesi halinde sona erer.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan, "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı", **Kamu-İş**, C. 2, Ocak 1991.
- ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 31, Y. 2011, s. 913-959.
- ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku**, 25. Bası, İstanbul 2012.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra/ÖZTÜRK, Özgür, "İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü", **Devrim Ulucan'a Armağan**, İstanbul 2008, s. 399-457.
- DÖNMEZ, Kamil Yücel, **İşçinin Borçları**, Ankara 2000.
- ERDEMOĞLU, Deniz, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2009/21, s. 139-158.
- KESER, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, Y. 6, S. 24, s. 88-106.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, **İş Hukuku**, 5. Bası, Ankara 2012.
- SOYER, Polat, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994.
- SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul 2012.
- ŞAHLANAN, Fevzi, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2008, s. 71-89.
- TAŞKENT, Savaş/KABAKÇI, Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2009, Y. 4, S. 16, s. 21-46.
- UŞAN, Fatih, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara 2003.
- UŞAN, Fatih, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2011, Y. 6, S. 21, s. 116-128.

İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi

Araştırma

Cem ŞENOL*

*Arş. Gör., Erzurum Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi ABD.
(Res. Asst. Erzurum Atatürk University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law)
(E-Posta: cmsenol@atauni.edu.tr)

ÖZET

İçeriden öğrenenin ticareti suçu, SerPK'nın 47/A-1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçun temel iki ögesi içeriden öğrenilen bilgi ve içeriden öğrenen kişidir. Anılan unsurlar sırasıyla suçun maddi konusunu ve failini oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı, söz konusu iki unsuru, ceza hukuku prensipleri çerçevesinde ele almaktır. Bu amaç doğrultusunda çalışma da öncelikle içeriden öğrenilen bilgi daha sonra da içeriden öğrenenler ve işlem yasakları üzerinde durulmuştur. İçeriden öğrenenler incelenirken ise özellikle birincil öğrenenler ve bunlara yönelik işlem yasakları üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede çalışma karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak yapılmış, konuya ilişkin hem Kara Avrupası hem de Anglo - Amerikan hukukundaki durum hakkında bilgi verilmiştir. Yine çalışma sırasında yeri geldikçe ilgili unsurların anlam ve kapsamının değerlendirilmesinde ceza hukuku prensiplerinden de yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İçeriden öğrenen, bilgi, sermaye piyasası, AB, Sermaye Piyasası Kanunu

ABSTRACT

THE ANALYSIS OF INSIDE INFORMATION AND INSIDER IN TERMS OF CRIMINAL LAW

The crime of insider trading is regulated under the 47/A-1 article of the Capital Market Law. The two main elements of this crime is the information attained from inside of an organization, and the insider person who attained it. These two elements respectively constitute the material element and the committer of the crime. The purpose of this study is to discuss these two elements within the scope of the principles of criminal law. In line with this purpose, at first the inside information, then the informed insiders and the transaction prohibitions were discussed within the course of the study. Particularly primary informed insiders and the transaction prohibitions that apply to them were elaborated during the examination of the informed insiders. In this context the study was conducted by considering comparative law, and information on the cases in both Continental Europe and Anglo - American Laws were provided. Also, criminal law principles were utilized in evaluation the meaning and scope of the relative concepts as the occasion arose within the study.

Keywords

Insider, information, capital market, EU, Capital Market Law

Giriş

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesinin 1. fıkrasında öğrenenin ticareti suçu düzenlenmiştir¹. Bu suçun maddi konusu içeriden öğrenilen bilgi, faili ise, bu bilgiyi doğrudan veya dolaylı olarak öğrenerek maddi menfaat amacıyla kullanan kişilerdir.

Suçun maddi konusunu oluşturan içeriden öğrenilen bilginin en temel özelliği, kamuya açıklanmadan önce öğrenerek yatırım kararlarında kullanılması durumunda, kullanan kişilere diğer yatırımcılar karşısında avantaj sağlaması, böylelikle yatırımcılar arasındaki fırsat eşitliğini bozması ve sermaye piyasalarına duyulan güveni zedelemesidir. Zira anılan durumda söz konusu bilgiye sahip olan yatırımcı, diğerlerinin aksine yatırım yaptığı sermaye piyasası aracı hakkında net bir bilgiye sahip olduğundan, belirsizlikten kaynaklanan risklerden önemli ölçüde korunmuş olmaktadır. Bu nedenle kanun koyucular, sermaye piyasalarında yatırımcılar arasındaki haksız rekabeti önlemek ve yatırımcıların sermaye piyasalarına güvenlerini temin etmek için, sermaye piyasalarında içeriden öğrenilen bilgiye dayanılarak işlem yapılmasını suç olarak düzenlemişlerdir.

Kanun koyucular, anılan suç ve buna ilişkin ticari ve idari nitelikteki diğer hususları düzenleyen bilgiyi ilk elden, doğrudan kaynağından öğrenenler ile dolaylı yollardan öğrenenler arasında bazı ayrımlar yapmış, bu iki grubun sorumluluklarının kapsamını farklı şekillerde belirlemişlerdir. Bu ayrım içerisinde bilgiyi doğrudan öğrenenler birincil öğrenenler, dolaylı olarak öğrenenler ise ikincil öğrenen olarak anılmaktadır.

1 30.07.1981 tarih ve 17416 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun (SerPK) 08.02.2008 tarih 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 5728/372 sayılı Kanunla değişik 47/A-1. maddesi şu şekildedir: "Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek, içeriden öğrenenlerin ticaretidir. Bu fiili işleyen 11 inci madde kapsamındaki ihraççılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temaslari nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumda ki kişiler,... iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

İçeriden öğrenenin ticareti suçu bağlamında içeriden öğrenilen bilgi suçun maddi konusunu, içeriden öğrenen kişi (insider) ise suçun failini oluşturmaktadır. Bilgiyi edinen kişi ve edindiği içsel bilgi, bu suçun incelenmesi açısından en esaslı iki unsuru oluşturmaktadır. Bu durum söz konusu hususların ayrıntılı olarak incelenmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda içeriden öğrenenin ticareti suçunun esasını oluşturan bu iki kavram, özellikle ceza hukukunun temel ilkeleri esas alınarak incelenecektir.

1. İçeriden Öğrenilen Bilgi

1.1. Genel Olarak

İçeriden öğrenenin ticareti suçunun fiil unsurunu içeriden öğrenilen bilginin kullanılması, maddi konusunu ise içeriden öğrenilen bilgi oluşturmaktadır². Ancak hiç kuşkusuz bir sermaye piyasası aracına ilişkin her türlü bilgi, anılan suçun konusunu oluşturmamaktadır. Söz konusu suça vücut verecek bilgi, belli özelliklere sahip bir bilgidir. Bu nedenle hangi tür bilgilerin anılan suçun oluşumuna sebebiyet verecek nitelikte olduğunun belirlenmesi konunun açıklanması açısından önem arz etmektedir.

Bir sermaye piyasası aracı ile ilgili bilginin içeriden öğrenenin ticaretinin konusu olabilmesi için

2 EVİK, Ali Hakan/ EVİK, Vesile Sonay, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", İÜHF M C LXIII, S.1-2, s.42; TACİR, Hamide, "Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/2, İstanbul 2006, s.99. Öğretide suçun maddi konusunu içeriden öğrenilen bilgi olduğu belirtirse de kanaatimizce içeriden öğrenilen bilgi her durumda suçun maddi konusunu oluşturmamakta, kimi durumlarda tipiklikte yer alan fiile ilişkin bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Zira suçun maddi konusu hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şeydir. Söz konusu suçun hareket unsuru, içeriden öğrenilen bilginin kullanılmasıdır. Söz konusu suç serbest hareketli bir suç olduğundan kullanma fiilinin anlamı konusunda öğretilde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bilginin kullanılmasından kasit bilgiye dayalı olarak sermaye piyasalarında işlem yapılmasıdır. Diğer bir görüş ise, bilginin başkalarına aktarılmasının da söz konusu suça vücut vereceği kanaatindedir. Bilginin kullanılmasının sermaye piyasalarında işlem yapmak şeklinde ortaya çıktığı durumlarda suçun maddi konusu bilgiye dayanılarak üzerinde işlem yapılan menkul kıymet olmaktadır. Bu durumda bilgi maddi konu değil, tipiklikte yer alan fiile ilişkin bir unsurdur. Ancak bilginin aktarılması da kullanmak kapsamında kabul edilirse, kullanmanın bu şekli açısından bilgi, suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu suçta fiil unsurunu oluşturan "bilginin kullanılması"nın kapsamına göre suçun maddi konusu, bilgiye dayanılarak üzerinde işlem yapılan menkul kıymet veya bilginin kendisi olabilmektedir. Bu çalışmada ilgili yerlerde konuya ilişkin açıklamalar yapılırken, bilginin hem maddi konu hem de tipiklikte yer alan fiile ilişkin bir unsur olabileceği göz önüne alınmıştır.

bazı özelliklere sahip olması gerekir. Öncelikle bir bilginin bu kapsamda değerlendirilebilmesi için, piyasada işlem gören bir sermaye piyasası aracı veya bu aracın ihraççısı ile ilgili olması gerekir. Yine ancak belirli kişilerin hâkimiyetinde olup henüz kamuya açıklanmamış olan bilgiler yatırımcılar arasında eşitsizliğe yol açabileceği için, bu bilginin henüz kamuya açıklanmamış; yani içerideki bir bilgi olması gerekir. Bilginin içeriden öğrenilen bilgi sayılması için gereken diğer şartlar ise, spekülasyon değil kesin nitelikte ve kamuya açıklanmadığımda sermaye piyasası aracının fiyatı etkileyebilecek olmasıdır³. Dolayısıyla içeriden öğrenenin ticareti suçunun maddi konusunu oluşturan içeriden öğrenilen bilgi, sermaye piyasası araçları ile ilgili olan, söz konusu aracın fiyatının artması ya da azalmasına neden olacak, henüz kamuya açıklanmamış kesin bilgidir.

1.2. İçeriden Öğrenilen Bilginin Unsurları

1.2.1. Sermaye Piyasası Araçları veya İhraççıyla İlgili Olma

Bir bilginin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilebilmesi için ya bir sermaye piyasası aracı (financial instruments) ya da bu aracın ihraççı veya ihraççıları ile ilgili olması gerekmektedir⁴.

Sermaye piyasası araçlarının neler olduğu, Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nin içeriden öğrenenin ticareti ve piyasa manipülasyonuna ilişkin 28 Ocak 2003 tarih 2003/6 sayılı Direktifinin⁵ 1. maddesinin 3. fıkrasında açıklamıştır⁶. Buna göre finansal araçlar;

- 10 Mayıs 1993 tarihli menkul kıymetler alanında yatırım hizmetleri üzerine 93/22/EEC Konsey Yönergesi'nde tanımlandığı gibi devredilebilir menkul kıymetler,
- müşterek yatırım teşebbüslerinde birimler,
- para-piyasa araçları,
- denk nakdi mutabakat araçları da dahil vadeli finansal sözleşmeler,
- vadeli faiz oranı akitleri,
- faiz oranı, nakit ve yatırım takasları,
- denk nakdi mutabakat araçları dahil bu kategorilere giren herhangi bir aracın satın alınma ya da elden çıkarılma seçenekleri anlamına gelir. Bu kategori bilhassa nakit ve faiz oranları seçeneklerini,
- metalardaki türevleri,
- bir Üye Devlet'teki düzenlenmiş bir piyasada alım-satımı kabul edilmiş ya da böyle bir piyasada alım-satımının kabulü için bir talepte bulunmuş sair araçları kapsar.

Dolayısıyla bu araçlara ilişkin bilgiler, diğer unsurlarını da taşıması durumunda içeriden öğrenenin ticaretinin konusunu oluşturabilecektir. Hemen belirtelim ki; sınırlayıcı nitelikteki bu tip bir sayım kanunumuzda bulunmamaktadır. Ancak hiç kuşkusuz bu durum hukukumuz açısından anılan unsurlara ilişkin bilginin suçun maddi konusunun kapsamına girmediği anlamına gelmemektedir. Zira kanunumuzun bilginin kaynağına ilişkin sınırlamaya yapmayan düzenlemesinin anılan hususları da kapsadığı açıktır.

İçeriden öğrenilen bilginin ikinci grubu, ihraççı veya ihraççılara ilişkin bilgilerdir. Bu nedenle ihraççı kavramının da açıklanması yararlı olacaktır. Türk sermaye piyasası hukukunda ihraççı; sermaye piyasası araçlarını halka arz eden anonim ortaklıklar, kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeleri ifade etmektedir⁷. Bu nedenle sayılan kurum ve kuruluşlarla ilgili bilgiler de içeriden öğrenenin ticaretinin maddi konusunu oluştururlar.

İhraççılara ilişkin bilgi öğretilde genellikle ikiye ayrılarak incelenmektedir: Şirket/ortaklık bilgisi (corporate information) ve piyasa bilgisi (market

3 MÜLLER, Welf/RÖDDER, Thomas (Hrsbg.), **Beck'sches Handbuch der AG**, München 2009., prg. 204; ALBELOOSHI, Abdulsalam, **The Regulation of Insider Dealing: An Applied and Comparative Legal Study towards Reform in the UAE**, University of Exeter 2008, s.230 vd; TURANBOY, Asuman, **İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)**, Ankara 1990, s.39 vd; HACİMAHMUTOĞLU, Sibel, **"AT Düzenlemeleri Işığında İçeriden Öğrenilen Bilgi" Kavramının Değerlendirilmesi**", Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 161 vd.

4 Avrupa Birliği'nin 28 Ocak 2003 tarih 2003/6 sayılı Direktif'inin 1. maddesi.

5 Bundan sonra Direktif olarak anılacaktır.

6 AB hukukunda konuya ilişkin bir önceki düzenlemeyi oluşturan 89/592/EEC'de "finansal araçlar" yerine "menkul kıymet" kavramı kullanılmıştı. Ancak menkul kıymet ifadesinin kavramı açıklamakta yetersiz kaldığı düşünüldüğü için 2003/6 nolu direktifte finansal araçlar terimi kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HACİMAHMUTOĞLU, **2003**, s.170. Amerikan hukukunda da bilginin konusunu menkul kıymetler ve finansal araçlar oluşturmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HAZEN, Thomas Lee/RATNER, David L., **Securities Regulation In A Nutshell**, 2006, s.25.

7 HACİMAHMUTOĞLU, **2003**, s.172. İngiliz hukukunda ihraççıların kimler olduğu 1993 tarihli Criminal Justice Act (CJA)'nın 60. maddesinin 2. ve 3. maddelerinde sayılmıştır. Bu sayımda, bizim hukukumuzdan farklı olarak, ülke merkez bankalarının da ihraççılar arasında sayılmış olması dikkat çekmektedir.

information)⁸. Buna göre ihraççının mali durumu veya malvarlığı üzerindeki etkisi nedeniyle sermaye piyasası aracının fiyatı üzerinde etkili olacak bilgi, ihraççının kendi içinden kaynaklanan bir bilgi ise, şirket bilgisi olarak adlandırılmaktadır. Ancak bilgi ihraççının kendi içinden kaynaklanmıyorsa piyasa bilgisi olarak adlandırılmaktadır⁹. Sınırları tam olarak belli olmayan ve somut olayda belirlenmesi zorluklar yaratacak böylesi bir ayırımın, suçun maddi konusunun tespiti açısından pratik bir yararının bulunmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim kanun koyucular da konuya ilişkin düzenlemelerde bu nitelikte ayrımlara yer vermemektedirler.

Kanaatimizce suçun maddi konusunun kapsamının belirlenmesi "ilgili" olmanın anlamının açıklanması ile mümkündür. Bu nedenle maddi konunun belirlenmesi açısından bilginin sermaye piyasası araçları ve/veya ihraççıları ile "ilgili" olması ile neyin kastedildiğinin açıklanması yol gösterici olacaktır. SerPK'nın 47/A-1 maddesinde suç düzenlenirken bilginin ilgili olabileceği hususlara ilişkin herhangi bir tahdidi sayım yapılmamış, bu konu aracın değerini etkileme ölçütüne bağlanarak düzenlenmiştir. Bu nedenle hukukumuz açısından sermaye piyasası aracı ve/veya ihraççısı ile ilgili bilgi kavramını, herhangi bir teorik sınırlamaya tabi tutmadan, fiyata etkililiğinin temel kıstas olduğu bir yaklaşım çerçevesinde değerlendirmenin doğru olacağını düşünmekteyiz¹⁰.

Bu teorik tespit doğrultusunda, sermaye piyasası aracı ve/veya ihraççısı ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili olan ve sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebilecek her türlü bilginin ilgili bilgi olduğu açıktır. Bu bağlamda fiyatına etki edebilecek birleşme ve satın alma haberleri, şirketin mali yapısına ilişkin veriler, müşteri siparişleri, şirketin satış ve maliyet unsurlarına ilişkin veriler, şirketin temettü politikasına ilişkin haberler gibi bilgilerin sermaye piyasası aracı ve/veya ihraççısı ile ilgili

bilgi olduğuna kuşku bulunmamaktadır¹¹. Aynı şekilde sadece ortaklığa ilişkin değil, ortaklığın iş ve müşteri çevresine ve rakiplerine ilişkin bilgilerinde ihraççılarla ilgili bilgi olduğu belirtilmektedir¹². Yine bizce bir ihraççıya ilişkin açılan davalarda verilen kararlar da bu kapsamda sayılmalıdır.

Ancak bu konuda sermaye piyasası aracı ya da ihraççı ile ilgili olmayan; ancak faiz, kur, borçlanma politikası gibi devletin sermaye piyasalarını etkileyebilen ekonomi politikalarına ilişkin bilgilerin içeriden öğrenilen bilgi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, diğer bir söyleyişle ilgili bilgi olup olmadığı tartışmalıdır. Devletin devalüasyon yapacağına ya da ihraççı şirketin faaliyet gösterdiği alanda teşvik uygulamasına geçeceğine ya da ithalat yasağı getireceğine ilişkin bilgiler bu duruma örnek olarak verilebilir. Öğretide bu soruya genellikle olumlu yanıt verildiğini belirtmek gerekir¹³. Sermaye piyasası kanunumuz açısından bu konuda açıkça dışlayıcı bir hüküm bulunmadığı için, fiyata etkili olabilecek nitelikteki anılan bilgilerin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilmesi doğru olacaktır.

Kanaatimizce sadece devletin piyasaları etkileyebilecek ekonomi politikalarına ilişkin bilgilerin değil, belirli bir veya birden fazla sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebilecek başta güvenlik ve dış politika olmak üzere herhangi bir alandaki bilgi de içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilmelidir¹⁴. Zira bir bilginin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilmesinde önem taşıyan husus, bilginin kaynağını oluşturan işlemin kimin

11 TURANBOY, 1990, s.52 vd; MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg. 207.

12 TURANBOY, 1990, s.52; ALBELOOSHI, 2008, s.238.

13 HANNIGAN, Brenda, **İnsider Dealing**, London 1994, s.62; CAFRITZ, Eric/GENICOT, Olivier, "**EU Market Abuse Rules Memorandum**", <http://www.friedfrank.com/index.cfm?pageID=25&itemID=1966> (E.T:08.03.2012), s.6. HACİMAHMUTOĞLU (s.174), Birleşik Krallık gibi bazı ülkelerin mevzuatında devletin ekonomi politikalarına ilişkin bilgilerin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilmediğini ve kavramın kapsamının bu şekilde sınırlandırıldığını nakletmektedir. Ancak CJA'nın 56. maddesinde düzenlenen içeriden öğrenilen bilgi kavramının açıklamasını yapan 60. maddede sadece şirkete ilişkin bilgilerin değil, şirketin iş ortaklarını etkileme olasılığı bulunan bilgilerinde içeriden öğrenilen bilgi kapsamında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla İngiliz Hukukunda da hem şirket bilgilerinin hem piyasa bilgilerinin hem de, şirketin ekonomik durumunu etkileyecek olmak kaydıyla devletin ekonomik politikaları dâhil her türlü bilginin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edildiğini söylemek bizce daha doğru olacaktır. Aynı yönde ALBELOOSHI, 2008, s. 238.

14 Aynı yönde EVİK/EVİK, 2005, s.45.

8 TURANBOY, 1990, s.51-53; BAINBRIDGE, Stephen M., "**An Overview of US Insider Trading Law: Lessons for the EU ?**" *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 05-5*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=654703 (E.T. 10.04.2012), s.8.

9 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.172; BAKKALCI, Şebnem Meral, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Sorumluluğu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007, s.79, 80.

10 Aynı görüşte, MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.207.

tarafından yapıldığı değil, diğer unsurları da taşıması kaydıyla sermaye piyasası aracı veya ihraççısı ile ilgili olmasıdır. Bu nedenle örneğin; devletin petrol şirketinin önemli bir petrol veya doğal gaz rezervi bulduğuna ilişkin bilgi ya da devletin ithal ettiği enerji kaynaklarının fiyatlarında değişmeye yol açacak bir antlaşma veya silahlı çatışma bilgisi, başta enerji sektörüne ilişkin finansal araçlar olmak üzere fiyatını etkileyebileceği bütün finansal araçlar açısından ilgili bilgi olarak kabul edilmelidir¹⁵. Dolayısıyla bu bilgilerde içeriden öğrenenin ticareti suçunun maddi konusunu oluşturabilecektir. Ancak bu gibi durumlarda bilginin içsel olup olmadığı değerlendirilirken, kamuya açık bir bilgi olup olmadığı üzerinde titizlikle durulmalıdır.

Konuyu özetlersek, Türk Hukukunda içeriden öğrenenlerin ticareti suçunu düzenleyen SerPK'nın 47/A-1 maddesinde suçun oluşmasına neden olacak içeriden öğrenilen bilginin konusuna ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu nedenle bir bilgi, kaynağı ne olursa olsun sermaye piyasası aracının fiyatını etkiliyorsa ilgili bilgidir ve içeriden öğrenenin ticareti suçunun konusunu oluşturabilir.

1.2.2. Kamuya Açıklanmamış Olma

Bir bilginin içsel bir bilgi olarak kabul edilebilmesi için bulunması gereken unsurlardan bir diğeri de "henüz kamuya açıklanmamış" olmasıdır^{16,17}. İçsel bilginin bu unsuru, sermaye piyasalarında halka açık anonim ortaklıkların yatırımcısının korunması açısından benimsenen en önemli ilke olan kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün bir sonucudur¹⁸. Zira ancak kamuya açıklanmamış bir bilgi, yatırımcılar arasında fırsat eşitliğini bozacağı

15 Bu konuda bkz. CAFRITZ/GENICOT, **Memorandum**, s.6; TURANBOY, **1990**, s.47. Bu konuda temel tartışma bilginin sadece belli bir araç veya ihraççı ile ilgili olmasının zorunlu olup olmadığı, yoksa tüm sektörü ilgilendiren örneğin sektöre yönelik yeni vergi getirileceğine ilişkin bir bilginin de içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Genel eğilim fiyat etkisinin dikkate alınarak konuya yaklaşılması ve tüm bir sektörü ilgilendiren bir bilginin de içsel bilgi olarak kabulü yönündedir. ALBELOOSHI, **2008**, s.239.

16 SPK 47/A; 2003/6 nolu Direktif madde 1/1. WpHG m.13/1.

17 Bu unsur Direktifte "has not been made public", İngiliz hukukunda (FSMA/CJA) "is not generally available/ has not been made public", Amerikan hukukunda "nonpublic information", Alman hukukunda ise (WpHG) "nicht öffentlich bekannt" olarak adlandırılmaktadır.

18 Kamuyu aydınlatma prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TURANBOY, **1990**, s.7.

için içsel bilgi olarak kabul edilebilir ya da diğer bir söyleyişle kamu tarafından bilinen bir bilgi, yatırımcıların karar alırken yararlanabildiği bir bilgiye dönüştüğünden dolayı içeride öğrenilen bilgi olarak nitelendirilemez¹⁹. Dolayısıyla bu unsur açısından konunun iki boyutu bulunmaktadır. İlk olarak, sermaye piyasası aracına ilişkin bilgiler açısından bilginin ne zaman kamuya açıklanmış sayılacağı ve ikinci olarak fiyata etkili olabilecek ilgili bir bilginin hangi durumlarda kamuya açık sayılacağıdır.

Bu nedenle içeriden öğrenilen bilginin kamuya açıklanmamış olma özelliği ile alakalı olarak üzerinde durulması gereken ilk husus, sermaye piyasası aracı veya ihraççısına ilişkin bir bilginin ne zaman kamuya açıklanmış sayılacağı oluşturmaktadır. Bu konuda bir görüş, bilginin yatırımcılar veya piyasa katılımcılarını bilgilendirmek amacıyla kamuya duyurulmak üzere yetkili makama verildiği anda kamuya açıklanmış bilgi haline geldiğini kabul etmektedir. İkinci görüş ise, bilginin kamuya açıklanmış bilgi olması için yetkili makamlara iletilmesinin yeterli olmadığını, bilginin kamunun kullanımına da sunulmuş olması gerektiğini öne sürmektedir²⁰.

İki görüş arasındaki farkı bir örnek üzerinden açıklarsak; borsada işlem gören F takımının bir oyuncusunu yüksek bir bonservis bedeli karşılığında bir başka takıma sattığını düşünelim. Bu durumda birinci görüşün kabulü halinde bu bilgi, satış anlaşmasının İMKB'ye bildirildiği; ikinci görüşün kabulü halinde ise, İMKB tarafından borsa bülteninde yayınlandığı tarihte kamuya açıklanmış bilgi haline gelecektir. Kanaatimizce içeriden öğrenilen ticareti suçunun düzenleniş amacının herhangi bir yatırımcının diğer yatırımcıların elinde olmayan bir bilgiye dayanarak işlem yapmak suretiyle haksız çıkar sağlamasını engellemek olduğu göz önüne alındığında, bilginin kamuya açıklandığı an olarak, bilginin kamunun erişebileceği bilgi kaynakları ile kullanıma sunulduğu anın alınması daha doğru olacaktır²¹. Dolayısıyla bir bilginin kamuya açıklanmış sayılması için yetkili makamlara verilmesi yeterli olmayıp, bilgi iletişimi araçları ile kamunun kullanımına da sunulmuş

19 HACİMAHMUTOĞLU, **2003**, s.161; TURANBOY, **1990**, s.63. EBENROTH, Thomas Carsten/BOUJONG, Karlheinz/JOOST, Detlev/STHROHN, Lutz, **Handelgesetzbuch**, 2009, prg. VI83, VI84.

20 HACİMAHMUTOĞLU, **2003**, s. 163.

21 Aynı yönde; HACİMAHMUTOĞLU, **2003**, s. 163.

olması gerekir. Ancak bunun için herkesin kullanımına sunulmuş olması gerekmez, piyasaya katılan yatırımcıların öğrenebileceği bir platformda açıklanmış olması yeterlidir²².

Belirtmek gerekir ki; konuya ilişkin olarak ne Direktifte ne de SerPK'nın 47/A-1 maddesinde bilginin ne zaman kamuya açıklanmış sayılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. SerPK'da, sadece bazı maddelerinde gerek sermaye piyasası araçlarının kayda alınması gerekse de kamunun aydınlatılmasına ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir²³. Bir bilginin kamuya açıklanmasına usulüne ilişkin düzenlemeler ise, asıl olarak kurumun tebliğleri ile yapılmıştır. Sermaye Piyasası Kurumu'nun 30.05.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan konuya ilişkin tebliğinde²⁴, kamuyu bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için, bilgilerin elektronik imza ile Kamuyu Aydınlatma Platformuna gönderilmesi şart koşulmuştur. Bu nedenle hukukumuz açısından, en azından şirket bilgileri bakımından, kamuya açıklanmış olma zorunluluğunun belirtilen an itibariyle yerine getirildiğinin kabulü doğru olacaktır.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda ise, Amerikan hukukunda bilginin kamuya açıklanmasının "açıkla ya da kaçın (disclose or abstain)" kuralı çerçevesinde ele alındığı görülmektedir²⁵. Buna göre, bir sermaye piyasası aracı veya ihracısına ilişkin bilgiye sahip olanlar, bilgiyi açıklamaya kadar işlem yapmaktan kaçınmakla yükümlüdürler²⁶. İngiliz Hukukunda ise, bilginin kamuya

açık bir bilgi olduğunun kabul edildiği durumlar kanunlarda örnek olarak sayılmıştır²⁷. Buna göre bilgi;

- Bir iletişim vasıtası ya da piyasa kurallarının belirlediği yöntemle yatırımcıları ve profesyonel danışmanları bilgilendirmek için açıklanmışsa,
- Kamunun incelemesine açık kayıtlarda (örneğin bilanço gibi) yer alıyorsa,
- Kamuya açıklanmış başka bir bilgiden kişisel çaba ve uzmanlık ile çıkarılabiliyorsa,
- Paralı olarak ulaşılabile bile, internet ya da kamunun ulaşabileceği yayınlarda yer alıyorsa,
- Gizlilik, mülkiyet gibi haklarını ihlal etmeden bireyler tarafından gözlem yoluyla elde edilebiliyorsa²⁸,
- Başka bir bilgiden analiz ya da yorum yoluyla elde edilebiliyorsa,
- Birleşik Krallık dışında yayınlanmış ise,

kamuya açıklanmış bilgi olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda son olarak içeriden öğrenenin kamuya açıklanmamış bir bilgiyi açıkladığını

yükümlülüğünün sadece şirket ile güven ilişkisi içerisinde bulunan tipperlar açısından geçerli olduğu belirtilmiş, tippeelerin böyle bir yükümlülüğü bulunmadığı belirtilmiştir. Buna göre bir tippee'nin sorumluluğu tipper'dan türemektedir ve tippee'nin sorumlu tutulması için, tipper'ın güven ilişkisini ihlal ettiğini bilmesi veya bilebilme imkânı olmalıdır. Daha sonraki tarihlerde ise, konu, misappropriation teorisi çerçevesinde ele alınmaya başlanmıştır. Ancak bu konuya ilişkin görüş ayrılıklarının henüz sona ermediği emsal nitelikteki son karar olan O'Hagan kararının neden olduğu tartışmalarda da görülmüştür. Bu konuda son olarak şunu da belirtelim ki; Kara Avrupası hukuku ile Amerikan hukukunda içeriden öğrenenin ticaretinin hukuksal temeli ve korumayı amaçladığı yararlar bazı açılardan farklılık göstermektedir. Hatta bu farklılık Amerika'nın farklı federe devletleri arasında da bulunmaktadır. Bu nedenle inceleme yapılırken şartlar ve kapsam açısından farklılıklar bulunduğu dikkate alınmalıdır. Konuya ilişkin bilgi için bkz. ALBELOOSHI, 2008, s. 143 vd.; BAINBRIDGE, *Insider Trading*, s.55 vd.; TURANBOY, 1990, s.60 vd.; QUINN, Randall W., "The Misappropriation Theory of Insider Trading in The Supreme Court", A (Brief) Response to the (Many) Critics of United States v. O'Hagan", Fordham Journal of Corporate & Financial Law, Vol 8, Issue 3, 2003,s.865 vd.; ENGLE, Eric, "Insider Trading in U.S. and E.U. Law : A Comprasion", [European Business Law Review, Vol. 26, 2010](http://www.euuk-market-abuse-regime---overview.aspx), s.10.

27 CJA madde 58. Ayrıca bkz. Slaughter and May, *EU/UK Market Abuse Regime - Overview*, 2011, <http://www.slaughterandmay.com/what-we-do/publications-and-seminars/publications/client-publications-and-articles/t/the-euuk-market-abuse-regime---overview.aspx>. (E.T:05.03.2012), s.18.

28 Bu konuda verilen ilginç bir örnek; kişinin seyahat ederken bir fabrikanın yandığını görmesi suretiyle edindiği bilginin kamuya açıklanmış bir bilgi olduğudur.

22 ERBS, George/KOHLHAAS, Max (Hrsbg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, München 2011,WpHG, prg. 9; EBENROTH-BOUJONG-JOOST-STROHN-GRUNDMANN, 2009, prg. VI83. Amerikan hukukunda bilginin kamuya açıklanmasından sonra içeriden öğrenen kişinin işlem yapmadan önce bilginin fiyatlara yansıtılabileceği bir süre kadar beklemesi gerektiği de belirtilmektedir. Bu konuda bkz. TURANBOY, 1990, s.63; BAINBRIDGE, *Overview*, s.7. Yazar, bilginin kamuya açıklanması en azından önemli yatırım haber sitelerinde görünene kadar beklenmesi gerektiği görüşündedir.

23 Söz konusu hükümler için bkz.SP1 1, 5-7, 16, 16/A.

24 30.05.2009 tarih ve Seri:VIII, 61 nolu tebliğ madde 4 ve 5.

25 BAINBRIDGE, Stephen M., *Securities Law: Insider Trading*, New York 1999, s.55 vd; BAKKALCI, 2007, s.83.

26 BAINBRIDGE, *Insider Trading*, s.55 vd; TURANBOY, 1990, s.63. Amerikan hukukunda açıkla ya da işlem yapma kuralının temelleri ilk olarak 1961 tarihli Cady Roberts & Co davasında ortaya çıkmış, 1968 tarihli Texas Gulf Sulfur davasında da hükme dayanak yapılmıştır. Bu kararlarda kural, eşit işlem ilkesine dayandırılmış ve bilgiyi dolaylı öğrenen tippeelerinde söz konusu yükümlülük altında bulunduğu belirtilmiştir. Ancak önce 1980 tarihli Chiarella sonra da 1983 tarihli Dicks kararında ise, açıklama yapma

zannederek işlem yapması durumunda, suçun maddi unsurlarında hataya²⁹ ilişkin TCK'nın 30/1. maddesi hükmü, bilginin kamuya açıklanması gereken bir bilgi olduğu konusunda değerlendirme hatası yaparak işlem yapması durumunda ise TCK 30/4 gereği haksızlık yanılığının³⁰ söz konusu olabileceğinin belirtelim.

1.2.3. Bilginin Kesin Olması

Bir bilginin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilmesi için, kesin (a precise nature) bir bilgi olması gerektiği belirtilmektedir³¹. Bu konuda öncelikle SerPK'nın içeriden öğrenenin ticareti suçunu düzenleyen 47/A-1 maddesinde içeriden öğrenilen bilginin fiyata etkili olma ve kamuya açıklanmamış olma özelliklerinden bahsedilmesine rağmen, kesin olma unsurundan bahsedilmediğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla hukukumuzda içeriden öğrenenin ticareti suçu bakımından söz konusu unsurun varlığı tartışmaya açıktır³². Ancak gerek Direktifte³³ gerekse de karşılaştırmalı hukukta³⁴ bir

bilginin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilebilmesi için kesin (precise information) olması gerektiği unsur olarak açıkça zikredilmektedir.

Kanaatimizce içeriden öğrenenin ticareti suçuna konu olacak bir ilgili bilginin kesin olması, mameleki yarar amacıyla işlenen bu suçun tipikliğinin bir gereğidir. Zira bir bilginin, kendisine sahip olan yatırımcıya diğer yatırımcılar karşısında avantaj sağlaması için rasyonel bir yatırımcının yatırım kararı üzerinde belirleyici olacak şekilde güvenilir ve kesin olması gerekir³⁵. Çünkü bir yatırımcıya diğer yatırımcılar karşısında avantaj sağlayacak bilgi, ancak ve ancak yatırım risklerini ortadan kaldıracak kesinliğe ve güvenilirliğe sahip bir bilgi olabilir. Aksi durumda ortada sermaye piyasalarının doğal bir unsuru olan spekülasyon bilginin varlığı söz konusudur ki; bu tür bir bilginin de yatırımcıya diğer yatırımcılar karşısında bir avantaj sağlamasından, dolayısıyla da içeriden öğrenenin ticareti suçunun konusunu oluşturmasından bahsedilemez³⁶.

Dolayısıyla SerPK 47/A-1'de bilginin kesin olmasından bahsedilmese de, maddenin lafzında yer almayan söz konusu unsurun maddeye dâhil olduğunun kabulü doğru olacaktır. Ancak böylesi bir kabulün konuyu tek başına çözmek için yeterli olmayacağını da belirtmek gerekir. Zira kanunda yer almayan bu unsur için karşılaştırmalı hukukta yer verilen ve kapsam açısından farklı olan belirli (specific), somut (konkrete) ve kesin (precise) kavramlarından hangisinin esas alınacağı sorununun da çözülmesi gerekir³⁷. Bu konuda kanaatimizce suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince içeriden öğrenilen bilginin unsuru olarak, farklı ülke hukuk sistemlerinde yer verilen bu kavramlardan hiçbirisi yargı organları tarafından SerPK 47/A-1'de düzenlenen içeriden öğrenenin ticareti suçunun uygulamasında bir diğerine tercih edilemez. Bu nedenle de somut bir davada, yargı

29 Suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin olarak bkz. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011, s.552.

30 Haksızlık yanılığına ilişkin olarak bkz. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.560; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2011, s.277; ÖZBEK, Velî Özer/ KANBUR, Nihat/BACAĞSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2010, s.417.

31 2003/6 nolu Direktif madde 1/i; İSFEN, Osman, **"Sermaye Piyasalarının Suistimale Karşı Korunmasında Avrupa Hukuku Standartları"**, Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s.500; Slaughter ve May, **2011**, s.17.

32 Yeni hazırlanan SerPK taslağında da anılan unsuru yer verilmemiştir.

33 Yönerge, m. 1. Yönerge kavramın karşılığı olarak "precise nature" ifadesini kullanılmaktadır.

34 İngiliz hukukunda (CJA 1993 Part V 56/1) bilginin bu unsuru "specific or precise" olarak ifade edilmektedir. Ancak 2000 tarihinde kabul edilen "Financial Services and Market Act" yasasının içeriden öğrenilen bilgiyi tanımlayan 118c maddesinde, AB yönergesi paralelinde "precise nature" kavramı kullanılmıştır. Amerikan hukukunda kavram, "material information" olarak anılmaktadır. Ancak bu kavram, bilginin hem kesinliğini (specific or precise) hem de fiyata etkililiğini birlikte ifade eden bir kavram durumundadır. Alman hukukunda ise (WpHG, m.13/1) "konkrete information" olarak anılmaktadır. Alman hukukundaki durum için bkz. MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, **2009**, prg.205; ERBS/KOHLHAAS/WEHOWSKY,WpHG, **2011**, prg.4. Amerikan hukukundaki material information kavramı için bkz. TURANBOY, **1990**, s.48; CUNLIFFE, Sophie Anne, **"Materiality in Insider Trading"**, www.otago.ac.nz/law/ojlr/.../Cunliffe.pdf (E.T:07.04.2012), s.21 vd. İngiliz hukukundaki farklı kullanımlar ve mevcut durum için bkz. ALBELOOSHI, **2008**, s.235 vd.

35 CUNLIFFE, **Materiality**, s.5, 6; BAKKALCI, **2007**, s.84.

36 ALBELOOSHI, **2008**, s.237; EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN/GRUNDMANN, **2009**, prg.VI82; MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, **2009**, prg.205.

37 Söz konusu kavramların farklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. HACIMAHMUTOĞLU, **2003**, s.167, 168; HANNIGAN, Joerg, **"Insider Trading: An Economic and Legal Problem"**, *Gonzaga Journal of International Law*, Vol.1, 1997-1998, s.28; Örneğin Alman hukukunda salt söylentiye dayanmayan ancak kesinlik sınırına ulaşmadan ileride %50'nin üzerinde bir ihtimalle gerçekleşebilecek durumların kesinlik sınırına ulaşmasa bile "konkrete information" olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir. MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, **2009**, prg.205.

organları, içeriden öğrenilen bilgiye ilişkin olarak söz konusu unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde söz konusu suçun “*mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek*” şeklinde görülebilecek bir zarar suçu olarak düzenlenmiş olmasını dikkate almalıdır.

Buna göre bir bilgi yatırımcıyı, başka makul bir sebep olmaksızın işlem yapmaya yöneltmiş ve bunun sonucunda mameleki bir yarar sağlamasına veya zararı bertaraf etmesine imkân vermişse kesin bir bilgi olduğu kabul edilmelidir. Zira kanun koyucu bu unsuru, herhangi bir daraltıcı ifade ile sınırlamadığına göre, yargı organları da daraltıcı bir yaklaşım içerisinde olmamalıdır. Bu bağlamda bilginin içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilmesi için mutlaka gerçek olması gibi oldukça daraltıcı ve suçla korunmak istenen yararlar bağdaşmayacak bir vasfa sahip olmasının aranması ise tamamen hatalı bir yaklaşım olacaktır. Çünkü bir sermaye piyasası aracına ilişkin bilginin yatırımcının kar elde etmesi ya da zarar etmesini engellemesi için mutlaka gerçek olması gerekmez; fiyat üzerinde etki doğurabilecek bir maddi içeriğe sahip olması, kesinlik için yeterlidir³⁸. Diğer bir ifadeyle kesinlik, gerçeklik kadar katı bir kavram değildir ve bu nedenle yatırım kararını etkileyecek maddi olgulara dayanan bir bilginin varlığı yeterlidir³⁹. Ancak bir bilginin gerçek olarak nitelendirilebilmesi için gerekenin aksine kesin olarak nitelendirilebilmesi için yatırım kararının alındığı anda mevcut olması gerekmez, sadece mevcut olan değil, gelecekte meydana geleceği somut bulgulardan anlaşılan bilgilerde kesin bilginin kapsamına girer⁴⁰. Dolayısıyla bu konuda yapılabilecek en basit tanımlama ile kesinlikten kastın, bilginin fiyat etkisini anlamayı mümkün kılacak belirlenebilir bir maddi içeriğe sahip olması olduğu söylenebilir.

Bilginin içeriden öğrenilen bilgi olarak nitelendirilmesi için belli bir varlığının olması, yani ortada bilgi olarak nitelendirilebilecek verilerin var olması gerekir. Zira suç açısından failin kastı

kapsamında bilmesi gereken şeylerden birisi de bilgi niteliğindeki bu verilerdir⁴¹. Bu bağlamda öncelikle belirtilmelidir ki; öğretide de ifade edildiği gibi içeriden öğrenenin ticaretine konu olabilecek kesin bilgi söylentiye dayanmayan bilgidir⁴². Dolayısıyla bilginin söylenti, varsayım, görüş açıklaması, tahmin, ima ve beklentiye dayanmayan bu yönleri ile spekülasyondan ayrılan ve kişiye ilgili olduğu sermaye piyasası aracı üzerinde güvenilir işlem yapma imkânı sağlayan bilgi olması gerektiği açıktır⁴³. Bu nedenle olguya dayalı olmayıp saf tahmin ve söylentilere dayanan bilgi içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilemez; bilginin objektif olgusal gerçeklere dayanması gerekir. Bu durum kesin bilginin, içeriden öğrenilen bilgiyi spekülatif bilgiden ayırmak için kullanılan bir unsur olmasının gereğidir⁴⁴. Yine bilginin başka bilgilerden çıkarım yoluyla elde edilmemiş, bağımsız bir varlığa sahip olması gerektiği de bilginin kesinliğine ilişkin olarak ifade edilen bir başka husustur⁴⁵.

Dolayısıyla konuya ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken temel nokta, içeriden öğrenilen bilgiye ilişkin bu unsurun, anılan bilgiyi herhangi bir bilgiden ayırmakta kullanılan bir unsur olduğu ve her türlü bilginin suçun konusunu oluşturmasına yönelik yatırımcılara güvence oluşturduğudur. Çünkü sermaye piyasalarında yatırımcının güveninin korunması kadar yatırımcının güven içerisinde yatırım yapabileceği bir ortam yaramak da önemlidir. Bu nedenle anılan unsurun serbest olan spekülatif bilginin kullanımını yasaklamayan; ancak yatırımcılar arasında haksız rekabete neden olabilecek olguya dayalı bilgilerin kullanımını engellemeye yönelik olduğu, bilginin gerçekleşmiş olması gibi bir zaruretin bulunmadığını ifade etmek doğru olacaktır⁴⁶.

38 Nitekim 2003/6 sayılı Direktifte “gerçek” yerine “kesin bilgi” tabirinin kabul edilmesinin nedeninin finansal araçların fiyatları üzerinde etkili olabilecek ancak henüz gerçekleşmemiş gelişmelerin içeriden öğrenilen bilginin kapsamı dışında kalmasını önlemek olduğu belirtilmektedir. HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.167.

39 ERBS/KOHLHAAS/WEHOWSKY, 2011, prg.4; MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.205.

40 ERBS/KOHLHAAS/WEHOWSKY, 2011, prg.4; MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.205.

41 Failin bilginin varlığı konusunda hataya düşmesi de söz konusu olabilir. Failin kastının ortadan kalkmasına neden olacak bu gibi hallerde TCK'nın suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin 30. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2011, s.552; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s.405.

42 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.166; TURANBOY, 1990, s.56.

43 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.166; TURANBOY, 1990, s.56.

44 HANNIGAN, 1997-1998, s.28, ALBELOOSHI, 2008, s.237; EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN/ GRUNDMANN, 2009, prg. VI 82.

45 Söz konusu husus Ryan/Triguboff kararında Avustralya mahkemeler tarafından belirtilmiştir. Karar için bkz. HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.168.

46 TURANBOY, 1990, s.45. Nitekim İngiltere'de Arif Muhammed/

Bilginin kesinlik unsuruna ilişkin olarak karşılaştırmalı hukukta, ülkemiz uygulaması açısından da faydalı olacak bazı somut tanımlamaların yapıldığı görülmektedir. Örneğin; Direktifte, bir bilginin kesin bir bilgi olarak nitelendirilebilmesi için olay ya da durumun oluşumundan çıkan ya da akla uygun düşünüldüğünde çıkabilecek olan sonuçlar içeren bir bilgi olmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. İngiliz Hukukunda konuyu düzenleyen FSMA'da bir bilginin kesin olarak nitelendirilmesi için iki hususun varlığını aramaktadır⁴⁸. Buna göre;

- Koşullar bilginin varlığını gösteriyorsa ya da koşullar çerçevesinde gerçekleşeceğini beklemek makul ve mantıklıysa,
- ve ayrıca söz konusu bilgi yatırımlar ve ilgili yatırımların fiyatı üzerinde bu olay ya da koşulların olası etkisinin anlaşılmasını mümkün kılacak belirlilikteyse, bilgi kesin bilgi olarak nitelendirilir.

Dolayısıyla İngiliz hukukunda yapılan bu tanımlamada da, kesinliğin bilginin fiyat etkisini anlamayı mümkün kılacak maddi bir içeriğe sahip olması şeklinde tanımlandığını söyleyebiliriz.

Konuya ilişkin olarak yürütülecek bir ceza yargılamasında ortaya çıkabilecek bir problem bilginin kesin ya da gerçek ya da belirli bir bilgi olduğunun tespitinde yapılacak değerlendirmenin ex post ya da ex ante olarak mı yapılacağıdır⁴⁹. Bu nedenle anılan hususun da üzerinde durulması yararlı olacaktır. Kanaatimizce SerPK 47/A-1'de düzenlenen suç, ancak kasten işlenebilecek bir suç olduğu için, suçun maddi konusunu oluşturan bilgiye ilişkin hususların fiilin icrasına başladığı anda failin kastının kapsamında olması gere-

FSA davasında Mahkeme, bir bağımsız finansal denetim şirketinde müdür olan Arif Muhammed'in denetimini yaptığı firmanın bir birimini satacağını öğrenmesi üzerine hisse senetlerini alıp satıştan sonra satması olayında, davalının her ne kadar hisse alımı yaptığı sırada anlaşmanın gerçekleşeceğini bilmese ve detaylarından haberi olmasa da, satış sürecinin devam ettiğine dair bilgisinin olmasını, bilginin kesin olarak nitelendirilmesi için yeterli saymıştır. Dava hakkında bilgi için bkz. ALBELOOSHI, **2008**, s.237.

47 CAFRITZ/GENICOT, **Memorandum**, s.4.

48 FSMA madde 118C/5.

49 Değerlendirmenin ex ante yapılması olay anındaki şartlara göre, ex post yapılması ise olayın sonrasındaki şartlara göre değerlendirilmesini ifade eder. Bu konuda bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2010, s. 265. Ayrıca hareketin elverişliliği açısından değerlendirmenin ex ante olarak yapılması gerektiği konusunda bkz. SÖZÜER, Adem, **Suç Teşebbüs**, İstanbul 1994, s.187.

kir⁵⁰. Bu nedenle bilginin niteliğinin tespitinde bilginin öğrenildiği ve yatırım kararının verildiği andaki koşullar dikkate alınmalı, yani değerlendirme ex ante olarak yapılmalıdır⁵¹.

Yine konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, bilginin niteliğine ilişkin değerlendirme yapılırken sadece failin dikkate alınacağı subjektif bir değerlendirme mi yapılacağı ya da ortalama, makul bir yatırımcıyı esas alan objektif bir değerlendirmeye tabi tutulacağıdır.

Kanaatimizce konu değerlendirilirken objektif ve subjektif unsurların bir arada değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Zira bir bilginin kesin olması gerekliliğinin objektif bir değerlendirmenin varlığını gerektirdiği, objektif olarak ortada kesin bir bilginin bulunmadığı durumlarda işlenemez suçun söz konusu olacağı açıktır^{52,53}. Çünkü bu suç açısından içeriden öğrenilen bilgi, kimi durumlarda suçun maddi konusu kimi durumlarda ise fiile ilişkin bir unsur durumundadır. Suçun icrası açısından varlığı zaruri olan bu aracın elverişli olduğunun kabul edilebilmesi için kesin olması ve fiyata etkili olması gerekir.

Belirtmek gerekir ki; içeriden öğrenilen bilginin ilk iki unsuru olan bilginin kaynağına ve kamuya açıklanmasına ilişkin hususlar bilgide bulunması gereken ve kastının kapsamında failce bilinmesi gerekli unsurlar olsalar da bilginin varlığı ya da kullanılabilirliği/elverişliliği üzerinde doğrudan etkiye sahip değildir. Kesinlik ve fiyata etkili olma ise suçun icrasına ilişkin olarak bilginin varlığı veya elverişliliği açısından gerekli unsurlardır. İşte bu nedenle bu unsurların objektif olarak var olmaması ya da elverişsiz olması durumunda bu bilgiye dayanarak suç işlenemeyeceğinden dolayı işlenemez suç söz konusu olur. Diğer bir ifade

50 ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2011, s.212; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **2011**, s.337; ÖZGENÇ, **2009**, s.229.

51 Aynı görüşte MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, **2009**, prg.208.

52 İşlenemez suç konusunda bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, **İşlenemez Suç**, Ankara, s.61 vd.; SÖZÜER, Adem, **Suç Teşebbüs**, İstanbul 1994, s.187; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005, s.301 vd. ZAFER, **2011**, s.369; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **2011**, s.616; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011, s.431; İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suç Teşebbüs**, Ankara 2009, s.93

53 Elverişlilik incelemesinin objektif olarak yapılması gerekliliği konusunda bkz. SÖZÜER, **1994**, s.186, 187; Objektif ve subjektif görüşlerin birlikte kullanılması gerekliliği görüşünde HAKERİ, **2011**, s.397.

ile bu durumda yatırımcı bu bilgiye dayanarak yatırım işlemi yapmış olsa bile suçun işlenmiş olması mümkün değildir. Zira TCK'nın 35. maddesinde, elverişsiz (elverişli olmayan) teşebbüs, mefruz suç olarak da adlandırılan⁵⁴ bu gibi hallerde failin cezalandırılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmadığından faile ceza verilmesi mümkün değildir. Yine işlenemez suç hareketin elverişli olmaması yanında maddi konunun yokluğu halinde de söz konusu olduğundan⁵⁵ yukarıda yaptığımız açıklamalar içeriden öğrenilen bilginin suçun maddi konusunu oluşturduğunun kabul edilmesi hali için de geçerli olmaktadır.

Sonuç olarak suçun maddi konusunun veya hareketin elverişliliğinin objektif varlığı, suçun objektif isnadiyeti açısından zaruri olduğundan, bilginin söz konusu özelliğine ilişkin objektif bir değerlendirme yapılması kanaatimizce zaruridir.

Bunun yanında bizce araştırma yapılırken sadece objektif bir inceleme ile yetinilmemelidir. Bu çerçevede fail açısından bilginin yatırım yapılabilir kesinlikte bir bilgi olup olmadığına yönelik bir değerlendirme, failin subjektif özellikleri göz önüne alınmadan yapılamayacağından, değerlendirme yapılırken mutlaka failin subjektif özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira doğaldır ki; uzman bir yatırımcı için kesin nitelikte olan bir bilgi tecrübesiz ve deneyimsiz bir yatırımcı için, kesin nitelikte olmayabilir⁵⁶. Somut olayda failin kastının, özellikle bilme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından ise, failin subjektif özelliklerinin de dikkate alınması zaruridir. Bu nedenlerle bilginin kesinliği değerlendirilirken kanaatimizce bilginin değerlendirilmesi ve

anlamı sonuçlar çıkarılması, kişinin şahsi özelliklerinden ayrılamayacağından ve bilginin niteliklerine ilişkin objektif bir incelemede elverişlilik açısından gerekli olduğundan hem objektif hem de subjektif değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır.

Bu noktada, bir bilginin kesin bir bilgi olup olmadığı incelenirken güvenilirliğinin incelenmesinin gerekeceğini de belirtmek gerekir. Zira bir bilginin kesin veya gerçek olması güvenilirliğinden ayrı olarak düşünülemez⁵⁷. Bir bilginin güvenilirliği ise elde edildiği kaynağın güvenilir olması ve/veya maddi olgulara dayanıyor olması durumunda kesin bir bilgi olarak nitelendirilebilecektir. Bu nedenle de bir bilginin içeriden öğrenilenin ticareti suçunun konusunu oluşturup oluşturmadığının tespitinde elde edilen bilginin hangi kaynaktan öğrenildiği de önem taşır⁵⁸. Söz konusu bilgi ile doğrudan temas edilecek öğrenildiği durumlarda, bilginin kesin ve belirli bir bilgi olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Örneğin; bir enerji şirketinin bulunduğu büyük miktarda rezervin sondaj işlerini yürüten teknik personelin durumu böyledir. Bilginin dolaylı öğrenilmesi halinde ise güvenilirliğin tespitinde, bilginin öğrenildiği kişi ile öğrenenin şahsi ilişkisi, bilgiyi aktaran kişinin bilgiyi doğrudan kaynağından öğrenip öğrenmediği veya bilginin ne şekilde öğrenildiği ile maddi bulgulara dayanıp dayanmadığı gibi hususlar önem kazancaktır⁵⁹.

1.2.4. Fiyata Etkili Olma

Bir bilginin içeriden öğrenenin ticaretinin konusunu oluşturabilmesi için, bir menfaat sağlamak amacıyla kullanılabilmesi, böylelikle kişiye mameleki bir yarar sağlaması veya zarara uğramasına engel olması gerekmektedir. Böylesi bir sonuca ise ancak ve ancak söz konusu sermaye piyasası aracının piyasa fiyatı üzerinde etkili olabilecek bir bilgi ile ulaşılabilir. SerPK 47/A-1'de, bilginin bu özelliği "*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek*" bilgi şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla anılan suç bağlamında içeriden öğrenilen bilginin dördüncü ve son unsuru menkul kıymetin fiyatı üzerine etkili olmasıdır⁶⁰. Öğretide bu

54 SOYASLAN, 2005, s.301 vd.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 2011, s.340.

55 ZAFER, 2011, s.369; SOYASLAN, s. 301; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011, s.340; İPEKÇİOĞLU, 2009, s.93.

56 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Grundmann'ın da belirttiği üzere (prg. VI83), sermaye piyasalarında sadece içeriden öğrenenin uzman yatırımcıya karşı değil uzman yatırımcının da bireysel yatırımcıya karşı üstünlüğü bulunmaktadır. Bilginin kamuya açıklığı fırsat eşitliğini bozabilecek bu üstünlüğü eşitliğe çevirmektedir. Durum böyle olunca bilginin kesinliğinin aranmasının yeterli görülmediği ve gerçek olmasının aranmadığı bir sistemde bilginin kesinlik ve fiyata etkililiğinin değerlendirilmesinde uzman yatırımcının maddi ve bireysel yatırımcıya karşı bir üstünlüğünün bulunacağı açıktır. Bizce bu nedenle objektif değerlendirmenin yanında subjektif değerlendirme yapılması zaruridir. Yine suçun manevi unsuru bağlamında subjektif isnadiyetin gerçekleşmesi gerekliliği de böylesi bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

57 CUNLIFFE, **Materiality**, s.6.

58 TURANBOY, 1990, s.55.

59 TURANBOY, 1990, s.56; CUNLIFFE, **Materiality**, s.6-8.

60 ALBELOOSHI, 2008, s.241; TEZCANLI, Meral Varış, **İçeriden**

unsurun içeriden öğrenilen bilginin varlığına ilişkin sınırlayıcı bir kriter ortaya koyduğu ve bir bilginin içeriden öğrenilen bilgi olup olmadığının tespitinde belirleyici role sahip olduğu belirtilmektedir⁶¹

Bilginin fiyata etkili olması, hukukumuzda olduğu gibi karşılaştırmalı hukukta da kabul edilmiş bir ilkedir. Kavram Direktifte, kamuya açıklanmış olsaydı fiyatlar üzerinde önemli etkiye sahip olacak bilgi (significant effect on the price) olarak ifade edilmiştir⁶². Anılan unsurun İngiliz hukukunda da aynı şekilde ifade edildiği görülmektedir⁶³. Alman hukukunda da bu unsuru ifade için benzer bir anlamı olan "eignung zur erheblichen preisbeeinflussung" kavramı kullanılmaktadır⁶⁴. Unsur Amerikan hukukunda ise, "material information" olarak adlandırılmaktadır⁶⁵. Karşılaştırmalı hukukta yer verilen bu kavramlarda ortak olan husus, bilginin fiyat üzerinde değişiklik yaratıcı bir etkiye sahip olmasının yanında bu değişikliğin "önemli" olarak nitelendirilebilecek bir etki olması gerektiğidir. Ancak önemlilik etkisinin hukukumuzda aran bir öge olmadığını belirtmek gerekir⁶⁶.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bilginin fiyata etkili olması, içeriden öğrenilen bilginin ispatı açısından en fazla zorluk yaratan unsurdur. Zira içeriden öğrenilen bir bilgi kamuya açıklanmadığı için, menkul kıymetlerin fiyatları üzerindeki gerçek etkisini henüz göstermemekte ve bu durum bilginin fiyat etkisini tespit etmeyi oldukça zorlaştırmaktadır⁶⁷. Bu nedenle öğretide ve mahkeme kararlarında söz konusu unsura yönelik bazı ölçüt ve kriterler geliştirilmeye çalışılmıştır.

Bu konuda ilk olarak Amerikan Yüksek Mahkemesinin Shapiro kararında da değindiği gibi,

Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar, İstanbul 1996, s.12.

61 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.174.

62 Direktif m. 1.

63 CJA, m.56/1-d.

64 WpHG, m.13

65 HAZEN/RATNER, 2006, s.168; BAINBRIDGE, *Insider Trading*, s.34. Ancak material information kavramı bilginin fiyata etkililiğinin yanı sıra kesinliğini de ifade etmektedir. Material information kavramının ayrıntılı incelemesi için bkz. CUNLIFFE, *Materiality*, s.21 vd. ALBELOOSHI, 2008, s.235 vd.

66 Yeni SerPK taslağında suçun oluşması için maddi menfaat elde edilmesi yerine bizce hatalı olarak menfaat elde edilmesi yeterli görülmüştür. Böylesi bir durum suçun uygulama alanını oldukça genişletecektir.

67 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.175.

bilginin fiyata etkili olması bağlamında, her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁸. Yine belirtilen bir başka husus, bilginin fiyatlara gerçekten etki etmiş olmasının gerekmediği, etki etme yeteneğinde olmasının yeterli olduğudur⁶⁹. Buna göre fiyata etki etme yeteneği bulunan bir bilgi, gerçeğe dönüşmediği için veya başka bir sebeple sermaye piyasası aracının üzerinde fiyat etkisi göstermese bile içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilecektir.

Fiyat etkisinin ispatına ilişkin olarak üzerinde durulan bir diğer husus ise, bilginin fiyata etkili olmasında bilginin kamuya açıklanmasının ardından menkul kıymetin fiyatında yaşanacak yüzdesel değişim oranının anılan değerlendirmede dikkate alınıp alınmayacağı olmuştur. Her menkul kıymetin fiyat değişkenliğinin kendine özgü koşullar sonucunda oluştuğu kabul edildiğinden bu soruya genellikle olumsuz yanıt verilmekte, bu nedenle de bilginin fiyat üzerinde meydana getirdiği yüzdesel değişim, bilginin fiyata etkili olup olmadığını ispat açısından tek başına önem taşımadığı ifade edilmektedir⁷⁰. Örneğin ABD'de SEC/Bausch&Lomb davasında davaya bakan mahkeme, içeriden öğrenilen bilginin kamuya açıklanması üzerine, ilgili ortaklığın hisse fiyatında 113/4'lük düşüş meydana gelmesine rağmen, fiyatlara ilişkin bu durumun geçmişte de sıkça görüldüğü gerekçesiyle fiyat etkisi olarak kabul etmemiştir⁷¹.

Ancak konuya ilişkin temel nokta, bilginin fiyata etkililiğinin değerlendirilmesinde ölçüt olarak kimin ve hangi zaman diliminin esas alınacağı ayrıca böyle bir değerlendirmenin objektif

68 MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.208; BAKKALCI, 2007, s.78.

69 HANNIGAN, 1997-1998, s.28; MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.208.

70 HANNIGAN, 1997-1998, s.28 ve orada bahsedilen Alman Federal Menkul Kıymet denetim kurulunun açıklaması. Sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebileceği için göz önünde bulundurulması gereken diğer hususlar olarak, piyasanın hacmi, arz, talep, araçlar arası fiyat ilişkileri gösterilmektedir. Bu konuda bkz. CAFRITZ/GENICOT, *Memorandum*, s.5.

71 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s. 175. Bu konuda Comission/Texas Gulf Sulfur davasında Mahkeme bilginin fiyata etkililiğini değerlendirirken piyasa beklentilerine uygun olan bilgilerin içeriden öğrenenin ticareti bağlamında bir fiyat etkisi yaratmayacağını, fiyat etkisinin kaynağının bilginin olağandışı olması durumunda söz konusu olacağını belirtmiştir. Karar için bkz. TURANBOY, 1990, s.49. Kanaatimizce bu ölçüt tüm olaylarda olmasa da uyumsuzluk konusu çoğu olayda bilginin fiyat etkisini ölçmekte kullanılabilir niteliktedir.

ölçütlere göre mi yoksa subjektif ölçütlere göre mi yapılacaktır. Bu çerçevede karşılaştırmalı hukukta bir menkul kıymetin sermaye piyasasındaki oluşumu ve bir bilginin bunun üzerindeki fiyat etkisi kişilerin düşüncelerinden bağımsız olduğundan, değerlendirme yapılırken objektif bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir⁷². Yine fiyata etkililik değerlendirmesi yapılırken ölçüt olarak makul yatırımcının (reasonable investor) esas alınması gerektiği öne sürülmektedir⁷³. Buna göre fiyata önemli etkisi olan bilgi; makul bir yatırımcının, menkul kıymet yatırımı yaparken, alım ya da satım kararı vermesinde dikkate aldığı bilgidir⁷⁴. Dolayısıyla bir bilginin fiyata etkililiğinde önemli olan, söz konusu bilginin yatırımcının yatırım kararı almasında etkili olmasıdır. Bu hususun ispatında dikkate alınacak nokta ise, yatırımcının sadece o bilgiye dayanarak mı işlem yaptığı yoksa, yatırım kararını etkileyen başka verilerin de bulunup bulunmadığıdır⁷⁵. Bunlara ilave olarak fiyata etkililiğe ilişkin olarak yapılacak değerlendirmenin ex ante olarak yapılması gerektiği de belirtilmektedir.

Belirtilen hususların hukukumuz açısından incelenmesi yararlı olacaktır. Öncelikle değerlendirmenin ex ante olarak mı yoksa ex post olarak mı yapılacağını ele almak gerekir. Bu konuya kanunumuzdaki düzenleme açısından baktığımızda, SerPK 47/1-a açısından fiyata etkililik noktasında önem taşıyan husus, yatırımcının edindiği bilginin fiyata etkili olacağını düşünerek yaptığı kar etmek ya da zarar etmekten kurtulmak amacıyla hareket etmiş olmasıdır. Bu noktada önemli olan, failin bilgiye yönelik ex ante değerlendirmesi ve bunun ortaya çıkardığı sonuç olmalıdır. Bunun dışında bilginin fiyata etkililiği açısından yüzdesel değişimlere

bağlı olarak yapılacak ex post değerlendirme suçun oluşumu değil, diğer etkenlerin de dikkate alınması şartıyla, bilginin fiyata etkili olduğunun ispatı açısından belli bir anlamı olacaktır.

Ayrıca bu konuda yapılacak ex post bir değerlendirmenin failin kastının tespiti açısından yeterli olmayacağını belirtmek gerekir. Zira failin kasten hareket etmesi için bilginin “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek*” bilgi olduğunun fail tarafından iradi hareketinin başlangıcında bilinmelidir. Oysa ki; bilginin kamuya açıklanması üzerine yapılacak ex post bir değerlendirme sadece bilginin fiyata etki edip etmediğini gösterebilir⁷⁶. Dolayısıyla failin kastının ispatı açısından tam bir bilgi vermez. Bu nedenle kanaatimizce bir maksat suçu olan ve özel kast⁷⁷ ile işlenebilen anılan suça ilişkin olarak failin kastının tespiti için, failin subjektif özelliklerini de dikkate alan ex ante bir inceleme yapılması zorunludur⁷⁸. Dolayısıyla bilginin fiyata etkili olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin ex ante olarak yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

İkinci olarak değerlendirmenin makul yatırımcı esas olarak yapılması gerektiği yönünde karşılaştırmalı hukukta öne sürülen görüşlerin tam olarak isabetli olmadığını ifade etmek gerekir. Zira öncelikle belirtmek gerekir ki; suçun manevi unsuru bağlamında subjektif değerlendirme de yapılması gerekeceğine ilişkin olarak bilginin kesinlik unsuru açısından ileri sürdüğümüz gerekçeler bu unsur açısından da geçerlidir. Buna göre bir bilginin herhangi bir yatırımcının kararını etkileyip etkilemeyeceğinin, o kişinin subjektif özellikleri dikkate alınmadan değerlendirilemez. Ayrıca büyük bir ihtimalle sermaye piyasalarının sınırlı bir kesime hitap ettiği dönemlerin bir ürünü olan

72 HANNIGAN, 1997-1998, s.28; CUNLIFFE, **Materiality**, s.11.

73 Slaughter and May, 2011, s.17; TURANBOY, 1990, s.48. Avustralya’da fiyata etkililiğin belirlenmesi konusunda makul yatırımcı ölçütünün kullanılması 2001 tarihli Corporations Act (Sermaye Şirketleri Yasası)’ın 1042. maddesi ile kanuni olarak kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre makul yatırımcı, finansal araçlara yaygın olarak yatırım yapan kimseleri ifade etmektedir. Bu konuda bkz. CUNLIFFE, **Materiality**, s.11-12. Alman hukukunda da herhangi bir yatırımcı değil uzman yatırımcının esas alınması şeklinde benzeri bir yaklaşım söz konusudur. MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.208.

74 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.176; Slaughter and May, 2011, s.17; . CUNLIFFE, **Materiality**, s.11-12.

75 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.176.

76 Bilginin kamuya açıklandığında ortaya çıkan gerçek fiyat etkisinin soruşturmada ihlale yönelik bir gösterge oluşturacağı konusunda bkz. CAFRITZ/GENICOT, **Memorandum**, s.5.

77 Ceza hukukunda kastın isteme unsuru konusunda tartışmalıdır. Bilme (tasavvur) teorileri kastın isteme unsurunun olmadığını savunurken irade teorileri ise kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsurdan oluştuğu kanaatindedir. Ancak her iki görüşte maksat suçlarında istemenin kastın bir unsuru olduğu konusunda hemfikirlerdir. Bu konuda bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2011, s.322 vd.; ZAFER, 2011, s.211; KOCA/ÜZÜLMEZ, 2010, s.187. Dolayısıyla bu suç açısından failin maddi menfaat elde etmeyi isteyerek hareket etmiş olması gerekir.

78 İncelemenin uzman yatırımcı dikkate alınarak ex ante olarak yapılması görüşünde MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.208. EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN/ GRUNDMANN, 2009, prg.VI88. Ayrıca EVİK/EVİK, 2005, s.46.

makul yatırımcı kriteri belirlilikten ve objektiflikten yoksundur. Bu nedenle suçun subjektif isnadiyeti ile de bağdaşmayacak böylesi belirsiz bir kriterle başvurulmasındansa faili esas alan subjektif bir değerlendirme yapılmasının daha doğru olacaktır. Dolayısıyla bilginin fiyat etkisine yönelik olarak yapılacak bir değerlendirmenin subjektif ve ex ante bir değerlendirme şeklinde yapılmasına taraftarız. Bu noktada objektif bir değerlendirmeye ancak suçun işlenemez suç niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi açısından başvurulması doğru olacaktır⁷⁹.

Bahsettiğimiz bu hususları maddeler halinde ifade edersek;

- Bir bilginin fiyata etkililiğinde önemli olan, söz konusu bilginin yatırımcının yatırım kararı almasında etkili olmasıdır. Bu hususun ispatında dikkate alınacak nokta ise, yatırımcının sadece o bilgiye dayanarak mı işlem yaptığı yoksa, yatırım kararını etkileyen başka verilerin de bulunup bulunmadığıdır⁸⁰. Diğer bir deyişle, içeriden öğrendiği bilgi yatırımcının yatırım kararını almasında nedensellik bağı içerisinde olmazsa olmaz bir etki yaratmışsa; yani o bilgiyi öğrenmeseydi yatırım kararını almaya caktıysa, bu bilginin yatırımcı açısından fiyat etkisine sahip bir bilgi olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira içsel bilginin öğrenen yatırımcının yatırım kararı almasına neden olan özelliği, fiyata etkililik özelliğidir. Bu nedenle bilginin yatırımcıya göre fiyata etkili bir bilgi olup olmadığı, yatırım kararına sebep olması ile anlaşılabilir.
- Bilginin fiyata etkililiği değerlendirmesi yapılırken "makul yatırımcı" şeklinde önerilen objektif değerlendirmenin yanı sıra ve öncelikle bizzat yatırım kararı alan kişinin dikkate alınmalı, yani objektif ve subjektif ölçütler bir arada kullanılmalıdır. Zira fiyata etkililik suçun kanuni tanımında bulunduğundan fiilin icrasına başladığında failin kastının kapsamına dâhil olması gerekmektedir. Bu da failin kastının değerlendirilmesi failin subjektif özelliklerini de dikkate alan ex ante bir değerlendirmeyi zorunlu kılar. Makul bir yatırımcıyı esas alan ex post bir değerlendirme ise özellikle maddi

konunun elverişliliği açısından yardımcı bir işlev görebilir⁸¹.

- Dolayısıyla bilginin fiyata etkililik unsuru açısından objektif ve subjektif unsurların birlikte kullanıldığı ikili bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması uygun olacaktır. Öncelikle bilgi objektif olarak fiyata etki edebilecek bir bilgi midir? Eğer bu soruya verilen cevap olumsuz ise, ortada işlenemez suç bulunmaktadır, suç oluşmaz. Zira suçun aracı konumunda olan bilginin unsurlarındaki eksiklik araçta elverişsizlik anlamına gelmektedir. Eğer verilen cevap olumlu ise, bu bilginin yatırımcının yaptığı subjektif değerlendirme sonucunda vardığı yatırım kararının sebebi olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer objektif olarak fiyata etkili olabilecek bu bilgi yatırım kararının sebebini oluşturmuşsa, failin bu konudaki kastının var olduğu anlamına gelir. Bu konunun ispatında dikkate alınacak bir husus, yatırımcının sadece o bilgiye dayanarak mı işlem yaptığı, yoksa yatırım kararının başka verilerin etkisiyle mi alındığıdır.
- Kanunumuzdaki düzenleme gereğince yatırımcının somut olayda fırsat eşitliğine aykırı olarak suçun netice unsurunu oluşturan maddi yararı (kar etme ya da zarardan kaçınma) elde edip etmediği ise, suçun tamamlanıp tamamlanmadığı ile ilgilidir. Bu nedenle suçun oluşumu üzerinde belirleyici bir rolü bulunmamaktadır. Suç SerPK 47/1-A'da zarar suçu olarak düzenlenmiştir⁸². Bu nedenle suçun oluşması için sadece belli bir saikle hareket etmenin yeterli sayılmayıp mameleki yarar sağlamak veya zarardan kaçınmak şeklinde görülen neticenin de gerçekleşmesinin arandığı için fiyata etki etme yeteneği bulunan bilginin fiyata etki etmediği durumlarda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır⁸³.

81 Alman hukukunda bilginin fiyata etkililiğinin tespiti açısından iki aşamalı bir inceleme önerilmektedir. Buna göre ilk adımda işlemin gerçekleştiği andaki koşulları dikkate alan ex ante bir değerlendirme ile bilginin fiyata etki etme potansiyelinin bulunup bulunmadığı genel tecrübeye göre değerlendirilmelidir. Değerlendirme anında artık mevcut olan bilgiler dâhil olmak üzere somut olarak öngörülebilir durumlar değerlendirmeye ikinci aşamada dâhil edilmelidir. MÜLLER/RÖDDER/GÖCKELER, 2009, prg.208, 209.

82 EVİK/EVİK, 2005, s.49.

83 EVİK/EVİK, 2005, s.49.

79 Bu konudaki açıklamalar için çalışmanın ondört ve onbeşinci sayfalarına bakılabilir.

80 HACİMAHMUTOĞLU, 2003, s.176.

2. İçeriden Öğrenenler ve İşlem Yasakları

2.1. İçeriden Öğrenenler ve Birincil - İkincil Öğrenen Ayrımı

İçeriden öğrenen (insider) kavramı, yukarıda unsurları açıklanan içeriden öğrenilen bilgiye sahip olan kişileri ifade etmektedir. Bu kişiler bilgiyi maddi menfaat amacıyla kullanması durumunda suçun faili olmaktadır⁸⁴. Suç herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu için herkes bu suçun faili olabilir⁸⁵. Ancak bilgiyi içeriden öğrenen kişi bilgiyi kullanmadığı ya da iştirak ilişkisi içerisinde kullanılmak üzere aktarmadığı sürece suçun faili olmaz. Yine TCK m.20 gereğince tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar.

Kavram, Anglo - Amerikan ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bazı ayrımlara tabi tutulmaktadır. Amerikan hukukunda içeriden öğrenenler geleneksel (traditional) ve çağdaş (Access) öğrenenler diye ikiye ayrılmaktadır⁸⁶. Yine bu kişilerden bilgiyi şirketle arasındaki güvene dayalı bir ilişki (fiduciary relationship) aracılığıyla öğrenenler Tipper ve bilgiyi bu kişilerden öğrenenler de Tippee olarak anılmaktadır⁸⁷.

Buna karşın Kara Avrupası hukukunda, Direktifte açıkça yazılı olmasa da, öğretilde genel olarak birincil (primary) ve ikincil (secondary) öğrenenler olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁸⁸. Bu ayrım içerisinde birincil öğrenen kavramı, içeriden öğrenilen bilgiyi görevi ya da statüsü ile bağlantılı olarak doğrudan kaynağından öğrenebilen kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır.

Bu kişilerin ortak özelliği bilgiyi doğrudan öğrenmiş olmalarıdır. İkincil öğrenenler ise, bilgi ile doğrudan olmasa da, kamuya açıklanmadan önce bir şekilde öğrenen kişileri ifade etmektedir⁸⁹. Dolayısıyla bu ayrımın temelini içsel bilginin bir görevin icrasıyla bağlantılı olarak doğrudan bilgi ile temas edilerek öğrenilip öğrenilmediği oluşturmaktadır.

Ayrımı bir örnek üzerinden açıklarsak; bir şirket denetçisi, şirketin mali durumuna ilişkin bilgilere doğrudan erişim imkânına sahiptir. Zira bu kişi şirketin mali durumuna ilişkin denetim görevinin icrası sırasında, şirketin mali durumuna ilişkin bilgileri (örneğin; halka açıklanmamış şirket bilançosu) öğrenmesi durumunda bilgiyi doğrudan, kaynağı ile temas ederek öğrenmektedir. Bu nedenle de birincil öğrenendir. Ancak aynı denetçinin bilgiyi denetim ekibindeki bir başka arkadaşından duyması durumunda denetçi ikincil öğrenen olur. Denetçinin bu bilgiyi tanıdığı bir yatırımcıya konuşma sırasında aktarması durumunda da yatırımcı, bilgiyi doğrudan kaynağından almayıp bir başkası kanalıyla öğrendiğinden ikincil öğrenen olmaktadır. Yine şirketin tahminlerin üzerinde kâr ettiğini kamuya açıklanmadan öğrenen bir yönetim kurulu üyesi, bu bilgiyi aracısız olarak, şirket bilançolarından doğrudan doğruya öğrendiği için birincil öğrenen olur. Ancak bu bilgiyi söz konusu kişinin telefonla konuşması sırasında duyan şoförü, bilgiyi başka bir kişi kanalıyla öğrendiği için ikincil öğrenendir.

2.2. Birincil Öğrenenler

Birincil öğrenen kavramı içsel bilgiyi bir görevin icrası sırasında öğrenen kişileri ifade etmektedir. Bu konuda özellikle dikkat edilmesi gereken nokta Direktifte açıkça böylesi bir tanımlama yapılmamış olduğudur. Ancak içsel bilgiye sahip olan kişilerin konumlarına göre farklı yasaklamalara muhatap olmaları öğretilde böylesi bir ayrımın yapılmasına neden olmuştur.

Bu ayrım içerisinde Direktifin 2. maddesinde sayılan:

- İhraççı şirketin idare, yönetim veya denetim organlarında çalışanlar,
- İhraççı şirketin sermayedarları,
- İhraççı şirkete ilişkin bilgilere işi, mesleği veya görevi gereği sahip olanlar,

84 SerPK m.47A-1'de düzenlenen içeriden öğrenenin ticareti suçunun faili konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EVİK/EVİK, **2005**, s.37 vd.; TACİR, **2006**, s.95 vd.

85 TACİR, **2006**, s.95.

86 ALBELOOSHI, **2008**, s.207.

87 Black Law Dictionary, s.1276; HANNIGAN, **1997-1998**, s. 22; ENGLE, **2010**, s.8. Bu ayrım içerisinde bir Tipper'in sorumluluğunun dayanağını şirket hissedarlarına karşı güven ilişkisini ihlal etmesi oluşturmaktadır. Ancak bunun yanında güven ilişkisinin ihlali nedeniyle doğrudan veya dolaylı menfaat elde etmesi de aranmaktadır. Tippee'nin sorumluluğu ise farklı kararlarda farklı şekilde yorumlanmıştır. Bugün Amerikan hukukunda konu misappropriation teorisi çerçevesinde ele alınmaktadır.

88 İSFEN, **2004**, s.502; GENICOT, Victor F., "The insiders: A Look At The Comprehensive And Potentially Unnecessary Regulatory Approaches To Insider Trading in Germany and The United States", Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol.23, Issue 3, May 2001, s.470; ALBELOOSHI, **2008**, s. 207. Yeni SerPK taslağında da, bilgi suiistimali başlığı ile düzenlenen içeriden öğrenenlerin ticareti suçuna ilişkin düzenleme bu ayrımı temel alan bir yaklaşım sergilenmiştir.

89 GENICOT, **2001**, s.470; ALBELOOSHI, **2008**, s.207

- Suça dayalı faaliyetler sonucunda bilgiyi öğrenenler⁹⁰,
- Anılan kişiler (örneğin ihraççının sermayedarı) bir tüzelkişilik ise bu tüzelkişilik hesabına işlemin yapılması kararına katılan gerçek kişiler, birincil öğrenen olarak kabul edilmektedir⁹¹.

Direktif bu kişileri, 2. maddenin 1. fıkrası ile 3. maddede sayılan yasaklardan sorumlu tutmuştur. Bunun dışında Direktif 2. maddesinin 1. fıkrasında sadece anılan kişileri saymakla yetinmemiş, ayrıca 6. maddesinin 3. ve 10. fıkrası ile üye devletlere, ihraççıların içeriden bilgiye erişim imkânı olan bu gibi kişilerin bir listesini hazırlaması ve belli aralıklarla bu listeyi güncellemesini sağlama yükümlülüğü de yüklemiştir.

Türk Hukukunda ise, SerPK 47/A-1'de bu suçun faili olarak; *"Bu fiili işleyen 11 inci madde kapsamındaki ihraççılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişilerle, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler"* gösterilmiştir. Dolayısıyla SerPK'da da içeriden öğrenenler sınırlamaya tabi tutulmaksızın sayılmış, diğer bir söyleyişle suç, herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir⁹². Ancak bu sayım sırasında bilgiyi görev ilişkisi nedeniyle öğrenilecek kişiler maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu durum, hiç kuşkusuz, bilgiyi bir ilk öğrenen bulunmaksızın içeriden öğrenenin ticareti suçunun oluşamayacak olmasının bir sonucudur. Dolayısıyla içeriden öğrenenin ticareti her ne kadar herkes tarafından işlenebilen bir suç olsa da bilgi ile doğrudan ilişkisi olanlar suçun işlenebilmesi açısından özel bir konuma sahiptirler. Bu nedenle birincil öğrenenlerin incelenmesi yararlı olacaktır.

90 İçeriden öğrenenlerin sınıflandırılmasında kişi bazlı ve bilgi bazlı olmak üzere iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İçeriden öğrenenlerin birincil ve ikincil olarak ayrılması kişi temelli yaklaşıma dayanmaktadır. Bu ayrım içerisinde bilginin suça dayalı faaliyeti sonucunda öğrenilmesi bilgi bazlı bir yaklaşım olup klasik birincil ikincil öğrenen sınıflandırılmasında yer verilmeyen bir durumdur. Ancak organize suç örgütleri ve terörizm ile mücadelenin finansal gereği olarak bu grup birincil öğrenenler arasında sayılmaya başlanmıştır. Bkz. ALBELOOSHI, **2008**, s.205-209.

91 İSFEN, **2004**, s.502; ALBELOOSHI, **2008**, s.205.

92 TACİR, **2006**, s.95.

2.2.1. İhraççı Şirketin İdare, Yönetim ve Denetim Kurullarında Çalışanlar

Birincil öğrenenlerin ilk kısmını menkul kıymeti ihraç eden şirketin idare, yönetim ve denetim organlarında çalışanlar oluşturmaktadır. Bu kişiler, içinde çalışmaları nedeniyle şirkete ilişkin hemen hemen bütün bilgilere doğrudan erişim imkânına sahip oldukları için birincil öğrenen kavramının içerisinde yer almaktadırlar. Ayrıca şirket ile aralarında bulunan güven ilişkisi nedeniyle birincil öğrenen olarak nitelendirilmeleri için bilgiyi görevlerinin icrası ile öğrenmiş olmaları gerekmez. Söz konusu statü içerisinde öğrenmiş olmaları yeterlidir⁹³.

Direktifte sayılan bu organların bazılarının Türk Anonim Şirketler hukuku açısından bire bir karşılığı bulunmadığını belirtmek gerekir. Zira yürürlükten kalkan 6762 sayılı Ticaret Kanuna göre⁹⁴, bir anonim şirkette bulunması gereken zorunlu organlar genel kurul, yönetim kurulu ve denetçi/denetçilerdi. 6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu⁹⁵ ise, şirket faaliyetlerinin denetiminin, şirket içi denetçi/denetçiler tarafından değil, şirket dışı bağımsız denetim kuruluşları veya mesleği denetçilik olan serbest muhasebeci mali müşavirler ya da yeminli mali müşavirler tarafından yapılması esasını benimsemiştir (YTTK m. 400). Kanunun genel gerekçesinde de denetçilerin anonim şirketin organı olmaktan çıkarıldığı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla Yeni Kanun, anonim şirketler açısından genel kurul ve yönetim kurulu olmak üzere iki adet zorunlu organ belirlemiştir. Bu nedenle Direktifte belirtilen denetim organının hukukumuz açısından bu grupta sayılması mümkün değildir. Kanunun bu düzenlemesine göre anonim şirketin denetimini bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde dışarıdan gerçekleştirecek olan denetçiler hukukumuzda işi, mesleği ve görevi nedeniyle bilgiye ulaşabilecek birincil insiderlar arasında yer alacaklardır.

Ayrıca Kanun anonim ortaklıklar için bir idare kurulu da öngörmemiştir. Dolayısıyla bu hükmün de hukukumuz açısından doğrudan uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Buna karşın yeni TTK

93 ALBELOOSHI, **2008**, s.214.

94 09.07.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

95 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

320/2. maddesi gereğince seçilebilecek şirket müdürleri bu gruba gireceklerdir.

2.2.2. İhraççı Şirketin Hissedarları

Birincil öğrenen kavramı içerisinde yer alan diğer bir grubu menkul kıymeti ihraç eden şirketin hissedarları oluşturmaktadır. Şirket hissedarları da ilk grupta yer alan kişiler gibi konumları gereği şirkete ilişkin bilgilere kamuya açıklanmadan önce bizzat ulaşma imkânına sahip oldukları için birincil öğrenen olarak kabul edilmektedir. Ayrıca Direktifte, bunun için hissedarın sahip olunması gereken hissenin oranına ilişkin herhangi bir sınırlamaya da gidilmemiştir⁹⁶. Bu nedenle elinde yalnızca bir hisse senedi bulunan hissedarlar da birincil öğrenen olabilecektir. Ancak burada hissedarın birincil öğrenen olması için hisse sahibi olmasının yeterli olmadığı, içeriden öğrendiği bilgiyi hisse sahipliği sıfatının sağladığı imkân ile doğrudan öğrenmiş olmasının da gerektiğine, diğer bir deyişle, hissedarlık sıfatı ile içsel bilgiyi doğrudan öğrenmesi arasında bir neden sonuç bağlantısı bulunması gerektiğine dikkat edilmelidir⁹⁷.

2.2.3. Bilgiyi İş, Mesleği ve Görevi Nedeniyle Öğrenenler

Bazı kişi ve kurumlar icra ettikleri iş, görev veya meslek gereği ihraççı şirkete ilişkin henüz kamuya açıklanmamış içsel bilgiyi doğrudan öğrenebilmektedirler. Söz konusu kişiler içsel bilgiyi bu ilişki nedeniyle öğrendikleri durumlarda birincil öğrenen olmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ihraççı şirket ile görevin ifası ile bilgiyi öğrenen kişi veya kurum arasında mutlaka sözleşmeye dayanan bir ilişkinin varlığının ve bilginin bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde öğrenilmiş olmasının gerekmediğidir. Dolayısıyla özel sektör çalışanları kadar kamu görevlileri de birincil öğrenen olarak bu grupta yer alabilirler.

Yine belirtmek gerekir ki; ilk iki gruptakilerin aksine bu grupta yer alacak birincil öğrenenlerin şirket ile doğrudan bağlantısı bulunması gerekmediği için oldukça farklı meslek gruplarından kimseler bu kapsama dâhil olmaktadır⁹⁸. Bu bağ-

lamda örneğin bir muhasebeci, noter, sekreter, avukat, SPK çalışanı, ticaret sicil memuru, danışman ve hatta gazeteciler gibi farklı iş ve görevleri ifa eden kişiler görevlerinin ifası ile bağlantılı olarak ihraççı şirkete ilişkin içsel bilgiyi öğrenmiş olmaları kaydıyla, bu gruba girmektedir.

Bu konudaki tek sınırlama söz konusu kişilerin içsel bilgiyi görevlerinin ifası dolayısıyla öğrenmeleri ve bilgiyi öğrenirken görevin gereklerinin dışına çıkmamış olmalarıdır⁹⁹. Eğer kişi bilgiyi görevin gerekleri dışına çıkılarak öğrenmiş ise, bu grupta yer almaz.

2.2.4. Bilgiyi Suça Dayalı Faaliyetler Neticesinde Öğrenenler

Birincil öğrenenlerin son grubunu içsel bilgiyi işledikleri bir suç neticesinde elde edenler oluşturmaktadır. Bu gruba giren kişiler ihraççı şirkete ilişkin kamuya açıklanmamış bilgiyi görevleri ya da şirket içerisindeki konumları gereği değil, icra ettikleri suç teşkil eden faaliyetler neticesinde elde etmektedirler. Şirketin bilişim sistemlerine girilerek şirket bilgilerinin çalınması bu duruma örnek olarak verilebilir.

Konuya ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir husus, kişinin birincil öğrenen olarak kabul edilmesi için işlenen suçun, elde edilen bilginin ele geçirilmesi amacıyla işlenmiş olmasının gerekmediğidir. İşlenen bir suç neticesinde içsel bilginin tesadüfen ele geçirildiği durumlarda da bilgiyi ele geçiren kişi birincil öğrenen olacaktır. Örneğin; sadece bilgisayar çalan bir hırsız, çaldığı bilgisayar bir şirket denetçisinin bilgisayarı olduğu için şirketin mali durumuna ilişkin kamuya açıklanmamış içsel bir bilgiyi ele geçirmesi durumunda birincil öğrenen olacaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus, şirkete ait içsel bilginin bilgisayar korsanları vasıtasıyla bilişim sistemleri üzerinden ele geçirildiği durumlarda, azmettiren ve şeriklerinde fail gibi birincil öğrenen olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Direktifin metninde¹⁰⁰ birincil öğrenen olarak kabul eden kişinin, suç işleme faaliyetine dayalı olarak bilgiyi öğrenen kişi olduğu, dolayısıyla bizzat suçu işleme şartının bulunmadığı göz önünde bulundurulursa soruya olumlu ce-

96 Buna karşın Amerikan hukukunda sadece büyük hisse sahiplerinin bu kategoride bulunduğu kaydedilmektedir. BAKKALCI, 2007, s.91.

97 HANNIGAN, 1997-1998, s.30.

98 HANNIGAN, 1997-1998, s.30.

99 HANNIGAN, 1997-1998, s.30.

100 Direktifin metninde (Madde 2/1-d) "By virtue of his criminal activity" ifadesi kullanılmaktadır.

vap vermek gerekir. Zira bilişim sistemleri üzerinden bilgilerin çalınmasını sağlayan azmettiren, işlenen suçun sonucunda içsel bilgileri doğrudan doğruya temasa geçerek öğreniyorsa birincil öğrenen olarak kabul edilmelidir.

2.2.5. Diğer Haller

Bunların dışında Direktif, 2. maddenin 2. fıkrasında, birincil öğrenen olarak kabul edilen söz konusu kişilerin örneğin; ihraççının sermayedarının bir tüzel kişilik olması halinde, onun hesabına işlemlerin yapılması kararına katılan gerçek kişilerin de, bu konuları sayesinde içsel bir bilgiyi öğrendikleri hallerde birincil öğrenen olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır.

2.3. Birincil ve İkincil Öğrenenlere Yönelik İşlem Yasakları

Birincil öğrenenlere yönelik olarak, Direktifin 2. ve 3. maddelerinde ilgili sermaye piyasası aracına yönelik doğrudan ve dolaylı faaliyetlere ilişkin olmak üzere iki farklı işlem yasağı öngörülmüştür. Bu yasaklardan, birincil öğrenenin içeriden öğrendiği bilgi ile bilginin ilişkili olduğu sermaye piyasası aracına yönelik kendisi veya üçüncü bir kişi hesabına doğrudan ya da dolaylı olarak satım ya da alım gibi yatırım işlemleri yapması veya buna teşebbüs etmesi yasaktır (Direktif m.2)¹⁰¹.

Direktif'in 3. maddesinin a ve b bentlerinde ise dolaylı yasaklar düzenlenmiştir. Buna göre birincil öğrenenler sahip oldukları içsel bilgi ile yatırım yapmaktan, iş, meslek veya görevinin gerekleri haricinde başka şahıslara açıklamaktan ve söz konusu bilgiye dayanarak ilişkili sermaye piyasası araçlarının alım veya satımını tavsiye ve teşvik etmekten kaçınmak zorundadırlar. Dolayısıyla Direktif birincil öğrenenlerin hem söz konusu bilgiye dayanarak işlem yapmasını hem de bu bilgiyi açıklamasını yasaklamaktadır¹⁰². Ancak 4. maddede de ikincil öğrenenler açısından bu yasakların varlığı söz konusu bilginin içeriden öğrenilen bir bilgi olduğunu bilme ya da bilebilecek durumda olma şartına bağlanmıştır¹⁰³. Buna karşın SerPK

47/A-1'de bilginin açıklanmasının tek başına suç olarak düzenlenmediğini belirtmek gerekir. Bu nedenle bilgiyi açıklayan kişinin suçtan sorumlu tutulması için iştirak iradesinin varlığı gerekecektir. İştirak iradesinin varlığı durumunda ise, içeriden öğrenilen bilgi olmadan bu suç işlenemeyeceğinden suçun işlenişi için olmazsa olmaz nitelikte katkı yaparak fiil üzerinde hâkimiyet kurduğu kabul edilerek müşterek fail olarak cezalandırılmasının doğru olacağı kanısındayız. Yine ikincil öğrenenlerin bilginin içeriden öğrenilen bilgi olduğunu bilmesinin gerektiği durumlarda da sorumlu olacağını öngören düzenlemelerin¹⁰⁴ suçun özel kastın varlığını gerektiren bir suç olması nedeniyle pek isabetli olmadığını da belirtmek gerekir.

Sonuç

İçeriden öğrenenin ticareti TCK'nın 47/A-1 maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu suç maddi bir yarar elde etme saiki ile işlenebilecek bir zarar suçudur. Suçun maddi konusunu içeriden öğrenilen bilgi oluşturmaktadır. Bu suçun faili ise, söz konusu bilgiyi doğrudan veya dolaylı yollardan öğrenerek maddi menfaat elde etmek için kullanan kişilerdir.

Suçun maddi konusunu oluşturan içeriden öğrenilen bilginin dört ana unsuru bulunmaktadır: Sermaye piyasası araçları veya ihraççıları ile ilgili olma, kamuya açıklanmamış olma, kesin nitelikte olma ve fiyata etkili olma.

Bu unsurlardan bilginin sermaye piyasası araçları veya ihraççıları ile ilgili olması açısından temel problem bilginin ilgili sayılması için anılan hususlar ile doğrudan ilgili olmasının gerekip gerekmediğidir. Bu konuda hem şirket bilgilerinin hem piyasa bilgisi olarak anılan bilgilerin hem de söz konusu menkul kıymetin fiyatına etki edebilecek diğer her türlü bilgi (ekonomi politikasına ilişkin kararlar vb), ilgili bilgi olarak kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile doğrudan sermaye piyasası aracı veya ihraççısı ile ilgili olmasa da, sermaye piyasası aracı üzerinde fiyat etkisi meydana getirecek şekilde bilginin ilgili olduğu kabul edilmelidir.

İçeriden öğrenilen bilginin bir diğer unsuru kamuya açıklanmamış, gizli bilgi niteliğinde

101 İSFEN, 2004, s.502; ENGLE, 2010, s.29.

102 İSFEN, 2004, s.502; ENGLE, 2010, s.29.

103 Amerikan hukukunda da Commission/Dirk davasında tippeelerinin sorumluluğu için bilgiyi aldığı tipper'in bilgiyi güven ilişkisini ihlal ettiğini bilerek ya da bilmesi gerektiği belirtilmiştir. ENGLE, 2010, s.8.

104 Yeni SerPK taslağının Bilgi Suistimali başlıklı 105. maddesinin 2. fıkrasının a, b, c ve ç bentlerinde yukarıda belirttiğimiz Direktif hükümlerine paralel olarak birincil öğrenenler sayıldıktan sonra d bendinde ikincil öğrenenler, sahip oldukları bilginin bu nitelikte olduğunu bilen ya da bilmesi gerekenler olarak tanımlanmıştır.

olmasıdır. Zira kamuya açıklanmamış bilgi kendisine sahip olan kişiye diğer yatırımcılar karşısında avantaj sağlamak ve fırsat eşitliğini bozmaktır. İçeriden öğrenenin ticaretinin yasaklanmasının temel sebebi de budur. Bilginin kamuya açıklanmış sayılması açısından kabul edilen ana prensip sermaye piyasası yatırımcılarının ulaşabileceği bir iletişim aracı ile açıklanmış olmasının yeterli olduğudur. Buna göre kamuya açıklık için bilginin tüm kamunun öğrenebileceği kanallardan açıklanmış olması gerekmeyip, yatırımcıların öğrenebileceği şekilde açıklanmış olması yeterlidir. Bu çerçevede bilginin kamuya kim tarafından açıklanmış olduğu da önem taşımamaktadır. Yine bu unsur açısından, gözlem yoluyla elde edilebilen, açıklanmış bir bilgiden edinilebilen ya da analiz yoluyla çıkarılan bilgilerin kamuya açık bilgi olduğu kabul edilmektedir. İçeriden öğrenenin kamuya açıklanmamış bir bilgiyi açıkladığını zannederek işlem yapması durumunda, suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin TCK'nın 30/1. maddesi hükmü, bilginin kamuya açıklanması gereken bir bilgi olduğu konusunda değerlendirme hatası yaparak işlem yapması durumunda ise TCK 30/4 gereği haksızlık yanılığısı söz konusu olabilecektir.

İçeriden öğrenilen bilginin diğer iki unsuru ise, Anglo Amerikan hukukunda "material information" adıyla birlikte ele alınan kesin olması ve fiyata etkili olmasıdır. Bu iki unsur, şekli unsurlar olarak nitelendirilebilecek ilk iki unsurun aksine içeriden öğrenilen bilginin maddi içeriği ile ilgilidir. Çünkü objektif olarak bilinebilir olan ilk iki unsurun aksine, bu iki unsur öğrenenin bilginin içeriğine ilişkin değerlendirme yapmasını gerektirmektedir. Bunlardan bilginin kesin olması, kullanılması ceza yaptırıma bağlanmış içeriden öğrenilen bilgiyi spekülatif bilgiden ayırmak için getirilmiş sınırlayıcı bir unsurdur. Sermaye piyasalarında yatırımcılar beklentiye dayalı ihtimali bilgiye dayanarak oluşturdukları tahminler ile geleceğe dönük işlemler yaparlar. İçsel bilginin kesinlik unsuru bu serbest alan ile cezalandırılan alanı ayırmaktadır. Dolayısıyla bilginin kesin olması, gerçek olması kadar katı bir anlama gelmemektedir ve mevcut koşullar çerçevesinde bilginin meydana gelmesini beklemek makul ve mantıklıysa bilginin kesin olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bilginin kesinliği daraltıcı bir biçimde yorumlanmamalıdır. Bilginin fiyata etkililiği açısından önemli olan

husus ise, söz konusu sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebilecek nitelikte olması ve bu özelliği ile içeriden öğrenenin yatırım kararı almasına neden olmasıdır. Bu bağlamda bilginin mutlak bir bilgi olup olmadığı fiyata etkililik açısından fikir verebilecek bir unsurdur.

İçeriden öğrenilen bilginin, kesinlik ve fiyata etkililik unsurlarının ispatı diğer unsurlara göre daha zordur. Zira suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi için failin, bilginin hem varlığını hem de fiyata etkili olduğunu bilmesi ve maddi menfaat elde etmek amacıyla hareket etmesi gerekir. Bu nedenle ex post olarak yapılacak objektif bir değerlendirme her zaman doğru sonuçlar veremeyeceği ve hareketin subjektif isnadiyeti açısından failin anılan iki unsura ilişkin bilgisinin, subjektif özellikleri göz önünde bulundurularak ex post değil ex ante olarak incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu nedenlerle bilginin fiyata etkililik unsuru açısından objektif ve subjektif unsurların birlikte kullanıldığı ikili bir değerlendirme yapılarak sonuçta ulaşılmamasının uygun olacağı düşüncesindeyiz. Öncelikle bilgi objektif olarak fiyata etki edebilecek bir bilgi midir? Eğer bu soruya verilen cevap olumsuz ise, ortada işlenemez suç bulunmaktadır, suç oluşmaz. Eğer verilen cevap olumlu ise, bu bilginin yatırımcının yaptığı subjektif değerlendirme sonucunda vardığı yatırım kararının sebebi olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer objektif olarak fiyata etkili olabilecek bu bilgi yatırım kararının sebebi oluşturmuşsa, failin bu konudaki kastının var olduğu anlamına gelir.

İçeriden öğrenenin ticareti suçunun faili ise, insider olarak da adlandırılan içeriden öğrenen kişidir. Belirtmek gerekir ki; içeriden öğrenenin ticaretinin suç olarak düzenlenmesinin nedeni; yani suç ile korunan hukuksal değer, güven ilişkisinin ihlali, piyasadaki fırsat eşitliğinin bozulması, finansal aracın sahiplerinin mülkiyet hakkının ihlali gibi farklı sebepler ile açıklanmaktadır. Bu yaklaşım farklılıkları ise, değişik hukuk sistemlerinde içeriden öğrenen kavramının düzenlenmesinde başka ayrımlar yapılmasına yol açmaktadır. Buna göre içeriden öğrenenler Amerikan hukukunda Tipper ve Tippee diye ikiye ayrılarak incelenirken Kara Avrupası sisteminde birincil, ikincil ve hatta üçüncül öğrenenler olarak farklı tasniflere tabi tutulmaktadır.

Bu ayırım içerisinde içeriden öğrenenlerin birincil ve ikincil öğrenen olarak ayrıldığı Kara Avrupası'nda, içsel bilgiyi doğrudan kaynağından öğrenen kişiler birincil öğrenenler olarak kabul edilmektedir. Bunlar, ihraççı şirketin organlarında görev alan kişiler, şirketin hissedarları, bilgiyi görev ilişkisi ile öğrenen kişiler ve işledikleri bir suç neticesinde öğrenenlerdir. Konuya ilişkin yasal düzenlemeler de ismen tanımlanmış olsun ya da olmasın birincil öğrenen olarak anılan kişiler, diğer öğrenenlere göre farklı yasaklamaların muhatabı olmaktadır. İçeriden öğrenenlerin bu şekilde tasnifinin genel bir yaygınlık kazandığı ve hatta yeni hazırlanan Sermaye Piyasası Kanun Taslağı'nda da suçun düzenlenmesinde bu ayırımı esas alındığı görülmektedir.

Günümüzde farklı ülke hukuk sistemlerinde temel tartışmayı ise, ikincil öğrenen olarak adlandırılan grubun kapsamını ve sorumluluk şartlarını belirleme oluşturmaktadır. Bu noktada genel olarak ikincil öğrenen kişiler, bilginin içeriden

öğrenilen bilgi olduğunu biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa birincil öğrenenler ile aynı işlem yasaklarına tabi olduğu kabul edilmektedir. Anılan tartışmaya ilişkin olarak şu hususa dikkat çekmek yararlı olacaktır. İçeriden öğrenenlerin kişi temelli sınıflandırılmasına yönelik yaklaşım, bu konudaki eski alışkanlıkların bir devamı olarak süregelse de, her yeni düzenlemede ikincil öğrenenlerin ya da Amerikan hukuku açısından Tippee'lerin kapsamı ve sorumluluğu bilgi bazlı bir yaklaşımla genişletilmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun kapsamı ve sınırları da giderek genişlemektedir. Bu nedenle söz konusu gelişim doğrultusunda günümüzde yapılan düzenlemelerde içeriden öğrenenlerin, birincil - ikincil öğrenenler gibi kişisel ilişki temelli değil, bilgi bazlı bir yaklaşımla ele alınması ve bu çerçevede bilginin içeriden öğrenilen bilgi olduğunu bilebilecek durumda olma gibi belirsiz kriterlere yer verilmemesi daha doğru olacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ALBELOOSHI, Abdulsalam, **The Regulation of Insider Dealing: An Applied and Comparative Legal Study towards Reform in the UAE**, University of Exeter 2008.
- ALACAKAPTAN, Uğur, **İşlenemez Suç**, Ankara.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011.
- BAINBRIDGE, Stephen M., **Securities Law: Insider Trading**, New York 1999.
- BAINBRIDGE, Stephen M., **"An Overview of US Insider Trading Law: Lessons for the EU?"** UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 05-5. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=654703 (E.T. 10.04.2012)
- BAKKALCI, Şebnem Meral, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Sorumluluğu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007.
- Black Law Dictionary, Abridged 9. Baskı
- CAFRTITZ, Eric/GENICOT, Olivier, **"EU Market Abuse Rules Memorandum"**, <http://www.friedfrank.com/index.cfm?pageID=25&itemID=1966> (E.T:08.03.2012).
- CALABA, Victor F., **"The Insiders: A Look At The Comprehensive And Potentially Unnecessary Regulatory Approaches To Insider Trading in Germany and The United States"**, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol.23, Issue 3, pp.457 - 486, May 2001.
- CUNLIFFE, Sophie Anne, **"Materiality in Insider Trading"**, www.otago.ac.nz/law/ojlr/.../Cunliffe.pdf (E.T:07.04.2012)
- EBENROTH, Thomas Carsten/BOUJONG, Karlheinz/JOOST, Detlev/STHROHN, Lutz, **Handelgesetzbuch**, 2009. (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohmann)
- ENGLER, Eric, **"Insider Trading in U.S. and E.U. Law : A Comparison"**, European Business Law Review, Vol. 26, pp. 465-490, 2010.
- ERBS, George/KOHLHAAS, Max (Hrsg.), **Strafrechtliche Nebengesetze**, München 2011. (Erbs/Kohlhaas/Wehowsky,WpHG)
- EVİK, Ali Hakan/ EVİK, Vesile Sonay, **"İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu"**, İÜHF C LXIII, S.1-2, 2005.
- HACIMAHMUTOĞLU, Sibel, **"AT Düzenlemeleri Işığında "İçeriden Öğrenilen Bilgi" Kavramının Değerlendirilmesi"**, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011.

- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011.
- HANNIGAN, Brenda, **Insider Dealing**, London 1994.
- HARTMANN, Joerg, **"Insider Trading: An Economic and Legal Problem"**, Gonzaga Journal of International Law, Vol.1, pp.46-99, 1997-1998.
- HAZEN, Thomas Lee/RATNER, David L., **Securities Regulation In A Nutshell**, 2006.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, **Türk Ceza hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara 2009.
- İSFEN, Osman, **"Sermaye Piyasalarının Suistimale Karşı Korunmasında Avrupa Hukuku Standartları"**, Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2010.
- MÜLLER, Welf/RÖDDER, Thomas (Hrsbg.), **Beck'sches Handbuch der AG**, München 2009. (Müller/Rödder/ Göckeler)
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray/TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2011.
- QUINN, Randall W., **"The Misappropriation Theory of Insider Trading in The Supreme Court", A (Brief) Response to the (Many) Critics of United States v. O'Hagan"**, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, Vol 8, Issue 3, pp. 865-898, 2003.
- Slaughter and May, **EU/UK Market Abuse Regime - Overview**, 2011, <http://www.slaughterandmay.com/what-we-do/publications-and-seminars/publications/client-publications-and-articles/t/the-euuk-market-abuse-regime---overview.aspx>. (E.T:05.03.2012).
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005.
- SÖZÜER, Adem, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul 1994.
- TACİR, Hamide, **"Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu"**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/2, İstanbul 2006.
- TEZCANLI, Meral Varış, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar**, İstanbul 1996.
- TURANBOY, Asuman, **İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)**, Ankara 1990.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2011.

İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler

Araştırma

Denizhan HOROZGİL*

*Bozdoğan (Aydın) Hâkimi; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Öğrencisi
(Judge of Bozdağan (Aydın), Ankara University Graduate School of Social Sciences, Master Student)
(E-posta: denoist@gmail.com)

ÖZET

İfade özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün bir görünüm şekli olarak basın özgürlüğü ve bu özgürlüklerin sınırları, bir toplumun demokratik nitelikte olup olmadığını belirleyen en büyük faktörlerden birisidir. Bu çalışmada öncelikle ifade ve basın özgürlüğünün ne anlama geldiği, bu özgürlük kategorileri arasındaki ilişki, basın ve basın özgürlüğünün önemi, yasal düzenlemedeki yeri, sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği, bu sınırlardan birisi olan ve basın özgürlüğünün özünü etkileyen "yayın yasakları"nın özellikle ceza soruşturması evresinde kendisini nasıl gösterdiği konuları, uygulamadan örnek olay ve kararlar ile birlikte özellikle sınırlamanın "kanun" tarafından öngörülmüş olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Daha sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarına değinilmiş, kanun koyucunun, mevzuatta boşluk bulunduğunu düşündüğümüz bazı temel konularda düzenleme yapması veya var olan bazı düzenlemeleri değiştirmesi veya mevcut ceza usul sistemine uyarlaması gerektiği düşünülmüştür.

Anahtar Kelimeler

Düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, yayın yasakları, soruşturma evresinin gizliliği.

ABSTRACT

SOME DETECTION AND CONSIDERATIONS ABOUT PUBLICATION BANS DURING CRIMINAL INVESTIGATION IN FRAMEWORK OF FREEDOM OF EXPRESSION AND PRESS

Freedom of expression and freedom of press emerging as an appearance of freedom of expression and limitations of these freedoms are one of the most important factors determining whether a society is democratic or not. In this study, especially meanings of these freedoms, connection between these categories of freedom, importance of the press and freedom of the press, position of the legal regulation, beginning and ending of the limitations, appearance style of "publication bans" which is one of the mentioned limitations and affect the essence of freedom of the press, particularly during criminal investigation is analyzed together with case studies and court decisions. Within this framework, the aspect that must be considered the limitation of fundamental rights and freedoms and particularly on the need to regulation by "law" of limitation is emphasized. Afterwards, case-law of European Court of Human Rights and Supreme Courts are mentioned and it is considered what legislature must enact about some basic issues determined as a legal loophole and what legislature must amend or adaptation to the existing system of criminal procedure of some legal arrangements.

Keywords

Freedom of thought, freedom of expression, freedom of press, publication bans, secrecy in criminal investigation.

GİRİŞ

Her şeyden önce, bu çalışmanın hazırlanmasındaki esas neden, kanun koyucu tarafından, ifade ve basın özgürlüğünü sınırlayan yayın yasakları tedbiri konusunda yasal mevzuatımızda boşluk bulunduğu düşünülen bazı önemli noktalarda düzenleme yapılmasının veya var olan bazı düzenlemelerin değiştirilmesi gerektiğinin düşünülmesidir. Zira basın özgürlüğü, gerek ifade özgürlüğünün bir görünüm şekli olması ve gerekse kitlesel haberleşme ve denetim mekanizması olması nedeniyle demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurudur. Ancak her özgürlük gibi bu özgürlüğün de mutlak bir hak olmadığını hemen belirtmek gerekir.

Bu çalışmada, öncelikle ifade ve basın özgürlüğünün anlamları, bu özgürlük kategorileri arasındaki ilişki, basın ve basın özgürlüğünün önemi incelenmiş, daha sonra soruşturma evresinin gizliliği ilkesini koruma altına alan, öğretide de birçok eleştiriye maruz kalan ve 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun'la ilga edilen 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19/1 hükmü etrafında bazı tespit ve değerlendirmeler yapılmış, internet sitelerine erişimin engellenmesi de dâhil olmak üzere soruşturma evresinde verilebilecek yayın yasakları tedbirine yönelik uygulamada görülen bazı sorunlu noktalar tespit edilmeye ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmış, bu yapılırken basın özgürlüğünü sınırlayan bir tedbir olarak yayın yasaklarının hukuki niteliği, bu kararın verilebilmesi için gereken şartlar ve yasal dayanağı tartışılmış, son olarak konuya ilişkin olarak bazı AİHM ve Yargıtay içtihatlarına değinilerek çalışma sonlandırılmıştır.

I. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

A. İfade Özgürlüğü - Basın Özgürlüğü

İnsanoğlunu diğer canlılardan ayıran özelliği düşünabiliyor olmasıdır. Bireyler ne düşüneceklerine (düşünce özgürlüğü) ve bu düşüncelerini ne şekilde ifade edebileceklerine (düşünceyi açıklama özgürlüğü veya ifade özgürlüğü) serbestçe karar verebildikleri takdirde farklı düşünceler ortaya çıkacak ve demokratik bir toplumun temeli atılmış olacaktır.¹

1 SADURSKİ, Wojciech, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002, s. 22 vd.; PALM, Elisabeth, "AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri", *Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri (24-25 Mayıs 2010)*, Ankara, 2010, s. 20, 21; ÖZEK, Çetin, *Basın Özgürlüğünden Bilgilendirme Hakkına*, 1. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s. 27-32.

İfade özgürlüğünü savunurken demokrasiye dayanan tez, ifade özgürlüğünü, genelinin bağımsız olduğu varsayımı üzerinden

AİHM, *Handyside - Birleşik Krallık* kararından bu yana,² AİHS'nin 10. maddesinde belirtilen ifade özgürlüğünün çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık anlayışına dayanan demokratik bir toplumun temel esaslarından biri olduğunu kabul etmiştir.

Düşünce özgürlüğü; düşüncenin oluşumu safhası, oluşan ancak henüz dışa vurulmamış olan safhası ve son olarak düşüncenin dışa vurulma safhasını içine alacak bir biçimde değerlendirilmelidir.³

Düşünce özgürlüğünün üçüncü safhasını belirten ifade özgürlüğü, "bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulması veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması"⁴ veya "insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte (dernek, sendika ve toplantı vb.) çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema ve tiyatro vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayması"⁵ şeklinde tanımlanabileceği gibi benzer şekilde "insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi ve yayabilmesi"⁶ şeklinde de tanımlanabilir.⁷

öncüllenen bir toplumun zorunlu bir unsuru olarak görmektir (SCHAUER, Frederick, *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002, s. 52).

2 Karar Tarihi: 07.12.1976, Başvuru No: 5493/72 (Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=25>, Erişim Tarihi 09.04.2012).

3 TANÖR, Bülent, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, 1. Basım, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 14 vd.; SANCAR, Türkan Yalçın, *Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 193, 194. *Kaboğlu* da benzer şekilde, düşünce özgürlüğünü 3 aşamada inceler: İlki, düşüncenin oluşumunu sağlayan bilgilendirme hakkını niteleyen "fikir ve kanaat özgürlüğü"; ikincisi, verilere, bilgilere, belgelere ve haberlere ulaşılabilmesini niteleyen "enformasyon hak ve özgürlüğü"; son olarak bireyin fikirlerinin dışa vurmasını niteleyen "ifade özgürlüğü" aşamasıdır (KABOĞLU, İbrahim, *Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü*, 1. Basım, TÜGİK Yayınları, İstanbul, 1997, s. 20).

4 ERDOĞAN, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 24, s. 8.

5 TANÖR, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Basım, BDS Yayınları, İstanbul, 1990, s. 89.

6 KABOĞLU, İbrahim, "Düşünce Özgürlüğü", *İnsan Hakları Almanacağı*, 1. Basım, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 106.

7 Çeşitli tanımlar için bkz. ÖZEK, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, 1. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 27;

Şunu da belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğü, negatif nitelikteki susma özgürlüğünü de içerir.⁸

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere ifade özgürlüğü, parçalardan oluşan bir bütündür.⁹ Diğer bir deyişle bu özgürlük, düşünce, kanaat ve inanç özgürlüğünü; düşünce, kanaat ve inancı açıklama ve yayma özgürlüğünü ve bilgi edinme ve bilgiye ulaşabilme gibi özgürlükleri de içine alan geniş bir özgürlük yapısıdır. İfade özgürlüğünün en temel tanımları dahi, bunlardan başka diğer birçok hak ve özgürlüğün “besleyici” kaynağını oluşturmakta ve türev pek çok yapıyı ardı sıra getirmektedir.¹⁰ Gerçekten, örneğin düşünce açıklaması yazı yoluyla yapıyorsa “basın özgürlüğü”nden; radyo, televizyon ve sanat etkinlikleri yoluyla oluşuyorsa “görsel-ışitsel haberleşme (iletişim) özgürlüğü”nden; kişinin diğer insanlarla bir araya gelerek düşüncelerini açıklamasında “toplantı özgürlüğü” ya da “dernek kurma özgürlüğü”nden; kişinin dini konularda düşüncelerini açıklamasında “din ve vicdan özgürlüğü”nden söz edilir.¹¹ Çalışmamızın konusunu ise esas itibarıyla, geniş anlamda ifade özgürlüğünün, daha dar anlamda ise haberleşme (iletişim) özgürlüğünün bir görünüm şekli olarak basın özgürlüğü ve basın özgürlüğünü sınırlayan yayın yasaları tedbiri oluşturacaktır.

Basın özgürlüğü en geniş anlamıyla, haber, fikir ve düşünceleri serbest olarak toplayıp, yorumlayıp ve eleştirip basabilmek, çoğaltabilmek, serbestçe yayımlayabilmek ve dağıtabilmek özgürlüğü olarak tanımlanabilir.¹² Basın özgürlüğü, gerek düşüncenin oluşması gerekse açıklanması safhalarında yaşamsal bir işlev görür.¹³

SUNAY, Reyhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Korunması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 528.

8 MACOVEİ, Monica, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, Kasım, 2001, s. 7.

9 KÜÇÜK, Adnan, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 13.

10 KABOĞLU, 2000, s. 107; ŞANLI, Pelin, “AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2, Cilt: 1, Sayı: 7, s. 425.

11 BOZKURT, Enver / DOST, Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 48.

12 BALKANLI, Remzi, **Basın Hürriyeti**, 1. Basım, Resimli Posta Matbaası, Ankara, 1961, s. 23; DÖNMEZER, Sulhi, **Basın ve Hukuku**, Genişletilmiş ve Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 41; ÖZKORKUT, Nevin Ünal, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti’ndeki Görünümü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 51, Sayı: 3, s. 67.

13 SANCAR, 2006, s. 218, 219.

Basın özgürlüğünün hangi hakları içerdiği hususunda öğretide farklı sınıflandırmalar yapılmıştır. *Dönmezer*’e göre bu özgürlük, haber, fikir ve düşünceleri bilmek, bunlara ulaşmak ve bunları toplamak hakkını; haber, fikir ve düşünceleri yorumlamak ve analiz edebilmek, eleştirebilmek hakkını; son olarak haber, fikir ve düşünceleri tabedebilmek ve basılmış eserleri dağıtabilmek hakkını içermektedir.¹⁴ Özek’e göre ise bu özgürlük, haberlere ulaşmak, bu haberleri yayınlamak ve dağıtmak hakkını; eleştiri ve inceleme hakkını; son olarak ise “yaratma hakkı”nı içermektedir.¹⁵

B. Basın ve Basın Özgürlüğünün Önemi

“*Düşünce*”nin oluşumu için gerekli hammadde-lerin başında bilgi ve fikirleri araştırıp elde etme, serbestçe öğrenme ve haber alma özgürlüğü gelir.¹⁶ Bu süreç, tek başına veya toplu halde, kitle iletişim araçları (radyo, televizyon, internet, gazete, dergi, kitap, internet vb.) gibi çeşitli araçlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilebilir.¹⁷ Zira, düşüncenin bir anlamı olabilmesi için, düşünülen şeyin ifade edilebilmesi, diğer bir deyişle düşünce özgürlüğünün, ifade (veya düşünceyi açıklama) özgürlüğü olarak devam etmesi gerekir.¹⁸

Basının düşüncenin oluşumuna ve haberleşme özgürlüğüne yaptığı katkının yanı sıra diğer bir önemi de, devletlerin yasama, yürütme ve yargı erklerinin yanında bir “*dördüncü kuvvet (kontrol erki)*” olarak nitelendirilmesidir.¹⁹ Basının görevi, devlet mekanizmasının işleyişini denetleme ve eleştiri yoluyla sapmaları önleme olarak belirlenebilir.²⁰ Gerçekten basın, yönetilenler ile yönetenlerin iletişimi, bilgi

14 DÖNMEZER, 1976, s. 92, 93.

15 ÖZEK, 1978, s. 34 vd. Yazar’a göre “*yaratma hakkı, düşüncenin ve entelektüel görüşlerin açıklanması hakkıdır. Yaratma hakkının söz konusu olabilmesi, yaratılanın bilimsel veya sanatsal bir değer taşımasını gerektirmektedir. Yaratma, belli bir olayın anlatılması veya bir konunun eleştirilip, incelenmesi konusu dışında, kişinin bir şey yaratması anlamına gelmektedir. Bu yaratılanın, adi, bayağı, ar ve haya duygularını sarsıcı nitelikte olması durumunda, yaratma hakkından söz edilemez*” (ÖZEK, 1978, s. 36, 37).

16 SANCAR, 2006, s. 197.

17 TANÖR, 1990, s. 59. Hemen belirtmek gerekir ki, haber ve bilgiye, sadece kitle haberleşme araçları aracılığıyla ulaşılmayabilir. Kişiler arasındaki özel yazışmalar ve gönderiler de bu kapsamda değerlendirilmelidir (SANCAR, 2006, s. 197).

18 PERİN, Cevdet, **Düşünce ve Basın Özgürlüğü**, 1. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1974, s. 17.

19 KAPANİ, Münici, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 269; PERİN, 1974, s. 129.

20 İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yenilenmiş 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 119; BALKANLI, 1961, s. 23; ÖZKORKUT, 2002, s. 66.

alışverişi ve özellikle denetimi bakımından çok önemli bir rol üstlenmektedir.²¹ Nitekim AİHM, *Lingens*²² ve *Thorgeirson*²³ kararında basın özgürlüğü için "siyasi hayatın bekçisi" ve "bekçi köpeği" benzetmesini kullanmıştır. Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkı ile ilgili verdiği pek çok kararında, basın özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemine vurgu yapmıştır.²⁴ Mahkemeye göre, Sözleşme çerçevesinde ortaya çıkan demokratik toplum kavramının özünü siyasal tartışma özgürlüğü oluşturmaktadır.

AİHM gibi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi de Avrupa'da basının ifade ve haber alma ve verme özgürlüğü hakkındaki 1506 (2001) sayılı Tavsiye Kararı'nda, "hür ve bağımsız basının varlığının bir toplumdaki demokratik olgunluğun başlıca göstergesi olduğunu" vurgulamıştır.

Basın özgürlüğü,²⁵ yukarıda da belirtildiği gibi kaynağını ifade özgürlüğünden almaktadır.²⁶ Kişilerin düşündüklerini, istedikleri biçim, zaman ve yerde tartışmak ve istendiği takdirde düşüncelerini açıklamamak serbestisi olmadan basın özgürlüğünden söz edilemez. Diğer bir deyişle, basın özgürlüğünden bahsedilebilmesi için, ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesi ön şarttır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, özellikle matbaanın icadından sonra ortaya çıkan basın özgürlüğü, ifade özgürlüğüne göre daha yeni bir kavramdır.²⁷ Basın özgürlüğünün bir yandan ifade özgürlüğüne göre daha yeni bir kavram olması, diğer yandan teknik

açından ayrıkça özellikler göstermesi ve bu nedenle farklı düzenleme ve güvencelere ihtiyaç duyması nedenleriyle ifade özgürlüğün özel bir türü olduğu ve fakat ondan farklı bir özgürlük kategorisini oluşturduğu kabul edilmektedir.²⁸

Çağdaş demokratik rejimlerde basın özgürlüğünün gerçekleştirilmesi için, devletin tamamen tarafsız kalması yeterli görülmemekte, ondan aynı zamanda aktif önlemler alması da beklenmektedir.²⁹ Bu nedenlerle basın özgürlüğünün sosyal nitelikte haklardan ve *Jellinek*'in sınıflandırmasında "pozitif statü hakları"ndan birisi olduğu kabul edilir.³⁰ Gerçekten gerek 1961 Anayasası'nın 22. maddesinde gerekse 1982 Anayasası'nın 28. maddesinde aynen yer alan "Devlet, basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirleri alır." hükmü bunun açık göstergesidir. Nitekim AİHM de, *Özgür Gündem* kararında,³¹ günlük bir gazeteye ve gazete personeline yönelik iki yıl içerisinde gerçekleşen saldırılar mevcutken bu olayları araştırma konusunda yetkili makamlarca bir işlem yapılmaması iddiasını değerlendirirken, bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için devletin, aktif bazı önlemler alması gerektiğini belirtmiştir.

C. Basın Özgürlüğünün Yasal Düzenlemedeki Yeri

Basın özgürlüğü, 1982 Anayasası'nın 28. maddesinde düzenlenmiştir.³² Anayasa, basın özgürlüğünün hayata geçirilebilmesi için sadece bu özgürlüğü değil, bilim ve sanat özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü gibi, esaslarını düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünden alan özgürlük kategorilerini de düzenlemiş, anayasal güvence altına almıştır. Nitekim 1982 Anayasası'nın 22. maddesi "Haberleşme Hürriyeti"ni; 25. maddesi "Düşünce ve

21 KAPANİ, 1993, s. 269.

22 Karar Tarihi: 08.07.1986, Başvuru No. 9815/82 (Kararın tam metni için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=112>, Erişim Tarihi 09.04.2012. Karar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. BIÇAK, Vahit, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002, s. 115-134.

23 Stratejik Planlama Müdürlüğü Uygulamanın Takibi Dairesi, **İfade ve Haber Alma/Verme Özgürlüğü Konusunda Avrupa Konseyi Standartları**, Strasbourg, 2003, s.3, http://www.dsp.coe.int/DSP/monitoring/docs/Monitor-inf%282003%293_Tur.pdf (Erişim Tarihi 18.03.2012).

24 ŞAHİN, Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 152.

25 Basın Özgürlüğü hakkında daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, **Türkiye'de Basın Özgürlüğü**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

26 İÇEL / ÜNVER, 2007, s. 24; ÖZEN, Muharrem, "Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı", **Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 322; ARMAĞAN, Servet, "Basın Hürriyeti ve Sınırları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1997, Cilt: II, Sayı: 1-2, s. 197, 198; İLKİZ, Fikret, "İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası", **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 207.

27 ÖZEK, 1978, s. 11; DÖNMEZER, 1976, s. 42.

28 KORKUT, Levent, "Basın Özgürlüğü", **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 226. Aksi görüşte bkz. ÖZEK, 1978, s. 32, 33.

29 SANCAR, 2006, s. 198.

30 DÖNMEZER, 1976, s. 79 vd.; İÇEL / ÜNVER, 2007, s. 28; ABDAN, Nermin Unat, "Basın ve Haberleşme Hürriyeti", **Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968)**, Ankara, 1970, s. 94. Aksi görüşte bkz. SALİHPAŞAOĞLU, 2007, s. 106, 107.

31 Karar Tarihi: 16.03.2000, Başvuru No. 23144/93 (<http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=1118>, Erişim Tarihi 09.04.2012). Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. BIÇAK, 2002, s. 473 vd.

32 "Madde 28 - Basın hürdür, sansür edilemez. Basimevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır. Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır..."

Kanaat Hürriyeti"ni; 26. maddesi "*Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti*"ni; 27. maddesi "*Bilim ve Sanat Hürriyeti*"ni; 29. maddesi "*Sürelî ve Süresiz Yayın Hakkı*"ni; 30. maddesi "*Basın Araçlarının Korunması*"ni; 31. maddesi "*Kamu Tüzelkişilerinin Elindeki Basın Dışı Kitle Haberleşme Araçlarından Yararlanma Hakkı*"ni; 32. maddesi ise "*Düzeltilme ve Cevap Hakkı*"ni düzenlemektedir.

Belirtmek gerekir ki "Basın Özgürlüğü" sadece 1982 Anayasası'nda değil, diğer anayasalarda da yer almış, 1961 Anayasası'nda 22. madde, 1924 Anayasası'nda 77. madde basın özgürlüğü konusunu düzenlemiştir. 1921 Anayasası'nda "Basın Özgürlüğü"nden bahsedilmemesine karşın 1876 tarihli ilk Anayasada da "Matbuat Hürriyeti" adı altında bir hürriyetten bahsediliyordu ki bu kavram bugünkü "Basın Özgürlüğü"nü içine almaktadır.³³

Yine, 15.07.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 09.06.2004 tarihli ve 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında, AİHS'nin 10. maddesindeki düzenleme³⁴ esas alınarak, basının özgür olduğu, bu özgürlüğün bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerdiği; 2. fıkrasında ise basının özgürlüğünün kullanılmasının ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toplum bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

II. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASININ BİR ŞEKLİ: "YAYIN YASAKLARI"

A. Genel Olarak Yayın Yasakları

Yukarıda anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere basın özgürlüğü gerek Anayasal düzeyde ve gerekse

33 ARMAĞAN, 1997, s. 198.

34 AİHS m. 10: "1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

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

kanunlar düzeyinde güvence altına alınmış bir özgürlük kategorisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira genelde ifade özgürlüğü, özelde basın özgürlüğü demokratik bir siyasal yaşamın vazgeçilmez öğesidir.³⁵

Basın özgürlüğünün en sık başvurulan sınırlanma şekli ise, yayın yasaklarıdır. Yayın yasakları, Anayasada güvence altına alınmış birçok temel hak ve özgürlüğü, özellikle de basın özgürlüğünü sınırlar nitelikte olduğundan, bu tür sınırlamaların 1982 Anayasası'nın 13. maddesine uygun ve ilgili temel hak ve özgürlüğü düzenleyen hükümde sayılan sınırlama nedenlerine bağlı olarak yapılması gerekir. Bu açıdan sınırlamalar, temel hak ve özgürlüklerin *özlerine dokunulmaksızın, ölçülülük ilkesine uyularak* ve ancak *kanunla* yapılabilir.³⁶ AİHM de birçok kararında sınırlamanın belirli şartlarla ve ancak hukuk tarafından öngörülen hallerde yapılabileceğine karar vermektedir.³⁷

Basın özgürlüğünü sınırlayan hükümler mevzuatımızda dağınık haldedir. 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu*'nun 157. ve 182 vd. maddeleri, 5846 sayılı *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*'nun ek m. 4/3 hükmü, 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*'un 8. maddesi, 4077 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*'un 25/8. maddesi, 1117 sayılı *Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu*'nun ek m. 2. hükmü, 6112 sayılı *Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun*'un 32. ve 33. maddesi ve 7258 sayılı *Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun*'un 5. maddesi bu sınırlamalara örnek olarak gösterilebilir.

Aşağıda, esas itibarıyla 5187 sayılı Basın Kanunu ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da yer alan sınırlamalar üzerine bazı tespit ve değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır.

B. Basın Kanunu (mülga) m. 19/1

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19/1. maddesi, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı "*Yargı*

35 ÖZEN, 2009, s. 322.

36 SANCAR, 2006, s. 204, 205.

37 MACOVÉ, 2001, s. 23-26; BOZKURT / DOST, 2002, s. 53.

Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertilenmesi Hakkında Kanun"un 105. maddesiyle ilga edilmeden önce öğretilen birçok eleştiri ile karşılaşmaktaydı. Gerek ilgili hükmün yakın bir zamanda ilga edilmiş olması ve gerekse 02.07.2012 tarihinden önce işlenen, "soruşturmanın gizliliğini ihlal" suçları bakımından değerlendirme yapılması gerektiği düşünülerek aşağıda kısaca 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga 19/1 hükmü irdelenmeye çalışılacak, ilga edilmeden önce hükme yöneltilen bazı eleştirilere değinilecektir.

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19/1. maddesi metni şöyleydi: "*Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi milyar liradan az olamaz...*"

1. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19/1 hükmü ile korunan hukuki menfaat

Soruşturma evresi, selameti bakımından esas itibarıyla kamuya karşı gizli biçimde cereyan eder.³⁸ Soruşturma evresinin gizliliği, bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ancak, her şeyden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. bendinde ve 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında ifadesini bulan "*suçsuzluk karinesi*"nin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez nitelikte bir ilkedir. İşte 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga 19/1 hükmü ile korunan hukuki menfaat,³⁹ yani soruşturmanın gizliliği ilkesi ile, suçun işlenmesinden kamu davası açılıncaya kadar geçen sürede fail ya da faillerin gecikmeksizin tespiti, firarların önlenmesi, suçla ilgili tüm delillerin sağlıklı olarak ve eksiksiz toplanması, soruşturmanın eksiksiz olarak yapılması ve en önemlisi kişilerin lekelenmemesi sağlanmaktadır. Soruşturmanın

38 KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 495, 760 vd.,773.

39 Suçun hukuki konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

gizliliğini güvence altına almak amacıyla getirilen 5271 sayılı CMK m. 157 hükmüne göre, "*kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir*".

2. 5187 sayılı Basın Kanunu m. 19/1 metninin irdelenmesi

a. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1412 sayılı mülga CMUK'ta kullanılan ve 5187 sayılı Basın Kanunu mülga m. 19/1 metninde de ifade edilen "hazırlık soruşturması"⁴⁰ deyiminden, 5271 sayılı CMK'nın sistematığına uygun olarak "soruşturma" evresini anlamak gerekmektedir.⁴¹ CMK m. 2/1-e bendi uyarınca soruşturma evresi, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.

b. Yayının, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga 19/1 hükmünde düzenlenen yasak kapsamında değerlendirilebilmesi için Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip bu kararın kesinleşmemiş olması veya kamu davası açılmamış olması gerekir. Bilindiği üzere 5271 sayılı CMK m. 175 uyarınca kamu davası, iddianamenin kabulü ile açılmış olur. 1412 sayılı mülga CMUK'un 163/1 maddesine bakıldığında ise kamu davası, Cumhuriyet savcısınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihte açılmış sayılıyordu. Bu noktada maddenin ilk fıkrası kapsamının belirlenmesi bakımından hangi tarihin esas alınacağına belirlenmesi gerekmektedir.

Her ne kadar 5187 sayılı Basın Kanunu'nun yürürlük tarihi (26.06.2004), 5271 sayılı CMK'nın yürürlük tarihine (01.06.2005) göre eski olsa da, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga 19. maddesi incelendiğinde ikili bir ayırım yapılmak istendiği, ilk fıkrada soruşturma evresinin (hazırlık soruşturmasının), ikinci fıkrada ise kovuşturma evresinin düzenlenmesinin amaçlandığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle ilk fıkrada belirtilen "*kamu davasının açılmasına kadar*" deyiminden mülga CMUK hükümleri gereği iddianamenin mahkemeye verildiği tarih değil, 5271 sayılı CMK m. 2-f ve

40 KUNTER, 1989, s. 765.

41 İÇEL / ÜNVER, 2007, s. 68.

m. 175 hükümleri gereğince iddianamenin kabul tarihi anlaşılmalıdır.⁴²

- c. Maddede sayılan belgelerin yalnızca içeriğinin yayınlanmış olması, yayın yasağı kapsamına girmesi bakımından yeterli kabul edildiğinden, bu belgelerin yayınlanmasında yargı görevi yapanları veya Cumhuriyet savcısını etkilemek amacı gibi bir özel kastın varlığının aranmadığı, genel kastın yeterli olduğu sonucuna varılmak gerekir. Bunlara ek olarak, içeriği yayımlanan belgeler hakkında olumlu veya olumsuz mütalaa yayınlanması da yasaklanmış olmaktadır. Ancak, yayında işlem veya kararların yalnızca yapıldığından veya ilgili belgelerin varlığından söz edilmiş olması suçun varlığı için yeterli olmayacak; buna karşın içeriklerinin açıklanmış olması halinde suç gerçekleşmiş sayılacaktır.⁴³
- d. İçeriğinin açıklanması yasaklanan "*Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemleri*" ve "*soruşturma ile ilgili diğer belgeler*"den ne anlaşılabilir?

"*Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemleri*"nden anlaşılması gereken, bunların yapmış olduğu işlemler ve buna ek olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemelerin vermiş olduğu kararlardır. Zira verilmiş olan kararların da birer işlem niteliğinde olduklarının kabulü,⁴⁴ madde ile korunan hukuksal menfaati, diğer bir deyişle soruşturma görevinin amacına uygun olarak dış etkilerden uzak ve gizli yürütülmesini sağlaması bakımından da yerinde olacaktır. Cumhuriyet savcısının örneğin tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması, gözaltına alma, yer gösterme yaptırma gibi işlem ve kararları; hâkim veya mahkemenin de örneğin tutuklama gibi koruma tedbirleri hakkında verdikleri kararlar yayınlanması yasaklanmış olan işlem ve kararlar arasında sayılabilir. *Soruşturma ile ilgili diğer belgelerden* anlaşılması gerekenlere ise şu örnekler verilebilir: Bilirkişi, otopsi, ekspertiz, adli muayene raporları, olay yeri veya kimlik tespit tutanakları vb.

42 ÖZEL, Cevat, "Yeni Basın Kanunu Maddelerinin İrdelenmesi", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007, s. 104. Aksi görüşte bkz. UÇUM, Mehmet / ABANOZ, Ümit, "Uygulama Yönünden Basın Özgürlüğü ve Basın Hukuku", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007, s. 138.

43 UÇUM / ABANOZ, 2007, s. 138.

44 İÇEL / ÜNVER, 2007, s. 69.

3. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesinin kenar başlığının değerlendirilmesi

Bilindiği üzere ceza yargılaması, devletin belli makamlarının, müşahhas (somut) bir olayla ilgili suç isnadıyla ortaya çıkan uyuşmazlığı devletin egemenliğine dayanarak, hukuk normlarına uygun bir şekilde, kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir kararla çözmesi ve olay suç tiplerinden birine uyuyorsa müeyyideyi belirlemesi faaliyetidir.⁴⁵

"Soruşturma" ise, bir suç isnadıyla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmesi faaliyeti değil, sadece bir kimseye suç isnat edilip edilemeyeceğinin araştırılması faaliyeti olduğundan, savcının bu yöndeki faaliyetleri yargılama faaliyeti niteliğinde değildir.⁴⁶ Ancak, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga 19/1 maddesinde soruşturma evresinde bazı belgelerin içeriğinin açıklanması yasaklanmıştır. Her ne kadar soruşturma evresinde de istisnai olarak (kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz üzerine itiraz merciinin vereceği karar gibi) bazı yargılama faaliyetlerine rastlamak mümkün ise de madde düzenlemesinde yalnızca bu tür istisnai karar ve işlemlerden bahsedilmemiş, bunların yanında münhasıran Cumhuriyet savcısının işlem ve kararları ile diğer (bilirkişi raporları, tanık ifadeleri gibi) işlem ve kararlardan da bahsedilmiş ve bunların da içeriğinin açıklanması yasaklanmıştır. Bu nedenlerle "yargıyı etkileme" olarak belirlenmiş olan madde başlığı, madde içeriğinde soruşturma evresinde yargılama faaliyeti kapsamına girmeyen karar ve işlemlerden bahsedilmiş olması karşısında, yerinde bir tercih olarak kabul edilmemektedir.⁴⁷

4. Anayasa'nın 28. ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3/2, 19 veya 25. maddeleri gerekçe gösterilerek yayın yasağı kararı verilip verilemeyeceği sorunu

Yukarıda da değinildiği üzere yayın yasakları, Anayasa güvence altına alınmış birçok temel hak ve özgürlüğü, özellikle de basın özgürlüğünü sınırlar nitelikte olduğundan, bu tür sınırlamaların 1982

45 KUNTER, 1989, s. 138.

46 TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Basım, Savaş Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 22, 23.

47 Aynı yönde bkz. SINAR, Hasan, "Basın Kanunundan Kaynaklanan Bazı Güncel Hukuksal Sorunlara İlişkin Tespit ve Öneriler", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007, s. 124.

Anayasası'nın 13. maddesine uygun ve ilgili temel hak ve özgürlüğü düzenleyen hükümde sayılan sınırlama nedenlerine bağlı olarak yapılması gerekir. Bu açıdan sınırlamalar, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın, ölçülülük ilkesine uyularak ve ancak "kanun"la yapılabilir.

Uluslararası sözleşmeler ve anayasalar tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yine bu metinlerde belirlenecek çerçeve içerisinde ve sadece kanunla yapılabilmesi, modern hukuk devleti anlayışının bir gereğidir.⁴⁸

Uygulamada soruşturma evresinde yayın yasağı tedbiri daha çok, basılmış eserleri de kapsar şekilde, Anayasa'nın 28., 5187 sayılı Basın

48 CENTEL, Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, 1. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 3.

49 Bkz. Bodrum 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 20.07.2012 tarih ve 2012/442 D.İş sayılı Kararı: "Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen 2009/8753 No'lu soruşturma kapsamında, Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Bodrum Belediyesine yapılan operasyon ve Bodrum Belediye Başkanının tutuklanması ile ilgili yargılama yürüten görevliler ile Konacık Belediye Başkanı M.T. hakkında, Bodrum Belediyesi Başkanı ve diğerleri hakkındaki dava kesinleşip sonuçlanıncaya kadar, yürütülen soruşturma ile ilişkilendirilmek sureliyle radyo, görsel, yazılı basın ve internet sitelerinin her türlü yayınının haber, röportaj, eleştiri, duyumların aktarılması ve benzeri isimler ile yayımlanmasının **5187 Sayılı Basın Kanununun 3. maddesi uyarınca** tedbiren durdurulmasına..." (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=643c5fd1-1530-4134-8190-b1da7e1c13c7, Erişim Tarihi 09.10.2012).

Bkz. İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin (CMK m. 250 ile yetkili) 21.06.2007 tarih, 2007/617 sayılı yayın yasağı kararı: "...basında çıkan çeşitli haberlerin kamu düzeni, kamu güveni ve toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanması veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabileceğinden bahisle, söz konusu soruşturma ile alakalı olarak soruşturmanın amacından saptırılmak istenmesi ve kamuoyunda yanlış anlamalara sebebiyet verilmemesi amacıyla, **tüm yazılı ve görsel basın ve medya kuruluşlarına**, konu ile ilgili olarak **Basın Kanununun 3. maddesi gereğince** yayın yapma yasağına karar verildi" (Basında yer alan haberler için bkz. http://www.haberler.com/rtuk-istanbul-9-nolu-agir-ceza-mahkemesi-nin-yayin-haber/, Erişim Tarihi 18.06.2012).

Bkz. Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesi'nin 14.08.2012 tarih ve 2012/287 D.İş sayılı Kararı: "Mahkememizin 2012/287 Esas sayılı dosyasında delillerin henüz tam olarak toplanmamış olması, çeşitli basın organlarının olayın çarpıtılarak yayın yapılması ihtimali bulunması nedenlerinden ötürü **5187 Sayılı Basın Kanununun 3/2. maddesi uyarınca** kamuoyunun bilgilendirilmesine ilişkin yalnızca haber özelliği taşıyan haberler dışında kovuşturma ile ilgili yazılı ve görsel basında, medyada, her türlü haber ve yayının, görsel ve yazılı radyo gazete, internet sitesi vesair haber kuruluşlarında haber röportaj, eleştiri ve benzeri isimler ile yayımlanmasının ve haberlerin önlenmesinin duruşmanın bırakıldığı 28.09.2012 tarihine kadar yayın yasağı konulmasına..." (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=c3f3eb45-0632-447c-9364-c10e159a8cb6, Erişim Tarihi 09.10.2012).

Bkz. Mavi hat operasyonu ile ilgili Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin (CMK m. 250 ile yetkili) dosyanın kaydı aşamasında vermiş olduğu yayın yasağı kararı: "...yazılı talep ve ekleriyle dosyanın incelenmesi sonucunda, Anayasanın 22, **Basın Yasasının 3/2, 19/1** ve Ceza Muhakemesi Kanununun 187/3. maddeleri

Kanunu'nun 3/2., mülga 19.⁴⁹ veya 25.⁵⁰ maddeler-

uyarınca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebinin kabul edilerek, dosyayla ilgili "yayın yasağı" konulmasına oy birliğiyle karar verildi." (http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/436758.asp, Erişim Tarihi 18.06.2012).

Bkz. Bakırköy 21. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.04.2012 tarih ve 2012/327 D.İş sayılı Kararı: "Bu nedenlerle **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20. Maddesi, 5187 sayılı yasanın 3/1, 6112 sayılı yasanın 8/1-c maddeleri gereğince** itirazın kabulü ile mahkeme kararının kaldırılmasına ve yayın yasağı konulmasına karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur... yazılı ve görsel basında yayın yapılmasının yasaklanmasına..."(http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=1ec8966a-c0dd-4aaf-9d93-828954f65900, Erişim Tarihi 09.10.2012).

Bkz. Askeri Mahkemenin, ...gazetesinin Aktütün Karakolu'na yapılan saldırı ile ilgili yayınladığı haberler hakkında soruşturma evresinde alınan yayın yasağı kararı: "...belge ve dijital kayıtların yayımlanmasının, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 329'ncü maddesinde belirtilen devletin güvenliğine ilişkin bilgileri açıklamak suçuna vücut verebilme ihtimali ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157'nci maddesinde düzenlenen soruşturmanın gizliliğini ihlal etme ihtimali bulunduğundan, söz konusu soruşturma ile ilgili olarak **tüm yazılı ve görsel basın ve medya kuruluşlarının bu konudaki bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama faaliyetlerinin kısıtlanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13 ve 28'nci maddeleri ile 5187 sayılı Basın Kanunu'nun, 3/2'nci maddesi uyarınca** soruşturma tamamlanıncaya kadar yayın yapma yasağı konulmasına... oy birliğiyle karar verildi." (Basında yer alan haberler için bkz. http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/462579.asp, http://www.hurriyet.com.tr/gundem/10131674.asp?gid=229&sz=11443, Erişim Tarihi 18.06.2012).

50 Bkz. Ankara 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.05.2007 tarih ve 2007/721 D.İş sayılı Kararı: "Yapılmakta olan soruşturmanın gizliliği, olay yeri görüntülerinin toplumun beden ve ruh sağlığına zarar verecek nitelikte olması ve yapılan yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla **tüm ulusal ve yerel yayın yapan televizyonlar ile bölgesel ve yerel süreli gazeteler ve dergilerde** olay yeri görüntülerinin kayda alınması ile önceden kayda alınmış görüntülerin ve resimlerin yayımlanması ile ilgili **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 28., Türk Ceza Kanunu'nun 285, 286 ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25. maddeleri uyarınca** yayım yasağı konulmasına...karar verildi".

Bkz. Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 29.05.2012 tarih ve 2012/497 D.İş sayılı Kararı: "CMK'mm 157/1 maddesi gereğince soruşturmanın gizliliği dikkate alınarak, soruşturmanın devam ediyor olması, delillerin tam olarak toplanmamış olması ve basın organlarında olayın çarpıtılarak yayımlanması ihtimalinin bulunması nedeniyle, **5187 Sayılı Kanunun 3/2 ve 25 maddeleri gereğince** kamuoyunun bilgilendirilmesine ilişkin ve yalnızca haber özelliği taşıyan haberler dışında, şüpheliler ve şikayetçinin ismi belirtilerek soruşturma evrakının içeriği ile ilgili yazılı ve görsel basında yapılan haberlerin önlenmesi amacıyla yayın yasağı getirilmesine ve internet ortamında yer alan görüntülerin kaldırılmasına..." (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=0ef2f515-5a70-4790-934c-1a2c7829b83f, Erişim Tarihi 09.10.2012).

Bkz. Boğazlıyan Sulh Ceza Mahkemesi'nin 12.09.2012 tarih ve 2012/257 D.İş sayılı Kararı: "Boğazlıyan Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2012/1282 soruşturma sayılı dosyasında; düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen TC Anayasası'nın 26/2 maddesinde "Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulüne belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilme-

ri gerekçe gösterilerek verilmektedir.⁵¹ Yine uygulamada, 5271 sayılı CMK'nın 153/2. maddesi⁵² gerekçe gösterilerek de yayın yasağı kararı verilebilmektedir. Aşağıda bu gerekçeler sırasıyla incelenmeye çalışılacaktır.

*si amaçlarıyla sınırlanabilir.” hükmü ile soruşturmanın gizliliğini düzenleyen CMK'nın 157. maddesinde savunma haklarına zarar vermek koşulu ile soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir hükmünün bulunduğu dikkate alınarak delillerin henüz tam olarak toplanmamış olması, çeşitli basın organlarının olayın çarpıtılarak yayın yapılması ihtimali bulunması nedenleriyle **5187 Sayılı Basın Kanununun 3/2 ve 25. maddeleri uyarınca** kamuoyunun bilgilendirilmesine ilişkin yalnızca haber özelliği taşıyan haberler dışında müşteki ve şüphelilerin isimleri belirtilerek soruşturma ile ilgili yazılı ve görsel basında, medyada, her türlü haber ve yayının, görsel ve yazılı radyo gazete, internet sitesi ve sair haber kuruluşlarında haber röportajı, eleştiri ve benzeri isimler ile yayımlanmasının ve haberlerin önlenmesi için şüpheliler hakkındaki soruşturma tamamlanmaya kadar yayım yasağı konulmasına ve internet sitelerinde bu konuda yer alan yayınların kaldırılmasına...” (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=da41544d-d323-4d83-a530-0db3a50139ba, Erişim Tarihi 09.10.2012).*

Bkz. Hendek Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.03.2012 tarih ve 2012/222 D.İş sayılı Kararı: “Yukarıda açıklanan gerekçelerle **5187 sayılı Basın Yasasının 25. maddesi uyarınca** yayın yasağı konulmasına olayla ilgili olarak yayın yasağı konulmasına, mağdur ve şüphelilerin fotoğraflarının ve kimliklerinin basında yayınlanmasının engellenmesine... karar verildi” (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=1907842b-39d9-4d57-aa3a-b1c06243fdd3, Erişim Tarihi 09.10.2012).

51 Yine bu yayın yasağı kararları birçok kez hem yazılı hem görsel basın ve medya kuruluşlarını kapsar şekilde verilmektedir. Radyo ve televizyonlar yayınları 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'u hükümlerine (m. 32, m. 33) tabi olduğundan, bu yayınlar hakkında Basın Kanunu'na veya herhangi bir diğer kanuna dayanılarak yayın yasağı kararı verilmesine olanak yoktur (İLKİZ, Fikret, “Yayın Yasakları”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, 1. Basım, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 486).

52 Bkz. Serik Sulh Ceza Mahkemesi'nin 13.05.2012 tarih ve 2012/288 D. İş Sayılı Kararı: “Soruşturma konusu olay nedeni ile soruşturmanın selameti ve sağlıklı yürütmesi amacıyla, şüphelinin siyasal konumu da değerlendirilerek **CMK 153/2. maddesi gereğince** Serik Cumhuriyet Başsavcılığının 2012/1776 Soruşturma sayılı dosyasında gizlilik kararı verilmesine... Ayrıca; CMK'nun 157.maddesi gereğince soruşturmanın gizliliği ve şüpheli hakkında bazı medya kuruluşlarında yayın yapıldığı iddiaları da dikkate alınarak münhasıran bu olaya ve soruşturmaya ilişkin yayın yasağı konulmasına...” (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=4899b1a8-a6d0-47d3-9b68-71239bfe5674, Erişim Tarihi 09.10.2012).

5271 s. CMK m.153: “(1) Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

(2) Müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkrâ hükmü uygulanmaz...”

a. Öncelikle, 1982 Anayasası'nın 28. ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3/2. maddesine bakıldığında basın özgürlüğünün yalnızca hangi hallerde sınırlandırılacağı *sınırlı ve soyut* bir biçimde sayılmıştır.

“Anayasa madde 28 - Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27'nci maddeleri hükümleri uygulanır...”⁵³.

“5187 s. Basın Kanunu madde 3 - Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir”.

Bu hükümler dikkatle incelendiğinde, belirli bir olaya, habere veya soruşturma konusu suçla ilişkin olarak yayın yasağı tedbirine ilişkin somut belirlemelerin yapılmamış olduğu görülmektedir.

Kanun koyucunun bazı koruma tedbirlerine örneğin yakalama ve tutuklama (Anayasa m. 19; CMK m. 90, 100 vd.), arama ve elkoyma (Anayasa m. 20 ve m. 21; CMK m. 116 vd.), yayınlar hakkında dağıtımın önlenmesi veya süreli veya süresiz yayınların toplatılması (Anayasa m. 28; 5187 s.K m. 25) gibi tedbirler hakkında gerek Anayasa gerekse kanun düzeyinde getirmiş olduğu somut kimi bazı belirlemeler olmasına karşın; “*basılmış eserlere*” ilişkin olarak verilecek yayın yasağı kararının, örneğin hangi organ tarafından, hangi şartlarla, ne kadar bir süre için veya ne gibi bir usulle verileceği veyahut bu karara karşı ne gibi kanun yollarına başvurulacağına ilişkin hiçbir belirleme yapılmamıştır. Kaldı ki yukarıda belirtilen (tutuklama,

53 **Anayasa m. 26:** “... Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir”.

arama, elkoyma) gibi koruma tedbirlerine ilişkin salt Anayasada yapılmış olan bu belirlemeler dahi, tek başlarına ve doğrudan bu koruma tedbirlerinden birine karar verilebilmesine olanak tanımamaktadır. Gerçekten ilgili bu hükümler incelendiğinde kanun koyucunun bu koruma tedbirleri hakkında asgari anayasal güvenceler getirme amacıyla olduğu, geri kalan kısmın ise kanunlar tarafından düzenlenmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Örneğin, Anayasanın 21. maddesinde, belirlenen sebeplerden birine bağlı olarak "usulüne göre" verilmiş hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde "kanun tarafından" yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça arama veya el koymanın yapılamayacağı, yetkili merciin kararını yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunması gerektiği, hâkimin ise kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı belirtilmiş, böylece asgari olarak anayasal güvenceler getirilmiş, bu güvenceleri aşmamak kaydıyla kanun koyucu ya yetki alanı tanınmıştır.⁵⁴ Kanun koyucu da örneğin tutuklama veya arama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin olarak kanuni düzenleme yapmış (CMK m. 100 vd.; CMK m. 116 vd.) ve Anayasanın kendisine bıraktığı alanı doldurmuştur.

b. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga 19. maddesi ise yalnızca, maddede belirtilen işlem ve kararların içeriğinin yayınlanması halinde ne gibi bir cezanın verileceği düzenlenmiştir. Buna karşın, yukarıda da belirtildiği gibi, sonuçları itibarıyla birlikte değerlendirildiğinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan ve koruma tedbiri niteliğinde olan yayın yasağı kararının hangi organ tarafından, hangi şartlarla, ne kadar bir süre için veya ne gibi bir usulle verileceği veyahut bu karara karşı ne gibi kanun yollarına başvurulacağı düzenlenmemiştir.

Gerçekten örneğin, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesi ile, İnternet sitelerine erişimin engellenmesi kararının hangi şartlarla, hangi makam tarafından, ne gibi bir usulle verilebileceğine ilişkin somut ve ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Buna karşılık, "basılmış

eserlere" ilişkin olarak, bu tür belirlemelerin kanunla açıkça ve somut bir biçimde yapılmamış olması karşısında, uygulamada, belirtilen maddeler gerekçe gösterilerek yayın yasağı kararının verilmesi, özellikle basın özgürlüğünün özüne dokunabilecek, ölçülülük ilkesini ortadan kaldıracak uygulamalara neden olabilecektir.⁵⁵ Gerçekten de "soyut yasaklar yasama organınca somutlaştırılmadıkça idare ve yargı tarafından doğrudan uygulanamazlar, bunların soyut karakteri ve kanunla sınırlama ilkesi buna engeldir".⁵⁶ Bu nedenle kanun koyucunun bir an önce, basılmış eserler hakkında verilecek yayın yasağı tedbirine ilişkin olarak kanuni bir düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz. İnceleme konumuz bakımından da değerlendirdiğimizde, suçsuzluk karinesinin, kişilerin lekelenmeme hakkının ve adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi bakımından basın özgürlüğüne bazı kısıtlamalar getirilmesi gereklidir. Zira basın özgürlüğü de diğer tüm özgürlükler gibi mutlak (sınırsız) değildir,⁵⁷ gerek AİHS gerekse 1982 Anayasası'nda belirlenen gerekçelerle sınırlanabilir.⁵⁸

c. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25. maddesinde, el koyma, dağıtım ve satış yasağı tedbiri düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca verilecek el koyma, dağıtım veya satış yasağı kararları verildiği zaman "dolayısıyla" yayın yasağı da konmuş olmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, 25. maddenin yalnız başına "yayın yasağı kararı" verilmesine gerekçe olamayacağıdır. Diğer bir deyişle, 25. madde bağlamında yayın yasağı, ancak verilen el koyma, dağıtım veya satış yasağının bir sonucu olup, bu kararlardan herhangi birisi verilmeden bu madde gerekçe gösterilerek yalnızca yayın yasağı kararı verilemeyeceğinin kabulü gerekir.⁵⁹

d. Son olarak belirtmek gerekir ki, uygulamada "gizlilik kararı" olarak adlandırılan ve 5271 sayılı CMK m. 153/2. hükmü uyarınca verilen müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması kararı da yazılı veya görsel iletişim araçlarına yayın yasağı

54 Böylelikle örneğin kanun tarafından yetkili kılınan merciin, kararını yirmi dört saat yerine on iki saat içinde görevli hâkimin onayına sunabileceği düzenlenebilir; ancak, yirmi dört saatin üzerinde bir sürenin belirlenmesi halinde anayasaya aykırılık sorunu ortaya çıkacaktır.

55 Bu noktada ilgili normun bir usul kuralı olduğu ve bu nedenle kıyas yapılabileceği de savunulamaz. Zira temel hak ve özgürlükleri sınırlar nitelikteki bu istisnai normun kıyas yoluyla genişletilmesi de mümkün olmayacaktır.

56 TANÖR, 1990, s. 327.

57 KAPANİ, 1993, s. 217; PALM, 2010, s. 21.

58 SALİHPAŞAOĞLU, 2007, s. 42, 43.

59 İLKİZ, 1994, s. 484.

getirilmesi sonucunu doğurmaz. Zira böyle bir durumda, "yalnızca müdafii", belirli konularla ilgili olarak dosyaların içeriğini inceleme veya örnek alma yetkisi sınırlanmış olmaktadır. Buna karşılık basın üzerine 5187 sayılı Basın Kanunu mülga m. 19 veya m. 25 veyahut 5237 s. TCK m. 285 hükümleri çerçevesinde, yayın yasağı konulması gibi herhangi bir ek yükümlülük getirmemektedir. Gerçekten basın, soruşturma evresinin gizliliğini, müdafii dosya inceleme hakkı sınırlandırılmış olsun olmasın ihlal ettiği anda, Basın Kanunu anlamında ceza tehdidiyle karşı karşıya gelmektedir. Ancak bu, henüz bir ihlal yokken o konuya ilişkin yayın yasağı konduğu anlamına gelmemelidir.

5. 5237 sayılı TCK m. 285/1 ile 5187 sayılı Basın Kanunu m. 19/1 hükümlerinin karşılaştırılması

5187 sayılı Basın Kanunu m. 19/1 hükmünü ilga eden 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı "*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*"un 92. maddesiyle 5237 sayılı TCK'nın 285. maddesi de değiştirilmiştir. Bu değişiklikte birlikte, önceki madde metninden farklı olarak "soruşturmanın gizliliğini ihlal" suçunun oluşabilmesi için gereken şartlar madde metnine alınmıştır.⁶⁰ Buna göre;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması,

gerekir.

5237 sayılı TCK m. 285/1 hükmünün değişmeden önceki halinde, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüşken, değişiklikle birlikte hapis cezasına seçimlik ceza

60 5237 sayılı TCK m. 285 hükmünün değişmeden önceki hali ise şöyleydi: "*Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlâli açısından aleniyyetin gerçekleşmesi aranmaz...*"

olarak adli para cezası da eklenmiştir. Buna göre soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır (m. 285/1). Ancak, soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi (aleniyyet şartı aranmaksızın), bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (m. 285/2).⁶¹ Ayrıca değişiklikten önceki hükümden farklı olarak söz konusu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâli, ceza miktarının belirlenmesinde artık artırım nedeni olmayacaktır. Yine belirtmek gerekir ki, gerek 5237 sayılı TCK m. 285/1 ve gerekse 5187 sayılı Basın Kanunu mülga m. 19/1 hükmü gereğince, işlem veya kararların yalnızca yapıldığından veya ilgili belgelerin varlığından söz edilmiş olması suçun varlığı için yeterli olmayıp, ayrıca içeriğinin de açıklanmış olması gerekmektedir.

Bu noktada, 5187 sayılı Basın Kanunu m. 19/1 hükmünü ilga eden 6352 sayılı "*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*"un yürürlük tarihi olan 02.07.2012 tarihinden önce basın yoluyla işlenmiş olan soruşturmanın gizliliğini ihlal suçları bakımından, her iki kanunun her iki hükmünün de (5187 sayılı Basın Kanunu m. 19/1 ve 5237 sayılı TCK m. 285) uygulanabilir nitelikte olması karşısında hangi kanun hükmünün uygulanması gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 02.07.2012 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, 5187 sayılı Basın Kanunu m. 19/1 hükmü, yalnızca Basın Kanunu anlamında "yayım"lanan eserler hakkında uygulanacaktır. 5187 sayılı Basın Kanunu m. 2-b bendi uyarınca ise yayım, basılmış eserin

61 Örneğin, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hususunda verilmiş olan kararlar ile gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararlar ve bu soruşturmacının kimliğine ilişkin bilgiler, şüpheliye ve müdafiiye karşı gizli tutulmaktadır. Keza, belli bir konutta veya işyerinde arama yapılması hususunda hâkim tarafından verilmiş karar veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş emir henüz icra edilmeden önce, ilgili kişilerin bu karar veya emir içeriğinden haberdar edilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engeller bir mahiyet taşıdığından, gizliliğin ihlâli olarak değerlendirilmelidir (6352 sayılı Kanun'un madde gerekçesinden). Bu nedenle, belirtilen kararların ve bunların uygulanmasına ilişkin işlemlerin gizliliğinin açıklanması açısından aleniyyet koşulu aranmayacaktır.

herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını; basılmış eser ise yine aynı Kanun'un m. 2-a bendi uyarınca, yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını ifade eder. Bu nedenle, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga m. 19/1 fıkrasında yasaklanan yayınlar, radyo, televizyon veya internet ortamında yapılan yayınlar hakkında uygulanamayacaktır. 5237 sayılı TCK m. 285/1'de ise her ne yolla olursa olsun soruşturmanın gizliliğinin ihlali yaptırıma bağlanmıştır. Bu açılardan kanaatimizce, Basın Kanunu ile Türk Ceza Kanunu'nun bu hükümlerinin kesişme noktası, yalnızca Basın Kanunu anlamında "yayım"lanan eserler bakımından ortaya çıkmaktadır.

Bu kesişme noktasında sorunun bir an için fikri içtima kurumu uygulanmak suretiyle çözülebileceği akla gelebilir. Gerçekten bazen bir suç tipi fail tarafından gerçekleştirilen fiilin tüm hukuka aykırılığını kapsar; bazense aynı fiilin ihlal ettiği hukuki değerlerin çokluğu onu çeşitli suç tipleriyle ilişkilendirir.⁶² İşte, tek fiille kanunun farklı hükümlerinin ihlali halinde fikri içtimadan bahsedilir ve faile bu suçlardan cezası en ağır olanı verilir.⁶³ Ancak, fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için tek fiille ihlal edilen hükümler arasında genel kanun-özel kanun veya eski kanun-yeni kanun ilişkisi söz konusu olmamalıdır.⁶⁴ Ayrıca, hükümlerin korudukları hukuki yarar, yani hukuki konuları farklı olmalıdır.⁶⁵

5237 sayılı TCK m. 285/1. hükmü ile 5187 sayılı Basın Kanunu mülga m. 19/1. hükmünün koruduğu hukuki menfaatin "soruşturmanın gizliliği" ilkesini hayata geçirebilmek olduğunu ve böylece hukuki konularının aynı olduğu göz önünde bulundurulduğunda sorunun fikri içtima kurallarına göre çözümlenemeyeceği görülmektedir. Şu halde ortada kanunlar ihtilafı söz konusu olacak ve sorun, ceza kanunlarının zaman bakımından

uygulanma esaslarına göre çözümlenecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde konuya, özel kanun - genel kanun veya önceki kanun - sonraki kanun aracılığı ile de açıklık getirmek güçtür. Zira özel kanun olan Basın Kanunu m. 19/1 (yürürlük tarihi 26.06.2004), önceki kanundur; genel kanun olan TCK m. 285 ise (yürürlük tarihi 01.06.2005), sonraki kanundur.⁶⁶ Yine, bu tartışma teknik hukuk bakımından olduğu kadar somut olaya ilişkin sonuçları itibarıyla da önem arz etmektedir.⁶⁷ Gerçekten de, değişiklikten önceki TCK m. 285 hükmü uyarınca müeyyide olarak hapis cezası öngörülmekteyken, Basın Kanunu'nun mülga m. 19/1. hükmünde adli para cezası öngörülmektedir. Buna ek olarak Basın Kanunu m. 28 uyarınca da,⁶⁸ 19. maddede yer alan suça ilişkin verilecek para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşmesi de mümkün değildir ve bu açılardan sanığın daha lehinedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, önceki ve özel nitelikteki kanun mevcudiyetini korumakla birlikte, bu kanuna göre daha genel nitelikte bir kanunun yürürlüğe girdiği durumlarda, sonraki kanunun, önceki özel kanunun uygulama alanına etki etmesi düşünülemez.⁶⁹ Sonraki genel nitelikteki kanunun, önceki özel nitelikteki kanunun da uygulama alanını kapsar nitelikte uygulanması halinde, önceki özel kanunun zımnen ilga edilmiş olduğu sonucu ortaya çıkacaktır.⁷⁰ Gerçekten, eğer kanun koyucu bunu isteseydi, sonraki kanunu çıkarırken, önceki kanunu da yürürlükten kaldırabilirdi.⁷¹ Bu

66 765 sayılı mülga TCK'da, 5237 sayılı TCK m. 285 hükmüne benzer bir hükme, diğer bir deyişle soruşturma gizliliğinin ihlali suçuna yer verilmemişti. Bu suç, 5860 sayılı mülga Basın Kanunu'nun 30/1 maddesinde düzenlenmişti. 5860 sayılı Basın Kanunu, 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış, ancak 5860 sayılı Basın Kanunu m.30 hükmüne benzer bir düzenlemeye, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesinde yer verilmiştir.

67 UÇUM / ABANOZ, 2007, s. 140.

68 "Madde 28 - 18 inci ve 22 nci maddelerdeki suçlar dışında bu Kanunda öngörülen suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez".

69 KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 124; EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 136. İtalyan Ceza Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca da, özel kanunun önceliği kabul edilmiştir (KATOĞLU, 2008, s. 124, dipnot. 121).

70 UÇUM / ABANOZ, 2007, s. 140.

71 "Kanun koyucu neyi kaldırdığını açıkça bilmeli ve kaldırdığı kanun veya hükümleri yeni kanunda göstermelidir" (EREM / DANIŞMAN / ARTUK, 1997, s. 136).

62 İÇEL, Kayıhan, **Suçların İçtiması**, 1. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 57.

63 **5237 s. TCK m. 44:** "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır".

64 İÇEL, 1972, s. 76.

65 KUNTER, Nurullah, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1948, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, s. 367; İÇEL, 1972, s. 77; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 9. Basım, İstanbul, 1986, s. 414, 415.

nedenle Basın Kanunu'nun uygulama alanına girer yayınlarda,⁷² diğer bir deyişle basılmış eserlerin basımı ve yayımında ve 02.07.2012 tarihinden önce işlenen suçlarda özel nitelikli olan 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19/1 maddesinin uygulanmasına devam edilmeli, bu kapsam dışında kalan yayınlarda ise TCK m. 285 hükmü uygulanmalıdır.⁷³ Bu noktada, TCK m. 285 hükmü ile aynı hukuکی menfaati koruma altına alan 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19/1 maddesinin kaldırılmış olması, öğretide daha önce bu doğrultuda yapılan eleştiriler de göz önünde bulundurulduğunda⁷⁴ daha yerinde olmuştur.

C. Bir Yayın Yasağı Tedbiri Olarak "İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi" ve Uygulamada Yaşanan Bazı Sorunlu Noktalar

Salt Basın Kanunu bakımından değil, diğer kanunlarda öngörülmüş bulunan yayın yasakları yönünden de, verilen bu yayın yasağı kararlarının hukuکی dayanaklarının kanunlarda açıkça öngörülmüş olmaları şarttır. Ancak, özellikle 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun* bakımından uygulamada bu gereklere bazı noktalarda uyulmadığını belirtmek gerekir. Aşağıda bu hususta uygulamadan iki örnek verilecektir.

İlk örnek, Yüksek Seçim Kurulu (YSK)'nun 19.12.2009 tarih ve 2781 sayılı kararı ile alakalıdır. Kurul'un ilgili kararında kısaca, "...seçmen kütüğündeki bilgilerin gizliliğini bozabilecek ve vatandaşların seçmen kütüğüne duydukları güven duygusunu sarsarak Anayasa ile güvence altına alınan seçme hakkının kullanılmasını engelleyebilecek bu bilgi ve belgelerin ticari amaçla dağıtımının

72 **5187 s. Basın Kanunu m. 1/2** (Amaç ve Kapsam): "Bu Kanun basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsar".

73 Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, Ümit, "5187 Sayılı Yeni Basın Kanunu ile Ortaya Çıkan Hukuکی Sorunlar", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007, s. 10; UÇUM / ABANOZ, 2007, s. 140; ATALAY, Akın, "Basın Kanunu ve Uygulama Sorunları", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007, s. 71.

Buna karşılık öğretide, 5237 s. TCK m. 285. hükmünün daha özel nitelikte olduğunu düşünen yazarlar da bulunmaktadır (YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt VI, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 8098).

74 ÖZEL, 2007, s.105; SINAR, 2007, s. 125; EVİK, Vesile Sonay, "Basın Kanununa İlişkin Düşünceler", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007, s. 89.

yapılması ve seçmen bilgilerinin bu şekilde satışının 298 sayılı Kanun'un 47/son ve 2839 sayılı Kanun'un 40. maddeleri uyarınca mümkün bulunmaması sebebiyle, ... internet sitesine erişimin engellenmesine" karar verilmiştir.

Bilindiği gibi internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı verilmesi usul ve esasları, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesi ile düzenlenmiştir. Maddede, 5271 sayılı CMK'nın koruma tedbirlerine ilişkin birçok hükmünde de başvurduğu gibi katalog suç uygulamasına gidilmiş, yalnızca bu suçlar söz konusu ise internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği belirtilmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8/2 fıkrası uyarınca, koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı,⁷⁵ soruşturma evresinde *hâkim*, kovuşturma evresinde ise *mahkeme* tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, YSK'nın internet ortamında yapılan bir yayına ilişkin olarak vermiş olduğu erişimin engellenmesi kararının, gerek katalog suçlardan olmayan bir suç hakkında verilmiş bulunması, gerek YSK'nın internet ortamında yapılan bir yayına ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı vermeye yetkili bir makam olmaması⁷⁶ ve gerekse

75 İdari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararı ise aynı Kanunun m. 8/4 hükmünde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, içeriği m. 8/1. fıkrasında belirtilen katalog suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsun bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı **re'sen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı** tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

76 Her ne kadar YSK'nın mahkeme niteliğinin bulunup bulunmadığı hususunda öğretiler tartışılabilir olsa ve baskın görüş mahkeme niteliğinin olmadığı noktasında toplansa da, bu tartışmalara hiç girilmeksizin her şeyden önce YSK'nın ceza muhakemesi hukuکی anlamında soruşturma ve kovuşturma yetkisi bulunmadığı ve bu nedenle de 5651 sayılı Kanun'un 8/2 fıkrası uyarınca erişimin engellenmesi kararı vermeye yetkili makam olmadığı sonucuna ulaşılmak gerekir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kararda, Yüksek Seçim Kurulu'nun mahkeme sayılamayacağını ifade etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1992 tarih ve 1992/12 E., 1992/7 K. sayılı Kararı, 13.5.1992 tarih ve 21227 sayılı Resmi Gazete.)

mevzuatta YSK'yı bu hususta yetkilendiren özel bir hükmün bulunmaması⁷⁷ nedenleriyle hukuki dayanaktan yoksun olduğunun kabulü gerekir.

Diğer bir örnek, Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010 yılında vermiş olduğu bir kararla ilgilidir. Mahkemenin ilgili kararında kısaca, "CMK 250. md. ile yetkili Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen 2010/... sayılı ... terör örgütünün propagandasının yapıldığı ... adlı internet sitesi hakkındaki soruşturma nedeniyle; adı geçen internet sitesinin erişiminin engellenmesi için Mahkememiz Hakimliğinden verilen ... gün ve 2010/... sayılı Teknik Takip sayılı kararı ile erişimin engellenmesi talebinin reddine karar verildiği ancak bu karara CMK 250. md. ile yetkili Ankara C. Başsavcı Vekilliğince **itiraz edilerek** söz konusu kararın kaldırılması talep edilmiştir./ **5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un Erişimin Engellenmesi ve Yerine Getirilmesi başlığını taşıyan 8/1 maddesinde 'İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir'düzenlemesine yer verilmiş ve **kap-sam içine giren suçlar katalog halinde sayılmıştır./...3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının 6/son maddesinde, "Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren **sürelî yayınlar** hakim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hal-lerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak on beş günden bir aya kadar **durdurulabilir**. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır" düzenlemesi bulunmaktadır./ Ayrıca 5237 sayılı TCK 6/1-g maddesinde Basın ve Yayın Yolu deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracı ile yapılan yayınların kastedildiği düzenlenmiştir. Bu durumda **3713 sayılı Yasanın 6/son maddesi, 5237 sayılı TCK 6/1-g******

77 Bu noktada ilgili normun bir usul kuralı olduğu ve bu nedenle kıyas yapılabileceği de savunulamaz. Zira kanun koyucu, erişimin engellenmesi kararını hangi makamların verebileceğini açıkça ve tahdidi olarak saymış olup, temel hak ve özgürlükleri kısıtlar nitelikteki bu istisnai normun kıyas yoluyla genişletilmesi de mümkün olmayacaktır.

maddesindeki düzenleme ile birlikte yorumlan-dığında, yasal olarak "erişimin engellenmesine" karar verilebileceği kanaatine ulaşılmıştır".

İlgili karar hakkında yazılan karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6/son maddesindeki düzenlemeye göre sadece "**sürelî yayınlar**" hakkında durdurma kararı verilebilir, bunun dışındaki yayınlar hakkında bu hükmeye dayanılarak yayının durdurulması kararı verilemez.⁷⁸ Bir an için verilebileceği düşünülse bile, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde katalog suç uygulamasına gidilmiş ve "**İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir**" denilerek, yalnızca bu suçlardan birinin işlendiğine yönelik şüphe varsa erişimin engellenmesi kararı verilebileceği hükmeye bağlanmıştır. Bununla birlikte, katalog suçlar arasında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan suçlara yer verilmemiş, düzenlenmesi kanaatimizce unutulmuştur. Bu nedenle her ne kadar, salt hukuki açıdan değerlendirildiğinde, verilmiş olan erişimin engellenmesi kararının hukuki dayanaktan yoksun olduğu kabul edilebilirse de, kanun koyucunun bir an önce kanuni düzenleme yaparak katalog suç uygulamasından vazgeçmesi veya en azından katalog suçlarda yer alan suçların, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenlenen suçları da kapsar şekilde tekrar gözden geçirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu tür durumlarda Askeri Yargı uygulamasında ise farklı bir yol izlenmektedir. Buna göre, 5651 sayılı Kanun'da belirlenen katalog suçlar arasında yer almasa dahi, aynı Kanun'un 9. maddesinde internette yer alan **içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin** internet servis sağlayıcısına başvurarak kişilik haklarına zarar veren içeriği site kapsamından veya veri tabanından çıkarılmasını talep edebileceği düzenlendiğinden, bu yolla içeriğin yayından kaldırılması ve erişimin engellenmesi kararı verilebil-mekte, içerik veya yer sağlayıcının tespit edilemesi veya bunlara ulaşılmasının fiilen mümkün olmadığı durumlarda ise doğrudan içeriğin yayından

78 Hemen belirtmek gerekir ki 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun m.6/son hükmü,02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı "**Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun**"un 105. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

kaldırılması ve erişimin engellenmesi kararı verilebilmekte, böylece soruna farklı bir yoldan çözüm getirilmektedir. Ancak kanaatimizce yine de bu sorunun, kişilerin içeriğin yayından kaldırılmasını isteme ve cevap hakkını düzenleyen hükümler aracılığıyla dolaylı olarak çözümü yerine, doğrudan bu tür suçların katalog suçlara dahil edilmesi veya katalog suç uygulamasından tamamen vazgeçilmesi suretiyle çözülmesi daha yerinde olacaktır.

D. AİHM İçtihatlarında Durum

İfade ve basın özgürlüğü, adil yargılamaya müdahale ve yayın yasakları ile ilgili AİHM'in, AİHS m. 10 hükmüne dayalı olarak vermiş olduğu bazı örnek kararlara değinmekte fayda vardır.

AİHM, üye devletin ifade özgürlüğünün, yargının baskı altında olmaksızın görevini tam bir tarafsızlık içinde yerine getirebilmesi için sınırlanabileceğini kabul etmiştir. AİHM'in bu konudaki içtihatları, yargının özel bir korumadan yararlanmasına rağmen, bunun belirli bir bağlamda gerçekleştiğini ve adaletin işleyişiyle ilgili konuların kamusal tartışmaların bir parçası olabileceğini kanıtlamak yönündedir.⁷⁹

Handyside - Birleşik Krallık davasında⁸⁰ AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin olarak daha sonra verdiği kararlara da dayanak teşkil edecek birçok önemli tespit ve değerlendirmede bulunmuştur. Gerçekten Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel kaynaklarından birini oluşturduğunu belirttikten sonra, bu özgürlüğün sadece olağan karşılanan zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun bir kesimine aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir.⁸¹ Ancak, Mahkeme'nin özenle vurguladığı noktalardan biride, şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik edici nitelikteki beyanların bu korumadan yararlanamayacağı hususudur.

79 MACOEVI, 2001, s. 60.

80 Karar Tarihi: 07.12.1976, Başvuru No. 5493/72 (Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>, Erişim Tarihi 09.04.2012).

81 Mahkeme, **Sunday Times - Birleşik Krallık** davasında da benzer sonuçlara ulaşmıştır (Karar Tarihi: 26.04.1979, Başvuru No. 6538/74. Kararın tam metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32>, Erişim Tarihi 09.04.2012. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. MACOEVI, 2001, s. 60, 61; BIÇAK, 2002, s. 115 vd.).

AİHM, **Weber - İsviçre** kararında,⁸² devam eden bir soruşturmanın gizliliğini bir basın toplantısı sırasında, savcının görevini suiistimal ettiğini belirterek ihlal eden gazetecinin mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünün (AİHS m. 10) ihlali olduğuna karar vermiştir. **Schöpfer - İsviçre** kararında⁸³ ise, müvekkillerinden birinin tutukluluğu hakkındaki gözlemlerini basına açıklamaktan dolayı Baro tarafından başvuru avukata verilen disiplin cezasının, başvuru tutukluluk hakkında tüm hukuk yollarını tüketmeden basın toplantısı yaparak yargıyı ağır dille eleştirmesinde eleştiri sınırının aşıldığının ve bu nedenle verilen disiplin cezasının demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir.⁸⁴

AİHM, **Observer ve Guardian - Birleşik Krallık** kararında,⁸⁵ istihbarat servisleri görevlilerinin yürüttüğü, kanunsuz olduğu iddia edilen bir takım faaliyetleri anlatan bir kitap hakkında yayın yasağı kararı verilmesi, belirli bir süre sonra kitabın yayınlanması ve kitapta yer alan bazı yazıların *the observer* ve *the guardian* gazetelerinde de yayınlanmasının ardından tekrar yayın yasağı kararı verilmesi üzerine, yayın yasağına ilişkin geçici tedbir kararının kitap yayınlanmadan önce haklı görülebileceğine, ancak kitap yayınlandıktan sonra geçerliliklerini yitirdiğine karar vermiştir.

AİHM, **Colombani ve Diğerleri - Fransa**⁸⁶ve **Bladet Tromso ve Stensaas - Norveç**⁸⁷ kararlarında,⁸⁸ resmi raporların yayınlanması konusunda ise, kamuoyunda meşru bir kaygı yaratan konuların tartışılmasına katkıda bulunması halinde, basının iyi niyetle hareket etmek koşuluyla

82 Karar Tarihi: 22.05.1990, Başvuru No. 11034/84 (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=217>, Erişim Tarihi 09.04.2012).

83 Karar Tarihi: 20.05.1998, Başvuru No. 25405/94 (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=771>, Erişim Tarihi 09.04.2012).

84 Bkz. SÜREN, Özlem Koçak, "Basın Yoluyla Yargıya Müdahale", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 81, Sayı: 2, s. 636, 638; KORKMAZ, Ömer, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararlar ve Türkiye'de Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ile Sınırlarına İlişkin Birkaç Not", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 7, s. 16, 20.

85 Karar Tarihi: 26.11.1991, Başvuru No. 13585/88 (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=284>, Erişim Tarihi 09.04.2012). Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. MACOEVI, 2001, s. 31 vd.

86 Karar Tarihi: 25.06.2002, Başvuru No. 51279/99 (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3118>, Erişim Tarihi 09.04.2012).

87 Karar Tarihi: 20.05.1999, Başvuru No. 21980/93 (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=868>, Erişim Tarihi 09.04.2012).

88 Stratejik Planlama Müdürlüğü Uygulamanın Takibi Dairesi, 2003, s. 3.

ve ilke olarak, ayrıca özel araştırmalar yapmadan resmi raporlara dayanabilmesinin gerektiğini vurgulamıştır.

AİHM'in **Prager ve Oberschlick - Avusturya** davasında,⁸⁹ gazetecinin iyi niyetle hareket ettiği ve gazetecilik etiğine uygun davrandığının kabul edilemeyeceğini, iddiaları için yeterli araştırmayı yapmadığını ve hâkime iddialarla ilgili yorumda bulunma imkânı tanımadığını belirtmiş; bu nedenle başvurucu hakkında yapılan işlemlerin ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelmediğine karar vermiştir.

Yine, **Sunday Times - Birleşik Krallık** davasında⁹⁰ Mahkeme, bebeklerin sakat doğmasına neden olduğu iddia edilen bir ilacın üreticisi hakkında *Sunday Times* gazetesinin yazı ve eleştirilerine, yargının işleyişini engellemiş olacağı gerekçesiyle yayın yasağı konmasının, hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığı gerekçesiyle demokratik bir toplumda yargının otoritesinin korunması için gerekli olmadığına karar vermiştir.

AİHM, **Worm - Avusturya** davasında,⁹¹ bir ceza davasını yanlış olarak etkileyen bir gazetecinin mahkum edilmesini ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir.

Mahkeme, hâkimlerin ihtiyatlı davranma zorunluluğu nedeniyle tepki veremeyeceklerini de dikkate alarak, yargı erkini yıkıcı ve ciddi temelden yoksun saldırılardan korumanın gerekli olabileceğini kabul etmiş, suçsuzluk karinesine ve yargının otoritesinin ve tarafsızlığının korunmasındaki menfaate öncelik vermiştir.⁹² Bununla birlikte, vatandaşların demokratik bir toplumun temel kurumlarından biri olan adaletin işleyişi hakkında bilgi edinmelerinin önemini de vurgulamıştır.⁹³

E. Yargıtay İçtihatlarında Durum

Öncelikle belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar daha çok eski

tarihlidir. Bu çerçevede 5680 sayılı mülga Basın Kanunu yürürlükte iken vermiş olduğu bir kararında Yargıtay, dosya içinde bulunan müfettiş soruşturma raporundan bölümler yayınlanmasının, 5187 sayılı Basın Kanunu mülga m. 19/1'in muadili olan 5680 sayılı mülga Basın Kanunu m. 30/1 hükmüne aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.⁹⁴

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda da, İstanbul ve Fatih Cumhuriyet Başsavcılıklarınca yürütölmekte olan hazırlık soruşturmasındaki bilirkişi raporlarını yayınlayan sanığa verilen cezayı hukuka uygun görmüş ve temyiz talebini reddetmiştir.⁹⁵ Yine Yargıtay başka bir kararında, askeri savcılık tarafından hazırlanmış bir iddianamenin henüz duruşmada okunmasından önce gazetede yayınlanmış olmasını ya-saya aykırı bulmuştur.⁹⁶

Yargıtay'ın kovuşturma evresine ilişkin olarak, yine 5680 sayılı mülga Basın Kanunu yürürlükte iken vermiş olduğu bir kararında ise, gazetedeki yayınlanan bir yazıda yargılamayı yapan mahkemenin yasaları bilmediği, yanlış yorum yaparak şikâyetten vazgeçilen bir olayda üç genç sanığı yanlış olarak cezalandırdığı izleniminin yaratılması yoluyla yargının etkilenmesi ve saygınlığının azalması, böylece eleştiri sınırının aşılması nedenleriyle yazının 5187 sayılı Basın Kanunu mülga m. 19/2'nin muadili olan 5680 sayılı Basın Kanunu m. 30/2 hükmüne aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.⁹⁷

Yine Yargıtay, hakkında kapatma kararı veren Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşunu eleştiren ve kararların basına yönelik baskı oluşturduğunu iddia eden ve buna ilişkin bir dizi makale yayınlayan gazetenin, henüz kesinleşmemiş mahkeme kararları aleyhine mütalaa vermenin yasaya aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle, verilen mahkûmiyet hükmünü onamıştır.⁹⁸

89 Karar Tarihi: 26.04.1995, Başvuru No: 15974/90 (<http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=510>, Erişim Tarihi 09.04.2012).

90 Karar Tarihi: 26.04.1979, Başvuru No: 6538/74. Kararın tam metni için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32>, Erişim Tarihi 09.04.2012. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. MA-COEVİ, **2001**, s. 60, 61; BIÇAK, **2002**, s. 115 vd.

91 Karar Tarihi: 29.08.1997, Başvuru No: 22714/93 (<http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=676>, Erişim Tarihi 09.04.2012); BIÇAK, **2002**, s. 41.

92 PALM, **2010**, s. 22.

93 Stratejik Planlama Müdürlüğü Uygulamanın Takibi Dairesi, **2003**, s. 4.

94 **Yargıtay 7. CD.**, 27.06.2002 tarih ve 9657/10158 sayılı Kararı (Kararın tamamı için bkz. MERAN, Necati, **İçtihatlı-Açıklamalı Hakaret, İftira, Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 383.

95 **Yargıtay 7. CD.**, 28.01.1994 tarih ve 1993/8692 E., 1994/305 sayılı Kararı (SÜREN, **2007**, s. 641).

96 **Yargıtay 7. CD.**, 27.12.1994 tarih ve 1994/12822-14417 sayılı Kararı (SÜREN, **2007**, s. 641).

97 **Yargıtay CGK.**, 03.12.2002 tarih ve 7-277/423 sayılı Kararı (Kararın tamamı için bkz. MERAN, **2009**, s. 379 vd.).

98 SÜREN, **2007**, s. 640.

III. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Yukarıda da değinildiği üzere, basın özgürlüğü, kaynağını esas olarak düşünce ve bu düşünceyi yayma özgürlüğünden diğer bir deyişle ifade özgürlüğünden alır. Bu nedenle basın özgürlüğünden bahsedilebilmesi için, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün hayata geçirilmesi ön şarttır. Basın özgürlüğünün en sık rastlanan sınırlanma şekli ise yayın yasakları olup, basın özgürlüğünü sınırlayan bu tür hükümler mevzuatımızda dağınık halde bulunmaktadır. Yukarıda, bu hükümlerden ve inceleme konumuz da olan, soruşturma evresinde konulabilecek yayın yasaklarına, uygulanma şartlarına, uygulamada ortaya çıkan ve basın özgürlüğünün esasını etkileyen birkaç sorunlu noktaya değinilmeye ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, gerek 1982 Anayasası'nda gerek 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinde, basın özgürlüğüne ve bu özgürlüğün nasıl sınırlanabileceğine ilişkin güvence hükümlerine yer verilmiştir. Bu açıdan asıl sorun, mevzuatımızdaki hukuk normlarından değil, bunların uygulanma şeklinden kaynaklanmaktadır. Zira yukarıdaki inceleme ve tespitlerimizde de uygulamadaki bu sorunlu noktalara dikkat çekilmiştir.

En başta da bahsedildiği gibi bu çalışmayla ulaşılmak istenen amaç, kanun koyucunun yayın yasakları tedbirine ilişkin bazı yasal düzenlemeler yapması veya var olan bazı düzenlemelerde değişiklik yapması gerektiğinin düşünülmesidir. Bu açıdan, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesinin ilga edilmiş olması yukarıda da değinildiği gibi

olumlu bir gelişme olarak nitelendirilmiştir.

Yine, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması ancak kanunla olur ve bu noktada kanun koyucunun özellikle basılmış eserlere yönelik olarak verilebilecek yayın yasaklarına ilişkin olarak gerekli tüm ayrıntıları içeren somut bir düzenleme yapması her şeyden önce Anayasa'nın amir hükmüdür (m. 13). Zira diğer tüm temel hak ve özgürlükler gibi, basın özgürlüğü de mutlak nitelikte bir hak değildir; belirli şartlarla sınırlanabilir. Gerçekten, soruşturma evresinin en önemli özelliklerinden birisi "gizlilik"tir. Bu gizlilik, adaletin doğru tecelli etmesi, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve en önemlisi suçsuzluk karinesinin ve lekelenmeme hakkının sağlanması bakımından önemli bir ilke teşkil etmektedir. Bu gizliliğin sağlanabilmesi için bazı temel hak ve özgürlükler belirli ölçülerde ve hakkın özüne dokunmaksızın sınırlanabilir.

Özellikle bir koruma tedbiri olan yayın yasaklarına, "kanunilik" ilkesine uyulmak suretiyle ve büyük bir titizlikle karar verilmesi ve yerine getirilmesi gerekir. Aksi hal, yalnızca bir usul yanlışlığı değil, demokratik hukuk devleti olma niteliğini belirleyen en temel kurallara riayetsizlik teşkil eder. Sonuç olarak uygulamada yayın yasağı kararı verilirken bu sınırlama, basın özgürlüğü çerçevesinde ve basının haber verme ve bireylerin de bu bağlamda haber alma haklarını yakından ilgilendirdiğinden, mevzuatta var olan düzenlemelerin daha dikkatli yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ABADAN, Nermin Unat, "Basın ve Haberleşme Hürriyeti", **Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968)**, Ankara, 1970.
- ARMAĞAN, Servet, "Basın Hürriyeti ve Sınırları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1997, Cilt: II, Sayı: 1-2, s. 197-204.
- ATALAY, Akın, "Basın Kanunu ve Uygulama Sorunları", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007.
- BALKANLI, Remzi, **Basın Hürriyeti**, 1. Basım, Resimli Posta Matbaası, Ankara, 1961.
- BIÇAK, Vahit, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.
- BOZKURT, Enver / DOST, Süleyman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 47-74.
- CENDEL, Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, 1. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 9. Basım, İstanbul, 1986.
- DÖNMEZER, Sulhi, **Basın ve Hukuku**, Genişletilmiş ve Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- ERDOĞAN, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 24, s. 3-27.
- EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, **Ünvanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- EVİK, Vesile Sonay, "Basın Kanununa İlişkin Düşünceler", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007.
- İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yenilenmiş 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- İÇEL, Kayıhan, **Suçların İçtimalı**, 1. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- İLKİZ, Fikret, "İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası", **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.
- İLKİZ, Fikret, "Yayın Yasakları", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, 1. Basım, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994.
- KABOĞLU, İbrahim, "Düşünce Özgürlüğü", **İnsan Hakları Almanağı**, 1. Basım, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.
- KABOĞLU, İbrahim, **Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü**, 1. Basım, TÜGİK Yayınları, İstanbul, 1997.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1993.
- KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- KOCASAKAL, Ümit, "5187 Sayılı Yeni Basın Kanunu ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007.
- KORKMAZ, Ömer, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararlar ve Türkiye'de Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü İle Sınırlarına İlişkin Birkaç Not", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 7, s. 7-30.
- KORKUT, Levent, "Basın Özgürlüğü", **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.
- KUNTER, Nurullah, "Fikri İçtima Sebepiyle Suçların Birleştirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1948, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, s. 359-379.
- KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KÜÇÜK, Adnan, **İfade Özgürlüğünün Unsurları**, 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.
- MACOVEİ, Monica, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, Kasım, 2001.
- MERAN, Necati, **İçtihatlı-Açıklamalı Hakaret, İftira, Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ÖZEK, Çetin, **Basın Özgürlüğünden Bilgilendirme Hakkına**, 1. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999.
- ÖZEK, Çetin, **Türk Basın Hukuku**, 1. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- ÖZEL, Cevat, "Yeni Basın Kanunu Maddelerinin İrdelenmesi", **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007.
- ÖZEN, Muharrem, "Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı", **Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ÖZKORKUT, Nevin Ünal, "Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti'ndeki Görünümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 51, Sayı: 3, s. 65-84.
- PALM, Elisabeth, "AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri", **Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri (24-25 Mayıs 2010)**, Ankara, 2010.

- PERİN, Cevdet, **Düşünce ve Basın Özgürlüğü**, 1. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1974.
- SADURSKİ, Wojciech, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, **Türkiye’de Basın Özgürlüğü**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- SANCAR, Türkan Yalçın, **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), 1. Basım, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.
- SINAR, Hasan, “Basın Kanunundan Kaynaklanan Bazı Güncel Hukuksal Sorunlara İlişkin Tespit ve Öneriler”, **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007.
- Stratejik Planlama Müdürlüğü Uygulamanın Takibi Dairesi, **İfade ve Haber Alma/Verme Özgürlüğü Konusunda Avrupa Konseyi Standartları**, Strasbourg, 2003, http://www.dsp.coe.int/DSP/monitoring/docs/Monitor-inf%282003%293_Tur.pdf (Erişim Tarihi 18.03.2012).
- SUNAY, Reyhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Korunması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 527-544.
- SÜREN, Özlem Koçak, “Basın Yoluyla Yargıya Müdahale”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 81, Sayı: 2, s. 631-644.
- ŞAHİN, Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- ŞANLI, Pelin, “AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2, Cilt: 1, Sayı: 7, s. 421-480.
- TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, 1. Basım, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.
- TANÖR, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, BDS Yayınları, İstanbul, 1990.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Basım, Savaş Yayıncılık, Ankara, 2008.
- UÇUM, Mehmet / ABANOZ, Ümit, “Uygulama Yönünden Basın Özgürlüğü ve Basın Hukuku”, **Basın Hukuku (Galatasaray Üniversitesi Atölye Çalışmaları I)**, İstanbul, 2007.
- ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt VI, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010. <http://www.rtuk.org.tr/>, (Erişim Tarihi 09.10.2012). <http://aihmanadolu.edu.tr/>, (Erişim Tarihi 09.04.2012). <http://www.haberler.com/>, (Erişim Tarihi 18.06.2012). <http://arsiv.ntvmsnbc.com/>, (Erişim Tarihi 18.06.2012). <http://www.hurriyet.com.tr/>, (Erişim Tarihi 18.06.2012).

Adalet İdesi¹

Çeviri

Rudolf STAMMLER

Çev. Ali ACAR*

*Arş. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

I. HUKUK VE ADALET

Adalet kelimesinin iki anlamı vardır.

1. (Birinci anlamda) adalet, pozitif hukukun onaylanmasını ve onun doğru bir şekilde uygulanmasını ifade eder. (Buna göre) hukukun belirlediği her şey uygulanmalıdır. Hukuk, ondan keyfi sapmalara karşı korunmalıdır.

2. Bunun dışında adalet, hukukun nihai amacını ifade eder. Bu bağlamda kavram, hiçbir istisna olmaksızın bütün hukuki iradelerin, tek bir temel ideye hizmet etmesi fikrini belirtir. (Bu noktada) bütün tarihsel kanunlar, bu temel ide ışığında değerlendirilmelidir. Bu ide, verili bir hukuki sistem, bir ilke olarak meşrulaştırdığımız veya yargıladığımız standarttır. Aşağıdaki tartışmada biz, adalet fikrinin özellikle bu ikinci anlamıyla ilgileneceğiz. Bu nedenle, hukuk ve adalet kavramlarını eleştirel olarak analiz etmeli ve onları birbirinden ayırmalıyız.

Hukuk kavramı doğası gereği eksiktir/kısımdır. O, (toplumsal düzene ilişkin olarak) insan iradesinin özgün bir türünü simgeler. Bu irade türü her zaman, biçimsel olarak aynıdır. (Toplumsal düzene ilişkin olarak) iradenin belirli bir türü, diğer türlerden ayrılır. Toplumsal düzene ilişkin değişik kuralların içerikleri bütünüyle aynı olabilir, fakat biçimsel olarak bu düzen kuralları farklı sınıflara ayrılırlar. Bu, hukuku ahlaktan ve geleneklerden ayırdığımızda yaptığımız şeydir. Bir kaide, bu farklı düzenlerde (içerik olarak) tam olarak aynı olabilir. Örneğin bir başkasının kibarca selamlanması gereken bir durumda, söz konusu olan bir asker ise, bu kural, biçimsel olarak hukuki bir emir niteliği taşıırken, bir başka durumda aynı davranış, bir kibarlık ve selamlayan kişinin göstermiş olduğu bir özgür niyet meselesi olabilir.

Bu noktada öncelikle, hukuk ve özgür seçim arasında bir ayrımla karşı karşıyayız. Hukuk, hukuk olarak kaldığı sürece ihlal edilmezdir. Bu, tam olarak Zebur'un 94. suresinin 15. ayetinde söylenendir: "Adalet, doğru üzerine kurulacak." Buradan adaletin ilk anlamı çıkarılır. Tevrat'ta, özellikle İshaya Peygamber'de bu, mükemmel bir şekilde vurgulanmıştır. Fakat burada da, 'hukuki bir emrin içeriği, keyfi bir (iradenin) emrinin içeriği ile tam olarak aynı olabilir' gözlemimiz geçerlidir. Farklılık, emirlerin kendini ortaya koyma şekillerinde görülür.

Bu nedenle hukuk kavramının biçimsel karakteri, hukukun, bireyin öznel isteklerinden bağımsız olan bir düzen olarak anlaşılmasına bağlıdır. Öte yandan, genel bir nezaket kuralı ve diğer bütün gelenek-görenek kuralları anlam olarak, muhatap olan kişilerin o kuralı tanınmasına ve

1 Rudolf Stammler, *The Idea of Justice*, 71, U. PA. L. REV. 303 (1923). Makale, telif hakları sahibi The *University of Pennsylvania Law Review* tarafından verilen çeviri izni doğrultusunda yayınlanmıştır. *Çeviri Hakkında Kısa Not: Çeviride parantez içine yer alan ifadeler, makalede geçen ifadenin daha anlaşılır olması için çeviren tarafından eklenmiştir.*

onaylanmasına bağlıdır. Bir gücün keyfi emri, dayalı olarak emri veren despotun, o emirle bağlı olmaması anlamına gelir. Hukuk ise, bireyin üstünde nesnel bir varlık olarak durur. Hukuk, egemen bir biçimde emreder, fakat aynı zamanda o, daha önce belirttiğimiz gibi, ihlal edilmezdir.

Bu nedenle hukuk kavramı, somut iradenin mantıksal bir niteliğidir. Ne zaman hukuki bir iradeden bahsetsek, bu kavramı kullanıma sokmuş ve o anda da onun anlamını tüketmiş oluruz. Aynı şey, 'neden' kavramı için de geçerlidir. Çok sayıda 'neden' söz konusu olabilir, fakat her durumda, (meydana gelen) olayların biçimsel düzeninin aynı tarzına sahibizdir. Benzer şekilde, önümüzde çok sayıda hukuki talep ve bu taleplere yönelik reddetme olabilir; (ancak) her durumda hukuki iradenin belirleyici idesi eksiksiz olarak mevcuttur.

Fakat mesele, daha önce bahsedilen adalet kavramının ikinci anlamına ilişkin olarak farklıdır. Bu noktada sorun, hukuk kavramına tekabül eden verili bir isteği, diğer bütün hukuki isteklerle tam bir uyum içinde düşünmektir. Bu, sadece bir idealdir ve o, insan çabalarının hepsinin mutlak bütünlüğünü kavramaya bağlıdır. Bu bütünlüğün kendisi, doğal olarak somut tecrübenin bir nesnesi değildir. Fakat yine de bu mutlak uyum düşüncesinde, her zaman peşinde olmamız gereken ama hiçbir zaman tam olarak çözemeyeceğimiz bir sorun vardır; tıpkı, dümeni tutan bir gemicinin, ona ulaşamayacak olmasına ve ulaşmayı da arzu etmemesine rağmen, kendine kılavuzluk yapması için gökte baktığı yıldız gibi.

O halde biz bu adalet düşüncesini tam olarak nasıl tanımlamalı ve ona nasıl pratik anlam/önem atfetmeliyiz?

II. ADALET TEORİSİNİN PRATİK ÖNEMİ

Hukuki meselelerle ilgilenmek zorunda kalan herkes, düşüncelerini her zaman iki istikamete yöneltecektir. Bu kişinin bakışlarının karşılaşacağı ilk şey, kanun metinlerindeki fıkralar, sonsuz sayıdaki kanunların ve yönetmeliklerin pozitif hukuk önermeleri, anayasaların maddeleri, katı hukuki teatmüller ve hukuki adetler olacaktır. Hukuk alanında bunlar, giderek çoğalmaktadır ve hukuki meselelerdeki ilk sorun, daha önce de söylendiği gibi, o meselelerde hukukun fiilen ne olduğu (nu bulma) meselesidir.

Ancak, teknik olarak düzenlenmiş bu kanunlar yığınının arkasında ve onların üstünde duran başka

bir şey vardır. Bu noktada mesele, adalet meselesidir. Bir anlaşmazlıkta, dava süreci sadece doğru değil aynı zamanda adil de olmalıdır. Bizim isteğimiz de, söz konusu kararın yalnız bir pozitif hukuk düzenlemesine değil, aynı zamanda bir ilke olarak adalete uygunluğa dayanmasıdır.

Bu düşünceyi ifade eden birçok tabir vardır: iyi niyet, eşitlik, ahlaki ödev, suiistimal etmeme, iyi ahlak, geçerli neden vb. Modern dillerdeki bu terim çokluğu, klasik Roma hukukçularının benzer şekilde kullanımında olan zengin ifadelerden ödünç alınmıştır. Ancak bütün bu farklı ifadeler, tek bir düşünceyi yansıtmaktadırlar; o da, bir hukuki uyumsuzluktaki meselenin o ilkeye, yani, belirli bir durumda temel olarak haklı olana uygun olarak karara bağlanmasıdır.

Bu düşünce ilk önce, belirli kanunların eleştirisi olarak kendini gösterir. Aynı düşünce, politik tartışmalarda da kullanılır. Fakat o, en yakın uygulamasını adalet (mekanizmasının) yönetiminde bulur.

Tarihsel tecrübeler temelinde denebilir ki bütün yasama faaliyetleri, gelecekteki davalarda doğru/haklı kararın ne olacağını önceden belirlemeye uğraşır. Bu, bahsettiğimiz sonsuz sayıdaki kanun maddesinin ve fıkraların kaynağıdır. Ancak, yasa koyucu bütün olasılıkları önceden göremez; (keza) hayat, bunu yapabilmek için çok karmaşıktır. Her zaman, önceden hiç düşünülmemiş yeni sorunlar baş gösterir. Bu nedenle de yasa koyucu ikinci bir yol izler. O, taraflara, avukatlara ve hâkimlere, gelecekte ortaya çıkacak uyumsuzluklarda kendi anlaşma(yol)larını arayabilecekleri ve o durumlarda ilke olarak haklı olan ne olacaksa onu bulmaya yarayacak yol gösterici işaretler verir. Bu ise, adalet idesinin açık bir manasını bulmaya yönelik yeni bir sorun ortaya çıkarır. Adalet idesinin pratik önemi, onun yalnız siyasi önlemleri (tercihleri) eleştirmek için değil, aynı zamanda adalet yönetiminin kendisi için de gerekli olması olgusunda yatar.

III. ADALETİ BULMA YÖNTEMİ

Adalet kavramı hakkında konuştuğumuzda, aklımızdaki bütünsel kavrayışın ne olduğunu anlamak için belirlenmiş bir metoda sahip olmamız gerekir. Biz, mahkeme özgür düşüncesine (takdir yetkisine) göre karar versin diyerek bu sorundan kaçamayız, çünkü nihayetinde hukuk kendini,

öncelikli olarak ona tabi olanlara yönelmiştir. Hukuk, 'mahkemenin, size daha sonra serbest olarak göstereceği şekilde davranmalısınız" diyemez. Üstelik mahkemenin serbest olarak kendi keyfiyetine göre karar vermesi hiçbir şekilde doğru/haklı değildir. Mahkemenin görüşü, nesnel olarak doğru olmalıdır. Hâkim, kararı için gerekçe gösterebilmelidir. (Fakat) hâkim, eğer bizim adalet dediğimiz temel belirleyici düşünce açık (net) değilse, bunu nasıl yapılabilir?

Bu tarz tartışmalarda sıklıkla 'doğru/haklı hissetme' fikrine başvurulur. Bazen bu, 'doğal olarak (kendiliğinden) doğru/haklı hissetme' olarak da ifade edilir. Ancak, bu tarz bir düşünce, burada ele alınan sorunu çözmez. O düşünce, 'temel olarak adil bir karar' fikrini varsayar. Çünkü 'doğru/haklı hissetme' adı verilen düşünceye' işaret edilirken söylenen gerçekte şudur: benim içimde mistik bir biçimde **ilke olarak doğru/haklı** olana dair bir düşünce belirlemiştir. Bu nedenle eğer, bu temel doğruluk/haklılık fikrinin hukukta hangi genel ve sürekli koşullar altında var olduğu sorulmazsa, yukarıda sunulan sezgisel görüş hiçbir şekilde bir cevap olamaz. Ayrıca, her insanın doğuştan, doğal doğru/haklı hissetme fikriyle dünyaya geldiği hiçbir şekilde doğru değildir. Çocuk beşiktekken, devletin adil ve adil olmayan hukukuna ilişkin hiçbir şey bilmez. Adalet fikri, herkes tarafından hayat içinde yavaş yavaş edinilmelidir. Bunun herkes tarafından aynı şekilde yapıldığı bir varsayımdır ve bu varsayım temelsizdir. Herkes, sayısız izlenimin öznesidir. Bir kimse temel düşüncelerini, ölçülemez sayıda karmaşıkların etkisi altında edinir. O düşüncenin bütünlüğüne, hiçbir zaman sezgisel düşünce yöntemiyle ulaşamaz. Bunun için, sistematik bir düşünce ve eleştirel bir tutum gereklidir. Dolayısıyla, sözüm ona 'doğru/haklı hissetme', bir kimsenin hukuku bilme ve değerlendirmeye dair kişisel tarzından başka bir şey değildir. O (doğru/haklı hissetme bilgisi), herhangi bir kimse tarafından, kendi özel gelişiminde ve özel koşullarında elde edilip biriktirilebilir. Bilimsel çalışma içinse bu fikir, sırf tarihsel bir rastlantının sonucunu ifade eder.

(Bu) tartışmada, pozitif hukuku ahlak ile kıyaslamak sıklıkla başvurulmuş bir adet halini almıştır. Ahlak kurallarına başvurmada hiçbir içsel engel yoktur, fakat biz daha çok, bu ahlaki kuralın ne olduğunu ve hangi belirleyici düşüncelerin onunla

ilgili olduğunu düşünmeliyiz. Her yerde olduğu gibi burada da, öncelikle çözülmemiş olan bir sorunun varlığını idrak etmeliyiz. Sadece sloganlaşmış 'ahlak' kavramını kullanmakla, düşüncemizi yönetmemiz gereken sistematik yöntem meselesi hakkında henüz hiçbir netlik kazanmış olmayız.

Şu halde, ahlak kelimesinin birbirinden oldukça farklı iki anlamı vardır. Bu farklılık, ahlakla karşılaştırılan terimleri düşündüğümüzde açıkça görülecektir. 'Ahlak' bazen 'sosyal'ın karşıtıdır. Sosyal sorun, birlikte bulunan insanların yaşamıyla ilgilidir. Bu şekilde karşılaştırılan ahlaki sorun o halde, belirli bir kişinin içsel dünyasını, karakterini ve isteklerini ifade eder. Bu şekilde tanımlanan ahlakın, adalet idesiyle alakalı olmadığı açıktır; çünkü adalet, bir ilkeye uygun olarak doğru bir şekilde çözülmesi gereken, farklı insanların dışı yansıması çatışmasını varsaymaktadır.

Ahlakın ikinci manası, 'doğru/haklı' kelimesiyle eş anlamlıdır. Bu nedenle ahlaki kurallara işaret etmek, sorunu tekrarlamak dışında bir anlam ifade etmez. Bu şekilde sadece, önümüzde cevap bekleyen bir soru durmaktadır. Eğer biz, bir uyumsuzluğun doğru/haklı kararının hangi şartlar altında mümkün olduğunu test etmek istiyorsak, insan iradesinin temel doğruluk sorununu genel bir şekilde ele almak zorundayız. Bunu aşağıda, öncelikle kısaca tartışacağız ve sonra da ortaya çıkan sonucu sosyal doğruluk meselesine uygulayacağız.

IV. SAF İRADE FİKRİ

Hukuk, insan iradesinin bir türüdür. Bu nedenle, ilkesel olarak doğru/haklı olan hukuki talepler anlamında adalet, genel olarak insan isteklerinin mümkün olan gerekçesinden (haklı nedeninden) türetilmek zorundadır. Bir uğraşta ve çabada bulunma eylemi, ilkesel olarak sadece kendiliğinden (orada olması hasebiyle) haklı kılınmaz (meşrulanmaz). Onun içeriğinin, belirlenmiş bir standarda uygun olarak temellendirilmiş olduğunun gösterilmesi gereklidir. Peki, bu belirleyici standart nedir?

Verili bir durumda elde edilecek özel bir amaç, mümkün olan bütün iradeler için en üstün yasa olamaz, çünkü bu amaç, anlamsal olarak sınırlıdır. Bu tespit, ilk bakışta öteki amaçlardan daha iyi görünebilmesine rağmen sınırlı olan bütün amaçlar için geçerlidir. (Örneğin) güzel binalar dikmek, faydalı aletler icat etmek, refah seviyesini

yükseltmek, bunların hiçbiri bütün mevcut iradeler için mutlak olan standartlar değildir. Bunlar (örnekte sayılanlar), diğer bütün iradelerin ve isteklerin kendisi için feda edilmesini gerektiremez; bunların hiçbiri, ahlaken iyi (olan) istem nedir sorusuna tam bir cevap veremezler.

Bu sorunu tatmin edici bir şekilde çözmek için, sırf öznel olan bütün isteklerden uzak durmalıyız. İlkesel olarak iyi istem fikri, belirli bir iradenin uyması gereken mutlak ve evrensel geçerlilik vasfı tarafından belirlenir. Bu nedenle biz ideal standartımız olarak, öznel olan ve bir birey ve onun iradesiyle ilgi olan her şeyden bağımsız iradi bir özü tasavvur ediyoruz.

Tarihsel gerçeklikte böyle bir şey yoktur. Mevcut bütün insan çabalarının hepsi koşula bağlıdır (tarihseldir). Mevcut deneyimde, sadece sınırlı amaçları biliriz. Fakat bu belirli çabaları ve onların sınırlı amaçlarını, onların başladığı ve yönlendiği temel bir yöne göre farklı değerlendiririz. Günlük yaşamda bu, bencil olmama ve özveriyi takdir etmemizde görülür. Burada, kendine ulaşmak için her yolun mubah olarak görüldüğü sırf öznel bir isteği, nihai ve en üst amaç olarak görmeyen bir düşüncenin o yönünü açıkça görürüz. (Bu nedenle) biz daha ziyade, mutlak ve evrensel geçerlilik fikri tarafından rehberlik edilmiş bir iradeyi/istemi dikkate alıyoruz. (Bir başka ifadeyle), saf iradenin sonsuz derecede uzatılmış düz çizgisi tarafından yön verilmiş bir istemi/irdeyi düşünürüz. Her iki olasılık da verilidir (mevcuttur). Biri öznelliğin düsturudur, diğeri kendini nesnelliğe doğru yöneltilmiş bir çaba olarak gösterir. Birinci durumda sınırlı (bir) istek, üzerinde çalışılacak bir veri olarak değil, fakat iradenin bir ilkesi olarak değerlendirilir. Sadece ikinci durumda, bir çabanın ilkesel olarak doğruluğundan/haklılığından konuşabiliriz. Bu nedenle özgür irade fikri basit bir şekilde, maddi olarak koşula bağlı olan değerlendirme/yargılama çabalarına her zaman aynı şekilde uygulanabilir olan ideal bir süreç anlamına gelir. Bu noktada söz konusu olan neden-sonuç ilişkisi bir özgürlük değil, fakat içeriksel anlamda özgür olan bir iradedir. Özgür irade fikri sadece, iradi içeriği- doğada olduğu gibi- mantıksal olarak değerlendirebileceğimiz kesin bir standart verme amacına hizmet eder. Burada saf irade olarak tanımladığımız bu tür değerlendirme, bir değerlendirme standardı olarak bütün insan iradelerine

uygun olan ve onun içinde kesin gereçlendirmenin yattığı tek tür değerlendirmedir.

V. SOSYAL İDEAL

Bu noktada artık, insan amaçlarının temel ilkesini hukuki iradeye uygulamalıyız. Bu, toplumsal soruna ait bir meseledir. Toplumsal sorun, bir arada yaşayan insanların amaçlarının bileşimidir. Bir kişinin amaçları, diğer bir kişi için araç olarak kabul edilir ve de tersi. Burada ortaya konan meseleye göre bu bileşim, saf iradenin ruhunda vuku bulmalıdır. İdeal manada rehberlik eden bu düşünce, bütün öznel çabaların sadece koşula bağlı hususlar olarak ele alınması gerektiği olgusuna bağlıdır. Bundan dolayı, adalet fikri de buna bağlıdır; yani farklı kişilerin amaçlarının birleştirilmesinde nihai belirleyici düşünce, birleşmede yer alan iki kişiden birinin sırf öznel bir isteği olmamalıdır.

Adalet fikri bu nedenle, kesinlikle karşılıklı mülahaza fikriyle sonuçlanır. Bu noktada rehberlik eden, saf topluluk fikridir ki bu fikir ideal bir rehber olarak takip edilmelidir. (Bu nedenle), hukukun ideal sorununun da, saf iradenin insan topluluğudur diyebiliriz. Bu reçete, bütün hukuki iradelerin temelinde yer alan esas düşüncenin tanımıdır ve bu düşünce ayrıca, eğer ilkesel olarak doğru olacaksa, hukuki iradenin zeminini oluşturur. Bu nedenle adalet, belirli hukuki bir iradenin bir saf topluluk fikriyle uzlaşmasıdır.

Eğer bu düşünceye tekabül eden sosyal koşulları tasavvur edecek olursak, böyle farazi bir tabloyu aynı zamanda Sosyal İdeal olarak da adlandırabiliriz. Ancak bu, hiçbir zaman gerçek olmayacaktır. Saf topluluk fikri her zaman, ulaşılamaz bir amacı temsil eder sadece. (Ancak) o, ütopya kurma talebini içermez. O sadece, tarihsel ilişkileri doğru dürüst değerlendirmeye yarayan sistemli bir araçtır. Bunun metodolojik olarak nasıl uygulanacağını daha sonra tam olarak açıklayacağız. Bu noktada, adaletin biraz önce verilen temel tanımını, bizimkine karşıt olan birkaç görüşü dikkate almak suretiyle biraz daha netleştireceğiz.

Bu noktada, ilk teşebbüs ünlü Jhering'e aittir. "Hukukta Amaç (Purpose in the Law)" adlı kitabında Jhering hukuku, 'Güç Siyaseti' olarak tanımlar. O, hukukun tarihte nasıl ortaya çıktığını sorar ve bu soruyu, muzaffer gelen savaştının, yenilen düşmanı öldürmek yerine onu kölesi yaptığını varsayarak cevaplamaya çalışır. Bu durum hakkında

hiçbir şey bilmiyoruz. Böylesi farazi bir açıklama, her yerde bulunan (tarihsel) hukukun nihai nesnel anlamıyla ilgili soruya verilen bir cevap olarak her durumda değersizdir. Üstelik köle ile sahip arasında hiçbir hukuki ilişki yoktur. Böylesi bir ilişki, sadece farklı kölelerin farklı sahipleri arasında mevcuttur. Ancak devamında Jhering, kişisel menfaat kavramını, merhametsiz ve iflah olmaz bir bencil olarak bütün kural koyucuların takip etmesi gereken temel düşünce olarak zikrettiğinde, kuşkusuz ki tutarsız davranıyordu. Çünkü o, kesinlikle bütün hukuk kurallarının nesnel olarak meşrulaştırılması için bir kavram bulmaya çabalıyordu. Ve fakat çözüm, herhangi belirli bir kişinin bencilliğinin, hukuki meselelerde nesnel olarak doğru usulü temsil ettiği savı olamaz.

VI. SOSYAL HAZCILIK²

Bu teori geniş bir şekilde hakim teoridir; ancak o, sıklıkla eleştirel olmayan bir şekilde ele alınmaktadır. Bu teoriye göre, insan iradesinin/isteminin en üst(ün) yasası, kişisel hazzı yakalamak ve acıdan uzak durmaktır. Toplumsal yaşamın amacı ve toplumsal düzen meselesi, bu genel amaç doğrultusunda belirlenir. Bu görüş en açık ifadesini, sosyal materyalizm temelinden hareket eden günümüzün siyasetçilerinin görüşlerinde kendini gösterir. Tarihin materyalist anlayışı denilen bu düşüncenin temsilcileri, genel olarak materyalist felsefenin temel fikirlerine uygun olarak, nedensellik yasasının, bütün bilimsel araştırmaların nihai yöntemi olarak uygulanacak tek yöntem olduğunu varsaymaktadırlar. Ancak, hiç kimse doğru/haklı irade sorunundan kaçamaz ve bu sorun şüphesiz, sadece materyalist bir düşünce ile çözülemez. Çünkü bu sorun, tasavvur edilebilir bütün insan iradelerinin özünün (içeriğinin), ruhuyla rehberlik edilebileceği temel ve bölünmez ide üzerinde düşünmeyi gerektir. Bunun yerine, daha eski materyalistler gelmekte ve Epikür ve Aristipos'un hedonist kuramlarını, onların çeşitli düşünce silüetlerinde sunmaktadırlar.

Fakat materyalizmden etkilenmeyen diğer filozoflar da, hazcılığı temel ilke olarak kabul etmeye çalışmışlardır. Özellikle İngiltere'de, bilhassa

Bentham ve iki Mill³ tarafından, bu konu üzerinde durulmuştur. Ancak, hazcılık, genel olarak 18. yüzyılda Avrupa'da da etkili olmuştur. Onun teorisini Kant, '*Pratik Aklın Eleştirisi*' adlı eseriyle yerle bir etmiştir. Yine de, bireylerin eylemlerinde ve de siyasi yaşamda haz doktrini ilke olarak (hala) devam ettirilmektedir.

Günlük yönetimde adaletin aranması esnasında, bir kimse mutluluk ve hazzı birer kılavuz olarak nerdeyse hiç kullanmaz. İki tacir arasındaki uyuşmazlıkta veya kiracı ve kiraya veren arasındaki bir davada veya herhangi bir hukuki meselede karar, herkesin mutluluğu veya en çok sayıda kişinin en yüksek mutluluğu fikrinden hiçbir şey elde edemez.

Hakkı ve adaleti gerçekleştirmeyi amaç edinen bir kamu politikası durumunda bile, devletin üyelerinin mutluluğunu en ulvi yasa olarak almak pek de uygun değildir.

Öncelikle açıktır ki, bireylerin içsel mutluluğu, bir hukuk düzeninin amacı olamaz. Çünkü mutluluk, herkesin kendine vermesi gereken ve yasa koyucudan almayı bekleyemeyeceği; huzur, kişinin kendisiyle barışık olması anlamına gelmektedir. Şans ile dış faktörlerdeki ve refahtaki konfor, sonsuz sayıda değişkene bağlıdır. Bu, her yerde, kişisel zevklere ve arzulara göre değişir ve bu nedenle, toplumsal düzen için hiçbir uygun bakış sunmaz.

Birçok faydacı filozofun, 'mümkün olan en fazla mutluluğun mümkün olan en fazla toplamı, bireyler arasında mümkün olduğu ölçüde eşit dağıtılmalıdır' fikri çok dikkate şayandır. (Ancak) söz konusu bu çabalar, herhangi bir niceliksel bölünmeye ve dağıtıma elverişli değildir. Fakat ilkesel olarak burada, dışsal eşitlik talepli adalet fikri hakkında da bir karışıklık mevcuttur. İlk hizmeti sunan kimsenin sadece ihtiyacını ölçü olarak dikkate alıp, o kimsenin hizmetinin değerini ve tarzını dikkate almamak her zaman için bir hatadır. Ve bu sorunlar, tarihsel olarak şartlara bağlı eşitsizlikler alanında ortaya çıkar ki bu şartlara bağlı olma niteliğinin çeşitlerinden kurtulmak asla mümkün değildir. Ancak, eşit olmayan şeylere eşit muamelede bulunmak, mümkün olan en büyük adaletsizlik olacaktır. Bundan kaçınmak için, bireylere insan olarak var olmaya değer bir yaşam garanti edilmesi düşüncesinin bir standart olarak alınması önerilmiştir. Bu şekilde ifade edilen bir fikri

2 Her ne kadar Stammler makalede *Social Eudæmonism* ifadesini kullanmış ve bu kavramın felsefi literatürdeki karşılığı *mutlulukçuluk* olsa da, çeviride kavramı *hedonism*'in karşılığı olan hazcılık olarak çevirmede bir sakınca yoktur. (ç.n.)

3 James Mill ve oğlu John Stuart Mill (ç.n.)

doğru anlamak kaydıyla, ona yöneltilebilecek büyük bir itiraz yoktur. Çünkü insanoğluna değer olan fikrinin karşıtı tam olarak, hayvana ve hayvan arzularına uyandır. O (hayat), rasyonel bir varlık olarak insana değer olan olmalıdır. Ancak o halde, eğer mantıksal olarak düşünürsek, saf irade fikrine ve bunun sonucu olarak da, tam olarak yukarıda geliştirdiğimiz saf topluluk fikrine tekrar dönebiliriz.

En nihayetinde aynı şey, çok defa kullanılan ortak refah kavramına da uygulanabilir. Bu ifade eski çağlara kadar uzanır ve o zamandan beri de sıklıkla kullanılagelmiştir. Ancak o, sadece toplumsal hayatta objektif olarak temellenmiş usulleri takip etmeyi ve öznel arzulara teslim olmamaı ifade eder. Ortak refah kavramı bu nedenle yersiz (uygunsuz) bir kavram değildir; fakat o sadece, çözümlü için yukarıda çaba sarf ettiğimiz soruna işaret eder.

Ancak bütün bu düşüncelerden bizim fikrimizin, insan çabalarından bütün mutluluk ve rahat yaşam arayışlarını dışladığımız sonucu çıkarılmamalıdır. Böyle bir düşüncemiz yok. Her şeyden önce yasa koyucunun, vatandaşların refahını düşünmesi değerli bir amaçtır. Benim bütün söylemek istediğim, bunun toplumsal iradenin nihai yasası olmadığıdır. Bireylerin mutluluğu yakalama çabaları, görevi toplumun servetini korumak ve yönlendirmek olan birinin üzerinde çalışması gereken bir husustur. Adalet İdesi rehberliğinde bu hususun üzerinde durulmalıdır.

VII. ADİL HUKUK

(Peki) pratik yaşamda, bu ideal adalet kavramı nasıl uygulanacak ve gerçekleştirilecek? Öncelikle, bir hata karşısında önlem almalıyız. Akılda tutulmalıdır ki bir fikrin herhangi bir şey yaratma özelliği yoktur. Bir kimsenin, ideal düşünce ve isteme temelinde, serbest bir şekilde toplumsal yaşamdaki yeni koşullar için malzeme üretebileceğini düşünmek her zaman bir hatadır. İnsan isteğinin malzemesi verilmiştir. O, doğadaki süreçlerden ortaya çıkar. İdeal düşüncenin yapabileceği tek şey, bu doğal olarak verili olan malzemeyi yönlendirmek ve onu değerlendirmektir. Gerçekten de, eğer sonsuz sayıdaki ve her zaman yenileri ortaya çıkan ve sürekli değişken insan arzuları kosta ve karmaşıklıkta kalmayacaksa, ideal düşünce gereklidir. Çünkü düşünce tam olarak, iradenin ve çabanın tasavvur edilebilir bütün içeriğini,

mükemmel bir biçimde ve bütünsel olarak değerlendiren, mutlak olarak bölünmez bir yönetimin kavranmasına işaret eder.

Yukarıda ifade edilenlerden, yasama ve yargılamaya ilişkin olarak aşağıdaki talimatları çıkarıyoruz:

Mahkeme önündeki bir uyuşmazlıkta, birbirine karşı duran iki farklı talep bulunmaktadır. Onlar, henüz yargılama eşliğine ulaşmamış olsa bile ve henüz birbirine karşıt olan formülasyonları bulunmamış olsa bile, yine de her durumda, bütün hukuki taleplerin mümkün olan karşıtlarını zihinsel olarak harekete geçirmek mümkündür. Ancak ondan sonra, ilke olarak doğru/haklı karar arayışımızda, mutlak mülahaza fikrini (ve/ya) saf topluluk fikrini en iyi karşılayan hukuki talep yönünde bir tercihte bulunmalıyız.

Bu nedenle, belirli bir hukuki talebin saf topluluk fikri altında kapsandığı doğru değildir, fakat her somut talep, somut bir hukuk önermesine bağlıdır. Az önce bahsedilen sosyal idealin tanınması, ancak doğru hukuk kuralının seçilmesinde kendini gösterir.

Şimdi açıkça görebiliriz ki yukarıda bahsedilen 'iyi niyet', 'iyi ahlak', 'hakkaniyet', vb. ifadeler, gerçekten de sadece somut hukuk kurallarının niteliğini gösterir. Onlar, ne olduğunu bilmediğimiz mistik ve ahlaki bir şeye işaret etmezler. Bu düşünceleri kullanırken ve onları gerçekleştirirken biz, münhasıran özel bir biçimsel niteliği olan hukuki bir düşünceyle ilgileniyoruz.

Aynı yöntem siyasi meselelerde de izlenmelidir. Bu noktadaki farklılık, iki kişi arasındaki bir uyuşmazlıkla değil de hukuki bütünün talihi ile ilgileniyor olunmasıdır. Öte yandan, eğer uygun olan sistemli usulü düşünüyorsak, topluluğun içsel ya da dışsal politikasıyla ilgilenip ilgilenmediğimiz hususunda bir farklılık yoktur. Her iki durumda da, siyasi eylemi bir sanat (yöntem) olarak belirtmek yeterli değildir. Muhakkak ki siyasette, pratik psikoloji yeteneği büyük bir rol oynar. Ancak bütünüyle, yalnız kişisel rastlantılara dayanamayız. Ve eğer bir gelişme söz konusu olacaksa, bu, yalnız politikaları bilimsel bir temele dayandırmaya çalışmakla olabilir.

Gerekli gördüğümüz yöntemli (sistemli) düşünme ilkeleri, bir kez daha aşağıdaki gibidir. Tarihsel koşulların sonucu olarak, toplumsal düzenle alakalı olarak çok sayıda yeknesak olgular

yığına ortaya çıkar: refah ve yoksulluk, iyi ve kötü hizmetler, belirli yaşam tarzları ve gözlemciye görünen bütün diğer koşullar. Bu olgular yığına, geleneksel toplumsal düzeni değiştirme çabalarına yol açar. Bu çabalar, az ya da çok geniş kapsamlı olacak ve olguların (toplumsal düzenin) olduğu gibi kalmasını arzulayan diğer çabalarla çatışacaktır. Bu noktada da, karşıt çabalar arasında yapılacak tercih, özünde nihai amaç olarak Saf Topluluk İdeali yönünde eğilimler fark ettiğimiz çabadan yana olmalıdır.

Bu, her zaman kanıtlanabilir ya da uygulanabilir mi? Muhakkak ki bu soru, koşula bağlı olmanızın olumlu olarak cevaplandırılmaz. Hem yargılamada (hüküm kurmada) ve hem de siyasi meselelerde, tam kanıtın mümkün olmadığı çok sayıda örnek ortaya çıkacaktır. Ancak bu, bizim araştırmamızın diğer bütün bilimsel etkinliklerle paylaştığı ortak bir kaderdir. Bir natüralist de, birçok durumda itiraf etmelidir ki, bazı doğa olaylarının tam nedensel bağına henüz görememekte ve açıklayamamaktadır. Şüphesiz ki aynı şey, somut insan çabalarının içeriğinin bilimsel bir idrakinde de sık sık vuku bulacaktır. O durumda, hakikat sevdalısı birine düşen (yakışan), doğru bilimsel olasılıktan o şekilde ortaya çıkan pozisyonu (durumu), bağımsız bir şekilde ve alenen kabul etmesidir.

Ancak, pratik yaşamda, Saf İrade ve Adalet fikri temelinde doğru bir şekilde belirlenebilen her şey, bütün durumlarda bize sadece **nesnel olarak** adil hukuku verir. **Mutlak olarak** adil hukuk ise, olasılık dâhilinde değildir. Mutlak olarak geçerli olan şeyler, entelektüel yaşamımızın düzenlenmesinin saf yöntemleridir; bu münasebetle onlar, hukuk kavramı ve hukuk idealidir. Fakat değerlendirmenin ve anlamanın saf formlarının uygulanması her zaman görece bir anlama sahiptir. Çünkü onlar, iradede ve aynı zamanda algıda; sınırlı, değişken ve kusurlu malzemeye atıfta bulunurlar. Bu yüzden, kendi belirli içeriği bakımından mutlak olarak adil tek bir somut hukuk düzeni yoktur.

VIII. ADALET VE SEVGİ

Adalet fikri hakkındaki bu tartışmaları, bizimkinden farklı bir sonuca varan ve özellikle modern zamanlardaki bir düşünceye değinmeden noktalandıramayız. Demek istediğim, adalet fikri peşinde koşmanın çok da önemli olmadığını ve eğer İncil'in 'komşunu sev' kaidelerini takip edecek

olsaydık bunun gereksiz olacağını göstermeye çalışan çabadır. O halde, Adalet ve Sevgi arasındaki ilişki nedir?

Ünlü Rus yazar Tolstoy, herkesten daha fazla vurgu yaparak, bütün hukuk kurallarının, yok yok, bütün toplumsal düzenlerin, eğer birbirinize "hizmet edin" emrini takip etmiş olsaydık gereksiz olacağı fikrini ifade etmiştir. (Ancak) Tolstoy yanılıyor. Toplumsal düzen, bir kişinin amaçlarını, diğerlerinin amaçları için araç olarak kullanmasından, ya da tam tersi, başka bir şey değildir. Bu konuya daha önce yukarıda, hukukla ahlaki ayırmakla dikkati çekmiştik. Bu noktada bizim vurgulamamız gereken husus, toplumsal düzen fikrinin mantıksal olarak gerekli olduğudur. "Hizmet etme" de sadece, çeşitli bireyler arasında, bir kuralı uygulama olarak anlaşılabilir. Fakat böyle bir hizmetin iyi ve adil olup olmadığı yine de tartışmaya açık bir sorundur. (Zira) başka birine kötü bir amaç için hizmet etme diye de bir şey söz konusudur. Bu nedenle, iyi ve kötü arasındaki fark ve toplumsal yaşamda adil ve adil olmayan arasındaki fark, Tolstoy'un sözlerinde üstü kapalı olarak varsayılmıştır. Bu nedenle, sevgi gerekliliğine yapılan bu atıf, adalet kavramının açık bir anlamını elde etmeye yönelik çabaları gereksiz kılamaz ve de onların yerine geçemez.

Adalet ve sevgi arasındaki doğru ilişki İncil'de (yer alan Epistle'de) ifade edilmiştir (13:10): "Sevgi, Kutsal Yasa'nın yerine getirilmesidir."

Adalet fikri, toplumsal meselelerde, ilkesel olarak doğru davranış olasılığını ifade eder. Ancak o, sadece olasılığı verir. Aslında bu, bütün bilimsel etkinliklerde geçerli olan durumdur. O, doğru bilgi ve irade olasılıklarını gösterir. Bu olasılıkların gerçekleşmesi gerektiğini bilim kendi başına sağlayamaz.

Bu noktada dini duygular kaçınılmazdır. Teorik tartışmada Sevgi olarak ifade ettiğimiz şey de aslında dinden kaynaklanır. Bu (önemli) anlamda sevgi, Tanrı'ya, gerçek iradeye, teslim olmayı ifade eder. Adalet ve sevgi bu nedenle birbirini tamamlamalıdır. Bir Alman şairin güzel sözleri bu noktada alıntılanabilir:

"Adalet ve sevginin birlikteliğinde ve yalnız ordadır,

Suçun ve dünyevi hayatın kefareti."

Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı¹

Araştırma²

Zeki HAFIZOĞULLARI*

Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD.

(Prof. Dr., Başkent University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law).

(E-posta: zekih@baskent.edu.tr)

I

Efendim, hoş geldiniz.

Siz güzide insanlarla düşüncelerimi bölüşmek beni onurlandırmaktadır.

Bu fırsatı veren Türk Hukuk Kurumu mensuplarına teşekkürlerimi arz ediyorum.

Konumuz Ceza hukuku düzeninde Devlet sırrı.

Devlet sırrı, elbette hukukun diğer dallarının, özellikle Anayasa hukukunun, İdare hukukunun, hatta Özel hukukun konusudur.

Ancak, yoğun tartışmalar, Ceza hukukunda yapılmaktadır.

Bunun nedeni, sırrı açıklamanın suç, açıklamaya izin vermenin, hukuka uygunluk nedeni olmasıdır.

II

Öncesinde yakınmalar olmakla birlikte, Devlet sırrı hakkındaki esaslı tartışmalar, Aydınlanma düşüncesi ile birlikte başlamıştır. Aydınlanma, Devletin organları, kurum ve kuruluşları yerindeki kişilerin, eylem ve işlemlerinin nüfuz edilebilir, denetlenebilir olmasıdır. Kısacası, Aydınlanma, insanın insana hesap vermesidir.

Matbaanın icadı; Ümanizmayı, Ümanizma; Rönesans ve Reformu, Rönesans ve Reform; Aydınlanmayı tetiklemiştir. Aydınlanma, insanlığın kutlu bir dönüm noktasıdır. İnsana, topluma ve Devlete eskiden farklı, yeni bir bakış açısidir.

Aydınlanmanın temelini, özünü oluşturan düşünce laikliktir.

Laiklik, evren ve evrende insanı aklî algılamaktır. Toplumda buyurma erkinin kaynağının koşulsuz beşeri irade olmasıdır. Erkin kurumsallaşması hukuktur. Laiklik, hukukun maddi kaynağının mutlak surette beşeri irade, şekli kaynağının kanun veya yerine göre örf ve adet olmasıdır.

Toplumda buyurma erkinin, yani egemenliğin kaynağının beşeri irade olması, hukuk esas olmak üzere, egemenliği kullanan organ ve kişilerin eylem ve işlemlerinin öğrenilebilmesi, değerlendirilebilmesi ve denetlenebilmesi fikrini ortaya çıkarmıştır. Kuşkusuz, değerlendirme ve denetleme, ancak söz konusu eylem ve işlemlere nüfuz etmek, yani onların bilgisine ulaşmakla mümkündür.

Buradan, iradeleri ile oluşturdukları Devletin, kendisini oluşturan kişilere karşı, gizli, saklı olabilecek eylem ve işlemlerinin olup olamayacağı meselesi ortaya çıkmıştır.

1 22.01.2010 günü Türk Hukuk Kurumu'nda sunulan konuşma.

2 Bu makale hakem incelemesinden geçirilmemiştir.

Çağının büyük aydınlanmacısı, Klasik Ceza Hukuku Okulunun kurucusu Carrara, iradeleri ile bir kamu tüzel kişisi olan Devleti oluşturan kimselerin Devlete karşı suç işleyemeyeceklerini, bu bağlamda bu kişilerin Devletin belge ve bilgilerini öğrenmek hakları olduğunu, öyleyse onlara karşı Devletin sırlarının olamayacağını ileri sürmüştür.

Ancak, casusluk fiillerinin tarih kadar eski olduğu gerçeği karşısında, aksi düşünce daha baskın çıkmış, iradesi ile kendisini kuranlara karşı bile, çıkarları gerektirdiğinde, Devletin gizlenecek bilgi ve belgelerinin olabileceği kabul edilmiştir. Devlete karşı suçlar konusunda Napolyon Ceza Kanununu bu düşüncenin ürünü olmuştur. Bu kanunu, İtalyan Zanardelli Kanununun, Alman Ceza Kanunu izlemiştir.

Devlete karşı suçların olabileceğini kabul etmekle iş bitmemiştir

Bir yandan Devletin eylem ve işlemlerinin şeffaflığı ilkesinin istisnası olarak Devlet sırrı ve kamu idarelerinin gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri meselesi ortaya çıkarken, öte yandan, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, bunların hangi tanım, kapsam ve sınırlar içinde suç olacakları ve bir suçla ilişkili olduklarında, ispat aracı olarak nasıl kullanılabilecekleri meselesi ortaya çıkmıştır.

Her iki mesele hâlâ kıyasıya tartışılmaktadır.

Tartışmanın odağında, Devletin kendisinin mi, yoksa Devletin çıkarlarının mı cezai himayenin konusu olduğu meselesi bulunmaktadır. Liberal-demokratik bir toplum, hukuk, Devlet düzeninde Devletin kendisi değil, ama bir kamu tüzel kişisi olarak Devletin haiz olduğu çıkarları cezai himayenin konusudur.

Güvenliğinin sağlanmasında Devletin hayati çıkarı bulunmaktadır. Devlet, silahlı kuvvetlere sahip, siyasi bir oluşumdur. Öyleyse, güven içinde olması, açıkçası varlığını sürdürmesi, Devletin, gizli kalması gereken askeri, siyasi bilgi ve belgelere sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.

III

Liberal-demokratik bir toplum, hukuk, Devlet düzeninin kanunu olarak bilinen Zanardelli Kanunu, Devlet sırrını, İkinci Kitabının Birinci Babında, Devletin Emniyetine Karşı Cürümler adı altında, İkinci Faslında Vatan aleyhinde cürümler arasında 107, 108, 109 ve 110 maddelerinde düzenlemiştir. 107, 108 ve 109. maddeler Devletin

emniyetine müteallik sırları ifşa etmek, 110. maddede ise Casuslukla ilgilidir.

Devletin emniyetine müteallik sırlar, siyasi ve askeri sırlardır.

Kanunda Devletin emniyetine müteallik sırların nelerden ibaret olacağı teker teker belirlenmiş değildir. Bunlar, askeri mühimmat ve harekâta, kale ve istihkâmlara, üs ve tesislere, birliklere ilişkin plan ve resimler, hizmete ilişkin diğer bilgi ve belgelerdir. Siyasi sırlara gelince, bunlar, Devletin emniyetine ilişkin olmalıdır. Devlet idaresine ait sıradan bilgiler ve bunları içeren belgeler siyasi sır olarak değerlendirilemezler. Zanardelli Kanununda, Devletin, İdaresinin eylem ve işlemlerinin herkese açık olması kural, gizli kalması, yani yalnızca bazı kişi veya kişilerce bilinmesi kuralın istisnadır.

Söz konusu bilgi ve belgelerin, bir suçla ilişkili olduklarında, yargı mercilerince suçun kanıtı olarak elde edilebilmeleri ve kullanılabilmesi, muhafaza etmekle görevli ve yetkili kılınan kişinin amirinin iznine tabi kılınmış, böylece, ceza yargılamasında, "delil serbestisi" ilkesine bir istisna getirilmiş olmaktadır.

IV

Birinci Dünya Savaşı insanlığa pahalıya mal olmuştur.

Gerçekten savaşın yıkıntıları üzerinde yükselen Faşizmin hedefi, zaafiyetini gidererek Devleti güçlü kılmak olmuştur. Bu düşünce, bir yandan Devlete bakış açısının değişmesi sonucunu doğururken, öte yandan Devletin korunması zımında Devlet aleyhine suçların nicelik ve nitelik bakımından ciddi bir biçimde değişmesi sonucunu doğurmuştur. Bunun başyapıtı 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunudur.

İCK. İkinci Kitabının Birinci babı Devletin kişiliğine karşı suçların Birinci faslında, Devletin uluslararası kişiliğine karşı suçlar arasında, Devlet sırrını, Devletin güvenliğine veya dahili yahut uluslararası çıkarlarına ilişkin bilgi ve belgeler, yetkili makamların ifşa edilmesini, açıklanmasını ve yayılmasını yasakladığı haberler, Devletin güvenliğinin icabı olarak gizli kalması gereken fenni keşif veya ihtiraları yahut sınai yenilikler olarak biçimlendirmiş, ancak her grup belge ve bilgi için bir tanım vermekten kaçınmıştır.

Doktrin, hâlâ herkesçe kabul edilebilir bir tanım vermenin sıkıntısı içindedir. Ancak, Devletin

gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, mahiyeti gereği, kendinden gizli kalması gereken bilgi ve belgeler ve yetkili makamların gizlilik verdiği bilgi ve belgeler olarak tasnif edilmektedirler.

Gizli kalması gereken veya idarece gizlilik verilen bilgi ve belgeler, bir suçla ilişkili olduğunda veya görüldüğünde, bunların mahkeme önüne getirilebilmesi, açıklanabilmesi onlara sahip olan idarelerin izin vermesine tabi kılınmıştır.

Böylece idarelerin bilgi ve belgelerinin Devlet sırrı kapsamında görülmesinin takdirinin kendilerinin değerlendirmesine bırakılmış olmasını, o dönem revaçta olan Nazi/Faşist devletler, Nazizm/Faşizme özenen idareler sınırsız bir biçimde sömürmüş, işlenmiş olan birçok siyasi cinayet, beyaz yaka suçu, tertipler, dolaplar Devlet sırrı yaf-tası altında gizlenmiştir.

Naziler/Faşistler İkinci Dünya Savaşını çıkarmışlardır. Faşist/Nazi düşüncesi Aydınlanmaya, dolayısıyla liberal-demokratik toplum, hukuk, Devlet düşüncesine karşıdır.

V

İkinci Dünya Savaşı "insanı" bitirmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, insanı yenden kazanmanın çabasıdır. Bu çaba, mevzuat olarak, ifadesini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde bulmuştur.

Bu bağlamda, savaşan Avrupa liberal-demokratik Devletleri hukuk düzenlerine, ilk kez "kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini kimse veremez, kimse de yerine getiremez" kuralı girmiştir.

Kuralın istisnası yoktur.

Rütbesi, sıfatı, makamı, yeri ne olursa olsun hiç kimse, hiçbir ad veya maksatla, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini veremez, hiç kimse emri yerine getiremez. Emri veren de emri yerine getiren de sorumlu olur.

İlkenin zorunlu sonucu, suç nerede, kim tarafından işlenirse işlensin, kanıtı belge ve bilgiler nerede, ne adla bulunursa bulunsun, Devlet sırrı olmaz ilkesi olmuştur. Öyleyse, bir belge veya bilgi, suçsa veya suçun kanıtıysa, Devlet sırrı olmaz, Devlet sırrıysa, suç veya suçun kanıtı olmaz.

Böylece, Devlet sırrı arkasına sığınarak, kimse, Devletin organ, kurum ve kuruluşları yerinde olan kimselerin suç işlemelerinin engellenmesi sağlanmak istenmiştir.

Maalesef, bu ilkeye rağmen, 70'li yıllardan sonra, birçok ülke karanlık günlerden geçmiştir.

VI

Türkiye Cumhuriyeti Devletin en büyük eseri Türk Hukuk Devrimidir.

Hukuk Devriminin temeli, 1926/765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunudur.

Bu kanun, Zanardelli Kanunundan ve genelde Napolyon Ceza Kanununun bir çevirisi olan Osmanlı İmparatorluğu Ceza Kanunundan yararlanılarak hazırlanmış, TBMM' in kabulü, Cumhurbaşkanının ilanıyla yürürlüğe konmuştur.

Devlet sırrı, kanunda, Zanardelli Kanunundaki biçimde yer almıştır.

Genellikle 1936' lı yıllardan sonra, Ceza hukuku doktrini ve uygulaması, Rocco Kanununun etkisi altında kalmış, bu kanun esas olmak üzere Türk Ceza Kanunu birçok kez değiştirilmiştir.

Değişiklik, büyük ölçüde, Devletin şahsiyetine karşı cürümler arasında yer alan Devletin uluslararası şahsiyetine karşı cürümlerde olmuştur. Bu bağlamda, Devlet sırrı, 133, 134, 136, 137 ve 138. maddelerinde Rocco Kanunu esas olmak üzere yeniden düzenlenmiştir.

Kanun, Devletin emniyeti ya da dahili veya beynelmilel siyasi icabından olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, yetkili makamların "neşir ve ifşasını men ettikleri malumatın ifşasını", Devletin emniyeti icabı olarak gizli kalması lazım gelen fenni keşif veya ihtira veya sinai yeniliklere ilişkin bilgi ve belgeleri Devlet sırrı kapsamında değerlendirmektedir.

Ülkemizde, diğer ülkelerden farksız olarak, Devlet sırrının, herkesçe kabul edilebilir bir tanımı yapılabilmemiş değildir.

1412 sayılı mülga CMUK, 49, 88. maddelerinde, Kanun emri gereği gizli kalması gereken veya kendilerine idarece gizlilik verilen bilgi ve belgelerin, bir suçla ilişkili görülmeleri halinde, bilgilerine ulaşılabilmemesini, o belge ve bilgilere sahip olan idarelerin iznine tabi kılınmıştır. Gerçekten, memur, tanık olarak çağrıldığında, izin verilmedikçe, bildiklerini açıklayamaz. Amir içeriğinin açıklanması memleketin selametine zarar verir dediğinde, resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenemez.

Bu demektir ki, sadece devlet sırrının değil, açıklanması memleketin selametine zarar

vereceği düşünölen belgelerin içeriklerinin açıklanması da ilgili idarelerin tasarrufuna bırakılmış olmaktadır.

Bu, geçmişte, hakkın kötüye kullanılması, hatıta çoğu kez Devletin organı, kurum veya kuruluşları yerindeki kişilerin işlemiş oldukları suçların örtbas edilmesi veya takipsiz kalması sonucunu doğurmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti 1954' ten bu yana AİHS' in tarafıdır. Gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası, Cumhuriyetin niteliğini belirtirken, AİHS' ine göndermede bulunmaktadır. Öte yandan, 61 ve 82 Anayasaları, ifadesinin kötülüğü bir yana, kanunun suç saydığı bir fiilin emrini kimse veremez, kimse de yerine getiremez kuralına yer vermiş bulunmaktadır. Kuralın istisnası yoktur. Kural birçok kanunda aynen tekrar edilmiştir.

Bundan, açıkça, suçun, suçla ilişkili belge ve bilgilerin Devlet sırrı olamayacağı, bunların temin edilmesinin, açıklanmasının memleketin selametine zarar vermeyeceği sonucu çıkmaktadır. Devletin görevi, varlığının nedeni, kim işlemiş olursa olsun, suçları örtbas etmemek, ortaya çıkarmak, yargılamak, cezalandırmaktır.

Hukukun eksik veya yanlış anlaşılması hukukun kabahati değildir.

AİHS' in tarafı olarak, ülkesindeki herkese insan haklarını sağlama sözü veren Devlet, hiçbir ad ve maksatla, organı, kurum ve kuruluşları yerinde olan kişilerin işlemiş oldukları suçları örtbas edemez. Bu kişiler bakımından suçların takibini, kanıtlarının elde edilmesini zorlaştıramaz.

Uygar bir toplumda, herkes, ayrıcalıksız, hesap vermek zorundadır. Bu hukuk devletinin, hukukun üstünlüğünün gereğidir.

VII

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Devlet sırrını, İkinci kitap, Millete ve Devlete karşı suçlar başlığı altında Dördüncü kısmının Yedinci bölümünde "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" adıyla 326 ve devamındaki maddelerinde düzenlemiştir.

Devlet sırrı ihlallerini düzenlerken, Kanun, mülga Türk Ceza Kanunundan daha fazla madde kullanmış, daha ayrıntılı düzenleme yapmıştır.

Ancak, Kanun, 326. maddesinde "Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasi yararlarına ilişkin belge veya vesikalar" diyerek, 32, 328, 329 ve 330. maddelerinde "Devletin güvenliği veya iç

veya dış siyasi yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler" derken, 335, 336, 337. maddelerinde "Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgiler" derken ve 333. maddede "gizli kalması gereken keşif veya yeni buluşları ve sınai yenilikleri" derken mülga ceza kanunundan farklı bir Devlet sırrı kavramı getirmemiştir.

Gerçekten, Kanun, bir yandan özünden, kendinden, mahiyetinden ötürü Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından gizli kalması gereken belge ve bilgilerin elde edilmesi, açıklanması ihlallerini niceliksel olarak yaygınlaştırırken, öte yandan yetkili idarelerin kanun ve düzenleyici işlemlerle açıklanmasını yasakladığı belgeler ve bilgilerin gizliliğinin ihlallerini hem niceliksel hem de niteliksel olarak yaygınlaştırmıştır.

Böylece, Kanun, 1930 İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak yeniden biçimlendirilen 765 sayılı mülga Ceza Kanununun çok daha gerisine düşmüş, idarenin eylem ve işlemlerinin açıklığı kuralı, önemli ölçüde ihlal edilmiş, Devletin organı, kurum ve kuruluşları yerinde olan kimselerin eylem ve işlemleri denetimsiz bırakılmıştır.

CMK., 47. maddede Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklığı, 125. maddede içeriği Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemeye incelenmesini düzenlemiştir. Kanun, burada, hem zaten hukuk düzeninde mevcut olan bir kuralı tekrarlamış, hem de Devlet sırrını tanımlamaya çalışmıştır.

Anayasaya, AİHS' ne uygun olarak, Kanun, "bir suç olgusuna ilişkin bilgiler Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz", "bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz" diyerek, bu tür bilgilerin ve bu tür bilgileri içeren belgelerin, Devletin organı, kurum ve kuruluşları yerinde olan kimselerin takdirlerine dayalı olarak yarıdan kaçırılmasını engellemek, böylece yeri, unvanı, rütbesi ne olursa olsun, kamu görevi yapan kimselerin, kullandıkları Devlet erkinin arkasına sığınarak, suç işlemelerinin önüne geçmek istemiştir.

Kanun, Devlet sırrını, açıklanması Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler ve o bilgileri içeren belgeler biçiminde tanımlamıştır.

Tanım yetersizdir.

Gerçekten, tanım, "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri" ve belgeleri, yani kendinden, özünden sır olan belge ve bilgileri ifade etmekte, ancak "yetkili makamların açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgilerin" ve belgelerin nelere ilişkin oldukları konusunda suskun kalmaktadır. Bu demektir ki, Kanun, Devlet sırrının tanımı, kapsamı ve sınırları konusunda süregelen tartışmaları ortadan kaldırmamış, tersine tartışmaları artırmıştır.

Bununla birlikte, Kanun, mülga CMUK' dan farklı olarak, (m.49, 88) önemli bir yenilik getirmiştir. Kanun, Devlet sırlarına ilişkin olarak ilgili kamu görevlisinin tanıklığında, resmi yerlerde saklı evrakın görülmesinde veya gösterilmesinde amirin izin vermesi veya amirden izin alınması şartını kaldırmıştır.

Kısacası, Kanun, bir "suç olgusuna" ilişkin bilgi ve belgelerin, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulmaması, öyleyse idarelerin izninin gerekmemesi kuralını getirmiştir.

VIII

Devlet sırrı niteliğindeki bilgiler tanıklıkla ilgilidir.

Kanun, 47/2. maddesi hükmünde, tanığı, zabıt katibi dahil olmaksızın, mahkeme heyeti veya hakiminin dinlemesini emretmektedir. Hükümden, açıkça, savcının tanığı dinleyemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

İçeriği Devlet sırrı niteliği taşıyan belgeler, arama ve elkoymanın konusudur.

Kanun, 125/2. maddesi hükmünde, söz konusu belgelerin ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebileceğini belirtmektedir. Savcı, içeriği Devlet sırrı niteliği taşıyan belgeleri inceleyemez.

Kuşkusuz, belgeleri incelemek, bunların bulunduğu yerlere girmek, isnat konusu suçla sınırlı olarak bu yerlerde arama yapmak hakkını da içerir.

Kanunun "mahkemeye karşı" , "mahkeme hâkimi veya heyeti" , "mahkeme başkanı" demesinden, tanıklığın, belgelerin incelenmesinin, ancak Kovuşturma evresinde mümkün olabileceğini akla getirmektedir.

Böyle düşünüldüğünde, soruşturma evresinde, kanıtların elde edilmesine ilişkin usulî

işlemlerin yapılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Çünkü bu evrede, ne mahkeme, ne mahkeme önüne getirilmiş suç iddiası, ne de hâkim vardır.

Kanısız kamu davası açılmaz.

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı Kamu davası açmak zorundadır (CMK. m. 170).

Böyle olunca, kanun boşluğu karşısında, madem koruma tedbirleri hâkimden veya mahkemeden istenebilmektedir, savcının, bu yolla işi mahkeme önüne götürebileceğini kabul etmek gerekecektir.

Ceza muhakemesinde kıyas mümkündür.

Benzerliğinden ötürü, koruma tedbirlerinde izlenen yolun, kıyasen burada uygulanabileceğini düşünüyoruz.

IX

Hâkim veya mahkeme başkanı, tanığı dinledikten sonra, tanığın açıklamalarından sadece soruşturma veya kovuşturma konusu suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kayıttirir.

Soruşturma gizlidir. Bu evrede tutanak görülemez.

Kovuşturma alenidir. Davanın tarafları, katılanlar, tutanağı görmek, değerlendirmek hakkına sahiptir.

47. madde hükmü, alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarda uygulanabilir. Bu demektir ki, cezasının alt sınırı beş yıldan az olan suçlarda bu hüküm uygulanamayacaktır. Bunun doğru bir tercih olduğunu düşünmüyoruz.

Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesini kendisi takdir eder.

Kanun mahkemeye bildirmeden söz etmektedir. Öyleyse, cumhurbaşkanı ne hâkim önüne ne de mahkeme önüne çıkarılabilir. Savcı cumhurbaşkanının bilgisine başvuramaz.

Bilginin niteliğini cumhurbaşkanı değerlendirir.

İçeriği Devlet sırrı niteliğindeki belgelere gelince, 125. madde, bunların ancak mahkeme heyeti veya hâkimi tarafından incelenebileceğini belirtmektedir.

Belgeler alınamaz, sureti çıkarılamaz, fotokopisi yapılamaz, filmi çekilemez. Belgelerde yer

alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturacak olan hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir.

Yukarıdaki tartışma burada da geçerlidir.

125. madde hükmü, alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarda uygulanabilir.

X

Kısaca değerlendirmek istiyoruz.

Kanun, kendinden, özünden Devlet sırrı olan belge ve bilgileri düzenlemede, liberal-demokratik toplum, hukuk, Devlet yapısının gereklerini sağlamamış, kaldırdığı mevzuatın gerisine düşmüştür. Bu durum, görülmeli, gözden geçirilmelidir.

Kanunda, Devlet idarelerinin tasarruflarıyla gizlilik kazandırdığı belge ve bilgilerde, liberal-demokratik toplum, hukuk, Devlet düzeninin gereklerine uyulmamış, Devleti korumak görüntüsü altında, söz konusu idarelerin hukuka aykırı tasarrufları denetimden kaçırılmak istenmiş, gizlilik

alanının genişletilmesi eğilimlerine katkıda bulunulmuştur.

Bu kabul edilebilir bir düzenleme değildir. Devlet sırrı ile devlet idarelerinin sırlarının karıştırılmasından kaçınılmalıdır.

Suçun, suçun kanıtlarının Devlet sırrı olamayacağı ifade edilirken zaten malum olan ilan edilmiştir. Bu bir yenilik değildir. İlkenin zaman zaman ihlal edilmiş olması hukukun kabahati değildir, hukukuna duyarlı olmayan veya duyarlı olmamakta direnen toplumun kabahatidir.

Suçla ilişkili olduğunda hiçbir bilgi ve belgenin hâkime karşı gizli olamayacağının kabul edilmiş olması önemli bir gelişmedir.

Tanıklık ve arama, tartışmaları giderecek biçimde yeniden düzenlenmelidir.

Toplantımıza katılarak bizleri onurlandıran siz değerli dinleyicilere en içten saygılar sunuyorum, esenlikler diliyorum.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ANTOLISEI, **Manuale di diritto penale**, PS., II, Milano 1966.
 EREM, **Ceza Usulü Hukuku**, Ankara 1973.
 EREM, **Türk Ceza Hukuku**, C. II, HH., Ankara 1965.
 FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996.
 FIANDACA-MUSCO, **Diritto penale**, PS., Bolgna 1983.
 KUNTER, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 1981.
 LEONE, **Istituzioni di diritto processuale penale**, Napoli, 1965.

MAJNO, **Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara 1978.
 MANZINI, **Trattato di diritto penale italiano, volume quarto, Delitti contro la personalita dello stato**, UTED, Torino 1988.
 MAGGIORE, **Diritto penale**, V. II, PS., TP.
 TOSUN, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, İstanbul 1981.

Challenges in the Constitution Making Process: Problems of Participation and Protecting Diversity in the Interplay Between Rule of Law and Democracy¹

Araştırma²

Gerhard ROBBERS*

*Prof. Dr., Trier Üniversitesi

(Prof. Dr., University of Trier)

Constitutions represent the legal basics of a country. They contain the rules that are fundamental for governing the community. Today, most countries of the world have one central document in which all or most of these rules are laid down. In a few countries, such as Austria, Israel or the United Kingdom, several documents taken together form the constitution. Sometimes, constitutional documents, be they one or more, are combined with other sources of constitutional law such as custom or even religious rules. In any case, the idea that a country should have a constitution has been adopted throughout the world. Whatever differences or similarities between constitutions there may be it is obvious that some common ideas govern at least constitutional law. There is hardly a country in the world that does not explicitly state to be a democracy and that it should respect the rule of law and fundamental rights. At least in theory, these ideas have been accepted throughout the world.

Constitutions differ. They are long or short, stable or easily changed. Government institutions as established by the constitutions vary in structure and powers. Mostly, however, constitutions give an idea of the very identity of a country. Usually, no other law of a given legal system may contradict the constitution of that specific country. All other laws and legal rules must then comply with what the constitution says.

Constitutions are meant to rule reality. As all law intends to do constitutions should direct the facts of life, the actions of governments. They not always do. In some countries, constitutions are strong and they are implemented in fact. In other countries, the respect for the constitution is weak. In such cases there may well be a convincing constitution, nicely worded, and in perfect harmony with what can be regarded as being good and just. Nevertheless, the factual situation in that country may well be intolerable. Constitutions can be misused as mere propaganda, but constitutions then can serve as yardsticks to insist on improvement.

Constitutions develop. Most constitutions contain explicit provisions providing for the amendment of the constitution. Usually, these provisions differ from the normal process of legislation and make the change of the constitutions more difficult. On the other hand, no wording of a constitution can escape interpretation. Even if the words remain the same, the understanding of what these words mean, develops during time. The text of a constitution can be interpreted narrowly or generously, and what equality means or freedom differs from generation

1 08.10.2012 günü Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi açılış töreninde yapılan konuşma.

2 Bu makale hakem incelemesinden geçirilmemiştir.

to generation, from country to country, and from culture to culture.

Constitutions relate to religion. Religion is a central topic of constitutions throughout the world. Some sort of separation between churches or other religious communities and the state is predominant. Separation may be radical in words or moderate. It can be hostile in order to push away religion or it can be friendly to let religion have the freedom to flourish. As usual, much depends on practice. There are a number of constitutions declaring a certain religion or confession to be the religion of the state, the predominant religion or a church to be the people's church. Others define themselves explicitly as Islamic republics or refer to Christianity. These explicit identities as secular or religious do not necessarily lead to unequal treatment of other religions or even to a loss of religious freedom.

Peter Häberle, the famous German constitutionalist, has said that a constitution "is not only a legal text or a normative system of rules, but also an expression of a state of cultural development, a means of the cultural self-portrayal of a people, mirror of its cultural heritage and fundament of its hopes". One may add that this is the case when a constitution succeeds, when it is in fact an expression of the identity of a people, not just a mere octroy, an alien part of law imposed on the people. A constitution needs to be accepted in order to be alive, a people must live its constitution to make it happen. That means also that the constitutional provisions should represent the will of the people - that people can identify with them. Acceptance of a constitution is best achieved when all parts of society can identify with it. That means the divers parts of society must be able to find in the very constitution themselves, their hopes, their identity, their needs. If only one part - and be it the majority - can identify with the constitution, the germ of destruction is laid in the center of society. Constitution is meant to enable peace, not destruction. The very idea of constitution, therefore, requires acceptance of diversity, requires respect for difference, requires the ability for compromise.

If we turn to religion - today again one of the most explosive fields of life - I will ask:

How best should the relationship between

State and religions be structured? This must be discussed in a globalized world, in view of international human rights instruments and in view of agreed basic structures of statehood such as democracy and the rule of law. And all that I will say now is meant ask questions, not to give final answers. I mean this to engage in a process of discussion. I mean this to hear, to listen, and to learn myself.

Constitutions must give religion a place. All attempts in history to do away with religion have failed. Whenever people have succeeded to make use of the positive contribution of religion, to make use of its power of community building, societies have flourished. This is also a question of democracy: People must be able to find their religious convictions and their religious needs represented in the legal order, all people in all their diversity. It is the same question as to economic needs, cultural needs or political needs. This is also a question of rule of law: The law must accommodate all people with all their needs, all people in all their diversity. People must be able to participate in the rule of law.

One way of doing this is turning to the notion of a secular state. In doing so, it is necessary to understand the idea "secular" in a positive sense. Let me do so in turning to my own country, Germany. Secularity has become a central point in the political discussion in Germany, although the German constitution does not say that the state is secular. Secularity is not a constitutional term in Germany. The Federal Constitutional Court takes from the constitution that the German state has to be 'neutral' in view of religion and world views. However, the terms merge and they can be seen similar in substance.

Secularity - and neutrality - requires the state not to identify with a religion or a religious organization. The state is not allowed to have any special inclination to a particular religious community or to judge such an organization's particular merits or ideologies to be true. On the other hand, religious institutions must not be placed in a more disadvantageous position than societal groups; anti-religious state policies would be incompatible with a neutral approach, because these would discriminate against religion. This prohibits a decision in favour of state atheism.

Neutrality, furthermore, means non-intervention, that is, the state is not allowed to take decisive action in the affairs of religious communities. This is made particularly clear by the constitution: 'Religious societies shall regulate and administer their affairs independently within the limits of the law that applies to all.'

Neutrality does not mean neutrality in respect of specific values. It is quite clear that the Basic Law and with it the entire legal system is based on strong values such as human dignity, freedom, and equality. However, neutrality means not to identify with a specific religious or philosophical concept, teaching or institution. State neutrality is not violated when the state takes up values and concepts that have been developed in the religious sphere.

Neutrality also means positive neutrality. This concept obligates the state to actively support religion and to provide for the space religion needs to flourish. This makes possible and requires, for example, for the state to include religious needs in planning law: State authorities have to provide for real estates in their urban development plans on which religious communities can construct places of worship according to the needs of the population. This concept of positive neutrality is predominant in the official discourses and not only in the law. It is actively supported and implemented by the courts and state authorities.

This requires Germany also to accommodate Muslim needs. It requires Germany to accommodate the needs of the many people who have their origins in Turkey. We in Germany have still a long way to go in this direction. Secularity understood as positive neutrality integrates all people of a society with all their legitimate interests, their rights and freedoms. Constitutions must enable change and development.

The secular state is thus a state of freedom of religion, a state that respects the religious life of its citizens, a state that supports religion as an expression of freedom based in human rights. The secular state guarantees the autonomy of religious communities, it provides the necessary conditions for religion to flourish, and welcomes their contributions to the public democratic process.

All this is found also in the European Convention of Human Rights in its Article 9 which

guarantees the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

Limitations must be "necessary in a democratic society". The European Court of Human Rights has found that democratic society necessarily presupposes religious pluralism. In articulating the importance of freedom of religion or belief, the European Court has noted that it is "one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it". Similarly, the Court has acknowledged the significance of the "pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society

The Court has recognized the importance of a margin of appreciation of cultural difference that State authorities have in this area. This is vital to the gradual process of European integration while maintaining respect for difference in relation to religious and cultural matters. Nonetheless, the Court has made it clear that in delimiting the margin of appreciation that applies to religious freedom issues, it "must have regard to what is at stake, namely the need to secure true religious pluralism, an inherent feature of the notion of a democratic society".

Limitations can also be made when necessary to "protect the fundamental rights and freedoms of others." People can deny respect for other people, a society may face intolerance, diversity may even be taken by some as a pretext for violence. Indeed, the European Court of Human Rights has made clear that under Article 9 of the European Convention, even though religious differences may result in discord, what is at stake in such cases "is the preservation of pluralism and the proper functioning of democracy Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other."

HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ulusal ve hakemli dergi statüsündedir; yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Derginin yazı dili Türkçe'dir, bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile en az 100, en çok 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetleri ve her iki dilde beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet ve tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğü ve 1,5 satır aralığı ile "Times New Roman" veya eşdeğer diğer yazı karakterlerinden biri kullanılmalıdır.
6. Makalenin sonunda, yararlanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakçada sadece metin içinde kendisine atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Metin içinde yapılan atıflar, her bir sayfa sonunda "dipnot usulü" kullanılmak suretiyle gösterilmelidir. Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıf ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde olmalıdır. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

Kitaplar için:

ÖKTEN, Kaan H., **Heidegger Kitabı**, 2. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006.
Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
ÖKTEN, **2006**, s. 58.

Çeviri kitaplar için:

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
GIDDENS, **1998**, s. 22.

İki yazarlı kitaplar için:

ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2009.
Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
ÖKTEM / TÜRKBAĞ, **2009**, s. 23.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

KOÇAK, Cemil / ÖZDEMİR, Hikmet / BORATAV, Korkut, vd., **Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980**, 10. Basım, Cem Yayınevi, İstanbul, 2008.
Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
KOÇAK / ÖZDEMİR / BORATAV vd., **2008**, s. 166.

Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

TEMİZ, Özgür, **Basın Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlke Sorunu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
TEMİZ, **2007**, s. 44.

Kurumsal yayınlar için:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), **Yargılama Düzeninde Kalite**, İstanbul, 1998.
Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
TÜSİAD, **1998**, s. 56.

Makaleler için:

KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1, (s. 25 - 40).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
KONURALP, **2001**, s. 35.

Derleme Kitap ve Armağan Makaleleri İçin:

ERGİL, Doğu, "Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü", **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, (der. T. Koçak, vd.), 1. Basım, Bgst Yayınları, İstanbul, 2009, (s. 98 - 109).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
ERGİL, **2009**, s. 100.

Konferanslarda sunulan bildiriler için:

KUÇURADI, İoanna, "Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları", **Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma ve Hüküm Verme (17 - 18 Nisan 2009)**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, (s. 13 - 19).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
KUÇURADI, **2009**, s. 15.

İnternet için:

BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotonomedy.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (erişim tarihi 28.10.2010)

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
BAKER, (**Spinoza Kitabı**).

Yazar veya yazarların aynı yıl içinde basılmış birden fazla eserine atıf yapılıyorsa yayın yılının yayına "a", "b", "c", gibi harfler eklenerek farklılaştırma yapılabilir. Bu durum kaynakçada da ayrıca gösterilmelidir. Aynı yazara veya yazarların eserlerine artarda atıf yapılması durumunda "age" veya "ibid" gibi kısaltmalar da kullanılabilir.

7. Dergiye gönderilen yazılar "zengin metin biçimi (*.rtf)" formatında kaydedilmiş bir CD içerisinde, ayrıca, ikisinde yazarın adı bulunmayan A4 boyutunda üç nüsha çıktısı ile birlikte teslim edilmelidir.

8. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları ve iletişim bilgilerini (adres, telefon ve eposta adreslerini) mutlaka bildirmelidirler.

9. Yazarların gönderdikleri makaleleri "basıla" olarak verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın dışında yazım ve imla yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeden geri çevrilebilir.

10. Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından gerçekleştirilir. İlk inceleme neticesinde uygun bulunan yazılar kör hakemlik sistemi gereğince yazar adı veya adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazara yazının hangi hakeme gönderildiğiyle ilgili olarak bilgi verilmez. Hakem raporu doğrultusunda, makalenin yayımlanmasına, yazardan düzeltme istenmesine veya yazının geri çevrilmesine karar verilmektedir. Basılması uygun bulunan yazıların, yayımlanıp yayımlanmayacağına ve derginin hangi sayısında yayımlanacağına Yayın Kurulu karar verir. Yazar, tüm bu aşamalardan e-posta yoluyla bilgilendirilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.

11. Dergide, hakemli makalelerin yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmamasına Yayın Kurulu tarafından karar verilir.

12. Yayımlanmasına karar verilmiş yazıların, her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması, yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar gönderdikleri yazı ile ilgili tüm telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

13. Yayımlanan yazının yer aldığı bir adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

HACETTEPE LAW REVIEW

EDITORIAL POLICY

1. Hacettepe Law Review is a national and refereed journal which is published biannually in June and December.
2. Papers submitted to Journal shall not be published or submitted for publication elsewhere.
3. Language of the Journal is Turkish, but papers written in other languages can be published nonetheless.
4. Turkish and English titles of the papers submitted to the Journal, together with Turkish and English abstracts which consist of at least 100 and at most 300 words and 5 key words in each language shall be attached to the beginning of the paper.
5. At the body of the paper 12 font size, at the parts like footnotes, abstracts and tables 10 font size and 1,5 line spacing shall be used in "Times New Roman" or any equivalent font.
6. At the end of the paper, there shall be a bibliography aranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Only works that were cited in the paper shall be listed in the bibliography. Citations in the paper shall be made in "footnote" at the end of each page. The format of the first footnote and bibliography entry of each work shall be the same. For the consistency of the Journal, following examples shall be abided.

For books:

ÖKTEN, Kaan H., **Heidegger Kitabı**, 2. Edition, Agora Books, İstanbul, 2006.

For following footnotes of the same work,

ÖKTEN, **2006**, p. 58.

For translated books:

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (tra. E. Kuşdil), 2. Edition, Ayrıntı Publishing, İstanbul, 1998.

For following footnotes of the same work,

GIDDENS, **1998**, p. 22.

For books with two authors:

ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Edition, Der Publishing, İstanbul, 2009.

For following footnotes of the same work,

ÖKTEM / TÜRKBAĞ, **2009**, p. 23.

For books with three or more authors,

KOÇAK, Cemil / ÖZDEMİR, Hikmet / BORATAV, Korkut, adr., **Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980**, 10. Edition, Cem Publishing, İstanbul 2008.

For following footnotes of the same work,

KOÇAK / ÖZDEMİR / BORATAV etc., **2008**, p. 166.

For post graduate and/or doctorate theses:

TEMİZ, Özgür, **Basın Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlke Sorunu**, Unpublished Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara University Institute of Social Sciences, 2007.

For following footnotes of the same work,

TEMİZ, **2007**, p. 44.

For corporate publishings:

Turkish Industry & Business Association (TÜSİAD), **Yargılama Düzeninde Kalite**, İstanbul, 1998.

For following footnotes of the same work,

TÜSİAD, **1998**, s. 56.

For papers:

KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", **Ankara Law Review**, Year: 2001, Volume: 50, Number: 1, (pp. 25 - 40).

For following footnotes of the same work,
KONURALP, **2001**, p. 35.

For papers in a collected work or remembrance:

ERGİL, Doğu, "Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü", **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, (Ed. T. Koçak), 1. Edition, Bgst Publishing, İstanbul, 2009, (pp. 13-19).

For following footnotes of the same work,
ERGİL, **2009**, p. 100.

For speeches in a conference:

KUÇURADI, İoanna, "Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları", **Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma ve Hüküm Verme (17 - 18 April 2009)**, Ankara Üniversitesi Publishing, Ankara, 2011, (pp. 13 - 19).

For following footnotes of the same work,
KUÇURADI, **2009**, p. 15.

For web pages:

BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotonomedya.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (Access date 28.10.2010)

For following footnotes of the same work,
BAKER, (**Spinoza Kitabı**)

If more than one work of the same writer/writers, published in the same year are to be cited, letters like "a", "b", "c" can be added alongside publishing year to mark the difference. This shall also be shown in the bibliography. In the cases of citing the same writer/writers and/or their same work, abbreviations like "age" or "ibid" can also be used.

7. Papers submitted to the Journal shall be provided in a CD recorded in "rich text format (*.rtf)" together with three hard copies in A4 size, two of which absent the writers name.

8. Writers shall definitely state their title, institution and contact information (their address, phone number and e-mail).

9. It is considered that writers submit their papers as ready for printing. Papers, that do not comply with scientific criteria or were determined to contain more misspelling than usual, can be declined by the Editorial Board without being sent to referee.

10. First evaluation of the papers submitted to the Journal shall be performed by the Editorial Board. Papers that were approved after the first evaluation shall be sent to a referee with the name/s of the writer/s extracted from the text according to the anonymous peer review system. Information shall not be given to the writer regarding the referees identity. According to the referee report; printing of the paper, demanding correction from the writer or rejection of the paper, shall be decided. Whether or not papers that were concluded to be printable will be published and in which issue of the Journal they will be published shall be decided by the Editorial Board. Writer shall be informed of all these stages via e-mail. Papers that were not published shall not be sent back to the writer.

11. Other than refereed articles, papers such as case annotations, legislation evaluations and book reviews can be published in the Journal. Whether or not these kinds of papers will be published shall be decided by the Editorial Board.

12. All rights of publication, including publishing as full text in any electronically environment and re-publishing, of the papers that were decided to be published, belong to the Hacettepe University Faculty of Law. It is concluded that writers transfer all copyrights they are entitled to regarding the paper they submitted, to the University; no additional royalty shall be paid to the writers.

13. One issue of the Journal in which the paper is published shall be sent to the writer gratis.