



10-12
OCTOBER 2019



LAW

IN POSITIVE

AND SOCIAL

SCIENCES

CONGRESS BOOK

EDITORS

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ
Ali Burak ULUÇAY



inglobetr inglobetr inglobetr inglobe_tr

INNOVATION AND GLOBAL ISSUES
ACADEMY

October 10-12, 2019

Konya / TURKEY

CONGRESS BOOK

EDITORS

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ

Ali Burak ULUÇAY

PUBLICATION COORDINATOR

Ragıp PEHLİVANLI

www.inglobe.org

congress@inglobe.org

(+90) 312 911 0799



inglobetr



inglobetr

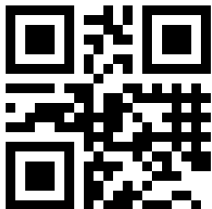


inglobetr

All rights of this book belong to editors. Can be used by giving reference. Scientific and ethical responsibilities of the writings belong to authors and copyright belongs to InGlobe editors. The authors are responsible for the correctness of the content and resources of the writings.

Copyright © 2019

Innovation and Global Issues Academy. All rights reserved.



ISBN: 978-6-056-93592-3
DOI: 10.6084/m9.figshare.14073566



9 786056 935923 >

CONGRESS ID

Name of Congress

Law in Positive and Social Sciences I (LAWPOS)

Type of Participation

Davetli ve Çağrılı / Keynote and Invited

Date and Place

10-11-12 October 2019

Konya / TURKEY

President

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ

Head of Board

Ragıp PEHLİVANLI

General Coordinator

Dr. Karlygash ASHIRKHANOVA

Organizer

InGlobe Academy

Regularity Board

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ
Prof. Dr. Aliş KASIMOV
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL
Prof. Dr. Çetin ARSLAN
Prof. Dr. Firuzə ABBASOVA
Prof. Dr. Suat KOLUKIRIK
Prof. Dr. Uchkun ABDURAKHMANOV
Prof. Dr. Yusuf BAYRAKTAR
Assoc. Prof. Zhanna SHAYAKHMETOVA
Assoc. Prof. Asim MEMMEDOV
Assoc. Prof. Liudmyla RADOVETSKA

Executive Board

Ragıp PEHLİVANLI
Ali Burak ULUÇAY
Ali KERİMOV
Büşra YILMAZ
Gulshat SHAIKENOVA
Dr. Karlygash ASHIRKHANOVA
Lazzat KAKEN
Mariana MANKO
Nurben Leticia BİLİCİ

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

PROF. DR.	FİRÜZE	ABBASOVA	BAKU STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	MEHDI	ABDULLAYEV	THE ACADEMY OF PUBLIC ADMINISTRATION
PROF. DR.	UCHKUN	ABDURAKHMANOV	TASHKENT STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	ÇETİN	ARSLAN	HACETTEPE UNIVERSITY
PROF. DR.	ALİ	AYATA	BİLECİK ŞEYH EDABALİ UNIVERSITY
PROF. DR.	STALBEK	BAKTIGULOV	MANAS UNIVERSITY
PROF. DR.	FATİH	BAŞBUĞ	MANAS UNIVERSITY
PROF. DR.	TSENDİN	BATTULGA	NATIONAL UNIVERSITY OF MONGOLIA
PROF. DR.	YUSUF	BAYRAKTAR	HACETTEPE UNIVERSITY
PROF. DR.	NURETTİN	BİLİCİ	ÇANKAYA UNIVERSITY
PROF. DR.	FARUK	BİLİR	PERSONAL DATA PROTECTION AUTHORITY OF TURKEY
PROF. DR.	VEYSEL	BOZKURT	İSTANBUL UNIVERSITY
PROF. DR.	ALICJA	BRODZKA	WROCLAW UNIVERSITY OF ECONOMICS
PROF. DR.	ELİF SİBEL	ÇAKAR	KIRKLARELİ UNIVERSITY
PROF. DR.	ORHAN	DENİZ	YÜZÜNCÜ YIL UNIVERSITY
PROF. DR.	ORHAN	ELMACI	DUMLUPINAR UNIVERSITY
PROF. DR.	OKTAY	EMİR	ANADOLU UNIVERSITY
PROF. DR.	FİKRET	EREN	BAŞKENT UNIVERSITY
PROF. DR.	NEVİN GÜNGÖR	ERGAN	HACETTEPE UNIVERSITY
PROF. DR.	FADIL	HOCA	MACEDONIA INTERNATIONAL VISION UNIVERSITY
PROF. DR.	İRFAN	KALAYCI	İNÖNÜ UNIVERSITY
PROF. DR.	MXIA	KHAKHUTAİSHNİLİ	BATUMİ SHOTA RUSTAVELI STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	MIDHED	KAFAROV	BAKU STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	MEVLÜT	KARAKAYA	THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY OF TURKEY
PROF. DR.	ALIŞ	KASIMOV	BAKU STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	SUAT	KOLUKIRIK	AKDENİZ UNIVERSITY
PROF. DR.	MESUME	MELIKOVA	BAKU STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	MÜBARİZ	MUSTAFAYEV	BAKU STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	LEONID	NAKOV	SKOPJE UNIVERSITY
PROF. DR.	SALİM ATEŞ	OKTAR	ISTANBUL UNIVERSITY
PROF. DR.	SERİK	OMİRBAYEV	NORTH KAZAKHSTAN STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	KEMAL	ÖKTEM	HACETTEPE UNIVERSITY
PROF. DR.	ÇAĞLAR	ÖZEL	INTERNATIONAL CYPRUS UNIVERSITY
PROF. DR.	ZEKİ	PARLAK	MARMARA UNIVERSITY
PROF. DR.	HAMİT	PEHLİVANLI	KIRIKKALE UNIVERSITY
PROF. DR.	İNGA	SHAMİLİSHVİLİ	BATUMİ SHOTA RUSTAVELI STATE UNIVERSITY
PROF. DR.	MUSTAFA	ŞAHİN	SELÇUK UNIVERSITY
PROF. DR.	AHMET	ŞAHİNÖZ	BAŞKENT UNIVERSITY
PROF. DR.	CEYLAN GAZİ	UÇKUN	KOCAELİ UNIVERSITY
PROF. DR.	M. FATİH	UŞAN	YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY
PROF. DR.	AHMET	UZUN	AKDENİZ UNIVERSITY
PROF. DR.	ÜMİT SÜLEYMAN	ÜSTÜN	SELÇUK UNIVERSITY
PROF. DR.	H. GÜÇLÜ	YAVUZCAN	GAZİ UNIVERSITY
PROF. DR.	MUSTAFA	YILDIRAN	AKDENİZ UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	BİROL	AKGÜL	ERCİYES UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	ZAUR	AZIMOV	BAKU STATE UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	MİRA	BALTYMOVA	AKTOBE STATE UNIVERSITY

ASSOC. PROF.	MEHMET HANEFİ	BAYRAM	AKDENİZ UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	EREN	ÇAŞKURLU	GAZİ UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	HACER MUTLU	DANACI	AKDENİZ UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	İSMAİL	DEMİR	ANKARA UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	MURAT	ERCAN	BİLECİK ŞEYH EDABALİ UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	TAMER	EREN	KIRIKKALE UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	BİROL	ERKAN	UŞAK UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	MURTEZA	HASANOV	THE ACADEMY OF PUBLIC ADMINISTRATION
ASSOC. PROF.	ŞEREF	İBA	THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY OF TURKEY
ASSOC. PROF.	NURAN	KOYUNCU	ERBAKAN UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	ASIM	MEMMEDOV	GENCE STATE UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	GÖKHAN	OFLUOĞLU	BÜLENT ECEVİT UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	ELBEYİ	PELİT	AFYON KOCATEPE UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	LIUDMYLA	RADOVETSKA	NATIONAL ACADEMY OF SECURITY SERVICE OF UKRAINE
ASSOC. PROF.	AJLA	SKRBIC	UNIVERSITY OF TRAVNIK
ASSOC. PROF.	HASAN HÜSEYİN	SOYBALI	AFYON KOCATEPE UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	İBRAHİM	SUBAŞI	MARMARA UNIVERSITY
ASSOC. PROF.	DİLEK	AKBULUT	GAZİ UNIVERSITY
DR.	SİNAN SAMİ	AKKURT	SELÇUK UNIVERSITY
DR.	BARIŞ	AYTEKİN	KIRKLARELİ UNIVERSITY
DR.	DOĞAN	BOZDOĞAN	GAZİOSMANPAŞA UNIVERSITY
DR.	SELÇUK	BUYRUKOĞLU	ÖMER HALİSDEMİR UNIVERSITY
DR.	YASİN	ÇAKIREL	KIRKLARELİ UNIVERSITY
DR.	OĞUZ	ÇETİN	ÖMER HALİSDEMİR UNIVERSITY
DR.	EBRU BİLGİN	KOCATÜRK	KIRKLARELİ UNIVERSITY
DR.	MUSTAFA	METE	GAZİANTEP UNIVERSITY
DR.	ÖZGE TUÇE	GÖKALP	KIRKLARELİ UNIVERSITY
DR.	MUSTAFA	ÖZALP	BOZOK UNIVERSITY
DR.	MUSTAFA	TAYTAK	UŞAK UNIVERSITY
DR.	MÜKERREM	ATALAY ORAL	AKDENİZ UNIVERSITY
DR.	ABDULAZİZ	ELWALDA	MISURATA UNIVERSITY
DR.	BETÜL	HAYRULLAHOĞLU	UŞAK UNIVERSITY
DR.	FULYA	KÖKSOY	BATMAN UNIVERSITY
DR.	SERDAR	SÜTÇÜ	TURKEY CHAMBER OF DENTISTS
DR.	ABDULLAH	TEKBAŞ	CONSTITUTIONAL COURT



October 10-12, 2019 Konya

Congress Book



CONTENTS

CONGRESS ID.....	II
SCIENTIFIC ADVISORY BOARD.....	III
CONTENTS.....	V
REASONING IN LAW.....	1
<i>Muhittin ORAL.....</i>	<i>1</i>
THE EVALUATION OF THE PROBLEMS RELATED TO THE REAL ESTATE TAX PRACTICE IN TURKEY..	9
<i>Orçun AVCI.....</i>	<i>9</i>
RESOLUTIONS OF THE HIGH TECHNICS BOARD ON THE DISPUTES ARISING IN THE CONSTRUCTION PROCUREMENTS AND APPROACHES TO THE SOLUTION OFFERS.....	16
<i>Hasan BAKIRCI, Ayten CANBAL.....</i>	<i>16</i>
SOME THOUGHTS ON THE FUTURE OF INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS	26
<i>Süleyman DOST.....</i>	<i>26</i>
THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ON FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS IMPACT ON TURKISH DOMESTIC LAW.....	36
<i>Hani Shakir MAHMOOD.....</i>	<i>36</i>
LITERARY TEXT BETWEEN CONSCIENCE AND LAW: EXAMPLE OF "YALNIZ EFE".....	53
<i>Kudret SAVAŞ.....</i>	<i>53</i>
THINKING ON THE CONCEPTS OF LAW - JUSTICE BY USING THE EXAMPLE OF "REIS BEY".....	58
<i>Kudret SAVAŞ.....</i>	<i>58</i>
EVALUATION OF MARRIAGE-LIKE LIFE MODELS FROM FEMINIST LAW PERSPECTIVE	64
<i>Necla ÖZTÜRK, Derya COŞKUN.....</i>	<i>64</i>
INTERNATIONAL LABOR LAW: INNOVATIONS, PROBLEMS IN PRACTICE AND SOLUTIONS	70
<i>Ayşe Nur KARAYEL, Süleyman DOST.....</i>	<i>70</i>
PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN CRIMINAL LAW	83
<i>Shayakhmetova Zhanna BEKPOLOVNA.....</i>	<i>83</i>
LEGAL STATUS OF REFUGEES IN INTERNATIONAL LAW	87
<i>Ergalieva K.S.....</i>	<i>87</i>
PROTECTION OF THE RIGHTS OF CONVICTED WOMEN	92
<i>Hanmetova Zhanargul ASYLBEKOVNA.....</i>	<i>92</i>
PROTECTION OF THE RIGHTS OF ENTREPRENEURS IN THE RUSSIAN FEDERATION.....	97
<i>Dordzhi-Goryaeva ELZA, Rubeko Georgy LEONIDOVICH.....</i>	<i>97</i>
PLACE OF LEGAL EDUCATION IN SOLUTION OF LEGAL ISSUES.....	103
<i>Muhamedina A.E.....</i>	<i>103</i>
CIVIL SOCIETY AND THE RULE OF LAW	111
<i>Serikova L.S.....</i>	<i>111</i>
A BRIEF CRITICISM OF ARTICLE 26 § 1 (B) OF THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW THAT LINKS THE CANCELLATION OF THE COMMON NAME TO THE OWNER'S BEHAVIOR	116
<i>Damla KÜÇÜK.....</i>	<i>116</i>



REASONING IN LAW

Muhittin ORAL¹

Abstract

The very foundation of Law is reasoning. Without legitimate and logically sound reasoning, Law ceases to exist. Therefore, it is most appropriate and useful to elaborate Law with respect to well established four types of reasoning; namely, Abductive, Deductive, Inductive, and Analogical. This paper elaborates how these four types of reasoning are instrumental in The Theory and Practice of Law. *Abductive* is to postulate which Law to be enforced; *deductive* is to logically defend the Law to be enforced; *Inductive* is to illustrate how an enforced Law has been historically imposed; and lastly why *analogical view* in Law is needed and how it is to be regulated and administered both in theory and in practice.

Keywords: Law, Abduction, Deduction, Induction, Analogy

1 Introduction

Be professional or personal, our lives depend very much on how we conduct our reasoning processes. Such processes become even more important, determining and enforcing in the situations of relations with others, both in private and public endeavours. Therefore, the types of reasoning are of prime importance, especially in dealing with legal cases. In this paper, I shall discuss the roles of four types of reasoning in connection with Law. These are *abductive*, *deductive*, *inductive*, and *analogical* reasoning types. In what follows, the details of each reasoning types will be explained first as defined and understood in logic in some length and then their implications for The Theory and Practice of Law. Analogical reasoning is a much wider-ranging type of reasoning, especially in Law, therefore we consider it after we discuss first the three basic reasoning types; namely, *abductive*, *deductive*, and *inductive*.

The flow of this paper is organized as it is pictorially shown in *Figure 1: Reasoning Types and Their Relatedness in Law*. We shall begin with *Deductive Reasoning*, for it is the basic and most essential element in all logical thinking processes, including all sorts of science, and Law as well. Then it will be followed by *Inductive*, *Abductive*, and finally *Analogical* reasoning types; again in association with The Theory and Practice of Law.

¹ Prof. Dr., Özyeğin University, muhittin.oral@ozyegin.edu.tr

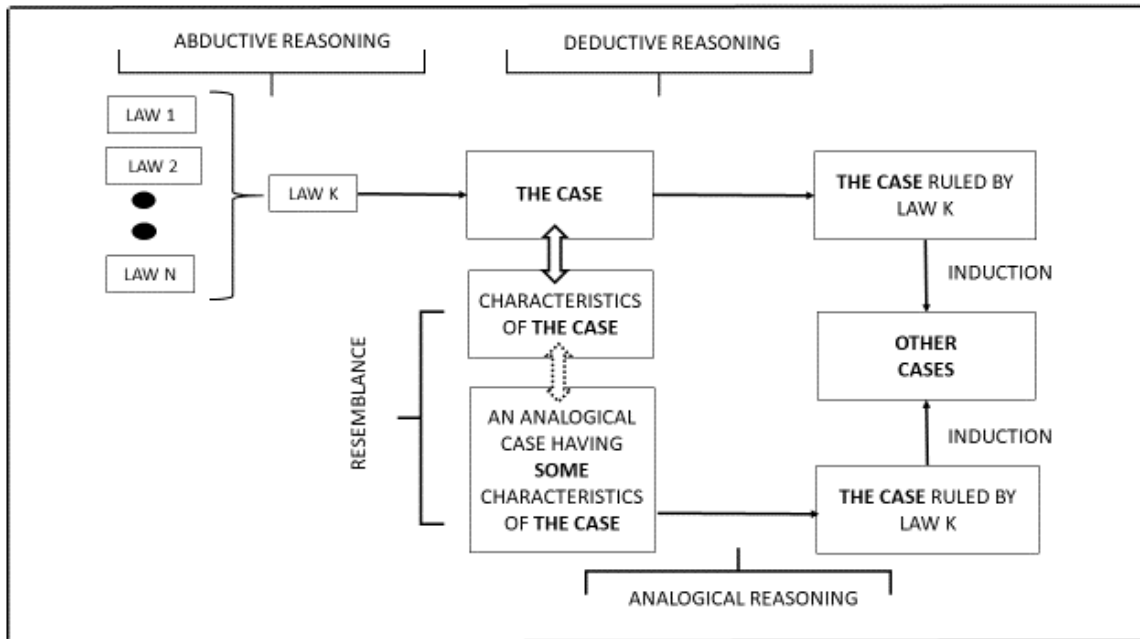


Figure 1: Reasoning Types and Their Relatedness in Law

2 Deductive Reasoning and Law

There is a need to discuss first the classical triad of syllogism before going into details of each reasoning type and their roles in The Theory and Practice of Law. The triad of classical syllogism consists of *deductive*, *inductive*, and *abductive* reasoning types. All these three reasoning types play certain important roles in The Theory and Practice of Law and therefore they deserve to be introduced in some length before discussing analogical reasoning. This triad of syllogism is based on three elements which are termed “Rule”, “Case”, and “Result”. These three elements are summarized in Figure 2 as presented by Niiniluoto (1999) by using the historically renowned examples of Charles S. Peirce (1839-1914).

Deductive Reasoning starts with the assertion of a “rule” (also termed “major premise”) and proceeds from there to reach a guaranteed conclusion about a “result” through a “case” (also termed “minor premise”). Deductive reasoning is true if the major and minor premises are true. Deduction is the basis of many arguments in daily life as well as in mathematics, science, and, of course, in The Theory and Practice of Law. Mathematics as the language of science requires absolute consistency and transparency in its statements and claims; and deductive reasoning is therefore the means of advancing such totally consistent arguments. Although it does not produce any new knowledge since it offers basically tautological statements, saying the same thing differently, but offers a guaranteed conclusion. The things to be known are given in the premises and the result is but self-evident. Although deduction does not produce any new knowledge, which is a preferable feature from the perspective of The Theory and Practice of Law because it does not offer any unnecessary statements to the ones already established. However, it is an important reasoning type in The Theory and Practice of Law, simply because it leaves no room at all for ambiguity, a feature that is most sought and appreciated in legal affairs. The Theory and Practice of Law consists of many concepts and these concepts need to be related to one another in a logically and meaningfully consistent manner to explain and justify a situation of interest in Law. That is exactly what deductive reasoning offers and what is expected to produce.



Defending a legal case at the court of Law should be done in such a way that there must not be any doubt at all as to its logical soundness, validity, and conclusion. All legally engaged authorities (judge, prosecutor, defendant) must eventually converge to a particular law to be enforced as the most appropriate one, without any shadow of doubt, for the situation on hand. Otherwise, the case never ends with a jointly accepted manner, in the sense of *modus operandi* and *modus vivendi*. *Modus operandi* because it can help in finding clues to the offender's characteristics and psychology. That should be taken into consideration in order to avoid any kind or possible mal-judgements. *Modus vivendi* because it describes informal and temporary arrangements in disputed and unclear affairs. For example, if two sides reach a *modus vivendi* regarding disputed territories, despite political, historical or cultural incompatibilities, an accommodation of their respective differences is established for the sake of contingency (Douglas, Burgess, & Burgess (2006: p.19-21), and nothing more than that. From the perspective deductive reasoning, such situations represent undesired weaknesses and such undesired shortcomings are to be eliminated in order to end up with a situation endorsed by the legally involved all.

Deductive Reasoning is termed "*Top-Down General Theories*" in Law and this method seems to be increasingly popular in Law Schools, especially in the USA. As an example of General Theory, it operates at a high level of abstraction, has a distinctive "top-down" character, brings the general theory to bear on particular cases and disregards the fact that people are disturbed by particular outcomes that seem counterintuitive but that have been compelled by the General Theory. Utilitarian and economic analysis of Law are especially familiar examples of this form of reasoning. Top-down theories operates, of course, deductively and other forms reasoning play no role at all. Legal outcomes in particular, therefore, are the logical consequences of the General Theory. Consequently, Many General Theories give little weight, if at all, to convictions about appropriate outcomes in particular cases, which are sometimes dismissed as "intuitions". Such an approach leads to unacceptable or unethical situations, such as "rape should perhaps be legalized if rapist would pay more to rape than victims would pay to avoid rape" (Sunstein 1993). In top-down thinking process, particular cases are not the source of principles; all judgements are completely theorized, in the sense that they are accompanied by a full explanation of their basis; and the relevant judgements operate at a high level of abstraction and generality. General systems are of for these reasons a natural ally of codification, and a natural enemy of The Common Law (Sunstein 1993).

3 Inductive Reasoning and Law

The need for an inductive reasoning is mostly necessitated by situations to reach an acceptable "rule" from the "result" obtained from a "case". In this reasoning type, the purpose is to make an inference about the unknown "rule" by examining the "case" and the "result" obtained from the "case". This statement implies that we have some observations or empirical data about the "rule", albeit they might be specific and limited in scope, and we use the findings from these observations or empirical evidences to claim a generalized conclusion about the "rule". Put differently, we don't know much, if at all, about the "rule" but we would like to come up with a general statement about that unknown "rule". In that sense, induction is a knowledge outreaching type of reasoning and is more than what "case" and "result" stands for.

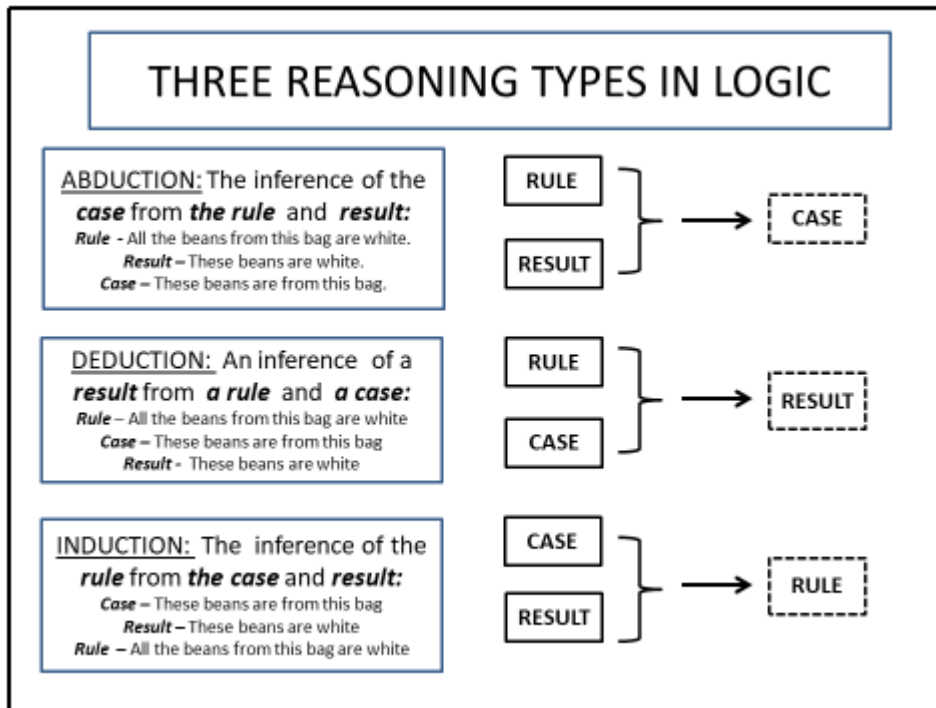


Figure 2: Three Basic Reasoning Types in Logic

Within the context of The Theory and Practice of Law, as can be observed from Figure 1, there is a “case” to which a particular law is subjected to in the past, but if this particular law also applies to “other cases”, then we are making inductive reasoning operational. Through such a process, once a particular law is enforced in a case, then it becomes applicable to many similar legal cases.

Inductive Reasoning is termed “*Reflective Equilibrium*” in The Theory and Practice of Law. Legal Issues are also evaluated by comparing apparently plausible general theories with apparently plausible outcomes in particular cases. It is a common understanding that Reasoning in Law entails considerable effort to produce both general theories and judgements in individual cases by close engagement with a range of general theories and a range of considered judgements about particular disputes. Those considered judgments may serve as provisional “fixed points” for inquiry, in the sense that we have a high degree of confidence in them and cannot readily imagine that they could be shaken. In the process of Inductive Reasoning, what we think tentatively to be the general theory is adjusted to conform to what we think to be our considered views about particular cases. Said equivalently, the particular views are adjusted to conform to the general theory and vice-versa. Through this process, we hope to finally to reach a form of equilibrium.

Many different conceptions of Inductive Reasoning are possible in The Theory and Practice of Law. One Law-Person may assign greater or lesser importance to particular situational judgements or to intermediate-level principles; make different decisions about what counts as distortion of judgement; emphasize or just downplay the role of philosophical arguments; evaluate in different ways the appropriate or possible amount of congruence between the deductively developed general theories and inductively generalized theories; assume a few general theories or a large number; reject or value apparently emotional reactions; and counsel deference or indifference to very high-level theories (Sunstein 1993). Especially some versions of the search for Inductive Reasoning play a considerably important and large



influential role in The Theory and Practice of Law. As an example in this regard, consider the notion that only political speech receives special constitutional protection might be abandoned if and when it appears that it is an obstruction in the advancement of great art and literature. The goal here needs to be a method that would produce a full set of confident judgements about specific cases, accompanied by a conceived and developed abstract theory, or a set of principles, that is able to account, hopefully, for all of them.

4 Abductive Reasoning and Law

The abductive reasoning type was first conceived by Charles S. Peirce (1839 – 1914), an American philosopher, logician, and mathematician. He is widely known as “the father of pragmatism”. The additional reasoning type Charles S. Peirce forwarded, *abduction*, is the inference about the “case” from the pair of “rule” and “result.” Given the “case,” which could be an anomaly, a problem, a managerial situation, a previously unimaginable, unmet, or an unthinkable circumstance, which pair of the existing “rule” and “result” can jointly best explain or account for the “case-on-hand”? Therefore, abductive reasoning is quite different from inductive reasoning in an important way: *induction* concentrates on the “rule” under investigation and attempts to explain it through the “results” of different “cases” whereas *abduction* focuses on the “case” and searches for the pair of “rule” and “result” among several alternatives that jointly explain the “case” of interest best. Tautologically speaking, in the induction method, the “rule” is *fixed* and one tries to understand it through *varying* cases whereas in the abduction method the “case” is *fixed* and one tries to explain it by *varying* the plausible pairs of “rules” and “results”. According to the theory of abduction, abductive reasoning is *towards* a hypothesis whereas inductive reasoning is *from* a hypothesis (Fann, 1970). Abductive reasoning starts with a set of data or observations that deserves or awaits an explanation – *towards* a hypothesis. This explanation could be a theory, a hypothesis, an assumption, a proposition, a diagnosis, a judgment, a method, a model, or simply a guess. One way or another, the “case” needs to be understood, albeit in general terms at the beginning but that could be refined later, if needed. This is the very role of abductive reasoning without which the “case” remains an inexplicable situation, fact, or observation. In other words, juxtaposing the unfamiliar with the familiar, the unthinkable with the thinkable, and the unimaginable with the imaginable, and so on, is the very essence of abductive reasoning.

The role and use of abductive reasoning is a central issue for The Theory and Practice of Law as well. At the Court of Law, there is more than frequently, in fact constantly, a need for presenting and defending a “case”. But defending a “case” necessitates an unquestionable support from a law. Without a supporting law, “case” becomes “no-case”. Therefore, determining which law is the most supporting and appropriate one among several existing alternatives is the key and central issue in forwarding an argument at the Court of Law. Without presenting and defending a particular law among alternative ones for a case on hand might result in a verdict that is not favorable for the defendant at all. Defendant is, therefore, obliged to consider, study, and determine from a set of existing laws that is most relevant and justifiable for the “case-on-hand”. Put differently, but equally an important question is: “Is there a law that readily corresponds exactly to the “case-on-hand”? If the answer is “No”, then one is obliged to judge or consider a law among several possibilities that is most appropriate for the “case-on-hand”. In other words, there is an “unthinkable case” or “uncovered case” by any particular law directly, but one is nevertheless obliged to decide up on a law to pronounce a verdict. This chosen law has to be “the inference to the best choice of law”. That is, in fact, nothing but an echo of abduction; which can be stated as “inference to the best legal explanation” regarding the “case-on-hand”.



5 Analogical Reasoning and Law

According to Sunstein (1993), “Analogical Reasoning maintains its status as an exceedingly prominent means by which both lawyers and non-lawyers think about legal and moral questions”. Again, as Sunstein (1993) states: “Reasoning by analogy is the most familiar form of legal reasoning and it dominates the first year of law schools in the US. If it is so, what exactly is then Analogical Reasoning as it operates in Law? Analogical Reasoning is quite different from the three well known reasoning types in Logic; that is, abductive, deductive, and inductive. Moreover, it plays a very important and wide-ranging role in The Theory and Practice of Law. It is claimed that Analogical Reasoning has distinctive advantages over forms of thought that seem to be far superior. In very simplistic terms, with respect to daily life, Analogical Reasoning has the following structure (Sunstein 1993):

- (1) **A** has the characteristics **X**;
- (2) **B** shares that characteristics **X**;
- (3) **A** also has characteristics **Y**;
- (4) Because **A** and **B** share characteristics **X**, we conclude that what is not yet known, that **B** shares characteristics **Y** as well.

Analogical Reasoning has a similar structure in Law, but somewhat more specific and comprehensive. It has again four steps (Sunstein, 1993):

- (1) Some *Fact Pattern A* has certain characteristics **X**, or characteristics **X**, **Y**, and **Z**;
- (2) *Fact Pattern B* differs from **A** in some respects but share characteristics **X**, or characteristics **X**, **Y**, and **Z**;
- (3) Law treats *Fact Pattern A* in a certain way;
- (4) Because *Fact Pattern B* shares certain characteristics with *fact Pattern A*, the Law should treat *Fact Pattern B* the same way.

As in the cases of inductive and abductive reasoning types, it should almost be immediately evident that analogical reasoning does not guarantee “the truth” either. Nevertheless, for analogical reasoning to operate properly, we have to know that *Fact Pattern A* and *Fact Pattern B* are “*relevantly similar*”, and that there are not “*relevant differences*” between them. However, any given two cases in Law are usually different from each other, at least along some dimensions. When lawyers say there are no “*relevant differences*”, they mean that any differences between the two cases either (a) do not make a difference in light of the relevant precedents, which foreclose certain possible grounds for distinction, or (b) cannot be fashioned into the basis for a distinction that is genuinely principled. A claim that one case is genuinely analogous to another - that it is “*apposite*” or cannot be “*distinguished*” - is parasitic on conclusion (a) or (b), and either of these must of course be justified. The major challenge facing analogical reasoning makers is to decide when differences are relevant. To make this decision, they must investigate cases with care in order to develop *governing principles*.

Then what are *governing principles* of Analogical Reasoning? The purpose of *governing principles* is to guide the analogical reasoning so that it does not go wrong. For this purpose, there are certain principles to which the person or lawyer who is doing the Analogical Reasoning should adhere (Sunstein 1993):



- i. *Principled consistency*: To start with judgements about specific cases must be made consistent with one another. A requirement of principled consistency is the very basis of Analogical Reasoning. The meaning of this statement is that Analogical Reasoning must be based on a solid logical basis so that seemingly disparate situations or cases can be explained convincingly in The Theory and Practice of Law.
- ii. *A focus on particulars*: Another important feature of Analogical Reasoning is that it focuses on *particulars* in order to develop conclusions from concrete *controversies*. The imaginary character Sherlock Holmes is imagined to have stated “A common Law Court ‘decides the case first and determines the principle afterwards’” In other words, ideas are developed from the details, rather than imposed on them from above. In this respect, Analogical Reasoning is a version of “bottom-up” thinking process, which is just the opposite of the process of Deductive Reasoning.
- iii. *No Comprehensive Theory*: Analogical Reasoning operates without a *comprehensive theory* that accounts for the particular outcomes it yields. The judgements that underlie convictions about the relevant cases are incompletely theorized. The meaning of this statement is that the judgements are unaccompanied by fully meaningful method to explain the basis for those judgements.
- iv. *Principles at Low or Intermediate Level*: Analogical Reasoning produces principles that operate at a low or immediate level of abstraction only. Sunstein (1993) gives the following example for this type of reasoning: “If we say that the state cannot ban a Nazi march, we might mean that the state cannot stop political speech without showing that the speech poses a clear and immediate harm. This is a *principle*, and it does not involve a degree of abstraction from the particular case; but it does entail any high-level theory about the purpose of the free speech guarantee or about the relation between the citizen and the state. Analogical Reasoning usually operates without expressed reliance on any general principles about the right or good. Some such principles may of course be an implicit or even necessary basis for decision, but the lawyer who engages in Analogical Reasoning is not self-conscious about them.

6 Discussions and Conclusions

The theme of this conference is announced as “The way Law assists Positive and Social Sciences”, this paper takes it from a perspective that is quite opposite, but complementary in the sense that Positive Logical Reasoning Types shape very much The Theory and Practice of Law. The Theory and Practice of Law is not complete if one these reasoning types is missing or neglected or overlooked. The features of this paper can be summarized as: (1) Four types of reasoning (deductive, inductive, abductive, and analogical) are associated, one by one, with The Theory and Practice of Law; (2) The *relatedness* of these four types of reasoning is elaborated and discussed sufficiently in some length, as indicated in Figure 1, from the perspective of The Theory and Practice of Law; (3) The importance of Analogical Reasoning is especially treated along the lines of Sunstein (1993) to reflect the its role and importance in The Theory and Practice of Law; and (4) it is hoped that the relatedness of deduction, induction, abduction, and analogy continue to be one of the major research areas for those who theorize and practice Law. These requirements also readily invite the establishment of a research area that may be called “Reasoning Methodology” (Oral 2019).



References

- Douglas, J.E., Burgess, A.G., Burgess, R.K. Ressler. 2006. *Crime Classification*. John Wiley & Sons.
- Fann, K.T. 1970. *Peirce's Theory of Abduction*. Martinus Nijhoff, The Hague.
- Hume, D. 1964. *Treatise of Human Nature*. Scienta Verlag Aalen.
- Niiniluoto, I. 1999. Defending Abduction, *Philosophy of Science*. 66: S436-S451.
- Oral, M. 2019. Reasoning Methodology, Working Paper, Özyeğin University, Istanbul.
- Popper, K. R. 1959. *The Logic of Discovery*. Hutchinson, London. UK.
- Popper, K.R. 1963. *Conjectures and Refutations*. Routledge and Kegan Paul, London, UK.
- Råholm, M-B. 2010, Abductive Reasoning and the Formation of Scientific Knowledge with Nursing Research, *Nursing Philosophy*, 11, 260-270.
- Sunstein, C.R. 1993. On Analogical Reasoning. *Harvard Law Review*. 106: 741-791.
- Van de Ven, A.H. 2007. *Engaged Scholarship: A Guide for Organizational and Social Research.*, Oxford University Press, Inc. New York.



THE EVALUATION OF THE PROBLEMS RELATED TO THE REAL ESTATE TAX PRACTICE IN TURKEY

Orçun AVCI¹

Abstract

The real estate tax, which is acknowledged as a wealth tax, is one of the taxes that has a very old history. Its importance has increased over time. Nevertheless, some problems are observed in the implementation of the real estate tax in Turkey. It is possible to categorize the problems if needed, are basically as follows: Practice-related problems, administrative-related problems, taxpayer-related problems, and legislative-related problems. Even though the causes of the problems are different, the inevitability of some revision and specialization in the real estate tax are visible. However, the possible effects of each change should be well thought out and analyzed in advance, which will contribute to the functioning of the tax system. The aim of this study is to provide an identification of emerging problems in the real estate tax practice in Turkey and to bring some solution recommendations.

Keywords: The Real Estate Tax, The Real Estate Tax Law No. 1319, The Real Estate Tax Problems.

TÜRKİYE'DE EMLAK VERGİSİ UYGULAMASINA İLİŞKİN SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özet

Servet vergisi kapsamında yer alan emlak vergisi oldukça eski bir geçmişe sahip olan vergilerdendir. Zaman içerisinde de önemi artan bir vergi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Türkiye'de emlak vergisinin uygulanması aşamasında birtakım sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sorunları gruplamak gerekirse temelde; uygulama kaynaklı sorunlar, idareden kaynaklı sorunlar, mükelleften kaynaklı sorunlar ve mevzuat kaynaklı sorunlar şeklinde kategorize etmek mümkündür. Sorunların nedenleri farklı olmakla birlikte birtakım revizeye ve uzmanlaşmaya ihtiyaç duyulan emlak vergisinde değişim kaçınılmaz olarak görülmektedir. Ancak, atılacak her adımın olası etkileri önceden iyi düşünülüp, analiz edilmesi vergi sisteminin işlerliğine olumlu katkı sağlayacaktır. Çalışmanın amacı, Türkiye'de emlak vergisi uygulamasında ortaya çıkan sorunların tespitinin sağlanması ve bazı çözüm önerileri getirmektir.

Anahtar kelimeler: Emlak Vergisi, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu, Emlak Vergisi Sorunları.

¹ Dr. Öğr. Üyesi, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, orcun.avci@outlook.com



1 Giriş

Emlak vergisi, sadece gayrimenkulleri vergilendirmesi hasebiyle özel servet vergisi niteliği taşımaktadır. Tarh ve tahsilatının belediyelere bırakıldığı bir vergi olan emlak vergisi, zaman içinde değişim göstermiştir. Emlak vergisinin matrahı taşınmazların vergi değeridir. Vergi değerini belirleyebilmek için arsa ve arazinin metrekaresi değeri ve/veya binaların normal inşaat maliyet bedellerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Emlak vergisinin mükellefleri, taşınmazların maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa tasarruf eden kişilerdir. Ancak uygulamada bazı sorunlar ile karşılaşmaktadır. Türkiye’de mevcut yasal düzenlemeler kapsamında vergiye konu taşınmazların değer tespitinde hem adalet bozucu hem de verimlilik azaltıcı durumlar ile karşı karşıya kalınmaktadır. Karşılaşılan sorunlar, çok yönlü olup sadece idareden veya mevzuattan kaynaklı değil aynı zamanda mükellef kaynaklı sorunlar da olabilmektedir. Çalışma esas olarak, bu sorunların tespitini sağlamayı ve birtakım çözüm önerileri getirmeyi hedeflemektedir. Bu kapsamda çalışmada, emlak vergisinin yapısı ve genel özellikleri incelenerek, emlak vergisi uygulamasından kaynaklı sorunların tespiti ve değerlendirilmesi yapılmıştır.

2 Emlak Vergisi’nin Yapısı ve Genel Özellikleri

Emlak; bina², arsa ve arazi niteliğindeki gayrimenkullerden oluşan serveti (malvarlığı) ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Ülkemizde uygulanan emlak vergisi, servet unsurlarından yalnızca gayrimenkuller üzerinden alınmaktadır. Vergi, bu haliyle özel servet vergisi niteliği almaktadır. Vergilendirme açısından gayrimenkullerin gelir getirip getirmemesinin, kiraya verilebilen veya verilme vasfına sahip olup olmamasının yanı sıra fiilen kullanılıp kullanılmamasının bir önemi yoktur. Emlak vergisi, 11.08.1970 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 1319 sayılı Kanun kapsamında, tahsilatı belediyeler tarafından gerçekleştirilen bir vergi olarak karşımıza çıkmaktadır (Şenyüz vd., 2019: 375).

Emlak vergisi, 20 milyon civarındaki mükellef sayısı ile, oldukça fazla kişiyi ilgilendiren bir vergi konumundadır³. Vergi, 1986 yılına kadar merkezi idare tarafından toplanırken, 1986 yılından itibaren bu yetki belediyelere bırakılmıştır (Bilici, 2019: 199). Emlak vergisinin belediyelere bırakılmasının iki sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, vergi konusunun belediye sınırları içinde olması, ikincisi ise emlak değerinin belediye hizmetleri ile değişebilmesidir (Çetinkaya, 2014: 73). Emlak vergisi, değer esaslı ve sürekli bir vergi olarak tahsil edilmektedir.

Gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan bina, arsa ve araziden alınan, hasılatı ve yönetimi çoğunlukla yerel idarelere bırakılmış, sürekli, objektif ve özel nitelikte bir servet vergisi olan emlak vergisi, diğer vergilerden farklı birtakım özelliklere sahiptir. Örnek olması açısından tarh ve tahakkuk şekillerindeki farklılıkları söylemek mümkündür. Verginin mükellefi, genel olarak bina ve arazinin maliki, intifa hakkı varsa bu hakkın sahibi, bunlar yoksa bina veya araziye malik gibi kullanan kişinin malikliği dolayısıyla ödenmektedir. Türkiye’de emlak vergisinin konusunu oluşturan unsurlar, tüm bina, arsa ve arazilerdir. Taşınmazların uluslararası kuruluşlara veya bunların temsilciliğine, gerçek ya da tüzel yabancı kişilere ait

² Bina kavramı emlak vergisine tabi taşınmazlar üzerinden alınacak verginin arazi vergisi mi yoksa bina vergisi mi olacağı konusunda belirleyici bir kavramdır. Bu nedenle, bina kavramının gerek 1319 sayılı Kanun gerekse söz konusu kanunla ilintili diğer kanun hükümlerine göre doğru tanımlanması önem taşımaktadır (Arslan, 2017: 85).

³ **Bazı tahmini istatistikler:** 25 milyon civarında olduğu tahmin edilen konut ve işyerlerinin %90’ı konut, %10’u işyeri olarak kullanılmaktadır. Bunların yarısı civarındaki kısmı depreme karşı güvenli değildir. Yine yarısı civarındaki kısmı kaçak yapı özelliği taşımaktadır. Yani gerek inşaatın yapımı aşamasında gerekse de inşaatın bitiminden sonra gerekli yasal izinleri alınmamıştır (Bilici, 2019: 199).



olması vergiye tabi olmasını engellemekte ancak, mülkiyet prensibi gereğince, kişilerin yabancı ülkelerde sahip oldukları arsa ve araziler, emlak vergisinin kapsamı dışında tutulmaktadır (Duman, 2014: 118-119).

Emlak vergisinin en temel özelliklerine baktığımızda, gayrişahsi bir vergi olması, mahalli bir vergi karakteri göstermesi, gayrisafi bir servet vergisi olması, fiskal amacının ön planda olması ve gerileyici bir nitelik göstermesi karşımıza çıkmaktadır. Emlak vergisi kişiyi değil, nesneyi yani kişinin servetini esas alan bir vergi konumundadır. Bu sebeple de mali literatürde emlak vergisine “objektif vergi” veya “randıman vergisi” de denilmektedir. Emlak vergisi mahalli yani lokal karakterli bir vergidir. Bir diğer özellik olarak gayrisafi bir servet vergisi olmasıdır. Bina ve arazi sahiplerinin emlak borçları için vergi matrahından herhangi bir indirim yapmaları söz konusu değildir. Emlak vergisinde adalet açısından ortaya çıkan asıl konu, net değeri üzerinden bütün servet unsurlarına değil, yalnızca gayrisafi değer üzerinden belli bir servet tipine uygulanmasıdır. Böylece bir taşınmaz borçla alan ile borçsuz alan kişi aynı vergi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bir diğer özellik emlak vergisinin fiskal amaçlı bir vergi olmasıdır. Bu sebeple de ekstra-fiskal olma özelliği oldukça sınırlıdır. Bazı ekonomistler genellikle zenginlerin fakirlere kıyasla daha fazla gayrimenkule sahip oldukları fikrinden yola çıkarak, emlak vergisinin gelir vergisine kıyasla çok daha artan oranlılık gösterdiğini, gelir düzeyi yükseldikçe ödenen emlak vergisinin gelire oranının arttığını ifade etmektedirler (Edizdoğan & Çelikkaya, 2012: 308-310).

Emlak vergisine birtakım eleştiriler de yöneltilmektedir. Bu eleştiriler emlak vergisinin özelliklerinden doğmaktadır (Edizdoğan & Çelikkaya, 2012: 318):

- ✓ Emlak vergisi, gerçekleşmemiş sermaye kazancı üzerinden alındığı için ödeyebilme ve nakit problemlerine sebep olmaktadır.
- ✓ Emlak vergisinin arazi üzerinden alınan kısmının yükü verginin ödendiği andaki arazi sahibi üzerinde kalmaktadır. Bunun sebebi ise, arazinin genellikle çok az kişi üzerinde toplanması ve sahipliğin büyük çoğunlukla politik güçle birleşmesidir. Bu yüzden vergi, şiddetli bir biçimde tepkiye maruz kalmaktadır.
- ✓ Emlak vergisinin arazi üzerinde kalan kısmı, ziraatın risk derecesini artırır. Çiftçiliğin zaten başka riskleri de bulunmakla birlikte gelirden dönemsel dalgalanmalar oluşacaktır.
- ✓ Emlak vergisinin yönetimi kusurlu olabilmektedir. Verginin kapsamına giren gayrimenkuller ve sorumlu mükellefler doğru biçimde belirlenmelidir. Örneğin, ortak malların vergilendirilmesinde çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalılabilmektedir. Arazinin her parselinin vergilendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu süreç güçtür ve çoğu zaman yargıya intikal etmektedir. Çünkü emlak vergisinde değerlendirme düzenli yapılmadığından, değerler yeniden gözden geçirildiğinde genellikle büyük sorunlarla karşılaşmaktadır.
- ✓ Emlak vergisi genellikle gerileyici ve adil olmayan bir vergi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, vergilemenin oldukça hissedilen bir şeklidir ve göreceli politik eylemlere de sahne olmaktadır.

3 Uygulamadan Kaynaklı Sorunların Tespiti ve Değerlendirilmesi

Ülkemizde halen uygulanmakta olan emlak vergisinin alt yapısını oluşturan ve 1972 mali yılı başında yürürlüğe giren 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nda 1972 tarihinden itibaren günümüze kadar değişiklik yapan çok sayıda düzenleme yapılmıştır. Yaklaşık 50 yıla yakın bir süredir uygulanmakta olan Emlak Vergisi Kanunu'nda yapılan düzenlemeler çoğunlukla emlak vergisine matrah olacak taşınmaz değerlerin belirlenmesine ilişkindir. Mevzuat kaynaklı sorunların en önemlisini, taşınmaz değerinin gerçekçi ve doğru bir şekilde tespitine



ilişkin sorunlar oluşturmaktadır. Diğer bir sorun ise, verginin tahsil ve denetimine, sonuncusu ise takdir komisyonlarının oluşumuna ilişkindir. (Hacıköylü & Heper, 2010: 4-5). Esasen emlak vergisinde yaşanan sorunları uygulama kaynaklı sorunlar, idareden kaynaklı sorunlar, mükelleften kaynaklı sorunlar ve mevzuat kaynaklı sorunlar şeklinde kategorize etmek mümkündür.

Türkiye’de emlak vergisinin uygulanma aşamasında birçok sorun ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunlar arasında yer alan vergi matrahı problemi ciddi bir sorundur. Emlak vergisinin matrahı taşınmazların vergi değerleridir. Vergi değerini belirleyebilmek için arsa ve arazinin metrekare değeri ve binaların normal inşaat maliyet bedellerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Arsa ve arazi metrekare değerleri, belediyeler tarafından oluşturulan takdir komisyonları tarafından belirlenmektedir. Binaların ise normal inşaat maliyet bedelleri, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilmektedir. Bu değerlerin tespitinin, piyasa değerlerinden farklılık göstermesinin temelinde birçok sorunun da varlığı bilinmektedir. Bu sorunlardan bazıları; değerlendirme sürecinde uzman kişilerden yararlanılmaması, bina inşaat maliyet bedellerinin tespitine ilişkin sorunlar, taşınmaz değerlerinin dört yılda bir güncellenmesi, yeniden değerlendirme oranlarının taşınmazların gerçek piyasa değer artışlarını yansıtamaması gibi nedenler gösterilebilir. Ayrıca, emlak vergisinin oranlarının vergiye konu olan taşınmazların, niteliğini, konumlarını, bölgelerin gelişmişlik düzeyini, kamusal hizmetlerden yararlanma derecelerini kavramaktan uzak olması, vergi muafiyet ve istisna kapsamının oldukça geniş olması, emlak vergisi gelirlerinin düşük olması gibi birçok sorun alanı da tespit edilmiştir (Çiftçi, 2014: 151). Bu sebeple de bu konularda bir düzenleme yapılması şart olarak görülmektedir.

Uygulamadan kaynaklı sorunların tespiti hususunda emlak vergisinin kontrol ve tahsilinde yaşanan sorunlar karşımıza çıkmaktadır. Emlak vergisinin tahsiline ilişkin yaşanan sorunların doğru tespit edilmesinde ilgili kurum ve kuruluşlar bazında bazı istatistiki bilgilerin bilinmesi önemli bir husustur. Ancak özellikle verginin belediyelerce tahsil edilen bir vergiye dönüştürülmesinden sonra emlak vergisinin gelişimi ve emlak vergisinden elde edilen gelirlerin büyüklüğü konusunda istatistiksel veri noksanlığı gibi sorunlar da ortaya çıkmıştır. Ülkemizde belediyeler vatandaşın bizzat kendisinin gelerek bildirimde bulunmasını ve vergisini ödemesini beklemektedir. Oysa belediyelerin vatandaşın bildirimini beklemeksizin mükellefleri tespit etmesi gerekmektedir. Günümüzde yalnızca alım satıma konu taşınmazların tapu kayıtları için emlak vergisi “borcu yoktur” yazısı istenmekte bunun haricinde emlak vergisi denetimiyle ilgili başka bir işlem söz konusu olmamaktadır (Hacıköylü & Heper, 2010: 6). Bu konuda daha hassas davranıldığı takdirde emlak vergisi de mükellefler tarafından daha çok ciddiye alınabilir.

Takdir komisyonundan kaynaklı sorunlar da önemli bir problem olarak görülmektedir. Bu kapsamda, takdir komisyonlarında görevli olan üyelerin nitelikleri, mesleki yeterlilikleri ile arsa ve arazi birim değerlerinin nasıl hesaplanacağına ilişkin gerek Emlak Vergisi Kanunu gerekse de Vergi Usul Kanunu’nda bir hükmün bulunmamasıdır. Bu belirsizlikler ve sorunlar olumsuz sonuçları ve vergide eşitsizlikleri de beraberinde getirmektedir (Hacıköylü & Heper, 2010: 7).

09.04.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4751 sayılı Vergi Usul Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu ve Harçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’a göre: “*Takdir komisyonlarının arsalara ve araziye ait asgari ölçüde birim değer tespitine ilişkin dört yılda bir yapacakları takdirler, tarh ve tahakkuk işleminin (Emlak Vergisi Kanununun 33 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasına göre yapılacak takdirler dahil) yapılacağı sürenin başlangıcından en az altı ay önce karara bağlanarak, arsalara ait olanlar takdirin ilgili bulunduğu il ve ilçe merkezlerindeki ticaret odalarına, ziraat odalarına ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları ile belediyelere, araziye ait olanlar il merkezlerindeki ticaret ve ziraat odalarına*



ve belediyelere imza karşılığında verilir. Büyükşehir belediyesi bulunan illerde takdir komisyonu kararları, vali veya vekalet vereceği memurun başkanlığında, defterdar veya vekalet vereceği memur, vali tarafından görevlendirilecek tapu sicil müdürü ile ticaret odası, serbest muhasebeci mali müşavirler odası ve esnaf ve sanatkârlar odaları birliğince görevlendirilecek birer üyeden oluşan merkez komisyonuna imza karşılığında verilir. Merkez komisyonu kendilerine tebliğ edilen kararları onbeş gün içinde inceler ve inceleme sonucu belirlenen değerleri ilgili takdir komisyonuna geri gönderir. Merkez komisyonunca farklı değer belirlenmesi halinde bu değerlerle ilgili takdir komisyonlarınca yeniden takdir yapılmak suretiyle dikkate alınır”.

Belediyeler, idareden kaynaklı sorunlar kapsamında önemli bir konumdadır. Özellikle taşınmaz varlıklardan alınan vergiler için uygulanan tarh, tahakkuk ve tahsil gibi vergileme sürecinde belediyelerin rolü yadsınamaz. Ancak belediyelerde kendi içlerinde sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır. Taşınmazların yasal durumu ve fiili durumunun karşılaştırmalı analizi ve varsa aralarındaki farkların incelenmesi açısından plan ve proje bilgileri görülmeden değer tespiti yapmak mümkün değildir. İşte bu değerlemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için, bilgi ve belgelerin sağlanması gerekmektedir. Belediyelerin bu verileri elde edebilmek için karşılaştığı temel sorunlar şu şekilde özetlenebilir (Çiftçi, 2014: 156-157):

- ✓ Değerlemede taşınmazın cinsinin arazi ve arsa olarak ayırımı ile emlak vergi değeri, taşınmazın çevresi ve belediye hizmetlerinde yararlanma dereceleri konusunda, yeterli bilgi sağlanmasında önemli sorunlar yaşanmaktadır. Özellikle bazı belde ve ilçe belediyelerinde, arsa ve arazi ayırımı ile belediye hizmetlerinden yararlanma derecesinin değerlendirilmesine yönelik olarak verilerin çeşitli nedenlerle hatalı bildirildiği görülmektedir. Bu durum ise, değer tespit raporlarının hatalı bir şekilde oluşmasına sebep olmaktadır.
- ✓ Yerel yönetimler için bilgi ve belge temini konusunda rutin ve yaygın bir işlem prosedürü yoktur. Her belediye kendi imkanları doğrultusunda uygulama yapmakta, uzmanlar inceleme yapmak için arşiv dosyasına ulaşmada zaman ve içerik yönünden çeşitli sorunlarla karşılaşabilmektedir.
- ✓ Arşiv düzeni sistematığının olmaması sebebi ile belediyelerin bir kısmında dosyalar düzensiz olarak tutulmakta ve bu durum taşınmazlara ilişkin evrakların kaybolmasına neden olmaktadır.
- ✓ Bilgi ve belgelerin tümünün incelenme imkanının verilmemesi, önemli bir sorun oluşturmaktadır. Sadece bazı dosyaların incelenmesi ve yazışma dosyalarının ayrı bir dosyada arşivlenmesi değerlendirme yapan kişiler açısından bazı sıkıntılara yol açmaktadır. Değerleme yapan kişi, arşiv dosyasını göremediğinden, raporunda eksik bilgi sunmak durumunda kalmaktadır.

Hızlı kentleşme ile beraber özellikle kent merkezlerinde emlak vergisine esas olan değerlerde büyük artışlar meydana gelmiştir. Bunun neticesinde, taşınmaz değeri üzerinden alınan emlak vergisi ile taşınmazın getirdiği gelir üzerinden alınan vergilerde artışlar olması beklenmektedir. Ancak ülkemizde hızlı kentleşme neticesinde taşınmazlarda oluşan değer artışının büyük bölümünün belediyelere aktarılmadığı görülmektedir. Bu durum da belediyelerce yapılan vergilendirme sürecinden kaynaklanmaktadır (Hacıköylü & Heper, 2010: 9).

İdareden kaynaklı sorunlar kapsamında, tapu kadastro sisteminden kaynaklı sorunlar da önemli bir konumdadır. Emlak vergisinde yaşanan sorunların önemli bir kısmı taşınmazların kayıt ve kontrol altına alınmasından kaynaklanmaktadır. Bu sorunun giderilmesi için mükelleflere bildirim ödevi verilmesi yerine Tapu Kadastro Müdürlükleri'nden belediyeye bilgi aktarımı sağlamaya yönelik iyi bir sistem geliştirilmelidir (Bolahatoğlu, 2018: 111).



Vergi oranları konusunda ise, geçmişten günümüze mükelleflerin sık sık direnç gösterdiği karşımıza çıkmaktadır. Tarihte, vergi isyanları şeklinde gördüğümüz ayaklanmalar ve hareketler bunun en temel göstergesidir. Bu yüzden emlak vergisi oranları planlanırken, adaletli bir yapı oluşturulması büyük önem arz etmektedir.

Türkiye’de emlak vergisinde muafiyet ve istisnaların ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Türkiye’de bina vergisi için daimi ve geçici muafiyet kapsamında yaklaşık otuz hüküm vardır. Her ne kadar muafiyet ve istisnalar, vergilendirmede adalet ilkesini gerçekleştirmeye çalışsa da, emlak vergisinde bu hükümlerin fazla olması, belediyelerin gelirlerini daha da azaltmasına sebep olabilmektedir. Emlak vergisi uygulamasında, çoğu mükellefin bu muafiyet ve istisnalardan bilgi sahibi olmadığı ve bu sebeple bildirimde bulunmadığı, ayrıca belediye tahsilat çalışanlarının da vergi istisna ve muafiyeti konusunda yeterli bilgiye sahip olmayışı, böyle bir sistemin etkinliğini azaltabilmektedir (Organ & Çiftçi, 2015: 135). Bu doğrultuda ciddi sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Muafiyetler ve istisnalar konusunda mükelleflerin ayrıntılı bir biçimde bilgilendirilmesi, emlak vergisi algısını değiştirebilecektir.

4 Sonuç

Türkiye’de emlak vergisi değerlemesi ve hesaplanmasında önemli sorunlar yaşanmakta olup, yaygın olarak uygulanan muafiyet ve istisnalar ciddi adaletsizliğe sebep olmaktadır. Ancak sorunlar sadece bununla sınırlı olmayıp, çeşitlilik göstermektedir. Takdir komisyonlarından kaynaklı sorunlar da bu sorunların başında gelmektedir. Takdir komisyonlarında uzman kişilerin ve meslek mensuplarının yer almaması verimsizliğe ve eşitsizliğe yol açmaktadır. Gerekli teknolojik altyapı konusunda da eksikliklerin bulunması ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar büyük bir dönüşüm ile elektronikleşme konusunda ciddi adımlar atılmış olsa da eksikliklerin giderilmesi, verginin tahsilatının kolaylaştırılması adına oldukça önemlidir. Tapuda taşınmazların normal değerinin çok altında işlem görmesi ile tahsil edilmesi gereken vergi hususunda sorunlar yaşanmaktadır. Her seçim döneminde yeniden iş başına gelen belediye başkanı aracılığıyla belediye personellerinin sık sık değiştirilmesi de kurumsal yapıyı zedelemektedir. Bir diğer husus olarak, sık sık vergi aflarının gündeme gelmesi ile mükelleflerin vergiye uyumunun zedelendiği görülmektedir. Tüm bu hususlar düşünüldüğünde, siyasi mekanizmanın ilgili konuların üzerinde durması ve belediyelerin gerekli değişimlere hazır olması büyük önem arz etmektedir. Böylelikle vergi sistemi açısından önemi yadsınamaz durumda olan emlak vergisi için gerekli değişikliklerin yapılması, vergi uygulamasına önemli bir ivme kazandıracaktır.

Kaynakça

Arslan, Ahmet (2017). “Emlak Vergisi Açısından Bina Kavramı”, *Vergi Dünyası Dergisi*, 426(2), ss. 81-85.

Bilici, Nurettin (2019). *Türk Vergi Sistemi*, Ankara: Savaş Yayınevi.

Bolahatoğlu, Mustafa (2018). *Emlak Vergisi ve Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Anabilim Dalı, Mali Hukuk Bilim Dalı.

Çetinkaya, Özhan (2014). *Mahalli İdareler Maliyesi*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.



Çiftçi, Taha Emre (2014). *Çeşitli Ülke Mevzuatlarında Emlak Vergisi: Türkiye Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Denizli: Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Anabilim Dalı, Maliye Programı.

Duman, Mehmet (2014). “Emlak Vergisi ve Belediye Gelirleri İçindeki Payı”, *Vergi Raporu Dergisi*, 177(6), ss. 116-128.

Edizdoğan, Nihat & Çelikkaya, Ali (2012). *Vergilerin Ekonomik Analizi*, Bursa: Dora Basım Yayın Dağıtım.

Hacıköylü, Canatay & Heper, Fethi (2010). “Emlak Vergisinde Matrah Tespitine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Maliye Dergisi*, 158(Ocak-Haziran), ss. 1-14.

Organ, İbrahim & Çiftçi, Taha Emre (2015). “Türkiye’de Emlak Vergisi Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 8(4), ss. 127-147.

Şenyüz, Doğan, Yüce, Mehmet & Gerçek, Adnan (2019). *Türk Vergi Sistemi*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.



RESOLUTIONS OF THE HIGH TECHNICS BOARD ON THE DISPUTES ARISING IN THE CONSTRUCTION PROCUREMENTS AND APPROACHES TO THE SOLUTION OFFERS

Hasan BAKIRCI¹, Ayten CANBAL²

Abstract

This research covers the resolutions and opinions regarding 102 disputes between the Contracting Entity and the contractor, which were selected from among many disputes submitted to the High Technics Board between the years of 2005-2015 and which were published on the official website. The purpose of the study is to determine the subjects of the disputes arising between the parties and to submit solution offers for preventing the repetition of these disputes. Content analysis, which is a qualitative method, was used in the research. This method consists of naming, category development, validation and reliability, frequency calculation and interpretation. According to the result of the examination, disputes such as contract scope, new unit price assessment, time extension, work increase/work decrease, price difference calculation, bid unit price scope, project change, inconsistency of the contract documents with each other, termination/liquidation process were determined.

Keywords: Dispute in Construction Works, Contract Management, High Technics Board, Public Procurement Law, Construction Law

YAPIM İHALELERİNDE ORTAYA ÇIKAN ANLAŞMAZLIKLAR HUSUSUNDA YÜKSEK FEN KURULU KARARLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİNE YAKLAŞIMLAR

Özet

Bu araştırma, 2005-2015 yılları arasında Yüksek Fen Kurulu'na intikal eden çok sayıda anlaşmazlık arasından seçilerek resmi internet sitesinde yayınlanan İdare ve yüklenici arasında yaşanan 102 adet anlaşmazlığa ait karar ve görüşleri kapsamaktadır. Çalışmanın amacı, taraflar arasında yaşanan ihtilafların konularını tespit etmek ve bu anlaşmazlıkların tekrarlanmaması için çözüm önerileri sunmaktır. Araştırma da nitel bir yöntem olan içerik analizi kullanılmıştır. Bu yöntem adlandırma, kategori geliştirme, geçerlik ve güvenilirlik sağlanması, frekans hesaplanması ve yorumlama aşamalarından oluşmaktadır. İnceleme sonucuna göre sözleşme kapsamı, yeni birim fiyat tespiti, süre uzatımı, iş artışı/iş eksilişi, fiyat farkı hesabı, teklif birim fiyat kapsamı, proje değişikliği, sözleşme dokümanlarının birbiri ile uyumlu olmaması, fesih/tasfiye süreci gibi anlaşmazlıklar tespit edilmiştir.

¹ Lecturer, Harran University, hasanbakirci@harran.edu.tr

² PhD Student, İstanbulMedipol University, aytencanbal@gmail.com



Anahtar Kelimeler: Yapım İşlerinde Anlaşmazlıklar, Sözleşme Yönetimi, Yüksek Fen Kurulu, Kamu İhale Kanunu, İnşaat Hukuku

1 Giriş

Doğrudan veya dolaylı olarak 200'den fazla alt sektörü destekleyen, Gayri Safi Yurtiçi Hasılanın (GSYH) %8'ini oluşturan ve yaklaşık 2 milyon kişiyi istihdam eden inşaat sektörü, kamu ve özel sektör yatırımlarıyla Türkiye ekonomisinin lokomotifi konumundadır.

Ülkemiz de Kamu kaynağı kullanan kuruluşların denetim altında kamu hukukuna tabi yapacakları ihaleleri 2003 yılında yürürlüğe giren 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında yapılır.

2005-2015 yılları arasında yapılan Kamu İhale Kurumu istatistiklerine göre, toplam 216.546 adet yapım işi ihale edilmiş olup, bu sayının 2016-2018 yılları arasında ise 61.930 adet olduğu saptanmıştır. Söz konusu projelerin gerçekleştirilme sürecinde İdare ve yüklenici arasında birçok farklı nedenlerden dolayı anlaşmazlıklar yaşanmaktadır. İhale sürecinde yaşanan şikâyetlerin çözüme kavuşturulması için 4734 Sayılı Kanun kapsamında Kamu İhale Kurumu görevlendirilmiştir. İhale edilen işlerin sözleşme uygulama aşamasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümü ise aynı kanun kapsamında Yüksek Fen Kurulu'na bırakılmıştır.

Bu araştırma, 2005-2015 yılları arasında Yüksek Fen Kurulu'na intikal eden çok sayıda anlaşmazlık arasından seçilerek resmi internet sitesinde yayınlanan İdare ve yüklenici arasında yaşanan 102 adet anlaşmazlığa ait karar ve görüşleri kapsamaktadır. Çalışmanın amacı, taraflar arasında yaşanan ihtilafların karşılaştırmalı analizlerinin yapılarak anlaşmazlık konularını tespit etmek ve bu anlaşmazlıkların tekrarlanmaması için çözüm önerileri sunmaktır.

Kamu İhale Kurumu (KİK), kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde rekabeti, eşitliği ve gizliliği sağlayan, kanun ile öngörülen görevleri yerine getirmek üzere oluşturulan idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir. Kurum ihale ilanları, sözleşme düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesinin yanı sıra ihale başlangıcından sözleşme imzalanmasına kadar kuruma intikal eden her türlü şikâyetleri de usul ve esastan inceler. Kamu İhale Kurumu, 2003-2018 yılları arasında yapım işleri ile ilgili 14980 adet şikâyet incelenmiştir. Burada yapım işi Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, liman, tersane, köprü, tünel, metro, alt yapı, baraj, enerji santrali ve benzeri yapım işlerini kapsamaktadır.

Bilindiği üzere Kamu Kurumları yapım işlerinin yürütülmesi sırasında sözleşmelerinde ortaya çıkan ihtilaflar için Yüksek Fen Kurulu'na başvurarak görüş talep etmektedir. 1934 yılında faaliyete başlayan kurul, bugün Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bağlı olarak yönetmelikte tariflenen görevlerinin yanı sıra kamu kurum ve kuruluşlarının yaptıkları yapım ihalelerinde sözleşmeden doğan anlaşmazlıkları inceleyip karara bağlar ve yeni fiyat tespiti anlaşmazlıklarında ise verdiği fiyat kararı tarafları bağlayıcı niteliktedir.

2 İnşaat Sözleşmesi

İnşaat sözleşmesi, taraflar arasında karşılıklı hukuk kuralları ile irade beyanlarından oluşan ve karşılıklı kabul ve beyanlarını anlatan anlaşma metnidir. İnşaat sözleşmeleri yüklenici ile işveren arasında işin başında hoşgörü ile başlar ve zaman ilerledikçe taraflar arasında bu hoşgörü ortadan kalkar ve genellikle yerini anlaşmazlıklara bırakır (Sözen, 2015: 1). Sözleşmeler aslında taraflar arasında bir risk paylaşımı olarak da tanımlanabilir. Taraflar arasında yetki, sorumluluk, haklar ve edimler belirsizliklerden arındırılmış yeterince açık bir



şekilde tanımlanırsa anlaşmazlık çıkma olasılığı azalabilir. Sözleşmeler, şekil, içerik ve anlatım bakımından hukuk kurallarının içinde olmalı; ayrıca içerik kapsamı yeterince, anlaşılır ve güncel teknolojiler içerisinde uygulanabilir olmalıdır (Öcal, 2014: 9).

İnşaat sözleşmelerinde, işveren tarafı sözleşme maliyetine sadık kalma edimini genellikle minimum düzeyde tutma ve maksimum kalite, işlevsellik ve kısa sürede işin tamamlanmasını isterken, Müşteri memnuniyetini sağlamayı umut eden yüklenici ise işin sözleşme kapsamını karşılamak için gerekli olan minimum kaynağı harcayarak finansal hedefleri tutturmayı amaçlayan iş programını tercih eder. Bu hedefler de doğal olarak birçok konuda anlaşmazlığın ortaya çıkmasına neden olur (Howard vd., 1997: 84).

Yapım işi ihale hazırlık sürecindeki zaman kısıtlamaları, sözleşme dokümanlarının farklı kurum veya alanlarında uzman olmayan teknik personel tarafından hazırlanması, sözleşme dokümanlarının hazırlığında mesleki disiplinler arası entegrasyon için yeterli süre ayrılmaması gibi nedenlerden ötürü sözleşme ve eklerinde tutarsızlıklar, çelişkiler ve eksiklikler ortaya çıkabilmektedir (Sözen, 2015: 29). Bu nedenle sözleşme dokümanlarında anlaşmazlıkların daha kısa süre de sonuçlanabilmesi için maddelerin önceliği, tanımlar, şartnameler, mücbir sebepler gibi sözleşme başlıkları hazırlanırken yeterli zaman verilmeli ve özen gösterilmelidir.

3 Yöntem

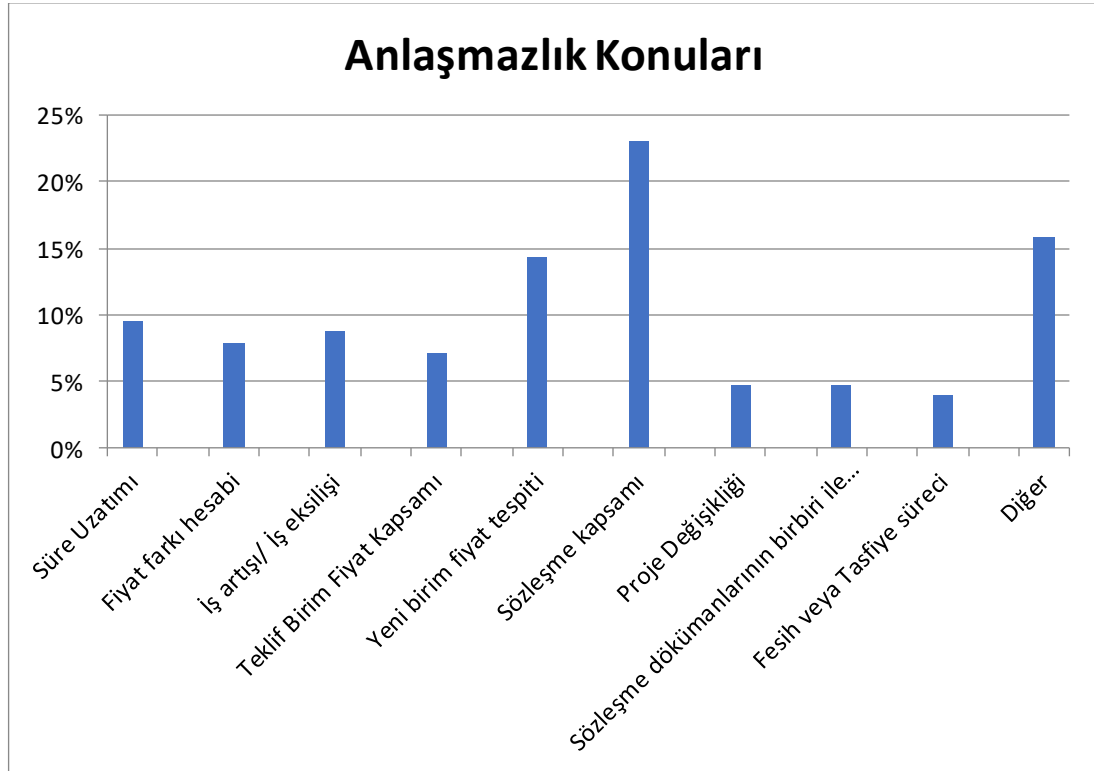
4734 sayılı kamu ihale kanunu kapsamında ihale edilen işlerin sözleşme uygulama aşamasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümü Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlı Yüksek Fen Kurulu'na bırakılmıştır. Bu nedenle bu çalışma için veri toplanırken; Yüksek Fen Kurulu'na 2005-2015 yılları arasında intikal eden ve çok sayıda anlaşmazlık arasından seçilerek resmi internet sitesinde yayınlanan, taraflar arasında ortaya çıkan 102 adet anlaşmazlığa ait karar ve görüşleri incelenmiştir. Araştırma da nitel bir yöntem olan içerik analizi kullanılmıştır. Bu yöntem ile birbirine benzeyen kelime veya kavramlar tespit edilerek bir araya getirilerek gruplandırılır ve daha rahat anlaşılması için frekans ve yüzdeleri hesaplanarak veriler yorumlanır (Büyükoztürk vd., 2018: 259). Yüksek Fen Kurulu kararları analiz edilmesi süreci 4 aşama da gerçekleştirilmiştir. Bunlar; adlandırma, kategori geliştirme, geçerlik ve güvenilirlik sağlanması, frekans hesaplanması ve yorumlama aşamalarıdır. Adlandırma aşamasında Yüksek Fen Kurulu raporları ve içeriği dikkatlice incelenerek alfabetik olarak listelenmiştir. Bu aşama da bazı başvuru dosyalarında birden fazla anlaşmazlık konusu olduğu tespit edildi ve toplamda 126 adet anlaşmazlık incelenmiştir. Kategori aşamasında benzer konuları aynı grupta toplayarak on başlık oluşturulmuştur. Anlaşmazlık konu başlıkları belirlenirken geçerlik için alanyazın incelenmiş ve güvenilirlik için de konu, inceleme ve karar kısımlarına bakılarak görüş birliğine dayanmasına dikkat edilmiştir. Analiz edilen ihtilaf konularının frekans ve yüzdeleri hesaplanarak yorumlanmıştır.

4 Bulgular

2005-2015 yılları arasında Yüksek Fen Kurulu'na başvuru olan 102 anlaşmazlık incelendiğinde, anlaşmazlık konularının iç içe girmiş olmasından dolayı 102 adet olan ihtilaf sayısının 126'ya yükseldiği görülmektedir. Araştırma bulgularının frekans ve yüzdeleri hesaplanarak Tablo 1 de gösterilmiştir.

Tablo 1. 2005-2015 Yüksek Fen Kurulu Karar ve Görüşleri'ne göre Anlaşmazlık Konuları

SIRA NO	ANLAŞMAZLIK KONULARI	FREKANS (f)	YÜZDELİK (%)
1	Süre Uzatımı	12	9
2	Fiyat farkı hesabı	10	8
3	İş artışı/ İş eksilişi	11	9
4	Teklif Birim Fiyat Kapsamı	9	7
5	Yeni birim fiyat tespiti	18	14
6	Sözleşme kapsamı	29	23
7	Proje Değişikliği	6	5
8	Sözleşme dokümanlarının birbiri ile uyumlu olmaması	6	5
9	Fesih/Tasfiye süreci	5	4
10	Diğer (yer teslimi, teknik personel bulundurmama, hakediş kesintileri)	20	16
	TOPLAM	126	100

**Şekil 1.** 2005-2015 Yüksek Fen Kurulu Karar ve Görüşleri'ne göre Anlaşmazlık Konuları



Tablo 1 de Yüksek Fen Kurulu tarafından seçilip yayınlanan anlaşmazlık konularını arasında en fazla sözleşme kapsamı ihtilaf olduğu görülmektedir. Sözleşme kapsamından sonra yeni birim fiyat tespiti, süre uzatımı, iş artışı/iş eksilişi, fiyat farkı hesabı, teklif birim fiyat kapsamı diğer önemli anlaşmazlık konu başlıklarıdır. Ayrıca % 5 altındaki anlaşmazlık konuları 'Diğer' başlık altında toplanmıştır.

5 Tartışma

Sözleşme kapsamı, işin ifası aşamasında yapılacak tüm imalatların çizimlerini ve şartnamelerini içerecek şekilde hazırlanmalıdır. Sözleşme dokümanları işin kapsamının hukuki yönünü, yapım yöntemini ve yapım tekniğini, teknik çizimleri ifade ettiği gibi işin süresini, programını ve maliyetinde içermesi gerekir. Aynı şekilde Sözleşme dokümanlarının içerisinde genel idari hükümler ve özel koşullar yer almalıdır. Bir sözleşme dosyası incelendiğinde taraflar aynı düşünceyi anlamalıdır. Dolayısıyla Sözleşmeler ekleriyle birlikte ayrılmaz bir bütünlük sağlamalıdır. Bu nedenle sözleşme dokümanları uzmanlar tarafından hazırlanmalı ve ekler arasında çelişki olmamasına özen gösterilmelidir. Sözleşme kapsamında işin sınırları belirlenmiş olmalı ve uygulama projelerindeki tüm imalatların ayrıntılı bir şekilde detaylandırılması gerekmektedir. Uyuşmazlıklardan çıkan Kararlar incelendiğinde ağırlıklı olarak projelerin ve şartnamelerin birbiriyle uyumlu olmamasından dolayı herhangi bir imalatın sözleşme kapsamında olup olmadığı tartışmasına gidildiği Yüksek Fen Kurulu başvurularının yapıldığı görülmektedir. Aynı şekilde yapılan başvurular incelendiğinde Sözleşme kapsamında açık bir şekilde ifade edilmediğinden dolayı yeni birim fiyat belirleme ve iş artışı gibi başlıkların ortaya çıktığı görülmüştür. Bunların sonucunda işlerin süresinin uzadığı, öngörülen maliyetlerin üzerine çıktığı ve çoğunlukla hukuk sürecine bırakılmasına neden olan sonuçlar doğurmaktadır.

İnşaat sözleşmeleri kompleks bir bütünlük içeren sözleşme dokümanları olduğundan dolayı hızlı gelişen teknolojinin neden olduğu rekabet ortamı ve ekonomik kısıtlardan dolayı gitgide daha karmaşık bir duruma gelmektedir. Taraflar arasında yeterince araştırma yapılmadan ve amatörce hazırlanmış sözleşme belgeleri, finansal konular, yetersiz planlama ve iletişim sorunlarından dolayı bir çok anlaşmazlıkları beraberinde getirmektedir (Kathleen 2003 187).Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 21. maddesine göre anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20'sine kadar oranında aynı yükleniciye iş yaptırılabilir. Burada iş artışının öngörülemez durum nedeniyle ortaya çıkması, esas proje içinde kalması ve idareyi külfete sokmaması gerekmektedir. Sözleşmelerde İş artışının yapılması durumunda genellikle yeni birim fiyat tespiti ortaya çıkmaktadır. Ancak çoğunlukla taraflar arasında yeni fiyat belirleme konusunda anlaşma sağlanamamaktadır. Yüksek Fen Kurulu başvurularının önemli bir kısmını Yeni Birim Fiyat anlaşmazlıkları oluşturmaktadır. Gencer'in yaptığı araştırma da ihale öncesi proje yönetiminin yeterli hassasiyet ve titizlik gösterilmediğinden dolayı anahtar teslim götürü bedel işlerde yeni birim fiyat tespitinde ihtilaflar yaşandığını vurgulamaktadır (Gencer, 2011: 204). Taraflar arasında fiyat tespit konusunda bir sonuca varılamamasındaki en büyük etken İdarelerin sözleşme fiyatları üzerinden hesap yapması ve ihalenin yapıldığı yıl üzerinden birim fiyat belirlemesi gibi konulardan kaynaklanmaktadır. İdare Kamu kaynağını korumacı bir yaklaşım gösterdiğini savunmaktadır. Ancak anlaşmazlıkların neden olacağı süre kayıpları ve proje maliyeti üzerindeki artışlar ve işletme kayıpları düşünüldüğünde Yeni Fiyat tespit anlaşmazlıklarının işin bütününe daha büyük zarar verdiği bir gerçektir. Yükleniciler ise kendi ekonomik durumunu düşündüğünden dolayı genellikle bunu fırsata çevirmek istemekte ve kar oranlarını



arttırmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla sözleşme dokümanlarının uzmanlara hazırlanmış olması ve uzmanlar tarafından yönetilmesi gerektiği yadsınmaz bir gerçektir.

Yapım işleri genel şartnamesi madde 29'a göre taraflar arasında imzalanan sözleşme de belirtilen mücbir sebepler ve/veya idarenin kusuru nedeniyle yükleniciye süre uzatımı verilebilir. Yüklenici sözleşme de belirtilen süre içerisinde idareye yazılı olarak süre uzatımı için başvurması gerekmektedir. Yer teslimi, projelerin onaylanması, idare tarafından yapılan proje değişiklikleri, iş programı ve ödenek yokluğu gibi anlaşmazlıklarda idareden kaynaklı neden olduğundan dolayı yükleniciye süre uzatımı verilir. İdareden kaynaklı nedenler dışında süre uzatımı konusunda anlaşmazlık ihtimalinin azaltılabilmesi için sözleşme tasarısına işin süresi yazılırken her imalatın fen ve sanat kurallarına uygun yapılacak şekilde ve havanın çalışmaya uygun olmadığı günler de doğru belirlenerek tam süre verilmesine dikkat edilmelidir.

Uğur'un bir çalışmasında "Anahtar Teslimi Götürü Bedel esaslı bir sözleşme için iş artışı öngörülüyor olmasının nedenleri" sorusu için firmaların %76,2'si "İdarenin ihtiyaçlarının doğru belirlenmemiş olması" ve % 52,4'ü "Etüt-projelerde eksiklerin bulunması" şeklinde belirtmişlerdir (Uğur, 2014: 385). Hangi durum ve şartların iş artışı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konularında çok fazla ihtilaf bulunmaktadır (Akçay & Manisalı, 2007: 23). Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 21. maddesine göre; "*Yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş; Sözleşmeye esas proje içinde kalması ve idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.*" Bu maddeye göre iş artışı kapsamında yaptırılacak iş proje içinde kalarak ve asıl iş ile bağlantılı olarak sözleşme türüne uygun yüzdeler de yaptırılabilir. Kararlar incelendiğinde genel olarak idare ihtiyacını net olarak belirlemeyip proje yaptırmasından ve projelerdeki eksikliklerden dolayı iş artışı anlaşmazlıkları çıkmaktadır. İş eksilişi ise Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 21. maddesine göre; "*Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.*" hükmü gereğince uygulama da yapımından vazgeçilen imalatların ücreti sözleşme bedelinden düşülerek yükleniciye ödenir.

Fiyat farkı konusunda ihale sonrası uygulama aşamasında çok fazla anlaşmazlık çıkmaktadır. Aslında ihale öncesi fiyat farkının verilip verilmeyeceği çok net bir şekilde idari şartname de yazmaktadır. İhale sonrası sözleşme tasarısında da çok açık bir şekilde vurgulanmaktadır. Ayrıca bu konuda sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz. Ancak idari şartname ve sözleşmesinde mücbir sebepler ve idareden kaynaklı süre uzatımında fiyat farkı verilebilir maddesi olan sözleşmelerde 4734 sayılı kamu ihale kanununa göre ihale edilen yapım işlerinde uygulanacak fiyat farkına ilişkin esaslara uygun olarak anahtar teslim götürü bedel ve birim fiyat sözleşmelerde de farklı olarak hesaplanır.

Birim fiyat sözleşme, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 6. maddesine göre "*ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden düzenlenen sözleşmelerdir.*" Teklif birim fiyat işlerde ihale öncesi sözleşme dokümanı titizlikle hazırlanmalıdır. İhale öncesi şartnameler, projeler, mahal listesi ve birim fiyat tarifleri herhangi bir ihtilafa mahal vermeyecek şekilde



hazırlanmalıdır. İdare ihtiyaç programına uygun olarak imalatları ve sayılarını doğru ve net bir şekilde belirlemelidir.

Proje değişikliği, işin uygulanması aşamasında taraflardan, sözleşme dokümanlarındaki uyumsuzluktan veya nötr olaylardan dolayı ortaya çıkmış olabilir. Ancak yaşanan bu olaylardan ötürü işin maliyeti ve süresi etkilenecektir (Sözen, 2015: 65). Yapım İşleri Genel Şartnamesi Madde 12 *“İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkansız olduğu hallerde, işin sözleşmede belirtilen niteliğine uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayacak şekilde gerekli değişiklikleri yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır.”* Proje değişikliğinde işin belli bir yüzdesi kadar yükleniciye iş yaptırılabilir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi Madde 21 e göre, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20'sine kadar oran da yükleniciye yaptırılabilir. Aynı zamanda yapılacak işler proje kapsamında olmalı ve asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması gerekmektedir. Akçay ve Manisalı çalışmasında, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında yapılan yapım işlerinde en çok karşılaşılan sorunların proje değişikliği ve iş artışı olduğunu ve zorunlu olmadıkça proje değişikliği yapılmaması gerektiğinden söz etmektedir (Akçay & Manisalı, 2007: 22). İşin ifası aşamasında proje değişikliğine başvurulmaması için ihale öncesi proje tasarımı aşamasında teknik elemanlarca idarenin kabul ettiği is programına uygun koordinasyon sağlanarak yapılmalı. Sözleşme dokümanlarının kontrol aşaması da sözleşme uzmanları ve teknik personel tarafında iletişim halinde kalarak titizlikle yapılmalıdır.

Sözleşme dokümanlarının birbiri ile uyumlu olmaması, yapım işlerin de çok fazla bu konuda anlaşmazlık yaşanmaktadır. Uygulama projesi ile mahal listesinin uyumlu olmaması, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Madde 4'e göre uygulama projesi *“belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projeyi”* ifade etmektedir (4734). Mahal listesi ise bir inşaatın tamamında kullanılacak imalatların adını ve yerini ayrı ayrı gösteren belgedir. Yüksek Fen Kurulu kararları incelendiğinde uygulama projeleri ile mahal listesinin bire bir uyumlu olmamasından dolayı çok fazla anlaşmazlık çıkmaktadır. 4734 sayılı kamu ihale yasasına göre yapılan sözleşmelerde genellikle proje teslim sistemi olarak konvansiyonel model kullanılmaktadır (Sözen, 2015: 7). Yani idare uygulama projesi ve detaylarını hazırlayarak ihaleye çıkar ve sözleşme imzalanmasında yükleniciye bir takım teknik belge ve şartnamelerle teslim eder. Burada ihaleye ait proje ve mahal listesi ya kurumdaki teknik personel tarafından ya da ihale ile etüt-proje hizmeti alınarak yapılmaktadır. Her iki durumda da genel olarak mimari proje, detaylar ve mahal listesi farklı kişiler tarafından hazırlanmaktadır. Burada zaman kısıtlaması ve iletişim problemlerinden dolayı kontrol için gerekli hassasiyet gösterilmemektedir. Uygulama aşamasında ise proje ve mahal listesinde aynı mahal için farklı imalat listesi görüldüğünde ihtilaflar çıkmaktadır. Yüklenici anahtar teslim götürü bedel sözleşmelerde mahal listesinin dayanağının uygulama projesi olmasından ve işin tamamı için fiyat teklif ettiğinden dolayı ihale öncesi tüm dokümanları dikkate alarak titizlikle incelemeli ve teklif hazırlama aşamasında açıklanmasına ihtiyaç duydukları maddelerle ilgili olarak idari şartname de yazılı süre dikkate alınarak idareden yazılı açıklama talep etmeli. İdare, projeleri ve bunlarla uyumlu mahal listesini ve teknik şartnameleri eksiksiz ve özenle hazırlamalıdır.



Günay ve Birgönül, Türk Mühendisler Birliği (TMB) üyesi firmalara yapmış oldukları sözleşmelerde en çok karşılaştıkları anlaşmazlık üzerine yapılan ankette % 36,9 proje eksiklikleri konusu olduğunu belirlemiştir. İhale öncesi idarenin yaptıracığı projeler, ihale kapsamında yapılacaktır bütün imalatları eksiksiz bir şekilde kapsamalıdır. Uygulama da ihata duvarı, istinat duvarı, kanalizasyon, içme suyu, yağmur suyu, mimari detay ve asansör projeleri sözleşme dokümanında bulunmadığından taraflar arasında anlaşmazlık çıkmaktadır. Bu gibi ihtilafların oluşmaması için idarenin istekleri doğrultusunda hazırlanan ihtiyaç programına uygun mimari proje hazırlanmalı ve mimar koordinasyonunda mimari proje ile uyumlu statik proje, mekanik tesisat projesi, elektrik projesi ve peyzaj projesi gerekli özen ve hassasiyet gösterilerek hazırlanmalıdır. İdare tarafından yapılacak proje kontrollerinde teknik elemanlar arasında koordinasyon olmalı ve proje toplantıları yapılarak tüm projelerin birbiriyle uyumlu ve sözleşme dokümanının eksiksiz bir biçimde olması sağlanmalıdır.

Statik projeler hazırlanırken mimari projedeki kat planları, görünüşler, kesitler ve detaylar titizlikle incelenerek mimari proje ile uyumlu olarak hazırlanmalıdır. Ortaya çıkan anlaşmazlıklar incelendiğinde kotlar, yükseklikler, kullanılacak malzemeler, havalandırma ve tesisat boşlukları ve kat planları konusunda projeler arasında uyumsuzluklar görülmektedir. İdare tarafından ihale öncesi proje kontrolü yapılırken gerekli hassasiyet ve özen gösterilmelidir. Projeler imalatın yapımında hangi malzeme ve tekniğin kullanılması gerektiğini ayrıntılı bir şekilde açıklayan teknik şartnamelerle uyumlu olmalıdır. Ayrıca uygulama projesi arazinin gerçek durumunu içerecek şekilde hazırlanmalı ve kazı klas raporu ile kazı pozunun da uyumlu olması sağlanmalıdır.

Fesih tarafların her ikisine de sorun yaşatan bir süreçtir. İşveren açısından işin yarım kalması bu nedenden ötürü de süre ve maliyetin artmasıdır. Yüklenici açısından ise işin sonlandırılmaması nedeniyle yaşanan kayıplar olmaktadır (Sözen, 2015:183). Sözleşmenin uygulanması aşamasında yüklenici veya işveren sözleşmeyi feshedebilir. Yüklenici mali acz içinde olması halinde idareye yazılı olarak başvurusuyla yapım işleri genel şartnamesine uygun olarak tasfiye işlemi yapılır. İdare ise yüklenicinin sözleşme dokümanlarına uygun olarak işi yapmaması veya işi uyarılara rağmen süresi içinde tamamlamazsa ve tüm uyarılara rağmen durum aynen devam ederse kesin teminat gelir kaydedilerek sözleşme feshedilir. Ayrıca yüklenicinin ölümü, iflası, tutukluluk veya ağır hastalığı halinde sözleşme yapım işleri genel şartnamesine uygun olarak feshedilebilir. Yapım işlerinde bir iş artışı olması halinde eğer iş sözleşme kapsamında anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20'sine kadar oran dahilinde sadece yükleniciye yaptırılabilir. Bu oranlar da tamamlanamayacağına anlaşılması üzerine tasfiye edilir. Genel olarak fesih ve tasfiye aşamalarından sonra idarenin ne yapması gerektiği konularında anlaşmazlıklar çıkmaktadır. Bu nedenle sözleşme hazırlanırken fesih şartları hukuka uygun, çok açık ve ayrıntılı bir şekilde yazılmalıdır.

Uğur'un çalışmasında; Türkiye Resmi Sektör İnşaat Mühendisleri İşveren Sendikası (Türkinşa) üyesi yüklenicilere yapım işleri mevzuatının ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi ile ilgili bir anket uygulanmıştır. Katılımcıların % 84,2 si idare tarafından yer tesliminin geç yapıldığını belirtmiştir (Uğur, 2014: 382). Taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra sözleşme de yazılı süre içerisinde bir tutanakla yükleniciye yer teslimi yapılması gerekmektedir. Yüksek Fen Kurulu kararları incelendiğinde ve uygulama da idareler kamulaştırma ve arsa temin edilmeden ihaleye çıkmakta ve bunun sonucunda ihale sonrası taraflar arasında ihtilaflar çıkmaktadır.

Yüklenici sözleşme de belirtilen teknik personel sayı ve unvanlarını yer teslimi yapıldıktan sonra sözleşmede belirtilen süre içerisinde idareye bildirmelidir. Ayrıca Yüklenici



iş programına uygun olarak her iş aşamasının uzmanı olan teknik elemanı o işlerin yapımı esnasında işin başında bulundurmalı ve şantiye defterine kaydetmelidir.

Birim fiyatlı yapılan işlerde teklif cetvelinde yazılı olan birim fiyatlar ile metrajlar çarpılır ve belirlenen kesintiler yapıldıktan sonra yükleniciye ödenir. Anahtar teslim götürü bedel işlerde ise ilerleme yüzdeleri üzerinden ödenir. İşyerinin temizlenmesi, tesislerin kaldırılması, sözleşme dokümanlarına uymayan hatalı ve kusurlu işler yüklenici sorumluluğu altındadır. Bu gibi işler yüklenici tarafından yapılmazsa idare tarafından hakedişten kesinti yapılır.

5 Sonuç

İhtilaflar incelendiğinde genel olarak sözleşme dokümanının ihale öncesi hazırlanması aşamasında gerekli özen ve hassasiyetin gösterilmemesinden dolayı sözleşme dokümanları arasında uyumsuzluk olduğu görülmektedir. Bu sorun proje tasarım sürecinde teknik elemanlar arasında koordinasyon sağlanarak ve sürecin iyi yönetilmesi ile aşılabılır.

Sözleşme yöneticilerinin mesleki disiplinler arası çalışmalara daha çok önem vermesi ve yeterince zaman ayırması ile birçok çelişkili durum açıklık kazanabilir. Mühendislik ve Mimarlık lisans eğitimlerinde sözleşme yönetimi dersinin zorunlu dersler arasına girmesi mühendis ve mimarların sözleşme hazırlığında donanımlı olmasını sağlayacaktır.

Güney (2009)'in çalışmasında, disiplinler arası öğretimin, öğrenme de etkili olduğunu ve birçok ülkede uygulandığını, en azından inşaat mühendisliği ve mimarlık öğrencilerinin meslek hayatı boyunca proje uygulama aşamalarında zaman ve para kaybı yaşamaması ve aynı dili konuşabilmeleri için lisans aşamasında birlikte çalışmaları gerektiği ifade etmiştir (Güney, 2009: 319).

Özorhon ve Altun'un 2014 yılında yapmış olduğu çalışmada Türkiye'deki 44 üniversitenin inşaat mühendisliği ve mimarlık bölümlerindeki ders programları incelediğinde lisans düzeyinde yapım yönetimi dersinin sınırlı sayıda olduğu ve lisansüstü eğitim de ise üniversitelerin %35'inde bu dersin bulunmadığını ortaya koymuştur (Özorhon & Altun, 2014: 158).

Sürekli olarak mevzuat değişikliği ve birim fiyat poz tanımları güncellenmesi yapıldığından dolayı uygulama da herhangi bir sorunla karşılaşmamak için her yıl kamu ve özel sektörde bulunan teknik personele sözleşme yönetimi, güncel mevzuatlar, birim fiyat poz tarifleri hakkında profesyonel eğitim seminerleri düzenlenmelidir.

Kamu projelerinde Yapı Bilgi Modelleme (BIM)'sinin sözleşmesel zorunluluk olarak kullanılması ile hem zaman hem de maliyet tasarrufu sağlanacaktır. BIM ile yapılan sözleşme eki, plan ve projeler model ile birlikte oluşturulacağından gerçeklik yakalanacak, proje paydaşları arasında erişimin daha kolay ve anlaşılır olacağından dolayı görsel koordinasyon sağlanmış olacaktır. Ayrıca uygulama aşamasında proje değişikliği, süre uzatımı, proje eksikliği, iş artışı ve projelerin uyumlu olmaması gibi anlaşmazlıkların oluşma ihtimalleri de azalacaktır.

Kaynakça

Akçay, Cemil., Manisalı, Ekrem. (2007). "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun, AB Uygulamaları Çerçevesinde Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Açısından İncelenmesi", *4.İnşaat Yönetimi Kongresi, Bildiri Kitabı*, 13-26



Büyüköztürk, Şener., Kılıç Çakmak, Ebru., Akgün, Özkan Erkan., Karadeniz, Şirin. ve Demirel, Funda. (2012). *Bilimsel Araştırma Yöntemleri*, Ankara: Pegem Akademi.

Gencer, Hüseyin. (2011). “Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşmelerde Yasal İş Artışı ve Yeni İş Kalemi Birim Fiyatının Düzenlenmesinde Ortaya Çıkan Sorunlar ile Yeni İş Kalemi Porsantaj Oranının Düzenlenmesine Yönelik Yaklaşımlar”, *İnşaat Yönetimi Kongresi, Bildiri Kitabı*, 203-209.

Günay, Göksu., Birgönül, Mustafa Talat. (2001). “Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Çözüm Yolları”, *Türkiye Müteahhitler Birliği Yayını*, 206.

Güney, Deniz., (2009). “İnşaat Mühendisliği Eğitiminde Disiplinler Arası Çalışma Eksikliğinin Giderilmesi”, *1. İnşaat Mühendisliği Eğitimi Sempozyumu Bildiri Kitabı*, Antalya.

Harmon, Kathleen. (2003). “Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies”. *Leadership and Management in Engineering*, 3(4): 187-201.

Howard, William., Bell, Lansford., McCormick, Robert. (1997). “Economic Principles of Contractor Compensation”, *Journal of Management in Engineering*, 13(5): ss. 81–89.

Öcal, Mehmet Emin. (2014). *İnşaat Projelerinde Sözleşme Yönetimi*, İstanbul: Birsen.

Özorhon, Beliz., Altun, Hasan. (2014). “Türkiye’de Yapım Yönetimi Eğitimi: Güncel Durum ve Geleceğe Yönelik Öneriler”, *3. Proje ve Yapım Yönetimi Kongresi Bildiri Kitabı*, Antalya.

Sözen, Zeynep. (2015). *Fidic Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi*, İstanbul: Legal.

Uğur, Latif Onur. (2014).”Yapı İşleri Mevzuatı ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi Üzerine Yüklenici İnşaat Firmaları Orijinli Eleştirel Bir Bakış”, *Düzce Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Dergisi*, 2 (2014): 374–393.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu. (2002, 22 Ocak). Resmi Gazete (Sayı:24648). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf>

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu. (2002,22 Ocak). Resmi Gazete (Sayı: 24648). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4735.pdf>

Yüksek Fen Kurulu,
https://webdosya.csb.gov.tr/db/yfk/icerikler/yfk_gorus_karar_2005-2015--09.01.2019-20190109100518.pdf (11.08.2019)

Kamu İhale Kurumu, https://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html (05.08.2019)



SOME THOUGHTS ON THE FUTURE OF INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS

Süleyman DOST¹

Abstract

As a rule, the disputes arising in the jurisdiction of a state are resolved by the judicial mechanisms established by that state and the decision is exercised. However, the solution of international disputes is not so easy. Because there is no centralized authority in the international arena and no authority and judiciary to implement these rules. For this reason, various mechanisms have been established for the solution of international disputes over time.

It is possible to divide these mechanisms into two groups to achieve international justice. The first one is the classical jurisdiction mechanisms of public law, such as the International Court of Justice or the International Criminal Court. The second one is the mechanisms of solution of international trade and investment disputes which predominate as private law. The judiciary mechanisms that make up this second group are more successful and dynamic and have been established according to the win-win principle. In this notification, the main international dispute resolution mechanisms in the world and a projection about their future will be tried to be kept.

Keywords: International disputes, international jurisdiction, international courts, arbitration, mediation

ULUSLARARASI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMALARININ GELECEĞİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

Özet

Bir devletin yetki alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar kural olarak o devletin kurmuş olduğu yargı mekanizmaları eliyle çözülür ve karar icra edilir. Ancak uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların çözümü, bu kadar kolay olmamaktadır. Çünkü uluslararası alanda merkezi bir kural koyucu ve bu kuralları uygulayacak bir otorite ve yargı organı yoktur. Bu nedenle zaman içerisinde uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli mekanizmalar oluşturulmuştur.

Uluslararası adaletin sağlanması için oluşturulan bu mekanizmaları iki gruba ayırmak mümkündür. İlki Uluslararası Adalet Divanı veya Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi kamu hukuku niteliği ağır basan klasik nitelikteki yargı mekanizmalarıdır. İkincisi ise tahkim ve arabuluculuk gibi özel hukuk niteliği ağır basan uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıkları çözüm mekanizmalarıdır. Bu ikinci grubu oluşturan yargı mekanizmaları daha başarılı ve dinamik olup, kazan kazan ilkesine göre kurulmuştur. İşbu bildiriye dünyadaki başlıca

¹ Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, suleyman.dost@hotmail.com



uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ve geleceğine ilişkin bir projeksiyon tutulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası uyuşmazlık, uluslararası yargı, uluslararası mahkemeler, tahkim, arabuluculuk

1 Giriş

Kural olarak uluslararası hukukta uyuşmazlık, iki ya da daha fazla uluslararası hukuk kişisi arasındaki hukuki uyuşmazlıkları ifade etmektedir. Ancak uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler sonucunda devletler ile devletler dışındaki kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da uluslararası hukuk uyuşmazlıkları olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. (Erdal, 2017:2874)

Uluslararası hukuk kişileri arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için bir yandan yeni yargı mekanizmaları kurulurken, diğer yandan mevcut yargı mekanizmalarının daha etkin ve verimli hale gelmesi için çaba gösterilmektedir. İlk uluslararası yargı mekanizmaları, iç hukuktaki yargı mekanizmalarına benzetilerek kurulmuştur. Ancak daha sonra uluslararası hukukun ve kişilerinin arasındaki ilişkilerin kendisine has özellikleri sebebiyle, uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının yapısı ve işleyişi konusunda farklı çözüm arayışları ortaya çıkmıştır. Bu nedenle uluslararası yargı mekanizmaları, kronolojik olmasa da farklı özellikleri sebebiyle iki gruba ayrılmaktadır: Klasik ve yeni nesil yargı mekanizmaları. İşbu çalışmada uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ve geleceğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

2 Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları

Uluslararası hukuk kişileri arasında çıkan hukuki uyuşmazlıklar ya barışçı yoldan ya da zorlama yolları ile çözülmeye çalışılmaktadır. Barışçı çözüm yolları üçe ayrılmaktadır. Bunlar, diplomatik yollar, yargısal yollar ve uluslararası örgütler eliyle çözümdür. Diplomatik yollar *sınırlı sayıda olmamak üzere* görüşme, dostça girişim, arabuluculuk, uzlaştırma ve soruşturma komisyonları olarak sayılabilir. Uluslararası mahkeme ve hakemlik yoluyla çözüm de yargısal yolları oluşturmaktadır. (Bozkurt-Kütükçü-Poyraz, 2015:272; Acer-Kaya, 2014:427; Aksar, 2013:217).

Uluslararası hukukta uyuşmazlıklar tek tip olmadığı gibi mahkemeler de tek tip değildir. Konu ve kişi bakımından farklılıklar taşıyan uyuşmazlıklar için farklı yargı mekanizmaları karşımıza çıkabilmektedir. Devletler arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözmek için Uluslararası Adalet Divanı (UAD), uluslararası suçları işleyenleri cezalandırmayı amaçlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), insan haklarının korunması için bölgesel nitelikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), deniz hukuku uyuşmazlıklarının çözümü için kurulmuş Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi (BMDHM) bunlardan sadece birkaçıdır. Her birisinin farklı yapısı, işleyişi, usul ve karar uygulama sistemi bulunmaktadır.

Ancak uluslararası hukukta ortak, etkin ve üstün bir otoritenin olmaması sebebiyle uluslararası mahkeme yoluna başvuru, istenilen düzeyde gerçekleşmemektedir. Bu nedenle özellikle devletler, aralarında çıkan uyuşmazlıkları diplomatik yollarla çözemedikleri takdirde, mahkemelerden ziyade tahkim veya arabuluculuk yoluyla çözmeyi tercih edebilmektedirler.

3 Uluslararası Yargı Mekanizmalarının Tasnifi

Uluslararası hukuktaki en önemli gelişmelerden birisi, uluslararası mahkemelerin sayısındaki artıştır. Doktrinde her ne kadar, etkisi ve sonuçları hakkında farklı görüşler ileri



sürülse de, uluslararası mahkemelerin temelde ulusal mahkemelerden farklı olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bu bağlamda uluslararası mahkemeleri iki grupta ele almak mümkündür: Birinci grupta, Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM), Bölgesel Mahkeme ve Hakemlikler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) gibi Bölgesel Uzmanlık Mahkemeleri bulunmaktadır. İkinci Grupta Sürekli Hakemlik Mahkemesi², Uluslararası Ticari Tahkim, ICSID, İki Tarafılı Yatırım Anlaşmaları, NAFTA gereği oluşturulan ticari tahkim ve benzeri yeni nesil yargı mekanizmalarıdır. İkinci gruptaki bu mahkemelerin uluslararası yargıda daha aktif ve etkili olduğu savunulmaktadır. (Born, 2012:864).

Klasik mahkemelerin, mesela UAD'nin, zorunlu yargı yetkisi kullanma yetkisi bulunmamaktadır. Oysa yeni nesil uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, zorunlu yargı yetkisini etkili bir şekilde kullanma ve devletlere ve ticari varlıklarına karşı zorla uygulanabilecek kararlar verme yetkisine sahiptir. Bu gruptaki uluslararası mahkeme veya hakemlik mekanizmalarının uyuşmazlıkların çözümü ve kararların uygulanması yoluyla uluslararası adalete daha fazla hizmet ettiği ileri sürülmektedir. (Born, 2012:775)

4 Klasik Yargı Mekanizmalarındaki Dezavantajlar (Sorunlar)

Klasik yargı mekanizmalarındaki sorunları şu başlıklar altında ele almak mümkündür: Farklı hukuk sistemlerini bağdaştırma sorunu, zorunlu yargı yetkisinin bulunmaması, üye devletlerle işbirliği sorunu, büyük-güçlü devletlerin uluslararası yargı mekanizmalarından kaçış arayışları, yargıçların kendi devletleri ile ilgili davalarda tarafsız kalamaması, davaların uluslararası jeopolitik gerçeklerden tamamen ayrılamaması ve kararların uygulanması sorunlarıdır.

4.1 Farklı Hukuk Sistemlerini Bağdaştırma Sorunu

Klasik mahkemelerde görev yapan yargıçlar farklı hukuk sistemlerine mensup yargıçlar arasından seçilmektedir. Mesela UAD'de Divan'da görev yapacak yargıçlar, Güvenlik Konseyi'ndeki dağılıma benzer şekilde *coğrafi açıdan farklı hukuk sistemlerini temsil* esasına göre (UADS, m.9) belirlenmektedir. (Posner, 2004:4). Benzer şekilde UCMRS'ye göre yargıçların seçimi sırasında taraf devletler mahkeme üyelik sistemi içinde dünyadaki başlıca hukuk sistemlerinin temsilini göz önünde tutmak zorundadır. Ancak bu durum görünüşte adil gözükse de karar verme sürecinde bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Çünkü Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sisteminin hukuk anlayışı birbirinden farklı özellikler göstermektedir.

² *Sürekli Hakemlik Mahkemesi*, UAD ile La Haye'de aynı binada faaliyet gösteren ve 1899 La Haye Sözleşmesi ile kurulan bir hakemlik örgütüdür. Adındaki mahkeme kelimesi yüzünden bazen UAD ile karıştırılmaktadır. Evrensel nitelikli bu yargı kuruluşunun üç organı vardır: Hakem Listesi, Uluslararası Büro ve İdari Konsey. 1899 ve 1907 tarihli Sözleşmelerden birine taraf her devlet, listeye dört kişiyi hakem olarak gösterebilse de uygulamada uyuşmazlığın tarafı olan devletler genellikle liste dışından hakem seçebilmektedir. Listedeki bu hakemlerin ulusal grup olarak UAD'ye yargıçlık için aday gösterme yetkisi bulunmaktadır. (UADS, m.4/1) Sürekli Hakemlik Mahkemesi, devlet ile devlet, devlet ile örgüt, devlet ile özel hukuk kişisi, örgüt ile özel hukuk kişisi arasındaki tüm uyuşmazlıklara bakabilmektedir. (Aksar, 2015:224; Born, 2012:795).



4.2 Zorunlu Yargı Yetkisinin Kabulü Sorunu

Bilindiği üzere uluslararası hukuk, devletlerin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur. (BMŞ, m.2/1). Buna bağlı olarak bir uluslararası mahkemede bir devletin veya vatandaşının yargılanabilmesi için devletin rıza göstermesi gerekir. Mesela uluslararası hukuku ilgilendiren herhangi bir konu ile ilgili uyuşmazlıkta UAD'nin devletler üzerinde *otomatik yargı yetkisi (zorunlu yargı yetkisi)* yoktur. (Akçapar, 1986:20). UAD'nin bir uyuşmazlık üzerinde çekişmeli yargı yetkisini kullanabilmesi için uyuşmazlığın Divan'a sunulmasına taraf devletlerin *rıza (consent)* göstermesi gerekmektedir. Bu rıza da uygulamada üç yoldan verilmektedir: Birincisi, söz konusu uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra bunun Divan önünde görülebileceğine dair bir *tahkimname (special agreement)* düzenlenmesidir. İkincisi, henüz meydana gelmemiş ve ilerde meydana gelebilecek uyuşmazlıklar için bir *zorunlu yargı anlaşması (treaty)* veya *klozu* yapılmasıdır. Üçüncüsü, UAD Statüsü'nün 36. maddesinin 2. fıkrası uyarınca *tek taraflı bildirimle (unilateral declaration)*. Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin kabul edildiğinin ilan edilmesidir. (Posner, 2004:2; Lu, 2004:4; Aksar, 2013:266) Dördüncü bir yol olarak sayılabilecek *forum prorogatum* yani dolaylı yetkilendirme yoluyla da bu rıza verilebilir. Bu yolda Divan önüne getirilen uyuşmazlık ile ilgili zorunlu yargı yetkisinin açıkça kabulü veya yetki itirazında bulunulmaması halinde esasa ilişkin savunmalara geçer ve yargılamayı yapar. (Gülgeç, 2015:382; Pazarcı, 2015:481; Aksar, 2013:282).

Ayrıca Divan'ın yargı yetkisi, makul bir bildirim süresine uyulmak kaydıyla her zaman geri alınabilmektedir. Daha da ötesi, Divan'ın herhangi bir uyuşmazlık hakkında yargılama yapabilmesi için uyuşmazlığa taraf devletlerin *Divan'ın yargılama yetkisini* kabul etmiş olmaları gereklidir. Uygulamada devletler bu yetkiyi kabul etmekle birlikte, bazı çekinceler de koymaktadır. Bu çekinceler *karşılıklılık* koşulu ve *süre sınırlaması* olmak üzere iki türlü olabilir (UADS, m. 36/3). Bunun yanında uygulamada *ulusal savunma* konuları veya bazı ülkesel konular gibi *esasa ilişkin* çekincelere de rastlanmaktadır. (Sur, 2015:186). Bütün bunlar bir uyuşmazlığın uluslararası klasik mahkemeler önüne gelmesini engelleyebilmektedir.

Benzer şekilde UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesi için Statü'de öngörülen bir suç ile ilgili olarak başvuru gerekir. Bu başvuru, *taraf devlet, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi* veya *savcı* tarafından yapılması gerekmektedir. Bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: (a) 14. madde gereğince bir taraf devlet tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum; (b) Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum; (c) 15. maddeye uygun olarak bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından soruşturma başlatılması. (UCMRS, m.13). Savcı bir suç ile ilgili olarak harekete geçmediği takdirde, taraf devletin veya Güvenlik Konseyi'nin adımı gerekmektedir. Bu da uygulamada uluslararası politik saiklerin araya girmesi ile gereği gibi işlememektedir.

4.3 Üye Devletlerle İş Birliği Sorunu

Uluslararası hukukta merkezi bir otorite ve yaptırım sistemi bulunmadığı için bir mahkeme kararının yerine getirilmesi üye devletlerin iş birliğini gerektirmektedir. Mesela UCM savcısının tutuklama emri çıkarttığı şahsın kaçmasının önlenmesi için ilgili taraf devletin UCM ile iş birliği yapması öngörülmüştür. (UCMRS, m.19/8-c). Çünkü UCM, doğrudan bir icra gücüne sahip değildir. Mahkeme tutuklama emirlerini icra edemez, ev ya da binaları arayamaz ya da tanıkları mahkemede hazır bulunmaya zorlayamaz, çünkü mahkemenin bir kolluk kuvveti ya da icra mekanizması yoktur. UCM, eğer devletlerin bu türden faaliyetleri yerine getirilmesi için iradesi ve rızası yoksa yargılamanın icrasına yönelik bu faaliyetlerin



yerine getirilmesi için ulusal yetkililere bağımlı olacaktır. Bu yüzden, soruşturmanın açılmasından hükmün icrasına kadar, Statü'ye taraf devletlerin, UCM ile eksiksiz iş birliği yapmak yükümlülüğü bulunmaktadır. (Kienlen, 2011:696). UCM, herhangi bir taraf devlete iş birliği için talepte bulunabilir. (UCMRS, m. 86) Diğer yandan Statü'de, taraf olmayan devletler açısından herhangi bir iş birliği yükümlülüğü yoktur. Bu durum normatif açıdan doğru olsa da olması gereken hukuk açısından UCM adaletinin eksik yanını oluşturmaktadır. UCM hem yapısal olarak hem de yaptığı soruşturma ve kovuşturmalar ile verdiği kararlar açısından eleştirilmektedir. (Schabas, 2013:546)

4.4 Büyük-Güçlü Devletlerin Yargılamadan Kaçış Arayışları

Büyük ve güçlü devletlerin uluslararası klasik yargılama mekanizmalarından bir şekilde kaçış arayışları görülmektedir. Mesela özellikle bazı devletlerin uyuşmazlıkların çözümünü UAD'den kaçırma girişimleri göze çarpmaktadır. Bu kapsamda mesela İngiltere, İngiliz Milletler Topluluğu (commonwealth) üyesi devletleri ile doğacak uyuşmazlıklarını UAD'nin yargı yetkisi kapsamı dışında bırakmıştır. (Gülgeç, 2015:390).

UCM'de de benzer bir durum göze çarpmaktadır. UCM önündeki ön inceleme, soruşturma ve yargılamaların çoğunluğunun Afrika kıtasındaki devletlerle ilgili olması uluslararası adalet açısından son derece talihsiz bir durumdur. Büyük bir heyecan ve ümitle kurulan evrensel düzeydeki ilk uluslararası ceza mahkemesi, faaliyete geçmesinden itibaren yaklaşık 17 yıl geçmiş olmasına rağmen, soruşturma ve kovuşturmaların sadece Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Darfur-Sudan, Orta Afrika Cumhuriyeti, Kenya, Libya, Fildişi Sahili, Mali, Gürcistan ile ilgili olması bu durumu açıkça göstermektedir. Ayrıca UCM'nin, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri ile güçlü devletleri zor durumda bırakacak iddiaları ele alma konusunda isteksiz davrandığı görülmektedir. Halbuki uluslararası adalet, zayıf ve marjinal devletlerle değil, zengin ve güçlü devletlerle yüzleştğinde kendini gösterebilmektedir. (Keller, 2008:209)

Uluslararası hukuk ve uluslararası ceza hukuku açısından bu kadar önem taşıyan bir mahkemenin bu yaklaşımı uluslararası adalet açısından endişe verici bir durum oluşturmaktadır. Çünkü *geciken adalet, adalet değildir*. Elbette Statü'de düzenlenen suçların incelenmesi, soruşturulması ve bu iddialarla ilgili karar verilmesi çok kolay değildir. Bunlar çoğu zaman ilgili devletlerin iş birliğine ve ulusal / uluslararası şart ve gelişmelere bağlı olmaktadır. Ancak bütün bu haller suçların cezasız kalmasına sebep olmakta ve uluslararası yargı örgütlerinin varlık sebebinin sorgulanmasına yol açmaktadır. UCM'nin bu durumu, uluslararası *ad hoc mahkemelerin* daha etkin ve verimli olduğu yolundaki görüşleri güçlendirmektedir. (Kienlen, 2011:632)

4.5 Yargıçların, Kendi Devletleri ile İlgili Davalarda Tarafsızlık Sorunu

Bir mahkemenin adaletli karar verme sürecindeki en önemli unsurlarından biri de yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Yargıç bağımsızlığının uluslararası andlaşma ile güvence altına alınması birinci adımı, bunun fiili olarak hayata geçirilmesi ise ikinci adımdır. Mesela UCM Roma Statüsü (UCMRS)'ne göre "yargıçlar, görevlerini yerine getirirken bağımsız hareket ederler. Yargıçlar, yargısal görevlerine müdahale ihtimali olan veya bağımsızlıklarına duyulan güveni etkileyebilecek hiçbir faaliyette bulunmazlar. Mahkemenin bulunduğu yerde tam zamanlı olarak mesai yapacak olan yargıçlar, profesyonel yapıdaki başka bir mesleki faaliyetle uğraşamazlar" (UCMRS, m. 40).



Benzer şekilde UAD’de yargıçlar tamamen bağımsız olup, hiçbir organ veya makamdan tavsiye ve görüş alamazlar. Başka bir iş ile uğraşamazlar. UAD’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, taraf devletlerden birine mensup yargıç mevcut olabilir. Yargıçların bağımsızlığı söz konusu olduğundan bu yargıç davaya Divan üyesi olarak katılabilecektir. Divan’da kendi vatandaşlığına sahip yargıç bulunmaması halinde uyuşmazlığa taraf devlet, *yalnızca o davada Divan üyeliği yapmak üzere bir ad hoc yargıç atanmasını talep edebilirler.* (UADS, m. 31/2 ve m. 31/3).

Klasik uluslararası mahkemelerin Statü’lerinde yargıçların tarafsızlığını sağlamaya yönelik güvenceler yer alsa da yargıçların kendi devleti ile ilgili davalarda tarafsız kalamama veya en azından siyasi bazı baskılara maruz kalma riski bulunmaktadır. Bu nedenle ad hoc mahkeme veya tahkim süreçlerinin tarafsızlık açısından daha güvenilir olduğu söylenebilecektir.

4.6.Davaların uluslararası jeopolitik gerçeklerden tamamen ayrılabilmesi sorunu

Uluslararası hukuk uyuşmazlıkların uluslararası ilişkilerden ve özellikle jeopolitik gerçeklerden tamamen soyutlanması mümkün değildir. Bu nedenle uluslararası dava iç hukuktaki uyuşmazlık çözümündeki usuli yaklaşıma benzer şekilde çözülemez. Mesela UAD, önüne gelen bir davayı UAD Statüsü’nün 38. maddesinde öngörülen kaynaklara göre çözecektir. Oysa görülen davanın tarihi, coğrafi, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel hatta iklimsel pek çok sebebi bulunabilir. Mesela “Arktik bölgede yaşanan iklim temelli değişimlerin, tüm dünyanın karşı karşıya kalacağı doğal afetlerden ekonomik sorunlara, uluslararası göçlerden siyasal uyuşmazlıklara kadar daha saymadığımız birçok sorunu da beraberinde getireceği tahmin edilmektedir. Bu yüzden ülkeler dış politika ve güvenlik konularında yeni tehdit unsurlarıyla baş edebilmek için önlemler almak, politikalar üretmek zorunda kalacaktır.” (Akpınar, 2017:87)

4.7 Kararların uygulanması sorunu

Klasik uluslararası yargı mekanizmalarında, kısmen veya en azından teorik olarak, verilen kararların uygulanması sorunu bulunmaktadır. Mesela UAD tarafından verilen kararların uygulanması ile ilgili olarak şunları belirtmek mümkündür: Aslında UAD kararlarının uygulanmaması halinde Divan’ın çekişmeli yargılamaya ilişkin verdiği kararlar, uyuşmazlığın tarafları bakımından ve *karar verilen dava için bağlayıcı ve kesindir* (UADS, m. 59). Bu kararlara uymak zorunlu olmakla birlikte, kararların yerine getirilmemesi halinde kararın zorla yerine getirilmesini sağlayan bir mekanizma yoktur. (Doğan, 2015:333).

Uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan’ın verdiği karara uymadığı takdirde diğer taraf Güvenlik Konseyi’ne başvurabilir ve GK de kararın uygulanması için tavsiyede bulunabilir veya diğer alınacak önlemleri kararlaştırabilir. (BMŞ, m. 94/2). Fakat belirtilmelidir ki bu yola şimdiye kadar hiç başvurulmamıştır. (Sur, 2015:187) UAD, BM’nin devletler arasında çıkan uyuşmazlıklar için kurulmuş olan en önemli yargı organıdır. Bunun sonucu olarak çok önemli konuları gündemine taşımış ve kararları çok tartışılmış ve tartışılmaya da devam etmektedir. Kararların icrasını sağlayacak zorlayıcı bir sistemin olmaması sebebiyle uluslararası alanda yargısal karar yoluyla adaleti temin etmek oldukça zor bir görevdir. UAD bu zor misyonu üstlenmiş bir mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır. (Gülgeç, 2015:379).



5 Yeni Nesil Yargı Mekanizmalarındaki Avantajlar

Klasik uluslararası yargı mekanizmalarının bütün bu olumsuzluklarına rağmen uluslararası hukuka katkıları görmezlikten gelinemez. Mesela UAD'nin özellikle uluslararası yargılama hukuku ilkelerinin oluşmasında ve sınırlı sayıda da olsa kendisine yetki verilen uyuşmazlıkların çözümünde önemli katkıları olmuştur. (Born, 2012:803; Tams, 2017:351). Ancak uyuşmazlıkların çözümünde farklı anlayışları benimsemesiyle yeni nesil yargı mekanizmaları olarak adlandırılabilirler bazı avantajları bulunmaktadır.

5.1 Esneklik, Gizlilik ve Çabukluk İçin Tahkim

Devletlerin kendi seçtikleri hakem veya hakem heyeti eliyle uygulanacak hukuk kurallarını da seçmek suretiyle çözümünü öngören hakemlik yolu yargılamada takip edilen usul, esneklik, gizlilik ve çabukluk açılarından mahkeme yargısına nispeten daha fazla tercih edilmektedir. (Murphy, 2006:117) Herhangi bir uyuşmazlık halinde devletler *ad hoc* nitelikte herhangi bir kişi veya kişileri hakem olarak ataması mümkündür. Ancak uygulamada devletler genellikle 1899 tarihli La Haye Sözleşmesi ile kurulan, merkezi La Haye'de bulunan ve UAD ile aynı binada faaliyet gösteren Sürekli Hakemlik Mahkemesi (*The Hague Tribunal*) eliyle hakemliği tercih etmektedir. Sürekli Hakemlik Mahkemesi listesindeki (veya dışarıdan seçilen) hakemler eliyle, devlet ile devlet, devlet ile örgüt, devlet ile özel hukuk kişisi, örgüt ile özel hukuk kişisi arasındaki tüm uyuşmazlıklar çözülebilmektedir. Hakemliğin amacı, devletler arasındaki uyuşmazlığın kendi seçecekleri hakemler tarafından hukuka uygun olarak çözülmesidir. Hakemlik kararı uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcı, uyulması zorunlu ve kesin niteliktedir. Bu özelliği ile hakemlik yargı kararlarına benzemekte, ancak diğer uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılmaktadır. Uluslararası bir uyuşmazlığın hakemlik yoluyla çözümünün, bir tarafın diğer tarafın iradesini çeşitli yollarla baskı altına almadığı, hakem veya hakemlerin tarafsızlığını koruduğu ve üçüncü kişilerin (devlet, örgüt, özel kişi veya topluluk) hak ve menfaatlerini olumsuz etkilemediği sürece taraflar açısından adil bir sonuç doğurduğu söylenebilir. (Born, 2012:795; Aksar, 2013:224; Sur, 2015:312)

5.2 Ekonomik Uyuşmazlıklarda Daha Hızlı Çözüm

Uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının farklı bir boyutunu oluşturan uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıkları ile devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklarının çözümünde, artık yeni nesil uyuşmazlık çözüm mekanizmaları olarak adlandırılan ticari tahkim ve arabuluculuğa başvurulmaktadır. Mesela Uluslararası Ticari Tahkim, ICSID, İki Tarafli Yatırım Anlaşmaları ve NAFTA gereği oluşturulan ticari tahkim ve benzeri yeni nesil yargı mekanizmaları bunlara örnek teşkil etmektedir. Bu gruptaki uluslararası mekanizmaların, uyuşmazlıkların çözümü ve kararların uygulanması yoluyla uluslararası adalete daha fazla hizmet ettiği ileri sürülmektedir. (Born, 2012:831)

5.3 Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu: Arabuluculuk

Bilindiği gibi uluslararası hukuk sükeleri arasında çıkan uyuşmazlıkların diplomatik yollardan çözümü için *görüşme, dostça girişim, arabuluculuk, uzlaştırma ve soruşturma komisyonları* sayılmaktadır. (Aksar, 2013:219) Bu diplomatik yollardan birisi olan arabuluculuk da geçmişte olduğu gibi günümüzde de başvurulan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Çoğu zaman tanınmış bir kişi veya devlet adamı öncülüğünde başvurulan arabuluculuk, tarafların kesin çözüme ulaşmasını sağlayamasa bile uyuşmazlığın tarafların



arasındaki tansiyonun düşmesine vesile olması bakımından uluslararası hukukta önemli bir barışçı çözüm yolu olarak kabul edilmektedir.

BMŞ ve 1899 ve 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri başta olmak üzere uluslararası çok sayıda uluslararası düzenlemede, devletlere, aralarındaki uyuşmazlıkların *arabuluculuk* yolu ile çözülmesi önerilmiştir. (Aksar, 2013:230) Arabuluculuk, uluslararası nitelikteki bir uyuşmazlığı barışçı yollarla sona erdirmek amacıyla, bir ya da birkaç devletin, bir uluslararası örgütün veya tanınmış bir kişinin, uyuşmazlığın tarafları arasında görüşmelerin yapılmasını sağlamak ve tarafların kabul edebileceği çözümler önermek üzere yaptığı faaliyetlerin tümü olarak tanımlanmaktadır. (Bozkurt-Kütükçü-Poyraz, 2015:257). Arabuluculuk, dostça girişime göre üçüncü kişinin müdahalesinin arttığı barışçı bir çözüm yoludur. Bu bağlamda arabulucu, tarafları bir araya getirmek, araştırmalar yapmak, gerekirse çözüm önerisinde bulunmak faaliyetlerini yapabilir.

Ulusal hukuklarda özel hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yolu olarak da kullanılan arabuluculuğun uluslararası hukukta da mahiyetine uygun şekilde uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarının kazanması üzerine işleyen bir çözüm yöntemidir. Burada tarafların rızası, anlaşması, serbest iradeyle karar alması ve karşılıklı menfaat dengesi ilkeleri öne çıkmaktadır. Arabuluculuğun en önemli özelliği ise başvuru, devam ettirme, üçüncü kişinin müdahalesinin sınırları, sonuçlandırma dâhil hemen her aşaması ve içeriğinin *ihtiyari* oluşudur. Bu özelliklerinden dolayı arabuluculuğun, uluslararası hukukun gerçeklerine daha uygun bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu ileri sürülmüştür. (Bozkurt-Kütükçü-Poyraz, 2015:256)

İç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da bir uyuşmazlığın kısa zamanda ve uyuşmazlığın taraflarının serbest iradeleriyle çözülmesi uluslararası toplum barışı ve güvenliği açısından son derece önemli ve istenen bir durumdur. Ancak uluslararası hukuktaki uyuşmazlıkların içeriği / niteliği ve etkilediği kişiler açısından farklı durumunun tartışılması gerekebilir. Bir özel hukuk uyuşmazlığında uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk yolu ile kazan-kazan ilkesi gereği karşılıklı fedakârlıklar yaparak aralarındaki uyuşmazlığı çözmesi genellikle tarafları ilgilendiren bir durumdur. Genellikle üçüncü kişileri etkilemez. Ancak uluslararası bir uyuşmazlık görünüşte sadece uyuşmazlığın tarafı olan devletler gibi gözükse de aslında uluslararası toplumun diğer üyelerini ve taraf devletlerin vatandaşlarını da etkilemektedir. Bu durumda mesela uyuşmazlığın tarafı olan bir devletin arabuluculuk yoluyla bazı tavizler vererek uyuşmazlığı çözüme kavuşturması, üçüncü kişilerin durumlarını etkileyecektir. İşte bu halde arabuluculuk yoluyla çözüme ulaşmanın adalete uygunluğu tartışma konusu olabilecektir. Gerçi bu noktada kamu hukukunun özelliği gereği devletin vatandaşlarını temsil etme hakkına sahip olduğu tezi ileri sürülebilir. Ancak belki şimdiye kadar ki yerleşik teamül, kural ve anlayışları zorlayarak şunu demek mümkündür: “Hak haktır, büyüğüne küçüğüne bakılmaz, devlet için bireyin hakkı feda edilemez.”

5.4 Güçlü Denetim Sistemi Bulunan Mekanizmaların Etkinliği

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde, güçlü denetim sistemi olan (daha açık ifade ile arkasında güçlü siyasi irade veya yapı bulunan) uluslararası yargı mekanizmaları, klasik anlayışta da olsa, daha etkin ve başarılı olmaktadır. AİHM ve ABAD bu durumun tipik örneklerini oluşturmaktadır. AİHM'nin arkasında bulunan Avrupa Konseyi ve ABAD'm arkasında bulunan Avrupa Birliği güçlü bir siyasi irade ve yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu mahkemeler tarafından alınan kararların üye devletler tarafından uygulanıp uygulanmadığı sıkı bir şekilde denetlenmektedir. Kararları uygulamayan üye devletler için etkili yaptırımların öngörülmesi bu mahkemelerin etkinliğini güçlendirmektedir. (Dinçkol, 2006:25; Boyle,



2009:174). Bölgesel ve uzman mahkemeler olmasına rağmen aynı başarıyı, Afrika Adalet ve İnsan Hakları Mahkemesi ile Amerika İnsan Hakları Mahkemesi'nde göstermemektedir. Bunun sebebi bu mahkemelerin arkasında güçlü bir denetim mekanizmasının bulunmamasıdır. (Born, 2012:810; Murphy, 2006:144)

5.5 Bölgeselliğin ve Uzmanlaşmanın Gücü

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde bölgesel yargı mekanizmaları göreceli olarak evrensel nitelikteki yargı mekanizmalarına göre daha başarılı olmaktadır. Bu başarı, hem klasik hem de yeni nesil yargı mekanizmalarında kendini göstermektedir. AİHM klasik bir mahkeme olmasına rağmen kurulmuş olan güçlü denetim mekanizması sayesinde başarılı bir mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır. Birleşmiş Milletler bünyesinde insan hakları alanında evrensel nitelikte etkili bir denetim mekanizması kurulamaması bunun tipik örneğini oluşturmaktadır.

Diğer yandan genel mahkemelerden ziyade belirli konularda uzmanlaşmış yargı mekanizmalarının daha başarılı olduğu görülmektedir. Her ne kadar önüne gelen dava sayısının azlığı sebebiyle eleştirilse de BMDHM uzman mahkemenin önemini göstermektedir.

6 Sonuç

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş olan klasik yargı mekanizmalarının önemi yadsınamaz. Ancak yeni nesil yargı mekanizmaları göreceli olarak uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde daha etkili olduğu görülmektedir. Bu kapsamda bölgesel, belirli konular için kurulmuş, ad hoc yargı mekanizmaları, evrensel, genel ve sürekli yargı mekanizmalarına göre daha etkili olmaktadır. Yine güçlü denetim sistemi öngören yargı mekanizmaları ile özellikle ekonomik uyuşmazlıklarda tahkim (ve yargısal olmasa da arabuluculuk) mekanizmaları, klasik mahkemelere göre daha hızlı çözüm üretmektedir. Gelecekte kurulacak yargı mekanizmalarının

Kaynakça

Acer, Yücel - Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, (5. Baskı), 2014.

Akçapar, Burak, "Birleşmiş Milletler deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi", *AÜSBF Dergisi*, Cilt: 51, Sayı: 1, 1986, (s. 19-42).

Akpınar, Burcu Güçlü, "Uluslararası Hukuk Çerçevesinden Arktik Güvenliği Politikalarının Analizi: Rusya ve ABD Örneği" *Savunma Bilimleri Dergisi*, The Journal of Defense Sciences, Kasım/Nov 2017, Cilt/Volume 16, Sayı/Issue 2.

Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Born, Gary, "A New Generation Of International Adjudication", *Duke Law Journal*, Vol. 61, Number. 4, January-2012.

Boyle, Kevin, "The European Experience: The European Convention On Human Rights", *VUWLR*, Vol. 40, 2009.

Bozkurt, Enver - Kütükçü, Mehmet Akif / Poyraz, Yasin, *Devletler Hukuku*, Yetkin Yayınları, (8. Baskı), Ankara, 2015.

Dinçkol, Abdullah, "Kopenhag Kriterlerinin Türk Pozitif Hukuku'na Etkileri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 10, Güz-2006/2, (s. 25-48).

Doğan, İlyas, *Devletler Hukuku*, Astana Yayınları, Ankara, 2015.



Erdal, Muhammed, “Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Bir Müessese: Sürekli Hakemlik Mahkemesi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2871-2892.

Gülgeç, Yahya Berkol, Uluslararası Adalet Divanı’nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi, *TBB Dergisi*, Sayı: 117, 2015.

Keller, Linda M., “Achieving Peace With Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol:23, 2008.

Kienlen, Pauline, “International Justice v. Local Peace - Case Study of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Reconciliation Process in the Balkans”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 5, 2011, (s. 632-696).

Lu, Bingbin, “Reform of the International Court of Justice: A Jurisdictional Perspective, *Perspective*, Vol: 5, No: 2, June-2004.

Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, Thomson-West, 2006.

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, (Gözden Geçirilmiş 14. Bası), 2015.

Posner, Eric A., “The Decline of the International Court of Justice”, The Law School of University of Chicago, *Public Law and Legal Theory Working Paper:81*, December-2004, <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> (Erişim tarihi: 15.10.2019).

Schabas, William A., “The Banality of International Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, (s. 545-551).

Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Tams, Christian J., The Development of International Law by the International Court of Justice, *British yearbook of international law*, Christian J. Tams & James Sloan (eds), Vol. 84/1, 2017, s. 351-354. <https://ssrn.com/abstract=3086269> veya <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3086269> (Erişim tarihi: 15.02.2019).



THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ON FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS IMPACT ON TURKISH DOMESTIC LAW

Hani Shakir MAHMOOD¹

Abstract

Freedom of expression is a sine qua non in the law of states which consider themselves democratic and state of law. In addition to making the necessary arrangements in their domestic law, States are obliged to protect this right, which is effectively protected by the international conventions they have signed.

The development of the regulation introduced by the provision of Article 10 is realized by the court decisions. Freedom of expression is one of the most important issues of the European Court of Human Rights in practice. Very important principles are developed in these decisions.

The concept of freedom of expression is one of the concepts that is not fully defined by Jurists of law. Freedom of expression is defined by different authors in different ways. Some authors describe freedom of expression only in its external aspect as ‘the ability to convey, share, disseminate, or disseminate one's own thoughts to others, adapt or the freedom to express a thought, belief, conviction, attitude or emotion in a peaceful way or to express it in the outside world.

Keywords: Freedom, EU, EUCC, Domestic Law

AIHS IŞIĞINDA İFADE HÜRRİYETİ VE TÜRK İÇ HUKUKUNA ETKİSİ

Özet

İfade özgürlüğü kendini demokratik ve hukuk devleti olarak gören devletlerin hukukunda olmazsa olmaz denilecek şartlardan birisidir. Devletler kendi iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapmanın yanı sıra imza etmiş oldukları uluslararası sözleşmelerde de etkin bir şekilde korunan bu hakkı korumak zorundadırlar. Türk hukukunda düşünce ve kanaat hürriyeti olarak ele alınan bu konu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi² 9. maddede düşünce vicdan ve din özgürlüğü ve 10. Maddede de “İfade Özgürlüğü” olarak ele alınmaktadır.

10.madde hükmü ile getirilen düzenlemenin uygulamada geliştirilmesi mahkeme kararları ile ortaya çıkmaktadır. İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uygulamada en çok önüne çıkan konulardan birisidir. Bu kararlarda çok önemli ilkeler geliştirilmektedir.

¹ Doktora, Selçuk Üniversitesi, hanyfahad4@gmail.com, Irak

² Çalışmanın bölümlerinde bu ifade kısaltılmış bir şekilde Sözleşme olarak nitelenecektir.



İfade özgürlüğü kavramı hukukçular tarafından tanımı tam belirlenmemiş kavramlardan birisidir. İfade özgürlüğü farklı yazarlar tarafından değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Bazı yazarlar ifade özgürlüğünü sadece dışsal yönüyle ‘insanın kendi düşüncelerini başkalarına aktarabilme, onlarla paylaşabilme, yayabilmesi ya da ‘bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulması veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması³ şeklinde açıklamaktadırlar. Bazı yazarlar ise, bu özgürlüğü her türlü bilgi ve fikre ulaşma, ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma ya da vurmama serbestisini de kapsayan geniş bir süreç olarak tanımlamaktadırlar⁴ Yani bu geniş anlamıyla ifade özgürlüğü enformasyon ve haberleşme, düşünce ve kanaat ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetlerini de içermektedir.

İfade özgürlüğünün dar anlamda yorumlamalarına baktığımızda ise sözleşmelerin aksine serbestçe kitap, makale, deneme, roman ve hikâye yazmak ve yayınlamak gibi görülmektedir. Daha geniş bir ifade ile ifade özgürlüğünün kullanılmasında bilginin içeriği ya da niteliği önemli değildir. Açıklanan her türlü fikir ve bilgi, nerede ve nasıl açıklanmış olursa olsun, doğru ya da yanlış olsun bu hürriyetin koruma alanına girmektedir.

Düşünce ve ifade özgürlüğü tüm hürriyetlerin temelini oluşturan bir hukuk normu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bütün özgürlükler önce insan beyninde düşünce olarak üretilmiş ve daha sonra açığa vurularak savunulacak bir hukuk düzeni haline getirilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle ifade özgürlüğü önemlidir.

İfade özgürlüğü, birçok hak ve özgürlüğün üzerine kurulu olduğu bir “kaynak hürriyet” durumundadır. Örnekeyecek olursak; düşünce açıklaması yazı yoluyla (kitap, gazete... vs.) yapılıyorsa “basın hürriyeti”, radyo-televizyon ve sanat etkinlikleri yoluyla yapılıyorsa “görsel-işitsel iletişim hürriyeti”nden bahsedilir. Kişinin diğer insanlarla bir araya gelerek düşüncelerini açıklamasında “toplantı hürriyeti” ya da “dernek kurma hürriyeti”nden, kişinin dini konulardaki düşüncelerini açıklamasında “din ve vicdan hürriyeti”nden söz edilir. Düşünce açıklamaları kişiler arasındaki özel ve gizli mektup, duyuru, bildiri, broşür, bülten gibi haberleşme yöntemleriyle yapılıyorsa “özel haberleşme hürriyeti” söz konusudur⁵.

Düşüncelerin serbestçe açıklanabilmesi demokrasinin temelidir. Seçilenlerin yanında seçmenlerin de düşüncelerini açıklayabilmesi gereklidir. Günümüzün modern, çoğulcu ve katılımcı demokrasilerinde halk da kendi geleceğini ilgilendiren bütün konularda düşüncelerini açıklayarak karar alma sürecine katılmaktadır⁶. Düşüncelerin serbestçe açıklanmasıyla kamusal meseleler tartışılarak hem yönetenler isteklerini yöneticilere iletebilirler hem de yöneticiler vatandaşlarını zarara uğratmayacak politikalar belirleyebilirler⁷. Demokrasinin özünde muhalefet edebilme vardır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün olmadığı yerde eleştiri ve muhalefet olmayacağı için, demokrasinin de olmayacağı kesindir. Eleştiri ve bilgi verme sınırını aşarak yoğun olarak eyleme götürecektir şekilde fikir aşılama anlamında propaganda da ifade özgürlüğü içinde yer alır. Fakat şiddete yol açması durumunda koruma alanı dışında kalır.

Fakat düşünce tarihine baktığımızda, ifade özgürlüğünün çok da masum bir kavram olmadığını görüyoruz. İnsanlık tarihinde devlet yapılarının bu yolla önce eleştirilerek

³ Kuzu, Burhan, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü (TMK md.8V) . 21. Asra Girenken Çağdaşlaşma, Demokrasi ve İnsan Hakları. Aydınlar Ocağı Yayını. Açık Oturumlar Dizisi: 16. İstanbul 1996. s. 34.

⁴ Sunay, Reyhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin korunması". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Milenyum Armağanı. C:8. S: 1-2. Konya. 2000. s.528.

⁵ Kuzu, a.g.e.s.34

⁶ Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay. No:89, Ankara 2001, s.242.

⁷ Eryılmaz, Bedri, a.g.e. s.250.



yıpratıldığını, sonra da çökertilerek yeni bir devlet yapısının ortaya çıktığını görmek mümkündür⁸. Dolayısıyla her ne kadar ifade özgürlüğünün sınırsız olması gerektiğini savunanlar var ise de devletin devamı için demokratik rejim anlayışı çerçevesinde bu hürriyet sınırlandırılmalıdır. Devlet zorunlu hallerde ve istisnai bir tedbir olarak bu yetkisini kullanmalıdır⁹.

Farklı devletlerde demokrasinin mevcut veya yerleşmiş olup olmamasına göre geniş ya da dar kapsamlı ifade özgürlüğü sınırlamaları getirilmiştir. Gelişmiş demokrasilerde dahi bu özgürlüğe belirli sınırlar öngörülmüştür. Genellikle başkalarının özgürlüğüne müdahale edilmesi, devlet sırlarının açıklanması yargılama görevinin engellenmesi, insanları suç teşkil eden eylemler işlemeye tahrik ve teşvik eden düşüncelerle, kamu düzeni ve ulusal güvenliği tehdit eden görüşlerin açıklanması durumlarında ifade özgürlüğünün kısıtlanması kabul edilmektedir¹⁰. ABD Federal Yüksek Mahkemesi bu konuda 1919'dan beri "açık ve mevcut tehlike" ölçütünü kullanmaktadır. Bu yoruma göre sınırlama, ancak öne sürülen düşünce ile onun meydana getireceği şiddet eylemi arasında doğrudan ve gerçek bir bağlantının tespit edildiği durumlarda mümkündür. Buna karar verecek olanlar ise bağımsız yargı organlarıdır¹¹.

10.madde konumuzu oluşturan ifade özgürlüğünü "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları yayma özgürlüğünü de içerir. Bu madde Devletin radyo yayıncılığını televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara veyaptırımlara tabi tutulabilir" şeklinde ifade etmektedir. Anlaşılacağı üzere Sözleşme hükmü, açıklanan düşüncenin sadece içeriğini değil, ifadenin şekil ve araçlarını da güvence altına almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Denetim Organları, eski ve yeni yapılanan şekliyle 50 yıla yaklaşan bir süreden beri bu soyut ibarenin uygulama alanını açıklığa kavuşturmuş ve genişletmiştir. Bu nedenle eskiden yapıldığı gibi sadece Sözleşme hükmü üzerinde teorik tartışmalar yapmaya gerek kalmamıştır. Bugüne kadar ele alınan davalarda benimsenen prensiplerin oluşturduğu içtihat hukukunun ortaya konulması gerekmektedir.

AİHS'de güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğü, aşağıda görüleceği üzere kişi, toplum ve siyasi yapı açısından son derece önemlidir. Bu çalışmanın konusu Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ışığında Türk Hukukundaki etkileri ile birlikte ifade özgürlüğü ele alınacaktır.

1 AİHS'de Düşünce, Din ve Vicdan Hürriyeti ve Kararlar

1.1 Temel Prensipler

⁸Çeçen, Anıl, Düşünceyi İfade Özgürlüğü, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 14.07.1999, s. 12.

⁹Sunay, Reyhan Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ldt Yayınları, Ankara 2001, s.74.

¹⁰ Korkmaz, s. 131-132.

¹¹ Kuzu, s.40.



İfade özgürlüğü demokratik toplumun temelidir İfade özgürlüğü/hürriyete toplumun ilerlemesi ve herbir vatandaşın/bireyin özgüveni için gerekli şartlardan birisidir. Bu durum, sadece kabul gören veya zararsız veya ilgilenmeye değmez haber, bilgi veya fikirler için değil aynı zamanda kırııcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz ilkeleri olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bu özgürlük, AİHS’ de belirtilen şekilde, ancak harfiyen uyulması ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir¹²

1.2 İfade Özgürlüğünden “Herkes” Yararlanır

AİHS, herkesin ifade özgürlüğünü teminat altına almıştır. 10. maddenin korumasından, gerçek kişilerin yanında, Sözleşmenin diğer hükümlerinde olduğu gibi, tüzel kişiler ve insan toplulukları ile hükümet dışı her teşekkül yararlanabilecektir. “Bir kişi hakkı olan ve bu sıfatla herkesin¹³ sahip bulunduğu ifade özgürlüğünün sınırları herkes için aynı değildir. Bu özgürlüğün kişiye yüklediği görev ve sorumluluklar, kişinin içinde bulunduğu özel duruma, mesela mesleki statüye göre değişebilmekte olduğundan, söz konusu özgürlüğün sınırları, özel durumlarda daralabilmektedir¹⁴.

Halka aydınlatıcı bilgi veren konunun uzmanları meslek odaları vb kuruluş sözcüleri fikir hürriyeti olarak bilimsel ahlaki ilkelere aykırı yalan beyanda bulunduğu bu durumda bunun yaptırımını diğer sade vatandaşa göre elbette değişiklik görecektir.

1.3 Düşünce Araçları Da İfade Özgürlüğü Kapsamına Dahildir

AİHM, bir yayıncının mahkumiyetiyle ilgili (Öztürk/Türkiye Davası) olayında izlenen amacın tabiatına veya özgürlüğün kullanılması sırasında gerçek veya tüzel kişilerin rollerine göre herhangi bir ayırım yapılamayacağını belirtmiştir. Mahkeme bu hususun sadece bilginin içeriği için değil, bilginin yayılma yolları için de geçerli olduğunu, çünkü bilginin yayılma yollarına yapılan herhangi bir kısıtlamanın, ifade özgürlüğüne de müdahale teşkil edeceğini vurgulamıştır¹⁵.

1.4 İfade Özgürlüğü, Belirli Meşru Amaçlar İçin Sınırlandırılabilir

AİHS, sözleşmeciler devletlere, ifade özgürlüğünü belirli meşru amaçlar için sınırlama yetkisi tanımaktadır. AİHM’ye göre, sözleşmeciler devletlerin hiçbir organı, Sözleşme’nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri sınırlama yükümlülüğü altında değildir. Özellikle 10. Maddenin 2. fıkrası ifade özgürlüğü ile ilgili bir durumda devletleri yasak veya ceza koymaya zorlamamakta, onların kendilerine uygun bir çözüm yolu bulmalarını engellemektedir¹⁶

Bütün özgürlükler gibi ifade özgürlüğü de mutlak değildir. AİHS ve AİHM kararlarında ifade özgürlüğünün sınırlarının bulunduğu belirtilmiştir. Bu durum AİHS’nin 10. maddesinin

¹² Sunday Times/Birleşik Krallık (No: 1), 26.04.1979, p.65; Kararın Türkçe metni için bkz. DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları (İHAİ), Beta Yay., İstanbul, 1996, s. 163-192; Ayrıca bkz: Gerger/Türkiye, 8.7.1999, p.46, Türkçe çevirisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni (YMB), 24 Ekim 2000, Sayı: 125, s.51 vd

¹³ Gölcüklü / Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s.318; Autronic AG / İsviçre, 22 Mayıs 1990. A. 170, p. 47

¹⁴ Geniş bilgi için bkz: Gemalmaz, Mehmet Semih, “İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü”, Sahir Erman’a Armağan, İÜHF, İstanbul 1999, s.316.

¹⁵ Öztürk/Türkiye, 28.9.1999, p. 49, Kararın Türkçe çevirisi için bkz: YMB, 20 Eylül 2000, Sayı: 122, s.25 vd.

¹⁶ Handyside/Birleşik Krallık, 07.12.1976, p. 54, Kararın Türkçe çevirisi için bkz: Doğru, İHAİ, s.55-73.



2. paragrafında açıkça ifade edilmiştir. Ancak düşünce ve ifade özgürlüğü, görev ve sorumluluklarla birlikte kullanılabilir. Devletler, ancak AİHS’de belirtilen meşru amaçları sağlamak için bu özgürlüğün kullanılmasını sınırlandırabilir. Bu amaçlar, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü kamu güvenliği, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi, başkalarının şeref ve haklarının korunması, yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sağlanmasıdır.¹⁷

1.5 Sınırlama Konusunda Devletlerin Takdir Yetkisi Vardır, Ancak Sınırsız Değildir

Ulusal makamlar, ifade özgürlüğünün kullanılmasına AİHS’de gösterilmiş olan meşru amaçları temin etmek için sınırlama getirebilirler. Meşru amaçlar ve bu amaçları gerçekleştirmek üzere alınacak tedbirler konusunda devletlerin takdir yetkisi vardır. Ancak bu yetki sınırsız olmayıp Avrupa İnsan Hakları Denetim Organlarının denetimi ile el ele yürüyecektir. Nihai karar verme yetkisi yine sözkonusu Organların olacaktır.

İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin, Sözleşme uyarınca meşru sayılabilmesi için, müdahâle niteliğindeki tedbirin, hukuk tarafından öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli (zorunlu) olup olmadığı tespit edilmelidir. Geniş ölçüde subjektif nitelikte olduğu belirgin olan bu değerlendirme işleminin sınırlarının tespit edilmesi zorunluluğu vardır¹⁸.

AİHM, ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalarda devletlerin hem ulusal şartları hem güdülen meşru amaç için toplumsal ihtiyacın baskısını, hem de müdahâlenin niteliğini belirlemede takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir¹⁹.

Ancak şu var ki, AİHM’nin görevi herhangi bir biçimde yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşme’ye uygunluğunu denetlemektir. Mahkeme, elindeki çeşitli verilere dayanarak, ulusal makamların müdahale biçiminde aldıkları tedbirleri haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin 10. maddenin 2. fıkrası bakımından uygun ve yeterli olup olmadığına karar vermektedir²⁰.

1.6 Sınırlama Hukuk Tarafından Öngörülmüş Olmalıdır

Hukuk tarafından öngörülme şartının gereğinin yerine getirilmesi için sınırlama ölçüsüne yeterli kanuni bir dayanak olması gerekir. Bu dayanak yazılı veya yazılı olmayan bir kanun hükmü olabilir. Bu bakımdan ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama sadece yasama organının tasarrufları ile oluşan kanunlarla değil, örf ve adet ve teamüllerle de tesis edilebilir²¹

Sözkonusu müdahalenin kanuni dayanağının ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik (sonuçlarının önceden tahmin edilebilirliği) özelliklerini taşıması, bu şartın yerine getirilmesi için yeterlidir²². Diğer bir ifadeyle, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırma, değişmezlik,

¹⁷ Örnek olarak bkz: Gerger/Türkiye, 09.07.1999, p.35-42.

¹⁸ Gölcüklü, s.56.

¹⁹ Handyside/Birleşik Krallık, p. 48; Sunday Times/Birleşik Krallık (No: I), p. 59.

²⁰ Handyside/Birleşik Krallık, p. 50.

²¹ Alpaslan, Şükrü M., “AİHS Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü”, Sahir Erman’a Armağan, 1ÜHF, İstanbul2000, s.30.

²² Harris, D.J./O’BOYLE, M/Warbrick, C., Law of the European Convention on Human Rights. Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995, s.390; Ayrıntılı bilgi için bkz: Jams, Mark W./KAY, Richard S./Bradley, Anthony W., European Human Rights Law, Clarendon Press, Oxford 1995, s.218 vd.



açıklık ve ulaşılabilirlik nitelikleri taşıyan ve böylece gerçek bir hukuk güvenliği sağlayan hukuk kuralları aracılığıyla gerçekleştirilmelidir²³.

1.7 Sınırlama, Demokratik Toplumda Gerekli ve Hedeflenen Meşru Amaçlarla Orantılı Olmalıdır

AIHS' de ifade özgürlüğünün kullanılmasına kamu makamları tarafından yapılan müdahalenin sınırları çizilmiştir. Buna göre, getirilen sınırlama, hukuk tarafından öngörülmüş olması halinde söz konusu sınırlamanın demokratik bir toplumda toplumsal ihtiyacın baskısını karşılayıp karşılamadığı, Sözleşmede sınırlı olarak gösterilen meşru amaçlarla orantılılığ⁸ ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin AIHS bakımından uygun ve yeterli olup olmadığı AIHM tarafından incelenmektedir⁹ Sonuçlar olumlu olduğu takdirde, söz konusu müdahale demokratik bir toplumda gerekli kabul edilecektir²⁴.

Mahkeme ayrıca sınırlamanın etkinliğini de araştırmakta ve mesela başka bir kaynaktan elde edilebilecek bir haber veya bilgiye ulaşılmasının, ulusal makamlarca kısıtlanmasının, gereklilik unsurunu taşımayacağını belirtmektedir²⁵.

1.8 Sınırlamanın Özellik ve Ağırlığı İnceleme Konusu Yapılır

AIHM, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın özellik ve ağırlığını da hesaba katmaktadır. İncal/Türkiye olayında henüz dağıtılmamış bir bildiriden dolayı İncal'ın hapis ve para cezasının sonucu olarak kamu hizmetlerinden de yoksun bırakılmasının demokratik bir toplumda acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermediğini belirtmiştir. Bu davada sınırlamanın sadece engelleyici niteliğinin bile Sözleşme'ye aykırı olduğunu vurgulamıştır²⁶.

2 AIHS, AIHM ve AIHK Kararları ve T.C. Anayasası Düşünceyi Açıklama Hürriyeti

AIHS, AIHM ve AIHK Kararları

Düşünce, vicdan ve inanç hürriyetine çok uzun yıllar süren mücadeleler sonucunda ulaşılmıştır. Vicdan hürriyeti, tarih boyunca düşünce, din ve inanç hürriyetiyle birlikte düşünülmüş ve gelişmiştir. İnanç ve din sistemine ilişkin hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık, tarihî süreçte, insanın maddî ve manevî sağlığını bozan en vahşi ve acımasız uygulamalara yol açmıştır²⁷.

²³ Morange, Jean, "İfade Özgürlüğünün Hukuki Esasları", (Çev: Tugba Ballıgil), Düşünce Özgürlüğü, (Haz: Hayrettin Ökçesiz), Afa Yayınları, İstanbul 1998, s.91.

²⁴ AIHS, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmanın sınırı olarak demokratik toplumda gereklilik ölçütünü benimsemiştir. AIHM kararlarında da ülkemizde 1961 AY smda benimsemiş olan hakkın özü ölçütüne üstü kapalı bir biçimde yer verilmiştir. Bkz. Yıldız Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Afa Yay. İstanbul, 1998, s. 183.

²⁵ Alpaslan, s.30.

²⁶ İncal/Türkiye, 9.6.1998, p.56, Kararın Türkçe çevirisi için bkz: YMB, 7 Nisan 1999, Sayı: 76, s.51 vd.

²⁷ Vicdan, normlar bilincinin tezahür şeklidir. Bu normlar, bireyin kendisi veya diğer bireylere karşı ödevleridir. Bu normlara etkin bir hissi bağlılık vardır ve bunların bizzat birey tarafından ihlâli hâlinde ızdırıp hisse dilir. İnsan, aklının yanısıra, vicdana sahip olmasıyla da diğer canlılardan ayrılır. Vicdan aynı zamanda hür insan modelinin de vazgeçilmez bir unsurudur. Zira, hürriyet, akla ve vicdana uygun hareket etmek anlamına gelmektedir (Atalay, Esra, "Vicdan Özgürlüğü", İnsan Hakları Yıllığı, C. 21-22, 1999-2000, s. 123-124).



Vicdan hürriyeti, bir taraftan bireye devletten vicdanî alanına ve insan onuruna müdahalede bulunmaktan kaçınmasını talep hakkı yoluyla koruma sağlayan bir temel hak olma niteliğinden dolayı negatif statü hakları arasında değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, öncelikle bir savunma hakkı niteliğinde olmakla beraber, vicdana uygun hareket etme hürriyetini de güvenceye alması sebebiyle, bireye devletten olumlu bir edimi talep hakkı tanınması anlamında, vicdan hürriyeti aktif statü hakkı niteliğine de sahip bulunmaktadır. Şu hâlde vicdan hürriyeti, sadece iç aleme ilişkin bir hürriyet değildir. Vicdan hürriyeti, sadece düşünmeyi ve vicdanî kararın oluşumunu değil, aynı zamanda vicdanî kanaati ifade ve vicdanî kanaate uygun hareket etmeyi de kapsamaktadır²⁸.

Vicdanî bir karardan ve buna uygun hareket etme hürriyetinden söz edebilmek için vicdanî kanaatin beslendiği kaynağın önemi yoktur. Vicdanî karar dine, din dışı veya din karşıtı bir dünya görüşüne dayansa dahi temel hakkın kapsamına girer. Bu temel hakkın en önemli ve çoğunlukla karşılaşılan uygulama alanı, bireyin kendi vicdanî karara ters düşen bir kanunî ödevine karşı itaati reddetme hakkına sahip olmasıdır. Burada, vicdanî karara göre hareketin pasif boyutu söz konusudur. Vicdanî karara uygun hareketin diğer boyutu ise, aktif bir davranışta bulunmadır. Vicdanî kanaat doğrultusunda aktif hareketlerde bulunma, vicdan hürriyetine ilişkin sınırlandırmaları harekete geçirecek aşamaya kadar hoşgörüsüyle karşılanmalıdır. Ancak, vicdanının sesine uygun hareket etmek için bireyin sadece kaçınması, yani pasif hareketi yetiyorsa, bu durumda aktif hareketler koruma alanı dışında kalmaktadır. Ne var ki, vicdanî kanaate dayanan aktif harekette bulunma hürriyeti, hiçbir zaman kanunların suç saydığı hareketleri yapma imkânı vermez. Kanunla açıkça suç olarak düzenlenmemiş olsa bile, vicdanî kanaate göre hareket etme hürriyetinin sınırı, diğer bireylerin insan onuru, hayat hakkı, vücut dokunulmazlığı ve hareket hürriyetine müdahale oluşturan fiillerle sınırlıdır²⁹. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre, bir inancın dış dünyaya yansıtılması her zaman Sözleşme'nin 9. maddesi hükmünün güvencesinden yararlanamaz. Bireyin şikâyet konusu olan hareketi bizzat inancın tezahürü olmayıp, sadece bu inancın telkin ettiği bir hareket ise, bu tezahür şekli bu hükmün koruması dışında kalmaktadır³⁰. Örneğin, vicdanî gerekçelerle vergi ödeme yükümlülüğünü reddetme hakkı bulunmamaktadır. Komisyon, vergi gelirinin bir bölümünün devlet tarafından, bireyin inançlarına aykırı düşer şekilde harcanmasının (silâh satın alımı veya din işleri gibi) inançlara saygısızlık olduğu ileri sürülerek vergi ödeme yükümlülüğünün Sözleşme'nin 9. maddesine aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Vergi ödeme yükümlülüğü genel nitelikte nötr bir yükümlülük olup, inançlara saygı bağlamında bir sonuç doğurmaz. Bu sıfatla, vergi yükümlüsü ne toplanan verginin sarf yerini etkileyebilir, ne de bu gelirin harcanması konusunda karar verebilir³¹.

Vicdan hürriyet, vicdanî kanaat oluşumu sürecine ilişkin güvence kapsamında, bireyin zaman içinde vicdanî kanaatini değiştirme hürriyetini de kapsamaktadır (AİHS m. 9/1).

Vicdan hürriyetinin *İnsan Onuru*'yla olan ilgisinden dolayı devlet sadece insan onuru çerçevesinde bireyin vicdanî kararına saygı göstermek, yani bizzat ihlâl etmekten kaçınmak zorunda olmayıp, aynı zamanda toplumdaki diğer bireylerin insan onuruna zarar verici hareketlere karşı onu korumakla da yükümlüdür. İç hukukumuzda, "*insan onuru*" ilkesi, bağımsız bir hak olarak düzenlenmemekle beraber, Anayasa'nın başlangıç bölümünde "onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hakkı" güvence altına alınmış olduğundan, devletin *insan onurunu* koruma yükümlülüğünden söz edilebilir.

²⁸Atalay, agm, s. 126-128, 140-141. *

²⁹Atalay, agm, s. 130, 140.

³⁰Gölcüklü ve Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, s. 352.

³¹AİHK Kararı, C-Birleşik Krallık Davası, 15.12.1983, bn. 10358/83, DR37, s. 153.



Ayrıca, *insan onuru* ilkesinin hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru ve devlet öncesi bir temel hak olması da devletin tabii olarak *insan onurunu* korumakla yükümlü olmasını zorunlu kılmaktadır. *İnsan onurunun* en önemli tezahür şekillerinden biri olan vicdanî kararın korunması bakımından da devletin bir koruma yükümlülüğü olacağı söylenebilir³².

Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamında, düşünce, din ve vicdan hürriyeti demokratik toplumun temel taşlarından birisidir. Dinsel boyutu bakımından bu hürriyet, inananların kimliği ve hayat görüşlerine ilişkin esas unsurlar arasında yer aldığı gibi, ateistler, egnostikler, şüpheçiler veya kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır. Burada söz konusu olan, demokratik toplumun olmazsa olmaz varlık şartı *çoğulculuktur*. Bu da yüzyıllar süren mücadeleler sonucu zorluklarla sağlanmıştır³³.

Tarihî süreçte, birçok toplumda ve kültürde önemli badireler atlatarak günümüze ulaşan dinî ve vicdanî kanaat hürriyetinin en önemli unsuru, bireyin devlet veya başka bir merci tarafından herhangi bir baskı, ayırım ve hoşgörüsüzlükle karşılaşmaksızın inanç ve ibadet hürriyetine sahip olmasıdır³⁴. Roosevelt'in ünlü *dört hürriyet* demecinin ikinci sırasında yer almış olan vicdan hürriyeti, yalnız devlet içi hayatın değil, milletlerarası barışın da bir şartı olmuştur. Böylece, düşünce, kanaat, din ve vicdan hürriyeti milletlerarası belgelerde açıkça düzenlenmeye ve güvence altına alınmaya başlanmıştır³⁵.

Vicdan hürriyeti ile düşünce hürriyeti arasında farklılık bulunmaktadır. Vicdan hürriyeti ile düşünce hürriyeti arasındaki en önemli farklılık, vicdan hürriyetinin kullanımında etik içerikli bir kanaatin varlığının zorunlu bulunmasıdır. Diğer bir fark ise, vicdanî kanaatlerin bireyin kendi değerlendirmelerine dayanmasıdır. Oysa, düşünceyi ifade hürriyeti başkalarının düşüncelerini ve vicdanî kararlarını, onları şahsen benimsemeden ve yorum yapmadan başkalarına aktarma faaliyetlerini de kapsar.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu hürriyeti güvence altına almış bulunmaktadır. Buna göre, herkes düşünce, din ve vicdan hürriyetine sahiptir. Herkes, düşünce ve din değiştirme ve alenen veya özel bir tarzda ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak, dinini veya kanaatini açıklamak hürriyetine sahiptir (AİHS m. 9/1). Sözleşmedin 9. maddesi 1. fıkrasında yer alan düşünce vicdan ve din hürriyeti mutlak niteliktedir ve herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulamaz. Bu genel hak, Sözleşmenin bu hakkın kısıtlanmasına ilişkin 9. maddesi 2. fıkrasından tamamen bağımsızdır. Devletin bu hakka mutlak surette saygı göstermesi sonucu, birey istediği inanca sahip olacak, inancını açıklamaya zorlanamayacak, inancından dolayı suçlanamayacak, zorla veya beyin yıkama gibi serbest iradeyi etkileyen başka yollarla herhangi bir inanç kabul ettirilmeyecek veya inancından vazgeçirilmeyecektir. Divana göre din hürriyeti, her şeyden önce bireyin iç alemine ilişkin bulunmakta ise de bunun zorunlu bir gereği olarak, dinini söz ve eylem hâlinde açığa vurmak dinî inançların varlığıyla bağlantılı bir olgudur³⁶.

Sözleşmenin düşünce, din ve vicdan hürriyetine ilişkin 9. maddesi hükmü, düşünceyi açıklama hürriyetine ilişkin 10. maddesi hükmüyle belli ölçüde yakın ilişki içerisindedir. Ancak, Sözleşmedin 9. maddesi hükmü, belli bir düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve öneme

³² Atalay, agm, s. 133-134.

³³ AİHD Kararı, Kokinakis-Yunanistan Davası, 25.5.1993, Seri A 260-A, par. 32; Otto- Preminger-Institut-Avusturya Davası, 20.9.1994, Seri A 295-A, par. 47.

³⁴ Atalay, agm, S.124.

³⁵ Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi "Her şahsın, düşünce, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır..." (m. 18), Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme "Her-kesin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır..." (m. 18/1) hükmüne yer vermiştir.

³⁶ AİHK Kararı, X-Almanya Davası, 16.12.1982, bn. 9228/80, DR 30, s. 132; AİHD Kararı, Kokinakis-Yunanistan Davası, 25.5.1993, Seri A-A, par. 31,33.



sahip görüşler, dinî, felsefî ve ideolojik inançlar, bir bütün olarak bireyin her türlü kanaat, inanç, görüş, felsefî doktrin gibi fikir ve düşünce dünyasında, iç aleminde yer alan kanaati söz konusudur. Dolayısıyla, bu hüküm bireyin iç dünyasını korumakta, bunun dokunulmazlığını güvence altına almaktadır. Oysa, Sözleşmenin 10. maddesi hükmünde yer alan düşünce, din ve vicdan terimleriyle ifade edilen değer, bilgilendirme sonucu edinilen her türlü bireysel fikir ve tercihlerdir. Sözleşmenin 10. maddesi hükmünün anlamı ve kapsamı daha geniştir³⁷.

Sözleşme Kurumları da göre devlet, inançlara saygıyı, yani bu hürriyetin gerçekten ve fiilen kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve güvenceleri sağlamak yükümlülüğü altındadır³⁸. Devletin bu pozitif yükümlülüğü, farklı dinlere mensup bireyleri dinleri sebebiyle leh veya aleyhte farklı işleme tâbi tuttuğu İm amal arını gerektirir^{39*} 40. Okullarda belli bir doktrinin öğrencilerin iradelerine rağmen aşılmasına çalışılması, hem Sözleşmenin 9. maddesi hükmünü, hem de Sözleşme'ye Ek 1 Nolu Protokoldü 2. maddesi hükmünü ihlâl eder⁴¹. Zorunlu din bilgisi dersi bulunan okullarda, Sözleşmenin 9. maddesi bu eğitimden muaf tutulma imkânının tanınmasını da gerektirir⁴².

Sözleşmenin 9. maddesinde tanınan hakkın kullanılması, bireysel olarak veya grup hâlinde, alenî ve özel şekilde ibadet, ayin veya öğretim yolunda inancı açığa vurma şeklinde tezahür etmektedir. Bu tezahür şekli, kural olarak, başkalarını kendi dinsel inancı yönünde ikna etme hakkını da içermektedir. Aksi hâlde, yani izhar hürriyetinin tanınmaması hâlinde, din veya inanç değiştirme hürriyeti gerçekte hiçbir anlam taşımaz, teorik bir varsayımdan ibaret kalır. Sözleşmenin 9. maddesi 2. fıkrası, Sözleşmenin 8, 10 ve 11. maddelerinde düzenlenenden farklı olarak, bireyin yalnızca inancını açıklama hürriyetinin bu fıkra hükmünde yer alan şartlar çerçevesinde sınırlanabileceği hususunu düzenlemektedir⁴³.

Din ve vicdanî kanaatleri sebebiyle ordudan re'sen erken emekliliğe sevk edilmelerinin Sözleşmenin 9. maddesi hükmüyle tanınan hak ve hürriyetlerini ihlâl ettiği iddiasıyla yapılan başvuruda Divan, Yüksek Askerî Şûra Kararının, başvuruçunun ileri sürdüğü dinî kanaat ve inançlarını veya dinî görevlerini ne surette yerine getirdiğini değil, davranış ve tutumlarına, da dayandırıldığı, bu tutum ve davranışların askerî disiplin ve lâiklik ilkesini ihlâl ettiği sonucuna vararak, re'sen emekliye sevk işlemini, başvuruçunun dinini izhar şekliyle ilgili bir gerekçeye dayanmadığı yönüyle, Sözleşme'nin 9. maddesi hükmüyle güvence altına alınan hakka bir müdahale tespit etmemiştir⁴⁴. Divan bu kararda, din hürriyetinin aldığı şekillere değinmiştir. Divan'a göre din hürriyeti, öncelikle bireyin iç dünyasına inhisar etmekte ise de, aynı zamanda dinini sadece, toplu olarak, alenî surette ve aynı inancı paylaşan bireylerin birlikte oluşturduğu çevrede izharını sonuçlamaz. Bu hürriyeti, keza bireysel olarak ve özel mekânda tek başına kullanmak da mümkündür. Sözleşme'nin 9. maddesi, bir din veya inancı izhar etmenin ibadet, öğretim, uygulama ve ayin gibi alabileceği çeşitli şekilleri saymaktadır. Bununla beraber, bu hürriyet, bir din veya inancın gerekli kıldığı yahut ilham ettiği her hareketi korumamaktadır. Kaldı ki, birey dinini izhar hürriyetini kullanırken kendi özel durumunu dikkate almak

³⁷ AİHD Kararı, Belçika Eğitim Dili Davası, 23.7.1968, Seri A 6, s. 32; Campbell ve Coşan s-Birleşik Krallık Davası, 25.2.1982, Seri A 48, s. 16, par. 36; Lingens-Avusturya Davası, 8.7.1986, Seri A 103, par. 46.

³⁸ AİHK Kararı, X-Birleşik Krallık Davası, 12.3.1981, bn. 8160/78, DR 22, s. 27; AİHD Kararı, Kjeldsen, BuskMadsen ve Pedersen-Danimarka Davası, 7.12.1976, Seri A 23, s. 26, par. 53; Harris, O'boyle and Warbrick, age, s. 358, 361, 364, 487, 543-546, 548 ve 583.

³⁹ AİHD Kararı, Belçika Eğitim Dili Davası, 23.7.1968, Seri A 6, s. 32; Campbell ve Coşan s-Birleşik Krallık Davası, 25.2.1982, Seri A 48, s. 16, par. 36; Lingens-Avusturya Davası, 8.7.1986, Seri A 103, par. 46.

⁴⁰ AİHD Kararı, Hoffnien-Avusturya Davası, 23.6.1993, Seri A 255-C, par. 36.

⁴¹ AİHD Kararı, Kjeldsen ve BuskMadsen ve Pedersen-Danimarka Davası, 7.12.1976, Seri A 23, s. 269.

⁴² AİHK Kararı, Lena ve Anna-Nina Angeleni-İsveç Davası, 3.11.1986, bn. 10491, DR 5 i, s. 52 ve son.

⁴³ AİHD Kararı, Kokkinakis-Yunanistan Davası, 25.5.1993, Seri A 260-A, par. 31, 33, 44 ve 48.

⁴⁴ AİHD Kararı, Kalaç-Türkiye Davası, 1.7.1997, par. 28 ve son.



zorundadır⁴⁵. Divana göre, ordu mensupları askerlik mesleğine girerken bu mesleğin disiplin sistemini kendi serbest iradeleriyle kabullenmişlerdir. Bu sistem, tabiatı itibarıyla, ordu mensuplarının kimi hak ve hürriyetlerine, sivilere uygulanması mümkün olmayan birtakım sınırlamalar getirme ihtimalini içermektedir. Devletler, askerlik hizmetinin gereklerine uygun, düzene aykırı tutumları yasaklayan disiplin yönetmelikleri yapabilirler⁴⁶.

Komisyon bir kararında, Sözleşme'nin 9. maddesi hükmü mutlaka bir inancın emrettiği alenî bir davranış şeklini değil, öncelikle bireyin iç dünyasında yer alan bir inancı koruduğu, bir inancın tayin ve telkini sonucu olsa bile, dolaysız surette bu inancı ifade etmeyen tutum, hareket, eylem ve davranışın bu hükmün koruduğu bir uygulama olmadığı, bir Türk askerî akademisinin, askerlik mesleğini seçmiş ve dinî görevlerini askerî hayat gereği getirilen sınırlamalar çerçevesinde yerine getirme imkânına sahip öğrencilere “fundamentalist” harekete katılmayı yasaklamasının din ve vicdan hürriyeti hakkına müdahale oluşturmayacağı görüşünü belirtmiştir⁴⁷.

3 T.C. Anayasası Düşünceyi Açıklama Hürriyeti (Düşünce ve Kanaat Hürriyeti)

Herkes ifade ve açıklama hakkına sahiptir. Bu hak, içtihat hürriyetini ve resmî makamların müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber, bilgi ve fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva etmektedir (AİHS m. 10; Anayasa m. 26).

Sözleşme'nin 10. maddesi ile 8, 9 ve 11. maddelerinde yer alan kavramlar birbirileriyle bağlantılı ve içiçe durumdadırlar. Sözleşme'nin 8, 9 ve 11. maddelerindeki düzenlemelerin, Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında da geçerli olduğu şüphesizdir. Ne var ki, Sözleşme'nin 8, 9 ve 11. maddeleri, 10. maddesine nazaran *lexspecialis* durumdadırlar⁴⁸.

Demokratik toplumun en esaslı temellerinden birisini oluşturan ifade hürriyeti, toplumun gelişmesi için önemli olduğu kadar, bireylerin kendilerini geliştirmeleri ve ilerlemeleri için de önemlidir. Divan'a göre, ifade hürriyeti, sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil, devleti veya halkın bir kesimini rahatsız eden, aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici bilgi veya fikirleri de kapsar. Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği *çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirli-* bunu gerektirmektedir⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi, düşünce hürriyetini, her türlü sınırsız davranışa cevap veren mutlak ve sınırsız bir anlamda görmemektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, düşünce hürriyetinin toplumsal hayatla dengeli olması gerekmektedir⁵⁰.

Bu hürriyet, aynı zamanda, diğer hak ve hürriyetleri savunmanın başlıca dayanağı ve koruma aracıdır. Bu hürriyet olmaksızın diğer hak ve hürriyetlerin ihlâl edildiğini bilebilme ve ihlâl edenlerle mücadele etme imkânı yoktur.

Bu hürriyet öz itibarıyla, başkalarının ve kamunun çıkarlarına zarar verme riski içermekle beraber, bu risklere katlanılması demokratik bir sistemini temel özelliklerinden

⁴⁵ AİHD Kararı, Kalaç-Türkiye Davası, 1.7.1997, par. 27.

⁴⁶ AİHD Kararı, Engel ve diğerleri-Hollanda Davası, 8.6.1976, Seri A 22, par. 57.

⁴⁷ AİHK Kararı, Kemal Yanaşık-Türkiye Davası, 6.1.1993, bn. 14524/89, DR 74, s. 14

⁴⁸ AİHD Kararı, Ezelin-Fransa Davası, 26.4.1991, Seri A 202, par. 35.

⁴⁹ AİHD Kararı, Handyside-Birleşik Krallık Davası, 7.12.1976, Seri A 24, par. 23 ve 49; Müller ve diğerleri-İsviçre Davası, 24.5.1988, Seri A 133, par. 33.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesinin 8.4.1963 tarihli Kararı, E. 1963/16, K. 1963/83, AYMKD, sy. 1, s. 199.



birisidir. Fakat bu katlanmanın da bir sınırı vardır. Bu sebeple, bu hürriyete mutlak bir nitelik tanınmamıştır⁵¹.

Düşünce ve fikir sahibi olmak, bunları açıklamak, haber veya fikir almak ve vermek, hangi yönden alınırsa alınsın içiçe bulunurlar. Düşünce ve kanaat, bireyin iç dünyasında kaldığı sürece mutlak koruma altındadır. Dolayısıyla kimse, inanç ve kanaati sebebiyle cezalandırılmaz, kınanamaz, düşüncelerini açıklamaya zorlanamaz. Ancak, düşüncenin asıl değer kazanması, bunun açıklanmasıyla, yani dış dünyaya aktarılmasıyla başlamaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesi, özü itibarıyla, asıl değeri, yani düşüncenin açıklanmasını korumaktadır⁵².

Düşünce hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin en önemlisidir. Düşünce hürriyetinin olmadığı toplumlarda, diğer hak ve hürriyetlerin varlığının herhangi bir anlamı olamaz. Şu hâlde, ifade hürriyeti güvence altına alınmalıdır.) Zira, ifade edilemeyen düşünce hürriyetinin bir anlamı yoktur. Bu durum, eğitimin tam ve mutlak olarak propagandanın yanıltıcı ve yönlendirici etkisinden uzak tutulmasını gerektirir. Çünkü, düşünceler propagandanın etkisiyle yapay olarak şekillenir ve gerçeklerden uzaklaşır⁵³.

Demokratik toplumlardaki önemine rağmen düşünceyi açıklama hürriyeti, çoğu hak ve hürriyetler gibi mutlak olmayıp bazı sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Önemli bir husus, 10. maddenin koruma altına aldığı hak ve hürriyetlerin özel hayata saygı gibi diğer hak ve hürriyetlerle çatışması hâlidir. Bu hâlde, hukukî tercihlerde geçerli “menfaatlerin tartılması” doktrinine uygun olarak, düşünceyi açıklama hürriyetinin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak sınırlanması gerekmektedir⁵⁴. Şüphesiz, bu fıkra hükmünün, istisna sıfatıyla dar yorumu tâbi tutulması gerekmektedir⁵⁵.

Sözleşme'de öngörülen ifade hürriyeti (AİHS m. 10/1), üç sebeple sınırlandırılabilir (AİHS m. 10/2). Bu hürriyete yapılan bir müdahalenin ihlâl oluşturmaması için, müdahalenin kanunla önceden düzenlenmiş olması; müdahalenin, müdahaleyi haklı kılan sebeplerden birisine dayanması ve böyle bir amaca ulaşmak için yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır⁵⁶. Devletler, kanunun öngördüğü ve meşru amaçla bu hürriyete yapılan müdahalenin gerekliliği şartının değerlendirilmesinde bir takdir alanına sahip bulunmaktadırlar. Bununla beraber, devletlerin bu takdir yetkisi, Strasbourg Kurumu'nun denetimine tâbidir. Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınmış hakkın kullanılmasına ilişkin yapılacak müdahale ayrıntılı bir şekilde yapılmalı, getirilen kısıtlamanın gerekliliği inandırıcı surette ortaya konulmalıdır. Burada, bu hak ve hürriyetin demokratik toplumdaki önemi hatırlanmalıdır⁵⁷.

Sözleşme Kurumu'na göre, devlet, Sözleşme'nin 10. maddesi 2. fıkrasında belirtilen istisnalar dışında, bireylerin haber kaynaklarına ulaşmasını engellememe yükümlülüğü altındadır. Örneğin, meslek sırrının açıklanmasını yasaklamak ifade hürriyetine müdahale oluştursa da, ilgilinin bulunduğu mevkie ilişkin görev ve sorumluluklar, bu müdahaleyi

⁵¹ Eryılmaz, M. Bedri, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade özgürlüğü ve Türk Hukuku; İfade Özgürlüğü v. Türkiye”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 58, sy. 2001/1, s. 251.

⁵² AİHD Kararı, Leander-İsveç Davası, 26.3.1987, Seri A 116, s. 29, par. 74-75

⁵³ Laski, Harold J., The Rise of European Liberalism, London, 1962, s. 192; Yaşamış, Firuz Demir, Türkiye'de Devletin ve Demokrasinin Yeniden Yapılanması, Sorunlar ve Çözümler, İstanbul, Haziran 2001, s. 282.

⁵⁴ Gölcüklü ve Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 326-327.

⁵⁵ AİHD Kararı, Handyside-Birleşik Krallık Davası, 7.12.1976, Seri A 24; Sunday Times- Birleşik Krallık Davası (2), 26.11.1991, Seri A 217, s. 29, par. 50; Castells-İspanya Davası, 23.4.1992, Seri A 236, par. 42; Janis, Kay and Bradley, age, s. 71-87, 160-183.

⁵⁶ AİHM Kararı, Ceylan-Türkiye Davası, 8.7.1999, bn. 23556/94, par. 24

⁵⁷ AİHD Kararı, Glasenapp-Aimanya Davası, 28.8.1986, Seri A 104, s. 49, par. 110.



başkalarının hak ve hürriyetlerini koruma gerekçesiyle meşruluk kazanmaktadır⁵⁸. Buna karşılık bir olayda, askerî bir müzede çalışmak isteyen bireyin, yapılan güvenlik soruşturması sonucunun olumsuz olduğu gerekçesiyle ataması yapılmamıştır. Bunun üzerine birey, Sözleşme'nin 10. maddesi hükmüne dayanarak, soruşturma dosyasında bulunan bilgilerin kendisine verilmesini istemiş, fakat hükümet bu talebi reddetmiştir. Divan'a göre, Sözleşme'nin 10. maddesi hükmü, üçüncü kişilerce verilen haber, bilgi veya fikirlerin bunlara ulaşmak isteyen bireylerce öğrenilmesini hükümetin yasaklamasına engeldir. Sözleşme'nin 10. maddesi hükmü, bu somut olayda ilgiliye kendi durumu hakkında bilgi içeren kayıtlara ulaşma hakkını vermediği gibi, hükümete de bunları ilgiliye bildirme yükümlülüğü yüklenmemektedir⁵⁹.

Gerçekten, ifade hürriyetinin bireye, demokrasiye ve diğer hak ve hürriyetlere faydalar sağlmasına rağmen, bütün liberal toplumlarda bir zaruretin gereği olarak, ifade hürriyetiyle elde edilecek çıkarlar, devletin güvenliğinin ve toprak bütünlüğünün, kamu düzeninin ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması gibi başka ihtiyaçlara tercih edilmekte ve hiçbir toplumda ifade hürriyetinin sınırsız olarak kullanılmasına izin verilmemektedir. Türk Anayasası ve Sözleşme uyumlu bir şekilde sınırlı bir korumayı öngörmektedirler (1982 Anayasası m. 26; AİHS m. 10). Bu hükümlerde açıkça belirtildiği üzere, ifade hürriyeti, haber ve bilgi alma hakkını da içermektedir. Burada, devletin bu hürriyetin kullanılmasına karışmama esası üzerine kurulmuş negatif nitelikte bir yükümlülüğü söz konusudur. Bununla beraber, bireylerin düşünce, kanaat, fikir ve görüşlerini oluşturacak olması yönüyle, ifade hürriyetinin kullanılmasının esasını teşkil eden bilgilerin yanlışlığının

Bu hürriyet, düşünceyi açıklamada kullanılan araçları (sözlü ya da yazılıbasın, radyo, televizyon vb.) ve açıklamanın aldığı şekilleri (söz, yazı, sanatsal ifade vb.) de kapsamaktadır⁶⁰. Sözleşme'nin 10. maddesindeki sayımsınırlı değildir. Sözleşme'nin, özellikle 8, 9 ve 11. maddeleri ile Sözleşme'ye Ek 1 Nolu Protokolün 3. maddesi olmak üzere, diğer maddelerinde söz vekanaat hürriyetinin çeşitli kullanım şekilleri yer almaktadır. Bu özel ifadelerin söz konusu olduğu hâllerde Sözleşmenin 10. maddesi değil, ev *specialis* durumda olan ilgili madde hükmü uygulanır⁶¹.

Günümüzde, bireylerin söz hürriyeti önemini yitirmiş bulunmaktadır. Kitle iletişim araçları hızla bu boşluğu doldurmaktadır. Düşünceyi açıklamahürriyeti konusunda en önemli ve hassas sorunlar, kitle iletişim araçları bağlamında ortaya çıkmaktadır⁶².

Burada, kitle iletişim araçlarının demokratik bir toplumdaki öneminin 10. maddesinin ilkeleri belirlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, kitle iletişim araçları politik sorunlar ve genel yararı ilgilendiren diğer konulara ilişkin haber ve düşünceleri kamuoyuna duyurmakla görevlidir. Kitle iletişim araçları, bunu yaparken, özellikle başkalarının onurunu korumak amacıyla konulmuş bulunan sınırları aşmamak zorundadırlar. Basın hürriyeti, kamuoyuna idarecilerin fikir ve davranışlarını öğrenme ve değerlendirmede, kullanılacak en uygun araçlardan birini oluşturmaktadır. Bu husus, Sözleşmenin 10. maddesinde kamunun bilgi ve haber alma hakkının bulunduğu şeklinde ifade edilmiştir. Daha genel bir ifadeyle, hür siyasî

⁵⁸ AİHK Kararı, X-Birleşik Krallık Davası, 12.12.1985, bn. 10293/83, DR 45, s. 41.

⁵⁹ AİHD Kararı, Leander-İsveç Davası, 26.3.1987, Seri A 116, par. 74; Gaskin-Birleşik Krallık Davası, 7.6.1989, Seri A 160, par. 51-52.

⁶⁰ AİHD Kararı, Groppera Radio AG ve Diğerleri-İsviçre Davası, 28.3.1990, Seri A 173, s. 22, par. 55; Müller ve diğerleri İsviçre Davası, 24.5.1988, Seri A 133, par. 27; Jacobs and White, age, s. 230-233; Aksoyak, Tayfun, Basın Hürriyeti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 1991, s. 6-13.

⁶¹ AİHD Kararı, Kjeldsen ve Busk Madsen ve Pedersen-Danimarka Davası, 7.12.1976, Seri A 23, par. 52-53; Mathieu-Mohin ve Glerfayt-Belçika Davası, 3.3.1987, Seri A 113, s. 24, par. 54; Schönerberger ve Durmaz-İsviçre Davası, 20.6.1988, Seri A 137,

⁶² AİHD Kararı, Barthold-Almanya Davası, 25.3.1985, Seri A 90, par 58; Thorgeir Thorgeirson-İzlanda Davası, 25.7.1992, Seri A 239, par. 63.



tartışma, bütünüyle Sözleşme'ye hâkim “demokratik toplum” kavramının öz unsurunu oluşturur. Dolayısıyla, hoşgörülebilir eleştiri sınırları, kamusal kişi sıfatıyla hareket eden politikacı konusunda, “sade vatandaş” konusundakinden dahageniştir. Şüphesiz, politikacı da özel hayatı ve özel hayatının dışında onuruna saygı duyulması hakkına sahiptir. Burada politikacının özel hayatının ve onurunun korunmasının gerekleri ile politik konuların serbestçe tartışılmasının sağlayacağı yararlar arasında denge kurulması zorunludur⁶³.

Goodwindavasında Divan, İngiliz hukukunun öngördüğü ve başkalarının hakkını korumak gibi meşru bir amaca yönelik olarak haber kaynağını açıklamayan bir gazetecinin cezalandırılması işleminin demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale oluşturup oluşturmadığını araştırırken, bu tedbirin Sözleşme'nin 10. maddesi hükmüyle bağdaşabilmesi için kamuyu bilgilendirmekten daha ağır basan bir kamu yararının bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda ise, basın hürriyetinin korunması hususunun daha ağır basması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme Kurumu'na göre, haber kaynağının gizliliğini korumak basın hürriyetinin temel taşlarından biridir. Bu tür bir korumanın yokluğu, genel yarara ilişkin konularda kamuyu aydınlatmaya yarayan bilgiler verebilmek durumunda bulunan bireyleri çekingenliğe sevk eder ki, bu da basının üstlenmiş bulunduğu güvenilir bilgiler vermek suretiyle kamu yararının korunması görevini gerektiği şekilde yerine getirmesini büyük ölçüde zorlaştırır. Divan, bu mülâhazalarla millî takdir alanını da dikkate alarak, haber kaynağını açıklamayan gazeteciye uygulanan tedbirin, başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak için demokratik toplumda gerekli bulunmadığını tespit ederek, Sözleşme'nin 10. maddesi hükmünün ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Demokratik bir toplumda ifade hürriyetinin, özellikle genel yarara ilişkin haber ve fikirlerin basın aracılığıyla yayımı yolunda aldığı önemli rol ancak, devlet güvencesindeki çoğulculuk sayesinde gerçekleşir. İfade hürriyetine en ağır sınırlamalar getiren devlet tekeli, bu hususu sağlamada en elverişsiz yoldur. Bunu da ancak ihtiyacın zorlayıcı niteliği meşru kılar. Günümüzde, teknik gelişmeler, dalga frekanslarının zorunlu kıldığı kısıtlamaları geçersiz hâle getirmiştir. Diğer taraftan, sınır ötesinden ülke üzerine yapılan yayımlar da dava konusu sınırlamayı sebepsiz ve gereksiz kılmıştır.

Türkiye bakımından, Sözleşme Kurumları'na en çok başvuru, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade hürriyeti konusunda yapılmıştır.

Burada, devletin bu hürriyetin kullanılmasına karışmama esasını üzerine kurulmuş negatif nitelikte bir yükümlülüğü söz konusudur. Bununla beraber, bireylerin düşünce, kanaat, fikir ve görüşlerini oluşturacak olması yönüyle, ifade hürriyetinin kullanılmasının esasını teşkil eden bilgilerin yanlışlığının engellenmesi adına devletin bir yükümlülük altında olmaması hem Anayasa, hem de Sözleşme bakımından ciddi bir eksiklik olarak görülmektedir⁶⁴.

Bu hürriyet, düşünceyi açıklamada kullanılan araçları (sözlü ya da yazılı basın, radyo, televizyon vb.) ve açıklamanın aldığı şekilleri (söz, yazı, sanatsal ifade vb.) de kapsamaktadır⁶⁵. Sözleşme'nin 10. maddesindeki sayım sınırlı değildir. Sözleşme'nin, özellikle 8, 9 ve 11. maddeleri ile Sözleşme'ye Ek 1 Nolu Protokol'un 3. maddesi olmak üzere, diğer maddelerinde söz ve kanaat hürriyetinin çeşitli kullanım şekilleri yer almaktadır. Bu özel ifade yollarının söz

⁶³ AİHD Kararı, Casteüs-İspanya Davası, 23.4.1992, Seri A 236, s. 22, par. 42; Janis, Kay and Bradley, age, s. 191-197; Aksoyak, agt, s. 15 vd.

⁶⁴ Eryılmaz, agm, s. 252-253.

⁶⁵ AİHD Kararı, Groppera Radio AG ve Diğerleri-İsviçre Davası, 28.3.1990, Seri A 173, s. 22, par. 55; Müller ve diğerleri-İsviçre Davası, 24.5.1988, Seri A 133, par. 27; Jacobs and White, age, s. 230-233; Aksoyak, Tayfun, Basın Hürriyeti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 1991, s. 6-13.



konusu olduğu hâllerde Sözleşme'nin 10. maddesi değil, *kxspecialiis* durumda olan ilgili madde hükmü uygulanır⁶⁶.

Günümüzde, bireylerin söz hürriyeti önemini yitirmiş bulunmaktadır. Kitle iletişim araçları hızla bu boşluğu doldurmaktadır. Düşünceyi açıklama hürriyeti konusunda en önemli ve hassas sorunlar, kitle iletişim araçları hürriyeti bağlamında ortaya çıkmaktadır⁶⁷.

Burada, kitle iletişim araçlarının demokratik bir toplumdaki önemini vurgulamak gerekir. Bu bakımdan, Divan'ın içtihadı yerleşmiş ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ilkeleri belirlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, kitle; iletişim araçları politik sorunlar ve genel yararı ilgilendiren diğer konulara ilişkin haber ve düşünceleri kamuoyuna duyurmakla görevlidir. Kitle iletişim araçları, bunu yaparken, özellikle başkalarının onurunu korumak amacıyla konulmuş bulunan sınırları aşmamak zorundadırlar. Basın hürriyeti, kamuoyuna idarecilerin fikir ve davranışlarını öğrenme ve değerlendirmede, kullanılacak en uygun araçlardan birini oluşturmaktadır. Bu husus, Sözleşme'nin 10. maddesinde kamunun bilgi ve haber alma hakkının bulunduğu şeklinde ifade edilmiştir. Daha genel bir ifadeyle, hür siyasi tartışma, bütünüyle Sözleşme'ye hâkim "demokratik toplum" kavramının öz unsurunu oluşturur. Dolayısıyla, hoşgörülebilir eleştiri sınırları, kamusal kişi sıfatıyla hareket eden politikacı konusunda, "sade vatandaş" konusundakinden daha geniştir. Şüphesiz, politikacı da özel hayatı ve dışında onuruna saygı duyulması hakkına sahiptir. Burada, politikacının özel hayatının ve onurunun korunmasının gerekleri ile politik konuların serbestçe tartışılmasının sağlayacağı yararlar arasında denge kurulması zorunludur⁶⁸.

Goodwin davasında Divan, İngiliz hukukunun öngördüğü ve başkalarının hakkını korumak gibi meşru bir amaca yönelik olarak haber kaynağını açıklamayan bir gazetecinin cezalandırılması işleminin demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale oluşturup oluşturmadığını araştırırken, bu tedbirin Sözleşme'nin 10. maddesi hükmüyle bağdaşabilmesi için kamuyu bilgilendirmekten daha ağır basan bir kamu yararının bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda ise, basın hürriyetinin korunması hususunun daha ağır basması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme Kurumu'na göre, haber kaynağının gizliliğini korumak basın hürriyetinin temel taşlarından biridir. Bu tür bir korumanın yokluğu, genel yarara ilişkin konularda kamuyu aydınlatmaya yarayan bilgiler verebilmek durumunda bulunan bireyleri çekingenliğe sevk eder ki, bu da basının üstlenmiş bulunduğu güvenilir bilgiler vermek suretiyle kamu yararının korunması görevini gerektiği şekilde yerine getirmesini büyük ölçüde zorlaştırır. Divan, bu mülâhazalarla millî takdir alanını da dikkate alarak, haber kaynağını açıklamayan gazeteciye uygulanan tedbirin, başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak için demokratik toplumda gerekli bulunmadığını tespit ederek, Sözleşme'nin 10. maddesi hükmünün ihlâl edildiğine karar vermiştir⁶⁹.

⁶⁶ 1 AİHD Kararı, Kjeldsen ve BuskMadsen ve Pedersen-Danimarka Davası, 7.12.1976, Seri A 23, par. 52-53; Malhieu-Mohin ve Glerfayt-Belçika Davası, 3.3.1987, Seri A 113, s.24, par. 54; Schönenberger ve Durmaz-İsviçre Davası, 20.6.1988, Seri A 137, par. 31.

⁶⁷ AİHD Kararı, Barthold-Almanya Davası, 25.3.1985, Seri A 90, par 58; ThorgeirThorgeirson-İzlanda Davası, 25.7.1992, Seri A 239, par. 63.

⁶⁸ AİHD Kararı, Casteüs-İspanya Davası, 23.4.1992, Seri A 236, s. 22, par. 42; Janis, Kay and Bradley, age, s. 191 -197; Aksoyak, agt, s. 15 vd.

⁶⁹ AİHD Kararı, Goodwin-Birleşik Krallık Davası, 27.3.1996, par. 39 ve son.



3.1 Düşünceyi açıklamak Hürriyeti, Örgütlenme Hürriyeti ve Suç Teşekkülünün Propagandası

Düşünme, kendi varlığının şuurunda olan insanın, çevresindeki vakıaları, olguları algılaması ve bunlardan belli sonuçlar çıkarması sürecidir. Düşünebilmek için, insanın önce anlama ve algılama kabiliyetinin gelişmiş olması

Düşüncenin dışa yansıma biçimlerinden biri, bunun sözle açıklanmasıdır. Düşünmek, insan için doğal bir hak olduğuna göre; düşündüklerini açıklamak da insanın bu doğal hakkının vazgeçilmez sonucudur. Ancak, düşünce açıklamasının sınırsız olduğu söylenemez.

Düşünceyi açıklama hürriyetiyle alakalı olarak konumuzun sınırlarını taşmamak kaydıyla, şunları söyleyebiliriz; Düşünce açıklamak suretiyle; insanlar suç işlemeye tahrik ve teşvik edilemezler; suçlar ve suçlular övülemezler; insanlar birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa davet edilemezler. Bu itibarla; inanç veya ırk bakımından ya da sosyal veya ekonomik yönden mevcut farklılıklar dolayısıyla insanların birbirlerine karşı kin ve düşmanlık beslemeye tahrik ve teşviki, "düşünce açıklama hürriyeti" kapsamında mütalaa edilemez⁷⁰

Toplumun örgütlenmiş şekli olan devlet, kamu kudretinin ancak meşru zeminde kullanılması halinde bir Hukuk Devleti vasfını haiz olacaktır. Hukuk Devletinde, devlete ait müesseselerin, işleyiş ve fonksiyonları itibarıyla Hukuka bağlı olması gerekir. Bir başka ifadeyle; kamu kudretinin kullanımında insanın esas alındığı, insanın insan olması itibarıyla sahip bulunduğu değerlere riayet edildiği bir devlet, Hukuk Devletidir.

İnsanlar, Hukukun esas alındığı bir toplum düzeninde yaşama hakkına sahiptirler. Bu nedenle; Hukuka bağlı toplum düzenini değiştirmeye veya bu düzenin hakim olduğu Hukuk devletinin gerek insan gerek toprak unsuruna dayalı olarak bölünmesine yönelik düşüncelerin hiçbir haklı yönü olamaz. Bu düşünceler etrafındaki örgütlenmelere müsaade edilemez. Hukuka bağlı toplum düzeninde, bu kabil düşüncelerin münferit ve soyut açıklamış biçimine hoşgörü ile bakılabilir, bu tarz ve mahiyetteki düşünce açıklamaları haklı sayılmasa bile müsamaha ile karşılanabilir. Ancak, bu hukuki düzenin değiştirilmesine ya da devletin insan veya toprak unsuru itibarıyla bölünmesine yönelik sistemli propaganda faaliyetleri, bu düzenin değiştirilmesine yönelik düşünceler etrafındaki örgütlenmeler, adalet esasına dayalı toplum düzeni açısından somut birer tehlike arz ederler.

4 Sonuç

İfade özgürlüğü, AİHS' de ve Türk Hukuk Sisteminde güvence altına alınan temel bir hukuk normudur. Toplumun ve kişilerin maddi ve manevi alanda ilerlemesini ve kendini geliştirebilmesini için gerekli olan bu hürriyet zaman zaman engellenmekte ve AİHM'nde gündeme gelerek dava edilmektedir. AİHM birçok kararında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun esaslı temellerinden birini teşkil ettiğini belirten kararlar almaktadır.

İfade özgürlüğü, diğer özgürlük türleriyle iç içe geçmiş bir özgürlüktür. Esasında bu iç içe geçmişlik özelliği, diğer özgürlük türleri için de geçerlidir, ancak ifade özgürlüğü bu açıdan farklı bir özelliğe sahiptir. İfade özgürlüğünün bulunmadığı yerde mutlaka insanların başka özgürlükleri de kısıtlanıyor demektir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün varlığı, genişliği ve güvenceleri özgür bir toplumun ve özgürlükçü bir siyasi yapının başlıca göstergesidir denilebilir. Bunu AİHM'nin kararlarında açıkça görmek mümkündür.

⁷⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: İnsan Haklar (Sempozyumu, İstanbul 10-11 Aralık 1994), 2. bas, İstanbul 1995(İstanbul Büyükşehir Belediyesi yay n), sonuç tebliği, sh. 328 vd.



Eski ve yeni yapısıyla AİHM, elli yıla yakın bir süredir verdiği kararlarla bir içtihat hukuku oluşturmuş bulunmaktadır. Bu kararlarda dikkati çeken husus ifade özgürlüğünün asıl, sınırlamaların istisna olduğudur. Yukarıda ele alınan prensipleri şu şekilde özetlemek mümkündür

AİHM'ye göre düşüncelerin ifadesi söz, yazı, sanat, resim vb. şekillerde olabileceği gibi TV, radyo, internet, gazete, dergi, broşür gibi araçlarla olabilmektedir. AİHM, Sözleşme'nin açıklanan düşüncelerin hem içeriğini hem de şekil ve araçlarını koruduğunu ifade etmektedir. Mahkeme'ye göre düşüncenin içeriği yıkıcı, şaşırtıcı ve rahatsız edici olsa bile düşünce sırf bu nitelikteki içeriğinden dolayı sınırlamaya tabi tutulmamalı, düşüncenin açıklandığı yer, zaman ve ifade edilmiş biçimi, görev ve sorumluluk gibi unsurlar gözönünde tutulmalıdır.

AİHM, politik içerikli fakat sanatsal üsluptaki ifadelerin, az sayıda bir dinleyici topluluğuna yapılan konuşmanın, tirajı düşük bir dergideki düşmanca ifadeler içeren bir makalenin, düşünce açıklamasında bulunan kişinin sıradan bir vatandaş olmasının ulusal güvenlik, kamu düzeni, suçun veya düzensizliğin önlenmesi gibi meşru amaçlar üzerinde sınırlı bir olumsuz etkiye sahip olacağı, dolayısıyla bu durumlarda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmayacağı görüşündedir.

Mahkeme, ulusal makamların ifade özgürlüğünü hemen sınırlamak yerine, öncelikle çözüme yönelik diğer imkanları kullanması gerektiğini vurgulamaktadır. Mesela kamu makamları, dağıtılmadan önce kendilerine sunulan bir bildiri üzerinde değişiklik yapılmasını isteyerek, çözüme ulaşabilir.

Mahkeme, düşünce açıklamasında bulunan kişinin kimlik ve statüsünün, ifade özgürlüğünün kullanıldığı yer ve zaman gibi somut şartların, sınırlandırmada dikkate alınması gereken noktalar olduğunubelirtmektedir. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığı incelenirken cezanın şiddet ve ağırlığı da hesaba katılmaktadır.

AİHM röportaj yapan gazeteci veya yayıncı gibi başkalarının fikirlerinin yayılmasına vasıta olan kişilerin görev ve sorumluluklarına da işaret etmekle beraber bu kişilerin cezalandırılmasının kamuoyunu ilgisini çeken konuların tartışılmasının önünde engel oluşturacağından bu yola çok önemli geçerli nedenler olmadıkça başvurulmaması gerektiğini belirtmektedir.

Kaynakça

- Aksoyak, T. (1995). Mukayeseli Hukukta Basın Hürriyetinin Düzenlenişi. *Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı*, 170.
- Alpaslan, Ş. M. (1999). AİHS Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü, *Sahir Erman'a Armağan*, İÜHF, İstanbul
- Anayasa Mahkemesinin 8.4.1963 tarihli Kararı, E. 1963/16, K. 1963/83, AYMKD, sy.1.
- Atalay, E. (1999). Vicdan Özgürlüğü. *İnsan Hakları Yıllığı*, C, 21-22.
- Danıştay 5. Dairesinin E. 1986/1723, K. 1991/933, 22.5.1991 tarihli Kararı, *Danıştay Dergisi*, Yıl. 22, Sy. 84-85, Ankara, 1992, s. 321-328.
- Doğru, O. (1996). *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*. Beta.
- Doğru, O. (1998). *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*. İstanbul, İstanbul Barosu.
- Eryılmaz, M. B. (1998). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade özgürlüğü ve Türk Hukuku; İfade Özgürlüğü ve Türkiye, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara.
- Gemalmaz, M. S. (1999). İnsan Hakları Hukuku Açısından ifade Özgürlüğü. *Prof. Dr. Sahir ERMAN'a Armağan*, İstanbul.



- Gölcüklü, F., & Gözübüyük, Ş. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Yayınları, Adalet Yayıncılık.
- Gölcüklü, A. (1998). Feyyaz/Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye, Karar özetleri (1995-2000), (Ed. Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Mayıs 2001.
- Janis, M. W., Kay, R. S., & Bradley, A. W. (1995). *European Human Rights Law*.
- Jacobs, F.G. and White, R.C. A. (1996). *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford
- Kuzu, B. (1996). *Düşünceyi Açıklama Hürriyeti Ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü (TMK md.8) ,21. Asra Girerken Çağdaşlaşma, Demokrasi ve İnsan Hakları*, Aydınlar Ocağı Yayını, Açık Oturumlar Dizisi:16.
- Morange, J. (1998). *İfade Özgürlüğünün Hukukî Esasları. Düşünce Özgürlüğü*, (Haz: Ökçesiz, H.), İstanbul.
- Özek, Ç. (1978). *Türk Basın Hukuku*. İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.
- Özek, Ç. Ceza, İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar, İstanbul: İ. Ü. H. F.
- Rumney, R. (1937). Laski, Harold J., *The Rise of European Liberalism*.
- Sunay, R. (2000). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması*", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C: 8, S:1-2,
- Ünal, Ş. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri*. Anayasa Yargısı Dergisi, 17, 63-85.
- Warbrick, C. (1995). *Law of the European Convention on Human Rights*.
- Yaşamış, F. D. (2001). *Türkiye'de Devletin ve Demokrasinin Yeniden Yapılanması*. Doruk Matbaası, İstanbul.
- Yıldız, M. (1998). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*. Alfa.



LITERARY TEXT BETWEEN CONSCIENCE AND LAW: EXAMPLE OF "YALNIZ EFE"

Kudret SAVAŞ¹

1 Introduction

Literary texts have played an important role for centuries in establishing the inner voice of humanity and its conscientious provisions. Literary texts, from tales to epics, from epics to folk tales, which are the products of the first period of humanity, have the task of presenting the voice of the social conscience in the face of many practices that the social conscience does not accept - even legal. In this respect, the literary texts that evolved into a modern form in the last period of humanity and emerged with their own unique understanding of writing are not at all different from their predecessors. One of the best-known examples of these texts worldwide is *Miserables*, which has the task of exerting the inner voice of the individual between law and conscience. *Miserables* is the story of an individual who has been forced to flee the law all his life but has fulfilled his conscientious obligations.

2 *Yalnız Efe* as an Example For Turkish Literature

In our literature, it is possible to count many works that can be regarded as cultic works of the literary genre, which in similar forms serve to express the tightness between the law and the conscience. One of them is the story *Yalnız Efe* written by Ömer Seyfettin, which is as famous as the author. In this study, we will try to examine how the division of Turkish society between law and conscience is reflected in the literary text, and the attitude of the individual and society in the face of the law, even if the conscientious dimension is missing, in the context of *Yalnız Efe* story alone.

Keywords: Justice, Law, conscience, social conscience, Ömer Seyfettin, *Yalnız Efe*.

VİCDAN VE KANUN ARASINDA EDEBİ METİN: YALNIZ EFE ÖRNEĞİ

1 Giriş

Edebi metinler insanlığın iç sesini ve vicdani hükümlerini ortaya koyma bakımından asırlar boyunca önemli bir işlev üstlenmiştir. İnsanlığın ilk dönem ürünleri olan masallardan destanlara, destanlardan halk hikâyelerine kadar edebi metinler toplumsal vicdanın kabul etmediği - kanuni dahi olsa- birçok uygulamanın karşısında toplumsal vicdanın sesini ortaya koyma görevini üstlenmiştir. İnsanlığın son döneminde modern bir biçime evrilen ve kendine

¹ Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi Rektörlük Türk Dili Bölümü, kudretsavas@gmail.com



has yazma anlayışları ile ortaya çıkan edebi metinler de bu bakımdan öncülerinden hiç de farklı değildir. Kanun ve vicdan arasında kalan bireyin iç sesini dışa vurma görevi üstlenen bu metinlerin dünya çapındaki bilinen en iyi örneklerinden birisi *Sefiller*'dir. *Sefiller* hayatı boyunca kanundan kaçmak zorunda kalan ama vicdani yükümlülüklerini yerine getiren bir bireyin hikâyesidir bir bakıma.

2 Türk Edebiyatında Bir Örnek: *Yalnız Efe*

Edebiyatımızda da benzer biçimlerde kanun ve vicdan arasındaki sıkışmışlığı dile getirmeye yarayan ve yazınımızın kült eserleri olarak kabul edilebilecek birçok eseri saymak mümkündür. Bunlardan birisi de Ömer Seyfettin'in kaleme almış olduğu ve en az yazar kadar meşhur olan öyküsü *Yalnız Efe*'dir. Bu çalışmada Türk toplumunun kanun ve vicdan arasındaki bölünmüşlüğüne edebi metne nasıl yansıtıldığını, vicdani boyutu eksik olsa dahi kanun karşısında bireyin ve toplumun takınmış olduğu tavır *Yalnız Efe* hikâyesi bağlamında incelemeye çalışacağız.

Anahtar kelimeler: adalet, kanun, vicdan, toplumsal vicdan, Ömer Seyfettin, *Yalnız Efe*.

1 Giriş

Milli Edebiyat döneminin ve Türk hikâyeciliğinin en önemli isimlerinden biri olarak kabul edilen Ömer Seyfettin'in en bilinen öykülerinden bir tanesi de *Yalnız Efe*'dir. *Yalnız Efe*, kılavuzu ile beraber ava çıkan ve bu av süresince Yörük obalarında dolaşan kişinin ağzından yazılmış ve yazarın farklı şekillerde birden fazla defa kaleme aldığı bir hikâyedir. İlk olarak *Yeni Mecmua*'da 1918'de bir hikâye biçiminde yayınlanan *Yalnız Efe*, sonraki yıllarda aynı adla yazılması düşünülen bir romanın dibace yani giriş kısmı olarak kaleme alınmış ancak yazar - muhtemelen sağlık sorunlarından dolayı- tasarladığı romanı kaleme almayı başaramamıştır. Genellikle bir çocuk hikâyesi olarak değerlendirilen ve değişik kademelerdeki öğrencilerin çokça okuduğu *Yalnız Efe* her ne kadar bu niteliğiyle bilinse de farklı okumalara müsait olan bir ürün olarak göze çarpmaktadır.

Eseoğlu adlı bir kişinin faizcilikle köylülerin topraklarını yavaş yavaş elinden almasının ve zaptiye kumandanı, kaymakam gibi yerel yöneticileri etkisi altına alarak yerel bir otorite kurmasının konu edildiği eserde bu yapıya karşı çıkan Yörük Hoca'nın öldürülmesi ve kızının babasının intikamını alması ele alınır.

Öykünün ilk bölümünde haksızlığa ve adaletsizliğe karşı çıkan *Yalnız Efe*'nin bir kutsiyet halesi içerisinde yer aldığı ve insanların yalnız *Efe*'yi yarı dini bir figür haline getirdikleri dikkat çeker. Bu bakımdan hikâyenin hemen başlangıcında yer alan, kılavuz ve avcı arasında geçen diyalog önemlidir:

“Ağır bir tavırla:

- Burada tütün içilmez” dedi. Sordum:

- Niçin? Namazgâh mı burası?

- Hayır.

- Ya ne?



...Gizli bir şey söylüyormuş gibi yavaşça:

- *Burası yalnız Efe'nin sır olduğu yerdir!*" (s. 196)

Bu diyalogda en dikkat çeken husus, Yalnız Efe'nin sır olduğu yer söylenirken ortaya konan saygılı tavır ve bu mekâna atfedilen kutsiyettir. Hikâyenin ilgi çekici bir başka noktası ise Yalnız Efe'nin bir kadın olmasıdır. Şehir hayatı içerisinde bir kadının yapması düşünülmeyen bir iş, hikâyede ailenin özellikle Yörük olmasına vurgu yapılarak bir kadına atfedilmiştir. Bu durum, Yörüklük üzerinden Türk kadınının tarih içerisindeki misyonuna uygun biçilen bir görevdir. Ya da bir başka söyleyişle Yalnız Efe, Türk öykücülüğünde görülen Alp tipi ilk kadın kahramanlardan birisidir. (Polat, 2018:39) Avcının bu durumun doğruluğunu dile getirmek için Yalnız Efe'yi gören kadın akrabalarını şahit tutması bir anlamda yazarın o günün toplum şartlarında oldukça garip düşen bir olayı okuyucu gözünde daha reel hale getirmek için başvurduğu yollardan birisidir. Üstelik Yalnız Efe yalnızca bir genç kız olmakla kalmaz kendini gören ve emirlerine uymayan diğer erkekleri de vurur: "*Yalnız Efe'nin yüzünü kadınlardan başka kimse göremez. Dağda erkeğe rast geldi mi uzaktan: 'Gözlerini yum!' diye bağırmış. Sonra yanına gelirmiş. Kim gözünü açsa hemen öldürürmüş.*" (s. 198- 199) Üstelik bu genç kız erkeklerin bile bin bir güçlkle yapabildikleri bir işi yaparken kendi doğal halinden yani kadın kimliğinden uzaklaşmaz. Onu köylülerin gözünde bir kat daha yücelten bir diğer husus dini vecibelerini yerine getirerek o güne kadar hiç rastlanmayan farklı bir efe profili ortaya koymasındır: "*Benim teyzem bir kere odundan gelirken onu görmüş. Anlatırdı. Başında yeşil bir namaz bezi sarılıymış. Arkasında erkek esvabı varmış, yamaçta namaz kılyormuş. Peri gibi güzelmış.*" (s. 199) Kısacası öykünün bu kısmında kendi kimliğinden herhangi bir ödün vermeden kendini bir güç odağı olarak kabul ettiren Alp tipi bir Yörük kızı anlatılır.

Yalnız Efe'nin babasının öldürülmesinden sonra ortadan kaybolması ve babasının ölümünde parmağı bulunan kişilerin; zaptiye mülazımı, korucu, Eseoğlu ve bu düzenin işlemesine yardımcı olan diğer tüm bireylerin teker teker vurulması öyküde Yalnız Efe'nin belirme anıdır. Bu husus, öyküde okur nezdinde hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde dile getirilir;

"Kız korkmaz. Zaptiyelerin yanında ona: 'İşte bunlar da şahit olsun, Sen bugün babamı vurana tutmazsan ben seni öldüreceğim.' der. Zaptiye mülazımı bu lafa bütün bütün gazaplanır, fırlar, Yörüğün kızını iyice döver. Zaptiyelere sokağa attır. ... Bir gün sarhoş mülazım, Eseoğlu'nun verdiği bir ziyafete giderken kafasına bir kurşun yer. Hemen oracıkta can verir. ... Fakat bir hafta geçmeden yürü öldüren korucu da vurulur. Biraz sonra hükümete yürüyün davasına hasıraltı ettiren çiftlik sahibi Eseoğlu'nun da boğazlanmış ölüsünü bağdaki yatağında bulurlar. Kasabada ağaların çiftliklerini korucu, hergeleci, çoban gibi gelip silahsız ahali içinde tüfekte gezen ne kadar Arnavut falan yabancı varsa yavaş yavaş hepsi vurulmaya başlar. İş o dereceye varır ki yabancılar yalnız kıra çıkamaz olurlar. Nihayet takım takım buraları bırakırlar. Zalim zaptiyeleri, köylü soyan memurları, rençperleri dolandıran madrabazları hiç görünmeden öldüren bu efenin kim olduğu bir zaman anlaşılmaz. (s. 198- 199)

Yalnız Efe'nin köylerde yaşayan kişiler tarafından çok sevilmesinin değişik nedenleri vardır. Ancak bunlardan en önemlisi adalet dağıtma ve düzeni sağlama görevi bulunan yerel idarenin bu durumundan uzaklaşarak orada yaşayanlar için bir rahatsızlık kaynağı haline gelmesidir. Yalnız Efe'nin yaptıklarıyla köylülerin huzurunu kaçıran herkesi bu yöreden uzaklaştırması, memurların kendi görev tanımlarının içerisine çekilir şekilde davranmaları ve



makamlarından güç alarak haksızlığa yeltenmemeleri Yalnız Efe'nin sevilen bir şahsiyet olmasının temel nedenidir.

Yalnız Efe'yi erişilmez ve menkıbevi bir şahsiyet haline getiren bir diğer unsur ise Türk toplumunda hoş karşılanan ve gerekli görülen birçok işi yapmak için köyleri harekete geçirmesidir. O, camileri şenlendiren; dullar, kimsesizler, fakirler ve öksüzleri gözeten, bütün bunların karşılığında da köylüye zahmet vermeyen olağandışı bir karakterdir. Bu yönüyle bakıldığında Yalnız Efe bölgede işlemeyen sosyal devlet işlevini adeta tek başına yerine getiriyor gibidir (Polat, 2018)

Okurlar gözünde Yalnız Efe'yi daha sevimli kıran bir başka husus ise öldürme kastıyla kendisine ateş eden askerlere her şeye rağmen öldürme kastıyla ateş etmemesidir. Bu, Türk milletinin askerine karşı duyduğu sevgi ve saygının öyküdeki tezahürü olarak görülebilecek bu durumdur. Hatta Yalnız Efe kendisini tam anlamıyla bir sır haline getiren kaybolma hadisesi iki askeri birliğin yanlışlıkla birbirini vurma ihtimalinin ortaya çıkması üzerine gerçekleşir. Böylece Türk toplumunda askere duyulan sevgi ve saygı, sır olma hadisesi ile birleştirilerek yarı dini bir hüviyete kavuşturulur.

Anadolu'nun pek çok yöresinde hala dilden dile anlatılan nur inme hadisesi bu hikâyede de karşımıza çıkmaktadır. Anadolu insanı, kendine yakın bulduğu ve gönül verdiği kişileri söz konusu nur inme hadisesi ile adeta menkıbevi bir hale getirerek ve menkıbevi bir hüviyete kavuşturarak kişiyi kendi söyleminde bir ölümsüzlüğe uğurlamaktadır. Bu hikâyede de hem Yörük obalarında yaşayanlar hem de avcının kendisi nur inme hadisesi ile ilgili şahitlikler ederek olayın gerçekliğine dair bir inandırıcılık hâsıl etmeye çalışırlar.

2 Sonuç

Kısacası *Yalnız Efe*, Anadolu'nun gözden ırak bir yerinde işlemeyen adalet mekanizmasının, sosyal devlet anlayışının bir Yörük kızı aracılığıyla tekrar işler hale gelmesinin hikâyesidir. Adalet ve huzurun tekrar tesis edilmesi hikâye kahramanını kutsal bir kişilik haline getirmiştir. Bu bakış açısı, Türk halkının adalet ve hukuk kavramlarına verdiği önemi de göstermektedir. Bu hikâye, Köroğlu gibi halk hikâyelerinden yola çıkılarak ya da ilham alınarak kaleme alınan bir hikâye olarak da değerlendirilmeye müsait bir hikayedir. Ancak efenin bir genç kız olması hikâyeyi ilginç ve özgün kılmaktadır. Bu bakımdan *Yalnız Efe*'yi, Türk edebiyat tarihinde Köroğlu destanıyla *İnce Memet*'i birbirine bağlayan bir halka olarak görmek yanlış olmayacaktır. Aynı zamanda Yalnız Efe hikâyesinin ortaya çıkmasında etkili olduğunu düşündüğümüz bir başka neden de Fransız söylencesinde oldukça meşhur olan Jan d'Arc efsanesidir. Yazarın Batı edebiyatı ve kültürü hakkında bilgi sahibi olduğu düşünüldüğünde söz konusu söylencenin de hikâyenin yazılmasında yazara ilham verdiği söylenebilir. Bütün bunlar düşünüldüğünde Yalnız Efe hikâyesi, Köroğlu destanının izinden yürümüş ve bu anlatı damarını modern edebiyatımızın en önemli eserlerinden bir olan *İnce Memet*'e bağlamıştır. Bunu Türk kültüründe yer alan kadın anlayışı üzerine kurarak mümkün kılan yazar, Fransız folklorunda yer alan Jan d'Arc söylencesinde yer alan bazı hususiyetlerden de faydalanmıştır. Ancak temelde iki kadının erkek kılığına girerek kendilerinden beklenmeyecek bir etki alanı oluşturmalarının dışında her iki anlatıda da kültürlerin farklılığından kaynaklanan ciddi farklılıklar mevcuttur.



October 10-12, 2019 Konya

Congress Book



Kaynakça

Ömer Seyfettin, *Yalnız Efe*, (yayına hazırlayan Nazım Hikmet Polat), Ötüken Yayınları, 2018: İstanbul.

Polat Nazım Hikmet, *İnceleme (Hikâyeler VI. Cilt)*, Ötüken Yayınları, 2018: İstanbul. (Yalnız Efe adıyla yayımlanan cildin başında yer almıştır.)



THINKING ON THE CONCEPTS OF LAW - JUSTICE BY USING THE EXAMPLE OF “REIS BEY”

Kudret SAVAŞ¹

1 Introduction

The law, which is one of the most necessary aspects for the continuation of social life and the survival of human communities in a certain order, is being subjected to an interrogation with some emerging practices from time to time.. It is one of the oldest arguments of humanity whether the laws that are put in place to ensure justice and not to damage the sense of justice are sufficient to ensure justice. This debate has become one of the issues that humanity has been dealing with for a long time, as well as in terms of the breadth of the debate area. Human beings have continued this debate for centuries in texts of different fields and this debate has found its own place in literary texts.

2 “Reis Bey”

It is possible to find texts in the literature of other nations as well as in the Turkish literature in which the discussion is conducted. One of the most important texts in which this debate is conducted is *Reis Bey*, written by Necip Fazıl Kısakürek. *Reis Bey* discusses the events that occurred after a murder defendant was sentenced to death and the execution of the sentence. In the work, the internal accounting and the change he experienced after he realized the wrongness of the decision made by the head of the court, who did not recognize any other right outside the law, is expressed in a striking way. The person who the head of severe punishment is, after this sentence, enters into philosophical and conscientious questions about the law, which is the only truth he has ever known. *Reis Bey*, who posits the thesis that the law must be supported by conscientious provisions in order to ensure a sense of justice in society, has a unique place in our literature with the interesting connections between the law-conscience and the sense of Justice. In this study, the author's thoughts about these concepts will be examined based on the work titled *Reis Bey*.

Keywords: Law, Justice, conscience, Necip Fazil, Reis Bey.

¹ Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi Rektörlük Türk Dili Bölümü, kudretsavas@gmail.com



REİS BEY ÖRNEĞİNDEN HAREKETLE KANUN- ADALET KAVRAMLARI ÜZERİNE DÜŞÜNMEK

1 Giriş

Toplumsal hayatın devam etmesi, insan topluluklarının belli bir düzen içerisinde yaşayabilmesi için en gerekli hususlardan birisi olan kanun, zaman zaman ortaya çıkan kimi uygulamalarla toplum nezdinde vicdani bir sorgulamaya muhatap olmaktadır. Adaletin gerçekleşmesi ve adalet duygusunun zedelenmemesi için konulan kanunların adaleti sağlamada yeterli olup olmadıkları insanlığın en eski tartışmalarından birisidir. Bu tartışma eski olduğu kadar tartışma alanının genişliği bakımından da insanlığın en uzun süre kafa yorduğu meselelerden biri haline gelmiştir. İnsanoğlu bu tartışmayı değişik alanlara ait metinlerde asırlarca sürdürmüş ve bu tartışma edebi metinlerde de kendine yer bulmuştur.

2 Reis Bey

Diğer milletlerin edebiyatlarında olduğu kadar Türk edebiyatında da söz konusu tartışmanın yürütüldüğü metinlere rastlamak mümkündür. Bu tartışmanın yürütüldüğü en önemli metinlerden birisi de Necip Fazıl Kısakürek tarafından kaleme alınan *Reis Bey*'dir. *Reis Bey*, bir cinayet sanığının idama mahkûm edilmesi ve hükmün yerine getirilmesinden sonra gelişen olayları ele almaktadır. Eserde kanunun dışında başka bir doğru tanımayan mahkeme reisinin verdiği kararın yanlışlığını anlamasından sonra yaşadığı iç muhasebeler ve geçirmiş olduğu değişim çarpıcı bir biçimde dile getirilmektedir. Ağır ceza reisi olan kişi, bu hükümden sonra o ana kadar tanıdığı tek doğru olan kanunla ilgili felsefi ve vicdani sorgulamalara girişir. Toplumda adalet duygusunun sağlanabilmesi için kanunun mutlaka vicdani hükümlerle desteklenmesi gerektiği tezini ortaya koyan *Reis Bey*, kanun -vicdan ve adalet duygusu arasında kurduğu ilginç bağlantılarla edebiyatımızda kendine has bir yere sahiptir. Çalışmamızda *Reis Bey* adlı eserden hareketle yazarın söz konusu kavramlar hakkındaki düşünceleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanun, adalet, vicdan, Necip Fazıl, Reis Bey.

1 Giriş

Necip Fazıl Kısakürek tarafından kaleme alınan *Reis Bey*, 1960 yılında yazılmış, döneminin tiyatro eleştirmenleri ve yönetmenleri tarafından beğenilmesine rağmen o dönemde içeriğinden ve bazı ideolojik tutumlardan dolayı oynanma şansı bulamamıştır. Eser, 1964 yılında kitap olarak yayımlanmış ve 2019 yılı itibariyle 39. baskısını yapmıştır. Eser, annesini öldürdüğü suçlamasıyla tutuklanan kumarbaz ve eroinman bir oğlun muhakemesini, idam edilmesini ve bir süre sonra idam edilen kişinin suçsuzluğunun ortaya çıkması sonucu sertliğiyle meşhur olan Reis Bey'in geçirdiği değişimleri dile getirir. Eserde bireysel ve toplumsal birçok husus dile getirilmiştir.

Eser, otel kâtabi ile bir müşteri tarafından yaşlı bir kadının oğlu tarafından boğulduğunun dile getirilmesiyle başlar. Ancak ilk cümlelerden itibaren yazar, böyle bir olayın gerçekleşmesinin tuhaflığını ifade eden cümlelerle okuyucuyu oğulun suçsuzluğuna hazırlamaya çalışır. Özellikle otel kâtabinin oğulun biricik mirasçı olduğunu söylemesi olay hakkında okuyucunun şüphelerini arttırmaya yönelik bir ifadedir. (s.12) Aynı sayfada, gazete müvezzinin “*Nişantaşı cinayetini yazıyor! Elmaslar kadının oğlunda çıktı.*” (s.12) çığırından



olayın toplumun tüm katmanlarında büyük bir yankı uyandırdığı anlaşılmaktadır. Bu sahneyi takip eden konuşmalarda yine otel kâtibinin sarf ettiği “*İşe bak sen! Hadiseden iki saat sonra İzmit'ten apartmana telefon edip annesini sormuş.*” (s.13) cümlesiyle okuyucu iki şeyi iyice anlamış olur. Bunlardan ilki olayın büyük bir yankı uyandırdığı, ikincisi ise yapılan soruşturmalara rağmen bu olayda aydınlatılamayan ve yerine oturmamış bazı hususların bulunduğudır.

Özellikle Reis Bey'in bir kişilik olarak ortaya konduğu bölümlerde en dikkat çeken nitelik onun merhamet kavramına karşı gösterdiği soğukluktur. Özellikle oğlunun suçsuz yere tutuklandığını dile getiren dadının ifadesi, mahkeme reisinin merhamet kavramını dikkate almaksızın yargıçlık vazifesini yerine getirdiğini ortaya koymaktadır. Anneye göre Reis Bey, “merhametten habersiz bir biçimde adalet dağıtmaya çalış”an ve “iş gücü zorla suç aramak olan insan”dır. (s.20)

Merhamete ve insancılığa dayanmayan bir hukuk anlayışının, şekilsel şartları yerine getiren ancak gerçek anlamda adalet dağıtmaya yaramayan bir hukuk usulü ortaya çıkarabileceği eleştirisi yine aynı kadının ağzından dile getirilir. Yaşlı kadının söylediği, “*Her şey karara kaldı; oğlum konuşmayı bilmez, oğluma acı, dili dönmeyenlere acı!*” cümlesi bu eleştirinin ve kaygının en veciz biçimde dile getirilmesidir. Kanun karşısında merhamet, dua gibi kavramların bir ağırlığının olamayacağı düşüncesiyle Reis Bey'in aldığı beddua eser boyunca adeta bir gölge gibi Reis Bey'i takip eder. (s.21) Ona göre kanun, gizli eşyayı bulmaya mahsus bir fal kitabı değildir ve kanun olana, gördüğüne, bildiğine göre hükmeder. (s.22) Bu anlayışa göre merhamet idamlık bir suç ve ağızların iğrenç sakızı olmaktan başka bir anlam taşımaz.

Eser'in ilk sayfalarından itibaren yazarın okuyucu nezdinde inceden inceye ördüğü ve karara yönelik şüphelerin giderek artmasına neden olan anlatım biçimi mahkeme safhasında da devam eder. Görülen ve ortada olan bir durum ya da fiil hakkında kanunun en sert biçimde uygulanmasına taraftar olan Reis Bey, bu sertlik içerisinde zaman zaman dikkate alması gereken bazı detayları görmezden gelmeyi tercih eder. Özellikle savunma makamının bu işin başkası tarafından yapılmış olabileceğine dair eleştirileri karşısında sarf ettiği: “*Yani bir başkası sizinle aynı boyda posta bir adam apartman kapısının anahtarını yaptırdı, ceketinizin eşini diktirdi de annenizi boğmaya, sonrada kadının elmaslarını gizlendiği yerden almaya mı gitti? Bu kadar tesadüf üst üste gelebilir mi?*” (s. 29) itirazı, mahkeme reisinin, gerçekleşmesi mümkün bazı ayrıntıları dikkate almadığını ortaya koymaktadır. Buna karşın avukatların başka bir olasılığın mümkün olduğuna dair itirazları devam eder ve bu itirazlar eserin otuz ve otuz beşinci sayfalarında oldukça kuvvetli bir biçimde dile getirilir. Yargılama safhasında Reis Bey'in dikkate almaktan imtina ettiği tek durum bu değildir. Sanığın dadısı da mahkeme salonuna girerek resmi makamlar tarafından bir türlü dikkate alınmayan bir durumu ortaya koyar:

- *Bırakın gireceğim! Reis Bey'in yüzüne bağıracağım! Benim oğlum katil olamaz! Ben onu gece bir buçukta gördüm ama eve saat dokuzda girmiş... Komşulardan gören var... Söyledim, aldırın yok! Benim oğlum kendini öldürür, sinek bile öldürmez!* (s.39-40)

Ancak tüm bu itirazlar, mahkeme heyetine sunulan olasılıklar Reis Bey tarafından dikkate alınmaz ve sanık annesini öldürdüğü iddiasıyla idama mahkûm edilir. Verilen kararlar ilgili şüphenin zirveye çıktığı an ise idam mahkûmunun hapisanede geçirdiği bir eroin krizine şahit olan gardiyanın sözleri ile ortaya çıkar. Buna göre gardiyan:



-Bir gün eroin krizi geçirirken göğsünü jiletle parçalayıp bayıldı düştü ya... İşte o zaman onu revire ben götürdüm. Saatlerce "Allah'ım hakikati sen biliyorsun, göster!" diye sayıkladı. Bir aralık gelip giden doktor da dedi ki: "Bir adam yalan söyleyebilir fakat yalan sayıklayamaz." (s.43)

ifadesiyle okuyucu gözünde kararın yanlışlığını neredeyse perçinlemektedir. Bu andan itibaren Reis Bey; sahip olduğu adalet anlayışı, dikkate almadığı olasılıklarla okuyucunun gözünde suçlu bir kişi konumuna düşmektedir. Suçlu konuma düşen aslında Reis Bey değil, şahsında temsil ettiği *"Ceza felsefesinde bir görüş vardır: Bir masuma kıymaktansa bin cürümlüyü cezasız bırakmak yeğdir. Ben de diyorum ki cemiyette bir ferdi korumak için bin kişiye bu gömleği giydirmekten kaçınmamalıdır. O bir kişi, bütün bir cemiyettir."* (s. 46) anlayışıdır. Eserde bu hukuk anlayışına karşı en ağır eleştiri, idamının hemen öncesinde mahkûm tarafından dile getirilir. Bu eleştiride mahkûm, ağlamak ve anlamak arasında bir koşutluk kurarak merhametten ve acıma duygusundan kötülüğün doğacağına inanan bir anlayışı okuyucu vicdanında mahkûm etmeyi başarır. Bu niteliklerin bulunmadığı bir anlayışta hem bireyin hem de toplumun iyilikten doğacak en büyük hakkı kaybettiğini dile getiren mahkûma göre bu niteliklerin göz önüne alınmadığı bir anlayış, buz çölünde yol almaya almaya mahkûmdur. (s. 50) Aynı bölümün sonundaki ifade, merhametin kabul edilmemesi halinde anlatma ve yaşama hakkının elinden alındığı bir durumda son çare olarak bireye kendi sandalyesini tekmeleme ihtimalinden başka hiçbir seçenek sunmadığını dile getirir.(s.56)

Bir sonraki bölümün başlangıç kısmında yer alan ve radyodan yayınlanan avukatın konuşması bize Reis Bey'in verdiği kararın şüphe kalmayacak şekilde yanlış olduğunu ifade eder. (s. 59) Böylece eser yepyeni bir safhaya geçmiş olur. Reis Bey ile aynı otele kalan bar kızların ifadeleri, avukatlar tarafından dikkate alınması talep edilen ihtimalin aslında gerçeğin ta kendisi olduğunu ortaya koyar. (s. 65) Reis Bey'le aynı otele kalan bar kızlarının ifadeleri; eserde, gerçeğin bazen gözümüzün tam önünde olmasına rağmen insanın bu gerçeği görmedeki yetersizliklerini ortaya koyan ilginç bir düzenlemedir. Avukatların bir olasılık olarak ortaya koydukları durum gerçekleşmiş, cinayet idam edilen genci tanıyan başka birisi tarafından işlenmiştir. Yaptığı yanlışlığı kabul eden Reis Bey emekliliğini ister ve yapmış olduğu hatanın ağırlığı altında yaşamaya çalışır.

Bu bölümde Reis Bey kendi katı adalet anlayışının ortaya çıkardığı tüm yanlışlıkları düzeltmeye çalışan bir kişi görünümündedir. Hatta kendi düşüncelerinin hilafına mahkûm ettiği bir suçlunun annesine, bu kararın ortadan kaldırılabilmesi için delil olarak kendi günlüğünü vermeyi bile kabul eder. (s.73) Ancak Reis Bey'in verdiği karar, kendisini bir lanet gibi takip etmektedir. İdama mahkûm ettiği gencin idamdan hemen önce oturduğu sandalyede bu defa kendisi bir tutuklu olarak oturmaktadır. (s. 103) Ancak hükmünün ve adalet anlayışının yanlışlığının derin bir şekilde farkında olan Reis Bey, artık *"insanda kötülük iktidarını döve döve pekiştirmek yerine hohlaya hohlaya yumuşatmak, insanı kötülüğe iktidarsız kılma"*nın peşindedir. Buna rağmen bu düşüncesine yönelik en büyük muhalefet yine kendi meslektaşlarından gelmekte, bu düşüncenin kanun, ceza ölçüsü, hak ve adalet tevzini lüzumsuz kılabileceği eleştirisi getirilmektedir. Reis Bey'e göre ise adalet *"doktorun, cerrahın çare kalmayınca bütün bir uzvu budamaya mecbur olması gibi iç tedavi"* mahiyetinde olmalıdır (s. 126)

Reis Bey'in geçerli olan adalet sistemine karşı yönelttiği en önemli eleştirileri ise adaletin manevi ve vicdani hasletlerden koparılmasına yöneliktir. Manevi ve vicdani hasretlerden koparılan kavramların bütünlüğünü kaybederek yalnızca maddi yönleriyle dikkate alındığını belirten Reis Bey, bunu yağmur ve rahmet kavramları üzerinden anlatmayı dener:



-Yağmurun yalnız suyunu toplayabiliyoruz ruhundan uzağız! Hâlbuki ne güzel bir isim koymuşlar ona: rahmet. (s. 138) ... Rahmet... lem bu temel üzerinde. Eğer toprağa, tohuma Hatta kire, lekeye merhamet olmasaydı su olur muydu? Rengi merhamet, sesi merhamet, pırıldılı, şırıltılı su... Ne duruyorsunuz? Sökün sahte su borularını, ev ev merhamet şebekesini kurun! Tepelerinizdeki çatıları da yıkın, göklerle temasa geçin! O zaman göreceksiniz ki acı su borularından kendi kendisine tatlı su akacak ve başlar üstünde güneşe yol veren kubbeler yükselecek. (s.138- 139)

Özellikle modern anlayışın “İnsan insanın kurdudur.” yargısından hareket ettiğini, böyle bir noktadan hareket eden bireylerin daha sonra kurtluk yaptıkları gerekçesiyle cezalandırılmasının kendi içerisinde büyük çelişkiler taşıdığını ifade eden Reis Bey'e göre böyle bir anlayışla bireyin önce yetiştirilip sonra da cezalandırılması büyük bir adaletsizliktir. Bu durumu bir kaplan üzerinden anlatmayı deneyen Reis Bey, modern anlayışa karşı “Sen kaplanı yetiştir, besle sonra pençe atıyor diye boynuna kement at, ipe çek! Yazıktır kaplana, günahtr kaplana!” (s. 140) eleştirisini ortaya koyar.

Kısacası Reis Bey, bir ağır ceza hâkimi üzerinden adalet, hukuk, kanun, merhamet, modern toplum düzeni ve anlayışının ciddi bir eleştirisini sunmaktadır. Eser; mesleki formasyonların, bu formasyonları kullanan kişilerin bireyliklerini unutmaları halinde hiçbir değeri haiz olmadıkları eleştirisini başarılı bir biçimde sunmuştur. Eserin başından sonuna kadar tüm dikkatleri üzerine yoğunlaştırdığımız kişi, Reis Bey'dir ancak biz onun gerçek adını eser boyunca hiç öğrenemeyiz. Bir başka söyleyişle o, “Gerçek adı bilinmeyendir. Mesleki ünvanıyla, onu “o” yapan kimliği, gerçek adı birbirine karışmış, iki (Mahkeme Heyeti'nin Reisi ve otel odasında Reis Bey) iken bir olmuştur. Kendisine bile öteki olamamıştır.” (Özelçi, 2018:543-550)

Nilüfer İlhan da eser üzerine yaptığı dikkatli ve değerli incelemesinde başka bir hususa dikkat çeker. İlhan, mekanizmaların insanı nesneleştirilmesine dikkat çekerek, bu nesneleştirme mekanizmasını işleten kişilerin de kimi zaman ve durumlarda aynı mekanizmanın kurbanı haline gelebileceklerini ifade ederek söz konusu mekanizmaların toplumdaki tüm kesimler için iki yanı keskin bir bıçak olduğunu ifade eder. Söz konusu mekanizmaları işleten kişilerin ancak bu mekanizmaların nesneleştirmesine maruz kaldıkları anda öteki ile kendisi arasındaki farkın idrakine verebileceğini belirten İlhan, eserdeki önemli bir noktaya böylece dikkat çekmiş olur. (İlhan, 2015: 97-208)

Yazar, felsefe tahsili esnasında okuduğu ve etkilendiği kimi felsefecilerin de görüşlerini edebi bir metnin içerisine ustaca yerleştirmeyi başarmıştır. Levinas, Schopenhauer ve Heidegger gibi felsefecilerin merhamet, bireyin kendisi olma vb. hususlardaki düşünceleri eserde kendisini belli etmektedir.

Sonuç

Reis Bey, merhamet, adalet konularında içerdiği felsefi düşüncelerin yanı sıra ortaya koyduğu olay üzerinden insanı nesneleştiren tüm mekanizmaların eleştirisini başarılı bir biçimde ortaya koymayı başaran bir tiyatro eseridir. Kişinin kendini dönüştürmede sahip olduğu üstün bir yetkinliğe dikkat çekmesi bakımından da farklı bir açıdan değerlendirmeye açık bir eserdir. Necip Fazıl tarafından kaleme alınan eser, yazıldığı dönemde dönemin kimi şartları yüzünden sahneye konamasa da bir tiyatro metni olarak Türk okuyucusu tarafından sevilmiş ve yazıldığı günden bugüne kadar yaptığı çok sayıda baskıyla bunu kanıtlamış bir eserdir.



October 10-12, 2019 Konya

Congress Book



Kaynakça

İlhan Nilüfer, *Buz Çölünden Gözyaşı Çetesine Yahut Adaletten Merhamete Geçişin Bir Serencamı: Reis Bey*”, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. 7, 7 (2015/7), p. 97-108.

Kısakürek, Necip Fazıl, *Reis Bey*, Büyük Doğu Yayınları, İstanbul:2018.

Özelçi, Remziye Köse, *Levinasçı Bir Okumayla “Reis Bey” Filminde “Başkasıyla İlişki ve Adalet” Kavramları*, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart, Sayfa: 543-550.



EVALUATION OF MARRIAGE-LIKE LIFE MODELS FROM FEMINIST LAW PERSPECTIVE

Necla ÖZTÜRK¹, Derya COŞKUN²

Abstract

Marriage-like life models can be defined as a unity in which two individuals of different genders who have preferred to live together like a family without ever going through a formal ceremony or getting a marriage license. Although these are considered as alternatives to marriage and has been regulated through law in many countries in Europe and in the United States marriage-like models are not legal and socially accepted in Turkey. However, traditional practices of marriage-like forms in Turkey continue to exist in the form of imam marriage and living together without religious or official licenses or ceremonies. In spite of lack of legal rights, it can be stated that individuals who prefer these relationship forms do not only face with legal problems but also economic, social and cultural problems. The aim of this study is to evaluate the legal and sociological aspects of individuals who prefer marriage-like coexistence models in the context of gender.

Keywords: Marriage, Marriage-Like Life Models, Feminist Law.

EVLİLİK BENZERİ BİRLİKTE YAŞAM MODELLERİNİN FEMİNİST HUKUK PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özet

Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerini, aile kurma iradesine sahip, bekâr, farklı cinsiyetten iki kişi tarafından evliliğin hukuken kabul edilen şekli unsurları gerçekleştirilmeksizin birlikte yaşamın tercih edildiği birliktelikler olarak ifade etmek mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa’da birçok ülkede evliliğe alternatif görülen bu birliktelikler hukuken belli ölçüde korunmakla birlikte, ülkemizde hukuken ve toplumsal olarak kabul görmemektedir. Ancak ülkemizde evlilik benzeri birliktelikler, geleneksel olarak varlığını sürdüren imam nikâhlı birliktelikler ve son yıllarda görmeye başladığımız dini ya da resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşam olarak kendini göstermektedir. Hukuki korumadan yoksun olan bu birliktelikleri tercih eden bireylerin hukuksal problemlerinin yanında ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan da olumsuzluklarla karşılaştıkları görülmektedir. Bu bildiriyle evlilik benzeri birlikte yaşam modellerini tercih eden bireylerin hukuki ve sosyolojik durumlarının ele alınarak toplumsal cinsiyet bağlamında değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

¹ Assoc. Dr. Akdeniz University, Faculty of Law, Head of Private International Law Department, ozturknecla@akdeniz.edu.tr

² Akdeniz University, Women's Studies and Gender, Graduate Student, deryaacoskunn@gmail.com



Anahtar Kelimeler: Evlilik, Evlilik Benzeri Birlikte Yaşam Modelleri, Feminist Hukuk.

1 Giriş

Evlilik kurumu, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte Kanunda evlenmenin tanımına yer verilmemiştir. Türk Medeni Hukuk Doktrininde evlenme, şu şekilde tanımlanmıştır; “*cinsiyetleri farklı iki kişinin iradelerinin, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere, hukukun aradığı koşullara uygun olarak birleşmesidir*” (Zevkliler, Havutçu: 2002, 222). Modernleşmeyle birlikte toplumsal yapıda gerçekleşen değişim birliktelikler üzerinde de etkisini göstermiştir. Özellikle sanayileşmiş ve gelişmiş ülkelerde geleneksel aile yapısına alternatif birlikte yaşam modelleri ortaya çıkmıştır (Aydın & Baran, 2010:117-118). Evliliğe alternatif bu birlikte yaşam modelleri, evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri olarak ifade edilebilmektedir. Kısaca evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri; “*Evlenmelerine hukuki bir engel bulunmamakla birlikte çeşitli nedenlerle evlenemeyen, farklı cinsiyetten iki kişinin, aile kurma amacıyla, sevgi ve duygusal temelli, aleni ve sürekli olarak yaşadıkları beraberlik modelleri*” (Öztürk,2016: 17) olarak tanımlanmıştır. ABD, Kanada, Kuzey ve Batı Avrupa gibi ülkelerde görülen evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri “common law” evlilik, kayıtlı birliktelikler, uzun süreli birlikte yaşama olarak sıralanabilir (Öztürk, 2016: 59-116). Bu ülkelerde evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri hukuken benimsenmiştir. Aynı zamanda bu ülke mahkemelerinde aile, malvarlığı veya miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinde de görülmeye başlanmıştır (Lind, 2008; akt. Öztürk, 2016: 4). Türk Hukukunda evlilik benzeri birlikte yaşam modellerine hukuken yer verilmemiştir. Ancak uzun zamandır varlığını sürdüren imam nikâhlı birliktelikler ile son yıllarda görülen uzun süreli birlikte yaşama şekli bu kapsamda değerlendirilebilir. Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin ortak unsurlarını aile kurma amacı, farklı cinsiyetten kişilerin irade açıklaması, birlikte yaşama, ehliyet, aleniyet, süreklilik, sevgi temelli duygusal bağlılık, evlenme engelini bulunmaması olarak sıralamak mümkündür (Öztürk, 2016: 18-29). Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin ortak unsurlarının evlilik kurumunun unsurlarıyla çok benzeştiği, farkın resmi şekil koşulunun gerçekleşmemiş olmasından ileri geldiği anlaşılmaktadır. Fiilen evlilikle benzer nitelikte olan bu birliktelikler hukuki ve toplumsal açıdan ele alındığında aile kavramının önemi öne çıkmaktadır. Bu durumda evlilik benzeri birliktelikler sonucunda aile kurumunun oluşup oluşmadığı hususunu tartışmak gerekmektedir.

2 Aile Kavramı

Aile kavramının ne oluşuna ilişkin her an her yerde sabit bir tanım yapmak mümkün değildir. Yapısı ve fonksiyonu gereği, aile kavramının zaman içerisinde farklılaştığı, kapsamının genişleyip daraldığı görülmüştür. Eski zamanlarda aile kavramı geniş bir kesimi kapsarken, toplumsal, siyasal ve ekonomik hayatta yaşanan değişim aile yapısının ve kapsamının da değişmesi sonucunu doğurmuştur. Modern topluma geçişle birlikte eski dönemlerdeki nüfus itibarıyla kalabalık ailelerin yerini, anne, baba ve evlenmemiş çocuklardan oluşan dar anlamda aile (çekirdek aile) almıştır. Türk Medeni Kanunu (TMK) öncelikle dar anlamda aileyi düzenlemektedir. Doktrinde de bu dar anlamdaki aile evlilik birliği olarak adlandırılmaktadır (Akıntürk, 2006: 4-6). Kanunda aile kavramının açık bir tanımına yer verilmemiştir. Bilgin (2004) aileyi, “aralarında evlilik bağıyla oluşmuş, kan ya da hısımlık gibi yakınlıklara dayalı olarak birlikte yaşayan kişilerin oluşturduğu bir topluluktur” şeklinde tanımlamıştır (Bilgin,2004: 41'den akt. Ayan (2004: 16).



TMK m.185 “Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur” diyerek ailenin evlenmeyle kurulacağına işaret etmiştir. Evlenme “*tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukukten makbul ve geçerli şekilde birleşmesidir*” (Velidedeoğlu, 1963). Evlenmenin hukuki niteliğinin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Evlenmenin bir medeni hukuk sözleşmesi olduğunu savunan sözleşme görüşü; evlenmenin bir sözleşme olmayıp bir kurum olduğunu savunan kurum görüşü; evlenmenin bir akit değil bir şart ve tasarruf olduğunu savunan şart ve tasarruf görüşleri mevcuttur. Evlenmenin niteliğine ilişkin bu görüşlerin her biri evlenmeye farklı bir bakış açısıyla bakmakla birlikte Türk hukukunda Yargıtay’ın da desteklediği yaygın ve baskın görüş, evlenmenin bir medeni hukuk sözleşmesi olduğunu savunan sözleşme görüşüdür (Akımtürk, 2006: 61-63).

Anayasa’nın 41. Maddesi “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” nı düzenlemiş olup, “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar*” demektedir. Bu düzenleme evlilik birliğinin bir kurum olmasından öte evliliğin sosyal, ahlaki ve hukuksal fonksiyonlarının varlığına işaret etmektedir.

Aile kavramının yapısı ve fonksiyonu gereğince zaman içerisinde değişim ve dönüşüm yaşadığı hususu 29 Haziran 2004 tarihli AB Vatandaşlık Direktifinde (Council Directive 2004/38/EC) ele alınmış ve aile üyesi tanımına yer verilmiştir. Eşin yanı sıra, kayıtlı birliktelik statüsüne sahip çift de bu kapsamda değerlendirilmiştir. Aile kavramının değişen toplum yapısıyla birlikte farklılaştığı, ailenin genel olarak kan hısımlığı ve evlilik birliğiyle meydana geldiği kabul edilmekle birlikte AİHM tarafından aile kavramının doğası gereği evlilik benzeri birlikteliklerin de bu kavram içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine yer verilmiştir (Top, 2013:50).

3 Evlilik Benzeri Birlikte Yaşam Modellerinin Çıkış Nedenleri ve Sonuçları

Aile geleneksel olarak evlenmeyle meydana gelirken, gerek eşler çocuk-ebeveyn arasındaki ilişkilerin değişmesiyle bu geleneksel aile yapısından farklı yapıda olan evlilik benzeri birliktelikler ortaya çıkmıştır (Tekdoğan,2014:1). Bu birliktelik modellerinin tercih edilme nedenlerine ilişkin yapılan araştırmalar, kültürel, sosyo-ekonomik ve yasal düzenlemelerdeki değişiklikler ile cinsiyet devrimi gibi yaşanan sosyal değişikliklerin etkili olduğunu göstermiştir (Smock ve Manning, 2004:91., akt. Öztürk, 2013: 44).

Smock ve Manning (2004:105), birlikte yaşam modellerini, yasal evliliklerle sosyo-demografik değişkenler üzerinden kıyaslamış ve aile politikalarındaki konumu üzerine tartışmıştır. Düşük gelire sahip aileler için yasal evlilik oldukça streslidir ve evliliğin gidışatını oldukça etkilemektedir. Onlara göre bu durum, çiftlerde evliliğe ilişkin kaygılar ve korkular yaratmaktadır ve bu nedenlerden ötürü birlikte yaşam modelleri tercih edilen bir fenomen haline gelmiştir. Smock ve Manning (2004:109), sadece yasal evlilik sonucu ortaya çıkan aile kurumunu ekonomik, sosyal ve hukuki açıdan etkileyecek politikaların uzun vadede iyileştirici olmayacağını, aynı zamanda aile politikalarının evlilik benzeri birlikte yaşam alanlarını da kapsamaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Smart ve Stevens (2000., akt. Barlow, 2006: 171), birlikte yaşam modellerinin de sosyolojik olarak değişim gösterdiğini vurgulamış, çiftler arasında bu karşılıklı ilişkilerin evlilik benzeri birlikteliklerle giderek güçlendiğini ifade etmiştir. Buradan hareketle evlilik benzeri birlikteliklerin hukuki ve politik açıdan kavramsallaştırılması gereken potansiyel bir sorun olduğu söylenebilir. Zira evlilik benzeri birlikteliklerin, “evliliğe” oldukça benzer imkânlar oluşturması, bu birlikte yaşam türünün daha çok tercih edilmesinde etkili olacaktır.



Bunun yanı sıra evlilik benzeri birlikteliklerin kadınlar açısından iyileştirici yönlerinin olduğu da söylenebilir. Örneğin Hamplova (2002:786) araştırmasında, yasal evlilik ile evlilik benzeri birliktelikler arasındaki bazı niteliksel farklılıklara dikkat çekmiştir. Araştırmasında evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinde, kadın iş gücü değerinin arttığını, erkeğin ise hane üzerindeki sorumluluk ve otoritesinin daha da azaldığını ifade etmiştir. Evlilik benzeri birlikteliklerin çiftler arasında daha eşitlikçi bir yapı oluşturabildiği görülmektedir.

Adak (2016: 37-38)'ın çalışmasında geleneksel evlilik ritüellerinin yeni nesilde stres yarattığı; birlikte yaşamın kişileri daha özgür kıldığı, evliliğin getirdiği yükümlülüklerin eşleri birbirine daha bağımlı hale getirdiği ifade edilmiştir. Bu birlikteliklerin toplum tarafından henüz kabul görmüyor oluşunun bu ilişkiye mesafeli olmalarında etkili olduğu, ancak uzun vadede bu konuda değişen değerler neticesinde birlikte yaşam tercihinde artış olabileceğine ulaşılmıştır.

Akışkan bir zeminde evlilik ve aile kavramlarının sosyolojik olarak değişim gösterdiği evlilik benzeri birlikteliklerin toplumsal bir gerçek olarak var olduğu ve yapılan araştırmalar çerçevesinde ilerleyen süreçte artış gösterebileceği görülmektedir. Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin hukuksal zeminde karşılık bulamamış olması toplumsal problemler yaratmaktadır. Bu durumda da hukukun işlevi ve varlık sebebi konusuna değinilmelidir. Toplumsal yapıyı korumak hukukun temel amaçlarından biridir. Hukuksal düzen, toplumun ve toplumu oluşturan bireylerin ihtiyaçları doğrultusunda örgütlenmesi sonucunda oluşur. Toplumun mevcut yapısını ve ihtiyaçlarını dikkate alarak bu yapıyı korumak toplumsal örgütlenmenin temel amacını oluşturur. Geçmişte otorite sahibi toplumsal yapının hareketliliğinde etkiliyken, günümüz gelişmiş toplumlarında siyasi ve sosyal otoritenin toplumsal dinamiklerden etkilendiği görülmektedir. Toplumsal ahlakın zaman içerisinde oluşturduğu bir hukuk kuralı, değişen toplumsal ahlak ve değer yargıları sonucunda güncel durum için yetersiz kalması ya da o hususta hiçbir düzenlemenin olmaması sebebiyle hukuk kuralında değişiklik yapılmasını gerektirebilir. Bu gereklilik doğrultusunda hukuki bir düzenleme yapılmaması toplumsal yapıya zarar verecektir. Bu da hukukun varlık amacına aykırıdır (Köteli, 1991:2-4). Toplumsal yapıdaki değişimlerin kadınlar üzerinde yaratacağı olumsuz etkiyi azaltmak, kadının pozisyonunu hukuk yardımıyla geliştirmek ve güçlendirmek de ancak feminist hukukun gelişmesiyle mümkündür (Barnett,1998: 52, akt. Yüksel,2003:7). Toplumsal bir gerçek olan evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinden kaynaklı uyuşmazlıkların ve uyuşmazlıkların yarattığı mağduriyetlerin giderilmesi öncelikle aile hukukunun feminist bir perspektifle ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Kadınlar açısından iyileştirici etkileri olan evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin, Türkiye’de hangi koşullarda irdelenmesi gerektiği, bir diğer tartışma konusunu oluşturmaktadır.

4 Türkiye’de Evlilik Benzeri Birlikte Yaşam Modelleri

Türk hukukunda evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri düzenlenmiş olmamakla birlikte fiilen imam nikâhlı birliktelikler ve özellikle büyük şehirlerde uzun süreli birliktelikler görülmektedir. “Common law” evlilik ya da uzun süreli birlikte yaşama modeli herhangi bir şekilde tabi olmadan gerçekleştirilirken, imam nikâhlı birliktelikler için bunu söylemek mümkün değildir. İmam nikâhlı birlikteliklerde taraflar, devletin yasal olarak kabul ettiği şekil (resmi memur önünde evlenme) yerine din görevlisi tarafından evlendirilmeyi tercih etmektedir (Öztürk, 2013; 143). Bunun yanında kadının önceki evliliğinden ya da babasından sigorta ya da emekli maaşı almak için; vergi hukuku bakımından gelirlerinin birleştirilerek vergilendirilmesinden kaçmak için bu tür birliktelikleri tercih ettikleri görülmektedir. Bir kez evlenip boşanmış kişilerin de evlilikten kaçındıkları; yine bu kaçış evlenme çağındaki gençlerde görülmekle birlikte henüz toplumsal değişime neden olacak ölçüde değildir (Köteli, 1991;107;



Öztürk, 2013; 145). Ülkemizde yakın zamana kadar akademik alanda daha çok imam nikâh-resmi nikah üzerine çalışmalar yapılmıştır. Bu araştırmalarda evlilik benzeri birliktelikleri tercih eden bireylere yer verilmemiştir. Bu sebeple Türkiye’de evlilik benzeri birliktelikleri tercih edenlere ilişkin kesin bir niceliksel orandan bahsetmek mümkün değildir. Ancak Türkiye’de aile yapısında düşünsel dönüşümler gerçekleştiği görülmektedir (TAYA, 2013; 48). Günümüzde her ne kadar evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin evliliğe oranla daha az tercih edildiği görülse de; toplumsal değer ve algıların değişmesiyle evlilik benzeri birlikte yaşam tercihinde artma olabileceği ileri sürülmektedir (Adak, 2013; 272).

Ülkemizde evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri uzun zamandır varlığını sürdürmesine rağmen bu konuda hukuki bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin hukuken tanınmaması sonucunda birçok hukuki sorunla karşı karşıya kalınmaktadır. Birliktelik neticesinde edinilmiş mallar haksız ayrılma neticesinde tazminat, nafaka, miras, müşterek çocuğun olması halinde çocukla ana- baba arasındaki soy bağı ilişkisi ve velayet gibi konularda hukuki problemlerle karşılaşmaktadır. Hukuken kabul gören evlilik birliğinin son bulmasıyla tarafların Medeni Kanun kapsamında elde ettiği nafaka, mal rejimi, miras gibi alanlarda da evlilik benzeri yaşam modellerini benimseyen bireyler hak talep edememektedirler. Bu konuda hukuki düzenlemeye yer verilmemiş olması sonucunda hak ayıpları ve mağduriyetlerin yaşandığı görülmektedir.

Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin modern toplumlarda tercih sebebi, kadının bilinçlenmesinin ve toplumsal cinsiyet rollerini kendisinin belirlemek istemesinin bir sonucu olmasına rağmen, geri kalmış, ekonomik ve sosyal gelişimini sağlayamamış toplumlarda, kadın korunmaya muhtaç zayıf taraf olarak sömürülmekte, üstelik bu birliktelikler hukuk tarafından da korunmamaktadır (Köteli, 1991; 108). Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerinin kabul edilmesi sürecine bakıldığında, bu birlikteliklerin hukuken tanınmasındaki temel amacın zayıf tarafı korumak olduğu görülmektedir (Öztürk, 2013; 146). Ülkemizde görülen evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri olarak nitelendirilebileceğimiz imam nikâhlı birliktelikler ve son yıllarda görülen uzun süreli birlikte yaşam şeklini tercih eden bireylerin sosyo-ekonomik durumlarında, kültür ve eğitim seviyelerinde farklılıklar olduğu, bu farklılıklar evlilik benzeri birlikte yaşam modellerini tercih etme nedenlerini ve yarattığı mağduriyetleri de farklılaştırmaktadır. Sonuç olarak tercih sebebi her ne olursa olsun somut olarak var olan bu birlikteliklerin hukuki bir karşılık bulamaması tercih eden bireyler açısından ciddi problemler yarattığını söylemek mümkündür.

6 Sonuç

Evlilik benzeri birlikte yaşam modellerine ilişkin bazı ülkelerde hukuki tanıma ve bu birlikteliklere ilişkin hukuki düzenlemeler mevcutken, Türkiye’de henüz böyle bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Kavramsal olarak evlilik benzeri birlikte yaşam modeli tanımlanmamış olmakla birlikte ülkemizde bu birlikteliklere benzer nitelikte olan imam nikâhlı birliktelikler halen varlığını sürdürmektedir. Buna alternatif olarak son yıllarda görülen uzun süreli birlikte yaşama şeklinin tercih edildiğini söylemek mümkündür. Gerek iyiniyetli olarak geleneksel evlilik yöntemlerini tercih edenler; gerekse evlenmelerine hukuken bir engel bulunmamakla birlikte bazı özel ve toplumsal nedenlerle bu birliktelikleri tercih edenler ve bu birlikteliklerden olan çocuklar hukuki korumadan yararlanamamakta, bu sebeple mağduriyet yaşamaktadırlar. Bu hususta milletlerarası sözleşmeler, AIHM kararları, AB direktifleri, Türkiye’nin de taraf olduğu CEDAW’ da yer verilen kadının konumunun iyileştirilmesi hususları göz önünde bulundurularak ve «zayıf olanı koruma ilkesi» temelinde evlilik benzeri birlikte yaşam modellerine ilişkin hukuki düzenlemelerin yapılması halinde yaşanmakta olan hak kayıpları önlenilecektir.



Kaynakça

- Adak, Nurşen (2012). “Evlilik mi Birlikte Yaşam mı?” *Değişen Toplumda Değişen Aile-Sosyolojik Tartışmalar*, (Ed.) Adak, Nurşen., Ankara: Siyasal, ss.221-246.
- Adak, Nurşen (2016). “Evlilik veya Evlilik Dışı Birlikte Yaşama: Üniversite Öğrencileri Üzerine Bir Araştırma”, *Sosyoloji Dergisi*, Armağan Sayısı: ss.23-40.
- Akıntürk, Turgut (2006). *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Ayan, Serkan (2004). “Evlilik Birliğinin Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği*, Ankara.
- Aydın, Okan, Baran, Gülen (2010). “Toplumsal Değişme Sürecinde Evlenme ve Boşanma”, *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi*, 21: ss.117-126.
- Aydın Şafak, Ayşe (2013). “*Yargıtay Kararları Işığında Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeninin Ele Alınışının Feminist Bir Perspektifle İncelenmesi*”, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Barlow, A. (2006). “Cohabitation Law Reform – Messages From Research” *Feminist Legal Studies*, 14(2), 167–180.
- Güneş, Hüseyin Nihat (2008). “Feminist Akımlarda Aile”, *Social Sciences Research Journal*, 7(3): ss.142-153.
- Hamplova, Dana (2002). “Marriage and Cohabitation: Qualitative Differences in Partnership Arrangements” *Czech Sociological Review*, 38: ss.771-788.
- Köteli, Mustafa Argun (1991). *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- MacKinnon, Catharine Alice (2003). *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (Çev.) Yöney, Türkan., Yücesoy, Sabir, İstanbul, Metis Yayınları
- Öztürk, Necla (2016). *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Smart, Carol., Stevens, Pippa (2000). *Cohabitation Breakdown*, London: Family Policy Studies Centre.
- Smock, Pamela J., Manning, Wendy D. (2004). Living Together Unmarried in the United States: Demographic Perspectives and Implications for Family Policy. *Law & Policy*, 26(1), ss.87-117.
- Sultana, Abeda (2019). “Ataerkillik ve Kadının İkincilliği; Kuramsal Bir Analiz”, (Çev.) Altay, Saadet, *e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi*, 11(1(23)): ss. 417-427.
- Tekdoğan, Işıl Selin (2014). *Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk*, Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Top, Sinem (2013). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, (1) ss.40-65.
- Velidedeoğlu, H.V. (1963) *Türk Medeni Hukuku*, İstanbul: Nurgök Matbaa.
- Yüksel, Murat (2003). *Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe (2002). *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, Ankara: Seçkin Yayınevi.



INTERNATIONAL LABOR LAW: INNOVATIONS, PROBLEMS IN PRACTICE AND SOLUTIONS¹

Ayşe Nur KARAYEL², Süleyman DOST³

Abstract

Turkey is a country where many foreigners come to geographic location and other reasons. Legally, it is a fact that they have to work in order to meet the needs of foreigners in Turkey. For various reasons, the International Labor Law No. 6735 dated July 28, 2016 was adopted and the Law No. 4817 on Work Permits of Foreigners was repealed. These reasons are as follows: changing conditions since 2011, an unpredictable increase in the number of foreigners entering our country, foreign investment and inadequate regulations in attracting qualified foreign labor force policies.

In this paper, first of all, international labor policy, pre-permit requirement and turquoise card were examined within the scope of the innovations introduced by the International Labor Law. Subsequently, some problems that arise in the implementation of the Law, such as ensuring the unity of enforcement, deterrence of administrative fines, international labor policy, withdrawal of qualified foreign labor, protection of citizen employment, and evaluation of work permit applications are discussed with examples. In the context of the solution to these problems arising in practice, it was emphasized that the implementing regulation should be issued as soon as possible, changing the way that foreigners apply for work permits, developing a policy to protect citizens' employment, and reviewing the administrative sanctions stipulated in the Law.

Keywords: International labor, foreign workers, work permit, prior leave, employment, labor policy

ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU: GETİRDİĞİ YENİLİKLER, UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Özet

Türkiye, coğrafi konumu ve diğer sebeplerle çok sayıda yabancıların geldiği bir ülkedir. Yasal olarak Türkiye’de bulunan yabancıların ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için çalışmak zorunda oldukları bir gerçektir. 2011 yılından itibaren değişen şartlar, ülkemize giriş yapan yabancı sayısındaki önceden tahmin edilemeyen artış, yabancı yatırım ve nitelikli yabancı

¹ Bu çalışma, Ayşenur Karayel tarafından Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalında Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Dost’un danışmanlığında tamamlanarak 02.08.2019 tarihinde savunulan ve oybirliği ile kabul edilen “Uluslararası İşgücü Kanunu Kapsamında Yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakkı” adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

² Avukat, Adana Barosu, karayelhukuk@gmail.com

³ Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, suleyman.dost@hotmail.com



işgücünü çekme politikalarında mevcut düzenlemelerin yetersiz kalması gibi nedenlerle, 28 Temmuz 2016 tarih ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu kabul edilmiş ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu bildiriye öncelikle, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun getirdiği yenilikler kapsamında, uluslararası işgücü politikası, ön izin şartı ve turkuaz kart incelenmiştir. Ardından Kanun'un uygulanmasında, uygulama birliğinin sağlanması, idari para cezalarının caydırıcılığı, uluslararası işgücü politikası, nitelikli yabancı işgücü çekilmesi, vatandaş istihdamının korunması, çalışma izni başvurularının değerlendirilmesi gibi konularda ortaya çıkan bazı sorunlar örneklerle ele alınmıştır. Uygulamada ortaya çıkan bu sorunlara çözüm bağlamında, uygulama yönetmeliğinin en kısa sürede çıkarılması, yabancıların çalışma izni başvurularının yapılma şeklinin değiştirilmesi, vatandaş istihdamını koruyucu politika geliştirilmesi, Kanun'da öngörülen idari yaptırımların yeniden gözden geçirilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası işgücü, yabancı işçi, çalışma izni, ön izin, istihdam, işgücü politikası

1 Giriş

Türkiye, coğrafi konumu ve diğer sebeplerle çok sayıda yabancıya geldiği bir ülkedir. Yasal olarak Türkiye'de bulunan yabancıların ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için çalışmak zorunda oldukları bir gerçektir. 2011 yılından itibaren değişen şartlar, ülkemize giriş yapan yabancı sayısındaki önceden tahmin edilemeyen artış, yabancı yatırım ve nitelikli yabancı işgücünü çekme politikalarında mevcut düzenlemelerin yetersiz kalması gibi nedenlerle, 28 Temmuz 2016 tarih ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu⁴ (UİK) kabul edilmiş ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun⁵ (YÇİHK) yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu çalışmamızda öncelikle, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun getirdiği yenilikler kapsamında, uluslararası işgücü politikası, ön izin şartı ve turkuaz kart incelenmiştir. Ardından Kanun'un uygulanmasında, uygulama birliğinin sağlanması, idari para cezalarının caydırıcılığı, uluslararası işgücü politikası, nitelikli yabancı işgücü çekilmesi, vatandaş istihdamının korunması, çalışma izni başvurularının değerlendirilmesi gibi konularda ortaya çıkan bazı sorunlar örneklerle ele alınmıştır. Uygulamada ortaya çıkan bu sorunlara çözüm bağlamında, uygulama yönetmeliğinin en kısa sürede çıkarılması, yabancıların çalışma izni başvurularının yapılma şeklinin değiştirilmesi, vatandaş istihdamını koruyucu politika geliştirilmesi, Kanun'da öngörülen idari yaptırımların yeniden gözden geçirilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Göç olgusu insanlık tarihi kadar eski olsa da, göç eden bu kişilere çeşitli statüler verilmesi geçtiğimiz yüzyıla dayanmaktadır. Türkiye'ye, bulunduğu bölgede komşu ülkelerindeki istikrarsız kötü ortamdan dolayı, çok fazla yabancı gelmektedir. Gerek komşu ülkelerden ve diğer ülkelerden gelen yabancı sayısındaki artıştan gerekse de Türkiye'nin Avrupa Birliği tam üyelik sürecinde, yabancılarla ilişkin mevzuatını düzenlemekten dolayı son zamanlarda geniş çaplı yasal düzenlemeler ve kurumsal yapıda değişiklikler yapılmıştır. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ülkemizde bulunan yabancıların çalışma izinleri ile ilgili ilk kanun olup 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Genel olarak, yabancıların çalışma mevzuatı bakımından, "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun" (YÇİHK) isminden de

⁴ 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu 28.07.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. RG: 13.08.2016-29800.

⁵ 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun 27.02.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş, 13.08.2016 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.



anlaşılacağı üzere, yabancıların çalışma izinlerini düzenlemektedir. 28 Temmuz 2016 tarihinde ise, 6735 sayılı UİK ile YÇİHK yürürlükten kaldırılmış ve yabancıların çalışması konusunda temel kanun olarak düzenlenmiştir. UİK, yürürlükten kaldırılan kanunun aksine sadece çalışma izinlerini değil, aynı zamanda yabancı istihdam politikası, çalışma izinleri, bu alanda ilgili kurumları ve yabancıların çalışmasına ilişkin diğer hususları da düzenlemiştir. Bu kanundan sonra da konuyla ilgili kurumsal yapıda, teşkilat şemasında ve yönetmeliklerde yeni düzenlemeler yapılmıştır.

UİK ve gerekçesinde de belirtildiği üzere, istihdam politikasında özellikle ülkemize nitelikli işgücüne sahip yabancıların artırılması politikalar arasında yer almaktadır. Ancak nitelikli yabancı işgücünü, iş piyasasında arttırmaya çalışırken, vatandaş istihdamının da korunması gerektiği yine vurgulanmıştır.

Türkiye, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi)'ne coğrafi kısıtlama ile taraf olmuştur. Türkiye, belirtilen nedenlerle Türkiye'ye Avrupa'dan gelen kişileri sürekli mülteci statüsüne kabul edebilmekte ve Avrupa ülkeleri dışından gelen yabancıları da mülteci olarak değil geçici koruma statüsü altında kabul edebilmektedir. (Dost, 2014:29). Çalışmamızda öncelikle konu ile temel kavramlar ele alınacaktır. Ardından UİK'in amacı ve getirdiği yeniliklere değinilecektir. Daha sonra uygulamada yaşanan ve tespit edebildiğimiz sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

2 Konuyla İlgili Temel Kavramlar

6735 sayılı UİK, temelinde ülkemizde bulunan yabancıların çalışma ve sosyal güvenlik haklarını, yabancı işgücü politikasını, yabancı istihdamını arttırmayı ve vatandaş istihdamını koruma gibi konuları da içine alan kapsamlı bir kanundur. Yabancılar hukukunun temel konuları kural olarak, 6458 sayılı Yabancıların Uluslararası Koruma Kanunu⁶ (YUKK) ile düzenlenmiştir. Bu kanunda yabancıların Türkiye'ye girişi, vize işlemleri, sınır dışı edilme şartları ve uluslararası koruma gibi konuların düzenlendiği görülmektedir.

Ülkemizde çeşitli nedenlerle bulunan yabancılar, vatandaşlara tanınan tüm haklardan yararlanamamaktadır. Bu haklardan bazılarını hiç kullanamazken bazılarını çeşitli kısıtlamalar ile kullanabilmekte bazı hakları ise tıpkı vatandaşlar gibi kullanabilmektedir.⁷ Çalışmamızda önce yabancı kavramı daha sonra yabancıların çalışma hakkı kavramı üzerinde durulacaktır.

⁶ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. RG: 11.04.2013-28615.

⁷ 1982 Anayasası'nın ikinci kısmı "Temel Haklar ve Ödevler" başlığı altında dört bölümden oluşmaktadır. Bu bölümler şunlardır: "Genel Hükümler (m. 12-16)", "Kişinin Hakları ve Ödevleri (m. 17-40)", "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler (m. 41-65)" ve "Siyasi Haklar ve Ödevler (m. 66-74)". Georg Jellinek'in Anayasa Hukukunda klasikleşen ayrımına göre temel hak ve hürriyetler üç gruba ayrılır: Negatif statü hakları, pozitif statü hakları, aktif statü hakları. Negatif Statü Hakları: Kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanını sınırlarını çizen hak ve hürriyetlerdir. Pozitif statü hakları, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanını tanıyan haklardır. Aktif statü hakları, kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan haklardır. 1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetlerin sınıflandırılmasında, "kişinin hakları ve ödevleri" başlıklı ikinci bölümde düzenlenen bu hakların hepsi Jellinek'in haklar ayrımında "negatif statü hakların" niteliğindedir. "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümde düzenlenen bu haklar genel olarak, Jellinek'in haklar ayrımında "pozitif statü haklarına" tekabül etmektedir. "Siyasi haklar ve ödevler" başlıklı dördüncü bölümde düzenlenen haklar ise Jellinek'in haklar ayrımında "aktif statü haklarına" tekabül etmektedir. Sadece vatandaşlara tanınmış olan temel hak ve hürriyetleri Türk vatandaşları olmayan yabancılar kullanamaz. Siyasi haklardan yabancıların yararlanamaması kural, yararlanabilmesi istisnadır. O nedenle yabancıların kullanabileceği siyasi hakların Anayasa tarafından açıkça öngörülmesi gerekmektedir. (Gözler, 2019: 111-121)



2.1 Yabancı

Sözlük anlamı olarak, *bir devlete oranla, kendi uyrukluğunda olmayan gerçek veya tüzel kişilere yabancı* denir (Yılmaz, 2006:746). Yabancılar hukukunda, yabancı kavramının içeriğine kimlerin dahil olduğu, önem arz etmektedir. Bir kişinin yabancılık vasfının tayininde iki farklı açıdan yabancı tanımı yapılabilir. Eğer, “yabancı devlet vatandaşı” kişiler yabancılar hukukunun süjesidir denilirse, böyle bir tanım sadece yabancı devlet vatandaşlarını kapsayacağından eksik kalır. Bu tanımda vatansızlar yer almadığı için Tekinalp tarafından bu tanım eleştirilmektedir (Tekinalp, 2003: 6) .

Yabancı kavramının tanımı konusunda, büyük ölçüde vatandaşlık kavramından hareketle tanımı yapılmaktadır. Buna göre, “*Yabancı, bir devlet ülkesinde bulunup o devletin vatandaşlığını halen iddiaya hakkı olmayan kimse*” olarak tanımlanmıştır (Çelikel-Gelgel, 2011:12). Bu tanıma eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştirilerden ilki, “*vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan*” ifadesine yöneltilmiştir. Aybay, bir kişinin belirli bir devletle olan vatandaşlık ilişkisi, o kişinin, bu ilişkinin varlığını “iddia” etmesinden bağımsız olduğunu belirtilerek bu tanımı eleştirmiştir (Aybay, 2011:12). Aybay, yine aynı tanımda, “ülkede bulunma” koşulunu eleştirmektedir. Bu tanıma göre, “yabancılık” vasfı, bu kişinin ilgili ülkede fiziksel olarak bulunmasını zorunlu kıldığını, oysa böyle bir fiziksel zorunluluk olmadığından dolayı da eleştirmektedir. Tekinalp ise, vatandaş üzerinden yapılan tanımda, yabancı, başka ülke vatandaşı olabileceği gibi, vatansız (haymatloz), mülteci, birden çok vatandaşlığı olanlar o ülkenin vatandaşı olmamak kaydıyla, yabancı olabileceğini belirterek, eleştirmiştir. (Tekinalp, 2003:9).

Hem YUKK hem de 29.5.2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu yabancıyı “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” olarak tanımlamaktadır. (YUKK, m.3/1-ü; TVK, m.3/1-d)

2.2 Yabancıların Çalışma Hakkı

Çalışma hakkı, gerek uluslararası insan hakları belgelerinde, gerekse ulusal anayasalarda, temel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 23’üncü maddesinin 1’inci fıkrası, “*Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve ehverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır*” şeklindedir.

1982 Anayasasının 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma özgürlüğüne sahip olduğunu vurgulamıştır. Maddenin devamında ise, “Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir.” hükmünü düzenlenmiştir. (AY, m.49/2). 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinde de “Gelir Getirici Çalışma” başlığını taşıyan 3. bölümde çalışma hakkı düzenlenmiştir.

Türkiye, imzaladığı pek çok uluslararası sözleşmelerin iç hukuka uyarlanması gerektiğinden ve günümüz şartlarına göre mevcut düzenlemelerin revize edilmesi ve mevcut düzenlemelerin son yıllarda ülkemizde artan yabancı nüfusun ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığından dolayı Uluslararası İşgücü Kanunu’nu yürürlüğe girmiştir.

Türkiye’de çalışmak isteyen yabancıların bu haktan yararlanmaları birtakım sınırlamalara bağlanmış, giderek bazı iş ve çalışma alanları yabancılar için yasaklanmıştır. (Aybay, 2011:12). Yabancıların, Türkiye’de çalışmalarına ilişkin temel kural, mülga Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanunu’nun (YİSHK) 15. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Yabancılar, Türkiye’de ancak kanunun kendilerine menetmediği işleri tutabilirler.” Bu hükümden çıkan sonuç şudur: Yabancıların Türkiye’de çalışma hakkı konusunda, her özel durum için ilgili iş alanına ilişkin kanuna bakmak gerekmektedir. İlgili kanunda, o iş ve çalışma alanının münhasıran vatandaşlara açık olduğunu



ya da yabancıların o alanda çalışmalarının yasak olduğunu belirten bir hüküm varsa, yabancı o işi yapamaz. (Aybay, 2011: 140) .

Yabancıların yapamayacakları işler ve icra edemeyecekleri mesleklerin neler olduğunu saptamak dikkatli bir incelemeyi gerektirmektedir. Çünkü yabancılara yasaklanmış iş ve meslekleri gösteren tek bir kanun yoktur. Bu alanda en kapsamlı kanun olan 2007 sayılı “Türkiye’de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Meslek ve Sanatlar Hakkındaki Kanun”, 1932 yılından 2003 yılına kadar neredeyse 70 yıl kadar yürürlükte kaldıktan sonra 27 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun’la (YÇİK) yürürlükten kaldırılmıştır. 2007 sayılı kanun yürürlükten kalkmışsa da, yabancıların çalışma hakkı ile ilgili ve bu hakkı belirli durumlar ve meslekler için ortadan kaldıran başka kanunlar da vardır (Aybay, 2011:140). Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun da Uluslararası İşgücü Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle ilga edilmiştir.

Yabancıların Türkiye’de çalışabilmesi ilke olarak izne bağlıdır. Belli bir yabancı, çalışma izni olup olmadığının ya da çalışma izni alma zorunluluğundan bağımsız olup olmadığının saptanması gerekmektedir.

Yabancıların Türkiye’de çalışabilmesi için, mevzuat hükümlerine göre geçerli ve usulüne uygun bir giriş yapmaları, deyim yerindeyse, ön koşuldur. Yabancıların, Türkiye’de çalışabilmesi için bazı ek koşulların da yerine getirilmesi gereklidir. Bu koşullar, Uluslararası İşgücü Kanunu’nda belirtilmiştir. Yine belirtmek gerekir ki her ne kadar kanunun adı Uluslararası İşgücü Kanunu olsa da düzenlediği konular arasında en temelinde yabancıların çalışma hakkıyla ilgili hususlar düzenlenmiştir. Mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun sadece çalışma izinleri konularını düzenlerken, Uluslararası İşgücü Kanunu, çalışma izinlerine ek olarak uluslararası işgücünü ülkeye çekmek ve yabancı yatırımcıları arttırmaya çalışmak bu kanunun amaçları arasındadır.

3 Uluslararası İşgücü Kanunu’nun Amacı ve Kapsamı

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu’nun amacı kanunun 1. maddesinde şöyle belirtilmiştir;

“Bu Kanunun amacı; uluslararası işgücüne ilişkin politikaların belirlenmesi, uygulanması, izlenmesi ile yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muaftiyetlerine dair iş ve işlemlerde izlenecek usul ve esasları, yetki ve sorumlulukları ve uluslararası işgücü alanındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemektir.”

UİK, “Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi”ni kurmuştur. Buna göre Aile, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, yabancı istihdamı taleplerini almak, değerlendirmek ve uluslararası işgücünün etkilerini izlemek üzere Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi kurar. (UİK, m.5)

Bakanlık, kamu güvenliğine ilişkin hususlar saklı kalmak üzere; yabancılara, yabancı istihdamı ihtiyacına ve bu Kanun kapsamındaki diğer hususlara ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve belge talep edebilir. Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında yer almamış olup ilk kez bu kanun ile düzenlenmiştir.

Kanuna genel olarak baktığımızda, kanunun başlığına da yansıyan kanun terminolojisinde değişiklik olduğunu görüyoruz. Kanunda, “yabancıların çalışma hakkı” yerine “uluslararası işgücü” terimini kullanıldığını görüyoruz. Bu düzenlemeye ek olarak, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde, Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü kurulmuştur.



Kanunun 2. maddesinde ise bu kanunun kapsamı, “Türkiye’de çalışmak için başvuruda bulunan veya çalışan, bir işveren yanında mesleki eğitim görmek üzere başvuruda bulunan veya staj yapan yabancılar ile Türkiye’de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunucusu yabancıları ve yabancı çalıştıran veya çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişileri kapsadığı” belirtilmiştir.

4 Uluslararası İşgücü Kanunu Kapsamında Getirilen Bazı Yenilikler

ÜİK, mülga YÇİHK’da yer almayan bazı yeniliklere yer vermiştir. Bazı düzenlemeler eski kanun ile benzerlik gösterse de aşağıda belirteceğimiz hususlar ilk kez ÜİK ile hayata geçirilmiştir.

4.1 Uluslararası İşgücü Politikası

İşgücü kavramı, hukuk biliminden çok iktisat bilimin konularından biridir. İşgücü kavramı, öğretilerde, işgücü piyasalarını konu alan çalışmalar içerisinde değerlendirilmektedir. (Ayan, 2018:58) Türk Dil Kurumu işgücünü, “etkin nüfus içerisinde yer alan, cari ücret düzeyinde ve çalışma koşullarında çalışanlarla işsizlerin toplamı” şeklinde tanımlanmıştır⁸.

Uluslararası işgücü politikası, ilk kez ÜİK ile düzenlenmiştir. 4817 sayılı YÇİHK’de bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır.

ÜİK’in 4. maddesinin 2. fıkrasında uluslararası işgücü politikasının tanımı yapılmıştır. Buna göre; *Uluslararası işgücü politikası; uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeler ile Göç Politikaları Kurulu kararları, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemselsel değişiklikler, kalkınma plan ve programları, yabancının uyruğunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkiler, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı dikkate alınarak belirlenir.*” denilmiştir.

4.maddenin ilk fıkrasında, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın, uluslararası işgücüne ilişkin politika belirlemek ve belirlenen politikayı uygulamaya yönelik olarak ulusal ve uluslararası düzeyde faaliyette bulunmaya yetkili, Uluslararası İşgücü Danışma Kurulu⁹ kurulması gerektiğini belirtmiştir. Uluslararası Danışma Kurulu ile çalışma izni ve uluslararası işgücü politikasında aynı kuruldaki yeknesak kararların çıkması düşüncesiyle bu kurul oluşturulmuştur.

6735 sayılı Uluslararası Koruma Kanunu’nun gerekçesinde, uluslararası işgücü politikası amacı detaylıca açıklanmıştır. Buna göre, 4. madde gerekçesi;

Uluslararası işgücü politikasını belirleme ve bu yönde faaliyette bulunma yetkisinin Bakanlıkta olduğu, bu belirlemenin Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulunun¹⁰ önerileri dikkate alınarak yapılacağı belirtilmektedir. Bu düzenlemeyle, işgücü göçü yönetiminde esas alınacak temel politika çerçevesi oluşturulmaktadır. Uluslararası işgücü politikasının tespiti ve uygulanması; çalışma izni sürecinin salt bir prosedür olmaktan

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi 19.07.2019).

⁹ Mevzuatta Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kuruluna yapılmış olan atıflar, Cumhurbaşkanınca belirlenen kurul veya mercie yapılmış sayılır (ÜİK, Ek Madde 1 - (Eklenmiş Madde RG: 09.07.2018 -30473-3. Mükerrer KHK No: 703/212).

¹⁰ ÜİK m.4/4’te Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu’nun kimlerden oluşacağı belirtilmiş ise de bu fıkra, 09.07.2018 tarihinde 703 sayılı KHK ile ilga edilmiştir. İlgilenen bu hüküm yerine yeni bir hüküm düzenlenmemiştir. Mülga Fıkra RG: 09.07.2018-30473 3, Mükerrer KHK No: 703/212.



çıkartılması, başvuru aşamasından iznin verilmesine kadar her aşamanın ülke menfaatleri ve ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmesi, Göç Politikaları Kurulu kararlarına, ulusal mevzuata, kalkınma plan ve programlarına, ekonomik ve sektörel değişikliklere, ülkemizin ikili sosyal, ekonomik ve kültürel ilişkilerine duyarlı uygulamalara imkan sağlanması bakımından Kanun ile getirilen en önemli yeniliklerden biridir.

4.2 Önizin Şartı

6735 sayılı kanun bazı iş ve mesleklerde çalışmak isteyen yabancılara ön izin şartı getirmiştir. Yabancıların çalışmayı düşündükleri iş ve meslekte yeterli mesleki bilgi ve donanımına sahip olup olmadıklarının önceden değerlendirilebilmesi için bu ön izin şartı getirilmiştir (Çelikel-Gelgel, 2018:106). YÇİHK’de ön izin konusunda 12. madde de düzenleme mevcuttu. Ancak düzenleme konusunda bir açıklık bulunmamaktaydı. 12. maddede ayrıca öğretim elemanlarının da izin alması gerektiği düzenlenmiştir (Doğan, 2018:163) .

Oysa 6735 sayılı kanunda ise sağlık hizmetleri alanında çalışacaklar Sağlık Bakanlığı’ndan, eğitim hizmetleri alanında çalışacaklar Milli Eğitim Bakanlığı’ndan ön izin almaları gerektiği belirtilerek bir sınırlama getirilmiştir. Ön izin hususunun 6735 sayılı kanunda ilk kez düzenlenmemişse de bu kadar detaylı olarak ilk kez bu kanunda düzenlendiğini söyleyebiliriz. Ön izin alan yabancıların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, 6735 sayılı kanununun 9. maddesinin 1. fıkrası da bendinde yer alan, “*gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancılara ilişkin olan*” hükmü uygulanmaz. Çalışma izni uzatma başvuruları da ilgili bakanlık veya Yükseköğretim Kurulu’nun ön iznine tabidir (UİK, m.8/5).

Son olarak, 28.02.2008 tarihli ve 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkındaki Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında Ar-Ge Merkezi Belgesi olan firmalarda Ar-Ge personeli olarak çalışacak yabancıların çalışma izni başvuruları, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının olumlu görüşü olması halinde değerlendirileceği, son fıkrada düzenlenmiştir (UİK, m.8/son).

4.3 Turkuaz Kart

Bazı hukuk sistemlerinde, yabancıların o ülkede yasal olarak bulunmasını sağlayan, ayrıca vatandaşlığa alınmasını o belgesi olanlara göre kolaylaştıran kart sistemi uygulamaları vardır. Bu kart uygulamasının ilk kez UİK ile kabul edildiğini söyleyebiliriz. Turkuaz kart, uluslararası işgücü politikası doğrultusunda, eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi olacak yabancılara verilir. (UİK, m.11 gerekçesi). Bu karta göre, “Turkuaz kart, yabancıya, Türkiye’de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belgedir.” Turkuaz Kart Yönetmeliği’nde ise, “Turkuaz Kart, Türkiye’de süresiz çalışma ve ikamet hakkı veren, yakınına ise ikamet hakkı veren belge” olarak tanımlanmıştır (Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 4/1-f).

UİK’nin 11. maddesinin son fıkrasına göre, geçici koruma statüsü sahipleri turkuaz kartın düzenlendiği hükümlerden yararlanamayacaktır (UİK, m.11/son). Kanun sadece geçici koruma statüsündeki yabancıları kapsam dışında bırakmıştır. Geçici koruma statüsü dışında kalan diğer yabancıların turkuaz kart sahibi olabilecekleri söylenebilir. Turkuaz karta ilişkin başvuru, değerlendirme ve geçiş sürecinde Turkuaz Kart sahibine ve yakınına sağlanan haklara ve bu hakların kullanımına ilişkin usul ve esasları düzenlemek için 14.03.2017 tarihinde Turkuaz Kart Yönetmeliği çıkarılmıştır.



Kimlere Turkuaz Kart verilebileceği yönetmeliğin 5. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, Turkuaz kart;

- Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen,

-Yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,

-Bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı,

-Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan,

-Türkiye'nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye'nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan, yabancılara verilebilir.

Süresiz çalışma izni olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancının seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü yoktur (UİK, m.10/4). Dolayısıyla, Turkuaz Kart sahibi yabancı da, süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır. Turkuaz kart, nitelikli yabancılara verilecek olan özel ve kolaylaştırılmış bir çalışma izni olduğu söylenebilir.

Turkuaz kart başvurusu, yurt içinde doğrudan sistem üzerinden, yurt dışında yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk dış temsilciliği aracılığıyla yapılır (TKY, m.6). Turkuaz kart verilecek yabancılara, yönetmelik puanlama sistemi getirmiştir. Bu puanlama sisteminin hazırlanmasında, TKY m.11'deki kriterler dikkate alınır. Puanlama sistemi kapsamında yeterli puan alan başvurular olumlu değerlendirilir (TKY m. 9).

5 UİK'in Uygulanmasında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Türk hukukunda yabancıların çalışması UİK'in çıkarılması ile yeni bir döneme girmiştir. Getirilen yenilikler ve yapılan değişiklikler ile yabancıların Türkiye'de çalışması düzenlenmiştir. Yasal olarak ikamet ve çalışma izni ile bulunanlar, mülteciler, şartlı mülteciler, ikincil veya geçici koruma altında bulunanlar, vatansızlar gibi pek çok yabancı gruplarına ev sahipliği yapan Türkiye'de bu şekilde kapsamlı bir kanun çıkarılması önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir.

Bu çalışmada tespit ettiğimiz UİK'in uygulanmasından kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerilerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

5.1 Ülkemizdeki Tüm Yabancılar Kayıt Altına Alınmalıdır

Son yıllarda Türkiye'de yabancıların artması sebebiyle, yabancılar hukuku ile ilgili yeni yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu doğrultuda mevzuatta ve mevzuatın öngördüğü kurumsal şemada değişiklik olmuştur. 2003 tarihli 4817 sayılı YÇİHK yürürlükten kaldırılmış, yerine 28.07.2016 tarihli 6735 sayılı UİK yürürlüğe girmiştir. UİK ile pek çok yenilik getirilmiştir. Ancak yeni düzenlenmelerin yanında, getirilen yeniliklerin hayata geçirilmesi gerekmektedir.



Türkiye, ülkesinde bulunan tüm yabancıların çalışmasını kayıt altına almalı bu kayıtlar doğrultusunda işgücü politikası oluşturmalıdır.

ÜİK'nin gerekçesinde de ayrıntılı düzenlendiği üzere, bu kanunun amaçları arasında uluslararası işgücü politikasını oluşturmak da vardır. Uluslararası işgücü politikasının bu kanun yürürlüğe girdikten sonra oluşmaya başladığını söyleyebiliriz.

Ülkeye giriş yapan yabancıların, çalışma yönünden etkin bir şekilde takip edilmesi gerekmektedir. Yabancılara da tıpkı işverenlerin bildirim yükümlülüğü gibi, çalışmaya başladıklarında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bilgi verme yükümlülüğü getirilmelidir.

5.2 Çalışma İzni Başvurusundaki Gerekçenin Somut Hale Getirilmesi Gerekir

Yabancıların çalışma iznine başvururken doldurmak zorunda olduğu başvuru formundaki “yabancı istihdamına ilişkin gerekçe” ifadesi çok soyut olduğu söylenebilir. Bakanlıkça gerekçenin yeterli görülmemesi durumu gerek çalışma iznine başvuran yabancı gerekse çalışma izni sürecini başlatan işveren için bir belirsizlik oluşturmaktadır. Bu ve benzeri durumların yaşanmaması için daha somut düzenlemelere yer verilmelidir. Bu alanda çalışacak Türk vatandaşının bulunmaması dışında başka gerekçelerin kabul edilip edilmeyeceği açıklık getirilmelidir. Yabancı istihdamına ilişkin gerekçe bölümünde, kabul edilebilir veya kabul edilemez gerekçe örnekleri bakanlıkça açıklanarak vatandaşlara sunulmalıdır.

5.3.Uygulama Yönetmelikleri En Kısa Sürede Çıkarılmalıdır

Uluslararası İşgücü Kanunu, yürürlüğe girmesine rağmen bazı yönetmelikler çıkarılmamıştır. Bugüne kadar yabancıların çalışma izni ile ilgili olarak, Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik, Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, Turkuaz Kart Yönetmeliği ve Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancıların Çalışma İzinleri Yönetmeliği çıkarılmıştır. Ancak çalışma izni konusunda yeni yönetmelik çıkarılmamış, eski yönetmeliğin ÜİK'in amacına uygun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bu durum uygulama birliğini ve bozmakta ve bazı boşluklar doğurmaktadır. Bu nedenle yeknesak uygulama için ÜİK'in uygulama yönetmelikleri en kısa sürede çıkarılmalıdır. ÜİK m.25'te belirtilen ve halen çıkarılmayan yönetmelikler de çıkarılmalıdır.

5.4 İşgücü Politikaları Uygulamaya Yansıtılmalıdır

Uluslararası işgücü politikası kanunda ve kanun gerekçesinde düzenlenmiş ise de bu uygulanması öngörülen politika yeterince açıklanmamıştır. Diğer düzenleyici işlemler ile bu politikaların net, açık, anlaşılır şekilde düzenlenmesi ve periyodik eylem planları ile takip edilmesi gerekmektedir.

5.5 Çalışma İzni Başvuruları Bakanlık Bünyesinde Oluşturulacak İnternet Portalı Üzerinden Yapılmalıdır

Çalışma izni başvuruları şu an işverenin e-devlet sistemi üzerinden yapılmaktadır. Bu başvuruların, Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın kuracağı bir internet portalı üzerinden yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira mevcut hali ile vekil veya işveren vekili aracılığı ile başvurularda, işverene ait e-devlet şifresi ile başvurular yapılmaktadır, bu durum



sıkıntılara sebep olabilmektedir. Uygulamada, başvurular işverenin şahsi e-devlet şifresi üzerinden yapılmaktadır. Bu başvuruların bakanlığın sitesinde kurulacak bir bölüm ile yapılması ve bu bölüme ayrıca vekil ve işveren vekili sekmelerinin de eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

5.6 Ulusal İstihdam Stratejilerini Takibi Yapılmalıdır

Uluslararası işgücü politikalarının hayata geçirilmesi için devlet tarafından her sene çeşitli programlar yayımlanmaktadır. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı her sene, Ulusal İstihdam Stratejisini, resmi web sitesinden yayınlamaktadır. Bu strateji planları arasında, yabancıların çalışma ve sosyal güvenlik hakkına dair tedbirler de yer almaktadır. Bu tedbirlerin yerine gelmesi için gerekli takipler yapılmalıdır. Her sene bir önceki yılın strateji programı gözden geçirilmeli ve yapılması beklenen ancak hayata geçirilemeyen hedeflerin altında yatan olumsuz sebepler irdelenmelidir.

5.7 Nitelikli İşgücü Programının Bilinirliği Sağlanmalıdır

Strateji ve Bütçe Başkanlığı 10. Kalkınma Planını yayınlamıştır. Bu planda nitelikli insan gücünü çekme de yer almaktadır. Yabancıların da bu plana dahil olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu Kalkınma Planı doğrultusunda, nitelikli yabancıların ülkeye çekilmesi için gereken çalışmalar yapılmalıdır.

Dünya genelinde nitelikli işgücüne olan talebin artması ve işgücünün daha serbest hareket edebilmesi bir fırsat olduğu, 10. Kalkınma Planında belirtilmiştir. İhtiyaç duyulan sektörlerde nitelikli insan gücü kaynağı artırılarak, ülkenin büyüme potansiyeline artı değer katacağı belirtilmiştir. Bunun için, Nitelikli İnsan Gücü İçin Çekim Merkezi Programı öngörülmüş ve bu programın detayları açıklanmıştır. Bu programın bilinirliğinin artırılması sağlanmalıdır.

5.8 Turkuaz Kart Uygulaması Genişletilmelidir

Nitelikli yabancı işgücünü ülkeye çekmeyi kolaylaştırmak için, UİK’de Turkuaz Kart uygulaması, yabancılarla istisnai çalışma izni verilmesi, 4817 sayılı kanunda bulunan uzun resmi işlemlerin tek bir bakanlıktan ve daha kolay yapılması düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile başvurulardaki uzun bürokrasi işlemleri azalacağından dolayı, başvuru sayılarında olumlu artış olacağı düşünülmektedir.

UİK ile getirilmiş yeniliklerden biri de, turkuaz karttır. Turkuaz kart, nitelikli yabancılarla verilecektir. Turkuaz Kart, Avrupa Birliği’ndeki mavi karta, Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulama bulan yeşil karta benzer bir uygulama getirmiştir. Turkuaz kart verilen yabancı, kendisine süresiz çalışma hakkı, ailesine ise ikamet hakkı kazanır. Turkuaz Kart Yönetmeliği’nde Turkuaz Kart sahibi yakını, turkuaz kart sahibinin yabancı eşi ile kendisinin veya eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuklarını kapsayacağı belirtilmiştir. Düzenlemede, ergin olmakla birlikte halen eğitim öğretimi devam eden veya çalışma hayatına atılmamış çocuklar Turkuaz Kartın sağladığı haklardan yararlanmakta zorlanmaktadır. Bu nedenle, engelli ve hasta çocuklar için getirilen istisnalar bu saydığımız çocuklar için de sağlanmalıdır.



5.9 Yabancı Kaçak İşçi Çalıştırmaya Uygulanan İdari Para Cezaları Caydırıcı Hale Getirilmeli, Denetimler Artırılmalıdır

Yabancı kaçak işçi sayısının azaltılması ve kaçak işçiliğin önlenmesi için alınacak tedbirlerin artırılması gerekmektedir. Bu konuda düzenlenen idari para cezaları daha caydırıcı şekilde düzenlenmelidir. Pek çok yabancının, sadece vatandaşların çalışabileceğine dair yanlış düşünceleri bulunmaktadır. Yabancıların kayıtlı çalışmalarının, mevzuatta kendilerine verilmiş bir hak olduğunun anlatılması gerekmektedir. Bu yabancılara konuyla ilgili eğitimler düzenlenerek, çalışma ile ilgili asgari konular anlatılmalıdır. Yabancı kaçak istihdamı, hem ülke ekonomisine hem de bireysel olarak yabancıya zarar vermektedir. İşverenler, yabancıların gerek bilgisizliğinden gerekse zor durumda olmalarından faydalanarak, haksız şartlarda çalıştırmaktadır. Bu işverenler yabancı kaçak işçi çalıştırarak hem vergisel hem de diğer mali yükümlülüklerden kaçmış olmaktadır. Ek olarak yabancı kaçak çalışanların yoğun görüldüğü turizm ve tarımda denetimler ayrıca artırılmalıdır.

Kayıt dışı yabancı çalıştıran işverenler tespit edildiğinde para cezasına ek olarak vergi ve sosyal güvenlik primleri teşvikleri kesilmeli, amme alacağı yapılandırması bulunanlar sadece ödemeyi aksattığında değil bu gibi durumlarda da yapılandırmalarının bozulacağı hüküm altına alınmalıdır.

Kayıt dışı yabancı çalıştırıldığı tespit edilmesi durumunda, bu para cezasının geçersizlik yaptırımına ek olarak mı yoksa tek başına mı uygulama bulacağı noktasında açıklık yoktur. Bu husus açıklığa kavuşturulmalıdır.

5.9 Ülkemizde Bulunan Yabancıların Uyum Sürecine İlişkin Programlar Artırılmalıdır

ÜİK'nin politikalarından biri olarak, uluslararası göçe uyum sağlamak vardır. Çevre ülkelerden, uzakdoğu ülkelerinden ve Asya ülkelerinden gelen kişilerin ülkemiz vatandaşları ile kültür ve yaşantı farklılığı gösterdiği bir gerçektir. Şu an sayıları üç buçuk milyonu aşan, geçici koruma kapsamındaki Suriyelilerin ülkeye uyum sağlaması için programlar artırılmalıdır. Aynı şekilde toplumda yer alan ayrımcı söylemlerin sona ermesi için, vatandaşlara ayrımcı dilde yayın yapan kitle iletişim araçları denetim altında tutulmalıdır. Her ne kadar, geçici koruma kapsamındaki Suriyelilere başlarda misafir denilse de artık bu kişilerin büyük bir kısmının ülkesine dönmeyeceği, burada yaşamaya devam edecekleri vatandaşlar tarafından kabul edilmelidir. Aksi takdirde, ülkeye gelen üç buçuk milyondan fazla Suriyelilerin tamamının dönmesini beklemek gerçeklikten uzaktır. Bu dönüş beklentisi de kültürler arası kaynaştırmayı zorlaştırmaktadır.

5.10 İlgili Personele Meslek İçi Eğitim Verilmelidir

ÜİK'de yer alan düzenlemelerin her il ve ilçede yeknesak şekilde uygulanabilmesi için bakanlıklarda ve ilgili müdürlüklerde çalışan memurlar ve diğer kamu görevlilerine kanun kapsamında meslek içi eğitimler verilmelidir.

5.11 Türk Vatandaşlarının İstihdamını Koruyucu Tedbirler Alınmalıdır

Ülkemize yabancı işgücünü çekmeye çalışırken, bir yandan da Türk istihdamını koruyucu politikalar geliştirilmelidir. Yabancılara çalışma izni kolaylıkları, Turkuaz Kart uygulamaları, Türk istihdamına ve çalışma şartlarına zarar vermemelidir. Yabancıların yoğun çalıştığı sektörlerde Türk istihdamını da destekleyecek şekilde kolaylıklar sağlanmalıdır.



Hem yabancıları hem de vatandaşları korumak adına bütün olarak ülkedeki iş kapasitesinin artırılmasına ilişkin olarak politikalar arttırılmalıdır.

5.12 Çalışma İzni Başvurularındaki Bürokratik İşlemler Azaltılmalıdır

UİK yürürlüğe girmeden önce, çalışma izinleri vermeye yetkili makamlar çok fazlaydı. Sürece şartlara göre, Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı görev alırken şu an tüm çalışma izinleri başvuruları ve değerlendirmeleri Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nca yapılmaktadır. Bu durum, bürokratik engellerin önüne geçmek ve ayrıca çalışma izni başvuru süresini kısaltmak için yerinde bir düzenlemedir. Ancak bazı durumlarda ilgili bakanlıkların yabancıların çalışma izni konusunda olumlu görüşü aranmaya devam etmektedir. O durumda, çalışma iznini yine Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı vermektedir, sadece olumlu görüş ilgili bakanlıktan istenmektedir.

5.13 Yabancıların Sosyal Güvenliği Konusu Ayrıntılı Olarak Düzenlenmelidir

Türkiye, yabancıların sosyal güvenlik hakları konusunda gerek çok taraflı gerekse iki taraflı çok fazla sözleşme imzalamıştır. Ancak hem uluslararası sözleşmelerde hem de iç hukuktaki düzenlemelerde kısa bir şekilde bazen bir bazen sadece bir iki maddede düzenlendiğini görmekteyiz. UİK de bu şekildedir. Neredeyse sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği iki madde hariç hepsi çalışma ve işgücü ile ilgilidir. Sosyal güvenlik hakkı ile ilgili daha detaylı düzenlemeler yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Sosyal güvenlik hususunda en temel düzenleme 5510 sayılı SSGSSK'dir. Bu kanundaki düzenlemeler, ülkede bulunan yabancıları da kapsayacak şekildedir. Ancak bu kanun, ülkede bulunan tüm yabancılara aynı şekilde sosyal güvenlik hakkı tanımamaktadır. Tüm yabancılara aynı şekilde sosyal güvenlik hakkı tanımamak, uluslararası hukuk ilkelerine aykırı değildir.

Sosyal güvenliğin bir görünümü olan sağlık hakkı için, her yabancıların yabancı kimlik kartı başvurularında detaylı sağlık özgeçmişi sorulmalı, kayıt altına alınmalı ve bulaşıcı hastalığı olanlar tedavi edilmelidir.

5.14. Türkiye'deki Yabancılara Sahip Olduğu Haklar Konusunda Bilgi Verilmelidir

Türkiye'de bulunan yabancılar hangi statüde olursa olsun, çalışmada değindiğimiz hakları olmak üzere pek çok haktan habersizdir. Hatta bu haklardan yararlanmak için vatandaş olmak gerektiğine dair yanlış bir kanıları da mevcuttur. Bu nedenle resmi rakamlara göre her ay on binlerce yabancı, vatandaşlık başvurusu yapmaktadırlar. Vatandaşlık kazanmak için, Türk vatandaşlarla evlenmekte, taşınmaz mal iktisabı yapmaktadırlar. Oysa çalışmada detaylıca bahsettiğimiz üzere, temel hak ve hürriyetler gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse de Anayasa'da "herkese" tanınmıştır. Bu nedenlerle, yabancıların vatandaşlık başvuruları detaylıca irdelenmeli, yabancıların çalışma ve sosyal güvenlik hakkına dair sorunlarını çözme yolu olarak görülmemelidir.

6 Sonuç

Türk hukukunda yabancıların çalışması UİK'in çıkarılması ile yeni bir döneme girmiştir. Getirilen yenilikler ve yapılan değişiklikler ile yabancıların Türkiye'de çalışması



düzenlenmiştir. Yasal olarak ikamet ve çalışma izni ile bulunanlar, mülteciler, şartlı mülteciler, ikincil veya geçici koruma altında bulunanlar, vatansızlar gibi pek çok yabancı gruplarına ev sahipliği yapan Türkiye’de bu şekilde kapsamlı bir kanun çıkarılması önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir.

Bu çalışmada tespit ettiğimiz UIK’in uygulanmasından kaynaklanan sorunlara çözüm önerisi olarak şunları söylemek mümkündür: *Ülkemizdeki tüm yabancılar kayıt altına alınmalıdır. Çalışma izni başvurusundaki gerekçenin somut hale getirilmesi gerekir. Uygulama yönetmelikleri en kısa sürede çıkarılmalıdır. İşgücü politikaları uygulamaya yansıtılmalıdır. Çalışma izni başvuruları Bakanlık bünyesinde oluşturulacak internet portalı üzerinden yapılmalıdır. Ulusal İstihdam Stratejilerini takibi yapılmalıdır. Nitelikli işgücü programının bilinirliği sağlanmalıdır. Turkuaz Kart uygulaması genişletilmelidir. Yabancı kaçak işçi çalıştırmaya uygulanan idari para cezaları caydırıcı hale getirilmeli, denetimler artırılmalıdır. Ülkemizde bulunan yabancıların uyum sürecine ilişkin programlar artırılmalıdır. İlgili personele meslek içi eğitim verilmelidir. Türk vatandaşlarının istihdamını koruyucu tedbirler alınmalıdır. Çalışma izni başvurularındaki bürokratik işlemler azaltılmalıdır. Yabancıların sosyal güvenliği konusu ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Türkiye’deki yabancılara sahip olduğu haklar konusunda bilgi verilmelidir*

Kaynakça

Ayan, Hasan Alparslan, “*Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları*”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, c. 1, S: 1, ss. 53-81, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/542683> (Erişim Tarihi: 19.10.2019).

Aybay, Rona, “*Yabancılar Hukuku*”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011

Çelikel, Aysel – Gelgel, Günseli, “*Yabancılar Hukuku*”, Beta, İstanbul, 2017.

Doğan, Vahit, “*Türk Yabancılar Hukuku*”, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Dost, Süleyman, “*Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Çerçevesinde Ülkemizdeki Suriye’li Sığınmacıların Hukuki Durumu*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, 2014, (s. 27-69).

Gözler, Kemal, “*Türk Anayasa Hukuku Dersleri*”, Ekin Yayınları, Güncellenmiş 23. Baskı, 2019.

Jellinek George, “*L’Etat modern et son droit*” (Traduction française par Georges Fardis), Paris, M. Giard- E. Brière, 1913, c. II., (s. 51-57).

Kapani, Münici, “*Kamu Hürriyetleri*”, Yetkin Yayınları, 2013.

Tekinalp, Gülören, “*Türk Yabancılar Hukuku*”, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

Yılmaz, Ejder, “*Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.



PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN CRIMINAL LAW

Shayakhmetova Zhanna BEKPOLOVNA¹

Abstracts

This article highlights the issues aimed at improving the protection of human rights and freedoms in criminal law. The types of protection of the rights and freedoms of citizens in the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan are also analyzed.

Keywords: Legal reform, criminal law, protection of human rights and freedoms, victim, crime.

ОХРАНА ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Аннотация

В настоящей статье освещены вопросы, направленные на повышение уровня защиты прав и свобод человека в уголовном праве. Также проанализированы виды защиты прав и свобод граждан в Уголовном Кодексе Республики Казахстан.

Ключевые слова: Правовая реформа, уголовный закон, защита прав и свобод человека, потерпевший, преступность.

Аңдатпа

Аталған мақалада қылмыстық құқық саласындағы адам құқықтары мен бостандықтарын қорғау деңгейін көтеруге бағытталған мәселелер қарастырылады. Сонымен қатар, Қазақстан Республикасының қылмыстық кодексіне азаматтардың құқықтары мен бостандықтарын қорғаудың түрлері талданды.

Түйін сөздер: Құқықтық реформа, қылмыстық заң, адам құқықтары мен бостандықтарын қорғау, жәбірленуші, қылмыстылық.

Статья первая Конституции нашего государства гласит: «Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого признаются человек, его права и свободы. [1]

Жизнь человека является наиболее ценным благом для каждого из нас: будь то совершенно здоровый или тяжело больной человек. Поэтому одной из задач уголовного

¹ Prof. Dr., Head of the Department of Jurisprudence, Atyrau State University, Kazakhstan, jan68@inbox.ru



законодательства определена защита прав, свобод и законных интересов человека и гражданина». [2]

Надо отметить, что принятие нового уголовного закона было нацелено на проведение реформирование уголовного законодательства в соответствии с Концепцией правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года. Основой концепции Уголовного кодекса Казахстана стала охрана конституционных прав и свобод граждан от преступных посягательств.

В уголовном законе нашли свое отражение многие конституционные нормы, имеющие непосредственное отношение к защите основных прав и свобод личности.

Е.Ж. Жумабаев несомненным достоинством уголовного законодательства по вопросам защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина считает включение в него института диспозитивности. Данный институт позволяет гражданам в ряде случаев самим решать вопрос относительно уголовной ответственности или освобождения от уголовной ответственности лица, совершавшего в отношении него или его имущества либо иных охраняемых уголовным законодательством интересов то или иное посягательство.

Казахстанский исследователь отмечает, что отсутствие рассматриваемого института до принятия УК 1997 года часто на практике создавало трудности, а порой и парадоксальные ситуации. Вследствие чего потерпевшему фактически причинялся куда больший вред, чем тот, который был причинен ему непосредственно в результате преступления. Речь, в частности, идет о так называемых преступлениях публичного обвинения, когда позиция потерпевшего не учитывалась при решении вопроса о возбуждении уголовного дела, привлечение лица в качестве обвиняемого, назначения ему наказания или освобождения от уголовной ответственности или наказания [3].

В уголовном кодексе РК от 2014 года норма о диспозитивности носила свое отражение в статье 68 «Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением [4] правильное применение института примирения сторон способствует повышению роли и активности потерпевшего, полному и быстрому восстановлению его нарушенных прав и свобод, в том числе и заглаживанию вреда, причиненного потерпевшему преступлением.

Посредством рассматриваемой нормы УК законодатель не только расширил права граждан, ставших жертвой преступления, и усилил их позицию в вопросах привлечения виновного к уголовной ответственности или освобождения от нее, но и реализовал рекомендации, высказанные в пункте Декларации основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления власти, принятой резолюцией 40/34 Генеральной Ассамблеей ООН 29 ноября 1985г., согласно которым целесообразно использовать различные механизмы урегулирования споров криминального характера с тем, чтобы содействовать примирению и представлению возмещения вреда жертвам преступления.

Первый Президент Казахстана – Елбасы Н.А. Назарбаев в своем послании народу Казахстана «Стратегия «Казахстан-2050: Новый политический курс состоявшегося государства» предложена совершенно новая программа действий всего нашего общества на ближайшую перспективу. Особое внимание было обращено на необходимость дальнейшего укрепления государственности и развитие казахстанской демократии, включающей в себя обеспечение принципа нулевой нетерпимости к беспорядку, борьбу с коррупцией, продолжение реформы правоохранительных органов.



Поэтому при реализации Послания Елбасы на наш взгляд, следует обратить внимание на следующие основополагающие положения.

Формирование новой уголовной политики государства, отвечающей современным требованиям.

Содержание проводимой уголовной политики государства может определяться многими факторами как внутреннего, так и внешнего характера. К ним можно отнести сложившееся положение в социально-экономической и политической сферах, состояние, уровень и динамику преступности, демографическую ситуацию в стране и многое другое. При этом нетрудно установить прямую зависимость между содержанием уголовной политики и происходящими процессами в сфере демократизации. Так чем демократичнее то или иное общество, тем гуманнее проводимая в нем уголовная политика.

В Казахстане были проведены серьезные мероприятия на государственном уровне по разрешению указанной ситуации.

Так, впервые в истории нашей страны был принят Закон Республики Казахстан от 29 апреля 2010 года «О профилактике правонарушений» [5]. Утверждена Указом Президента 24 августа 2009 года №858 «Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года.

Этим самым были предприняты государством реальные шаги по гуманизации и демократизации судебно-правовой системы, которые являются важнейшими составляющими проводимых реформ в Казахстане.

Чтобы глубже понять содержание уголовной политики выясним сущность самой дефиниции «уголовной политики». Поскольку нельзя говорить о каком-то явлении, действии не изучив его понятия и сущности.

В современных условиях произошло много позитивных перемен в экономике нашей страны, в сознании граждан, в целом, изменилась в позитивную сторону вся обстановка в государстве.

Уголовное законодательство должно быть жестким, даже жестоким в отношении ярых преступников, неоднократно судимых, совершающих преступления умышленно и их нахождение в обществе представляет собой повышенную опасность для окружающих. Их следует, безусловно, изолировать от общества.

В то же время уголовное законодательство должно проявлять гуманность в отношении лиц впервые совершивших преступления, особенно если речь идет о преступлениях совершенных по неосторожности.

Елбасы в своем послании народу Казахстана «Стратегия «Казахстан-2050: Новый политический курс состоявшегося государства» отметил, что развитое общество начинается с дисциплины и порядка во всем: комфортного подъезда, аккуратного двора, чистых улиц и приветливых лиц. Мы не должны мириться даже с самыми малыми правонарушителями, хулиганством, бескультурьем, поскольку это нарушает общественный покой, снижает качество жизни [6] .

При организации противодействия преступности нельзя не принимать во внимание мнение известного ученого криминолога Г.А. Аванесова, что преступность порождена условиями общественной жизни, но она и сама часть этих условий.

По мнению известного ученого А.И. Долговой общая организация борьбы с преступностью включает:



- информационно-аналитическую деятельность;
- криминологическое прогнозирование;
- определение стратегии борьбы с преступностью;
- прогнозирование борьбы с преступностью;
- создание и совершенствование правовой основы борьбы с преступностью;
- реализация программ борьбы с преступностью;
- организацию и развитие научных исследований борьбы с преступностью;
- подготовку профессиональных кадров и повышение их квалификации;
- формирование правовой культуры членов общества [7].

Уголовный и уголовно-процессуальный кодексы, являются первыми правовыми документами принятыми в нашей стране в рамках проводимых реформ. На основе данных кодексов внедрены в практику несколько новых институтов, таких, как следственный судья, институт процессуального соглашения, приказное производство, упрощенный порядок рассмотрения уголовных дел, расширение процессуальных полномочий адвокатов, что в свою очередь должно улучшить доверие населения к суду.

В целях соблюдения баланса между обвинением и защитой поэтапно переданы на рассмотрение судов вопросы санкционирования и рассмотрения жалоб на действия и решения следственных органов, ограничивающих конституционные права и свободы гражданина.

Следственный судья является процессуальным лицом, обеспечивающим своевременную защиту конституционных прав и свобод граждан от необоснованного обвинения, равенство возможностей сторон уголовного судопроизводства.

Современное уголовное и уголовно-процессуальное законодательства должны характеризоваться охранительной, то есть предупредительной и восстановительной (компенсационной) ориентированностью.

Использованная литература

- Конституция Республики Казахстан.
Уголовный кодекс РК от 3 июля 2014 года №226-V.
<http://adilet.zan.kz/rus/docs/KI400000226>
Жумабаев Е.Ж. Уголовно-правовая политика Республики Казахстан в сфере защиты прав человека: дис. к.ю.н. – Караганда, 2006-141с.
Уголовный кодекс РК от 3 июля 2014 года №226-V. Статья 68.
<http://adilet.zan.kz/rus/docs/KI400000226>
Указ Президента РК от 24 августа 2009 года .858 «О Концепции правовой политики РК на период с 2010 до 2020года // Каз.правда-2009. 23 августа.с.2.
Стратегия «Казахстан-2050» Послание Президента РК Н.А.Назарбаева народу Казахстана. 17.01.2014г.
Криминология: учебник/под.общ.Ред. А.И.Долговой.-М,2010. с.461.



LEGAL STATUS OF REFUGEES IN INTERNATIONAL LAW

Ergalieva K.S.¹

Abstracts

This article deals with the legal status of refugees in international law, as well as the legal regulation of persons seeking asylum in another state.

Keywords: Refugee, status, citizenship, institution, international protection.

ПРАВОВОЙ СТАТУС БЕЖЕНЦЕВ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Аңдатпа

Бұл мақалада халықаралық құқықтағы босқындардың құқықтық мәртебесі туралы, сондай-ақ басқа мемлекетте баспана іздеген адамның құқықтық регламенттелуі туралы болып отыр.

Кілт сөздер: босқын, мәртебе, азаматтық тиістілік, институт, халықаралық қорғау.

Аннотация

В данной статье речь идет о правовом статусе беженцев в международном праве, а также о правовой регламентации лица, ищущих убежища в другом государстве.

Ключевые слова: беженец, статус, гражданская принадлежность, институт, международная защита.

Впервые в международном праве понятие «беженец» было официально закреплено в «Соглашении о выдаче удостоверений личности русским и армянским беженцам, о дополнении и внесении изменений в соглашения от 5 июля 1922 года и 31 мая 1924 года», принятом Лигой Наций 12 мая 1926 г. в Женеве[1].

В дальнейшем из-за нестабильности политической обстановки в ряде стран мира в понятие «беженец» были включены лица других национальностей, согласно следующим международным документам: «Соглашение о распространении на другие категории беженцев некоторых мер, принятых в пользу русских и армянских беженцев» от 30 июня 1928 г.[2]; Конвенция о международном статусе беженцев от 28 октября 1933 г.; «Временное соглашение о статусе беженцев, прибывших из Германии» от 4 июля 1936

¹ M.Sc., teacher of ASU named after H. Dosmukhamedov



г. и Дополнительный протокол к «Временному соглашению о статусе беженцев, прибывших из Германии» от 14 сентября 1939 г.

Тем не менее до конца первой половины XX в. конкретная правовая регламентация статуса лица, получившего убежище, отсутствовала, а Всеобщая декларация прав человека 1948 г. только в самом общем виде в ст. 14 (1) закрепила право каждого лица искать убежище. Таких лиц после окончания Второй мировой войны насчитывалось миллионы, и в основном они находились в Европе. В связи с этим возникла необходимость разработки единого международного соглашения, регламентирующего правовой статус беженцев, взамен специальными документам.

28 июля 1951 г. в Женеве (Швейцария) была принята Конвенция о статусе беженцев — «Великая Хартия международного права в отношении беженцев». Она расширила определение термина «беженец», под которым следовало понимать лицо, «которое в результате событий, происшедших до 1 января 1951 года, и в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой

преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие таких опасений; или, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного местожительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений»[3].

Имевшиеся в этой Конвенции временные и территориальные ограничения ее применения были устранены Нью-Йоркским Протоколом 1967 г., касающимся статуса беженцев. В настоящее время вышеуказанные документы являются основными инструментами международной защиты беженцев.

Необходимо отметить, что полномочные представители, ответственные за разработку Конвенции 1951 г., в рекомендации «Е» выразили надежду, что «Конвенция послужит примером, выходящим за рамки самого договора, и все государства будут руководствоваться ею, насколько это возможно, создадут для лиц, находящихся на их территориях в качестве беженцев и не подпадающих под постановления Конвенции, режим, предусмотренный в этой Конвенции»[4].

Более расширенное разъяснение применения термина «беженец» было дано в 60-х г. прошлого столетия, когда в ходе возникших на Африканском континенте конфликтов, сопровождаемых его деколонизацией, появилась новая волна беженцев. В результате в 1969 г. Организация Африканского Единства (ОАЕ) разработала и приняла первую региональную Конвенцию

по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке. Конвенция 1969 г. призывает применять терминологию «беженец», данную в Конвенции 1951 г., к беженцам в Африке, а в ст. 1.2. дополняет ее следующим: «Термин «беженец» применяется также к любому лицу, которое вследствие внешней агрессии, оккупации, иностранного господства или событий, серьезно нарушающих общественный порядок в какой-то части страны или во всей стране его происхождения или гражданской принадлежности, вынуждено покинуть место своего обычного проживания и искать убежище в другом месте за пределами страны своего происхождения или гражданской принадлежности»[5].



В 1984 г. на коллоквиуме «Международная защита беженцев в Центральной Америке, Мексике и Панаме: юридические и гуманитарные проблемы» представителей правительств Латинской Америки (г. Картахена Колумбия) была принята Картахенская Декларация о беженцах. Не являясь договором, налагающим обязательства на государства, Картахенская Декларация рекомендовала более широкое определение статуса «беженец». «Включая в себя элементы Конвенции 1951 г. и Протокола 1967 г., она относит к числу беженцев тех лиц, которые бежали из страны, поскольку их жизни, безопасности или свободе угрожали всеобщее насилие, иностранная агрессия, внутренние конфликты, массовые нарушения прав человека или другие обстоятельства, приведшие к серьезному нарушению общественного порядка»[6].

Такое расширенное определение статуса «беженец» легло в основу законодательства многих государств Латинской Америки и по настоящее время успешно применяется на практике.

На территории европейского региона первым документом, направленным на защиту лиц, нуждающихся в международной защите, но не отвечавшим смыслу Конвенции 1951 г., стала принятая Советом Европы в 1976 г. Рекомендация 773 (1976) «О де-факто беженцах». Государствам-членам Совета Европы рекомендовано предоставлять защиту «лицам, которые не признаны в качестве беженцев по смыслу статьи 1 Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 года с поправками, внесенными Протоколом от 31 января 1967 года, и которые не в состоянии или не желают по политическим, расовым, религиозным или иным веским причинам возвращаться в страны своего происхождения»[7].

Этот документ не являлся обязательством для государств-членов Совета Европы, а был призывом к выработке соответствующих механизмов защиты «неконвенционных» беженцев, предоставляя им вид на жительство, разрешение на работу, а также к тому, чтобы к ним применялось максимально большее число статей Конвенции 1951 г., касающихся прав беженцев.

Процесс определения статуса беженцев происходит в два этапа. Во-первых, необходимо выяснить факты, относящиеся к данному случаю. Во-вторых, применить этим фактам определения Конвенции 1951 года и Протокола 1967 года. Положения Конвенции 1951 года, определяющие, кто является беженцем, состоят из трех частей, которые были названы положениями, соответственно, о «включении», «прекращении» и «исключении».

В положениях о включении определяются критерии, которым должно отвечать лицо, чтобы быть беженцем. Они образуют позитивную основу, на которой строится определение статуса беженца.

Исходя из определения беженца (Статья 1 раздел А пункт 2) можно выделить следующие положения, соответствие которым позволяет признать человека беженцем-включить его в действие Конвенции (отсюда-«положения о включении»);

- вполне обоснованные опасения стать жертвой преследования
- по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений
- находящийся вне страны своей гражданской принадлежности
- отсутствие определенного гражданства и нахождение вне страны своего прежнего обычного места жительства.



Положение о прекращении статуса (пункты 1-6 раздела С статьи 1 Конвенции 1951 года) перечисляют условия, при которых бженец перестает быть беженцем.

Они основываются на том понимании, что международная защита не должна предоставляться, если в этом больше нет необходимости или это больше не оправдано.

Представленный однажды статус беженца сохраняется до тех пор, пока он не подпадает под действие положений о прекращении. Данные положения указаны в разделе С статьи 1 Конвенции 1951 года.

1) добровольное возвращение под защиту страны своей гражданской принадлежности;

2) добровольное восстановление гражданства;

3) приобретение нового гражданства;

4) добровольное поселение в стране, где у него имелись опасения стать жертвой преследований;

5) возобновление возможности воспользоваться защитой страны своей гражданской принадлежности.

6) возобновление возможности вернуться в страну своего прежнего обычного места жительства.

Из шести положений, касающихся прекращения статуса, первые четыре отражают изменения в положении беженца, которые произошли по его собственной инициативе. Последние два основываются на том понимании, что международная защита больше не оправдана по причине изменений в стране, где у данного лица существовали опасения преследований, потому что причин, в силу которых это лицо стало беженцем, более не существует.

Права беженцев можно разделить на следующие группы:

- специфические права беженцев, вытекающие из института международной защиты;
- права, которые беженцы пользуются наравне с гражданами страны-убежища;
- права, которыми беженцы пользуются наравне с другими иностранными гражданами, законно находящиеся в стране пребывания.

Одним из основополагающих прав человека, закрепленным в статье 14 Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), является право искать убежище.

Право на убежище реализуется на основе принципа, рассмотренного выше. Но пребывание на территории чужого государства требует приобретение формального статуса, позволяющего либо легально оставаться в данной стране, либо законным путем перебраться в третью страну. Таким образом, лица, ищущие убежища, нуждаются: 1) в определении их статуса, основанном на справедливой и объективной процедуре, 2) в получении документов (в том числе проездных), действительных как в стране пребывания, так и в других странах.

Для реализации этих положений государство должно законодательно принять и внедрить процедуры справедливого и эффективного рассмотрения заявлений от лиц, обращающихся за защитой, включая меры, обеспечивающие доступ к процедуре, и обозначить компетенцию представителей власти, ответственных за осуществление этих процедур. Подобные требования перечисляются в Резолюции Государств Европейского



Союза 1995 г.(Статья 3.П) как минимальные гарантии эффективности процедуры предоставления убежища[8].

При этом лица, ищущие убежища, не должны подвергаться задержанию и заключению на время рассмотрения их заявлений. Обращение с просьбой о предоставлении убежища не является уголовным преступлением, а свобода от произвольного помещения в места заключения является одним из фундаментальных прав и свобод человека. В случае помещения в места заключения ищущие убежища имеют право знать, на каких основаниях проведено их задержание; при этом они имеют право оспаривать вынесенное решение об их задержании.

Определение термина «беженцев» продолжалось в течение большей части XX века и стимулировалась крупнейшими политическими событиями. Универсальное определение сложилось лишь в рамках Конвенции 1951 г и Протокола 1967 г. Их положения лежат в основе всех более поздних подходов к определению данного термина и используются при формировании национальных законодательств в отношении беженцев[9].

Список использованной литературы

Андрюченко Л.В. Международно-правовая защита беженцев и лиц, перемещенных внутри страны//Миграция, права человека и экономическая безопасность современной России: состояние, проблемы, эффективность защиты: Сборник статей //Под ред д.ю.н., профессора, академика РАН и ПАНИ В.М.Баранова. Нижний Новгород, 2004

Конвенция о статусе беженцев от 28 июля 1951 г. Действующее международное право. В трех томах. Составители Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. Том 1. М., 1997. 283–300.

Протокол, касающийся статуса беженцев от 31 января 1967 г. Действующее международное право. В трех томах. Составители Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. Том.М. 1997. 300–303.

Актуальные вопросы современной науки международная конференция. Караганды 2012

Конвенция о защите прав человека и главных свобод

Конвенция о статусе беженцев

Конвенция ООН «О защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей». 18.12.1990.//Международное общественное право: сборник документов. М., 1996. Т.1. С. 492-512.

Интернациональная Конвенция о статусе беженцев от 28 июля 1951г. Международное право./Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов.- М., 1995.



PROTECTION OF THE RIGHTS OF CONVICTED WOMEN

Hammetova Zhanargul ASYLBEKOVNA¹

Abstracts

This article highlights the issues aimed at improving the protection of human rights and freedoms in criminal law. The types of protection of the rights and freedoms of citizens in the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan are also analyzed.

Keywords: Legal reform, criminal law, protection of human rights and freedoms, victim, crime.

ЗАЩИТА ПРАВ ЖЕНЩИН ОСУЖДЕННЫХ

Аннотация

В настоящей статье освещены вопросы, направленные на повышение уровня защиты прав и свобод человека в уголовном праве. Также проанализированы виды защиты прав и свобод граждан в Уголовном Кодексе Республики Казахстан.

Ключевые слова: Правовая реформа, уголовный закон, защита прав и свобод человека, потерпевший, преступность.

Аңдатпа

Аталған мақалада қылмыстық құқық саласындағы адам құқықтары мен бостандықтарын қорғау деңгейін көтеруге бағытталған мәселелер қарастырылады. Сонымен қатар, Қазақстан Республикасының қылмыстық кодексіне азаматтардың құқықтары мен бостандықтарын қорғаудың түрлері талданды.

Түйін сөздер: Құқықтық реформа, қылмыстық заң, адам құқықтары мен бостандықтарын қорғау, жәбірленуші, қылмыстылық.

В нынешнее время защита прав женщин является одной из главных проблем. Невозможно полагать то, что осознание представительницами слабого пола ущемленности собственных политических и гражданских прав произошло только лишь в настоящий момент.

Женщина, кто же она? Женщина- это гражданин, который обладает с рождения правом на жизнь, свободу и личную неприкосновенность [1]. В первую очередь, женщина – это мать, хранительница домашнего очага. Число женщин - заключенных

¹ Senior Lecturer, Atyrau State University named after H. Dosmukhamedova



составляют от 10 до 15 % от числа заключенных. С каждым годом данный показатель растет и темпы его роста превышают аналогичный показатель для мужчин. Общее количество женщин содержащихся в исправительных учреждениях в Казахстане (по состоянию на 10 января 2018 года) составляет 3185. Каждые 15 из 20 женщин – заключенных в Казахстане являются матерями. А на сегодняшний день количество женщин в местах ограничения и лишения свободы составляет 3 744 человека, из них в следственном изоляторе сидят 8 беременных женщин, 22 женщины с детьми и 1 несовершеннолетняя девочка.

Усиление во всех странах уголовного правосудия сводит к тому, что все большее количество женщин поступает в места лишения свободы за мелкие правонарушения. В других странах строгие законы и наказания за совершение преступлений, связанные с наркотиками кардинально воздействовали на количество заключенных женщин и на темпы ее повышения. В тех странах где законодательные нормы основываются на достоверных толкованиях духовных норм, зачастую отмечается ущемление по отношению женщин и они поступают в места лишения свободы за так именуемые «правонарушения против нравственности». Будучи беззащитными и уязвимыми, женщины все часто поступают в места предварительного заключения оттого, что они не могут дать себе вырваться на свободу до суда под залог или внести плату за услуги адвоката. В значительных странах до суда под стражей состоят столько же или ещё больше женщин, чем уже осужденных. В определенных странах число женщин в предварительном заключении увеличивается быстрее, чем число задержанных до суда мужчин, невзирая на установленный международными нормами принцип, который гласит: «Предварительное заключение представляет собой крайнюю меру уголовно-процессуального принуждения, при этом соответствующим образом следует подчеркнуть расследование предполагаемого преступления, а также необходимо создать защиту как общества, так и субъекта задержания» [2].

По отношению к большей части этих женщин вовсе не существует надобности их пребывания в местах лишения свободы, они обвиняются в совершении мелких правонарушений и ненасильственных преступлений и не оказывают опасности для общества. Некоторые пребывают в местах лишения свободы по причине своей бедности, большинство являются психически нездоровыми или злоупотребляют алкоголем, наркотиками и больше испытывают нужду, таким образом, в специальной помощи, чем в изоляции от общества. Почти все женщины представляют собой жертвами, но наряду с этим находятся в заключении по причине действия к ним норм дискриминационного законодательства.

Женщины особенно беспомощны в обстоятельствах заключения. Они имеют необходимость в особой защите от посягательств либо плохого обращения. Им должна быть гарантирована физиологическая защищенность.

Беременные женщины либо кормящие матери, попавшие в зону лишения свободы, оказываются в весьма трудном положении, таким образом исправительное учреждение – далеко не идеальное место для воспитания малыша, в том числе и в случае если там не существуют требуемые с целью этого санитарно-гигиенические и другие условия. В то же время нелегко принять решение разлучить маленького малыша с матерью. Следует обеспечить специальные условия проживания, кормления, обслуживания, медицинского сервиса, которые станут предельно приближены к условиям воспитания детей за границами исправительного учреждения, для полноценного их формирования во время пребывания в колонии. Особое внимание необходимо сосредоточить также на проблему, затрагивающую процедуры, согласно



которой дети покидают Дом ребенка по достижению 3-летнего возраста и разлучаются со своей матерью. Весьма важно гарантировать, чтобы взаимосвязь матери с ребенком не прекращалась и обеспечивалась [3].

Существуют следующие этапы формирования прав женщин в Казахстане: первый этап – правовое положение женщин в традиционном обществе казахов (до начала XX в.). Здесь права женщин были существенно ограничены рамками семьи, неразделимы с ее обязанностями. Второй этап – это развитие прав женщин в начале советского периода (1917-1930 гг.). Здесь права женщин впервые были особо законодательно закреплены. Третий этап – это формирование прав женщин в период развитого советского государства. Здесь наблюдается развитие прав женщин в социальной сфере. Четвертый этап – это состояние прав женщин в суверенном Казахстане. На данном этапе осознается настоятельная необходимость в создании специального законодательства, направленного на защиту прав женщин.

В первом этапе говорится о правовом положении женщин в традиционном казахском обществе, когда действовали нормы обычного права казахов. В основном нормами обычного права регулировались вопросы, связанные с положением женщины в быту, регламентировались ее обязанности как супруги. Женщина не имела права распоряжаться личной свободой и самостоятельно выбирать будущего супруга, так как детей обручали еще в младенчестве. Данное явление также ущемляло права мужчин, поскольку они также не могли быть свободными в выборе первой супруги. Однако действующий в то время институт многоженства позволял учитывать мнение мужчины при выборе остальных жен.

Другим нарушением прав женщин являлся так называемый «калым», который практически ставил личную свободу женщины в зависимость от родственников, имеющих на нее неограниченные права. В отличие от положения женщин стран Центральной Азии, положение женщины по казахскому обычному праву до известной степени отличалось прогрессивностью и некоторой лояльностью. Так, например нормами обычного права закреплялась обязанность мужа содержать жену и детей. Одним из положительных моментов является определение брачного возраста женщины с учетом ее физиологического развития. К тому же женщина-казашка имела право на владение имуществом, что определяло ее экономическую независимость. В исключительных случаях женщине предоставлялось право на развод. С начала XIX в. на территории Казахстана впервые законодательно закрепляются права женщин и с этого момента можно с полной уверенностью констатировать формирование правового статуса женщин.

В годы советской власти принимаются первые декреты, направленные прежде всего на защиту женщин от пережитков патриархального общества. В Казахстане проведение в жизнь политики правовой защиты женщин носило неравномерный характер. Если с одной стороны большая часть населения была не готова к коренным реформам, то с другой не имела такого агрессивного сопротивления, подобно другим республикам Центральной Азии. К примеру, прежде всего вопросы, связанные с неуплатой калыма, были лишены судебной защиты; в дальнейшем калым был отменен. Таким образом, постепенно вытеснялись традиции и нормы обычного права, связанные с ущемлением достоинства женщин. За женщинами были признаны основные права и свободы прежде всего в сфере семейно-брачных отношений [4].

Во втором этапе права женщин в советском государстве анализируется развитие прав женщин Казахстана в период развитого социалистического общества,



прослеживается государственная политика, направленная на повышение статуса женщин в обществе и государстве.

Принятие в первые годы советской власти нормативные правовые акты были пересмотрены и на новом уровне регулировали правовое положение женщин. Следует отметить положительные стороны законодательства в сферах труда, образования и социального обеспечения женщин. К примеру, анализ трудового законодательства показал, что при разработке норм прежде всего законодатель учитывал физиологические особенности женщин. Кроме того, большое количество нормативных актов, предусматривающих социальные гарантии по беременности и родам, предоставляли женщине возможность совмещать материнские функции с общественной деятельностью и работой на производстве. Была принята целая система нормативных актов, запрещающих применение женского труда в особо тяжелых и вредных условиях производства, на подземных работах, в ночное время. Тем не менее краеугольным камнем остался вопрос о фактической реализации законодательно закрепленных прав женщин. Проблемы реализации прав женщин были прежде всего обусловлены общей политикой государства, направленной на поднятие народного хозяйства и освоение целины. Так, в 1937 г. Интенсивно использовался труд женщин на тяжелых работах: в Казахстане каждый пятый шахтер и каждый шестой строитель были женщины; в середине 50-х гг. XX в. это было связано с послевоенным восстановлением народного хозяйства. Поэтому в эти годы многие из закрепленных норм не работали. Кроме того, существовала также скрытая дискриминация по признаку пола. При реализации льготного участия женщин в работе на производстве из-за беременности, родов, наличия малолетних детей они не имели карьерного роста, их должностное перемещение в основном шло по горизонтали, что было связано с возможностью ее замены другим работником без потерь для производства.

Всем общеизвестно, что в 1995 году Конституция Казахстана провозгласила человека, его жизнь, права и свободы высшими ценностями государства [5]. В 1998 году Казахстан примкнул к Конвенции ООН о ликвидации абсолютно всех форм дискриминации в отношении женщин.

Значимым механизмом в концепции охраны прав женщин стал институт Уполномоченного по правам человека. Формирование данного государственного правозащитного института явилось значительным шагом углубления демократии в Казахстане. Но, невзирая на все стремления государства, женщины до сих пор подвергаются насилию равно как в бытовых, так и в иных условиях. Проблемой остается агрессия в семье, сопряженная с безнаказанностью, недостаточной инициативностью органов правопорядка и терпимостью общества к актам принуждения против женщин, и положение женщин в Казахстане имеет необходимость в фактической поддержке и гендерной корректировке.

Я бы хотела выделить поддержание человеческого достоинства. Безусловно, хотелось бы показать отличительное значение соблюдения прав женщин, пребывающих под стражей либо в тюремном заключении, помимо утраченных вследствие лишения свободы. С овременное представление тюрьмы, возможно, установить, равно как специализированное учреждение, предназначенное с целью содержания лиц, в отношении которых выбраны в основе закона принудительные меры, сопряженные с изоляцией лица от общества. Существует общее запрещение пыток и плохого обращения. Отношение с заключенными и начинается в момент заключения в тюрьму и длится вплоть до освобождения из заключения.



Требование тюремного заключения обязано гарантировать удовлетворение основных физиологических потребностей.

Уязвимая часть планеты, попадая в места, где ограничиваются от всего к чему привыкли на воле получают огромный стресс, удар по психике и здоровью. Исправительные колонии отнюдь не идеальны. Женщин – осужденных сажают под стражу для того чтобы исправить их ошибки, перевоспитать, а не делать из них дикарей и изгоев общества.

Женщины не только уязвимы для применения к ним пыток и жестокого обращения, они также имеют особые потребности, которые, как правило, остаются без внимания в местах лишения свободы.

Я остановилась на вопросах об осуществлении наблюдения за обращением с заключенными для того, чтобы укрепить механизм защиты этих лиц от пыток и других видов жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство поступков.

Следовательно, вероятность подвергнуться жестокому обращению и пыткам, которая существует для женщин в местах лишения свободы, является проблемой, которую невозможно решить посредством работы, направленной исключительно на исправление ситуации в этих учреждениях [6]

В основном проблемой является то, что особые потребности женщин зачастую не учитываются при разработке программ, а их защита и безопасность часто остаются без необходимого внимания, хотя большое внимание нужно уделять нуждам женщин в исключительно женских тюрьмах, учитывая их особые потребности на уровне главного управления, в плане разработки, а также выделения соответствующих бюджетов, это все отражается на условиях содержания в пенитенциарной системе [7].

Список литературы

Всеобщая декларация прав человека 1948 года.

Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 года.

Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся обращения с женщинами-заключенными и мер наказания для женщин-правонарушителей, не связанных с лишением свободы (Бангкокские правила) 21 декабря 2010 года.

Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся обращения с заключенными в 2015 году.

Законодательство Республики Казахстан:

Конституция Республики Казахстан 1995.

Уголовный кодекс Республики Казахстан 2014 года.

Вторичные источники:

Книги:

Ушатиков А.И., Казак Б.Б Пенитенциарная психология. Рязань. 2003.



PROTECTION OF THE RIGHTS OF ENTREPRENEURS IN THE RUSSIAN FEDERATION

Dordzhi-Goryaeva ELZA¹, Rubeko Georgy LEONIDOVICH²

Annotation

This article reveals the main ways of protecting the rights and interests of entrepreneurs in the Russian Federation, also discusses possible ways of pre-trial protection of violated rights and interests of entrepreneurs. The category of protecting the rights and legitimate interests of entrepreneurs in Russia has a dual nature. On the one hand, the protection of rights appears as one of the fundamental subjective rights of the person concerned, and on the other - the realization of this right is indirect, subordinate. Considering that there are a lot of options for protecting the rights of entrepreneurs, the article assumes that the existing system of protecting rights is not effective enough.

Keywords: Economic Activity, Protection of Rights, Methods of Protection, Entrepreneurial Law, Small and Medium-Sized Businesses, Legal Advice, Business Ombudsman.

ЗАЩИТА ПРАВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Аннотация

В данной статье раскрываются основные способы защиты прав и интересов предпринимателей в Российской Федерации, также рассматриваются возможные способы досудебной защиты нарушенных прав и интересов предпринимателей. Категория защиты прав и законных интересов предпринимателей в России обладает двойственной природой. С одной стороны, защита прав выступает как одно из основных субъективных прав соответствующего лица, а с другой - реализация этого права носит опосредованный, подчиненный характер. Учитывая то, что вариантов защиты прав предпринимателей достаточно много в статье предполагается, что существующая система защиты прав недостаточно эффективна.

Ключевые слова: экономическая деятельность, защита прав, способы защиты, предпринимательское право, малый и средний бизнес, юридическая консультация, бизнес-осбудсмен.

¹ Vladimirovna Candidate of Law, Associate Professor of Civil Law of Faculty of Management and Law of Kalmyk State University named after B.B. Gorodovikov, dgoryaeva2018@gmail.com

² Candidate of Law, Associate Professor of Civil Law of Faculty of Management and Law of Kalmyk State University named after B.B. Gorodovikov, rubekohome@yandex.ru



Ст. 34. Конституции Российской Федерации устанавливает, что каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Закрепление данного права в Конституции России является гарантией функционирования свободного рыночного правопорядка, основанного на принципах свободного участия граждан и институтов гражданского общества в экономической сфере.

Ещё одним основополагающим законодательным актом, регулирующим предпринимательские отношения в России, является Гражданский кодекс РФ. В нем содержится множество норм, регулирующих как частноправовые отношения публичного характера, так и внутрихозяйственные и внутрифирменные отношения. В Гражданском кодексе дано основное законодательное определение предпринимательской деятельности, прописаны основные организационно-правовые формы предпринимательства, провозглашены основные права его участников

Защита прав предпринимателей является необходимой сферой знаний любого предпринимателя, которые стоит постигать с самых первых шагов в бизнесе. В литературе представлено огромное количество определений защиты прав предпринимателей, но в основных чертах они все совпадают.

Можно определить защиту прав предпринимателей как предусмотренную законом систему мер, направленных на обеспечение неприкосновенности права, восстановление нарушенного права и пресечения действий, нарушающих право. Совокупность правовых способов защиты прав и интересов предпринимателей является неотъемлемой составной частью правового режима предпринимательства, который устанавливается действующей Конституцией РФ, Гражданским кодексом и другими законодательными актами Российской Федерации.

В то же время различные способы защиты прав и интересов предпринимателей входят в отдельные правовые институты, нормы которых регулируют отношения в сфере предпринимательской деятельности. Сегодня российская экономика является одним из важнейших аспектов успешного развития страны, поэтому необходимо всестороннее обеспечение благоприятных условий для развития бизнеса и привлечения инвестиций, о чем неоднократно заявляет в СМИ президент РФ В.В. Путин: «Развитие предпринимательства, безусловно, – стратегический приоритет нашей политики». Предпринимательство есть ни что иное, как самостоятельная инициативная деятельность, которая осуществляется на свой риск. А это значит, что каждый день предприниматели могут столкнуться с любыми непредвиденными ранее обстоятельствами. Существенной проблемой становится незнание всех тонкостей юриспруденции в российском предпринимательском праве. В связи с этим усилия органов прокуратуры, а также других заинтересованных ведомств и общественных институтов должны быть направлены на помощь и защиту прав субъектов предпринимательской деятельности. При более глубоком анализе данного вопроса исследователи проблем защиты прав предпринимателей справедливо отмечают, что поскольку предпринимательская деятельность направлена на извлечение прибыли, то она требует соответствующего соизмерения временных и материальных затрат с доходами. А вследствие этих особенностей «предпринимательская деятельность предполагает, с одной стороны, повышенные требования к предпринимателям, а с другой – большую свободу и упрощение правил поведения. Соответственно, осуществление защиты предпринимательских прав требует простых и скорых мер и процедур».



Следствием развитости различных организационных форм осуществления правосудия в той либо иной стране является полисистемность судебной организации, включающая глубокую специализацию судов в разрешении различных споров, выделение из которых отдельных категорий по тем или иным признакам обуславливается значимостью данных отношений для жизни общества.³ Этот процесс характерен для различных стран с развитой экономической жизнью и соответствующей ей правовой системой.

Некоторые ученые высказывают мнение о необходимости создания общих и специализированных судов, что по их мнению является правилом формирования демократической судебной системы, которая отвечает общеевропейским стандартам; специализация судей на определенной категории гражданских дел доказывает, что дела рассматриваются в таких судах на основе высокой профессиональной базы, чем в судах общей юрисдикции. С недавних пор перечень способов досудебной защиты интересов предпринимателей дополнен возможностью проведения процедуры медиации, когда с целью разрешения спора стороны прибегают к услугам медиатора, который в свою очередь должен помочь им разрешить конфликт. К этой группе защиты прав предпринимателей можно также отнести мероприятия, которые направлены на исключение любых ситуаций нарушения прав: составление необходимых договоров, законодательное урегулирование различных процедур в отношении субъектов малого и среднего бизнеса. Также к таким мероприятиям можно отнести и внутренние локальные нормативные акты предпринимателей, например, положение о коммерческой тайне, договор о полной материальной ответственности.

Способы предупредительной защиты прав субъектов малого и среднего бизнеса позволяют выработать каждому кто занимается предпринимательской деятельностью необходимый комплекс мероприятий по отстаиванию интересов своего бизнеса.

Судебная защита прав предпринимателей может осуществляться в судах общей юрисдикции, арбитражных судах, а также третейских судах, созданных при объединениях предпринимателей. Общие способы защиты прав и интересов предпринимателей закреплены в ст. 12 Гражданского кодекса РФ.

В настоящее время субъекты малого и среднего бизнеса работают в тесном взаимодействии с государством в лице его территориальных органов. Указанное правоотношение возникает с момента государственной регистрации юридического лица или индивидуального предпринимателя.

Одной из основных задач государства является всемерное поощрение и обеспечение надлежащих гарантий развития предпринимательства в стране, охране и защите прав предпринимателей.

Как указывал В.П. Грибанов, если право не защищено, оно превращается в декларированное право и может быть рассчитано лишь на добровольное уважение.⁴

Категория защиты прав и законных интересов предпринимателей в Российской Федерации обладает двойственной природой. С одной стороны, защита прав выступает

³ Яковлев В.Ф. Арбитражные суды России с позиций европейских правовых норм // Журнал российского права. -1997. - № 7. - С. 11.

⁴ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. -М., Статут. - 2001. - С.27.



как одно из основных субъективных прав соответствующего лица, а с другой - реализация этого права носит опосредованный, подчиненный характер.

Среди способов защиты гражданских прав законом Российской Федерации предусмотрена возможность самозащиты. Лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью, вправе прибегнуть к самозащите своих прав, если такая самозащита соразмерна нарушению. Так, Гражданский кодекс РФ предусматривает такие формы самозащиты как действия, совершаемые в состоянии необходимой обороны (ст. 1066) и крайней необходимости (ст. 1067). При самозащите предприниматели не прибегают к помощи государственных органов, а самостоятельно принимают необходимые меры, обеспечивающие реализацию их прав и предусмотренных законом интересов. В некоторых случаях самозащита сопровождается применением иных мер ответственности к нарушителю прав, к примеру, взыскание убытков, неустойки, пени. При этом, такие меры могут быть применены только на основании вступившего в законную силу судебного решения.

Действующим законодательством предусмотрен претензионный порядок урегулирования споров, который носит уведомительный характер.⁵ В этом случае лицо, прежде чем обратиться в арбитражный суд с иском, обязано направить другой стороне требование об устранении нарушения с указанием срока, в течение которого оно должно быть исполнено.

Также путем решения и систематизации мер, оказываемых малому предпринимательству, необходимо как можно больше создавать в регионах общества защиты прав предпринимателей с целью оказания квалифицированной юридической помощи субъектам предпринимательства для защиты их прав и интересов от неправомерных действий органов государственной власти, местного самоуправления.

Основные направления такой помощи заключаются в повышении юридической и финансовой грамотности предпринимателей; тренинги, семинары по практике применения правовых актов, регламентирующих конкретные виды предпринимательской деятельности, права и обязанности предпринимателей и контролирующих органов со стороны государства, обеспечение всей необходимой документацией, досудебная и судебная защита нарушенных прав индивидуальных предпринимателей и юридических лиц.

К сожалению, в России, в отличие от Европы, защита малого и среднего бизнеса не совершенна.

В 2012 году в организационно-правовую систему механизма защиты прав и интересов предпринимателей в России включается один из важнейших, на наш взгляд, элементов - институт Уполномоченного по защите прав предпринимателей. С 2015 г. Уполномоченный и его рабочий аппарат становятся государственным органом с правом юридического лица. Бизнес-омбудсмен призван обеспечивать гарантии государственной защиты прав и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности и следить за соблюдением указанных прав органами государственной власти, органами местного самоуправления и должностными лицами⁶.

Как отметил Президент РФ В.В. Путин в 2012 г. «...Для формирования совершенной системы государственных услуг для бизнеса необходимо время. А текущие

⁵ Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. – М., 2006. – С. 178.

⁶ Федеральный закон от 07.05.2013 №78-ФЗ (ред. от 28.11.2015) «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. - 2013. - №19. - Ст. 2305.



проблемы, когда предприниматель сталкивается с нарушением своих прав, бюрократическим давлением, коррупцией, административными барьерами, – нужно решать уже сегодня все эти проблемы. Именно поэтому также в контакте с бизнесом в России создаётся новый специальный институт уполномоченного по правам предпринимателей – как отечественных, так и иностранных, хочу подчеркнуть. Он получит право отстаивать интересы бизнеса в суде, приостанавливать ведомственные и нормативные акты до решения суда и в качестве обеспечительных мер обращаться в суд с оперативным приостановлением действий чиновников».⁷

Анализ форм взаимодействия Уполномоченного и бизнес сообщества, позволяет заключить, что крупные предприниматели, обладая достаточными ресурсами для доступа к качественной юридической помощи, с нашей точки зрения, в меньшей степени нуждаются в услугах уполномоченных. Для них данный институт выступает как площадка для обсуждения наиболее важных вопросов и поиска путей взаимодействия с государственно-властными институтами.

Созданная система федерального и региональных бизнес-омбудсменов позволила существующему в современной российской действительности механизму защиты прав и интересов предпринимателей стать более понятным и эффективным. Кроме того, как показала практика, деятельность бизнес-омбудсмена служит катализатором процессов функционирования механизма защиты прав предпринимателей. Обладая государственно-общественным характером институт Уполномоченного выступает регулятором отношений власти и бизнеса, принимает активное участие в процессе совершенствования законодательства, выработки стандартов административной и правоприменительной практики, содействует распространению правовых знаний, повышению правовой культуры предпринимательского сообщества и государственных служащих. В настоящее время в работе исследуемого института заинтересованы как органы государственной власти, так и представители бизнес-сообщества.

Уполномоченный при президенте РФ по правам предпринимателей Борис Титов на Форуме малого и среднего бизнеса регионов стран- участниц ШОС и БРИКС, проходившем в Башкортастане, рассказал, что планируется создание международной структуры бизнес-омбудсменов. По его мнению, бизнесу прежде всего необходима стабильность, как в своих странах, так и на международном уровне. Для защиты интересов предпринимателей омбудсменам придется объединиться, чтобы выступить единым фронтом перед международными организациями и лидерами государств.

Таким образом, механизм защиты прав и интересов предпринимателей это процесс применения правовых норм, который завершается признанием права и восстановлением положения субъекта предпринимательства, существовавшего до нарушения права, либо пресечением действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения.

На основе проведенного анализа можно констатировать сложность и громоздкость структуры механизма защиты прав и интересов предпринимателей в России. Осуществление защиты в правовом поле, требует от предпринимательского сообщества высокой квалификации в области юриспруденции, что при низкой правовой

⁷ Из выступления Президента РФ Владимира Путина на 16 Петербургском международном экономическом форуме. 21 июня 2012 г. // Официальный сайт Уполномоченного при Президенте РФ по защите прав предпринимателей. – URL: <http://ombudsmanbiz.ru> (дата обращения 03.09.2019 г.).



культуре особенно в среде малого и среднего бизнеса вызывает определенные трудности.

Список литературы

Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Собрании законодательства РФ. - 2014. - № 31. - Ст. 4398.

Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 №14-ФЗ (ред. от 29.07.2018) // Собрание законодательства РФ. – 1996. - №5. - Ст. 410.

Федеральный закон от 07.05.2013 №78-ФЗ (ред. от 28.11.2015) «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. - 2013. - №19. - Ст. 2305.

Анисимов А.П. Договорное право. Практическое пособие для бакалавриата и магистратуры. –М: Юрайт, 2019. -294с.

Беляева О.А. Предпринимательское право. - М.: ИНФРА-М, 2009. -271с.

Гончаров. В. В. Исполнительная власть и бизнес: современные проблемы взаимодействия и развития // Пробелы в российском законодательстве – 2010. – № 2. – С. 12-15.

Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. -М., Статут. - 2001. - 411 с.

Яковлев В.Ф. Арбитражные суды России с позиций европейских правовых норм // Журнал российского права. – 1997. – № 7. – С. 11.

Официальный сайт Уполномоченного при Президенте РФ по защите прав предпринимателей. – URL: <http://ombudsmanbiz.ru> (дата обращения 03.09.2019 г.).

References

The Constitution of the Russian Federation. Adopted by popular vote December 12, 1993 // Collection of the legislation acts of the Russian Federation. 2014. - № 31. - Art. 4398.

Civil Code of the Russian Federation (part two) of January 26, 1996 № 14-FZ (as amended on July 29, 2018) // Collection of legislation acts of the Russian Federation. - 1996. - № 5. - Art. 410.

Federal law dated 05/07/2013 № 78-FZ (as amended on November 28, 2015) «On Business ombudsman in the Russian Federation» // Collection of Legislation acts of the Russian Federation. - 2013. - № 19. - Art. 2305.

Anisimov A.P. Contract law. A practical guide for undergraduate and graduate programs. – М: Yurait, 2019. -294p.

Belyaeva O.A. Business law. - М.: INFRA-M, 2009. -271p.

Goncharov. V.V. Executive power and business: modern problems of interaction and development // Gaps in Russian legislation - 2010. - № 2. - P. 12-15.

Gribanov V.P. Implementation and protection of civil rights. -М., Statute. - 2001. - 411 P.

Yakovlev V.F. Arbitration courts of Russia from the standpoint of European legal norms // Journal of Russian Law. - 1997. - № 7. - P. 11.

The official website of the Business ombudsman of the Russian Federation. - URL: <http://ombudsmanbiz.ru> (accessed September 3, 2019).



PLACE OF LEGAL EDUCATION IN SOLUTION OF LEGAL ISSUES

Muhamedina A.E.¹

Abstract

Legal education is an integral part of General education, which includes various components. The need to improve the system of legal education is obvious, as in the conditions of building the rule of law there is an urgent need for legal knowledge used in all spheres of public life.

Keywords: law, education, culture, consciousness, freedom.

ҚҰҚЫҚ МӘСЕЛЕЛЕРІН ШЕШУДЕ ҚҰҚЫҚТЫҚ ТӘРБИЕНІҢ ОРНЫ

Аңдатпа

Құқықтық тәрбие әр түрлі компоненттерді қамтитын жалпы тәрбиенің құрамдас бөлігі болып табылады. Құқықтық тәрбие жүйесін жетілдіру қажеттілігі айқын болып табылады, өйткені құқықтық мемлекетті құру жағдайында қоғамдық өмірдің барлық салаларында пайдаланылатын құқықтық білімге деген өткір қажеттілік сезіледі.

Кілт сөздер: құқық, тәрбие, мәдениет, сана, бостандық.

Аннотация

Правовое воспитание является составной частью общего воспитания, включающей различные компоненты. Необходимость совершенствования системы правового воспитания является очевидной, так как в условиях построения правового государства ощущается острая потребность в правовых знаниях, используемых во всех сферах общественной жизни.

Ключевые слова: право, воспитание, культура, сознание, свобода.

Бүгінгі күні құқық және қоғам мәселелері қай елде болмасын өзектілігін жоғалтпады. Мемлекет жеке адамның құқықтары мен бостандықтарын қорғауға, елдің қолданыстағы Конституциясында бекітілген этикалық нормалар мен әділеттілікке ұмтылысы айқындалған. Алайда, мемлекет көптеген жылдар бойы құқық және қоғам мәселелеріне назар аударып, бұл мәселені бірден шеше алмайды. Жеке тұлға, құқық, бостандық институтын қалыптастыру үшін уақытты қажет етеді.

¹ Senior Lecturer, Atyrau State University named after Kh. Dosmukhamedov



Бүгінгі таңда мынадай философиялық-құқықтық мәселелер үлкен өзектілікке ие болды: жеке тұлғаның құқықтарын қорғау мәселесі, адамгершілік пен мораль арақатынасы мәселесі, «құқық» және «қылмыс» ұғымдарын ұғыну мәселесі, жеке және мемлекеттік меншіктің арақатынасы мәселесі. Бұл мақалада кейбір философиялық-құқықтық мәселелерді, қазіргі жағдайдағы құқық пен қоғам мәселелеріндегі жеке тұлғаның құқықтарын қорғауда алатын орны.

Алайда, адам құқықтары институтының ауқымы мен маңыздылығы қандай да бір жеке тұлғамен салыстыруға болмайды - ол көп жағдайда елдің болашағын: әлеуметтік, экономикалық және саяси жақтарын айқындайды.

Әлеуметтік мәселелердің бірі ішімдік қазіргі таңда елдің алаңдатуын туындататын үлкен мәселе. Бұл ауру қауіпті әлеуметтік мәселе болып табылады. Адамдар ішетін негізгі себептер: жалпы тұрақсыздық, жұмыссыздық және кедейшілік. Қазіргі таңда осы себептерге тойып секіретіндер қатары көбеюде. Яғни адамның тұрмыс тіршілігінен басқа мәдениетінің немесе иманының әлсіздігінен ішімдікке беріліп, барынан айырылып жатқандар қоғамда көп кездеседі. Оларға жұмыссыздықта, кедейшілікте әсер етпейді. Менің ойымша сананың төмендігі мен мәдениеттің жоқтығы. Есірткілер әдетте әуесқойлықтан немесе достарымен отырыс үшін қолданылады. Бұл заттарды қабылдау адамның моральдық тозуына алып келеді, ағзаны бұзады және өлімге әкеп соғады. Маскүнемдер мен есірткіге тәуелді адамдар жиі ауру балалар туады. Ішімдік пен есірткінің әсерінен әртүрлі қылмыстар жасалынады, бұл қоғам өміріне теріс әсерін әкеледі.

Сонымен, адам құқықтары институтының элементтері арасында қарама-қайшылық - адам құқықтарын бекітетін ресми, заңды түрде ресімделген әлеуметтік мәртебелер мен рөлдермен, оларды іске асыру жөніндегі әлеуметтік, рухани мәдениеттің, қажеттіліктердің, құндылықтық бағдарламалардың және адам құқықтарының құндылықтарымен жанаспайтын, жаппай сананың, рухани мәдениеттің мазмұнымен, қажеттіліктерімен, құндылықтық бағдарлармен және жеке адамның күтуімен байланысты.

Осы қайшылықтарды шешу және адам құқықтары мен бостандықтарын қорғау институтының қалыптасуы бүгінгі күні аса өзекті, бірақ екінші жағынан бұл мәселе бірқатар философиялық пайымдауларды туындатады. Заң актілерін әзірлеу және оларды қолданысқа енгізу азаматтардың қоғамда осы мәселеге деген көзқарасын ескере отырып, елдегі жанжалды жағдайларды және осы бекітудің жарқын қарсыластарын тудырмай, кезең-кезеңімен жүргізілуге тиіс.

Сонымен, философиялық-құқықтық мәселелерді зерттеу негізгі мәселелердің бірі адамгершілік, мәдениет, тұлғаның құқықтары мен бостандықтары, этикалық және моральдық нормаларды сақтау, еркін, тәуелсіз, бастамашылық және ашық тұлғаны қалыптастыру мәселесі болып табылатындығы туралы қорытынды жасауға мүмкіндік береді. Осы мәселені шешу және осы институттың қалыптасуы елдегі экономикалық және саяси жағдайды айтарлықтай өзгертеді.

Құқық күрделенген, ішкі қарама-қайшы қоғамның объективті қажеттілігінің нәтижесі ретінде туындайды. Өзінің реттеушілік ықпалымен ол қоғамдағы ұйымшылдықты, тұрақтылықты және құқықтық тәртіпті қамтамасыз етеді.

Объективті себептерге байланысты туындаған құқық қоғаммен белсенді түрде өзара іс-қимыл жасай бастайды. Бұл өзара әрекеттестікте жетекші рөл құқық мазмұнын жоққа шығаратын, оның дамуына шешуші түрде әсер ететін қоғамға тиесілі. Сондықтан құқық осы қоғамның қол жеткізген экономикалық және рухани деңгейінен жоғары бола



алмайды және онымен бірге дами алмайды. Сонымен қатар, құқық қоғамда мораль мен дін үстемдік ететін салттардан барлық әлеуметтік құнды нәрселерді өзіне алады, әлемдік мәдениет пен өркениеттің жетістіктерін өзіне сіңіреді. Нәтижесінде ол қоғамға қатысты айтарлықтай дербестікке ие болады және оған белсенді әсер ету мүмкіндігіне ие болады.

Құқықтың құндылығы қоғамдық қатынастарға қатысушылардың жалпы еркін жүзеге асыра отырып, жеке адамдарда, тұтастай алғанда қоғам да мүдделі қатынастарды дамытуға ықпал етеді. Құқықтың жоғары қоғамдық құндылығы-ол адамдардың мінез-құлқы мен қызметіне олардың ерекше мүдделерін келісу арқылы әсер етеді. Құқық жеке мүддені жоққа шығармайды, оны баспайды, ортақ мүддені түсінеді. Құқықтың құндылығы өзінің мазмұнымен осы ерекше немесе жеке мүдделерді бейнелейтін неғұрлым жоғары орынға ие болады.

Құқық құндылығы оның қоғамдағы жеке тұлғаның еркіндігін білдіруші және анықтаушы болып табылатындығымен де анықталады. Бұл ретте құқықтың құндылығы, ол бостандықты мүлдем білдірмейді, шекараны, осы бостандықтың мөлшерін айқындайды. Құқық өзін әлеуметтік еркіндіктің, әлеуметтік белсенділіктің, әлеуметтік жауапкершіліктің, сондай-ақ адамдардың өмірінен озбырлықты, жекешелікті, жеке адамдар мен топтардың бақылаусыздығын жоюға бағытталған қоғамдық қарым-қатынастардағы тәртіпті бейнелейтін және тасымалдаушы ретінде барынша толық көрсетеді.

Құқық және бостандық бір-бірінен ажыратылмайды. Сондықтан да құқық өзінің мәні бойынша, түсінігі бойынша нақты қатынастардағы бостандықтың тарихи айқындалған және объективті негізделген нысаны, бостандықтың өлшемі, еркіндік болмысының нысаны, формальды еркіндік. Құқық құндылығы, сондай-ақ оның әділеттілік идеясын білдіруші болу қабілеттілігінен тұрады. Құқық материалдық игіліктердің дұрыс, әділ бөлінуінің өлшемі болып табылады, ол барлық азаматтардың шығу тегіне, материалдық жағдайына, әлеуметтік мәртебесіне және басқаларына қарамастан заң алдында теңдігін бекітеді. Бұл құқық нормативтік бекітілген және іске асырылған әділеттілік бар деген қорытынды жасауға негіз береді. Құқық пен әділдіктің терең байланыста Әділдік, құқықтық табиғатына негізделген. Бостандық пен әділеттілік идеяларын бекіте отырып, құқық терең жеке мағынаға ие болады, жеке адам мен жалпы адам қоғамы үшін шынайы құндылыққа айналады.

Құқықтың гуманистік сипаты жеке тұлғаның игіліктерге қол жеткізуіне ғана емес, сонымен қатар оның әлеуметтік қорғалуының пәрменді құралы ретінде де көрінеді. Қазіргі жағдайда халықтың көптеген жіктері құқықтан ойластырылмаған экономикалық реформалардан, шешімдерден сенімді кепілдіктерді күтеді.

Құқық құндылығы - ол прогрестің қуатты факторы, қоғамдық дамудың тарихи барысына сәйкес қоғамды жаңарту көзі болып табылады. Оның рөлі әсіресе тоталитарлық режимдердің құлауы, жаңа нарықтық тетіктердің бекітілуі жағдайында арта түседі. Мұндай жағдайларда құқық қарым-қатынастың және қызметтің жаңа нысандарын бекітуге қабілетті сапалы жаңа саланы құруда елеулі рөл атқарады. Құқықтық тәсілдер халықаралық және ұлтаралық сипаттағы мәселелерді шешудің негізі және жалғыз мүмкін болатын өркениетті құралы болып табылады. Жалпы әлеуметтік реттеушінің сапаларына ие бола отырып, құқық әлеуметтік бейбітшілік пен келісімге қол жеткізудің, қоғамдағы шиеленісті алып тастаудың тиімді құралы болып табылады.

Менің пікірімше, біздің қоғамның түбегейлі демократиялық қайта құрылуы - онда демократиялық бейбітшілікке, келісімге, қоғамдық тыныштыққа қол жеткізу адамдар



құқықпен, құқықтық мемлекетпен, сот төрелігімен, адам құқықтарымен жиі байланыстыратынын атап өткім келеді.

Қазақстанда терең әлеуметтік-экономикалық қайта құру кезеңінде құқықтық мемлекеттің қалыптасуына, халықтық билік жүйесінің және нарықтық экономиканың қалыптасуына байланысты ерекше сипатқа ие болатын қоғам мен құқықтың өзара іс-қимылының жаңа проблемалары туындайды.

Бүгінгі күні болып жатқан билік органдары мен заңдарға деген бедел мен сенімнің төмендеуі қазіргі уақытта азаматтардың көпшілігі өздерінің жеке мүдделеріне бағытталуының, ал жеке мүдделердің бәсекелестік процестерін реттейтін құқықтық тетіктердің әлі де жеткілікті дамымағандығының салдары болып табылады. Көптеген зерттеушілер «қоғамның даралануын күшейту, соның ішінде нарықтық қатынастардың зиянсыз элементі ретінде де, адамдардың санасы мен мінез-құлқындағы жеке тұлғаның рөлінің өсуіне ықпал ететінін» айтады. Бүгінгі таңда мемлекет азаматтардың мінез-құлқын реттеуге, олардың ықпал етудің мемлекеттік тетіктерін пайдалану кезінде негіздеуін жылжыту әрекеттеріне дайын емес. Мемлекет табиғатының өзгеруімен сипатталатын қалыптасқан жағдай құқықтық өрістің өзгеруіне және нарықтық қарым-қатынастарды реттейтін жаңа заңдар мен бюрократия қолындағы манипуляция құралы болып қызмет ететін ескі заңдар арасындағы қайшылықтардың туындауына, сондай-ақ мемлекетке қатысты ерекше жағдай алатын топтардың туындауына әкелді. Ең алдымен бұл жерде қоғамның мүліктік және қағидаттар бойынша жіктелуі аясында пайда болған орта тап деп атауға болатын топтардың болуы.

Сондықтан бүгінгі күні құқықты құрметтеу азаматтық қоғам мен құқықтық мемлекет алдында тұрған міндеттерді шешу тұрғысында маңызды ғылыми мәселеге айналды. Жеке тұлғаның құқық әділдігіне деген сенімі оның азаматтық белсенділігін түбегейлі айқындайды, ол қоғамның құқықтық мәдениетінің жоғары құрылымдық элементі болып табылады.

Құқықтық сананы қалыптастыруға және құқықтық мәдениет деңгейін арттыруға мемлекет пен қоғам тарапынан мақсатты түрде жүргізілетін шаралар жүйесі ретінде қарауға болатын құқықтық тәрбие айтарлықтай әсер етеді. Құқықтық тәрбиені құқықтық сана деңгейін қалыптастыру және арттыру құралы ретінде талдауды осы процесс қазіргі таңда Қазақстанның модернизациясы жағдайында жеке тұлғаны тәрбиелеудің негізгі құралдарының бірі болып табылатынын ескере отырып жүргізу қажет. Бұл ретте әлі де өзекті мәселе құқықтық тәрбие мақсаттарын, құқықтық тәрбие нысандарын түпкілікті анықтау, сондай-ақ оның негізгі қағидаттарын ретке келтіру қажеттігі болып табылады, оларға сәйкес құқықтық тәрбиенің барлық жүйесін құру қажет.

Құқықтық тәрбие әр түрлі компоненттерді қамтитын жалпы тәрбиенің құрамдас бөлігі болып табылады. Құқықтық тәрбие жүйесін жетілдіру қажеттілігі айқын болып табылады, өйткені құқықтық мемлекетті құру жағдайында қоғамдық өмірдің барлық салаларында пайдаланылатын құқықтық білімге деген өткір қажеттілік сезіледі. Бұл ретте құқықтық тәрбие нысандары болып құқықтық насихат, құқықтық оқыту, заң тәжірибесі мен өзін-өзі жетілдіру және өзін-өзі тәрбиелеу деп көрсеткенім дұрыс деп ойлаймын. Құқықтық тәрбиенің әдістері, сендіру, мәжбүрлеу, жазалау, көтермелеу, санкцияларды қолдану қатері, алдын алу, ескерту екенін білеміз.

Қазіргі жағдайда Қазақстанның құқықтық ғылымының аса маңызды міндеттерінің бірі құқықтық тәрбиенің жалпы мемлекеттік тұжырымдамасын - қылмыс деңгейін, атап айтқанда жастар деңгейін төмендетуге күресте құқық қорғау органдарына жан-жақты көмек көрсетуді іс жүзінде іске асыру бағдарламасын әзірлеу, сондай-ақ



элеуметтік бақылау мен құқық бұзушылықтың алдын алудың пәрменді құралдарын әзірлеу болып табылады. Бұл тақырып бойынша негізгі теориялық зерттеулердің көпшілігі кеңес кезеңіне жатады, бұл олардың негізінде жасалған практикалық ұсынымдар кейбір идеологиялық бағыттылығымен сипатталады. Сондықтан өзінің жалпы теориялық және тәжірибелік игерілуі тұрғысынан осы мәселелердің жай-күйі бүгінгі күні өмірдің жаңа айтарлықтай өзгерген жағдайларына сәйкес келмейді.

Құқықтық тәрбие тұжырымдамасын одан әрі тиімді дамыту оның ережелерінің теориялық әзірлену деңгейіне, әртүрлі элеуметтік топтар үшін бейімделген жаңа әдістемелерді әзірлеуге байланысты болады және бұл олардың құқықтық тәжірибеге қалыптасқан және теориялық игерілген құқықтық санат ретінде қолданбалы енгізілуіне аса маңызды болып табылады. Қазіргі нұсқадағы құқықтық тәрбие тұжырымдамасы өзінің көптеген ережелерін қайта қарауды, сондай-ақ қазіргі заманғы мемлекеттегі құқықтық тәрбие мен құқық тәрбиелеу процесінің сапалы күйін көрсететін және қазіргі жағдайдың ерекшеліктерінен туындайтын жаңа қағидатты әзірлеуді объективті түрде қажет етеді.

Заң ғылымдарының кандидаты, доцент. Д. К. Нұрпейісовтің пікірінше «құқықтық тәрбиені іске асыру негізінде әдістемелік, ұйымдастырушылық және жалпы адамзаттық қағидаттар қажет. Әдістемелік қағидалар идеологиялық жұмыстың өзіндік, нақты-пәндік түрі ретінде құқықтық тәрбиенің сипатын анықтайды. Ұйымдастырушылық құқықтық тәрбиенің түрлі субъектілерінің жұмыс істеуінің мақсатты және ретке келтірілуін қамтамасыз етуге мүмкіндік береді. Жалпы адамзаттық қағидаттар осы жұмыстың бәрін айқындаушы болып табылады», деп айқындаған болатын.

Қазіргі таңда құқықтық тәрбие теориясы ерте зерттеулермен салыстырғанда күрделене түсті және бүгінде өзінің екі аспектілі қарастыруын болжайды: кең және тар мағынада. Бірінші аспект, кең мағынада құқықтық тәрбиені қоғам мүшелерінің құқықтық санасы мен құқықтық мәдениетін қалыптастырудың жалпы процесі ретінде, оның ішінде өмірдің элеуметтік-экономикалық салтының, саяси режимнің, идеологиялық қызметтің, адамгершілік ахуалдың, заңнама жүйесінің әсерін қарастырады. Тәжірибе құқық тәрбиелеу қызметін жоғарыда көрсетілген объективті факторлардың ықпалынан басқа жоспарлау мүмкін еместігін айқындайды.

Екінші аспект, тар мағынада құқықтық тәрбиені қоғамдық қызмет түрлерінің бірі ретінде қарауды көздейді, ол мемлекеттік органдар мен қоғамдық ұйымдардың заңға бағынушы азаматтарды құқықтық мәдениет пен тәрбиелеуді қалыптастыруға бағытталған мақсатты және ұйымдасқан жұмысында көрініс табады. Қазіргі жағдайда құқықтық тәрбие жөніндегі ұйымдастырылған қызметті объективті факторлар болып, есепке алынған кезде ғана мақсаты анық деп есептеуге болады. Байланыса отырып, олардың құқыққа қарсы құбылыстарға, қызметі бойынша құқықтық тәрбиелеуге тиіс қуатты күшке қоғам дамуындағы орны ерекше.

Мемлекеттік құқықтың кеңістіктегі өзгерістер тек мемлекеттік қана емес, қоғамдық өмірдің тұрақсыздығына әкеп соқтыруы, жылдар бойы қалыптасқан адамдардың өмір сүру жағдайларын түбегейлі өзгерткен элеуметтік күйзелістерге себепші болды. Сондықтан өмірде маңызды мәселелерінің жанында құқықтық тәрбие мен құқықтық мәдениет, адамдардың көпшілігі үшін өзінің маңыздылығы мен өзектілігін біртіндеп жоғалта отырып, екінші дәрежелі мәнге ие болады. Бұл ең көрнекі түрде көрсетілді. Білім беру мекемелері өзінің оқу-тәрбие жүйесін қайта құруға үлгермеді деп айтсақта болады. Қоғамның күрт шиеленіскен криминогендік жағдайында құқық қорғау органдарына азаматтардың құқықтық тәрбиесімен айналысу деңгейінің төмендігі, ал құқықтық ғылым мемлекеттің осы мәселені дамытуға мүдделілігінің



жоқтығына байланысты құқықтық тәрбие идеяларын одан әрі зерделеуге және енгізуге ден қоюды тоқтатты. Соның нәтижесінде соңғы уақытта ғылыми-теориялық әдебиетте құқықтық вакуум пайда болды, құқықтық тәрбие мәселелері бойынша зерттеулер жүргізілген жоқ және оны енгізу мен қолданудың бүгінгі күннің талаптарына сәйкес келетін жаңа әдістемелері әзірленбеген.

Мемлекеттік органдардың құқықтық мәдениет пен құқықтық сананы қалыптастыруға бағытталған мақсатты және ұйымдасқан қызметі ретінде тұжырымдамалық тұрғыдан іс жүзінде бар құқықтық тәрбиелеу идеясының өзі аталған мән-жайларға байланысты өзінің әдіснамалық базасының өзгергенін және іс жүзінде мемлекеттік-құқықтық реттеуге жататын қызмет болуды тоқтатты.

Кәсіби білім берудегі кемшіліктер педагогикалық және заңгерлік құқықтық тәрбие тұжырымдамасын одан әрі дамытуды тежейтін шешуші факторлардың бірі болып табылады. Мұнда, менің ойымша, екі аспектіні бөлуге болады: сыртқы және ішкі. Сыртқы аспектіні негізге ала отырып, заңдық білім беру жүйесінің өзінде құқықтық тәрбие және құқықтық мәдениет бойынша оқу курстары жоқ екенін, демек, теориялық игеру мен зерделеудің мәні болмаса, бұл мәселе ғылыми-теориялық ретінде қарастырылмайды. Осы аспектінің ішкі көрінісіне сүйене отырып, құқықтық тәрбиенің қазіргі тұжырымдамасында әр түрлі әлеуметтік топтарға, ең алдымен осы әлеуметтік топтардың жас және психологиялық ерекшеліктерін ескеретін жастарға қолданылатын құқық тәрбиелеу процесінің нақты пысықталған әдістемелері жоқ екенін атап өту қажет. Мұндай жинақталған әдістемелердің болмауы құқықтық тәрбиенің барлық жүйесін іске асыруды қиындатады.

Құқықтық тәрбиенің теориясы мен әдістемесі педагогиканың, тұлға психологиясы мен әлеуметтік психологияның, криминологияның, этиканың, эстетиканың барлық маңызды жетістіктерін, сондай-ақ тәрбиенің әртүрлі түрлері мен бағыттарының әдістері мен нысандарын: патриоттық, еңбек, отбасылық меңгеруі тиіс деп ойлаймын. Оған, жеке тұлғаның құқықтық мінез-құлқын алдын алуға қабілетті маңызды фактор болып табылатыны, құқық нормаларына барабар қарым-қатынасты тәрбиелеу және тұлғаның құқықтық мінез-құлқының тұрақты дағдыларын қалыптастыру. Қалыптасқан қатынастар жүйесі бағалау және реттеу факторларының рөлін атқарады, яғни өз мінез-құлқын құқық тұрғысынан бағалау және өз мінез-құлқын реттеу. Сомен қатар, азаматтың құқық қолданудағы жеке үлесін қоғам үшін құндылықты ұғынуына тәрбиелеу.

Құқықтық тәрбиелеуде маңызды педагогикалық әдісті қолданған жөн деп ойлаймын. Қызмет барысында тәрбиеге көп көңіл бөлу керек. Құқықтық тәрбие құқықтық мәдениетті трансляциялау, құқықтық тәжірибені, құқықтық қызмет нормаларын, құқықтық идеалдар мен қоғамда жанжалдарды шешу тетіктерін беру тәсілі ретінде көрінеді. Сонымен қатар субъективті бағыты бар кейбір қызмет, құқықтық тәрбие адамның өзін, оның құқықтық санасын және құқықтық мәдениетін дамытуды мақсат етеді.

Жеке адамның құқықтық мәдениетін зерттейтін авторлардың көпшілігі азаматтардың заңды хабардар болуын қамтамасыз етуде, тұрақты құқықтық сенімдерді, заңды мінез-құлықты және жоғары құқықтық белсенділікті қалыптастыруда құқықтық тәрбиенің ерекше мақсатын көрсетеді.

Құқық шығармашылық бастама, әлеуметтік белсенділік және жауапкершілік сияқты тұлғаның қажетті қасиеттерінің өзара байланысына қол жеткізудегі дербестікті дамытуға ықпал етуі тиіс. Қоғамдық қатынастардың шамадан артық реттелуі жеке



тұлғаның белсенділігін төмендетеді, оның даралығын жоғалтады, қабылданатын шешімдер үшін жауапкершілік деңгейін төмендетуге ықпал етеді.

Құқықтық реттеу тәжірибесін талдау көптеген азаматтардың өз құқықтарын білетінін көрсетеді, бірақ оларды қалай іске асыру керектігі туралы түсінік жоқ, ал егер білсе, онда бірқатар себептер бойынша өз мүдделері үшін күресте белсенділік танытпайды. Сондықтан құқықтық тәрбиелеуде жалпы түрдегі адамның белсенділігі мен дербестігін, еркіндігін дамыту құралы ретінде құқық нормасын насихаттау қажет деп сенімділікпен ойлаймын. Демек, құқықтық тәрбие субъектілердің құқықтық мінез-құлыққа үйреншікті оң көзқарас қалыптастыру бойынша қызметі болып табылады. Алайда құқықтық тәрбиелілік деңгейі, құқықтық ұйғарымдарды орындау қажеттілігін түсіну ғана емес. Бірінші кезекте құқықтық тәрбиелілік жеке адамның жоғары әлеуметтік құндылық ретінде заңға көзқарасын қалыптастыру дәрежесімен анықталады. Сол арқылы құқықтық тәрбие құқықтық жүйеде көрініс табуы тиіс адамгершілік қоғамның қажеттіліктері мен құндылықтарымен келісілетін мінез-құлықты қамтамасыз етуге бағытталған.

Құқықтық тәрбиелеуде құқық бұзушылықтың алдын алу ерекше орын алады. Осыған байланысты бұқаралық ақпарат құралдарының құқықтық тәрбие берудегі, құқықтық сананы қалыптастыруда, заңды құрметтеуде және құқық бұзушылықтың алдын алуда рөлі туралы мәселе қызықты. Бірден айтайық, бұл рөлді, әсіресе тоталитарлық мемлекеттен демократиялық және құқықтық мемлекетке өту кезеңінде асыра бағалау қиын. Белгілі болғандай, құқықтық тәрбиенің маңызды құралдарының бірі халықты құқықтық оқыту болып табылады. Құқықтық жалпыға міндетті оқу мақсаты - азаматтардың құқықтық мәдениетін арттыру, құқықтық білімді бұқаралық насихаттау арқылы халықты құқықтық тәрбиелеуді жүзеге асыру және заңды құрметтеу дәстүрлерін қалыптастыру. Бүгінгі күні Жалпыға бірдей құқықтық оқу идеясы негізінен түсіндіру шаралары арқылы, дәрістер, әңгімелер, кездесулер, мақалалар арқылы жүзеге асырылады. Осы тұрғыда бұқаралық ақпарат құралдарының рөлі өте зор.

Құқықтық тәрбие жүйесінде заңгерлік білім ерекше орын алады. Ресейдегі заң білімінің қазіргі реформаторлары Р. К. Русинов және Н. Н. Тарасов құқықтық жүйедегі ешқандай жаңалықтар, заң құрылымдарын реформалау, егер негізгі мәселе - заң білімінің мәселесі шешілмесе, қойылған мақсатқа жетуде нәтиже бермейтінін атап көрсетеді. Заң білімін құқықтық тәрбиенің қуатты факторына айналдыру үшін ұйымдастыру шараларының ойластырылған жүйесі қажет. Қоғам жалпы адам құқықтары мен азаматтық қоғамды қорғаудың күрделі міндеттерін шешуге қабілетті жоғары білікті, жауапты және шығармашылық маман-заңгерге әлеуметтік тапсырыс қалыптастыруы керек. Қазақстандық білім беруді реформалаудың стратегиялық міндеті шығармашылық тұлғаны қалыптастыруға бағытталған жаңа ұлттық модельді дамытуда. Осылайша, Қазақстандағы заң білімінің мақсаты заманауи ұлттық және халықаралық стандарттарға жауап беретін жоғары білікті маманды даярлау болуы тиіс.

Республиканың жоғары заңгерлік білімі жалпы қабылданған әлемдік стандарттарға сәйкес болуы үшін оқытудың жаңа әдістемелерін батыл енгізу, оқу процесін тәжірибелік мақсаттарға жақындату қажет. Сондай-ақ қазіргі кезеңде неғұрлым маңызды болып табылатын құқық салаларын іріктеу негізінде оқу пәндерінің тізбесі қайта қаралуы және жаңартылуы тиіс. Заңгерлерге арналған шет тілінің арнайы курсы бекітуге қол жеткізу қажет. Қазақстан үшін бұл біздің ел азаматтарының іскерлік сыртқы экономикалық белсенділігінің өсуіне, сондай-ақ шетелдік құқықтық үлгілердің жылдам таралуына байланысты ерекше өзекті болып табылады.



Әр түрлі құқықтық мәселелер туралы бастапқы мәліметтерді, сондай-ақ нақты қойылған міндеттерге жауаптарды қамтитын, халық арасында құқықтық білімді олар қабылдайтын нысанда тарату сияқты құқықтық тәрбие мен ағартудың нысаны қажет.

Құқықтық тәрбие мен құқықтық мәдениет мәселелерін шешудің тиімді құралы ретінде азаматтық қоғам институттары кәсіби және өзге де қауымдастықтарда, білім беру және ғылыми мекемелерде көрініс табады. Бүгінде елімізде осындай құрылымдардың өсуі байқалуда және мемлекет олардың қызметін жан-жақты көтермелеуі және қолдауы тиіс. Осылайша, тұжырымның қорытындысы құқық пен қоғам мәселелері құқықтық тәрбиемен тығыз байланысты. Қандай да бір елеулі нәтижелерге мемлекет пен қоғамның, мемлекеттік органдардың, ғылыми және білім беру ұйымдарының, қоғамдық бірлестіктер мен жекелеген азаматтардың күш-жігері біріктірілген жағдайда ғана қол жеткізуге болады. Әрбір адамның қосқан үлесі қалыптасқан жағдайды өзгерте алатынын түсіну, қойылған жоғары мақсатқа - құқықтық мемлекет құруға және азаматтық қоғамды қалыптастыруға қол жеткізуге мүмкіндік береді. Құқық пен қоғамда қандайда бір мәселе туындаса, адамдардың құқықтық санасымен қатар, құқықтық мәдениет және құқықтық тәрбие арқылы шешілу, ең дұрыс жол деп ойлаймын.

Библиографиялық тізім

Гришина Е.П., Саушкин С.А. Нравственно-философские идеи добра, справедливости и уголовное судопроизводство // Уголовное судопроизводство. – 2017. – №7. – С. 26

Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе. – М.: Норма, 2016. По изданию 1902 г. – с. 56

Политико-правовые ценности: История и современность/ Ред. В.С. Нерсисянц. – М., 2000.

Бабаев В. К. Теория государства и права: учебник для бакалавров. М. Издательство Юрайт, 2014. С. 377.

Ибраева А.С. Правовая культура: проблемы теорий и практики. Алматы, 2002г.

Русинов Р.К., Тарасов Н.Н. Юридическое образование: проблемы и перспективы // Правовое воспитание и юридическое образование в условиях демократизации советского общества. Свердловск, 1991. С. 75

Организация и проведение правового всеобуча. В помощь организатором правового всеобуча. Алматы: Жеты жаргы, 1996.



CIVIL SOCIETY AND THE RULE OF LAW

Serikova L.S.¹

Abstracts

This article addresses a number of issues, including human rights and the state. International documents adopted in the second quarter of the twentieth century are of great importance both for the world and for our society. Parties and conventions on human rights, women's rights, children's rights, and the rights of persons with disabilities are very important for our country. As in many foreign countries, the protection of people and people within the country is of international importance today. If law enforcement agencies do not perform their functions properly, each citizen of the Republic of Kazakhstan can apply directly to the President. This is stated in article 40th of our Constitution. And the ordinary people need to know about it. The main goal of civil society is to ensure, protect and properly protect the rights and freedoms of man and citizen. Nowadays, civic education for Kazakhstan is so new and interesting as a separate discipline. Previously, the school curriculum did not include civil literacy. Since 2001, a civic education curriculum has been introduced as a separate subject in schools by region and city. It is important for schools to teach as a separate discipline. In this time, Kazakhstan's entry into the international community requires addressing issues of strengthening national security and international cooperation. In particular, research in the field of foreign economic activity, the development and operation of outer space, and the development of the right to navigation are of particular importance. Currently, there are different forms of government in the countries of the world, many countries of higher civilization live in the republican form of government and consider this political and legal direction positive. So the situation of internal and external formation of the states of the 21st century has become more complicated. Our independent state is one of them. However, opinions that support different interests are the best way to combine ideas, actions, and specific decisions.

АЗАМАТТЫҚ ҚОҒАМ ЖӘНЕ ҚҰҚЫҚТЫҚ МЕМЛЕКЕТ

XX ғасырдың II ширегінде қабылданған халықаралық құжаттардың әлем үшін де, біздің қоғам үшін де маңызы зор. Адам құқығы, әйелдер құқығы, балалар құқығы, кемтарлар құқығы турасында қабылданып жатқан партиялар мен конвенциялардың біздің еліміз ратификациялаған сәтінен тікелей күші бар. Көптеген шет елдердегідей мемлекет ішіндегі адамдар мен азаматтардың халықаралық деңгейде құқықтық қорғана алуы бүгінгі таңда маңызды болып табылады. Мысалға, Ресей Федерациясының Конституциясында мынадай қағида бар: «Мемлекетшілік құқықтық қорғалудың барлық тәсілдері және жағдайлары таусылып, тауы қайтқан әр бір адам Ресей Федерациясының халықаралық келісім шарттарына сәйкес халықаралық адам құқығы мен бостандығын

¹ West Kazakhstan State University, Oral, Kazakhstan



қорғау жөнінде ұйымдарға шағымдануға құқылы». Бұндай қағиданы Қазақстан Республикасының Конституциясына да енгізсек, демократияға, оның шырқау шегіне қарай жүріп келе жатқан жолымыздағы үлесті екіпіміз болар еді. Құқық қорғау органдарынан әділетті шешім таппай, сот төрелігінен тауы шағылып, мемлекеттік аппаратқа көңілі толмаған әрбір азаматтың әділеттіліктің ақиқатын қайдан іздеуі қажет. Әрине, елімізде соңғы сөзбен қою нүкте қояр тұлға жоқ емес, бар[1]. Ол - Президент. Конституциямыздың 40-шы бабының II тармағында айтылғандай, «Республиканың Президенті - халық пен мемлекеттік билік бірлігінің, Конституцияның мызғымастығының, адам және азамат құқықтары мен бостандықтарының рәмізі әрі кепілі». Президент адам және азамат құқықтары мен бостандықтарының бірден-бір кепілі. Биліктен қысымшылық көріп, әділеттіліктің соңғы сөзін іздеген әрбір жеке тұлғаның Қазақстан Республикасы Президенті аппараты жанындағы адам құқықтары мен бостандықтары жөніндегі комиссияның қарауына жағдайын жазып, шағым білдіруіне толық құқығы бар [2]. Адамдар өз құқықтарына заңсыз қолсұғушылықты тек билік тарапынан қабылдау қажет пе? Әрине, ол билік органдарына жүгінеді. Дәлірек айтқанда, мемлекеттің құқық қорғау органдарына. Ал егерде, төрелік айтып, әділеттіліктің ақ жігін айыратын, халық ақыреттей сенген құқық қорғау органдары әділеттілік үшін күресу сынды қасиетті бағыттарынан тайқыса не шара болуы мүмкін. Адам немесе азамат бұл жағдайда, билік тарапынан қолдау көрмей, көңілінде мемлекетке деген, билік аппаратына деген сенімсіздік орнайды. Бұған қоғамдық сананы жетелей беру құқықтық рухани теңсіздікке әкеліп соқтырары сөзсіз. Алдын-алу шарттарының бір негізінде Конституция бойынша мызғымас құқықтар мен бостандықтардың бірден-бір және соңғы кепілі, Президенттік комиссияға шағым жолдау құқығын әрбір азаматқа тәптіштеп түсіндіріп, құқықтық дәріптеу. Екінші шарт ретінде жүруі мүмкін құқықтық нигилизмге апарар жолды жабу және әділет органдарының кепілділігі мен «таза қызметін» қамтамасыз ету және жандандыра түсу. Ділімізге тән «қуыну» терминінің басқа арнада түсінілуін қарастыру. Құқықтық мемлекетте азаматтық қоғамның барлық элементтері еш кедергісіз қызмет етіп тұруы тиіс. Әлеуметтік-экономикалық салаға мемлекет араласуының көрсеткіші нөлге тенеліп, рухани-мәдени өмір Конституциялық нормалар шегінде ғана шектелуі тиіс. Азаматтық қоғамның көздейтін басты мақсаты - **адам және азамат құқықтары мен бостандықтарының сақталып, қорғалып және тиісті дәрежеде қамтамасыз етілуі**[3].

Құқықтық мемлекеттің аяғынан тік тұрып, буынын қатайта бастаған кезеңінде жаңа қоғамдық саланы қалыптастыру ізденістері қолдауға маңызды қадамдар. Мемлекет аясынан қоғамдық құрылымдарды алшақтату, маңызы мардымды мақсаттардың бірі - білім беру саласын демократияландыру. Жалпы, құқықтық сана мен құқықтық мәдениетті азаматтар бойына қалыптастыруды ерте кезден бастау керек. Соңғы кездері еліміз бойынша мектептерге көптеген жаңа "Азаматтану" пәні бойынша оқулықтар, оқытушы құралдар және әдістемелік нұсқаулар шығуда. Бүгінгі таңдағы құқықтық база қалыптасқан және өрістеу үстінде. Ендігі жерде терең зерттеуді талап ететін және тәжірибеге ендіруді сұрап тұрған жұмыс - құқықтық мемлекет пен азаматтық қоғамды қалыптастырудағы қалтқысыз критерий құқықтық сана мен құқықтық мәдениет мәселесі. Қазақстан үшін азаматтық тәлім-тәрбие бөлек пән ретіндегі соншалықты жаңа да қызықты құбылыс. Бұған дейін мектеп бағдарламасында азаматтық құқықтық сауат жүргізу ісі енгізілмеген болатын. Ол пән көбінесе «Адам және қоғам», «ҚР мемлекет және құқық негіздері», «Қазіргі заманғы Қазақстан тарихы» және «Экономикалық жағрапия» пәндерінің құрамындағы өте тар аядағы ақпарат көздері болып келген. Алайда, бұл «сығымдау» азаматтық-құқықтық сананың болашақ еліміздің толыққанды азаматтарының бойынан табылуы үшін жеткіліксіз болып табылады. 2001 жылдан бастап облыстар мен қалалардың мектептерінде жеке оқу пәні ретінде азаматтық білім



бағдарламасы енгізілген болатын. Бұл пәннің бөлек оқытылуы не үшін қажет? Осы сұраққа жауап іздеу мақсатында мен бірқатар азаматтық білім беру пәнінің бірқатар құрамдарын қарастырып көрген едік.

1. Саяси құмарлықтар және белсенділік адам ойына бірден келмейді, монархист немесе демократ болып туу мүмкін емес. Яғни, тұлғаның саясатқа және үкіметке қатысты көзқарасы тумысынан берілетін қасиет емес, оқыту, тәрбиелеу жұмыстарының мәселесі.

2. Демократиялық емес сарқыншақтар қоғамның мәдени саласына тамырын терең бойлатып жатуы мүмкін. Тек, саналы және өзара келісілген ықпалдар ғана демократияға елеулі қауіп төндіріп тұрған ұстанымдарды өзгерте алады.

3. Басқару нысаны ретіндегі демократия, мен сенімдімін, уақытысына төтеп бере алады, тарих та соны дәлелдеді. Онысымен қоймай, дамып, нығая бермек. Ол үшін, тек бір алғышарт қажет, оны әрбір өскелең ұрпақ лүпілдеген жүрегімен, іріп-шіруден ада сана сезімімен әңгіме болып отырған құбылыстың құндылығы мен мәнін түсінген жағдайда. Алайда, азаматтық белсенділік позициясын жандандыруға бағытталған жұмысқа кіріспес бұрын, бір нәрсені ескеру қажет деп ойлаймын. Сабақ беру тәсілдерінде Конституцияларды, декларацияларды, баптар мен ережелерді, жарлықтар мен қаулыларды жаттатқызу әдісінен бойды аулақ ұстау қажет. Себебі, жаттатқызу әдісі өзіндік ойлау мен жауапкершілік сана-сезімді тұмшалап тастайды. Әр азамат үшін демократия, тек білім жиынтығы болып қана қоймай, дүниетаным, әлемдік көзқарас дәрежесінде орнығу қажет. Оқушы алған тәжірибелер білімі қолданысқа енгізілуі қажет. Күнделікті аралас-құраластықтағы адам - ендігі жердегі азамат үшін құқықтық қатынас сипатын иеленуі тиіс [4].

Қылмысқа қарсы күрес жүргізудің де маңызын атап өтпесе болмайды. Мемлекеттің қылмысқа қарсы күрестегі әлеуметтік реттеуші рөлін зерттеу кешенді көзқарасқа негізделіп, қылмысқа қарсы күрес жүргізудің ұйымдық тетігін, қоғам мен мемлекет тарапынан қылмыстылыққа ықпал ету жүйесін анықтауды көздейді.

Қазір халықтың құқбұзушылыққа қарсы күрестегі әлеуметтік белсенділігі төмендеп кеткен жағдайда, жергілікті атқарушы органдардың қоғамдық тәртіпті, құқ тәртібін қамтамасыз етудегі және қылмысқа қарсы күрестегі рөлін арттыруға, жедел іздестіру қызметін жетілдіру шараларын жүзеге асыруға, құқық қорғау саласында жүргізіліп жатқан саясатқа халықтың сенімін арттыруға бағытталған ғылыми зерттеуді жүргізу қажет.

Экологиялық қарым-қатынастарды құқықтық реттеуде, біршама жетістіктерге қол жеткенімен, Қазақстанның тұрақтылық пен экономикалық және экологиялық дамуын қамтамасыз ету саласында құқық шығарушылық жұмыстың, заң шығарушылық кесімдердің маңызы кемімей отыр. Мұнай мен газ-кен орындарын игерудің құқықтық негіздерін қалау, Қазақстан Республикасының табиғи ресурстарын тиімді пайдалану жөнінде ұсыныстар әзірлеу ғылыми зерттеулердің маңызыды бағыттарының бірі болып отыр. Мұнай және газ саласында жүргізіліп жатқан реформалардың сәтті болуы мемлекет тарыпынан бақылау жасау тетігінің пәрменді жүргізілуіне және осы сала заңнамасының жетілдірілуіне тікелей байланысты.

Қазақстанның халықаралық қоғамдастыққа кіруі - ұлттық қауіпсіздікті және халықаралық ынтымақтастықты нығайту мәселелерін шешуді қажет етеді. Атап айтсақ, сыртқы экономикалық қызмет, ғарыш кеңістігін игеру және пайдалану, теңізде жүзу құқығын дамыту саласында зерттеулер жүргізу өзекті болып отыр.



Сонымен, қазіргі таңда Қазақстанның құқықтану ғылымы алдында тұрған кезек күттірмес міндет - құқықтанудың әртүрлі салаларында еңбек етіп жатқан ғалымдардың қазақстандағы әлеуметтік-саяси және экономикалық бетбұрыстарды құқықтық жағынан қамтамасыз етудің кейінгі жылдарға арналған теориясын әзірлеуде кешенді зерттеулер жүргізу. Жүзеге асырылып жатқан құқықтық реформалар жағдайында заңтану ғылымы алдында тұрған міндеттер өте зор. Әр бағыт жалпы мемлекеттік сипатқа ие және оның әрқайсысын өзінше дамыту қажет. Осыған орай, ғылыми зерттеулерден басымдықты бағыттарын құқықтану ғылымы бойынша, жалпы алғанда, оның жеке салалары мен бағыттары бойынша құрылымдау керек. Әрине, бұл міндет о бастан дауды болып келеді. Менің ойымша, осындай ғылыми тәжірибелік конференция өткізіп, жетекші ғалымдардың пікірлерін ескере отырып, нақты ұсыныстарды есепке алған жөн сияқты. Сот мәселесіне қатысты даулы жағдайлар күн тәртібінен түсетін емес. ТМД елдерінің ішінде сот реформасын жүргізуден Қазақстан алдыңғы қатардамыз. Жаңа өркениетті деңгейге жеткізетін сот реформасының кезекті тұжырымдамасы дайындалу үстінде. Біз сот қазыларды тағайындаймыз және олар бүгінгі таңдағы еліміздегі ең көп ақы төленетін адамдар. Егерде объективті көзқараспен қарасақ, соттарға сенім күннен-күнге артуда. Біздің ойымызша, ақиқат іздеген адамдар әділеттілікті әкімнен емес, мемлекет басшысынан немесе үкіметтен емес, соттардан табуы тиіс. Осы орайда, өркениет талыбына сай келетін заңдар қабылдануда. Алайда біз әлі де болса Кеңестік сарқыншақтардан арыла алмау үстіндеміз. Біздің қоғамда өте жиі кездесетін келеңсіз жайттердің бірі - заң билігіне деген сенімсіздік. Сот төрешілері де жазаланады. Былтырғы жылғы есеп бойынша, Президент жарлығымен қызметінде жіберген кемшіліктері үшін 21 сот-қазы қызметінен кетірілген. Шектен шыққан сенімсіздік танытудың соңы жақсылыққа апармайды, көңіл қуантарлық жайт, сот жүйесінде орын алған ақаулардың орнын толтыру үшін қадамдар да жасалды, шаралар да үздіксіз қабылдануда. Сотқа дейінгі медиация ғни татуластыру да бүгінгі таңда қалыпты жұмыс істеуде [5].

Қазақстан Республикасының Елбасы - Н.Ә.Назарбаев елдің өмірінде азаматтық қоғам институтының рөлін арттыру жөнінде ұсыныстар әзірлеуді мақсат тұтатын ұдайы жұмыс істеуші орган құру жөнінде бастама көтерген болатын. Бұл идея Қазақстан халықтары Ассамблеясының сессиясында одан әрі жалғасын тауып, сессияның барысында мемлекет басшысының қоғам өмірін одан әрі демократияландыруға қатысты ұсыныстарды әзірлейтін тұрақты Кеңес құру жөнінде арнаулы шешімі қабылданды.

XXI ғасырдағы мемлекеттердің қай-қайсысының да ішкі және сыртқы қалыптасу жағдайы өте күрделене түсті. Бұдан біздің тәуелсіз мемлекетіміз де тысқары емес. Олай болса, алуан түрлі мүдделерді жақтайтын пікірлердің бір арнаға ақылмен тоғысып, әрекетпен, нақты шешімдермен ұштасуы - ең қажеттің қажеті.

Бұл басталған жаңа кезең - мемлекетіміз үшін аса бір сындарлы шақ. Ел еңсесін түзеумен қатар құндылықтарды да айырып, ажырата түсетін өткелде тұр. Бұрынғыдан бетер сергек, серпінді болуымыз сол үшін қажет.

Қорытынды ойымызды айтар болсақ, осылайша құқықтық мемлекет – құқықтың билігі орнап, мемлекет алдындағы үстемдігі нықталған қоғамы бар, биліктің атқарушы, заң шығарушы, сот тармақтарына бөлінуі жүзеге асырылған мемлекет болмақ. Бұл мемлекетте азаматтық қоғам тәуелсіз өмір сүрмек. Адам және азамат құқықтарымен бостандықтары жоғары дәрежеде қорғалып, кепілдігі қамтамасыз етілген. Мемлекет пен азамат арасында өзара құқықтармен міндеттік байланыстар орнаған. Демократия белгілерінің барлық түрі қоғам ішінен ойып тұрып орын алған.



Мінекей, осы мемлекет біздің идеалымыз. Қазақстан мемлекетінің ұмтылары да, талпынары да осы бағыт. Уақыт ағымымен жылжи отыра, таңдаған арнадан ауытқып кетпей, сара жолмен жүріп отырсақ, мен еліміздің болашақта демократия шыңының асқар биігінен көрінеріне толық сенімдімін.

Бағзы замандардан бері адамзат баласы ақыл-ойларын сарп еткен, армандап іздеген, жеткісі келіп ұмтылған "идеалды мемлекет" ұғымы бары көзі ашық қауымға аян. Ол азаматтық қоғам және құқықтық мемлекет идеялары. Әлем тарихының қатпар-қатпар парақтарына үңілсек, өз дәуірлерінде көптеген ойшылдар осы тақырыпта ойларын сан-саққа жүгіртіп өз ілімдерін қалдырған. Әрісі антикалық кезең ойшылдары (Аристотель, Платон, Полибий, Цицерон және т.б.) өз пікірлерімен билік бөлінісі ұстанымдарын, болашақта, жаңа заманның Д. Локк және Ш. Монтескье секілді ғұламалар тоқтамдарына бастама етуі де тарихи шындық [6].

Қазіргі таңда дүние жүзі елдерінің басқару формалары әр түрлі, көптеген алдыңғы қатарлы өркениет шыңындағы елдер (бізбен салыстырмалы түрде алғанда) басқарудың республикалық түрінде өмір сүруде және осы саяси құқықтық бағытты оңды деп есептейді. Батыстың бірқатар елдерін азаматтық қоғам санатында өздерінде құқықтық ахуал орнатқан деп есептеуімізге толық негіз бар.

Пайдаланған әдебиеттер тізімі

Ашитов З.О. Қазақстан Республикасының құқық негіздері. Алматы «Жеті жарғы» 2003ж.

Қазақстан Республикасының Конституциясы Конституция 1995 жылы 30 тамызда республикалық референдумда қабылданды (соңғы өзгерістер мен толықтырулар 23.03.2019)// Қазақстан Республикасы Парламентінің Жаршысы, 1996 жылғы N 4, 217-құжат (Қазақстан Республикасы Парламентінің басылымы)

Жоламанов.Қ.Д. мемлекет және құқық теориясы. Алматы «Эверо» 2004ж.

Арғынбаев Д. Құқықтық мемлекет: қалыптасуы мен дамуы. Саясат. 2005, №2, 9-11 бет.

Әбдіхалықов Ғ. Негізгі заң – құқықтылық қорғаны. Құқықтық Қазақстан. 2005, 7 қазан.

Ибраева А. Құқықтық мемлекеттегі адамның құқықтары мен бостандықтарының абсолюттігі (Мәтін) Тураби. 2007 №6, 23-26б.



A BRIEF CRITICISM OF ARTICLE 26 § 1 (B) OF THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW THAT LINKS THE CANCELLATION OF THE COMMON NAME TO THE OWNER'S BEHAVIOR

Damla KÜÇÜK¹

Abstract

A registered trademark, if becomes common name referring to good or service itself, instead of showing source of good or service, because of giving permission owner to continue to use it leads to unfair competition, can be demand for it's cancellation. However, according to industrial property law, in order to cancel, trademark must become common name due to the behavior of the brand owner. This arrangement is a repetition of Article 20 (a) of the Directive (Directive (EU) 2015/2436). The United States regulation does not provide such a requirement. According to the related regulation; The primary significance of the registered mark to the relevant public rather than purchaser motivation shall be the test for determining whether the registered mark has become the generic name of goods or services on or in connection with which it has been used. We think that this difference in the regulations regarding the cancellation of the trademarks that have common names stem from the assumptions regarding the ultimate purpose of the trademark law in that legal order and the rightfulness of this should be examined. In this study, applying the doctrine and court decisions, it has been made a a brief criticism of arrangement in Article 26/1 (b) of the Industrial Property Law which links the cancellation of the trademark which became common name to behavior of trademark owner.

Keywords: Trademark, Common Name, Behaviors of Trademark owner, Cancellation.

SINAI MÜLKİYET KANUNU'NUN YAYGIN AD HALİNE GELEN MARKANIN İPTALİNİ MARKA SAHİBİNİN DAVRANIŞLARINA BAĞLAYAN 26/1(B) MADDESİNİN KISA BİR ELEŞTİRİSİ

Özet

Tescil edilmiş bir marka, sonradan malın veya hizmetin kaynağı (üreticisi) yerine, malın veya hizmetin kendisine işaret edecek şekilde yaygın ad haline geldiğinde, marka sahibinin kullanımına izin verilmesi haksız rekabete yol açacağından iptali istenebilecektir. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre yaygın ad haline gelen markanın iptali markanın yaygın ad haline gelmesinin, marka sahibinin fiilleri veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olmasına bağlanmıştır (m. 26/1(b)). Bu düzenleme Avrupa Birliği'nde meseleyi düzenleyen Direktif'in 20 (a) maddesinin tekrarından ibarettir (Directive (EU) 2015/2436). Amerika Birleşik Devletleri'ndeki düzenlemedeyse bu tür bir koşul öngörülmemiştir (Bilge, 2005: 132). İlgili düzenlemeye göre; 'tescil edilmiş bir markanın kullanıldığı mal ve hizmetler bağlamında

¹ Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret ABD, dkucuk@sakarya.edu.tr



yaygın ad haline gelip gelmediğine, alıcıların satın alma motivasyonundan ziyade, markanın ilgili çevredeki birincil anlamı test edilerek karar verilecektir' (Section 14 of the Lanham Act). Biz yaygın ad haline gelen markaların iptali ile ilgili düzenlemelerdeki bu farklılığın o hukuk düzenindeki marka hukukunun nihai amacına ilişkin kabullerden kaynaklandığını ve bunun haklılığının irdelenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çalışmada, doktrin ve mahkeme kararlarına başvurularak Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 26/1 (b) maddesinde yaygın ad haline gelmiş markanın iptalini marka sahibinin davranışlarına bağlayan bu düzenlemenin kısa bir eleştirisi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marka, Yaygın Ad, Marka Sahibinin Davranışları, İptal.

1 Giriş

Bilindiği üzere, markanın yaygın ad haline gelmesi; temel olarak, tescil edilen bir markanın, sonradan ayırt edicilik özelliğini kaybederek, mal veya hizmetin adı olarak kullanılmaya başlanmasını anlatır.

Bugün gelinen noktada tüm dünyada marka sahibinin, yaygın ad haline gelen markayı eskisi gibi kullanamayacağı kabul edilmekte ve bu durum bir iptal sebebi olarak görülmektedir. Ancak çeşitli hukuk düzenlerine bakıldığında iptal koşullarının aynı olmadığı da anlaşılmaktadır. Nitekim Türk ve Avrupa Birliği Hukuklarında yaygın ad haline gelen bir markanın iptali, markanın yaygın ad haline gelmesinin, marka sahibinin davranışlarının sonucu olması koşuluna bağlanmışken, Amerika Birleşik Devletleri'nde iptal için bu tür bir koşul aranmamıştır. Çalışmada Türk ve Amerikan Hukuklarındaki bu farklılık irdelenmeye çalışılmıştır.

2 Türk Hukuku'ndaki Yaygın Ad Haline Gelmiş Markayla İlgili Düzenlemelere ve Yargıtay'ın Tutumuna Kısa Bir Bakış

Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre yaygın ad haline gelen markanın iptali, markanın yaygın ad haline gelmesinin, marka sahibinin fiilleri veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olmasına bağlanmıştır (m. 26/1(b)).

Belirtilmelidir ki netice itibarıyla marka sahibinin lehine olan bu tutum, aslında ülkemizde baştan itibaren sürdürülmüş bir tutumdur. Örneğin Cumhuriyet Dönemi'nde markanın yaygın bir ad haline gelmesi durumunda akıbetinin ne olacağına ilişkin ilk düzenlemenin yer aldığı mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 37. maddesinde; "Bu kanunla tescil edilmiş markaların sahiplerine tanınan hakların, o markaların sonradan halk tarafından eşya adı haline getirilmesi halinde de, sakıt olmayacağı ve hak sahiplerinin, markalarının başkaları tarafından kullanılmasına karşı itiraz ve dâva hakkını haiz olacağı, davalı tarafın ise o markanın eşya adı haline geldiği def'ini dermeyan edemeyeceği belirtilmiştir.

Görüleceği üzere bu düzenlemeyle, tescil edilen bir markanın, sonradan yaygın ad haline gelse bile iptali engellendiği gibi, marka sahibine de böyle bir markayı münhasıran kullanmaya devam etme hakkı tanınmıştır (Bilge, 2005: 125, 126).

Bu sert düzenleme ancak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yumuşatılmış ve yaygın ad haline geldiği tespit edilen markanın hükümsüzlüğünün talep edilebilmesine izin verilmiştir. Ancak hükümsüzlük kararının verilebilmesi, markanın, marka sahibinin davranışları yüzünden yaygın ad haline gelmiş olması koşuluna bağlanmıştır. Yani meselenin düzenlenmesi bakımından şu an yürürlükte olan Sınai



Mülkiyet Kanunu ile 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname arasında bir fark yoktur.

Bu bakımdan, mevzuattaki bu açık düzenlemeler nedeniyle, Yargıtay'ın uygulamasının da öteden beri aynı yönde olduğu ve tescil edilmiş bir markanın yaygın ad haline geldiği tespit edilse bile bunun marka sahibinin davranışlarına bağlanmadığı sürece, iptal kararı verilmediği de belirtilmelidir².

Öte yandan mesele Avrupa Birliği'nde de aynı şekilde düzenlenmiştir. Keza 2015 tarih 2436 sayılı Direktifi'nin 20 (a) maddesinde yaygın ad haline gelen markanın iptali marka sahibinin davranışlarının sonucu olmasına bağlanmıştır. Zaten Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki bu düzenleme, aslında Direktif'te yer alan bu düzenlemenin bir tekrarıdır.

3 Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Düzenleme

Yaygın ad haline gelen markanın iptali Amerika Birleşik Devletleri'nde de kabul edilen ve doğrudan federal düzeyde düzenlenen bir meseledir. Bu düzenleme ile zarar gördüğünü iddia eden herkese, tescil edilmiş bir markanın herhangi bir zamanda, tescil edildiği mal veya hizmetler veya bunların bir kısmı için yaygın ad (generic name) haline gelmesi durumunda, bunun iptalini talep yetkisi verilmiştir. Ancak tescilli marka tescil edildiği marka ve hizmetlerin sadece bir kısmı için yaygın ad haline gelmişse, iptal davası ancak bu mal veya hizmetler için açılacaktır. Ayrıca tescil edilmiş bir markanın özgün bir ürün veya hizmeti tanımlamak veya bunların adı olarak kullanılıyor olması, tek başına bu markanın yaygın ad haline gelmiş olduğunun kabulüne yetmeyecektir (Section 14 of the Lanham Act).

Aynı düzenlemede yukarıda bahsedildiği üzere, yaygın ad haline gelen markanın iptali meselesi de düzenlenmiş ve tescil edilmiş bir markanın kullanıldığı mal ve hizmetler bağlamında yaygın ad haline gelip gelmediğine, alıcıların satın alma motivasyonundan ziyade markanın ilgili çevredeki birincil anlamı test edilerek karar verileceği belirtilmiştir (Section 14 of the Lanham Act).

Görüleceği üzere bu düzenlemede yaygın ad haline gelen bir markanın iptal koşulları arasında bizim hukukumuzun aksine marka sahibinin davranışları anılmamıştır (Bilge, 2005: 132). Nitekim Amerikan Mahkemeleri'nin genel uygulaması da bu yöndedir (Burgunder, 1986: 601, dn. 97). Bir başka ifade ile Amerikan Hukuku'nda marka sahibinin davranışları neden olsun olmasın, yaygın hale geldiği anlaşılan markanın iptaline karar verilebilmektedir.

4 Markanın Yaygın Ad Haline Gelmesinin Koşulları ve Yaygın Ad Haline Gelen Markanın İptal Edilmesinin Gerekçesi

Daha önce de belirtildiği üzere markanın yaygın ad haline gelmesi; tescil edilmiş bir markanın sonradan ayırt edicilik özelliğini kaybederek, mal veya hizmetin adı olarak kullanılmaya başlanmasını anlatır. Bu bakımdan konu hakkındaki yasal düzenlemelerin de etkisiyle, Türk Hukuku'nda bir markanın yaygın ad haline gelmesi için; markanın cins adı olarak yaygın bir kullanım kazanmış olması, bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etme niteliğini kaybetmesi ve markanın yaygın bir şekilde cins adı olarak kullanılmaya başlanmasının marka sahibinin davranışlarına dayanması olarak üç temel koşulun varlığı aranmaktadır (Bilge, 2005: 127 vd).

² Örnek kararları için bkz. YHGK, 13.10.2010, E. 2010/463, K. 2010/486; Y. 11. HD, 24.03.2014, E. 2013/6838, K. 2014/5657.



Oysa yukarıda kısaca bahsedildiği üzere Amerikan Hukuku'nda bir markanın yaygın ad haline gelip gelmediğine, yasal olarak markanın ilgili çevredeki birincil anlamı test edilerek karar verilmesi esastır (Hoopes, 2016: 36 vd). Doğrudan yasada anılan birincil anlam testi (primary significance test), temel olarak markanın muhtemel alıcıların zihnindeki birincil anlamının, ürünün kendisine mi yoksa üreticisine mi işaret ettiğinin araştırılmasını anlatan bir kavramdır. Buna göre, marka olarak tescil edilmiş bir kavramın muhtemel alıcıların zihnindeki birincil anlamının üreticiye veya ürünün kaynağına değil de ürünün kendisine işaret ettiğinin tespiti, markanın yaygın ad haline geldiği kabulü ve iptali için yeterli olacaktır (Folsom & Teply, 1980: 1327, 1328).

Öte yandan yaygın ad haline gelmiş markanın iptal edilmesinin ardındaki gerekçe ise markanın ayırt edicilik vasfını kaybeden markanın onu kendi adına tescil eden sahibi tarafından münhasıran kullanılmasına izin vermenin rekabeti bozacak olmasıdır. Zira marka artık belli bir üreticiden gelen belli bir ürün veya hizmeti değil, o mal veya hizmetin kendisini tanımlar hale gelmiştir. İnsanlar bu mal ve ürünü talep için yaygın olarak bu kavramı kullanır olmuştur. Buna rağmen markanın kullanımını münhasıran tek bir kişiye bırakmak rekabeti haksız olarak sınırlamak anlamına gelecektir. Marka sahibinin rakiplerinin kendi ürünlerini tanımlamak için bu kavramı kullanamaması, marka sahibine tekel oluşturma şansını verecektir. Ancak yaygın ad haline gelen markanın sadece sahibi tarafından kullanılmasına izin verilmesi tüketicilerin de zarar görmesine yol açar. Çünkü bu markayı taşıyan ürünlere benzer ürünleri alabileceği diğer kaynakları tespit etmekte zorlanır (Stern, 1983: 675; Çolak, 2013: 184).

5 Marka Hukuku'nun Amacı

Aslına bakılırsa markanın korunması ile ilgili düzenlemelerle hem marka sahiplerinin hem tüketicilerin dolayısıyla toplumun korunmasının amaçlandığı söylenebilir.

Nitekim marka hukukunun tarihsel olarak haksız rekabet hukukundan neşet ettiği kabul edilir. Gerçekten de markanın korunması ile ilgili düzenlemelerin, rakipler tarafından ticaretin yönünün haksız olarak değiştirilmesini (trade diversion) önleme amacı (McKenna, 2007: 1860) esas alınır, marka hukuku ile asli olarak marka sahiplerinin menfaatlerinin dikkate alınmış olduğu kolayca söylenebilir. Örneğin McKenna'ya göre marka hukuku geleneksel olarak üreticilerin yani marka sahiplerinin korunması üstünde yoğunlaşmıştır (McKenna, 2007: 1863). Yine Yazara göre; marka sahibinin menfaatlerine odaklanmış bu koruma, bir yandan kamunun yanıtılmasını engellemeyi de bir amaç olarak kabul etse dahi, kamunun menfaatlerinin korunması amacı, marka sahibinin menfaatlerinin korunması amacına göre tali niteliktedir (McKenna, 2007: 1863, 1864).

Ancak tüketicilerin de ayrı bir menfaat aktörü haline geldiği günümüzde, bu geleneksel / tarihsel yaklaşımın sürdürülebilirliği tartışmalıdır. Keza artık marka hukukunun öncelikli olarak tüketicilerin dolayısıyla toplumun menfaatlerini korumayı amaçladığı görüşü ağır basmaktadır. Hatta Anglo Amerikan Hukuku'nda artık marka hukukunun nihai amacının kamunun korunması olduğunun kabul edildiği söylenebilir (Calboli, 2005: 777; Behr, 2013: 247). Marka hukuku kamuyu, piyasadaki mal ve hizmetlerin kaynağı hakkında yanılmasına engel olarak, korumayı amaçlar. Çünkü marka, tüketicinin o mal ve hizmeti diğerlerinden kolayca ayırt etmesini sağlar. Böylece bir yandan kalite konusunda bir güvence fonksiyonu ifa ederken, diğer yandan da tüketicinin piyasadaki pek çok ürün arasından kendi kriterlerine göre almak istediği mal ve hizmeti araştırma masraflarını da düşürür (Behr, 2013: 248). Buna göre marka korumasının asli amacı tüketici odaklı olarak; tüketicinin tercih yapabilme / karar alabilmesini kolaylaştırmak, bu süreci iyileştirmek ve üreticileri arzu edilen kalitede mal ve hizmetleri üretmeye teşvik etmektir (Economides, 1988: 526). Nitekim marka hukukunun asli



amacının marka sahiplerinin korunması olduğunu belirten McKenna bile 20. Yüzyıl'ın ortalarından itibaren mahkemelerin bu görüş açılarını değiştirmeye başladığını, marka sahibi ile tüketicinin karşı karşıya geldiği uyuşmazlıklarda, mahkemelerin marka sahibinin menfaatlerine vurgu yapsalar da, net bir şekilde marka hukukunun öncelikli olarak tüketicilerin menfaatlerini korumayı amaçladığını ifade ettiklerini de belirtir (McKenna, 2007: 1866).

6 Yaygın Ad Haline Gelen Markanın İptalinin Marka Sahibinin Davranışına Bağlanmasının Marka Hukuku'nun Amacı Bakımından İrdelenmesi

Ben, yaygın ad haline gelen markaların iptali ile ilgili düzenlemelerdeki bu farklılığın, o hukuk düzenindeki marka hukukunun nihai amacına ilişkin kabullerden kaynaklandığını ve bunun haklılığının irdelenmesi gerektiğini düşünüyorum. Dolayısıyla bu noktada bana göre cevaplanması gereken soru da şudur: Marka hukuku ile nihai olarak kimin korunması amaçlanmalıdır; tüketici özelinde toplum mu, yoksa marka sahipleri mi?

Tabii aslında marka hukukunun nihai olarak kimi koruduğuna ilişkin bu farklı kabuller, marka sahibinin ve tüketicilerin menfaati aynı yönde olduğu sürece çok da önem taşımaz. Örneğin marka sahibinin vaki tecavüzlere karşı girişimleri, aynı zamanda o mal ve hizmetin kaynağının ayırt edilebilir olarak kalmasını sağlayacağından, tüketicilerin yani toplumun da yararına olacaktır.

Ancak toplum ve marka sahibinin menfaatlerinin çatıştığı hallerde birisinin diğerine üstün tutulması gerekir ki yaygın ad haline gelen markanın iptalinin marka sahibinin davranışına bağlanması tam da kanun koyucunun bu husustaki tercihini gösteren bir durumdur. Nitekim böyle bir markanın iptali marka sahibi ile toplumun menfaatlerini karşı karşıya getirir.

Şöyle ki; bir marka yaygın ad haline geldiği için iptal edildiğinde, marka sahibi zarara uğrar. Keza markayı oluşturmak için bir yatırım yaptığı gibi, markanın iptali, lisans gibi süregelen gelirlerden de yoksun kalmasına yol açar.

Ancak marka sahibinin davranışlarının sonucu olsun olmasın, yaygın ad haline gelmiş olmasına rağmen markanın kullanımına izin verilmesi de hem marka sahibinin rakipleri hem toplumun menfaatlerini zedeleyecektir. Keza bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etme özelliğini yitirmiş bir marka, öncelikle tüketicilerin benzer mal ve hizmetler arasında seçim yapma imkanını zedeleyecektir. Ayrıca bir mal veya hizmet kategorisinin adı olarak kullanılan bir kavramın münhasıran bir kişiye bırakılarak piyasada tekel oluşturmasına izin vermek, ürettikleri mal veya hizmet için bu kavramı artık kullanamayacak olan piyasadaki diğer rakiplerin markalarının değerini de azaltacak ve üretimlerini kısımlarına yol açacaktır. Neticede tüketicinin araştırma masrafının artmasına ve rekabet etmekten kurtulmuş marka sahibinin artık daha düşük kalitedeki mal veya hizmetlerine daha yüksek fiyat ödemelerine neden olacaktır. Bunun bir sosyal refah kaybına yol açacağı ise açıktır (Landes & Posner, 1987: 288; Baroni & Palma, 2017: 16).

Bu yönden Türk kanun koyucusu, yaygın ad haline gelen markanın iptalini, marka sahibinin davranışlarının neticesi olması koşuluna bağlayarak, iptali zorlaştırmış ve bu yönden marka sahibinin menfaatini üstün tutmuştur.

7 Sonuç

Yaygın ad haline gelmiş bir markanın iptal edilmesi dünya çapında kabul edilen bir kural haline gelmiştir. Bunun altında yatan gerekçe ise yaygın bir ad haline gelmiş bir markanın kullanımını münhasır olarak sahibinin devam ettirmesine izin vermenin haksız rekabete yol



açacağıdır. Keza marka sahibinin davranışlarının neticesi olsun olmasın, yaygın ad haline gelmiş bir markanın kullanılmasına izin vermek, her ihtimalde rekabet koşullarının hem rakipler ama daha önemlisi tüketicilerin dolayısıyla toplumun aleyhine ihlal edilmesine sessiz kalınması anlamına gelir. Dolayısıyla yaygın ad haline gelen markanın, bu durum ancak marka sahibinin davranışlarının neticesi ise iptaline karar verilmesi, marka sahibini toplumun zararına rağmen korumaya devam etmek için, bu evrensel kuralın dolanılmasıdır. Bu nedenle Sinaî Mülkiyet Kanunu'nun 26/1 (b) maddesindeki bu koşul kaldırılmalıdır.

Kaynakça

Baroni Andreza Cristina, Palma, Mònica Piedad. (2017). *Trademark Generification: A Crosscountry Comparison of Legal Regimes Regarding the Loss of the Exclusive Right*, <https://www.itcilo.org/masters-programmes/ll-m-in-intellectual-property/final-research-papers/trademark-generification-a-crosscountry-comparison-of-legal-regimes-regarding-the-loss-of-the-exclusive-right>, 07.09.2019.

Behr, Lauren (2013). "Trademarks for the Cure: Why Nonprofits Need Their Own Set of Trademark Rules", *Boston College Law Review*, 54 (1), ss. 243 – 274.

Bilge, Mehmet Emin (2005). "Markanın Yaygın Ad Haline Gelmesi", *BATİDER*, 23 (1), ss. 125 – 154.

Burgunder, Lee (1986), "Trademark Registration of Product Colors: Issues and Answers", *Santa Clara Law Review*, 26 (3-4), ss. 581 – 617.

Calboli, Irene (2005). "Trademark Assignment With Goodwill: A Concept Whose Time has Gone", *Florida Law Review*, 57 (4), ss. 771 – 842.

Çolak, Uğur (2013). "Markanın Jenerik Hale Gelmesi Nedeniyle Hükümsüzlük Davası", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, Ankara: 2012, ss. 179 – 200.

Economides, Nicholas S. (1988). "The Economics of Trademarks", *Trademark Reporter*, 78, ss. 523 – 539.

Folsom Ralph H. & Teply, L. L. (1980). "Trademarked Generic Words", *Yale Law Journal*, 89 (7), ss. 1323 – 1359.

Hoopes, Neal A. (2016). *Reclaiming the primary significance test: dictionaries, corpus linguistics, and trademark genericide*, <https://ssrn.com/abstract=3025850> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3025850>, 08.09.2019.

Landes William M. & Posner, Richard A. (1987). "Trademark Law: An Economic Perspective", *The Journal of Law & Economics*, 30 (2), ss. 265-309.

McKenna, M. P. (2007). "The Normative Foundations of Trademark Law", *Notre Dame Law Review*, 82 (5), ss. 1839 – 1916.



October 10-12, 2019 Konya



Congress Book

