

İÇİNDEKİLER

İçindekiler	i
Dergi Hakkında	iii
Baş-editör	iii
Yayıncı	iii
Amaç & Kapsam	iv

Takdim : İSLAM HUKUKUNUN DÜNÜ VE BUGÜNÜ

M. Âkif AYDIN 1-8

1. MAKÂSİDÎ SÖYLEMİN MARJİNALLEŞMESİ - MARGINALIZATION OF MAQASIDI
DISCOURSE

Şahban YILDIRIMER 9-18

2. FRANSIZ VE TÜRK HUKUKLARINDA YARGI ETİĞİ DÜZENLEMELERİNİN MUKAYESESİ -
COMPARISON OF JUDICIAL ETHICS REGULATIONS IN FRENCH AND TURKISH LAWS

Ergin ERGÜL 19-42

3. EVLENEN KADIN İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMASI VE ILO
BELGELERİNDEKİ DÜZENLEMELER - EQUITY OF FEMALE WORKER MARRIED TO SENIORITY
BENEFITS AND REGULATIONS IN ILO DOCUMENTS

Fatih SERT 43-57

4. MİRASÇILARIN ve MİRAS PAYLARININ BELİRLENMESİ HUSUSUNDA, İSLAM MİRAS
HUKUKU İLE TÜRK POZİTİF HUKUKU ARASINDA PRATİKTE UYUM SAĞLANABİLİR Mİ? - CAN
THERE BE HARMONY IN PRACTICE BETWEEN THE ISLAMIC LAW OF INHERITANCE AND THE
TURKISH POSITIVE LAW ON DETERMINATION OF THE HEIRS AND THEIR SHARES?

Metin İKİZLER, Yasin KURBAN 58-66

5. İSLAM HUKUKUNA GÖRE TEDAVİ OLMA BAĞLAMINDA TIBBİ ESTETİĞİN ÖLÇÜSÜ - THE MEASURE OF MEDICAL AESTHETICS IN THE CONTEXT OF TREATMENT ACCORDING TO ISLAMIC LAW

Taha YILMAZ

67-80

İSLAM HUKUKUNUN DÜNÜ VE BUGÜNÜ

M. Âkif AYDIN*

I. ULUSLARARASI MUKAYESELİ HUKUK KONGRESİ

AÇILIŞ KONFERANSI

13-14 Ekim 2023 - Konya

Farklı ülkelerden ve farklı bilim dallarından akademisyenlerin, hukukçuların bir araya gelmiş olmasının ve farklı fikirlerin ortaya konmuş bulunmasının hukuk biliminin gelişmesine katkıda bulunacağına şüphe yok. Bu sempozyum böyle çok yönlü bir fikir alışverişine sağlamak üzere tertiplenmiş bulunmaktadır. Hazırlayanlara, emeği geçenlere teşekkür ederiz. Ben bir hukuk tarihçisiyim, İslam ve Osmanlı hukuk tarihiyle ilgilenmekteyim. Burada İslam hukukunun tarih içindeki yürüyüşü ile ilgili genel bir değerlendirme yapmak istiyorum.

Bugün İslam hukukunun İslam ülkelerindeki uygulamasının bir fotoğrafını çekecek olsak çok parlak bir fotoğrafın çıkacağını söyleyemeyiz. Türkiye gibi İslam hukukunu açıkça ve resmen terk etmiş ülkelerin yanı sıra bunu deklare etmemiş ama fiilen terk etmiş birçok ülke daha bulunmaktadır. Tatbik ettiklerini söyleyen ve bunu anayasalarında ilan eden ülkelerde de çoğu kere bu hukukun aile ve kısmen miras hukukunun uygulandığı, kalan alanlarda özellikle borçlar, ticaret ve şirketler hukuku alanlarında esas itibarıyla Batı hukukunun tatbik edildiği bilinmektedir. 1300

yıl gibi uzun bir zaman diliminde İslam hukukunu kesintisiz olarak uygulayan bir dünyanın bu zengin hukuk mirasını kısmen ve bütünüyle terk etmesinin altında yatan sebepleri irdelemek mecburiyetindeyiz. İslami değerlere dayanan ve günün ihtiyacına cevap veren bir hukuk ortaya konmadan İslam'ın din ve değerler bütünü olarak da varlığını uzun süre koruması mümkün olmayacaktır, kanaatindeyim. Bugün Kara Avrupası başta olmak üzere Hristiyan olarak bilinen ülkelerin hemen tamamına yakınında Hristiyanlık hakimiyetini kaybetmiş, yerini deizme ve ateizme bırakmıştır. Bunun altında birçok sebep bulunmaktadır. Süreç Kilise'nin ve Kilise hukukunun toplumun ihtiyaçlarına cevap vermemesiyle ve sosyal hayattan çekilmesiyle başlamıştır denebilir. Benzer bir akıbetten İslam dünyasının ve İslami değerlerin korunma altında olduğu söylenemez. O halde İslam hukukunu tarihî bir miras olarak tozlu raflarında bırakmanın İslam dini ve değerleri için de büyük bir tehlike teşkil ettiğini bilmeliyiz.

Öte yandan İslam hukukunun sınırlı da olsa İslam dünyasının belli bir kısmında bugün hala uygulandığından bahsettim. Hatta Türkiye

* Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi, İstanbul, Türkiye | Prof. Dr., Istanbul Medipol University, Law Faculty, History of Law, Istanbul, Turkey.

✉ maaydin@medipol.edu.tr • ORCID [0000-0003-4229-883X](https://orcid.org/0000-0003-4229-883X)

gibi resmen ve alenen terk ettiğini söyleyen ülkelerde dahi ferdi inisiyatifle İslam hukukunun belli bölümleri şahıslar tarafından uygulanmaktadır. Terkedilişinin üzerinden tam bir asır geçmesine rağmen bugün müftülüklerle, alo fetvaya İslam hukukuyla ilgili çok sayıda sorunun gelmesi bunun en açık göstergesidir. Bu yönüyle İslam hukuku ile Yahudi hukuku arasında bir paralelliğin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Yahudiler de en azından dindar ve muhafazakâr Yahudiler bütün dünyada yaşadıkları ülkelerin resmi hukuklarının yanı sıra çok fazla açığa çıkarmadan özellikle aile hukuku alanında kendi hukuklarını uygulama çabası içerisindeyler.

Bu noktada İslam hukuku ile Yahudi hukuku arasında sivil inisiyatifle uygulanma açısından belli bir paralelliğin bulunduğu söylenebilir. Çünkü her iki hukukta da aile, miras, borçlar hukuku gibi özel hukuk alanları devletin yardımı veya müdahalesi olmadan ferdi tercihlerle uygulanma imkanına ve şansına sahiptir. O halde İslam hukuku ülkemizde dahi sadece bir hukuk tarihi konusu değildir Müslümanlar için aynı zamanda yürürlükteki hukukun ilk nazarda fark edilmeyen bir bölümüdür. Ama burada temel problem gerek Türkiye’de gerekse diğer İslam ülkelerinde İslam hukukunu uygulamak isteyen kimselerin hangi hukuku uygulayacaklarıdır. Bir diğer ifadeyle böyle sempozyumlarda, bilimsel toplantılarda çeşitli uygulamaları karşılaştırmalı hukuk açısından ele alırken İslam hukukunu tarihi şekliyle mi ele alacağız yoksa İslam hukukunun temelindeki dünya görüşünü, felsefeyi koruyarak yeni yorumlar mı geliştireceğiz? Tarihi malzemeyle karşılaştıracaksak İslam hukukunun eski bir fotoğrafını esas almış olur ve bu hukuka haksızlık etmiş oluruz. Hangi İslam hukukunu dikkate alacağız sorusuna sağlıklı bir cevap verebilmek için bu hukukun ne zaman ve hangi

şartlar altında teşekkül ettiğine bakmamız gerekir.

İslam hukuku Hz. Peygamberi takip eden üç nihayet dört asır içinde bu dinin temel kaynakları olan Kitap ve Sünnet ışığında mezhep kurucusu olan ve onları takip eden hukukçuların içtihatlarıyla şekillenmiştir. Öte yandan İslam hukuku, teşekkül dönemdeki gelişmesinde ortaya çıktığı dönemin sosyal, etnik ve kültürel şartlarından zannedildiğinden daha fazla etkilenmiştir. Bugün elimizde bulunan geniş fıkıh külliyyatı o dönemlerdeki hukuk birikiminin, fakat aynı zamanda o dönemdeki sosyal hayatın bir fotoğrafıdır. Bu fotoğraf özellikle ilk dört asrın hukukçularının bizleri bugün dahi heyecanlandıran entelektüel birikimlerini ortaya koymaktadır. Dile kolay benzer kaynaklara ve oluşum şekillerine sahip Yahudi hukuku 13-14 asırda oluşumunu tamamlamışken, keza Kilise hukuku ilk eserlerini 1500 lü yıllarda vermişken İslam hukuku oluşumunu 3-4 asır içinde tamamlamıştır. Yahudi hukukunun bilinen ve bugüne gelen ilk derlemesi *Mişna* M.S. 200 de Sanhedrin denilen Büyük Yahudi Meclisince kabul edilmiştir. Kilise Hukukunun bilinen ilk tam müdevvenatı *Corpus Iuris Canonici* M.S. 1500 lerde kaleme alınmıştır.

İslam hukuku klasik şekliyle çok az değişerek 1800’lü yıllara kadar uygulanmıştır ve çok da büyük bir problem doğurmamıştır. Niye doğurmamıştır. Çünkü sosyal hayat bugünkü kadar dinamik ve değişken değildi; kuruluş dönemi şartlarından çok köklü ayrılmalar olmamıştı. Ama bugün sosyal, iktisadi ve ticari hayat çok dinamik ve değişkendir. Bu yüzden de klasik fikhin o gün yorumlandığı şekliyle toplumun ihtiyaçlarını karşılayabildiği, karşılayabileceği söylenemez. Bu tespitin doğruluğuna inanıyorsanız ki ben inanıyorum bu tespiti yapmaktan korkmamak gerekir. İslam dünyasındaki mevcut durum da bu tespiti büyük ölçüde doğrulamaktadır.

İslam hukukunun uzun asırlar başarıyla uygulanmış olması iki sonuç doğurmuştur. Mezhep kurucusu imamların İmam Ebu Hanife, Ebu Yusuf, İmam Malik, İmam Şafii ve onları bir iki asır boyunca takipçisi olan fukahanın itibarını artırmış, içtihatlarını adeta dokunulmaz yapmıştır. Ortaya çıkan hukuk sistemi Müslüman toplumlarda o kadar büyük bir itibar görmüştür ki sonraki dönemin hukukçuları mevcut hukukun bütün hükümlerinde, ayrıntılarında kurucu hukukçular nesline üretilen hukuku referans almışlardır, Kitap ve Sünneti referans aldıklarını düşünerek. Yeni problemlere karşı çözümler üretirken de mezhep kurucusu imamların tabir caizse gölgesini üzerlerinde hissetmişlerdir. O kurucu neslin metodolojisi, örnekleri çerçevesinde fıkıh üretmişlerdir.

Öte yandan kadim ulemanın sonrakilere nezdinde sahip olduğu itibar sonraki fukahanın özgün içtihatlar yapmasına da engel olmuştur. Neden olmuştur? Hem ulema çok az istisnasıyla kendilerini bu konuda daha az yeterli görmüşler hem de tabir caizse mahalle baskısından çekinmişlerdir. Halbuki fıkıhın teşekkül döneminde mesela Hanefi mezhebi ortamında Ebu Hanife, Ebu Yusuf, Muhammed ve Züfer'in birbirinden çok farkla görüşler üretmeleri garip karşılanmamıştır. Şöyle söyleyeyim: Hanefi mezhebinde Ebu Hanife'nin çok farklı konularda yapmış olduğu içtihatların en az %20'sinde öğrencisi Ebu Yusuf'un farklı bir içtihadı vardır. Ebu Yusuf'un görüşlerinin yine en az %20'sine İmam Muhammed karşı çıkmıştır. Bu farklı görüşler ne yapıyordu fıkha geniş bir alan açıyordu. Hz. Peygamber "ümmetimin ihtilafı rahmettir" derken bu zenginliğe işaret etmiştir kanaatindeyim. Diğer mezhep imamlarının, hukukçularının farklı içtihatları da aslında İslam hukukunun uygulama alanını daha da genişletmiştir. Ama sonraki dönem hukukçularının bu ilk dönem hukukçularının

görüşlerine aykırı görüş üretmeleri müsamaha ile karşılanmamıştır. Zannedilmiştir ki Ebu Hanife veya İmam Malik veya Şafii bir görüş ortaya koymuşsa ne kadar ayrıntıyla ilgili olursa olsun mutlaka ya bir ayete veya sünnete dayanmaktadır. Bugün de hala bazı çevrelerde böyle zannedilmektedir. Böyle olunca da onların görüşleri Kitabın görüşleri gibi dokunulmazlık kazanmıştır. Böyle olduğu için de sonraki nesillerinin fıkhi görüşleri ekseriyeti itibarıyla öncekilerini tekrarından öteye geçememiştir.

Şurası doğru; hukuk alanındaki çoğu temel yaklaşım bir ayete veya hadise dayanmaktadır, ama ayrıntılarda çoğu kere farklı bir hukuk mantığı ile farklı çıkarımlar yapılmıştır. Ve bunları yapılırken örf ve adetin, içinde bulunulan şartların, mahalli kültürlerin etkisi zannedildiğinden daha fazladır. Hanefiler dışındaki üç sünni mezhebin kadınların bazen rızaları alınsa bile mutlaka velileri tarafından evlendirilmelerini gerekli görmelerine mukabil sadece Hanefilerin bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi kadınların nikah akdinde de tam ehliyetli olmalarını yeterli görüp velilerinin bulunmasını gerekli görmemelerinin temelinde Hanefiliğin Arap aile geleneğinin o kadar kuvvetli olmadığı Irak bölgesinde gelişmesinin etkisi olduğu söylenebilir. Bu yüzden de bugün geldiğimiz noktada, değişen hayat şartlarında İslam hukukunun Kitap ve Sünnetten kaynaklanan temel yaklaşımının ayrıntıya tekabül eden kısmı hukukçuların mantıkî çıkarımlarının sonucudur ve ortaya çıktığı dönemin anlayışını yansıtmaktadır. Aslında Kur'an-ı Kerim miras ve kısmen aile hukuku hariç hukukla ilgili ayetlerinde nadiren ayrıntıya girmektedir. Bu ayrıntıyı bazen Sünnet çoğu kere de hukukçuların içtihatları vermektedir.

İslam hukukunun 1800 yıllardan fakat ağırlıklı olarak 1900 lü yıllarda yerini Batı hukukuna terk etmesinin siyasi sebepleri vardır, hukuki sebepleri vardır. Özellikle Türkiye'de

İslam hukukunun terkedilmesinde dış dinamiklerin etkisi zannedildiğinden daha fazladır. Gerek Tanzimat dönemi gerekse Cumhuriyet dönemindeki hukuk değişikliklerindeki dış dinamiklerin etkisinden ben muhtelif çalışmalarında söz ettim. Ama bu sempozyumun genel çerçevesi itibarıyla bu dış dinamikleri burada tartışmanın bir anlamı yok. Ama İslam hukukunun kendisinden kaynaklanan sebepleri burada teşrih masasına yatırabiliriz yatırmalıyız da. Bunu da televizyon ekranlarında değil, ilmi kurumlarda, üniversitelerde yapmalıyız. Bütün ameliyatlar sağlıklı yapılmak için steril ortam ister. İslam hukukunun teşrih masasına yatırılması gereken steril ortam üniversitelerdir, araştırma merkezlerdir. Ve uzun meşakkatli bir süreci gerektirmektedir. Bunu yaptığımızda İslam hukuku hakkında daha sağlıklı bir değerlendirme, geleceğe yönelik daha realist bir projeksiyon yapma imkanını buluruz.

Bugüne kadar gerek Türkiye’de gerekse Türkiye dışında İslam hukuku alanında yapılan araştırmaları, yazılanları, söylenenleri iki ana gruba ayırabiliriz. Bir kısım hukukçular veya İslam hukukuyla ilgilenen ilahiyatçılar tarihî fıkıh malzemesini olduğu gibi muhafaza etmeyi önemli bir dindarlık ve İslam hukukuna bağlılık olarak görmektedir. Bu yetseydi bu hukukun fıkıhtaki şekliyle bugün de İslam ülkelerinde uygulanıyor olması gerekirdi. Bir kısım ilim adamları ise İslam hukukunun tarihi kökenlerini bütünüyle kesen bir modernleşmenin savunucusudur. Bu kökleri tamamen keseceksek aslında yeni bir gayrete ve yorgunluğa gerek yok. Batı hukuku bütün dini referanslarla bağlarını zaten koparmıştır. Bu şekilde üretilecek hukuka esasen İslam hukuku da denemez ve İslam toplumlarının ihtiyacına cevap veremez. Yapılması gereken temel tarihi referansları muhafaza ederek ancak günümüzün hızla değişen şartlarına, ihtiyaçlarına da cevap verecek olan bir yenilenmeyi

gerçekleştirmektir. İslam hukukunun arkasındaki felsefeyi koruyan ama İslam toplumların ihtiyaçlarına da cevap veren bir hukuktan söz ediyorum.

Bu hedefe ilerlerken de 1300 yıllık hukuk mirasından istifadenin çok önemli olduğunu düşünüyorum. Osmanlı dönemi İslam hukuku uygulaması bu açıdan son derece önemlidir. 600 yıllık bir devlet tecrübesi var elimizde ve bunun 400 yılına ait zengin bir kadı sicilleri koleksiyonumuz mevcut. Dile kolay en az 25-30 bin defter. Biz bunlardan İstanbul mahkemelerine ait yaklaşık 10 yıllık aralarla seçtiğimiz 100 defteri Latin harflerine çevirip yayımladık. İnternette herkesin istifadesine sunulmuş vaziyette. İsteyen herkes girip okuyabilir. Bu uygulama içerisinde Osmanlı hukukçularının çok başarılı olduğu yönler var, zaman zaman çözüm bulmakta zorlandıkları problemler var. Bu bakımdan bu zengin tecrübe ışığında önce şu sorunun cevabı aranmalı. Bu uzun süreç içerisinde ne olmuştur, neler yapılmış veya yapılmamıştır da bu hukukun büyük kısmı itibarıyla tarihin raflarına intikali söz konusu olmuştur. Burada sadece iç dinamiklerden bahsettiğimi tekrar vurguluyayım. Önce problemlerin tespiti önemlidir, bu yapılmadan İslam hukukunun Müslümanların ihtiyaçlarına cevap verecek çalışmaların önü açılmaz.

Bugün İslam hukuku çalışmaları iki istikamette gelişmektedir. Bu istikametlerden birisi İslam hukukundaki teorik görüşlerin incelenmesi ve bu görüşlerin varsa tarihi süreç içindeki değişiminin, gelişiminin ortaya konmasıdır. Bu çok önemlidir. İkinci istikamet ise geçmiş dönemlerdeki uygulamaları takip etmektir. Biz hukuk tarihçileri daha çok bu yöne, uygulamaya önem veririz. Bu ikisi birbirini tamamlar. Ancak şunu belirtmeliyim hukuk uygulamaya yönelik bir ilim dalıdır. Teorik yapı ve bu yapının kendi içindeki tutarlılığı ne kadar üst seviyede olursa olsun

uygulamaya uygun çözüm üretmiyorsa toplumun ihtiyacına cevap vermiş olmaz. Bu sebeple bir hukukun uygulamada nasıl sonuç verdiğini görmek için mahkeme defterlerini ve fetva mecmualarını incelemek gerekir. Mahkeme defterleri problemleri ortaya koyar, fetva mecmuaları da dönemin hukukçularının problemlere nasıl çözüm ürettiklerinin veya üretmediklerini ipuçlarını verir.

Bulunan veya bulunamayan bu çözümleri bugün artık geriye dönük olarak ortaya koyup tam bir samimiyetle tartışmalıyız. Bunları tartışmaktaki gaye de kadim hukukçuların kusurlarını ortaya koymak değil, kaldı ki bir kusur da söz konusu değil. Onlar dönemlerinin ihtiyaçlarına uygun bir çözüm üretmişlerdir. Bugün İslam hukukçularının yapması gereken bugünün ihtiyaçlarına uygun bir çözümü aramaktır. Bunun izlerini eski uygulamaların bulunan ve bulunmayan çözümlerinde bulmak mümkündür kanaatindeyim. Şöyle bir örnekle ne demek istediğimi anlatmaya çalışayım. Paraya dayalı bir ticaretin var olduğu dönemlerden itibaren bütün kültürlerde ve ülkelerde kredi önemli bir ihtiyaçtır ve buna bağlı olarak da kredi enstrümanları önem kazanmaktadır. İslam hukukçuları bugünkü kredi ihtiyacını gidermek için iki kurum geliştirmeye çalışmışlardır. Bunlar ticari şirketler ve para vakıflarıdır. Ticari şirketler belli ölçüde var olmuş ve uygulanmıştır. Ancak ferdi ihtiyaçlar için daha ziyade para vakıfları kullanılmıştır. Bu vakıfların verdikleri krediyi gelir getirici hale getirmek için de iki akit üretmişlerdir. *Muamele-i Şer'iyye ve Bey'u'l-İne*. Bu iki akdin de çeşitli uygulanış modelleri vardır. Ben bunları burada ayrıntılı olarak ele alacak değilim. Şu kadarını söylememe izin veriniz ki bunlara geçerli ve meşru diyen geçmiş dönemin İslam hukukçuları dönemin şartları ışığında biraz zarureten böyle demişlerdir. Elimizde söylediğim gibi bu akitlerin yer aldığı en az 25-30 bin kadar defter var. Bunları

incelediğimizde uygulandığı şekliyle bu akitlerin İslam hukuku bakımından çok problemlili akitler olduğunu görülmektedir. Para vakıfları üzerinde geçmişte yapılan tartışmaları gerçekçi bir bakış açısıyla tekrar düşünmemizi hak etmektedir. Bunları gördüğümüzde ecdadımız ne güzel usullerle çalışmışlar biz de aynı usulle çalışabiliriz diyemeyiz. Dersek kendimizi kandırmaktan başka bir iş yapmamış oluruz. Bu vakıyı tespit edip bundan geleceğe yönelik dersler çıkarmalıyız. Bugün İslam ekonomisi ile ilgilenenler yeni kredi enstrümanları üzerinde çalışmaktadırlar. Bu çalışmaları devam ettirmenin gereğine inanmaktayım.

1800'lü yıllardan itibaren özellikle sanayi inkılabından sonra dünyanın sosyal, ticari, ekonomik hayatında köklü değişimler, kırılmalar oldu. Bu kırılmalara Batı dünyası hazırlıklıydı. Üniversiteleri yukarı doğru giden bir ivme yakalamıştı. Bu sebeple de meydana gelen kırılmalara uygun hukuk reformlarıyla cevap vermeye çalıştılar. Siyasi otorite de Avrupa'nın birçok ülkesinde bu çabayı destekledi. Mesela Fransa'da Napolyon kanunlaştırma çalışmalarına bizzat katılmıştır. Bu çabalar Batı hukukunun yeni şekillerini ürettiler. Osmanlı ve daha genel olarak İslam dünyası ise dünyadaki bu gelişmelere hazırlıksız yakalanmıştır. Medreseler eğitim ve ilim üretme kapasitesi bakımından bu süreçte en ihtiyatlı ifadeyle düz bir çizgide devam etmekteydi. Dönemin hukukçuları sanayi inkılabının doğurduğu yeni ihtiyaçları kendi içlerinde doğmadığı için fark edemediler veya geç fark ettiler. Bu ihtiyaçlara uygun çözümler üretmede de yetersiz kaldılar. Daha ne olduğunu anlamadan İslam dünyası büyük alt üst oluşlara sahne oldu. Ve sonuç itibarıyla İslam dünyası Batı hukuk birikimi karşısında gerekli direnci gösteremedi. Dönemin siyasi otoritesinin özgün formüller üretme konusunda sağlıklı bir politika

ürettiği de söylenemez. Tanzimat döneminin başından itibaren durum böyledir.

Harici dinamiklerin etkisiyle bu dönemdeki ilk kanunlaştırmalar Batı'dan alınan Ticaret Kanunu ile başladı. İlk düğmenin yanlış iliklenmesi sonraki düğmelerin doğru iliklenmesini büyük ölçüde önledi. Aslında Cevdet Paşa gibi bir hukuk dâhisinin mevcudiyeti kaçırılan treni yakalama imkânı verebilecek gibiydi. O hengamede İslam hukukçularının geneli itibarıyla böyle köklü bir gelişmeye hazırlıklı olmadıkları için bu fırsat değerlendirilemedi. Bu dönemde Mecelle hariç bütün kanunlar Batı'dan alındı. İşin acı tarafı Cevdet Paşa Mecelle'nin hazırlanması sürecinde dönemin kimi ulemasından da direnç gördü. İkinci bir fırsat 1917 yılında hazırlanan Osmanlı Aile Kanunu *Hukuk-i Aile Kararnamesi*'nin hazırlanması sürecinde doğdu. Ne yazık ki bu fırsat da değerlendirilemedi. Kanunun çıkarılmasını takiben bir kısım muhafazakâr ulemanın çok sert hücumlarına maruz kaldı. Ondan önce Batıdan alınan Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye ve Usul-i Muhakematı Cezaiye Kanunlarına karşı çıkmayan ulema Aile kanuna şiddetle karşı çıktı. Ve bunun neticesinde kanun bir buçuk sene sonra sadrazam vekili ve şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi tarafından muvakkat bir kanunla yürürlükten kaldırıldı.

Aslında geline bu noktada yapılması gerekenler konusunda Osmanlı dönemi hukuk tarihi uygulamalarında belli ipuçları bulunmaktadır. İslam hukukunda dört sünni mezhebin ve bu mezhepler dışındaki fukahanın ürettiği hukuk bütünü itibarıyla bir zenginliği temsil etmektedir. Şunu da söyleyeyim. İslam hukukunun belli bir metodoloji ve disiplinle ortaya çıkışında ve hukukun kanun hukuku olarak yani resmi kanunlar yapılarak değil de doğrudan hukukçuların içtihatlarına dayanarak uygulanmasında mezheplerin hukuki istikrar ve güven bakımından tartışılmaz faydaları

olmuştur. Ne var ki bugün artık İslam hukukunun uygulandığı ülkelerin çoğunda İslam hukuku bir içtihat hukuku olarak değil, bir kanun hukuku olarak uygulanmaktadır. Belirli alanlarda İslam hukukundan yararlanılarak hazırlanan kanunlara dayanılarak tatbik edilmektedir. Bunun sonucu olarak İslam hukukunun artık hukuku istikrar bakımından sadece bir mezhebin uygulanmasının zaruretinden bahsedilemez. Tabiatıyla fikhin ibadetler kısmını ayrı değerlendirmek gerekir. Bu alanda yerleşmiş mezhep disiplini terk etmenin zaruri ve hatta gerekli olduğu söylenemez, hatta yanlış olur. Ama muamelat hukuku alanında İslam hukukunun birikiminin artık bir bütün olarak kullanılması gerektiği kanaatindeyim.

Osmanlı devletinde Ebussuud Efendi gibi güçlü hukukçuların yetiştiği dönemlerde çok zaruret hissedildiğinde diğer mezheplerin birikiminden sınırlı olarak yararlanmanın kapısı açılmıştı. Başka bir mezhepten yararlanmak veya aynı mezhep içinde hâkim görüşün (*esahh-ı akvâl*) dışındaki bir görüşten yararlanılmak gerektiğinde şeyhülislam bu görüşün lehinde bir fetva verir bu fetva da padişahın onayıyla bugünkü tabirle bir kanun haline getirilir artık mahkemeler o görüşü uygulardı. Ebussuud Efendi'nin Maruzâtı bunun sınırlı sayıda örneklerini ihtiva etmektedir. Sonraki dönemde de bu tür örneklerine rastlanmakta ise de kendine has sebeplerle tam aksi yöndeki gelişmeler daha fazla görülmüştür ve bunun İslam hukukuna çok zararı dokunmuştur. İslam hukukçuları sahip oldukları zenginlikten yararlanma yolunun tercih etmemişler hatta kendi ayaklarına kurşun sıkmışlardır. Bir tek örnek vereyim izninizle. Biraz önce bahsettim. 1917 yılında Osmanlı devletinde İslam hukuku çerçevesinde bir aile kanunu hazırlandı. Dönemin bazı ulaması diğer mezheplerden de belirli ölçüde yararlanılması sebebiyle Kararname'ye karşı çıkmışlardır. Darülfünun

Hukuk Fakültesi müderrislerinden Sadrettin Efendi yazdığı 15 kadar makalede Hanefi mezhebinden ayrılarak diğer sünni mezheplerden yararlanılan her maddeyi tabir caizse yerden yere vurmuştur. Bu karşı çıkmalar neticesinde Kararname bir buçuk sene sonra Şeyhülislam ve sadrazam vekili Mustafa Sabri Efendi tarafından muvakkat bir kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı muhafazakâr ulema ondan sonra Batıdan alınan kanunlara karşı ise seslerini çıkarmamışlar veya çıkaramamışlardır. Mustafa Sabri Efendi de soluğu Mısır'da almıştır. Sonuç itibarıyla İslam hukukçuları hukuk politikası bakımından olayları doğru okuyamadıkları için gösterdikleri muhalefetle ayaklarına kurşun sıkılmış oldular.

Öte yandan Osmanlı örfi hukuk uygulamasının İslam hukuk tarihinde önemli bir yeri vardır. Bu yolla siyasi otoritenin inisiyatifi ile ve hâkim hukuk sistemi olan İslam hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla arazi, vergi ve ceza hukuku alanlarında Osmanlı padişahları yasama işlevini ifa etmişlerdir. Esasen tazir suçlarında kanun koyma yetkisi baştan itibaren İslam hukukçular tarafından ulülemre tanınmıştı. Ne yazık ki Osmanlı kanunnamelerinin ceza hukukuyla ilgili hükümleri dönemin hukukçuları tarafından detaylı teorik bir temele oturtulamamıştır. Öyle anlaşıyor ki ehl-i örf ile ehl-i şer yani yöneticilerle fıkıh alimleri bu konuda karşılıklı olarak birbirlerine karışmama ilkesini benimsemişlerdir. Bunda mezhep kurucusu imamların Emevi ve Abbasi halifelerinin şahsi yaşayışlarına güven duymamaları sebebiyle onları hukuk üretmeye ortak etmeme anlayışlarının etkili olduğu söylenebilir. Siyasi otorite de ulemanın müdahalesini kendi yetki alanlarının sınırlandırılması olarak anlamış, onların kamu hukuku alanına fazla girmesini istememiştir. Siyasi otoritenin İslam hukukunun oluşma aşamasında gelişigüzel işe karıştırılmamasının faydalarından elbette

bahsedilebilir. Ancak bunun hukukun gelişmesine olumsuz katkılarının olduğu da gözden ırak tutulmamalıdır.

Aslında ilk dört halifenin İslam hukukunun oluşumunda çok ciddi katkıları var. Özellikle Hz. Ömer'in Hz. Ali'nin. Fakat mezhep kurucusu hukukçular bunları birer devlet reisi, siyasi otorite olarak değil, birer üst seviyede hukukçu, müctehit olarak kabul etmeyi tercih etmişlerdir. Siyasi otorite olarak kabul edip onlara resmi bir elbise giydirince sonra gelen halifelerin de aynı yetkiyi kullanmalarından korkmuşlardır. Buna bir örnek vereyim isterseniz. Hz. Peygamber döneminde koca karısını aynı anda ister bir defa boşasın isterse üç defa boşasın bu bir boşanma olarak kabul edilmekteydi. Hz. Ömer bunun fazla istismar edildiğini görünce aynı anda verilen üç boşamanın üç boşama olarak uygulanmasına karar verdi. Böylece o erkeklerin boşama yetkisini daha itina ile kullanmalarını istemişti. İslam hukukçuları Hz. Ömer'in bu uygulamasını bir devlet başkanının uygulaması olarak değil bir müctehit hukukçunun görüşü olarak kabul etmişlerdir. Böylece uzun asırlar bu görüş birçok mezhepçe adeta değişmez bir uygulama olarak kabul görmüştür. Bu problemi çözmek için de hile-i şerriyelerle çare üretilmeye çalışılmıştır. (*Hulle gibi*). Halbuki bu uygulama zaman boyutuyla ele alınsa ve devlet başkanının uygulaması olarak kabul edilip Hz. Peygamber dönemi uygulamasına dönülseydi birçok hileli ve zorlama uygulamaya gerek olmayacaktı. Ben bu sözlerimle seküler hukuk sistemlerinde olduğu gibi siyasi otoritenin mutlak bir belirleyici olmasından bahsetmiyorum. İslam hukukunun temelinde yer alan referansların sadece hukukçular değil siyasi otorite tarafından da dikkate alınmasının mümkün olduğunu söylemek istiyorum. Bu konular elbette ayrı ayrı tartışılmalıdır. Burada şu kadarını tekrar etmeme izin verin. Siyasi otoritenin bütünüyle

dışlanmasının birtakım yararlarından bahsedilebilir ama İslam hukukunun yeni ihtiyaçlara çözümler üretmesinde sağlayacağı imkân üzerinde dikkatle durulmayı hak ettiği kanaatindeyim. Üstelik bugünkü hukuk sistemlerinde anayasal kuralların siyasi otoriteyi bağladığı gibi benzer bir bağlayıcılık kuralının İslam'ın temel referansları ışığında İslam hukukunda da oluşturulması düşünülebilir.

İslam hukukunun ortaya çıkış süreciyle birlikte usul-ı fıkıhın gelişmesi İslam hukuk tarihinin dikkat değer özelliklerinden birisidir. Bununla İslam hukukçuları hangi esaslar dahilinde hukuk ürettiklerini göstermek ve böylece bu alanda meydana gelecek keyfiliği belli ölçüde önlemek istemişlerdir. Ancak bugün için usul-ı fıkıh da en azından belli yönleri itibariyle eskimiştir, zenginleştirilmeyi, tekrar ele alınmayı beklemektedir. Bunun da uzun bir çalışmayı gerektirdiği kanaatindeyim. Bu tür toplantıların mikro cerrahi tarzında çalışmalarla bu problemler üzerinde çözüm üretilmesinin bu ilimlerle uğraşanların boyunlarının borcu olduğunu düşünüyorum.

Sonuç itibariyle bu giriş konuşmasıyla ben İslam hukuk tarihinin, daha çok da problemleri yönlerinin bir fotoğrafını çekmek istedim. Bu alanda söylenecek çok söz var. Bunların belli ilmi esaslar içinde söylenmesi ihtiyacı tartışmasızdır. Bu konuda ülkemizin İslam hukukçularına önemli görevler düşmektedir. Bu çalışmaların çalıştaylar, atölye çalışmaları şeklinde sınırlı sayıda konunun uzmanlarıyla yapılmasında büyük yarar olduğuna inanıyorum. Başta sorduğum soruyu tekrarlamama izin veriniz. Çeşitli ilmi toplantılarla hukuki problemleri karşılaştırmalı hukuk açısından irdelleyeceğiz de İslam hukuku derken hangi İslam hukuku sorusuna da cevap vermeliyiz. Bu toplantının hayırlara vesile olması dileğiyle hepinizi sevgi ve saygı ile selamlarım.

MAKÂSİDÎ SÖYLEMİN MARJİNALLEŞMESİ

Şahban YILDIRIMER *

Özet

Endüstri devrimi ile birlikte İslam dünyasında geri kalmışlık algısı (fetişizmi) siyasi, sosyal, hukuki ve iktisadi vb birçok alanda yeni kararlar alınmasına sebep oldu. Bu aşamada “çağa ayak uyduramayan” fakihler suçluluk skalasında en üst sıralarda yer aldı. Bu da beraberinde yeni yöntem arayışlarına sebep oldu. Zira sorunlara (sorun olarak görülen alanların birçoğu hukuki/fıkhi olmadığı halde) çözüm üretmede yetersiz görülmeye başlanan fıkıh ve fıkıh usulü revizyona tabi tutulmalı hatta yeniden inşa edilmeliydi. Alternatifler arasında “makâsıd odaklı yaklaşım” daha fazla ilgi gördü. Zira bu alanın esnek oluşu -hatta yöntemsiz oluşu- ve sorunlara kısa sürede çözüm üretme potansiyeli taşıması dikkatleri üzerine çekti. Yaklaşık bir asırdır bu kuramın kâh müstakil bir usul olması teklif edilir kâh fıkıh usulü yanında paralel bir destekleyici yöntem olarak formüle edilmesi gerektiği teklif edilir ancak bu konuda hala bütünsel bir ilerleme kat edilememiştir. Makâsıd odaklı yaklaşım sahiplerine göre makâsıd, fıkıhın katı temelleriyle bağlı olmayışı ve entelektüel özgürlüğe açık oluşu sorunlara çözüm üretme potansiyeline sahipti. İslam hukukuna “çağdaş” bir form üretme alanı olarak teklif edilen ancak henüz ontolojik, epistemolojik hatta metodolojik olarak sistemsel bir bütünlük arz edecek şekilde düzenlenememiş bu kuram, başta “İslam kamu politikası” olmak üzere birçok alanda teorik “inşa” edici rolü üstlenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Makâsıd • Makâsıd-ı Şer’ia • Hukuk • İslam Hukuku • İslam Kamu Politikası

MARGINALIZATION OF MAQASIDI DISCOURSE

Abstract

With the Industrial Revolution, the perception of backwardness (fetishism) in the Islamic world led to the adoption of new decisions in political, social, legal, and economic realms, among others. At this stage, scholars who were deemed "unable to keep up with the times" found themselves at the top of the guilt scale. This, in turn, prompted a search for new methods. Since fiqh (Islamic jurisprudence) and usul al-fiqh (principles of jurisprudence), despite being seen as insufficient in providing solutions to problems (many of which were not even considered legal or jurisprudential), needed to be revised or even reconstructed. Among the alternatives, the "maqasid-oriented approach" gained more attention. The flexibility - and even the lack of a rigid method (structure)- of this approach, along with its potential to address problems in a short time, drew attention to itself. For about a century, proposals have been made regarding whether this theory should be an independent methodology or formulated as a parallel supporting method alongside usul al-fiqh; however, no holistic progress has yet been made on this issue. According to

* Prof. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku, Ankara, Türkiye | Prof. Dr., Ankara Social Sciences University, Faculty of Divinity, Islamic Law, Ankara, Turkey.

✉ sahban.yildirim@asbu.edu.tr • ORCID [0000-0002-7204-5609](https://orcid.org/0000-0002-7204-5609)

proponents of the maqasid-oriented approach, maqasid, not being tied to the rigid foundations of fiqh and being open to intellectual freedom, had the potential to provide solutions to problems. This theory, proposed as a field for producing a "contemporary" form of Islamic law, has not yet been organized in a systematic integrity in ontological, epistemological and even methodological terms, but it plays a theoretical constructive role, especially in areas such as "Islamic public policy."

Keywords

Maqasid • Maqasid al-Şariah • Law • Islamic Law • Islamic Public Policy

1. Hukuk- Ahlak Ayırımı

Bu söylemin belki de en çok eleştiri alacak olan önerisi, din ile ahlakın ayrılması gerektiğini teklif etmesidir. Bu tutum ahlakın İslam'dan daha geniş bir alanda yönlendirici ve düzenleyici rolünü göz önüne almalarından kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle din olarak "İslam" bir öneri alanı olarak teklif edildiğinde karşılaşılabilecek bariyeri aşmak adına "ahlak" üzerinden bir ortak alan oluşturmaya zemin hazırlamak içindir. Din için biçilen rol, çizilen bu çerçevenin dışına taşmamalıdır. Ya da din bu alana hapsedilirse laik sistemler ile diyalog gerçekleşebilir. Bu kurguyu savunanların temel kaygısı laik sistemler ile diyalog ortamının din üzerinden değil de ahlak üzerinden mümkün olabileceği ön kabulüne dayanmaktadır. Bu konuda dinin rolünü basite indirdiklerinin farkındadırlar. Ancak dine daha dar bir alan açarak ahlakın alanının genişletebilecekleri kanısındadırlar. Bu konuda asl olanın ahlak olduğu hatta İslam düşünce tarihinde ahlaka gereken alan açılmadığı ya da ahlakın ikincil ve üçüncül

düzeye indirildiği ve bunda da hukukçuların hatta usul âlimlerinin suçlu olduklarını iddia ederler. Söylemin klasik dönem üstadı Şatıbi'yi de ahlakı "tahsiniyyat" içinde kurguladığı gerekçesi ile zaman zaman eleştiriyse tabi tutmaktadırlar.

Bu alanda çalışma yapanlar dini alanın ahlaki alanı kapsayacak şekilde kurgulanmasının anlam kaymalarına hatta ahlaki alanın buharlaşmasına sebep olduğunu iddia etmektedirler. Ahlakın evrenselliği üzerinden dinin daha mikro bir alana indirgenmesi gerektiği, dinin etki alanını minimize ederek, aynı anda ahlak veya etiğin alanını maksimize ederek değer dünyasına ilişkin bir veriyi hayatı yönlendirici kıldığı görüntüsü ile dinin gerçekleştirmek istediği değerlerin ahlak üzerinden de pekâlâ yerine getirilebileceğini göstererek dinin fonksiyonelliğini zayıflatmayı hedeflemektedir.

Mağribî sufi filozof Taha Abdurrahman da ahlakı üst bir yapı olarak gördüğü makâsîd alanı içinde görmektedir.¹ Şeriatın, hukuk ve ahlakı aynı anda barındırdığına vurgu yapan

¹ Taha Abdurrahman fıkıh-ahlak ilişkisi bağlamında iki hatalı yaklaşımın varlığına işaret etmekte ve bunların tashihine çalışmaktadır. Bunlardan ilki "ahlakı fıkıhın bölümlerinden birine indirgemek" tir. Taha Abdurrahman'ın indirgemeci olmakla eleştirdiği bu yaklaşım maslahatların zarûriyyât, hâciyyât ve tahsiniyyât şeklindeki taksimidir. Taha Abdurrahman'ın sözünü ettiği ikinci hatalı yaklaşım ise "ahlakı fıkıhın alanından bütünüyle dışlamak"tır. Münteha Maşalı, "Makâsîd Konusu Bağlamında Fıkıh Usûlü-Ahlak Tadâhülü Üzerinden Bütünlükçü Bir Gelenek Okuması, Tâhâ Abdurrahman Örneği", *On dokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, (2015) sayı: 39, s. 202.

Hallaq’a göre; aralarında bir ast üst ilişkisi tasavvur edilecekse ya da önem skalası tanımlanacaksa, “*Şeriat içinde hukuki olan ahlaki olanın bir aracıdır, tersi geçerli değildir.*”² Hallaq aynı eserinin farklı bir bölümünde daha tutarlı bir ifadeyle bu durumu şöyle tanımlar; “Kur’an’da ve onun üzerine inşa edilen şeriatla “hukuki” olan aynı zamanda “ahlaki”dir ve bunun tersi de böyledir.”³ Bu görüş sahipleri kuramlarının merkezine Casir Avde’nin görüşlerini alırlar. Bundan dolayı sık sık ona atıfta bulunurlar. Avde’nin fıkhnın bilişsel/kognitif⁴ yönüne vurgu yaparak bu ilmi birikimin döneminin şartlarını yansıttığı gibi aynı şekilde dönemsel akıl yürütme açısından etkiye maruz kaldığını ifade ederler.

2. Şeriatın Yeniden Tanımlanması

Bu söylemde Şeriat üst bir veri alanı olarak kabul edilmektedir. Şeriatın yeniden keşfedilmesi gereği vurgulanır. Şeriat kavramını içerik olarak fıkıh, ahlak ve dini değerlerin birlikte yer aldığı üst bir alan olarak tasavvur eder. Bu kavramın içerik daralmasına uğratıldığını iddia eder. Özellikle şeriatın hukuka/fıkha indirgenmesinde hukukçuların suçlu olduğunda ısrar eder. Şeriatı, hukuki

fermanları, merhamet, eşitlik, bilgelik ve refah dâhil olmak üzere İlahi hukukun daha yüksek hedeflerini ihmal eden hukukçuların kaprislerinden uzaklaştırmanın gereğine işaret eder. Bu söylem sahipleri İslam hukukunda, hukukun etik çerçevede tutulmasında makâsîdın önemli regülatif fonksiyonuna vurgu yaparlar.

Taha Abdurrahman da şeriatın kapsamı ile dinin kapsamını aynı görür. Ona göre din ile şeriat müsavidir. Çağdaş Mağribî filozof Taha Abdurrahman söyle bir ayrıma gider. Ona göre şer’î hükmün fıkhi boyutu olduğu gibi ahlaki boyutu da vardır. Hatta bu manada ona göre asl olan fıkhi hüküm değil ahlaki hükümdür. Ona göre ahlaki yönün esas aldığı “gâi ta’lîl” metbû, fikhî yönün esas aldığı “sebebî ta’lîl” ise tâbi konumundadır ve bu, vesilenin/aracın maksada/amaca tabi olması tarzında bir tâbiyyettir. Şer’î hükmün ahlaki yönünün “gâi ta’lîl”, fıkhi yönünün ise “sebebi ta’lîl” üzerine kurulu oluşu açısından bakıldığında da ahlaki yön fıkhi yönün maksadı, fikhî yön de ahlaki yönün vesilesi konumunda olmaktadır. Çünkü maksat, vesileden önde gelir⁵.

İsviçreli entelektüel Tarık Ramazan tarafından daha radikal bir yaklaşım getirildi.

² Wael B. Hallaq, *İmkânsız Devlet*, (Çev: Azizi Hikmet) Babil Kitap, s. 37. .Hallaq’ın buradaki iması, genel ahlaki normların ya da “ahlaki tümellerin” sabitlenmiş olduğu ve böylece değiştirilemeyeceği, buna mukabil ikincil ve tamamlayıcı bir rütbeyle sahip olması gereken yasal normların zamanın ve mekânın talepleriyle uygun olarak düzenlenebileceğidir. Burada ahlaki tümellerin talepleriyle hayat ve yasayla düzenlenmiş eylemler sabit bir diyalektik vardır.

³ Hallaq, s. 150. (Hukuki olanın ahlaki boyutunu iddia etmenin önermesel gücü ile ahlaki olanın da aynı şekilde hukuki olduğunu iddia etmenin gücü aynı değildir. Şu şekilde formüle etmek mümkündür: Her hukuki olan ahlakidir ancak her ahlaki olan hukuki

değildir. Örneğin komşusu aç iken tok yatana hukukun söyleyeceği bir şey yoktur. Hukuku ve ahlaki birlikte içeren “dinin” söyleyeceği bir şey elbette vardır.)

⁴ Jasser Auda, *Maqâsid al-Sharî’ah as Philosophy of Islamic Law A Systems Approach*, The International Institute of Islamic Thought, 1428/2007, s. 250, 256,

⁵ Münteza Maşalı, “Taha Abdurrahman’ın Fıkhi Ahlaka Dayandırma Çabası: İ’timârî Fıkıhtan İ’timânî Fıkha Geçiş Önerisi”, *Eskiye 48* (Mart 2023), ss. 115-134.

O, makâsıdı odaklı fikhî yaklaşım, Müslümanların sorunlarına modern bağlamlar ve gerçekler ışığında yanıt verme konusunda da yetersizdir. Bu nedenle o, şeriatı bir hukuk normları sistemi olarak korumak yerine, bir ahlâk çerçevesine dönüştürmek için radikal bir dönüşümü savunur. Ramazan'ın reform önerisi şunu gösteriyor: Allah ikiz kitaplar, yani Kur'an ve Evren ve her iki 'kitap' eşit derecede şeriat ve uygulamalı etiğin daha yüksek hedeflerinin kaynağını oluşturur.⁶

3. Allah'ın Kitabı ve Kâinat Kitabı Düalitesi

Allah'ın Kitabı ve “kâinat kitabı” düalitesine David Warren daha çarpıcı bir gerekçe ile karşı çıkar. Ona göre; “*kâinat kitabı*” ifadesinin hukuki ve etik alanda norm üretme alanı olarak seçilmesi ile bu alandaki uzmanların hukukçularla eşit düzeyde norm koyma alanı açılmış olur. David Warren'a göre, Ramazan'ın iki vahiy teorisi, makâsıdu's-şerî'atı ifade etmede İslami hukuk otoritesini kabul etse de hukukçu olmayan uzmanlara yeni hukuki görüşler formüle etmede eşit yetki vererek, hukuk dışı bir eğilimi de teşvik eder. İlginç bir şekilde benzer bir çağrı, “kısmi icihad” olarak tanımladığı norm üretme

sürecinde hukukçu olmayan uzmanların da hukukçularla birlikte yer almasını savunan Karađāvî tarafından önerildi. Oysa günümüz hukuk sistemleri kendi alanlarındaki uzmanların bilirkışı olarak görüşüne başvurulmasına imkân tanırken onların birer hukukçu gibi masaya oturmalarına asla müsaade etmezler. İslam'da fakih olmak büyük bir lütuf olarak kabul edilmiştir. Hukuk mantığına sahip olmak olağanüstü bir yeti olarak kabul edilirken kendisini fakih görüp de bu unvanı başka meslek grupları ile kolayca paylaşabilmek sanırım meslek etiği ile bağdaşmayacak bir davranıştır. Johnstona göre, modernistlerin kutsal kaynakların geleneksel yorumunun aksine makâsıdı odaklı yaklaşıma yaptığı vurgu, ulemanın marjinalleşmesine yol açacak ve hukukçu olmayanların alanda söz söylemelerini teşvik etmesi muhtemeldir. Johnston, bilginin demokratikleşmesi nedeniyle bu eğilimin ancak yeni medyaya erişimle destekleneceğini savunuyor. Opwis, böyle bir eğilimin aynı zamanda modernistlerin klasik hukuk teorisinin epistemolojisini şeriatın hedeflerinininkiyle uzlaştıramamasının bir sonucu olduğunu savunuyor.⁷

⁶ Peygamberlere indirilen vahyi okumayı önemsemeyen ve tamamen pozitif bilimlerde ifadesini bulan okuma türüne yoğunlaşan bir kimse, Allah'la alakasını kaybetmiş ve gayb konusundan habersiz kalmış demektir. Varlığı ve evreni yok sayan, varlıktan kopuk, sadece vahyin okunmasıyla kısıtlanmış okuma ise dünyadan nefret etmeye, onu ve içinde bulunan her şeyi bir pislik olarak görmeye yol açar. Bu sorun, insanın imar, ümran ve medeniyet potansiyelini felç ederek onu; hilafet, emanet ve imar görevini yerine getirmekten alıkoyar. Bahsettiğimiz okuma öncelikli olarak insandan başlar. İnsan bütüncül bir medeniyet bilgisine Kur'an ve kâinatı birlikte okuyarak ulaşabilir. Ancak o zaman, insan Rabbine verdiği

söze bağlı kalır, halifelik görevini yerine getirir, emaneti hakkıyla eda eder, imarın gereklerini yerine getirir, imtihanını başarıyla tamamlar. Bu medeniyet bilgisi, insanın sadece kendi iç algısı veya üstün bir varlık tarafından kendisine telkin edilmesi ile elde edilebilecek bir bilgi türü değildir. Yanı sıra başkalarından da yararlanmalı, önceki nesillerin birikimlerine başvurmalı, incelemeli, paylaşmalı, bilgi nereden gelirse gelsin, ondan uzak durmamalıdır. Bununla birlikte, bilgi edinme süreci metodolojik bir çerçeveye oturtulmalıdır. Taha Cabir Alvani, *Vahyi ve Kâinatı Birlikte Okumak*, Mahya Yayınları, 2016, *Tanıtım bülteni*.

⁷ Felicitas Opwis, “İslam Hukuk Teorisinde Yeni Temayüller: Yeni Bir Hukuk Kaynağı Olarak

4. Makâsıda Yeni Başlıkların Eklemlenmesi

Bu söylemin çağdaş temsilcilerine göre şeriatın hak ve adaletten daha öncelikli bir amacı vardır o da barış içinde yaşamaktır. Bu konudaki dayanakları Gazzali'nin maslahat kavramının dayandığı dilsel zemin olup; “salaha” kökünden türetilen “maslahat” barış ve esenliği içermektedir. Bir yönüyle Gazzali'nin maslahat kavramı makâsıda evirildiğini ima etmektedir. Modern makâsıd âlimlerinin farklı bakış açılarına sahip olmalarına rağmen, çoğunun benzer fikirlerle sahip olduğu iddia edilebilir. Örneğin hemen hepsi makâsıdın kapsamını Gazzali şeriatın beş temel hedeflerinin ötesine genişletilmesini teklif etmekte kimileri bu beş tümel maksada “adalet”, “eşitlik”, “özgürlük” “eğitim ve sağlık hakkı” nı eklemeyi teklif ederken kimileri de “kamu yararı” ve “iyi olmayı”, “barış ve esenliği” eklemeyi teklif etmektedir.⁸ Ancak temel ittifak noktalarından biri kutsal metinlerin literal okumalarını reddetmektir. Ayrıca makâsıd uygulamasının İslam hukukunun sınırlarının ötesine genişletilmesini ve modern bağlamla uyumlu yeni dini hükümler doğrultusunda geliştirilmesini öneriyorlar. Makâsıd merkezli kuramın farklı alanlara taşınmasının belki de en çok gerilim oluşturacak olan alan bu kuramın siyasallaştırılarak beklenmeyen sonuçlar doğurma riskini taşımasıdır. Örneğin, Şeyh Abdullah bin Bayyah'ın BAE'nin İsrail ile normalleşen ilişkilerini bu kurama

dayandırmakta ve meşruiyet zeminini İslam hukukunun bu yaklaşımına dayandırmaktadır.

Ancak yirminci yüzyıl, demokrasi, sosyal adalet, iyi yönetim ve insan hakları gibi değerleri dikkate alan ve bunları “İslami” hedefler ve öncelikler olarak kabul eden modernist İslam reformcuları ve düşünürleri tarafından makâsıdu'ş-şeria teorisinin yoğun bir şekilde uygulandığı bir dönemdir. Karadavi de Gazzali'nin şeriatın koruduğu daha yüksek amaçlara ilişkin beşli tasnifini genişletmeyi teklif etti. O, şeriatın önceliklerinin sosyal refah desteği, insan onuru, barış, haklar, özgürlükler ve adaleti içermesi gerektiğini önerdi. Karadavi, makâsıdın geleneksel kategorizasyonunun, otokrasi ve adaletsizliğe karşı insan hakları ve haysiyetin korunmasına ilişkin önemli hedeflerden yoksun olduğunu savunur. Öte yandan Attia, şeriatın beş yüksek hedefini yirmi dört hedefe genişletti ve dört farklı alanda; birey, aile, ümmet ve daha geniş insanlığın geri kalanı şeklinde genişletti. Çağdaş modernistler sadece şeriatın beş yüksek amacının kapsamını genişletmeyi önermekle kalmaz, aynı zamanda Gazzali'nin beş amacına yeni yorumlar da sunarlar. Aynı şekilde Mısırlı akademisyen Casir Avde'ye göre klasik anlayıştaki “dinin, aklın, neslin, onurun ve malın korunması” anlayışının; insan haklarının, inanç özgürlüğünün, aile bakımının, bilgi arayışının ve ekonomik kalkınmanın korunması gibi bir makâsıd olarak yeniden yorumlanmalıdır. Fâsî'nin geleneksel makâsıd teorisine önemli katkısı,

Makâsıdu'ş-Şeria”, (Çev. Yasin Yılmaz), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, s. 1, Haziran 2020, s. 121- 144.

⁸ Muhammed Merâkibî, “Akışkan Bir İslam Hukukuna Doğru: Modernite ve Makasıd Söyleminin Dönüşüm”, (Çevirenler: Yasin Yılmaz-

Enes Cömert) *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4 Sayı: 1 Yıl: 2021, s. 315.

şeriatın daha yüksek hedeflerinin özü olarak insan haklarının dâhil edilmesi idi.

Makâsıdın tanımı hususundaki bu değişiklik, dinin temel maksatlarının sabit bir şey olmadığına, aksine mekansal ve zamansal değişimlere göre değişebileceğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Böylelikle şeriatın temel maksatları, evrenselcilikten zamansal ve mekansal göreceliliğe geçmektedir. Modernitenin makâsıd üzerindeki etkisi sadece makâsıdı-ş-şerî'a ile modernite kavramları arasındaki uyum değildir. Daha derin bir perspektiften bakıldığında, hukukçular ve düşünürler için mesele, fikrî, ideolojik, zamansal ve mekansal göreceliliğe bağlı olarak bu makâsıdı akışkan moderniteye adapte etmektir. Bu görecelikten doğan sonuçların batı değerlerine yakın veya uzak olması bu bağlamda önem arz etmez. Denilebilir ki, yeni makâsıd hareketindeki temel sorunun evrenselcilikten akışkan bir göreceliliğe geçiş olduğudur. Bu durum İslam dinini dış faktörlerden güçlü bir şekilde etkilenmeye karşı savunmasız hale getirebilir ve modernist kavramları pekiştirmek veya tam tersi, isteyenlerin elinde dini şekillendirmek için bir araç haline gelebilir⁹.

5. Makâsıd –i Şerî'anın Genişletilmesi

a. Dinin korunması, din özgürlüğüne evrilmiştir.

Popüler olarak bu tür teklifler farklı dini inançlara alan açtığı için kabul edilebilirliği hususunda olumlu bir yaklaşım varmış gibi algılanabilir. Ama bu tür teklifler birçok riskleri barındırmaktadır. Klasik Makâsıd-i Şerî'a' korumayı hedeflediği tümel en üst değer olarak son din İslam'ı gördüğü için onun

dışındaki dinleri batıl olarak kabul etmekte ve dolayısıyla onları korumak gibi bir “kutsal değer” alanı açmamaktadır. Bu yeni makâsıdı yaklaşım inançla ilgili herhangi bir pozitif ayrımcılık yapmaksızın –burada İslam'ın son ilahi din olduğu gerçeğinin tüm insanlığı hidayete erdirici rolü ve hedefini dikkate almaksızın- sadece özgürlük ortamının sağlanması bir üst değer olarak sunulmaktadır. Örneğin Tunus'un İslamcı Nahda siyasi partisinin lideri Raşid el Gannuşi, (beş tümel değerden ilki olan) "dini korunması" hedefini "din özgürlüğü" ve "inanç özgürlüğü" olarak yeniden yorumladı ve dini azınlıkların dinlerini uygulama ve yayma haklarının da garanti altına alınması gerektiğini savundu.

b. Hayatın korunması

Bu alanda yaşam kalitesi, insani yaşam gibi sağlıklı bir hayat sürülmesi yönünde teklifler de bulunmaktadır. Hayatın korunmasına diğer canlıların hayat hakkının da aynı oranda gündeme alınmasının gereğine işaret edilmektedir.

c. Neslin korunması;

Bu hedef, düzgün işleyen ailelerin sosyal ve ekonomik kalkınmada oynadığı rolün tanınmasının önemini vurgulamaktadır. Klasik makâsıdı anlayışta, neslin korunması için ceza hukukundaki zina suçuna uygun cezanın verilmesi örneği çok kullanılmaktadır. Yeni makâsıdı yaklaşımda neslin bireysel soyunun korunmasından daha geniş bir alanı hedeflemektedir. Bu da bu tür suçların aleni işlenmemesi için toplumsal ahlakı korumak esas olmalıdır. Bu ise hukuk ile değil ahlak ile olmalıdır. Mademki İslam dört şahit ile zina suçunun ispatını istemiş o zaman böylesi

⁹ Merâkibî, s. 316-318.

ahlaksızlıkların aleni işlenmesi yasaklanmıştır. Asıl olan budur. Yoksa zina işleminin bireysel olarak işlenmesi hukukun konusu değildir. Bundan dolayı makâsıdı kuramı hukuktan çok etik bir alanı hedeflemektedir. Kamu ahlakının ve bireysel mahremiyetin korunması evrensel endişe alanlarıdır. Dolayısıyla Şeriatın amaçları, vatandaşların kişisel yaşamlarına cemaat ve devlet müdahalesine sınırlar koyarken insan davranışı için geniş bir serbestlik sağlar.

d. Malın korunması,

Büyüme, kalkınma, parasal dolaşım, sosyal refah ve ekonomik eşitlikçilik dahil olmak üzere sosyoekonomik gereklilikleri kapsayacak şekilde gelişmiştir. Bu alanda da klasik anlayışa ciddi eleştiri getirilmiştir. Onlara göre: *Tüm geleneksel makâsıdlar arasında, Şeriatın bir amacı olarak mal/zenginliğin korunması belki de en az savunulabilir olanıdır.* Böylece bu görüş sahipleri, tarihte uygulanan sirkat cezalarının İslam hukukunun ruhu açısından gayr-ı meşru olduğunu ya da şeriatın ruhuna uygun olmadığını ima etmektedirler. Hırsızlığın cezasından beklenen sonuç *malın korunması değil, tüm boyutlarıyla insan güvenliğinin garantisi ve kutsallığıdır. Hırsızlığın cezasının şiddeti, İslam'ın, devletin ve güçlü konumlardaki diğer aktörlerinki de dâhil olmak üzere, ihlal ve şiddetten ziyade özgürlüğe yaptığı vurguyu yansıtır. Yoksulluk, adaletsizlik ve eşitsizlik zamanlarında (sirkat cezasının) uygulan(a)maması, (bu suçun) sosyal bağlamın katı gerekliliği açısından gerçek ruhuna sıklıkla ihanet edildiğine dikkatle izlenmelidir.* Ayrıca konuyu bağlamından kopararak şöyle bir yorum getiriler; *zenginliğin Şeriatın bir amacı olduğu*

fikrinin tam tersine, Kuran, vermenin ve paylaşmanın en cömert biçimlerini öğretir. Zenginlik bir amaç değil, sadece bir araçtır ve her zaman olmalıdır. Sistematik yolsuzluk ve marjinalleşme çağında, ulus devletleri(ni) kendi gündemlerine göre yönlendiren ve görünmez bir şekilde dünya toplulukları üzerinde muazzam bir etki yaratan küresel bir ekonomik imparatorluktan soyutlanarak, klasik alimlerin öngördüğü gibi malın korunmasını, sadece bir bireyin malını hırsızlık eylemlerinden korumayı, Şeriatın temel amacı olarak tanımlayamayız.

e. İffetin Korunması,

İnsan onurunun yanı sıra insan haklarını da kapsayacak şekilde genişletildi. Klasik yaklaşımda ifade kalıbı, iffetin korunması iken kavram aşınmaya uğradı ve onur şekline geldi. O da yetmedi tüm insan hakları bu kavramın çerçevesine alındı. İffetin korunması konusunda kadın üzerinden durumun tanımlanması geçmiş kültürel anlayışı bir ürünüdür. Onlara göre bu hakkın korunmasının erkek egemen bir anlayışın ürünü olduğu gerekçesi ile erkeğin görevi olarak kabul edilmesi cinsiyet ayrımcılığı açısından eleştirilmesi gereken bir anlayıştır. Kadın haklarını haksız yere ihlal eden “namus” cinayetleri işlenmeye devam ediyor oluşunu da İslam hukukçularının makâsıdı alanını daraltmalarına bağladıkları izlenimi oluşmaktadır. Makâsıdı yaklaşımı, hukukçuların şeriatın en katı cezalarının merkezinde olduğuna inandıkları değerlerin anlaşılmasından kaynaklanmıştır.

f. Aklın Korunması

Atiyye'nin yorumunda görüldüğü üzere aklın korunması, “beyin yıkayan” zararlı medyanın da önlenmesini kapsar; ancak neyin

bu şekilde değerlendirilmesi gerektiği ve tehlike altındaki zihinlerin korunmasından kimin sorumlu olduğu meselesi henüz vuzuha kavuşturulmamıştır. Tanımlamada böyle bir sarahat eksikliği, esnek ve değişen uygulamalara izin verebileceği gibi devlet kurumları ve baskı grupları tarafından Şâri'nin niyetleri adı altında bunu istismar ederek otoriterleşmeye yol açabilir¹⁰.

Sonuç

Makâsıdcı söylemi savunan modernist ve reformistler konjonktürün yoğun etkisine maruz kaldılar ve Batı kaynaklı değerlerin evrenselliğine o denli inandılar ki bu değerlerin genel geçer evrensel ve sonsuza dek sür git değerler olduğu hissine kapıldılar. Ayrıca popüler konulara o kadar önem verdiler ki bunları din ile irtibatlandırmayı bir başarı olarak gördüler. Bu konuda kimi zaman yaptıkları bu tür tekliflerle alay konusu dahi oldular. Örneğin, Mohammad Hashim Kamali, ARGE faaliyetlerini dahi Makâsıd-i Şeri'a kapsamında korunması gereken bir değer olduğunu teklif edecek kadar ileri gitti. Oysa İslam bilim tarihine baktığımızda ilmi araştırmalar ve ARGE faaliyetleri, Makâsıd-i Şeria kapsamında değilken bile Müslüman âlimler istenilen sonucu gerçekleştirmişlerdir. Dolayısıyla İslam bilime hangi konumda yer vermiş ise bu konum istenilen sonucu hâsıl etmiştir. Onu farklı bir kategoriye taşımakla yeni bir sonuç elde etmek anlamlı değildir. Yine Kemali'ye yapılan bir eleştiri, çocukları erken yaşta okula getirmenin şeriatın maksatlarına aykırı olduğu inancına dayanmaktaydı. Çünkü fitrat, açıkça çocukların bu yaşta oyun oynama ve

çocukluklarının tadını çıkarma hakları olduğunu söyler. Fıtrat da, makâsıdın kaynaklarından biri olduğu için, çocukları küçük yaşta okula getirmek makâsıda uygun olmaz.¹¹

Genel olarak, modern makâsıd âlimlerinin farklı bakış açıları ve çoğunun benzer fikirleri paylaştığı söylenebilir. Yukarıda ayrıntılı açıklandığı gibi onlar 'kamu yararı' ve 'esenliği' vurgulayarak ve kutsal metinlerin literal okunuşlarını reddederek makâsıdın kapsamını, Gazzali'nin, şeriatın beş hedefinin ötesine genişlettiler. Modern gerçeklerle uyumlu kalmalarını sağlamak için hukukun amacını modernist değerler ışığında yeniden yorumlayarak hukukun amaçlarının uygulanmasının İslam hukukunun sınırlarının ötesine genişletilmesi gerektiğini öne sürdüler. Bazıları ayrıca hukukçu olmayan uzmanların hukuk bulma sürecine dâhil edilmesini önerdi; bazıları modern makâsıd söylemlerini yaymak için medyayı, teknolojileri ve kurumları kullandı. Çağdaş makâsıd yaklaşımını benimseyen bilim adamlarının çoğunda metodolojik ve akademik tutarlılık görünmemektedir. Kimi zaman modernist söylemleri dillendirirken kimi zaman çok eleştirdikleri lafızcı söylem sahipleri ile aynı kulvarda hareket etmektedirler.

İslam düşüncesinin ister tıkanıldığını iddia edenler ister çağın problemlerine çözüm üretmede yetersiz kaldığını iddia edenlerin yeni paradigma oluşturma tekliflerinde belki de en anlamsız teklifleri şudur: İslam düşünce sistematüğını inşa ederken aynı zamanda "Batı" değerler sistemine katkı bulunmak. Oysa kimsenin bunların tekliflerini ciddiye

¹⁰ Opwis, s. 132.

¹¹ Merâkibî, s. 319.

aldığı yok. Üstelik ekâbir batı medeniyeti bu denli üstünlük psikolojisi içinde iken onlar açısından yok hükmündeki bir medeniyeti ciddiye almaları hayal ile uğraşmaktır. Çağdaş İslam düşüncesinin iki önemli ismi; Mağribi filozof Taha Abdurrahman ve Casir Avde bu tekliflerde bulunan iki önemli düşünürdür.

KAYNAKÇA

- Alvani, Taha Cabir, *Vahyi ve Kâinatı Birlikte Okumak*, Mahya Yayınları, 2016.
- Auda, Jasser *Maqâsid al-Sharî'ah as Philosophy of Islamic Law A Systems Approach*, The International Institute of Islamic Thought, 1428/2007.
- Hallaq, Wael B., *İmkânsız Devlet*, (Çev: Azizi Hikmet) Babil Kitap.
- Maşalı, Münteha, “Taha Abdurrahman’ın Fıkhi Ahlaka Dayandırma Çabası: İ’timârî Fıkıhtan İ’timânî Fıkha Geçiş Önerisi”, *Eskiyei* 48 (Mart 2023).
- Maşalı, Münteha “Makâsîd Konusu Bağlamında Fıkıh Usûlü-Ahlak Tadâhülü Üzerinden Bütünlükçü Bir Gelenek Okuması, Tâhâ Abdurrahman Örneği”, *On dokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, (2015) sayı:39.
- Merâkibî, Muhammed “Akışkan Bir İslam Hukukuna Doğru: Modernite ve Makasîd Söyleminin Dönüşüm”, (Çevirenler: Yasin Yılmaz-Enes Cömert) *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4 Sayı: 1 Yıl: 2021.
- Opwis, Felicitas, “İslam Hukuk Teorisinde Yeni Temayüller: Yeni Bir Hukuk Kaynağı Olarak Makâsîdu’ş-Şeria”, (Çev. Yasin Yılmaz), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, s. 1, Haziran 2020.

FRANSIZ VE TÜRK HUKUKLARINDA YARGI ETİĞİ DÜZENLEMELERİNİN MUKAYESESİ

Ergin ERĐL*

zet

Yargı etiği hukuku, son yıllarda kamu hukukunun yeni ve dinamik bir dalı olarak ortaya çıkmış ve hukuk fakültelerinin ders programlarında yerini almış bir disiplindir. Bu yeni disiplin, yargı sisteminin üç temel aktörünü oluşturan hâkim, savcı ve avukatların yargıya yönelik kamuoyu güveninin tesisi ve muhafazası için uymaları gereken yol gösterici nitelikteki mesleki davranış kurallarını konu edinmektedir. İlk olarak avukatlara yönelik Havana Kuralları (1990), ardından hâkimlere yönelik “Bangalor Yargı Etiği İlkeleri” (2003) ve nihayet savcılara yönelik Budapeşte İlkeleri (2005) ile uluslararası düzeyde ortaya çıkan yargı etiği belgeleri i hukuklarda ortak standartların oluşumuna yol açmıştır.

Fransa’da, adli hâkim ve savcılara ilişkin yargı etiği kuralları 2010 yılında “Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu”na, “Hâkim ve Savcıların Etik Yükümlülükleri Derlemesi” adı altında ilan edilmiştir. Kurul söz konusu belgeyi 2019 yılında güncellenmiştir. Fransız Danıştay’ı ise 2011 yılında ilan ettiği “İdari Yargı yeleri Etik şartı” belgesini 2017 yılında güncellenmiştir. Fransız Barolar Konseyi ise hem 2005 tarihli Ulusal Avukatlık İçtüzüğü’nde hem de 2023 yılında Başbakanlık Kararnamesi ile yürürlüğe konan Avukatlık Mesleği Etik Kodu’nda meslek etiği kurallarını belirlemiştir.

Türkiye’de ilk olarak 2017 yılında Yargıtay Başsavcılığınca “Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik davranış İlkeleri”, Yargıtay Büyük Genel Kurulunca ise “Yargıtay Yargı Etiği” belgeleri ilan edilmiştir. Hâkim ve Savcılar Kurulu (HSK) ise 2019 tarihinde “Hâkim ve Savcılar Kanunu” kapsamındaki adli ve idari hâkim ve savcılar kapsayan Türk Yargı Etiği Bildirgesini ilan etmiştir. HSK, 2022 yılında ise “Türk Yargı Etiği Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi” belgesini yayınlamıştır. Ülkemizde avukatlık mesleğinin etik kuralları ise 1971 tarihli Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarında yer almaktadır.

İşbu alışma, yargı etiğine ilişkin olarak her iki ülke hukukunda mevcut etik belgeleri, içerdikleri değer ve ilkeler ile getirdikleri kurumsal mekanizmalar açısından karşılaştırmayı ve henüz gelişme halindeki Türk Yargı Etiği Hukuku için öneriler getirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Fransız Hukuku • Türk Hukuku • Etik İlkeler • Yargı Etiği • Hâkim, Savcı ve Avukatlar

* Prof. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku, Ankara, Türkiye | Prof. Dr., Ankara Medipol University, Faculty of Law, General Public Law, Ankara, Turkey.

✉ ergin.ergul@ankaramedipol.edu.tr • ORCID 0000-0002-6974-6594.

COMPARISON OF JUDICIAL ETHICS REGULATIONS IN FRENCH AND TURKISH LAWS

Abstract

Judicial ethics law is a discipline that has emerged as a new and dynamic branch of public law in recent years and has taken its place in the curricula of law faculties. This new discipline deals with the guiding rules of professional conduct that judges, prosecutors and lawyers, who constitute the three main actors of the judicial system, must comply with to establish and maintain public confidence in the judiciary. Judicial ethics documents emerged at the international level, first with the Havana Rules for lawyers (1990), then with the "Bangalore Principles of Judicial Conduct" for judges (2003), and finally with the Budapest Principles for prosecutors (2005), have led to the formation of common standards in domestic law.

The rules of judicial ethics regarding judicial judges and prosecutors were declared in France by the French "High Council of Judges and Prosecutors" in 2010 under the name "Compilation of Ethical Obligations of Judges and Prosecutors". The Board updated the document in question in 2019. The French Council of State updated the "Code of Ethics for Members of the Administrative Judiciary" in 2017, which it announced in 2011. The Council of French Bar Associations has determined the rules of professional ethics in the "National Lawyers' Rules of Procedure" and in the "Code of Ethics for the Law Profession," which the Prime Ministry Decree implemented in 2023.

In Türkiye, for the first time in 2017, the "Principles of Ethical Conduct for Supreme Court Public Prosecutors" were announced by the Chief Public Prosecutor's Office of the Supreme Court of Appeals, and the "Judicial Ethics of the Supreme Court" documents were announced by the Grand General Assembly of the Supreme Court of Appeals. The Council of Judges and Prosecutors (CJP) announced the "Turkish Declaration of Judicial Ethics" covering judicial and administrative judges and prosecutors within the scope of the "Judges and Prosecutors Law" in 2019. In 2022, HSK published the "Social Media Usage Guide within the Scope of the Turkish Judicial Ethics Declaration" document. The ethical rules of the lawyer profession in Türkiye are included in the Professional Rules of the Turkish Bar Association dated 1971.

The paper aims to compare the ethical documents existing in the law of both countries regarding judicial ethics in terms of the values and principles they contain and the institutional mechanisms they introduce and to make suggestions for the Turkish Judicial Ethics Law, which is still under development.

Keywords

French Law • Turkish Law • Ethical Principles • Judicial Ethics • Judges, Prosecutors and Lawyers

GİRİŞ

Ahlak felsefesi demek olan etik teorik ve uygulamalı olmak üzere iki ana dala ayrılmaktadır. Bir felsefe dalı olan etik teorik etiktir. Günümüzde yaygın olarak gündem

gelen ve meslek etiği (deontoloji) üst kavramı altında da ifade edilebilen tıp etiği, siyasi etik, kamu görevlileri etiği ve yargı etiği gibi alanlar ise pratik etiğin dallarıdır. Dolayısıyla yargı etiği meslek etiğinin bir parçasıdır. Meslek

etiği bir mesleki faaliyeti yöneten ve yönlendiren etik kurallar ve ilkeler bütünü olarak tanımlanabilir¹. Bu kurallar, mesleki disiplin kurallarından ayrı, etik ile hukuk arasındaki kesişme noktasını temsil eden önleyici standartlardır².

Yargı etiğinin kökeni yargı kurumu ile yaşıttır. Medeniyetinizde, çok erken dönemlerden itibaren hukukçu yazarlarca gerek müstakil olarak gerekse hukuk eserlerinin bir bölümü olarak, “Edebu’l-Kâdî “yani “Yargıç Etiği” adı altında eserler kaleme alınmıştır. Bunlarda hâkimin yargılama esnasında uyması gereken ilkeler ve davranış kuralları incelenmiştir³. Bu eserlerin ilki 797-875 yılları arasında yaşamış Hassaf el Şeybani’ye aittir. Öte yandan 2023 yılında Vuslatının 750. yılını andığımız hukukçu arif düşünür Mevlâna (1207-1273) Mesnevi’de yargı etiği kapsamında birçok değer ve ilkeye değinmiştir. Meşhur hukukçu ve siyasi düşünür İbn Haldun (1332-1406) da hem Mukaddimesi’nde hem de son yıllarda ortaya çıkan ve Türkçede “Kadılığın Ahlaki Hükümleri” ismiyle yayınlanmakla birlikte, aslında tam olarak “Yargıçlığın Etik İlkeleri” olarak çevrilebilecek müstakil bir eser kaleme almıştır.

20. yüzyılda yargı bir etiğinin güçlü bir şekilde canlanması ise, ancak yavaş yavaş salt baskıcı bir mantıktan yargı mensuplarını hesap verebilir hale getirme fikrine dayanan daha ziyade önleyici ve pedagojik bir politikaya

geçmiş olan disiplin mercilerinin zihniyet değişişimi sayesinde mümkün olmuştur⁴.

Yargı etiği alanında belge ve mekanizmalar geliştirilerek yargı ve kamuoyu arasındaki güven bağına güçlendirmek ve yargı etiğine ilişkin tarafların beklentilerini karşılamak, ayrıca daha geniş bir bağlamda kamusal yaşamın şeffaf ve etik hale getirilmesine hizmet etmektedir⁵.

Fransa’da hâkim-savcı avukat ilişkileri üzerinde durulması da yargı etiğinin bir parçası kabul edilmektedir. Bu bağlamda yargı etiği belgelerindeki kurallar bunların ilişkileri üzerinde nasıl ve ne ölçüde etkili olmaktadır? sorusunun cevabı aranmakta ve ayrı etik belgelere sahip bu meslekler arası ihtilafların yönetiminden sorumlu olacak bir düzenleyici organın inisiyatifıyla ortak bir etik oluşturulması üzerinde durulmaktadır.

Çalışma yargı etiği kavram ve olgusuna değinen giriş bölümü ile başlamakta, uluslararası alanında yargı etiği düzenlemelerine genel hatları ile değinmekte, ardından Fransız yargı etiği hukukunun temellerini önce mevzuat ardından mekanizmalar boyutuyla incelemekte, daha sonra ise söz konusu sistematığı izleyerek aynı incelemeyi Türk yargı etiği hukuku yönünden yapmakta, nihayet değerlendirme bölümünde her iki hukuk sistemi karşılaştırılarak Türk hukuku açısından öneriler getirilmektedir.

¹ Ergül, Ergin (2023). Yargı Etiği Dersleri, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 48.

² Kerléo, Jean-François (2014). “Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France”, La Revue d’études benthamiennes, 13/2014, <https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/774#tocfrom1n3>, <https://doi.org/10.4000/etudes-benthamiennes.774> (Erişim Tarihi: 20.9.2023).

³ Ergül, s. 63

⁴ Joly-Hurard, Julie; Vanoni, Julia (2020). La déontologie du magistrat, Collection Connaissance du droit, Paris: Dalloz

⁵ Joly-Hurard, Julie; Vanoni, Julia (2020). La déontologie du magistrat, Collection Connaissance du droit, Paris: Dalloz

1. Uluslararası Belgeler

Yargı mensuplarının uyması gereken etik değerler ulusal ve uluslararası alanda belirlenmektedir. Bu değerler ulusal hukuklarda gerek ceza yasaları gerek disiplin hukukuna ilişkin yasalar veya yargının statüsünü ve güvencelerini düzenleyen anayasa ve yasalarla korunmaya çalışılmaktadır. Değerlerin yansımaları olarak kabul edilen bazı ilkeler ise yasal yaptırıma bağlanmaksızın manevi anlamda kabul görmeyen davranışlar biçiminde ilan edilerek kamuoyu baskısından güç alınarak korunmaya çalışılmaktadır⁶.

Avukatlık etiği 1990'lar, hâkim ve savcı etiği konusu ise 2000'li yılların başından itibaren Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi (AK) gibi örgütler, yargının hâkimler, savcılar ve avukatlar ayağındaki uluslararası kuruluşlar ve meslek örgütlerinin gündemine girmiş ve uluslararası alanda mevcut temel belgelerin benimsenmesi ile sonuçlanmıştır.

Aşağıda doğrudan yargı etiğine ilişkin olmaları nedeniyle Bangalor (2003), Budapeşte (2005) ve Havana (1990) belgelerine genel hatlarıyla değinilecektir.

1.1. Hâkimlere İlişkin Bangalor Yargı Etiği İlkeleri

İlkelerin önsözünde, amacın “hâkimlere yönelik meslek ahlakı standartlarını oluşturmak” olarak ifade edilmesinden de anlaşılacağı üzere, ilkeler yargı mensupları arasında sadece hâkimlere yöneliktir. İlkeler kapsamında; “Hâkim”, nasıl atandığına bakılmaksızın, yargı yetkisini kullanan kişi anlamına gelir.”

Uluslararası alanda hâkimlere yönelik yargı etiği konusundaki çalışma ve

düzenlemelerin ilkinin ve en önemlisinin teşkil eden bu ilkeler Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde hazırlanmıştır.

BM yargıya ilişkin çalışmalarda uluslararası alanda en büyük kurumsal kapasiteye sahip uluslararası kuruluşların başında gelmektedir. BM daha önce de 1985 yılında “Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerini” ilan etmiştir. İlkeler, “üye devletleri yargı bağımsızlığını güvence altına alma ve güçlendirme görevinde desteklemeyi amaçlamaktadır”⁷.

Nisan 2000 tarihinde, BM Uluslararası Suçun Önlenmesi Merkezi'nin daveti üzerine ve Yolsuzlukla Mücadele Küresel Programı çerçevesinde hâkimlere yönelik yargı etiği konusunda ilk girişim başlatılmıştır. Bu bağlamda ilkelerin hazırlanması için gerekli teknik çalışmanın gerçekleştirilmesi amacıyla çeşitli ülkelerden yüksek mahkeme başkanları ve yüksek yargıçlardan oluşan “Yargıda Dürüstlüğün Güçlendirilmesine Yönelik Yargı Grubu” (Yargıda Dürüstlük Grubu) oluşturulmuştur.

Gurubun Viyana'da yapılan ilk toplantısına ilk katılımcılar çok çeşitli yasalar uygulayıp ortak bir yargı geleneğini paylaşan Asya, Afrika ve Pasifik'ten olmak üzere 9 ülkeden davet edilmiştir. Toplantıda “yasama ve yürütme organlarının müdahalesi olmaksızın, yargı bağımsızlığı ile tutarlı olacak şekilde, saygı duyulabilecek ve nihayetinde yargı tarafından ulusal düzeyde uygulanabilecek, evrensel olarak kabul edilebilir bir yargı standartları bildirisine acilen ihtiyaç duyulduğu” kanaatine ulaşılmıştır.

İlkelerin taslak metni anılan grubun, ilkelere ismini veren Hindistan'ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen 2001 yılındaki ikinci

⁶ Inceoğlu, Sibel, Devlet'te Etik'ten Etik Devlete: Yargıda Etik, TÜSİAD Yayınları, 2012, s. 161.

⁷ (BEİY, 2020: 34)

toplantısında da kabul edilmiştir. Bu toplantıda üyeler daha önce hazırlanan taslağı inceleyerek ilerlemek suretiyle temel değerleri belirlemiş, ilgili ilkeleri geliştirmişlerdir. Bu taslak hem gelenek hukuku hem de Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin uygulandığı 75'ten fazla ülkeden Yüksek Mahkeme Başkanları ile kıdemli hâkimlerin katıldığı çeşitli yargı konferansları ve toplantılarında sunulmuş ve tartışılmıştır. Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin ilgili "Görüş"leri, Bangalor Taslağı'nın gelişmekte olan şekline önemli bir katkıda bulunmuştur.

Bangalor Taslağı'nın gözden geçirilmiş hâli daha sonra 25 ve 26 Kasım 2002 tarihlerinde Uluslararası Adalet Divanı'nın merkezi olan Hollanda'nın Lahey kentinde düzenlenen Kıta Avrupası hukuku ülkelerinden Yüksek Hâkimler (veya temsilcileri) Yuvarlak Masa Toplantısında gözden geçirilmiş ve üzerinde anlaşma sağlanmıştır. İlkeler, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir.

Bangalor İlkelerini benzersiz yapan özelliği ise, devlet adamları tarafından hazırlanan bir belge olmayıp, kendi tecrübelerinden yola çıkan pek çok farklı hukuk sistemini temsil eden hâkimler tarafından oluşturulmuş olmasıdır⁸.

İlkeler, o zamanki adıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile Yargı Sistemimizce de benimsenmiş, akabinde HSYK kararlarında, Yargıtay ve Danıştay içtihatlarında referans metin olarak zikredilmiştir⁹. Yargıtay da bozma

kararlarında Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'ne destek norm olarak dayanabilmektedir¹⁰.

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, küresel yargının farklı sektörleri ile yargı sürecinde dürüstlikle ilgilenen uluslararası kuruluşlar tarafından giderek daha fazla kabul edilmektedir. Bunun sonucunda Bangalor İlkeleri, gün geçtikçe bütün yargı kurumlarının ve hukuk sistemlerinin çekince koymadan kabul edebileceği bir belge olarak görülmektedir. Bazı ülkeler Bangalor İlkelerini kabul etmekle yetinirken, Yargıtay gibi bazı ulusal yargı mercileri bu ilkeleri model alarak kendi Yargı Etiği İlkeleri'ni oluşturmuştur.

Uluslararası kuruluşlar da bu ilkeleri benimsemiş ve onaylamıştır. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi 2006/23 sayılı ve 27 Temmuz 2006 tarihli kararında, yargı mensupları için mesleki ve etik davranış ilkeleri bakımından kurallar geliştirilirken veya gözden geçirilirken, hukuk sistemlerine uygun şekilde üye devletleri, kendi yargı kurumlarını Bangalor İlkeleri'ni dikkate almaya teşvik etmeye çağırmıştır. BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi, Bangalor İlkeleri'ni aktif olarak desteklemiştir. İlkeler Amerikan Barolar Birliği ile Uluslararası Hukukçular Komisyonu gibi kurumlar tarafından da tanınmış ve çalışmalarında göz önüne alınmıştır¹¹.

BM Yargıçların ve Avukatların Bağımsızlığı Özel Raportörü, Bangalor İlkeleri'nin tercihen ulusal dillerde, tüm hukuk fakültelerinde ve hâkimler ile avukatların

⁸ Tuğan, E. N, Ömürgönülşen, U, (2020), "Türkiye'de Yargı Etiği İlkeleri Üzerine Bir İnceleme", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 24 (Aralık Özel Sayı), s. 92.

⁹ Örnek olarak Danıştay, 5. Daire, E. 2017/5188, K. 2020/3355, T. 8.7.2020

¹⁰ Örnek olarak: 21.CD, 21.04.2015 tarihli ve 2015/602 E., 2 (015/331 K.İ 4. HD., E. 2015/15244 K. 2017/1596 T. 13.3.2017.

¹¹ Weeramantry, C. G. (2020). Önsöz, Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumu, Ankara, Yargıtay, s. 7.

meslek kuruluşlarında yaygınlaştırılmasını tavsiye etmiştir¹².

Belgenin girişinden, belgeyle yargı etiği alanında devletler ile ulusal yargı organları ve kurullarına yol göstermek üzere, hâkimlerin bireysel ve mesleki olarak yargıya güvenin artırılması için sahip olmaları gereken evrensel etik davranış standartlarının belirlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Yine belgenin girişinden anlaşıldığı üzere, belgenin hazırlanmasını gerektiren gerekçeleri şöyle özetlemek mümkündür:

İnsan haklarının korunmasının yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargıyı, bunun ise adaletin dürüst şekilde idaresini gerektirmesi,

Yargının Anayasa ve hukukun üstünlüğünü koruma işlevlerinin yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargıyı gerektirmesi,

Modern ve demokratik bir toplumda, yargının ahlaki otoritesi ve dürüstlüğüne bağlı olarak vatandaşların yargıya güveninin son derece önemli oluşu,

Hâkimlerinin görev ve yetkilerinin onlara yüklediği sorumluluğun bilincinde olmalarının gerektiği, bu sorumluluğunun mesleklerine ve yargıya olan güvenin korunması ve geliştirilmesini de içermesi,

Yargı etiği ile ilgili yüksek standartları korumaya ve geliştirmeye yönelik temel sorumluluğun, her ülkede yine yargının üzerinde olması.

Öte yandan, ilkeler hâkimlere yönelik etik davranış standartlarını oluşturmayı, hâkimlere rehberlik etmek ve yargısal davranışlara ilişkin olarak yargı organına bir çerçeve sağlamayı, aynı zamanda, yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve genel olarak halkın, yargıyı daha iyi anlamalarına ve ona destek olmalarına yardımcı olmayı amaçlamaktadır.

İlkeler, bir önsöz bölümü ile başlamakta, altı temel değerle devam etmektedir. Bu temel değerler; bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık, eşitlik, ehliyet ve özen olarak ifade edilmiştir. Her bir değer in ardından ilgili ilkelere yer verilmektedir. Her değer ve ilkenin altında ise uygulama başlığı altında genel olarak yargının etik işleyişi için yargıcın yapması ve yapmaması gereken somut davranışla kuralları sıralanmaktadır. Son olarak da ulusal yargı teşkilatlarını etik ilkeleri uygulama mekanizması oluşturmalarını talep eden uygulama paragrafı yer almaktadır.

İlkelerin kapsadığı temel değerler ve bunların ilkeleri şunlardır:

Yargı Bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir; bu nedenle hâkim hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını korumalı ve bu konuda örnek teşkil etmelidir.

Tarafsızlık, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasını oluşturur; bu ilke sadece kararlar için değil, kararların oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.

Doğruluk, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesi esastır.

Dürüstlük ve dürüstlük görünüşü, bir hâkimin tüm faaliyetlerinin yürütülmesinde esaslı bir unsurdur.

Eşitlik, mahkemelerin herkese aynı şekilde davranması olup hâkimlik görevinin yerine getirilmesi için çok gerekli bir unsurdur.

Ehliyet ve liyakat (göreve lâyık olma), yargı görevinin gereğince yerine getirilmesinin ön koşullarıdır.

Bağımsızlık altında 6, tarafsızlık altında 5, doğruluk, altında 2, dürüstlük altında 16,

¹² (BEİY, 2020: 19)

eşitlik altında 5 ve ehliyet ve liyakat altında 7 davranış kuralı yer almaktadır. Bazı davranış kuralları altında birden fazla alt kurallara da yer verilmiştir.

Bangalor etik ilkeleri, ilan edilir edilmez birçok ülke tarafından hızlı bir şekilde benimsenmiş ve iç hukuk kuralı haline getirilmiştir. Bu ilgi üzerine, 1-2 Mart 2007 tarihinde Viyana “da BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC) koordinasyonunda 35 ülke temsilcisinin katılımı ile yapılan ve Bangalor ilkelerini güçlendirmeyi amaçlayan bir toplantı gerçekleştirilmiştir. Toplantıya İslam hukukunun uygulandığı ve/veya Müslüman nüfusunun çok olduğu ülkelerden temsilciler de katılmışlardır. Toplantı akabinde Eylül 2007’de “Bangalor Yargı Etiğinin Yorumu” adlı bir rapor yayınlanmıştır.

Raporun hazırlanma sürecinde, hukukçuların Bangalor İlkeleri’nin hazırlanma ve kültürlerarası danışma süreçleri ile içindeki değerlerin ve ilkelerin eklenme gerekçelerini anlamasını sağlamak, ortaya çıkabilecek zorluklarda, çeşitli durumlarda ve sorunlarda bu değer ve ilkelerin uygulanabilirliğine ilişkin daha geniş bir anlayış geliştireceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Dolayısıyla rapor, evrensel yargı etik ilkelerini her ülkenin kendi hukuk sistemine uyarlaması hususunda yargı teşkilatlarına yardımcı olmayı hedeflemiştir.

Bu şerhe belli başlı medeniyet ve dinlerin etik ile ilintili hükümleri de ek olarak konmuştur. Önsözde, “Geleneksel hukuk sistemlerinin hepsinde olduğu gibi dünyadaki tüm büyük din sistemlerinin de yargıda dürüstlüğü en yüksek standartları konusunda uzlaştıkları dikkate alınmalıdır. Bunu gözeterek Yorum, yargıda dürüstlük konusuna

ilişkin dini öğretilerin kısa bir özetine de eklerinden birinde yer vermiştir.” denilmektedir. Bu bağlamda İslam hukukunun yargı etiğine bakışı da özellikle Hassaf el Şeybani’nin daha önce bahsettiğimiz Edebu’l Kadi” eserinden hareketle detaylı şekilde değerlendirilmiştir.

1.2.Savcılara İlişkin “Budapeşte İlkeleri

Tam ismi “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları” olan belge savcılarını kapsamakta olup kamu savcılık hizmeti için veya kamu savcılık hizmeti adına çalışan tüm savcılardan beklenen davranış ve uygulama standartlarını ortaya koymaktadır.

Savcı, ceza yaptırımının söz konusu olduğu yasa dışı davranış ve durumlarda toplum adına ve kamu yararına hem sanık hem mağdurun haklarını hem de ceza düzeninin gerektirdiği etkinliği, duyarlılığı dengeleyerek hukukun uygulanmasına önemli katkıda bulunan yargılama ögesidir. Ceza adaletinin gerçekleşmesi sağlıklı çalışan bir savcılık kurumunu gerekli kılmaktadır¹³. Uluslararası ve ulusal alanlarda savcılar için yüksek etik standartlar belirlenmesi ihtiyacının sebebi bu durumdur.

İlkeler 46 üyeli bölgesel bir uluslararası örgüt olan AK bünyesinde, Macaristan Başsavcılığı İşbirliğiyle 31 Mayıs 2005’te Budapeşte’de gerçekleştirilen “Avrupa Savcıları Konferansı” toplantısında kabul edilmiştir. Her yıl düzenlenen bu Konferans 2005 yılında AK Bakanlar Komitesinin bir danışma organı olarak “Avrupa Savcıları

¹³ Aşçıoğlu, Çetin, Doğru ve Güvenli Yargı Özlemi ve Yeniden Yapılanma (Reform), Sözkese Matbaası, Ankara 2010.

Danışma Kurulu” adı altında kurumsal bir yapıya dönüştürülmüştür.

İlkelerin amacı savcıların, ceza adalet sisteminde kilit rol oynamaları ve ayrıca bazı yargı sistemlerinde hukukun başka alanlarda görevli olmalarından dolayı ulusal düzeyde savcılar için ortak ilkelerin belirlenmesinin teşvik edilmesi gerektiğinden hareketle bu konuda devletlere ve ulusal savcılık örgütlerine yol gösterecek Etik ve Davranış Biçimlerine ilişkin Avrupa standartlarını belirlemektir.

Belgede yer alan davranış kurallarının yol gösterici niteliği ilkelerin girişinde aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır:

Bu rehber ilkeler, farklı ulusal savcılık hizmetleri üzerinde bağlayıcı olmamakla birlikte, savcılarının görevlerinin icrasına ilişkin yaygın olarak kabul edilmiş ve etik ve benzer hususlar konusunda ulusal düzeyde rehber olarak değerlendirilebilecek genel ilkeler olarak görülmelidir. Bu rehber ilkeler, kamu savcılık hizmeti için veya kamu savcılık hizmeti adına çalışan tüm savcılardan beklenen davranış ve uygulama standartlarını ortaya koymaktadır.

İlkelerin gerekçesi olarak, belgelerin giriş kısmında savcılarının ceza adaleti sistemindeki rolü, bu bağlamda toplum adına ve kamu yararına hukukun uygulanmasını sağlayan kamu yetkilileri olmaları gösterilmiştir. İlkelerin temel görevler bölümünden anlaşılacağı üzere, savcılık mesleğinin temel değerleri olarak şunlar belirtilmektedir: Adalet, tarafsızlık, tutarlılık, insan onuru ve insan haklarına saygı.

İlkelerin sistematigi Bangalor İlkelerinkinden farklıdır. İlkeler, giriş, temel görevler, genel olarak mesleki davranış kuralları, ceza soruşturmaları çerçevesinde mesleki davranış ile özel yaşamdaki davranışlar başlıklı bölümlerden oluşmaktadır.

Genel olarak mesleki davranışlar altında 15 davranış kuralı, ceza soruşturmaları çerçevesinde mesleki davranış altında 14 davranış kuralı, özel yaşamdaki davranışlar altında 5 davranış kuralından oluşmaktadır.

1.3.Havana Kuralları

Tam adı “Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler” olan Havana İlkeleri avukatlara yönelik olup BM çerçevesinde hazırlanmıştır. Belge 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana “da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

Serbest avukatlık son yıllarda oldukça değişmiştir ve mesleği icra edenler işlerinde daha çok ticari yaklaşımı benimsemek zorunda kalmışlardır. Ancak, bağımsız bir mesleğe mensup turlar ve mahkemeye ve müvekkillerine karşı sorumluluklarına uymalarını sağlayan kurallara riayet etmeli ve belirli mesleki standartları korumalıdırlar. Yüksek kalitede hukuk hizmetlerinin verilmesi ve kişiler arasında ayırım yapılmaması sağlanmalıdır.

Havana İlkeleri, avukatlarının görevi ile ilgili, uluslararası düzeyde hukuk mesleğinin icrası için yeknesak hükümler getirmektedir. Belirtmek gerekir ki İlkeler resmi olarak avukatlık statüsüne sahip olanların dışında resmi statüsü olmadan bu görevi yapanları da kapsamaktadır. Bu husus Başlangıç bölümünde, “bu ilkeler mümkün olduğu kadar, avukatlık resmi statüsüne sahip olmadan avukatlık görevi yapan kimselere de uygulanır” şeklinde ifade edilmiştir.

Avukatlık, profesyonel nitelikte icra edilen, kamusal niteliğe sahip önemli bir meslektir. Meslek, belli deontolojik ilkeler şemsiyesi altında mesleki bir kuruluşun

(Baroların) denetimi altındadır¹⁴. Avukatlığın amacı, her türlü hukuki sorun ve uyuşmazlığın adalet ve hakkaniyete göre çözümlenmesine katkıda bulunmaktır. Diğer yandan, her kişiye ya da kişi grubuna hak ve menfaatlerini savunmak veya ileri sürmek için bir avukatın yardımına başvurma hakkı tanınmıştır ve avukat bunu dürüst, özgür ve bağımsız olarak mümkün olan en iyi şekilde yapmakla görevlidir.

İlkeler avukatların görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlama ve geliştirme konusunda BM üyesi devletlere yardımcı olmayı, ulusal mevzuat ve uygulama bakımından hükümetler tarafından dikkate alınacak ve avukatlarla birlikte yargıçlar, savcılar, yürütme ve yasama organı mensupları gibi diğer kimselerin ve genel olarak halkın bilmesi gereken standartları ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Başlangıç bölümünde ilkelerin hazırlanış gerekçesi olarak aşağıdaki hususlar vurgulanmıştır:

“Bütün insanların sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel veya kişisel ve siyasal nitelikteki insan hakları ve temel özgürlüklerin yeterli bir biçimde korunmasının, herkesin bağımsız hukukçuların sağladığı adli hizmetlere etkili bir biçimde ulaşma hakkına sahip olmasını gerektirdiği,

Avukatların meslek örgütleri, mesleki standartların ve meslek ahlakının yüceltilmesinde, üyelerinin baskıya, haklarının yersiz olarak kısıtlanmasına ve ihlal edilmesine karşı korunmasında, ihtiyacı bulunan herkese adli hizmet sağlanmasında ve hükümet ve diğer kuruluşlarla iş birliği yaparak adaletin ve kamu yararının daha fazla

gerçekleştirmesinde hayati bir role sahip olduğu.”

İlkeler şu başlıklardan oluşmaktadır: Başlangıç, Avukata ve Adli Hizmetlere Ulaşma (4 ilke), Ceza Adaletiyle İlgili Konularda Özel Koruyucular (4 ilke), Avukatların Nitelikleri ve Eğitimi (3 ilke), Avukatların Görev ve Sorumlulukları (4 ilke), Avukatlık Faaliyetinin Güvencesi (7 ilke), İfade ve Örgütlenme Özgürlüğü (1 ilke), Avukatların Meslek Örgütleri (2 ilke) ve Disiplin İşlemleri (4 ilke)

İlkelerde avukatları için etik ilkeler “Avukatların Görev ve Sorumlulukları” başlığı altında ifade edilmiştir. Buna göre;

“Avukatlar adalet dağıtımında temel bir unsur olarak, her zaman mesleklerinin şeref ve itibarını korurlar.

Avukatların müvekkillerine karşı görevleri şunları içerir:

Müvekkillerine sahip oldukları haklar ve yükümlülükler ile müvekkillerinin haklarını ve yükümlülüklerini ilgilendirdiği ölçüde hukuk sisteminin işleyişi konusunda kendilerine bilgi vermek;

Müvekkillerine uygun yoldan her türlü yardımda bulunmak ve onların haklarını korumak için hukuki muamelede bulunmak;

Müvekkillerine mahkemeler, yargı yerleri ve eğer uygunsa idari makamlar önünde yardım etmek.

Avukatlar müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin gerçekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ve temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar ve hukuka ve hukukçuluk mesleğinin kabul görmüş

¹⁴ Yücel, Mustafa Tören, “Avukatlık Meslek Etiğine Kriminolojik Bir Yaklaşım”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 75, Y. 2008, s. 269.

standartlarına ve ahlaki kurallarına uygun biçimde serbestçe ve özenle hareket ederler.

Avukatlar her zaman müvekkillerinin menfaatlerine saygı gösterirler.”

2. Fransız Hukukunda Yargı Etiği

Belge ve Mekanizmaları

2.1. Temel Belgeler

2.1.1. Adli Yargı İçin “Hâkim ve

Savcıların Etik Ödevleri Derlemesi”

Hâkim ve Savcıların Etik Ödevleri Derlemesi (Recueil des obligations déontologiques des magistrats), adli hâkim ve savcılar kapsamaktadır. Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca Le Conseil supérieur de la magistrature) yayımlanmıştır.

Kurallar Yüksek Kurul tarafından uzun bir hazırlık ve çalışmanın sonunda 2010 yılında ilan edilmiştir. 27 sayfadan oluşan ve Fransız HSYK’sı ile Yargıtay’ın internet sitelerinden ulaşılabilen Derleme şu temel değer ve ilkelere dayanmaktadır: Bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük ve doğruluk, sadakat, mesleki bilinç, onur, ötekine özen ve saygı, ihtiyat ve gizlilik. (Conseil Supérieur de la Magistrature, 2023).

Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulu, 9 Ocak 2019 tarihinde Derlemenin gözden geçirilmiş güncel versiyonunu yayınlamıştır. Derleme’de Etik Kuralların niteliğine ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

“Bu Derleme bir disiplin yönetmeliği değil, hâkim ve savcılar için bir rehber teşkil etmektedir. Yayımlanması, Fransız yargı sisteminin bağımsız ve tarafsız işleyişine yönelik kamuoyu güvenini güçlendirici nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla, bu Derleme, düzenleyici güce sahip ve içeriği sabit olacak

bir etik kuralları oluşturmaz. Tüm hâkim ve savcılarının davranışlarını uyarlaması gereken temel değerler etrafında ifade edilen mesleki davranış ilkelerini belirler.”

2.1.2. İdari Yargı İçin “İdari Yargı

Mensupları Etik Şartı”

İdari yargı Hâkim ve savcılarını kapsayan İdari yargı Mensupları Etik Şartı (La Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative) ilk olarak 2011 tarihinde kabul edilmiştir. Fransız Danıştay’ının internet sitesinden (<https://www.conseil-etat.fr/>) ulaşılabilen mevcut Şart, 20 Nisan 2016 tarihli Kanunla değişik İdari yargı kanununun 231.4.1. maddesine dayanılarak İdari Yargı Etik Kurulu’nun, idari yargı Yüksek Kurulunun ve Danıştay’ın görüşü alınarak Danıştay Başkan Vekili tarafından 14 Mart 2017 çıkarılmıştır. Şart, her şeyden önce Danıştay’ın tüm üyelerine ve yürüttükleri işlevler ne olursa olsun, idari istinaf mahkemelerinin ve idari mahkemelerin üyelerine yöneliktir. Ayrıca, özellikle gizlilik ve takdir yetkisi ile ilgili olarak, davetli hâkimler veya akademisyenler de dâhil olmak üzere idari yargı çalışmalarına katılan veya katılma yetkisine sahip kişiler, adli asistanlar veya stajyerleri ilgilendirmektedir. Son olarak ister yargısal ister idari işlevleri isterse özel faaliyetleri yerine getirsinler, durumlarının veya faaliyetlerinin eski onurunu ihlal edebileceği veya idari yargının işleyişini ve bağımsızlığını etkileyebileceği durumlarda. Geçici veya kalıcı olarak görevden ayrılan idari yargı üyelerine yöneliktir.

Sayfadan oluşan şart, aşağıdaki konuları içermektedir:

- I. Dayanak kanun maddeleri
- II. Genel İlkeler
- III. Bağımsızlık ve tarafsızlık

IV. Görevlerin icrasında çıkar çatışmalarının önlenmesi

V. Kamuya yönelik ifadelerde ihtiyatlı olma ödevi

VI. Mahremiyet ve takdir yetkisi

VII. Münhasırlık yükümlülüğü ve yan faaliyetler

VIII. Etik Kurul

Danıştay Başkan Vekili 16 Mart 2018'de Etik Kurul, Danıştay Danışma Kurulu ve İdari Mahkemeler ve İstinaf mahkemeleri Yüksek Kurulu'nun görüşlerini aldıktan sonra idari yargı üyeleri tarafından sosyal ağların kullanımına özgü tavsiyelerle zenginleştirmiştir. Bu karar Şartın 47. paragrafı değiştirmiş ve 47-1 ile 47-6. paragrafları Şarta eklemiştir.

2.1.3. Avukatlar İçin “Ulusal Avukatlık Mesleği İçtüzüğü” ve “Avukatlık Mesleği Etik Kodu Kararnamesi”

Fransız yasa koyucu, avukatlık mesleğinin kural ve uygulamalarını genel düzenlemeler aracılığıyla birleştirme görevini “Ulusal Barolar Konseyi”ne vermiştir (21.1.2004 tarihli Kanunla değişik 31 Aralık. 1971 tarihli Kanunun 21-1 maddesi). Konsey, son olarak 2005 yılında “Ulusal Avukatlık Mesleği İçtüzüğünü” (Règlement Intérieur National de la profession d'avocat) çıkarmıştır. İçtüzük ayrıca yaklaşık bir milyon avukatı temsil eden Avrupa Barolar Konseyinin “Avrupa Avukatlar Meslek İlkelerini de içermektedir.

Kanun uyarınca avukatlık mesleğini temsil eden organ, yazılı hale getirmek ve gerektiğinde değiştirilmek üzere kararname yoluyla Etik Kurallar Taslağının temel içeriğini oluşturacaktır. Ulusal Barolar Konseyi tarafından hazırlanarak Başbakanlığa iletilen taslak esas alınarak çıkarılan ve 54 maddeden oluşan 30 Haziran 2023 tarihli ve

2023-552 sayılı Avukatlık Etik Kodu Kararnamesinde aşağıdaki ifadeye yer verilmiştir:

Avukat, yemin şartlarına uygun olarak görevlerini onur, vicdan, bağımsızlık, dürüstlük ve insanlık ile yerine getirir.

Bu yerine getirmede şeref, sadakat, eşitlik ve ayrımcılık yapmama, çıkar gözetmeme, kardeşlik meslek dayanışması, incelik, ılımlılık ve nezaket ilkelerine de saygı gösterecektir.

Müvekkillerine karşı yetkinlik, özveri, titizlik ve ihtiyatlılık gösterir (m.3).

Mesleğe girmek için Avukat, mesleki etiğinin temelini oluşturan aşağıdaki yemin etmelidir:

“Bir avukat olarak görevlerim, onur, vicdan, bağımsızlık, dürüstlük ve insanlık ile yerine getireceğime yemin ederim”.

Danıştay ve Yargıtay nezdindeki avukatlar ile diğer hukuk meslekleri için: 22 Aralık 2021 tarih ve 2021-1729 sayılı Yargı Kurumuna Güven Çerçeve Kanunu “hukuk meslek mensuplarının faaliyetinde kamuya güvenin güçlendirilmesi” başlıklı 5. Bölüm altında 31 ila 39. maddelerde hukuk mesleklerinin meslek etiği ve disiplin konularını düzenlemiştir. Kanun, Danıştay ve Yargıtay nezdinde avukatlar, adalet komiserleri, ticaret mahkemesi yazı ileri müdürleri ve noterleri kapsamaktadır (md.31). Her bir mesleğin ulusal kurumu tarafından bir etik kod hazırlanacak ve Danıştay kararıyla yayımlanacaktır (md.32). Bu kurumlar, Danıştay ve Yargıtay Nezdindeki Avukatlar Barosu, Adalet Komiserleri Ulusal Odası, Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Müdürleri Ulusal Odası ile Noterler Yüksek Kuruludur.

Bu kuralların hazırlanmasını sağlayacak etik kurullar 13 Nisan 2022 tarih ve 2022-545 sayılı Bakanlık Görevlilerinin Etik Kurullarına İlişkin Kararname ile oluşturulmuştur.

1 Mart 2023 tarih ve 2023-146 sayılı Kararname ile Danıştay ve Yargıtay Nezindeki avukatlar bir etik koda sahip ilk hukuk meslekleri olmuşlardır.

2.2. Mekanizmalar

2.2.1. Hâkim ve Savcılar Yüksek

Kurulu Genel Kurulu

Fransız Anayasası'nın 65. maddesi Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunun (la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature) görevleri arasında hâkim ve savcı etiği (déontologie des magistrats) ile ilgili konularda karar vermeyi de saymaktadır. Buna göre;

Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu, 64. madde uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından yapılan görüş taleplerine cevap vermek üzere genel kurul olarak toplanır. Aynı oluşumla, hâkim ve savcı etiği ile ilgili konularda ve Adalet Bakanının başvurusuyla yargının işleyişine ilişkin her türlü soruna ilişkin karar verir.

Anayasaya uygun olarak 5 Şubat 1994 tarih 94-100 çerçeve kanunun 20. maddesiyle HSYK Genel Kuruluna Hâkim ve savcılar için etik yükümlülükler derlemesi hazırlama ve ilan etme görevi verilmiştir¹⁵.

2.1.2. Adli Yargı Hâkim ve Savcıları

Etik Kurulu

Kurul (Le Collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire) 8 Ağustos 2016 tarih 206-1090 sayılı Çerçeve Kanunla oluşturulmuştur. İstisari bir organ olup Hâkim savcının veya mahkeme başkanının başvurusu üzerine bireysel durumlara ilişkin görüş vermektedir. Ayrıca kendisine iletilen çıkar çatışmalarına ilişkin bildirimleri

incelemektedir. Her sene Hâkim ve Savcılık Yüksek Kurulu'na bir faaliyet raporu sunmaktadır¹⁶.

Kurul Yargıtay'da toplanmakta ve sekretarya hizmetleri Yargıtay 1. Başkanlığı Genel Sekreterliği tarafından yerine getirilmektedir. Her bir başvuru başkan tarafından atanan 2 raportör tarafından incelenmekte ve 1 ile 2 ay arası bir süre içinde görüşülen başvuru konusunda Genel Kurul tarafından yazılı istisari görüş verilmektedir. Görüş başvuru sahibine tebliğ edilmektedir. Başvuru bir mahkeme başkanı tarafından yapılmışsa, ilgiliye hakkında bir başvuru yapıldığı bilgisi verilmektedir.

Kurul üyeleri aşağıdaki kaynaklardan gelmektedir.

Kurul Genel Kurulu'nun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından seçilen 1 üye,

Yargıtay hiyerarşisi dışında kürsü hâkimleri genel kurulu tarafından seçilen 1 üye

İstinaf mahkemeleri nezdindeki başsavcılar **genel** kurulu tarafından seçilen 1 üye

Danıştay Başkan Vekili tarafından seçilen 1 üye

Yargıtay 1. Başkanının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından seçilen 1 akademisyen

Hâlihazırdaki yapısıyla Kurul, bir onursal başsavcı ve eski Kurul üyesi başkanlığında, Yargıtay Daire Kıdemli Tetkik hâkimi, Onursal Başsavcı, Onursal Danıştay üyesi ve üniversite profesörü olmak üzere 5 kişiden oluşmaktadır.

Görüldüğü üzere Hâkim ve Savcılık Yüksek Kurulu ile Etik Kurul arasında bağlantı eski bir Yüksek Kurul üyesinin Etik

¹⁵ (Conseil supérieur de la magistrature, 2023)

¹⁶ (Cour de Cassation, 2023).

Kurulda yer alması ve yıllık rapor sunulması yollarıyla sağlanmaktadır.

2.1.3. Etik Gözetim ve Yardım Birimi

Etik Gözetim ve Yardım Birimi (service d'aide et de veille déontologique (SAVD), 2016 yılında Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından oluşturulmuştur. Birim, Kurulun eski üyelerinden oluşmakta ve hâkim ve savcıların etik konularda birime sordukları sorular hakkında ivedi ve durumlarına uyan bilgilerden yararlanmalarını sağlayan bir nöbet usulüyle tüm adli hâkim ve savcılara somut yardım sunmaktan sorumludur. Yardım telefon görüşmeleri şeklinde sağlanır ve hâkim ve savcıya ayrıca yazılı bir görüş gönderilmez.

2.1.4. İdare Mahkemeleri ve İdari İstinaf Mahkemeleri Yüksek Kurulu

Fransa'da, İdari Mahkemeler ve İdari İstinaf Mahkemeleri Yüksek Konseyi'nin (le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) genel yetkili idari mahkemelerin hâkim savcılarına ilişkin sorunlar için genel danışmanlık rolü vardır. 1988 yılında oluşturulan bu kurumun eşdeğerleri, Bölgesel Sayıştaylar Yüksek Kurulu ve adli yargı için ise Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu'dur.

Danıştay Başkan vekili 17başkanlığında, aşağıdaki üyelerden oluşmaktadır:

İdari yargı mercilerinin teftiş misyonunun başkanı olan Danıştay Üyesi;

Danıştay Genel Sekreteri;

Adalet Bakanlığı adli hizmetlerden sorumlu müdür;

Meslektaşları tarafından seçilen bir mahkeme başkanı ve bir yedek;

İdari mahkemeler ve idari istinaf mahkemeleri yargıçları arasından seçilen beş temsilci:

a) Bir raportör asil yedek temsilci ve;

b) Baş raportör iki asil ve iki yedek temsilci;

c) Başkanlar arasından iki asil temsilci ve iki yedek;

6. Danıştay üyeleri ile idari mahkemeler ve idari istinaf mahkemeleri Hâkimleri dışında, sırasıyla Cumhurbaşkanı, Ulusal Meclis ve Senato Başkanı tarafından atanan hukuk alanındaki becerilerine göre seçilen ve parlamenter olmayan üç kişi

2.1.5. İdari Yargı Etik Kurulu

İdari Yargı Etik Kurulu (Collège de déontologie de la juridiction administrative), 20 Mart 2012 tarihinde Danıştay Başkan Vekili tarafından kurulmuştur. 20 Nisan 2016 tarih ve 2016-483 sayılı Kanunun 131-4 maddesine göre; “Danıştay Başkan Vekili, idari yargı etik kuruluna danıştıktan sonra etik ilkeleri ve İdari yargı mercii üyesinin işlevlerini yerine getirmesine özgü iyi iyi uygulamaları belirleyen bir etik şart oluşturur”.

Kurul idari yargı üyelerini İdari Yargı Etik İlkeleri ve iyi uygulamaların uygulanmasında aydınlatmakla görevlidir. Kanun'un 131-5 maddesi uyarınca, Kurulun oluşumu şöyledir;

Genel Kurul tarafından seçilen bir Danıştay üyesi;

İdare Mahkemeleri ve İdari İstinaf Mahkemeleri Yüksek Kurulu tarafından seçilen bir idari mahkemeler ve idari istinaf mahkemeleri hâkimi;

Yargıtay birinci başkanı tarafından Yargıtay'daki görevdeki veya emekli hâkimler

¹⁷ Fransız Danıştayı hukuken Başbakan tarafından uygulamada Başkan vekili tarafından yönetilir.

arasından veya Sayıştay birinci başkanı tarafından Sayıştay'da görev yapan veya emekli hâkimler arasından dönüşümlü olarak atanan bir üye

Danıştay üyeleri ile idare mahkemeleri ve istinaf mahkemelerinin hâkimleri dışında, Danıştay Başkan Vekilinin önerisi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanan nitelikli bir kişi.

İdari yargı alanındaki üyelere yönelik etik şartta öngörüldüğü üzere, kurul idari yargı alanındaki tüm üyelere, bu şartın hatırlattığı ilkelerin ve iyi uygulamaların uygulanması konusunda bilgi sağlamaktan sorumludur.

Danıştay'ın herhangi bir üyesi veya idari mahkemeler ve idari istinaf mahkemelerinin herhangi bir Hâkimi, kendisini ilgilendiren etik bir soruyu bizzat iletebilir

Kurula, gerektiğinde Danıştay Başkan Vekili, Danıştay daire başkanları, Danıştay genel sekreteri, idare mahkemeleri teftiş heyeti başkanı ve Danıştay daire başkanı, mahkeme başkanlarının yanı sıra İdari Mahkemeler ve İdari İstinaf Mahkemeleri Yüksek Konseyi tarafından da başvuru yapılabilir. Son olarak, kendi inisiyatifleriyle tavsiyelerde bulunabilir.

Kanun'un 131-6 maddesi uyarınca, idari yargı etik kurulunun sorumlulukları şunlardır;

Kanun'un 131-4 maddesinde belirtilen etik kuralların oluşturulmasından önce görüş bildirmek;

İdari yargının bir üyesi ile ilgili herhangi bir etik soru hakkında görüş bildirmek

Etik ilkelerin ve etik şartın uygulanması konusunda idari yargı üyelerini aydınlatmak için öneriler formüle etmek.

Kanun'un 131-7 ve 231-4-1 maddelerinde belirtilen şartlar altında kendisine gönderilen

çıkar çatışması bildirimleri hakkında görüş bildirmek.

Etik kurul başkanı Danıştay Başkan Vekili tarafından atanır. Kurul üyeleri bir kez yenilenebilen üç yıllık bir süre için seçilir. Kurul tavsiyelerini kamuoyuna açıklar ve istişari görüşlerini ise ilgilinin ismini gizleyerek yayınlar.

Kurulun görüşleri muhatapları için bağlayıcı nitelik taşımaz. Bunlar görüşlere uymak zorunda değildirler ve görüşlere karşı yargı yoluna gidemezler.

2.1.6. Hâkim ve Savcı ile Avukat İlişkileri Deontolojisi Ortak Danışma Kurulu

Hâkim ve Savcı ile Avukat İlişkileri Deontolojisi Ortak Danışma Kurulu (Conseil consultatif conjoint de la déontologie magistrats-avocats-CCCDMA) 2019 yılında Yargıtay bünyesinde oluşturulmuştur. Yargıtay, adli yargı istinaf, ilk derece mahkemeleri, Yargıtay ve adli yargı cumhuriyet savcıları ile avukatlık örgütleri temsilcileri tarafından hazırlanan ve imzalanan "Hâkim ve Savcı ile Avukat İlişkileri Deontolojisi Ortak Danışma Kurulunun Oluşturulmasına Dair Şart"a dayanmaktadır¹⁸.

Bu Kurul'un amacı: isimsiz somut durumlardan hareketle, hâkimler ve savcılar-avukatlar arasındaki ilişkiye dair etik sorunların belirlenmesi, yorumlanması ve uygulanmasındaki güçlüklerle ilgili olarak, normatif değer taşımayan istişari görüşler vermek; tavsiyeler formüle etmek, bir içtihatlar referans çerçevesi oluşturmak ve mesleki etik ve hâkim ve savcılar ile avukatlar arasındaki mesleki ilişkiler açısından iyi uygulamalara yönelik bir rehber geliştirmek;

¹⁸ (CCCDMA, 2023)

gerekirse, kanun veya düzenleyici işlem çıkartılmasına yönelik bir girişim arzusunun görüldüğü alanları ortaya çıkarmaktır. Kurulun tüzüğünde, temel amacının, hâkim ve savcı ile avukat ilişkisinin etiğine ilişkin genel veya özel konularda karar verme olduğu, Kurulun, etiği oluşum halinde bir deontoloji olarak gören canlı, dinamik bir deontolojiyi desteklediği ve hâkimler ve avukatlar arasındaki ilişkilerin kalitesine katkıda bulunmayı amaçladığı belirtilmiştir¹⁹.

3. Türk Hukukunda Yargı Etiği

Belge ve Mekanizmaları

3.1. Belgeler

3.1.1. Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri

Muhatabı Yargıtay'da görev yapan hâkimlerdir. Bu hâkim kavramı kapsamına “Yargıtay Birinci Başkanı, başkan vekilleri, daire başkanları, üyeler ve tetkik hâkimleri” girmektedir.

Belge 2017 yılında Yargıtay Başkanlığı ile UNDP tarafından yürütülen “Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi” kapsamında hazırlanmıştır.

Etik ilkelerin başlangıç bölümünde aşağıdaki uluslararası belgelere atıf yapılmıştır: BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi ve Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Yorumu.

İlkeler, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ve Yorumu göz önünde tutularak Yargıtay üyeleri ile tetkik hâkimlerinin etik davranış standartlarını oluşturmak suretiyle onlara rehberlik sunmak, yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve toplumun yargıyı daha iyi anlamalarına ve yargıya destek olmalarına yardımcı olmak, etik ilkelere

uymanın öncelikle hâkimlere düşen asli bir sorumluluk olduğu gerçeğini göz ardı etmeden hâkimler üzerinde bağlayıcı mesleki davranış kurallarını tamamlamak amacını gütmektedir.

İlkelerin temel sistematığı “Başlangıç” ile sırasıyla; “Giriş”, “Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri” ve “Yargı Etiği Danışma Kurulu” olmak üzere üç kısım içermektedir. Kısım II’de Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri başlığı altında; bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık, eşitlik, ehliyet ve özen olmak üzere altı değer yer almaktadır. Her değerın altında bir ilke, her ilkenin altında da kurallar yer almaktadır.

Bağımsızlık altında 8, tarafsızlık altında 7, dürüstlük altında 5, mesleğe yaraşırılık altında 20, eşitlik altında 5, ehliyet ve özen altında 12 kural yer almaktadır. Bazı kuralların altında alt kurallara da yer verildiği görülmektedir.

Yargıtay Yargı Etiği İlkelerinin Bangalor İlkeleri ile olan benzerliği dikkat çekicidir. Belirlenen 4 değer birebir Bangalor İlkelerinde yer alan değerler ile aynı olup, diğer 2 değerın de isimleri farklı olsa da içeriğinin Bangalor İlkeleri’ndeki kalan iki değer ile aynı olduğu görülmektedir. Sonuçta 6 değer de Bangalor İlkeleri ile hem isim hem de içerik olarak büyük benzerlik göstermektedir. Yine, değerlerin hemen devamında yer alan “ilkeler” de yine Bangalor İlkeleri ile büyük ölçüde benzerdir²⁰.

3.1.2. Yargıtay Cumhuriyet Savcıları

Etik Davranış İlkeleri

Hukuk, demokrasi ve insan haklarının en önemli teminatlarından biri olan Cumhuriyet savcılarının toplumda oluşturacağı güven, şeffaflık ve topluma karşı hesap verebilirlik bakımından ulaştıkları düzey ile doğru

¹⁹ (CCCDMA, 2023)

²⁰ Tuğan / Ömürgönülşen, s. 93.

orantılıdır²¹. 2017 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı (YCB) tarafından ilan edilen İlkeler, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili ve Yargıtay’da görevli tüm Yargıtay Cumhuriyet savcıları için geçerlidir.

İlkelerin Başlangıç bölümünde aşağıdaki belgelerin dikkate alındığı belirtilmiştir: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1990 yılında Havana’da toplanan 8. BM Suçun Önlenmesi ve Islahı Kongresinde kabul edilen, Savcıların Rolüne Dair İlkeler, Avrupa Savcıları Konferansı, Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine ilişkin Avrupa Esasları (“Budapeşte İlkeleri”), Uluslararası Savcılar Birliği tarafından geliştirilen Mesleki Sorumluluk Standartları ve Savcıların Temel Ödev ve Hakları Bildirisi.

İlkeler, Cumhuriyet savcılarının ceza adalet sisteminde üstlendikleri önemli görev nedeniyle, görevlerini yerine getirirken en yüksek etik standartlara uygun olarak ve adaletin üstün yararına hizmet edecek şekilde davranmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri Başlangıç kısmı ile 5 başlık altında sayılan 41 kuraldan oluşmaktadır. Bunlar;

1. Mesleki Davranışlar (12 Kural)
2. Bağımsızlık (2 kural)
3. Tarafsızlık (3 Kural)
4. Ceza Yargılamasında Davranışlar (16 Kural)
5. Özel Yaşamda Davranışlar (8 Kural)

3.1.3. Türk Yargı Etiği Bildirgesi

Bildirge hâkimleri ve savcıları birlikte içermektedir. Bildirge içerdiği etik ilkelerin

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 3. maddesinde tanımlanan hâkim ve savcıları kapsadığını açıkça düzenlemiştir.

“Tanımlar” başlıklı anılan kanun maddesi uyarınca;

a) Hâkim:

1. Adli yargıda: Mahkeme başkan ve üyelerini, hâkimleri, Yargıtay tetkik hâkimleri ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hâkimleri,

2. İdari yargıda: Mahkeme başkan ve üyelerini, hâkimleri, Danıştay tetkik hâkimleri ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hâkimleri,

b) Savcı:

1. Adli yargıda: İl ve ilçe Cumhuriyet başsavcılarını, Cumhuriyet başsavcı vekillerini, Cumhuriyet savcılarını, Yargıtay Cumhuriyet savcıları ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan savcıları,

2. İdari yargıda: Danıştay savcıları ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan savcıları,

İfade eder.

Görüldüğü üzere bu mahkemelerde görev yapan Yargıtay ve Danıştay üyeleri dışındaki hâkim ve savcılar, yine Bakanlıkta idari görevlerde çalışan hâkim savcılar da bildirge kapsamındaki etik kurallara tabidirler.

Bu durumda Yargıtay’da görev yapan tetkik hâkimleri ve savcılar hem kendi kurumlarının hem de HSK’nın düzenlemesine tabi olmaktadır.

²¹ Akarca, Mehmet, Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı, s. V.

Bildirge (AB) müktesebatı fasıl başlıklarından “Yargı ve Temel Haklar” konulu 23. fasıl müzakereleri kapsamında 2009’da hazırlanan ilk “Yargı Reformu Stratejisi Belgesi” ile 2015’te gözden geçirilen ikinci reform belgesinde öngörülen bir stratejiye dayalı olarak yargıya güveni artırma amacına yönelik atılmış bir adımdır.

6087 sayılı Hâkim ve Savcılar Kurulu Kanunu’nun HSK Genel Kurulu’nun oluşumu ve görevlerini düzenleyen 7. maddesinin d) bendinde, Genel Kurula “Hâkim ve savcılarının uymaları gereken etik davranış ilkelerini belirlemek” görevi de yüklenmiştir. Yasa koyucunun, etik kuralları bizzat kanunda düzenlemeyip bu görevi HSK Genel Kuruluna vermesi, gelişim halindeki yargı etiği kurallarının içeriğini dondurmama ya da onları kapsamlı ama kaçınılmaz olarak eksik bir katalogda detaylandırmama seçimini yansıtır.

Bildirgenin hazırlanması çalışmaları Avrupa Birliği, Katılım Öncesi Mali Yardım Aracı (IPA) ile HSK tarafından “Türkiye’de Yargı Etiğinin Güçlendirilmesi Projesi” başlıklı bir proje çerçevesinde yürütülmüştür. Proje, Türkiye Cumhuriyeti, AB ve Avrupa Konseyi tarafından finanse edilmiştir. Bildirgenin hâkim ve savcılar başta olmak üzere, akademisyenler, barolar, ilgili kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları ve medya temsilcilerinin geniş katılımıyla hazırlandığı, Uluslararası standartlara uyumlu ancak Türk yargı sisteminin ihtiyaçları doğrultusunda kendi değerlerimizden yola çıkarak ve yargı tarihindeki mirasımızı koruyarak oluşturulma hedefi güdüldüğü belirtilmektedir²².

Bildirge 06.03.2019 tarihinde HSK Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve kamuoyu

ile paylaşılmıştır. Ardından 14.03.2019 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmış ve bildirgenin kapsadığı tüm hâkim ve savcılara tebliği gerçekleştirilmiştir.

“Hâkimler ve savcılar, “(...) hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn” insanlardır” ibaresiyle Mecelle’nin hâkim tanımına atıf yapılmıştır. Bu ifade gümümüz Türkçesi ile, genel olarak ve en özlü ifadesi ile hâkim ve savcılar “(...) bilgin (ve bilge), zeki ve anlayışlı, doğru ve güvenilir, vakarlı (ağırbaşlı) ve sağlam” insanlardır demektir.

Hâkim ve savcılar tanımlayan söz konusu ifadenin dayanağı Mecellenin on altıncı kitabının 1. Bölümünün Hâkimlerin Nitelikleri hakkında başlıklı 1. Bölümünün ilk maddesi olan 1792. maddesidir. Bu maddede hâkimlerin niteliklerini veciz şekilde özetleyen ifade, Bildirge’de hâkimlerin yanı sıra savcılar da içerecek şekilde kullanılmıştır.

Öğretide, Mecelle’nin önemli bir kanun olduğu ve bir buçuk yüz yıl önce Mecelle’yi kaleme alanların, hâkimin niteliklerini özetlemek üzere özenle seçtikleri bu kelimelerin, önemli bir kültür birikimini ifade ettiği vurgulanmış; tanımın bugün dahi geçerliliğini sürdürdüğüne muhakkak olduğu ve bunların yargı etiği kavramları olduğu belirtilmiştir. Bu gerekçeyle söz konusu tanımın günümüz Türkçesine çevrilmemesi yadırgatıcı bulunarak eleştirilmektedir²³. Bize göre, bu tanımdaki kelimeler başka bir dile değil, Türkçemizin günümüze en yakın aşamasına ait kelimelerdir. Bu kelimelerin anlamını günümüz Türkçesindeki tek bir kelimeyle karşılamanın anlam kaybına yol açacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla bildirgeyi okuyanların hâkimlik tanımının bu veciz terimlerini orijinal haliyle bilmelerinde,

²² Kılıç, Muharrem, (2019). “Türk Yargı Etiği Bildirgesi,” SETA Perspektif, Mart 2019, Sayı: 234, s.1.

²³ Yılmaz, Ejder (2020). “Yargı Etiği,” Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 40(2), s. 1307.

gerekiyorsa bugünkü sözlük anlamını araştırarak öğrenmesinde büyük yarar vardır. Bununla birlikte Bildirgenin yer aldığı internet sayfasında bu tanımın sadeleştirilmiş metniyle ayrıca verilmesi veya geçen kelimelerin terim anlamlarının günümüz Türkçesiyle belirtilmesi düşünülebilir.

Bildirge’de Mecelle’nin yanı sıra hâkim ve savcılarının yetkilerinin kaynağı olarak Anayasa ve kanunlara, görevlerini bağımsız ve tarafsız olarak yürütmede evrensel değerlere atıf yapılmıştır.

Bildirge, hâkim ve savcılarının gerek meslekî gerekse sosyal hayatlarında davranışlarına yol verecek ilkeleri ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Bildirge’de, “Onurları ve vicdanları üzerine söz verirler”, “Hâkimler ve savcılar, bu bildirgede belirtilmeyen bir durumla karşılaştıklarında, takip etmeye onur ve vicdanları üzerine söz verdikleri yukarıdaki ilkelerin ruhuna uygun davranırlar” ifadeleri ile onur (şeref) ve vicdan gibi iki manevi değere atıf yapılmıştır.

Bildirge hâkimler ve savcılarının dilinden bir taahhüt belgesi olarak kaleme alınmıştır. Bildirgenin uluslararası alanda ayrı ayrı belgelerde düzenlenen hâkim (Bangalor) ve savcı (Budapeşte) etiğini tek bir metinde düzenlemiş olması nedeniyle söz konusu iki belgeden de yararlanıldığı görülmektedir.

Bildirgenin girişinde Mecelle’ye atıftan sonra, Anayasa, kanunlar ve evrensel değerler vurgusu yapılmış ve “Bu bildirgede belirtilen etik ilkeleri içtenlikle benimser gerek meslekî gerekse sosyal hayatlarında bu ilkeler doğrultusunda davranmaya onurları ve vicdanları üzerine söz verirler.” denilmiştir. Ardından değer ve ilke ifadesi kullanılmadan sekiz başlık altında somut davranış kuralları sıralanmıştır. Bunlar şunlardır;

İnsan onuruna saygılıdır, insan haklarını korur ve herkese eşit davranırlar (5 Kural)

Bağımsızdırlar (8 kural)

Tarafsızdırlar (7 kural)

Dürüst ve tutarlıdırlar (7 kural)

Yargıya olan güveni temsil ederler (6 kural)

Mahremiyeti gözetirler (6 kural)

Mesleğe yaraşır şekilde davranırlar (13 kural)

Yetkindir ve mesleklerinde özenli davranırlar (9 kural)

Türk Yargı Etiği Bildirgesi; “hâkimler ve savcılarının, adına karar verdikleri Yüce Türk Milletine ve O’nun her bir ferdine verilmiş sözüdür.” cümlesiyle bitmektedir.

3.1.4. Türk Yargı Etiği Bildirgesi

Kapsamında Sosyal Medya Kullanım

Rehberi

Sosyal medya, bireylerin elektronik cihazlar kullanarak sanal topluluklar ve ağlar aracılığıyla bilgi, fikir, ilgi alanları, etkinlikler, fotoğraflar ve videolar paylaştığı web tabanlı hizmetlerdir. Günümüzde, artık kaçınılmaz olan ağların ve sosyal medyanın gerek hâkim ve savcılar gerekse dava tarafları tarafından kullanımı yargı etiği üzerinde etkili olmaktadır. Bu durum yargı etiği bağlamında sosyal medya kullanımına ilişkin davranış kurallarının detaylandırılmasını gerekli kılmaktadır.

Bildirge’de yer alan etik ilkelerden tarafsızlık, mahremiyet ve mesleğe yaraşırılık kapsamında sosyal medya kullanımına da dikkat çekilmektedir. Ancak zaman içinde özel olarak hâkim ve savcılarının sosyal medya kullanımına ilişkin daha ayrıntılı etik bir rehber geliştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacı karşılamak için Türk Yargı Etiği

Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi” 08.03.2022 tarihli ve 639 sayılı HSK Genel Kurul Kararı ile kabul edilerek, 21.04.2022 tarihli ve 31816 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Rehber giriş bölümü hariç 5 ayrı başlık ve 45 maddeden oluşmaktadır:

Sosyal Medya ve Ağlarda Sanal Kimlik İnşasında Dikkat edilecek Hususlar (9 madde),

Sosyal Medya ve Ağlarda Sanal Arkadaşlık, Etkileşim ve İlişkiler (6 madde),

Sosyal Medya ve ağlarda Etik Davranış Modeli ve Paylaşım Ölçütleri (23 madde),

Siber Tehlikeler Karşısında Sosyal Medya ev Ağlarda Gizlilik ayarları ve Güvenliğin Önemi (4 madde),

Sosyal Medya Kullanımında Eğitim ve Farkındalık Oluşturma (3 madde).

Rehber’de dayanak olarak; Türk Yargı Etiği Bildirgesi’nin ‘İfade özgürlüğü kapsamında yazılı, görsel, işitsel ya da sosyal medyada düşüncelerini açıklarken veya paylaşımlarda bulunurken, mesleğin gerektirdiği etik ilkelere uygun hareket ederler” şeklindeki ilkesine referans verilmiş, belgenin amacı sosyal medya ve ağları kullanırken yaşanabilecek tereddütleri gidermek ve hâkim ve savcılara yol göstermek olarak açıklanmıştır.

3.1.5. Türkiye Barolar Birliği Meslek

Kuralları

Avukatların üst meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği (TBB) tarafından hazırlanmıştır. Belge açık bir yasal temele de sahiptir. Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesinde, Avukatların hak ve ödevleri bağlamında şu hükme yer verilmiştir: “Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve

avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği’nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

TBB’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu’nda kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni’nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

TBB Meslek Kurallarının bir kısmı güven, saygı, dürüstlük, bağımsızlık, tarafsızlık gibi ilkelerden kaynağını alan ve etikle bu sayede ilişkili olan kurallardır. Ancak bunun yanında belgede usule ilişkin kurallar, salt hukuki düzenleme teşkil eden kurallar ve nezaket kuralları da yer almaktadır.

Bunlar arasında etik ilkeler bağlamında özellikle bağımsızlık, mesleğe güveni sağlama, mesleğin itibarını zedeleyecek tutum ve davranışlardan kaçınma, objektiflik, yargı organı ve adli mercilerle ilişkilerde saygı, meslek onuruna uygun davranma, meslektaşlarla iyi ilişkilerde bulunma, meslek sırrına bağlılık gibi hususlar öne çıkmaktadır.

49 sayılı alt kural uyarınca meslek kurallarının sürekli gelişimini sağlamak üzere barolar, TBB Genel Kurulu’na, gündeme ilişkin hükümlere uyma şartı ile yeni teklifler getirebilecektir.

Belge aşağıdaki başlıklar (6 başlık) altında avukatların uyacağı bir dizi kural içermektedir. Bu kuralların bir bölümü doğrudan etik alanı ilgilendirmektedir.

Genel Kurallar (16 kural),

Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler (9 kural)

Meslektaşlar Arası Dayanışma ve İlişkiler (8 kural)

İş Sahipleriyle İlişkiler (14 alt kural)

Avukatların Barolarla ve TBB ile İlişkileri (1 kural)

Yürürlük, Uygulama Alanı (1 kural) (TBB,2023).

3.2. Mekanizmalar

3.2.1. Yargı Etiği Danışma Kurulu

Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından hazırlanan “Yargıtay Yargı İlkeleri” Belgesi Yargı Etiği Danışma Kurulu” adı altında “Hâkimlerin davranışlarının ve muhtemel davranış modellerinin etik değerlere uygunluğu hakkında, önerilerde bulunmak üzere” bir Danışma Kurulu oluşturmaktadır.

Danışma Kurulu, 7 Yargıtay üyesi (en az 2’si kadın olmak üzere), 2 tetkik hâkimi, 1 Yargıtay Cumhuriyet savcısı, etik alanında bilimsel nitelikte eser yazmış ve üniversitelerin etik kurullarında daha önce görev almış 1 öğretim üyesinden oluşmaktadır. Üyelerin görev süresi 2 yıl olup, süresi dolanlar yeniden seçilemez. Kurulun en kıdemli Yargıtay üyesi başkanlık, ikinci en kıdemli Yargıtay üyesi ise başkan vekilliği yapmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Danışma Kurulu’nun görüşü bağlayıcı değildir, tavsiye niteliğindedir.

Sekretarya işlemlerini Yargıtay Başkanı tarafından görevlendirdiği bir Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı yerine getirmektedir. Danışma Kurulu, kendi usul kurallarını belirleyerek yayınlamıştır.

Danışma Kurulu’nun Görevi şunlardır:

Hâkimler, davranışlarının ve muhtemel davranış modellerinin etik değerlere uygunluğu hakkında Danışma Kurulu’ndan görüş isteyebilir.

Danışma Kurulu görüş bildirirken ve tavsiyede bulunurken görüşünü dayandığı somut vakıaları, görüş ve tavsiyesinde referans olarak göz önünde bulundurduğu kuralları, içtihatları ve diğer kurumların etik ilkelerini, görüş ve kararlarını belirtir.

Danışma Kurulu, asıl resmi görüşünü, görüşü talep eden ilgiliye gönderir; kişisel verilerden arındırılmış bir nüshasını hazırlar ve düzeltilmiş bir örneği, Yargıtay kurum içi ağında (intranet) yayınlanır.

Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkelerinin;

“3. maddesi İşbu İlkeler, “Yargıtay Yargı Etiği İlkelerine” uygun olarak yorumlanır.” demek suretiyle Yargıtay Etik İlkelerine

4. maddesi ise, “Yargı Etiği Danışma Kurulu” başlığını taşımakta olup, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri’nin Yargı Etiği Danışma Kuruluna ilişkin hükümleri, Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri için de uygulanır.” demek suretiyle Yargıtay Yargı Etiği Danışma Kuruluna atıf yapmaktadır.

Dolayısıyla Yargıtay Etik Danışma Kurulu’nun yetkisi Yargıtay Cumhuriyet Savcılarını da kapsamaktadır.

3.2.2. HSK Genel Kurulu

Anayasada çerçevesi ve temel ilkeleri çizilen Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kuruluşu, teşkilâtı, görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esaslarını 11/12/2010 tarih ve 6087 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu” düzenlemektedir.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK), Bakan, Adalet Bakanlığı ilgili bakan yardımcısı ile Cumhurbaşkanınca seçilen dört ve Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilen yedi üyeden oluşur.

Kanun’un 3. maddesinin 7. fıkrasında; “Kurul, mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlik ve savcılık teminatı esaslarını gözeterek adalet, tarafsızlık, doğruluk ve dürüstlük, tutarlılık, eşitlik, ehliyet ve liyakat ilkeleri çerçevesinde görev yapar.” denilmiştir. Görüldüğü üzere sayılan ilkeler Türk Yargı

Etiği Bildirgesinde sayılan ilkeler ile benzerlik taşımaktadır.

Kurul; Başkanlık, Genel Kurul, daireler ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır. Kurulun hizmet birimleri Genel Sekreterlik ve Teftiş Kuruludur. Genel Kurul, Kurul üyelerinin tamamından oluşmakta olup, Kanun'un 7. maddesinin d) fıkrası uyarınca aynı zamanda "Hâkim ve savcılarının uymaları gereken etik davranış ilkelerini belirlemek"le görevlidir.

Bildirge 14.03.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve bildirgenin kapsadığı tüm hâkim ve savcılara tebliğ edilmiştir. Bildirgede "Hâkimler ve Savcılar Kuruluna, yargı etiği konusunda karşılaşılabilecek tereddütler hususunda başvurulabilir." denilmiştir. Bildirge Yargıtay Yargı Etiği İlkelerinde olduğu gibi ayrı bir danışma mekanizma oluşturmamıştır. Dolayısıyla bu konuda istişari görüş vermek de Genel Kurul'un yetkisindedir.

3.2.3. HSK Genel Sekreterliği Türk Yargı Etiği Bürosu

TÜYEB, HSK kararı olarak yayınlandığından uygulamasının gözetilmesi de HSK tarafından yapılacaktır. 2016 yılında HSK Genel Sekreterliği bünyesinde Türkiye'de Yargı Etiğinin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında "Yargı Etiği Bürosu" kurulmuştu. Bu büro "Türk Yargı Etiği Bildirgesinin uygulanması sürecini de yürütmektedir. Yargı Etiği Bürosu tarafından aşağıdaki hususlarda sekretarya faaliyeti yürütülmektedir:

Hâkim ve savcılarının uymaları gereken etik davranış ilkelerinin belirlenmesi ve uygulamanın gözetilmesi,

Yargı mensupları tarafından iletilen hususlarda Kurul tarafından tavsiyede

bulunulması veya danışmanlık yapılması göre ifası bakımından, taleplerin alınması, raporlama ve sunum gibi hazırlıkların yapılması,

Yargıda etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar yapılması veya yaptırılması ve bu konuda yapılacak çalışmalara destek olunması, işlemlerinin ve faaliyetler.

Büro yargı etiği konusunda kendisine gelen istişari görüş HSK Genel Kuruluna sunarak, Kurulun danışma işlevi çerçevesinde yol gösterici nitelikteki istişari kararlar almasına sekretarya hizmeti vermektedir²⁴.

4. Değerlendirme ve Sonuç

Fransız ve Türk yargı etiği hukuku kapsamında iki ülkenin düzenleme, kurum ve mekanizmaları karşılaştırıldığında bir dizi benzerlik ve farklılık göze çarpmaktadır. Bunların bir kısmı yargı sisteminin örgütlenmesinden kaynaklandığı gibi bir kısmının sebebi de konuya ilişkin düzenlemelerin tarihinin Fransa'da daha eskiye gitmesi ve zaman içinde uygulamanın ışığında yeni reformlar yapılması ile ilgili olduğu söylenebilir.

Fransa'da adli ve idari yargı mensuplarına ilişkin etik ilkeler Yargıtay ve Danıştay üyelerini de kapsayacak şekilde ayrı belgelerde düzenlenmiştir. Ülkemizde ise adli ve idari yargı ilk derece ve ikinci derece mahkemeleri hâkim ve savcıları için etik kurallar HSK tarafından ilan edilen tek bir belgede yer almaktadır.

Türkiye'de, Yargıtay üyeleri ve tetkik hâkimleri için Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, Yargıtay savcıları için ise Yargıtay Cumhuriyet savcıları Etik İlkeleri belgeleri bulunmaktadır. Ancak Yargıtay tetkik hâkimleri ve Yargıtay C. Başsavcısı ve Başsavcı Vekili gibi Yargıtay'dan üyeliğinden

²⁴ (HSK, 2023)

gelenler dışında Yargıtay savcıları aynı zamanda Türk Yargı Etiği Bildirgesi kapsamındadır. Danıştay üyeleri dışındaki idari yargı mensupları Türk Yargı Etiği kapsamında olmakla birlikte, Danıştay üyeleri için Yargıtay üyelerinin aksine ayrı etik bir belge mevcut değildir. Kanaatimizce, Danıştay ve Anayasa Mahkemelerinin de Yargıtay gibi üyeleri için ayrı etik belgeler ilan etmeleri Türk yargı Etiği Hukukunun gelişimine katkı verecektir.

Fransa'da adli yargı için etik belge yargı etiği konusunda anayasa ve yasa ile görevlendirilmiş Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulunca hazırlanmıştır. Ülkemizde de adli ve idari yargıyı kapsayan etik belgenin dayanağı Hâkim ve Savcılar Kurulu Kanunu'nda yer almaktadır.

Avukatlara ilişkin etik ilkeler ise her iki ülkede de yasal temele dayanarak Baroların ulusal birlikleri tarafından hazırlanmaktadır. Fransa'da 2023 yılında Avukatlar için yeni bir etik kod çıkarıldığı halde, ülkemizde ilan edildiği 1972 yılından bu yana aradan geçen uzun zamana rağmen TBB Avukatlık Meslek Kurallarının güncellenmesi söz konusu olmamıştır.

Her iki ülkedeki etik belgelerde yer alan değerler ve ilkeler genel hatlarıyla benzerlik göstermektedir. Ancak Fransa'da özellikle belgelerin uygulanmasındaki kurumsal yapılanmanın daha farklı ve gelişmiş olduğu görülmektedir. Özellikle belgeleri hazırlayan kurumlarla danışma organı fonksiyonu gören mekanizmaların ayrılmış olması önemlidir. Ülkemizde böyle bir ayrım Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri ile Yargıtay Savcıları Yargı Etiği İlkelerinin uygulanmasında da söz konusudur. Ancak mekanizmalarının oluşumu ve üye kaynağı göz önüne alındığında Fransa'daki mekanizmaların çeşitlilik ve çoğulculuğu gözetken daha dengeli bir yapıya sahip olduğu görülmektedir.

Ülkemizde de Türk yargı Etiği Bildirgesini ilan eden HSK yanında HSK üyelerinin yer almadığı, ayrı ve çoğulcu bir mekanizma oluşturulmasında yarar vardır. Yargıtay üyeleri, tetkik hâkimleri ve savcıları için görüş veren Yargı Etiği Danışma Kurulu'nun oluşumu da bugüne kadar ki uygulamanın ışığında gözden geçirilebilir.

Hâkim ve savcı ile avukat ilişkileri etiği, yargı etiği hukukunu kapsam ve derinlik olarak geliştirici bir alan görünmektedir. Bu konuda yaşanan sorunların sık sık gündemi meşgul ettiği ülkemizde de Fransa'dakine benzer belge ve mekanizmaların ilgili aktörlerin iş birliğiyle hayata geçirilmesinde yarar vardır. Bunun için ihtiyaç duyulacak çalışmaları yapmak ve bu konuda gerekli yol haritasını hazırlamak üzere HSK'nın inisiyatifiyle Danıştay, Yargıtay ve TBB temsilcileri ile avukat akademisyenlerin yer alacağı bir kurulun oluşturulmasında fayda vardır.

KAYNAKÇA

- Akarca, Mehmet, Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı
- Aşçıoğlu, Çetin (2010). Doğru ve Güvenli Yargı Özlemi ve Yeniden Yapılanma (Reform), Sözkese Matbaası, Ankara 2010.
- BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi, Bangalor Yargı etiği İlkelerinin Yorumu, Çev. Mustafa Saldırım, Nihal Eris, Fulya Batur, Ankara 2020 (Metin içi atıflarda BYEİY, 2020: olarak gösterilmiştir.)
- CCCDMA (2023). “Conseil consultatif conjoint de la déontologie magistrats-avocats” <https://www.courdecassation.fr/conseil-consultatif-conjoint-de-deontologie-de-la-relation-magistrats-avocats> (Erişim Tarihi: 20.9.2023).
- Conseil d’État (2023). Déontologie, <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/deontologie> (Erişim Tarihi: 20.9.2023).
- Conseil Supérieur de la Magistrature (2023) <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/missions/deontologie> (Erişim Tarihi: 20.9.2023).
- Cour de Cassation (2023). “Déontologie”, “Collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire”, <https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/reperes/deontologie-et-discipline/college-de-deontologie-des-magistrats-de>. erişim: 25.9.2023
- Yılmaz, Ejder (2020). “Yargı Etiği,” Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 40(2): 1293–1311.
- Ergül, Ergin (2023). Yargı Etiği Dersleri, Ankara: Adalet Yayınevi
- HSK (2023). “Yargı etiği”, <https://www.hsk.gov.tr/yargi-etigi>, erişim: 30.9.2023
- İnceoğlu, Sibel, Devlet’te Etik’ten Etik Devlete: Yargıda Etik, TÜSİAD Yayınları, 2012
- Joly-Hurard, Julie; Vanoni, Julia (2020). La déontologie du magistrat, Collection Connaissance du droit, Paris: Dalloz
- Kerléo, Jean-François (2014). “Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France”, La Revue d’études benthamiennes, 13/2014, <https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/774#tocfrom1n3>, <https://doi.org/10.4000/etudes-benthamiennes.774>, erişim: 20.9.2023
- Kılıç, Muharrem, (2019). “Türk Yargı Etiği Bildirgesi,” SETA Perspektif, Mart 2019, Sayı: 234
- Türkiye Barolar Birliği (2023); “Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları”, http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf (Erişim Tarihi: 20.9.2023)
- Tepe, Harun (2017). “Yargı Etiği” ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?”, Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu 26- 27 Mayıs 2017 – İstanbul
- Tuğan, E.N, Ömürgönülşen, U, (2020), “Türkiye’de Yargı Etiği İlkeleri Üzerine Bir İnceleme”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 24 (Aralık Özel Sayı), 85-100.
- Weeramantry, C. G. (2020). Önsöz, Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumu, Ankara: Yargıtay

Yücel, Mustafa Tören, “Avukatlık Meslek Etiğine Kriminolojik Bir Yaklaşım”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 75, Y. 2008.

.

EVLENEN KADIN İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMASI VE ILO BELGELERİNDEKİ DÜZENLEMELER

Fatih SERT *

Özet

Bir istisna olarak sadece evlenen kadın işçiler lehine oluşturulan 1475 sayılı İş Kanunun 14. Maddesinde, kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş sözleşmesini bu sebeple sona erdirmesi ve kıdem tazminatı almaya hak kazanması düzenlenmiştir. İlk bakışta bu düzenleme kadın işçiler için pozitif bir ayrımcılık gibi görünmektedir ve bu düzenleme son yıllarda kadın erkek eşitliği bakımından tartışma konusu haline getirilmektedir. Düzenlemenin bir pozitif ayrımcılık mı yoksa kadınların evlilik ile çalışma hayatından ayrılmasını ve çalışma özgürlüğünün engellenmesini kolaylaştıran bir uygulama olup olmadığı tartışılmaktadır. Tartışmaların odağını ataerkil toplum yapısı, pozitif ayrımcılık ve eşitsizlik oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin uluslararası düzenlemeler ve milletlerarası antlaşmaların içeriğinin ortaya çıkartılması ve bakış açısının bilinmesi gerekmektedir. Bu sebeple çalışmamızda, Türk iş hukuku mevzuatında kadın işçiler için istisna olarak düzenlenen kıdem tazminatı alma imkanı, çalışma hayatı bakımından uluslararası geçerliliği olan Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization - ILO) sözleşme ve tavsiye kararlarında kadın erkek eşitliğine ilişkin getirdiği ilkelerle mukayese edilecektir. ILO normları ülkemiz iş hukuku mevzuatında benimsenen kurallardır ancak toplumsal hayatı doğrudan etkileyen iş hukuku alanında toplum değerleriyle uyum kuralların iktibas edilmesi veya referans alınması gerekmektedir. Ülkemizdeki mevcut yasal düzenlemelerin de Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri'nden doğrudan çeviri yoluyla iktibas edilmesinden ötürü uyum sıkıntıları yaşanmaktadır. ILO'nun sözleşme ve kararlarındaki temel saik ile mevzuatımızdaki düzenlemelerin temel hedeflerinin kadının korunması bakımından uyumunun mümkün olup olmadığı, bu uyumlaştırmanın Türk toplum normlarıyla aynı değerleri gözeterek oluşturulup oluşturulmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kıdem Tazminatı • ILO • Kadın İşçi • Uluslararası Norm • Değer

EQUITY OF FEMALE WORKER MARRIED TO SENIORITY BENEFITS AND REGULATIONS IN ILO DOCUMENTS

Abstract

As an exception, Article 14 of the Labor Law No. 1475, which was created only in favor of married women workers, stipulates that a woman worker can terminate her

* Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri, Sakarya, Türkiye | Research Asst., Sakarya University, Faculty of Political Sciences, Labour Economics and Industrial Relations, Sakarya, Turkey.

✉ fatihsert@sakarya.edu.tr • ORCID [0000-0001-5750-1525](https://orcid.org/0000-0001-5750-1525).

employment contract for this reason within one year after her marriage and be entitled to severance pay. At first glance, this regulation seems to be a positive discrimination for women workers and this regulation has been a subject of debate in recent years in terms of gender equality. It is debated whether this regulation is positive discrimination or a practice that facilitates women's leaving the working life through marriage and the prevention of their freedom to work. The discussions focus on patriarchal social structure, positive discrimination and inequality. It is necessary to reveal the content of international regulations and international treaties on this issue and to know the point of view. For this reason, in our study, the possibility to receive severance pay, which is regulated as an exception for women workers in Turkish labor law legislation, will be compared with the principles of equality between women and men in the International Labour Organization (ILO) conventions and recommendations, which are internationally valid in terms of working life. ILO norms are the rules adopted in our country's labor law legislation, but in the field of labor law, which directly affects social life, rules that are compatible with social values should be quoted or referenced. Since the existing legal regulations in our country are directly translated from continental European legal systems, harmonization problems are experienced. It will be discussed whether it is possible to harmonize the basic motive of the ILO conventions and decisions with the basic objectives of the regulations in our legislation in terms of the protection of women, and whether this harmonization is created by considering the same values with Turkish social norms.

Keywords

Severance Pay • ILO • Female Worker • International Norm • Value

1. Giriş

Kıdem tazminatı, iş sözleşmelerinin sona ermesinde en çok uygulama alanı bulan ve bir o kadar farklı tartışmalara konu olan, literatürde kıdem tazminatı çokça ele alınmış ve değerlendirilmiştir. Kıdem tazminatının doğrudan bir tazminat olup olmadığı dahi hala daha tartışmalarını sürdürürken kıdem tazminatı fonu gibi ihtiyaç duyulan müesseselerin de geliştirilmesi tartışılmakta, bütün karmaşıklığıyla gündemde varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bütün bu tartışmaların yanında bu çalışmada da kıdem tazminatı alma bakımından getirilen özel düzenlemelerle kadın çalışanların evlilik nedeniyle iş sözleşmesinin sona erme halinde kıdem tazminatı almaya hak kazanması değerlendirilmektedir. Kadınlara özel düzenlemelerin yapılması cinsiyete dayalı bir ayırım olarak kabul edilerek ayrımcılık yasağına aykırı olduğu da ileri sürülmekle birlikte kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık olarak bu imkânın varlığını sürdürmesi

gerektiğine yönelik savunmaların da yapıldığı görülmektedir.

Türk iş hukukunun bir kaynağı olarak üyesi olunan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) belgelerinde bu hususa ilişkin yapılan düzenlemeler de çalışma kapsamında incelenmiştir. Buna göre hukukumuzda düzenlenen kadın işçinin evlenme nedeniyle kıdem tazminatı almaya hak kazanması düzenlemesinin ILO belgelerindeki düzenlemelerle örtüşüp örtüşmediği, taraf olduğumuz veya olmadığımız anlaşmaların ne tür yükümlülükler yüklediği değerlendirilerek mukayese edilmektedir.

Kıdem Tazminatı ve İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin her durumda olmasa da belirli hallerde sona ermesiyle, duruma göre aynı veya farklı işverenler nezdindeki hizmet süreleri dikkate alınarak en az bir yıllık çalışması karşılığında

ödenmesi gereken bir miktar paradır¹, bir görüşe göre özellikli bir borçtur².

Kıdem tazminatının ortaya çıkabilmesi için öncelikle iş sözleşmesinin sona ermiş olması gerekmektedir. İş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarından birisi de kıdem tazminatıdır³.

İş sözleşmesinin sona ermesi fesih yoluyla olabileceği gibi fesih dışı sona erme halleri de mümkündür⁴.

İş Sözleşmesinin Fesih Dışı

Sona Ermesi

Öncelikle her sözleşme ilişkisinin kendiliğinden sona ermesine sebep olabilecek ölüm halidir. İş sözleşmesinde iş görme borcunu yerine getirecek taraf olan işçinin ölümü söz konusu olduğunda iş görme borcunu yerine getirebilmesi imkânsız hale gelecek ve sözleşme kendiliğinden sona erecektir⁵.

İş sözleşmesinin fesih dışı sona ermesinde tarafların anlaşması yani ikale ile

de sözleşme sona erdirilebilir⁶. Tarafların anlaşmasıyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir fesih olarak kabul edilmemektedir çünkü fesih tek taraflı irade beyanıyla hüküm doğurmasına rağmen tarafların anlaşmasıyla sona ermesinde iki tarafın da iradesi söz konusudur⁷.

Belirli süreli olarak düzenlenmiş iş sözleşmelerinde de sürenin sona ermesiyle sözleşme kendiliğinden sona erecektir⁸. İş sözleşmesinin süresinin belirli olması, doğrudan süre belirtilmesiyle olabileceği gibi objektif olarak belirli bir olgunun ortaya çıkması veya işin tamamlanması olarak da belirlenebilecektir⁹. Bu şekilde düzenlenen belirli iş sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmadığı takdirde fesih bildiriminde bulunmaksızın sürenin bitiminde veya objektif olarak belirli bir olgunun ortaya çıkması veya işin tamamlanmasıyla sözleşme kendiliğinden sona erer.

¹ Hamdi Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Lykeion, 2021), 329; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 362; Ercan Akyiğit, *Kıdem Tazminatı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 43; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 754; Ömer Ekmekçi - Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Onikilevha, 2020), 723; Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta, 2021), 723; Öner Eyrenci vd., *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 251; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 129; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 127; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 350.

² Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 364; Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 31.

³ Süzek, *İş Hukuku*, 754; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 723; Sümer, *İş Hukuku*, 350.

⁴ Selin Umutlu, "Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları", *Atatürk*

Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 34/3 (15 Temmuz 2020), 879.

⁵ Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 233; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 489; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 528; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 243.

⁶ Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 232; Süzek, *İş Hukuku*, 533; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 481; Sümer, *İş Hukuku*, 97.

⁷ Süzek, *İş Hukuku*, 533.

⁸ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 244; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 529; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 492; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 258.

⁹ Sümer, *İş Hukuku*, 97; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 258; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 244; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 529; Süzek, *İş Hukuku*, 536.

İş Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

İş sözleşmesinin feshi, taraflardan birinin irade beyanıyla sözleşmesinin sona ermesi ve hüküm doğurmasıdır¹⁰. Fesih bildirim yoluyla gerçekleşir, bildirilmeden fesih söz konusu olamayacaktır¹¹. İş sözleşmesinin fesihle sona ermesi iki türlü olabilir, süreli (önelli) fesih veya haklı nedenle (derhal) fesihtir¹². Literatürde kimi yazarlar tarafından üçüncü fesih türü olarak peşin parayla fesih de gösterilmektedir¹³.

Süreli veya önelli fesih olarak tanımlanan fesihte, işçinin çalıştığı süreye göre belirlenen önel sürelerine uyularak feshin gerçekleşmesidir. Bu durumda önel süresinin sonunda fesih gerçekleşmiş olur ve hüküm doğurur¹⁴. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanır.

Haklı nedenle veya derhal fesihte ise İşK md. 24'te işçinin haklı nedenle, md 25'te ise işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesine imkân tanıyan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde uygulanabilecektir¹⁵.

Peşin parayla fesih olarak ayrı bir fesih yolu da tanımlanmakta, buna göre önel süresince işçiye verilecek ücretin hemen verilmesiyle önel süresinin beklenmesi gerekmeden sözleşmenin feshedilmesidir¹⁶.

Kıdem Tazminatına Hak

Kazanmanın Koşulları

İş Kanunu'na Tabi İşçi Olmak

Kıdem tazminatının oluşabilmesi için öncelikle iş sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir. İş sözleşmesi de kural olarak hukukumuzda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁷, 4373 sayılı Deniz İş Kanunu¹⁸, 2421 sayılı Basın İş Kanunu¹⁹ ve 4857 sayılı İş Kanunu²⁰'na tabi olarak oluşturulmaktadır. Kıdem tazminatı düzenlemesi DİK, BİK ve İşK'da yer almaktadır ancak TBK'nda bulunmamaktadır. Ayrıca İşK md.4 ve md. 10'da İş Kanunu'na tabi sayılmayan işler için de kıdem tazminatı kapsamında bulunmamaktadır. Ancak taraflar sözleşme temelinde kıdem tazminatını

¹⁰ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 250; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 543; Süzek, *İş Hukuku*, 539; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 235; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 497.

¹¹ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 250; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 543; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 498.

¹² Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 235; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 498; Süzek, *İş Hukuku*, 538.

¹³ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 250.

¹⁴ Süzek, *İş Hukuku*, 539; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 507; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 256; Sümer, *İş Hukuku*, 99.

¹⁵ Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 235; Süzek, *İş Hukuku*, 691; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*,

272; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 311; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 659; Sümer, *İş Hukuku*, 311.

¹⁶ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 266; Süzek, *İş Hukuku*, 552; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 550; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 288.

¹⁷ Resmî Gazete, 04/02/2011, 27836.

¹⁸ Resmî Gazete, 29/04/1967, 12586.

¹⁹ Resmî Gazete, 20/06/1952, 8140. Kanunun tam başlığı “*Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun*” şeklindedir ancak literatürde de genel kabul gördüğü üzere “*Basın İş Kanunu*” olarak tanımlanacaktır.

²⁰ Resmi Gazete, 10/6/2003, 25134

kararlaştırabilirler²¹. Bu halde, kıdem tazminatından söz edebilmek için iş sözleşmesinin İŞK, DİK veya BİK'na tabi olması gerekmektedir²².

En Az Bir Yıllık Kıdem Süresi

İşçinin iş sözleşmesiyle yaptığı çalışmasının en az bir yıl sürmüş olması gerekmektedir²³. Yalnız BİK kapsamında çalışanlar için bu süre beş yıldır²⁴. Bu sürenin hesaplanmasında işçinin tatil günleri veya resmi tatil günleri hesap dışı bırakılmaz, doğrudan iş sözleşmesinin başladığı günden itibaren 365 gün üzerinden hesaba katılır. Hatta sürenin hesabında fiilen çalışılan ve yasaya göre çalışılmış sayılan raporluluk gibi haller de dahil edilir²⁵. Ancak grev/lokavt gibi iş sözleşmesinin askıda kaldığı hallerde geçirilen süre kıdem hesabına katılmaz²⁶.

İş Sözleşmesinin Belirli Nedenlerle Sona Ermesi

İş sözleşmesinin her sona erme halinde süre bakımından işçinin yeterli kıdemi olsa dahi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Kanunda sayılan hallerde sona erdiğinde kıdem tazminatına hak kazanılabilecektir. Buna göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için iş sözleşmesinin işveren

tarafından İK md. 25/2'de belirtilen işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı dışında bir sebeple sona erdirilmesi, işçinin İK md. 24'te belirtilen haklı nedenle iş sözleşmesini sona erdirmesi, muvazzaf askerlik nedeniyle, yaşlılık aylığı almak veya toptan ödeme almak amacıyla, işçinin ölümü sebebiyle veya kadın işçinin evlenme nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmesi hallerinden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir²⁷. Burada sayılan tüm sona erme halleri üzerine açıklanması gereken çok husus olmasına rağmen bu çalışmanın kapsamı dışında olduğu için bu kadarıyla iktifa edilecek ve ileride özel olarak ele alınan kadın işçinin evlenme nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmesi hali incelenecektir.

Kadın İşçinin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Feshetmesi ve Kıdem Tazminatı Alma İmkânı

Hükmün Tarihçesi ve

Ortaya Çıkışı

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin²⁸ 159. Maddesinde yer alan “karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, karı, kocanın sarahaten veya zımnen

²¹ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 334; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 332; Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 43.

²² Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 332; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 334; Sümer, *İş Hukuku*, 127; Yasemin Maraşlı Dinç, “Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak İş Kanunu'na Tabi İşçilerin Kıdeme Esas Hizmet Sürelerinin Hesaplanması”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (31 Aralık 2021), 309-338.

²³ Süzek, *İş Hukuku*, 755; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 724; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 741; Sümer, *İş Hukuku*, 129; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 357; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 383.

²⁴ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 383.

²⁵ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 352; Süzek, *İş Hukuku*, 773; Nüvit Gerek, “Kıdem Tazminatı Hesabında Dikkate Alınacak Süreler”, *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 7/2 (31 Aralık 1989), 267-279.

²⁶ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 352; Süzek, *İş Hukuku*, 775; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 752.

²⁷ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 365; Süzek, *İş Hukuku*, 756; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 725; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku Ders Kitabı*, 332; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 725.

²⁸ Resmi Gazete, 04/04/1926, 339.

müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir.” şeklindeki düzenlemesi sebebiyle, kocası çalışmasına müsaade etmeyen kadının işten ayrılırken mağduriyet yaşamaması adına 1983 yılında 1475 sayılı İş Kanunu md. 14’e yapılan değişiklik²⁹ ile evlenen kadın işçiye, evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetme ve kıdem tazminatı alma hakkı düzenlenmiştir. Kadının kocasının iznine tabi olarak çalışabileceği düzenlemesi 1990 yılında AYM kararıyla iptal edilmiş³⁰, 2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun³¹ yürürlüğe girmesiyle de kadının çalışmak için kocasının iznine tabi olmadığı açıkça düzenlenmiştir ancak iş kanundaki madde kaldırılmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdiğinde de 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesi kaldırılmamıştır ve aynı kanunun 6. maddesinde düzenlenen kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar işçiler bu kanun maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanmaya devam edeceklerdir.

“Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı

ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.” (1475 s. İK md. 1/1-4)

Şartları

Genel olarak kıdem tazminatı hükmü olduğu için yukarıda anlatılan kıdem tazminatına hak kazanma koşulları öncelikle yerine gelmiş olmalıdır.

Evlenen kadın işçinin kıdem tazminatı alma hakkı 1475 sayılı iş kanununda düzenlenmiş olup sadece iş kanununa tabi çalışanlara tanınmıştır. Ancak sözleşmesel olarak DİK ve BİK kapsamındakilere de uygulanabilir³².

Evlenme sebebiyle iş sözleşmesini feshetme hakkı sadece kadın çalışana tanınmıştır³³. Erkek çalışanlar için böyle bir durum söz konusu değildir. Pozitif ayrımcılık ve eşitsizlik tartışmalarında eleştirilmekte ve erkek çalışanlar için de böyle bir imkânın bulunmasının daha hakkaniyetli olacağına yönelik görüşler de ele alınacaktır.

Evlendikten sonraki bir yıl içerisinde feshin gerçekleşmesi gerekmektedir³⁴. Evlenmenin gerçekleşmesinin üzerinden bir yıldan daha uzun bir süre geçmesi durumunda artık bu sebebe dayanarak iş sözleşmesi feshedilemeyecektir.

Evlendikten sonra iş sözleşmesinin sona erdirilmesi gerekmektedir³⁵.

²⁹ Resmi Gazete, 30/07/1983, 18120, 1475 sayılı İş Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, “E. 1990/30 K. 1990/31” (Norm Kararlar Bilgi Bankası, 29 Kasım 1990).

³¹ Resmi Gazete, 08/12/2001, 24607.

³² Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 346.

³³ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 378; Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 203; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 734; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 734; “Bu hak, sadece bayan eşe tanınmış olup” Yargıtay

9. HD, “E. 2007/18608 K. 2008/14177” (Legalbank İçtihat Bankası, 03 Haziran 2008); Yargıtay 9. HD, “E. 2012/26431 K. 2014/27565” (Legalbank İçtihat Bankası, 22 Eylül 2014).

³⁴ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 380; Süzek, *İş Hukuku*, 766; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 734; Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 207.

³⁵ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 378; Süzek, *İş Hukuku*, 766; Ekmekçi - Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 735; Umutlu, “Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları”, 882; Yargıtay HGK, “E. 2015/3743 K. 2018/81” (Legalbank İçtihat Bankası, 24 Ocak 2018);

Evlenmeden iş sözleşmesi sona erdirilirse bu sebeple kıdem tazminatı alma imkânı bulunmaz. Evliliğin geçerli bir evlilik olması gerekmektedir, imam nikahı gibi uygulamalarla yapılan evlilik dayanak gösterilerek kıdem tazminatı alınamaz³⁶.

Feshin evlenme nedeniyle yapılması gerekmektedir³⁷. Başka bir nedene dayalı fesihler zaman olarak evlendikten sonraki sürece rastlasa dahi bu kapsamda değerlendirilmemelidir. İşçinin evlenme nedeniyle fesihte nasıl bir usul izlemesi gerektiği belirlenmemiştir. İspat kolaylığı açısından fesih sebebini yazılı olarak işverene belirtmesi önemlidir.

Tartışmalı Hallere İlişkin Yargıtay İçtihadları

Fesihten ve kıdem tazminatı almasından sonra başka işyerinde çalışmaya

başlaması kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasına engel bir durum oluşturmayacaktır. Yargıtay bu durumu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmemektedir. Yargıtay bir kararında, evlilik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden kadın işçi evlendikten sonra başka bir şehirde veya aynı şehirde de olsa farklı şartlar altında başka bir yerde çalışmak isteyebilir ve bunu hayatın olağan akışı içerisinde normal karşılanabilecek bir durum olarak kabul etmektedir³⁸. Kadın işçinin evlenme nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanması yine yüksek mahkeme tarafından toplumsal sorumluluğun bir gereği olarak kabul edilmiş ve bu hakkın Anayasa’da güvence altına alınan çalışma hak ve hürriyetinin kullanılmasını engellemeyeceği belirtilmiştir³⁹.

Yargıtay HGK, “E. 2014/1136 K. 2016/968” (Legalbank İçtihat Bankası, 12 Ekim 2016); Yargıtay 9. HD, “E. 2013/10664 K. 2015/6902” (Legalbank İçtihat Bankası, 17 Şubat 2015).

³⁶ Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 379; Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 204.

³⁷ Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 205; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 380.

³⁸ “Somut olayda, davacının, 09/08/2010 tarihinde evlendiği, 31/01/2011 tarihi itibarıyla yazılı fesih bildirimini ile iş sözleşmesini evlilik sebebiyle feshettiği anlaşılmaktadır. Hizmet döküm cetvelinde, davacının 03/02/2011 tarihinde dava dışı bir işverene ait Manisa’da bulunan işyerinde işe girdiği kayıtlıdır. Mahkemece, davacının fesihten sonra İzmir’de yaşamaya devam etmesi ve kısa süre sonra Manisa’da bulunan işyerinde çalışmaya başlamış olması gerekçesiyle, davacının feshi hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde görülerek davacının kıdem tazminatı alacağına hak kazanmadığı kabul edilmiştir. İşçinin evlilik sebebi ile iş sözleşmesini feshetmesinden sonra, yeniden çalışmasını gerektirecek durumlar ortaya çıkabileceği gibi, işçinin bu hakkını kendisi için daha olumlu sonuçlar doğurabileceğini düşündüğü bir başka iş yerinde çalışma amacı ile de kullanması mümkündür. Bayan işçinin evlendiği tarihten

itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini evlilik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilecek şekilde feshedebileceğine yönelik kanuni düzenleme açısından, kanun koyucunun amacının, işçinin çalışma yaşamını aktif olarak sonlandırması olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, davacının 31/01/2011 tarihinde iş sözleşmesini feshettikten sonra, 03/02/2011 tarihinde dava dışı bir işverene ait Manisa’da bulunan işyerinde işe girmiş olması ve fesihten sonra bir müddet daha İzmir’de yaşamaya devam etmesi, evlilik sebebiyle fesih hakkının kötüye kullanıldığını göstermez. Kanunen tanınmış evlilik sebebiyle fesih hakkının kullanılması ile birlikte kıdem tazminatına hak kazanılacağı kabulü gerekir.” Yargıtay 22. HD, “E. 2018/5005 K. 2017/10878” (Legalbank İçtihat Bankası, 27 Şubat 2018).

³⁹ “Kadın işçinin, iş sözleşmesini evlilik nedenine dayalı olarak feshine rağmen başka bir işte çalışmaya başlamasının yasal hakkın kötüye kullanımı olup olmadığı her bir somut olay yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Evliliğin kadına yüklediği toplumsal sorumluluğun bir gereği olarak yasada belirtilen fesih hakkı tanınmıştır. Çalışma hayatının evlilikle birlikte gereği gibi yürütülemeyeceği düşüncesi, aile birliğinin korunması ve kadının aile ile ilgili görevleri, yasa

Kadın işçinin bu haktan sadece bir kez yararlanabileceğine ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır. Ancak her hal ve şartta sadece kıdem tazminatı alma amacıyla gerçekleştiği tespit edilen boşanma ve yeniden evlenme hallerinde kıdem tazminatına hak kazanılamayacaktır⁴⁰.

Ayrıca Yargıtay'ın yerleşik içtihadlarında da yer aldığı üzere kadın işçinin evlenme sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesinde ihbar öneli tanınması zorunluluğu bulunmamaktadır⁴¹.

Ayrımcılık Değerlendirmesi

AYM Kararı ve Ayrımcılık

Üzerine Değerlendirmeler

Bahsi geçen 1475 sayılı kanundaki düzenleme 2006 yılında İzmir 6. İş Mahkemesi tarafından AYM'ne taşınmış ve eşitlik ilkesine aykırılığına dayanılarak iptal başvurusunda bulunmuştur. Yüksek mahkeme de 2008 yılında iptal başvurusunu reddetmiştir.

koyucuyu bu doğrultuda bir düzenlemeye yöneltmiştir. Bununla birlikte Anayasal temeli olan çalışma hak ve hürriyetinin ortadan kaldırılması düşünülemez. Kadın işçinin evlilik nedenine bağlı feshinin ardından kısa bir süre sonra yeniden çalışmasının gerekleri ortaya çıkmış olabilir. Hatta kadın işçi evlilik nedenine dayalı feshin ardından ara vermeksizin başka bir işyerinde çalışmaya başlayabilir ve bu durum evliliğin kadına yüklediği görevlerin yerine getirilmesi noktasında daha olumlu sonuçlar doğurabilir." Yargıtay 9. HD, "E. 2012/26431 K. 2014/27565".

⁴⁰ "Somut olayımızda, davacı kocasından 1.11.2004 tarihinde şiddetli geçimsizlikten boşanmıştır. Karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Boşanma dosya içeriğinde davalı eş boşanma istemine karşı koymamıştır. Dava tek oturumda bitmiştir. Davacı eski eşiyle 5.4.2005 tarihinde yeniden evlenmiştir. Davacı evlilik nedeniyle iş sözleşmesini 11.04.2005 tarihinde feshetmiştir. Evliliğin kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden olduğu tartışmasızdır.

"Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilirden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır."⁴²

Kararda da ifade edildiği üzere kadının toplumsal hayattaki sorumlulukları hukuk kuralları oluşturulurken göz ardı edilemeyeceği gibi kadın çalışanların yararına farklı hüküm ve uygulamaların düzenlenmesi bir gereklilik haline gelebilmektedir⁴³. Literatürde AYM kararını karşıoy veren üyelerin kadın, iptal kararını veren üyelerin

Ancak, davacı boşandıktan yaklaşık 5 ay sonra eski eşiyle evlenmiştir. Sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatını evliliğini gerekçe yaparak yasanın koruduğu himayeden yararlanmak istemiştir. Dinlenen tanık ifadeleri, maddi olgular önünde inandırıcılığı kabul edilemez. Davacı boşanma davasında eşinin kendisini aldattığından söz etmiş davalı karşı çıkmamıştır. Bu davada iş şartlarını gerekçe göstermiştir. Davacı çelişkili davranmıştır. Dürüstlük kuralına aykırı hakaret etmiştir." Yargıtay 9. HD, "E. 2010/4176 K. 2010/5420" (Legalbank İçtihat Bankası, 01 Mart 2010).

⁴¹ Yargıtay 9. HD, "E. 2007/18608 K. 2008/14177"; Yargıtay 9. HD, "E. 1997/14623 K. 1997/18913" (Legalbank İçtihat Bankası, 12 Kasım 1997).

⁴² Anayasa Mahkemesi, "E. 2006/156 K. 2008/125 Evlenen Kadın İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanması Hükmünün İptali" (Norm Kararlar Bilgi Bankası, 19 Haziran 2008).

⁴³ Umutlu, "Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları", 883.

erkek olduğundan yola çıkarak hükmün yorumlanması da eleştirilerin metodolojik açıdan zayıf kalmasına sebep olmaktadır⁴⁴.

Pozitif Ayrımcılığa Dayanan Eleştiriler Üzerine

Literatürde AYM kararından sonra çokça tartışılan bu düzenleme, pek çok yazar tarafından pozitif ayrımcılık ve eşitsizlik bağlamında okunmaktadır⁴⁵. Kadınlara yönelik iş sözleşmesini feshetmenin kolaylaştırılması ve üstüne kıdem tazminatı almaya hak kazanılmasını, kadınların istihdamdan uzaklaşmasını teşvik etmek olarak görülmektedir⁴⁶. En basitinden, evlendiklerinde kocalarının kadınları zorlayarak çalıştırmama yönündeki baskısına sebep olacağı varsayımı dahi mantık sınırlarını zorlamaktadır. Halbuki toplumda kadın çalışanlara yönelik ayrı düzenlemelerin yapılması, toplum düzeni bakımından, içinde bulunduğumuz Türk toplum yapısına bir aykırılık teşkil etmemekte, üstelik aşağıda açıklandığı üzere uluslararası sözleşmelerle üye ülkelere yüklenen sorumluluklar olarak da öne çıkmaktadır.

Uluslararası politika bakımından toplumun kendi değerleriyle bağdaşmayan

sözleşmelerin onaylanarak ulusal hukuk düzeninde yer almasının sağlanması, toplumu bir anda değiştirmeyecek ve toplumun kabul edeceği bir kural olmasını sağlamayacaktır. Çalışmamızın konusu doğrudan pozitif ayrımcılık değildir ancak muhakeme yapılırken temel doğru olarak kabul edilmesi gerekenin pozitif ayrımcılık normları değil, içinde yaşadığımız toplumun değerleridir. AYM kararında da belirtildiği üzere “...Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileninden...” toplumsal gerçekler göz önünde bulundurulduğunda evlenen kadın işçinin evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshedebilmesi ve kıdem tazminatı alabilmesi kuralı, toplumda evlenmiş ve çalışma hayatını evlilikle birlikte sürdürmek istemeyen kadınlara, aile ve sosyal hayatlarını önceliklendirdikleri için kıdem tazminatı imkanından mahrum kalmalarının önüne geçilmektedir. 1475 sayılı kanunun tek başına yürürlükte olan 14. maddesi ise toplum gerçekleriyle birlikte huzurlu bir şekilde yaşamak isteyen kadınlar için teşvik edicidir.

Başka bir açıdan değerlendirilecek olursa kadınların çalışma hayatında olmaları

⁴⁴ Kadriye Bakırcı, “Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* 4/12 (2008), 112-124; Tankut Centel, “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* 3/15 (2009), 5-10; Zeynep Aslı Özkan, “Evlenen Kadın İşçilere Yönelik Kıdem Tazminatı Düzenlemesinin Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasakları ve Pozitif Ayrımcılık Yönünden Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 18/71 (2021), 1107-1146.

⁴⁵ Bakırcı, “Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı”; Centel, “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”; Şebnem GÖKÇE Gökçeoğlu Balcı, “Koruma mı Dışlama mı?

Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum* 3/54 (01 Ocak 2017), 1263-1298; Ahmet Terzioğlu-Fatmanur Aksöz, “Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler”, *Çalışma ve Toplum* 1/72 (20 Ocak 2022), 267-298.

⁴⁶ İbrahim Ertuğrul, “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış”, *TBB Dergisi* 131 (2017), 350.

kimisi için bir ihtiyaç olarak görülmesine rağmen kendi rıza ve isteğiyle çalışma hayatında olmayan, ekonomik zorluklar gibi farklı sebeplerle istemeyerek çalışan pek çok kadın da bulunabilir. Toplumun değer yargılarını benimsediği ve aile kurumuyla üzerine aldığı sorumluluklar sebebiyle çalışma hayatında olmayan bir kadının çalışma hayatından zorla koparıldığı veya engellendiği gibi bir temel kabul de yanlış sonuca çıkaracaktır.

Bununla birlikte sosyal politika bakımından kadınların dezavantajlı gruplar içerisinde yer alması sebebiyle korunması gerekmektedir. Evlenip aile hayatını kuran bir kadının iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatına hak kazanması kendisi için pozitif ayrımcılık teşkil edecek ve desteklenmiş olacaktır⁴⁷. Evlenme nedeniyle iş sözleşmesini fesheden kadın işçinin ister evlendikten sonraki bir yıl içerisinde, isterse daha sonra tekrar işe girmesinde veya daha rahat çalışma şartları olan bir iş bulmasında da engel bir durum bulunmamaktadır. Ayrımcılıkla birlikte eşitsizliğin de olması sebebiyle evlenmeyle iş sözleşmesini feshedebilme imkanının sadece kadınlara getirilmesi aile kurumuna tek yanlı bakış olduğu, eşitsizliğin giderilmesi için sadece kadınlara değil erkeklere de evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetme imkanının getirilmesi gerektiği de literatürde ifade edilmektedir⁴⁸. Unutulmamalıdır ki,

eşitsizliğin iş ve meslek hayatında olmasıyla aile hayatında olması birbirinden farklıdır. İş ve meslek hayatında eşitliğin sağlanması için aile kurumu içerisinde de doğrudan bir eşitliğin sağlanması beklenmemelidir. Dolaylı olarak ulaşılabilecek sonuçlar sebebiyle mevzuattaki düzenlemelerin amacını aşmaması beklenmektedir.

Kadınların Çalışma Hayatı Algısına Dair Sosyolojik Araştırma Bulguları

Toplumun gerçekten de pozitif ayrımcılık ve eşitsizlik paradigmalarına göre yaşayıp yaşamadığının belirlenmesi için araştırmaların yapılması gerekmektedir⁴⁹. Tam olarak aradığımız soruyu cevaplandırmıyor olsa da literatürde anlamlı sonuç elde edebileceğimiz tek çalışma olması sebebiyle incelenen Konya’da yapılan bir saha araştırmasına dayanarak hazırlanan yüksek lisans tezinde yer alan bulgulara göre kadınların çalışma hayatında yer almaya devam edip etmemelerinde, evlenmenin getirdiği bir karar değişikliği yer almamaktadır⁵⁰. Kadınların daha çok sosyal ve kültürel açıdan toplum içerisindeki statülerini yükseltmek, ekonomik özgürlük elde etmek ve saygı görme isteği doğrultusunda çalışma hayatında yer aldıklarını göstermektedir. Pozitif ayrımcılık ve eşitsizlikten kaynaklanan, evlendiği gibi

⁴⁷ Umutlu, “Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları”; Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, *Kadın Araştırmaları Dergisi* 1/10 (04 Şubat 2014), 57; Sevgi Işık Erol, “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanlara Yönelik Koruyucu Düzenlemeler”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/47 (2022), 597-620.

⁴⁸ Umutlu, “Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları”, 892.

⁴⁹ Aynı yönde Fatma Elif Adakale Demirhan- Münir Ekonomi, “Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler Ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu İle Getirilen Yenilikler”, *İTÜ Dergisi* 4/5 (Ekim 2005), 55-67.

⁵⁰ Sabire İçli, *Kadınların Çalışma Hayatı ve Ekonomik Özgürlük Algısı: Konya Örneği* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020).

işten ayrılma zorunluluğunun olmadığı, hatta kıdem tazminatı alma imkanlarının bulunmasıyla evlenme kararları arasında hiçbir şekilde ilişkinin bulunmadığı, bulgular arasında yer almamasından da anlaşılabilmektedir. Metodolojik olarak bu sorunun sorulmamasından dolayı çıkarımımızda eksiklik olduğu değerlendirilse de henüz böyle bir çalışmanın yapıldığına rastlanılmadığı için evliliğin işten ayrılma veya çalışmama üzerindeki temel neden olmadığını gösterdiği söylenebilir.

ILO Belgelerinde Kadın Erkek Eşitliği

ILO tarafından hazırlanan iki sözleşme konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir. 1958 tarihli 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi ve 1981 tarihli 156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Çalışanlar Sözleşmesi'dir.

111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi, 4 Haziran 1958 tarihinde ILO tarafından⁵¹, 13/12/1966 tarihli 811 sayılı kanun ile TBMM tarafından kabul edilmiş⁵² ve 19 Temmuz 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵³.

156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Çalışanlar Sözleşmesi, 3 Haziran 1981 yılında kabul edilmiş⁵⁴ ancak Türkiye bu sözleşmeyi imzalamayarak taraf olmamıştır.

156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Çalışanlar Sözleşmesi

Madde 3

1. Kadın ve erkek çalışanlar için etkili bir fırsat ve muamele eşitliği yaratmak amacıyla, her Üye, aile

sorumlulukları olan ve bir işte çalışan veya çalışmak isteyen kişilerin bu haklarını ayrımcılığa maruz kalmadan ve mümkün olduğu ölçüde iş ve aile sorumlulukları arasında bir çatışma olmadan kullanabilmelerini sağlamayı ulusal politikasının bir amacı haline getirecektir.

2. Bu maddenin 1. paragrafının amaçları doğrultusunda, ayrımcılık terimi, 1958 tarihli Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi'nin 1. ve 5. maddelerinde tanımlandığı şekilde istihdam ve meslekte ayrımcılık anlamına gelir.

Madde 3/1'den yola çıkarak kişilerin mümkün olduğu ölçüde iş ve aile sorumlulukları arasında bir çatışma olmadan kullanabilmelerini sağlama ödevini üye ülkelere yüklemektedir. Bu yükümlülük doğrultusunda iş ve aile sorumluluğu arasında çatışma yaşayabileceğini veya dengeli bir şekilde sürdürme yükümlülüğünü üstlenmek istemeyen kadınlar için bir imkan olarak değerlendirilebilmektedir.

Madde 4

Kadın ve erkek çalışanlar arasında etkili bir fırsat ve muamele eşitliği yaratmak amacıyla, ulusal koşullar ve olanaklarla uyumlu tüm önlemler alınacaktır

(a) ailevi sorumlulukları olan çalışanların özgürce iş seçme haklarını kullanmalarını sağlamak; ve

(b) istihdam şartları ve koşulları ile sosyal güvenlik konularında ihtiyaçlarını dikkate almak.

⁵¹ International Labour Organization, 04/06/1958, 42. Sess., Discrimination (Employment and Occupation) Convention, No. 111.

⁵² Resmî Gazete, 22.12.1966, 12484.

⁵³ Resmî Gazete, 21.09.1967, 12705.

⁵⁴ International Labour Organization, 03/06/1981, 67. Sess., Workers with Family Responsibilities Convention, No. 156.

Madde 4 açıklamasında belirtilen “ulusal koşullar” ifadesine de dayanarak Türk toplum yapısının değer normlarına ve işleyişine göre kanunlaştırma hareketlerinin sağlanması gerekliliktir.

Madde 5

Uluslararası koşullar ve imkanlarla uyumlu tüm önlemler ayrıca alınacaktır--

(a) toplum planlamasında ailevi sorumlulukları olan çalışanların ihtiyaçlarının dikkate alınması; ve

(b) çocuk bakımı ve aile hizmetleri ve tesisleri gibi kamu veya özel toplum hizmetlerini geliştirmek veya teşvik etmek.

Madde 5’te belirtilen önlemler vs de aile sorumluluklarını aile üyelerine değil de dışarıdan hizmet alımı yoluyla yaptırılmasını öngörmekte ve materyalist bir aile yönetimi yaklaşımı söz konusudur. Toplumdaki bireylerin bu şekilde hareket etmek istemeyebileceği göz ardı edilmemesi gereken bir gerçektir.

111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi

Madde 5

Milletlerarası Çalışma Konferansınca kabul edilmiş olan diğer sözleşme veya tavsiyelerle öngörülmüş bulunan özel koruma ve yardım tedbirleri ayırım sayılmaz.

Herhangi bir üye, varsa temsilci, işveren ve işçi teşekkülleriyle yapılacak görüşmeden sonra cinsiyet, yaş, sakatlık, aile sorumlulukları veya sosyal ve kültürel durumları dolayısıyla, özel şekilde korunma veya yardım ihtiyacında oldukları genel olarak kabul edilmiş bulunan kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak amacını güden özel

tedbirlerin ayırım sayılmayacağına karar verebilir.

Madde 5 özel şekilde koruma tedbirlerin ayırım sağlamayacağını belirtmektedir. Evlenen kadınların özel bir şekilde korunmaya ihtiyacı olduğu çıkarımına ulaşılmamakla birlikte üye devletin kendi sosyal ve kültürel durumlarının göz önünde bulundurularak özel düzenleme yapma yetkisi verilmesi de uluslararası normlara uygun bir düzenleme yapıldığını göstermektedir.

Türkiye yukarıda incelenenlerden sadece 111 sayılı sözleşmeye taraftır, uluslararası hukuk bağlamında 156 sayılı sözleşme hükümlerinden sorumlu değildir ancak evlenen kadın işçiye yönelik kıdem tazminatı düzenlemesi tarafı olmadığımız sözleşme hükümlerine dahi bir aykırılık teşkil etmemektedir.

Sonuç

Bu çalışmanın hazırlanması düşüncesi, son yıllarda literatürde tekrar ortaya çıkartılan evlenen kadının evlendikten sonraki bir yıl içerisinde evlilik nedeniyle işten ayrılması durumunda kıdem tazminatı almaya hak kazanması düzenlemesinin, pozitif ayrımcılık ve eşitsizliği artırdığı ve kadınların çalışma hayatından uzaklaştırıldığı eleştirileriyle topa tutuluyor olması ve kanaatimizce bu hukuki düzenlemenin hak etmediği ölçüde değerlendirilerek toplumumuzda evlenme oranlarının düşüş göstermesine rağmen evlenen insanların teşvikinin azaltılmaması gerekliliğinden oluşmuştur.

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesiyle ortaya çıkan nitelikli bir sonuçtur. İş sözleşmesinin sona ermesini fesih dışı olabileceği gibi fesih yoluyla da gerçekleşebilir. Kıdem tazminatı alınabilmesine hak kazanabilmesi için öncelikle işçinin İş Kanununa tabi olarak çalışıyor olması, belirli sebeplerle iş

sözleşmesinin sona ermiş olması ve işçinin en az bir yıllık kıdeminin bulunması gerekmektedir. Belirli sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesinin arasında kadın işçinin evlenme sebebiyle evlenme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmesiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi bu çalışmanın konusu olarak belirlenmiştir. Buna göre kadın işçi, İş Kanunu'na tabi işçi olarak çalışmakta iken evlendiğinde, evlilik tarihinden itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabilecektir. Bunun için işçinin kıdem tazminatına ilişkin genel şartları yani en az bir yıllık kıdeminin olması gerekliliğini de sağlıyor olması gerekmektedir.

Kadın çalışanlara yönelik evlilik nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı da iş sözleşmesinin belirli sebeplerle sona ermesi arasında sayılmakta, kadın çalışanlara yönelik pozitif bir ayrımcılık olarak hüküm doğurmaktadır. Toplumun değer yargılarına uygun düşen bir düzenleme olarak eşitsizlik oluştursa dahi toplumsal bir tepkiye neden olmayıp literatürde eleştiriliyor olması da norm ile toplumun uyumsuz olmadığını göstermektedir. Bir toplumun kendi değerleriyle birlikte yaşamasına karşı durarak dışarıdan ithal edilen düşüncelerin doğru olduğu ve toplumun bu yöne doğru yönlendirilmesinin ciddi bir ihtiyaç olduğu yönündeki yaklaşım, içinde bulunduğumuz topluma uzak bir yerden bakıldığını ve gerçeklerle örtüşmediğini göstermektedir.

Uluslararası antlaşmalarla bağlı olduğumuz normlar çerçevesinde değerlendirildiğinde de Uluslararası Çalışma Örgütü belgelerinden toplumların kendi gerçekliklerine göre düzenleme yapabileceği, sözleşmedeki genel esaslara aykırı düşmeden kendi değer normlarına göre kadın çalışanlar hakkında farklı düzenlemelerin yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Bu doğrultuda kadın çalışanlara yönelik evlenmelerinden itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmelerini feshetme ve kıdem tazminatı almaya hak kazanmalarını sağlayan düzenleme ILO'nun Türkiye'nin taraf olduğu veya olmadığı sözleşmelerine bir aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Adakale Demirhan, Fatma Elif - Ekonomi, Münir. “Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler Ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu İle Getirilen Yenilikler”. İTÜ Dergisi 4/5 (Ekim 2005), 55-67.
- Akyiğit, Ercan. Bireysel İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Basım, 2023.
- Akyiğit, Ercan. Kıdem Tazminatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, 2010.
- Anayasa Mahkemesi. “E. 1990/30 K. 1990/31”. Norm Kararlar Bilgi Bankası, 29 Kasım 1990. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1990-31-nrm.pdf>
- Anayasa Mahkemesi. “E. 2006/156 K. 2008/125 Evlenen Kadın İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanması Hükmünün İptali”. Norm Kararlar Bilgi Bankası, 19 Haziran 2008. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2008-125-nrm.pdf>
- Bakırcı, Kadriye. “Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı”. Sicil İş Hukuku Dergisi 4/12 (2008), 112-124.
- Bakırcı, Kadriye. “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”. Kadın Araştırmaları Dergisi 1/10 (04 Şubat 2014), 1-37.
- Centel, Tankut. “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”. Sicil İş Hukuku Dergisi 3/15 (2009), 5-10.
- Çelik, Nuri vd. İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta, 34. Basım, 2021.
- Ekmekçi, Ömer - Yiğit, Esra. Bireysel İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Onikilevha, 2. Basım, 2020.
- Ertuğrul, İbrahim. “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış”. TBB Dergisi 131 (2017), 347-372.
- Eyrenci, Öner vd. İş Hukuku. İstanbul: Beta, 10. Basım, 2020.
- Gerek, Nüvit. “Kıdem Tazminatı Hesabında Dikkate Alınacak Süreler”. Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 7/2 (31 Aralık 1989), 267-279.
- Gökçeoğlu Balcı, Şebnem GÖKÇE. “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”. Çalışma ve Toplum 3/54 (01 Ocak 2017), 1263-1298.
- Işık Erol, Sevgi. “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanlara Yönelik Koruyucu Düzenlemeler”. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27/47 (2022), 597-620.
- İçli, Sabire. Kadınların Çalışma Hayatı ve Ekonomik Özgürlük Algısı: Konya Örneği. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Maraşlı Dinç, Yasemin. “Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak İş Kanununa Tabi İşçilerin Kıdeme Esas Hizmet Sürelerinin Hesaplanması”. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (31 Aralık 2021), 309-338.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi vd. İş Hukuku Ders Kitabı. 1 Cilt. Ankara: Lykeion, 5. Basım, 2021.

- Özkan, Zeynep Aslı. “Evlenen Kadın İşçilere Yönelik Kıdem Tazminatı Düzenlemesinin Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasakları ve Pozitif Ayrımcılık Yönünden Değerlendirilmesi”. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 18/71 (2021), 1107-1146.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. Bireysel İş Hukuku. Ankara: Gazi Kitabevi, 10. Basım, 2019.
- Sümer, Haluk Hadi. İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 26. Basım, 2022.
- Süzek, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta, 21. Basım, 2021.
- Şakar, Müjdat. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku. İstanbul: Beta, 13. Basım, 2020.
- Terzioğlu, Ahmet - Aksöz, Fatmanur. “Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler”. Çalışma ve Toplum 1/72 (20 Ocak 2022), 267-298. <https://doi.org/10.54752/ct.1060809>
- Umutlu, Selin. “Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları”. Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 34/3 (15 Temmuz 2020), 877-894.

MİRASÇILARIN ve MİRAS PAYLARININ BELİRLENMESİ HUSUSUNDA, İSLAM MİRAS HUKUKU İLE TÜRK POZİTİF HUKUKU ARASINDA PRATİKTE UYUM SAĞLANABİLİR Mİ?

Metin İKİZLER* & Yasin KURBAN*

Özet

Bilindiği gibi, günümüz pozitif hukukunda miras hukukuna ilişkin temel kurallar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bulunmaktadır. Bu Kanun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "halefi" niteliğindedir. 743 sayılı Kanun ise 1926 tarihli'dir. Hâliyle 1926 yılından bu yana yani 97 yıldır mehaız İsviçre Medeni Kanun'u olup Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin parçası olan bir miras hukuku sistemi ülkemizde uygulanmaktadır.

Bu hukuk sisteminin İslam Miras Hukukundan farklı olduğu açıktır. Gerek mirasçılarının belirlenmesinde gerekse bu mirasçılarının pay oranında iki hukuk sistemi arasından bariz farklılıklar vardır. Bununla birlikte ülkemizde, dinî hassasiyeti olan kimi bireyler, hukukçulara başvurarak mal varlığının ölümünden sonra İslam Miras Hukuku sistemi ile uyumlu şekilde mirasçılarını arasında pay edilmesi arzusunu aktarmaktadır. Kuşkusuz bu noktada hukukçu açısından sorun, İslam Miras Hukukuna göre mirasçılarını ve bunların pay oranını belirlerken yapılan işlemin gelecekte miras açıldığında, Türk Medeni Kanunu'na aykırılıktan dolayı dava konusu edilmesinin önüne geçecek bir çözüm üretmektir.

Bu makale, teorik bilgiden ziyade çeşitli ihtimallerini içeren örneklerle, Türk pozitif hukuku içinde kalarak İslam miras hukuku ilkelerine göre mirasçılarının ve miras paylarının belirlenme imkânını tartışmaktadır. Unutulmamalıdır ki kaynakları ve sistematığı birbirinden farklı iki hukuk sistemini mukayese ederken, birini merkeze koyup, diğerini onun ekseninde değerlendirmekten ziyade; dini hassasiyeti olan bireylerin yürürlükte olan miras hukuku sistematığı içinde, İslam miras hukuku ilkelerini gözeterek bir taksimin imkânını tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İslam Hukuku • Pozitif Hukuk • Yasal Mirasçılık • Saklı Pay • Tasarruf Serbestisi

* Prof. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk, Bursa, Türkiye | Prof. Dr., Bursa Uludag University, Law Faculty, Civil Law, Bursa, Turkey.

✉ metinikizler@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0002-9318-6291.

* Prof. Dr., Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku, Erzurum, Türkiye | Prof. Dr., Ataturk University, Law Faculty, Islamic Law, Erzurum, Turkey.

✉ yasin.kurban@atauni.edu.tr • ORCID 0000-0003-0765-2178.

CAN THERE BE HARMONY IN PRACTICE BETWEEN THE ISLAMIC LAW OF INHERITANCE AND THE TURKISH POSITIVE LAW ON DETERMINATION OF THE HEIRS AND THEIR SHARES?

Abstract

The basic rules related to inheritance law in today's positive law are found in the Turkish Civil Code numbered 4721 as it is known. Although this Law entered into force on January 1, 2002, it is the "successor" of the abolished Turkish Civil Code numbered 743. The Law numbered 743 is dated 1926. As a matter of fact, since 1926, that is, for 97 years, the Swiss Civil Code has been applied in our country, and the inheritance law system, which is part of the Continental European Legal System, has been applied in our country.

This legal system is clearly distinct from Islamic Law of Inheritance. There are obvious differences between the two legal systems both in the determination of the heirs and their share ratios. Yet, in our country, some individuals with religious sensitivities apply to legal professionals and convey their desire to share their property among their heirs after death in accordance with the Islamic Inheritance Law system. Without a doubt, at this point, the problem for the legal professionals is to devise a solution that will prevent the action taken while determining the heirs and their share ratio in accordance with the Islamic Inheritance Law from becoming the subject of a lawsuit due to the violation of the Turkish Civil Code when the inheritance is opened in the future.

This study discusses the possibility of determining heirs and inheritance shares according to the principles of Islamic inheritance law by remaining within the framework of Turkish positive law with examples containing various possibilities rather than theoretical knowledge. It should be remembered that when comparing two legal systems with different sources and systematics, rather than putting one in the center and evaluating the other on its axis; It discusses the possibility of individuals with religious sensitivities to make a division within the current inheritance law systematics by observing the principles of Islamic inheritance law.

Keywords

Islamic Law • Positive Law • Legal Inheritance • Hidden Share • Freedom of Saving

1. Hukuk- Ahlak Ayırımı

Bilindiği gibi, günümüz pozitif hukukunda miras hukukuna ilişkin temel kurallar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bulunmaktadır. Bu Kanun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "halefi" niteliğindedir. 743 sayılı Kanun ise 1926 tarihli'dir. Hâliyle 1926 yılından bu yana yani 97

yıldır mehabı İsviçre Medeni Kanun'u olup Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin parçası olan bir miras hukuku sistemi ülkemizde uygulanmaktadır.

Bu hukuk sisteminin İslam Miras Hukukundan farklı olduğu açıktır. Gerek mirasçılarının belirlenmesinde gerekse bu mirasçılarının pay oranında iki hukuk sistemi arasında bariz farklılıklar vardır. Bununla

birlikte ülkemizde, dinî hassasiyeti olan kimi bireyler, hukukçulara başvurarak mal varlığının ölümünden sonra İslam Miras Hukuku sistemi ile uyumlu şekilde mirasçıları arasından pay edilmesi arzusunu aktarmaktadır. Kuşkusuz bu noktada hukukçu açısından sorun, İslam Miras Hukukuna göre mirasçıları ve bunların pay oranını belirlerken yapılan işlemin gelecekte miras açıldığında Türk Medeni Kanunu'na aykırılıktan dolayı dava konusu edilmesinin önüne geçecek bir çözüm üretmektir.

İşte bu bildiride, teorik bilgidен ziyade çeşitli ihtimalleri içeren örneklerle, Türk pozitif hukukuna aykırı olmayacak şekilde, İslam Miras Hukuku ilkelerine göre mirasçıların ve miras paylarının belirlenip belirlenemeyeceği incelenmektedir.

Bu tür bir meselenin bir bildirinin kapsamını aşmayacak şekilde bütün ihtimalleri ile ele alınması imkânsızdır. Bu nedenle örnekler, günlük hayatta en fazla karşılaşılan miras ilişkileri dikkate alınarak hazırlanmıştır. Nitekim hayatın olağan akışında bir kişi öldüğünde, geriye kalan yakın çevresi genellikle çocukları, eşi ve ana-babası ya da bunlardan bazıları olmaktadır. Örnekler de bu kişilerin mirasçı sıfatı ile bir arada bulunup bulunmamalarına göre çeşitlendirilmiştir. Eşin mirasçı olmasının arz ettiği özellikler dikkate alındığında konunun buna göre iki ayrı başlık altında örneklendirilmesi uygun olmaktadır.

I. Eşin Mirasçı Olmadığı İhtimaller

A. Erkek Çocukların Mirasçılığı

Miras bırakan ölmüş ve geriye sadece iki erkek çocuk bırakmışsa İslam Hukukuna¹ ve

Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
E1: ½	E1: ½
E2: ½	E2: ½

Görüldüğü gibi, bu ihtimalde her iki hukuk açısından bir farklılık bulunmamaktadır.

B. Erkek ve Kız Çocukların Birlikte Mirasçı Olmaları

Mirasbırakan ölmüş ve geriye sadece bir erkek ve bir kız çocuk bırakmışsa İslam Hukukuna² ve Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
E: 2/3	E1: ½
K: 1/3	E2: ½

İslam Hukukunda erkek çocuk mirastan iki kız çocuk ise bir pay alacağından, bu ihtimalde çözüm Pozitif Hukuktan farklı olmaktadır. Zira TMK'ya göre, mirasbırakanın çocukları eşit olarak mirasçılardır; yani mirastan eşit olarak pay alırlar (m. 495/2).

Türk Medeni Hukukunda erkek ve kız çocukları arasından mirasçılık ve miras payları açısından bir fark bulunmamaktadır. Gerek erkek gerekse kız çocukları yasal mirasçılardır. Yasal mirasçılık, mirasbırakanın herhangi bir ölüme bağlı tasarrufu bulunmadan ölmesi hâlinde mirasçılarının kim olacağının belirlenmesine hizmet etmektedir³. Nitekim TMK m. 495 ve devamında yasal mirasçılar

¹ Detaylı bilgi için bkz. Hayreddin Karaman, "Asabe", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 3/452-453.

² Diyanet İşleri Başkanlığı (Erişim 27 Ocak 2024) en-Nisâ 4/11.

³ Türk pozitif hukukunda kan hısımlarının mirasçılığının belirlenmesinde etkili zümre sisteminin özellikleri hakkında bkz. Rona Serozan ve B. İlkay Engin, Miras Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 141 vd.; Bilge Öztan, Miras Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 37 vd.; O. Gökhan Antalya, Miras Hukuku, Cilt: III,

belirmiştir. Mirasbırakanın birinci derece mirasçıları ise onun altsoyudur (m. 495/1).

Yasal mirasçılara yer vermekle birlikte, Türk Medeni Kanunu'nda mirasbırakanın ölümünden sonra etkili olacak şekilde mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunmasına izin vermektedir. Buna tasarruf serbestisi veya özgürlüğü denmektedir. Ancak mirasbırakana sınırsız şekilde terekesi üzerinde tasarruf serbestisi tanınmamıştır. Gerçekten de TMK m. 505'e göre, "Mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan miras bırakan, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir."

TMK m. 505'te sayılan saklı pay sahibi mirasçılarının bulunması hâlinde mirasbırakan ancak bunların saklı paylarına tecavüz etmemek kaydıyla ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir⁴. Mirasbırakanın altsoyunun saklı payı, bunların miras paylarının yarısıdır (TMK m. 506). Hâliyle yukarıdaki örnekte mirasbırakanın kızının miras payının yarısına dokunulamaz. Bir başka deyişle, K'nın saklı payı miras payının ½'si, terekenin ¼'üdür.

Mirasbırakan tasarruf serbestisini ölüme bağlı tasarrufta bulunmak suretiyle kullanabilir. Ölüme bağlı tasarruflar ise şeklen vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere iki ayrılır. Dolayısıyla mirasbırakanın danışmak için başvurduğu hukukçu, ona bir vasiyetname düzenlemesini bu vasiyetnamede "E mirasımın üçte ikisini, K ise mirasımın üçte birini alsın" şeklinde bir vasiyette bulunmasını tavsiye etmelidir. Bu durumda pratikte hem İslam Hukukuna hem de Pozitif Hukuka uygun şekilde miras paylarını belirlemiş olacaktır.

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
E: 2/3 K: 1/3	E: ½ (mp); ¼ sp K: ½ (mp); ¼ sp

(mp= miras payı; sp= saklı pay)

Örnekte, Mirasbırakan K'ya vasiyet yoluyla mirasının 1/3'ünü bıraktığında ona yasal miras payından az ve fakat saklı payından fazla bir miras bıraktığından Türk Medeni Kanunu'na aykırı davranmamış olacaktır.

Akla, vasiyette bulunmak yerine, aynı sonucu sağlayacak şekilde mirasbırakanın sağlığında bir kısım mal varlığını erkek çocuğuna karşılıksız aktarması ihtimali de gelebilir. Ancak böyle bir aktarım, pozitif hukuk açısından durumuna göre, muvazaa davasına açılmasına veya denkleştirme hükümlerine başvurulmasına neden olabilir ki her iki ihtimalde de istenen sonuç elde edilemez. Ayrıca mirasbırakan sağlığında mal varlığının bir kısmından vazgeçmek de istemeyebilir.

Erkek çocuklara kız çocuklardan fazla pay verilmesini içeren ölüme bağlı tasarrufların, Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınan ayrımcılık yasağına aykırı olup olmadığı tartışılabilir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuru kararında⁵ erkek çocuklar lehine düzenlemeler içeren zürri vakıf senedini kadın-erkek eşitliğine aykırı ve cinsiyet ayrımcılığına yol açar bulan karardan sonra bu gibi iddiaların gündeme gelme ihtimali daha yüksektir. Bununla birlikte bu mesele hakkında temkinli davranmak uygun olur. Aksi takdirde mirasbırakanın mülkiyet hakkını ve miras hukukunun kendisine tanıdığı tasarruf serbestisini gereğinden fazla kısıtlayıcı sonuçlar

(Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 108 vd.; Mehmet Ayan, Miras Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 53 vd.; A. Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, Miras Hukuku, (İzmir, İleri Yayınevi, 2012), 82 vd.; Mustafa Dural ve Turgut Öz, Miras Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), 21 vd.

⁴ Saklı Pay hakkında bkz. Öztan, 74 vd.; Serozan ve Engin, 179 vd.; Dural ve Öz, 233 vd.; Antalya, 317 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, 297 vd.; Ayan, 173 vd..

⁵ Karar Tarihi: 28.10.2022, Resmî Gazete tarih ve sayı: 28.12.2022-32057.

doğabilir. Örneğin İslam Hukukuna göre olmasa da, “Kızım mirasımın %60’ını oğlum ise % 40’ını alsın.” şeklinde bir vasiyetname de yine ayrımcılık iddiası ile karşılaşılabılır. Son noktada, erkek ve kız çocukları arasındaki her farklılık bu tür bir iddia ile dava konusu edilememeli, tasarruf serbestisinin işlevsiz hâle gelmesine sebebiyet verilmemelidir.

C. Kız Çocuklarının Birlikte Mirasçı Olmaları

Mirasbırakan ölmüş ve geriye iki kız çocuk bırakmışsa İslam Hukukuna göre miras paylarının hesaplanması, pozitif hukuka göre daha detaylı hesaplamalar gerektirmektedir. Biz burada iki kız çocuğu ile birlikte mirasbırakanın ana ve babasının hayatta olduğu bir örnekle yetineceğiz. Bu durumda İslam Hukukuna⁶ ve Pozitif Hukuka göre mirasçılarının miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
A: 1/6	A: 0
B: 1/6+ kalan	B: 0
K1: 2/6	K1: ½ mp; ¼ sp
K2: 2/6	K2: ½ mp; ¼ sp

TMK m. 496/1’e göre, altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçıları, ana ve babasıdır. Bunlar eşit olarak mirasçıdırlar. TMK’da kan hısımları arasındaki mirasçılıkta zümre sistemi benimsenmiştir. Mirasbırakanın altsoyu 1. zümre iken ana-babası ve bunların altsoyu 2. zümreyi oluşturur. Yasal mirasçılıkta, 1.zümrede mirasçı varsa 2. zümre mirastan pay alamaz.

Yukarıdaki örnekte, İslam Hukuku ile Pozitif Hukukun miras payı dağılımı farklıdır. Ancak mirasbırakan ana-babasına mirastan pay bırakmak istiyorsa düzenleyeceği vasiyetname

ile bunu pozitif hukuka uygun şekilde gerçekleştirebilir. Bunun için “mirasımın 1/6’sını anama, 1/6’sını babama bırakıyorum.” şeklinde bir tasarrufta bulunması yeterlidir. Geri kalan paylar kanun gereği 1. zümreden mirasçısı olan kızlarına kalacaktır.

Örnekte kızların saklı pay toplamı ½ = 3/6’dır. Dolayısıyla ana-babasının toplamda 2/6’lık payı saklı paya tecavüz teşkil etmeyecektir.

II. Eşin Mirasçı Olduğu İhtimaller

A. Çocuklar ile Eşin Birlikte Bulunması

1. Çocuklar ile Kocanın Birlikte Bulunması

Mirasbırakan ölmüş ve geriye bir erkek ve bir kız çocuk ile birlikte kocası sağ kalmışsa İslam Hukukuna⁷ ve Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
Koca: 1/4	Eş: 1/4 = 2/8 mp; tamamı sp
E: 2/4	E: 3/8 mp; 3/16 sp
K: 1/4	K2: 3/8 mp; 3/16 sp

TMK m. 499’a göre, sağ kalan eş, mirasbırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olursa, mirasın dörtte birini alır. Altsoy ile yani 1. zümre ile birlikte mirasçı olması hâlinde eşin yasal miras payının tamamı saklı pay niteliğindedir (m. 506).

Oranlar dikkate alındığında yukarıdaki örnekte, mirasbırakanın “E mirasımın yarısını alsın” şeklinde bir vasiyette bulunmuş olması iki hukuka da uygunluğun sağlanması açısından yeterlidir. Bu durumda K’ya 4/16 pay düşecektir ki saklı payının 3/16 olduğu dikkate alındığında bir saklı pay ihlalinin söz konusu olmayacağı açıktır.

⁶ en-Nisâ 4/11.

⁷ en-Nisâ 4/12.

2. Çocuklar ile Evli Kadının Birlikte Bulunması

Mirasbırakan ölmüş ve geriye bir erkek ve bir kız çocuk ile birlikte karısı sağ kalmışsa İslam Hukukuna⁸ ve Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
Karı: $1/8 = 3/24$	Eş: $1/4 = 2/8$ mp; tamamı sp
E: $14/24$	E: $3/8$ mp; $3/16$ sp
K: $7/24$	K: $3/8$ mp; $3/16$ sp

Bu ihtimalde ölüme bağlı tasarruf yoluyla sağ kalan kadın eşin miras payının $1/8$ 'e indirilmesi mümkün değildir. Zira Medeni Kanun'a göre eşin $2/8$ oranındaki miras payının tamamı saklı payıdır. Saklı payı ihlal eden bir vasiyetname yapılırsa, buna karşı tenkis davası açılması mümkündür (TMK m. 560 vd.). Bu takdirde saklı pay sağlanana kadar, bunu ihlal eden tasarruf tenkis edilir.

Görüldüğü gibi bu örnekte, TMK'nın tanıdığı tasarruf serbestisinden yararlanarak İslam Hukukundaki miras paylarına ulaşılamaz. Kanımızca bu gibi durumlarda İslami hassasiyetleri bulunan kişiye, danıştığı hukukçunun tavsiyesi, İslam Hukukundaki tasarruf serbestisinden yararlanması olmalıdır. Zira Pozitif Hukukta olduğu gibi, İslam Hukukunda da mirasbırakana mirasın $1/3$ 'ü üzerinde tasarruf yetkisi tanınmıştır. Bu durumda mirasbırakan bu yetkisini kullanarak "Karım mirasımın $2/8$ 'ini alsın, Oğlum $4/8$ 'ini, kızım da $2/8$ 'ini alsın" içeriğinde bir vasiyette bulunursa, iki hukuk arasındaki uyumu yine sağlamış olacaktır. Dikkat edilmelidir ki bu takdirde, mirasbırakan hem

İslam Hukukunun hem de Pozitif Hukukun tanıdığı tasarruf serbestisinden uyumu sağlamak maksadıyla yararlanmaktadır.

B. Ana-Baba ile Eşin Birlikte Bulunması

1. Ana-Baba ile Kocanın Birlikte Bulunması

Çocuğu bulunmayan mirasbırakan ölmüş ve geriye ana-babası ile birlikte kocası sağ kalmışsa İslam Hukukuna ve Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
Koca: $3/6$	Eş: $2/4 = 2/4$ mp; tamamı sp
A: $2/6$	A: $1/4$ mp; $1/16$ sp
B: $1/6$	B: $1/4$ mp; $1/16$ sp

TMK m. 499'a göre, sağ kalan eş, mirasbırakanın ana ve baba zümresi ile birlikte mirasçı olursa, mirasın yarısını alır. Ana-Baba ile yani 2. zümre ile birlikte mirasçı olması hâlinde eşin yasal miras payının tamamı saklı pay niteliğindedir (m. 506). Ana ve babadan her biri için ise yasal miras payının dörtte biri saklı pay niteliğindedir (m. 506).

Bu ihtimalde mirasbırakan "mirasımın $2/6$ 'sını anam, $1/6$ 'sını ise babam alsın." şeklinde bir ölüme bağlı tasarrufta bulunarak hem İslam Hukukuna hem de Pozitif Hukuka uygun şekilde miras paylarını belirleyebilir.

2. Ana-Baba ile Evli Kadının Birlikte Bulunması

Çocuğu bulunmayan mirasbırakan ölmüş ve geriye ana-babası ile birlikte karısı

⁸ en-Nisâ 4/12.

sağ kalmışsa İslam Hukukuna⁹ ve Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
Karı: 3/12	Eş: $2/4 = 2/4 = 6/12$ mp; tamamı sp
A: 4/12	A: 1/4 mp; 1/16 sp
B: 5/12	B: 1/4 mp; 1/16 sp

Bu ihtimalde ölüme bağlı tasarruf yoluyla sağ kalan kadın eşin miras payının 3/12'ye indirilmesi mümkün değildir. Zira Medeni Kanun'a göre eşin 6/12 oranındaki miras payının tamamı saklı payıdır.

Yukarıda değinildiği üzere, bu takdirde, mirasbırakana İslam Hukukunun ve Pozitif Hukukun kendisine tanıdığı tasarruf yetkisini birlikte kullanarak “mirasımın 6/12'sini karım alsın; 4/12'sini anam, kalanını babam alsın.” şeklinde bir vasiyette bulunması tavsiye edilebilir. Bu durumda iki hukuka da uygunluk sağlanmış olacaktır.

C. Çocuklar, Ana-Baba ile Eşin Birlikte Bulunması

1. Çocuklar, Ana-Baba ile Kocanın Birlikte Bulunması

Mirasbırakan ölmüş ve geriye bir erkek ve bir kız çocuk ile birlikte ana-babası ve kocası sağ kalmışsa İslam Hukukuna¹⁰ ve Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
--------------	---------------

Koca: 9/36	Eş: $1/4 = 2/8 = 9/36$ mp; tamamı sp
A: 6/36	A: 0
B: 6/36	B: 0
E: 10/36	E: 3/8 mp; 3/16 sp
K: 5/36	K: 3/8 mp; 3/16 sp

TMK m. 499'a göre, sağ kalan eş, mirasbırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olursa, mirasın dörtte birini alır. Zümreler arası öncelik ilkesi gereği altsoyun varlığı, ana-babanın mirastan pay almasını engeller.

Paydalar eşitlendiğinde, TMK gereği kız çocuğun saklı payı 108/576 olmaktadır. Oysa İslam Hukukuna göre hesaplanan paylarda kız çocuğuna 80/576 pay düşmektedir. Bu da saklı payın ihlali anlamına gelir. Ana-babaya pay verilmesinden kaynaklanan bu sorun erkek çocuğun payında görülmemektedir; zira erkek çocuk mirastan 160/576 pay almakla saklı payı ihlal edilmemiş olmaktadır. Dolayısıyla bu örnekte İslam Hukukundaki tasarruf serbestisi kullanılmadıkça iki hukuk sistemi arasında uygunluk sağlanamamaktadır.

2. Çocuklar, Ana-Baba ile Evli Kadının Birlikte Bulunması

Mirasbırakan ölmüş ve geriye bir erkek ve bir kız çocuk ile birlikte ana-babası ve karısı sağ kalmışsa İslam Hukukuna¹¹ ve Pozitif Hukuka göre bunların miras payları şu şekildedir:

İslam Hukuku	Pozitif Hukuk
Karı: 9/72	Eş: $1/4 = 2/8 = 18/72$ mp; tamamı sp

⁹ Detaylı bilgi için bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1980), 5/250 vd.

¹⁰ en-Nisâ 4/11,12.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Hamza Aktan, Mukayeseli İslam Miras Hukuku (İstanbul: İşaret Yayınları, 1991), 102 vd.

A: 12/72	A: 0
B: 12/72	B: 0
E: 26/72	E: 3/8 mp; 3/16 sp
K: 13/72	K: 3/8 mp; 3/16 sp

Bir önceki örnekteki sorunun bu ihtimalde de gerçekleştiği görülmektedir. Hatta önceki örnektekine ilaveten, burada eşin saklı payının ihlali sorunu ile de karşılaşılmaktadır.

SONUÇ

İslam Hukuku ile Türk Pozitif Hukukunun yasal mirasçılar ve bunların pay oranları hakkındaki düzenlemeleri farklıdır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda mirasbırakana tanınan tasarruf serbestisinden yararlanıldığında, iki hukuk sistemi arasında bir uyumun sağlanması olasıdır. Bunun için mirasbırakanın TMK'ya uygun ölüme bağlı tasarrufta bulunması gerekmektedir. Bu yolla, örneğin vasiyetname düzenleyerek hayatın olağan akışına göre sıklıkla mirasbırakana birlikte mirasçı olacak çeşitli kişiler açısından iki hukuk arasından nasıl uyumun sağlanacağı metinde ayrıntıları ile ele alınmıştır. Bununla birlikte bazı durumlarda, sadece TMK'ya göre tasarruf serbestisinden yararlanılması, vasiyette bulunulması, uyumu sağlamak için yeterli olmamakta; bu takdirde iki hukuk sistemi arasında uyumun sağlanması için İslam Hukukundaki tasarruf serbestisinden de yararlanılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aktan, Hamza. Mukayeseli İslam Miras Hukuku. İstanbul: İşaret Yayınları, 1. Basım, 1991.
- Antalya, O. Gökhan. Miras Hukuku, Cilt: III. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Ayan, Mehmet. Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1980.
- Diyanet İşleri Başkanlığı. Erişim 27 Ocak 2024. <https://kuran.diyanet.gov.tr>
- Dural, Mustafa ve Öz, Turgut. Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- İnan, A. Naim, Ertaş, Şeref ve Albaş, Hakan. Miras Hukuku. İzmir, İleri Yayınevi, 2012.
- Karaman, Hayreddin. “Asabe”. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. 3/452-453. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Öztan, Bilge. Miras Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Serozan, Rona ve Engin, B. İlkay. Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.

İSLAM HUKUKUNA GÖRE TEDAVİ OLMA BAĞLAMINDA TIBBİ ESTETİĞİN ÖLÇÜSÜ

Taha YILMAZ*

Özet

Bu çalışmanın amacı tedavi olma bağlamında tıbbi estetiğin ölçüsünü ve sınırlarını İslam dininin temel nasları çerçevesinde ve İslâm hukukunun genel prensipleri doğrultusunda ortaya koymaktır. Tıp biliminin eski çağlardan beri hem tedavi hem de sanat boyutuyla insanların hayatında fonksiyonel olduğu bilinmektedir. Ancak Müslümanların bu bilimin imkânlarından yararlanırken dini açıdan bunlardan hangi ölçüde yararlanabilecekleri sorunsalı da daima gündemde olmuştur. İslam, din olarak müntesiplerine iki dünya saadetini temin etmek için birtakım ilke ve kurallar vazetmiştir. Bu ilke ve kurallar çerçevesinde hayatını sürdüren Müslümanlar sosyal, iktisadî ve tıp alanıyla ilgili klasik fıkıh döneminde var olmayan birçok problemle karşı karşıya kalmıştır. İslam dini bu problemlere fıkıh usûlü perspektifinden çözümler sunarak bazı ilkeler ortaya koymuştur. Özellikle modern tıp teknolojisi ve yeni tedavi yöntemleri genel olarak din, özel olarak da fıkıh bakımından birtakım problemleri içinde barındırmaktadır. Haram maddelerle tedavi, vücut üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler, organ, doku ve kan nakli, estetik ameliyat, cinsiyet değişimi, doğumla ilgili yapay /sûni döllenme, kürtaç, doğum kontrolü, genetiğe müdahale, ötenazi gibi birçok problem İslam hukukunu ilgilendiren konulardır. İslam hukuku bu problemlere fetvâ/çözüm üretirken bir taraftan şer'î hüküm diğer taraftan da maslahat-mefsedet, zâruret/kolaylık, umûmü'l-belvâ ve ihtiyacı esas alan bir metot takip etmiştir. Modernist, yeni selefîci, gelenekselci ve akademik yaklaşımlar günümüzde modern tıpla ilgili problemleri değerlendirmektedirler. Çalışmamızda nitel yöntemin metin analizi usulüyle temel dinî naslar şemsiyesi altında aslî ve fer'î delilleri ölçü olarak ve ilk dönem İslam tarihinde meydana gelen tarihsel vakıaları da sosyal değişim ve akıl ölçeğinde analiz ederek, tıp sahasında yaşanan bu yeni gelişmelerin İslam hukuku açısından ne denli meşru olduklarını değerlendirdik. Böylelikle fikhî açıdan bu yeni meselelere çözüm ararken ahlâkî ve hukukî olarak ne gibi prensiplere riayet edilmesi gerektiği hususlarını ve tedavi olma bağlamında tıbbi estetiğin ölçüsünün ne olması gerektiğini ortaya koyduk. Ayrıca tıba dair fetva verirken İslam hukukunun takip ettiği temel prensipleri de irdeledik.

Anahtar Kelimeler

İslam Hukuku • Modern Tıp • Tedavi • Estetik • Şer'î Hüküm

* Dr. Öğr. Üyesi., Ardahan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Fıkıh, Ardahan, Türkiye | Asst. Prof. Dr., Ardahan University, Faculty of Divinity, Fiqh, Ardahan, Turkey.

✉ tahayilmaz@ardahan.edu.tr • ORCID 0000-0001-9503-3937.

THE MEASURE OF MEDICAL AESTHETICS IN THE CONTEXT OF TREATMENT ACCORDING TO ISLAMIC LAW

Abstract

The aim of this study is to reveal the extent and limits of medical aesthetics in the context of treatment within the framework of the basic texts of the Islamic religion and the general principles of Islamic law. It is known that medical science has been functional in people's lives since ancient times, both in terms of treatment and art. However, while Muslims benefit from the opportunities of this science, the question to what extent they can benefit from them from a religious perspective is always on the agenda. As a religion, Islam has established certain principles and rules to ensure the happiness of two worlds to its followers. Muslims who live their lives within the framework of these principles and rules have faced many problems related to social, economic and medical fields that did not exist in the classical fiqh period. The religion of Islam has presented some principles by offering solutions to these problems from the perspective of fiqh. Especially modern medical technology and new treatment methods pose some problems in terms of religion in general and fiqh in particular. Many problems such as treatment with haram substances, medical interventions on the body, organ, tissue and blood transplantation, plastic surgery, gender change, artificial insemination related to birth, abortion, birth control, genetic intervention, euthanasia are among the issues that concern Islamic law. For this purpose, Islamic law, while giving fatwa to these problems, followed a method based on the Sharia law on the one hand, and the interests-mafsadah, necessity/convenience, umum al-belwa and need on the other hand. Modernist, neo-Salafi, traditionalist and academic approaches evaluate the problems related to modern medicine today. In our study, by using the text analysis method of the qualitative method, by taking primary and secondary evidence under the umbrella of basic religious texts, and also by analyzing the historical events that took place in the early Islamic history on the scale of social change and reason, we examine how legitimate these new developments in the field of medicine are in terms of Islamic law. We evaluated. Thus, while seeking solutions to these new issues from a fiqh perspective, we revealed what moral and legal principles should be followed and what the measure of medical aesthetics should be in the context of treatment. We also examined the basic principles followed by Islamic law when giving fatwas on medicine.

Keywords

Islamic Law • Modern Medicine • Treatment • Aesthetics • Sharia Law

1. Giriş

İnsan hayatının bütününi düzenleyen ve yaşamın tüm alanlarını kapsayarak şekillendiren İslam, onun bedensel ihtiyaçlarının karşılanmasını önemseydiği gibi yine ruhsal ve psikolojik ihtiyaçlarının karşılanmasını da önemsemiştir.¹ Bu konuda

makâsîdû'ş- şerîa adında beş temel ilke ortaya koymuştur. Bu ilkelerin bir tanesi de canın ve nefsin korunmasıdır.² Canın ve nefsin korunması için insanın hastalıklardan uzak durması adına birtakım koruyucu

¹ Murat Sülün, *Bütün Boyutlarıyla Din*, (İstanbul: Grafiker Tasarım, 2016), 21.

² Abdülkerim Zeydan, *el-Veciz*, (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2011), 300.

önlemlere başvurusu gerekir.³ Günümüzde önleyici/koruyucu tıp bu alana hizmet etmektedir.⁴ Yine kişinin hastalandığında tedavi olması da bu meyanda zikredilen hususlar arasındadır.⁵ Zira insan, vücut ve şekil bakımından en güzel şekilde yaratılmıştır. Ayrıca organları arasında çok dengeli bir uyum ve simetri de gözlenmektedir.⁶ Fakat bazen doğuştan getirdiği, bazen de çeşitli sebeplerden dolayı sonradan meydana gelen kusurların olduğu da görülebilmektedir.

İslam dini, insanın sağlığını korumasını istediği gibi hastalandığında da tıp teknolojisi ve tedavi yöntemleri konusunda yaşanan gelişmelerden ve değişikliklerden yararlanmasına olumlu bakmıştır.⁷ Ancak bu gelişmeler insan sağlığı ve yaşamı için olumlu birtakım neticelere sebep olmakla birlikte dinî ve hukukî açıdan bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira bu gelişmeler insan, hayvan ve diğer canlılar üzerinde yapılan birtakım çalışmalar ve deneylerle gerçekleşmektedir. Modern hayat ve onun sağladığı imkânlar klasik yaşam biçimini değiştirmektedir. İnsan hayatındaki bu değişikliklere sebep olan unsurların başında görsel ve yazılı medya gelmektedir.⁸ Bu olgu bedensel belli şekil ve kalıpları toplumsal yaşamda insanlara dayatmaktadır. Ayrıca insanların gelir

seviyesinin yükselmesi, insanın kendini daha iyi hissetme arzusu, fiziksel kusur ve eksikliklerini giderme talebi de burada rol oynamaktadır. Bu husus zaruret, ihtiyaç ve maslahat odaklı olan tedavi amaçlı estetik ile güzelleşme kaygısıyla yapılan estetik olgusunu fikhî açıdan değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Nitekim bir kısım estetik operasyonlar ihtiyaç ve zaruret temelli olurken bir kısmı ise farklı nedenlerden dolayı yapılmaktadır. Bu bakımdan estetik ameliyatlar zaruri, hâcî, tahsinî ve keyfi, heva-heves, özentî ve modaya uyma arzusu gibi sebeplerle icra edilmeleri açısından çeşitlilik göstermektedir. Tedavi amaçlı veya bozulan bir uzvu aslına döndürmek amacıyla yapılan estetik operasyonlar zarûrî ve hâcî konumunda değerlendirilmiştir.⁹ Sadece güzelleşmek, karşı cinsi aldatmak veya yaşlılığı gizlemek amacıyla yapılanlar ise tahsini sınıfındaki estetik operasyonlar şemsiyesi altında değerlendirilmiştir. Güzelleşme yönü ağır basan estetik operasyonların, daha çok psikolojik ve sosyal sebeplere bağlı olarak yapıldığı da saptanmıştır.¹⁰ Bu şekilde yapılan operasyonlar, insan fitratına müdahale olması, zaruret olmadan beden mahrem yerlerinin açılması ve sağlıkla ilgili riskler oluşturmaları açılarından irdelenmiş ve İslam

³ Ertuğrul Boynukalın, “Makâsîdu’ş-Şerîa”, *Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/423-427.

⁴ Nil Sarı, “Tıp”, *Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları*, (İstanbul: TDV Yayınları), 41/101-111.

⁵ Yusuf el-Karadâvî, *İslam’da Helâl ve Haram*, 103.

⁶ et-Tin, 95/4; el-Bakara, 2/30; en-Nahl, 16/8;

⁷ Yunus Apaydın, “İctihâd: Dinin Hayatla Buluşması”, *İslam’a Giriş-Ana Konulara Yeni Yaklaşımlar* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2007), 81-101.

⁸ Ali Bardakoğlu, *Süslenme, İslam’da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, (İstanbul:

Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Ansiklopedisi, 1997), 12-13.

⁹ A. Akın, “Estetik Amaçlı Müdahalelere İslâm Dini’nin Bakışı”, *Cihannüma Sosyal Bilimler Akademi Dergisi*, 2022, 3-30.

¹⁰ Ayhan Okumuş, “Günümüzde Kadınların Estetik Uygulamalara Bakışı Nasıldır? Sanal Estetik Algısı ve Sosyal Medya Reklamlarının Estetik Müdahale Kararı Alırken Etkisi Ne Kadardır?” *Elektronik Kulak Burun Boğaz ve Baş Boyun Cerrahisi Dergisi*, 18/2019, 1-7.

hukukçuları tarafından bunların cevazı değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

Bu zikredilen gerekçelerden dolayı modern tıp teknolojisinin bazı uygulamaları ve yeni birtakım tedavi yöntemlerinin, genel anlamda din, özel olarak da fıkıh bakımından gözden geçirilmesi gereken meseleler oldukları ortaya konulmuştur.¹¹ Öncelikli olarak tıpla ilgi yaşanan bu güncel problemlerin birçoğunun hükmü, tabii olarak bazı metodolojik yaklaşım farklılıklarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Diğer taraftan klasik fıkıhta hükmü olmayan bazı problemlerin yeniden ele alınmasını gerekli kılmıştır. Estetik ve diğer tıbbi müdahalelerde maslahat-mefsedet ölçüğüne başvurulup vurulmayacağı, zarûret ve ihtiyacın neye göre tayin edileceği hususları söz konusu olan problemleri beraberinde getirmiştir.¹² Estetik ise insan bedeni ve duyularıyla ilintili güzelliği, ifade eder.¹³ Estetik operasyon ise; bedeni güzelleştirmek amacıyla onun görünen kısmı üzerinde yapılan işlem ya da vücut organlarıyla ilgili herhangi bir kaybı, bozukluğu veya eksikliği gidermek amacıyla yapılan cerrahi işlem ve ameliyatı ifade eder.¹⁴ Tarihi olarak eski Mısır, Hint ve Afrika kıtasında ve cahiliye döneminde estetik ilmine başvurulduğu belgelerde geçmektedir.¹⁵

Günümüzde ise estetik operasyonları yanında, palyatif sedasyon, kök hücre ve embriyonik kök hücre tedavisi, haram madde ile tedavi, domuz kalp kapağının insan

kalbine takılması, Anne sütünün tedavi ve kozmetik amaçlı kullanılması, aşırı kilolardan kaynaklı vücutta bulunan fazla yağların alınması, kanser hastası çocuklarda kullanılmak üzere saç bağıışı, tedavi amaçlı kullanılan tırnak cilasının abdest ve gusle mani oluşu problemi, ağız ve burun ameliyatı olan bir kimsenin nasıl abdest alacağı, diş dolgusu ve kaplatılması, trombosit verildiğinde abdestin bozulma meselesi, protez göz ve gözden akan iltihabın abdeste mani oluşu, periton diyalizine giren hastanın ve kolostomi ameliyatı geçiren kişinin abdesti, ameliyat, kemoterapi, radyoterapi gibi tedaviler gören kimselerin abdest durumu, orucu bozan ve bozmayan muayene ve tedavi yöntemleri, kadın sağlığı ile ilgili olan âdet ve menopoz dönemlerindeki haller, gebelik ve lohusalık, doğum kontrolü ve kürtaj, tüp bebek ve embriyo, yeni doğan bebeklere yönelik yapılan bazı uygulamalar ve programlar, hekimlik ve etik konusunda yaşanan bazı problemler, beyin ölümü, yaşam desteğinin sonlandırılması, organ nakli ve bağıışı, ötanazi, otopsi, kadavra bağıışı, ameliyatla kesilen azaların defni, DNR gibi ileriye dönük talimatlar, cinsiyet değiştirmek, alternatif veya tamamlayıcı tıp uygulamalarıyla tedavi olmak, hipnoz, dua ve rukye, bioenerji ile tedavi olmak, alzheimer ve zihinsel engellilerin kaybolmaması için sevgi izi adlı dövme uygulaması, hayvanların tıbbi deneylerde kullanılması, estetik amaçlı olarak saç ekme, yüz gerdirme, burun küçültme, kaş aldırma, dudak dolgusu

¹¹ Abdullah Kahraman, “Tedavi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 40/254.

¹² Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1990), 4-6.

¹³ Beşir Ayvazoğlu, “İlmü’l-Cemâl” *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 20/146-148.

¹⁴ Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 45/1, 1981, 267-275.

¹⁵ Meryem K. Çiftçi, *Eski Mısır Dininde Tanrı ve Öte Dünya İnancı*, (Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 23-25.

yapma, gözaltı torbalarını kaldırma, yaşlılık ile ilgili kırışıklıkları giderme, botoks uygulama, çene düzleştirme, diş seyreltme, bacak düzleştirme, mide küçültme, yağ aldırma, yüz, rahim ve diğer organların nakli, savaş ve yangınlarda zarar gören organları onarma ve daha birçok tıp alanındaki problemler günümüzde fıkıh ilminin okumaları ve problemlere bakışıyla çözüm beklemektedir.¹⁶ Özellikle ilerleyen teknoloji ile beraber insan bedeninde kusur olarak görülen, onun vücut bütünlüğünü bozan ya da işlevini yitiren organlarını yeniden bir denge ve simetriğe oturtmak için yapılan estetiğin ölçütü ve sınırı da bu meyanda önemli bir olgu olmaktadır. Dolayısıyla bu alanda yaşanan problemlere fıkıh ilminin hangi prensipler ile çözüm ürettiği önemli bir konudur.¹⁷ Çalışmada öncelikli olarak bu ilkeler üzerinde durarak fetvâ verirken başvurulun ilke ve prensipleri ortaya koymaya çalıştık.

1. İctihadın Gerekliliği İlkesi

İslam hukukunun temel kaynaklarından olan Kur'an ve Sünnet, naslarını içlerinde birer söz ve metin şeklinde barındırmaktadır. Bu dini naslardan hüküm çıkarmanın da birtakım kuralları vardır. Bunun için öncelikli olarak Arapça dilinin kurallarını iyi bilmek gerekir. Çünkü vahiy ürünü olan Kur'an ve onun bir tefsiri halinde tezahür eden Sünnet Arapça olarak nesilden nesle aktarılacak gelmiştir.¹⁸ Bu nasların içinde barındırdıkları anlamları yorumlamak bir ihtiyaçtan ileri gelmektedir. Anlam ve yorum da metnin durumuna göre belirli düzeyde zihni bir gayreti gerektirmektedir.

İslam ilim geleneğinde bu entelektüel çabalar fıkıh ilmi şemsiyesinde değerlendirilmektedir. Fıkıh ilmi de nasların içinde barındırdığı anlamları yorumlama faaliyetidir. Bu faaliyet birinci derecede bilgi ve birikimin yanında belirli ölçüde akıl yürütmeyi de gerektirmektedir.

Müslümanların bireysel ve toplumsal davranışlarının dinle bağlantısının kurulması fıkıhın daha dar ve teknik bir mekanizması olan içtihat vasıtasıyla sağlanmaktadır. Bu çerçevede fıkıh denildiğinde içtihat akla gelmektedir. İctihat müessesesi adeta fıkıh ilminin ana eksenini oluşturmaktadır. İctihat faaliyetinde bulunan kişiye de fakih ve müctehit adı verilmektedir. İctihat faaliyetinde bulunmak için üç temel unsur hayati öneme sahiptir. Birinci derecede naslar ikinci derecede akıl yürütme ve üçüncü derecede ise sosyal gerçeklik/sosyal değişim birbiriyle ilişkilendirilmekte ve içtihat müessesesi de fıkıh donukluktan kurtararak ortaya çıkan problemlere çözümler üretmektedir.¹⁹

Fıkıh bir yönüyle ilahi tebliğe yani Kur'an ve Sünnette yer alan bilgi ve açıklamalara dayanmakta diğer yönüyle de fakihlerin zihni çıkarımlarına, üretim, gözlem ve tecrübelerine bağlıdır. Fakihlerin bu faaliyeti de yaşadıkları toplumun kültür ve geleneklerine, zamanın icraat ve değişimine, coğrafi şartlara göre değişiklik göstermektedir. Günümüzde ise çeşitli nedenlere bağlı olarak dini açıdan birçok problem ortaya çıkmış ve çıkmaya devam etmektedir. İslam dini de yaşamın tüm alanlarını kuşattığı için güncel dini meseleler başlığı altında ibadet hayatından

¹⁶ Din İşleri Yüksek Kurulu, *Fetvalar*, (Ankara: TDV Yayınları, 2018), 1-4.

¹⁷ Mustafa Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali* (İstanbul: Akçağ Yayınları, ty.), 45.

¹⁸ Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad* (İstanbul: Akademi Yayıncılık, 2002), 23-27.

¹⁹ Abdullah Kahraman, *İslam'da İbadetlerin Değişmezliği* (İstanbul: Akademi Yayıncılık, 2002), 67.

yiyeceklerdeki helal- haramlara, aile hayatından tıbbi tedaviye, ticaret, iş, meslek ve eğlence hayatına kadar hayatın her alanıyla ilgilenmektedir. Bu alanlarda çıkan meseleler her ne kadar birbirinden farklı gözükseler de temelde ortak bir teorik çerçeve ve metodolojiye dayanmaktadır.²⁰ Bu çerçeve ve metodoloji ise fıkıh usulü ve fıkıh ilminin kaide ve kurallarıdır. Klasik fıkıh konuları içinde nüveleri bulunan bu yeni meseleler de içtihat müessesesini gerekli kılmaktadır. Estetik operasyonlar da fikhî açıdan içtihadı zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan umûmü'l-belvâ, ref'u'l-harec (zorluğu giderme), teysîr/kolaylık ve maslahat, içtihat olgusunu da birlikte getirmektedir.²¹

2. Zarûret ve Kolaylaştırma İlkesi

Fıkıh ilminde hükümlerin esnekliğini sağlayan önemli vasıtalarından biri de kolaylaştırma ve zarûret ilkesidir. Yapılan inceleme ve tecrübeler sonucunda bütün toplumsal kurallar gibi din kurallarının da belirli ölçüde zorluk ve meşakkat içermesi tabiidir. Nitekim teklifin özelliği de bunu gerektirmektedir. Fakat teklifte bazı meşakkatler bulunsada asıl olan teklifin yapıldığı muhatabın buna güç yetirebilmesidir. Çünkü kolaylaştırma İslam dininin temel prensipleri arasında yer almaktadır.²² Allah hâkim-i ezeli olmasından dolayı mükellefin güç yetiremeyeceği hükümleri kendisine teklif etmemiştir. Hükümler güçleştikçe kolaylaştırma ilkesi işlettirilmiştir.²³

İslam hukukunun temel kaynakları olan Kur'ân-ı Kerim ve sünnette bu konuyla ilgili birçok nas bulunmaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir. “Allah dinde sizin için bir zorluk kılmamıştır.”²⁴ “Allah size kolaylık ister, zorluk istemez”²⁵, “Allah yükünüzü hafifletmek istiyor, nitekim insan zayıf yaratılmıştır”²⁶. Hz. Peygamber de hadislerinde dinde kolaylaştırma ilkesinden bahsetmiş ve bu ilkeyi bizzat yaşamında uygulamıştır. “Eğer ümmetime meşakkat ve zorluk verecek olmasaydım, onlara devamlı olarak misvak kullanmalarını emrederdim”²⁷ Mecelle-i Ahkâm-ı adliyye de birçok kaide kolaylaştırma ilkesiyle ilgilidir. Bu açıdan yapılan inceleme sonucunda fikhî hükümlerin kolaylık prensibiyle hafiflediğine rastlamak mümkündür.

Kolaylık ilkesiyle ilgili olan ve fıkıh alanında kullanılan bir diğer prensip de zarûrettir. Zarûret yasaklanmış bir şeyin işlenmesini mubâh kılan özür hali olarak tarif edilmektedir. Bu ilke gereği insan zor durumda kaldığı zaman birtakım ruhsatlardan yararlanabilir. Bazen hayati tehlike veya bir uzvun yok olması durumunda haram olan bir şeyi ruhsat ölçüsünde yapabilir. Bu konuda Kur'ân-ı Kerim'de bulunan şu ayet bunun delilidir: “Şu kadar var ki, kim, gönülden günaha yönelmiş olmaksızın dayanılmaz açlık durumunda çaresiz kalırsa (haram kılınanlardan yiyebilir ve bunlardan istifade edebilir) Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir.”²⁸ Zarûret ilkesi İslam âlimleri tarafından “Zarûretler yasakları mübah kılar”²⁹ biçiminde kurallaştırılmıştır. Bu ilke

²⁰ Eyyüp Said Kaya, “Nevâzil”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2007), 33/34-35.

²¹ Muhammed Halid Mansûr, *el-Ahkâmü't-Tibbiye*, 188.

²² Ahmet Ekşi, *İslam Tıp Hukuku* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011), 12-15.

²³ el- Bakara, 2/185.

²⁴ el-Hac, 22/78.

²⁵ el-Bakara, 2/185.

²⁶ Nesâi, 4/28.

²⁷ Buhârî, “Cuma”, 8.

²⁸ el-Mâide, 5/3.

²⁹ Mecelle, mad. 22, 32.

gereği haramlık hükmü devam etmekle birlikte haram olan bu şeyler geçici olarak, zarûreten mübah hale gelmektedir. “Zarûretler miktarınca takdir olunur”³⁰ kaidesi gereği olarak da zarûret ortadan kalktığında haramlık vasfı tekrar eski haline döner.

İslam hukukçuları zaruret ve kolaylaştırma ilkesinin gereği olarak fetvada Müslümanların karşılaştıkları günümüz fıkıh problemlerine, “İhtiyaç zarûret menzilesinde tenzîl olunur”³¹ kuralını işleterek zarûret ve maslahat ilkelerini fazlaca işletirmişlerdir. Yeni çıkan fikhî problemlere dair bu ilkeler perspektifinde fıkhu’n-nevâzil, kadâyâ mu’âsıra, kadâyâ mustecedde, mesâil mu’âsıra, fetâvâ mu’âsıra başlıkları altında bu güncel meselelere dair eserler telif etmişlerdir. Bu başlıklar altında ele aldıkları ulaşım araçlarındaki gelişme ve yerleşim merkezlerinin büyümesi; yolculuk mesafesi, namazların birleştirilmesi, uçakta ve otobüste namaz, mîkat yerleri gibi konular yeniden ele alınmıştır.³² Yine çağımızda bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonucunda tıp ve gen teknolojisi, organ, doku, yumurtalık nakli, beyin ölümü, ötenazi, tüp bebek, taşıyıcı annelik, kürtaaj, cinsiyet tercihi, kök hücre ve klonlama, estetik operasyonlar sağlık ve zarûret bileşeninde yeniden değerlendirilmiş ve bu konuda ahlak, fitrat ve mekâsîdü’ş-şeriâ bağlamında bir takım fetvalar verilmiştir. İktisat hayatıyla ilgili modern şirket tipleri, bankacılık, yeni para sistemi, kıymetli evrak, faiz, kredi kartı, enflasyon, sigorta, yeni akit türlerinden olan teverruk ve sukûk (eşit değere sahip şâyi hisseli belgeler)

konuları, gıda ürünlerinde koruyucu ve tatlandırıcı, renklendirici ve kıvam artırıcı olarak yeni birçok maddenin kullanımı, sosyal hayatla ilgili sanat, spor ve eğlence faaliyetleri ve daha birçok konuda bu kural ve ilkeler işletirilerek, bireysel ve kurumsal kurullar olarak zarûrât-ı dinîye çerçevesinde dinin ana gayeleri göz önünde bulundurularak, fetvâ siyaseti de gözetilerek “eşyada asl olan mubahlıktır”, “sıkıntı kolaylaştırmayı gerektirir”, “zarar izale olunur” ilkeleri ölçeğinde çözüm yolları sunulmaya çalışılmıştır.

3. Tedavi Olma ve Sağlığı Koruma İlkesi

İslam dini de “Eşyada asıl olan mübahlıktır.” ilkesiyle hayata bakmış ve insanoğluna hizmet eden tüm araçları temel naslarla çelişmediği sürece kabul etmiştir. Tıp alanında yaşanan son gelişmeler de insan hayatına çoğu zaman olumlu yönde hizmet etmektedir.³³ İslam dini bu bakımdan fitratı değiştirmedeği sürece insan sağlığına hizmet eden birçok yeni tedavi yöntemini kabul etmiştir. Nitekim Hz. Peygamber sağlığı iki nimetten biri olarak saymış hastalanıldığında da tedavi olunmasını ümmetinden istemiştir.

İslam dini bir medeniyet mefkûresiyle daima cihana hükmetmiştir. Mekân, imkân ve insan sacayağında insanı incelemiştir. İnsanlar içerisinde ise en önde olanlar peygamberler olmuştur. Sosyal, kültürel, eğitim ve ekonomik alanda insanlık tarihi daima bir değişim ve gelişim içinde olmuştur. Tıp alanında da tarihi süreçte birçok değişim

³⁰ Mecelle, mad. 22.

³¹ Halit Çalış, “Zaruret”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 141-144.

³² Hayreddin Karaman, *İslam Işığında Günün Meseleleri* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2001), 10-13.

³³ Hasan Petek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi* (2006), 8/177-239.

ve gelişim yaşanmıştır.³⁴ Bu bağlamda Allah her alanda peygamberlerini örnek olarak gösterdiği gibi yine tıp alanında da peygamberlerin insanlığa sundukları tedavi yöntemlerini örnek olarak göstermiştir.³⁵ Nitekim Hz. İsa'nın mucize olarak anadan doğma körleri ve alaca hastalığına yakalananları iyileştirmesi, ölüleri diriltmesi tıp alanında her müzmin/çaresiz derde ilaç ve tedavi aranacağına işarı olarak delalet etmektedir.³⁶ Çoğu zaman insanoğlu peygamberlerin elinden çıkan mucizelere bakarak birçok icat ve buluşa imza atmıştır. Tedavinin nihai sınırını Allah peygamberlerine nasip etmiş fakat bu yolu da insanoğluna kapatmamıştır. Hz. Peygamber “Tedavi olunuz; zira Allah her hastalık için bir de deva (ilaç ve tedavisini) yaratmıştır; bundan sadece ihtiyarlık müstesnadır.”³⁷ “Her hastalığın bir ilacı vardır, bu ilaç bulunduğu zaman hastalık Allah'ın izniyle iyileşir.”³⁸ buyurmuş ve kendisi de hastalandığında tedavi olmuştur. Bu bakımdan İslâm dininin sağlık ile ilgili görüşü koruyucu ve tedavi edici olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır. Helal ve temiz gıdalarla dengeli beslenme³⁹, bulaşıcı hastalıkların olduğu muhite girmeme⁴⁰, misvak kullanma, el, ağız ve beden temizliğine önem verme⁴¹ gibi ayet ve hadisler sağlığın korunması adına konulan teşvik edici ilkelerdir. Dolayısıyla insan tedavi olmadığında herhangi bir organın

zarar görmesi veya yok olması da caiz değildir.

İslam Hukukuna Göre Tıbbi Estetiğin Ölçüsü

İslam dini, insana seçkin bir konum vermiş, yaratılış gayesinden başlayarak insanın, dünya yaşamından ölüm ve sonrasına, ferdi yaşamından sosyal etkinliklerine, ruh ve duygu dünyasından beden ve şekline kadar yaşamının her safhasıyla ilgilenmiştir. Kur'an-ı Kerim'de insanın yeryüzüne halife olmak üzere⁴² en güzel şekilde, ölçülü/simetrik ve dengeli/tenasüplü olarak yaratıldığı⁴³ çeşitli nimetler, olanak ve güzelliklerle donatıldığı⁴⁴ ifade edilmiştir.

İnsanı en güzel biçimde var eden Yüce Allah, onun makul ve mutedil biçimde süslenmesine, güzel görünmesine ve sahip olduğu güzelliklerini korumasına izin vermiştir. Kur'an-Kerim'de, iyi ve güzel şeylerin helal, kötü ve çirkin şeylerin ise haram olduğu bildirilmektedir.⁴⁵ Allah (celle celâluhu), “Dek ki: Allah'ın, kulları için yarattığı ziyneti ve temiz rızkı kim haram kılmıştır? De ki: Bunlar, dünya hayatında Müminler içindir. Kıyamet gününde ise yalnız onlara özgüdür. İşte bilen bir topluluk için ayetleri, ayrı ayrı açıklıyoruz.”⁴⁶ şeklinde buyurmuştur. Yine “Allah'ın izniyle anadan doğma körleri, alaca hastalığına tutulanları iyileştirir ve ölüleri diriltir.”⁴⁷ ayetine de

³⁴ İrfan İnce “Organ Nakli”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 33/373-375.

³⁵ Hacı Mehmet Günay, “Tıbbi Uygulamalar”, *Günümüz Fıkah Problemleri* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2010), 104-129.

³⁶ “Allah'ın izniyle anadan doğma körleri ve alaca hastalığına yakalananları iyileştirir ve ölüleri diriltir.” Âl-i İmrân, 3/49.

³⁷ Ebû Davûd, “*Tıbb*”, 1.

³⁸ Müslim, “*Selam*”, 69.

³⁹ el-A'râf, 7/31; el-Mü'minun, 23/51

⁴⁰ Buhârî, “*Tıbb*”, 19, 30.

⁴¹ Buhârî, “*Savm*”, 27; Şuarâ, 26/80; Müslim, “*Selam*”, 69.

⁴² el-Bakara, 2/30.

⁴³ et-Tin, 95/4.

⁴⁴ el-Beled, 90/4-8-10; el-Mülk 67/23, en-Nahl, 16/8; el-Hac, 22/65; el-Lokman, 31/20.

⁴⁵ el-Maide, 5/4-5.

⁴⁶ el-A'râf, 7/32.

⁴⁷ Âl-i İmrân, 3/49.

hep irşadi boyutta bakılarak tıbbın tedavi ve sanat boyutu açısından bakılmamıştır. Oysa gelişen teknoloji bakımından tedavisi normalde mümkün olmayan müzmin hastalıkların da tedavi edilmesi gerektiğine de bu ayet delâlet etmektedir. Nitekim medeniyet harikalarının sınırları peygamberlerin mucizeleri tarafından çizildiği de gerçektir. Tıp alanında da Hz. İsa'nın mucesi bu konuda sınırları çizmiştir diyebiliriz. Günümüzde otonom olarak kabul edilen birçok hastalık ve hasta, tedavi olmayı beklemektedir. Hadiste zikredilen İsrailoğulları arasında biri ala tenli/abraş, biri kel, biri de kör olan üç kişiden söz edilmektedir. Allah, bu üç kişiye imtihan amaçlı melek göndererek dua etmelerini istemiş ve dualarının sonucunda isteklerinin kabul edileceğini vurgulamıştı. Bu üç kişi müptela oldukları bu hastalıklardan kurtulmayı istemişlerdi.⁴⁸ Hadis kaynaklarında geçen bu üç hastalığın sahibi, hastalıklarından dolayı toplumsal alandan çekilerek yalnızlaştıklarından da söz edilmektedir. Burada hastalıkların normal hayatlarının sürdürmesinde bir sakıncasının olmadığı fakat estetik açıdan diğer insanların bu kişilerden uzaklaştığı algısını da gündeme getirmektedir. İnsan psikolojisinin düzgün olması da sağlık açısından önemlidir. Bu hastalıkların tedavisi günümüzde estetik operasyonlar şeklinde yapılmaktadır. Dolayısıyla estetik operasyonların yapılması kimi için keyfilik olurken, kimi insanlar için birer hayati duruma dönüşmektedir. Güzel görünme isteği her insanda mevcuttur. Nitekim bu konuda Hz. Peygamber de güzel giyinme hakkında kendisine yöneltilen bir soru üzerine “Allah güzeldir. Güzelliği

sever.”⁴⁹, Allah, kuluna verdiği nimeti onun üzerinde görmek ister”⁵⁰ biçiminde cevap vermiştir. Bu hadisleriyle İslam toplumunda örnek olan Hz. Peygamber'in kedisi de hayatta olduğu sürece temiz ve düzenli olmuş, sade ve güzel giyinmeyi, güzel koku sürmeyi teşvik etmiştir.

İslam dininin insana bakışı bu şekilde olmakla birlikte, onun doğuştan getirdiği özellik ve şeklini değiştirme arzu ve isteğine hoş bakmamıştır. Fıtratı değiştirme olgusuyla yapılan her türlü estetik ve tıbbî müdahaleyi yasaklamıştır. Bu konuda Kur'an-ı Kerim “Onları mutlaka saptıracağım. Kesinlikle onlara emredeceğim de hayvanların kulaklarını yaracaklar, emredeceğim de Allah'ın yarattığını değiştirecekler. Allah'ı bırakıp da şeytanı dost edinenler elbette apaçık bir ziyandadır.”⁵¹ buyurmuş fıtratı değiştirmek amacıyla yapılan bütün faaliyetlerin şeytanın birer desise ve oyunu olduğunu ifade etmiştir. İnsanoğlunun şeytanî bir saik ile kuruntuya kapılmaması en güzel boyanın Allah'ın olduğunu ortaya koymuştur. Ayrıca normal bir yaşam süren ve hem cinsleriyle aynı kaderi paylaşan kimselerin daha genç ve güzel görünme olgusuna ise İslam dini bir sınır çizerek imtihan dünyasında olduğunu vurgulamıştır. “Biz kime çok ömür verirsek, onu yaratılış itibariyle tersine çeviririz. Hiç düşünmezler mi?”⁵² Bu ayetin vurguladığı husus, kişi kuvvetliyen güçsüz, genç iken yaşlı olur olgusudur. Kişinin doğal yaşamda kendi kaderinin kendisine çizdiği şekilsel hatları hiçbir gerekçesi yok iken değiştirilmesi keyfiliği de beraberinde getirmektedir. İslam hukukçuları estetik operasyonlarında keyfiliği bir gerekçe olarak kabul

⁴⁸ Buhârî, “Enbiyâ”, 51; Müslim, “Zühd”, 10.

⁴⁹ Müslim, “İman”, 41.

⁵⁰ el- Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, (Beyrut: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2003), 3/385.

⁵¹ en-Nisa, 4/49.

⁵² Yâsîn, 68.

etmemişlerdir. İnsandaki bu isteğini ayetteki fitratı değiştirme çerçevesinde kabul etmişlerdir.⁵³

Bu naslar ışığında estetik ameliyatlara bakıldığında, genelde daha güzel görünmek, dikkat çekmek ya da yaşlılık belirtilerini yok etmek için, bazen de tedavi amaçlı yapılmaktadır. Tedavi amaçlı olan estetik ameliyatların tıbbın sanat yönünü teşkil ettiği, İslam tarihi kaynaklarında geçmektedir. Çünkü böyle bir tıbbî operasyon, canın korunması için zaruri olarak görülmüştür. Buradaki zaruret hali ise, her ne kadar kişiyi dini yasakları çiğnemekle karşı karşıya bırakma durumu oluştursa da ancak bu şekilde savuşturulan özür vaziyetidir.⁵⁴ Nitekim asr-ı saadette külâb savaşında yaralanan Arfece b. Es'ad⁵⁵, adındaki bir sahabenin burnu yaralanmış, sonrasında ona gümüşten veya bakırdan bir burun yapılmıştı, bu gümüş veya bakırdan yapılan burun koku yapınca Hz. Peygamber'e durum haber verilmiş ve Hz. Peygamber altından burun yapılmasına izin vermişti.⁵⁶ Bu tarihi örnekte görüldüğü gibi tıbbın sadece tedavi fonksiyonunun olmadığı ayrıca sanat gibi bir rol oynadığı da görülmektedir. Tedavi amaçlı olan estetiğe izin vermesine rağmen Hz. Peygamber fitratı bozma ve karşı tarafı aldatmaya yönelik olan, hukukî karışıklığa yol açan estetik operasyonları da yasaklamıştır. Bu konuda "Güzelleşmek amacıyla dövme yapan ve yaptırana, tüylerini yolduranlara, dişlerini seyreltip yaratılışını değiştirene Allah lanet etsin buyurmuştur."⁵⁷

Hâciyyât olan, yani insanların hayatlarını kolaylık içinde ve sıkıntıya düşmeden devam ettirebilmesi için ihtiyaç duydukları düzenlemeler de "zaruretlar miktarınca takdir olunur" kaidesiyle uygun görülmüştür. Mesela, doğuştan üst dudağının yarık, parmak sayısının fazla olması ve dişlerinin birbirine geçme gibi durumlarda ise estetik operasyon vasıtasıyla bu azalarını düzeltmelerine İslam hukuku kaynakları çerçevesinde âlimler cevaz vermiştir. Burada psikolojik sıkıntıların oluşma ihtimaliyle birlikte yaşamını devam ettirmede zorluk ihtimali de vardır. Dolayısıyla yapılan ameliyat bunu gidermek için yapılmaktadır. Yine yüzde, insana eza veren kılların alınmasına Hz. Aişe izin vermiştir.⁵⁸ Tüm bunlar estetik ameliyatın sınırlarının neler olduğunu göstermektedir. Ancak güzelleşme yönü ağır basan estetik operasyonlar ise caiz görülmemiştir. Tahsiniyat kavramı bağlamında gündeme alınıp tartışılrsa da bu estetik ameliyatlar selim fitrat sahibi kimseler tarafından tahsiniyat kavramı çerçevesinde değerlendirilmeyecekleri vurgulanmıştır. Bu kapsamda botoks, burun küçültme, vücut kıllarını aldırma ve saç ekimi bazı ulemaca psikolojik ve ruhi dengesizliklerin yaşanmaması açısından caiz görenler olsa da caiz olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Fakat hastalık sebebiyle saçları dökülen, bir kaza sonucu burun, kulak ve göz gibi organlarını kaybedenler veya vücudunda doğuştan ya da sonradan meydana gelen şekil bozuklukları bulunan kimselerin estetik

⁵³ Murad Râyik Reşîd, *Ameliyâtü Tecmîli'l-Vech*, (Nablus: Câmî'atü'n-Necâhi'l-Vataniyye, ts.) 8.

⁵⁴ Halit Çalış, "Zaruret", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44/141.

⁵⁵ Abdullah Aydın, "Arfece b. Es'ad" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 3/354.

⁵⁶ Tirmizî, "Libas", 30, 31.

⁵⁷ Buhârî, "Libas", 82.

⁵⁸ Ebûbekr Abdürrezzâk b. Hemâm b. Nâfi' el-Abdürrezzâk, *el-Musannef*, (Beyrut: Mektebetü'l-İslâmi, 1403), 3/146.

ameliyatları tedavi amacıyla caiz görülmüştür.

Estetik operasyonları zikredilen naslar ışığında ele alındığında ortaya çıkan bir diğer husus da bir kimse için zaruri olan operasyonun diğer bir kişi için kefi olma durumudur. Mesela soğuk bir bölgede saçları olmayan bir kişinin bu durumundan olumsuz olarak etkilenmemesi, hastalanmaması ancak belli giyecekleri giymesi ile mümkündür. Aşırı soğuk ve sıcak bir coğrafi bölgede yaşamayan bir kişinin böyle bir duruma her zaman maruz kalması söz konusu değildir. Yine aşırı kilolu birinin artık hastalık derecesindeki bu halinin düzeltilmesi de keyfiligi değil de tedavi olma olgusunu gündeme getirmektedir.⁵⁹ Yaşlılık halindeki estetik operasyonlar bu ihtiyaçtan ileri gelebilir. Dini hassasiyeti olan bir doktorun önermesiyle kişilerin hayatlarını yaşanır kılmak için tıbbın bu yönünden yararlanmaları toplumsal kanıtlanabilir maslahata uygun görülmektedir. Fakat genç olan insanların daha güzel olma gayesi ile bu estetik operasyonları yapmaları keyfilik olarak görülmekte ve İslam dinin perspektifine uygun düşmemektedir. Görüldüğü gibi estetik operasyonu bir kimse için zorunlu bir durum iken diğer bir kişi için keyfi olabilmektedir.⁶⁰ Bu durumda dinî, ahlakî ve fikhî helallik kaygısı önemli bir olgu olmaktadır. Fetva ile takva, ahlak ile hukuk, estetik operasyonlarının sınırlarını çizmede insana bir pencere açmaktadır. Nitekim İslam hukukunun insana çizdiği perspektif de bu doğrultudadır.

Sonuç

İslam dini varlık içerisinde insanı öncelemiştir. Onun için bütün varlığı onun emrine vermiş ve onu halife-i arz kılarak teklifle mükellef kılmıştır. Bu bakımdan da insan hayatına hizmet edecek tüm imkânlar kıymetlidir. Günümüzde insanoğlu nimet ve külfet dengesi bağlamında birçok yeni problemle karşılaşmıştır. Dünya adeta bir köy haline gelmiş, insan da bu hızlı değişim ve gelişim rüzgârından etkilenmiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel olarak birçok yeni imkân ve fırsatla buluşmuştur. Bu teknolojik imkânlar tıp alanında kendini daha fazla göstermiştir. Tıbbın tedavi yönü olduğu kadar estetik ve sanat boyutu da vardır. Bu perspektiften baktığımızda klasik fıkıh konuları içerisinde bulunmayan birçok tıbbi konu günümüzde fıkıh alanında meşru olup olmama konusunda fetva beklemektedir. Fıkıh usûlü ve fıkıh kuralları çerçevesinde Müslüman âlimler bu yeni problemleri ele alarak içtihat müessesesi içerisinde zaruret ve kolaylaştırma ilkeleri ile fetva vermişlerdir. Fetvada ahlakiliği ve fitrata uygunluğu esas alarak ruhsatlar boyutunda bu yeni konulara birtakım çözümler üretmişlerdir. Bu amaçla vahyi esas olarak akıl ve sosyal değişim şemsiyesi altında ilcaat-ı zamana uygun olarak fetvalar vermişlerdir. Makâsıdû's-şeriâ ve zarurat-ı diniyye ile çelişmemek kastıyla heva ve hevesten uzak günümüz tıp dünyasında oluşan sorulara cevap verecek birtakım ilkeler vazetmişlerdir. Zarurat, haciyat ve tahsiniyat prensipleriyle meselelere yaklaşmış, ahlak ve dini naslar bağlamında bütün İslam fıkıh mirasını kullanarak asrımızda meydana gelen ve yeni fıkıh problemlerinden olan organ, doku, gen

⁵⁹ Begümşen Ergenekon, *Estetik Cerrahiye Başvurmanın Kültüre Bağlı Nedenleri-Kendi İstekleriyle Ameliyat Olan Bireyler Üzerine Sosyal Antropolojik İnceleme* (Ankara, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006), 165-166.

⁶⁰ Şenkîti, *Ahkâmü'l-Cerâhiyyeti't-Tıbbiye ve'l-âsâru'l-müterettibetü aleyhâ*, (Cidde: Mektebetü's-Sahâbe, 1994), 102, 194.

ve yumurtalıkların nakli, beyin ölümü, ötenazi, tüp bebek, taşıyıcı annelik, kürtaj, cinsiyet tercihi, kök hücre, klonlanma ve estetik ameliyat konularında fetvalar vermişlerdir. İslam hukuku dini ve ahlaki birtakım ilkeler koymuş, bu çerçevede fitrat ve nesli bozmayacak, dünyada bozgunculuk çıkarmayacak tıp alanındaki her türlü gelişmeyi desteklemiştir. Tıp konusunda oldukça fazla fikhî sorun vardır. Bu problemlerin başında haram maddeyle tedavi, otopsi, organ nakli, estetik cerrahi müdahale ve suni döllenme gibi çokça başvurulmuş tıbbi uygulamalar gelmektedir. Günümüzde içtihat makamında olan yetkililer bu sorunlara dile getirdiğimiz prensipler çerçevesinde cevap bulmaya devam etmektedir. Bu minvalde İslam alimleri, salim fitratı bozmamak, yapılmasında bir yarar, yapılmamasında bir zarar, hile, aldatma veya karşı cinse benzememe, hukukî karışıklığa ve yanlış anlaşılmaya sebep vermemek kaydıyla cerrahi ve estetik operasyonların vücuda yapılabileceğini ifade etmektedirler.

Bu bağlamda İslam hukukuna göre tedavi olma olgusu ile birlikte tıbbi estetiğin ölçüsü, zaruret, tedavi olma ve tıbbın sanat boyutuyla ele alınması gerektiği görüşündeyiz. Nitekim şekilsel olarak otonom hastalıklar arasında sayılan ve insan psikolojisini etkileyerek onun yaşamsal alandaki hayatını çok zor durumda bırakan görseelliği etkileyen fiziki bozukluklar hususunda İslamî naslar, estetik operasyonlarına gelişen teknoloji çerçevesinde bir pencere açmaktadır. Kur'ân'da zikredilen Hz. İsa'nın mucizesi yine hadiste geçen müzmin hastalıklardan dolayı tedavi olma çare ve yollarının aranması bu olguyu güçlendirmektedir. Dolayısıyla estetik operasyonlarının ölçüsü keyfilik, fitratı değiştirme ve sadece dünyevî

gayeler perspektifinden değil de zaruret, tedavi olma, kanıtlanabilir toplumsal maslahat, hukukî maddi gerçek ve içtihat edilecek alan perspektifinde takva, fetva, ahlak ve hukuk ölçüğünde belirlenmesi makâsdu's-şerîa açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak insanın fiziksel ve bilişsel yeteneklerinin artırılması hedeflenerek yaşlanmama ve hastalanmama gibi sırf dünyevî/seküler kaygılarla ortaya atılan trans hümanizm ve anti-aging fikri bu bağlamda İslam naslarıyla uygun düşmemektedir. Dolayısıyla kadere meydan okuma gayesiyle yapılan tüm estetik operasyonları İslam'da tedavi olma perspektifinin dışında kalmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akın, Yücel. “Estetik Amaçlı Müdahalelere İslâm Dini’nin Bakışı”. Cihannüma Sosyal Bilimler Akademi Dergisi. 2022, 3-30.
- Apaydın, Yunus. “İctihâd: Dinin Hayatla Buluşması”. İslam’a Giriş-Ana Konulara Yeni Yaklaşımlar. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2007.
- Aydınlı, Abdullah. “Arfece b. Es’ad”. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1991, 3/354.
- Baktır, Mustafa. İslam Hukukunda Zaruret Hali. İstanbul: Akçağ Yayınları, ty.
- Bardakoğlu, Ali. Süslenme, İslam’da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Ansiklopedisi, 1997, 12-13.
- Boynukalın, Ertuğrul. “Makâsıdü’ş-Şerîa”. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları. (27/423-427). Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Çalış, Halit. “Zaruret”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. (141-144) İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Çiftçi, Meryem K. Eski Mısır Dininde Tanrı ve Öte Dünya İnancı. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, 23-25.
- Din İşleri Yüksek Kurulu, Fetvalar, Ankara: TDV Yayınları, 2018, 1-4.
- Ebübekr Abdürrezâk b. Hemâm b. Nâfi’ el-Abdürrezzâk, el-Musannef, Beyrut: Mektebetü’l-İslâmi, 1403, 3/146.
- Ekşi, Ahmet. İslam Tıp Hukuku. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011.
- el-Karadâvî, Yusuf. İslam’da Helâl ve Haram. İstanbul, Nida Yayınları, 2021, 13.
- Erdoğan, Mehmet. İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1990.
- Ergenekon, Begümşen Estetik Cerrahiye Başvurmanın Kültüre Bağlı Nedenleri-Kendi İstekleriyle Ameliyat Olan Bireyler Üzerine Sosyal Antropolojik İnceleme. Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006, 165-166.
- Günay, Hacı Mehmet. “Tıbbî Uygulamalar”. Günümüz Fıkıh Problemleri. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2010.

- Gürelli, Nevzat. Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 45/1, 1981, 267-275.
- İnce İrfan. “Organ Nakli”. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. (33/373-375) İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Kahraman, Abdullah. “Tedavi”. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2011, 40/254.
- Kahraman, Abdullah. İslam’da İbadetlerin Değişmezliği. İstanbul: Akademi Yayıncılık, 2002.
- Karaman, Hayreddin. İslam Hukukunda İctihad. İstanbul: Akademi Yayıncılık, 2002.
- Karaman, Hayreddin. İslam Işığında Günün Meseleleri. İstanbul: İz Yayıncılık, 2001.
- Kaya, Eyyüp Said. “Nevâzil”. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. (33/34-35). Ankara: TDV Yayınları, 2007.
- Komisyon. Tıp ve Sağlıkla İlgili Fetvalar. Ankara: DİB Yayınları, 2020.
- Murad Râyik Reşîd, Ameliyâtü Tecmîlî’l-Vech. Nablus: Câmî’atü’n-Necâhi’l-Vataniyye, ts.
- Okumuş, Ayhan. “Günümüzde Kadınların Estetik Uygulamalara Bakışı Nasıldır? Sanal Estetik Algısı ve Sosyal Medya Reklamlarının Estetik Müdahale Kararı Alırken Etkisi Ne Kadardır?” Elektronik Kulak Burun Boğaz ve Baş Boyun Cerrahisi Dergisi. 18/2019, 1-7.
- Petek, Hasan. “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”. Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi (2006), 8/177-239.
- Sarı, Nil. “Tıp”, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları. İstanbul: TDV Yayınları, 41/101-111.
- Sülün, Murat. Bütün Boyutlarıyla Din. İstanbul: Grafiker Tasarım, 2016
- Şenkîti, Ahkâmü’l-Cerâhiyyeti’t-Tıbbiye ve’l-âsâru’l-müterettibetü aleyhâ. Cidde: Mektebetü’s-Sahâbe, 1994, 102, 194.
- Zeydan, Abdülkerim. el-Veciz. Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 2011.