Ankara Barosu DERGİSİ

Yıl: 78 **Sayı:** 2020/3 **ISSN** 1300-9885

BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)

"BAGIS" yaz
Gönder **4306**'ya

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI
Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarosu.org.tr ankarabarosu@ankarabarosu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)
Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ
Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ
Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler

Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in

hukuk veritabanlarında taranmaktadır.

law databases.

İletişim Adresi | **Communication Address**
Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA
T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80
www.ankarabarosu.org.tr
abym@ankarabarosu.org.tr

Grafik Tasarım | **Graphic Design**
Ankara Barosu

Basım Tarihi | **Printing Date**
2020

Baskı ve Cilt | **Printing and Binding**

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. | No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.

ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan,Temmuz, Ekim) | is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın | (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2020 | Presidency of Ankara Bar Association, 2020
Tüm Hakları Saklıdır. | All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. | Articles published in this review reflect the views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | **Owner on behalf of Ankara Bar Association**
Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | **Managing Editor**
Av. Güzin TANYERİ

Editör | **Editor**
Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | **Peer Editors**
Av. Dr. Kasım AKBAŞ
Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Av. Dr. Zeynep BAHADIR
Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | **Ankara Bar Association Publication Center**

Koordinatör YK Üyesi | **Coordinator Board Member**
Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | **Head of the Center**
Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | **Vice Presidents**
Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY
Av. Dr. Zeynep BAHADIR
Av. Bahar KARAKAYA

Yazman | **Secretary**
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Sayman | **Accountant**
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK

Üyeler | **Members**
Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU
Av. Ayla SONGÖR
Av. Emel ALTINTAŞ
Av. Mehtap DEMİRHAN
Av. Gençer HAZIR
Av. Murat YILDIZ
Av. Nuray ÖZDOĞAN
Av. Ferda ÇALGIN
Av. Ülkü AKBABA
Av. Selin ÇAM
Av. Nilgün ÖZKAN
Av. Ayşe BAÇİMER
Av. Emre Baturay ALTINOK
Av. İbrahim TÜRKAY
Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER
Av. Ahmed Buğra ÇELİK
Av. Buket KETİZMEN
Av. Uğur ERDALI
Av. Fehmi Burak DOĞAN
Av. İlknur KUMBASAR
Av. Faruk ÇAYIR
Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN
Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldıray ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI

ÖZEL HUKUK		
Avrupa Birliği Hukuku		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Deniz Hukuku		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENTEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Şükran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇIŞIK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Fikri Mülkiyet Hukuku		
OĞUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra–İflas Hukuku		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞPINAR, Veysel	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Roma Hukuku		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Fırat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
Milletlerarası Özel Hukuk		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKİOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KAMU HUKUKU		
Anayasa Hukuku		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŞAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENTEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENCİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŞ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŞ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	Iğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Serhat Sinan	Doç. Dr.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhur	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi		
ATILGAN, Eylem Ümit	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkıs	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mali Hukuk		
AĞAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakültesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. **Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.**
2. **Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.**
3. **Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak** (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) **abym@ankarabarosu.org.tr** adresine gönderilmelidir.
4. **Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örneğin;**
   Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR
   https://orcid.org/0000-0001-6975-4650
5. **Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür.** Hakem tarafınca belirtilen değişiklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. **Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.**
7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**

8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.

9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.

11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.

12. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.

13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK–ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı | President's Messages XXI
Av. R. Erinç SAĞKAN

Hakemli Makaleler
(Peer Reviewed Articles)

Türk Hukukunda Elektronik Çeke Doğru,
Dünü ve Bugünüyle "Çek" 1
Dr. Öğr. Ü. Serdar DEMİRCİ

Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri 49
Dr. Öğr. Ü. Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ

Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı:
Hassas Kişisel Veriler 99
Metin BULUT

6284 Sayılı Kanun'un Boşanmanın Tarafları, Hâkimler, Avukatlar
ve Aile Mahkemesi Uzmanları Açısından Değerlendirilmesi 151
Dr. Öğr. Ü. Hatice NUHOĞLU
Dr. Öğr. Ü. Filiz DEMİRÖZ

1982 Anayasası'nda Olağanüstü Dönem
Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Serüveni 193
Dr. Fatih ÖZKUL

MAKALELER
(ARTICLES)

CHP'nin İş Bankası Hisselerinin Hazineye Devrine İlişkin Bir
Kanunun Fonksiyon Gaspıyla Yok Hükümünde Olması ve Tespiti 237
Av. Dr. Bülent Hayri ACAR

E-Ticarette Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması Hakkında
Kanun Kapsamındaki Haksız Şart Hükümlerinin Uygulama Alanı..... 263
Av. Hilal YURT

Enerji Satım Sözleşmeleri Özelinde Sözleşme Hukuku'nda
Take Or Pay ile Take And Pay Kayıtları 291
Av. Emir YAKIN

Takı Merasiminde Gelin ve Damada Takılan Ziynet Eşyalarının
Kime Ait Olacağı Sorunu (Karar İncelemesi)..... 317
Stj. Av. Ayberk Emirşah GEMİCİ

Siyasal İslam Bağlamında Şerif Mardin'in 'Türkiye, İslam ve
Sekülarizm'inin Hukuksal Değerlendirilmesi ve Eleştirisi..... 335
Av. Dr. Bülent Hayri ACAR

Hukuk Davalarında Hükmün Tamamlanması
Kurum ve Uygulanma Koşulları 403
Mehmet Akif TUTUMLU

BAŞKANIN MESAJI
PRESIDENT'S MESSAGES

Saygıdeğer Meslektaşlarım,

1923'te başlayan bağımsızlık hikâyemiz bir asra yaklaşırken; Cumhuriyet'in kılcal damarlarımıza kadar işlediği özgürlüğümüzün, demokrasinin, laik ve sosyal bir hukuk devleti olmamanın anlamını her geçen gün daha iyi anlıyoruz.

Aradan geçen 97 senede, çölün ortasında açmış mucizevi bir çiçeğin bir çocuk olup önce emeklemeye sonra koşmaya başlamasına şahit olduk. Açılan fabrikalar, sömürmeden üreten sanayi ve sadece gelişmeye özlemle başlayan bu mucize, ne yazık ki, yakın tarihte onca irade gaspıyla, cahilliğe ve kötülüğe övgüyle kesildi. Çölün ortasında açan o mucizevi çiçek, sistemli bir politikayla soldurulmaya çalışıldı. Bunu yaparken kötülüğün en büyük yöntemi, hukuku değersizleştirmek ve hukukun anlamını kötücül bir yapı bozuma uğratmaktır.

Bu hayali gerçekleştirmek ve ülkemizin adalet sistemini varsılların sistemi haline getirmek için şimdiye kadar adliye binalarının bölünmesinden, mesleklerimizi icra ederken gündelik yaşayışa getirilmeye çalışılan tüm engel ve zorluklara kadar bütün politikalar artık şekil değiştirmiş, organize olmuş, kanun kılıfını da giyerek meslek örgütlerimizi parçalama, hükmü kanunda vaki baro seçimlerini genelge ile iptal etme yoluna gidecek kadar gözünü karartmıştır. Mesleklerimizin itibarsızlaştırılması çabası ve getirilmeye çalışılan bu yapay ama zemheri kıştansa bizi yine Cumhuriyet'in güneşi koruyacaktır.

Cumhuriyetin amacına ve korunmasına hizmet etmek için biz savunma mesleğini icra eden avukatlar, biz savunmayı savunanlar, Ata'mızın izinden beraber yürümeye devam edeceğiz.

Mevsimin hep yaz olması dileğiyle, dergimizin yeni sayısını sunmaktan kıvanç duyarım.

Emeği geçenlere teşekkürlerimle.

Av. R. Erinç SAĞKAN
Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

HAKEMLİ

Türk Hukukunda Elektronik Çeke Doğru, Dünü ve Bugünüyle "Çek"*

Serdar DEMİRCİ**

ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-6450-9824
DOI: 10.30915/abd.811895
Makalenin Geldiği Tarih: 27.04.2020 **Kabul Tarihi:** 07.06.2020

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. Öğr. Ü. / İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

ÖZ

Çek, tedavül kabiliyetini haiz bir kambiyo senedi olarak, ekonomik açıdan bir ödeme aracı, hukuken de bir bankaya yazılmış havale niteliğindedir. Bireysel faydalarının yanı sıra, finans ve bankacılık sistemi açısından da son derece önem arz eden çek, ülkemizde daha ziyade bir kredi vasıtası olarak benimsenmiş ve özellikle bir ödeme aracı olarak kredi kartlarının gölgesinde kalmıştır. Öte yandan çek hukukunu da son yıllarda yakından etkileyen elektronik ticaret kavramıyla birlikte, kağıt çekin çağımız versiyonu olarak kabul edilen elektronik çek, finansal sistemde alternatif bir ödeme aracı niteliğinde varlık göstermeye başlamıştır. Çalışmamızda da özet olarak, teknolojik ve hukuki gelişmeler ışığında elektronik çeke giden yolda, geçmişiyle birlikte çekin geleceğine ve mevcut yasal alt yapısına ilişkin temel esaslar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çek, Elektronik Çek, Kağıt Çek, Çek Takası, Karekod.

IN TURKISH LAW CHECK TOWARDS TO ELECTRONIC CHECK, WITH ITS PAST AND PRESENT

ABSTRACT

The check is an economic instrument of payment as a commercial bill with the ability to circulate, and it is legally a remittance written to a bank. The check in our country, which is very important in terms of finance and banking system as well as its individual benefits, has been adopted as a credit instrument and overshadowed by credit cards as an instrument of payment. However, with the concept of electronic commerce, which has been affecting the check law closely in recent years, the electronic check application, which is accepted as the today's version of the paper check, has started to exist as an alternative pecuniary means in the financial system. In our article breefly, in the light of technological and legal developments, the basic principles regarding the future of the check and the current legal structure are tried to be put forwrad.

Keywords: Check, Electronic Check, Paper Check, Check Clearing, Datamatrix (QR).

GİRİŞ

Çek, iktisadi ve hukuki açıdan son derece önem arz eden, tedavül kabiliyetini haiz bir kıymetli evraktır. 19.05.1931 tarihli Kambiyo Senetlerine İlişkin Cenevre Birlik Anlaşmasında öngörüldüğü üzere, hukuki olarak sıkı şekil şartlarına tabi olan çek, temelinde düzenleyen-muhatap-lehtar olmak üzere üçlü bir ilişki bulunan ve muhatabın sadece banka olabildiği, yazılı ve soyut bir kambiyo senedidir[1].

Çek, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) üçüncü kitabında 780 ila 823. maddeleri arasında, 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda (ÇekK) ve anılan yasal düzenlemelerin dayanak teşkil ettiği muhtelif ikincil mevzuatta ele alınmıştır. Ayrıca, TTK md. 818 atfı ile poliçeye ilişkin bazı hükümlerin çek hakkında da uygulanması kabul edilmiştir.

Bir kambiyo senedi türü ve güvenilir bir ödeme vasıtası olan çek, gerek ülkemiz gerekse dünya genelinde yaygın kullanım alanına sahiptir. Para borçları bakımından hukuken bir bankaya yazılmış soyut bir havale niteliğindeki çek, ekonomik açıdan ise bir ödeme aracıdır[2]. Tedavülünün kolay olması, piyasaların beklediği sürat ve kolaylığı sağlaması nedeniyle çek, zaman içinde ticari hayatın vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmiştir[3].

---

[1] **Bozer, Ali/Göle, Celal:** Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 208-210; **Öztan, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 219-222; **Eriş, Gönen (2016):** Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 992; **Özdamar, Mehmet;** "*Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı: 1-2 (Haziran-Aralık 2002), s. 2.
Mehaz İsviçre hukukundaki çeke ilişkin düzenlemenin kaynağını da esasen 1931 yılında kabul edilen uluslararası nitelikteki Cenevre Yeknesak Kuralları oluşturmaktadır. Bu anlamda TTK'nın çeke ilişkin hükümleri, Kıta Avrupası hukukuyla ilke olarak örtüşmektedir. Bkz: **Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015, s. 231.

[2] Çekin iktisadi yönü ve hukuki niteliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Kendigelen, Abuzer:** Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019, s. 18 vd. ile 41 vd.

[3] Tarihsel süreçte çek; kişilerin kağıt, altın ve gümüş gibi madeni paralarını muhafaza amacıyla tevdi ettikleri kişilerden (sarraflar, bankerler ve nihayet bankalar) bu paranın nakit olarak geri istenebilmesinin yanı sıra, üçüncü bir kişinin hesabına ya da parayı yatıran kişinin kendisine ait başka bir hesaba havale edilmesini teminen, tevdi edildiği kişiye hitaben yazılmış ödeme emrini içeren bir senet düzenlenmesi suretiyle gelişmiştir (Bkz: **Ülgen,/Helvacı/Kendigelen/Kaya,** s. 232). Çekin kavramsal ve tarihi gelişimine ilişkin ayrıca bkz: **Kendigelen**, s. 7 vd.

Nakit parayla kıyaslandığında çekin kullanımda sağladığı bireysel faydalarının yanı sıra, çeke tabi vadesiz mevduatın oluşturduğu kaydi para, ülke ekonomisi ve bankacılık sistemi açısından da yararlı sonuçlar doğurmaktadır. Buna karşın ülkemizde çek uygulaması, bir türlü istenilen seviyeye ulaşamamıştır. Özellikle bir ödeme aracı olarak kredi kartlarının gölgesinde kalan çek, daha ziyade poliçe gibi bir kredi vasıtası olarak benimsenmiştir[4].

Güvenilir bir kambiyo senedi olmasına karşın, çekin karşılıksız çıkması problemi de geçmişten günümüze ticari yaşamı ve hukuki düzenlemeleri meşgul eden kökleşmiş bir mesele haline gelmiştir. Toplumun çeke olan itimadının sarsılmasına neden olan karşılıksız çek sorunu, belirli dönemlerde çek kullanımının azalmasına ve dolayısıyla ticari hayatın sekteye uğramasına yol açmıştır. Bu algı Türk hukukuna özgü bazı sorunları da beraberinde getirmiş, bilhassa karşılıksız çek için öngörülen yaptırımların yetersizliği nedeniyle çeke olan güvenin daha da artırılması amacıyla zaman içinde özel yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Ülkemizde hâlâ bu tür sorunlar çözüme kavuşturulmaya çalışılırken; son yıllarda teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan elektronik ticaret ve finans kavramları, iktisadi ve hukuki açıdan yeni elektronik ödeme çözümlerini de beraberinde getirmiştir. Kağıt çekin çağımız versiyonu olarak kabul edilen elektronik çek (e-çek) uygulaması da, bu noktada alternatif bir ödeme aracı olarak finansal sistemde varlık göstermeye başlamış, ülkemizde de tartışılır hale gelmiştir. Konuya ilişkin aslında mevzuatımızda önemli adımlar da atılmıştır. Zira, bilhassa karşılıksız çek sorununun önüne geçilmesi ve çeke duyulan güvenin artırılmasını teminen 09.08.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 15.07.2016 tarihli ve 6728 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun[5] kapsamında kabul edilen "*Karekodlu Çek Uygulaması*" elektronik çeke geçiş sürecinde önemli bir gelişme niteliği arz etmektedir. Bununla birlikte anılan süreçte önemli diğer bir basamak da çek takas sistemidir. 02.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik[6] kapsamında, Takasbank nezdinde yürütülmekte olan takas sistemiyle, aslında basılı çeklerin fiziken hâlen kullanılıyor olması haricinde, e-çek sistem alt yapısının ilk örneği hayata geçirilmiştir.

[4] **Öztan**, s. 222.

[5] 09.08.2016 tarih ve 29796 sy. Resmi Gazete.

[6] 09.06.2018 tarih ve 30446 sy. Resmi Gazete.

Günümüzde e-ticaret işlem hacminin artışı ile gündeme gelen elektronik ödeme çözümleri içinde e-çek sistemi kabul edilebilirliği yüksek olan ve maliyet avantajı sağlayan bir ödeme aracı halini alma potansiyeline sahiptir. Bilhassa küreselleşmenin neden olduğu zor rekabet koşullarında, bankacılık sektörü de operasyonel risklerini ve maliyetlerin azaltarak çalışmayı hedeflediğinden, teknolojik gelişmeleri yakından takip etmektedir. Hatta bu gelişmeleri bizatihi bankalar yürütmektedir[7]. Dolayısıyla günümüz ödeme sistemleri içinde var olan kağıt çek sisteminin elektronik ortama taşındığı e-çek uygulaması yakın zamanda daha da önemli hale gelecektir. Kağıt çekin olumsuzluklarını bertaraf etmek amacıyla geliştirilen bu sistem, şüphesiz beraberinde çeşitli hukuki değişiklikleri de gerektirecektir.

Çalışmamızda da özet olarak, mevcut gelişmeler ışığında e-çek uygulamasına giden süreçte, bilhassa karekod uygulaması ve çek takas sistemi gibi çeke ilişkin temel yasal düzenlemeler ile bunların gerekçesi ve geçmişi incelenmeye çalışılacak ve mevcut sistem ile hukuki yapıda ne tür değişikliklerin yapılması gerektiği tartışılacaktır.

I- 6728 SAYILI KANUN ÖNCESİ ÇEKE İLİŞKİN KISA BİR BAKIŞ

Mevzuatımızda çeke ilişkin yapılan yasal düzenlemelerin hemen hemen hepsi karşılıksız çek sorununun önüne geçilmesi ve çeke duyulan güvenin artırılması temeline dayanmaktadır. Nitekim 6728 sayılı Kanun da bu amaçla düzenlenmiştir. Dolayısıyla e-çek sisteminin yasal alt yapısını oluşturacak (karekod ve çek takas sistemi dahil) hükümlerin anlaşılabilmesi için öncelikle karşılıksız çek kavramına ve 6728 sayılı Kanun öncesi hazırlanan düzenlemelere kısaca değinmek gerekir.

Karşılıksız çek, ödeme aracı olarak kullanılan çekin karşılığının olmamasıdır[8]. İlgili banka hesabında, çekin üzerinde yazılı tarihlerde, yine çekin üzerinde yazan tutarda para bulunmaması durumunda çek, karşılıksız hale gelir[9].

---

[7] **Karabıyık, Ayşegül:** "*Alternatif Ödeme Aracı Olarak: Elektronik Çek Sistemi (E-Çek)-1*", Muhasebe ve Finansman Dergisi, The Journal of Accounting and Finance, Sayı: 38–Nisan 2008, s. 80.

[8] **Can, Mertol:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s. 169; **Kendigelen**, s. 350.

[9] Karşılıksız çekten bahsedebilmek için öncelikle, TTK'nın 780. maddesinde öngörülen zorunlu unsurları içeren bir çekin olması, ibraz müddeti içinde çekin bankaya ibrazı

Karşılıksız çek sorunu, geçmişten günümüze gerek öğretide gerekse uygulamada sıkça tartışılmış, önüne geçilebilmesi amacıyla farklı zamanlarda muhtelif cezai ve/veya idari yaptırımlar tercih edilerek mevzuatımızda birtakım değişikliklere gidilmiştir. Zira, ilgili yasal düzenlemelerin piyasadaki karşılıksız çek sayısını, dolayısıyla ticari hayatı büyük ölçüde etkilediği göz ardı edilemez bir gerçektir[10].

Hukukumuzda 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un[11] (3167 Sayılı Çek Kanunu) 03.10.1985 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar, karşılıksız çek düzenlenmesi eylemine yönelik özel bir yasal düzenleme ihdas edilmemiştir. Bu döneme kadar karşılıksız çek suçu, TBMM'nin 07.01.1929 tarihli 471 sayılı yorum kararı dolayısı ile mülga 756 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 503. maddesi kapsamında "*dolandırıcılık*" suçu niteliğinde değerlendirilmiştir[12].

Mülga 3167 sayılı Çek Kanunu'nun 16. maddesi kapsamında ise karşılıksız çek düzenlenmesi, bağımsız bir suç olarak ele alınmıştır[13]. Söz konusu

---

ve ibraz anında çek üzerinde yazılı tutarın çek hesabında kısmen ya da tamamen bulunmaması ve bu durumun da muhatap banka tarafından çek üzerine yazılarak tevsik edilmiş olması gerekir. Bkz: **Öztan**, s. 292 vd.; **Başbüyük, İsa:** "*Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2012, Sayı: 2, s. 310; **Reisoğlu, Seza:** Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Bası, Ankara Haziran 2003, s. 217-220; **Başal, Koparan:** "*3167 Sayılı Kanun Uygulamasında Ceza Hukuku Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar*", Batider, C. XV, Sayı: 2, Aralık 1989, s. 52,56; **Erman, Sahir:** "*Karşılıksız Çek*", Batider, C. XI, Sayı: 2, Aralık 1981, s. 125; Yarg. 10. CD. 17.06.1996, E. 7186, K. 7107, bkz: **Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut:** Çek Yasası ve Senetlerle İşlenen Suçlar, II. Bası, Ankara 1996, s. 210; Yarg. CGK. 01.02.1988, E.1987/7-213, K. 5, bkz: **Eriş, Gönen (2003):** Yeni Çek Yasası Işığında Uygulamalı Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003, s. 470; Yarg. 10 CD. 25.11.1991, E. 751, K. 1106, **Eriş (2003)**, s. 488; **Kendigelen**, s. 411 vd.

[10] Bankalara ibraz edilen ve karşılıksız işlemi yapılan çeklere ilişkin güncel veriler ile 2000 yılından itibaren Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından yayınlanan karşılıksız çek bilgilerine yönelik istatistiksel verilere ilişkin bkz: https://www.riskmerkezi.org/tr/istatistikler/23 (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

[11] 03.04.1985 tarih ve 18714 sayılı Resmi Gazete.

[12] **Şener, Oruç Hami:** "*Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemini, 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. Maddesi İle Cezalandırmak Mümkün Müdür?*" Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1988, Sayı: 2, s. 240; **Reisoğlu**, s. 13; **Kendigelen**, s. 406.

[13] **Hafızoğullari, Zeki:** "*3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanunun 16. Maddesinde Öngörülmüş*

düzenlemenin temelinde, karşılıksız çek düzenlenmesi fiilinin dolandırıcılık suçunun unsurlarını barındırmaması halinde, karşılıksız çek düzenleyenlerin fiillerinin yaptırımdan yoksun kalmaması amaçlanmıştır[14]. Mezkur hükümde ibraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce, ibraz edilen çekin yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür. Ayrıca mahkemenin, işlenen suçun mahiyetine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir müddet için failin bankalarda çek hesabı açmasının ve çek keşide etmesinin yasaklanmasına karar vereceği de hüküm altına alınmıştır.

Bahse konu düzenleme, suç tanımında failin kast ve taksirini aramamış olması dolayısıyla objektif sorumluluk temeline dayandığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır[15]. Bu nedenle kanun koyucu tarafından suçun failleri lehine kısmi bir yumuşatmaya gidilerek 14.01.1993 Tarihli ve 3863 sayılı 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile anılan maddede değişikliğe gidilmiştir[16]. Yapılan değişiklikle, karşılıksız çek keşide edilmesine ilişkin mahkumiyet hükmü verildikten, ancak hükmün kesinleşmesinden evvel ya da mahkumiyet hükmü kesinleşse de takibi şikayete bağlı suçtan vazgeçilmesi veya hükümde öngörülen %10 tazminat ile gecikme faizinin ödenmesi durumlarında kamu davasının ve cezanın ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Her ne kadar söz konusu değişiklikle fail lehine nispeten bir iyileşme sağlanmış olsa da, suçun yaptırımı olan hapis cezasının Anayasaya ve uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu yönündeki eleştiriler giderilememiştir[17].

Olan Suçun Sınırları", Batider, C. XIV, Sayı: 4, Haziran 1988, s. 21.

[14] **Uyar, Talih:** "*Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1987, Sayı: 5-6, s. 672.

[15] **S. Soyer, Güleç:** Borç İçin Hapis Yasağı Ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 128-129.

[16] Değişiklik gerekçeleri için bkz: **Özdamar**, s. 110; **Karayalçın, Yaşar:** Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12.01.2002, s. 1.

[17] **Yıldırım, Zeki/Çetintürk, Ekrem:** "*İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu*", TBB Dergisi 2012, Sayı: 103, s. 35.

Bu kez 3167 sayılı Çek Kanunu'nda 2003 yılında 26.02.2003 Tarihli 4814 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile köklü ve kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır[18]. Bu düzenlemelerin en önemlisi karşılıksız çekin cezasına ilişkindir. Nitekim yapılan değişiklik ile hapis cezası yerine suçu ilk defa işleyenler bakımından adli para cezası yaptırımı uygulanması hükme bağlanmıştır[19]. Zira, çekin üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde ibrazı halinde yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmemesi durumunda çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcilerinin[20], kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür. İlaveten verilecek para cezasının seksenmilyar liradan fazla olamayacağı belirtilerek, para cezasına bir üst sınır getirilmiştir. Ancak

[18] **Ekşi, Dağlar:** "*4814 Sayılı Kanun İle Değişik 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Açısından Karşılıksız Çek*", H.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, s. 205 vd.; **Moroğlu, Erdoğan:** "*3167 Sayılı Çek Kanunu'nda 4814 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler*", Serozan, Rona (Editör) Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 540; **Kaboğlu, İbrahim/Cente, Nur/ Somer, Mehmet:** Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanunda Yapılan Değişikliklerin Anayasa, Ceza ve Ticaret Hukuku Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul 2002, s. 11 vd.

[19] **Güngör, Şener/ Kaya, Mustafa:** 4814 Sayılı Kanun İle Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Çek Suçları, Ankara 2003, s. 43.

[20] Değişiklikle getirilen diğer bir yenilik ise, organ veya temsilci tarafından keşide edilen karşılıksız çek nedeniyle, bunu imzalayan temsilcilerin yanı sıra temsil olunan gerçek ya da özel hukuk tüzel kişiliklerinin de cezalandırılmasıdır. Hükme göre, karşılıksız çek suçunun organ veya temsilci tarafından gerçek ya da tüzel kişi yararına işlenmesi halinde, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisine de para cezası verilir. Bu durumda, gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisinin (dernek, vakıf, sendika, şirketler) organ veya temsilci tarafından keşide edilen çek karşılıksız çıktığı takdirde ortaya çıkacak ağır para cezasıyla, düzenleyenin yanı sıra yararına çek keşide edilen gerçek/tüzel kişi de karşı karşıya kalır. Anayasa anlamında cezalar kişisel olduğundan karşılıksız çıkan geçerli bir çeki kim imzalarsa, o kişinin cezalandırılacağı kuşkusuzdur. Yetkili temsilci için de durum aynıdır. Çeki, temsil yetkisi olan birinin keşide etmesi ve bunun karşılıksız çıkması halinde, özel hukuk bakımından temsilci sorumlu değildir. Bu durumda sorumluluk ve icra takibine muhatap olma yükümlülüğü hesap sahibine aittir. Buna karşılık cezai açıdan sorumluluk cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca keşideciye (yetkili temsilciye) ait olur. Çünkü senedin üzerinde onun imzası bulunmaktadır. Tartışmalar için bkz: **Güngör/Kaya**, s. 43; **Reisoğlu**, s. 438-439.

mükerrirler bakımından hapis cezası korunmuştur[21]. Bahse konu değişiklik kapsamında ayrıca bankaların hesap açtırma anındaki inceleme yükümlülüğü genişletilmiş ve böylece sıkıntılı kimselere çek karnesi verilmeyerek, çek davalarının sayısının azaltılması ve çeke duyulan güvenin arttırılması amaçlanmıştır[22].

Her ne kadar bu nevi bir düzenleme yapılmasının en önemli sebebi 3167 sayılı Kanunda öngörülen hapis cezasının Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırılık teşkil etmesi olarak belirtilse de; Kanunun uygulamasında karşılaşılan sorunlar ve bilhassa karşılıksız çek nedeniyle artış gösteren davaların azaltılması da söz konusu düzenlemenin gerekçesini teşkil etmiştir[23].

---

[21] **Başman, Murat:** "*3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa İle Yapılan Değişiklik Ve Bir Yargıtay Kararı*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:1993, S: 3-4, s. 358.

[22] **Dirikkan, Hanife:** "*Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S: 1, İzmir 2002, s. 11.

[23] Anayasa'nın 38. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 Sayılı Kanun ile "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*" hükmü eklenmiştir. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve çeşitli uluslararası düzenlemeler gereği karşılıksız çeke ilişkin uygulanacak yaptırım noktasında "ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi" ilkesi benimsenmiştir. Bununla birlikte, doktrinde çekten doğan ilişkinin bir sözleşme ilişkisinden ziyade, havale ilişkisi temeline dayandığı; çekin bir sözleşme ilişkisi nedeniyle ihdas edilebileceği gibi haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar nedeniyle de çek düzenlenebileceği eleştirileri gündeme getirilmiştir. Zira çeke vücut veren kambiyo ilişkisi, tanzimine sebep olan asıl borç ilişkisinden bağımsız ve mücerrettir. Bu nedenle çekin temelindeki ilişki (sözleşme) geçersiz olsa bile, çek başlı başına bir borç kaynağı olarak geçerliliğini koruyacaktır (Bkz: **Moroğlu**, s. 540). Nitekim Anayasa Mahkemesi de 3167 sayılı Kanun'da düzenlenen karşılıksız çek keşide etme suçunun hapis cezası yaptırımına tabi tutulmasını aynı gerekçelerle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulmamıştır. 2002/165 E., 2002/195 K., 11.12.2002 T. sayılı ilgili karar metni ve tartışmalar için bkz: **Özdamar**, s. 113 vd. ile http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48ab66a6-e73b-4d28-b3f1-f29d4a0a2e7e?excludeGerekce=True&wordsOnly=False (Erişim Tarihi:29.08.2019).
İlerleyen kısımda tartışılacağı üzere 6728 sayılı Kanunun 5941 sayılı meri ÇekK md. 5/f.1 kapsamında yaptığı değişiklikte de, Anayasa Mahkemesi 2016/191 E. ve 2017/131 K. sayılı kararı ile aynı görüşünü korumuştur. Zira, 01.12.2001 tarihinde gerçekleştirilen "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa md. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu" nda karşılıksız çek keşide etme suçuna uygulanan hapis cezasının Anayasanın 38. maddesine aykırı olmadığı

Mer'i 5941 sayılı Çek Kanunu'nun genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere, 3167 sayılı Kanunun karşılıksız çekin cezalandırılmasına ilişkin 16 ncı maddesinin yürürlükte olduğu dönem boyunca defalarca değiştirilmesi ve bu değişikliklerin Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine konu edilmesi, uygulamadan gelen şikayetlerin de artması yeni bir kanun hazırlanması düşüncesinin ağırlık kazanmasına neden olmuştur. 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) yürürlüğe girmesinden sonra ise 3167 sayılı Çek Kanunu ile 5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri arasında teorik ve dogmatik farklılıklar ortaya çıkmıştır[24]. Nitekim, TCK'nın "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*" hükmünü içeren 5. maddesi, diğer kanunlardaki bütün suçlar bakımından TCK'nın uygulanmasını emretmiştir.

Karşılıksız çekle mücadelenin ağır hapis cezaları ile önlenemeyeceği, kara para ile mücadele ve terörün finansmanında çeklerin rol almasına engel olunması ve çekin kayıt dışı ekonominin bir aracı olmaktan çıkarılması, çek hesabı açılmasında bankaların yaptıkları araştırmaların derinleştirilmesi, çekin bir ödeme aracı olduğunu belirleyici hükümlere yer verilmesi, bu sayede çekin toplumsal itibarının güçlendirilmesi ve 5237 sayılı TCK ile uyumun sağlanması amaçlarıyla bu kez 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu[25] yürürlüğe girmiştir[26].

5941 sayılı Kanunun md. 5/f.1 hükmünde, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, çek hamilinin şikayeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar

---

konsensüs sağlanarak kabul edilmiştir. Bkz: **Akıllıoğlu Tekin:** "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 No lu Protokol 1. Maddeye Göre "Borç İçin Hapis Yasağı*" Kuralı, AİHS ve Anayasa md. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü) Ankara 2001, s. 5 vd.; **Feyzioğlu, Metin:** "*Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması*", AİHS ve Anayasa md. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü) Ankara 2001, s. 16 vd.;

[24] **Özgenç, İzzet:** Çek Kanunu, Ankara 2017, s. 23.

[25] 20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı Resmi Gazete.

[26] Kanunun eleştirisi için bkz: **Topçuoğlu, Metin:** "*Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi Ve Sonuçları*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, Sayı: 1-2, s. 142.

adli para cezasına hükmolunacağı[27]; ancak hükmedilecek adli para cezasının çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamayacağı ve mahkemenin ayrıca güvenlik ya da koruma tedbiri niteliğinde çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına[28], bu yasağın bulunması halinde de çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmedeceği düzenlenmiştir[29].

5941 sayılı Kanunun 5. maddesinin ilk halinde, önceki düzenlemelerden farklı olarak "karşılıksız çek keşide etme" suçu yerine, çekle ilgili olarak "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme" suçu esas alınmış ve adli para cezası, çekte karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi nedeniyle öngörülmüştür[30]. 3167 sayılı Kanundan farklı olarak 5941 sayılı Kanunda gerçek kişiler adına, temsil yolu ile çek hesabı açmak ve kapatmak mümkün olmakla birlikte çek düzenlemek yasaklanmıştır. Anılan düzenlemenin üçüncü fıkrasında çek hesabı sahibi gerçek kişinin, kendi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemeyeceği, aksi halde gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi halinde, bu çekten

---

[27] 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 3. fıkrasına göre de, hükümlünün tebliğ olunan ödeme emrindeki adli para cezasını belli müddet içinde ödememesi durumunda, Cumhuriyet Savcısının kararıyla ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedileceği hükme bağlanmıştır. Bkz: **Ersoy, Ayşe Nur:** "*5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Çeklerde "Karşılıksızdır*" İşlemine Sebebiyet Verilmesinin Cezai Ve İdari Yaptırımları", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:4, Sayı:2019/1, s. 280.

[28] Kanunun Genel Gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı gerek koruma tedbiri gerek güvenlik tedbiri olarak tüzel kişiler hakkında da verilebilecektir. Bkz: **Özgenç**, s. 19 vd.

[29] "***MADDE 5 –*** *(1) Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adlî para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Bu davalar, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür.*"

[30] Bu iki tanım arasında sorumluların belirlenmesi, suçun işlendiği zaman, suçun unsurları vb. hususlar bakımından ceza hukuku anlamında bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: **Özbek, Veli Özer:** "*Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 Sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 Sayılı Çek Kanunu m. 5/1-34-10)*", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:14, Aralık 2010, s. 7 vd. (7-27).

dolayı hukuki ve cezai sorumluluğun çek hesabı sahibine ait olacağı hüküm altına alınmıştır[31]. Bununla birlikte tüzel kişiler adına düzenlenen[32] ve karşılığı hesapta bulunmadığı için karşılıksızdır işlemine tabi tutulan her bir çek yaprağı için, çek karşılığını hazır bulundurmayan kişi (mali işlerden sorumlu yönetici, yoksa tüm yöneticiler) hakkında verilecek adli para cezası yanında hem çeki düzenleyen hem de adına çek düzenlenen tüzel kişi hakkında da çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verileceğini düzenleyen dördüncü fıkra çerçevesinde de, tüzel kişiler açısından koruma ve güvenlik tedbirlerinin uygulanacağına işaret edilmiştir[33].

---

[31] ÇekK md. 5/f.3 hükmündeki düzenleme karşısında, gerçek kişi tacirlerin ticari mümessil ve vekillerinin tacir adına çek keşide etmesine ilişkin hükümlerin uygulanması tartışılır hale gelmiştir. Nitekim ÇekK md. 2/f.3'e göre başvuru sahibi bir gerçek kişi ise kendisinin, vekilinin veya yasal temsilcisinin imzası olmadan çek hesabı açılamaz. Kanun koyucu, gerçek kişinin adına çek hesabı açtırma yetkisi verdiği vekil veya yasal temsilciye çek düzenlenme yetkisi vermemiştir. Ayrıca çek düzenleme yetkisinin gerçek kişi tacir adına bir başkası tarafından kullanılamayacağı da açıkça ifade edilmiştir. Doktrinde teorik olarak bunun aksinin mümkün olduğu ve ticari mümessilin çek düzenlemesinin yasaklanmadığı ve böyle bir durumda ticari mümessilin düzenlediği çekin diğer unsurlarının tamam olması halinde geçerli olacağı ifade edilmişse de gerçek kişi adına ticari mümessil tarafından çek düzenlenmesi halinde çek hesabı sahibine ve ticari mümessile uygulanacak yaptırımların ağırlığı, fiilen buna engel olacak nitelikte tanzim edilmiştir. Tartışmalar için bkz: Bkz: **Pulaşlı, Hasan:** Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010, s. 52; **Kırca, İsmail:** 5941 sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 41; **Çağlar, Hayrettin:** "*5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin Ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma Ve Çek Düzenleme Yasağı*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, Sayı 1-2, s. 3 vd.; **Topçuoğlu**, s. 142.

[32] Tüzel kişiler yöneticileri, temsilcileri veya imza yetkilileri eliyle çek hesabı açtırmak için başvuruda bulunabilirler ve bu kişiler eliyle çek düzenleyebilirler. Ticaret şirketleri adına çek hesabı açma ve çek düzenleme yetkisine ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Çağlar**, s. 3 vd.; **Topçuoğlu**, s. 143.

[33] 6273 sayılı Yasa ile mülga edilen dördüncü fıkra haklı olarak doktrinde; bir ticaret şirketi adına düzenlenen çekin karşılığının, çekin üzerinde yer alan düzenleme tarihi itibariyle ibrazında, tamamen hazır bulundurulmamasına bağlı olarak bu kişi hakkında verilecek adli para cezası yanında, ileri tarihli çeki düzenleyen yönetici, temsilci veya imza yetkilisi hakkında ve ayrıca tüzel kişi hakkında uygulanacak çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararı özellikle şirketteki görevi sona ermiş ve artık çekin karşılığının hazır bulundurulması için herhangi bir yetkisi veya görevi bulunmayan kişi açısından amacı aşan bir yaptırım olarak değerlendirilmiştir. Bkz: **Çağlar**, s. 18 vd. Bilhassa karşılıksız çekin hukuki sonuçları bakımından tüzel kişi temsilcisinin hukuki ve cezai sorumluluğuna dair bkz: **Topçuoğlu**, s. 155.

Her ne kadar 5941 sayılı ÇekK kapsamında ilk defa bir güvenlik tedbiri olarak "çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı"na yer verilmiş olsa da, karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesinin suç olarak kabul edilmesi, karşılığında adli para cezasının ve hatta para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasının öngörülmesi, mülga 3167 sayılı Çek Kanunu döneminde de yapıldığı üzere, düzenlemenin yoğun şekilde eleştirilmesine neden olmuştur. Kanun koyucu söz konusu eleştiriler karşısında 31.01.2012 tarih ve 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 6273 Sayılı Kanun[34] kapsamında bu kez karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesini suç olmaktan çıkarmıştır[35]. Bu defa Kanunun 3. maddesi ile karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi halinde, idari yaptırım olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı yaptırımı öngörülmüştür[36]. 6273 sayılı Kanunla gelen değişiklikten önce çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması durumunda cezai sorumluluk, tüzel kişilerin mali sorumlularının araştırılması sonucunda tespit edilen gerçek kişilere ait olmasına karşın, değişiklikle birlikte fiilin suç olmaktan çıkarılması sebebiyle, tüzel kişiler hakkında da doğrudan idari yaptırım uygulanabilmesinin önü açılmıştır[37].

Ekonomik nitelik arz eden suçlara hapis cezasından ziyade ekonomik yaptırımlar uygulanması, borcunu ödeyemeyen bir kişinin cezasının hapis cezası olarak infaz edilmesinin kişinin ticari hayatını sekteye uğratarak borçlarını ödeyebilme olasılığını ortadan kaldıracak olması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 numaralı Protokol'ün 1. maddesi, Anayasa'nın 38. maddesi ve Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 11. maddesi uyarınca sözleşmeden kaynaklanan borçlardan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyeceği prensipleri her dönem tartışıldığı gibi, çekin

[34] 03.02.2012 tarih ve 28093 sayılı Resmi Gazete.

[35] Her ne kadar "karşılıksızdır" işlemine sebebiyet verme eylemi suç olmaktan çıkarılmış olsa da, karşılıksız çıkan çekle ilgili olarak somut olayın özellikleri dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi diğer bazı suçların unsurlarına uymakta ise, bu suç hükümlerine göre cezai kaidelerin uygulanması imkan dahilinde kalmıştır. Bkz: **Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal:** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, İstanbul 2013, s. 362.

[36] Bahse konu yaptırımın uygulanması için geçerli bir çekin bulunması, ibraz süresi içinde çekin ibrazında hesapta karşılığın olmaması, çeke karşılıksızdır işleminin yapılması ve hamilin talebi üzerine Cumhuriyet Savcısı tarafından yaptırım kararının verilmesi gerekmektedir. Bkz: **Kayar, İsmail:** Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 701-702.

[37] **Demir, Şamil:** "*5941 sayılı Çek Kanunu'nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2013 S: 1, s. 232.

karşılığını hesapta bulundurmamayı suç olmaktan çıkarmanın siyasi gerekçeleri arasında yer almıştır. Öte yandan diğer kambiyo senetlerine (poliçe ve bonoya) ilişkin hapis cezası öngörülmemiş olması, adli cezaya rağmen takip dosyalarında bir azalma görülmemesi ve yargının iş yükünü azaltma düşüncesi de yapılan değişiklikte egemen olmuştur[38].

II- 6728 SAYILI KANUN SONRASI ÇEK

1. Genel Olarak

5941 sayılı ÇekK'da, 09.08.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 15.07.2016 tarihli ve 6728 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun kapsamında da köklü değişikliklere gidilmiştir. Bu düzenlemelerin nihai amacı da yine karşılıksız çek sorununun önüne geçilmesi ve çeke duyulan güvenin artırılmasıdır.

6728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler; karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesinin yeniden suç olarak kabul edilmesi ve bu kapsamda yapılan düzenlemeler ile karekodlu çekler ve banka tarafından verilecek seri numarası uygulaması kapsamında gerçekleşmiştir. Bilhassa elektronik çek bakımından önemi haiz karekod uygulaması, bu bölüm altında ayrı bir başlık olarak ele alınmıştır.

Kanun koyucunun, çeke ilişkin karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi fiiline yönelik son yaptırım tercihi, tekrar fiilin suç olarak tanımlanması şeklinde vücut bulmuştur. Nitekim bugüne kadar yapılan tüm değişikliklere rağmen karşılıksız çekler engellenememiş, hatta karşılıksız çek sayısında önemli derecede artış gözlemlenmiştir. Poliçe ve bonodan farklı olarak likidite kabiliyeti yüksek bir ödeme aracı niteliğindeki çekler, şirket bilançolarında diğer kambiyo senedi alacaklarından önce yer almaktadır. Çeklerin doğrudan bankacılık sektörünü ilgilendirmesi de kredi kapasitesi ve makroekonomik dengeler yönünden diğer kambiyo senetlerinden farklı hükümlere tabi olması gerekliliğini doğurmuştur. Nihayetinde ticari yaşamın sürat ve güvenlik gereksinimi, çekin piyasalarda sıkça kullanılıyor olması ve karşılıksız çek sayısındaki artış, bu kez çeke olan güvenin artırılması ve karşılıksız çek

[38] Tartışmalar için bkz: **Ersoy**, s. 285, 286.

ihdasının önlenmesi maksadıyla, karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesini yeniden suç tanımı kapsamına alınmasını sağlamıştır[39].

6728 sayılı Kanunun 61. maddesi ile ÇekK'nın 2. maddesi dahilinde bankalar açısından da bazı yeni yükümlülükler öngörülmüştür. Buna göre bankalar, çek hesabı açtırmak isteyenlerin yasaklılık durumuna ilişkin olarak adli sicil ve Risk Merkezi kayıtlarını incelemekle de yükümlü kılınmıştır. ÇekK md. 2/f.1 hükmü ile bankaların, çek hesabı açılması ile ilgili olarak, bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyenin yasaklı olup olmadığını araştırmaları ve ayrıca ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni göstermeleri gerekliliği hüküm altına alınmıştır[40].

6728 sayılı Kanunda öngörülen suç tanımında yaptırım olarak tekrar 5941 sayılı ÇekK'nın 6273 sayılı Kanun ile değişik halinden önceki gibi, adli para cezası öngörülmüş ve hamilin şikayeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı düzenlemeye bağlanmıştır. Ayrıca bir güvenlik tedbiri olarak "çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı" yaptırımının uygulamasına devam edilmiştir. Yine 6728 sayılı Kanunun 63. maddesi ile ÇekK md. 5/f.11 hükmünde yapılan değişiklik neticesinde, adli para cezasının ödenmemesi halinde ise hapis cezası yaptırımının uygulanacağı düzenlenmiştir[41]. Hükme göre; verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un md. 106/f.3 hükmünde yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilecektir[42].

6728 sayılı Kanunun 63. maddesi ile ÇekK'da yapılan değişiklikler, hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasa md. 2 ile kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden

---

[39] **Ersoy**, s. 288-289.

[40] Detaylı bilgi için bkz: **Yördem, Yılmaz:** "*6728 sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Karşılıksız Çek Sorunsalı*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, S: 33, (Ocak 2018), s. 358.(347-412).

[41] Maddede sözü edilen hapis cezası zorlama hapsi niteliğindedir. Bu nedenle zorlama hapsi gerçekleşmiş olsa bile, hapis cezasının mahkumiyete bağlı hukuki neticeleri meydana gelmeyecektir. Bkz: **Özgenç**, s. 104.

[42] Çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi suçuna ilişkin (niteliği, unsurları, içtimaı ve yaptırımlar hakkında) bkz: **Özgenç**, s. 78 vd.

alıkonulamayacağını düzenleyen Anayasa md. 38 hükmü kapsamında tekrar Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Mahkeme, 3167 sayılı Kanun'da düzenlenen karşılıksız çek keşide etme suçunun hapis cezası yaptırımına yönelik yapılan başvuru kapsamında vermiş olduğu 2002/165 E., 2002/195 K., 11.12.2002 T. sayılı kararındaki görüşünü korumuştur[43]. Anayasa Mahkemesi, 6728 Kanun ile öngörülen adli para cezasının, ödenmemesi durumunda doğrudan hapis cezasına çevrilecek olmasını Anayasa'ya ve uluslararası anlaşmalara aykırı olmadığını belirterek, 2016/191 E. ve 2017/131 K. sayılı kararında yapılan itirazları reddetmiştir[44].

---

[43] Tartışmalar için bkz: yuk. "I-6728 SAYILI KANUN ÖNCESİ ÇEKE İLİŞKİN KISA BİR BAKIŞ", s. 3 vd.

[44] Daha öncede belirtildiği üzere, Anayasa ve uluslararası anlaşmalarla, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi durumunda kişinin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı hükme bağlanmıştır. Çek, taraflar arasında herhangi bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale niteliği taşımaktadır. Temelde bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı ya da sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda da, çek ayrı bir borç kaynağı olarak varlığını sürdürecektir. Haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar için de çek düzenlenebilmektedir. Temel ilişki ne olursa olsun, borçlu, borcunu ödemek için çek ihdas ettiğinde, asıl borç ilişkisinin dışında bir kambiyo ilişkisi doğmaktadır. Bu nedenle çek sırf bir sözleşme değildir. Kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Niteliği gereği, illetten mücerret olup temelinde her zaman bir sözleşme bulunması zorunlu değildir (Bkz: **Öztan**, s. 219-220; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, s.233, 235).

Bununla birlikte gerek Anayasa'da gerekse uluslararası sözleşmelerde, doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi açısından imkânsızlığın söz konusu olması durumunda, yani zorunluluk halinde özgürlüğü kısıtlama yasağı öngörülmüştür. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ve Anayasa'nın 38. maddesinde, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine *getirilmemesinden* değil yerine getirilememesinden söz edilmektedir. Bu itibarla öngörülen suç, objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektirmemektedir. Bkz: **Albayrak, Hakan/Bozdağ, Ahmet:** "*Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2018, S:33, Yıl:9, s. 248-249; **Sancar, Türkan:** "*Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında "Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Söylemi*", Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12.01.2002, s. 4; **Kendigelen**, s. 409.

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararın değerlendirilmesi noktasında, havale ilişkisinde sözleşme niteliğinin mevcut olup olmadığı da, üzerinde durulması gereken diğer bir husustur. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "*Havale, bir akittir ki onunla muhalünaleyh, bilvekale kendi namına kabza salahiyettar olan muhalünlehe muhil hesabına nakit veya kıymetli evrak veya sair misli şeyler itasına mezun kılınır.*"

2- Karekodlu Çek Uygulaması

6728 sayılı Kanun dahilinde, karşılıksız çek sorunu ile mücadele kapsamında öngörülen ve elektronik çek bağlamında önem arz eden asıl esaslı

---

hükmünü içeren 457. maddesinde havalenin, sözleşme niteliğinde olduğuna ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak Kanun'un geçerli olduğu müddet içerisinde dahi genel kabul, havalenin sözleşme olmadığına ilişkindir. Öyle ki, havalenin niteliğine ilişkin tartışmalar, söz konusu işlemin çifte yetki vermek mi, yoksa temsil yetkisi vermek mi olduğu hususunda gelişmiştir (Bkz: **Kocaman, B. Arif:** "*Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine*", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1994, C. 49, Sayı:1, s. 291). Mer'i 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 555. maddesine göre ise havale; *havale edenin, kendi hesabından para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini, bunları kendi adına kabul etmek üzere de havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlem* olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda havale, tek taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir. TBK md. 555-560 hükümleri çerçevesinde havale, çifte yetkilendirme olarak kabul edilmiştir. Eren'in de belirttiği gibi bu kapsamda havale bir sözleşme niteliği arz etmemektedir. Zira havalenin iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeden ziyade, tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'nin kararında herhangi bir tereddüt vücut bulmamaktadır. (Bkz: **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.1148; **İslamoğlu, Gülşah:** "*Havale*", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", ERÜHFD, Yıl: 2019, C. XIV, Sayı: 2, s. 527).

Bir diğer itiraz, ÇekK m. 5/f.1 hükmünün beşinci cümlesinde belirtilen kişilere yaptırım öngörülmesine ilişkin olarak Anayasa md. 38/f.7 hükmünde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsi olması ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin olarak ileri sürülmüştür. Zira ileri tarihli çekler açısından, ibraz süresine kadar geçecek süre içerisinde tüzel kişi adına çek düzenlemeye yetkili kişilerin değişiklik gösterebileceği belirtilmiştir. Başkasının düzenlemiş olduğu çekten dolayı, ilgili hükümde sayılan kişilere ilişkin yaptırım öngörülmesinin Anayasa md. 38/f.7 hükmünü ihlal ettiği iddia olunmuştur. İleri tarihli çekler açısından sonuç doğurmak üzere, düzenlendiği tarihte suç teşkil etmeyen bir fiil dolayısıyla cezai yaptırım öngörülmesinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa md. 38/f.1 hükmü ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa md. 38 hükmü çerçevesinde öngörülen suç ve cezanın kanuniliği ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerine dayanan itirazları haklı bulmamış ve reddetmiştir. Karar kapsamında amacın, ÇekK md. 5/f.1 hükmünde öngörülen çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı yaptırımı uygulanacak kişiler geniş tutulmak suretiyle, karşılıksız çek düzenleme suçunun aynı tüzel kişi için tekrar işlenmesinin engellenmesi olduğu belirtilmiştir. Mahkemnin kararı çeşitli boyutlarıyla tartışmaya müsait olmakla birlikte, çalışmanın kapsamı ve içeriği nedeniyle bu tartışmalara girmekten imtina edilmiştir. Bahse konu karara ve Mahkeme gerekçesine ilişkin bkz: http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 05.09.2019).

değişiklik karekodlu çek uygulamasıdır[45]. Zira 6728 Sayılı Kanun ile TTK md. 780-781 ve ÇekK md. 2 ve 3'te bu hususta önemli yenilikler yapılmıştır. İlaveten, TTK md. 780/f.4 hükmüne dayanarak 31.12.2016 tarihli ve 29935 sayılı Çeklerde Karekod Okutulmasına İlişkin Tebliğ çıkarılmıştır[46].

Çekin şekil unsurları TTK'nın 780. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre; *çek kelimesi, belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havale niteliği, muhatabın ticaret unvanı, düzenlenme tarihi ve düzenleyenin imzası*, çekin zorunlu unsurları arasında sayılmıştır. Söz konusu unsurların zorunlu olarak nitelendirilmesinin sebebi, TTK md. 781/f.1 hükmü gereğince diğer tüm unsurlar mevcut olup, bir zorunlu unsurun mevcut bulunmaması halinde bahse konu senedin çek ve dolayısıyla kıymetli evrak niteliği kazanamayacak olmasından ileri gelmektedir[47].

---

[45] **Oğuz, Sefer/Demirkapı, Ertan/Okuyan, H. Aydın:** "*Türk Çek Uygulamasında Hukuki Değişikliklerin Değerlendirilmesi*", Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi / 2017 Cilt: XII Sayı: II, s. 183.

[46] 31.12.2016 tarih ve Sayı : 29935 (3. Mükerrer) Resmi Gazete.

[47] Öğretideki yazarların büyük çoğunluğu özel Kanundaki hususların çekin zorunlu unsurları arasında olmadığını dolayısıyla bunların bulunmamasının çekin geçerliliğini etkilemeyeceğini, çekin kambiyo senedi niteliğinde geçerli bir senet olabilmesi için TTK'da yer alan unsurları taşımasının gerekli ve yeterli olduğunu belirtmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, Çek Kanununda belirtilen hususlar çekin mecburi şekil şartları içinde yer almaktadır. Bkz: **Köle, Mehmet/ Görgülü Fatma:** "*Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları Ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 35, Yıl: 2016, s. 85 vd.; **Göle, Celal;** Çek Hukuku, Ankara 1989, s. 6; **Reisoğlu**, s. 46; **Özdamar**, s.118; **Yıldız, Şükrü:** "*4814 Sayılı Yeni Çek Kanununun Çekin Zorunlu Unsurlarına Etkisi ve Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar*", http://www.eakademi.org/makaleler/syildiz-1.htm (Erişim Tarihi:16/06/2020); **Donay, Süheyl:** Son Değişikliklerle Çek, Kırklareli 1990, s. 13; **Kınacıoğlu, Naci:** Kıymetli Evrak Hukuku, V. Bası, Ankara 1999, s. 266; **İmregün, Oğuz:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1998, s. 121; **Bozer/Göle**, s. 225 vd.
Bununla birlikte Yargıtay verdiği 14.12.1994 tarih ve E., 92/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında çekin unsurları hakkında şöyle bir sonuca varmıştır: "*Çekin zorunlu unsurları TTK nın 692-693. maddelerinde gösterilmiştir. 3167 sayılı Çek Kanununun 3. maddesi de dikkate alındığında a)banka tarafından mevzuattaki tanıma uygun şekilde bastırılmış çek yaprağı olması, b) Bu çek yaprağının çek kelimesini, c) Hesabın bulunduğu muhatap banka şubesinin adı ve keşidecinin hesap numarasını, d) Kayıtsız şartsız bir bedelin ödenmesi için havalesi, e) Keşide günü ve yerini ihtiva etmesi zorunludur.*" Böylece Yargıtay Çek Kanunundaki unsurların da zorunlu olduğu sonucuna varmıştır (Karar için bkz: YKD. Mayıs 1993, s. 663). Bunun yanı sıra çeşitli Yargıtay kararlarında da söz konusu özel unsurların çekte

6728 sayılı Kanunun 70. maddesiyle, çekin unsurlarının belirtildiği TTK md. 780/f.1 hükmünde sayılan unsurlara (g) ve (l) bendi olarak "*banka tarafından verilen seri numarası*" ve "*karekod*" da ilave edilmiştir. Bununla birlikte anılan Kanunun 72. maddesi ile TTK'ya dahil edilen Geçici 11. madde[48] çerçevesinde, 31.12.2016 tarihinden sonra bankalar tarafından çek hesabı sahiplerine TTK md. 780 gereği karekod ve banka tarafından verilen seri numarası bulunmayan çek yapraklarının verilmeyeceği, 31.12.2016 tarihinden evvel basılan çeklerde ise bahsi geçen unsurların aranmayacağı ifade edilmiştir. Böylelikle bu düzenleme ile 31.12.2016 tarihine dek ihtiyari olan karekodlu çek kullanımı zorunlu hale getirilmiştir. Ancak bahse konu tarihten evvel basılmış olan çeklerin ise ne zamana dek geçerli olacağına ilişkin ne TTK ne de ÇekK kapsamında herhangi bir düzenlemeye yer verilmeyerek, söz konusu çeklerin geçerliliği tartışmalı hale getirilmiştir[49].

Türkiye, her bir çek yaprağında muhatap banka tarafından yerleştirilen karekodun bulunmasını yasal bir zorunluluk haline getiren ilk ülke olarak, diğer zorunlu unsurların tümü mevcut olsa dahi, karekodun çek yaprağında yer almamasını senedin çek niteliği kazanmasına engel saymıştır[50]. Buna karşın, 6728 sayılı Kanun ile ilave edilen TTK md. 781/f.4 hükmü doğrultusunda, yabancı banka tarafından bastırılan çeklerde seri numarası ve/veya karekodun bulunmaması senedin çek olarak geçerliliğini etkilemeyecektir.

Karekodun çekin zorunlu unsuru haline getirilmesiyle hiç şüphesiz, düzenlenen çekin karşılıksız çıkma riskinin azaltılması ve bu sayede çeke duyulan güvenin artırılması hedeflenmiştir. Nitekim çek üzerinde yer alan

---

yer almasının zorunlu olduğu yönünde hükme varılmıştır, Söz konusu kararlar için bkz: **Reisoğlu**, s. 47, dpnt. 79; **Donay**, s. 13; **Narbay, Şafak:** "*3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun da Değişiklik Yapan 4814 Sayılı Kanunun Çekte Şekil Şartları ve Muhatabın Ödeme Yükümlülüğü Konuları Açısından İncelenmesi*", A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Sayı: 1-2, Erzincan 2003, s. 476-477.

[48] ***GEÇİCİ MADDE 11 – (Ek: 15/7/2016-6728/72 md.)*** *(1) 31/12/2016 tarihinden sonra bankalarca çek hesabı sahiplerine 780 inci maddeye bu Kanunla eklenen hüküm gereğince bulunması gereken karekod ve seri numarası unsurlarını içermeyen çek yaprağı verilemez. 31/12/2016 tarihinden önce basılan çeklerde bu unsurlar aranmaz.*

[49] Tartışmalar için bkz: **Köle/ Görgülü**, s. 96; **Kendigelen**, s. 138 vd.

[50] TTK md. 781/f.1 hükmü ile, karekodun da yer aldığı 780. maddede ifade edilen unsurlardan birinin senette bulunmamasının senedin çek olarak kabulünü engelleyeceği düzenlenmiştir.

karekodun "*Findeks*" adı verilen bir uygulama ile okutulması suretiyle, çek alacaklıları, ellerinde bulunan çek ile çek hesabı sahibine ve bu çeki düzenleyenlere[51] ilişkin verilere erişim sağlayacak ve çeki düzenleyen kişinin ödeme kabiliyeti ve istikrarına ilişkin değerlendirmede bulunma fırsatına sahip olacaktır. Karekod ile çek hesabı sahibi ya da cirantanın rızası aranmaksızın hangi bilgilerin üçüncü kişilerin erişimine sunulacağı 780. maddenin ikinci fıkrasında ve Çeklerde Karekod Uygulamasına İlişkin Tebliğ'in 4. maddesinde sıralanmıştır[52]. Böylelikle hamil, bahse konu uygulama üzerinden olumlu rapor alınması ile çeki kabul edip etmeyeceğine karar verebilecektir.

---

[51] Hükümde geçen "*çek hesabı sahibine ve bu çeki düzenleyenlere*" ibaresi geniş bir ifade olup, yanlış anlaşılmaya müsaittir. Şöyle ki; çek hesabı sahibi haricinde, çek hesabı sahibine ait çek yapraklarının kullanılması dolayısıyla çek düzenleyebilecek kişiler ancak temsilci olabilir. Bu bağlamda "çeki düzenleyenler" ibaresi ile çek hesabı sahibi adına çek düzenlemeye yetkili olan ve bu yetkilendirmeye ait bilgilerin Findeks uygulamasına kaydedildiği kişiler kastedilmektedir. Bkz: **Narbay, Şafak/Güney, Zehra:** "*6728 Sayılı Kanun'un Çeke İlişkin Hükümlerinin "Çekte Şekil Şartları" Bakımından Değerlendirilmesi*", Terazi Hukuk Dergisi 2017, Sayı: 126, s. 49.

[52] TTK m. 780/2 hükmü uyarınca Karekod ile;
a) Çek hesabı sahibinin adı, soyadı veya ticaret unvanı,
b) Çek hesabı sahibinin tacir olması hâlinde, ticaret siciline tescil edilen yetkililerinin adı, soyadı veya ticaret unvanı,
c) Çek hesabı sahibinin, çek hesabı bulunan toplam banka sayısı,
d) Çek hesabı sahibine ait bankalara ibraz edilmemiş çek adedi ve tutarı,
e) Düzenlenerek bankalara teslim edilen çeklerin adedi ve tutarı,
f) Son beş yıl içerisinde ibrazında ödenen çeklerin adedi ve tutarı,
g) İbraz edilen ilk çekin ibraz tarihi,
h) İbraz edilen son çekin ibraz tarihi,
ı) İbrazında ödenen son çekin ibraz tarihi,
i) Son beş yılda "karşılıksızdır" işlemi gören ve halen ödenmemiş çeklerin adedi ve tutarları,
j) Son beş yılda "karşılıksızdır" işlemi gören ve sonradan ödenen çeklerin adedi ve tutarı,
k) Son beş yılda "karşılıksızdır" işlemi gören son çekin ibraz tarihi,
l) Çek hesabı sahibi hakkında çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığı, varsa yasaklama kararının tarihi,
m) Her bir çek yaprağı ile ilgili olarak tedbir kaydı olup olmadığı,
n) Çek hesabı sahibi tacirse, iflasına karar verilip verilmediği, iflasına karar verilmişse kararın tarihi,
çek hesabı sahibi ya da cirantanın rızası aranmaksızın çek alacaklıları ve üçüncü kişilerin erişimine sunulur. Çeklerde Karekod Uygulamasına İlişkin Tebliğ md. 4 çerçevesinde de TTK m. 780/2 hükmünde sayılanlara ilaveten; muhatap bankanın ticaret unvanı ve seri numarası da bu kapsama dahil edilmiştir.

Çeklerde Karekod Uygulamasına İlişkin Tebliğ'in 3. maddesinin (b) bendinde karekodun tanımı yapılmıştır. Buna göre karekodun; *TTK md. 780/f.1 hükmü uyarınca çekin unsurlarından olan ve çek üzerine kare veya dikdörtgen olarak basılabilen, TTK md. 780/f.2 ve bu Tebliğ kapsamında sayılan diğer bilgilere erişilmesine ve bunların raporlanmasına olanak sağlayan iki boyutlu barkodu*, ifade ettiği belirtilmiştir.

Karekoda ilişkin işlemlerin tümü, Tebliğin md. 3/f.1 (ç) bendinde; 6102 sayılı Kanunun 780 inci maddesinin ikinci fıkrasında ve anılan Tebliğde yer verilen diğer bilgilere erişilmesini sağlayan sistem olarak tanımlanmış "*Karekod Okutma ve Bilgi Paylaşım Sistemi*" üzerinden gerçekleştirilmektedir. Anılan düzenlemenin (h) bendinde ise, Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi ve/veya Yetkili Bilgi Alışveriş Kuruluşu bu sistemin işleticisi olarak öngörülmüştür. "Yetkili Bilgi Alışveriş Kuruluşu" da anılan hükmün (ı) bendinde; *5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 73 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kurulmuş olan ve Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezinin, 5411 sayılı Kanunun Ek 1 inci maddesinin onbirinci fıkrası kapsamında bilgi alışverişini gerçekleştirdiği şirket*, olarak tanımlanmıştır.

Türkiye Bankalar Birliği (TBB) nezdinde kurulan Risk Merkezi[53] faaliyetleri, TBB adına Kredi Kayıt Bürosu A.Ş (KKB) tarafından yürütülmektedir. Bahse konu Tebliğin ilgili maddesinde Yetkili Bilgi Alış Veriş Kuruluşu olarak tanımlanan ve 11 Nisan 1995 tarihinde kurulmuş olan KKB, TBB Risk Merkezi'ne vekaleten tüm operasyonel ve teknik faaliyetleri kendi bünyesinde yürütmekte ve Risk Merkezi üyesi finansal kuruluşlara veri toplama ve paylaşım hizmeti vermektedir[54].

---

[53] 6111 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'na Ek Madde 1 ve Geçici Madde 28 ilave edilmiştir. Ek Madde 1 ile TBB nezdinde, kredi kuruluşları ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nca uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve söz konusu bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla özel hukuk tüzel kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak üzere Risk Merkezi kurulmuştur. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) nezdindeki Risk Santralizasyon Merkezi'nin de Türkiye Bankalar Birliği'ne devri ile Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi, 28 Haziran 2013 tarihinde faaliyete geçmiştir. Bkz: TCMB Yıllık Faaliyet Raporu 2013, http://www3.tcmb.gov.tr/yillikrapor/2013/tr/m-2-5-1.php (Erişim Tarihi: 03.02.2020).

[54] KKB, 2017 yıl sonu itibarıyla 44 banka, 61 faktoring, 23 leasing, 4 sigorta, 14 tüketici finansman, 7 varlık yönetim şirketi ve 3 diğer olmak üzere toplam 156 üyeye sahiptir.

Uygulamada Karekod Okutma ve Bilgi Paylaşım Sistemi, KKB tarafından hayata geçirilen, bireylere ve reel sektöre yönelik olarak tasarlanmış Findeks adı verilen, yeni bir finansal hizmet platformu üzerinden yürütülmektedir.

31.12.2016 tarihinden sonra basılan çek yapraklarında karekod yasal bir zorunluluk haline geldiğinden, çek hesabı açtıracak kişi tarafından karekodlu çek, muhatap bankadan talep edilecek, kişi Findeks uygulamasına üye değilse banka tarafından üyeliği gerçekleştirilecektir. Tebliğin 7. maddesi dahilinde, lehine karekodlu çek düzenlenen gerçek ya da tüzel kişinin teslim aldığı çeki en geç ibraz tarihine kadar Karekod Okutma ve Bilgi Paylaşım Sistemine kaydetmesi gerektiği öngörüldüğünden, çeki elinde bulunduran hamil de akıllı cihazına Findeks uygulaması yükleyerek karekodu bu uygulamada okutmak durumundadır. Bu sayede çek yaprağının doğruluğu ve keşidecinin geçmiş çek ödeme performansına ilişkin özet bir rapora ulaşılacaktır. Tebliğin 12. maddesi gereğince, bu düzenleme 31.12.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihe dek bahse konu durum lehdarın takdirine bırakılmıştır. Ancak 31.12.2017 tarihinden sonra lehdar veya hamiline yazılı çekler açısından çeki elinde bulunduran yetkili hamil, en geç ibraz tarihine kadar çeki Karekod Okutma ve Bilgi Paylaşım Sistemine kaydetmediğinde yaptırımın ne olacağı hususu belirsizdir. Tebliğin 7. maddesinde bu hususun gerçekleştirilmesi zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte kanaatimizce belirtilen davranışın gerçekleştirilmemesine ilişkin yaptırımın başvuru hakkının kaybı şeklinde anlaşılmaması gerekir.

Çeki kabul etme kararının doğru bir şekilde verilebilmesi için, çek keşidecisinin geçmiş çek ödeme bilgilerinin sağlandığı bir sistem ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç Findeks üzerinden temin edilen ve kişinin ya da kurumun borçlarını ve ödeme alışkanlıklarını gösteren Çek Raporu ile sağlanmaya çalışılmıştır[55]. Tebliğin md. 3/f.1 (c) bendi hükmünde Karekodlu Çek Raporu; *karekodun okutulması suretiyle TTK md. 780/f.2 ve Tebliğde yer verilen bilgileri içeren ve Karekod Okutma ve Bilgi Paylaşım Sistemi üzerinden sunulan rapor*, şeklinde tanımlanmaktadır. Söz konusu raporda, çeki düzenleyen ve hesap sahibi hakkında, geçmişte kullanılmış olan ve hali

https://www.kkb.com.tr/hakkimizda (Erişim Tarihi: 30.03.2020).

[55] https://www.findeks.com/kurumsal-hizmetler (Erişim Tarihi: 03.02.2020).

hazırda keşide edilmiş fakat ödemesi yapılmamış tüm çeklere ilişkin olumlu ve olumsuz bilgilerin yer alacağı öngörülmüştür[56].

Çek hamili, çek raporuna ait bilgilere ulaşmak suretiyle, çek hesabı sahibinin ve çek düzenleyenin tüm ödeme alışkanlıklarını, geçmişe ait ödenmiş ve ödenmemiş çeklerini, geçmişinde karşılıksız çek olup olmadığını öğrenebilmektedir. Rapor ile çek hesabı sahibinin ve düzenleyenin onayı aranmaksızın çek hamili, ilgili kişilerin tüm bankalardaki çek kullanım bilgilerine erişebileceğinden, karşılaştırmalı bir değerlendirme yapabilme imkanına sahip olacaktır. Ayrıca hamil, sadece çek endeksini[57] görmek suretiyle de çek bedelini tahsil edip edemeyeceğine ilişkin fikir sahibi olabilmektedir.

Tebliğin md. 8/f.2 hükmü çerçevesinde Sistem İşleticisinin sorumluluğu, sadece kendisine iletilen bilgilerin sistem vasıtasıyla okutturulması veya raporlanmasıyla sınırlı olup, bilgilerin doğruluğu veya güncelliği banka ya da kaynak kuruluşun sorumluluğuna tabi kılınmıştır[58]. Karekodu okutarak belirtilen bilgilere erişilmesi ve ödeme kabiliyetinin görüntülenmesi çek hamilinin lehinedir. Ancak ödeme kabiliyetine ilişkin olarak erişilen bilgi oldukça olumlu olsa dahi, bu durum çekin karşılıksız çıkmayacağına ilişkin bir garanti sunmamaktadır.

Genel itibarıyla olumlu bir çerçeve çizen karekodlu çek uygulamasının tartışmaya açık düzenlemeleri de mevcuttur. TTK md. 780/f.2 ve Çeklerde

[56] İlgili Tebliğ md. 4/f.3 çerçevesinde bahsi geçen bilgiler, Sistem İşleticisi tarafından bankalardan, kaynak kuruluşlardan ve çek lehdarlarından ilgili mevzuat çerçevesinde temin edilecektir. Bu bilgilerden Sistem İşleticisine iletilmemiş olanlara, karekodlu çek raporunda yer verilmeyecektir.

[57] Çek Endeksi, çek keşide eden gerçek ve tüzel kişilerin son 36 aylık dönemdeki çek ödeme bilgilerinden hareketle oluşturulan, keşidecilerin çek ödeme davranışlarının özeti niteliğinde bir göstergedir. Keşidecinin çek kullanım alışkanlığını ve güvenilirliğini özetleyen Çek Endeksi, gerçek ve tüzel kişi çek ödeme bilgilerinden hareketle oluşturulmuş piyasaya yönelik puana dayalı grafiksel bir risk analizidir. Çek endeksi, 0 ile 1.000 puan aralığında bir sayıdır. Çek sahibi kişi ya da kurumun, düzenlemiş olduğu çeklerden hiçbirini ödememesi halinde çek endeksi 0, çeklerin tümünü ödemesi halinde 1.000'dir. Ayrıca kişinin arkası yazılmış olup halihazırda ödenmemiş bir çeki dahi mevcut ise, çek endeksi 1 ile 500 puan arasında; arkası yazılmış, sonradan ödenmiş çeki bulunan kişi ya da kurumlara ait çek endeksi ise 501-999 puan arasında belirlenmektedir. Detaylı bilgi için bkz: https://www.kkc.com.tr/assets/pdf/rapor-okuma.pdf, ve https://www.kkb.com.tr/urunler/cek-endeksi

[58] https://www.dunya.com/ekonomi/10-soruda-karekodlu-cek-haberi-344789 (Erişim Tarihi:20.03.2020).

Karekod Uygulamasına İlişkin Tebliğ md. 4 çerçevesinde belirtilen bilgilere, çeklerde yer alan karekodun okutulması suretiyle, çek hesabı sahibi ya da cirantanın rızası olmaksızın, üçüncü kişilerin erişimi mümkün olabilmektedir. Belirtilen bilgilerin son derece detaylı olması ve rıza aranmaksızın üçüncü kişilerin erişimine sunulması hususu kişisel verilerin korunması bağlamında önemli sorunları da beraberinde getirmektedir[59]. Zira söz konusu bilgiler 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ve Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde kişisel veri niteliği arz etmektedir. Söz konusu veriler, üçüncü kişilerin erişimine açık olabileceğinden, bu bağlamda kötüye kullanılmaya da müsaittir. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu ilkelere yer verilmiştir. İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesi de bunlardan biridir. Ancak karekodlu çek ile lüzumundan fazla, detaylı ve önemli bilgiler erişime açılmıştır. Dolayısıyla düzenleme ile ulaşılmak istenen, çeke duyulan güvenin artması, karşılıksız çek ile mücadele amaçları ile buna çözüm olarak sunulan erişime açık bilgilerin ne derece ölçülü olduğu tartışmalı hale gelmiştir. Kanaatimizce ilgili düzenlemelerde erişime sunulu, doğrudan kişinin ödeme güvenilirliğini ortaya koymayan kişisel bazı bilgilerin sınırlandırılması gerekmektedir.

01.01.2017 tarihinden itibaren bütün çeklerin karekodlu olarak basılması ve karekodlu çek talebinde bulunacak kişilerin çek hesabı açmadan önce Findeks üyesi olmaları, yukarıda açıklandığı üzere zorunlu hale getirildiğinden, hesap sahibinin kişisel verileri, hesabın bulunduğu bankadan bağımsız olarak Kredi Kayıt Bürosu tarafından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında "*Veri Sorumlusu*" sıfatıyla işlenmektedir. Nitekim hesap sahibinin kişisel verileri Findeks platformuna üye olma aşamasında (KKB'nin sunduğu ürün ve hizmetleri kullanmak için doğrudan KKB'ye ya da KKB'nin destek hizmeti aldığı kuruluşlar aracılığıyla yapılan başvurular esnasında, KKB'nin sahibi olduğu ya da hizmet aldığı Çağrı Merkezi'yle yapılan görüşmelerde, ürün ve hizmet sözleşmeleri imzalanırken, hizmet verilen ya da hizmet alınan kuruluşlar aracılığıyla) 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun sırların saklanmasına ilişkin 73. maddesinin 4 üncü fıkrası

[59] **Türkmen, Sevgi:** "*Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul 2019, s. 182.

kapsamında kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara verilen hizmetler kapsamında toplanmaktadır. Söz konusu veriler, mezkur Kanunun ilgili hükmü dahilinde hizmet verilen kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlarla, hizmet verilen kişi, kuruluş ve kuruluş birlikleriyle, destek hizmeti alınan ya da alınması planlanan kişi ve kuruluşlarla, yasal mevzuat gereği bilgi verilmesi zorunlu olan idari ya da resmi makamlarla paylaşılmaktadır[60].

6698 sayılı Kanunun 10. maddesi gereğince kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişinin, ilgili kişilere gerekli aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi yasal bir zorunluluktur. Aynı şekilde Kanunun veri güvenliğine ilişkin 12. maddesine göre veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak ile yükümlüdür. Veri sorumlusu bu yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri de almak zorundadır. Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, gerekli tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte hukuki açıdan müştereken sorumlu kılınmıştır[61]. Dolayısıyla, Findeks üyeliği sırasında veri sorumlusu olarak kişisel bilgileri toplayan Kredi Kayıt Bürosu karşısında çek hesabı açılan bankanın doğrudan bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Konunun diğer taraftan, bireyin kendisinde veya üçüncü kişilerin elinde bulunan kişisel verilerini kontrol etme ve silme hakkı olarak tanımlanan *unutulma hakkı* çerçevesinde de değerlendirilmesi mümkündür. Unutulma hakkı bireyin üçüncü kişilerin bilmesini istemediği kişisel verilerinin silinmesini, dijital platformlarda unutulmayı isteme hakkı olup, kişinin geçmişini ve geleceğini serbestçe şekillendirme suretiyle dijital platformlarda kişisel verilerini özgürce kullanma veya kullandırmama isteğinin bir sonucudur[62].

---

[60] Detaylı bilgi için bkz: https://www.findeks.com/findeks-hakkinda/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-bilgilendirme (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

[61] Detaylı bilgi için bkz: https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2040/Veri-Guvenligine-Iliskin-Yukumlulukler#:~:text=Veri%20sorumlusu%2C%20ki%C5%9Fisel%20verilerin%20kendi,i%C3%A7in%20tedbir%20alma%20y%C3%BCk%C3%BCml%C3%BCl%C3%BC%C4%9F%C3%BC%20alt%C4%B1ndad%C4%B1r. (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

[62] **Akgül, Aydın:** "*Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı*"", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2016, Say: 116, s. 17.

Bu çerçevede söz konusu bilgiler doğrultusunda, çek hesabı sahibinin geçmişe yönelik bilgilerini de kapsayan bir değerlendirme sonucu, ödeme kabiliyetine yönelik bir raporun üçüncü kişilerin erişimine rızası aranmaksızın sunulması, söz konusu raporun olumsuz olması ve kişinin ticari itibarını zedelemesi ihtimallerini, bu hak dahilinde de değerlendirmek mümkün olacaktır[63].

TTK md. 780/f.2 ve Tebliğ md. 4 hükümleri, bir yandan çeke duyulan güveni artırırken, diğer taraftan çekin tedavülünü denge gözetmeksizin zorlaştırabilmektedir. Zira uygulamada çek, para gibi tedavül etmesi dolayısıyla tercih edilmektedir. Oysa karekodlu çek ile birlikte, muhtelif kayıt ve bilgilere erişim kolayca gerçekleştiğinden, tedavül bir açıdan zorlaşmaktadır. Diğer yandan, çekin karşılıksız çıkması riskini azaltmak suretiyle hamil açısından ödeme aracı olarak kullanımına ilişkin güven sağlanmaktadır. Karekodlu çek uygulaması, kayıt dışı ekonominin önlenmesi, kara paranın aklanmasının engellenmesi gibi hususlara da hizmet etmektedir. Ancak bütünüyle gizli ya da bütünüyle şeffaf bir sistem öngörülmesi yerine, kamu menfaati ile ticari hayat arasında mümkün olduğunca denge sağlanmalıdır.

III- ÇEK TAKAS SİSTEMİ

Çekler de diğer kıymetli evraklar gibi aynı zamanda bir ibraz senedidir. Bu sebeple, çekte de ibraz mecburiyeti söz konusudur. Ancak çekin mutlaka muhataba ibrazı zorunlu değildir. Nitekim TTK md. 798 ile bir takas odasına ibrazın da ödeme için ibraz yerine geçeceği kabul edilmiştir[64].

Elektronik çek uygulamasına geçiş sürecinde önemli basamaklardan birisini de Takasbank nezdinde yürütülmekte olan çek takas sistemi oluşturmaktadır. Sistemin işleyişi 02.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik kapsamında ele alınmıştır. İlgili Yönetmelikte takas

[63] Unutulma hakkının uygulanması, yakın zamanda yürürlüğe giren *7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un getirdiği yeni düzenlemeler kapsamında tekrar tartışılır hale gelmiştir (Bkz: 31.07.2020 Tarih ve 31202 Sayılı RG).

[64] Çekin, aynı bankanın başka bir şubesine veya takas odasına sunulması ödenme için ibraz yerine geçer. Takas odası, çekin muhataba ibraz edileceği kuralının gerçek anlamdaki tek istisnasıdır. Detaylı bilgi için bkz: **Öztan**, 2017, s. 269-271; Yarg. 12. HD. 17.11.1994, E. 13951, K. 14481, bkz: **Eriş** (2003), s. 117; **Başbuoğlu, Tarık:** Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu (TTK md. 1-815), C. I, Ankara 1988, s. 948; **Reisoğlu**, 210-211.

işlemi¸ katılımcılara[65], ibraz edilen muhatap katılımcılara[66] ait çeklere ilişkin bilgilerin elektronik ortamda takas odasına iletilmesi, provizyon alınmasına aracılık edilmesi ve netleştirme işlemi, olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda takas faaliyetlerinin yürütüldüğü ortam olarak tanımlanan takas odaları da, daha kapsamlı bir açıklamayla; bankalar veya diğer finansal kuruluşlarda bulunan, çek ve senet gibi ödeme araçlarından doğan borç ve alacakları nakit para kullanılmadan muhasebe işlemleriyle karşılıklı olarak tasfiye edilmesini sağlayan birim, şeklinde izah edilebilmektedir.

Günümüzdeki elektronik çek takası uygulamalarının başlangıcı, çeklerin fiziken takas odalarına getirilerek yetkili temsilciler tarafından teslim alınıp, hesapların sorgulanması ve sorgulama sonucunda oluşan bilgilere göre çeklerin ibraz edildikleri banka şubeleri tarafından ödenmesi şeklinde gerçekleşen uygulamalara dayanmaktadır. Çekin kullanılmasında olduğu gibi, takas odalarının ilk olarak ortaya çıkması da İngiltere'de gerçekleşmiş, onsekizinci yüzyılda büyük İngiliz bankalarının memurları, tahsildarlar, tahsil için taşıdıkları çekleri banka banka gezdirmektense önceleri kahvehanelerde toplanıp kendi aralarında takas etmeye başlamışlar, sonrasında bu tarz hareketlerin faydalı olduğunu gören muhtelif bankalar birleşerek bugünkü anlamıyla takas odalarını kurmuşlardır[67].

Ülkemizde çek takas işlemleri ilk olarak Osmanlı Bankası bünyesinde yürütülmeye başlanmıştır. 1931 yılında TCMB'nin kurulmasının ardından, İstanbul'da bulunan takas odasında yürütülen faaliyetler 1933 yılından sonra TCMB nezdinde gerçekleştirilmiştir. Daha sonra, mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesindeki yetki uyarınca çek takas faaliyetleri, TCMB tarafından kurulan ve tüzel kişiliği haiz bir kuruluş olan Bankalararası Takas Odaları Merkezi'ne devredilmiştir. BTOM'un kuruluşunun ardından, 3.5.1986 tarihinde Bankalararası Takas Odaları İşlemleri İzahnamesi, BTOM

[65] 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa tâbi bankalar ile Bankayı (Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketini) ifade etmektedir (md. 4/f. (b)).

[66] Çekin keşide edildiği hesabın bulunduğu katılımcıyı ifade etmektedir (md. 4/f. (ç)).

[67] **Aksoy, Ömer Cem:** "*Türkiye'de Çek Takası Ve Çek Takası Verileri Işığında Çek Kullanımının İncelenmesi*", Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Uzmanlık Tezi, Ankara 2016, s. 14.

Yönetim Kurulu tarafından kabul edilmiş ve fiziken ibrazlı çek takası bu izahname hükümleri çerçevesinde ifa edilir hale gelmiştir[68].

Fiziken ibrazlı çek takasında takas faaliyetleri, çeklerin muhatap banka şube temsilcisine teslim edilmesi için çeklerin fiziki olarak takas odalarına getirilerek tasnif edildiği "*tasnif*" ve "*tesviye*" toplantısı olmak üzere iki toplantı çerçevesinde yürütülmüştür. Fiziken ibrazlı çek takasında ilk toplantıda, çeklerin şube temsilcileri tarafından getirilmesi ve kendi bankalarına ait çeklerin teslim alınması; ikinci toplantı olan tesviye toplantısında ise çeklere ilişkin provizyon sonuçlarının paylaşılması ile karşılıksız kalan ya da herhangi bir sebeple ödenmeyen çeklerin muhatap banka şubesi temsilcilerine iadesi işlemleri gerçekleştirilmiştir[69].

18.10.1993 tarihi itibarıyla BTOM bünyesinde, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle çek takasının daha hızlı ve kolay gerçekleştirilmesi amacıyla, çeklerin takas odalarına getirilmeden sadece çek bilgilerinin elektronik ortamda değiştirilmesi şeklinde gerçekleştirilen fiziken ibrazsız çek takası, diğer bir ifadeyle elektronik çek takası uygulaması süreci başlatılmıştır. Elektronik çek takas sisteminin hizmete alınmasıyla, çeklerin fiziki değişimine dayanılarak yapılan takas işlemleri ile beraber çek bilgilerinin (banka/şube kodu, çek hesap numarası, çek numarası, keşide tarihi, keşide yeri, çek tutarı) elektronik ortamda BTOM aracılığıyla bankalar arasında değiştirilmesi gerçekleştirilmiştir. Bu sayede bankalar; çeklerin banka temsilcileri tarafından takas odalarına getirilme maliyet ve sorumluluğundan kurtulmuş, müşterilerine hızlı ve güvenilir çek takası hizmetini sunabilir hale gelmişlerdir[70].

Bu kez, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun, TCMB'nin BTOM bünyesinde yürütülmekte olan elektronik çek takası faaliyetlerinin başka bir kuruluş aracılığı ile yapılmasına karar verebileceğini hükme bağlayan 8 inci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, bahse konu Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik ile 02.07.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere çek takas ve mutabakat faaliyetlerinin yürütüleceği Kurum olarak İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş. yetkili kılınmıştır. Günümüzde Takasbank tarafından çek takası, takas, mutabakat ve risk yönetimi sistemi, "İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve

[68] **Aksoy**, s.17-18; **Resioğlu**, s. 220.

[69] **Aksoy**, s. 21; **Özdamar**, s. 128 vd.

[70] **Aksoy**, s. 26.

Risk Yönetimi Sistem Kuralları"[71] çerçevesinde kabaca aşağıdaki grafik[72] dahilinde gerçekleştirilmektedir[73].

Hamil, (A) bankasındaki hesaba ait çeki tahsil amacıyla (X) günü mesai saatleri içerisinde (B) bankasının herhangi bir şubesine götürür. Katılımcı şubelerine çek hamilleri tarafından fiziken ibraz edilen çekler, şekil şartları, ciro silsilesi, ibraz süresi, çekte tahrifat olup olmadığı, imza dışında sahtelik[74], çek hamilinin yetkisi v.s. açısından kontrol edildikten sonra, çeki alan

[71] Detaylı bilgi için bkz: https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/cek-takasi-takas-mutabakat-ve-rsk-yonetm-sstem-kurallari.pdf (Erişim Tarihi: 20.02.2020).

[72] Grafik, İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş.'nin web sayfasından alınmıştır. Bkz: https://www.takasbank.com.tr/tr/hizmetler/verilen-hizmetler/takasbank-cek-takas-sistemi (Erişim Tarihi: 20.02.2020).

[73] Detaylı bilgi için bkz: https://www.takasbank.com.tr/tr/hizmetler/verilen-hizmetler/takasbank-cek-takas-sistemi (Erişim Tarihi: 20.02.2020)

[74] Sahte veya tahrif edilmiş çeklerin ödenmesinden kaynaklanan sorumluluk, TTK. md. 812'de düzenleyenin kusuru bulunmamak kaydıyla muhatap bankaya yüklenmiştir. Söz konusu madde, düzenleyen ile muhatap banka ilişkisi açısından tanzim edilmiş, maddede bahse konu sahtelikten düzenleyenin (ya da temsilcisinin) imzasının gerçek olmaması kast edilmiştir. Nitekim muhatabın TTK md. 801 uyarınca ciro zincirindeki imzaların geçerliliğini araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır (*Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, sahte çekin ödenmesinden, çekteki imzanın keşidecisine ait olup olmadığının kontrol etme yükümlülüğü muhatap bankanın sorumlu olacağı gerekçesi ile ….600 TL'nin …davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. T.C Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Esas: 2012 / 3646 Karar: 2013 / 3271 Karar Tarihi: 25.02.2013*). Ancak doktrinde çek üzerinde yer alan tüm imzaların sahteliğini bu kapsamda değerlendiren yazarlar da söz konusudur (Bkz: **Kendigelen**, s. 326 vd., dpnt: 291).

(B) bankası şubesi (X) günü mesai bitimine veya belirlenmiş bir saate kadar şubesine gelen farklı banka çeklerini toplayarak üzerinde yer alan bilgileri elektronik ortamda kendi Genel Müdürlüğüne iletir. (B) Bankası Genel Müdürlüğü (X+1) günü sabah 06:00'a kadar şubelerinden gelen bilgileri

---

Sorumluluğun hukuki mahiyeti kanundan doğan kusursuz, objektif bir sorumluluktur. Çekin muhatap bankanın çek hesabının bulunduğu şube dışında başka bir şubesine ya da takas odasına ibrazı da bankanın sorumluluğunu bertaraf etmemektedir (*Bu yöndeki kararlar için bkz: Yargıtay 11 HD'nin 12.12.2016 tarih ve 2015-12087/9466, 21.10.2014 tarih ve 2013-15613/16098 ile 12.06.2015 tarih ve 2079/8219 sayılı kararları*). Buradaki sorumluluk tamamen muhatap bankaya ait olup, takas işlemine taraf olan ibraz bankası ise sahte bir çekin ödenmesinden dolayı sorumlu tutulmayacaktır (*Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, TTK'nın 812. maddesi gereğince sahte çekin ödenmesinden doğan zarara davacı bankanın katlanması gerektiği, zararın sahtecilik failinden talep edilebileceği, davalı hamilin kötüniyetli ya da ağır kusurlu olduğuna dair delil sunulmadığı, yemin deliline de dayanılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. …… TTK'nın 812. maddesine göre, keşidecinin çek defterini iyi saklamamış olmasından doğan kusuru hariç, sahte ve tahrif edilmiş çeki ödemekten doğan zarar kural olarak muhataba aittir. Muhatap banka, …… Bankası AŞ olup, davacı ibraz bankasının çek üzerindeki imzanın keşideciye ait olup olmadığını denetleme yükümlülüğü bulunmadığından, mahkemenin davacı bankanın zarara katlanması gerektiği yönündeki gerekçesi yerinde değildir. Ne var ki sahtelik iddiası mutlak defi olup herkese karşı ileri sürülebilir. Çekteki imzanın sahteliği ve diğer tahrifat iddialarının davacı tarafından kanıtlanması gerekir. Mahkemece davacının bu yöndeki iddiaları değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davalının sorumlu olmayacağından bahisle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. T.C Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Esas: 2015 / 23 Karar: 2015 / 3524 Karar Tarihi: 12.03.2015. Bu yöndeki diğer Yargıtay kararları için de bkz: Yargıtay 11. HD'nin 03.05.2017 tarihi ve 2016-1403/2594 sayılı ve 04.04.2016 tarih ve 2015-9121/3600 sayılı kararları*).

Bankanın sahte veya tahrif edilmiş çeklerin ödenmesinden kaynaklanan sorumluluğu en çok çek bedeli kadardır. Oluşan zarar bundan fazla ise genel hükümlere başvurulması da mümkündür. Muhatap bankanın sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemesi gerekmektedir. Ödeme yoksa bu madde çerçevesinde herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Muhatabın kusursuz sorumluluğunun varlığı için düzenleyenin kusurunun bulunmaması aranır. Düzenleyenin de kusurunun bulunduğu hallerde, düzenleyen ve muhatap kusurları oranında zararı paylaşacaktır. Muhatap ve düzenleyenin asıl faile rücu hakları da bulunmaktadır. Şartları oluşmuşsa, çek bedelini tahsil eden hamile başvurabilmesi de mümkündür (Detaylı bilgi için bkz: **Eriş (2016)**, s. 1221 vd.; **Tanın, Hilal Yener:** "*Sahte Veya Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Kaynaklanan Sorumluluk*", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2-Cilt 2, s. 805 vd.).

toplu hale getirerek takas paketi[75] ile Takasbank'a bildirir. Takasbank sabah 06:00'da bankalardan takas paketleri ile sisteme aktarılan bilgileri, provizyon işlemlerinin yapılması amacıyla hazırlanan takas dağıtım paketi[76] ile ayrıştırarak muhatap bankalara dağıtır. Böylece sabah saat 06:00 itibarıyla Takasbank aracılığıyla (A) bankasına ait çeklere ilişkin bilgiler (A) bankasına iletilmiş olur. Çek bilgilerini alan (A) bankası ilgili şubesindeki hesaptan çekin karşılığı olup olmadığını (provizyon)[77] sorgular. Bu aşamada çekin karşılığının olup olmadığı ya da çekin ödenmesine engel diğer durumlar ilgili şubedeki çek hesabı kontrol edilerek belirlenir. Bankalar, takas dağıtım paketi ile iletilen bilgileri, ilgili takas gününde 06:00-17:45 saatleri arasında inceleyip iade paketleri[78] ile Takasbank sistemine geri aktarır. (X+1) günü saat 17:45 itibarıyla sabah 06:00'da bilgisi alınan çeklerden karşılığı olmayanlar ya da ödenmesine engel durumlara ilişkin bilgiler (A) Bankası Genel Müdürlüğü tarafından çeşitli iade kodları ile Takasbank'a gönderilmek zorundadır. (A) Bankasından çeke ilişkin iade bilgisini alan Takasbank, bu

[75] *Takas paketi: Muhatap katılımcılara ibraz edilmek üzere "Çek Takas Sistemi Kullanım Kuralları Kılavuzu"nda belirlenen kurallara uygun olarak katılımcılar tarafından hazırlanan ve katılımcı şubelerine ibraz edilen çek bilgilerini içeren dosya* (İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.4/f.1 (ü)).

[76] *Takas dağıtım paketi: Takas paketinde yer alan çek bilgilerinden muhatap katılımcıların her biri için "Çek Takas Sistemi Kullanım Kuralları Kılavuzu"nda belirlenen kurallara uygun olarak Sistem tarafından otomatik olarak hazırlanan, provizyon işlemlerine esas çek bilgilerini içeren dosya* (İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.4/f.1 (v)).

[77] Takas odası aracılığıyla ibraz edilen çeklerin provizyon alınamaması nedeniyle provizyon işlemlerinin tamamlanamaması halinde bu çekler, karşılığı olan diğer çekler gibi işlem görerek netleştirmeye tabi tutulmakta ve tutarları ilgili katılımcıların karşılarına borç veya alacak olarak kaydedilmektedir. Detaylı bilgi için bkz: İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.16 (https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/cek-takasi-takas-mutabakat-ve-rsk-yonetm-sstem-kurallari.pdf) (Erişim Tarihi: 20.02.2020).

[78] *İade paketi: Takas dağıtım paketinde yer alan çeklerden ödenmesinde engel bulunanlar için muhatap katılımcı tarafından duyurulan, "Çek Takas Sistemi Kullanım Kuralları Kılavuzu"nda belirlenen kurallara uygun olarak hazırlanan, iade kodlarını içeren, provizyon sonuç bilgilerini gösterir dosya* (İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.4/f.1 (h)).

bilgiyi elektronik ortamda aynı gün 17:45 itibarıyla iade dağıtım paketi[79] ile (B) Bankasına aktarır. (B) Bankası çekin ödenmesine ilişkin durumu çekin ibraz edildiği şubesine bildirir. (B) Bankası Şubesi, çekin karşılığı varsa hamile bedelini öder, karşılığı yoksa ya da ödenmesine engel bir durum varsa gerekli işlemleri yaparak çeki hamile iade eder.

Karşılığı olan çeklere ilişkin olarak çeklerin ibraz edildiği Bankalar, Takasbank'ın kendilerine gönderdiği iade paketlerinde ödenecek çeklere ilişkin herhangi bir iade kodu ya da bilgi bulamazlar. Diğer bir ifadeyle provizyon sonucu, takas odası aracılığıyla ibraz edilen çeklerin ödenmelerine engel bir durum olmadığı hallerde, iade paketlerine ilgili çekin konulmaması esastır. Bu durumda, çekin hesabında yeterli karşılık olduğu ve ödeneceği bilgisi doğrulanmış olur. Ödenmesinde engel bulunan çekler ise çeşitli iade kodları ile beraber muhatap bankalar tarafından iade paketine dahil edilerek Takasbank'a gönderilir. Böylece, çek bilgileri ile beraber iade kodu da gönderilerek çekin ödenmeyeceği ve iade nedenine ilişkin bilgi ilgili çekin ibraz edildiği Bankaya aktarılmış olur[80].

İade dağıtım işlemlerinin tamamlanmasını takiben üyelerin ertesi gün (X+2) sisteme ödemeleri gereken net nakit borç/alacak bilgileri mutabakat dosyası ile üyelere bildirilir. Takas odasınca, takas paketlerinde yer alan çek bilgileri ile iade paketlerinde yer alan bilgilerin mutabakatı[81] sağlanarak netleştirme[82] işlemi gerçekleştirilir. Katılımcıların mutabakata konu

[79] *İade dağıtım paketi: Muhatap katılımcılarca gönderilen iade paketlerinden takas paketi gönderen katılımcıya gönderilmek üzere "Çek Takas Sistemi Kullanım Kuralları Kılavuzu"nda belirlenen kurallara uygun olarak hazırlanan provizyon sonuç bilgilerini içeren dosya* (İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.4/f.1 (i)).

[80] **Aksoy**, s. 27-29.

[81] *Mutabakat: Netleştirme sonucunda ortaya çıkan yükümlülüklerin, Takasbank tarafından belirlenen süre ve şartlarda, yerine getirilmesi suretiyle taraflar arasında nakit transferini sağlayan süreçlerin tamamı* (İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.4/f.1 (d)).

[82] *Netleştirme: Bir katılımcının gönderdiği ve aldığı çek bilgilerinden kaynaklanan alacak ve borçlarının, karşılıklı mahsup edilerek tek bir alacak veya borca dönüştürülmesi* (İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.4/f.1 (f)).

işlemlerinden doğan hak ve yükümlülükleri, Takasbank tarafından belirlenen hesaplar üzerinden hesaben sonuçlandırılır[83].

Elektronik çek takas sisteminde, muhatap katılımcılara fiziken ibraz edilmeyen ve TCMB tarafından yayımlanan tebliğlere göre bastırılan çek kodlama standartlarına uygun şekilde manyetik kodlaması yapılmış çekler işlem görmektedir. Takasbank, hukuken çeki ödeyen merci sıfatında olmayıp, takas işlemlerinin herhangi bir aşamasında gönderilen bilgilerin teknik gereklilikler dışındaki içeriklerine taraf değildir. Bu nedenle çek bilgilerinin zamanında muhatap katılımcıya ibrazından çekin ibraz edildiği katılımcı sorumlu kılınmıştır[84].

IV- ELEKTRONİK ÇEK

Elektronik çek, kâğıt çeklerle birlikte yapılandırılan, geliştirilmiş yasal altyapısı ve iş süreçleriyle, benzer bütün elektronik işlemlerin verimliliğini, hızını ve güvenliğini birleştiren yeni bir ödeme aracıdır. Bu anlamda e-çek, kâğıt olmaksızın, ödemenin sayısal imza ile taahhüt edildiği bir banka ödeme aracı olarak tanımlanabilir[85].

Bu çerçevede öncelikle e-çekin ilk olarak tanımlandığı ve uygulamaya konduğu Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mevcut duruma kısaca değinmek gerekir. E-çek ABD'de Finansal Hizmetler Teknoloji Konsorsiyumu (Financial Services Technology Consortium-FSTC)[86] tarafından İmzalı Doküman Biçimleme Dili (Signed Document Markup Language-SDML) adı verilen özel bir işaretleme dili kullanılarak geliştirilen güvenlik, hız ve tüm elektronik süreçlerin verimliliğiyle beraber yasal altyapı kurulumu, iş

[83] Detaylı bilgi için bkz: İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.17-20 (https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/cek-takasi-takas-mutabakat-ve-rsk-yonetm-sstem-kurallari.pdf) (Erişim Tarihi: 20.02.2020).

[84] Detaylı bilgi için bkz: İstanbul Takas Ve Saklama Bankası A.Ş. Çek Takası, Takas, Mutabakat Ve Risk Yönetimi Sistem Kuralları md.13 (https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/cek-takasi-takas-mutabakat-ve-rsk-yonetm-sstem-kurallari.pdf) (Erişim Tarihi: 20.02.2020).

[85] **Karabıyık (E-Çek)-1**, s. 81.

[86] Bkz: http://www.continuitycentral.com/FSTCEXECSUMMARYRFINAL.pdf (Erişim Tarihi: 23/03/2020).

süreçleri ve kâğıt çekler ile tüketici tercihlerini birleştiren yeni bir ödeme aracı olarak kabul edilmiş ve tanımlanmıştır[87].

Bahse konu sistem dahilinde e-çek, gerçekte çek yazmaksızın, resmi kurumlara veya internet aracılığıyla diğer kuruluşlara giriş yapılarak ödemenin banka hesabından elektronik fon transferiyle[88] bir kerelik yapıldığı bir sistem üzerine inşa edilmiştir[89]. E-çek sisteminde, ödemeler kredi kartı olmadan banka hesabı bilgilerinin gerekli olanlarının e-ticaret sitesine girilmesi yoluyla yapılmaktadır[90]. Ticari işlem, borçluya alacaklılar hesabı sistemince işlenecek bir fatura gönderimi ile başlamaktadır. Faturanın ödeme zamanı geldiğinde, borçlu fatura bilgisine alacaklılar hesabı sisteminden ulaşmakta, fatura içeriğini kullanmak suretiyle akıllı kart şeklindeki e-çek defterinin şifresini girerek e-çeki keşide etmektedir. Sistem dahilinde e-çek aslında kâğıt çekin, tarih, lehtar, bedel, sayısal imza, banka hesap numarası ve yönlendirme numarasına ilişkin bilgileri içeren elektronik versiyonu olarak işlem görmektedir. İmzalı e-çek, ekindeki fatura ile birlikte e-posta ya da web işlemleri aracılığıyla alacaklıya gönderilmekte, alacaklı da e-çek ve fatura üzerindeki borçlunun imzasını doğrulamak ve fatura bilgilerini ayrıştırmak suretiyle ödemeyi alacaklar hesabına kaydetmektedir. Bu süreçte alacaklının bankası, borçlunun ve alacaklının elektronik imzalarını onaylamakta ve parayı alacaklının hesabına alacak olarak yazıp, çeki takas ve hesaplaşma sistemine yönlendirmektedir. Borçlunun bankası ise borçlunun elektronik imzasını onaylamak, hesap üzerine bloke koymak ve borçlunun hesabından

[87] E-çek girişimi, FSTC öncülüğünde onbeşten fazla bankanın, hükümet biriminin, teknoloji sağlayıcılarının ve dünya çapındaki e-ticaret organizasyonlarının ortak çalışması ile kurulmuş bir ödeme sistemidir. İlk e-çek ödemesi, bir hükümet sözleşmesine ilişkin ödeme karşılığında ABD Hazinesi Finansal Yönetim Servisi tarafından GTE Interworking firmasına yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz: Karabıyık (E-Çek)-1, s. 81.

[88] **Şeker, Muzaffer:** "*Elektronik Ödeme Sistemleri*", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:10, Sayı:20, Güz 2011 s. 63 (55-73).

[89] Sistemin işleyiş sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz: Paysimple: "*7 Most Popular Questions (and Answers) About Electronic Check*", https://paysimple.com/blog/the-7-most-popular-questions-and-answers-about-electronic-checks/ (Erişim Tarihi: 23/03/2020).

[90] **Key Bank:** Electronic Check Services (ECS) Merchant Operating Guides (Notes), s. 2, (https://www.key.com/kco/images/KMS%20FSP%20—%20Electronic%20Check%20Service%20(ECS)%20Merchant%20Operating%20Guide%20FV2%202....pdf), (Erişim Tarihi: 23/03/2020).

parayı çekmek gibi temel işlemlerde bulunmaktadır. Ödemede bulunan banka, e-çekin kopyasının gönderilip gönderilmediğini, borçlunun belge ve hesaplarının geçerliliğini doğruladıktan sonra, borçlunun vadesiz mevduat hesabına e-çeki postalamakta ve işlem bu şekilde nihayete erdirilmektedir[91].

Amerika'daki uygulama örneğinde olduğu gibi, e-çek, kâğıt zemine elle atılan ıslak imzanın yerine, elektronik dokümanların ve anahtar kriptolu imzaların kullanılması temeline dayanmaktadır[92]. Günümüz teknolojisi ve yasal alt yapısında aslında e-çek, mevcut ödeme araçları ve ticari teamüllere ilişkin düzenlemelerde köklü değişikliklere ihtiyaç duymaksızın kâğıt çekin yerini alabilecek mahiyettedir[93]. Zira e-çek, mevcut çek sistemi üzerinde minimum etkiyle uyumlu olacak şekilde tasarlanmıştır. Nitekim e-çekin esası, ticari hayat ve ödeme sistemi içinde var olan kağıt çekin sadece elektronik ortama aktarılmasına dayanmaktadır[94]. Yukarıda temas edildiği üzere, ülkemizdeki mevcut uygulama ve yasal alt yapı, hali hazırda çeklerin fiziken ibraz edilmeksizin bankalar arasında takas yapılmasına uygun hale getirilmiştir[95].

E-çek, kağıt çek sisteminin olumsuzluklarını ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Böylece özellikle ülkemizde olduğu gibi ekonomik sistem içinde takibi zor olan kağıt çeklerin, kayıt altına alınarak ekonomik ve hukuki sisteme kolayca dahil edilmesi, maliyetlerin düşürülmesi ve kullanıcıları bakımından çekin daha da avantajlı duruma getirilmesi söz konusu olacaktır[96].

---

[91] Bkz: **FSML and Echeck Milton M. Anderson Financial Services Technology Consortium**. https://slideplayer.com/slide/4068680/ (Erişim Tarihi: 23/03/2020).

[92] **Karabıyık, Ayşegül:** "*Alternatif Ödeme Aracı Olarak: Elektronik Çek Sistemi (E-Çek)-2*", Muhasebe ve Finansman Dergisi, The Journal of Accounting and Finance, Sayı 39- Temmuz 2008, s. 156 vd.

[93] **Allen, Franklin/ Mcandrews, James/Strahan, Phlip:** "*E-Finance: An Introduction*", Journal Of Financial Research 22, 2002, s. 6.

[94] **Karabıyık (E-Çek)-1**, s. 82.

[95] Nitekim, kesilen çek adedi ve çek tutarları bakımından fiziken ibraz edilmeksizin yapılan takas işlemlerinin toplam takas işlemlerinin %99,9'unu karşıladığı bilinmektedir. Çek takas verilerine ilişkin detaylı bilgi için bkz: https://www.takasbank.com.tr/tr/istatistikler/takasbank-cek-takas-sistemi/cek-takas-aylik-takas-islemleri-cetveli (Erişim Tarihi: 25/03/2020).

[96] **Yüksel, Armağan Ebru Bozkurt:** "*Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış (Looking At Electronic Money, Virtual Money, Bitcoin And Linden Dollars From A Legal Perspective)*", İÜHFM C. LXXIII, Sayı: 2, s. 181; **Costill, Albert:** "*Tips On Echeck Payments For High-Risk Industries*", January

Mevzuatımızda, 6493 sayılı Ödeme Ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri Ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında, TCMB, ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerini, ödeme hizmetlerini, ödeme kuruluşları ile elektronik para kuruluşlarını düzenleme ve sistemi oluşturmakla görevli kılınmıştır. Daha önce de zikredildiği üzere bu kapsamda çıkarılan Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik dahilinde, ödeme sistemi ve menkul kıymet mutabakat sisteminin günlük işleyişinden sorumlu olan ve sistem işletimi için gerekli olan faaliyet iznine sahip tüzel kişi olarak İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketi görevlendirilmiştir[97]. Dolayısıyla, elektronik çek adı altında yapılacak alt yapı çalışmalarının, takas ve mutabakat işlemlerinin gerçekleştirildiği teknolojik ve yasal alt yapıyla ilişkilendirilerek yürütülmesi ülkemiz için imkan dahilindedir. Bu hem mevcut düzenlemeler kapsamında yasal bir zorunluluk arz etmekte hem de zaten var olan işler bir sistem dolayısıyla teknolojik alt yapı gereksinimlerinin büyük bir kısmına cevap vermektedir.

Kanaatimizce bu noktada öncelikle elektronik ortamda çekin düzenlenmesi, tedavülü, cirosu ile ödenmesine ilişkin her türlü işlem ve sürecin gerçekleştirileceği elektronik çek transfer sisteminin tanımlanmasına ihtiyaç duyulacaktır. Bu sistemin tanımı ve yasal alt yapısı ortaya konulduktan sonra, sistemde yeni bir algoritma oluşturulmasına, başka çözüm modelleri tasarlanmasına gerek kalmadan mevcut IBAN[98] sistemi üzerinden çeklerin transferi gerçekleştirilebilecektir. Sistemde keşidecinin, kendi bankasının elektronik ortamında belirlenen tarihte tahsiline imkan sağlayacak şekilde oluşturduğu çeki, alacaklı olan firmanın veya kişinin IBAN numarasına transfer etmesi suretiyle e-çek sistemi işlerlik kazanacaktır. Alıcı, IBAN'ına, kendi takasına düşen çeki ister vadesi gelene kadar takasta tutarak tahsilini talep

21, 2020, https://due.com/blog/tips-on-echeck-payments-for-high-risk-industries/ (Erişim Tarihi: 25/03/2020).

[97] Bkz: yuk. III- ÇEK TAKAS SİSTEMİ, s. 15 vd.

[98] IBAN, bankalardaki her bir hesap numarasını uluslararası standartta yeknesak bir şekilde tanımlamak suretiyle, para transferlerinin hatasız ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak üzere kullanılan uluslararası standartlara sahip bir banka hesap numarasıdır. İngilizcesi "International Bank Account Number" olup Türkçe karşılığı "Uluslararası Banka Hesap Numarası"dır. İngilizce ifadesinin baş harfleri alınarak kısaca IBAN olarak kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/userfiles/file/tuketiciler/IBAN/SSS.pdf (Erişim Tarihi: 23/03/2020).

edebilecek, isterse takas havuzuna düşen çeki yeniden ciro ederek başka bir IBAN numarasına gönderebilecektir.

Sistemin işleyiş sürecinde, bankalar, elektronik çek kullanmak isteyen müşterilerine (sistemin ihtiyari olması halinde) bu amaca özgülenmiş bir elektronik çek hesabı açarak, bu hesap üzerinden elektronik ortamda keşide edilebilecekleri çek defterini temin etmesi gerekecektir. Müşteri tarafından elektronik çek yaprakları kullanılarak TTK'nın benimsediği üzere nama, emre ya da hamile olarak düzenlenen elektronik çek, yine elektronik ortamda alacaklının elektronik çek hesabına gönderilebilecektir. Emre, nama ve hamiline yazılı elektronik çek, güvenli elektronik imza ve elektronik çek hesabına geçirilmek suretiyle ciro edilebilme kabiliyetini haiz olacaktır. Çek ödenmek üzere elektronik çek sistemi üzerinden muhatap bankaya ibraz edilebilecektir. Daha önce ifade edildiği üzere çekin takas odaları aracılığı (Takasbank A.Ş.) ile elektronik ortamda muhatap bankaya gönderilerek işlem görmesi de, TTK md. 798 gereği ibraz hükmünde sayılacaktır[99]. Elektronik ortamda ibraz edilen çekin karşılığı varsa kaydi olarak ödeme gerçekleştirilecek, karşılığı tamamen ödenen çek, üzerine ödendiği kaydı düşülerek belirli bir süre elektronik çek sisteminde muhafaza edilebilecektir. Karşılığın bulunmaması halinde ise "karşılıksızdır" işlemi, muhatap bankanın kanunen hamile ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak gerçekleştirilecektir.

Elektronik çek transfer sistemi dahilinde, *e-çek, e-çek hesabı, e-çek defteri* ve hatta *güvenli elektronik imza* gibi bazı kavramların da yeniden gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulacaktır. Nitekim öncelikle elektronik çek tanımında, 6102 Türk Ticaret Kanunu ile 5941 sayılı Çek Kanunu'nda öngörülen unsurlar arasındaki ıslak imzanın istisna tutulması ve çekin elektronik ortamda düzenlenme, devredilme ve ibraz edilme kabiliyetine atıf yapılması gerekecektir. Bu kapsamda 6102 sayılı TTK'nın güvenli elektronik imzaya ilişkin 1526. maddesinin ilk fıkrasında, güvenli elektronik imza ile düzenlenemeyecek senetler arasından çekin çıkarılması, 818. maddede poliçeye ait çek hakkında uygulanacak hükümler arasında sayılan (r) bendindeki elle imzaya dair 754 ilâ 756 ncı maddelerin elektronik çek hariç olmak üzere düzenlenmesi ticari mevzuatımızda ihtiyaç duyulacak ilk değişiklikler arasında yer alacaktır. Aynı şekilde ticari protestoların ele alındığı 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 105. maddesinde, elektronik çeklere ilişkin

[99] **Kaçak, Nazif:** Yeni Çek Kanunu Şerhi, Ankara 2010, s. 114.

protestoların anılan Kanunun elektronik işlemlerin düzenlendiği 198/A maddesiyle ilişkilendirilmesi ve muhtelif diğer mevzuatta da gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılması gerekecektir.

Bu süreçte, tartışılması zaruret arz eden başka hususlar da akla gelmektedir. Nitekim elektronik çek sisteminin, karekodlu çek uygulamasında olduğu gibi zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olacağına yasa koyucu tarafından karar verilmesi, sistemin zorunlu olması halinde geçiş süresinin nasıl belirleneceği, bu dönemde fiziki çeklerin geçerliliği ve elektronik sisteme entegrasyonu önem arz eden diğer konular arasında yer alacaktır. Sistemdeki aksaklıklar dolayısıyla bankaların ve destek hizmeti sağlayıcılarının kişisel verilerin korunması dahil hukuki sorumluluğunun ve rücu haklarının nasıl ve hangi hükümlere göre belirleneceği yine sistemin sağlıklı bir zemin üzerinde ilerleyebilmesi bakımından son derece önem arz edecektir.

Sistemin başarılı şekilde işleyişini teminen, Türk ticaret hayatının karakteristik özelliklerini ön planda tutarak vadeli düzenlenebilen, teminata verilebilen ve banka müşterisi olmayanlar da dahil üçüncü taraflara ciro edilebilen bir elektronik çek sistemin geliştirilmesi dikkate alınması gerekli diğer bir konu niteliğindedir. Uluslararası elektronik ticarette kullanılabilecek mahiyette geçerli bir sistem için, milletlerarası özel hukukta uygulanan bazı hükümlerin de yeniden gözden geçirilmesi gerekebilecektir.

Konkordato ya da iflas ilan eden şirketlerin çek yapraklarını kullanmasının engellenmesi, gerektiği hallerde ticaret sicili başta olmak üzere ilgili bazı sicillerle bağlantı sağlanması, POS, ATM, akıllı telefon vb. tüm dijital kanallardan elektronik çek işlemlerinin yapılmasının mümkün hale getirilmesi ve herşeyden evvel hukuki ve ticari güvenliğin sağlanması gibi başlıklar elektronik çek kullanımında yaşanması muhtemel sorun ve ihtiyaçlar arasında ön sırada yer almaktadır.

SONUÇ

Kambiyo senedi özelliğini haiz bir kıymetli evrak olarak "çek", ticari hayatta da bir ödeme aracı olarak önemli bir yer tutmaktadır. Bu nedenle çek takası faaliyetlerinin kesintisiz ve sorunsuz şekilde yürütülmesi ekonomik açıdan da son derece önem arz etmektedir. Ülkemizde çeke ilişkin tartışmaların hemen hemen hepsi karşılıksız çek düzenlemesinin önlenmesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Nitekim yapılan tüm yasal düzenlemeler de karşılıksız çek sorununun önüne geçilmesi ve çeke duyulan güvenin artırılması temeline dayanmaktadır.

Her ne kadar çek bir ödeme aracı olsa da, uygulamada diğer kambiyo senetleri gibi bir kredi aracı haline dönüştürülmüştür. Bilhassa ülkemizde ileri düzenleme tarihli çeklerin yaygınlaşması ve vadeli çekleri hukuken geçerli sayan idari ve hukuki düzenlemeler neticesinde oluşturulan fiili durum, aslında çeke ilişkin yaşanılan sorunların temel nedenini teşkil etmektedir. Çeke vade unsuru getirerek çekin hukuki vasfına halel getiren bu uygulama, hali hazırda mevzuatımızda varlığını devam ettirmekle birlikte, işler bir çek takas sisteminin oluşturulması ve çekin etkinliğinin artırılabilmesi amacıyla teknolojik gelişmeler takip edilmekte ve uygulamada ortaya çıkan gereksinimler de dikkate alınarak muhtelif iyileştirmeler yapılmaktadır. Son zamanlarda benimsenen karekodlu çek, e-çek takas sistemi ve nihayetinde yakın zamanda uygulamaya geçilmesi hedeflenen e-çek bu sürecin birer adımı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut hukuki yapıya, köklü değişikler içermeksizin dahil edilebilecek e-çek uygulaması ile daha sıkı bir kontrol mekanizması geliştirilmesi ve uygulamadan kaynaklı bazı sorunların önüne geçilebilmesi muhtemel gözükmektedir. Ancak, iktisadi açıdan çek, ödeme vasfı fonksiyonu yeniden kazanmadan, yapılacak her türlü hukuki ve teknolojik düzenlemenin bir ayağının aksayacağını gözden kaçırmamak gerekir.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu Tekin: "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 No lu Protokol 1. Maddeye Göre "Borç İçin Hapis Yasağı" Kuralı*, AİHS ve Anayasa md. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü) Ankara 2001 (3-15).

Akgül, Aydın: "*Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 116 (11-38).

Aksoy, Ömer Cem: "*Türkiye'de Çek Takası Ve Çek Takası Verileri Işığında Çek Kullanımının İncelenmesi*", Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Uzmanlık Tezi, Ankara 2016.

Albayrak, Hakan/Bozdağ, Ahmet: "*Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2018, Sayı: 33, Yıl: 9 (243-282).

Allen, Franklin/ Mcandrews, James/Strahan, Phlip: "*E-Finance: An Introduction*", Journal Of Financial Research 22, 2002 (5-27).

Başal, Koparan: "*3167 Sayılı Kanun Uygulamasında Ceza Hukuku Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar*", Batider, C. XV, Sayı: 2, Aralık 1989, (51-60).

Başbuoğlu, Tarık: Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu (TTK md. 1-815), C. I, Ankara 1988.

Başbüyük, İsa: "*Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2012, Sayı: 2, (305-321).

Başman, Murat: "*3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa İle Yapılan Değişiklik Ve Bir Yargıtay Kararı*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:1993, Sayı: 3-4, (357-361).

Bozer, Ali/Göle, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017.

Can, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012.

Çağlar, Hayrettin: "*5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin Ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı*

Açma Ve Çek Düzenleme Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, Sayı: 1-2 (1-20)

Costill, Albert: "*Tips On Echeck Payments For High-Risk Industries*", January 21, 2020. (https://due.com/blog/tips-on-echeck-payments-for-high-risk-industries/)

Demir, Şamil: "*5941 sayılı Çek Kanunu'nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2013 Sayı: 1 (223-247).

Dirikkan, Hanife: "*Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, Sayı: 1, İzmir 2002 (1-37).

Donay, Süheyl: Son Değişikliklerle Çek, Kırklareli 1990.

Ekşi, Dağlar: "*4814 Sayılı Kanun İle Değişik 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Açısından Karşılıksız Çek*", H.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2 (205-228).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

Erman, Sahir: "*Karşılıksız Çek*", Batider, C. XI, Sayı: 2, (119-154).

Eriş, Gönen (2003): Yeni Çek Yasası Işığında Uygulamalı Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003.

Eriş, Gönen (2016): Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, İstanbul 2016.

Ersoy, Ayşe Nur: "*5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Çeklerde "Karşılıksızdır" İşlemine Sebebiyet Verilmesinin Cezai Ve İdari Yaptırımları*", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:4, Sayı:2019/1, (259-310).

Feyzioğlu, Metin: "*Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması*", AİHS ve Anayasa md. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü) Ankara 2001 (15-39).

FSML and Echeck Milton M. Anderson Financial Services Technology Consortium: (https://slideplayer.com/slide/4068680/).

Güngör, Şener/ Kaya, Mustafa: 4814 Sayılı Kanun İle Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Çek Suçları, Ankara 2003.

Hafızoğulları, Zeki: "*3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanunun 16. Maddesinde Öngörülmüş Olan Suçun Sınırları*", Batider, C. XIV, Sayı: 4, Haziran 1988, (21-38).

İmregün, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1998.

İslamoğlu, Gülşah: "*Havale*", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", ERÜHFD, Yıl: 2019, C. XIV, Sayı: 2, (525-551).

Kaboğlu, İbrahim/Cente, Nur/Somer, Mehmet: Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanunda Yapılan Değişikliklerin Anayasa, Ceza ve Ticaret Hukuku Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul 2002.

Kaçak, Nazif: Yeni Çek Kanunu Şerhi, Ankara 2010.

Karabıyık, Ayşegül: "*Alternatif Ödeme Aracı Olarak: Elektronik Çek Sistemi (E-Çek)-1*", Muhasebe ve Finansman Dergisi, The Journal of Accounting and Finance, Sayı: 38–Nisan 2008, (80-94).

Karabıyık, Ayşegül: "*Alternatif Ödeme Aracı Olarak: Elektronik Çek Sistemi (E-Çek)-2*", Muhasebe ve Finansman Dergisi, The Journal of Accounting and Finance, Sayı: 39- Temmuz 2008, (155-166).

Karayalçın, Yaşar: Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12.01.2002, (1-3).

Kayar, İsmail: Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.

Kendigelen, Abuzer: Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019.

Key Bank: Electronic Check Services (ECS) Merchant Operating Guides (Notes) (https://www.key.com/kco/images/KMS%20FSP%20—%20Electronic%20Check%20Service%20(ECS)%20Merchant%20Operating%20Guide%20FV2%202.pdf).

Kınacıoğlu, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, V. Bası, Ankara 1999.

Kırca, İsmail: 5941 sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010.

Kocaman, B. Arif: "*Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine*", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1994, C. 49, Sayı:1 (291-302).

Köle, Mehmet/ Görgülü Fatma: "*Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları Ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 35, Yıl: 2016 (79-157).

Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut: Çek Yasası ve Senetlerle İşlenen Suçlar, II. Bası, Ankara 1996.

Moroğlu, Erdoğan: "*3167 Sayılı Çek Kanunu'nda 4814 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler*" Serozan, Rona (Editör) Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 1. Baskı, Ankara 2004.

Narbay, Şafak: "*3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun da Değişiklik Yapan 4814 Sayılı Kanunun Çekte Şekil Şartları ve Muhatabın Ödeme Yükümlülüğü Konuları Açısından İncelenmesi*", A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Sayı: 1-2, Erzincan 2003 (467-496).

Narbay, Şafak/Güney, Zehra: "*6728 Sayılı Kanun'un Çeke İlişkin Hükümlerinin "Çekte Şekil Şartları" Bakımından Değerlendirilmesi*", Terazi Hukuk Dergisi 2017, Sayı: 126 (42-60).

Özbek, Veli Özer: "*Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 Sayılı Çek Kanunu m. 5/1-3) ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 Sayılı Çek Kanunu m. 5/1-34-10)*", Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:14, Aralık 2010, (7-27).

Özdamar, Mehmet: "*Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı: 1-2 (Haziran-Aralık 2002), (s.101-154).

Özgenç, İzzet: Çek Kanunu, Ankara 2017.

Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2017.

Paysimple: "*7 Most Popular Questions (and Answers) About Electronic Check*", (https://paysimple.com/blog/the-7-most-popular-questions-and-answers-about-electronic-checks/).

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, İstanbul 2013.

Pulaşlı, Hasan: Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010.

Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Bası, Ankara Haziran 2003.

S. Soyer, Güleç: Borç İçin Hapis Yasağı Ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, 2. Baskı, Ankara 2011.

Sancar, Türkan: "*Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında "Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Söylemi*", Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara 12.01.2002, (3-24).

Şeker, Muzaffer: "*Elektronik Ödeme Sistemleri*", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:10, Sayı:20, Güz 2011 (55-73).

Şener, Oruç Hami: "*Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemini, 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. Maddesi İle Cezalandırmak Mümkün Müdür?*" Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1988, Sayı: 2 (239-243).

Tanın, Hilal Yener: "*Sahte Veya Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Kaynaklanan Sorumluluk*", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2-Cilt 2, (805-828)

Topçuoğlu, Metin: "*Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlenmesi Ve Sonuçları*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, Sayı: 1-2 (141-167).

Türkmen, Sevgi: "*Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul 2019.

Uyar, Talih: "*Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1987, Sayı: 5-6 (671-683)

Yıldız, Şükrü: "*4814 Sayılı Yeni Çek Kanununun Çekin Zorunlu Unsurlarına Etkisi ve Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar*", http://www.eakademi.org/makaleler/syildiz-1.htm.

Yördem, Yılmaz: "*6728 sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Karşılıksız Çek Sorunsalı*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 33, (Ocak 2018), (347-412).

Yüksel, Armağan Ebru Bozkurt: "*Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış (Looking At Electronic Money, Virtual Money, Bitcoın And Linden Dollars From A Legal Perspective)*", İÜHFM C. LXXIII, Sayı: 2, 2015 (173-220).

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.

Yıldırım, Zeki/Çetintürk, Ekrem: "*İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu*", TBB Dergisi 2012, Sayı: 103, (s. 27-84).

İNTERNET KAYNAKLARI

1. https://www.findeks.com/findeks-hakkinda/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-bilgilendirme. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/
2. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48ab66a6-e73b-4d28-b3f1-f29d4a0a2e7e?excludeGerekce=True&wordsOnly=False
3. http://www.continuitycentral.com/FSTCEXECSUMMARYRFINAL.pdfhttps://www.kkb.com.tr/hakkimizda
4. https://www.dunya.com/ekonomi/10-soruda-karekodlu-cek-haberi-344789
5. https://www.findeks.com/kurumsal-hizmetler
6. https://www.kkb.com.tr/urunler/cek-endeksi
7. https://www.kkc.com.tr/assets/pdf/rapor-okuma.pdf
8. https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2040/Veri-Guvenligine-Iliskin-Yukumlulukler#:~:text=Veri%20sorumlusu%2C%20ki%C5%9Fisel%20verilerin%20kendi,i%C3%A7in%20tedbir%20alma%20y%C3%BCk%C3%BCml%C3%BC%C4%9F%C3%BC%20alt%C4%B1ndad%C4%B1r
9. https://www.riskmerkezi.org/tr/istatistikler/23
10. https://www.sinerjimevzuat.com.tr

11. https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/cek-takasi-takas-mutabakat-ve-rsk-yonetm-sstem-kurallari.pdf)
12. https://www.takasbank.com.tr/documents/Document/cek-takasi-takas-mutabakat-ve-rsk-yonetm-sstem-kurallari.pdf
13. https://www.takasbank.com.tr/tr/hizmetler/verilen-hizmetler/takasbank-cek-takas-sistemi
14. https://www.takasbank.com.tr/tr/istatistikler/takasbank-cek-takas-sistemi/cek-takas-aylik-takas-islemleri-cetveli
15. http://www3.tcmb.gov.tr/yillikrapor/2013/tr/m-2-5-1.php

HAKEMLİ

Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri*

Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ**

ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-9400-5114
DOI: 10.30915/abd.811900
Makalenin Geldiği Tarih: 20.02.2020 **Kabul Tarihi:** 15.06.2020

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. Öğr. Ü. / Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Aile; Roma toplumunun en önemli kurumlarından biri olmuş ve her dönemde önemini korumuştur. Aile hukukuna ilişkin konularda gelenek hukuku etkili olmuş ve baba egemenliği esasına dayandırılmıştır. Bu bağlamda Roma'da aileyi ifade etmek için kullanılan *familia* terimi ile *pater familias* ve onun egemenliği altındaki bireyler kastedilmiştir. Bu hukuksal durumun kanundan ya da hukukî işlemden doğabileceği hükme bağlanmıştır. Evlat edinme, baba egemenliğine girmenin hukukî işleme dayandığı durumlardan biridir. Roma Hukuku'nda *adoptio* ve *adrogatio* olmak üzere evlat edinmenin iki usulü bulunmaktaydı. Roma toplumu açısından evlat edinme işlemi öncelikle ailenin devam etmesi fikrini temsil ederdi. Bu kapsamda, evlat edinme ailenin ismini devam ettirmek, gelirini arttırmak ve savunmasını sağlamak gibi çeşitli amaçlarla yapılmaktaydı.

Anahtar kelimeler: Roma Hukuku, *Pater Familias*, Aile, *Adoptio*, *Adrogatio*.

THE STATUS AND PROCEDURES OF ADOPTING IN ROMAN FAMILY LAW

ABSTRACT

Family; it has been one of the most important institutions of the Roman society and has maintained its importance in each period. Tradition law was influential in matters related to the family law and was based on father domination. In this context, the term *familia* used to refer to the family in Rome refers to *pater familias* and the individuals under his control. It is concluded that this legal situation may arise from law or legal proceedings. Adoption is one of the situations in which the domination of the father is based on legal procedure. In Roman law, there were two methods of adoption: *adoptio* and *adrogatio*. For the Roman society, the adoption process primarily represented the idea of continuing the family. In this context, adoption was carried out for various purposes such as maintaining the family's name, increasing its income and ensuring its defense.

Keywords: Roman law, *Pater Familias*, Family, *Adoptio*, *Adrogatio*.

GİRİŞ

Aile; bir toplumun temelini oluşturan en küçük sosyal topluluk olmakla birlikte, aile kavramının anlamı yere ve zamana göre farklılık göstermektedir. Roma Hukuku'nda modern hukuklardan farklı olarak, aile kavramının sosyolojik değil, hukukî bir niteliği bulunup; aile kavramı ile egemenlik anlayışına dayanan bir hukukî birlik ifade edilmekteydi. Bu bağlamda en genel anlamıyla Roma'da aile, aile babası olarak isimlendirilen bir kişinin egemenliğine dayanan bireyler topluluğu şeklinde tarif edilmiştir.

Ius Civile'de aynı baba egemenliğine tabi olanlar arasındaki bağ hısımlık olarak görülmüş ve bu bağ *agnatio* hısımlığı olarak ifade edilmiştir. *Ius Gentium*'un tanıdığı *cognatio* hısımlığı (kan bağına dayanan hısımlık) ise daha çok evlenme engelleri konusunda kabul edilmiştir. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *cognatio* hısımlığı önem kazanmaya başlamış ve zamanla *Ius Civile* tarafından da benimsenmiştir. *Iustinianus* Dönemi'nde *cognatio* hısımlığı geçerli sayılan tek hısımlık olarak kabul edilmiştir.

Roma Hukuku'nda *agnatio* hısımlığını belirleyen baba egemenliği kanundan veya hukukî işlemden doğabilirdi. Kanundan doğan baba egemenliği ya doğum ile ya da *legitimatio* olarak ifade edilen nesebin düzeltilmesi yoluyla kurulmaktaydı. Hukukî işlemden doğan baba egemenliği ise evlat edinme ve kadın üzerinde *manus*'un kurulmasıyla gerçekleşmekteydi.

Çalışmanın konusunu oluşturan Roma Hukuku'nda evlat edinmenin farklı usulleri bulunmakta ve evlat edinilecek kimsenin statüsü uygulanacak usulü belirlemekteydi. Bu bağlamda, evlat edinilen kimsenin bir aile evladı olması durumunda yapılan evlat edinme işlemi *adoptio* olarak isimlendirilmekte; eğer evlat edinilen bir aile babası ise yapılan işlem *adrogatio* olarak ifade edilmekteydi.

Roma aile hukukunda evlat edinmenin yeri ve usullerini konu alan bu çalışma üç ana başlıktan oluşmaktadır. Çalışmanın metodolojisi ile ilgili olarak, evlat edinmenin Roma aile hukukundaki yerini ortaya koyabilmek amacıyla, birinci ana başlıkta Roma ailesinin *(familia)* genel özellikleri incelenmiştir. İkinci ana başlıkta aile babası egemenliğinin *(patria potestas)* içeriği ve kurulmasına yer verilmiştir. Son ana başlıkta ise evlat edinmenin usulleri ve şartları ele alınmıştır. Konuya ilişkin Türk Hukuku'nda yer alan düzenlemeler ayrı bir ana başlık altında incelenmemiş, gereken yerlerde

Türk Hukuku'na atıflar yapılmış; sonuç bölümünde iki hukuk sistemindeki benzer düzenlemeler ele alınarak karşılaştırma yapılmıştır.

I. ROMA AİLESİNİN *(FAMILIA)* GENEL ÖZELLİKLERİ

Aile, bir toplumun temelini oluşturan en küçük sosyal topluluktur[1]. Aile kavramı içerik ve kapsam açısından yere ve zamana göre farklılık göstermekte ve aile kavramının anlamı da değişebilmektedir[2]. Modern hukuklarda aile kavramı ile toplumsal ve hukukî bakımdan geçerli görülen kadın erkek birliği kastedilmekle birlikte, aynı zamanda bu birliğin oluşturduğu kan bağına dayanan ve birbirine doğal bağlarla bağlı küçük insan topluluğu ifade edilmektedir[3].

Roma Hukuku'nda ise modern hukuklardan farklı olarak aile kavramının sosyolojik olmaktan çok hukukî bir niteliği bulunmakta ve aile kavramı ile egemenlik anlayışına dayanan bir hukuk birliği ifade edilmekteydi. Roma Hukuku'nda bu hukuk birliği ataerkil aile sistemi olarak tanımlanırdı[4]. Çünkü, Roma aile yapısı ve hukukî bakış açısı, sosyal ve ekonomik koşullardan etkilenmiştir. Bu koşullar aile bireylerinin bir arada yaşamalarını ve emeklerini bir araya getirmelerini zorunlu hale getirmiş olmakla birlikte, Roma ailesinin bütün bireylerinin *pater familias* olarak isimlendirilen aile babasının egemenliği altında yaşamasını gerektirmiştir[5]. Ailenin toplumsal bir olgu olması her hukuk sisteminde olduğu gibi Roma Hukuku'nda da aileye ilişkin düzenlemelere özel bir önem verilmesine neden olmuştur[6]. Aileyi devletin temeli olarak gören *Cicero*, bu durumu şöyle ifade etmektedir:

---

[1] **Kaser, Max /Knütel, Rolf:** Römisches Privatrecht, München 2005, s. 76; **Tahiroğlu, Bülent/Erdoğmuş, Belgin:** Roma Hukuku Dersleri Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005, s. 142.

[2] **Güneş Ceylan, Seldağ:** Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 29.

[3] **Karadeniz Çelebican, Özcan:** Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2014, s. 157.

[4] **Emiroğlu, Haluk:** Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003, s. 30 [Roma Hukuku].

[5] **Söğütlü Erişgin, Özlem:** "*Roma Toplumunda Kadının Konumu*", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, ss. 1-31, s. 2.

[6] **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 142.

> **Cicero, De Officiis 1.17.54:** "*Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae…*"
>
> **Cicero, De Officiis 1.17.54:** "Üreme arzusuna sahip olmak canlıların müşterek özelliğidir, bu yüzden evlilik de birlikteliğin ilk adımıdır, sonra çocuklar ve herkesin müştereken bulunduğu ev gelir. Bu bir kentin temeli olup sanki devletin fidanlığıdır…[7]"

Roma hukuk düzeni incelendiğinde en önemli kurumlardan biri olan ailenin önemini her dönemde koruduğu görülmekle birlikte[8], aile kurumu ile ilgili genel ve soyut nitelikte yasal düzenlemelerin az olduğu ve aile hukuku alanının gelenek hukukuna bırakıldığı görülmektedir[9].

Roma Hukuku'nda aile *(familia)* kavramı ile bir kişinin egemenliğine ve *patria potestas*'ına dayanan bireyler topluluğu ifade edilmektedir. Bu bireyler doğum ya da diğer hukukî yollarla aileye dahil olurlardı[10]. *Patria potestas* (baba egemenliği); aile babasının ailesine dahil olan bütün çocuklar, torunlar, bu aileye dahil diğer kimseler ve köleler üzerindeki egemenliğini ifade eden geniş bir anlama sahipti. Bir diğer ifadeyle, *Ius Civile*'ye göre geçerli olan bir evlilikte *(matrimonium iustum/iustae nuptiae)* dünyaya gelmiş olan erkek çocuklar ve kız çocuklar, oğullarının eşleri ve çocukları, evlat edinme yolu ile aileye girmiş olan kimseler üzerinde *pater familias*'ın sahip olduğu sınırsız egemenlik *patria potestas* olarak ifade edilirdi[11]. Bu

---

[7] Metnin çevirisi için bakınız Cicero Yükümlülükler Üzerine, Çev: C. Cengiz Çevik, İstanbul 2017, s. 26.

[8] **Sütken, Elvan:** "*Roma Aile Hukukunda Patria Potestas*", AndHD, C. 5, S. 1, Ocak 2019, ss. 67-100, s. 69.

[9] **Kayak, Sevgi:** "*Roma Hukukunda Aile Kurumu*", Hacettepe HFD, 8 (2), 2018, ss. 249 – 302, s. 250.

[10] **Berki, Şakir:** Roma Hukuku, Ankara 1949, s. 141; **Gönenç, Fulya İlçin:** Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s. 46; **Günal, Nadi:** "*Roma Hukukunun Temel Kriterleri, Kavram ve Kurumları*", Doğu Batı Düşünce Dergisi: Romalılar I, S. 49, 2009, ss. 11-32, s. 28; **Küçükgüngör, Erkan:** "*The Essential Legal Effects of Adoption on the Relationship Between Parents and Children in Roman Law*", Free Law Journal, Vol. 2, No. 4, 18 October 2006, s. 89 [Adoption]; **Nicholas, Barry:** An Introduction to Roman Law, Oxford 1962, s. 76.

[11] **Günal**, s. 28; **Kaser, Max:** Roman Private Law, Hamburg 1965, s. 60; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 89; **Leage, Richard William:** Roman Private Law, London 1942, s. 79;

anlamda, *pater familias* kelimesi her ne kadar aile babası anlamına gelse de Roma Hukuku açısından bu kişinin mutlaka baba olması gerekmediği gibi bu kişiler egemenliği altında yaşayan bireylerin nazarında baba ya da büyük baba ismini değil, yine *pater familias* ismini taşırdı[12]. *Patria potestas; pater familias*'ın ölümüne kadar süren, çocuğun reşit olmasıyla sona ermeyen ve velayetten farklı bir hukuksal gücün ifadesiydi[13].

Roma'da aileyi ifade etmek için kullanılan *familia* teriminin Roma kaynaklarında biri geniş anlamda, diğeri dar anlamda olmak üzere iki şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, *familia* ile *familia proprio iure* ve *familia communi iure* olmak üzere iki tip aileden söz edilmektedir[14]. *Familia proprio iure*; dar anlamda aileyi ifade etmekte ve *pater familias* ve onun egemenliği altındaki bireylerden oluşmaktaydı. *Familia communi iure* ise geniş anlamda aileyi ifade etmekte ve ortak asıl sağ olsaydı onun egemenliği altında kalacak olan bireylerden oluşmaktaydı. Roma Hukuku'nda aile ile kastedilen genelde *familia proprio iure*'dir[15]. Bu konuya ilişkin ifadelere *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde rastlanmaktadır:

> **D.50.16.195.2 Ulpianus:** "*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur ut puta nepotes et neptes et deinceps…*".
>
> **D.50.16.195.2 Ulpianus:** "Aile kavramı, hukukî yollarla veya ortak doğal bağlarla birbirine bağlanan insan topluluğunu ifade eder. Hukuken veya doğal olarak kendisine tabi bulundukları bir tek kişinin egemenliğinde bulunan kimselere aile diyoruz. Örneğin, bir ailenin babası, bir ailenin annesi ve o babanın egemenliği altındaki oğullar ve kızlar ile

Tahiroğlu/Erdoğmuş, s. 143.

[12] **Ayiter, Kudret:** Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 42; **Kaser/Knütel**, s. 76.

[13] **Di Marzo, Salvatore.:** Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1954, s. 135; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 143.

[14] **Ayiter**, s. 1.

[15] **Karadeniz Çelebican**, s. 158 vd.; **Kaser/Knütel**, s. 76.

onların soyundan gelen kimseler: erkek torunlar, kız torunlar ve onların halefleri…"

Roma Hukuku'nda hısımlık konusu incelendiğinde ise ataerkil sistemin bir sonucu olarak ailede doğal bir olgu olan ve doğuma dayanan kan hısımlığının *Ius Civile*'de esas alınmadığı görülmektedir. *Ius Civile*'ye göre aile tek bir hukukî esasa dayanır. Bu esas aynı baba egemenliğine tabi olmayı ve monokratik bir yapıyı ifade eder. Dolayısıyla aynı baba egemenliğine tabi olanlar arasındaki bağ hısımlık olarak görülür ve bu bağ *agnatio* hısımlığı olarak ifade edilir[16]. Roma Hukuku'nda *agnatio* hısımlığına göre, aile kurumu kan hısımlığına değil ev birliği gibi bir hukukî esasa dayanır. Bu esasa göre de aynı eve mensup olan, bir diğer ifadeyle aynı aile babasının egemenliğinde yaşayan bütün Roma vatandaşları *agnat* olarak kabul edilir[17].

Eski Hukuk Dönemi ve Klasik Hukuk Dönemi'nde hısımlık; *Ius Civile*'de geçerli olan *agnatio* hısımlığı esasına dayandığı için, sadece *agnat*'lar kanunî miras ve vesayet haklarına sahip olurlardı[18]. Bu bireyler, ortak aile babası yaşadığı sürece baba egemenliği ile birbirlerine bağlıydılar[19] ve aralarındaki *agnatio* hısımlığı, egemenliği altında bulundukları aile babasının ölümünden sonra da devam ederdi[20]. Aile babasının ölümünden sonra aile evlatları *sui iuris* duruma gelirken, sayıları artan *agnat*'lardan, ortak bir soy isim *(nomen gentilium)* taşıyan ve bir aile topluluğu olan *gens* meydana gelirdi. Bu aile topluluğu, *Ius Civile*'nin geniş anlamdaki ailesinin ifadesidir[21]. Bu, *Gaius*'un *Institutiones*'inde şöyle ifade edilmektedir:

Gaius Ins. 1.127: "*Hi uero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt…*"

Gaius Ins. 1.127: "Aile babasının egemenliği altındaki kimseler, onun ölümüyle *sui iuris* olurlar…"

[16] **Karadeniz Çelebican**, s. 158; **Kaser**, s. 61; **Leage**, s. 77.

[17] **Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret:** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983, s. 84; **Leage**, s. 78.

[18] **Emiroğlu**, s. 33.

[19] **Koschaker/Ayiter**, s. 84 vd.

[20] **Karadeniz Çelebican**, s. 159.

[21] **Emiroğlu**, s. 42; **Kaser**, s. 62; **Kaser/Knütel**, s. 78; **Watson, Alan:** Studies in Roman Private Law, London 1991, s. 19.

Kan bağına dayanan hısımlık *(cognatio)*[22] ise daha çok evlenme engelleri nedeniyle bilinmekle birlikte[23], Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde kan bağından doğan hısımlık önem kazanmaya başlamıştır. *Praetor*'ların faaliyetleri ile kan hısımlarına miras hakkının tanınması bu konuda önemli bir gelişme olarak ifade edilmektedir[24]. Bu bağlamda, *agnatio* hısımlığının esas alınması birtakım sakıncaları da beraberinde getirdiği için, *Praetor* Hukuku tarafından kan hısımlığının hukuken tanınması sağlanmış ve zamanla *Ius Civile* tarafından da benimsenmiştir[25]. *Iustinianus* Dönemi'nde ise *agnatik* hısımlık yerini *cognatio* hısımlığına bırakmış[26] ve *cognatio* hısımlığı *Iustinianus* Dönemi'nde geçerli sayılan tek hısımlık esası olarak kabul edilmiştir[27].

Ius Gentium'a göre *cognatio* hısımlığı esasına dayanan Roma ailesi, geniş anlamda kan hısımlarından meydana gelirdi[28]. *Agnatik* hısımlıkta sadece erkeklerin birbirinin hısımı olmasına karşılık, *cognatio* hısımlığında kadınlar da erkeklerin hısımı olmaktaydı[29]. Bunun yanı sıra, *agnatio* hısımlığının yalnız Roma vatandaşları için kabul edilen bir hısımlık esası olmasına

---

[22] *Cognatio* (kan hısımlığı), günümüzdeki hısımlık ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır (**Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 144).

[23] Roma Hukuku'nda Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarına değin, 3. dereceye kadar kan hısımları arasında evlenme engelleri bulunmakla birlikte alt ve üst soyun evlenmesi; kardeşler arasındaki evlenme, hala, teyze, amca, dayı, yeğen arasındaki evlenmeler yasaklanmış olup, bu yasak evlat edinilerek aile içine alınmış olan aile evlatları için de geçerli kılınmıştı. İmparator *Theodosius* zamanında 4. dereceye kadar evlenme yasağı getirilerek, kardeş çocukları arasındaki evlenmeler de yasaklanmış; ancak *Iustinianus* Dönemi'nde evlenme yasağı tekrar 3. derece ile sınırlandırılmıştı (**Söğütlü Erişgin**, s. 12 vd.).

[24] **Emiroğlu**, s. 33.

Evlenme engelleri, TMK 129. maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde hükmü uyarınca, "üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında; kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında; evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır".

[25] **İpek, Nurcan:** "*Roma Hukukunda Hısımlık*", **MÜHF-HAD**, C. 21, S. 1, ss. 167-203, s. 167.

[26] **Emiroğlu**, s. 33; **Honsell, Heinrich:** Römisches Recht, Zürich 2011, s. 183.

[27] **Karadeniz Çelebican**, s. 160.

[28] **Sütken**, s. 71.

[29] **Oğuzoğlu, H. Cahit:** Roma Hukuku, Ankara 1959, s. 106.

karşılık, *Ius Gentium*'un tanıdığı *cognatio* hısımlığı herkes arasında dolayısıyla yabancılar arasında da kurulabilmekteydi[30]. Bu hususların *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan bir metinde şöyle ifade edildiği görülmektedir:

> **Gaius Ins. 1.156:** "*Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrui filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. Itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. Item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam secuntur*".
>
> **Gaius Ins. 1.156:** "*Agnat*'lar, erkek tarafından örneğin baba tarafından birbirleriyle hısım olan kimselerdir, örneğin, aynı babadan olan erkek kardeş, bu erkek kardeşin çocuğu veya torunu, amca, onun oğlu veya torunu. Bu nedenle, kadın tarafından olan hısımlık *agnatio* değil doğal hukuka göre *cognatio* hısımlığıdır. Örneğin; dayı ile kız kardeşin çocuğu arasında *agnatio* değil *cognatio* hısımlığı vardır. Aynı şekilde, teyzemin ve halamın oğlu ile aramızda *agnatio* değil *cognatio* hısımlığı vardır, benim de onunla olan hısımlığım aynı esasa dayanır, çünkü çocuklar annesinin değil babasının ailesini takip ederler".

II. AİLE BABASI EGEMENLİĞİ *(PATRIA POTESTAS)*

A. İÇERİĞİ

Roma Hukuku'nda aile kurumu ve baba egemenliği arasında sıkı bir ilişki vardır[31]. Aile babası, Roma ailesinin lideri olup aileye dahil bireyler ve mallar üzerinde egemenliğe sahipti. Roma ailesinde özel hukuk bakımından kişi sayılan ve hak ehliyetine sahip bulunan tek kişi aile babasıydı[32]. Aile

---

[30] **Koschaker/Ayiter**, s. 85.

[31] **Berki**, s. 141.

[32] **Güneş Ceylan**, s. 33; **Karadeniz Çelebican**, s. 160; **Oğuzoğlu**, s. 81.

Hak ehliyetine sahip olanlara kişi adı verilir. Bu bağlamda kişi hak ehliyetine sahip olan varlıktır. Günümüzde tam ve sağ doğmakla hak ehliyetine sahip olunmaktadır. Roma Hukuku'nda ise hak ehliyetine sahip olmak için tam ve sağ doğum yeterli görülmemekte; özgürlük *(status libertatis)*, vatandaşlık *(status civitatis)* ve aile durumları *(status familiae)* bakımından gerekli şartları taşımak aranmaktaydı. Bu bağlamda, Roma Hukuku'nda hak ehliyetine sahip olabilenler, özgür Roma vatandaşı

babasının aile bireyleri üzerindeki egemenliği *potestas*, kadınlar üzerindeki egemenliği *manus*, köle ve şeyler üzerindeki egemenliği ise *dominium* olarak ifade edilmekteydi[33]. Bu durumun *Digesta*'da yer alan çeşitli metinlerde ele alındığı görülmektedir:

D.50.16.195.1 Ulpianus: "*Familiae*" *appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: "ex ea familia", inquit, in eam familiam…*"

D.50.16.195.1 Ulpianus: "Aile" kelimesinin nasıl kullanıldığına bakacak olursak hem mallara hem de kişilere yönelik çeşitli şekillerde

---

olan ve baba egemenliği altında bulunmayan kimselerdir. Hak ehliyetine sahip olan kişilerin *status*'larında değişiklik olduğu zaman, bu, doğrudan hak ehliyetini dolayısıyla hukuken kişi olarak tanınmalarını da etkilerdi. Hak ehliyetini en çok kısıtlayan değişiklik özgürlük durumuna ilişkindi ve Roma Hukuku'nda bu durum *capitis deminutio maxima* olarak ifade edilirdi. Vatandaşlık durumundaki değişiklik *capitis deminutio media* olarak ifade edilirken, aile durumundaki değişiklik hak ehliyetini en az etkilediği için *capitis deminutio minima* olarak adlandırılmıştı. Romalılar hak ehliyetine sahip olanların söz konusu ehliyet durumlarında bir değişiklik olursa, bu kimseleri ölmüş gibi değerlendirirlerdi. Dolayısıyla statülerinde değişiklik olan kişilerin fizikî varlığı ortadan kalkmadığı halde, şahsiyeti kısmen ya da tamamen ortadan kalkmış olurdu (**Karadeniz Çelebican**, 2014, s. 128 vd.; **Kaser**, s. 123; **Kaser/Knütel**, s. 79; **Rado, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s. 156; **Sohm, R.:** The Institutes: A Text-Book of the History and System of Roman Private Law, Çev. J. C. Ledlie, Florida 1994, s. 164 vd. Benzer ifadeler için bakınız D.4.5.11).

[33] **Di Marzo**, s. 138.

Aile hukukunda aile evlatları ve kölelerin aile babası ve efendilerle olan ilişkileri konusunda *mandatum* teriminin kullanıldığı da görülmektedir. Çünkü Roma Hukuku'nda özellikle Cumhuriyet Dönemi'nde aile babasının, ailedeki tek yasal güç olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak aile evlatları ve köleler kişi sayılmadıklarından malvarlığına sahip olamaz ve davalardan yararlanmazdı. Eski Hukuk Dönemi'nde aile babaları, onların hukukî işlemlerinden doğan borçlardan bile sorumlu değildi. Bu durum bu kimseleri ticarî hayattan uzaklaştırmış ve sonucunda hukukî işlemlerden sorumluluğa ilişkin ek davalar *(actiones adiecticiae qualitatis)* kabul edilmiştir. Efendi ve aile babasının bu davalardan doğan sorumluluğu, Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda vekâlet ilişkisine benzetilmiştir (**Sayın Korkmaz, S. Bengi:** Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 21vd.; **Watson, Alan:** Contract of Mandate in Roman Law, London 1961 [Mandate], s. 4 vd.).

kullanıldığı anlaşılmaktadır; 12 Levha Kanunu'nda ifade edildiği gibi mallara ilişkin olarak "aile babasının malvarlığı üzerindeki egemenliğini" ifade eder. Aynı kanuna göre kişilere ilişkin olarak "aile" kelimesi, onun o aileden olan özgür kişiler üzerindeki egemenliğini de ifade eder…"

D.1.6.1.1 Gaius: "*Igitur in potestate sunt servi dominorum …*"

D.1.6.1.1 Gaius: "Nitekim, köleler efendilerinin egemenliği altındadırlar…"

Roma Hukuku'na göre baba egemenliğinde bulunmayan özgür, erkek, Roma vatandaşları aile babası statüsünde olurlardı. Bu statü yaşa, evliliğe ve çocuk sahibi olmaya bağlı değildi[34]. Yaş ile sınırlandırılmayan aile babası kavramı cinsiyet açısından sınırlandırılmış[35] ve *maternal potestas* hem kültürel hem de hukukî açıdan uygun görülmemişti[36]. Dolayısıyla özgür Roma vatandaşı kadınlar aile babası statüsüne sahip olamazlardı. Aile babasının ölümünden sonra dahi bu hukukî egemenlik anneye geçmezdi[37]. Bu durumun *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde ele alındığı görülmektedir:

D.50.16.195.2 Ulpianus: "*…Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet…*".

D.50.16.195.2 Ulpianus: "…Ev üzerinde egemenlik sahibi olana aile babası denir…".

Özgür Roma vatandaşları *sui iuris* (başkasının egemenliğine tabi olmayanlar) ve *alieni iuris* (başkasının egemenliğine tabi olanlar) olmak üzere ikiye ayrılırdı. Bir aile babasının egemenliği altında yaşayan kölelerin haricindeki

[34] **Karadeniz Çelebican**, s. 154; **Schwarz, Andreas:** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1956, s. 244; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 144.

[35] **Emiroğlu**, s. 34.

Roma toplumunda aile hiçbir zaman anaerkil bir yapı olarak görülmediği için, "*mater familias*" (aile anası) hukuken imtiyazlı bir kavram olarak kabul edilmemiştir. Bu kavram hem *manus*'lu hem de *manus*'suz evlenmiş olan kadınların sadece sosyal konumlarını yüceltmek ve saygınlıklarını ifade etmek amacıyla kullanılmıştır (**Di Marzo**, s. 141; **Emiroğlu**, s. 34; **Gönenç**, s. 152; **Kaser/Knütel**, s. 77 vd.; **Schwarz**, s. 247).

[36] **Küçükgüngör**, Adoption, s. 90.

[37] **Gönenç**, s. 51.

herkes *aileni iuris* statüsündeydi[38]. Hiç kimsenin egemenliği altında bulunmayan erkek ve kadınlar ise *sui iuris* statüsünde bulunurlardı[39]. Dolayısıyla, Roma vatandaşı olan erkekler ya aile babası ya da aile evladı statüsündeydi. Aile babası ve aile evladı statülerinin yaşla bir ilgisi olmamakla birlikte, aile babası yaşadığı sürece veya onun egemenliğinden çıkarılmadıkça aile evladı olarak kalınırdı[40]. Bu durum, çeşitli metinlerde ele alınmaktadır:

Gaius 1.48: "*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*".

Gaius 1.48: "Kişiler hukukunda bir ayrım bulunmaktadır. Bazı kişiler kendi hukukuna tabidir, bazıları ise başkasının hukukuna tabidirler".

Iust. Ins. 1.8 pr.: "*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt: rursus earum quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate parentum, aliae in potestate dominorum sunt*".

Iust. Ins. 1.8 pr.: "Şimdi, kişilere ilişkin hukukun yeni bir sınıflandırması gelmektedir. Bazı kişiler kendi hukuklarındandır *(sui iuris)*, bazıları ise başkalarının hukukuna tabidirler: başkalarının hukukuna tabi olanların da *(alieni iuris)* bazıları üstsoylarının egemenliği *(patria potestas)* altında, diğerleri maliklerinin egemenliği *(dominica potestas)* altındadırlar[41]".

Aile babasının aile bireyleri üzerinde sahip olduğu egemenlik; öncelikle aile evlatlarının kişi varlıkları üzerinde etkili olmaktaydı. Aile içinde tek *sui iuris* olan aile babasının, aile evlatları üzerinde çok geniş ve hümanist değerlerden uzak yetkileri bulunmaktaydı[42]. Bu bağlamda aile babası aile

[38] **Berki**, s. 145; **Kaser/Knütel**, s. 77; **Leage**, s. 77.
Roma'da hukuken mal statüsünde görülen köleler, hakların sahibi değil konusu sayılırlardı (**Karadeniz Çelebican**, s. 128).

[39] **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 135.
Geçmişteki diğer toplumlarda olduğu gibi Roma'da da kadınlar ve erkekler eşit haklara sahip değillerdi. Bu durum kadınların fiil ehliyetini de etkilemiş; baba egemenliği altında olmayan kadınlara yaşlarına bakılmaksızın vasi *(tutor)* tayin edilmiş; kadınların tüm önemli hukukî işlemlerinde vasilerinin onayı *(auctoritas tutoris)* aranmıştır (**Kaser**, s. 68).

[40] **Emiroğlu**, s. 34.

[41] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones* (Çev: Ziya Umur), İstanbul 1968, s. 30 vd.

[42] **Honsell**, s. 182; **Koschaker/Ayiter**, s. 326; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 89.

evlatları üzerinde, yaşama ve ölümüne karar verme yetkisi[43]; Roma sınırları içinde[44] veya Tiber nehri ötesine *mancipatio* ile satma yetkisi; aile evlatlarının evlenmesine ve boşanmasına karar verme yetkisi; *emancipatio* ile aile evladını egemenlikten çıkarma yetkisi ve evlat edinme işlemlerini *(adoptio* ve *adrogatio)* yapma yetkisi olmak üzere başlıca beş yetkiye sahipti[45]. Bu yetkiler 12 Levha Kanunu'nda da *(Lex Duodecim Tabularum)* yer almış ve aile evlatlarının hayatına hükmetme yetkisi *(ius vitae et necis)* olarak ifade edilmiştir[46].

Aile babasının aile evlatlarının ekonomik ilişkileri üzerindeki etkileri incelendiğinde ise ailenin bütün malvarlığı üzerinde tek yetki sahibinin aile babası olduğu görülmektedir. Aile babası, ailenin mallarına ilişkin bütün hukukî işlemleri yapmaya yetkiliydi[47]. Konuya ilişkin bir metne *Gaius*'un *Institutiones*'inde rastlanmaktadır:

---

[43] **Di Marzo**, s. 136; **Gönenç**, s. 47; **Güneş Ceylan**, s. 40; **Honsell**, s. 182; **Roby, Henry John:** Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines (v.1), New Jersey 2000, s. 64; **Sütken**, s. 80.

[44] Bir aile babası borçtan kurtulmak veya gelir elde etmek amacıyla egemenliği altındaki kız ya da erkek evlatlarını başka kimselere satma yetkisine sahipti. Bununla birlikte, aile evladı Roma sınırları içinde veya Latin konfederasyonuna dahil devletlerde satıldığı takdirde köle haline gelmemekte, *mancipium* altına girmekteydi. *Iustinianus* Dönemi'nde bu usul ortadan kalkmıştır (**Emiroğlu**, s. 29).

Mancipium mülkiyet hakkını ifade eden eski bir terimdir. Daha sonraları, mülkiyet hakkı, *dominus* (efendi) kelimesinden türetilen *dominium* terimiyle ifade edilmiştir. *Mancipium*, mallar veya insanlar üzerindeki egemenliği ifade etmek için *manu capere* (el ile almak) kelimesinden türetilmiştir. Bu terimler mülkiyetin bir şey üzerindeki egemenlik yönünü gösterirler (**Di Marzo**, s. 216; **Honsell**, s. 182; **Umur, Ziya:** Roma Eşya Hukuku-Ayni Haklar, İstanbul 1983, s. 21 [Eşya Hukuku]; **Villey, Michel:** Roma Hukuku Güncelliği, Çev. Bülent Tahiroğlu, İstanbul 2003, s. 105).

[45] **Sütken**, s. 80.

[46] **Honsell**, s. 182; **Koschaker/Ayiter**, s. 326.

[47] **Karadeniz Çelebican**, s. 170.

Roma Hukuku'nda fiil ehliyeti şartlarını taşıyanlar geçerli hukuki işlemler yapabilirdi. Hukuki işlemin tarafı, bir aile evladı ya da bir köle ise bu kişilerin sorumluluğunun yanında aile babası ya da efendinin de belli ölçülerde sorumluluğu doğardı. Aile babası veya efendi söz konusu işlem için izin veya icazet vermişse o hukuki işlemden doğan borçların tamamından sorumlu olurdu. Ayrıca ek davalara ilişkin şartların bulunduğu durumlarda da aile babası ve efendinin sorumluluğu söz konusu olurdu. Örneğin, bu kişiler aile babası veya efendi tarafından bir ticari işletmenin başına getirilmiş veya gemisine kaptan yapılmış ise aile babası veya efendi *peculium* veya

Gaius Ins. 2.87: "*Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod serui nostri mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur siue quid stipulentur uel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest…*"

Gaius Ins. 2.87: "Egemenliğimiz altında bulunan evlatlarımız veya kölelerimiz tarafından *mancipatio* veya *traditio* yoluyla edinilen ya da *stipulatio* ile taahhüt ettirilen ve herhangi bir yolla edinilen şeyler bizim için kazanılmıştır. Çünkü egemenliğimiz altında bulunanlar kendileri için bir şey edinemezler…"

Aile babası ev içinde hâkim ve ev dışında malvarlığının tek malikiydi. Bu durum, kaynaklarda "her ev küçük bir devlettir" ifadesiyle değerlendirilmiştir[48]. Ancak bu, antik Roma'ya ilişkin bir gerçekliğin ifadesidir; çünkü *Principatus* Dönemi'nde baba egemenliğine ilişkin yetkiler büyük ölçüde sınırlandırılmıştır[49].

B. KURULMASI

Bir kimse üzerinde baba egemenliği kanundan veya hukukî işlemden doğabilirdi. Kanundan doğan baba egemenliği ya doğum ile ya da *legitimatio* olarak ifade edilen nesebin düzeltilmesi yoluyla olmaktaydı. Hukukî işlemden doğan baba egemenliği ise evlat edinme ve *manus*'un kurulması olmak üzere iki şekilde gerçekleşmekteydi[50].

Baba egemenliğinin sona erme nedenleri ise aile babasının ölümü, *capitis deminutio*'ya uğraması, *emancipatio* ile aile evladının egemenlikten çıkarılması, aile evladının evlatlık verilmesi, *manus* altına girmiş olan kadının *manus*'tan çıkarılmasıdır. Ayrıca, *Iustinianus* Dönemi'nde babasından kötü

---

in rem verso oranında sorumlu olurdu (**Küçükgüngör, Erkan:** Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi *(Depositum)*, Ankara 2002, s. 41[*Depositum*]).

[48] **Di Marzo**, s. 135.

[49] **Akıncı, Şahin:** Roma Hukuku Dersleri, Konya 2003, s. 182; **Güneş Ceylan**, s. 40; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 91; **Lee, R. W.:** The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian, London 1956, s. 105.

[50] **Di Marzo**, s. 138; **Günal**, s. 28; **Kaser**, s. 61; **Leage**, s. 80; **Roby**, s. 57.

TMK 282. maddesi uyarınca, "çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur".

muamele gören çocuğun üzerindeki egemenliğin imparatorun iradesi ile *(per rescriptum principis)* sona erdirileceği hükme bağlanmıştır[51].

1. KANUNDAN DOĞAN BABA EGEMENLİĞİ

Roma Hukuku'nda kanundan doğan baba egemenliği doğum esasına dayanırdı. Bu bağlamda, *Ius Civile*'ye göre geçerli bir evliliğin meydana gelmesinden itibaren yüz seksen gün sonra ve sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuş olan çocuklar evlilik içi sayılır ve *ipso iure*[52] bir diğer ifadeyle başka bir işleme gerek olmaksızın babanın egemenliği altına girerlerdi. Bu durum "baba; evliliğin baba olarak tanıdığı kimsedir" *(pater est quem nuptiae demonstrant)* karinesi ile ifade edilirdi[53]. Roma Hukuku'nda kabul edilen bu karine modern hukukları da etkilemiş ve TMK 287. maddesinde yer alan "evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır" hükmünün de temelini oluşturmuştur.

Ius Civile'ye göre geçerli bir evliliğin bulunmadığı durumlarda ise çocuğun baba ile herhangi bir hukukî bağı olmamakla birlikte, çocuk babanın veya onun tabi olduğu aile babasının egemenliği altına giremezdi. Bu nedenle o ailenin mirasçısı olamazdı. Evlilik dışı sayılan bu çocuk annenin durumunu takip ederdi[54]. Bunun yanı sıra, doğumun sayım *(census)* sırasında

---

[51] **Honig**, s. 187; **Honsell**, s. 184; **Karadeniz Çelebican**, s. 166 vd.; **Kaser**, s. 61; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 107; **Leage**, s. 80 vd.; **Nicholas**, s. 79 vd.; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 148 vd.

[52] Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda; evlilik içi doğmuş bir çocuğun egemenlik altına girmesi için doğumun ardından yeni doğanın babası ya da babası egemenlik altında ise onun tabi olduğu aile babası tarafından ebenin bıraktığı yerden alınarak havaya kaldırılmış olmasının *(tollere liberum)* egemenliğe kabul edildiğine dair bir tanıma ritüeli olduğuna ilişkin bilgiler yer almaktadır. Bu ritüelin Roma ailesinin gelenekselliğinden kaynaklandığı ifade edilmektedir (**Gönenç**, s. 46; **Günveren, Güzide Burcu:** Roma Hukukunda Evlat Edinme *(Adoptio)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 8; **İpek, Nurcan:** "*Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi*"; MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, ss. 295-359; s. 324 [Roma Ailesi]; **Kayak**, s. 264).

[53] **Güneş Ceylan**, s. 38; **Kaser/Knütel**, s. 80 vd.; **Koschaker/Ayiter**, s. 329; **Nicholas**, s. 76 vd.; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 146 vd.

[54] **Gönenç**, s. 46 vd.; **Güneş Ceylan**, s. 38; **Honig, Richard:** Roma Hukuku Dersleri, Çev. Şemseddin Talip, 1935, s. 185; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 94.

censor'a[55] bildirilmesi gerekirdi[56]. Baba egemenliğinin doğum esasına bağlı olarak kurulması çeşitli metinlerde ifade edilmektedir:

Iust.Ins. 1.9.pr.-3: "*In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus. Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens. Ius autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est: item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, aeque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris eius*".

Iust.Ins. 1.9.pr.-3: "Geçerli bir evlilikten *(iustae nuptiae)* doğan çocuklarımız egemenliğimiz *(potestas)* altındadırlar. Evlenme *(nuptiae veya matrimonium)*, kadın ile kocanın bölünmez bir hayat iştiraki içinde birleşmesidir. Çocuklar üzerinde sahip olduğumuz egemenlik hakkı Roma vatandaşlarına özgüdür; hakikaten diğer insanlar, bizim çocuklarımız üzerinde sahip olduğumuz gibi bir egemenliğe sahip değildirler. Senden ve karından doğan kimse senin egemenliğin altındadır: Aynı şekilde, oğlundan ve onun karısından doğan kimse de yani kız veya erkek torunun da senin egemenliğin altındadır; torunun oğlu veya kızı da böyledir. Buna karşılık, kızından doğan kimse senin değil, kendi babasının egemenliği altındadır[57]".

Evlilikten itibaren yüz seksen günden önce ve boşanmadan itibaren üç yüz gün sonra doğan çocuğu tanıması için kadın tarafından babaya *actio de partu agnoscendo* olarak ifade edilen *praetor* davası açılarak çocuğun tanınması talep edilebilirdi. Daha sonra *Senatus Consultum Plancianum* ile *praetor* tarafından kadına tanınan bu davada; üzerinde babalık karinesi bulunan kişinin hangi şartlarda çocuğun kendisine ait olmadığını iddia edebileceği hükme bağlanmıştır (**Küçükgüngör**, Adoption, s. 93 vd.; **Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s. 5 vd. [Lügat]).

[55] *Censor*; M.Ö. 443 yılında kurulmuş olan bir *magistra*'lıktır. *Censor*'lar beş senede bir seçilmekle birlikte, Roma vatandaşlarının sayımını yapmak ve vatandaşların malvarlığının değerini takdir ederek bu bilgilere ilişkin listeyi on sekiz ayda hazırlamakla görevlilerdi (**Söğütlü Erişgin, Özlem:** Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 2017, s. 97 [Kamu Hukuku].

[56] **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 147.

[57] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 32 vd.

Gaius Ins. 1.55: "*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) …*"

Gaius Ins. 1.55: "Geçerli bir evlilikten *(iustae nuptiae)* doğan çocuklarımız egemenliğimiz *(potestas)* altındadırlar. Bu hak Roma vatandaşlarına özgüdür. (Bizim çocuklarımız üzerinde sahip olduğumuz egemenliğe benzer bir egemenliğe sahip başka kimse yoktur) …"

D.2.4.5 Paulus: "*…Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*".

D.2.4.5 Paulus: "…Baba evlilikle belirlenen kişidir".

D.1.5.19 Celsus: "*Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: volgo quaesitus matrem sequitur*".

D.1.5.19 Celsus: "Geçerli bir evlilikten doğan çocuklar babanın durumunu takip ederler, ancak evlilik dışı ilişkiden doğanlar annenin durumunu takip ederler".

Kanundan doğan baba egemenliğinin kurulmasına ilişkin bir diğer durum ise *legitimatio*'dur. Nesebin düzeltilmesini ifade eden *legitimatio* Klasik Hukuk Dönemi'nde bulunmayan ve Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ile ortaya çıkmış bir hukukî imkandır. *Concubinatus*'tan[58] doğan çocukların nesebinin düzeltilmesi için düzenlenmiş bulunan *legitimatio* işlemi üç şekilde yapılmaktaydı[59]: Bunlar; anne ve babanın sonradan evlenmesiyle nesebin düzeltilmesi *(legitimatio per matrimonium subsuequens)*, imparator *rescriptum*'ları ile nesebin düzeltilmesi *(legitimatio per rescriptum principis)* ve *decurion* olmakla nesebin düzeltilmesi *(legitimatio per obligatio in curi)* olarak sayılabilir. Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklar incelendiğinde hâkim hükmü ile nesebin düzeltilmesi imkânının bulunmadığı görülmektedir[60].

---

[58] Roma Hukuku'nda evlilik olarak kabul edilmeyen birleşmeler *concubinatus* olarak ifade edilirdi. *Concubinatus; Ius Civile*'ye göre geçerli bir evlilik olmadığı için hukukî sonuçlar doğurmamakla birlikte, alelade bir evlilik dışı yaşamanın sebep olduğu cezalara sebebiyet vermeyen, kadınla erkeğin devamlı olarak birlikte yaşamaları halidir (**Umur**, Lügat, s. 42).

[59] **Yıldız, Sevil:** Roma Hukukunda Soybağı Kurulmamış Çocuğun Hukuki Durumu, Ankara 2020, s. 129-134.

[60] **Berki**, s. 155 vd.; **Honig**, s. 185; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 93; **Leage**, s. 81 vd.

Roma Hukuku'nda evlenme ile nesebin düzeltilmesinin tarihsel gelişimi incelendiğinde öncelikle İmparator *Constantinus* tarafından kendi döneminde (M.S. 306-337) *concubinatus* içinde doğmuş ve evlilik dışı sayılan çocukların, anne ve babanın sonradan evlenmesiyle evlilik içi çocuk haline geleceklerinin hükme bağlandığı görülmektedir[61]. Ancak bu şekilde nesebin düzeltilmesi imkânı sadece doğuştan özgür bir kadının *concubinatus* içinde doğmuş çocukları için tanınmaktaydı[62].

İmparator *Anastasios* döneminde de (491-518) evlenme ile nesebin düzeltilmesi kabul edilmiş olup, 529 yılında *Iustinianus* döneminde yasallaşmıştır[63].

İmparator *Theodosius* II döneminde (408-450) ise mali idare politikasından doğan bir düzenleme ile nesebin düzeltilmesi mümkün kılınmıştı. Bu bağlamda, babanın evlilik dışında doğan çocuğunu *decurion*[64] olarak vererek vergilerin tahsilinde görevlendirilmesi şartı ile nesebinin düzeltilmesi hükme bağlanmıştır. Ancak bu usulde çocuk sadece babasına karşı sahih nesepli olmakla birlikte, babasının hısımları ile arasındaki ilişki gayri sahih nesep esasına dayanırdı[65].

Iustinianus Dönemi'nde evlenme ile nesebin düzeleceği yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olup, ayrıca M.S. 538 yılında bir emirname ile çocuğun annesi ve babasının evlenmesi imkânsız ise babanın talebi ve imparatorun *rescriptum*'u ile çocuğun nesebinin düzeltilebileceği de kabul edilmiştir[66]. *Iustinianus* Dönemi'nde *legitimatio* için belli şartlar öngörülmüş ve bu şartlar mevcut olmadığı sürece anne ve baba sonradan evlenseler bile çocuğun nesebinin gayri sahih olarak kalmaya devam edeceği hükme bağlanmıştır.

---

[61] **Berki**, s. 155 vd.

[62] **Serim, Gökçe:** Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler, Ankara 2018, s. 101-103.

[63] **Berki**, s. 155 vd.

[64] *Decurion*'lar Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde Roma'ya tabi şehirlerin *curia*'larına dahil azalarından oluşan ve vergi tahsili ile görevli asilzade sınıfıdır. Bu sınıfın görevlerini yerine getirmek için malvarlıklarını teminat olarak göstermek gibi ağır mükellefiyetleri olması sebebiyle zamanla bu göreve az sayıda kişi talip olmaya başlamış ve vergi tahsilatı aksamıştır. Bu nedenle M.S. 4. yüzyıldan itibaren *decurio*'luk zorunlu ve babadan oğula geçen bir görev haline getirilmiştir (**Umur**, Lügat, s. 55).

[65] **Berki**, s. 156.

[66] **Honig**, s. 185; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 148.

Söz konusu şartlar; anne ve baba arasında gebelik anında meşru bir evlenmenin hukuken mümkün olmaması ve mümeyyiz çocuğun *legitimatio*'ya rıza göstermesidir[67].

2. HUKUKÎ İŞLEMDEN DOĞAN BABA EGEMENLİĞİ

Hukukî işlemden doğan baba egemenliği, evlat edinme ve *manus*'un kurulması olmak üzere iki şekilde gerçekleşmekteydi[68]. Çalışmanın ilerleyen bölümünde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere evlat edinme ile aileye yabancı olanların hukukî işlem yoluyla aile içine alınması ve bu yolla aile evlatları üzerinde egemenliğin kurulması söz konusudur[69]. *Manus* ise evli kadınlar üzerinde kurulan egemenliği ifade etmektedir[70]. Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda *manus*'a bir nevi evlat edinme gözüyle bakılabileceğine ilişkin ifadeler yer almaktadır[71]. Bu nedenle *manus*, hukukî işlemden doğan baba egemenliği içerisinde ele alınmaktır.

Ius Civile'ye göre Roma ailesi, aynı baba egemenliğinde bulunan kimselerden oluşmakta ve evli kadının aileye dahil olması kocasının ya da kocası bir aile babasının egemenliği altında ise kocasının tabi olduğu aile babasının egemenliği altına girmesiyle mümkün olmaktaydı[72]. Bu bağlamda, evlenme ve *manus* altına girme birbirinden farklı hukukî kurumlardı. Kadın evlenme ile doğrudan *manus* altına girmemekte, bu hukukî işlemin şekil şartları bulunmaktaydı[73]. Bu bağlamda *manus*, *conventio in manum* işlemlerinden birinin yapılmasıyla kurulurdu[74]. *Conventio in manum*, sadece evlenen kadınlar için yapılabilen bir işlemdi[75] ve 12 Levha Kanunu'nda düzenlenmiş

[67] **Berki**, s. 155 vd.; **Oğuzoğlu**, s. 108.

[68] **Di Marzo**, s. 138.

[69] **İpek**, s. 181; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 14

[70] **Gönenç**, s. 60; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 143; **Watson**, s. 15 vd.

[71] **Ayiter**, s. 8.

[72] **Emiroğlu**, s. 38.

[73] **Güneş Ceylan**, s. 44.

[74] **Umur**, 1975, s. 132; **Umur**, 1999, s. 172; **Watson**, s. 20.

[75] Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda; *manus*'lu evliliklerde evlenme ve *manus* işleminin yapılmasının arasındaki sürenin bir yılı geçmediğine ilişkin bilgiler yer almakta ve bu durum bir yıl beraber oturma sonucu evli kadının *usus* yoluyla kocasının *manus*'u altına girmesi ile açıklanmaktadır. Dolayısıyla, *usus*'un geçerli olduğu dönemlerde, Roma'da en fazla bir yıllık bir süre sonunda, bütün evli kadınlar *manus* altına girerlerdi (**Villers, Robert:** "*Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri*

olan *usus*, *coemptio* veya *conferratio* ile gerçekleşmekteydi[76]. Konuya ilişkin metinlere *Gaius*'un *Institutiones*'inde rastlanmaktadır:

Gaius Ins. 1. 109: "*Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt*".

Gaius Ins. 1. 109: "Hem kadınlar hem de erkekler bir başkasının egemenliği altında bulunabilirler; ama sadece kadınlar *manus* altına girerler".

Gaius Ins. 1.110: "*Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*".

Gaius Ins. 1.110: "*Conventio in manum; usus, conferratio* ve *coemptio* olarak üç farklı usulle yapılır".

Usus, bir yıl süreyle kocasıyla aynı evde yaşayan kadının; kocasının veya onun aile babasının egemenliği altına girmesini sağlayan *manus* usulü olmakla birlikte[77], bu usulün Klasik Hukuk Dönemi'nde ortadan kalktığı ifade edilmektedir[78]. *Usus*'un uygulandığı dönemlerde *manus* altına girmek istemeyen kadınlar için 12 Levha Kanunu'nda bir yıllık sürenin kesintisiz olması gerektiği hükme bağlanmış olup, bir yıl içinde üç gece evde bulunmayan kadın üzerinde *usus*'a dayanarak *manus*'un kurulamayacağı düzenlenmiştir[79].

Evlenen kadının kocasının egemenliği altına girmesini sağlayan bir diğer işlem olan *coemptio* ile *pater familias* kızını farazî bir satış sözleşmesi ile müstakbel kocasına satar ve *mancipatio* ile mülkiyetini naklederdi[80].

Conferratio işlemi ise on tanığın huzurunda ve *pontifex maximus* (başrahip) ile *flamen dialis* (Jüppiter rahibi) tarafından yönetilen, *farreo* olarak ifade edilen dinsel bir merasimle ve belirli sözler söylenerek *panis farreus* olarak isimlendirilen ekmeğin eşler arasında paylaşılması ile gerçekleşirdi[81].

Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu", Çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, 1974, C. 39, ss. 427-438; s. 429).

[76] **Emiroğlu**, s. 39.

[77] **Söğütlü Erişgin**. s. 3; **Watson**, s. 15.

[78] **Villers**, s. 429.

[79] **Nicholas**, s. 83.

[80] **Söğütlü Erişgin**. s. 3.

[81] **Buckland**, s. 118 vd.; **Güneş Ceylan**, s. 44; **Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold (neu bearb. Honsell, Heinrich/Mayer-Mali, Theo/Selb, Walter):**

Geleneksel Roma evliliğinde kadın genelde *manus* altında olmakla birlikte, *manus* kurulmadan da evlenme[82] imkânı vardı[83]. Bu bağlamda, evlilikler *manus*'lu *(cum manu)* ya da *manus*'suz *(sine manu)* olarak yapılabilmekteydi[84]. Evli kadının üzerinde *manus*'un kurulmasıyla birlikte onun kendi ailesiyle olan *agnatio* hısımlığı ve bu hısımlığa dayanan hak ve yükümlülükleri sona ermekteydi. Dolayısıyla, *manus*'un kurulmasından sonra kadın bütün hukukî sonuçlarıyla kocasının ailesine katılmış olurdu. Eğer evlenen kadın *sui iuris* ise *manus*'un kurulmasıyla *alieni iuris* olurdu[85] ve varsa malvarlığı kocasına, kocası egemenlik altında ise aile babasına intikal ederdi[86]. *Manus* için gerekli işlemler yapılmamışsa kadının kendi ailesiyle *agnatio* hısımlığı devam eder, kocası ve kocasının ailesiyle *agnatio* hısımlığı kurulamazdı. Evlenen kadın *sui iuris* ise *manus* işlemleri yapılmadığı takdirde *sui iuris* olarak kalırdı. Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren *Ius Gentium*'un etkisiyle *manus*'lu evlenmelerin giderek azaldığı ifade edilmektedir[87].

III. EVLAT EDİNMENİN USULLERİ VE ŞARTLARI

Evlat edinme, baba egemenliğine girmenin hukukî işleme dayandığı durumlardan biridir. Bu anlamda evlat edinme sadece Roma Hukuku'nda değil, bütün eski hukuklarda modern hukuklarla mukayese edilemeyecek kadar önemli bir rol oynardı. Evlat edinme işlemi eski toplumlarda ailenin

---

Römisches Recht, New York 1987, s. 394; **Söğütlü Erişgin**. s. 3.

[82] Roma Hukuku'nda evlilik rızaî bir sözleşmeyle meydana gelen ve sadece şartları sağlayan Roma vatandaşları arasında yapılan bir hukukî işlemdi. Tarafların karşılıklı olarak bu yöndeki iradelerini beyan etmeleri yeterli görülmüştü. Ayrıca bir merasim aranmamaktaydı. Bir arada yaşama niyeti ve toplum içerisinde karı koca olarak görülmek ise evliliğin varlığı için aranan unsurlardı. Bu karine *consensus* olarak da ifade edilir ve *consensus*'un sona ermesiyle evlilik de sona ererdi. Burada ifade edilen *consensus* Klasik Hukuk Dönemi'ndeki durumdur. *Iustinianus* Dönemi'nde ise *consensus* evlilik sözleşmesinin yapıldığı anda aranan bir olgu manasında kullanılmıştır (**Ayiter, Kudret:** Klasik Roma Hukuku'nda Dosun Tesisi, Ankara 1958, s. 6 vd. [Dos]).

[83] **Söğütlü Erişgin**, s. 3 vd.

[84] **Güneş Ceylan**, s. 45; **Rado Basman, Türkan:** "*Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri*", İÜHFM, C. 8, S. 3-4, ss. 530-544, s. 537.

[85] **Söğütlü Erişgin**, s. 3 vd.

[86] **Umur**, 1999, s. 172; **Watson**, s. 20.

[87] **Buckland, W.W.:** A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1921 s. 121; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 143.

devam etmesi[88] ve ailenin yok olma tehlikesinin ortadan kaldırılması fikrini temsil ederdi[89]. Bu yolla aileye yabancı bir kimse katılır ve diğer aile evlatları gibi aile babasına tabi olurdu[90]. Roma Hukuku kaynaklarında, aile evlatlarından erkek iseler *filius familias*, kız iseler *filia familia* olarak söz edildiği görülmekle birlikte, bunların hangi yolla aile babasının egemenliği altına girdiklerinin tespitine ilişkin ifadelere rastlanmamaktadır. Bu bağlamda, doğumla ya da evlat edinme ile Roma ailesine dahil olanları birbirinden ayırmak için farklı tabirlerin kullanılmadığı görülmektedir[91].

Roma Hukuku'nda evlat edinmenin farklı usulleri bulunmakta ve evlat edinilecek kimsenin statüsü uygulanacak usulü belirlemekteydi. Bu bağlamda, evlat edinilen kimse bir aile evladı olabileceği gibi kendisi de aile babası olabilirdi. İlk durumda yapılan evlat edinme işlemi *adoptio* olarak ifade edilirken, ikinci durumda yapılan işlem ise *adrogatio* olarak ifade edilirdi[92]. Her usulün kendine özgü bir takım maddî ve şeklî şartları bulunurdu. Bu durum *Digesta*'da belirtilmektedir:

> **D.1.7.1.1 Modestinus:** "*Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt*".
>
> **D.1.7.1.1 Modestinus:** "Evlat edinme biri aynı şekilde ifade edilen *adoptio* ve diğeri *adrogatio* olmak üzere iki farklı usulü içeren genel anlamda bir terimdir. Aile evlatları *adoptio* ile, *sui iuris*'ler *adrogatio* ile evlat edinilirler".

A. *ADOPTIO*

Adoptio; aile babasının egemenliği altındaki bir kimsenin başka bir aile babası tarafından evlat olarak kabulünü ifade eden bir kavramdır[93]. Bu bağlamda bir *alieni iuris* başka bir aile babasının egemenliğine girmektedir. Aile evladı statüsünde olan bir kimsenin bir nevi aile değiştirmesidir[94]. Aile

[88] **Ayiter**, s. 46.

[89] **İpek**, s. 181.

[90] **Akıncı**, s. 182; **Oğuzoğlu**, s. 107.

[91] **İpek**, s. 182.

[92] **Akıncı**, s. 182; **Honig**, s. 185; **Leage**, s. 82 vd.; **Oğuzoğlu**, s. 107; **Roby**, s. 58.

[93] **Emiroğlu**, s. 37; **Koschaker/Ayiter**, s. 332; **Leage**, s. 82.

[94] **Nicholas**, s. 77; **Oğuzoğlu**, s. 110.

babası bu işlem ile aileye yabancı bir kimseyi aile evladı yapmaktadır. Bu işlemde evlat edinilen bir aile evladı olduğu için *status*'unda bir değişiklik olmamakla birlikte[95], kendi ailesiyle olan *agnatio* hısımlığı ve bu hısımlığa dayanan hak ve yükümlülükleri sona ermekteydi[96]. Bu işlemden sonra yeni ailesinin soy ismini ve unvanını alarak miras hakkına sahip olmaktaydı[97]. Roma toplumunda *adoptio* ile genellikle aile babaları hısımlarının çocuklarını evlat edinmiş ve miraslarının yabancı bir kişiye bölünmesini istememişlerdir[98]. Bu şekilde evlat edinme, doğal üreme oranındaki düşüklüğü telafi etmek[99]; ailenin ismini devam ettirmek; gelirini arttırmak; savunmasını sağlamak gibi çeşitli amaçlarla yapılmaktaydı[100]. M.S. 2. yüzyıldan itibaren ise imparatorların kendilerine uygun bir ardıl belirlemek amacıyla *adoptio* usulüne başvurduğu ifade edilmektedir[101].

Evlat edinilen kimse diğer evlatlarla aynı statüde görülür ve evlat edinilenler ile aile babasının kendi çocukları arasında bir fark bulunmazdı[102]. Bu hukuksal durum kaynaklarda, sadece doğanın değil, evlat edinmenin de aile evladı olmayı sağlaması olarak açıklanmaktadır[103]. Bunun yanı sıra *adoptio* usulünde maddî ve şeklî olmak üzere birtakım şartlar aranmaktaydı. Evlat edinmeye ilişkin bu hükümler çeşitli metinlerde ele alınmaktadır:

> **Gaius Ins. 1.1.97:** "*Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum et hi, quos adoptamus*".
>
> **Gaius Ins. 1.1.97:** "Belirtmiş olduğumuz gibi, sadece öz çocuklarımız değil, aynı zamanda evlat edindiğimiz çocuklar da egemenliğimiz altındadırlar".

---

[95] **Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 170.

[96] **Söğütlü Erişgin**, s. 3 vd.

[97] **Güneş Ceylan**, s. 42; **Nicholas**, s. 78.
TMK 314. maddesi uyarınca "ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer. Evlatlık, evlat edinenin mirasçısı olur. Evlatlık küçük ise evlat edinenin soy ismini alır. Evlat edinen isterse çocuğa yeni bir isim verebilir. Ergin olan evlatlık, evlat edinilme sırasında dilerse evlat edinenin soy ismini alabilir".

[98] **Lindsay, Hugh:** Adoption in the Roman World, Cambridge 2009, s. 4.

[99] **İpek**, s. 181.

[100] **Di Marzo**, s. 138.

[101] **İpek**, s. 181.

[102] **Güneş Ceylan**, s. 42; **Lee**, s. 106.

[103] **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 148.

D.1.7.1 pr. Modestinus: "*Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt*".

D.1.7.1 pr. Modestinus: "Sadece doğa değil aynı zamanda evlat edinme de aile evladı olmayı sağlamaktadır".

1. *ADOPTIO*'NUN MADDÎ ŞARTLARI

Roma Hukuku'nda *adoptio* usulü ile evlat edinmenin maddî şartları incelendiğinde öncelikle *Ius Civile*'ye göre bu hakkın aile babası statüsünde bulunan kişilere tanınmış olduğu ve sadece aile babalarının evlat edinme yoluyla aileye yabancı bir kimseyi kabul etme imkânının bulunduğu anlaşılmaktadır[104]. Bir diğer ifadeyle, sadece *sui iuris* erkekler aile babası olabildikleri için kadınlar evlat edinemezdi[105]. Bunun yanı sıra, aile babasının evli ya da bekar olması konusunda evlat edinme açışından bir fark bulunmazdı. Bu bağlamda bekarlar da evlat edinebilirdi[106]. Bu konu *Digesta*'da yer alan bir metinde ifade edilmektedir:

D.1.7.30 Paulus: "*Et qui uxores non habent filios adoptare possunt*".

D.1.7.30 Paulus: "Bekarlar da evlat edinebilirler".

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ile bu yaklaşım değişmiş, belli şartların bulunması durumunda kadınların da evlat edinmesi kabul edilmiştir. İmparator *Diocletianus*, çocukları ölmüş bir kadının evlat edinebileceğini kabul etmiş, ancak baba egemenliğine sahip olamayacağını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla evlat eski egemenliğinde kalırdı[107]. *Iustinianus* Dönemi'nde de bu yaklaşımın varlığını koruduğu ve imparatorun izni ile çocuklarını kaybetmiş kadınların üzüntülerini hafifletmek amacıyla, evlat edinilenin aileye dahil olmadan yalnız evlat edinen kadın açısından evlat durumuna girmesi esasının bulunduğu görülmektedir[108]. Bu konu çeşitli metinlerde ele alınmaktadır:

[104] **Di Marzo**, s. 138.

[105] **Emiroğlu**, s. 38.

[106] **Buckland**, s. 123; **Di Marzo**, s. 138.

[107] **Buckland**, s. 123; **Roby**, s. 60; **Umur**, Ders Notları, s. 171.

[108] **Di Marzo**, s. 140; **Emiroğlu**, s. 38; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 148.

Iust.Ins. 1.11.10: "*Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent: sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt*".

Iust.Ins. 1.11.10: "Kadınlar evlat edinemezler, çünkü kendi çocukları bile egemenlikleri altında değildir: Ancak, imparatorun izni ile kaybetmiş oldukları çocuklarının tesellisi olarak evlat edinebilirler[109]".

D.1.7.21 Gaius: "*Nam et feminae ex rescripto principis adrogari possunt*".

D.1.7.21 Gaius: "Kadınlar imparatorun izniyle evlat edinebilirler".

Kadınların evlat edinilmesi konusu incelendiğinde ise *agnatio* hısımlığının erkekler aracılığıyla sürdürülmesinin bir sonucu olarak, erkek alt soyu bulunmayan aile babasının evlat edinme yoluyla ailenin ve isminin devamını sağlamak amacıyla hareket ettiği görülmektedir[110]. Dolayısıyla, ailenin isminin sürdürülebilmesi açısından genellikle erkekler evlat edinilirdi. Bu anlamda, erkek evladı olmadığı için ailesi devam edemeyecek olan bir aile babasının, ailesinin devamını sağlamak amacıyla yapay bir araca başvurarak, hukukî bir işlem ile *filius familias* edindiği anlaşılmaktadır[111].

Adoptio ile evlat edinmenin maddî şartları arasında rızanın varlığı da yer almaktadır. Bu bağlamda, her iki aile babasının rızasının bulunması zorunluydu. *Iustinianus* Dönemi'ndeki düzenlemeye göre evlat edinilenin de rızası bulunmalıydı, en azından itiraz etmemesi gerekirdi[112]. Bu durum *Digesta*'da yer alan bir metinde ele alınmaktadır:

---

[109] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 40 vd.

[110] **Lindsay**, s. 69; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 147.

[111] **Ayiter**, s. 47; **Lindsay**, s. 103; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 147.

[112] **Oğuzoğlu**, s. 111.

Evlat edinmede rızanın varlığı TMK 308 ve 309. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca, "evlat edinme, küçüğün ana ve babasının rızasını gerektirir. Rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir. Verilen rıza, evlat edinenlerin isimleri belirtilmemiş veya evlat edinenler henüz belirlenmemiş olsa dahi geçerlidir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez. Vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlat edinilebilir".

D.1.7.5 Celsus: "*…Sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo*".

D.1.7.5 Celsus: "…Aile evlatlarının aile babalarının iradesi ile evlat edinildikleri durumlarda, her ikisinin de rızasının bulunması ya da itirazının bulunmaması dikkate alınmalıdır".

Evlat edinilenin başka bir aile babasının evlatlığı durumunda bulunmaması, *Iustinianus* Dönemi'nde *adoptio* için aranan bir diğer şarttı[113]. *Adoptio* usulü ile evlat edinmenin maddî şartlarından biri de yaş konusuna ilişkindir. Roma Hukuku'nda evlat edinme konusundaki genel yaklaşım, evlat edinmenin doğası gereği evlat edinilenin evlat edinenden küçük olması yönündedir. Bu durum "evlat edinme doğayı taklit eder" *(adoptio enim naturam imitatur)* kuralıyla açıklanmaktadır. *Iustinianus* Dönemi'nde ise bu husus evlat edinenin, evlat edinilenden en az on sekiz yaş *(plena pubertas)* büyük olması zorunlu hale getirilerek hükme bağlanmıştır[114]. Evlat edinilen açısından ise yaşla ilgili bir sınırlama bulunmamaktaydı[115]. Bu konu çeşitli metinlerde ele alınmaktadır:

Iust.Ins.1.11.4: "*Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est ut maior sit filius quam pater. debet itaque is qui sibi per adrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere*".

Iust.Ins.1.11.4: "Genç bir kimsenin kendisinden daha yaşlı birisini evlat edinemeyeceği kabul edilir: Çünkü, evlat edinme doğayı taklit eder ve evladın babadan yaşlı olması doğal değildir. Bu nedenle *adoptio* veya *adrogatio* yoluyla bir kimseyi kendisine evlat edinmek isteyen kişi, ondan tam bir buluğ çağı *(plena pubertas)* kadar yani on sekiz yaş büyük olmalıdır[116]".

---

[113] **Berki**, s. 153.

[114] **Di Marzo**, s. 141; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 104; **Roby**, s. 61; **Umur**, Ders Notları, s. 171.

TMK 308. maddesi uyarınca "evlat edinilenin, evlat edinenden en az on sekiz yaş küçük olması şarttır".

[115] **Lindsay**, s. 69 vd.

[116] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 40 vd.

D.1.7.16 Iavolenus: "*Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere*".

D.1.7.16 Iavolenus: "Evlat edinme, sadece baba ile evlat arasındaki doğal bir bağın var olabileceği kişilerle gerçekleşebilir".

Sonuç olarak, *adoptio*'nun *Iustinianus* Dönemi'ndeki maddî şartları dört madde halinde sıralanabilir: Bu şartlar; evlat edinecek olan aile babasının rızasının varlığı, evlat edinilenin ve aile babasının rızasının bulunması, evlat edinecek olan kişinin evlat edinilenden en az on sekiz yaş büyük olması ve evlat edinilenin başka bir aile babasının evlatlığı durumunda bulunmamasıdır[117].

2. *ADOPTIO*'NUN ŞEKLÎ ŞARTLARI

Roma Hukuku'nda aile babasının egemenliği altında bulunan kimsenin, başka bir aileye aile evladı olarak girmesini ifade eden *adoptio*'nun şeklî şartları incelendiğinde, Klasik Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi arasında farklı esaslara tabi olduğu görülür. Klasik Hukuk Dönemi'nde farazî satış işlemi ile evlat edinmenin hukukî sonuçlarını doğurduğu anlaşılmaktadır[118]. Bu bağlamda *adoptio*, Roma'da ilk zamanlar *praetor* huzurunda, eyaletlerde ise eyalet valileri huzurunda yapılmaktaydı[119].

Adoptio usulü ile evlat edinme iki aşamada gerçekleşirdi. İlk aşamada aile evladının asıl ailesiyle bağı kesilir; ikinci aşamada ise yeni ailesiyle bağı kurulurdu[120]. 12 Levha Kanunu'nda ifade edilmiş olan; aile evladını üç defa satan bir babanın çocuğu üzerindeki egemenliğinin sona ereceği *(si pater filium ter verum dedit, filius a patre liber esto)* kuralı doğrultusunda, klasik usulde öncelikle aile babası çocuğunu üç defa *mancipatio* ile bir tanıdığına devrederdi[121]. Üç defa *mancipatio* yapılmasının amacı çocuğun asıl ailesiyle bağını tamamen kesmekti. Bu bağ kesildikten sonra, çocuğu evlat edinecek aile babasının, satın alan kişinin aleyhine dava açması üzerine taraflar

[117] **Buckland**, s. 123; **Oğuzoğlu**, s. 111.

[118] **Emiroğlu**, s. 38.

[119] **Di Marzo**, s. 138 vd.; **Honsell**, s. 183 vd.

[120] **Küçükgüngör**, Adoption, s. 104.

[121] **Buckland**, s. 122; **Gönenç**, s. 47; **Honig**, s. 186; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 104.

praetor'un huzuruna giderlerdi[122]. Evlat edinecek kişinin *in iure cessio* ile çocuğun kendi çocuğu olduğunu iddia etmesi ve *praetor*'un da evlatlığı bu iddiada bulunan kişiye devir talimatını vermesi ile evlat edinme işlemi tamamlanmış olurdu *(datio in adoptionem)*. Evlat edinen kişinin bu iddiası ve talebi bir *rei vindicatio*[123]'ya benzetilmektedir[124].

Sonuç olarak, eski aile babasının farazî satış işlemlerini yapmasından sonra yeni aile babası *praetor*'un huzurunda bir *in iure cessio* ile çocuğu kendisine evlat edinmiş olurdu[125]. *Adoptio* işlemindeki üç defa *mancipatio* yapılması ya da diğer ifadesiyle üçlü farazî satış usulü, yalnız erkek evlatlar için kullanılmış olup, kız evlatlarda tek bir *mancipatio* ile evlat edinmenin tamamlanmış olacağı kabul edilmiştir. Bunun sebebi 12 Levha Kanunu'nda yalnız erkek evlatlar için üçlü *mancipatio* şeklînin öngörülmesidir[126].

Iustinianus Dönemi'nde bu teferruatlı usul geçerliliğini yitirmiş ve sadece *datio in adoptionem*'in beyanıyla evlat edinme işleminin gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Bu dönemdeki usulde, evlat edinecek kişi, evlat edinilecek çocuk ve egemenliğinde bulunduğu aile babası hâkimin huzuruna giderlerdi. Hâkimin tarafların beyanlarını mahkeme kalemine kaydettirmesiyle evlat edinme işlemi tamamlanmış olurdu[127]. Görüldüğü gibi bu dönemde evlat edinmenin şeklî şartları farklı esaslara bağlanmıştır. Bunun yanı sıra evlat edinmenin hükümleri konusunda da yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu dönemdeki değişiklikler *Iustinianus* Dönemi'nde *in iure cessio* işleminin bulunmamasından ve ailenin artık kan bağı *(cognatio)* esasına dayandırılmasından kaynaklanmaktadır[128]. Bu doğrultuda evlat edinme, hükümleri açısından *adoptio minus plena* (sınırlı evlat edinme) ve *adoptio plena* (tam evlat edinme) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu ayrım ile bir kimsenin kendi

[122] **Ayiter**, s. 48; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 105; **Nicholas**, s. 77; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 147.

[123] *Rei vindicatio*, Roma Hukuku'nda *Ius Civile* mülkiyetini koruyan, zilyet olmayan *Quirites* Hukuku malikinin, malik olmayan zilyede açtığı ayni davadır (**Umur**, Lügat, s. 178).

[124] **Berki**, s. 152; **Honig**, s. 186.

[125] **Honsell**, s. 184; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 106; **Nicholas**, s. 78; **Roby**, s. 58 vd.; **Umur**, Ders Notları, s. 171.

[126] **Ayiter**, s. 49; **Emiroğlu**, s. 38.

[127] **Berki**, s. 152; **Honig**, s. 186; **Oğuzoğlu**, s. 112; **Umur**, s. 171.

[128] **Karadeniz Çelebican**, s. 164; **Oğuzoğlu**, s. 111; **Umur**, s. 171.

soyundan bir diğer ifadeyle kan bağı bulunan bir kimse tarafından evlat edinilmesi ile aileye yabancı olan bir kimse tarafından evlat edinilmesi farklı hukukî sonuçlara bağlanmıştır[129].

Adoptio minus plena çocuğun kendi soyundan olmayan herhangi bir kişiye *(extranea persona)* evlatlık verilmesini ifade eden bir evlat edinme şeklidir. Bu evlat edinme şeklinde evlat edinilen kimse, kendi ailesiyle olan bütün bağlarını muhafaza eder ve asıl aile babasının egemenliği altında kalmaya devam ederdi. Ailesi ile ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükleri muhafaza edildiği için, asıl aile babasının mirasçısı olmaya devam eder, bir diğer ifadeyle vasiyetsiz miras hakkına sahip olurdu. Bunun yanı sıra onu evlat edinen kişi vasiyetle bir mirasçı bırakmazsa onun da mirasçısı olabilirdi[130]. Bu durum doktrinde çifte mirasçılık olarak ifade edilmektedir[131].

Adoptio plena usulü eski hukukun kabul ettiği evlat edinmenin özelliklerini taşır. Bu usulde bir kimse kendi soyundan olan bir kişi tarafından evlat edinilmektedir[132]. Bu kapsamda, evlat edinilen kimsenin asıl ailesi ile ilişkisi kesilir ve bu ilişkiden doğan bütün hak ve yükümlülükleri sona ererdi[133]. Kendisini evlat edinmiş kişiyle aralarında kan hısımlığı bulunduğu için evlat edinenin mirasçısı olurdu[134]. Bu konu *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ele alınmaktadır:

> **Iust.Ins.1.11.2:** "*Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quidquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sunt. si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam paterno,*

[129] **Buckland**, s. 123; **Honig**, s. 186; **Karadeniz Çelebican**, s. 164; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 109; **Lee**, s. 106; **Nicholas**, s. 79.

[130] **Berki**, s. 153; **Honig**, s. 186; **Karadeniz Çelebican**, s. 164; **Nicholas**, s. 79; **Oğuzoğlu**, s. 112.

TMK 500. maddesi uyarınca, "evlatlık ve altsoyu, evlat edinene kan hısımı gibi mirasçı olurlar. Evlatlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder. Evlat edinen ve hısımları evlatlığa mirasçı olmazlar".

[131] **Günveren**, s. 108.

[132] **Berki**, s. 153 vd.; **Oğuzoğlu**, s. 112.

[133] **Karadeniz Çelebican**, s. 163.

[134] **Nicholas**, s. 79; **Oğuzoğlu**, s. 112.

vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit".

Iust.Ins.1.11.2: "Fakat zamanımızda, bir emirnamemiz gereğince, bir aile evladı öz babası tarafından yabancı bir kimseye evlat edinilmek üzere verilirse, öz babanın egemenlik hakları hiçbir şekilde kaybolmaz; bu haklardan hiç birisi evlat edinene geçmediği gibi, her ne kadar evlat olarak alınmış kimseye kanuni mirasçılık haklarını bahşediyor olsak da bu kimse evlat edinenin egemenliği altına girmez. Buna karşılık evlat bir yabancıya değil de annesinin babasına veya egemenlikten çıkarılmış bir kimsenin oğlu ise babasının babasına, ya da anne veya baba tarafından büyük dedesine verilmişse, o takdirde bir tek kimse üzerinde hem doğal haklar hem de evlat edinme hakları toplanacağından, aynı zamanda doğal bağa özgü haklar ve evlat edinme ile elde ettiği haklar, evlat edinen kimse üzerinde kalır, böylelikle evlat o kimsenin ailesine ve egemenliği altına girer[135]".

Doktrinde *adoptio per testamentum* ya da *adoptio testamentaria* olarak ifade edilen vasiyetname yolu ile *adoptio*'ya ilişkin ifadeler yer almaktadır. Bu usulün niteliği konusunda bir fikir birliği bulunmamakla birlikte[136], vasiyette bulunanın ismini *(nomen gentilium)* taşıma zorunluluğunu yükleyen mirasçı nasbı olarak tanımlanmaktadır[137]. Barış zamanlarına özgü bu eski vasiyet şeklinde, 24 Mart ve 24 Mayıs olarak belirlenmiş olan senede iki gün vasiyette bulunanın, rahiplerin davet ettiği *curia*[138] meclisi huzurunda vasiyetname düzenleyerek ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere mirasçı atayabildiği ifade edilmektedir[139]. Rahiplerin de katılımıyla toplanan bu

[135] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 38 vd.

[136] **Oğuzoğlu**, s. 112.

[137] **Küçükgüngör**, s. Adoption, s. 98; **Umur**, Lügat, s. 18.

[138] *Curia; patricius*'lardan oluşan idare, seçim, din ve askerlik işlerinden sorumlu olan *comitia curiata* isimli halk meclislerinin bölümlerine verilen isimdir. Bunun yanı sıra sosyal, askeri ve siyasi bir birlik anlamı da bulunmaktadır (**Söğütlü Erişgin**, Kamu Hukuku, s. 26; **Umur**, Lügat, s. 53).

[139] **Küçükgüngör, Erkan:** Roma Hukukunda Vasiyet *(Testamentum)*, Ankara, 2007, s. 123; **Umur**, Lügat, s. 205.

mecliste vasiyeti düzenleyen kişilerin iradeleri rahipler tarafından kabul edildikten sonra halk meclisinin onayına sunulurdu. Halk meclisinin onayı, vasiyetnamenin düzenlenmesine tanıklık yapma niteliği taşırdı[140].

Miras hukuku hükümleri açısından *adrogatio* ile evlat edinmenin sonuçlarını sağlayan ve *testamentum calatis comitiis* olarak ifade edilen bu vasiyetname ile vasiyette bulunan mirasçısını evlat edinirdi[141]. Roma'da ölen bir kişi aracılığıyla baba egemenliğine girmek mümkün olmadığı için bu usule başvurulduğuna dair doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, ölen bir kişinin ismini taşımanın ahlakî bir vazife sayılması düşüncesi ve *Caesar*'ın *Octavianus*'u bu şekilde evlat edindiğine dair bilgilere dayandırılmaktadır[142]. Bu vasiyet şekli çeşitli metinlerde ele alınmaktadır:

Iust.Ins.2.10.pr.-1: "*Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur, altero, cum in proelium exituri essent, quod procinctum dicebatur…*"

Iust.Ins.2.10.pr.-1: "Vasiyetnameye *(testamentum)*, arzunun beyanı *(testatio mentis)* olduğundan bu isim verilir. Eski zamanların hiçbir şeyi bilinmemiş kalmasın diye, bir zamanlar, iki çeşit vasiyetnamenin geçerli olduğunu bildiriyoruz; bunların birisi, barış ve huzur zamanlarında kullanılırdı ve buna *calatis comitiis* (halk meclisleri önünde) vasiyetname ismi verilirdi; diğeri savaşa hazırlanırken yapılırdı ve *procinctum* (savaşa hazır ordu önünde) vasiyetname ismini alırdı…[143]"

Gaius Ins. 2.101: "*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri*".

Gaius Ins. 2.101: "Başlangıçta iki çeşit vasiyet vardı; vasiyette bulunanlar ya bu amaçla yılda iki kez toplanan halk meclislerinin önünde

[140] **Küçükgüngör**, s. 124.

[141] **Günveren**, s. 29.

[142] **Küçükgüngör**, Adoption, s. 99; **Roby**, s. 60; **Umur**, Lügat, s. 18 vd.

[143] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 116 vd.

veya düşmanla karşılaşıldığında, yani savaşa hazır bir ordunun bulunduğu söylenen bir dönemde vasiyet yaparlardı. Bu nedenle, insanlar barış ve huzur zamanında birini, savaşa hazırlanırken de diğerini yaparlardı".

B. *ADROGATIO*

Adrogatio olarak ifade edilen evlat edinme usulünde, aile babası statüsünde olan bir kimsenin bir başka aile babasının egemenliğine girmesi ve ona tabi olması *(familiae mutatio)* söz konusudur[144]. Böylece, daha önce baba egemenliği altında bulunmayan *sui iuris* bir kimse aile evladı olarak *alieni iuris* duruma gelmekteydi[145]. Dolayısıyla *adrogatio*'nun evlat edinilen bakımından bir *capitis deminutio* durumu da bulunmaktaydı. Bu işlem ile aile babası, bütün malvarlığı ve ailesinin bütün bireyleri ile diğer bir aile babasının egemenliğine girer ve onun soy ismini taşırdı. Bu bakımdan evlat edinilenin şahsî borçları sona ererdi. *Praetor*'ların faaliyetleri ile evlat edinen aile babasının, evlat edinilenin alacaklılarını tatmin etmedikçe onun malvarlığında hak iddia edemeyeceği hükme bağlanmıştı[146].

Adrogatio ile evlat edinen kişi haklı bir neden olmaksızın evlat edindiği kimseyi egemenliğinden çıkaramazdı. Aksi takdirde *adrogatio* sonucu edinmiş olduğu malları evlat edinilene iade etmek zorundaydı. Bunun yanı sıra haklı bir neden olmaksızın egemenliğinden çıkarmış olduğu kimseye kendi mallarının dörtte birinin zilyetliğini de sağlamakla yükümlü olurdu. Konuya ilişkin bir metne *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde rastlanmaktadır:

> **Iust.Ins.1.11.3:** "*…Item non alias emancipare eos potest adrogator, nisi causa cognita digni emancipatione fuerint et tunc sua bona eis reddat. sed et si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine insta causa eum emancipaverit, iubetur quartam partem ei suorum bonoram relinquere, videlicet praeter bona quae ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei adquisivit postea*".
>
> **Iust.Ins.1.11.3:** "…Bundan başka, egemenlikten çıkarılmaya layık olduğunu *magistra*'ya ispat etmedikçe onu egemenliğinden çıkaramaz ve bu takdirde mallarını kendisine iade etmek zorundadır. Şayet *adrogator*, vefatında onu mirastan ıskat ederse veya hayattayken hukukî bir sebep

[144] **Honig**, s. 185; **Karadeniz Çelebican**, s. 163.

[145] **Nicholas**, s. 77; **Umur**, Ders Notları, s. 171.

[146] **Ayiter**, s. 47; **Nicholas**, s. 78; **Oğuzoğlu**, s. 110; **Roby**, s. 62.

olmaksızın egemenliğinden çıkarırsa, evlat edinilenin getirdiği veya daha sonra iktisap ettirdiği mallardan ayrı ve fazla olarak, kendi mallarının dörtte birinin zilyetliğini *(bonorum possessio)* ona terk etmesi emredilir[147]".

Bir Roma ailesinin isminin ortadan kalkarak bütün malvarlığı ile bir başka aile babasının egemenliği altına girmesini ifade eden *adrogatio* usulünde evlat edinen ve evlat edinilen açısından maddî ve şeklî olmak üzere birtakım şartlar aranmaktaydı[148].

1. *ADROGATIO*'NUN MADDÎ ŞARTLARI

Roma Hukuku'nda *adrogatio* ile evlat edinmenin maddî şartları incelendiğinde hem evlat edinenin hem de evlat edinilenin aile babası olması gerektiği görülmektedir. Bu usulle evlat edinilecek olanlar *sui iuris* erkek vatandaşlardır[149]. Dolayısıyla, kadınlar *Ius Civile*'ye göre *adrogatio* işleminin tarafı olamazlardı. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise bu yaklaşım değişmiş ve *sui iuris* kadınların da *adrogatio* ile evlat edinilmesi kabul edilmiştir[150]. Başkasının egemenliğine tabi olanlar da aile babası olmadıkları için *adrogatio* yapamazlardı. Bu gibi kimseler ancak *adoptio* ile evlat edinilebilirlerdi[151]. Bu usulde aranan bir diğer maddî şart ise rızaların varlığıdır. Bu bağlamda her iki tarafın da bu işleme rızasının olması ve karşılıklı iradelerin uyuşması şartı bulunmaktaydı[152]. Bu şart *Digesta*'da yer alan bir metinde ele alınmaktadır:

D.1.7.5 Celsus: "*In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur…*"

D.1.7.5 Celsus: "Kendi hukukuna tabi olanların evlat edinilmesinde, tarafların rızası aranır…"

Adrogatio usulü ile evlat edinmenin bir diğer maddî şartı ise yaş konusuna ilişkindir. İlk dönemlerde, evlat edinenin evlat edinilenden yaşça büyük olup olmaması tartışmalı bir konuydu[153]. Ancak *Iustinianus* Dönemi'ndeki düzenlemelere göre, evlat edinecek olan kişinin altmış yaşını geçmiş olması,

[147] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 40 vd.

[148] **Oğuzoğlu**, s. 109.

[149] **Berki**, s. 154.

[150] **Di Marzo**, s. 140.

[151] **Ayiter**, s. 47.

[152] **Koschaker/Ayiter**, s. 330 vd.; **Oğuzoğlu**, s. 109.

[153] **Di Marzo**, s. 141.

erkek mirasçısının bulunmaması ve evlat edineceği kişiden en az on sekiz yaş büyük olması gerekirken[154]; evli olması gerekmezdi. Bekarların da bu usulle evlat edinmesine imkân tanınmıştı. "Evlat edinme doğayı taklit eder" *(adoptio enim naturam imitatur)* kuralının *adrogatio* usulünde de etkisi görülmektedir[155]. *Digesta*'da yer alan çeşitli metinlerde *adrogatio*'nun yaşa ilişkin şartları ele alınmaktadır:

D.1.7.15.2 Ulpianus: "*In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui adrogat…*"

D.1.7.15.2 Ulpianus: "*Adrogatio*'da, evlat edinenin altmış yaşın altında olup olmadığı tespit edilmelidir…"

D.1.7.40.1 Modestinus: "*Non tantum cum quis adoptat, sed et cum adrogat, maior esse debet eo, quem sibi per adrogationem vel per adoptionem filium facit, et utique plenae pubertatis: id est decem et octo annis eum praecedere debet*".

D.1.7.40.1 Modestinus: "*Adoptio* veya *adrogatio* yoluyla evlat edinen kişi bu yolla evlat edindiği kişiden daha büyük olmakla kalmamalı, aynı zamanda ondan tam bir buluğ çağı kadar, yani on sekiz yaş büyük olmalıdır".

Altmış yaşından daha genç bir aile babası sağlık sorunları nedeniyle çocuk sahibi olamıyorsa *adrogatio* usulü ile evlat edinmesine izin verilmekteydi[156]. Ancak cezaî bir niteliği bulunması sebebiyle hadım edilmiş olanların bu imkândan yararlanarak evlat edinme hakkı bulunmamaktaydı[157]. Bu bilgiye *Gaius*'un *Institutiones*'inde ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer alan çeşitli metinlerden ulaşılmaktadır:

Gaius Ins. 1.103: "*Illud vero utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt*".

---

[154] **Berki**, s. 154; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 102; **Nicholas**, s. 77.

[155] **Küçükgüngör**, Adoption, s. 102.

[156] **Günveren**, s. 51.

Sağlık sorunları nedeniyle ya da hadım edilmiş olduğu için çocuk sahibi olamayanlar *spado* olarak ifade edilmekteydi (**Umur**, Lügat, s. 197).

[157] *Castratio* (hadım etme); özellikle köleler üzerinde uygulanan ve *Hadrianus* döneminde yasaklanmış bir işlemdir. *Hadrianus* döneminde bu yasak tam olarak uygulanamamış olmakla birlikte, *Iustinianus* Dönemi'nde hadım etme idam cezasını gerektiren bir suç niteliğini kazanmıştır. (**Umur**, Lügat, s. 33).

Gaius Ins. 1.103: "Kural gereği; doğal yolla evlat sahibi olamayan kişilerin her iki evlat edinme usulüyle de evlat edinmesi mümkündür".

Iust.Ins. 1.11.9: "*Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt*".

Iust.Ins. 1.11.9: "Her iki evlat edinme usulünde ortak olarak şu vardır ki, çocuk yapamayanlar, örneğin iktidarsızlar evlat edinebilirler, fakat hadımlar evlat edinemezler[158]".

Evlat edinilenin yaşına ilişkin düzenlemeler incelendiğinde ise ilk dönemlerde halk meclisine katılabilmeleri sebebiyle ergenlik çağını[159] geride bırakmış olanların *adrogatio* ile evlat edinilebildiği görülmektedir[160]. Ancak M.S. 2. yüzyılda İmparator *Antoninus Pius* uygun sebepler ve belli şartlar altında çocukluk çağını geçirmiş ergen olmayan küçüklerin de *(impubes)* evlat edinilmesine izin vermiştir[161]. Roma Hukuku'nda *impubes*'lerin menfaatlerinin korunabilmesi amacıyla, *adrogatio*'da evlat edinen kişinin araştırılması usulü yer almakta ve teminat verilmesi öngörülmekteydi. Bunun yanı sıra, *impubes*'in evlat edinilmesi konusunda kimin rıza göstereceği sorunsalı söz konusuydu. Bu bağlamda, vasinin evlat edinmeye rıza göstermesi mümkün olmamakla birlikte, genel görüş bu işleme mecliste rahiplerin bir temsilcisinin

---

[158] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 40 vd.

[159] Ergen olmak fizyolojik bir olgunluğa erişmektir. Roma Hukuku'nda kızlarda 12, erkeklerde ise 14 yaş, fizyolojik olgunluk yaşı olarak kabul edilmiştir. 25 yaş rüşt yaşı olarak belirlenmiş ve 25 yaşından küçük olanların fiil ehliyeti bakımından durumları eşit tutulmamıştır. 25 yaşından küçük olanlar; ergen olmayan küçükler *(impuberes minores)* ve ergen küçükler *(puberes minores)* olarak ikiye ayrılmıştır. Ergen olmayan küçükler de 7 yaşına kadar olan küçükler *(infantes)* ve 7-14 yaş arasındaki küçükler *(impuberes infantia maiores)* olmak üzere kendi içerisinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. *Infantes*'lerin hukukî işlem ve haksız fiil ehliyeti bulunmazken, *impuberes infantia maiores*'lerin ise sadece kazandırıcı işlemleri tek başına yapabileceği hükme bağlanmıştı. Ergen olmayan küçüklerin aile babaları yoksa vasi tayin edilirdi. Ergen küçükler ise ilk dönemlerde fiil ehliyetine sahipken, sonraki dönemlerde borçlandırıcı işlemleri yapabilmeleri için kayyım atanması usulü yerleşmiştir. Yaşa ilişkin bu sınırlamanın nedeni kişilerin yaşla birlikte olgunlaşacağı ve kendisi için uygun olan kararı verebilecek niteliklere sahip olabileceği düşüncesidir (**Kaser**, s. 66; **Lee**, s. 350 vd.).

[160] **Koschaker/Ayiter**, s. 332; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 147.

[161] **Di Marzo**, s. 140.

rıza gösterdiği yönündedir[162]. Bu konu *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ele alınmaktadır:

> **Iust.Ins.1.11.3:** "*Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam condicionibus adrogatio fit, id est ut caveat adrogator personae publicae, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem eius venturi essent…*"
>
> **Iust.Ins.1.11.3:** "Baliğ olmayan bir kimsenin imparatorun kararıyla *adrogatio*'suna, *adrogatio* sebebi araştırıldıktan sonra izin verilir ve bu sebebin hem dürüst hem evlat edinen kimsenin menfaatine olup olmadığına bakılır; bundan başka *adrogatio* bazı şartlar altında yapılır; örneğin: *adrogatio* yoluyla evlat edinen, evlat olarak aldığı kimse buluğa ermeden ölecek olursa, evlat edinmemiş olsaydı mirası kimlere gidecek idiyse bu malları o kimselere vereceğine dair, bir kamu şahsiyetine *(tabularius)* teminat vermelidir…[163]"

2. *ADROGATIO*'NUN ŞEKLÎ ŞARTLARI

Günümüzde evlat edinmede, daha çok evlat edinenin şahsi yararlarının ön planda olmasına karşılık, Roma'da hem ailenin hem de Roma toplumunun menfaatleri ile yakından ilgili hukuksal bir durum söz konusuydu. Bu nedenle *adrogatio* işleminde merasime dayalı bir nitelik ve şekle bağlılık ön plandaydı[164]. Ayrıca, evlat edinmenin daha eski şeklî olan *adrogatio*'da yapılan işlem kamu adına kontrol edilirdi[165].

Adrogatio ilk zamanlarda *comitia curiata* olarak ifade edilen halk meclisi huzurunda yapılan bir evlat edinme usulüydü. Bu usul bazı kaynaklarda *arrogatio* olarak da ifade edilmektedir[166]. Bu işlem, *curia*'ların halk meclisi halinde toplantısında yapılırdı[167]. Bu kapsamda, halk meclisine katılıp oy

[162] **Günveren**, s. 53 vd.

[163] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 40 vd.

[164] **Honig**, s. 185; **Kayak**, s. 266.

[165] **Ayiter**, s. 47 vd.

[166] **Ayiter**, s. 46 vd.; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 96; **Nicholas**, s. 77; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 147.

[167] **Ayiter**, s. 47; **Buckland**, s. 124; **Lindsay**, s. 69 vd.

verme hakkına sahip olanlar bu işlemin tarafı olabildiği için ilk zamanlar kadınların ve küçüklerin bu usulle evlat edinilmesi mümkün değildi[168].

Halk meclisi huzurunda önce evlat edinecek olan aile babasına diğer aile babasını evlatlığa kabul edip etmeyeceği sorulur; ardından evlat edinilecek olan aile babasına rızasının olup olmadığı sorusu *(rogatio)* yöneltilirdi. Her iki tarafın bu konudaki rızalarını beyan etmeleri ve halkın da bu işlemi kabul etmesiyle evlat edinme işlemi tamamlanmış olurdu[169]. Bu işlemden *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan bir metinde söz edildiği görülmektedir:

> **Gaius Ins. 1.99:** "…*Et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat…*"

> **Gaius Ins. 1.99:** "…Evlat edinene evlat edinmek üzere olduğu kimseyi meşru evlat gibi almak isteyip istemediği, evlat edinilecek olana bu işlemin olmasına rıza gösterip göstermediği, halka da bu işlemin olmasını kabul edip etmedikleri sorulur…"

Romalılara göre, *adrogatio* ile bir Roma ailesi sona ermekte ve başka bir aileye katılmaktaydı. Dolayısıyla *adrogatio*'nun amacı diğer ailenin devamını sağlamaktı. Roma toplumu açısından bu yönüyle önemli bir işlem olduğu için halk meclisi huzurunda yapılırdı. *Comitia* meclisi Roma'da bulunmakla birlikte, sadece orada toplanabildiği için *adrogatio* işleminin eyaletlerde yapılması mümkün değildi[170]. Daha sonra ise bu işlemin *pontifex maximus* tarafından çağırılan otuz hâkimin kararı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı kabul edilmişti[171].

İmparator *Diocletianus* zamanında ise imparatorun izin vermesi usulü *(imperatoris auctoritate)* ile *adrogatio*'nun yapılabileceği hükme bağlanmıştır. *Adrogatio per rescriptum principis* olarak ifade edilen bu yeni şeklinden sonra da *adrogatio*'nun eski şekli bir süre daha uygulanmış, ancak M.S. 4.

[168] **Honig**, s. 186.

[169] **Berki**, s. 154; **Nicholas**, s 77; **Oğuzoğlu**, s. 109; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 147.

[170] **Buckland**, s. 124; **Nicholas**, s. 77; **Oğuzoğlu**, s. 108; **Roby**, s. 60.

[171] **Buckland**, s. 124; **Emiroğlu**, s. 38; **Honsell**, s. 183; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 96; **Nicholas**, s. 77; **Roby**, s. 60.

yüzyıldan sonra *comitia curiata*'ya başvurma usulü uygulamadan kalkmıştır[172]. Bu konu *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ele alınmaktadır:

> **Iust.Ins.1.11.1:** "*…Imperatoris auctoritate adoptamus eos easve, qui quaeve sui iuris sunt. quae species adoptionis dicitur adrogatio…*"
>
> **Iust.Ins.1.11.1:** "…İmparatorun izniyle kadın veya erkek, kendi hukukundan *(sui iuris)* olanları evlat ediniriz: bu evlat edinme usulüne *adrogatio* denir…[173]"

Iustinianus Dönemi'nde *adoptio* ve *adrogatio* benzer kurallara tabi kılınmıştır[174]. Bu bağlamda, *adrogatio* aslî karakterini yitirmiştir. Artık malvarlığı bakımından birçok istisnaî hükümler içeren ve tam manası ile bir ailenin diğerine katılmasını ifade etmeyen bir evlat edinme durumuna gelmiştir. *Adrogatio*'nun bu yeni şeklinde, evlat edinilen malvarlığını muhafaza eder, evlat edinene ise sadece intifa ve idare hakkı geçerdi[175].

Iustinianus Dönemi'nde *adrogatio* usulü ile bir ailenin diğer bir aile lehine malvarlığı ve egemenlik hakkını tamamen kaybetmesi söz konusu değildi. Bunun yanı sıra Roma Hukuku'nda evlat edinmenin tarihsel gelişimi incelendiğinde *adrogatio*'dan ziyade *adoptio* usulüne daha çok başvurulduğu anlaşılmaktadır[176].

[172] **Ayiter**, s. 47; **Di Marzo**, s. 139; **Küçükgüngör**, Adoption, s. 97; **Nicholas**, s. 77.

[173] Metin ve çevirisi için bakınız *Iustinianus Institutiones*, s. 38 vd.

[174] **Oğuzoğlu**, s. 110.

[175] **Ayiter**, s. 48.

[176] **Lindsay**, s. 77.

SONUÇ

Roma Hukuku'nda ailenin isminin devam etmesi fikrini temsil eden evlat edinme, bir kimsenin hukukî işlem yoluyla başka bir aileye dahil olmasını ifade etmektedir. Bu işlem ile aileye yabancı bir kimse katılır ve diğer aile evlatları gibi aile babasına tabi olurdu. Roma Hukuku'nda *adoptio* ve *adrogatio* olmak üzere evlat edinmenin iki usulü bulunurdu.

Adoptio baba egemenliği altındaki bir kimsenin başka bir aile babası tarafından evlat edinilmesini ifade ederdi. *Adoptio* ile *alieni iuris* statüsünde olan bir kimse başka bir aile babasının egemenliğine girerdi. *Adoptio* usulünde maddî ve şeklî olmak üzere bazı şartlar öngörülmüştü. Roma Hukuku'nda *adoptio* usulü ile evlat edinmenin maddî şartları incelendiğinde öncelikle *Ius Civile*'ye göre evlat edinmenin sadece aile babalarına tanınmış bir imkân olduğu görülmektir. Kadınların evlat edinemeyeceği yönündeki bu yaklaşım Klasik Hukuk Dönemi boyunca devam etmiş olup, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ile bu yaklaşım değişmiş; belli şartların bulunması durumunda kadınların da evlat edinmesi kabul edilmiştir. Bu kapsamda, çocukları ölmüş bir kadının evlat edinebileceği kabul edilmiş, ancak baba egemenliğine sahip olamayacağı hükme bağlanmıştır. Evlat edinilecek kimse bakımından ise cinsiyet yönünden bir sınırlama getirilmemiş, ancak ailenin isminin sürdürülebilmesi açısından genellikle erkekler evlat edinilmiştir.

Adoptio usulü ile evlat edinmenin bir diğer maddî şartı ise yaş konusuna ilişkindir. Roma Hukuku'nda yer alan "evlat edinme doğayı taklit eder" *(adoptio enim naturam imitatur)* kuralı doğrultusunda *Iustinianus* Dönemi'nde evlat edinenin, evlat edinilenden en az on sekiz yaş *(plena pubertas)* büyük olması zorunlu hale getirilmiştir. Evlat edinilen açısından ise yaşla ilgili bir sınırlama getirilmemiştir.

Adoptio ile evlat edinmenin maddî şartları arasında rızanın varlığı da yer almaktadır. Bu bağlamda, her iki aile babasının bu işleme rıza göstermesi gerekirdi. *Iustinianus* Dönemi'nde ise evlat edinilenin rızasının bulunması gerektiği ve itiraz etmemesinin de rıza beyanı olarak değerlendirileceği kabul edilmiştir.

Adoptio'nun şeklî şartları incelendiğinde farazî satış işlemi ile evlat edinmenin hukukî sonuçlarını doğurduğu görülmektedir. Erkek evlatlar için üç defa, kız evlatlar için bir defa bu işlemin yapılması hükme bağlanmıştı. *Adoptio* ile evlat edinilen kimse asıl aile babasının egemenliğinden çıkıp

kendisini evlat edinen kişinin egemenliğine girerdi. *Iustinianus* Dönemi'nde *adoptio*'nun şeklî şartlarına ilişkin esaslarda değişiklikler yapılmış ve farazî satış usulü kaldırılmıştır. Bu dönemde evlat edinme işlemi için resmi bir makam olan hâkimin huzurunda tarafların evlat edinmeye ilişkin rızalarını beyan etmeleri ve bu beyanların kayda geçirilmesi yeterli görülmüştür.

Iustinianus Dönemi'nde evlat edinme hükümleri açısından *adoptio minus plena* (sınırlı evlat edinme) ve *adoptio plena* (tam evlat edinme) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. *Adoptio minus plena* çocuğun kendi soyundan olmayan bir kişiye evlatlık verilmesini ifade eden bir evlat edinme şeklidir. Bu evlat edinme şeklinde evlat edinilen asıl aile babasının mirasçısı olmaya devam ederdi. Bunun yanı sıra onu evlat edinen kişi vasiyetle bir mirasçı bırakmazsa onun da mirasçısı olabilirdi. *Adoptio plena* usulünde ise çocuk kendi soyundan olan bir kişi tarafından evlat edinilmekte ve kendisini evlat edinmiş kişinin mirasçısı olmaktaydı. Bu usulde asıl ailesiyle bağı tamamen kesilir ve asıl aile babasının mirasçısı olma hakkını kaybederdi.

Aile babası statüsünde olan bir kimsenin başka bir aile babasının egemenliğine girmesini sağlayan usul *adrogatio* olarak ifade edilirdi. *Adrogatio* ile daha önce baba egemenliği altında bulunmayan *sui iuris* bir kimse aile evladı olarak *alieni iuris* duruma gelirdi. *Adrogatio* usulünde evlat edinen ve evlat edinilen açısından maddî ve şeklî olmak üzere birtakım şartlar öngörülmüştü. *Adrogatio* işleminde hem evlat edinenin hem de evlat edinilenin aile babası olması gerekirdi. Dolayısıyla her iki tarafın da hak ehliyetinin bulunması gerekirdi. *Ius Civile*'de kadınlara *adrogatio* işleminin tarafı olma imkânı tanınmamıştı. Ancak Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *sui iuris* kadınların *adrogatio* ile evlat edinilmesi kabul edilmiştir.

Adrogatio usulü ile evlat edinmenin bir diğer maddî şartı ise yaş konusuna ilişkindir. İlk dönemlerde, yaş konusuna ilişkin genel bir kural bulunmazken, *Iustinianus* Dönemi'nde bu konuda yeni düzenlemelerin yer aldığı görülür. Bu düzenlemelere göre, evlat edinecek olan kişinin altmış yaşını geçmiş olması, erkek mirasçısının bulunmaması ve evlat edineceği kişiden en az on sekiz yaş büyük olması gerekirdi. Evlat edinilenin yaşına ilişkin düzenlemeler incelendiğinde ise ilk dönemlerde halk meclisine katılabilmeleri sebebiyle ergenlik çağını geride bırakmış olanların *adrogatio* ile evlat edinilebildiği görülmektedir. Ancak M.S. 2. yüzyılda İmparator *Antoninus Pius* uygun sebepler ve belli şartlar altında *impubes*'lerin de evlat edinilmesine izin vermiştir.

Adrogatio şekil açısından, ilk zamanlarda *comitia curiata* olarak ifade edilen halk meclisi huzurunda yapılan bir evlat edinme usulüydü. Daha sonra ise bu işlemin, *pontifex maximus* olarak ifade edilen başrahip tarafından çağırılan otuz hâkimin kararı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı kabul edilmiştir. İmparator *Diocletianus* zamanında ise imparatorun emri ile *adrogatio*'nun yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Adoptio ve *adrogatio* işlemlerinin hükümleri arasında farklılıklar bulunmaktaydı. *Adoptio*'da *alieni iuris* olan bir kimse evlat edinilirken, *adrogatio*'da bir aile babası yani *sui iuris* bir kimse evlat edinilmekteydi. Bu nedenle *adrogatio*, *capitis deminutio*'ya neden olurdu. *Adoptio*'da sadece bir aile evladının evlat edinilmesi ile bir nevi aile değiştirmesi söz konusuyken, *adrogatio*'da aile babası ve onun egemenliğindeki tüm aile bireylerinin aile değiştirmesi söz konusu olurdu. *Adrogatio*'da evlat edinilenin tüm malvarlığı evlat edinen aile babasının malvarlığına dahil olurken, *adoptio*'da aile evladının malvarlığı olmadığı için böyle bir sonuç doğmazdı. Roma Hukuku kaynaklarından edinilen bilgiler doğrultusunda adrogatio'dan ziyade *adoptio* usulüne daha çok başvurulduğu sonucuna varılmaktadır.

Roma Hukuku'nda yer alan evlat edinmeye ilişkin hükümler Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemeleri ile ele alındığında, benzer düzenlemelerin olduğu, özellikle *Iustinianus* Dönemi'ndeki hükümlerin modern hukukun konuya ilişkin düzenlemelerinin temelini oluşturduğu sonucuna varılmaktadır. Roma Hukuku'nda iki evlat edinme usulünde de tarafların rızalarının varlığı şarttı. TMK 308. maddesi uyarınca ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez. Vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlat edinilebilir. Ayrıca TMK 309. maddesi uyarınca evlat edinme, küçüğün anne ve babasının rızasını gerektirir. Roma Hukuku'na göre, evlat edinilen kimseler aile babasının soy ismini alırlardı. TMK'da ise bu durum 314. maddede düzenlenmiş olup, evlatlık küçük ise evlat edinenin soy ismini almaktadır. Ergin olan evlatlık, evlat edinilme sırasında dilerse evlat edinenin soy ismini alabilmektedir.

Roma Hukuku'nda 3. dereceye kadar kan hısımları arasında evlenme engelleri bulunmakla birlikte alt ve üst soyun evlenmesi; kardeşler arasındaki evlenme, hala, teyze, amca, dayı, yeğen arasındaki evlenmeler yasaklanmış olup, bu yasak evlat edinme yolu ile aileye dahil olan aile evlatları için de geçerliydi. TMK'da ise evlenme engelleri 129. maddede düzenlenmiş olup,

bu madde hükmü uyarınca, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasağının olduğu ifade edilmiştir.

Iustinianus Dönemi'nde evlat edinenin, evlat edinilenden en az on sekiz yaş büyük olması zorunlu hale getirilmiştir. TMK 308. maddesinde de evlat edinenin, evlat edinilenden en az on sekiz yaş büyük olmasının şart olduğu belirtilmektedir. *Iustinianus* Dönemi'nde düzenlenen *adoptio minus plena* usulünde evlat edinilen hem asıl aile babasının hem de evlat edinen kişinin mirasçısı olabilirdi. Doktrinde çifte mirasçılık olarak ifade edilen bu durum TMK 500. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, evlatlık ve altsoyu, evlat edinene kan hısımı gibi mirasçı olurlar. Evlatlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder.

Modern hukukun konuya ilişkin düzenlemeleri kapsamında Türk Medeni Kanunu'nda evlat edinmede daha çok evlat edinenin şahsî yararlarının ön planda olmasına karşılık, Roma Hukuku açısından hem ailenin hem de Roma toplumunun menfaatleri ile yakından ilgili hukuksal bir durumun söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır.

KAYNAKÇA[177]

Akıncı, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, Konya 2003.

Ayiter, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963.

Ayiter, Kudret: Klasik Roma Hukuku'nda Dosun Tesisi, Ankara 1958, [Dos].

Berki, Şakir: Roma Hukuku, Ankara 1949.

Buckland, W.W.: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1921.

Di Marzo, Salvatore.: Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1954.

Emiroğlu, Haluk: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003.

Gönenç, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.

Günal, Nadi: "*Roma Hukukunun Temel Kriterleri, Kavram ve Kurumları*", Doğu Batı Düşünce Dergisi: Romalılar I, S. 49, 2009, ss. 11-32.

Güneş Ceylan, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004.

Günveren, Güzide Burcu: Roma Hukukunda Evlat Edinme *(Adoptio)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013.

Honsell, Heinrich: Römisches Recht, Zürich 2011.

Honig, Richard: Roma Hukuku Dersleri, Çev. Şemseddin Talip, 1935.

İpek, Nurcan: "*Roma Hukukunda Hısımlık*", MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, ss. 167-203.

İpek, Nurcan: "*Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi*"; MÜHF- HAD, C. 23, S. 2, ss. 295-359, [Roma Ailesi].

Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold (neu bearb. Honsell, Heinrich/Mayer-Mali, Theo/Selb, Walter): Römisches Recht, New York 1987.

[177] Bir yazarın, birden fazla eserine gönderi yapılan durumlarda, eserleri birbirinden ayırmak için, köşeli parantez içinde eserin kısaltması verilmiştir.

Karadeniz Çelebican, Özcan: Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2014.

Kaser, Max: Roman Private Law, Hamburg 1965.

Kaser, Max /Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, München 2005,

Kayak, Sevgi: "*Roma Hukukunda Aile Kurumu*", Hacettepe HFD, 8 (2), 2018, ss. 249-302.

Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983.

Küçükgüngör, Erkan: Roma Hukukunda Vasiyet *(Testamentum)*, Ankara, 2007.

Küçükgüngör, Erkan: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi *(Depositum)*, Ankara 2002, [*Depositum*].

Küçükgüngör, Erkan: "*The Essential Legal Effects of Adoption on the Relationship Between Parents and Children in Roman Law*", Free Law Journal, Vol. 2, No. 4, 18 October 2006, [Adoption].

Leage, Richard William: Roman Private Law, London 1942.

Lee, R. W.: The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian, London 1956.

Lindsay, Hugh: Adoption in the Roman World, Cambridge 2009.

Nicholas, Barry: An Introduction to Roman Law, Oxford 1962.

Oğuzoğlu, H. Cahit: Roma Hukuku, Ankara 1959.

Rado Basman, Türkan: "*Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri*", İÜHFM, C. 8, S. 3-4, ss. 530-544.

Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1997.

Roby, Henry John: Roman Private Law in the Times, of Cicero and of the Antonines (v.1), New Jersey 2000.

Sayın Korkmaz, S. Bengi: Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi, Ankara 2014.

Schwarz, Andreas: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1956.

Serim, Gökçe: Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler, Ankara 2018.

Sohm, R.: The Institutes: A Text-Book of the History and System of Roman Private Law, Çev. J. C. Ledlie, Florida 1994.

Söğütlü Erişgin, Özlem: "*Roma Toplumunda Kadının Konumu*", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, ss.1-31.

Söğütlü Erişgin, Özlem: Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 2017, [Kamu Hukuku].

Sütken, Elvan: "*Roma Aile Hukukunda Patria Potestas*", AndHD, C. 5, S. 1, Ocak 2019, ss. 67-100.

Tahiroğlu, Bülent/Erdoğmuş, Belgin: Roma Hukuku Dersleri Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.

Umur, Ziya: Roma Eşya Hukuku-Ayni Haklar, İstanbul 1983, [Eşya Hukuku].

Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, [Lügat].

Villers, Robert: "*Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukukî Durumu*", Çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, 1974, C. 39, ss. 427-438.

Villey, Michel: Roma Hukuku Güncelliği, Çev. Bülent Tahiroğlu, İstanbul 2003.

Watson, Alan: Studies in Roman Private Law, London 1991.

Watson, Alan: Contract of Mandate in Roman Law, London 1961, [Mandate].

Yıldız, Sevil: Roma Hukukunda Soybağı Kurulmamış Çocuğun Hukuki Durumu, Ankara 2020.

LATİNCE METİNLER İÇİN YARARLANILAN KAYNAKLAR

Birks, P./ McLeod, G.: Justinian's Institutes, New York 1993.

Cicero: Yükümlülükler Üzerine, Çev: C. Cengiz Çevik, İstanbul 2017.

Gordon, W.M./Robinson, O.F.: The Institutes of Gaius, London 1997.

Gaius: Institutiones, Çev. Türkan Rado, Borçlar Kısmı, İstanbul 1953.

Iustinianus: Institutiones, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1968.

Watson, A.: The Digest of Justinian, Vol. 1-4, Philadelphia 1998.

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm

http://www.thelatinlibrary.com

KISALTMALAR

AndHD	**:** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	**:** Cilt
Çev.	**:** Çeviren
D.	**:** Digesta
Gaius Ins.	**:** Gaius Institutiones
Hacettepe HFD	**:** Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
Iust. Ins.	**:** Iustinianus Institutiones
İÜHFM	**:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
M.Ö.	**:** Milattan önce
M.S.	**:** Milattan sonra
pr.	**:** Principium
S.	**:** Sayı
s.	**:** Sayfa
TMK	**:** Türk Medeni Kanunu
Vol.	**:** Volume
vd.	**:** Ve devamı

METİN DİZİSİ

DIGESTA

D.1.5.19 Celsus

D.1.6.1.1 Gaius

D.1.7.1 pr. Modestinus

D.1.7.1.1 Modestinus

D.1.7.5 Celsus

D.1.7.15.2 Ulpianus

D.1.7.16 Iavolenus

D.1.7.21 Gaius

D.1.7.30 Paulus

D.1.7.40.1 Modestinus

D.2.4.5 Paulus

D.50.16.195.1 Ulpianus

D.50.16.195.2 Ulpianus

GAIUS INSTITUTIONES

Gaius Ins. 1.1.97

Gaius 1.48

Gaius Ins. 1.55

Gaius Ins. 1.99

Gaius Ins. 1.103

Gaius Ins. 1. 109

Gaius Ins. 1.110

Gaius Ins. 1.127

Gaius Ins. 1.156

Gaius Ins. 2.87

Gaius Ins. 2.101

IUSTINIANUS INSTITUTIONES

Iust. Ins. 1.8 pr.

Iust.Ins. 1.9.pr.-3

Iust.Ins.1.11.1

Iust.Ins.1.11.2

Iust.Ins.1.11.3

Iust.Ins.1.11.4

Iust.Ins. 1.11.10

Iust.Ins. 2.10.pr.

Iust.Ins. 2.10.1

HAKEMLİ

Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler*

Metin BULUT**

ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-7770-9056
DOI: 10.30915/abd.811902
Makalenin Geldiği Tarih: 08.01.2019 **Kabul Tarihi:** 23.08.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

ÖZ

Hassas kişisel veriler, özel nitelikli kişisel veri kavramlaştırmasıyla ulusal ve uluslararası alanda hukuksal düzenlemeye konu olan ayrıcalıklı veri kategorilerini oluşturur. Bilgi teknolojilerindeki hızlı dönüşümün ortaya çıkardığı riskler ve bilgiye erişim ağlarının büyümesi hukuk oluşturma sürecinde hassas verileri ulusal ve küresel boyutlarda özel hale getiren önemli bir faktördür. Kişisel verilerin alt kategorisine ait olan özel nitelikli kişisel veriler, açıklanması ve başkaları tarafından erişilmesi halinde kişinin toplum içinde ayrımcılığa uğramasına veya mağdur edilmesine yol açacak inanç, politik-ideolojik görüş, adli sicil kayıtları, biyometrik ve genetik veriler, ırk, etnik köken ve sağlık bilgileri ile cinsel yaşam gibi yüksek duyarlıklı bilgi türlerini içerir. Bu nedenle kişi güvenliği, temel haklar, özel yaşam, gizlilik, çalışma hakkı, demokratik katılım ve toplumsal saygınlığın korunması, genel kişisel verilere kıyasla hassas veriler düzeyinde daha çok önemsenen hukuksal menfaat alanlarını betimlemektedir.

Anahtar Kelimeler: Hassas kişisel veriler, genel kişisel veri, açık rıza, özel yaşam, insan onuru.

A SPECIFIC LEGAL PROTECTION AND DATA CATEGORY AREA: SENSITIVE PERSONAL DATA

ABSTRACT

Sensitive personal data forms the category of privileged data which is a subject to legal regulation at national and international level with the conceptualization of special qualified personal data. The risks revealed by the rapid transformation of information technologies and the growth of access to information networks are important factors that make sensitive data, special in national and global dimensions in the process of law formation. Special personal data belonging to the sub-category of personal data includes information, which will lead to discrimination or victimization of the individual in the community if disclosed and accessed by others, to high-sensitivity and special features like sexual life and beliefs, political-ideological views, criminal records, biometric and genetic data, race, ethnicity and health information. For this reason, personal safety, fundamental rights, private life, privacy, right to work, democratic participation and protection of social dignity describe areas of legal interest which are considered more important at the level of sensitive data than general personal data.

Keywords: Sensitive personal data, general personal data, explicit consent, private life, human dignity.

GİRİŞ

Bilgi varlığı içinde önemli bir yer tutan kişisel veriler, davranış stratejisi oluşturmak, idari analizler yapmak, kamu düzenine ilişkin önlemler almak, kişilik profilleri çıkarmak, yapılandırılmış kişisel veri dizileri elde etmek ile siyasal, ekonomik ve kültürel eğilimleri etkilemek kapsamında değişik amaçlara konu yapılabilecek çok katmanlı bir düzlemde görünürlük kazanır. Kamu hizmeti sunumuna ilişkin kayıtlar, sağlık kuruluşlarınca oluşturulan kişisel dosyalar, tıbbi veri bankaları, güvenlik birimleri arşivi, sosyal güvenlik bilgi sistemi, sigorta sektörü ve istihdam alanında toplanan veriler ile telekomünikasyon, multimedya, elektronik işlemler ve internet ağlarında biriken bilgiler, kişisel verilerin dolaşım içine girdiği başlıca bilgi mecralarını meydana getirir.[1] Bireyin günlük yaşamını idame ettirdiği ve somut işlemler alanında doğrudan temas kurduğu sektörler ise sınav hizmetleri, elektronik bankacılık, e-ticaret, e-imza, e-devlet, e-okul ve uzaktan eğitim gibi dijital çağ uygulamalarını kapsayan yaygın bir sektör çeşitliliği sergilemektedir.[2] Gerek kurumsal ağ ortamlarıyla internet platformlarında gerçekleştirilen aktiviteler gerekse ziyaret edilen web siteleri yoğun bireysel başvuru ve faaliyetleri kayıt altına alarak son noktada tüm bilgileri kişisel hayatın dijital izleri halinde devasa bir arşiv birikimine dönüştürmektedir.[3]

Enformasyon ve bilgi teknolojilerinin kazandığı büyük boyutlu yenilik ve risklere bağlı olarak gelişim gösteren kişisel veriler ise kendisini kuşatan dijitalleşen dünyada güvenlik, kişi hakları, kamu yararı, kamu düzeni ve uluslararası ilişkiler sistemi gibi farklı dinamiklerin etkisi altında gelişim gösteren özel bir disiplin niteliği taşır. Bu sebeple başta Avrupa Birliği olmak üzere uluslarüstü kuruluşlarca düzenlenen belgelerde kişisel verilerin toplanması, kaydedilmesi, organizasyonu, saklanması, uyarlanması, değiştirilmesi, geri alınması, kullanılması, iletim yoluyla ifşa edilmesi, engellenmesi ve imha

[1] HENKOĞLU, Türkay, **Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 20-21.

[2] ÖZENÇ, Köksal, **Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Kişisel ve Kurumsal Bilgi Güvenliğinin Sağlanması**, Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, 13-14 Aralık, 2007, Ankara, s. 183. .http://www.iscturkey.org/assets/files/2016/03/2007-26.pdf (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

[3] GÜRSEL, İlke, "Protection of Personal Data İn İnternatıonal Law and The General Aspects of The Turkish Data protection Law", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 18, Sayı: 1, s. 48-49.

edilmesi süreçleri titiz ve ayrıntılı çalışmaların konusu haline getirilmiştir.[4] Tasarlanan zaman, süreç ve eylem dinamiği içinde özellikle kişi haklarının güvence altına alınması ile kişisel verilerin korunması arasında yakın bağlar kurularak güçlü elektronik/dijital sistemler inşa edilmesi önerilerine sıkça rastlanmaya başlanmıştır. Bilgi güvenliği sistemlerinin kurulmasını zorunlu hale getiren formal eğilim sonuçta kamu yönetimi alanında da ayrıntılı normatif düzenlemeleri ve teknik yönetsel kapasite edinmeyi kaçınılmaz gören resmi bir pozisyon almayı gerektirmiştir. Bilgi teknolojilerinin yaygın kullanımı ölçüsünde bir risk yönetimi algısının eşzamanlı olarak yerleşmeye başladığından söz edilmeye başlanması[5] ise kişisel verilerle ilgili hukuksal düzenlemelere hız veren önemli bir motivasyon kaynağını ortaya çıkarmıştır. Bilgi varlığı, depolama sistemlerinin oluşturulması ve güvenlik sorunları ekseninde oluşan ilişki zeminiyle kişisel verilerin korunması arasında yakın hukuksal bağlantılar olduğunun belirtilmesi, ekonomik ve yönetsel sektörlerde risk yönetiminin çeşitli boyutlarına biçim vermekte ve koruma rejiminin kazanacağı içerikte tayin edici bir rol yüklenmektedir. Aynı anda mevcut toplumsal bilinç düzeyi, kamusal ve bireysel çapta beliren menfaat alanlarının uygun hukuki araçlarla bağdaştırılması çabasını teşvik ederek hukuksal, teknik ve yönetsel girişimlerin varlığını açığa çıkaran kendine özgü bir anlam dünyasını inşa etmektedir.

Veri koruma kanunları, yoğun çıkar kümeleri arasında bilgi güvenliği politikası alanında atılmış en önemli adımlardan birini oluşturur. Küresel standart ve direktiflerin izlenmesi ise hukuksallaşma çabalarının ana kaynağı durumundadır. Ulaşılan normatif çerçeve yarattığı istisnaların yoğunluğuna rağmen etik ve hukuksal sorumluluk alanında güçlü bir mevzuat kapasitesi kurmak amacıyla veri ihlallerini önlemeyi temel öncelikler sıralaması içine alan aktif bir görünüm sergilemektedir. Bu ilişkisel durumun öne çıkan yönü, temel hak ve özgürlükler düzeni, mahremiyetin korunması ve özel nitelikli hassas kişisel verilerin işlenmesi arasında kurulan çok yönlü bağlantıda yansıma bulur. Özel kişisel veriler ile hukuksal çerçeve ve teknik donanımın kesiştiği ortak zeminde güvenilir karar destek sistemleri ve potansiyel dijital ayrımcılıkla mücadele için etkili tahmin modelleri oluşturma, karmaşık

[4] ZİLİOBAİTE, Indre/CUSTERS, Bart, "Using Sensitive Personal Data May Be Necessary for Avoiding Discrimination in Data-Driven Decision Models", **Artif Intell Law**, Yıl: 2016, Sayı: 24, s. 186.

[5] HENKOĞLU, **2015**, s. 22-25.; ÖZENÇ, **2013**, s. 183-184.

menfaat çatışmaları dikkate alındığında yüksek nitelikli bilgi güvenliği politikalarının vazgeçilmez gereklilikleri olarak görülmektedir.[6]

Özel nitelikli kişisel veri kavramının tanımı, içeriği, unsurları, işlenme koşulları ve istisnaları bilgi güvenliği ve koruma önlemlerinin kapsamı açısından yaşamsal önemde görüldüğünden, bu çalışmada yer verilen hukuksal açıklamalar öncelikle sözü edilen bilgi çerçevesinin analizi ve oluşturulan hukuksal mekanizma ve süreçlerin temel yönlerine ışık tutma amacı taşımaktadır. Türk ulusal mevzuatının küresel gelişmelerle bağını ortaya koyma çabasının bir parçası olarak evrensel hukuk birikiminin aldığı biçim, oluşturduğu kamusal işleyiş ve sistem araçları öncelikle hassas verilere yönelik genel açıklamanın mekânsal uygulama detaylarına odaklanma hedefiyle kendini sınırlamıştır. Türk hukuk mevzuatının özel nitelikli kişisel veriler etrafında geliştirdiği işleme ve koruma koşullarının genel kişisel veriler için öngörülen işlem süreçlerinden hangi açılardan farklılaştığı, küresel standart ve düzenlemelere uyumu ile inşa edilen yasal-kurumsal önlemlerin güçlendirilmiş özel bir veri alanının varlığı için yeterli ve etkili bir hukuksal mekanizma ortaya çıkarıp çıkarmadığına ilişkin sorular ise cevaplanması ve çözümlenmesi gereken diğer çekirdek sorun alanlarını oluşturmaktadır.

Özel Nitelikli Hassas Kişisel Verilere İlişkin Kavramsal Çerçeve

Özel nitelikli veriler[7], ortak hukuksal alanı paylaştığı kişisel veriler için yapılacak muhakemeye paralel olarak veri (data), enformasyon (information) ve bilgi (knowledge) temelinde tanımlanması gereken birçok teknik kavramı içinde barındırmakta ve ancak bağlantılı kavramların açıklanmasıyla belli bir somutluk kazanabilmektedir.

---

[6] ZİLİOBAİTE / CUSTERS, **2016**, s. 186.

[7] Özel nitelikli hassas kişisel veriler, çeşitli ülke kanunlarında ve uluslararası belgelerde special personal data (özel kişisel veri), sensitive personal data (hassas kişisel veri), special categories of personal data-besondere arten personenbezogener daten (özel kategorili kişisel veriler), veya data deserving special protection (özel korumaya layık olan veriler) gibi kavramlarla karşılanmaktadır. AKGÜL, Aydın, **Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuksal Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi**, Doktora Tezi, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 13.; KAYA, Cemil, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi" **İÜHFM**, Yıl: 2011, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, s. 318.

Veri, henüz işlenmemiş, düzenlenmemiş belirleyicileri ve hakkında yorum yapılmamış ham gerçeklikleri, olgu ya da sayıları[8] ifade ederken, bilginin anlamlı işlenişi ile verilerin kullanımı ve yorumlanması anlamına gelen *enformasyon*, bireyin düşünsel yapısında değişim oluşturan formlar ile zihinsel soyut verilerin işlenerek somut çıktılara dönüştüğü bilgi alanını meydana getirir. Başka bir anlatımla enformasyon, elde edilen veriler belirli bir konsept içine yerleştirildiğinde ve bir entelektüel sermaye ile geliştirildiğinde fark yaratan ayrım çizgisi olarak ortaya çıkar.[9] Anlamsal farklılığın her iki kavramın karmaşık ve belirsiz yapısı nedeniyle veri koruma hukuku bakımından etkili bir ayırt edicilik niteliği taşımayan yapay bir kategori yarattığı ve birbirinin yerine geçer şekilde kullanılmasının sorun teşkil etmeyeceği savunulmuş olsa da[10] koruma süjelerinin belirlenmesi açısından bilgi katlarını simgeleyen nitel şablonların korunmasında yarar olduğu savı karşı görüş olarak dile getirilebilir.

Knowledge karşılığı kullanılan bilgi ise yapısal olarak karar vericilik kriterine göre bireyin kişisel gerçekliğini yansıtan ve erişimi izne tabi olan olgulara karşılık gelir. Değer kazanmış enformasyon anlamına gelen bilgi[11], gerçekte birey tarafından algılanabilir her türlü kaynağı, veri ise tek başına dağınık ve anlamsız malumat yığınının bilgisayar sistemiyle anlamlandırıldığı bir işleme sürecini betimler. Veri ve enformasyon sıralamasından sonra gelen katmanda ileri bir safha içine konumlanan bilgi (knowledge) her iki kavramı da arka planına alarak bir kişiye, gruba veya esere atfedilen enformasyonun

---

[8] KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 10. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararda veri kavramına ilişkin aynı içerikte bir nitelemede bulunmuştur. Karara göre, "*'veri', bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öğe, muta, done' anlamına gelmekte olup bilimsel, istatistiki, ekonomik, kişisel bilgileri de içine alan bir kavramdır.*" AYM, E. 2010/40, K. 2012/8, K.T. 19.01.2012.

[9] TANG, Victor/YANİNE, Fernando/VALENZUELA, Lionel, "Data, İnformation, Knowledge and İntelligence The Mega-Nano Hypothesis and İts İmplications in İnnovation", **İnternational Journal of İnnovation Science**, Yıl: 2016, Cilt: 8, Sayı: 3, s. 203.

[10] KÜZECİ, **2018**, s. 12-13.

[11] MYERS, P.S., **Knowledge Management And Organizational Design**, Boston:Butterworth-Heinenman, 1996. Akt. ÇETİN, Hakan "Kişisel Veri Güvenliği ve Kullanıcıların Farkındalık Düzeylerinin İncelenmesi" **Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi**, Yıl: 2014, Sayı: 29, s. 88.

kullanımına dayalı etkin bir eylem kapasitesi olarak adlandırılır.[12] Bu sıralanış ve konum hiyerarşisi içinde birbirini ilerletme ve biri diğerine kaynak olma açısından veri-enformasyon ve bilgi arasında kurulacak ilişkisel veya anlamsal düzen, güvenlik ve sistem yönetimi süreçleriyle bağlantılı bilgi varlığı ile kişisel veri öznelerinin korunması açısından yaşamsal önem taşır. Hukuki himaye görmesi beklenen bilgi türünün somut, nesnel, her çeşit medya ortamlarında depolanabilen ve erişilebilir olgulara ilişkin olmasının yanı sıra bilişsel süreçlere etki eden düzenli ve transfere açık bir yapı özelliği sergilemesi de temel gereklilikler arasındadır.

Veri konusuna ait kimlik bilgilerinin ya açıkça ya da ek bilgilerle dışa yansıdığı enformatif bilgi anlamındaki kişisel veri gerçekte uluslararası ve ulusal hukuk metinlerinde standart bir tanım olarak geçen belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile bağlantılı bilgileri içerir.[13] Ancak enformasyon dâhil her tür bilgi ve veri parçacığı, bireye ilişkin tanımlayıcı karakteri olduğu sürece himaye görme, tanınma ve hukuki korumadan yararlanma hakkına sahip olmalıdır. Nitekim Türk hukuk sistematiği açısından 07.04.2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun genel gerekçesinde, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her tür bilgi tabanı esas alınarak[14] kişisel veri tanımı somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bireyin bizatihi kendisinin merkeze alındığı tanımda etkileşim kurulan çevre sınırına ilişkin olarak ise yargı içtihatlarında kişisel verilerin yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunulmayan, istendiğinde iradi olarak başka kişilere açıklanabilir olan ve dar bir toplulukla paylaşma özelliği gösteren niteliklere referans verilerek belirlemeler yapılmıştır.[15]

[12] TANG / YANİNE / VALENZUELA, **2016**, s. 2013.

[13] TÜRKAY, **2015**, s. 27-28.; AKGÜL, **2013**, s. 7-8.; Handbook On European Data Protection Law 2018 Edition, s. 83. https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2018).

[14] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 4. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf (Erişim Tarihi 13.05.2018).

[15] Y.12.C.D, E. 2017/2960, K. 2018/1541, K.T. 14.02.2018.

25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren yürürlük kazanan ve henüz Türk iç hukukunun bir parçası sayılmayan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR)[16] "*Tanımlar*" başlıklı 4/1. maddesinde 'kişisel veri' terimine ilişkin olarak '*tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*' nitelemesinde bulunulmuş ve kendisinden önceki uluslararası hukuki metinlerde geçen tanım tekrar edilmiş olmakla birlikte veri sahibi kavramına ilişkin açıklamada '*tanımlanmış bir gerçek kişi özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı tanımlanabilen bir kişi*' denilerek kişisel veri kavramına yeni bir içerik tasarımıyla eğilmek gerektiği ima edilmiştir. Bu yaklaşımda özellikle '*gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü*' bilgiler kişisel verilerin kapsamı içinde zikredilmiş görünse de kişisel veri alanının özel nitelikli hassas verilere ilişkin öğelerle keskinleştirilerek belirginleştirilmeye çalışıldığı dikkatlerden kaçmamaktadır.

GDPR düzenlemesine yerini bırakmış olan 95/46/EC Sayılı Direktifin[17] 'Tanımlar' başlıklı 2. maddesi ise kişisel veri tanımı içinde veri öznesine ait fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğe özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atıf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı tespit edilebilen bilgileri zikrettiğinden hassas verilerin kişisel veri kapsamında hangi öğeleri içerdiğine yönelik giriş mahiyetinde bir başlangıç yapıldığı söylenebilir.

Anlam tespiti ve yorumlama çabasının tartışmaya açık olduğu ve pratikte hukuksal sınırlarının kolaylıkla çizilemediği hassas kişisel veriler[18], bu kavramsal çerçeve içinde belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile ilgili her tür bilgi içinde sonuçları yönünden temel farklılıklar gösterir. Veri konusunun mahremiyetini temsil eden özellikli enformasyon ve bilgi

[16] Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016.

[17] Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC Sayılı Ve 24 Ekim 1995 Tarihli Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu Direktifi.

[18] KİNDT, Els, J., **Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications A Comparative Legal Analysis**, Springer: Newyork London, 2013, s. 124.

alanlarıyla bağlantısı ile sergilediği hassasiyet yoğunluğu nedeniyle özel kişisel veriler, daha sıkı yasal koşullara tabi tutularak belirlenir ve değişken bir korunmanın savunulduğu[19] özel arşivleme işlemine tabi tutulur.[20] Dolayısıyla kişisel verilerin alt kategorisine ait ve nitelikleri ile ifşası özel normlarla teminat altında olan hassas veriler, daha yüksek korumaya layık görülen ve bu nedenle bir dizi katı kuralların denetimi altına alınan kişisel veri kategorileridir.[21]

Söz konusu olan, açıklanması ve başkaları tarafından erişilmesi halinde kişinin toplum içinde ayrımcılığa uğramasına veya ötekileştirilmesine yol açacak inanç, politik-ideolojik görüş, adli sicil kayıtları, ırk, etnik köken, sağlık, üye olunan kurum ve kuruluş bilgileri ile cinsel yaşam gibi yüksek duyarlıklı ve hassas niteliğe sahip bilgi alanlarıdır.[22] Ulusal ve küresel düzeydeki entegre düzenlemelerle özel koruma altına alınan veri-enformasyon-bilgi katlarına ilişkin hukuki değerler, taşıdığı kişisel ve toplumsal riskler nedeniyle kişi güvenliği, temel haklar, özel yaşamın korunması, gizlilik[23] ve çalışma hakkı ile toplumsal saygınlığın korunması bakımından kamu otoriteleri ve devlet dışı kuruluşlarca uyulması gereken dikkat ve özen yükümünün öncelikli konusu haline getirilmiştir. Bu bakımdan hassas verilerle ilgili yapılacak yorumlarda tek başına bilginin yer aldığı veri kategorisinden ziyade, nitelik olarak aidiyet bağı kurulan bağlam ve anlam çerçevesine yoğunlaşmak hukuksal menfaat alanlarının tespiti için doğru bir yöntem olarak gözükmektedir.[24]

Türk pozitif hukuk düzeninde 6698 sayılı Kanun, hassas verileri küresel hukuk düzenlemelerine uyumlu bir şekilde ve ayrıntılı sayılabilecek bir çeşitlilik içinde saymış ancak herhangi bir tanım, açıklama ve gruplandırma

[19] KİNDT, **2013**, s. 124-125.

[20] KRANENBORG, Herke, "Access To Documents and Data Protection in The European Union: On The Public Nature of Personal Data", **Common Market Law Review**, Yıl: 2008, Sayı: 45, s. 1086.

[21] KUSCHEWSKY, Monika/GERADİN, Damien. "Data Protection in The Context of Competition Law Investigations: An Overview of the Challenges", **World Competition**, Yıl: 2014, Cilt: 37, Sayı: 1, s.73.; KRANENBORG, 2008, s. 1094.

[22] TÜRKAY, **2015**, s. 28.; KÜZECİ, **2018**, s. 253.; ZERDİCK, Thomas, "European Aspects of Data Protection: What Rights for the Citizen?", **Legal Issues of Economic Integration**, Yıl: 1995, Sayı: 2, s. 62.

[23] ZERDİCK, **1995**, s. 62.

[24] KÜZECİ, **2018**, s. 251.

yapmamıştır.[25] Kanunun 6/1. maddesine göre, '*kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza*

[25] Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin henüz 6698 sayılı Kanun'un yürürlükte olmadığı dönemde verdiği 15.05.2012 tarihli ve E. 2011/ 20072, K. 2012/ 12126 sayılı kararının muhalefet şerhinde kişisel verilerle ilgili olarak büyük oranda hassas verileri içine alan pratik ve açıklayıcı sayılabilecek bir sınıflandırma yapıldığı göze çarpmaktadır. Karara göre kişisel verilerin neler olabileceği şu başlıklar altında sınıflandırılmıştır:

a- Yaşam şekline ilişkin kişisel veriler: Kişilerin üçüncü kişiler tarafından ayırımcılığa uğramaması ve haysiyetinin korunmasıyla ilişkili olarak, dini inançlara, cinsel tercihlere, etnik kökene, suç geçmişine, politik eğilimlere ve kişisel özel aktivitelere ilişkin bilgilerdir.

b- Ekonomik ve finansal kişisel veriler: Suçlular tarafından suistimale ve kimlik hırsızlığına hedef olmamak için kişinin mali varlığı, sahip olduğu hisse ve hesaplar, borçları, yaptığı alış verişler ve kredi kartlarına ilişkin verilerdir.

c- Bilişim alanına ilişkin kişisel veriler: E-postaların bizzat adresleri veya şifreleri, internet ortamında paylaşılan kişisel veriler mahrem olarak değerlendirilebilir. İnternette gezinti yapan kişinin birçok kişisel bilgileri paylaşması, bu bilgilerin kayıt altına alınması, yine internet erişimine ilişkin iz kayıtlarının hizmet sağlayıcı ve sunucu sahipleri tarafından tutulabiliyor olması bu alana verilen önemin başlıca nedenleridir.

d- Sağlıkla ilgili kişisel veriler: Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik (Kişinin kendine özgü fiziksel veya biyolojik niteliklerine dayalı olarak kimliğini tespit için dijital teknolojiden faydalanma bilimi) veriler de kişisel veriler arasındadır.

e- Politik kişisel veriler: Toplum içinde yaşayan kişilerin siyasi tercihlerinin toplum katmanları arasında bilinmesi halinde ayırımcılığa maruz kalma ihtimalini ortaya çıkarabilen bilgi kategorileridir.

Anayasa Mahkemesi ise önceki kararlarına atıfla kişisel verilerle ilgili olarak hassas kişisel verileri de içine alan genel bir örnek liste geliştirmiştir. Karara göre; "kişisel veri", "belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler" kişisel veri olarak kabul edilmektedir (E.2013/122, K.2014/74, 9.4.2014; E.2014/149, K.2014/151, 2.10.2014; E.2013/84, K.2014/183, 4.12.2014; E.2014/74, K.2014/201, 25.12.2014; E.2014/180, K.2015/30, 19.3.2015). AYM, E. 2015/32, K. 2015/102 K.T. 12.11.2015.; E. 2014/196, K. 2015/103 K.T. 12.11.2015.; B.No. 2014 / 4399, K.T. 21.09.2016.

mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.' Kanun maddesi sınırlı sayı (numerus clausus) esasını benimsemiş olsa da çeşitli ülke uygulamalarında milli köken, siyasi partilere veya hareketlere aidiyet, engellilik, bağımlılık, alkol ve uyuşturucu kullanımı, destek ve sosyal refah yardımları[26] WEB tarama geçmişleri, e-ticarette satın alma ve mal arama trafiği[27] gibi farklı bilgi kaynakları da özel nitelikli kişisel hassas veri türleri içinde kabul edilebilmektedir.

6698 sayılı Kanun sistematiği takip edildiğinde hassas veriler arasında gösterilen *ırk*, kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu, bir tür içinde belirgin farklılık gösteren birey grubu veya alt tür olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca kavram için deri, göz, saç rengi, saç ve baş biçimi, boy, kan grubu vb. kalıtımsal özellikleri ile birlik gösteren kişilerin oluşturdukları doğal topluluk adlandırması da yapılmaktadır.[28] *Etnik köken* bilgisi ise dirimbilimsel (biyolojik) ve ekinsel (kültürel) bakımlardan türdeş özelliklerle birbirine bağlanmış üyelerden kurulu olan ve bu özelliklerle kimliklendirilen toplumsal kümeyi ifade etmektedir.[29]

Diğer bir hassas veri türü olarak kanunda yerini alan *siyasi düşünce*, devletin etkinliklerinin amaç, yöntem ve içerik açısından hangi esaslara göre düzenlenmesi ve gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin kişilerin düşüncelerini belirtir. *Dini görüş*, kişinin Tanrı'ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanma ve tapınma sistemini içerirken, *mezhep* bir dinin görüş, yorum ve anlayış farklılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her birini tasvir eder.[30] *Felsefi görüş* kavramıyla ise, kişinin inceleme amacı taşıyan düşünce etkinliği sonucunda ulaştığı tüm görüşler anlatılmak istenir. Kanunda geçen *kılık*

[26] KAYA, 2011, s. 319.

[27] ÇAKAN, Cansu, "Kişilik Hakkı Kapsamında Korunan Bir Değer Olarak Kişisel Veriler", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 2, s. 195.

[28] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b0350a8c86216.44879670; http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b03504c269c89.67813800 (Erişim Tarihi: 08.05.2018).

[29] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b03536c04b525.03378534 (Erişim Tarihi: 08.05.2018).

[30] AYM, E. 2016/125, K. 2017/143, K.T. 28.09.2017.

kıyafetle de kişinin üstü başı, giyinişi ve dış görünüşüne ilişkin bilgilerin kastedildiği söylenebilir.[31]

Dernek, kazanç paylaşma amacı gütmeyen gerçek veya tüzel kişi en az yedi kişinin belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları özel hukuk tüzel kişileridir. *Vakıflar*, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle teşkil ettikleri tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.[32] *Sendika* ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 2/ğ maddesinde 'işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarını korumak, geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar" şeklinde tanımlanmış; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun 3/f maddesinde ise kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal, meslekî hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak nitelendirilmiştir. Her üç kuruluşa üyelik, kişinin siyasal görüşü, kültürel tercihleri ve toplumsal statü bilgisi açısından özel yönler içerdiğinden kayıtlı verilerin hassas kişisel veri kapsamında kabul edilmesi gerekmiştir.

Farklı bir hassas veri türü olan *Cinsel hayatı* oluşturan unsurlar, bireye özgü cinsel eğilimleri ve seks hayatına ilişkin olguları kapsar.[33] Kişinin cinsel tercihleri veya benimsediği yaşam tarzı toplumsal önyargıları harekete geçirme etkisi taşıdığından birey hakları, ayrımcılığa uğramama ve kişilik değerlerinin korunması açısından bu aidiyetler, duyarlık düzeyi yüksek veriler olarak etiketlenmiştir.

İnsan onuru, kişilik hakları, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarıyla sıkı bağlantılar içindeki *sağlık verilerinin* ise veri mahremiyetinin korunması açısından önemli bir yere sahip olduğu açıktır. Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Bali Bildirgesi, 1981 tarihli Dünya Tabipler Birliği Hasta Hakları

[31] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b035cae955f04.22462695 (Erişim Tarihi: 08.05.2018).

[32] GÖZLER, Kemal, **İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları**, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, s. 190,194.

[33] AKDAĞ, Hale, **Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 29.

Bildirgesi, Amsterdam Bildirgesi ve 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği ile 1999 yılında yürürlüğe giren 164 sayılı Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi hasta hakları konusunda özel veri esaslarına yer veren başlıca düzenlemelerdir. Örneğin, 1981 tarihli Dünya Tabipler Birliği Hasta Hakları Bildirgesine göre hasta tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir.[34]

Türkiye uygulamasında *kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* başlıklı 17. madde ile *sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması* başlıklı 56. madde sağlık verileri alanında anayasal çerçeveyi oluşturmaktadır. 20.10.2016 tarihli ve 29863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'in "*Tanımlar*" başlıklı 4/f maddesinde *kişisel sağlık verisi*, kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili veriler olarak belirtilmiştir. "*Kişisel sağlık verilerinin korunması*" başlıklı 6. maddede ise veri güvenliğinin sağlanması için alınacak önlemler sıralanmış; kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı işlenmesini ve erişilmesini önlemek, bu verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik yapısını temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbiri almak ve bu tedbirlerin veri sorumlusu tarafından denetlenmesine izin vermek veri işleyen görevlinin uymak zorunda olduğu yükümlülükler kapsamında düzenleyici işlem kuralı haline getirilmiştir.[35]

---

[34] TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz/ ÖNOK Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 607.

[35] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 25 Şubat 1997 tarihli Z.-Finlandiya kararında. kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermeyi AİHS'e taraf olan bütün sözleşmeci devletlerin yasal sistemlerinin temel bir prensibi olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. I v. Finlandiya Kararı da aynı yönde açıklamalar içermektedir. KÜZECİ, **2018**, s. 255.; ÇOKMUTLU, Metin, **Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Doktora Tezi, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 93-97,98. Tıbbi verilerin kullanımında özel hayatın gizliliğinin, demokratik bir toplumda gerekli görülenin ötesinde, orantısız bir şekilde müdahaleye uğramaması yönünde S. and Marper Kararı için bkz. ÇOKMUTLU, **2014**, s. 99. Anayasa Mahkemesine göre sağlık verilerinin işlenmesini öngören kuralla, halk sağlığının geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi suretiyle kamu sağlığının korunması; sağlık hizmetleri ile bu hizmetlerin finansmanının planlanması ve yönetimi suretiyle teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi, eğitim ve araştırma faaliyetlerinin geliştirilmesi, insan gücü ve maddi kaynaklarda tasarruf

Kanunda hassas kişisel veri türleri arasında sayılan diğer bir kategori, önemi ve kapsamı itibariye geniş yer tutan *biyometrik ve genetik* verilerdir. Grekçe yaşam anlamına gelen *bios* ve ölçü anlamına gelen *metron* kelimelerinden türeyen biyometrik[36] ve genetik veriler ile anlatılmak istenen, biyolojik veya davranışsal özellikleriyle birlikte, kimliksel doğrulama yapmak amacıyla fizyolojik veya davranışsal niceleyicilerini kullanan bireyin kendine has, benzersiz, genelde ömür boyu aynı kalan, güvenilirlik düzeyi yüksek veri bütünlüğüdür. Kimliksel tanımlama için kullanışlı öğeler sunan biyometri, bir kişinin ölçülebilir fiziksel veya evrensel tüm gerçek kişilerde mevcut olan temel karakteristiği veya özelliğini ifade eder.

Biyometrik sistem, araştırma konusu kişiyi biyometrik verileri sistemde saklanan diğer bireylerden ayırt ederek tanıma yapan bir veri eşleştirme düzeneğidir. Bireyin genetik bilgisinin depolandığı, her insan için benzersiz, kalıcı ve evrensel DNA (Deoxyribonucleic Acid), parmak, avuç içi damar izi ve retinal tarama, el, ses tanıma verisi, yüz imajı, el ve parmak geometrisi, kulak kanalı, kişilerin irisi ve çeşitli biyometrik teknolojilerin kombinasyonlarını içeren çoklu biyometrik sistemler, bu yapı içinde öne çıkan başlıca veri unsurlarıdır.[37] Hassas kişisel veri grubu içinde biyometri ve genetik bilgilerin ayrıca bireysel kimliğe sıkı sıkıya bağlı olduğu ve kontrol edilmesi halinde objektif sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle nitelikli verileri temsil ettiği varsayılmaktadır.[38]

---

sağlanması ile verimin artırılması amaçlanmaktadır. AYM, E. 2016/125, K. 2017/143, K.T. 28.09.2017.

[36] TRANBERG, Charlotte Bagger, "Biometric Data in Scandinavia", **European Business Law Review**, Yıl: 2008, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 389.

[37] ERDİNÇ, Göksu H., **Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, 2017, s. 50.; TRANBERG, **2008**, s. 389-390.; KİNDT, **2013**, s. 141 vd. "*DNA Kan, saç, bukkal mukoza, tükürük, ter, insan dokusu, deri kabukları, tırnaklar, kemik, dişler, idrar ve meni gibi çok sayıda biyolojik materyalden elde edilebilir.*" s. 166.

[38] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *S. ve Marper/Birleşik Krallık Davası (Başvuru No.30562/04 ve 30566/04)*, s.19, 22.
Downloads/CASE%20OF%20S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20COE%20Human%20Rights%20Trust%20Fund.pdf (Erişim Tarihi: 07.11.2018).

Son olarak Türk hukuk düzenlemesinde *ceza mahkumiyetine* ilişkin veriler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesi uyarınca suç karşılığında yaptırım olarak öngörülen hapis (hürriyeti bağlayıcı ceza) ve adli para cezaları (malvarlığı değerlerine yönelik ceza) bilgisinden oluşur. Suç işleyen kişinin tehlikelilik durumu, suçun konusu ile ilgili ya da suçun işlendiği araçla bağlantılı olarak veya maruz kaldığı tehlike hali dikkate alınarak uygulanan koruma ve iyileştirme amaçlı ceza hukuku yaptırımlarına ilişkin TCK'nın 53-60. maddeleri arasındaki hükümler ise güvenlik tedbiri kapsamındaki verilerdir. Örneğin belli haklardan yoksun bırakılma, eşya ve kazanç müsaderesi, çocuklara ve akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular, sınır dışı edilme ve tüzel kişiler hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri [39] pozitif hukuk çerçevesinde sayılabilecek veri parçalarıdır.

Özel Nitelikli Hassas Kişisel Verilerin Ulusal ve Küresel Düzeyde Koruma Altına Alınması

Genel olarak kişisel verilerin korunması hakkına yönelik ulusal düzeydeki hukuksal düzenlemeler, 20.yüzyılın son çeyreğine rastlayan dönemleri kapsar. 1970'te Almanya, 1973'te İsveç, 1974'te Amerika Birleşik Devletleri, 1976'da İspanya, Avusturya, Portekiz ve 1978 yılında Fransa kişisel verilerin koruma altına alınmasında ilk ulusal düzenlemeleri yapan ülkelerdir.[40] Küresel düzeyde koruma alanının oluşturulması ise bilgi sistemleri ve bilişim ağlarının ulus aşırı genişlemesi süreçleriyle bağlantılı nitel bir gelişim öyküsüne sahiptir. Devlet, özel kuruluşlar ve bireysel kullanıcılar tarafından bilginin yaygın kullanımı, bilişim teknolojilerindeki hızlı dönüşümün ortaya çıkardığı riskler ve bilgiye erişim ağlarının büyümesi küresel düzenlemelerin çıkış noktası ve temel hareket kaynağını teşkil etmiştir.

Kişisel verilerin korunması alanında Avrupa Konseyi bünyesinde ilk ulus aşırı çalışmalar 1970'li yıllara kadar götürülse de kişisel verilerin korunması hakkı, modern dönem ulusal hukuk düzenlemelerinden esinlenerek ancak 1980'li yıllardan itibaren uluslararası sözleşme ve hukuksal düzenlemelerde yer almaya başlamıştır. Konsey çalışmasından önce küresel çaptaki ilk örnek, modern teknolojilerin neden olduğu değişen bilgi ortamları karşısında üye

[39] KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, "**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**", 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 554, 611-613.

[40] KÜZECİ, **2018**, s. 112 vd.

ülkelerdeki serbest veri akışını sağlama amacına yanıt vermek üzere Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın (OECD) yayınladığı 23 Eylül 1980 tarihli *Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Transferine İlişkin Rehber İlkeler*'dir. Avrupa Konseyi kaynaklı '*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Sözleşme* ise üye ülkelerin belli bir standarttan yoksun dağınık ve bölünmüş mevzuatını uyumlaştırmayı amaçlayan veri koruma alanındaki bağlayıcı ilk uluslararası hukuksal belge niteliğindedir. Kişisel verilerin aktarımı ile gizlilik hakkını uzlaştırmaya yönelen sözleşme,[41] 28 Ocak 1981 tarihinde Strazburg'da imzaya açılarak 1 Ekim 1985'te yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından 28 Ocak 1981 yılında imzalanmasına karşın ancak 17 Mart 2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak iç hukukta yürürlük kazanmıştır. Sözleşme, kişisel verilerin sınır ötesi akışının yoğunluk kazanması karşısında temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin ve özel yaşama saygı hakkının genişletilmesine taraftar olduğunu belirtmiş ve bu kapsamda hassas kişisel verileri ***özel veri kategorileri*** (Special categories of data) başlığı altında 6. maddesinde düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, iç hukukta uygun ve yeterli güvenceler sağlanmadıkça, ırksal köken, siyasi düşünceler, dini veya diğer inançlar, sağlık veya cinsel hayat ile ceza mahkumiyeti kapsamındaki kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulamayacaktır. Sözleşme, istisnalar ve kısıtlamalar başlıklı 9. maddesinde ise 6. maddede öngörülen güvence sistemine belirli gerekçeler ışığında istisna ve kısıtlama hükümleri getirilebileceği kuralına yer verir.

Sözleşmede, taraf devletin kanunlarında öngörülmüş olması, demokratik bir toplumda devlet ve kamu güvenliğinin korunması esasının gözetilmesi, devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi ile kişinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin garanti edilmesi sebeplerine dayalı olarak hassas verileri düzenleyen 6. maddeye konulabilecek istisnai durumlara açıklık kazandırmak amaçlanmıştır. Ancak maddede istisna hükümlerin genel ve yoruma açık hukuki sebeplerden oluşması, hassas veriler açısından hukuksal belirlilik ve güvenlik ilkelerini ihlal eden potansiyel risklere kapı aralamaktadır.

Konsey, 08.11.2001 tarihinde kabul ettiği *181 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ne Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol* ile

[41] KİNDT, **2013**, s. 91.

hassas kişisel verileri de içine alan tüm kişisel verilerin korunması alanında görevlerini tam bağımsızlıkla yerine getirecek denetleyici makam kurulmasını taahhüt etmiş ve verilerle ilgili alınacak önlemlerin özerk bir yönetsel birim tarafından üstlenilmesini şart koşmuştur. Avrupa Konseyi'nin 4.4.1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin "*Özel yaşam ve bilgi edinme hakkı*" başlıklı 10. maddesinde ise '*Herkesin, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından özel yaşamına saygı gösterilmesi, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilginin öğrenilmesi hakkına sahip olduğu*' belirtilerek özel yaşam bağlamında sınırlı bir hassas veri yaklaşımı geliştirildiği görülmektedir.

Hassas kişisel veriler bakımından Avrupa Konseyi'ne atfedilebilecek diğer bir hukuki belge, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanarak 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren *İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*'dir. Sözleşme, kişisel verilerin korunması, işlenmesi, depolanması veya erişime açılması hakkında doğrudan bir düzenleme içermemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihatlar ve sözleşmenin özel hayata ve aile yaşamına saygıyı düzenleyen 8. maddesi dolaylı olarak hassas kişisel verilere yönelik hukuki koruma sağlamaktadır.

Avrupa Birliği (AB) düzeyinde kişisel verilerin korunması kapsamında hassas verilere ilişkin temel haklar vurgusuyla ayrıntılı hukuki düzenlemeler yapılmış ve birlik üyelerini bağlayıcı etkili hukuk metinleri oluşturulmuştur. İlk hukuksal düzenleme Birlik ülkelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin uyumlaştırılması ve kişilerin mahremiyet haklarını korumayı amaçlayan 95/46/EC sayılı *Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi*'dir. AB üyesi ülkelerin kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemelerini yönlendirici etkisiyle direktif, yakın zamana dek geniş bir nüfuz alanına sahip olmuştur. Türkiye'nin yürürlüğe koyduğu kişisel verilerle ilgili 6698 sayılı Kanun da benimsediği hukuk sistematiği ve haklar düzeni açısından temel noktalarda anılan Direktif hükümlerini yasalaşma pratiğine model olarak almıştır.[42]

[42] "**Kişisel Verilerin Korunması Alanında Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler**", Kişisel Verileri Koruma Kurulu yayınları, 2018, s.3-7. https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ead8e671-e01e-4ca7-a6a3-bc3c6f79f7c7.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2018).; KİNDT, **2013**, s. 92.

Hassas kişisel veriler bakımından konuya yaklaşıldığında, 95/46/EC sayılı Direktifin 8. maddesinde bu tür verilerin, '***Özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi***" (The processing of special categories of data) başlığı altında düzenlemeye konu kılındığı görülmektedir.[43] Ancak Direktif, 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren yürürlük kazanan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne (GDPR) yerini bıraktığından hassas kişisel veriler bakımından bu son tüzük hükümlerinin geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Tüzük, hassas veri kavramını karşılamak üzere 9. maddesinde aynı madde başlığıyla '***Özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi***' (processing of special categories of data) terimini kullanmıştır.[44]

7 Aralık 2000 Tarihli AB Temel Haklar Şartı ise[45] "*Kişisel bilgilerin korunması*" başlıklı 8. maddesinde herkesin, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahip olduğunu, kişisel verilerin belirtilen amaçlar ekseninde ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılması gerektiğini, kişinin kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkını haiz olduğunu düzenlemesine karşın, sözleşme doğrudan hassas veri kavramına yer vermemiştir.

Hassas verileri kapsamasa da OECD'nin "*Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri*" (23 Eylül 1980) ile Birleşmiş Milletler'in '*Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri*' (14 Aralık 1990) kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası düzeyde belirtilebilecek etkili hukuki belge örnekleri arasındadır. Yine ayrımcılıktan kaçınma ilkesine göre '*etnik köken, cinsel yaşam, dini ve felsefî inanç gibi konular kapsamındaki bilgilerin toplanmasında kanunî sınırlar söz konusu olmalı ve kanunun çizdiği sınırlar içerisinde sadece hukuka uygun şekilde ve gerektiğinde veri toplanmalıdır*' denilerek sözü edilen belgede hassas veri kavramına uygun özel bir belirleme yapıldığı göze çarpmaktadır.[46] Bunun yanında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10

[43] KAYA, Mehmet B./ TAŞTAN Furkan G., **Veri Koruma Hukuku: Mevzuat İçtihat**, s. 55-56. http://www.muharrembalci.com/kitaplika/79.pdf (Erişim Tarihi 13.05.2018).

[44] https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi 13.05.2018).

[45] TÜRKAY, **2015**, s. 51-52.

[46] ÇAKAN, **2013**, s. 204.

Aralık 1948 tarihli ve 217 A(III) sayılı kararı ile kabul edilen 1948 tarihli *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*'nin özel yaşamı koruyan 12. maddesi ile 19 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı kararla kabul edilen *Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*'nin mahremiyet hakkını koruyan 17. maddesi dolaylı yoldan hassas kişisel verileri koruma altında tutan sınır ötesi hukuki metin örnekleri arasında sayılabilir.

Türkiye'de kişisel verilerin korunması bakımından temel norm niteliğiyle anayasal düzeyde ilk düzenleme 12.09.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla gerçekleşmiştir. "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20/2. maddede, hassas kişisel veriler vurgusu yapılmadan kişisel verilerin korunması yönünde düzenleme yapıldığı görülmektedir. Genel bakış açısıyla bir bütün olarak irdelendiğinde, Anayasanın 2. maddesindeki "Hukuk Devleti" ilkesi, "*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*" başlıklı 12. maddesi, 17. madde ile güvence altına alınan "Kişi Dokunulmazlığı, Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı", "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği"ni düzenleyen 19. madde, 21. maddede geçen "Konut Dokunulmazlığı" hakkı, 20. ve 22. maddelerde düzenlenen "Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Hakkı" ve "Haberleşme Hürriyeti", "*Din ve vicdan hürriyeti*" başlıklı 24. madde ile "*Düşünce ve kanaat hürriyeti*"ni düzenleyen 25. madde[47], özel nitelikli verilere de teşmil edilebilecek kişisel verilere yönelik koruma sağlayan temel hükümler niteliğindedir.

Anayasal hükümlerin ardından Türk pozitif hukuk düzenlemesi kapsamında münhasır ilk kanunlaştırma hareketini temsil eden 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinde hassas veriler, ***özel nitelikli kişisel veri*** kavramıyla karşılanmış ve madde, içerdiği istisna hükümleriyle verilerin işlenme şartlarına bütünsel bir bakışla açıklık getirmeye çalışmıştır. Daha genel nitelikte olmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kişisel verileri doğrudan veya dolaylı koruyan hükümleri ise özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde 132-140. maddeler arasında düzenlenmiştir.[48] Kanunun "*Özel hayatın gizliliğini ihlal*" başlıklı 134. maddesinde kişilerin özel hayat gizliliğinin ihlaliyle özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı

[47] AYDIN, Sedat E., **AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 58-64.

[48] BÜK, Alaattin, **Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 82.

olarak ifşasının cezai yaptırım gerektiren fiiller kapsamında değerlendirilmesi, kişisel verilerin hem bağlantı kurulan pozitif hukuk kaynağını hem de suç tanımını gösteren önemli bir düzenleme niteliğindedir.

Korunan hukuki değerin özel hayat olarak belirlendiği kişisel verilerin kaydedilmesi başlıklı 135. maddede suç tipi kişisel veri tanımı açısından belli bir açıklık taşımasa da[49] maddenin ikinci fıkrasında daha kesin olarak hukuka aykırı yollarla kişisel verileri kaydeden kimseye verilecek hapis cezasının tayin edilmesinde suç olgusuna konu kişisel verinin kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda ceza yönünden ağırlaştırıcı sebep öngörülerek kişisel veriler arasında uluslararası eğilimi yansıtan özel bir yasal kategori oluşturulmuş ve hassas veriler bu yasal himaye içine yerleştirilmiştir. Madde içeriği, hassas veri kategorisinde ağırlaştırıcı sebep düzenlemesi öngörerek nitelikli suç tavsifi yoluyla önemli bir bilinçlilik durumu ortaya koyabilmiştir.

Dikkat çekici diğer bir farklı durum 6698 sayılı Kanun'un "*Özel nitelikli kişisel veri*" başlığıyla 6. maddede düzenlediği veri türleri içinde yer almayan ahlaki eğilim[50] kavramının hassas kişisel veri kategorisine dâhil edilmiş olmasıdır. Kanun'da düzenlenen *kılık, kıyafet, dernek ve vakıf bilgileri ile ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirlerine* ilişkin veriler ise ceza kanununun zikredilen maddesinde hassas veri statüsünde sayılmamıştır. Dolayısıyla genel bir kıyaslama yapıldığında 6698 sayılı Kanun'un, özel nitelikli kişisel verileri ceza kanunu hükmüne göre daha ayrıntılı bir yaklaşımla düzenleme eğilimi içinde olduğu ifade edilebilir. Kılık, kıyafet, dernek ve vakıf bilgileri, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ahlaki eğilim verileri arasında iki yasal düzenleme bakımından farklılık arz eden bu normatif yaklaşım, kanunlar arasındaki hassas veri türleri karşılaştırmasında uyumsuzluk doğurmasının yanısıra hangi hukuksal ölçütlere ve menfaat önceliğine göre seçim yapıldığını anlamak açısından da güçlükler yaratmaktadır. Bu nedenle, TCK

[49] ÖZBEK, Veli Ö./ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray, vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s. 569.

[50] Bu veri türü mevcut kavram itibariyle uluslararası belgelerde yer almamaktadır. KÜZECİ, 2018, s. 351. Ahlaki eğilimin TCK'nın "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" bölümünden hareketle toplumun genelinin kınadığı özellikle cinsellik içeren davranışlara yönelik bir anlam taşıdığı belirtilmiştir. BÜK, **2018**, s. 39.

hükmünün 6698 sayılı Kanun maddesinde düzenlenen özel nitelikli veri türlerini esas alması ve aynı doğrultuda bir norm standardının yakalanması gerektiği haklı bir hukuksal öneri olarak öne sürülmüştür.[51]

Ceza muhakemesi ve ceza kanunu normlarının farklı hükümleri çerçevesinde konuya yaklaşıldığında ise kişisel verileri hukuka aykırı biçimde başkasına verme, yayma veya ele geçirme eylemlerinin yer aldığı 136. madde ile kanunların belirlediği süreler geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların görevlerini yerine getirmemeleri fiilini suç olarak düzenleyen 138. madde hükümleri, özel veri kategorisine mahsus olmayan ancak genel kişisel veri güvenliği alanında koruma getiren yasal kurallar niteliğindedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "*Gözlem altına alma, muayene, keşif ve otopsi*" başlıklı 3. bölümünün genetik inceleme sonuçlarının gizliliği ile ilgili 80. maddesinde de, 75, 76 ve 78. maddelere atıfla kişinin kan, saç, tükürük, tırnak veya benzeri biyolojik örnekleri, cinsel organlar veya anüs bölgesi muayene sonuçları ile moleküler genetik incelemeye ait bilgileri, özel kişisel veri kapsamında sıralanmış; bu verilerin başka bir amaçla kullanılamayacağı ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına aktarılmayacağına ilişkin yasak alanlar ihdas edilerek sınırlı alanda belirlenen hassas kişisel veriler özel bir koruma rejimiyle yasal çerçeve içine alınmıştır.

Özel kişisel verilerle ilgili farklı bir yasal kaynak olan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu *Kanunu'nun* "*Kurumun taşınmaz edinimi, taşınır ve taşınmaz mal varlıkları ile gayri maddi haklarının hukuki durumu*" başlıklı 35. maddesinde kişisel veriler ile ticari sır niteliğindeki bilgilerin veri sahibinin noter onaylı muvafakatiyle gerçek veya tüzel kişilerle paylaşılabileceği ancak sağlık verisinin bu yetkinin dışında olduğu hükmü öngörülerek münhasıran bu alanda diğerlerinden ayrılabilen özel vasfa sahip bir hassas veri kategorisinin tanındığı belirtilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*kişiliğin korunması*" başlıklı 23-25. maddeleri ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi konuyu dolaylı olarak kişilik haklarını koruyucu hükümler kapsamında değerlendirirken 4857 sayılı İş Kanunu'nun "*işçi özlük dosyası*" başlıklı 75. maddesi işverenin, istihdam ettiği her işçi için düzenlediği özlük dosyasında işçinin kimlik bilgilerinin yanında, her türlü belge ve kayıtları saklamak ve

[51] ÖZBEK, Veli Ö./ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray, vd., **2017**, s. 579.

bunları istendiği zaman yetkili makamlara göstermek zorunda olduğu ve işverenin işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü bulunduğu hususlarını hükme bağlayarak hassas veri tanımı içine girecek veri parçaları için özel idari önlemler geliştirmiştir.[52]

Genel bir perspektifle değerlendirildiğinde, pozitif hukuk düzenlemelerinin kişisel, toplumsal ve iktisadi tüm alanları kuşatma eğilimi taşıdığı, kamu ve özel hukuk hükümleri tarafından yasal ve kurumsal garantiler sunularak özel kişisel verilerin koruma şemsiyesi altına alınmak istendiği fark edilmektedir. Yasal metinlerde kamu düzeni, üstün kamu yararı, yasal yetki kullanımı, kişisel rıza, veri güvenliği ve kişilik hakları arasında menfaat dengesinin kurulmaya çalışıldığı görülmekle birlikte hassas veri türleri bakımından hukuksal düzenlemeler arasında türdeşlik olmaması ve hassas kişisel verilerin kendisini oluşturan unsurlar yönünden objektif bir tanım içine alınamaması, pozitif hükümlerin tüm olumlu yanlarına rağmen hassas veri tespiti konusunda ciddi uygulama zorlukları ve çelişkileri doğurmaya aday açık noktalar oluşmasına yol açmaktadır.

Özel Nitelikli Hassas Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Yöneldiği Amaçlar

Ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde özel düzenlemelere konu edinilen ve işlenmesi belirli prosedürlere bağlanan hassas verilerle ilgili yasal statünün temel amacı, hak ve özgürlükleri yaşanılır kılma hedefine yönelik olarak insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi[53] hakkını güvence altına almaktır. Diğer bir amaç kişisel bilgi varlığı içinde önemli yer tutan özel nitelikli veri girdilerinin kişinin nüfuz ve etki alanından çıkarılarak yetkisiz kişilerin erişimine açılması[54] sonucunda doğacak maddi ve manevi zararlardan bireyi korumak ve hassas veriler için etkin, meşru ve geçerli bir yasal himaye mekanizması oluşturmaktır.

[52] KAYA/TAŞTAN, **2018**, s, 210-212;224-227;234.

[53] AYM, E. 2015/61, K. 2016/172, K.T. 2.11.2016.; E. 2015/32, K. 2015/102, K.T. 12.11.2015.; E. 2014/180, K. 2015/30, K. T. 19.03.2015; E. 2014/2242, K. 2015/4991, K.T. 9.12.2015.

[54] KETİZMEN, Muammer/ÜLKÜDERNER, Çağlar, **E-Devlet Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korunma(ma)sı**, s. 2, http://inet-tr.org.tr/inetconf12/bildiri/2.pdf (Erişim Tarihi 11.05.2018).

Hassas kişisel verilerin hukuksal açıkların doğurduğu denetimsiz ve ölçüsüz yaklaşımlarla kamuya açık hale gelmesi, içsel planda kişinin özel ve aile yaşamını, kamusal yaşamda ise bireyin toplumsal konumunu ve iş ilişkilerini olumsuz yönde etkileyen bir sosyal tehlikelilik durumu ortaya çıkarır. Bu nedenle toplum üyelerince kınanma, damgalanma ve lekelenme gibi informal cezalandırma süreçlerinin tetiklenmesine[55] bağlı olarak bireyin gelecek planlamasını ciddi oranda zedeleyecek etki ve sonuçları yok etmeye dönük veri güvenliği politikaları geliştirmek, özellikle temel hak ve özgürlükler rejiminin korunması bakımından kamu otoritelerince bir gereklilik olarak değerlendirilmektedir.

Özel hayatın korunması ve kişi güvenliğinin sağlanması ile hassas verilerin işlenmesi ikileminde veri merkezlerinde muhafaza edilen bilgilerin sebep olacağı psikolojik sonuçların olumsuz etkileri, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere uluslararası boyutlu dava süreçlerine ve yoğun içtihat oluşumuna kapı aralamıştır. İlk etapta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlıklı 8. maddesi kapsamında cinsel kimliğin belirlenmesi, cinsel eğilim ve cinsel yaşam gibi unsurlar, sağlığa ilişkin veriler, etnik kimlik ve görüntü hakları bireyin fiziksel/sosyal kimliğine dair özel hayat göstergeleri olarak kabul edilmiş;[56] devamında etnik ya da ırksal köken, politik görüşler, dini-felsefi inançlar ve sendika üyeliği ile ilgili veriler otomatik işleme fonksiyonu açısından yasak hükümler sınırı içinde tutulmuştur.[57]

Demokratik bir ülkede Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere yönelebilecek saldırı ve tehditlerin karşısına hassas kişisel veri düzenini çıkarmanın temel gerekçesi, diğer kişisel verilerin etki düzeyine kıyasla bireyin toplumsal saygınlığını korumaya yönelik önlemler setinin hassas veriler korunmasıyla daha da sağlamlaştırılacağının varsayılmasıdır. Bireyin, yaşamsal önem taşıyan haklar düzleminde alenileştirilmiş olsa dahi özel nitelikli kişisel verilerin kullanımına yön verme yetkisi bu nedenle öncelikli koruma konusu yapılarak güvence altına alınmıştır.[58]

---

[55] KÜZECİ, **2018**, s. 256.

[56] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *S. ve Marper/Birleşik Krallık Davası (Başvuru No.30562/04 ve 30566/04)*, s. 19, 21.

[57] ZERDİCK, **1995**, s. 67.

[58] BAŞALP, Nilgün, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 45; TÜRKAY, 2015, s. 29.

Bilgisayar sistemlerinin kullanımı ve internet teknolojisinin anlık popüler aktarım gücü veri koruma sorununu her zamankinden daha önemli hale getirdiğinden hassas kişisel verilere yönelik koruma düzeyinde farklılıklar yaratılması veya bu tür verilerin güçlendirilmiş hukuksal rejime tabi tutulmak istenmesi kaçınılmaz bir toplumsal ve beşeri gereklilik kavrayışıyla hukuksal düzenlemelere yön veren ana motivasyonu teşkil etmiştir. Dolayısıyla hassas kişisel verilerin elde edilmesinden beklenen yarar ile anayasal temel hakların korunması bakımından doğması muhtemel riskler arasında denge kurma arayışı hukuksal rejim farklılaşmasının temel sebebidir. Aynı zamanda çıkarların dengelenmesi veya bir işlemin hukuka uygunluğunun saptanması adına veri konusu ile veri kullanıcısının menfaatlerinin birbirlerine karşı ağırlıklandırılması, uygulama açısından meşru temeller elde etmede önemli bir beklentiyi oluşturur.[59] Çeşitli kuruluşlar ve ülkelerce kişisel bilgilerin korunması için gizlilik düzenlemeleri yayınlanması, hassas kişisel verilerin açıklanmasının istisnai durumlara özgülenmesi, verilerin birleştirilmiş veya anonimleştirilmiş formlar kullanılarak sağlanmaya çalışılması, detaylı veri güvenlik politikaları geliştirilmesi, adil bilgi uygulamalarının yaygınlaştırılması (fair information practices-FIP) ve bilgi paylaşım standartlarının saptanması sözü edilen denge arayışına yanıt bulma çabalarının somut birer yasal-kurumsal örnekleri niteliğindedir.[60]

Açıklanması halinde ayrımcılık duygularını diğer kişisel verilere göre daha çok kışkırtacak olması ve ortaya çıkaracağı zararın büyüklüğü hassas verileri özellikli ve koruma öncelikli hukuksal varlıklar haline getiren önemli bir etkendir. Ancak hangi verilerin bu kapsamda değer kazanacağını belirginleştirmek bir hayli güçtür. Zira toplumsal koşulların değişmesi ve sosyal gelişmişlik seviyesi işlendiği zaman özel önem atfedilmeyen bir bilgiyi sonradan hassas veri kategorisinde nitelendirmeyi gerekli kılabilir. Bağlamsal (contextualised) yaklaşımı yansıtan bu görüş taraftarlarına göre, verilerin işlenmesi ve kullanılmasının gerçekleştiği şartlar, değişen toplumsal, ekonomik ve kültürel konjonktürün dönüştüreceği kişisel algı düzeyi dikkate alındığında özel nitelikli verileri mutlak sınıflandırma iddiasından

[59] ZERDİCK, **1995**, s. 67.

[60] EFRAİMİDİS Pavlos S./DROSATOS Georgios/NALBADİS Fotis, vd., "Towards Privacy in Personal Data Management", **İnformation Management & Computer Security**, Yıl: 2009, Cilt: 17 Sayı: 4, s. 310.; COOPER Daniel P. "İnvestigations: Understanding Data Privacy", **Journal of Financial Crime**, Yıl: 2005, Cilt: 12, Sayı: 4, s. 354.

uzaklaştırabilecek bir görecelilik durumu ortaya çıkarır. Dolayısıyla verinin elde edildiği koşullar, toplanma amacı, işlenmesinin ilgili kişiler bakımından doğuracağı muhtemel sonuçlar, veri kütüğü sahiplerinin menfaatleri ile veri bankasının potansiyel alıcıları gibi etkenler göz önünde bulundurularak hassas veri kavramına çok yönlü parametrelerle açıklık getirilmesinin gerekli olduğu savunulmaktadır.[61]

Bu aşamada kişisel verinin hassasiyet derecesinin tespitinde, işlenen verilerle doğması muhtemel yarar-zarar arasında kişi-kamu boyutlu belirli denge hesaplarının yapılması mutlak bir gerekliliğe işaret eder. Koruma düzeyini içeren yararın derecesi ile tehlikenin boyutlarının kıyaslanması kaçınılmaz bir kamusal yükümlülük olarak göz önünde bulundurulur. Amaçsal (purpose-based) yaklaşıma göre ise, bir verinin hassas nitelikte olup olmadığını belirleyen ana ölçüt, işlenme amacında saklıdır. Hassas veriyi paylaşma ve açıklamada kullanılan kamusal gerekçe, işlemenin amacını belirlemede önemli bir gösterge olarak kabul edilir.[62] Örneğin kamu idareleri ve kurumları kamu düzenine yön vermek, vergi yükümlülüğünün etkin şekilde yerine getirilmesini sağlamak, refah politikaları tasarlamak ve kamu hizmetlerinde verimliliği elde edecek etkili bir yapılanma gerçekleştirmek; özel teşebbüsler ise organizasyonel başarıya ulaşmak, insan kaynakları politikası oluşturmak, verimlilik ve karlılık prensiplerini gözeten bir vizyon inşa etmek amacıyla dijital veri tabanlarında düşük maliyet ve emeğe dayalı pratik yollar deneyerek kişisel bilgileri işleme ve analiz etmeyi tasarlayabilir. Bu süreçte her iki tüzel kişilik temel hak ve özgürlükler alanında ihlaller doğuracak hukuki sorun ve açıklar yaratabilirler. Sürekli izlendiği, politik veya kişisel eğilimleri ile sağlık bilgilerinin elde edildiği endişesiyle başkalarının kontrolü altına girdiği duygusuna kapılan bireyin temel hak ve özgürlüklerini kuşku duymadan kullanacağını bu caydırıcı şartlarda ileri sürmek pek mümkün görülmemektedir.[63] Özellikle kişinin ırksal veya etnik kökeni, politik görüşleri, dini-felsefik inançları, sendika üyeliği, sağlık veya cinsel hayatı ile cezai suçlar kapsamındaki bilgilerinden oluşan hassas kişisel veriler, işlenme ve ifşa sürecinde güvenlik şartları ve gizlilik prosedürleri vasıtasıyla

[61] AKSOY, Hüseyin C., **Kişisel Verilerin Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 45-46.

[62] AKSOY, 2010, s. 46.

[63] KORKMAZ, İbrahim, **Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması**, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 58.

daima kontrol altında tutulmazsa özel hayatın korunması kuralına aykırı telafisi güç zararlar ortaya çıkabilir. Kaldı ki yargı kararlarında da vurgulandığı gibi[64] prensipte herhangi bir kişisel verinin işlenmesini kapsayan yetki veya talep, özel hayatın gizliliğine ilişkin temel hakkın önüne geçen üstün ve meşru bir çıkar alanı ve hukuksal saygı küresi ortaya çıkarma gücünden her durumda yoksun sayılmalıdır.

Tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin hassas verilerin teknik önlemler alınmadan kaydedilmesi, kanun önünde eşitlik prensibi gereğince kamu hizmeti sunumunda önyargılar ve adil olmayan uygulamalar doğurabileceği gibi bireyin hizmete erişimden uzaklaşmasına neden olacak mahsurlar da ortaya çıkarabilir. Hassas veriler konusundaki ülke düzenlemelerinin sivil zararların giderildiği adil bir hukuk politikasına göre şekillenmesi eğilimi, temelde özgürlük-güvenlik dengesindeki kamusal endişelerin minimuma indirgenmesi amacına yöneliktir.[65] Gizlilik ve hassas verilerin işlenmesi arasındaki yakın ilişki aynı nedenle kişisel menfaatler, özel yaşam, demokratik katılım, bedensel bütünlük, aile hayatı ve evin kutsallığı üzerine kurulu hukuksal menfaatleri içeren geniş bir meşruiyet zemini ve çoklu değerler üzerinde etkileşim içinde bulunmaktadır.[66]

Hassas kişisel verilerin korunmasına yönelik sıkı kurallar öngörülmesini gerektiren en geçerli sonuçlar, cinsel ve sağlık verileri alanından örneklendirilebilir. Özel yaşamın merkezini teşkil eden bu bilgilerin herhangi bir kayıt ve şarta tabi tutulmadan ifşa edilmesi durumunda kişinin tedavi sürecinin devamı ve sosyal hayat içinde ayrımcı tutum ve davranışlara maruz kalması ciddi riskler arasındadır.[67] Bireylerin veya yetkisiz kurumların eline geçmesi halinde veri öznelerinin şantaj ve tehdide maruz kalabilecekleri, iş güvencesinin zarar göreceği yönündeki haklı endişeler, hassas verilerin farklılaştırılmış bir rejim içine alınması zorunluluğunu ortaya çıkaran yaygın gerekçeleri teşkil etmektedir. [68] Dolayısıyla hassas veri kategorileri aracılığıyla inşa edilen

[64] İstanbul BAM 23.H.D. E. 2017/596, K. 2017/527, K.T. 31.3.2017.; D.15.D. E. 2016/10500, K. T. 6.7.2017.

[65] COOPER Daniel P., **2005**, 352-354.

[66] PURTOVA, Nadezhda, "Private Law Solutions in European Data Protection: Relationship to Privacy, and Waiver of Data Protection Rights", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Yıl: 2010, Cilt: 28 Sayı: 2, s. 181.

[67] GÜRSEL, **2016**, s. 48-49.

[68] AKSOY, **2010**, s. 48-49.

koruma hakkı öncelikle, kişinin mesleki ve gündelik yaşamında belirebilecek risklerden olabildiğince azade kılınmasını sağlama işleviyle tezahür eder. Bu fonksiyonun arka planında güçlü gözetim ve veri yönetimi araçlarının yaygın kullanımı başlıca caydırıcı etkeni meydana getirir. Elektronik dünyadaki önemli sorunlardan birinin kişisel verilerin özel hayat güvenliği aleyhine ağ dolaşımı ve dijital ortam hareketliliği içinde kazandığı etkinlik olduğu dikkate alındığında yeni hukuksal paradigmaların, bireylerin kişisel veriler üzerindeki kontrolünün geliştirilmesi etrafında yoğunlaşma göstermesine şaşırmamak gerekir.[69]

Bilgisayar teknolojisi ile internet dünyasının sürüklediği ve demokratik değerlerin geri plana itildiği gözetim toplumuna karşılık özel hayat alanının korunması gereğine yapılan vurgu, birey özerkliği ve bireyin yalnız bırakılma hakkıyla veri güvenliğini aynı hukuksal menfaat zemininde bir araya getirmiştir. Hak sahibi, mevcut hukuksal birleşme içinde gözetim teknolojileri, bilişim araçları, merkezi veri bankaları ve bu enstrümanların oluşturmak istediği dijital kişiliklere karşı kişisel veri dizileri üzerinde kontrol imkânını sağlayan güvencelerle donatılmak istenmiş; izleme, gözetleme ve verilerin takibi ürünü olan kişisel bilgilerin hukuki sebepler olmaksızın toplanmaması, işlenmemesi ve transferinin yapılmaması ile yetkisiz kişilerin erişimine kapatılması yönündeki talepler, hassas verilerin korunması haklarının yöneldiği merkezi amaçları ifade eder hale gelmiştir.[70]

Özellikle hassas kişisel verilerin kapsamlı bir şekilde sürekli kaydedildiği, resmi veya özel otoritelerin elinde öngörülemeyecek birtakım işlemlere araç kılındığı kaygısının birey tarafından hissedildiği negatif toplumsal ve psikolojik algı ortamında kişiliğin sağlıklı gelişim göstermesini beklemek demokratik toplumun geleceği açısından ciddi güven açıkları ve sosyal öngörülemezlik anlamı taşır. Kişinin kendini geliştirme olanaklarını kullanma hakkına kısıtlamalar getirmesi veya kamu hizmetlerinden yararlanmada duyacağı tedirginlikle otolimitasyona yönelmesi, hassas kişisel veriler üzerinden doğabilecek muhtemel ve yakın risklere örnek olarak verilebilir.[71] Bu nedenle hassas verilerin toplanması, işlenmesi veya erişime açılması işlemleri yapılırken, özel önlemler ve koruma tedbirleri alınarak veri konusunu gönüllü, özel ve bilgiye dayalı göstergelerle desteklemek gerekmiş;

[69] EFRAİMİDİS/DROSATOS/NALBADİS vd., **2009**, s. 316.

[70] TÜRKAY, **2015**, s. 31-32.; KORKMAZ, **2017**, s. 59.

[71] KORKMAZ, **2017**, s. 70; KÜZECİ, **2018**, s. 256.

rıza sorunlarının çözümlenmesi veya işlemlerin sıkı kurallara tabi tutulması işlem güvenliği ve hukuksallık ilkeleri uyarınca uyulması gereken standart prosedürler olarak kabul edilmiştir.[72]

Ulusal çapta ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun meclise sevk edilen genel gerekçesinde kanunun kabul edilmesi sürecinde birçok faktörün etkili olduğu belirtilerek veri koruma alanında daha ziyade kamusal etken ve gerekçelerin kaynaklarına değinilmiştir. Avrupa Birliği tam üyelik sürecinde müzakere fasıllarından dördünün doğrudan ilgili olması nedeniyle sürecin ilerleyebilmesi için kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir kanunun yürürlüğe girmesi yönündeki beklenti ve birliğin Türkiye için hazırladığı ilerleme raporlarında veri koruma alanındaki kanuni boşluğa işaret edilmesi veri güvenliğine yönelik gerekçelerin dış dinamikler açısından güncel kaynaklarını göstermektedir.

Kişisel verilerin korunmasını içeren yasal bir düzenleme bulunmaması nedenine bağlı olarak polis birimleri arasında etkin işbirliğini hayata geçirmeyi amaçlayan EUROPOL ile Türk güvenlik birimleri arasında operasyonel işbirliği anlaşması yapılamaması, elektronik bilgilerin teati edilememesi bibi etkenlerin yol açtığı güvenlik boşlukları, kanun düzenlemesine duyulan aktüel ve acil ihtiyacı açıklamada pratik gerekçeler halinde sunulmuştur. Başka bir anlatımla istihbarat ve güvenlik alanındaki bilgi temini güçlüklerinin giderilmesine odaklanılması ile kamu düzeninin korunması ve suçla mücadele alanında hedef bazlı çabalara yoğunlaşma gösterilmesi, veri politikasının aynı zamanda kamusal eksenli talepleri öne alan bir tercihe yaslandığını göstermektedir. Benzer gerekçe, sınır aşan suçlarda değişik ülkelerin yargı mercilerinin ortak operasyonlar yapabilmesi için EURO JUST ile etkili bir işbirliği mekanizması kurulması amacı etrafında da kurgulanmıştır.

Türkiye'deki yabancılar ile yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları bakımından askerlik, vatandaşlık, kimlik ve malvarlığı gibi konularda veri paylaşımında yaşanan sorunların aşılması, yabancı ve Türk sermaye girişimlerinin etkin bir şekilde yönetebilmesi için ihtiyaç duyduğu veri aktarımının kanuni çerçevesini oluşturmak ise medeni yaşama ilişkin ticari gereklilikleri ve ekonomik etkenleri yansıtan gerekçeleri oluşturmuştur. İşaret edilen ulusal ve küresel gerekçelerin hassas kişisel verileri de kapsayan tüm kişisel veriler için aynı doğrultuda referanslar oluşturduğu açık olarak görülmektedir.

[72] TRANBERG, **2008**, s. 394.

Kanuni yaklaşım genel kişisel veri etrafında kurgulanmış olsa da kanunun tümüne yönelik oluşturulan gerekçede istisnai olarak yalnızca sağlık verileri bağlamında hassas kişisel veri örneğine yer verildiği dikkati çekmektedir. Bu kapsamda hastalara yönelik sağlık kuruluşlarında tutulan çok sayıda özel nitelikli verilere ilişkin kanuni dayanağın olmaması, veri güvenliğinin sağlanmasına hizmet eden yeterli önlemlerin alınmaması ve yetkisiz kişilerce bu nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesi eylemleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ihlal kararları verilmesine ve hukuksal maliyetler doğmasına yol açan ulusal hukuk boşlukları olarak gerekçede dile getirilmiştir. Dolayısıyla yalnızca muayyen bir konudan hareket edilerek hassas veri kavramına atıfta bulunulmuş ve diğer hassas veri türlerine değinme gereği duyulmamıştır. Hassas verileri düzenleyen madde gerekçesinde ise doğrudan bir tanım yapılmamakla birlikte özel kişisel veri normuna yönelik amaçlar ile yapılan kavramlaştırmanın nedenleri üzerinde durularak verilerin işlenmesine dair sınırlı durumlar örnekler eşliğinde açıklanmaya çalışılmıştır.[73]

Özel Nitelikli Hassas Kişisel Verilerin Korunması ve İşlenmesi Hakkının Kapsamı ve İstisnaları

Kişisel verilerin işlenmesi, pozitif hukuk düzenlemelerine yansıyan kural ve yargısal kararlara[74] göre otomatik ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan araçlarla gerçekleşir. İşlenmesi aşamasında kişisel verilerin geçirdiği işlem süreçleri ise 6698 sayılı Kanun'un 3/e maddesi ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) 'Tanımlar' başlıklı 4/2. maddesinden hareket edildiğinde, veri öznesine (data subject/ilgili kişi/kişisel verisi işlenen gerçek kişi) ait kişisel verilerin veya veri setlerinin elde edilmesi, kaydedilmesi, düzenlenmesi, yapılandırılması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, uyarlanması, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, yayılması, erişilebilir kılınması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması, birleştirilmesi, kısıtlanması, veri kombinasyonunun sağlanması, anonim hale getirilmesi veya kullanılmasının engellenmesi/bloke edilmesi gibi elektronik veya fiziki veri kayıt sistemi içinde farklı boyut ve konu alanlarını içeren işlemler dizisinden oluşmaktadır.

Çeşitli hukuk sistemleri hassas kişisel veri elde edilmesi ve işlenmesi işlemlerinde ilgili kişinin rızasını, yaşamsal nitelikteki kamu çıkarlarının

[73] http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf (Erişim Tarihi 13.05.2018).

[74] Y.12.H.D. E. 2016/59. K. 2016/68, K.T. 13.10.2016.

korunmasını, bizatihi hak sahibinin verileri paylaşmasını ve doğabilecek yargılama sebeplerini kaynak-sebep olarak kullanmıştır.[75] Hukuksal izin ve olanakları denetlemek, hak sahipleri arasındaki olası çıkar çatışmalarını önlemek, tüm bireyler için eşit koruma sağlamak ve tarafların sahip olduğu hakları doğru nitelendirmek için ayrıca hassas verilerin işlenmesinde **kesinlik** (finality), **orantılılık** (proportionality), **rıza** (consent) ve **çıkarların tartılması veya ağırlıklandırılması** (the weighing of interests) kriterlerinden hareket edilerek güvenli veri elde edilmesi ve sınırlama nedenlerinde belirli bir denge noktasına ulaşılması hedefleri gözetilmiştir.[76]

Uluslararası hukuk metinlerine de konu olan denetim ve sınırlama kavramlarından *kesinlik*, verilerin toplanmasının açık, spesifik, meşru amaçlara uygun olmasını ve sonraki herhangi bir işlemin başlangıçta belirtilen amaçlarla uyumsuzluk göstermemesi gerektiğini belirtir. *Orantılılık*, işlenen verilerin toplandığı amaca ulaşmak için gerekli olandan daha fazlasını içerip içermediğine dair somut bir değerlendirme yapılmasını öngörür. *Rıza* ilkesi, çıkarların dengelendiği ortamda veri öznesi olan kişinin, verilerin işlenmesini gönüllü kabul ettiğini gösteren özel ve bilgiye dayalı izni ifade eder. *Çıkarların tartılması/ağırlıklandırılması* ise somut değerlendirme ve göstergelerden hareketle, veri işleme eyleminin veri konusu çıkarlardan üstün tutulmasını gerektiren sebepler ile amaç için gerekli olduğunu gösteren etkenlerin ortaya konulması faaliyetini tanımlar.[77]

Tanımı yapılan kavramlardan hareketle verilerin adil ve yasal süreçler çerçevesinde işlenmesi, açık, meşru ve ilan edilen ilkelerle uyumlu bir veri işleme faaliyetinin sağlanması, işlenme amaçlarıyla bağlantıyı koparan gereksiz veri elde edilmesinden kaçınılması, doğru, güncel ve eksiksiz bir veri kaydı tutulması ile verilerin kişisel form içinde gereken sürelerden daha uzun kullanımda tutulmaması yönünde belirli güvenceler içeren ayrıntılı amaçlar benimsendiği görülmektedir. Hassas verilerin elde edilmesinde işlem süreçlerini hukuk kuralları ve kamu yararına uygun normatif bir çerçeveye kavuşturmak hedefi ise sıralanan ilkelerin evleviyetle göz önünde tutulmasını gerektiren bir hukuki değer kavrayışı ve yükümlülüğüne işaret

[75] KORKMAZ, **2017**, s. 53, 57.

[76] TAYLOR, Mark j., "Data Protectİon,Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination", **Medical law İnternational**, Yıl: 2006, Cilt: 8, s. 68.

[77] TRANBERG, **2008**, s. 392-394.

etmektedir.[78] Vurgulanan hukuksal ölçütlere, daha geniş anlamda güvenlik ve gizlilik ile veri faydası arasında denge kurulması, gizlilik politikasının güçlendirilmesi için veri kümelerine ait özniteliklerin belirli değer aralıklarında kişi ve veri bazında genelleştirilmesi ile verilerin anonimleştirilmesi işlemleri eklenebilir.[79] 1960'lı yıllardan itibaren veri koruma ve işleme süreçleriyle ilgili hukuksal ve kamu düzeni irtibatlı bu tür garantiler sağlanması ve artan kurumsal ilgiye rağmen paradoksal olarak veri koruma ve gizlilik arasındaki ilişki konusunda hala bir uzlaşma sağlanamaması ve meşruiyet sınırlarının belirsiz yönler içermesi yönetsel kapasite gelişiminin henüz tamamlanamadığını gösterir.[80] Yine de değişmeyen olgu, hassas verilerin sisteme sınırlı ölçülerde kaydedilmesi eğilimi ile kontrol altında bir işleme politikasının benimsenmesi yönündeki yoğun kamusal taleptir.[81]

6698 sayılı Kanun'un "*Genel ilkeler*" başlıklı 4. maddesi belirtilen ilkelerin özüne uygun bir yaklaşım tarzı takip ederek kişisel verilerin işlenmesinde hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli süre kadar muhafaza edilme kriterlerini öngörerek evrensel standartları gözetme eğilimini benimsemiştir.[82] Dolayısıyla genel kişisel veriler ile özel nitelikli hassas verilerin koruyucu yasal ilkeler bakımından eşitlenmeye çalışıldığı formal bir statü elde edilmiştir.[83] Aynı yaklaşımın anayasal düzeydeki güçlendirici

---

[78] TAYLOR, **2006**, s. 54.

[79] TAKCI, Hidayet/CANBAY, Pelin, "Kişisel Verilerin Korunmasında Öznitelik Tabanlı Gizlilik Etki Değerlendirmesi Yöntemi", **Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 32, Sayı: 4, s. 1303.

[80] PURTOVA, **2010**, s. 181.

[81] KAYA, **2011**, s. 324.

[82] Benzer bir düzenleme, 'Kişisel verilerin işlenmesinde; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması, doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ile işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi ilkelerine uyulur.' Hükmünü taşıyan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun '*Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunması*' başlıklı 51. maddesinde yer almaktadır.

[83] Anayasa Mahkemesi de verilerin elde edilmesi ve kullanım süreçlerine ilişkin genel nitelikli ve ilkesel sayılabilecek ölçütler ortaya koymuştur. Buna göre, "Sisteme bilgilerin girilmesi, müdahaleye temel oluşturan meşru amaçları taşıma şartına bağlı olmalı ve söz konusu yasal düzenleme, hangi bilgilerin kayıt altına alınabileceği, hangi yetkililere iletilebileceği, böyle bir iletimin hangi koşullarda mümkün olabileceği ve

tezahürü, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların amaçla orantılı olarak Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmayacağı yönünde Anayasa'nın 13. madde düzenlemesinde üst norm halinde yansıma bulmuştur.[84]

Hassas kişisel verilerin elde edilmesi ve işlenmesinde ayrıntılı teknik prosedür, hukuksal ilke ve normlar öngörülmesinde, uluslararası istikrar kazanmış uygulamaların teşvik ettiği özel hayatın korunması amacı ve bu çıkar alanına yönelik genel işlem yasağı kuralı önemli bir etken olmuştur. Kısmen Türk iç hukukuna da hâkim olan ayrıntılı kural ve prosedürel süreçlerin geliştirilmesinin arka planında, hassas verilerin işlenmesinde genel rıza ilkesi ve hukuka uygunluk sebeplerinin tek başına geçerli olmaması kaidesi yer almaktadır.[85] Veri türlerine göre işleme sebeplerinin farklılaşması da aynı istisnai rejim düzeni ve hukuksal statü ayrımının bir sonucudur.

6698 sayılı Kanun'un 6/2. maddesinde işleme bakımından hassas verilerin kural olarak tümü için açık rıza şartı öngörülmüşken bu iradenin yokluğu halinde bir kısım veriler için (sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler) kanunla öngörülme, sağlık ve cinsel hayat verileri için ise belirli şartların gerçekleşmesiyle oluşan farklı izin gerekçeleri sevk edilmiştir. Başka bir deyimle hassas kişisel verilerin tüm kategorilerde işlenmesi bakımından, kanunun tanımlar kısmında yer verildiği şekliyle (m. 3-1/a) belirli bir konuya ilişkin bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan irade beyanı çerçevesinde ilgilinin açık rızası[86] verilerin işlenmesinde yasal koşul ve izin sebebi

---

bilginin ilgili makamlara iletilmesi hususunda izlenecek usul, açık ve ayrıntılı hükümler içermelidir. Söz konusu sisteme ilişkin düzenleme; bilgi toplama, kaydetme ve ilgili makamlarla paylaşma veya sair şekilde kullanma konusunda, yetkili makamlara tanıdığı takdir yetkisinin kullanılma tarzı ve alanı bakımından vatandaşlara yeterince öngörüde bulunma olanağı sağlamak durumundadır." B. NO. 2013/2941, K.T. 11.05.2016.

[84] AYM, E. 2014/180, K. 2015/30, K.T. 19.03.2015.

[85] ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 127.

[86] Rıza kavramı, 2018 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğünün (GDPR) Tanımlar başlıklı 4/11. maddesinde 'Veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık gösterge' tanımlamasıyla daha ayrıntılı ifadelerle açıklanmıştır.

olarak yeterli kabul edilmiştir. Ancak başka kanunlarda öngörülmüşse sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler hariç kişinin açık rızası alınmaksızın da verilerin işlenmesi söz konusu olabilecektir. İşlenme bakımından kanuna dayalı hukuka uygunluk sebebine istinat ettirilen bu veriler, yasal düzenlemenin 6. maddesinde kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık-kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile biyometrik ve genetik veri dizilerini içermektedir. Hassas veri evreninde istisna kapsamına alınan sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak *kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi* amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın ve diğer kanunlarda bir düzenleme şartına başvurulmaksızın kanunda sayılan hukuka uygunluk sebeplerine dayalı olarak işlenebilecektir. Yasal düzenlemenin mevcut şartlarda Anayasanın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı 13. maddesinde geçen '*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*' hükmüne ve "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20/3. madde düzenlemesine aykırılık oluşturduğu ifade edilebilir.[87]

Veri işleme ile ilgili farklı bir durum ise kanunun *kişisel verilerin yurt dışına aktarılması* başlıklı 9. maddesi çerçevesinde hassas verilere ilişkin koruma alanının genişletildiği düzenlemedir. Madde hükmüyle mevcut işleme koşullarıyla yetinilmeyerek kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli koruma önlemlerinin alınması, bu şartın sağlanmaması durumunda Türkiye'de ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmesi ve kişisel verileri koruma kurulunun izninin bulunması gibi ek koşullar aranmıştır.

Genel anlamda pozitif düzenlemenin hassas veri seçimi ve işlenme sürecini sağlık ve cinsel hayat verileri ile diğer veriler arasında ayrım yaparak kural haline getirdiği ve buna göre oluşturduğu veri grupları aracılığıyla yasal statüyü kurguladığı görülmektedir. Koruma alanının ulusal ve uluslararası düzeylerde belirlendiği bu sistematik yapıda yasal ölçütlerin gerekliliği ve seçimine ilişkin nedenler ile kamu yararı düşüncesiyle açıklanabilecek yeterli ve açık kamusal gerekçelerin tam anlamıyla ortaya konulamadığını belirtmek

[87] KÜZECİ, **2018**, s. 353.

gerekir. Yine de düzenlemenin mefhumu-u muhalifinden çıkan olumlu ve kesin bir sonuç, idari düzenleyici işlemler vasıtasıyla hassas kişisel verilere ilişkin herhangi bir işleme ve kayıt sebebine dayanılamayacak olmasıdır.

Kanunilik prensibine uygun hukuksal güvencelere karşın sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin işlenmesi bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kanunun emrini yerine getirme ölçütünün vaz edilmesi ve diğer hassas veriler için özel hukuksal durumların işlenme sebebi olarak benimsenmesi kanunun tekelciliği prensibine göre kısmen hukuksal güvence sağlasa bile özellikle sağlık ve cinsel hayat verileri yönünden geniş yetkili bir idari müdahale alanı yaratılması nedeniyle en azından belirlilik ilkesine uygun bir düzenlemenin yapıldığını aynı kesinlikte öne sürmek mümkün görülmemektedir. Bunun dışında düzenleme sistematiği açısından 5237 sayılı Kanun'un 135. maddesine koşut olarak 6698 sayılı Kanun'da kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşleri ile ırki kökenleri temelinde mutlak; cinsel yaşam, sağlık durumu veya sendikal bağlantılar açısından ise hukuka aykırılık ölçütü vazedilerek nispi olmak üzere iki farklı koruma katmanı yaratılamamış tam aksine veri kaynakları açısından eş düzey bir hukuksal statünün ihdas edildiği çatışmalı bir yasal düzenleme ortaya konulmuştur. Kanunlar lehine herhangi bir değer yargısı ve tercih belirtme çabasına girmeden önce iki kanun arasında hassas kişisel veri kaynaklarının sıralanışı ve hukuki nitelendirme açısından verilerin işlenmesinde hüküm çatışması doğuracak ve uygulama çelişkilerine yol açacak özensiz bir düzenlemenin yapıldığını özellikle vurgulamak gerekir.[88]

Öne sürülebilecek diğer bir eleştiri noktası, özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları başlıklı 6. maddenin küresel düzeyde kabul edilen hukuki düzenleme veya mevzuat metinlerine uygun olarak hassas veri türlerini tüketici nitelikte (numerus clausus) belirtmesi ve bu eğilimin sonucunda kanun kapsamında düzenlenmeyen verilerin kıyas yoluyla hassas veri içine dâhil edilemeyecek olmasıdır. Hassas kişisel veri sabitlemesi kanunilik ilkesi için uygun hukuksal zemin oluştursa da yasal düzenlemenin mantığı, değişen toplumsal koşulların hassas veri addedilmesini gerektirdiği yeni veri dinamizmine aynı ölçülerde tatmin edici bir yanıt vermekten uzaktır. Bu durumu yansıtan yerinde bir eleştiri noktası, daha önce Avrupa Birliği Yönergesi düzenlemesine getirilen itirazlara benzer şekilde kişiliğin değişik görünümlerini açığa çıkaracak finans ve yer bilgilerinin hassas veri

[88] BÜK, **2018**, s. 83-85.

kategorisinde sayılmaması, önem ve hassasiyet derecesi azımsanmayacak değerde olan kişisel verilerin özel koruma mekanizmasından yasal olarak yoksun bırakılmış olmasıdır. Oysa bu tür bilgilere erişim halinde tıpkı diğer hassas veri türlerinde olduğu gibi ayrımcılık duygularının harekete geçmesi veya finansal güvenlik sorunları riskinin yaşanacağı durumların ortaya çıkması hiç de göz ardı edilemeyecek güçlü bir ihtimaldir.[89] Kaldı ki hassas statüde tanımlanan veriler özel yaşam ve aile hayatına dokunduğu kadar kişinin sosyal pozisyonu, iş hayatı, bankacılık işlemleri, sermaye hareketlilikleri ile ticari eylem ve çalışma faaliyetleri ekseninde de benzer nitelikte varlık kazanır.[90]

213 sayılı Vergi Usul Kanunu "*Vergi mahremiyeti*" başlıklı 5. maddesinde 'Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurların, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanların, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenlerin, vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerin görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa edemeyecekleri ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamayacakları' düzenlemesiyle nispeten finansal mahremiyet için güvence hükümleri getirse de madde hükmünün bütünlüklü bir hassas veri düzenlemesi için yeterli olduğunu iddia etmek mümkün gözükmemektedir. Oysa finansal bilgi akışının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Hazine ve Maliye Bakanlığı, Sermaye Piyasası Kurulu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Mali Suçları Araştırma Kurulu ve sigorta şirketleri[91] gibi geniş bir kurumsal hat üzerinde cereyan etmesi risk altındaki bilgi sistemleri dikkate alındığında hassas veri koruması talebini, karşılanması daha da acil bir ihtiyaç haline getirmektedir. Benimsenen bu yaklaşımın kökeninde esas olarak özel nitelikli kişisel verilerin güven içinde elde edilmesi ve işlenmesi süreçlerine verilen önem kadar, değişen sosyo-ekonomik şartların ortaya çıkaracağı yeni koruma ihtiyaçlarına yasallık kazandırma talebi de bulunmaktadır.

[89] KÜZECİ, **2018**, s. 257.

[90] KİNDT, **2013**, s. 94.

[91] TURAN, Metin, **Bilişim Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 168-170.

Mevcut açıklarına rağmen genel kişisel verilere sağlanan güvenceler dışında pozitif hukukun himaye altına aldığı hassas veriler için yasal düzenleme sınırlılığında yapılacak veri işlenmesi sürecini yönetmek ve standart ilkeler geliştirmek amacıyla kurulsal bir icra makamının teşkil edilmesini ise en azından başlangıç için olumlu bir düzenleme olarak karşılamak gerekir. Özellikle hassas kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel haklarla bağlantılı beklentilerin gerçekleşmesinde yeni bir regülasyon kurumu kimliğiyle hukuk düzeninde yerini alan Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun yasal hükümleri pekiştiren kararlar alma performansı, uygulamaya yön verme ve oluşturacağı ek idari kapasite gücü, koruma alanının etkinliği konusunda belirleyici ölçütleri oluşturacaktır. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kanununun 6. maddesinin son fıkrasında açık bir dille ifade edildiği üzere Kişisel Verileri Koruma Kurulu, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde diğer verilere kıyasla daha etkili, münhasır ve yeterli önlemler almakla görevli kılınmıştır. Bu çerçevede kurulun 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler*[92] konulu kararı, prosedürel işlem süreçlerine yönelik ayrıntılı teknik müdahale araçları öngörmesi itibariyle hem veri kayıt sisteminin oluşturulmasına hem de veri işleyen gerçek ve tüzel kişiler ile veri sorumlusunun yönlendirilmesine hizmet eden detaylı rehber ilkeler içermektedir.

Kurul kararıyla, en başta özel nitelikli verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net, yönetilebilir ve sürdürülebilir politika ile koruma prosedürlerinin belirlenmesine yönelik teknik nitelikte adımlar atıldığı görülmektedir. Kararda öncelikle hassas verilerin işlenmesi sürecinde görev alanlara yönelik düzenli eğitimler verilmesi, gizlilik sözleşmelerinin yapılması, verilere erişim sağlayanların yetki sınırı ve süresinin tespit edilmesi ile görev hareketliliklerinin takip edilerek periyodik yetki kontrollerinin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Veri güvenliği için geliştirilen önlemler ise oldukça ayrıntılı ve teknik değerde bir liste içermektedir. Elektronik ortam verilerinin kriptografik yöntemler kullanılarak ve kriptografik anahtarların güvenli ve farklı ortamlarda tutularak muhafaza edilmesi, işlem kayıtlarının güvenli yöntemlerle loglanması, veri ortamlarına ait güvenlik güncellemelerinin sürekli takip edilmesi, yazılım ve güvenlik testlerinin düzenli aralıklarla

[92] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31.10.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler konulu kararı**. http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180307-7.pdf (Erişim Tarihi 13.05.2018).

yapılarak kayıt altına alınması, verilere uzaktan erişim söz konusuysa en az iki kademeli kimlik doğrulama sisteminin oluşturulması, verilerin işlendiği fiziksel ortamların dış etken kaynaklı hasarlardan korunması ile veri aktarma kanallarına ilişkin yüksek güvenlikli koruma önlemleri alınması kararları, veri koruma kapasitesini güçlendirici idari önlemler seti niteliğindedir.

Kararda ayrıca özel nitelikli kişisel veriler aktarılacaksa kullanılan e-postaların şifreli-kurumsal nitelikte olması veya kayıtlı elektronik posta hesabının kullanılması, taşınabilir bellek, CD, DVD gibi ortamlar kullanılacaksa kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi ve kriptografik anahtarların ayrı ortamda tutulması, farklı fiziksel ortam sunucuları söz konusuysa sunucular arasında aktarım güvenliğinin sağlanması, kağıt ortamında aktarılan veriler için ise 'gizlilik dereceli belgeler' formatı kullanılması gerektiği belirtilerek özel nitelikli hassas kişisel verilerin işlenmesinde ayrıntılı teknik ve kurumsal önlemler geliştirilmesi amaçlarını gerçekleştirmeye yönelen güçlü bir sistem tasarımı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Alınan önlemlerin kapsamlı olması, güvenlik eksenli öğeler taşıması ve teknik kapasite yoğunluklu bir yapı arz etmesi ise korunmak istenen hassas verilerin diğer kişisel verilere oranla temel hak ve özgürlüklerin kullanımını ciddi oranda etkileme potansiyeliyle açıklanabilir.

Hassas Kişisel Veri Koruması Açısından Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR): Kısa Bir Karşılaştırma

Üye devletlerin hukuk sisteminde doğrudan uygulanan[93] Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi başlıklı 9. maddesinde ırk-etnik köken, siyasi görüşler, dini-felsefi inançlar, sendika üyeliği, bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla kullanılabilen genetik ve biyometrik veriler, sağlık bilgileri ile cinsel yaşam veya cinsel eğilime ilişkin veriler, prensip olarak belirli şartlar gerçekleşmemişse işlenmesi yasak hassas veri kategorilerini oluşturur.

6698 sayılı Kanun hükümleriyle karşılaştırıldığında birçok başlığın ortak olduğu fakat kişinin mezhep veya diğer inançları, kılık-kıyafeti ile dernek ve vakıf üyeliğine ilişkin bilgilerinin hassas veriler içinde düzenlenmediği görülmektedir. Cinsel yaşamla ilgili tüzük düzenlemesinde ise farklı olarak yalnızca gerçek kişinin cinsel eğilimine ait bilgiler hassas kişisel veri sınıflaması

[93] KÜZECİ, **2018**, s. 202.

içinde kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla tüzük hükümlerinde geçen cinsel eğilim, bir hassas veri türü olarak Türk pozitif hukuk düzenlemesinde yer almamaktadır. Ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili veriler ise '*Mahkûmiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin işlenmesi*' başlığıyla müstakil bir maddede (m.10) düzenleme imkânı bulmuştur. Hassas kişisel verilerin seçimine ilişkin hukuki tercihin, büyük oranda veri türlerinin hassas verilere dönüşmesinde etkili olan toplumsal değer yargılarının değişken olmasından ve kültürel kodlara göre içerik kazanan gösterge ve referans değerlerin farklılaşmasından kaynaklandığı söylenebilir.

Tüzükte, Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde sağlanması halinde hassas verilere ilişkin işleme yasağının veri sahibi tarafından kendi rızasıyla dahi kaldırılamayacağına ilişkin bir istisna hükmü öngörülmüşken 6698 sayılı Kanun'da kişilerin tasarruf alanına kişi hakları ve insan onurunun korunmasına öncelik verme düşüncesinden ilham alan bu tür kısıtlayıcı bir müdahale hükmü getirilmemiştir. Tüzük hükümleri, sağladığı genel koruma rejiminden ayrılarak işlenmesi yasak olan hassas veriler konusunda ise geniş sayılabilecek bir istisnalar listesi oluşturmuştur. Bu özel yaklaşımın sergilenmesinde kişinin kendi verileri üzerindeki tasarruf hakkının tanınması kadar, kamu yararı, kamu düzeni, bilginin sınırlı bir alanda ve belli amaçlar dâhilinde kullanılıyor olması, verilerin bizatihi kişi tarafından alenileştirilmesi ve bilgi işleme faaliyetinin kaçınılmaz olması gibi kriterlerden hareket edilmiştir. Buna göre Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde veri sahibinin temel hakları ve menfaatlerine yönelik uygun güvencelerin sağlanması söz konusu ise 9. madde uyarınca; yasağın veri sahibi tarafından kaldırılamayacağına ilişkin istisna haricinde, ilgilinin tüzükte sıralanan bir veya daha fazla sayıda amacı gerekçe göstererek açık rıza ile onay vermesi söz konusuysa hassas verilerin işlenmesi Tüzük esaslarına uygun kabul edilecektir. Bir toplu sözleşme çerçevesinde izin verildiği sürece, kontrolörün veya veri sahibinin istihdam, sosyal güvenlik ve sosyal hukuku koruma alanındaki yükümlülüklerinin gerçekleştirilmesi ve spesifik haklarının kullanılması amacıyla işleme faaliyetinin gerekmesi halinde yine verilerin işlenmesinde hukuki bir engel söz konusu olmayacaktır.

Veri sahibinin fiziksel veya hukuki olarak rıza veremeyecek durumda bulunması, veri sahibi veya başka bir gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması açısından gerekli görülmesi, işleme faaliyetinin tereddütsüz biçimde kamuya açıklanan alenileştirilmiş kişisel verilerle ilgili olması ve

yasal iddiaların araştırılması veya savunulması amacıyla yargı yetkisinin mahkemelerce kullanımını gerekli kılması söz konusu ise işleme eylemi hassas veriler bakımından yasak kapsamında bir değerlendirilmeye tabi tutulmayacaktır. Veri işleme faaliyetinin vakıf, birlik veya kâr amacı gütmeyen başka bir organ tarafından siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla ve uygun güvenceler sağlanarak meşru faaliyetler esnasında gerçekleşmesi halinde de, bu verilerin yalnızca mevcut veya eski üyeler ya da kuruluşun amaçlarıyla bağlantılı ve kendisi ile düzenli temas halinde bulunan kişileri kapsaması durumunda işleme için hukuksal şartların yeterli olduğu kabul edilecektir.

Gözetilen amaçla orantılı olması, veri koruma hakkının özüne saygı gösterilmesi, veri sahibinin temel hakları ile menfaatlerini güvencede tutan spesifik önlemler alınması gerçekleşmişse ve Birlik veya üye devlet hukuku açısından kamu yararına bağlı kayda değer sebepler işleme faaliyetini gerekli kılmışsa hassas verilerin işlenmesine ilişkin genel kurallardan ayrılmak ancak bu şartlarda mümkün olabilecektir.[94]

[94] Anayasa Mahkemesi bu kısımdaki bakış açısını tüzük hükümlerinden önce ortaya koyan etkili kararlar verebilmiştir. Mahkeme, hassas verilerin işlenmesini biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulama işleminden hareket ederek anayasal hükümler bakımından değerlendirmiş ve kararında özellikle kamu hizmeti gereklilikleri, kamu yararı, hizmetin güven içinde sağlıklı, etkili ve düzenli işlemesi gibi kriterler kullanmıştır. Mahkemeye göre, "*Biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulama, kişinin kendi özelliklerini esas alması nedeniyle izinsiz kullanımlara karşı güvenli, kamu kuruluşlarına yönelik yolsuzluk ve bunların neden olduğu zararlara karşı etkili ve sosyal güvenliği olan kişiler bakımından da güvenli hizmet alınmasını sağlayan bir yöntemdir. İtiraz konusu kuralla öngörülen yöntemin sağlık sektöründeki suiistimallerin engellenmesi ve bu konudaki sahteciliğin önlenmesi maksadıyla önemli bir güvenlik önlemi olduğunda şüphe yoktur. Nitekim itiraz konusu kuralın gerekçesinde sağlık hizmetlerinin elektronik ortamda güvenilir altyapılar üzerinden sağlanması ve hizmetten yararlananların kimliklerinin saptanmasında geleneksel yöntemlerin eksiklikleri nedeniyle ortaya çıkan kötüye kullanımların önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Dolayısıyla kuralla öngörülen yöntemin etkin bir şekilde kullanılmasının, Sosyal Güvenlik Kurumundan haksız menfaat temin edilmesini engellemeye yönelik olduğu ve kuralda kamu yararı bulunduğu açıktır. Bu bağlamda itiraz konusu kuralla özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yönelik olarak yapılan müdahalenin, öngörülen amaçla orantılı olduğu, müdahale edilen hakların özüne dokunmadığı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil etmediği anlaşıldığından Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.*" Mahkemeye göre ayrıca verilerin üçüncü kişiler ya da kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşılabilmesi için verilere erişebilme hususunda kişi ve kurumların kanunen yetkilendirilmesi ve bu yetki sahasının da görevlerin yerine getirilmesi için gerekli ve görevle sınırlı olması

Çalışan performansının değerlendirilmesi, tıbbi tanı, sağlık ve sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin temin edilmesi, sağlık veya sosyal bakım sistemleri ve hizmetlerinin yönetilmesi sebepleri mevcutsa hassas veri işleme faaliyeti aynı yaklaşımla Tüzük hükümleri bakımından gereklilik arz eden bir görünüm kazanır. Başta mesleki gizlilik olmak üzere veri sahibinin hakları ve özgürlüklerine ilişkin güvence sağlanmasına yönelik spesifik tedbirler geliştirilmesi, Birlik veya üye devlet hukukuna dayalı olarak sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere karşı koruma sağlanması, sağlık hizmetleri ve tıbbi ürünler ya da tıbbi cihazlara ilişkin yüksek kalite ve emniyet standartları oluşturulması gibi halk sağlığı alanında kamu yararına yönelik işleme faaliyetinin gerekmesi durumu da Tüzük'e göre hassas verilerin işlenmesi konusunda meşru bir yetki alanı sunmaktadır.

Kamu yararına yönelik arşivleme, bilimsel, tarihi araştırma ya da istatistiki amaçlar doğrultusunda bir gereklilik olarak görülmesi halinde hassas verilerin istisna hükümleri kapsamında ele alınması ve işleme faaliyetinin meşru bir parçası olarak görülmesi gerektiği Tüzük hükümlerinde yansıma bulan diğer normatif esaslar arasındadır. Ancak üye Devletlerin genetik, biyometrik ve sağlık ile ilgili verilerde sınırlamalar da dâhil olmak üzere ek koşullar uygulamaya devam etmesi ya da bu konularla ilgili ek koşullar getirebilmesi hakkı, veri işleme rejimi içinde mahfuz tutulmuştur. Bu tutumun sebebi ilgili alanlardaki verilerin, kişilerin yaşamını müdahaleden uzak huzur içinde sürdürmesi ve özel hayatın gizliliği hakkına en çok yaklaşan haklar listesini oluşturması ile ihlale neden olma potansiyelinin en çok hissedildiği risk alanlarını içinde barındırmasından kaynaklanmaktadır.

İstisna hükümleri açısından hassas verilerin işlenmesine ilişkin yukarıdaki düzenlemeler, Türk ulusal mevzuatına kıyasla Avrupa Birliği Tüzük hükümlerinde daha kapsayıcı ve açıklayıcı bir anlatımla dile getirilmiştir. Kamu yararı ve kamu düzeni gibi kapsamı tam olarak somutlaştırılamayan ve tanımı verilmeyen gerekliliklerin konu bağlamı içinde somut bir konumlanma ve referans değeri kazandırılmasına da özellikle dikkat edilmiştir. Benzer bir yaklaşım, 6698 sayılı Kanun'da kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi gerekçeleri sıralanarak yalnızca sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler üzerinden

gerekir. (AYM. E. 2014/196, K. 2015/103 K.T. 12.11.2015; E. 2014 / 180, K. 2015 / 30, K. T. 19.03.2015).

sergilenmiş; diğer hassas veriler açısından ise kişinin rızasının alınması ve başka kanunlarda düzenleme yapılması şartının yeterli görülmesiyle yetinilmiştir. Ancak kanunun '*çeşitli hükümler*' bölümünün 'istisnalar' başlıklı 28. madde hükümlerinin hassas verilerle ilgili kısıtlı alandaki veri işleme yetkisini belirli gerekçeler eşliğinde bir hayli genişletmesi, AB Genel Veri Koruma Tüzüğü Sistemi'ne yaklaşan bir genel kural farklılaşması içinde konumlanıldığını göstermektedir. Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı halleri belirten madde düzenlemesi genel kişisel veri-hassas kişisel veri ayrımı getirmediğinden ek istisna[95] sayılan durumların hassas verileri de içine almak üzere genele etkili bir geçerlik gücü taşıdığı söylenebilir. Kanun düzenlemesine göre genel/hassas kişisel veri işlemenin;

- Üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetleri,
- Resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla elde edilen verileri,
- Millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç oluşturmamak kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında bilgi derlenmesini,
- Millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetlerle irtibatlı veri kaydını,
- Soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri kayıtlarını içeren özel hallere münhasır olgulara yönelik verileri kapsaması durumunda hassas kişisel veri rejimine ilişkin sınırlayıcı yasal düzenlemeler uygulama alanı bulamayacaktır.

[95] AYÖZGER, Ayşe Ç., **Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması**, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 39.

Yasal düzenlemenin aynı hükmüne göre kişisel veri işlemenin suçun önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilere yönelik bir kapsamı içermesi, görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesiyle ilgili bulunması, disiplin soruşturma veya kovuşturması için işleme zaruretinin ortaya çıkması, bütçe, vergi ve mali konulara yönelik devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması koşullarının mevcudiyeti halinde ise kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10. madde , zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. madde ve veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. madde hükümleri hiçbir koşulda geçerli olmayacaktır.

Tüzükte hassas kişisel verilerin işlemesine ilişkin yasaklayıcı hükümlere getirilen istisnalar aynı madde içinde düzenlenmiş olmasına karşın 6698 sayılı Kanun sistemi farklı olarak istisna kuralları ihdas etme hedefine önemli ölçüde 6. ve 28. madde hükümleriyle ulaşabilmiştir. Vurgulanması gereken diğer bir önemli husus ise 6698 sayılı Kanun'un '*kişisel verilerin işlenme şartları*' başlıklı 5/2. maddesi uyarınca belirli şartların varlığı halinde açık rıza aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan düzenleme hükmüdür. Maddeye göre kanunlarda açıkça öngörülmesi, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya bağlantı kurulması kaydıyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesine yönelik gereklilik içermesi, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, verilerin ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmesi, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin gerekli olması ve nihayet temel hak ve özgürlüklere zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması durumlarında ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki madde hükmüyle öngörülen istisnalar listesinin genel kişisel veriler dışında hassas verileri de kapsadığını gösteren kesin bir gönderme hükmü veya açıklayıcı bir düzenleme kuralı kanunda yer almamaktadır. Oysa tüzük hükümleri bu madde düzenlemesinde yer alan istisnai durumların hassas kişisel verileri de içerecek genişlikte

kaleme aldığını gösteren etkili normatif öğeler içermektedir. Dolayısıyla Tüzük hükümleri bağlamındaki hassas veri rejimi dikkate alındığında 6698 sayılı Kanun'un hassas verilerin işleme koşullarını ilgilinin açık rızası kaidesinin istisnaları bakımından oldukça geniş tutmak gerekeceği sonucuna ulaşılabilir. Bu eğilimin benimsenmesi halinde ise hassas kişisel verilerin korunması, elde edilmesi, işlenmesi ve transferi süreçlerinde kamu yararı, kurumsal gereklilikler, kamu hizmet standartları ve kamu düzeni kriterlerine en ziyade müsaadeye mazhar statünün verilmesi ve istisnalar rejiminin bir hayli geniş tutulması sonuçlarıyla karşılaşmak kaçınılmaz olacaktır.

SONUÇ

Genel kişisel verilere kıyasla ulusal ve küresel düzeyde özel hükümlerle ve istisna kaidelerle koruma altına alınan hassas kişisel veriler, kişi güvenliği, temel haklar ve toplumsal saygınlığın korunması bakımından kamu otoriteleri ve özel hukuk kişileri tarafından işlenmesi sıkı krallara bağlanan temel bir hak alanını oluşturur. Bu tutumun kökeninde, kişinin ayrımcılığa uğramaması, önyargılı yaklaşımların öznesi haline getirilmemesi ve kamu hizmetlerinden adil yararlanma koşullarının zedelenmemesi yönünde belirginlik kazanan temel anayasal ve kamusal amaçlar yer alır.

Hassas veriler dini inanç, politik-ideolojik görüş, adli sicil kayıtları, ırk, etnik köken ve sağlık verileri ile cinsel yaşam gibi özel niteliğe sahip veri türlerinin elde edilmesini kişinin kendini geliştirme hakkıyla bağdaştıran entegre bir zemin üzerinde yükselerek hukuksallık zırhı kazanmaya çalışır. Legalleşme çabasının 20. yüzyılın son çeyreğinde varlık kazanan ulusal hukuk inşa hareketlerini verilerin sınır aşan hareketliliği nedeniyle çok geçmeden küresel düzenlemelerle bütünleşme sürecine girmeye zorlaması ise iki yönlü gelişimin hukuk oluşturmakla sonuçlanan doğal bir sonucu niteliğindedir. Veri güvenliği sorunu bu etkiyle uluslar ötesi bir tartışma ve mutabakatın konusu haline gelerek hassas veri rejimine yer veren farklılaştırılmış bir veri güvenliği politikası çerçevesinde bir çözüm ve açıklama modeline yönelmiştir. Avrupa Konseyi, OECD ve Avrupa Birliği başta olmak üzere küresel merkezlerin bu alanda önemli bir hukuksal birikim örneği ve performansı sergilediğini vurgulamak gerekir.

Daha özel alanda kurgulanan hassas kişisel veri düzeninde benimsenen nihai amaç ise duyarlılık düzeyi yüksek kişisel verilerin özel bilgi veya tasarruf alanından çıkarılarak yetkisiz kişilerin erişimine açılması sonucunda, doğacak maddi ve manevi zararlar ile özel yaşam alanı ihlaline karşı bireyi korumak refleksine özgülenmiştir. Bu perspektif içinde Türk hukuk mevzuatı, başta Anayasa olmak üzere, ceza özlü kanunlar, medeni hukuk, iş hukuku ve sigorta hukuku gibi geniş bir hukuksal alanda kişisel veri koruma normlarını küresel standartlara adapte etmeye çalışmıştır. Verimli işbirliği olanaklarına rağmen her iki hukuki düzey ilişkisinde sorunsuz ve tam örtüşen bir norm aktarımının varlığından söz edilemeyeceği gerçekliğini ise idari, siyasi ve toplumsal gerekçelerin farklılaşmasına bağlı olarak özellikle göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu çerçevede hem ulus ötesi hem de ulusal veri koruma mevzuatı açısından kural ihdas etme ve adaptasyon çabaları

sürecinde hassas verilerin korunması ile ilgili getirilebilecek en temel eleştiri noktası, kamu düzeni, kamu yararı veya kamu hizmeti örgütlenmesi ölçütleri etrafında yasal istisnalarla genişletilen bir yetki düzeninin muğlak bir yaklaşımla kamusal organlara tanınmış olmasıdır. Bu riskli alanın tolere edilmesi ve hukukun genel ilkelerine göre yapılandırılmasının yolu ise, kamusal ve işletme bazlı çıkarların hassas verilerin korunması çabasını etkisizleştirerek belirsiz durumlar yaratmasını bloke etmekten ve küresel düzeyde öngörülen güçlü mekanizma ve araçların iç hukuka transfer edilmesi çabasını desteklemekten geçmektedir. Aksi halde koruma mekanizmalarının teknik ve hukuksal araçlarla tahkim edilmediği ve kişisel hak alanın yeterince güçlendirilmediği düşük kapasiteli bir hassas veri düzeni, yasal amaçlarla uyumlu olmayan ağır bir güven açığı yaratacağı gibi sorumlu birimler, veri işleyen gerçek/tüzel kişiler, veri sorumluları ve özneleri nezdinde de onarılması güç bir hukuksal maliyet ve zarar tablosu ortaya çıkarmaktan kurtulamayacaktır.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

AKDAĞ, Hale, **Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

AKGÜL, Aydın, **Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuksal Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi**, Doktora Tezi, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

AKSOY, Hüseyin C., **Kişisel Verilerin Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

AYÖZGER, Ayşe Ç., **Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması**, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

BAŞALP, Nilgün, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

BÜK, Alaattin, **Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÇAKAN, Cansu, "Kişilik Hakkı Kapsamında Korunan Bir Değer Olarak Kişisel Veriler", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 2, (s. 187-222).

ÇETİN, Hakan "Kişisel Veri Güvenliği ve Kullanıcıların Farkındalık Düzeylerinin İncelenmesi" **Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi**, Yıl: 2014, Sayı: 29, (s. 86-105).

ÇOKMUTLU, Metin, **Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Doktora Tezi, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

COOPER, Daniel P. "İnvestigations: Understanding Data Privacy", **Journal of Financial Crime**, Yıl: 2005, Cilt: 12, Sayı: 4, (s. 352-359).

EFRAİMİDİS Pavlos S./DROSATOS Georgios / NALBADİS Fotis, vd., "Towards privacy in personal data Management", **İnformation Management & Computer Security**, Yıl: 2009, Cilt: 17, Sayı: 4, (s. 311-329).

ERDİNÇ, Göksu H., **Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü, 2017.

GÖZLER, Kemal, **İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları**, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2011.

GÜRSEL, İlke, "Protection of Personal Data in İnternatıonal Law and The General Aspects of The Turkish Data protection law", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 18, Sayı: 1, s. 48-49. (s. 33-61).

HENKOĞLU, Türkay, **Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

KAYA, Cemil, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi" **İÜHFM**, Yıl: 2011, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, (s. 317-334).

KİNDT, Els, J., **Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications A Comparative Legal Analysis**, Springer: Newyork London, 2013.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

KORKMAZ, İbrahim, **Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

KRANENBORG, Herke, "Access to Documents and Data Protection in The European Union: on The Public Nature of Personal Data", **Common Market Law Review**, Yıl: 2008, Sayı: 45, (s. 1079-1114).

KUSCHEWSKY, Monika/GERADİN, Damien, "Data Protection in the Context of Competition Law Investigations: An Overview of the Challenges", **World Competition**, Yıl: 2014, Cilt: 37, Sayı: 1, (s. 69-102).

KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ÖZBEK, Veli Ö./BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray, vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

TAKCI, Hidayet/CANBAY, Pelin, "Kişisel Verilerin Korunmasında Öznitelik Tabanlı Gizlilik Etki Değerlendirmesi Yöntemi", **Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 32, Sayı: 4 (s. 1301-1310).

TANG, Victor/ YANİNE, Fernando/ VALENZUELA, Lionel, "Data, İnformation, Knowledge and İntelligence The Mega-Nano Hypothesis and İts İmplications in İnnovation", **İnternational Journal of İnnovation Science**, Yıl: 2016, Cilt: 8, Sayı: 3, (s. 199-216).

TAYLOR, Mark j., "Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination", **Medical law İnternational**, 2006, Cilt: 8, (s. 51-77).

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ ÖNOK Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

TRANBERG, Charlotte B., "Biometric Data in Scandinavia", **European Business Law Review**, Yıl: 2008, Cilt: 19, Sayı: 2, (s. 387-403).

TURAN, Metin, **Bilişim Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

PURTOVA, Nadezhda, "Private Law Solutions in European Data Protection: Relationship to Privacy, and Waiver of Data Protection Rights", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Yıl: 2010, Cilt: 28 Sayı: 2, (s.179-198).

ZERDİCK, Thomas, European Aspects of Data Protection: What Rights for the Citizen?, **Legal Issues of Economic İntegration**, Yıl: 1995, Sayı: 2, (s. 59-86).

ZİLİOBAİTE, Indre/CUSTERS, Bart, "Using Sensitive Personal Data May Be Necessary for Avoiding Discrimination in Data-Driven Decision Models", **Artif Intell Law**, Yıl: 2016, Sayı: 24, (s. 183- 201).

İnternet Kaynakları

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)

https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin S. ve Marper/Birleşik Krallık Davası (Başvuru No.30562/04 ve 30566/04).

Downloads/CASE%20OF%20S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20COE%20Human%20Rights%20Trust%20Fund.pdf (Erişim Tarihi: 07.11.2018).

Handbook On European Data Protection Law 2018 Edition https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2018).

KAYA, Mehmet B./ TAŞTAN Furkan G., **Veri Koruma Hukuku: Mevzuat İçtihat**. http://www.muharrembalci.com/kitaplika/79.pdf 13.05.2018 (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

KETİZMEN, Muammer/ÜLKÜDERNER, Çağlar, **E-Devlet Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korunma(ma)sı**, s. 2, http://inet-tr.org.tr/inetconf12/bildiri/2.pdf (Erişim Tarihi 11.05.2018).

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf 13.05.2018. (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31.10.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler konulu kararı http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180307-7.pdf 13.05.2018. (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

Kişisel Verilerin Korunması Alanında Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler, Kişisel Verileri Koruma Kurulu Yayınları, 2018. https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ead8e671-e01e-4ca7-a6a3-bc3c6f79f7c7.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2018).

ÖZENÇ, Köksal, **Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Kişisel ve Kurumsal Bilgi Güvenliğinin Sağlanması**, Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve

Kriptoloji Konferansı, 13-14 Aralık, Ankara, 2017. http://www.iscturkey.org/assets/files/2016/03/2007-26.pdf (Erişim Tarihi 13.05.2018).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b0350a8c86216.44879670; http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b03504c269c89.67813800 (Erişim Tarihi: 08.05.2018).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b03536c04b525.03378534 (Erişim Tarihi: 08.05.2018).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b035cae955f04.22462695 (Erişim Tarihi: 08.05.2018).

HAKEMLİ

6284 Sayılı Kanun'un Boşanmanın Tarafları, Hâkimler, Avukatlar ve Aile Mahkemesi Uzmanları Açısından Değerlendirilmesi*

Hatice NUHOĞLU**
Filiz DEMİRÖZ***

ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-1466-6914
ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-8606-7350
DOI: 10.30915/abd.811905
Makalenin Geldiği Tarihi: 14.10.2019 **Kabul Tarihi:** 04.11.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.** Bu çalışma yazarın doktora tezinden üretilmiştir. Nuhoğlu, H. (2019). Boşanma Sürecinde Çatışma Deneyimlerinin Stratejik Aile Terapisi Temelinde Analizi Bir Karma Yöntem Araştırması Doktora Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı, Ankara.

** Dr. Öğr. Ü. / Hacettepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Sosyal Hizmet Bölümü.
*** Dr. Öğr. Ü. / Hacettepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Sosyal Hizmet Bölümü.

ÖZ

Bu araştırma, boşanma sürecinde başvurulan 6284 sayılı Kanun'un (8/3/2012 tarih, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, R.G: 20/3/2012 tarih, S. 28239) uygulanmasının boşanma davası devam eden taraflar, hâkimler, avukatlar ve mahkeme uzmanları tarafından değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Araştırmanın yöntemi karma yöntem olarak tasarlanmıştır. Araştırmanın nicel boyutunda yapılandırılmış (denetimli) gözlem tekniği kullanılarak Ankara Sıhhiye Adliyesi'nde yer alan 11 aile mahkemesinde toplam 200 duruşma gözlemlenmiş, nitel boyutunda ise 9 boşanma davası devam eden birey, 7 hâkim, 5 avukat ve 14 mahkeme uzmanı ile toplam 35 derinlemesine görüşme gerçekleştirilmiştir. Duruşma gözlem sürecinden elde edilen nicel veriler SPSS 23.0 for Windows programında analiz edilmiştir. Nitel verilerin analizinde ise MAXQDA 12 Nitel Veri Analiz Programı kullanılmış ve her iki veri kümesi Caracelli ve Greene'nin oluşturdukları veri destekleme (birleştirme) stratejisi kullanılarak birleştirilmiş ve karma analiz edilmiştir. Yapılan analiz kadınların özellikle boşanma sürecinde erkek şiddetine maruz kaldıklarını ve bu şiddetin çocuklar başta olmak üzere tüm aile üyeleri üzerinde etkili olduğunu göstermektedir. Ayrıca şiddetle mücadele konusunda 6284 sayılı Kanun'un teorik çerçeve sunduğu ancak uygulamada ciddi sorunların devam ettiği ancak yapılacak farklı düzenlemelerle şiddetin önlenebilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Araştırmanın sonuçları hukuki süreçte ve sosyal refah hizmetlerinde bir değişim gerektiğine işaret etmekte ve yeni hizmet modellerinin alana kazandırılmasının gerekliliğine vurgu yapmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kadına Yönelik Erkek Şiddeti, 6284 Sayılı Kanun, Aile Mahkemeleri, Boşanma, Çatışma Yönetimi.

THE EVALUATION OF LAW 6284 BY THE PARTIES OF THE DIVORCE, JUDGES, LAWYERS AND FAMILY COURT EXPERTS

ABSTRACT

This research aims to evaluate the implementation of the Law No. 6284 (Law on Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women), which is applied during the divorce process, by the parties whose divorce proceedings are continuing, judges, lawyers and court experts. The method of this research is the mixed method. Structured (controlled) observation technique was used in the quantitative dimension of the research; a total of 200 trials in 11 different family courts in Ankara Sıhhiye Courthouse were observed. In terms of the qualitative dimension of the research, in-depth interviews were held with 9 individuals with ongoing divorce cases besides 7 judges, 5 lawyers and 14 court specialists (35 individuals in total). Quantitative data obtained from the observation process were firstly analyzed with SPSS 23.0 for Windows Program. MAXQDA 12 Qualitative Data Analysis program was used for analyzing qualitative data. Both data sets were combined by using Caracelli and Greene's data support (combining) strategy and mixed analysis was carried out. The analyses results indicate that women are subjected to male violence especially during the divorce process and this violence affects all family members, especially children. It also reveals that the Law No. 6284 provides a theoretical framework for combating violence but that serious problems remain in practice. However, it shows that it is possible to prevent violence by other arrangements. In addition to the above-mentioned findings, results of the study indicate that it is necessary to make changes in social welfare services and it is crucial to integrate new service models into divorce studies.

Keywords: Violence Against Women, Law No. 6284, Family Courts, Divorce, Conflict Management.

GİRİŞ

Mutsuz bir evliliğin çözümlerinden bir tanesi boşanmadır. Ancak boşanmanın ardında yatan nedenler farklılık gösterir. Boşanma sebeplerini ortaya koyan pek çok araştırma, bu konu ile ilgili derin bir bakış açısı sunar. Örneğin, 2014 yılında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen "Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması" kapsamında elde edilen verilere göre, en sık rastlanan boşanma nedenleri yakın çevrenin evliliğe müdahalesi ile duygusal ilişkidir. Bu gerekçeleri aldatma, ekonomik sorunlar ve *şiddet* takip etmektedir (TBNA, 2014, ss. 75). Dolayısıyla şiddet, boşanma nedenlerinden birisidir. Ancak şiddet diğer boşanma nedenlerinden bağımsız değildir. Psikolojik, sosyal, ekonomik şiddet diğer nedenlerin görünmeyen kısmında yer alır. Bu nedenle boşanma, nedenleri ile birlikte ele alındığında bireyler açısından zor bir süreçtir.

Pek çok çift bu sürece evlilikleri boyunca üstesinden gelemedikleri çatışma durumları ve bitiremedikleri meseleler sebebiyle negatif duygusal yoğunlukla girmekte ve bu duygusal yoğunluklarını anlamlı bir şekilde ifade edememiş olmanın stresi ile birlikte çatışmalarını birbirlerine ve çocuklarla ilgili konulara yansıtmakta ve düşmanca bir duruş sergileyebilmektedir. Dolayısıyla boşanma süreci çoğu zaman yoğun çatışma içeren bir süreçtir. Çatışma, boşanma kararının alındığı günden yasal olarak boşanmaya ve hatta boşanma sonrası sürece kadar etkisini sürdürebilir. Çünkü çatışmanın hep canlı kalmasına neden olan pek çok faktör vardır. Mahkeme koşulları, adalete erişim güçlüğü, hukuksal bilgiye erişimin zorluğu, dava sürelerinin uzaması, sürece ve boşanma sonrası hayata yönelik belirsizlik, boşanmaya yönelik toplumsal olumsuz önkabul, evlilikte başarısızlık hissi, şiddetin ardındaki patriarkal ilişkiler, evlilikten kaynaklanan var olan gücün kaybı ve boşanma ile kutsal olan evlilik kurumunun zayıflayacağına olan inanç vb. pek çok sebep bugün boşanma süreçlerinin sancılı geçmesine neden olmaktadır.

Evlilik ve boşanma süreçlerindeki sosyal konular, hukuki süreçler, toplumsal baskı, ataerkil aile yapısı içinde kadının bireyselleşme güçlükleri, cinsiyet eşitsizliği sonucunda doğan güç ilişkileri, kadının kamusal alanda yaşadığı zorluklar boşanma sürecinde yaşanan şiddet olaylarının ardında kalan gündemlerdir. Bu nedenle şiddet boşanma sürecinde de son bulmamaktadır. Dolayısıyla boşanma sürecinde tedbir kararlarının uygulanması oldukça önemlidir. 6284 Sayılı Kanun bu noktada boşanma sürecinde yaşanan kadına yönelik erkek şiddeti ile mücadelede en temel yasal dayanak noktasıdır.

Kadına yönelik şiddetle ilgili veriler, hukuk kurallarını değiştirmenin ya da yeni kurallar yaratmanın tek başına sorunları çözmeye yetmediğini göstermektedir. Kadına karşı şiddetin önlenmesine yönelik uluslararası düzeyde pek çok sözleşme, bildirge, tavsiye kararı vs. kabul edilmiş olmasına rağmen, kadına yönelik şiddetin azaldığı yönünde emareler bulunmamaktadır (Kuyucu, 2014; akt: Karaman, 2015, ss.584). Devletlerin sosyal haklara ilişkin uluslararası insan hakları belgelerinin tarafı olmaları, refah devletini anayasal bir ilke olarak benimsemeleri ya da anayasalarında sosyal haklara yer vermeleri tek başına kadınların toplumsal cinsiyete dayalı dezavantajlarını ortadan kaldırmamaktadır. Bunun yanında yoksulluğun kadınlaşma, eve ekmek getirenin erkek, ev işlerinden ve çocukların bakımından sorumlu olanın kadın olarak tanımlandığı istihdam ve sosyal güvenlik politikaları, sosyal hakların toplumsal cinsiyet bakış açısıyla yeniden kavramsallaştırılmasını zorunlu kılmaktadır (Şimşek, 2018, ss.120). Mackinnon ailedeki kadınlara yönelik her türlü cinsel istismar, şiddet vb. eylemlerin kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel eşitsizlikten kaynaklandığı göz ardı edilerek aile hukukuna ilişkin kanuni düzenlemeler yapıldığını ve bu düzenlemelerde özel alanın erkek için özgürlük alanı, kadın için ise tahakküm alanı olduğunun görmezden gelindiğini ileri sürmektedir (Mackinnon, 2005, ss. 33-37; akt: Karacan, 2018, ss. 398).

Ayrıca özellikle son yıllarda artan kadın cinayetleri bu sözleşmelerin ve çıkarılan yasaların uygulamada yaşanan sorunlar ve toplumsal cinsiyet paradigmasının arka planında yer alan yukarıda bahsi geçen konular dahilinde boşanma sürecinde kadınları koruyan bir yapıya ulaşılamadığını göstermektedir. Bu durum Kanun'un uygulanması ile ilgili sorunları gündeme getirmektedir. Bu nedenle, bu araştırma, 6284 Sayılı Kanun'un, Kanun'dan yararlanan boşanma davaları devam eden taraflar, kanun uygulayıcıları olan aile mahkemesi hâkimleri, avukatlar ve mahkeme uzmanları açısından değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

I. KADINA YÖNELİK ERKEK ŞİDDETİ VE 6284 SAYILI KANUN

A) KADINA YÖNELİK ERKEK ŞİDDETİ

Türkçe sözlükte şiddet, "karşıt görüşte olanlara karşı, inandırma ya da uzlaştırma yerine kaba kuvvet kullanma" biçiminde tanımlanmaktadır (Yücel, 2018, ss.347). 6284 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddetin tanımları yapılmıştır. Buna göre; ev içi şiddet,

şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet (6284 s. Kanun m.2/b) olarak, kadına yönelik şiddet ise; *kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanun'da şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış* (6284 s. Kanun m.2/ç) olarak tanımlanmıştır.

Kadınların maruz kaldıkları erkek şiddetini tanımlamak için kullanılan en yaygın kavram kadına yönelik şiddettir. Ancak kadına yönelik şiddet kavramı, şiddetin faili ve şiddetin yöneldiği nesneyi içermemektedir. Failin kimliğini muğlaklaştırarak şiddetin faili olan erkek ve şiddetin ardındaki patriarkal ilişkileri görünmez kılmakta ve şiddete maruz kalan kadınları bir nesneye indirgemektedir (Akyüz ve diğerleri, 2014, ss.35). Bu sebeple bu çalışmada kadına yönelik şiddet, kadına yönelik erkek şiddeti olarak ele alınmıştır.

Kadına yönelik erkek şiddetinin pek çok farklı yüzü bulunmaktadır. Bunun en görünür yansıması ise kuşkusuz ev içinde yani özel alanda yaşanmaktadır. Şimşek'e (2018, ss.141) göre kamusal alan-özel alan ayrımında cinsiyetler arası hiyerarşinin bir yansıması söz konusudur. Özel alan ile özdeşleştirilen kadın, kamusal alanda görünür değildir; dolayısıyla çalışma hayatının ve kamusal alanın öznesi erkektir. Bu anlamda erkek, yurttaşlığın tüm nimetlerinden istifade ederken, kadın devletin müdahale etmediği özel hayat/aile hayatında şiddete açık hale gelmektedir.

Kadınların aile hayatında şiddete açık hale geldikleri süreçlerden birisi de boşanmadır. Genellikle aileler ayrıldıklarında, belki de ilk kez özel çatışmanın kamusal hale geldiği ve sıradan aile hayatının stresleri ve gerginlikleri, duyarsızlıkları ve eşitsizlikleri açıkça ortaya çıkar (Roberts, 2008, ss.47). Boşanma veya ayrılık davasının açılmasından dolayı eşlerin ve özellikle çocukların zarar görmeleri olasıdır. Zira eşler arasındaki anlaşmazlık ve çekişme, davanın açılmasıyla birlikte daha da şiddetlenmekte ve eşler bu süreçte adeta birbirinin düşmanı olan iki cepheye dönüşmektedir. Böyle bir durumda ekonomik bakımdan zayıf olan eşin, özellikle kadının ve çocukların geçim durumu son derece güçleşir. Bu yüzden doğması olası tehlikeli durumları karşılayacak önlemlerin alınması zorunlu hale gelmektedir (Akıntürk ve Ateş, 2016, ss.283).

Kadına yönelik şiddet bireysel bir sorun değil, birçok faktörden oluşan toplumsal bir sorundur. Tüm dünyada ciddi bir toplumsal sorun olarak varlığını sürdüren kadına karşı şiddetin tarih boyunca yok sayılması ve görünür olduğu zamanda da meşrulaştırılmaya çalışılmasının sebebi; kadına yönelik şiddetle kadınlar üzerinde hâkimiyet kurularak onları kontrol edebilmektir. Günümüzde ise, şiddete karşı koruyucu ve önleyici yasalar çıkartılmakta, uluslararası sözleşmeler yapılmaktadır. Türkiye'de de kadına yönelik mevcut olan şiddetin önlenebilmesi için ulusal ve uluslararası alanlardaki hukuki düzenlemelere, uygulamada da uyulması zorunludur. Nitekim kadına karşı şiddetin önlenmesinde devletin sorumluluğunun tespiti için yasal çerçevenin önceden çizilmiş olması gerekmektedir (Karaman, 2015, ss.584).

B) 6284 SAYILI KANUN

Kadın haklarına ilişkin bildiriler ve uluslararası sözleşmeler (CEDAW[1], İstanbul Sözleşmesi[2] gibi) toplumsal cinsiyet eşitliğinin uluslararası standardının temelini oluşturur ve kadının yasal haklarını koruma altına alırlar. Bu bağlamda, uluslararası sözleşmeler, kadın sağlığını, çalışma yaşamını koruma, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını kullanmada, erkekler ile eşit haklara sahip olmalarını sağlamak üzere kabul edilmişlerdir (Özdamar, 2009, ss.34).

Uluslararası insan hakları hukukunda sözleşmelerin toplumsal cinsiyet perspektifinden ele alınması, bölgesel insan hakları rejimlerini de etkilemiştir. Bu yükümlülükler aynı zamanda AİHS'e taraf devletleri de yakından ilgilendirmektedir. Çünkü Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin hepsi CEDAW'a, 5. maddesinin a fıkrasına[3] herhangi bir çekince koymaksızın taraftır. Türkiye açısından da çok önemli bir karar olan Opuz v. Türkiye kararında[4] AİHM, CEDAW gibi uzmanlaşmış uluslararası enstrümanların uygulamalarından ortaya çıkan ortak değerler ve anlayış ile devletin cinsiyete dayalı şiddetin

[1] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx

[2] Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

[3] "Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek." (CEDAW, m.5/a)

[4] Başvuru no. 33401/02, 9 Haziran 2009

ortadan kaldırılmasına dair görevlerini ortaya koyan uluslararası hukuk normları ve ilkelerinin gelişimini dikkate alacağına hükmetmiştir. Bu gelişmeler ışığında kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetin, kadınların insan haklarından istifade edebilmesi ve temel insan hakları ihlallerinin ortadan kaldırılmasının önündeki en büyük engellerden biri olduğu ve özel bir önem verilmesi hususu gündem gelmiştir. Bunun sonucunda Avrupa Konseyi tarafından 2011'de Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) kabul edilmiştir (Şimşek, 2018, ss.155).

İstanbul Sözleşmesi, Kanun'un hazırlanmasında etkili olmuştur. 6284 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde de belirtildiği üzere, Kanun'daki esaslar büyük ölçüde İstanbul Sözleşmesi'ne göre oluşturulmuştur. Buna göre, Kanun'un amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. 6284 Sayılı Kanun, ayrıca kadına yönelik şiddetin bildirilmesi, açığa çıkarılması, önlenmesi, mağdurların korunması ve cezalandırılması süreçlerinde iyileşmeler hedeflemektedir. Söz konusu düzenleme, kadına yönelik şiddeti, cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ve kadının insan haklarını ihlal eden bir tutum olarak tanımlamaktadır (6284 s. Kanun m. 2/1-ç).

6284 Sayılı Kanun, esas itibariyle 4320 sayılı Kanun[5]'da düzenlenmiş olan koruma tedbirlerini içermektedir. Ancak, yeni yasa şiddetin önlenmesi, koruma kararı verilmesi ve kurumlar arası koordinasyon kurulması açılarından ve mağdura geçici maddi yardım desteği bakımından kapsamlı düzenlemeler içermektedir (Moroğlu, 2012, ss.374). Kanun, tedbir kararları bakımından koruyucu ve önleyici olmak üzere ikili bir model öngörmektedir: Koruyucu tedbir, şiddete maruz kalan veya şiddet görme tehlikesi altında olan kişiler hakkında koruyucu tedbir kararları verilmesini; önleyici tedbir ise, şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali olan kişilere karşı önleyici tedbir kararları verilmesini kapsamaktadır. Koruyucu tedbirler, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amir ve kolluk tarafından da verilebilen kararlarken, aile mahkemesinin hem koruyucu hem de önleyici tedbir kararlarını alma yetkisi vardır (Mor Çatı Raporu, 2015, ss.5).

[5] 14/1/1998 tarih, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun. R. Gazete: 17/1/1998 tarih S. 23233

Aile mahkemesi hâkimi tarafından alınacak koruyucu tedbirler, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da madde 4'te; önleyici tedbirler ise madde 5'te düzenlenmiştir. Aynı maddede hâkime, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda[6] yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile Türk Medeni Kanunu[7] hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca hâkim, şiddete maruz kalan kişinin yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir denmiştir (Mor Çatı Raporu, 2015, ss.8).

II. YÖNTEM

Çalışmanın bu bölümünde araştırmanın modeli, özneler ve analiz hakkında ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir.

A) ARAŞTIRMANIN MODELİ

Araştırmanın modeli karma yöntem olarak belirlenmiştir. Araştırma, karma yöntem araştırması desenlerinden "Yakınsayan paralel desen" olarak kurgulanmıştır. Yakınsayan Paralel Desen, araştırma süresinin aynı aşamasında araştırmacının hem nitel hem nicel veri topladığı ve analiz ettiği ve ardından da iki sonuç kümesini tek bir yorum halinde birleştirmesini ifade eder (Creswell, 2011, ss.79).

Araştırmanın nicel boyutu, genel tarama modellerinden tekil tarama modelinde kurgulanmış ve duruşma gözlemleri ile şekillenmiştir. Bu aşamada nicel araştırma tekniklerinden yapılandırılmış (denetimli) gözlem tekniği kullanılmıştır. Duruşma gözlemlerine başlamadan önce duruşma gözlem formu oluşturulmuş ve 10 adet örnek duruşma gözleminden sonra gözlem formu yeniden gözden geçirilmiş ve son şekli verilmiştir. Takip edilen duruşmalar bu gözlem formu çerçevesinde gözlemlenmiştir.

Ankara Sıhhiye'de yer alan Adalet Sarayı'nda bulunan 11 adet aile mahkemesindeki 200 duruşma takip edilmiş duruşma takibi noktasında kota örneklem seçim tekniği kullanılmıştır. Kota örneklem seçim tekniği, önce örnekleme girecek olanların sahip olması gereken özelliklerin saptandığı,

[6] 3/7/2005 tarih, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu. R. Gazete: 15/7/2005 tarih S. 25876

[7] 22/11/2001 tarih, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu. R. Gazete: 8/12/2001 tarih S. 24607

sonra her özelliğe sahip kaç kişinin seçileceğine ilişkin kotaların oluşturulduğu ve bu kota sayısı kadar birimin gelişigüzel örneklem seçim tekniğiyle seçildiği örnekleme tekniğidir (Sencer ve Sencer, 1978, ss.482). Aşağıda yer alan Tablo 1'de gözlemlenen mahkemelere ait duruşma sayılarına yer verilmiştir.

Tablo 1: Takip Edilen Duruşma Sayılarının Mahkemelere Göre Dağılımı

Aile Mahkemesi	N	%
1 Aile Mahkemesi	18	9,0
2 Aile Mahkemesi	18	9,0
3 Aile Mahkemesi	16	8,0
4 Aile Mahkemesi	18	9,0
5 Aile Mahkemesi	18	9,0
6 Aile Mahkemesi	22	11,0
7 Aile Mahkemesi	20	10,0
8 Aile Mahkemesi	18	9,0
9 Aile Mahkemesi	18	9,0
10 Aile Mahkemesi	17	8,5
11 Aile Mahkemesi	17	8,5
Toplam	**200**	**100,0**

Araştırmanın ikinci bölümünde nitel model kullanılmıştır. Creswell'e (2013; ss.69) göre ise sadece nitel araştırmaya karar vermek yeterli değildir. Ona göre, "ileri düzeyde ve nitelikli bir araştırma ortaya çıkarabilmek için nitel araştırmalarda bir yaklaşımın belirlenmesi gerekmektedir.". Bu çerçevede, birkaç kişinin bir fenomen veya kavramla ilgili yaşanmış deneyimlerinin ortak anlamını tanımlayan fenomonolojik araştırma deseni tercih edilmiştir.

Araştırmanın nitel boyutunda, boşanma aşamasındaki bireyler, hâkimler, avukatlar ve mahkeme uzmanları ile gerçekleştirilmek üzere derinlemesine görüşmelerden yararlanılmıştır. Derinlemesine görüşmeler boşanma aşamasındaki bireylerle farklı diğer üç grupla aynı olmak üzere iki ayrı yarı yapılandırılmış görüşme formu üzerinden gerçekleştirilmiştir. Görüşmeler eş zamanlı olarak yürütülmüş bu sayede gruplar arasındaki benzer ve farklı görüş ve değerlendirmeler daha açık bir şekilde ortaya çıkmıştır. Yakınsayan paralel desenin öngördüğü şekliyle görüşmeler gerçekleştirilirken aynı zamanda duruşma gözlemlerine de devam edilmiştir. Her iki veri toplama

sürecini paralel olarak yürütmek hem görüşmeleri hem de duruşma gözlemlerinin derinleştirilmesini sağlamıştır. Öznelere ilişkin ayrıntılı bilgiler bir sonraki başlık altında ele alınmıştır.

Nitel verilerin analizi MAXQDA 12 Nitel Veri Analiz Programında yapılmıştır. Verilerin analizinde, betimsel analizden yararlanılmıştır. Betimsel analiz, görüşme çözümlerindeki verilerin özgün biçimlerine sadık kalınarak ve bireylerin söylediklerinden doğrudan alıntılar yapılarak, betimsel bir yaklaşımla verilerin sunulması anlamına gelmektedir (Kümbetoğlu, 2012, ss.154).

B) ÖZNELERE İLİŞKİN BİLGİLER

Araştırmanın özneleri; boşanma aşamasındaki bireyler, hâkimler, avukatlar ve mahkeme uzmanları olmak üzere dört gruptan oluşmaktadır. Aşağıda bu gruplara ait ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir.

1. Boşanma Aşamasındaki Bireyler

Boşanma aşaması devam eden bireylerin belirlenmesinde amaçsal örneklem tekniği kullanılmıştır. Amaçsal örneklem yöntemlerinden biri olan ölçüt örnekleme, önceden belirlenmiş bir dizi ölçütü karşılayan bütün durumların çalışılmasıdır. Burada sözü edilen ölçüt veya ölçütler araştırmacı tarafından oluşturulabilir ya da daha önceden hazırlanmış bir ölçüt listesi kullanılabilir (Yıldırım ve Şimşek, 2013, ss.132). Bu bağlamda araştırmanın temel ve alt amaçlarını gerçekleştirmek için katılımcıların belirlenmesinde bazı ölçütler kullanılmıştır. Buna göre katılımcılar, Ankara Sıhhiye Aile Mahkemelerinde boşanma davaları olan, dava dosyaları ön inceleme aşamasını geçen, aile mahkemeleri bünyesinde bulunan uzmanlarla görüşme gerçekleştiren ve araştırmaya katılmak için gönüllü olan kişilerdir.

Tablo 2: Boşanma Aşamasındaki Bireylere İlişkin Bilgiler

S. No	Özneler	Yaş	C.	Eğitim-İş-Gelir Durumu	Çocuk Sayısı	Kaçıncı Evliliği-Eşinin Kaçıncı Evliliği	Kaç Yıllık Evli	Kök Aile ile İletişim
1	Beyaz	41	K	İlkokul-serbest meslek- asgari ücret	2	İlk-İlk	20 yıl	İyi
2	Turuncu	43	E	İlkokul-garson-2.500 TL	2	İlk-İlk	20 yıl	İyi
3	Sarı	29	K	Üniversite-Öğretmen-3.500 TL	1	İlk-İlk	3 yıl	İyi-birlikte yaşıyor
4	Yeşil	33	E	Üniversite-Doktor- 6.000 TL	1	İlk-İlk	3 yıl	İyi
5	Kırmızı	37	E	İlkokul-serbest meslek- asgari ücret	4	İlk-İlk	22 yıl	Anne baba hayatta değil, kardeşleri ile görüşüyor
6	Mor	42	K	İlkokul-serbest meslek- asgari ücret	2	İlk-İlk	25 yıl	Anne baba hayatta değil, kardeşleri ile görüşüyor
7	Pembe	30	E	Ortaokul-serbest meslek-asgari ücret	Çocuk yok	İlk-İlk	6 ay	İyi-birlikte yaşıyor
8	Siyah	58	K	İlkokul- ev hanımı	Müşterek çocuk yok	Üçüncü- İkinci	1 yıldan az	Anne baba hayatta değil, çocukları ile görüşüyor
9	Mavi	49	E	Yüksek Lisans- Endüstri Mühendisi-30.000-40.000	2	İlk-İlk	20 yıl	Baba hayatta değil, annesi ve kardeşleri ile görüşüyor

Boşanma aşamasındaki bireylerin hepsinin dosyası tahkikat aşamasındadır, her biri en az bir celseye katılmış ve hepsi mahkeme uzmanı ile görüşme gerçekleştirmiştir. Boşanma aşamasındaki bireylerin ortalama yaşı 40 ve ortalama evlilik süresi 12 yıldır. Hepsi kök aileleri ile görüşmektedir, iki tanesi kök ailesi ile birlikte yaşamaktadır.

2. Hâkimler

Hâkimlerin ve mahkeme uzmanlarının belirlenmesinde ise basit rastgele örnekleme tekniği kullanılarak 11 adet Aile Mahkemesinde görevli hâkim ve mahkeme uzmanına ulaşılmıştır. Ancak bazı hâkim ve uzmanlar işlerinin yoğun olması, araştırmalara katılmak istememeleri sebebiyle araştırmaya katılma konusunda gönüllü olmadıklarını belirterek araştırmaya katılmamışlardır.

Tablo 3: Hâkimlere İlişkin Bilgiler

S. No	Özneler	Yaş	C.	Medeni Durumu	Eğitim	Alanda Çalıştığı Yıl	Aile Alanında Eğitim Alma Durumu	Aile Alanında Eğitim Alma İsteği
1	Hâkim A	57	K	Evli-3 çocuk	Hukuk Lisans	14 yıl	Hayır	Evet
2	Hâkim B	52	E	Evli-2 çocuk	Hukuk Lisans	15 yıl Yargıtay'da boşanma hukuku davaları- 2 yıldır Aile Mahkemesi	Hayır	Evet
3	Hâkim C	57	K	Evli-2 çocuk	Hukuk Lisans	13 yıl	Hayır	Evet
4	Hâkim D	45	E	Evli-2 çocuk	Hukuk Lisans	15 yıldır ceza mahkemelerinde görevli, 3 aydır Aile Hukuku alanında	Hayır	Evet
5	Hâkim E	63	K	Evli-2 çocuk-1 torun	Hukuk Lisans	15 yıl	Hayır	Evet
6	Hâkim F	50	K	Evli-1 çocuk	Hukuk Lisans	25 yıl	Aralıklı olarak seminer ve toplantılar	Evet
7	Hâkim H	38	E	Evli-1 çocuk	Hukuk Yüksek Lisans (özel hukuk)	5 buçuk yıl Yargıtay'da Aile Hukuku alanında tetkik hâkimliği, 7 yıldır bu alanda	Hayır	Evet

Aile Mahkemesi hâkimlerinin ortalama yaşı 52'dir. Kanun maddesinde yer aldığı üzere hepsi evli ve çocuk sahibidir. Bu yönüyle hâkimleri tanıtıcı bilgilerin, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun[8]'un aile mahkemeleri hâkimlerinin niteliklerine ilişkin: "*Aile mahkemelerine, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adlî yargıda görevli, evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihan aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulunca atama yapılır.*" (4784 S. Kanun, m.3) maddesinde aranan özelliklerle kısmen uyumlu olduğu görülmektedir. Hâkimler, aile alanına ilişkin hukuk eğitiminin dışında eğitim almadıklarını ancak almalarının gerekli olduğunu belirterek bu konuda istekli olduklarını ifade etmişlerdir.

3. Avukatlar

Avukatların belirlenmesinde kartopu (zincirleme) örneklem seçim tekniği kullanılmıştır. Kartopu veya zincir örnekleme tekniği, evreni oluşturan birimlere erişmenin zor olduğu veya evren hakkındaki bilgilerin (büyüklük ve bilgi derinliği vb.) eksik olduğu durumlarda kullanılmaktadır (Patton, 2005, ss.33). Avukatların belirlenmesinde hâkimlerin, mahkeme uzmanlarının görüşleri alınmış ve duruşma salonlarında tanışılan avukatlar aracılığıyla görüşme yapılacak avukatlarla iletişim sağlanmıştır.

[8] 9/1/2003 tarih, 4784 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, R. Gazete: 18/12003 tarih, S. 24997.

Tablo 4: Avukatlara İlişkin Bilgiler

S. No	Özneler	Yaş	C.	Medeni Durumu	Eğitim	Alanda Çalıştığı Yıl	Aile Alanında Eğitim Alma Durumu	Aile Alanında Eğitim Alma İsteği
1	Avukat A	45	K	Bekar-1 çocuk	Hukuk lisans	23 yıl	Hayır	Evet
2	Avukat B	53	K	Bekar	Hukuk lisans	28 yıl-son yıllarda özellikle boşanma davalarına bakıyor	Hayır	Evet
3	Avukat C	47	K	Evli-1 çocuk	Hukuk lisans	18 yıl	Baro eğitimleri, gelincik projesi, arabuluculuk eğitimi	Evet
4	Avukat D	65	K	Evli-2 çocuk	Hukuk lisans	18 yıl, medeni kanun tasarısında yer almış	Hayır	Evet
5	Avukat E	26	K	Evli	Hukuk lisans	1 yıl	Hayır	Evet

Avukatların ortalama yaşı 47'dir. İş hayatında avukat olarak çalıştıkları yıllar ortalama 18 yıldır. Avukatlar, bir avukat haricinde aile alanında hukuk eğitimi dışında eğitim almadıklarını ancak avukatların aile alanında eğitim almalarının yararlı olacağını düşündüklerini belirtmişlerdir.

4. Mahkeme Uzmanları

Mahkeme uzmanlarına ilişkin bilgiler Tablo 5'te sunulmuştur.

Tablo 5: Mahkeme Uzmanlarına İlişkin Bilgiler

S. No	Özneler	Yaş	C.	Medeni Durumu	Eğitim	Alanda Çalıştığı Yıl	Aile Alanında Eğitim Alma Durumu
1	Uzman A	47	K	Evli-2 çocuk	Lisans-psikoloji Yüksek Lisans- Sosyal Psikiyatri	13 yıl	Aile Terapisi
2	Uzman B	35	K	Evli-2 çocuk	Lisans-psikoloji	13 yıl	Aile Terapisi Adli Psikoloji dersleri Evlilik Terapisi YL dersleri
3	Uzman C	46	K	Bekâr-1 çocuk	Lisans-sosyal hizmet	13 yıl	Travma Boşanma ve Aile Terapisi
4	Uzman D	36	K	Bekâr (boşanmış)	Lisans-psikoloji Yüksek Lisans-Klinik Psikoloji	13 yıl	Aile Terapisi
5	Uzman E	52	K	Evli-2 çocuk	Lisans-sosyal hizmet	15 yıl	Aile Terapisi
6	Uzman F	31	K	Evli-1 çocuk	Lisans-sosyal hizmet Yüksek Lisans-Aile Danışmanlığı	3 yıl	Aralıklı olarak seminerlere ve toplantılara katılmış
7	Uzman H	37	K	Bekâr	Lisans-eğitim bilimleri A.Ö. adalet sosyoloji- Çocuk gelişimi	13 yıl	
8	Uzman K	28	K	Evli	Lisans-psikoloji	4 yıl	
9	Uzman L	45	K	Evli-1 çocuk	Lisans-sosyal hizmet	13 yıl	
10	Uzman M	35	K	Evli	Lisans-psikoloji Yüksek Lisans-PDR ve Kadın Çalışmaları	14 yıl	
11	Uzman N	43	K	Evli-2 çocuk	Lisans-eğitim bilimleri	11 yıl	Aile Danışmanlığı dersleri, kriz ve krize müdahale dersleri

12	Uzman P	47	K	Evli-1 çocuk	Lisans-sosyal hizmet Yüksek Lisans-PDR	12 yıl	
13	Uzman R	38	K	Evli-2 çocuk	Lisans-psikoloji Yüksek Lisans-PDR ve Aile Psikolojisi Doktora-PDR	13 yıl	
14	Uzman S	37	K	Evli-1 çocuk	Lisans-psikoloji Yüksek Lisans- Aile ve Evlilik Danışmanlığı	14 yıl	

Mahkeme uzmanlarının ortalama yaşı 40'tır. Mahkeme uzmanlarının yarısı en az yüksek lisans eğitimi aldığını, beş tanesi özel olarak aile terapisi sertifika programına katıldıklarını ifade etmişlerdir. Uzmanlar bu eğitimleri kendi imkânları ile aldıklarını, bu durumun kendileri için masraflı olduğunu belirtmişlerdir. Bu sebeple hem masrafların azaltılması hem de gönüllülük esasından ziyade eğitimlerin zorunlu hale getirilmesi amacıyla eğitimlerin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından temin edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

III. BULGULAR

A) ÇATIŞMANIN GERİ DÖNÜLEMEZ EVRESİ: KADINA YÖNELİK ERKEK ŞİDDETİ

Şiddet, hem evlilik hem de boşanma sürecinde yaşanan çatışma konularındandır. Her ne kadar şiddet çatışmanın son noktası olarak boşanma sebepleri arasında yer alsa da görüşmelerde ve duruşmalarda asla tek başına boşanma sebebi olarak gündeme gelmemiş diğer çatışma konuları ile birlikte aktarılmıştır. Ayrıca içinde pek çok farklı türleri barındırmaktadır. Ancak mahkemede hâkimler, genellikle şiddet konusunda fiziksel yaralanmalar ve maddi hasarlar tespit etme yoluna gittikleri için çalışmanın bu bölümünde bahsedilen şiddet yoğun olarak fiziksel şiddete karşılık gelmektedir.

Şiddet, görüşmelerde ve duruşmalarda kadınlar tarafından dile getirilmektedir. Ancak iki görüşmede erkekler şiddete maruz kaldıklarını dile getirmişlerdir. Örneğin boşanma davası devam eden taraflardan Yeşil, eşi ile yaşadıkları bir tartışma sonrası eşinin kendisine tokat attığını belirtmiştir. Ancak bu olaya verilen tepki kadınlarla erkekler arasındaki farklılıklara vurgu yapmaktadır. Kadınlar şiddet sonrası evliliği bitirme kararını daha

zor alırken erkeklerin böyle bir durumda evlilikten daha kolay vazgeçmeleri gündeme gelebilmektedir.

> *"Ondan bir ay sonra Kurban Bayramı'na geldik, ufak bir tartışma oldu, suratıma tokat yapıştırdı. Zaten ondan sonra olay koptu." [Yeşil; E; 33; boşanmanın tarafı]*

Eşinin şiddetine maruz kaldığını aktaran diğer bir erkek görüşmeci ise olay anını şu şekilde aktarmaktadır.

> *"En son içeriye girdiğim zaman gidiyordu, niye gidiyorsun dedim. Hayırdır, ne oldu? Bağırıp çağırdı, göğsümü ısırdı. Kendi kendime şöyle baktım. Çünkü eşim C… değil, eski eşim değildi yani. O günkü C… yoktu. Gözleri bir şey görmüyordu. Bağırıp çağırıyordu, ne dediğini bilmiyordu. Bilse zaten o hareketi yapmayacak. " [Kırmızı; E; 37; boşanmanın tarafı]*

Şiddetin kadınlar ve erkekler üzerindeki farklı yansımaları mahkeme uzmanlarının da dikkatini çeken bir konudur.

> *"Çok ilginçtir…Kadınlar şiddeti boşanma sebebi olarak görmüyorlar. Direkt mesela öyle bir dosya geldiği zaman size kadın "Ben şiddete uğradığım için boşanma davası açtım" demiyor. Zaten 25 sene boyunca kaçıncı şiddetini görmüş ya da 5 senelik evliliği boyunca kaç şiddet görmüş, ama hep sabretmiş." [Uzman F; K; 31; Uzmanlar]*

Çünkü Avukat C'nin de belirttiği üzere "*Şiddet her yerde var. Her anında var kadınların ve çocukların." [Avukat C; K; 47; Avukatlar]*. Şiddetin kadınların hayatında bu denli yaygın bir halde olması şiddetin normalleştirilmesine neden olabilmektedir. Şiddetin günlük hayatın bir parçası haline gelmesi ise onu farklı boyutlarda gün yüzüne çıkarabilmektedir. Şiddetin farklı boyutlardaki yansımaları Uzman C'nin de ifade ettiği gibi gün geçtikçe bireylerin de farkındalık kazanmaya başladıkları bir alan haline gelmiştir.

> *"Enteresan bir şey, öncesinde çiftler geldikleri zaman aile içi şiddet çok az gelirdi veya biz görüşme esnasında ortaya çıkarırdık. Ama şimdi insanlar daha bilinçli olarak sadece fiziksel şiddeti söylemiyor, mesela "Duygusal şiddet görüyorum, o yüzden ayrılmak istiyorum" da deyip daha bir farkındalıkla geliyor vakalar." [Uzman C; K; 46; Uzmanlar]*

Şiddetin en temel özelliği ise sürekliliğidir. Eğer evliliğin ilk zamanlarında şiddet varsa sonraki yıllarda da katlanarak devam etmektedir. Bazen kadınlar, aşağıda yer alan vakada olduğu gibi, şiddetin bir gün son bulacağına inanarak ya da başka çareleri olmadığı için evliliklerini devam ettirmektedirler.

> *[171] "Hakaret, küfür ederdi (babasından bahsediyor). Yıllarca anneme şiddet uyguladı. Bıçaklamaya kadar vardı. 2 kere bıçakladı annemi." (Dosya no 171, nafaka davası, tahkikat aşaması, müşterek çocuk (18 yaş üstü) tanık olarak beyanı)*

> *[101] "Evliliğin ilk yıllarından beri şiddet vardı. Ben ona bir çiçek verdim, soldurup verdi bana. Dövüyordu... Kızım pantol giydiği için tartışma yaşıyorlardı. Annesi [adamın] giymesin diyormuş. O da annemin sözünü dinleyeceksin diye eziyet ediyormuş. Dövüyormuş. Kızım ilk zamanlar bunları bizden sakladı. K. ilçesine tayini çıktı. Eşya gelmeden önce kızımı gece kapıma bıraktı. "seni böyle terbiye edicem" dedi. Telefonunu elinden almış kızımla görüşemiyordum." (Dosya no 101, çekişmeli boşanma, tahkikat aşaması, davacı kadının annesinin tanık olarak beyanı).*

Yukarıda yer alan vakada şiddetin ilk günden itibaren devam etmesinin yanı sıra farklı türlerdeki şiddetin aynı vakada yer alması da söz konusudur. Davacı kadının annesinin tanık olarak beyan ettiği şekliyle, vakada erkek evlilik birliği içinde fiziksel, ekonomik ve ruhsal şiddete başvurmaktadır. Buna ek olarak "*telefona el koyma*" davranışı ile kadının kök ailesi ve çevresi ile bağlantılarını keserek kadın üzerinde baskı kurma ve itaat etmesini sağlama durumu söz konusudur. Bu durum birden fazla duruşmada beyan edilmiştir. Duruşmalarda, erkeğin kadının ailesi ile iletişim kurmasını engellemesi ya da başka erkeklerle yazışmaması adına bir kıskançlık ifadesi olarak eşinin telefonuna el koyması gündeme gelmiştir. Aşağıda yer alan iki vaka da bu duruma örnek olarak verilmiştir.

> *[146] "Evlendikten 2-3 ay sonra abim telefonu elinden aldı. Benimkinden ararsın aileni dedi."(Dosya no 146, çekişmeli boşanma davası, tahkikat aşaması, davalı adamın erkek kardeşinin beyanı)*

> *[55] "Bir sefer evlerine gittiğimde, evde peçetenin üzerinde dakikalar yazıyordu. Sorduğumda, E… G…'nin telefon konuşmalarının dakikalarını yazıyormuş. 10 dk geçerse şiddet uyguluyormuş. En son kavga da, E… G…'nin ilk evliliğinden olan çocuğuna hakaret*

ettiği için çıkmış." dedi. (Dosya no 55, çekişmeli boşanma, davacı kadının akrabasının tanık olarak beyanı)

Gottman ve Gottman aile içi şiddet konusundaki araştırmalarında, şiddet uygulayan bazı erkekler arasındaki ortak bir paydanın, erkeğin kadının kadın arkadaşlarını kıskanması olarak belirlemişlerdir. Bu erkekler tehdit altında hissettiklerinde, partnerlerinin sosyal ilişkilerini sınırlamaya ve kontrol etmeye ve de onları arkadaşlarından ayırmaya çalışmaktalardır (Gottman ve Gottman, 2017, ss.218). Bu bağlamda kişinin ailesiyle, arkadaşlarıyla görüşmesini engellemek, hareket alanını kısıtlamak *sosyal şiddet*in belirgin örneklerindendir. Sosyal şiddeti psikolojik şiddetten ayıran unsur, sosyal şiddette şiddetin etkilerinin yalnız psikolojik anlamda sonuç doğurmakla kalmayıp, kişinin toplum içindeki yerine, başkalarıyla ilişkilerine de zarar vermesidir (Yücel, 2018, ss.351).

Buna ek olarak görüşmelerde erkeklerin evlilik içinde yaşanan çatışma anlatılarının altında kendi eylemlerini şiddet olarak görmedikleri aksine karşı tarafı suçlayıcı bir dil kullandıkları görülmektedir.

"Önce arkadaş ortamını bir silmesi lazım, yani silinmesi lazım bence. Sil derken, evde oturacaksın, kimseyle konuşmayacaksın değil, o tarzda değil. Eğer 100 tane arkadaş ortamın varsa, içlerinden biraz eleyeceksin, elemelerini yapacaksın, herkesle çok samimi olmayacaksın, mesafeli davranacaksın, her şeyi konuşmayacaksın. Bu tarzda yani... Arkadaşlarıyla bir yere gidiyor, haber verebilirsin sonuçta. "Neden aramadın?" diyorum, "Sana haber mi vereceğim, haber vermek zorunda mıyım?" falan. Yani bu tarz şeyler, onlardan dolayı." [Pembe; E; 30; boşanmanın tarafı]

Oysa kadınlar bu durumu şiddetin bir diğer yüzü olarak tanımlamakta ve evlilikte yaşanan çatışma konularından biri olarak aktarmaktadırlar.

"Hep kendi sözünü yürütmek istedi. Yani bir gün "Ben kızımla sosyete pazarına gidiyoruz bugün" dedim. "Sen o sözü öyle söyleme-yeceksin" dedi bana. Ne yapacaktım? "Gidebilir miyim?" diyecektin diyor. "Sen kararını vermişsin, gidiyoruz diyorsun. O karar verilmiş, beni saymıyorsun, ben gidiyorum diyorsun. Gidebilir miyim? diye izin aldın mı benden?" dedi. [Siyah; K; 58; boşanmanın tarafı]

"15 günde bir geliyordu, ayda bir geliyordu. O geldiği zaman zaten evden kesinlikle yok olmayacaksın, evden bir yere çıkmayacaksın,

> *komşuya öyle bir yere gitmeyeceksin, hakkın yok. Komşuya falan, oraya, buraya falan gideceğin zaman evdeki telefonu oradan duyup açacaksın. Bir kere çaldırdı mı o telefonu açacaksın, ikinciye çaldırmayacaksın, öyle bir hakkın yok senin." [Mor; K; 42; boşanmanın tarafı]*

Hâkim D ise bu durumu kadınların erkekler tarafından bir meta olarak görülmesi ile özetlemiştir.

> *"İtiraf etmeliyiz ki, aslında erkekler eşlerini ikinci bir kişi olarak, kendilerinden ayrı bir birey olarak görmüyor. Toplumun verdiği o kültürel, geleneksel baskıyla kendi eşyasıymış, metasıymış, arabası, kendine ait bir eşya gibi görüyor." [Hâkim D; E; 45; Hâkimler]*

Şiddetin bir diğer özelliği genellikle sinyallerinin olmasıdır. Ancak bu sinyalleri takip etmek bazı durumlarda sanıldığı kadar kolay olmayabilir. Aşağıda yer alan vakada kocanın kadına nikâh sonrası uygulayacağı şiddetin sinyallerini alenen arkadaş çevresinde beyan ettiği gibi, şiddet çoğu zaman geliyorum demektedir. Bu sebepledir ki şiddetin öncüllerini takip etmek, önlem almak ve şiddetten korunmak için oldukça önemlidir.

> *[59] "Düğün için Bodrum'a gittik. Otel'de S… beyin agresif tavırları vardı. Konuşmalarında sık sık nikahı bir kıyalım ben ona göstereceğim diyordu…Sabah 04.30'da odanın telefonu çaldı. Y… hanımın kardeşi aradı. S… Y…'i dövdü hemen gel dedi. Duş başlığı ile dövmüş. O da kardeşinin odasına kaçmış. Odaya gittiğimde kardeşinin odasında yatağın üzerinde ıslak, büzüşmüş vaziyetteydi. Titrer bir şekilde oturuyordu ve şokla "beni duş başlığı ile dövdü" diye tekrar ediyordu. "Kafama vurdu, yerlere fayanslara vurdu, ıslak dövdü" diye tekrarlıyordu. Gözleri şişmişti, yüzü seçilmiyordu, dudakları şişmişti. (Dosya no 59, çekişmeli boşanma, tahkikat aşaması, davacı kadının arkadaşının tanık olarak beyanı)*

Haley bu durumu evlilik öncesi hazırlıkların ve evlilik töreninin gerginliği ile açıklamaktadır. Ona göre, çiftin arasındaki ilişki ne olursa olsun evlilik töreni, ilişkinin doğasını beklenmedik bir şekilde değiştirmektedir. Pek çok çift için balayı süreci ve çocukları doğmadan önce birlikte geçirdikleri zaman çok keyiflidir. Bazıları içinse durum farklıdır; daha başlamadan evlilik bağını koparan ya da bireylerde psikolojik belirtilere yol açan şaşırtıcı bir gerginlik ortaya çıkar (Haley, 2006, ss.54).

Şiddetin, karşı konulmadığı zaman diğer aile üyelerine de uygulanabildiği görülmektedir. Aşağıda yer alan vakada koca, önceleri sadece karısına şiddet uygularken zamanla kızına ve köpeklerine de uygulamaya başlamıştır. Yine aynı dosyada şiddetin mekâna bağlı bir eylemden uzak olduğu görülmektedir. Baba, yurt dışında yaşamasına rağmen, kızını telefonla arayarak sözlü şiddetini sürdürmektedir. Şiddet her zaman uygulanan kişi ile ilişkili olmayabilir. Aynı dosyada baba eski eşi ile olan sorunlarını kızı üzerinden kızına ekonomik ve duygusal şiddet uygulayarak devam ettirmektedir. Bu yöntem anne ve babaların çocuklarına çok sık uyguladıkları bir yöntemdir.

> *[62] „... Geldiğinde kızı depresyondaydı. Kız, babasının kendisine ve köpeğine şiddet uyguladığını, köpeğinin bu şiddet sonucu öldüğünü ve babasının alkol kullandığını söyledi. Babası annesine de şiddet uyguluyormuş. Babası annesine, "Sen bu evin hizmetçisisin, bir yere gitmeyeceksin. Ailene götürmeyeceğim" demiş. Kız iki yıl burada annesinin yanında kaldı. Bu süreçte babası kıza; seni istemiyorum, sana para göndermeyeceğim, annen baksın diye mesaj göndermiş." (Dosya no 62, çekişmeli boşanma, tahkikat aşaması, davacı kadının erkek kardeşinin nişanlısının tanık olarak beyanı)*

Özellikle duruşma gözlemlerinde ortaya çıkan önemli verilerden birisi de genellikle şiddetin tanığının olmamasıdır. Hukuk sisteminde kadının fiziksel şiddete maruz kalması, karşı tarafın kusurlu olduğu yönündeki iddialarını doğrulamak adına yeterli görülmemektedir. Kadının şiddete uğradığını hastane raporları gibi somut delillerle ve tanık beyanları ile kanıtlaması beklenmekte bunun yanı sıra tanıklıkların da görgüye dayalı olması ve bu tanıkların mahkemede tanıklık etmeyi kabul etmesi gerekmektedir. Aksine pek çok kadın şiddetin bir tanığının olmadığından bahsetmektedir. Onların aktarımıyla şiddet, başka gözlerden uzak, kapalı kapılar ardında sergilenmektedir. Aşağıda tanık olarak mahkeme huzurunda dinlenen bir babanın sözleri bu durumu yansıtmaktadır.

> *[96] "Her türlü geçimsizlik, yoksulluk, dövmek-sövmek vardı. Birbirimize gidip gelmiyoruz, "aynı düşman gibi". Hâkim: dövüldüğünü gördün mü?" Baba: "Nerden göreyim. Odalara kilitleyip dövüyordu." Kaşları yarılmış, gözleri mordu. Çocuklarını da döverdi..." (Dosya no 96, çekişmeli boşanma, davacı kadının babasının tanık olarak beyanı)*

Kapalı kapılar ardında yaşanan şiddetin tanıkları genellikle diğer aile üyeleri ve çocuklardır. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, çocukların özellikle son kavgaya şahit olduklarını belirtmeleridir. Örneğin aşağıda yer alan vakada müşterek çocuk olay esnasında evde olduğunu ve kavgaya şahit olduğunu aktarmaktadır.

> *[82] "…Olay sırasında evdeydim. Annemle komşudaydık, babam işten geldi, ben eve geçtim. 1.5-2 saat babamla birlikte evde şakalaştık, konuştuk. Annem geldi, babama telefon faturasının yüksek geldiğini söyledi. Sonra babam celallendi, anneme vurmaya başladı. Ben dayımı arayacağımı söyleyip odaya geçtiğimde bana da vurmaya başladı. Anneme ağza alınmayacak küfürler etti. Salonun camını kırıp üzerimize fırlattı. İki dayım geldi, bizi alıp götürdü. (Dosya no 82, çekişmeli boşanma, müşterek çocuk [+18] tanık beyanı)*

Aşağıda yer alan vakada da durum benzerdir. Her iki olayda da çocukların istemsizce ama kayıtsız kalamayarak olayın içine çekildikleri, bu sebeple de hem olaya maruz kalarak hem de ebeveynlerinden birini diğerine karşı savunmak durumunda bırakılarak çocuklar istismar edilmektedir. Bu istismar sadece ev içinde kalmamakta tanıklık kurumunun çocuklar tarafından yerine getirilmesi ile mahkeme salonuna taşınmaktadır.

> *[89] "…Birçok kez anneme şiddet olayı oldu, bize olmadı. En son kavgada dayım bizdeydi. Tartışma çıktı, bize ve dayıma bıçak ve silah çekti. Polis geldi, uzaklaştırma aldı. Olay günü annem işteydi, babam geldi. Babam, anneniz eve gelsin yoksa evi yakıcam dedi. Biz de annem tek gelmesin diye dayıma haber verdik. (Dosya no 89, çekişmeli boşanma, müşterek çocuk [25y.] beyanı)*

> *[21] "Ben halının üstüne yanlışlıkla kahve fincanını döktüm. Annem bana çok kızdı, bağırmaya başladı. Babam da neden çocuğa kızıyorsun diyerek anneme bağırmaya başladı. Sonra birbirlerine bağırmaya başladılar, birbirlerini ittiler. Sonra kavga büyüdü. Karakola gittik. Babama uzaklaştırma kararı çıktı." (Dosya no 21, çekişmeli boşanma, tahkikat aşaması, müşterek çocuğun [+18] tanık olarak beyanı)*

Boşanma sürecinde çocuklar üzerinden yürüyen bir diğer şiddet konusu ise velayettir. Velayet gündeme geldiğinde, çoğunlukla gündem aslında

sadece velayet değildir. Dikkatli bir gözlem sonucunda başka konuların başka gündemlerin ve başka eğilimlerin olduğu ortaya çıkmaktadır.

> *"Çok üzücüdür, iki taraf da çocukları kullanıyorlar evlilik süresince…Fakat baba şayet boşanmak istemiyorsa, mutlu değil, ama düzeni var ya, yemek, çamaşır, gelip gece yatacağı bir düzen var. İhtiyaçları karşılanıyor. Boşanmak istemiyorsa o zaman "Çocuklarını alırım senden boşanırsan" diyor kadına. Yani çocuğa zarar veririm diye düşünmüyorlar. Anne de inat, "Gelsin, icrayla alsın.""" [Avukat D; K; 65; Avukatlar]*

Akyüz'e göre bu durum özellikle kadına yönelik erkek şiddetinde varlık bulmaktadır. Şiddet faili erkeklerin "çocuklarını elinden alırım" tehdidi, kadınların şiddete katlanmalarının öncelikli nedenleri arasında yer almaktadır (Akyüz ve diğerleri, 2014, ss.45).

B) 6284 SAYILI KANUN'UN DEĞERLENDİRİLMESİ

Görüşmelerde ve duruşmalarda boşanma sürecinde kadına yönelik erkek şiddetinin yaygın bir şekilde aktarılmasına karşın şiddetin dava sürecine yansıması farklı olabilmektedir. Aşağıda kadın görüşmecilerin korunma kararına başvurma deneyimlerine yer verilmiştir:

> *"En son dükkanda beni dövdü. Ondan sonra karar verdim. Bir A… belki bir daha dünyaya gelmez, ama çocuklarımın hayatını kurtarmak zorundaydım… Bize bıçak çekmeye kalktı. İki çocuğum ve ben, bir de memleketten gelen 85 yaşında annem vardı. Yani canımızı zor kurtardık, karakola zor attık. Çocuğumun kolu kırıktı, benim parmaklarım kırılmıştı. Öteki çocuğumu çok dövmüştü, gözleri morarmıştı. Bira şişeleri zaten yerlerde geziyordu, ayaklarına batmış, çocuğun her tarafı kan revan içerisindeydi. Canımızı zor kurtardık." [Mor; K; 42; boşanmanın tarafları]*

Görüşmecilerden Mor'un aktarımından tüm aile üyelerinin şiddetin tanığı olmalarının yanı sıra şiddete maruz kalan özneler olduğu anlaşılmaktadır. Diğer kadın görüşmecilerden Sarı ve Siyah ise, şiddet neticesinde sonlanan evliliklerinde korunma kararına başvurma süreçlerinden bahsetmektedir.

> *"Ayrılma nedenimiz şiddetten. Kurban Bayramı'nda onun ailesinin evine gittiğimiz zaman tartıştık, o bana vurdu. Annemgili aradım, geldiler, beni götürdüler. Şikayetçi oldum, darp raporu aldım. Ondan*

sonra eşyalarımı almak için kendi yaşadığımız eve de giremeyince, kayınvalidem gitmiş benden önce. O zaman uzaklaştırma kararı aldım ki, evimde yalnız olayım, o da gelmesin diye." [Sarı; K; 29; boşanmanın tarafı]

"Bu benim kolumu vurduktan sonra "Ben seni şikâyet edeceğim" dedim. "Sen beni şikâyet edersen ben seni boşarım" dedi. "Boşa" dedim. Bunu sen 2 aylık evlilikte yapıyorsan daha neler yapacak… Derken işte, baktım, boşanma kâğıdı geldi. Eşim açmış bak, benim hiç haberim yokken. Ben onun hizmetini yaparken, banyosunu dahi yaptırdığım evde, mahkeme kâğıdı geldi." [Siyah; K; 58; boşanmanın tarafı]

Erkeklerin korunma kararı ile ilgili deneyimleri korunma kararının muhatabı olmalarından dolayı kadınlarınkinden farklıdır. Aşağıda yer alan iki erkek görüşmecinin korunma kararına ilişkin tepkileri bu durumla ilgilidir.

"Eve gidiyorum, anahtarı takıyorum, açılmıyor. Sonra posta kutusuna bir baktım ki, bir zarf var. Posta kutusundaki zarfı bir aldım, uzaklaştırma, 3 ay. 3 ay o evin yanına, sağına soluna yaklaşamadım. 2015 Nisan ayından beri biz ayrıyız, hâlâ mahkeme devam ediyor, bir sefer yüzünü görmedim." [Pembe; E; 30; boşanmanın tarafı]

"6 ay 15 gün tedbir kararı, silahımın teslim edilmesi, eve girme yasağı… Bana avukatın çıkardığı bir şey var. Olmayan bir şey yok ki, her şey var. Ama önemli olan ispat edebilmek. Ben mahkemede çıktım, dedim ki, ben ispat istiyorum. Şayet varsa video kayıtları, ne gerekiyorsa, hepsinin ispatı; çünkü masumum." [Kırmızı; E; 37; boşanmanın tarafı]

Erkek görüşmecilerden Yeşil, korunma kararı alınmasının boşanma kararına olan yansımasından bahsederken yine erkek görüşmecilerden Kırmızı korunma kararının alınma şekline vurgu yapmaktadır.

"Bir şey yapmadım işin gerçeği, hiçbir şey yapmadım. Ufak tefek bir darp raporu almış, onu da gitmiş polise şikâyet etmiş. Artık polise gittiyse bizim bu olayımız, polise, karakola düşecek ben sana ne yaptım? Mahkemeden uzaklaştırma kararı aldırmış bana. Bu şekilde de hiç yardım etmediği evini aldı, götürdü, ben sokakta kaldım. Ondan sonra dedim, bundan hayır gelmez artık. Böyle olacaksa

hayırlısı olsun dedim, boşanma kararı aldım yani. " [Yeşil; E; 33; boşanmanın tarafları]

"Şiddet kullananları görüyoruz, kadının her tarafı darp içerisinde; ama benim eşimde bir şey yoktu ki. Sırtında bir şey varmış. Ne malum, benim eşimin temizlik yaparken bir yere vurmadığı? Yüzünde var mı; yok. Kolunda var mı; yok. Kızımın herhangi bir yerinde var mı; yok." [Kırmızı; E; 37; boşanmanın tarafları]

Kırmızı'nın eşinin korunma kararı aldırmasına yönelik yukarıda yer alan aktarımları uzmanlardan Uzman R'nin de üzerinde durduğu bir konudur.

"Özellikle de kadınların çok fazla uzaklaştırma aldığını görüyoruz yaygın olarak. Erkekler de kendi deyimleriyle bir tane vurmadıysa, el sürmediyse, niye uzaklaştırıldığını anlayamıyor, isyan ediyor buna ve o arada çocuğunu da görememiş oluyor. O yüzden de gerçekten çok tükeniyorlar o anlamda." [Uzman R; K; 38; Uzmanlar]

6284 sayılı Kanun'a ilişkin hukuk uygulayıcılarının ve mahkeme uzmanlarının değerlendirmeleri ilk olarak doğru bir şekilde uygulanmadığını düşündükleri koruma kararlarının çatışmaları körükleyici etkisi ile ilgilidir. Bazı görüşmeciler kadın cinayetlerinin artışı ile Kanun'un uygulanışındaki sorunlar arasında bağlantı olduğunu dile getirmektedirler.

"Kadın için bir güvence, ama evliliğe devam edilecekse o cezadan sonra, 6 ay, 3 ay, 1 ay şeyde kalmama, yani erkek o mağduriyetinden sonra beraber yaşama isteğini kaybediyor. Kesin boşanmayla sonuçlanıyor ondan sonraki süreç. 6284 alıp da birleşen var ama sayıca daha az tabii. Ama başka çare yok. Kadını korumak zorundayız, evi kadına tahsis etmek zorundayız." [Avukat C; K; 47; Avukatlar]

"Bir kere 6284 bir facia. Kocasına kızan kadın gidiyor, "Beni tehdit ediyor, kocam beni öldürecek." Hayda, hiç sormuyor adamın başka evi var mı, gideceği evi var mı, yatacağı yeri var mı, direkt uzaklaştırıyor. Bu daha ters bir sonuç doğurdu, yani bekledikleri sonucun tam aksi oldu. Ne şiddet azaldı, ne ölümler azaldı." [Avukat D; K; 65; Avukatlar]

"Bu ülkede her şey kadınların başına geliyor. O yüzden kadınları korumaya yönelik çok daha fazla tedbir var; kadınlara ve çocuklara özellikle. Şimdi, uzaklaştırma veriliyor. Bunun engel olamadığı

çok durumları gördük biz. Hatta uzaklaştırma alıp da boşanacağı eşini öldüren bir sürü adam gördük. O yüzden ne kadar faydalı?" [Uzman K; K; 28; Uzmanlar]

"Kadın cinayetlerinin artmasının sebebinin ben bu olduğunu düşünüyorum açıkçası. O kadar çok uzaklaştırmayla ve kadınların tehditkâr tavırları, çünkü uzaklaştırmaya rağmen gelirse tutuklaması var. Bazı kadınlar gelmediği halde adamı geldi olarak şikâyet edebiliyorlar. Adam ne yapıyor? Karakola çağrılıyor durmadan. "Sen evin etrafında görülmüşsün, kapıya gitmişsin, şunu yapmışsın, bunu yapmışsın." Adam iki güne bir karakolda kadın şikâyet ettiği için. Ne oluyor? Kadına diş biliyor. Zaten karakterinde şiddet varsa o level atlıyor." [Uzman H; K; 37; Uzmanlar]

Mahkeme uzmanları da 6284 sayılı Kanun ile verilen korunma tedbiri kararlarının uygulanmasındaki sorunların boşanma sürecindeki çatışmaları artırıcı özelliğine vurgu yapmaktadırlar.

"Evlilik sürecinde yaşanan çatışmalar daha dallanıp budaklanıyor boşanma evresinde. Ben burada pek çok bozucu etken olduğunu düşünüyorum. Bir kere, ayrı yaşamak, dosyalardaki dilekçeler, 6284'e göre alınan kararlar, çocuğu görememe ve daha pek çok şey. Bunlar bir girdiği zaman çıkmaz hal alıyor, artık toparlamak neredeyse mümkün değil." [Uzman A; K; 47; Uzmanlar]

"Uzaklaştırma kararı çocuğu görmesini de engelliyor çünkü. O iki taraflı bir yıldırma yöntemi oluyor. O da çok sıkıntılı, pasif bir çatışma yolu kişiler için." [Uzman R; K; 38; Uzmanlar]

"Kadın cinayetleri, vesaire falan olduğu için hâkimler de bunu es geçemiyorlar. Mesela koruma kararı geldiğinde hâkim aynı gün içinde vermek zorunda, hatta saat bile önemli. Öyle olunca haksız olduğunu veya kadına böyle bir şey yapmadığını düşünen erkek kadına bileniyor, kızgınlığı, öfkesi artıyor. Yapmadıysa da başka şekilde şeyler çıkıyor ortaya. Mesela evin kirasını ödemiyor, evin faturasını ödemiyor, atıyorum, eve para vermiyor, kadın yine mağdur oluyor. Haklı da olsa, haksız da olsa kadın yine mağdur oluyor. Altyapısı daha sağlamlaştırılması gereken bir şey... Uygulamada çok ciddi sıkıntı var." [Uzman H; K; 37; Uzmanlar]

Yapılan görüşmelerde ortaya çıkan konulardan biri de profesyonellerden bazılarının 6284 Sayılı Kanun'a başvurma yolları ile ilgili olumsuz yargılara sahip olmalarıdır.

> *"Erkeklerin çoğunun aklına gelmiyor genellikle kadın mağdur olduğu için. Kadınlar gidiyor iki de bir. Hiçbir şey yok ya ne şiddet, ne bir şey var. Ona inat. Boşanmak istiyor ya ondan veya istediğini yapmadı ya şikayet. Emniyete şikayet, savcılığa şikayet." [Avukat D; K; 65; Avukatlar]*

> *"Bir süre sonra koruma kararları şöyle oldu: Adeta boşanma davasının bir parçası, "Daha güzel tazminat alırız" falan gibi bir parça oldu. " [Uzman M; K; 35; Uzmanlar]*

Her ne kadar kadınların korunma kararına başvurma şekilleri ile ilgili olumsuz kalıp yargılar olsa da pek çok veri halen çoğu kadının korunma kararına başvurma konusunda sorun yaşadığını göstermektedir.

> *"Bu boşanma sürecinde en başta pek çok kadın uzaklaştırma kararına şundan gidip başvuramıyor: "Bu adam bu eve gelmezse bana kim bakacak, çocuklarıma kim bakacak, ekmek paramı kim getirecek?" Sırf bu nedenle dayağa razı olan kadınlar var. Yani bir lokma ekmeği dayağa yeğliyor." [Avukat A; K; 45; Avukatlar]*

Mor Çatı tarafından hazırlanan, 6284 Sayılı Kanun Uygulamalarının İzlenmesi Raporu'nda, belirtildiği üzere evli olan ya da olmayan kadınların şiddete maruz kaldıktan sonra ya da şiddete maruz kalma riskinin olduğu durumlarda, çoğunlukla 6284 sayılı Kanun'dan faydalanabildikleri belirtilmektedir. Ancak Rapor'da ayrıca, Kanun'dan yararlanamayan, yararlanması için delil istenen, koruma altına alınmak istediğini ve risk altında olduğunu söylediği halde gerekli desteğin alınması mümkün olmayan kadınların da olduğu belirtilmektedir. Özellikle yazılı başvuru yapılmayan kolluk ve mülki amir birimlerinde, talep ettikleri takdirde Kanun kapsamında hakları olan desteklere erişemeyen kadınların olduğunun görüldüğü ifade edilirken bunun yanı sıra adres gösteremediği ya da delil sunmadığı gerekçesiyle talebinin geri çevrildiğini ve kanundan faydalanamadığını belirtenlerin de olduğu ifade edilmektedir. Oysa 6284 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 3. fıkrası delil ve belge şartını ortadan kaldırmaktadır: "Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanun'un

amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez." (Mor Çatı Raporu, 2015, ss.4).

Kanun'un uygulanmasında yaşanan temel sorunlardan bir tanesi "koruma" konusu ile ilişkilidir. Korumanın tam anlamıyla gerçekleştirilemiyor oluşu alanda çalışan profesyoneller tarafından tartışılan bir konudur.

> *"Tamam, sen bu adama uzaklaştırma veriyorsun, ama bu uzaklaştırmayı koruyacak biri var mı burada? Hayır, kimse yok. Adam ona ister uyar ister uymaz. Senin ruhun duymaz. Duymuyor da zaten, görüyoruz. Kimsenin ruhu duymuyor." [Uzman K; K; 28; Uzmanlar]*

> *"Siz burada 10 milyon kişiyi koruyamazsınız, değil mi? İnteraktif koruma yapabilmeniz için küçük bir koruma yapmanız lazım. Bir de risk altındayım diyen herkese veriyoruz koruma kararını, vermek durumundayız. Dolayısıyla herkes risk altında olduğunu söylüyor. Peki, gerçekten korunmaya ihtiyacı olan, yani aktif ölüm riski altındaki kişiyi nasıl ayırt edeceksiniz? Bununla ilgili de hiçbir sistemimiz yok. Tam bir koruma kararı çöplüğü, öyle söyleyeyim size. Ayrıca, vermeniz gereken kişiye de verebildiğiniz en uzun koruma kararı 6 ay." [Uzman M; K; 35; Uzmanlar]*

> *"Tedbir kararlarını çok önemli buluyorum, ama amacına ulaştığını düşünmüyorum. Çünkü mesela 6284'te şiddete yönelik her türlü tedbir var ama hukuk açısından baktığınızda oradaki işleyen tek şey uzaklaştırma kararı ve bu bir koruyucu tedbir, önleyici tedbir değil. Koruyucu tedbir olarak evden uzaklaştırma kararı alınıyor, ama önleyici tedbir olarak evden uzaklaştırılacak kişinin problemiyle ilgili, şiddete sebebiyet veren durumuyla ilgili yapılacak çalışmalar çoğunlukla olmuyor; öfke kontrolü problemi varsa, patolojik bir problemi varsa, davranışsal problemi varsa, madde kullanımı varsa diğer tarafta da bu davranışına yönelik çalışma yapmak lazım ki bu koruma kararı işe yarasın. O mekanizma çalışmıyor. O yüzden ne yazık ki etkili olmadığını düşünüyorum." [Uzman C; K; 46; Uzmanlar]*

Kanun'un uygulanması ile ilişkili bir diğer sorun ise kurumlararası koordinasyon ve işbirliğinin zayıf hatta yok denecek kadar az olmasıdır. Özellikle mahkeme uzmanları, alınan kararların uygulanmasına ilişkin

değerlendirmede bulunmak için yeterli geri dönüşlere sahip olamadıklarını ve diğer kurumlarla bağlantılarının olmadığını dile getirmektedirler. Bu durumu ise üç ayrı boyutta değerlendirmektedirler. Birinci boyut, uzmanların danışmanlık için yönlendirme yapabilecekleri kurumlara ilişkin bilgilerinin olmayışıdır. Bu durum ise bir diğer yönüyle uygulamaya yönelik kuruluşların eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

> *"Onun dışında diğer psikolojik destek, danışmanlık, öfke kontrolü vesaire gibi tedbirler verilmiyor. Zaten uygulayıcı yerler de var mı çok bilmiyorum. Daha çok şiddete uğrayana yönelik tedbirler var; işte, sığınma evine alınması, orada psikolojik destek alınması vesaire, ama şiddet uygulayana yönelik tedbirler... Tedbirler var, ama neresi uygulayacak? Yani öfke kontrolü için mesela nereye yönlendireceksin ya da yaptırımı var mı? Sanmıyorum. Yüzde 1, yüzde 2 falandır herhalde öfke kontrolü ya da saldırganlıkla ilgili vesaire, "Senin psikoterapi alman gerekiyor" vesaire diyen karar yoktur herhalde. Genelde şiddete uğrayana yönelik tedbirler, ama diğer tarafta serseri mayın gibi dolanan birey oluyor şey olarak baktığınızda, çünkü şiddet uygulayana yönelik hiçbir psikolojik tedbir falan uygulanmamış oluyor." [Uzman D; K; 36; Uzmanlar]*

> *"İşte, aile danışmanlığı veriyoruz. Ama ne kadar uygulandığını emin olun biz de bilmiyoruz. Aile ve Sosyal Politikalar'ın böyle bir birimi olduğunu biliyoruz, ama o birim çalışıyor mu, çalışmıyor mu, kim var, kim yok bilmiyoruz." [Uzman K; K; 28; Uzmanlar]*

> *"Kesinlikle çok sıkıntılı. Yani şöyle bir trajikomedi var: ASP bize broşürler dağıtıyor, aile danışma merkezi var, ergen danışma merkezi var diye, taraflara o dağıttığı broşüre göre eline veriyorsunuz, gönderiyorsunuz, kuruluş yok ortada, kapanmış. Yani o kadar çok bu süreçlerle karşılaşıyoruz ki, mahkemeler karar merkezidir; ama uygulayıcı kuruluş olan ASP, Sağlık Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, bu kuruluşların hizmetleri bilmesi lazım, iş tanımlarının genişletilmesi lazım, koordinasyon lazım. Buralarda sıkıntılar var." [Uzman P; K; 47; Uzmanlar]*

> *"Ben kendi adıma, bu tip tedbirleri çok fazla önermiyorum mahkemeye; çünkü karşılığı yok, gidebileceği bir yer yok." [Uzman E; K; 52; Uzmanlar]*

İkinci boyut hukuk uygulayıcılarının tutumları üzerinden ele alınmıştır. Uzmanlar kendi müdahalelerinde danışmanlık hizmetlerine yönlendirmelerinin hâkimler tarafından karşılığının olmamasının etkisinden bahsetmektedirler.

> *"Bazen şöyle de olabiliyor. Benim kendi çalıştığım hâkimlerde de karşılaştığım bir şey. Mesela, danışmanlık tedbiri yazıyoruz; ama bazı hâkimler bu konuda çok inanca sahip değillerse, gerekli görmeyip yazmayabiliyorlar. Ayrıca, diyelim ki yazdılar, dosya kapandı diyelim, onun takibi konusunda çok da bir işlem yapılmayabiliyor. O yüzden, çok etkili bir şekilde kullanıldığını çok fazla gözlemlememiş oluyorum." [Uzman R; K; 38; Uzmanlar]*

Üçüncü boyut hukukun uygulanması sürecindeki sistemsel sorunlar üzerinden değerlendirilmektedir. Aile mahkemelerinde çok fazla dosya olması ve bu dosyalarla ilgili yapılan işlemlerin zaman sorunu yaratması aile terapisine yönlendirme konusunda sistemsel bir engel olarak ele alınmıştır. Uzman K, uzmanların algıları, hâkimin kararı, kurumların yetersiz ve birbirinden kopuk oluşu, sistemsel boşluklar neticesinde danışmanlığa yönlendirme durumunun sekteye uğramasını aşağıda özetlemiştir. Ortaya çıkan bir diğer önemli değerlendirme ise tüm boyutların aslında iç içe olduğudur.

> *"Çocuk mesela çocuğun sağlık tedbirine ihtiyacı var. Raporun sonunda belirtiyoruz; çocuğun şu şu durumlarından dolayı sağlık tedbiri uygulansın diye. Yine son takdir hâkimin. Kararda yazarsa bir örneği Aile ve Sosyal Politikalar'a gönderiliyor. Onlar da dosya oluşturuyorlar o kişiyle ilgili. 3 ayda bir buraya sadece rapor göndermek zorundalar. Onu da ne kadar gönderiyorlar ne kadar göndermiyorlar onu da bilmiyorum. En azından biz üzerimize düşeni yapıyoruz. Bu konuda vicdanımız rahat. Gördüğümüz şeyi yazıyoruz raporumuza çünkü. Ama işte, bir yerde birileri üzerine düşenleri yapmadığı için sistem tıkanıyor." [Uzman K; K; 28; Uzmanlar]*

6284 Sayılı Kanun'un uygulanması yaşanan sorunlar nedeni ile kadına yönelik erkek şiddeti sadece evlilik sürecinde değil boşanma sürecinde ve hatta boşanma sonrasında da devam edebilmektedir. Görüşmecilerden Mor'un öyküsünde de korunma kararı alınması ile erkek şiddetinin sona ermediği belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

"Karakola falan çok şikâyet ettik. Geldi bizi çok rahatsız etti, dükkânı kapatmak zorunda kaldım, ben tekrar işe girdim. Buraya bizim yanımıza geldi, o kız kardeşi geldi, karakola gidecek, hapse girecek, şöyle olacak, böyle olacak, yine dedim hani en azından bizim yakamızdan düşsün, çocukların da babası, yeri gelip de hapse girip çıkmış sayılmasın diye geldik, şikayetimizi geri aldık. Bu ülkede kadın cinayeti çok fazla... Canımızı kurtardık, ama bir taraftan da bu baskılarla uğraştık, tehditlerle uğraştık." [Mor; K; 42; boşanmanın tarafları]

Korunma kararından sonra şiddetin son bulmadığı gibi bu durumun boşanma sürecinden sonra da devam ettiği durumlar söz konusudur. Avukat D, bu durumdan bahsetmektedir.

"Boşanma davasından sonra da devam ediyor bu. Yani evliyken devam ediyor, boşanma sürecinde devam ediyor, boşanmadan sonra da bu uzaklaştırma devam ediyor. " [Avukat D; K; 65; Avukatlar]

IV. TARTIŞMA

Kadına yönelik erkek şiddeti toplumun gündeminde olan sosyal, ekonomik ve hukuki bir sorundur. Ancak şiddetin önlenmesine ilişkin çalışmalar istenen düzeye gelememiştir. 6284 sayılı Kanun'un teorik çerçevesi bu düzenlemeyi yerine getirse de uygulamada sorunlar devam etmektedir. Kadınlar evlilik içinde ve boşanma sürecinde devam eden çatışmaların bireysel, toplumsal ve sistemsel olarak uygun bir şekilde yönetilememesi neticesinde şiddete maruz kalmakta şiddet, kadınlar için kolektif bir kader olarak varlığını sürdürmektedir.

Araştırma verilerine göre şiddet hem evlilik hem de boşanma sürecinde yaşanan çatışma konularındandır. Buna ek olarak şiddet, görüşmelerde ve duruşmalarda tek başına boşanma sebebi olarak gündeme gelmemiş diğer çatışma konuları ile birlikte aktarılmıştır. Bu durum şiddetin farklı türlerinin olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak hukuk sistemi çoğunlukla şiddet konusunda fiziksel yaralanmalar ve maddi hasarlar tespit etme yoluna gitmektedirler. Oysa Bora'ya (2012, ss.12) göre şiddet, yalnızca fiziksel bir eyleme işaret etmez. Aynı zamanda şiddet tehdidi de şiddetin kendisi gibi işlev görebilir. 'Yanlış' zamanda 'yanlış' yerlerde bulunmanın, 'yanlış' giysiler giymenin, 'yanlış' şeyler söylemenin şiddete yol açabileceği bilgisi, kadınların belirli davranışlardan kaçınmalarına, yaşam alanlarını daraltmalarına

yol açar. Gelirine el koyma ya da gelir getirici bir etkinlikte bulunmayı engelleme; ya da tam tersine, çalışmaya zorlama, en sık rastlanan ekonomik şiddet örnekleridir. Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, bir şiddet türü hiçbir zaman yalnız değildir, muhakkak farklı şiddet türleriyle birliktedir.

Araştırma verilerine göre, duruşmalarda kadınlar farklı şiddet türlerini dile getirmektedir. Örneğin eşlerinin telefonlarına el koyduklarından bahsetmişlerdir. "*Telefona el koyma*" davranışı ile kadının kök ailesi ve çevresi ile bağlantılarını keserek kadın üzerinde baskı kurma ve itaat etmesini sağlama durumu söz konusudur. Bu bağlamda kişinin ailesiyle, arkadaşlarıyla görüşmesini engellemek, hareket alanını kısıtlamak *sosyal şiddet*in belirgin örneklerindendir.

Duruşma gözlemlerinde ortaya çıkan önemli verilerden birisi de genellikle şiddetin tanığının olmamasıdır. Pek çok kadın şiddetin bir tanığının olmadığından bahsetmektedir. Onların aktarımıyla şiddet, başka gözlerden uzak, kapalı kapılar ardında sergilenmektedir. Şiddetin tanığının olduğu durumlarda ise çoğunlukla tanıklar çocuklardır. Çocukların ev içi şiddete tanık olmaları onları şiddetin mağduru haline getirmektedir. Şiddete tanık olmak iki yönden çocukları etkilemektedir. Onlar şiddete tanık olarak şiddete maruz kalmakta ve aynı zamanda boşanma sürecinde ebeveynlerinden birini diğerine karşı savunmak durumunda bırakılarak istismar edilmektedir. Bu istismar sadece ev içinde kalmamakta tanıklık kurumunun çocuklar tarafından yerine getirilmesi ile mahkeme salonuna taşınmaktadır. Ev içerisinde annesinin şiddete maruz kaldığını ve mağdur olduğunu düşünen çocuk "bu mağduriyeti giderme noktasında" kendisini sorumlu hissetmekte aksi takdirde suçluluk duygusu ağır basabilmektedir. Ancak çocuğun çekişmeli boşanma davalarında taraf olmaya zorlanması *çocuğun üstün yararı* ilkesi ile örtüşmemektedir.

Şiddetin faili ya da mağduru olmak şiddete yönelik bakış açısını değiştirmektedir. Şiddetin kadınlar ve erkekler tarafından farklı yorumlandığı ortaya çıkan veriler arasındadır. Görüşmecilerden boşanma aşamasındaki erkekler genellikle kendi eylemlerini şiddet olarak tanımlamamakta özellikle fiziksel şiddet dışındaki şiddet türlerini (sosyal şiddet, ekonomik şiddet, vb.) şiddetin sınırları içerisinde değerlendirmemektedirler. Bu durum kadın ve erkek arasında değişiklik gösteren aile içi rollerle ve sınırlarla ilişkilendirilebilir.

Wood (1985) aile yapısında sınırların hiyerarşinin iki boyutu tarafından belirlendiğini öne sürer. Bunlardan biri kontrol diğeri bakım hiyerarşisidir. Kontrol hiyerarşisi yetki ve denetimin, bakım hiyerarşisi ise sorumluluk ve bakımın kimden kime doğru akacağını belirleyen sözlü/sözsüz kural, adet ve beklentileri tanımlar. Diğer bir deyişle, hiyerarşi erkek ve kadının, ana-baba ile çocukların rollerinin nasıl ayrıştığını anlatır (akt: Okman Fişek, 2018, ss.10-11). Aile içi hiyerarşiler kadın ve erkeğin ev içi sorumluluklarının sınırlarını belirleyerek ev hayatının sorumluluğunu kadına yüklemektedir. Stanton, ev hayatının çoğunlukla mutlu bir cennet olduğu fikrini reddederek, kadınların güya korundukları dehşetin çoğunu orada, evde yaşadıklarından bahseder (Akt: Donovan, 2014, ss.32). Evin dünyanın pisliklerinden uzak, masum ve temiz bir yer olarak tasarlanması, erkeklerin "dış" dünyaya açılırken kadın ve çocukları bu temiz yerde bırakmaları, içinde yaşadığımız kültürün en belirleyici ve güçlü örüntülerinden biri, belki de birincisidir. Evin ve ailenin böyle kutsallaştırılması, orada olup bitenlerin görünmez kılınmasına hizmet etmiştir. Böylelikle, aile içindeki eşitsizlikler, şiddet ve tahakküm, istismar ve baskı, "özel" alanın sorunları olarak görmezden gelinirken, evdeki iktidar ilişkilerinin "dış" dünyadakilerle sürekliliğinin de üzeri örtülmüştür (Bora, 2018, ss.59).

Şiddetin özel alana hapsolması, şiddeti çoğunlukla kadınların karşı karşıya kaldıkları bir sorun alanı haline getirmektedir. Şiddetin görüşmelerde ve duruşmalarda büyük oranda kadınlar tarafından dile getirilmesi bu durumu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla 6284 Sayılı Kanun'a başvuran da büyük oranda kadınlar olmaktadır. Çünkü aile içi hiyerarşiler evlilik ilişkisi içerisinde olduğu gibi boşanma sürecinde de devam etmektedir. MacKinnon'a (2005) göre, genelde aile hukukunda ve özelde de boşanma hukukunda kadınlarla erkekler arasındaki toplumsal eşitsizlik hiç yokmuş farz edilerek, soyut eşitlik anlayışından hareket edilmesinin sonucu olarak kadın erkek eşitsizliği boşanma hukukunda da bulunmaktadır (akt: Karacan, 2008, ss.71).

Bu noktada 6284 sayılı Kanun'un ilk maddesinde Kanun'un amacı, "şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemek" şeklinde açıklanmaktadır. Kanun'un 1/2/b hükmünde "Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir

yol izlenir" hükmü öngörülmektedir. Ancak hukuk uygulayıcıları, avukatlar ve mahkeme uzmanları Kanun'un uygulanmasında yapısal ve sistemsel sorunların varlığına dikkat çekmektedirler.

Hâkimler, mahkeme uzmanları ve avukatlarla yapılan görüşmelerde bazı görüşmeciler Kanun'un uygulanmasındaki temel sorunun kadınların bazı durumlarda gereksiz yere Kanun'a başvurmaları ile ilgili olduğunu dile getirmişler, bu durumun boşanma sürecindeki çatışmaları artırıcı bir etkisinin olduğunu düşündüklerini belirtmişlerdir. Profesyonellerin bu olumsuz yargıları ise kadına yönelik şiddetin yok edilmesinin sadece hukuki düzenlemelerle sağlanamayacağının göstergelerinden biridir. Ev içi şiddeti önlemeye ilişkin hukuki düzenlemelerin getirilmesine rağmen, yapının sürekli ürettiği adaletsizlik formları, ev içi şiddete maruz kalanlara uygulanmaktadır. Yapı içinde öğrenilmiş olan davranış formları ve ilişkiler, ev içi şiddet mağdurlarının görmezden gelinmesine, seslerini duyuramamalarına neden olmaktadır. Hukuk uygulayıcıları, ev içi şiddete maruz kalanların içinde bulundukları yapısal eşitsizliği görememekte ve bununla ilgili de örneğin şiddete maruz kalanların verdikleri ifadeleri güvenilir bulmamakta veya şikâyetlerini yapıp daha sonra geri çekmelerini, şikâyetlerinde samimi olmadıkları veya tutarsız davrandıkları şeklinde değerlendirebilmektedirler. Bu bağlamda, ev içi şiddet mağdurlarının, yargıya boş yere zaman kaybettirdikleri ithamıyla karşılaşmaları da mümkün olmaktadır (Uygur, 2015, ss.130).

6284 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin bu stereotipleştirme, kadınların haksız korunma kararı aldıklarına dair kalıp yargılarda bulunma ve kadınların korunma kararına başvurma davranışlarını genelleştirmenin olumsuz etkileri pek çok farklı alanda kendini gösterebilmektedir. Bu durum *stereotip tehdidi* olarak tanımlanabilir. Aşırı genellemeye dayanan yanlış bilgi, yanında yanlış müdahaleyi getirmektedir.

Hukuk alanındaki sorunlardan birisi mahkeme uzmanları tarafından hazırlanan sosyal inceleme raporlarındaki mesleki kararların mahkeme hâkimleri tarafından bazı durumlarda dikkate alınmaması olarak belirtilmiştir. Bunun yanı sıra mahkeme hâkimleri tarafından dikkate alınsa da korunma kararlarının takibinin yapılması noktasında sistemsel sorunların var olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Sistemsel sorunlardan bir tanesi kurumlar arası koordinasyonun olmamasıdır. Oysa Kanun'un kurumlararası koordinasyonla ilgili maddesi kamu

kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak kendi görev alanına giren konularda işbirliği ve yardımda bulunmak ve alınan tedbir kararlarını ivedilikle yerine getirmekle yükümlü olduğundan ve gerçek ve tüzel kişilerin, bu Kanun kapsamında Bakanlık çalışmalarını desteklemek ve ortak çalışmalar yapmak üzere teşvik edilmesinden bahsetmektedir (madde 16/2).

SONUÇ

Duruşma gözlemleri ve nitel görüşme verilerine göre şiddet özellikle duruşmalarda birincil boşanma nedeni olarak aktarılmasa da diğer boşanma nedenleri ile bağlantılıdır. Bu durum duruşmalarda dile getirilen aldatılma, kök aile sorunları, ekonomik meseleler, kötü söz, hakaret, tehdit, başkalarının yanında aşağılama, cinsel sorunlar vb. diğer çatışma konularının, içerisinde şiddetin farklı türlerini barındırmasından kaynaklanmaktadır. Ancak hukuk sisteminde şiddetin farklı türleri, özellikle şiddetin ardındaki patriarkal ilişkiler, görmezden gelinmekte ve çoğunlukla fiziksel şiddete vurgu yapılmaktadır.

Araştırma verilerine göre, şiddet kadınlar ve erkekler tarafından farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Şiddetin faili ya da maduru olmak bu yorumlamadaki farklılıkların birincil kaynağı olarak görülebilir. Bir diğer önemli neden ise toplumsal cinsiyet ve patriarkal ilişkilerdir. Bir diğer önemli araştırma verisi şiddetin çoğunlukla tanığının olmaması ve kapalı kapılar ardında gerçekleşmedir. Bu durum kadınların mahkeme önünde şiddeti ispat etme noktasında sorun yaşamalarına neden olabilmektedir. Şiddetin tanığının olması durumunda ise tanıklar genellikle çocuklar olmaktadır. Çocukların şiddete tanık olmaları onların anne baba arasında iki ateş arasında bırakılması anlamına gelmektedir.

Araştırma verileri aynı zamanda şiddetin sürekliliğini ortaya koymaktadır. Şiddet evliliğin ya da ilişkinin ilk yıllarında varsa, bu durum çoğunlukla katlanarak devam etmektedir. Bunun yanı sıra şiddet önlenmediğinde ilişkinin ilerleyen dönemlerinde çocuklara, kayın ailelere ve hatta bazı durumlarda evcil hayvanlara yansıtılmaktadır. Bu nedenle şiddetin yok edilmesi ve önlenmesi oldukça önemlidir. Şiddetin önlemesine ilişkin yasal düzenlemeler sosyal ve hukuk devletinin görevlerindendir. 6284 Sayılı Kanun bu görevin yerine getirilmesinde zemin hazırlamaktadır. Kanun, özellikle kanun uygulayıcılar ve mahkeme uzmanları tarafından değerlendirildiğinde teorik açıdan yeterli bulunmakta ancak uygulama boyutunda sorunların olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bu sorunlar alt temalara ayrıldığında dört başlık ortaya çıkmaktadır:

i) Profesyonellerin korunma kararının çatışmayı artırıcı bir etkiye sahip olduğuna yönelik olumsuz önkabulleri

ii) Mahkeme uzmanlarının hazırladıları sosyal inceleme raporlarının bazı aile mahkemeleri tarafından değerlendirmeye alınmaması

iii) Alınan korunma kararlarının takibinin yapılmaması

iv) Kurumlararası işbirliği ve koordinasyon eksikliği

Bu maddelerle birlikte ulaşılan sonuç, korunma kararı alınmasında kadınların başvuru ve sonrası aşamalarda bireysel, toplumsal ve sistemsel sorunlarla karşı karşıya kaldıklarıdır. Bu durum ise kadına yönelik erkek şiddetinin yok edilmesinde önemli bir engel oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuki süreçte ve sosyal refah hizmetlerinde değişim yapılması gerekliliği ortaya çıkan veriler arasındadır. Bu durum ise hukuk sistemi ve sosyal hizmet alanının işbirliğinde yeni hizmet modellerinin alana kazandırılmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2016). *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku İkinci Cilt*. İstanbul: Beta Yayınları.

Akyüz, H., Ayata, G., Bayram, D., Büyükgöze, S., Çavuşoğlu, S., Gökdemir, İ., Gürkan, D., Işıldak, Z., Özdemir, D. D., Özdemir, E., Özkan, Ö., Taylı, Ü., Uçan, A. ve Yayıntaş, A. (2014). *Adaletin Cinsiyeti Erkek Şiddeti ile Mücadelede Hukuki Deneyimler*. İstanbul: Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı Yayınları.

Bora, A. (2012). Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık. *Ayrımcılık-Çok Boyutlu Yaklaşımlar* içinde (Der. Çayır, K. ve M. Ayan Ceyhan). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Bora, A. (2018). *Kadınların Sınıfı Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğin İnşası*. İstanbul: İletişim Yayınları.

Creswell, J. W. Ve Plano Clark, V. L. (2011). Karma Yöntem Araştırmaları Tasarımı ve Yürütülmesi. (Y. Dede ve S. B. Demir Çev.). Ankara: Anı Yayıncılık.

Creswell, J. W. (2013). Nitel Araştırma Yöntemleri Beş Yaklaşıma Göre Nitel Araştırma ve Araştırma Deseni. (M. Bütün ve S. B. Demir Çev.) Ankara: Siyasal Yayın Dağıtım.

Donovan, J. (2014). *Feminist Teori*. İstanbul: İletişim Yayınları.

Gottman, J. ve Gottman J. S. (2017). *Erkekler için Kadın Rehberi*. (Çev: Mine Madenoğlu.) İstanbul: Sola Unitas.

Haley, J. (2006). *Sıradışı Terapi: Milton H. Erickson'un Psikiyatrik Teknikleri*. İstanbul: Yol Yayınları.

Karacan, O. (2008). *Catherina Mackinnon'un Görüşleri Çerçevesinde Boşanma Nedenleri Bakımından Hukukta Cinsel Tahakkum*. (Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi. Ankara.

Karacan, O. (2018). Catharine MacKinnon'un "Tahakküm Yaklaşımı" Çerçevesinde Boşanma Davalarında Affetme. *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (içinde). Ankara: Seçkin Yayıncılık. 393-412.

Karaman, E. (2015). Türkiye'de Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesinde Devletin Sorumluluğu. International Conference on Eurasian Economies. Session 2D: Hukuk I. 584-590.

Kümbetoğlu, B. (2012). Sosyoloji ve Antropolojide Niteliksel Yöntem ve Araştırma. İstanbul: Bağlam Yayıncılık.

Mor Çatı Raporu (2015). 6284 Sayılı Kanun Uygulamaları İzleme Raporu.

Moroğlu, N. (2012). Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi. TBB Dergisi. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1169. 357-380.

Okman Fişek, G. (2018). *İlişki İçinde "Ben": Kültür, Aile, Bireyselleşme ve Psikanalitik Arayışlar*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Özdamar, D. (2009). CEDAW Sözleşmesi. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuza, Özellikle Yeni Aile Hukukumuza Etkisi. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Patton, M. Q. (2005). Qualitative Research. New York: John Wiley & Sons, Ltd.

Roberts, M. (2008). *Mediation in Family Disputes Principles of Practice*. USA: Ashgate Publishing Limited.

Sencer, M. ve Sencer, Y. (1978). Toplumsal Araştırmalarda Yöntembilim. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını.

Şimşek, A. A. (2018). Kadının Sosyal İnsan Hakları ve Refah Devleti: Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Bir Değerlendirme. *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (içinde). Ankara: Seçkin Yayıncılık. 120-163.

Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması-TBNA. (2014). Erişim Tarihi: 20.02.2017. http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54292ce0369dc32358ee2a46/tbna2014_kitap.pdf

Uygur, G. (2015). Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir. *Ankara Barosu Dergisi*, (4). 121-132.

Yıldırım A, Şimşek H. (2013). *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yücel, Ö. (2018). Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık. *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (içinde). Ankara: Seçkin Yayıncılık. 325-368.

HAKEMLİ

1982 Anayasası'nda Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Serüveni*

Fatih ÖZKUL**

ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-1082-6856
DOI: 10.30915/abd.811908
Makalenin Geldiği Tarih: 03.12.2018 **Kabul Tarihi:** 11.06. 2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. / Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi Başkanı.

ÖZ

Devletin hukuki fonksiyonları yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ana kategoriye ayrılır. Devlet, yasama fonksiyonu ile kural koyar, yürütme fonksiyonu ile kuralı uygular, yargı organları ile de çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturur. Her yönetim olağandışı dönemlerde, örneğin kamu düzeninin bozulması, savaş, seferberlik, devletin varlığına, anayasal düzenine karşı bir tehdidin var olması gibi durumlarda olağan dönemlerin aksine farklı yönetim usulleri getirmek zorundadır. Bu tür koşullarda yürütme organı, durumun acil ve etkili kararlar alınmasını gerektirmesi sebebiyle, olağan döneme en kısa ve az hasarla geçişi sağlayabilmek amacıyla üstün yetkilerle donatılır. Bu çalışmada önceki Anayasalarımız da gözetilerek, 1982 Anayasasında olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin hukuki rejimi ve yargısal denetimi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü yönetim, sıkıyönetim, 1982 Anayasasında olağanüstü yönetim, 1982 Anayasasında sıkıyönetim, 1982 Anayasası.

THE LEGAL ADVANTURE OF THE DECISIONS OF THE EXTRAORDINARY LAW IN THE 1982 CONSTITUTION

ABSTRACT

The legal functions of the state are divided into three main categories: legislative, executive and judicial. The state rules with the legislative function, implements the rule with the executive function, and resolves the disputes with the judicial bodies. Each administration has to bring in different administrative procedures in exceptional circumstances, for example in the event of the deterioration of public order, war, mobilization, the existence of a threat to the state and the constitutional order. In such circumstances, the executive body is equipped with superior powers in order to ensure the transition to the usual period with the shortest and least damage due to the fact that the situation requires urgent and effective decisions. In this study, the legal regime and judicial control of the decree laws in the 1982 Constitution were examined, taking into account the previous Constitutions.

Keywords: Extraordinary management, martial law, extraordinary rule in the 1982 Constitution, martial law in the 1982 Constitution, 1982 Constitution.

GİRİŞ

Devletin hukuki fonksiyonları yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ana kategoriye ayrılır. Devlet, yasama fonksiyonu ile kural koyar, yürütme fonksiyonu ile kuralı uygular, yargı organları ile de çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturur.[1] 1982 Anayasası uyarınca, 2017 Anayasa değişikliğinden[2] önce olağan dönemlerde asli ve genel nitelikte düzenleme yapabilme yetkisi sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) aitti. Ancak artık, 8. maddede yapılan değişiklik ile birlikte yürütme organının tek aktörü olan Cumhurbaşkanı, Anayasa'dan aldığı yetki ile belli durumlarda doğrudan kararname çıkarabilecektir. Esasen yasama fonksiyonu, görev ve yetkisi çerçevesinde belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıyla, Meclis tarafından yapılan işlemlerle yerine getirilir.[3] Yasama işlemleri kanun ve parlamento kararı olmak üzere ikiye ayrılır. Kanun, yasama organı tarafından belirli yasama usullerine uyularak yapılan işlemlerdir; yasama yetkisinin genelliği ilkesinden hareketle, kanunla düzenleme alanı konu yönünden sınırlandırılmamış olup, Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her alanda düzenleme yapılabilir; genellik ilkesi konuyu ayrıntılı düzenleyebilme yetkisini de kapsar.[4] Yasama yetkisinin ilkelliği, yasama organının bir konuyu arada başka bir işlem olmaksızın doğrudan düzenleyebilmesidir.[5] Parlamento kararları ise TBMM'nin kanun haricindeki tüm işlemleridir.[6] Parlamento kararları da, yasama organının iç örgütlenmesine ve çalışmasına ilişkin kararlar ile yasama organının yürütme organıyla olan ilişkilerine

[1] Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 345.

[2] 16.04.2017 tarih ve 6771 sayılı Yasa, 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı **Resmi Gazete**.

[3] Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 240.

[4] Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 201.

[5] Ferman DEMİRKOL, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku)**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 39-40.

[6] ÖZBUDUN, s. 231.

yönelik kararlar olmak üzere iki gruba ayrılabilir.[7] 1982 Anayasası uyarınca parlamento kararları kural olarak yargı denetimine tabi değildir.[8]

1982 Anayasası'nın 8. maddesi uyarınca "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*" şeklinde idi; Ancak 2017 değişikliği ile birlikte Bakanları Kurulu maddeden çıkarılmış ve yürütme alanındaki tek güç Cumhurbaşkanlığı makamı olmuştur. Genel anlamda yürütme organının işlemleri düzenleyici işlemler olabileceği gibi, bireysel nitelikte işlemler de olabilir. Aslında idarenin kanuniliği ilkesi gereğince, yürütme organının işlemleri kanuna veya Anayasa'ya dayanmalı ve bunlara aykırı olmamalıdır.[9] İşte burada yasama ve yürütme fonksiyonları arasındaki temel fark ortaya çıkmaktadır; 2017 değişikliği öncesi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında yürütme organının yaptığı işlemler kanundan kaynaklanan (secundum legem), kanuna dayanan işlemlerdir.[10] 2017 değişikliğinden önce yürütme organının düzenleyici işlemleri KHK, tüzük, yönetmelik ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden oluşmaktaydı. 2017 değişikliği ile birlikte Bakanlar Kurulu ve kurumla ilişkili kavramlar kaldırıldığı için, Bakanlar Kurulu'nun kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi de ilga edilmiş, Anayasa'nın 119. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı tek başına olağanüstü hal ilan etmeye yetkili kılınmıştır. Yürütmenin "kanunları uygulamakla" sınırlı olmayan, kaynağını doğrudan anayasadan alan, asli düzenleme yapma yetkisine dayanan işlemleri de vardır. Yine, 1982 Anayasasının ilk halini ele aldığımızda, olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri ile Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin düzenlenmesi ile ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bu duruma örnek olarak gösteriliyordu. Söz konusu istisnai işlemlerde yürütme yasamaya göre ikincil bir işlev olmaktan

[7] ÖZBUDUN, s. 232. 1982 Anayasası'nda düzenlenene ancak bu iki kategoriye girmeyen kendine özgü (sui generis) nitelik taşıyan parlamento kararları hakkında bkz., GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 246.

[8] TBMM içtüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üyeliğinin düşmesine ilişkin kararlar ise Anayasa Mahkemesinin (AYM) denetimine tabidirler.

[9] Hasan TUNÇ / Faruk BİLİR / Bülent YAVUZ, **Türk Anayasa Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2009, s. 205.

[10] Süleyman Sırrı TERZİOĞLU, **Anayasa Hukuku**, Karahan Kitabevi, Adana, 2011, s. 239; ÖZBUDUN, s. 207.

çıkmakta, bizzat kendisi yetki kullanır hale gelmekteydi.[11] 2017 değişikliği ile ilga edilen KHK'ler, Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı, Bakanlar Kurulunun Anayasadan doğrudan veya yasama organı tarafından yetki devri ile aldığı, sınırlı bir yetkiye dayanarak yaptığı, kanuna eşdeğer olan düzenleyici işlemlerdi.[12] Anayasanın 148. maddesindeki düzenleme uyarınca, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK'lerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine (AYM) dava açılamayacağı için, TBMM'nin onayından geçmeyen KHK hakkında Anayasaya uygunluk denetimi de yapılamamaktaydı.[13]

Her yönetim olağandışı dönemlerde, örneğin kamu düzeninin bozulması, savaş, seferberlik, devletin varlığına, anayasal düzenine karşı bir tehdidin var olması gibi durumlarda olağan dönemlerin aksine farklı yönetim usulleri getirmek zorundadır.[14] Genelde, bu tür koşullarda yürütme organı, durumun acil ve etkili kararlar alınmasını gerektirmesi sebebiyle, olağan döneme en kısa ve az hasarla geçişi sağlayabilmek amacıyla üstün yetkilerle donatılır.[15] Devletin acze düşmesi ihtimali gibi fiili durumların baş göstermesi durumunda alınan tedbirlere olağanüstü tedbirler, bu yönetim anlayışındaki usule de olağanüstü hal rejimi denilmektedir.[16]

---

[11] Mustafa ERDOĞAN, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Aralık 2011, s. 291.

[12] GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 361.

[13] Bu konudaki farklı örneklere çalışmanın ilerleyen kısmında, yargısal denetim başlığı altında değineceğiz.

[14] Carl J. FRIEDRICH, **Limited Government**, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall. Inc., 1974, s. 85; Yavuz ABADAN, **Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 302; Bülent TANÖR, "Sıkıyönetim", **Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi**, C.4, İletişim Yayınları, İstanbul, Tarihsiz, s. 944; William E. RAPPARD, **The Crisis of Democracy**, Chicago, 1976, s. 265; Recai G. OKANDAN, **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 807-808.

[15] Yavuz ATAR, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s. 243; Yavuz ABADAN, **Devlet Felsefesi (Seçilmiş Okuma Parçaları)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1959, s. 242.

[16] Burhan KUZU, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 39; Ender Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 533; Server TANİLLİ, **Devlet ve Demokrasi**, Say Yayınları, İstanbul, 1982, s. 198.

Ülke bazında olağanüstü haller ile ilgili düzenlemelerin, özellikle I. ve II. Dünya savaşlarından sonra yapıldığı söylenebilir.[17] Olağanüstü durumlarda düzenleme yapma yetkisi yürütme organının takdir yetkisini genişletmekte, kamu organlarına normal zamanlara göre yetkili olmadıkları konularda karar alabilme imkânı vermekte, kamu düzenini sağlayabilmek amacıyla yetkili kılınmış kamu organlarının değişmesi sonucunu doğurabilmektedir.[18] Ancak, olağanüstü dönemlerde yönetimlere tanınan bu tür yetkilerin anayasal ve hukuksal bir düzenlemenin sonucu olduğu, dolayısıyla bir keyfilik unsuru taşımadığı,[19] hukuk sisteminin bir parçası olduğu göz ardı edilmemelidir.[20]

Türkiye Cumhuriyetinin coğrafi konumunu, sınırlarımızda meydana gelen gelişmeleri ve 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrası geçirmekte olduğumuz siyasi ve toplumsal süreci göz önüne aldığımızda, olağanüstü dönem KHK'lerinin Ülkemiz açısından her zaman önemini koruyan ve incelenmesi gereken bir konu olduğunu düşünmekteyiz. Aslında konu hem siyaset hem de hukuk biliminin tartışması gereken bir alandadır. Çalışmada, 1982 Anayasası'nın 2017 değişikliği öncesindeki olağanüstü hal KHK'lerinin hukuki rejimi, dolayısıyla geniş anlamda çıkış nedenleri, ilan edilmeleri üzerine ortaya çıkan uygulamalar, kararnamelerin Anayasa karşısındaki konumu, temel hak ve hürriyetler bakımından getirdikleri, yargısal denetimleri ve AYM kararları, güncel gelişmeler de göz önüne alınarak değerlendirilecek, 2017 değişikliği ise ilgili bölümlerde kıyaslama yapılarak okuyucuya sunulacaktır.

---

[17] Carl FRIEDRICH, **Constitutional Government and Democracy**, Gin and Company, 1950, s. 572-573; TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 378-379.

[18] Pertev BİLGEN, **1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 32.

[19] Yirminci yüzyılın en önemli hukuk felsefesi bilim adamlarından birisi olan ve ilk olağanüstü hal teorisyeni olarak bilinen Carl Schmitt ise farklı düşünmektedir. Schmitt'e göre olağanüstü hal, hukukta ne acil ne de zaruret hali olarak öngörülemeyecek bir durum olduğu, ne zaman ve nasıl ortaya çıkacağı bilinmeyeceği için hukuk devleti anlayışında doğası gereği yer alamaz. Anayasa böyle bir durumda sadece egemeni, dolayısıyla sadece kimin müdahale edebileceğini belirleyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Carl SCHMITT, **Siyasi İlahiyat**, Dost Yayınları, Ankara, 2010, s. 17-19.

[20] Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, s. 265; Bülent DAVER, **İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hal Rejimleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1961, s. 41-62; Erol ALPAR, "Olağanüstü Haller", **Amme İdaresi Dergisi**, C.22, Sa. 4, Aralık 1989, s. 47-67.

Konuya giriş mahiyetinde kısaca önceki Anayasalarımızdaki düzenlemeleri inceleyeceğiz, ayrıntılı ve kategorik değerlendirmeyi ise çalışmanın 1982 Anayasası bölümünde yapacağız.

I. ÖNCEKİ ANAYASALARIMIZDA

1876 Anayasası'nı (Kanuni Esasi) incelediğimizde, 36. Maddede,[21] Meclisin tatilde olması koşuluyla yürütmeye, Kanuni Esasi'ye aykırı olmamak kaydıyla olağanüstü durumlarda muvakkat, yani geçici kanun çıkarma yetkisi verildiğini, söz konusu yetkinin doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığını ve herhangi bir yetki kanununa da ihtiyaç bulunmadığını görmekteyiz. Dolayısıyla, anılan madde ile bir anlamda, olağanüstü KHK çıkarma salahiyeti verildiği de söylenebilir. Yine 113. maddede sıkıyönetim ilanı öngörülerek Padişaha, sakıncalı gördüğü kişileri yurt dışına sürgün etme yetkisi tanınmıştır. 1921 Anayasası'na baktığımızda bu anlamda hiçbir düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır.[22] 1924 Anayasası'na geldiğimizde ise 86. maddede[23] ve kanun seviyesinde olağanüstü hal ile ilgili düzenlemelere rastlamaktayız. Bu kanunlar arasında en önemlilerinin, 1930 tarihli Türk

[21] Madde şu şekildedir: "*Meclisi Umumi mün'akit olmadığı zamanlarda Devlet bir muhataradan veya emniyeti umumiyeyi halelden vikaye için bir zaruret mübreme zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzûm görünecek kanunun müzakeresi için Meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasi ahkâmına mugayir olmamak üzere Heyeti Vükelâ tarafından verilen kararlar Heyeti Mebusanın içtimaile verilecek karara kadar ba iradei seniye, muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir.*" Bkz., Suna KİLİ / Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Sened'i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 40.

[22] Ancak 1921 Anayasası yürürlüğe girmeden önce, yürütülen kurtuluş savaşı mücadelesinde yürütmeye olağanüstü yetkiler veren kanunların çıkarıldığını görmekteyiz. 29 Nisan 1920 tarihli Hıyanet-i Vataniye Kanunu ile Büyük Millet Meclisi'ne karşı isyanda bulunanların vatan haini sayılacağı, idama mahkûm edileceği ve temyiz yolunun da kapalı olacağı kabul edilmiştir. Yine, 11.09.1920 tarihli Firariler Hakkında Kanunla olağanüstü dönemlere özgü mahkemeler kurma ve cezalar verebilme yetkisi tanınmıştır; İstiklal Mahkemeleri bu kanuna dayanılarak çıkarılmıştır. Bkz., Erol KANTAR, **Kanun Hükmünde Kararname**, Ankara, 1976, s. 31.

[23] Sıkıyönetimin tanımının yapıldığı madde metni şu şekildedir: "*İdare-i örfiye şahıs ve ikamgahş mesuniyetlerinin matbuat mücaselat, cemiyet, şirket hürriyetlerinin takyid ve taliki demektir.*" 74. maddede olağanüstü durumlarda paraya, mala ve çalışmaya ilişkin yükümlülüklerin bir kanunla çıkarılacağı, 78. maddede seferberlik ve salgın hastalıkların ortaya çıkması durumunda seyahat hürriyetlerinin sınırlanabileceği, 86. maddede ise sıkıyönetimin ilanı için gerekli şartların neler olduğu tanımlanmaktadır.

Parasının Korunması Hakkındaki Kanun (TPKK) ile 1940 tarihli Milli Korunma Kanunu (MKK) olduğu söylenebilir.[24] MKK'da olağanüstü haller umumi ve kısmi seferberlik, devletin bir savaşa girme ve Ülkeyi de ilgilendiren yabancı devletler arasındaki savaş hali şeklinde sınırlı bir biçimde sayılmıştır.[25] 1925 yılında Doğu ve Güneydoğu Anadolu illerinde çıkan Şeyh Said ayaklanması ve benzer hareketler nedeniyle olağanüstü tedbirler alınmış ve 04.03.1925'te Takrir-i Sükûn Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun hükümete ülkenin sosyal düzenine, huzuruna, emniyetine, asayişine yönelik her türlü girişim ve yayınları önleyebilme yetkisi vermektedir; bunun sonucu olarak da İstiklal Mahkemeleri kurulmuştur. 1930 tarihli TPKK ilkin üç yıllık süre için çıkarılmış, sonradan süresiz hale getirilmiştir. 1934'te çıkarılan Polis Vazife ve Salahiyet Kanunun 18. maddesi ile olağanüstü dönemlerde, o yerin en büyük mülkiye amirine, kamu düzeni açısından tehlikeli gördüğü kişileri, şüpheli şahısları nezarethaneye alma yetkisi verilmiştir. 1940 tarihli MKK ise 16 Eylül 1960'ta uygulamadan kaldırılmıştır.[26]

Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi teknik olarak, 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişiklikle hukukumuza girmiştir.[27] 1961 Anayasası iki tür olağanüstü yönetim usulü öngörmüştür; bunlardan ilki 123. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: "*Olağanüstü hallerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri ile bu hallerin ilânı,*

[24] Bu dönemde çıkarılan kararnamelere, diğer kararnamelerden ayırabilmek amacıyla "kaide kararnameler" adı verilmiştir. Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 400.

[25] MKK kabul edildikten sonra yürütme organı 19.02.1940 tarihli bir karar ile olağanüstü hal ilan etmiştir. Olağanüstü hal kanunu icra organına mülkiyet hakkını sınırlandırmak (14. madde), fazla mesai yaptırmak (19. madde), fiyat tespiti (29 ve 30. maddeler), konutlarda arama yapma (65. madde) ve vatandaşlara mecburi iş yapma yetkisine sahip olmuştur.

[26] KUZU, s. 162.

[27] Anayasa'nın ilk halinde, 1950-1960 döneminin etkileri göz önüne alınarak yürütme organına kuşku ile bakılmış ve olağanüstü hallere ilişkin yetki verilmemiştir. Kanun hükmünde kararnameler (KHK) 1924 Anayasası'nda ve 1961 Anayasası'nın ilk halinde öngörülmemiş iken, yürütme organını (hükümeti) güçlendirmek ve değişen koşulların ortaya çıkardığı problemleri çözebilmek amacıyla 1961 Anayasası'nın 64. maddesinde, 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle hukukumuza girmiştir. Zafer GÖREN, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 179; Onur KARAHANOĞULLARI, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.52, Sa. 1, s. 389.

yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usuller kanunla düzenlenir." Görüleceği üzere düzenlemede olağanüstü halin hangi durumlarda ilan edilebileceği açıkça belirtilmemiştir.[28] 1961 Anayasası uyarınca olağanüstü yönetim usullerinin diğer bir türü Anayasanın 1488 sayılı Kanunla değişik 124. maddesinde düzenlenen sıkıyönetimdir. Anayasanın 124. maddesi "*Savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan ve Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dışdan tehlikeye düşüren veya Anayasanın tanıdığı hür demokratik düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelen yaygın şiddet hareketleri hakkında kesin belirtilerin ortaya çıkması sebebiyle Bakanlar Kurulu, süresi iki ayı aşmamak üzere, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya her yerinde sıkıyönetim ilân edebilir ve bunu hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onamasına sunar. Meclis, gerekli gördüğü zaman, sıkıyönetim süresini kısaltabileceği gibi, tamamiyle de kaldırabilir. Meclisler toplanık değilse, hemen toplantıya çağırılır. Sıkıyönetimin her defasında iki ayı aşmamak üzere uzatılması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına bağlıdır. Bu kararlar Meclislerin Birleşik Toplantısında alınır. Sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı ve savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi halinde vatandaşlar için konulabilecek yükümler kanunla gösterilir.*" şeklindedir.[29]

---

[28] Madde metninden hangi durumlarda bu yola açıkça başvurulacağı anlaşılmamakla beraber, gerekçe ve vatandaşlara getirilen bir takım mal, çalışma yükümlülüğü göz önüne alındığında, olağanüstü halin ancak ekonomik bunalım veya tabii afet nedenleri ile ilan edilebileceği ileri sürülmüştür. Mehmet TURHAN, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, C.25, Sa.3, Eylül 1992, s. 15; Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usülleri", **Anayasa Yargısı**, C. 9. (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa yargisi/anyarg9/aliefendi.pdf., erişim: 13/07/2016)

[29] 122. madde, 1961 Anayasası döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması açısından önemlidir. AYM, önüne gelen bir davada, 124. maddede sayılan sıkıyönetim ilanını gerektiren nedenlerin tümünün 11. maddede sayılan sınırlama nedenleri kapsamına girdiğini, bu sebeple 124/3. maddedeki düzenlemenin özel bir amacı ve anlamı olması gerektiğini, Anayasanın yersiz tekrarlara yer vermiş olmasının düşünülemeyeceğini, 11. maddede düzenlemenin sağladığı olanakların sıkıyönetim açısından yetersiz kaldığını vurgulayarak, sıkıyönetimin başlı başına bir sınırlama nedeni olarak ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz., 1971/31 E., 1972/5 K.,

Değişiklik, Devlet otoritesinin sağlanamadığı, eksik kaldığı, toplumda siyasetten kaynaklanan şiddet olaylarının arttığı ve bu süreç sonucunda askeri güçlerin hükümetin istifa etmesini sağladığı bir döneme denk gelmiştir. 12 Mart 1971 Muhtırasını takip eden Anayasadaki bu tadilatın dönemin koşulları göz önüne alınarak, yürütmenin zayıflayan otoritesinin takviye edilmesi amacıyla yapıldığı, bu sayede hükümetin kısa sürede etkin önlemler alabilmesinin yolunun açıldığı ileri sürülmüştür.[30]

II. 1982 ANAYASASI'NDA

A. Kavram

Çalışmanın giriş bölümünde, 1982 Anayasası'nın ilk halinde olağanüstü dönem KHK'lerinin, yürütme organınca yasama organının bu konuda izin (yetki) vermesine ihtiyaç olmaksızın, doğrudan çıkarabildiği düzenleyici işlemler olduğunu belirtmiştik; bu durumun özerk bir yetki kullanımı niteliğinde olduğu da söylenebilir. Olağanüstü yönetim usullerinin içeriği ülkelere ya da yürürlükteki rejimin çeşidine göre farklılık gösterse de,[31]

KT. 15-16.02.1972. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sa. 10, s. 170. Yargısal denetim konusuna ileride daha ayrıntılı değineceğiz.

[30] Burhan Kuzu, 27 Mayıs 1960 ihtilali sonucu ortaya çıkan 1961 Anayasası'nın bir tepki Anayasası olduğunu, bu dönemde iktidarın muhtelif ellerde paylaştırıldığını, bu sebeple güçsüz bir yönetim sistemi meydana getirildiğini, icra organının bu zayıf statüsünden dolayı idari mekanizmanın işleyemez hale geldiğini, temel hak ve özgürlükler dahi bu sebeple kâğıt üzerinde kaldığını ifade etmiştir. KUZU, 1993, s. 174-176.

[31] Bu noktada karşılaştırmalı hukukun verilerine göz atmakta fayda vardır. Burada verilen örnekler, bütünlük sağlamak ve çalışmanın ilerleyen bölümünde kıyaslama yapabilmek amacıyla, olağanüstü yönetim usullerinin denetimini de kapsamaktadır. Fransa örneğine geldiğimizde kurumun varlığını görmekteyiz; hatta modern zamanların önde gelen olağanüstü hal yönetimi olan "stage of siege"in doğum yeri de Fransa'dır; yaygın olağanüstü yönetim usullerinden olan sıkıyönetim "*êtat de siege*" de genellikte bu ülke ile birlikte anılır. Fransa'da sıkıyönetim, fiili sıkıyönetim *(êtat de siegê rêel)* ve itibari sıkıyönetim *(êtat de siêge fictic)* olarak ikiye ayrılmaktadır. Fiili sıkıyönetim, ülkenin tümü ya da bir kısmının düşman işgali altında bulunması ya da askeri operasyonların yapılması durumunda söz konusu olmaktadır. Fiili sıkıyönetim olağan hayatın büyük bölümünü askıya almakta ve olağan dönem yasalarını büyük oranda uygulama dışında bırakmaktadır. İtibari sıkıyönetimde ise sivil yaşamın ve olağan dönem hukuk düzeninin tamamen askıya alınması gerekmemekte, hukuk düzeni ve anayasal güvenceler devam etmektedir. Fransa'da state of siege sadece yakın bir savaş ya da silahlı ayaklanma tehlikesi olması durumunda

bu yönetim usullerinin ortak niteliği, idarenin takdir yetkilerinin normal

ancak kanunla ilan edilebilmekte, yürürlülük süresinin bitimiyle de kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Fransız olağanüstü yönetim usulünü Angla-Sakson siteminden ayıran temel fark, aşırı yasallık ve parlamentonun üstünlüğü prensibidir. Meclislerin dağılmış olması durumunda state of siege Bakanlar Konseyinin tavsiyesiyle Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilir, bu doğrultuda meclisler iki gün içinde toplanırlar; eğer Meclisler kendi aralarında anlaşamazlasa state of siege kendiliğinden ortadan kalkar. Max RADİN, "Martial Law and State of Siege", **Californnia Law Rewiew**, V.390, 1942, s. 640. Fransız Mahkemelerinin state of siege'in ilanı ya da sonrasındaki süreçle herhangi bir yetkisi yoktur. Herhangi bir gerekçe olmaksızın state of siege ilan edilmiş olsa bile denetimi sadece yasama organı yapabilir. Cumhurbaşkanı'nın 1958 Anayasası'nın 16. Maddesini uygulamak amacıyla çıkardığı kararnameler parlamentonun denetimi dışındadır, ancak hükümetin Anayasa'nın 36. Maddesine dayanarak sıkıyönetim ya da olağanüstü hal ilan etmesi durumunda bu kararın onaylanması veya uzatılması Parlamentonun yetkisi dâhilindedir. Fransız Danıştay'ı geleneksel bir şekilde olağanüstü dönemde gerçekleşen kavram ve olayları yürütmenin lehine olarak geniş yorumlama yoluna gitmiş, yürütme organı ile çatışmaktan kaçınmıştır. Selin ESEN, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 107-117. Almanya'nın Anayasal tarihinde Weimar Anayasa'sı önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Colin STORER, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015. Yürürlükteki Anayasa, Weimar Anayasası döneminde karşılaşılan zorluklardan yola çıkılarak hazırlanmış ve yaşananlar ışığında kurumu çeşitli mekanizmalarla denetim altına almaya çalışmıştır; sistemin özü bu ilkedir. Anayasa uyarınca yürütme organı olağanüstü hallerde yetki kullanma hakkına sahiptir. Ancak Federal hükümete, çıkarılan kararnamelerle ilişkin olarak parlamento ve karma komisyona kesinlikle ve gecikmeksizin bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Olağanüstü hal ilanı Federal Anayasa Mahkemesinin işleyişini etkilememekte, Bundestag'ın hiçbir biçimde feshedilmesi söz konusu olmamaktadır. Federal Mahkeme olağanüstü hale ilişkin yasal düzenlemelerle birlikte, Anayasa şikâyeti yoluyla bireylerin karşı karşıya kaldıkları işlemleri denetleyebilme yetkisine de sahiptir. Almanya'nın AİHS'nin taraflarından biri olarak AİHM'nin yargı yetkisini tanımış olması da olağanüstü rejimin denetiminde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Parlamenter demokrasinin beşiği olan İngiltere'de yasama organı her zaman yürütme karşısında söz sahibi olmuş, hukukun üstünlüğü *(rule of law)* göz ardı edilmemiştir. 1628 tarihli Haklar Dilekçesi *(Petition of Rights)* barış zamanında sıkıyönetim uygulanmasının yasaya aykırı olduğunu düzenlemiştir. Ancak, I. Dünya savaşı ve ekonomik krizler sonrasında İngiltere'de de bu sistemden Kıta Avrupa'sı sistemine doğru bir geçiş yaşanmıştır. 1914 yılında kabul edilen Ülke Savunması Yasası *(The Defence Realm Act-DORA)* yürütme organına savaş sırasında kullanabileceği istisnai yetkiler vermiş ve söz konusu yetkiler, 1916'dan itibaren Lloyd George hükümeti tarafından kullanılmıştır. John ALDER, **Constitutional & Administrative Law**, Second Edition, Macmillan, UK, 1994, s. 392. Hatta özellikle II. Dünya savaşı esnasında birçok ülkeye kıyasla İngiltere, hükümet yapısında en radikal değişiklikleri

zamana göre artması, bu doğrultuda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin

kabul eden, sivil ve ekonomik hakların en çok kısıtlandığı ülke olmuştur. Kabinenin gücü ve prestiji artarken, parlamentonun gücü ve prestiji buna paralel olarak azalmıştır. Martial Law olarak adlandırılan İngiltere sisteminde olağanüstü hal yönetimi, klasik anlamda, zorunluluk halindeki kriz yönetimiyle (işgal-ayaklanma) eş anlamlıdır; kamu düzeni yeniden tesis edilene kadar medeni haklar askıya alınabilir, sivil suçlar için askeri mahkemeler kurulabilir, bir kısım kolluk yetkileri orduya geçebilir. Clinton L. ROSSITER, Constitutional Dictatorship, Princeton University Press, New Jersey, 1948, s. 151-152,157. 1974'te IRA tarafından yapılan ve 21 kişinin ölümüyle sonuçlanan terör eylemi sonrasında kabul edilen Terörizmin Engellenmesi Yasası *(The Prevention of Terrorism 'Temporary Provisions Act')* ile de, Polis teşkilatına çok önemli adli ve idari görevler verilmiştir. Yine 11 Eylül saldırısı sonrasında Birleşik Krallık Parlamento'su, Anti Terörizm, Suç ve Güvenlik Yasası *(Anti Terrorism, Crime and Security Act 2001)* ile yeni bir terörle mücadele yasası yapmıştır. 2005 yılında Londra'da yaşanan terör olayları sonrasında da, "Terörizmin Önlenmesi Yasası" *(Prevention of Terrorism Act)* kabul edilmiş özellikle uluslararası teröristlerin yakalanması ve sınır dışı edilmesi konularında hükümete ve kolluk güçlerine geniş yetkiler verilmesi yoluna gidilmiştir. 2004 tarihli Sivil Acil Durumlar Yasası uyarınca yürütme organının çıkardığı kararnameler makul olan en kısa süre içerisinde Parlamento'nun onayına sunulacak, sunumdan itibaren yedi gün içinde onaylanmadığı takdirde yürürlükten kalkacaktır; Parlamento kararname üzerinde değişiklik yapma yetkisine de sahiptir. İngiltere'de kamuoyunun desteğini aldığı zamanlarda, yürütmenin olağanüstü yetkilerine yargı organı tarafından müdahele edilmemektedir. Mahkemeler, "kamu güvenliği" ülke savunması gibi kavramları yürütme organı lehine geniş yorumlamışlardır. ESEN, s.80-87. Almanya Anayasası ve İngiltere yasalarındaki olağanüstü hal, başkanlık sistemini benimseyen Birleşik Devletlerde uygulanma imkânı bulamamıştır. Ayrıca önleyici ve dengeleyici görevini bünyesinde barındıran, kutsal kabul edilen Amerikan Anayasa'sı yöneticiler için hem savaşta hem de barışta eşit kabul edilmiştir. Anayasal ve tarihsel olarak Başkanlık Ofisi zaten her zaman olası bir kriz yönetiminin merkezinde yer almaktadır. ABD'de olağanüstü hal pratiği Başkan ve Kongre arasında şu şekilde işlemektedir: Başkan olağanüstü bir duruma yetkisini aşarak müdahale ettiğinde, bu yetkiye Kongre tarafından onay verildiği takdirde, kullanılan yetki de meşrulaşmaktadır; Kongrenin uygulamayı reddetmesi halinde ise söz konusu yetkiler artık daha fazla kullanılamayacaktır. Kongrenin onaylama ya da onaylamama işleminde şüphesiz ki, Başkanın kişilik özellikleri, kamuoyunu arkasına alıp almadığı hususları büyük önem taşımaktadır. ROSSITER, s. 242; ESEN, s. 52. 11 Eylül saldırıları ABD'de olağanüstü hal tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmış olsa da, terörle mücadele kapsamında yapılan tutuklamalar ve bunların hukukiliği üzerinden yapılan tartışmalar Federal Yüksek Mahkeme'ye de taşınmış, Mahkeme olası tehditleri göz önüne alarak yürütme organını kısıtlanması konusunda çekingen davranmış, fakat hukuk devleti ilkesinin tamamen göz ardı edilmesine de izin vermemiştir. Yüksek Mahkeme, olağanüstü hal koşullarında kimi zaman temel hak ve özgürlüklerden yana, kimi zaman ise yürütmenin yetkilerinin geniş yorumlanmasından yana tavır takınmıştır. ESEN, s. 68-70.

de olağan dönemlere oranla daha geniş ölçekte sınırlandırılabilmesidir.[32]

B. Hukuki Düzenlemeler

1982 Anayasası 2017 değişikliği öncesinde, 1961 Anayasası'nın aksine daha ayrıntılı bir şekilde, üç çeşit olağanüstü yönetim usulüne yer vermişti. Bunlardan ilki Anayasanın ilga edilen 119. maddesi olup şu şekilde kaleme alınmıştı: "*Tabiî afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.*" İkinci olağanüstü hal rejimi çeşidi ise Anayasa'nın 120. maddesinde öngörülen, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedenleriyle ilan edilen olağanüstü haldir. Madde uyarınca, "*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.*" Nihayet Anayasamızda belirtilen üçüncü olağanüstü yönetim usulü de sıkıyönetim olup, 122. maddede "*Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelen ve olağanüstü hal ilânını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Millî Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra, süresi altı ayı aşmamak üzere yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetim ilân edebilir. Bu karar, derhal Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye*

[32] Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2004, s. 354; Mehmet TURHAN, "Olağanüstü Hallerde Çıkartılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, S.25, Sa., 3, s. 15; İbrahim Ö. KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 247; Lütfi DURAN, "Bunalım Kararnameleri" **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.50, Sa. 3, Ankara, 1995, s. 142.

Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağırılır. Türkiye Büyük Millet Meclisi gerekli gördüğü takdirde sıkıyönetim süresini kısaltabilir, uzatabilir veya sıkıyönetimi kaldırabilir. Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul İçtüzükte belirlenir. Sıkıyönetimin her defasında dört ayı aşmamak üzere uzatılması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına bağlıdır. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz. Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, idare ile olan ilişkileri, hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ve savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek yükümlülükler kanunla düzenlenir. Sıkıyönetim komutanları Genelkurmay Başkanlığına bağlı olarak görev yaparlar." biçimindeydi.[33]

2017 değişikliği ile birlikte Anayasa'nın 119. maddesi aşağıdaki biçimde kaleme alınmıştır.

"*Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması, tabiî afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*

Olağanüstü hal ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

[33] Cengiz ARIKAN, **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 62.

Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.

Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar."

C. Yetki, Şekil ve Süre

1982 Anayasası'nın 2017 değişikliğinden önceki halinde olağanüstü yönetim usulleri arasında yetki, şekil ve süre unsurları yönünden önemli bir farklılık bulunmamaktaydı.[34] Her üç olağanüstü hal de, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, ülkenin tümünde ya da bir veya daha fazla bölgesinde altı aylık süreyi geçmemek şartıyla ilan ediliyordu. Ancak, Cumhurbaşkanının iradesi, olağan dönem KHK'lerinde olduğu gibi şekli bir işlem değil; buradaki onay hukuki sürecin asli unsurunu oluşturmakta,[35] Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi zorunlu hale gelmekteydi.[36] Cumhurbaşkanı kararların alınmasında

[34] ÖZBUDUN, s. 364.

[35] ÖZBUDUN, s. 257.

[36] R. Cengiz DERDİMAN, "Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler" Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, **Prof. Dr. Oral Sander Armağanı**, C.51, Sa. 1-4, Ankara, 1996, s. 35.

tartışmalara ve oylamaya aktif bir şekilde katılmalıydı.[37] Her üç durumda da alınan karar Resmi Gazetede yayımlanır ve hemen TBMM'nin onayına sunulurdu. Sıkıyönetim ilan edilmesi halinde ise durumun "aynı gün" TBMM'nin onayına sunulması gerekmekteydi. TBMM çalışma halinde değilse (tatildeyse) derhal toplantıya çağrılırdı; Anayasa koyucu olağanüstü hal KHK'lerinin seri bir usul ile onaylanmasını amaçlamıştı. Meclisçe onaylanmaya ilişkin süre ve usul 121. maddenin 3. fıkrası uyarınca içtüzükte belirlenmekteydi.[38] Olağanüstü hal KHK'lerin Resmi Gazetede yayımları ile birlikte yürürlüğe girecekleri açık ise de, yürürlüklerinin devamı için yasama organının onayı gerekmekteydi; Anayasa'nın 95. maddesinin 5. fıkrası[39] dikkate alındığında, sıkıyönetim ve olağanüstü hal KHK'lerin çıkarılabilmesi için, olağan dönem KHK'lerden farklı olarak,[40] Bakanlar Kurulunun TBMM tarafından yetki kanunuyla yetkilendirilmesine de gerek

[37] R. Cengiz DERDİMAN, **Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı**, Alfa Yayınları, Bursa, 2003, s. 47.

[38] İçtüzüğün 128. maddesi şu şekildedir: "*Anayasanın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır.*" Şu hususu belirtelim ki, Anayasada, içtüzükte düzenleme yapılacağının belirtilmiş olmasına rağmen, 1996 yılına kadar herhangi bir kodifikasyonun yapılmamış olması, bu dönem içerisinde olağanüstü KHK'lerin Meclis tarafından denetlenebilmesini zorunlu olmaktan çıkarmıştır. KUZU, (1993), s. 262. TBMM tarafından otuz gün içinde görüşülüp karara bağlanmayan KHK'lerin reddedilmiş sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olmakla beraber, bu konuda yasama organının iradesini açık bir şekilde belirtmesi gerektiğinden, görüşülüp karara bağlanmama durumunu zımni ret olanak kabul etmek mümkün görülmemektedir, dolayısıyla içtüzüğün 128. maddesinin bağlayıcılığının ancak manevi boyutta olabileceği ileri sürülmüştür. ÖZBUDUN, s. 261.

[39] Söz konusu fıkrada "Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin yetkiler saklıdır." denmektedir. Kaldı ki, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal KHK'si çıkarma yetkisinin düzenlendiği 121. maddenin 3. fıkrasında da, herhangi bir yetki kanunundan bahsedilmemekte, Kurul'un olağanüstü halin gerektirdiği konularda kanun hükmünde kararname çıkarabileceği belirtilmektedir.

[40] Olağan dönemde çıkarılan KHK'lerde, Anayasanın 91. maddesinin 1 ve 2. fıkraları uyarınca yetki kanununda kararnamelerin amacı, kapsamı, ilkeleri yetkinin

bulunmamaktaydı.[41] Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu ancak olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince, olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'si çıkarabilecekti; dolayısıyla olağanüstü hal ve sıkıyönetim kalktığında bu nitelikteki kararnamelerin de kendiliğinden yürürlükten kalkacakları düşünülebilirdi.[42]

Yasama organı, onayına sunulan olağanüstü hal ve sıkıyönetimin süresini değiştirebileceği gibi, tamamen kaldırabilir, ya da Bakanlar Kurulunun talebiyle süresini her seferinde dört ayı geçmemek üzere uzatabilirdi; eğer ülkede savaş hali varsa sürenin uzatılmasında dört aylık sınır aranmıyordu. Olağanüstü hal KHK'sinin parlamento tarafından reddedilmesi durumunda, kararname ret kararının Resmi Gazete'de yayımlanacağı gün yürürlükten kalkmaktaydı. Yasama organı, olağanüstü dönem kanun hükmündeki kararnameleri üzerindeki onay, ret veya değiştirmek suretiyle onay işlemlerini parlamento kararıyla değil, kanunla yaptığı için, onaylanan KHK kanuna dönüşecek ve dolayısıyla AYM tarafından Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulabilecekti.[43] Şiddet olaylarının yaygınlaşması nedeniyle ilan edilen olağanüstü hal ve sıkıyönetimde, Bakanlar Kurulu karar vermeden önce Milli Güvenlik Kurulunun (MGK) görüşüne başvurmalı; tabii afet ve ekonomik bunalım sebebiyle ilan edilen olağanüstü halde ise MGK'nın görüşüne ihtiyaç bulunmamaktaydı. Anayasanın lafzından da, MGK görüşünün Bakanlar Kurulunu bağlamadığı, danışma niteliğinde olduğu ileri sürülmekteydi.[44]

---

kullanılma süresi ve bu süre içerisinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağı gösterilmelidir.

[41] Öğretide baskın olan görüş de bu şekildedir. Turgut TAN, "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986, s. 51; Metin GÜNDAY, "Metin Günday'ın Yorumu", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 25; Fazıl SAĞLAM, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamasından Doğabilecek Sorunlar", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 70. Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012. 13-31; Mümtaz, SOYSAL, **Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 343; ÖZBUDUN, 2013, s. 2017. Aksi görüşler için bkz., Çetin ÖZEK, "Yumuşatma Değil, Aldatmaca", **Cumhuriyet Gazetesi**, 22.05.1990; Yahya, K. ZABUNOĞLU, "Anayasa ve Kararname", **Cumhuriyet Gazetesi**, 21.04.1990.

[42] GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 369; ÖZBUDUN, (2013), s. 371.

[43] GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 369; ÖZBUDUN, 2013, s. 261.

[44] TURHAN, s. 17.

2017 değişikliği ile olağanüstü yönetim usulleri konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle söz konusu değişiklik ile birlikte sıkıyönetim usulü kaldırılmıştır. Olağanüstü hal ilanı artık sadece Cumhurbaşkanı tarafından (tek başına) ilan edilecektir; Bakanlar veya Cumhurbaşkanı yardımcıları devre dışı bırakılmıştır. Olağanüstü hal ilan edildiği gün TBMM'nin onayına sunulacak, Meclis toplantı halinde değilse derhal toplantıya çağrılacaktır. Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabileceği, ya da uzatabileceği gibi tamamen de kaldırabilir. Burada TBMM'nin bir onay makamı olarak muhafaza edilmiş olması önemlidir, çünkü önemli olan olağanüstü hal ilanı kararının yasama organı tarafından denetlenebilir olmasıdır. Cumhurbaşkanı olağanüstü hali süresi altı ayı geçmemek üzere ilan edebilecek, Meclis ise bu süreyi dört ayı geçmeyecek biçimde uzatabilecektir. Burada, yasama organının olağanüstü hali uzatabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesini aramak temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından yerinde bir kabul olurdu. Örneğin, ikinci uzatmadan sonra yasama organının nitelikli bir çoğunlukla karar alması gerekliliği kabul edilebilirdi.

D. Sebep, Konu ve Yer

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri sebebe bağlı işlemlerdendir. Öncelikle, olağanüstü hal KHK'lerin çıkarılabilmesi için ülkede daha önce, somut bir sebeple olağanüstü hal ya da sıkıyönetimin ilan edilmiş olması gerekmektedir.[45] Olağanüstü hal KHK'lerin amacı, olağan yönetim dönemine geçişi sağlayabilmek olduğundan, amaç unsuru genel ve kalıcı değil, ancak geniş kapsamlıdır. Olağanüstü yönetim usulleri arasındaki önemli ayrım, ilan edilme sebeplerinin farklı olmasında yatmaktadır. 119. madde uyarınca ilan edilecek olan olağanüstü hal ancak "*tabiî afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım*" hallerinde ilan edilebilecektir. 120. maddedeki düzenlemedeki olağanüstü halin ilan edilebilmesi için ise "*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması*" gereklidir. 122. maddedeki sıkıyönetimin ilan edilebilmesi için ise "*Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve*

[45] Cem EROĞUL, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.54, Sa. 4, s. 33.

hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelen ve olağanüstü hal ilânını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması" gerekmektedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, sıkıyönetim daha ağır şartların, ülkenin iç ve dış güvenliği açısından çok daha ciddi tehlikelerin baş göstermesi durumunda başvurulabilecek bir yönetim tarzıdır. Bunun doğal sonucu olarak da sıkıyönetimde yürütme organı, diğer olağanüstü rejimlere oranla hak ve özgürlüklere konulacak olan kısıtlamalar yönünden daha fazla yetkiye sahip olmaktadır. Sıkıyönetimde bir anlamda, kolluk görev ve yetkileri askeri makamlara geçmekte, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması veya durdurulması daha etkin olabilmekte, dolayısıyla bazı suçların yargılaması askeri mahkemelerde görülmektedir.[46]

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri yer bakımından da sınırlandırılmıştır. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri ile ancak, olağanüstü hal ile sıkıyönetimin ilan edildiği bölge ile sınırlı ve sıkıyönetim halinin gerektirdiği konularda düzenleme yapılabilecektir.[47]

Olağan dönem KHK'lerin aksine,[48] olağanüstü dönem KHK'ler ile temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile siyasi haklar konularında, ilan edildikleri yer ise sınırlı olmak şartıyla düzenleme yapılabilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir; Anayasamızda öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir; ancak hiçbir şekilde 15. maddenin 2. fıkrasında belirtilen hak ve ilkelerden oluşan "çekirdek alana" dokunulamamaktadır. Bu nitelikteki KHK'lerin konu açısından bir diğer sınırı da, tabi oldukları sıkıyönetim veya olağanüstü halin gerekli kıldığı kapsamda, bölge veya zaman dilimi içerisinde uygulanabilecek olmalarıdır.[49]

---

[46] ÖZBUDUN, s. 366. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu bu üç unsuru da ihtiva etmektedir. Bkz., 15.05.1971 tarih, 13837 sayılı Resmi Gazete.

[47] TURHAN, s. 31.

[48] 91. maddenin 1. fıkrası uyarınca, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile dördüncü bölümlerinde yer alan siyesi haklar, ödevler kanun hükmünde kararname ile düzenlenemezler.

[49] ÖZBUDUN, s. 257.

Kaldı ki, Olağanüstü KHK'lerin olağanüstü halin nedenleri ve amacıyla sınırlı şekilde çıkarılmaları gerektiği göz ardı edilmemelidir.[50]

Sıkıyönetimin ilanıyla beraber kolluk görev ve yetkileri askeri makamlara geçtiği halde, olağanüstü hallerde kolluk görev ve yetkileri sivil makamlarda kalmaktadır; sivil makamlar, ancak kolluk güçleriyle önlenemeyen olayların baş göstermesi halinde askeri makamlardan yardım isteyebilmektedir. Sıkıyönetim ve olağanüstü haller arasında yargı yetkisinin kullanılması yönünden de farklılıklar bulunmaktadır. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun[51] 24. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilen yerlerde, devlet güvenlik mahkemeleri ile askeri mahkemelerin görevlerine giren suçlar dışındaki davalara adli yargıda bakılmaktadır. Ancak, bilindiği üzere, 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği[52] ile Devlet Güvenlik Mahkemelerin hukuk sistemimizden kaldırılmıştır.

2017 değişikliği ile birlikte Cumhurbaşkanı, olağanüstü hallerde, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda 104. Maddede belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Kanun gücünde olan bu kararnameler, Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yasama organının onayına sunulacaktır. Kısacası olağanüstü dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağanüstü dönemde Anayasa'nın 15. Maddesi ve olağanüstü dönemin gerekli kıldığı konular ile sınırlandırılmıştır. Kanun gücünde olan kararnameler mevcut kanunları değiştirebileceği gibi yürürlükten de kaldırabilecektir. Burada, söz konusu kararnamelerin değiştirdiği veya ortadan kaldırdığı kanunun, olağanüstü dönem sonrasında yeniden yürürlüğü girip girmeyeceği sorusu akla takılmaktadır. Kanaatimizce, olağanüstü koşulların son bulmasıyla olağanüstü hal kalktığında, kanun gücünde olan kararnamenin de kendiliğinden ortadan kalkması gerekir. İstisna dar yorumlanmalıdır; aksi halde, sınırlı yer ve süre için çıkarılmış olan bir kanun amacının aksine süreklilik kazanacaktır. Anayasa'nın Cumhurbaşkanına vermiş olduğu bu yetkiye dayanan kararnamelerin, olağanüstü hal ilanını gerektiren durumun ortadan kalkmasıyla beraber kendiliğinden ortadan kalkacağını benimsemek hukuki meşruiyet açısından önem arz edecektir. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnameler, TBMM tarafından

[50] ÖZBUDUN, s. 261.

[51] Bkz., 27.10.1983 tarih, 18204 sayılı Resmi Gazete.

[52] Bkz., 22.05.2004 tarih, 25469 sayılı Resmi Gazete.

görüşülüp kabul edildikten sonra ise, kararnameler artık bir yasama tasarrufu haline geleceğinden, bu tartışmaların bir anlamı kalmayacaktır.

E. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

Olağanüstü hal KHK'leri için uygulamada en çok rastlanan problem, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik işlemlerdir. Anayasada temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması 13. maddede düzenlenmiştir. Madde uyarınca, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"Dolayısıyla, temel hak ve özgürlükler ancak kanunla, Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebebe bağlı olarak, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun biçimde, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacak şekilde, özlerine dokunulmadan, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak şartıyla sınırlandırılabilecektir.[53]

Anayasada olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ise 15. maddede "*Savaş, seferberlik, veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*" biçiminde hüküm altına alınmıştır.[54] Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere belirtilen

[53] Cemil ÇELİK, **Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 34; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 124-132.

[54] Fazıl Sağlam, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Anayasanın adeta iç içe iki Anayasa içerdiğini ifade etmektedir; 15. madde uyarınca temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilmekte, Anayasanın öngördüğü güvencelere aykırı tedbirler alınabilmektedir; sınırlamadaki tek kıstas ölçü de, ölçülülük ilkesi ile 15. maddenin 2. fıkrasında sayılan hak alanlarının dokunulmazlığıdır. SAĞLAM, s. 262.

hallerde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması tamamen veya kısmen durdurulabilecek veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir. Ancak bu sınırlamalarda da belli şartlara uyulmalıdır. Aslında, hayli etkin bir Anayasaya uygunluk denetimi yapabilme imkânı sağlayan söz konusu şartlar şu şekilde sınırlanabilir:

1. Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülükler İhlal Edilmemelidir

Olağanüstü hallerde temel hak ve özgülüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen tedbirlerin alınabilmesi için, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı işlem yapılmamalıdır; bu doğrultuda, milletlerarası hukukun genel prensipleriyle,[55] Türkiye Cumhuriyetinin imzaladığı sözleşmelerden doğan yükümlülükler ihlal edilmemelidir. Uygulamada Ülkemiz açısından en önemli sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir (AİHS),[56] Olağanüstü dönemlerde temel hak ve

[55] AYM'ye göre, hukukun genel ilkeleri, parlamentonun takdir yetkinin değerlendirilmesinde referans norm olarak ele alınmalıdır. Yüksek Mahkeme ilk örnek kararında, hukukun ana prensiplerine dayanmayan ve sadece belli anda doğan, geçici çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunların toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratacağını belirtmiştir. Bkz., 1963/124 E., 1963/243 K., KT. 11.10.1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sa.1, s. 349; 1963/166; 1963/166 E., 1964/76 K., KT. 22.12.1964, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sa. 2, s. 237.

[56] Ülkemiz, 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeyi 10.03.1954 tarihinde kabul edilen 6366 sayılı Kanunla onaylamıştır. AİMH'nin olağanüstü hallerde özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 15. maddesi şu şekildedir: "*1.Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. Maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.*" Konuyla ilgili 2, 3, 4 ve 7. maddeler de şu şekilde kaleme alınmıştır: Madde 2: "*1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş*

hürriyetlerin sınırlandırılmasına engel teşkil edebilecek bir sözleşme olmayan AİHS, Anayasamızın 15. maddesi ile de benzerlik göstermektedir.[57] AYM de, birçok örnek kararında Anayasanın 15. maddesi ile AİHS arasındaki paralelliğe vurgu yapmıştır.[58]

2. Ölçülülük İlkesine Uygun Hareket Edilmelidir

Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvurulan aracın, sınırlamanın amacını gerçekleştirebilmek için elverişli, gerekli olmasını, yeterli ve ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamasını ifade eder.[59] Öngörülen amaçlar veya nedenler

---

sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması." Madde 3: "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." Madde4: "1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz" Madde 7: "*1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.*" Ayrıntılı bilgi için bkz., M. Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, İstanbul, 1994, s. 29-36; Naz ÇAVUŞOĞLU, **İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994, s. 22.

[57] Mümtaz SOYSAL, "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987, s. 43-44; Mümtaz SOYSAL, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1986, s. 17. Kemal Gözler, düzenlemelerdeki benzerlikten dolayı, olağanüstü hal düzenlemelerinin Anayasanın 15. maddesine uygunluğunu araştırdıktan sonra bir kez de AİHS hükümlerine uygunluk açısından araştırma yapmanın gereksiz olduğunu ifade etmiştir. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 136.

[58] Örnek kararlar için bkz., 1990/25 E., 1991/1 T., Kt. 10.01.1991; 1991/6 E., 1991/20 K., KT. 03.07.1991, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, C.1, Sa. 27, s. 96-97; 394-395.

[59] Maddenin gerekçesi de, hak ve hürriyetlerin durdurulması veya bunlar için öngörüler güvencelere aykırı tedbirler getirilmesinde "durumun gerektirdiği ölçü içinde kalınacak", yani istisnada orantı korunacak denmektedir. SAĞLAM, 1984, s. 21-22; ÖZBUDUN, s. 114. AYM de, örnek iki kararında ölçülülük ilkesini "*…temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulan*

bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanamayacak, ya da başka bir meşru amaç istenmiş olsa bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olamayacak, başka bir değişle, amaç ve sınırlama orantısı korunacaktır. Ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve oranlılık şeklinde üç alt ilkeye ayrıldığı ileri sürülmüştür.[60]

Ölçülülük ilkesinin temeli olarak, Anayasanın 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz" hükmü gösterilmiştir.[61] Yine anılan ilkenin, Anayasanın "temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlığını taşıyan 15. maddesinden çıkarılabileceği de ileri sürülmüştür;[62] gerçekten de anılan maddede "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi yer almaktadır. Aslında ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olduğu da düşünülebilir.

3. 15. Maddenin İkinci Fıkrasında Sayılan Hak ve İlkelerden Oluşan Çekirdek Alana Dokunulmamalıdır

1982 Anayasası 15. maddesinin 2. fıkrası ile her koşulda mutlak olarak korunması gereken, "çekirdek alan" şeklinde nitelendirilebilecek olan hak ve prensipler öngörmüştür. Bunlar, savaş hukukuna uygun filler sonucunda meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşam hakkına ve maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulmaması, kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerine açıklamaya zorlanamaması ve bunlardan dolayı suçlanamaması, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi, suçluluğu mahkeme

---

aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması anlatılmak istenmektedir." şeklinde yorumlamıştır. Bkz., 1990/25 E., 1991/1 K., KT., 10.01.1991. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, C.1, Sa.27, s. 97; 1991/6 E., 1991/20 K., KT. 03.07.1991, C.1, Sa.27, s. 395.

[60] Ayrıntılı bilgi için bkz., Fazıl SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 110-118;Yavuz SABUNCU, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınları, Ankara, 1997, s. 47-48; Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 284-294. Aynı doğrultudaki örnek AYM kararı için bkz. 1998/50 E., 1989/27 K., KT., 23.06.1989, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, S.25, s. 313.

[61] Oktay UYGUN, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s. 163.

[62] ÖZBUDUN, s. 81.

kararı ile ispatlanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamamasıdır. Tüm bu haklar savaş hali de dâhil olmak üzere her zaman, herkes için ve her yerde koruma altındadır.[63] 1982 Anayasası uyarınca milletlerarası yükümlülükten doğan yükümlülükler ihlal edilmemek şartıyla ve ölçülülük ilkesine de aykırı olmamak koşuluyla, yukarıda belirtilen hak ve özgürlüklerin dışında kalan tüm hak ve özgürlüklerin kullanımı (örneğin, seyahat, basın, konut dokunulmazlığı) sınırlandırılabilecek, ya da bunların kullanımı kısmen veya tamamen durdurulabilecektir.

Yukarıdaki güvencelere karşın, sınırlamalara uyulup uyulmadığının yargısal denetimi, olağanüstü hal KHK'leri yasama organından geçmedikçe yapılamamaktadır. Hal böyle olunca, söz konusu KHK'ler üzerinde yapılabilecek tek denetim siyasi olmaktadır; siyasal denetimin yargısal denetimin yerine tutabileceği ise şüphelidir.[64] 2017 değişikliği ile birlikte, olağanüstü hal kararnamelerini anayasaya uygunluk denetimine tabi kılmadığından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenen sınırları ihlal edip etmediğini denetleyecek bir bir merci bulunmamaktadır.

F. Yargısal Denetim

Anayasamızın 91, ilga edilen 121, 122 ile 148/1. maddelerine ve yine 2949 sayılı AYM'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 19. maddeleri gereği, Olağanüstü Hal KHK'leri Yüksek Mahkemenin denetimi

[63] KABOĞLU, s. 248.

[64] Adnan GÜRİZ, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992, s. 57. Uygulamada siyasi denetim TBMM'nin olağanüstü hal KHK'sini ret, onay ve değiştirerek onay biçiminde kanun şeklinde yapmasıyla olmakta, haliyle ileriki aşamada da AYM'nin denetimi gelmektedir. Siyasi denetimin işleyebilmesi için olağanüstü durumlarda parlamentonun olağanüstü hal boyunca feshinin mümkün olmaması gerektiği, denetimin ancak bu şekilde fayda sağlayabileceği ileri sürülmüştür. Anayasamızda bu müessese yoktur. KUZU, s. 440. Ayrıca, özellikle yürütme organının yasama organından kaynaklandığı ve güvenine sahip olması gerektiği parlamenter rejimlerde, Meclisteki çoğunluk ile Bakanlar Kurulu aynı siyasi partiye dâhil olduğu takdirde, mevcut siyasal özdeşlik sebebiyle siyasi denetim de anlamsız kalabilecektir. SAĞLAM, s. 25. Ancak bu durum, olağanüstü dönem KHK'leri üzerinde hiçbir şekilde yargısal denetim yapılamayacağı anlamına da gelmez. AYM'nin en önemli görevlerinden birisi, önüne gelen işlemin hukuksal nitelendirilmesini yapmak olduğu için, Yüksek Mahkeme içtihatlar yolu ile olağanüstü dönem KHK'si olarak önüne gelen kararnameler üzerinde anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır. Bu konuya çalışmanın bir sonraki başlığında değineceğiz.

dışındadırlar;[65] bu konudaki tek denetim TBMM'nin denetimidir.[66] Anayasamızda olağanüstü hal rejimlerinin yürürlüğe girmesi, birbirini izleyen iki ayrı hukuki işlemle olmaktadır. Bunlardan birincisi, organik yönden idari işlem şeklinde nitelendirilebilecek olan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal ilanına ilişkin açıklaması, ikincisi ise bu kararın TBMM tarafından onaylanması hakkındaki yasama organı işlemidir.[67] Doktrinde, olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilanına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının, ilkin idari işlem olarak addedilebileceği, ancak ilgili kararın Resmi Gazetede yayımlanmasını müteakip (sıkıyönetim ilanı açısından aynı gün, olağanüstü hal ilanı yönünden hemen) TBMM'nin onayına sunulacak olması sebebiyle, yasama organının olağanüstü hali-sıkıyönetimi onaması ya da reddetmesi halinde, Bakanlar Kurulu kararının da ortadan kalkacak olması sebebiyle, hukuki işlemin artık idari yargının görev alanından çıktığı, bu nedenle yargısal denetimin Danıştay tarafından da yapılamayacağı ileri sürülmüştür. Çünkü, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı veya bunların yasama organınca onanması işlemlerinin konusu, yürürlükte olup uygulanmayan olağanüstü hal rejimi kanunlarını uygulanabilir hale getirmektir; dolayısıyla söz konusu işlemler şart işlem niteliğindedir.[68] Kişilerin hak ve özgürlüklerine ilişkin sınırlamalar olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilanı veya bunların onanması

[65] Bu yasak, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bülent TANÖR, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1990, s. 226; ÖZBUDUN, s. 242. Gözler ise, Anayasanın hukuk devleti ilkesine atıfta bulunan 2. maddesi ile, yargısal denetim yasağı getiren 148. maddenin aynı Anayasanın normları olduğunu, aralarında bu sebeple hiyerarşik ilişki bulunamayacağını, 148. maddenin olağanüstü durumlarda hukuk devleti ilkesini korumak için getirildiğini, bu sebeple de pozitivist anlayış gereği AYM'nin bu kararnameleri hiçbir şekilde denetlememesi gerektiği kanaatindedir. Kemal GÖZLER, **Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 212-230.

[66] Yasama organı bu kararnameleri hemen görüşmeli, sakıncaları varsa düzeltmelidir; onaylama işleminin ardından bu kararnameler biçim olarak diğer KHK'ler gibi kanuna dönüşeceğinden, bu kanunlar artık AYM'ce denetlenebilecektir; denetim yasağı onaydan önceki safha için konmuştur. ÖZBUDUN, 2013, s. 208-209.

[67] ÖZBUDUN, s. 368-369; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 381.

[68] ÖZBUDUN, s. 368-369; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku…, s. 381. Danıştay da, 1961 Anayasası uygulamasındaki kararlarında, sıkıyönetim ilanı hakkındaki Bakanlar Kurulu kararının yargısal denetimi talebini görevli olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz., 1970/839 E., 1970/442 K., KT. 03.07..1970, Danıştay Dava Daireleri Kurul Kararı. Ayrıca bkz., DURAN, Lütfi, "Türkiye'nin Siyasi Rejimi", **Yeni Gündem**, 16-31 Mayıs 1985; BİLGEN, s. 87.

işlemlerinden değil, olağanüstü hal rejimlerini düzenleyen kanunlardan kaynaklanmaktadır.[69] Olağanüstü hal yönetim usullerini düzenleyen 2935 Sayılı Kanun ile ilga edilen 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ise anayasaya uygunluk denetimi açısından haliyle AYM'nin denetimine tabidirler.

Anayasa Mahkemesi ise konuyla ilgili olarak geliştirdiği içtihadında, maddi kriteri esas almış ve bir olağanüstü hal kararnamesini Anayasa'nın 121. Maddesinde öngörülen kararname olup olmadığın yer, konu ve zaman bakımından incelemiştir. Yüksek Mahkeme oy çokluğu ile vermiş olduğu kararında, Anayasa'nın yargısal denetime tabi tutmadığı bir olağanüstü hal kararnamesini, bu nitelikte olup olmadığını incelemek ve Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorunda olduğunu ifade etmiş ve olağanüstü hal kararnamesinden söz edebilmek için, yer, zaman ve konu ölçütlerini ortaya koymuştur. AYM bu sayede, olağanüstü halin gerekli kıldığı konuya veya yere ilişkin olmayan kararnameleri, olağanüstü hal kararnamesi niteliğinde görmeyerek, Anayasa'nın 148. Maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını aşarak yargısal denetime tabi tutmuştur.[70] Yüksek Mahkeme yakın tarihte verdiği bir kararında ise bizce de haklı bir şekilde, olağanüstü dönemde çıkarılan KHK'leri denetlemeye yetkisi olmadığına hükmetmiştir.[71]

1. Konu Unsuru Yönünden

AYM, olağanüstü halin amacını ve sınırlarını aşan KHK'lerin olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirilemeyeceklerini öngörerek[72] Anayasa uygunluk denetimi yapmıştır.[73] AYM, hangi tür kuralların olağanüstü hal KHK'si

[69] ÖZBUDUN, s. 370.

[70] Örnek karar için bkz., 10.01.2003 tarih ve 2003/82 E., 2003/42 sayılı karar.

[71] Bkz., 02.01.2016 tarih, 2016/171 E., 2016/164 sayılı karar.

[72] Kazım YENİCE, "Meclis Başkanı'na ve Milletvekillerine Düşen Görev", **Cumhuriyet Gazetesi**, 12.07.1990.

[73] Yüksek Mahkeme, önüne gelen hukuki işlemin görev alanına girip girmediğini belirlerken, meydana getirilen metin veya belgenin oluşturulmasında uygulanan yöntem (usul) kadar, içeriğinin niteliği, değer ve etkisi üzerinde de durulması gerektiğine vurgu yaparak, metin veya belgenin bu yönlerden Anayasaya uygunluk denetimine tabi olan işlemler ile eşdeğer olması halinde, 148. maddeyi bir engel olarak görmemekte ve yargısal denetim yapmaktadır. AYM, olağanüstü hal KHK'leri ile ilgili olarak 424, 425 ve 430 sayılı KHK'ler ile ilgili olarak iki önemli karar vermiş ve ilkeler getirerek 148. maddeyi nasıl yorumladığını göstermiştir. Yüksek

olarak nitelendirilebileceğini şu şekilde saptamaktadır: İlk olarak Yüksek Mahkeme, olağanüstü hallerde çıkarılabilecek KHK'lerde konu sınırlaması olmadığını belirtmekte, ancak kararnamelere ilişkin düzenleme alanının sınırsız olmadığın altını çizmektedir. AYM'ye göre, olağanüstü hal KHK'si ile ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda düzenleme yapılabilecektir. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular da, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. Olağanüstü halin nedeni şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır; amacı ise neden öğesiyle kaynaşmıştır. Bir başka değişle, olağanüstü hal gerektiren nedenler oluştuğunda amaç öğesi de gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durumda da olağanüstü hal KHK'leri olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmalıdır; kararnameler bu nitelikte değilse Anayasaya uygunluk denetimi yapılabilir.[74]

Mahkemeye göre "*…Anayasa Mahkemesi Anayasaya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi "olağanüstü hal KHK'si" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir "olağanüstü hal KHK'si" niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasaya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasanın 148. Maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.*" Anayasamızda temel hak ve özgürlüklerin genişletici, güvencelerini artırıcı çok sayıda değişiklik yapılmış olmasına rağmen, 148. maddede öngörülen denetim yasağının kaldırılmamasında AYM'nin 1991'den başlayan, olağanüstü dönem KHK'leri konusunda geliştirdiği içtihadın etkisi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Merih ÖDEN, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.58, S.3, 2009, s. 661. Bkz., 1990/22 E., 1990/1 K., KT. 10.01.1991, 05.03.1992 tarih, 21162 sayılı Resmi Gazete, s. 42; İsmail KÖKÜSARI, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 63-64. İlgili ilk örnek kararlar için kz., 1979/22 E., 1979/45 K., KT., 18.12.1979, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sa. 17, s. 365-366; 1977/6 E., 1977/14 K., KT., 22.02.1977; **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sa. 15, s. 186; 1976/6 E., 1968/9 K., KT., 27.02.1968, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sa. 6, s. 126.

[74] Yüksek Mahkemeye göre bu nitelikleri taşımayan KHK'ler, olağanüstü hal KHK'leri olarak değil, olağan KHK şeklinde nitelenmelidirler ve bir yetki yasasına da dayanmadıkları için iptalleri gerekir. Bkz., 1990/22 E., 1990/1 K., KT. 10.01.1991, KT. 10.01.1991, 05.03.1992 tarih, 21162 sayılı Resmi Gazete.

Hukuksal işlemin konusunu, bu işlemin içerdiği veya meydana getirdiği hukuksal durum veya sonuç oluşturur. Olağanüstü hal KHK'leri, olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince, söz konusu hallerin gerekli kıldığı süjelerle ilgili olarak çıkarılabilir; olağanüstü halin gerekli kıldığı konuların dışındaki durumlar kararname ile düzenlenemez.[75] Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular ise, olağanüstü halin neden ve amaç unsurlarıyla ilişkilidir ki, bu da Anayasada şiddet olaylarının yaygınlaşması, kamu düzeninin bozulması gibi, ayrıca sadece bunlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiştir. Dolayısıyla, olağanüstü halin varlığını gerektiren haller tespit edildiğinde, amaç unsuru da var olmaktadır.[76] Olağanüstü hal KHK'leri, ancak olağanüstü halin nedenleri ve amacıyla sınırlı şekilde çıkarılabilecektir.

Olağanüstü hal KHK'leri, olağan dönem KHK'leri gibi Anayasada yer alan konu sınırlamasına tabi değildir. Ancak, her ne kadar temel haklar, kişi hak ve ödevleri, siyasi haklar, ödevler bu tür KHK'ler ile düzenlenebilse de, Anayasanın 121. maddesinin 2 fıkrası uyarınca (olağanüstü hal kanununa atıf yapılmaktadır), yasa koyucunun, kanunla saptanmış bir sistem çerçevesinde "olağanüstü halin gerekli kılığı konularda ve 15. maddedeki sınırlama ilkeleri doğrultusunda" uygulamaya yönelik KHK'lerin çıkarılmasını amaçladığı söylenebilir. Kısaca Anayasamız, olağan anayasal düzenin dışında hangi olağandışı rejimlerin kurulabileceğini tespit etmiş ve bunların statülerinin kanunla düzenlenmesini hüküm altına almıştır;[77] Yasama organı, sayılan bu olağanüstü yönetim usulleri dışında bir başka farklı rejim oluşturamaz.[78]

Anayasanın ilga edilen 121. maddesinin 2. ve 3. fıkraları incelendiğinde, olağanüstü hal durumlarında kişi hak ve özgürlüklerinin ancak anılan maddedeki usul ile sınırlandırılabileceği anlaşılmaktadır. Olağanüstü hal

[75] Örnek AYM kararı için bkz., 1986/18 E., 1986/24 K., KT., 9.10.1986, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sa.22, s. 264.

[76] ONAR, 1996, s. 1502.

[77] Kaldı ki aksi düzenlemeler, Anayasanın 6. maddesinde yer alan "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*" şeklindeki düzenleme ile, yine 7. maddede yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Çünkü böyle bir durumda, yasama organı tarafından yapılması gereken bir işlem yürütme organı tarafından yapılmış olacak, 11. maddede yer alan, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi göz ardı edilmiş olacaktır. TURHAN, 1996, s. 27.

[78] Lütfi DURAN, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988, s. 66.

KHK'leri sadece olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılabileceğinden, söz konusu kararnamelerle, Anayasa uyarınca çıkarılmış olan olağanüstü hal kanununda değişiklik yapılamaması gerekir. Olağanüstü hal kanunu tüm ülke için yürürlükte olan, genel nitelikte bir kanundur. Çıkarılan olağanüstü hal KHK'si ile ancak, olağanüstü halin geçerli kıldığı konularda somut tedbirler alınabilecektir; dolayısıyla olağanüstü hal ilan edilen bölgenin dışına taşan düzenlemeler kararname ile değil, olağanüstü hal kanunu ile yapılabilir; olağanüstü hal KHK'si adı altında, olağanüstü hal bölgesinin dışına taşan düzenlemelerin iptal edilmesi gerekir.[79] Kanaatimizce AYM, önüne gelen bir olağanüstü dönem KHK'sini esas yönünden incelemeye yetkili değildir. Tabii ki AYM, önüne gelen metnin adıyla bağlı değildir; ancak uygulamada Yüksek Mahkemenin önüne gelen bu kararnameler, şekil ve usul olarak bir olağanüstü hal KHK'si biçiminde (adı altında) gelmektedir. Dolayısıyla iptal talepleri, 148. madde uyarınca yetkisizlikle geri çevrilmelidir.[80]

Kararnamelerin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılıp çıkarılmadığı, denetlenmesi üzerinde durulması gereken bir husustur. AYM böyle bir denetim yapabileceği takdirde hangi kıstasları dikkate almalıdır? Yüksek Mahkeme 1961 Anayasası döneminde sıkıyönetim ilanına ilişkin kararı, maddi bakımdan bir kanun niteliğinde addetmeye veya bu yönde bir işlem saymaya, ya da içtüzük hükmü gibi kabul etmeye imkân olmadığı gerekçesiyle denetlemekten kaçınmıştır.[81]

[79] TURHAN, 1996, s. 28.

[80] Nitekim AYM 15 Temmuz darbe girişimi sonrası çıkarılan 668 ve 669 sayılı olağanüstü dönem KHK'lerinin iptali istemini yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir. Bkz., 2016/166 E., 2016/159 K., KT. 12.10.2016, 04.11.2016 tarih ve 29878 sayılı Resmi Gazete.

[81] 1970/44 E., 1970/42 K., KT. 17.11.1970, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, Sa. 8, s. 448-449. Mehmet Turhan, özellikle "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda", KHK'ler ile özgürlükler sınırlandırılırken ABD Yüksek Mahkemesinin, düşünceyi sınırlama özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda geliştirdiği testlerden biri olan "açık ve yakın tehlike" testinin kullanılabileceğini düşürmektedir. Bu doğrultuda, düşünceyi açıklamayı açıklamanın cezalandırılabilmesi için dört koşul öngörülmektedir. İlkin, düşüncenin açıklandığı koşulların potansiyel bir tehlike taşıması gerekir. İkinci olarak korkulan zararın aşırı derecede ciddi olması, üçüncü olarak da bu zararın gerçekleşme ihtimalinin kabul edilebilir bir biçimde yüksek olması gerekmektedir. Son şart ise tehlikenin gerçekleşme (yakınlık) derecesinin yüksek olmasıdır. Bu koşullar ortaya çıkmadan olağanüstü hal KHK'leri ile özgürlükleri sınırlandırmanın Anayasamızın sözünü ettiği "olağanüstü halin gerekli kılığı konular" koşulunu taşımayacağını ve bu sebeple, söz konusu düzenlemenin bir olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirilemeyecek olması nedeniyle yargısal denetimin yapılabileceğini

2017 değişikliği ile birlikte savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması durumu hariç olmak üzere, olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde yasama organı tarafından görüşülerek karara bağlanacak, aksi halde kararname kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Mevcut sistem olağanüstü hal kararnamelerini anayasaya uygunluk denetimine tabi kılmadığından, olağanüstü halin gerekli kıldığı konu hakkında olup olmadığını denetleyecek bir merci kalmamaktadır.

2. Yer ve Süre Unsuru Yönünden

1982 Anayasasında olağanüstü yönetim usulleri, hem süre hem de yer bakımından sınırlandırılmıştır.[82] Anayasamızın ilga edilen 120. maddesinde sayılan şartların gerçekleşmesi durumunda, olağanüstü hal süresi altı ayı geçmemek üzere, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde ya da bütününde ilan edilebilecektir. Dolayısıyla olağanüstü hal ülkenin sadece bir bölümünde ilan edilmiş ise, KHK ile yapılan düzenlemelerin de bu bölgelerin dışına taşmaması gerekir; bu koşullar gerçekleşmeden Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun çıkaracağı KHK'ler, olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirilemez.[83] Olağanüstü hal için kabul edilen kuralların, olağanüstü hal dışındaki bölgelerde uygulanması ancak kanun ile gerçekleşebilir. Fakat bu durumda da söz konusu kanun Anayasaya aykırı olacaktır; çünkü Anayasamız olağanüstü hal kurallarının olağanüstü hal bölgesi dışında uygulanmasını yasaklamıştır; kaldı ki söz konusu kanun AYM tarafından da denetlenebilecektir.

Anayasamız KHK'lerin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılmasını öngörerek, kararnamelerin olağanüstü hal bölgesi ile sınırlı olması gerektiğini kabul etmiştir.[84] Aksi halin kabulü, Anayasanın 6. maddesinde düzenlenen "*Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir*

savunmaktadır. Olağanüstü halin ilan edilmediği bölgelerde ise haliyle bu şartların gerçekleşmediği kabul edilmelidir. TURHAN, 1992, s. 29-30.

[82] ONAR, 1996, s. 1501.

[83] TURHAN, 1996, s. 30.

[84] Turgut TAN, "Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, C.17, Sa. 4, 1994, s. 45-47. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun Danışma Meclisindeki görüşmeler incelendiğinde de, KHK'lerin sadece o olaya münhasır ve olağanüstü hal ilanını gerektiren nedenler dikkate alınarak, o nedenlerin ortadan kaldırılması amacına yönelik olarak çıkarılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bkz., **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C.21, b.797-798.

Devlet yetkisi kullanamaz." hükmüne aykırı olacaktır; dolayısıyla olağanüstü hal KHK'leri ile olağanüstü hal ilan edilmeyen bölgelerde kişi hak ve özgürlükleri kısıtlanamaz. Anayasanın 13. Maddesi lâfzî yorumlandığı takdirde, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği düşünülebilir; ancak getirilen istisna dikkate alındığında, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin ilan edilmesi koşuluyla, KHK'lere konu yönünden de bir kısıtlama getirilmediği anlaşılmaktadır.[85]

Anayasanın ilga 121 ve 122. maddelerine uygun biçimde çıkarılan KHK'lerle tüm ülke için geçerli olan kanunlarda değişiklik yapılamaz; çünkü olağan üstü haller olağanüstü halin gerekli kıldığı konu ile olduğu gibi, süre ile de sınırlıdır. Olağanüstühal KHK ile ülkenin tümünde geçerli olan olağanüstü hal kanununda da değişiklik yapılamaz. Dolayısıyla, bir kararnamenin olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirilebilmesi için, olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda ve olağanüstü hal ilan edilmiş olan yerlerde uygulanmak üzere çıkarılmış olması gereklidir.[86] Ayrıca olağanüstü dönem KHK'leri ile, Anayasada belirtilen düzenlemeler aşılarak sadece yasama organının yapmaya yetkili olduğu işlemler de yapılamaz.[87]

2017 Anayasa değişikliği ile birlikte Anayasanın 119. Maddesi uyarınca ancak altı aylık bir süre için olağanüstü hal ilan edilebilecektir.[88] TBMM bu süreyi değiştirebileceği gibi, olağanüstü hali kaldırma yetkisine de haiz olmuş-

---

[85] AYM de aynı doğrultuda karar vermiştir. Bkz.,1988/64 E., 1990/2 K., KT., 01.02.1990, 21.04.1990 tarih, 20499 sayılı Resmi Gazete.

[86] TURHAN, 1996, s. 32.

[87] Lütfi Duran, bu tür işlemler için yokluk müeyyidesinin uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Bkz., **Cumhuriyet Gazetesi**, 07.01.1991. Anayasa yargısında yokluk kavramı için bkz., Fatih ÖZKUL, Anayasaya Uygunluk Denetiminin Amacı Kapsamında, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği İlkesinin, Anayasa Yargısında "Yürürlüğü Durdurma" ve "Yokluk" Kavramlarının Değerlendirilmesi, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Ankara, 2015, s. 414-421.

[88] AYM de, olağanüstü yönetimlerin belirli bir süreyle sınırlı olduğunu ve bu sürenin de ancak altı ay olabileceğini vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'ler, bu hallerin ilan edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü hal sona erdiği takdirde, olağanüstü hal KHK'sindeki kuralların uygulanmasına devam edilemez. Olağanüstü hal KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü halin sonrasında da uygulanması isteniyorsa, bu konuda yeni bir yasa yapılmalıdır. Çünkü, olağanüstü halin sona ermesinde sonra da uygulanması istenilen kuralların içeriği,

tur. 2017 Anayasa değişikliği, olağanüstü hal kararnamelerinin anayasaya uygunluk denetimine tabi olacaklarına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

SONUÇ

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanunla düzenlenme alanı konu yönünden sınırlandırılmamış olup, Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla her alanda düzenleme yapılabilir. Genellik ilkesi TBMM'nin önündeki konuyu istediği ayrıntıda düzenleyebilme yetkisini de içerir. Yasama yetkisinin ilkelliği ise, konunun doğrudan doğruya ve arada herhangi bir işlem olmaksızın düzenlenebilmesini ifade eder ki, bu hususlarda yasama ile yürütme fonksiyonları arasındaki temel farkı ortaya çıkarır. Yürütme organının olağan dönemlerde yaptığı işlemler, kanundan kaynaklanan (secundum legem), kanuna dayanan işlemlerdir. Yürütme organının kanunları uygulamakla sınırlı olmayan, kaynağını doğrudan anayasadan alan, asli düzenleme yetkisine dayanan işlemleri de vardır; olağanüstü hal KHK'leri bunlardan birisidir. Bu istisnai işlemin yapılmasında yürütme organı yasamadan ayrı olarak bizzat yetki kullanmaktadır.

Özgürlükler, anayasal düzenin düşmanları ve bu düzeni yıkmak isteyenler tarafından talep edildiklerinde karmaşık ve zor sorunları da beraberinde getirmektedir. Söz konusu problemlerin salt hukukla aşılabileceğini düşünmek fazla iyimserlik olmakla birlikte, elbette ki bu süreçte hukukun söyleyebileceği pek çok şey bulunmaktadır. Demokratik bir hukuk devletinde esas olan özgürlükleri korumaktır; ancak öyle olaylar gerçekleşebilir ki söz konusu özgürlükleri koruyacak olan devletin varlığı veya istikrarı tehlikeye girebilir. Dolayısıyla, olağanüstü dönemlerde çıkarılan KHK'ler her ne kadar eleştirilseler de, yürütme organının bu dönemlerde çabuk çözüm getirmesi, tehlikeyi bertaraf edebilmesi için bu tür düzenlemelere ihtiyacı vardır. Bu rejimlerde eğer yürütme organı kendisine aşırı güç kazandırarak keyfi davranışlar içerisine girerse, olağanüstü KHK'ler yarardan çok zarar getirebilir. Bu sorun yürütme organının çözüme odaklı politikaları ve yöneticilerin bu yoldaki kararlı iradeleri ile bertaraf edilebilir. Olağanüstü hale sebep olan gelişmeler biter bitmez, bu dönemde kullanılan istisnai yetkiler ve uygulamalar da terk edilmelidir; bu şekilde kuruma olan ihtiyaç da kamuoyu tarafından daha iyi anlaşılabilecektir.

olağanüstü halin gerekli kıldığı konular olmayacaklardır. Bkz., 1990/25 E., 1991/1 K., KT. 10.01.1991, 05.003.1992 sayılı Resmi Gazete, s. 42.

Ülkemizde olağanüstü hallere ilişkin yönetim usulleri 1921 Anayasa'sı hariç diğer Anayasalarımızın hepsinde teorik de olsa yer bulmuştur. 1876 ve 1924 Anayasalarının 86. maddeleri, 1961 Anayasası'nın 123 ve 124. maddeleri olağanüstü yönetim usulleri ile ilgilidir. En ayrıntılı düzenleme ise 2017 değişikliği öncesi 119, 120 ve 122. Maddeler ile değişiklik sonrası 119. Maddede olmak üzere 1982 Anayasası'nda yer almaktadır. 1982 Anayasası'nda olağanüstü yönetime ilişkin düzenlemelerin hukuka aykırılığını denetleyebilecek bir mekanizma bulunmaması sebebiyle, karşımıza AİHS ile bağlantılı güvenceler çıkmaktadır.

1982 Anayasası hükümleri uyarınca olağanüstü dönem KHK'lerinin AYM denetimine tabi olmaması gerekir; bu doğrultuda yapılan denetim her halükarda Anayasaya aykırı olacaktır. Olağanüstü hal ilanını gerektiren nedenlerin mevcut olup olmadığının veya alınan tedbirlerin devleti tehlikeden kurtarmaya yönelik olup olmadığının denetlenmesi sadece yargı organına bırakılmamalıdır; çünkü bu tip tasarruflar muhtevalarında siyasal içerik taşıdıkları için, yargı organları da ister istemez yerindelik denetimi yapmak zorunda kalacaktır; kaldı ki böyle bir kabulün bizzat yargı erkini de yıpratabileceği göz ardı edilmemelidir. Yargı organının denetimine bırakılacak olan konular, siyasi organları ilgilendirmeyen uygulamaya yönelik işlemler olmalıdır.

Son olarak, 1982 Anayasası birçok değişikliğe uğramış olmasına karşın, toplumsal gelişmelerin gerisinde kaldığı gerekçesiyle sürekli eleştirilmekte ve neredeyse son yirmi yıldır yeni bir anayasa yapımı gündemimizden hiç düşmemektedir. Konumuz açısından AYM, Anayasanın 153. maddesine aykırı kararlar alabilmektedir, Yeni bir Anayasada AYM'nin görev alanının yeniden ve net bir şekilde düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ABADAN, Yavuz: **Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.

ABADAN, Yavuz: **Devlet Felsefesi (Seçilmiş Okuma Parçaları)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1959.

ALDER, John: **Constitutional & Administrative Law**, Second Edition, Macmillan, UK, 1994.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", **Anayasa Yargısı**, C. 9. (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa yargisi/anyarg9/aliefendi.pdf., erişim: 13/07/2016)

ALPAR, Erol: "Olağanüstü Haller", **Amme İdaresi Dergisi**, C.22, Sa. 4, Aralık 1989.

ARIKAN, Cengiz: **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ATAR, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2007, s. 243.

ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

BİLGEN, Pertev: **1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976.

ÇAVUŞOĞLU, Naz: **İnsan hakları Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994.

ÇELİK, Cemil **Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

DAVER, Bülent: **İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hal Rejimleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1961.

DEMİRKOL, Ferman: **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku)**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2011.

DERDİMAN, R. Cengiz: "Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler" Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, **Prof. Dr. Oral Sender'e Armağan**, C.51, Sa. 1-4, Ankara, 1996.

DERDİMAN, R. Cengiz: **Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı**, Alfa Yayınları, Bursa, 2003.

DURAN, Lütfi: "Türkiye'nin Siyasi Rejimi", **Yeni Gündem**, 16-31 Mayıs 1985.

DURAN, Lütfi: "Bunalım Kararnameleri"**Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.50, Sa. 3, Ankara, 1995.

DURAN, Lütfi **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988.

ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Aralık 2011.

EROĞUL, Cem: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.54, Sa. 4.

ESEN, Selin: **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara.

FRIEDRICH, Carl: **Constitutional Government and Democracy**, Gin and Company, 1950.

FRIEDRICH, Carl J.: **Limited Government**, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall. Inc., 1974.

GEMALMAZ, M. Semih: **Ulusalüstü ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, İstanbul, 1994.

GÖREN, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

GÖZLER, Kemal: **Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2004.

GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.

GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004.

GÜNDAY, Metin: "Metin Günday'ın Yorumu", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1986.

GÜRİZ, Adnan **Hukuk Başlangıcı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2009.

KANTAR, Erol: **Kanun Hükmünde Kararname**, Ankara, 1976.

KARAHANOĞULLARI, Onur: "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.52, Sa. 1.

KİLİ, Suna / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Sened'i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.

KÖKÜSARI, İsmail: **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

KUZU, Burhan: **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1993.

OKANDAN, Recai G. **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.

ONAR, S. Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1996.

ÖDEN, Merih "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanan Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.58, S.3, 2009.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

ÖZEK, Çetin: "Yumuşatma Değil, Aldatmaca", **Cumhuriyet Gazetesi**, 22.05.1990.

ÖZKUL, Fatih Anayasaya Uygunluk Denetiminin Amacı Kapsamında, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği İlkesinin, Anayasa Yargısında "Yürürlüğü Durdurma" ve "Yokluk" Kavramlarının Değerlendirilmesi, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Ankara, 2015.

RADİN, Max "Martial Law and State of Siege", **Californrnia Law Rewiew**, V.390, 1942.

RAPPARD, William E: **The Crisis of Democracy**, Chicago, 1976.

ROSSITER, Clinton. L: **Constitutional Dictatorship**, Princeton University Press, New Jersey, 1948.

SABUNCU, Yavuz: **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınları, Ankara, 1997

SAĞLAM, Fazıl: "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamasından Doğabilecek Sorunlar", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1984.

SAĞLAM, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

SCHMITT, Carl **Siyasi İlahiyat**, Dost Yayınları, Ankara, 2010.

SOYSAL, Mümtaz : "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1986.

SOYSAL, Mümtaz: **Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.

SOYSAL, Mümtaz: "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1987.

STORER, Colin: **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.

TAN, Turgut: "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986.

TAN, Turgut: "Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, C.17, Sa. 4, 1994.

TANİLLİ, Server: **Devlet ve Demokrasi**, Say Yayınları, İstanbul, 1982.

TANÖR, Bülent **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1990.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

TANÖR, Bülent: "Sıkıyönetim", **Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi**, C.4, İletişim Yayınları, İstanbul, tarihsiz.

TERZİOĞLU, Sırrı: **Anayasa Hukuku**, Karahan Kitabevi, Adana, 2011.

TEZİÇ, Erdoğan **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent: **Türk Anayasa Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2009.

TURHAN, Mehmet: "Olağanüstü Hallerde Çıkartılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, S.25, Sa., 3, 1992.

UYGUN, Oktay: **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996.

YENİCE, Kazım: "Meclis Başkanı'na ve Milletvekillerine Düşen Görev", **Cumhuriyet Gazetesi**, 12.07.1990.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993.

ZABUNOĞLU, Yahya, K.: "Anayasa ve Kararname", **Cumhuriyet Gazetesi**, 21.04.1990.

Makaleler

Articles

CHP'nin İş Bankası Hisselerinin Hazineye Devrine İlişkin Bir Kanunun Fonksiyon Gaspıyla Yok Hükümünde Olması ve Tespiti

Bülent Hayri ACAR*

GİRİŞ

Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı, üçüncü kez[1], Atatürk'ün vasiyetnamesiyle Cumhuriyet Halk Partisi'ne bıraktığı İş Bankası hisselerinin bir kanunla Hazineye devredileceğini söylemiştir[2]. İktidarın belirtilen kanunu çıkarmaya çalışması, ülkedeki Anayasa dışı, siyasi amacına ulaşmak için Anayasayı ayak bağı gören keyfi uygulamalardan birisidir[3].

---

* Avukat Dr.

[1] İlk açıklama, 13.10.2018 tarihli konuşma, www.hurriyet.com.tr erişim 20.05.2020. İkinci açıklama, 15.02.2020 tarihli konuşma, www.sozcu.com.tr erişim 20.05.2020. Üçüncü açıklama, 14.05.2020 tarihli konuşma, Gizem Karakış'ın haber yazısı, www.hurriyet.com.tr erişim 20.05.2020.

[2] 05.02.2019 tarihli konuşma, www.sozcu.com.tr erişim 26.02.2020.

[3] "Anayasayı uygulamaya yetkili kılınan diğer organlar bazen anayasa kurallarını, sınırlı yetkilerinin kaynağı olarak değil de, egemenlik ilkesinin sınırsız kullanımında

Cumhuriyet Halk Partisi'nin İş Bankası hisseleri, önce de 6195 sayılı Kanunla Hazineye devredilmiştir. Bu Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararında, yasama organının yargıya ait yetkiyi kullandığını ve Anayasa dışı bir tasarrufta bulunduğunu açıklamıştır.

Yasamanın, yargının alanına giren bir konuda kanun çıkarması, fonksiyon gaspıdır ve yoklukla sakattır. Anayasa Mahkemesi, anılan kararında, yasama organının Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetki kullandığı tespitine karşın, kanunun yokluğunun tespitine değil iptaline karar vermiştir.

Hukuki işlemlerde yokluk ve iptal edilebilirlik, nitelik ve sonuçlarıyla farklıdır. Bir kanunun iptalinde, yasama organının Anayasa'dan kaynaklanan yetkisi bulunduğu, ancak, işlemin kurucu olmayan unsurlarında hukuka aykırılık olduğunun kabulü söz konusudur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin, tespit hükmüne aykırı iptal kararı, hukukun genel ilkelerine ve Anayasa'ya aykırıdır. Bu incelemede, Cumhuriyet Halk Partisi'nin İş Bankası hisselerinin kanunla Hazineye devrinin geçerliliği ve sonuçları, yukarıda belirtilen fonksiyon gaspı ve sonuçları temelinde ele alınacaktır.

1. VASİYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ATATÜRK'ÜN VASİYETİNİN KANUNLA BOZULMASI GİRİŞİMLERİ

A) Miras hakkı ve vasiyetname ile ilgili genel bilgi

"Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir" (AY 35/I). Miras hakkı, anayasal mülkiyet hakkının ayrılmaz parçasıdır. Bu anayasal hakla, Devletin ölenin mallarına el koyması yasaklanmış, mirasın özel hukuka göre kişilere geçmesi güvenceye alınmıştır. Kanunla, mirasın, özel hukuka göre aktarılmasının engellenmesi, mülkiyet hakkının ihlalini oluşturur[4]. Miras hakkı, miras bırakmak ve mirasçı olmak haklarını kapsar.

"Mirasbırakan, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta

---

istenmeyen bir sınır olarak görmektedir" (RUMPF, Christian: Türk Anayasa Hukukuna Giriş, (Çev. Burak Oder), Ankara 1995, s.79).

[4] Devletin, bir kanunla, kendisini tek mirasçı olarak saptaması ve ölenin malvarlığının kanunen veya ölüme bağlı tasarrufla kişilere devrinin yasaklanması, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı düşer. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1978, s. 9.

bulunabilir" (MK 514/I)[5]. "Vasiyetname, bir taraflı ölüme bağlı bir hukuki muamele olup, varması gerekli olmayan bir irade beyanını ifade eder"[6]. Vasiyet alacaklısının, vasiyet borçlusundan şeyin kendisine bırakılmasına ilişkin kişisel istem hakkı (alacak hakkı) vardır. Bu istemin yerine getirilmesiyle, o şey üzerinde hak sahibi olur.

Vasiyetname, miras bırakanın ölümüyle birlikte, sulh yargıcına teslim olunur (MK 596/I). Sulh yargıcı, vasiyetnameyi ilgililerine bildirir. Bu bildirimden itibaren bir ay içinde vasiyetnameye itiraz edilmezse, lehine tasarrufta bulunulan kimse, mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğuna ilişkin mirasçılık belgesine hak kazanır (MK 598/II). **Vasiyetname, hukuki bir işlemdir ve ilgilileri arasında hukuki sonuçlar meydana getirir.** Anılan yasal sürede itiraza uğramayan veya itirazı reddedilen vasiyetname, ilgililerini bağlar. Vasiyetnamenin bağlayıcılığı, yargıç kararıyla iptaline veya hükümsüzlüğüne karar verilmedikçe, şekli ve maddi anlamda tartışılamaması, hukuki sonuçlarını meydana getirmesi ve korunmasıdır.

B) Atatürk'ün vasiyetnamesinin bozulması girişimleri ve bir vasiyetnamenin bozulması usulleri

Atatürk, el yazısıyla hazırladığı vasiyetnamesini, 06.10.1938 günü, İstanbul 6. Noteri İsmail Kunter'e teslim etmiştir[7]. Atatürk'ün ölümü üzerine, 28.11.1938 günü Ankara 3. Sulh Hukuk Hakimliği'nde vasiyetname açılmıştır[8]. Vasiyetnameye itiraz edilmemiş[9] ve hükümleri yerine getirilerek uygulanmıştır. Atatürk, İş Bankası'ndaki % 28.09 oranındaki hisselerini, belirlediği koşullarla Cumhuriyet Halk Partisi'ne bırakmıştır[10].

---

[5] "Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili koşul veya yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir" (MK 515/I).

[6] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 127.

[7] "Hasan Rıza Soyak ve Dr. Neşet Ömer İrdelp'in tanıklığıyla bir tutanak tuttu. Vasiyetname resmileşti." (ÖYMEN, Altan: Atatürk'ün vasiyeti, Radikal 02.03.2006, www.radikal.com.tr erişim 17.02.2020).

[8] ÖYMEN, Atatürk'ün vasiyeti.

[9] Atatürk'ün tek mirasçısı Makbule Soydan, mahkemeye vasiyetnameye itirazı olmadığını bir dilekçeyle bildirmiştir. Bkz. Atatürk'ün vasiyeti nasıl açıldı, www.odatv.com.tr erişim 17.02.2020.

[10] 05.09.1938 tarihli Vasiyetnameye göre, "Malik olduğum bütün nukut ve hisse senetleriyle Çankaya'daki menkul ve gayrimenkul emvalimi Cumhuriyet Halk

İş Bankası'ndaki CHP hisselerinin Hazineye devredilmek istenmesi yeni bir konu değildir. CHP hisselerine ilk el atma, Demokrat Parti döneminde 6195 sayılı Kanunla yapılmış ve partinin diğer mallarıyla birlikte bu hisselerde Hazineye devredilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 tarihli kararıyla anılan Kanun iptal edilmiş, diğer mallarla birlikte İş Bankası hisseleri partiye geri verilmiştir. İkinci el atma, Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan 2533 sayılı Kanunla, tüm siyasal partilerle birlikte CHP'nin feshedilmesi ve tüm mallarının Hazineye devriyle gerçekleşmiştir. 3821 sayılı Kanunla, 2533 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, feshedilen partilerin Hazineye devredilen hisse senetleri ile tüm malvarlığı partilere geri verilmiştir[11].

Diğer yandan, ölüme bağlı tasarrufların (vasiyetname, miras sözleşmesi), hükümsüzlüğü[12], iptal ve tenkisi ile ilgili davalar, adli yargıda asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir. Kanun, iptal nedenlerini göstermiştir (MK 557)[13]. İptal kararı, bozucu yenilik doğuran bir karardır ve mirasın açıldığı andan itibaren geçmişe etkili sonuçlar doğurur[14]. Bu hükümsüzlük, iptal değil, olumsuz belirleme davasının konusudur ve süreye bağlı değildir. Hükümsüzlüğü tespit hükmü, yenilik doğurucu değil, bildirici hükümdür.

2. YASAMANIN YARGININ İŞLERİNE YETKİSİZ EL ATMASININ FONKSİYON GASPI OLUŞTURMASI

A) Hukuk devletinde egemenlik, yetki ve kuvvetler ayrılığına genel bakış

Partisi'ne atideki şartlarla terk ve vaziyet ediyorum: 1. Nukut ve hisse senetleri, şimdiki gibi, İş Bankası tarafından nemalandırılacaktır. .. 6. Her sene nemadan mütebaki miktar yarı yarıya, Türk Tarih ve Dil Kurumlarına tahsis edilecektir" (Atatürk'ün vasiyeti, www.ttk.gov.tr erişim 17.02.2020).

[11] Bu vasiyetnameye karşı bir girişim de, bizzat Cumhuriyet Halk Partisi'nden gelmiştir. "Atatürk'ün vasiyetine karşın edinimlere sebep olma amacıyla CHP Genel Başkanı Bülent Ecevit'in açtırdığı dava olumsuz sonuçlanmış, hukuksal yolların bu isteğe kapalı olduğu bir kez daha anlaşılmıştır" (ÖZDEN, Yekta Güngör: Atatürk'ün vasiyeti, Sözcü, 02.03.2020)

[12] Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü, yokluk, kesin hükümsüzlük ve kendiliğinden hükümsüz kalma şeklinde gerçekleşebilir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 339).

[13] İptal davası, hukuki yararı olan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilir (MK 558/I). İptal davası açma süreleri, hak düşürücü sürelerdir. Bu sürelerin geçmesiyle birlikte, iptal davası açma hakkı düşer (MK 559).

[14] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 341.

Türkiye Cumhuriyeti, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir (AY 2). Anayasa, temel hukuk kurallarıdır (AY 11/I). Genel kabule göre, devletin unsurlarından birisi (diğerleri ülke, insan unsuru), devlet kudreti[15] denilen, devletin hukuki kişiliğini oluşturan egemen ve üstün iktidardır (egemenlik unsuru). Egemenlik, devletin üstün ve egemen iktidarı değil, bu iktidarın bir niteliğidir[16], tek[17] ve bölünmezdir[18]. Anayasa, 6. maddesinde, egemenliği düzenlemiştir[19].

Anayasa, egemenliği, Türk Milleti adına kullanacak yetkili organları, yasama, yürütme, yargı olarak belirlemiştir (AY 7, 8, 9). Kuvvetler ayrılığı[20], demokrasinin ve demokratik hukuk devletinin temel ilke ve dayanaklarındandır[21]. Anayasa Mahkemesine göre, yargının, kuvvetler ayrılığındaki özel konumu ve etkisi, hukuk devletinin en belirgin özelliğidir[22].

Kamusal görev ve işlem yapanlar, Anayasa'dan kaynaklanan işlem yapma yetkisine sahip olmalıdırlar. "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" (AY m. 6)[23]. Aksi takdirde,

[15] AKİPEK, Ömer İlhan: Devletler Hukuku, İkinci Kitap, Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet, Üçüncü Bası, Ankara, s. 88.

[16] AKİPEK, s. 90.

[17] ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: Kamu Hukukuna Giriş, Devlet Tanım-Kaynak-Unsurlar, Ankara 1973, s. 42.

[18] ZABUNOĞLU, s. 119.

[19] "Egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir. / Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. / Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" (AY m. 6).

[20] Anayasa'nın Başlangıç hükümlerinde, "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" hükme bağlanmıştır.

[21] AYM 12.12.1991, 1991/27-50 RG 29.01.1992–21126.

[22] "Hukuk devletinin en belirgin özelliği, güçler ayrılığına anlam kazandıran yargı bağımsızlığıdır. Hukuk devleti kendisini bağımsız yargısıyla korur. Günümüzde insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi yargıdır" (AYM 28.02.1989, 1988/32-1989/10 RG 22.06.1989–20203).

[23] " 'Egemenlik' başlıklı bu maddenin üçüncü fıkrasında, hiçbir kimsenin ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı öngörülmektedir. Anayasa kendisi düzenlemedikçe, açıkça olur vermedikçe ya da bir yasa ile düzenlenebileceğini belirterek bu yolla kullanılacağını bildirmedikçe

yapılmış olan tüm işlemler, yetkisizlik nedeniyle hukuken yok hükmündedir (hükümsüzdür)[24]. Anayasanın 6/III-son hükmü, yokluğun, Anayasal dayanağı ve pozitif normudur. Açıkçası, **yetki varsa kamusal işlem vardır, yetki yoksa kamusal işlem yoktur.**

B) Kuvvetler ayrılığından dolayı bir erkin diğer bir erkin görev alanına giren işlemi yapmasının fonksiyon gaspı oluşturması

Hukuki işlemde hükümsüzlük, hukukun genel ilkelerindendir ve iptal edilebilirlik, kesin hükümsüzlük ve yokluk yaptırımlarına bağlıdır[25]. Hukuki **işlemde yetki, işlemle değil, işlemi yapacak olanla** (kişi, organ veya kurul) **ilgilidir**[26] **ve ona işlem yapma hukuki gücünü veren unsurdur.** Buna

---

bir organ ya da bir kişi bir devlet yetkisi kullanamaz. Anayasa'ya dayanmayan, Anayasa'dan kaynaklanmayan devlete ilişkin yetki söz konusu olamayacağından böyle bir yetkinin kullanılması da düşünülemez. Anayasal dayanak, geçerlik koşuludur" (AYM 28.02.1989, 1988/32-1989/10 RG 22.06.1989–20203).

[24] ACAR, Bülent Hayri: Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, Ankara 2010, s. 4 (ACAR).

[25] Bir görüşe göre, idare hukukunda butlan, iptal davasıyla özdeşleşen iptal edilebilirliktir ve özel hukuktaki nispi butlan ve mutlak butlanla (kesin hükümsüzlük) ilgisi yoktur. İdare hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, işlem iptaline kadar hukuk sonuç meydana getirir (ERKUT, Celal: İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi (İHİD) Yıl 9 Sayı 1-3 1988, s. 70). Özel hukukta da iptale konu işlem (nispi butlan), iptale kadar geçerlidir. İdare hukukunda da emredici normlara aykırılık, kesin hükümsüzlüktür ve özel hukukta olduğu gibi hukuki sonuç doğurmaz. Bu nedenle, idare hukukunda emredici hükme aykırılıkta, kazanılmış hak değil, koşullarına göre istikrar ilkesine göre hukuki sonuç bağlanması söz konusu olabilmektedir (Bkz. TAN, Turgut: İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s. 120-121). İleri sürülen görüş geçerli olsaydı, kesin hükümsüzlükle geçersiz işlemde, istikrar ilkesinin değil, kazanılmış hak ilkesinin uygulanması gerekirdi.

[26] Öğretideki egemen görüşe göre şekil, normun oluşturulmasında uyulması gereken usul ve esaslardır. Bu görüşte, hukuki işlemde yetki, işlemin kurucu-şekli unsurlarındandır. ÖZBUDUN, yetki yönünden incelemenin, şekil kapsamında olduğunu benimsemiştir. "Yetki unsuru bakımından mevcut sakatlıklar, işlemi aynı zamanda şekil bakımından da sakatlar. Çünkü yetkisiz bir organ tarafından veya Anayasanın çizdiği yetki alanı dışında bu işlem, şekil bakımından sağlıklı, geçerli bir işlem olarak doğmaz. Anayasa Mahkemesinin böyle bir işlemi, daha esasa girmeden, şekil yönünden iptali gerekir" (Bkz. ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Anayasa 1986, s. 365, 366). TEZİÇ ise, yetkiyi, kanunun sebep, konu, amaç unsurlarından ayırmakta, şekil gibi dış unsur kabul etmektedir (TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beşinci Bası, İstanbul 1998, s. 185 dn 113).

göre, yetki, hukuki işlem yapabilme gücüdür. Hukuk devletinde, yetkinin bir

---

Öğretide hukuki işlemin içeriği ve oluşması unsurları ayrılmakta, ilkine kurucu-maddi unsurlar, diğerine kurucu-şekli unsurlar denilmektedir. Bu görüşte, yetki şekil içinde ele alınmaktadır. İşlemin her iki kurucu unsuru arasındaki fark, kurucu-maddi unsurlara ilişkin emredici hükümlere aykırılıkta kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) gerçekleşmesidir. Kurucu-şekli unsurlara ilişkin emredici hükümlere aykırılıkta işlem oluşmamakta, yani hukuk varlık kazanmamaktadır (yokluk). (Bkz. MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İkinci Baskı, Ankara 1993, s. 20, ÖZAY, İl Han: İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim, İstanbul 1994, s. 442). Buna göre, işlemde yetkinin bulunmamasının yaptırımı yokluk iken, işlemin kurucu-maddi unsurlarında aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Ayrık olarak, kesin hükümsüzlükle geçersiz işleme, koruma amaçlı belirli bir sonuç bağlanabilir veya çevirme (tahvil, conversion) yapılabilir (KANETİ, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972, s. 28-29, 119-120). Yoklukta ise, hukuken oluşmamış, varlık kazanmamış bir işleme, kesin hükümsüzlükteki gibi hukuki sonuçların bağlanması söz konusu değildir (MOROĞLU, s.22).

Anayasa Mahkemesi de, yetkiyi şekil içinde ele alıp, yoklukta iptal kararı verileceği görüşündedir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında, Meclis Başkanlık Divanının Anayasaya uygun oluşturulmayışında, hukuken geçerli bir organın mevcut olmadığını belirtmiştir. Karara göre, Anayasaya uygun oluşmamış bir Divanla, "Genel Kurulun divansız çalışması arasında bir fark yoktur. Başkanlık Divanı olmayınca da bir Millet Meclisi Genel Kurulundan söz edilemez; bu sadece gelişigüzel bir toplanma hali olur. Böyle bir toplanmada görüşülen ve kabul edilen kanun tasarısı ise, iptal nedeni olacak bir şekil noksanı ile malul sayılmak gerekir" (AYM 30.09.1969, 1969/24-50 AMKD S. 7 s. 410). ÖZBUDUN, böyle bir toplantıda kabul edilen metnin, "iptal edilebilir olmanın da ötesinde, "yok" sayılması gerektiğinde elbette şüphe yoktur" görüşündedir (ÖZBUDUN, s. 368). Buna karşın, ÖZBUDUN'un bu açıklaması, yetkisiz organın işleminin esasa girmeden iptali gerekeceğine ilişkin görüşüne karşıttır (ÖZBUDUN, s. 366). TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, şekli dar ve geniş anlamda ele almaktadır. Dar anlamda şekil, normun usullere uygun oluşturulmasıdır. "Geniş anlamda şekil denetimine normun yetki unsuru da girer. Dolayısıyla, geniş anlamda şekil denetiminde, normun Anayasa ve İçtüzükte öngörülen usullere uygun yapılıp yapılmadığının yanında, hatta ondan önce, anayasanın yetkilendirdiği organ ya da organlar tarafından ve anayasanın çizdiği görev alanı içinde yapılıp yapılmadığı da araştırılır. .. İster geniş ister dar anlamda anlaşılsın, şekil ve usul, normun dışa dönük unsurlarıdır" (TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Birinci Baskı, İstanbul Şubat 2001, s. 498). Yazarlar, sonuçta, yetkiyi, normun dış unsuru kabul etmişlerdir.

Yukarıdaki görüşlerde, işlemi yapanın işlemi yapma gücüne sahip olup olmaması göz önüne alınmamaktadır, aksine, işlemi yapana dikkat çekilse de, işlemin unsuru görülmektedir. Öğreti ve Anayasa Mahkemesi'nin egemen görüşe konu uygulamasını, iki örnekle denetleyelim.

norma dayanması gerekir. Bir normdan kaynaklanan yetki bulunmadıkça, kişi veya organ hukuki işlem yapabilme gücüne sahip değildir. Yetkisiz kişi veya organın işlemi hukukilik kazanamayacaktır. **Bir işlemin hukuki varlık kazanabilmesi, işlem yapanın yetkili olmasına bağlıdır.** Bunun içindir

---

"Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Anacak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesine dava açılamaz" (AY 148/I, 2-3). Konuya farkı örneklerle açıklık getirelim. İlk örnekte bir anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 1-4 maddelerinde (temel norm) şekle uyularak değişiklik yapılmıştır. İkinci örnekte bir anayasa değişikliği ise, toplantı yeter sayısı olmadan gerçekleştirilmiş ve kanun Resmi Gazete'de yayımlanmış ve bir ay sonra iptal davası açılmıştır. Üçüncü örnekte Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, olağanüstü halin ilanıyla özel hukuk tüzel kişilerinin terörle ilgili yapılar olduğu kabul edilmiş veya OHAL ilanı ile ilgisi olmayan konularda herhangi bir yasada değişiklik yapılmıştır. Egemen görüşe göre, ilk örnekteki ilk anayasa değişikliği, şekle uygundur, iptalini gerektirir bir durum yoktur. İkincisinde ise, şekle aykırılık olsa bile, bir ay sonra iptal davası açılamaz, itiraz yoluyla ileri sürülemez (AY 148/II). Olağanüstü halde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı ise, dava açılması söz konusu değildir (AY 148/I). Egemen görüşe göre, sonuçta, bu dört örnek işlemin hukukiliği tartışma konusu yapılamaz, sadece uygulanırlar.

Yukarıda açıklanan görüşüme göre, işlemi yapanın, bir normla o işlemi yapmaya yetkili kılınması gerekir. Kişi, bir normla bir işlemi yapmaya yetkili kılınmışsa, o işlemi yapabilir. Yetki yok ise, norm yoktur, şeklin de önemi yoktur. Bunun içindir ki, işlemde yetki ile şekil tamamıyla ayrıdır. Yetkiyi şekil gibi dış unsur olarak kabul de işlemle bağlantılıdır. Şekil, işlemin dış unsuru veya kurucu unsuru olsun, oluşturulmasıyla ilgilidir. İlk anayasa değişikliğinde, yasama organının, Anayasanın 1-3. maddelerinde (temel norm) (ACAR, s. 57) değişiklik yapma yetkisi yoktur, yani yetkisiz organdır. "Örneğin, kurulu iktidar olarak TBMM, oybirliğiyle de olsa saltanatı geri getiremez" (ACAR, s. 219). Bu anayasa değişikliği, yetkisizlikten yok hükmündedir (AY 6/III-son) (ACAR, s. 219-222). İkincisinde yayımlanan kanun, yasama organının yasama faaliyetiyle çıkarılmayan fiili bir metindir, kanun değildir (bkz. AYM 30.09.1969, 1969/24-50 AMKD S. 7 s. 410). Resmi Gazete'de yayımlanması, fiili metni kanuna dönüştürmez. Olağanüstü halde bile, özel hukuk tüzel kişilerinin terörle ilgili yapı olduklarının tespiti yetkisi yargıya (bağımsız mahkemelere) veya OHAL dışı konularda yasalarda değişiklik yetkisi yasamaya aittir. Cumhurbaşkanı (yürütme), OHAL'de kuvvetler ayrılığını ortadan kaldıracak şekilde, başka erklerin alanına giren işlemleri yapma yetkisine sahip değildir, yani fonksiyon gaspında bulunamaz. Sonuçta, örnekteki dört işlemde Anayasadan kaynaklanan bir Devlet yetkisine dayanmaksızın (yetkisiz) yapılmıştır. Dört örnek işlem, yetkisizlikten (AY 6/III-son) hukuken yok hükmündedir. Görüldüğü üzere, dört işlemde ortaya çıkan durum, yetki ile şekil arasında farkı açık ve çarpıcı şekilde göstermektedir.

Sonuç olarak, işlemi yapanla, onun oluşturduğu işlemi aynı sayan, kişiyle işlemi karıştıran egemen görüşü benimsememekteyiz.

ki, **yetki varsa işlem vardır, yetki yoksa işlem yoktur, yani hukuken yok hükmündedir.**

Anayasa, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle erkler arasındaki ilişkiyi iş bölümü olarak nitelerken, her erkin göreviyle ilgili belli Devlet yetkilerini kullanacağını hükme bağlamıştır[27]. Bu hükümle, her erkin, kendi görev alanı dışında Devlet yetki ve görevine sahip olmadığı saptanmıştır. Erkler, görev alanları dışında Anayasadan kaynaklanan devlet yetkisi kullanamayacaklardır (AY 6/III-son). **Erklerin, görev alanları dışında, diğer erklerin görev alanına giren işlem yapmaya kalkışmalarında, Anayasadan kaynaklanan bir Devlet yetkisi kullanmaları söz konusu değildir.**

Öğretide, erklerin, görev alanları dışında işlem yapmalarına fonksiyon gaspı denilmektedir[28]. **Fonksiyon gaspı,** öz olarak, **bir erkin, Anayasa ile yetkili olduğu alan dışında, bir başka erkin alanına giren işlemi yapmaya kalkışmasıdır**[29]. Bir erkin diğer bir erkin aleyhine fonksiyon gaspı, yapılan işlemin, işlemi yapmakla görevli erk tarafından değil, görevli olmayan diğer bir erk tarafından, yetkisiz, Anayasa dışı gerçekleştirilmesidir[30]. Bu bağlamda, yasamanın görev alanındaki işlemin, yürütme tarafından

[27] Anayasada, açık olarak, egemenliği "millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına" çıkamayacağı belirtilmiştir (AY Başlangıç).

[28] Danıştay'a göre, ceza mahkemesi (Dn.12.D 04.04.1976, 65/3706-67/553) veya sulh hukuk hakimliği (Dn.12.D 20.10.1971, 69/531-71/2297) veya Sayıştay'ın yetki ve görev alanındaki kararları (Dn.11.D 29.06.1981, 79/4429-81/2333), idarenin almasında fonksiyon gaspı vardır (ERKUT, s. 75 dn 49). Buna karşın, yetki gaspı, aynı erke bağlı olarak, yetkisiz organın işlem yapmasıdır. TEZİÇ ise, fonksiyon gaspını yetki gaspı saymaktadır. "Yasama organı kanunla yargılama işlemi yapamaz, bu yetki gaspı olur" (TEZİÇ, s. 185 dn 113).

[29] "İdare, yasama organının görevini gasp ederek, hukuk aleminde yok hükmünde bir irade açıklaması yaratmaktadır. .. Danıştay'a göre, "kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun tebliğ ile düzenlenmesinin, kuvvetler ayrılığı rejimine ters düşeceği gibi, fonksiyon gaspına da yol açacağı kuşkusuzdur" (Dn 7 D 08.02.2007, 2006/5220-2007/394, Dn D 2007, Sayı 116, s. 225, ERDİNÇ, Burcu: İdari İşlem Kuramında "Yokluk", s. 132, acikarsiv.ankara.edu.tr).

[30] Kanunların uygulanması için düzenleme yetkisi, yürütmeye aittir. Yasama, kanunların uygulanmasına ilişkin kuralları kanunla düzenleyemez. Aksi takdirde, kuvvetler ayrılığı ile Anayasanın 8 ve 11/I. Madde hükümlerinin bir anlamı kalmazdı. Bkz. ÖZBUDUN, s. 166).

yapılmasında, işlemde fonksiyon gaspı oluşmuştur[31]. Fonksiyon gaspı, Anayasadan kaynaklanan Devlet yetkisine dayalı bir işlem olmadığından, yetkisiz işlemdir (AY 6/III-son). Bunun içindir ki, **fonksiyon gaspına konu işlem, yetkisizlikten dolayı hukuken yok hükmündedir.**

C) Atatürk'ün vasiyetnamesini bozacak bir kanunun hukuken yok hükmünde olacağının tespiti konusu

Yukarıda belirtildiği üzere, **iktidarın isteği, çıkarılacak bir kanunla Atatürk'ün vasiyetinin bozulmasıdır**[32]. Bu bozma, vasiyet alacaklısının değiştirilmesi şeklinde olacaktır. Vasiyetnamenin kanunla bozulmasının fonksiyon gaspı olacağı yukarıda açıklanmıştır. Gerçekten, yasama organı, başka erklerin yetki ve görev alanına giren konularda kanun çıkarma yetkisine sahip değildir. **Atatürk'ün vasiyetnamesini bozacak kanun hukuken yok hükmünde olacaktır** (AY 6/III-son). Hükümsüzlük, yasama işlemleri için de geçerlidir[33].

Anayasa, yasama işlemlerini, anayasa yargısına bağlı olanlar ve olmayanlar şeklinde ayırmıştır. Bu ayırmayla, anayasa yargısının yetki ve görev alanı saptanmıştır. Bir kanunun geçerliliği veya geçersizliği (hükümsüzlüğü), anayasa yargısına bağlıdır. Anayasada, yasama işleminin iptaline yer verilmiş, kesin hükümsüzlük ve yokluğa yer verilmemiştir. Bir görüşe göre, son iki hükümsüzlüğe Anayasada yer verilmediğinden, anayasa yargısında

[31] Bkz. AYM 14.03.2005, 2003/70-2005/14, www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/04/20050426-5.htm.

[32] Atatürk'ün vasiyetnamesinin bu şekilde bozulması, 12 Eylül'de kanunla bozulmasından farklıdır. 12 Eylül'de 2533 sayılı Kanunla tüm siyasi partiler feshedilmişler ve malvarlıkları Hazineye devredilmiştir. 3821 sayılı Kanunla, feshedilen partiler açılmış, Hazineye devredilen malları geri verilmiştir. Bkz. MEYDAN, Sinan: Atatürk'ün Vasiyeti ve İş Bankası'ndaki CHP Hisseleri, Sözcü 17.02.2020, s. 4. Bir haber yazısına göre, iktidarın çıkarmak istediği kanun için, Demokrat Parti tarafından çıkarılan kanun örnek alınacaktır (Gizem Karakış'ın haber yazısı, 14.05.2020, www.hurriyet.com.tr).

[33] TEZİÇ, kanunların kesin hükümsüzlüğü ve yokluğunu kabul etmektedir. "TBMM bir siyasi partinin kapatılmasına ilişkin kanun çıkarması, ya da Meclisteki çoğunluğun bir kanunla bazı partileri feshetmesi, Anayasaya aykırılığı dahi tartışılamayacak ağır bir yetki gaspıdır; böyle bir kanun eski söyleyişlerle, "yoklukla maluldür", yani "keenlemyekündür" (TEZİÇ, s. 56).

yokluğun tespitine karar verilemez[34]. Bu görüş, sonuçta, (a) Anayasa 6/

[34] GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargısı.htm erişim 22.02.2020); Üye Muammer Turan'ın karşı oy yazısı (AYM 21.11.1987, 1986/533 -Muhabere-1987/2, AMKD S.23 s. 435).
Bir görüşe göre, bir normun var olması için, maddi varlığa sahip olması gerekir. Normun maddi varlığı, normun belge, söz, ritüelde bulunmasıdır. Norm, maddi varlık kazanmadıkça, yargısal faaliyetin konusu olamaz. Hukukun genel teorisinde yokluk söz konusu değildir. Maddi varlık kazanmayan normun, iptaline veya yokluğun tespitine değil, buna ilişkin davanın esasının incelenemeyeceğine karar verilir (GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 27-28, 105-106). Örneğin, Resmi Gazete'de yayımlanmayan kanun madden yoktur ve bununla ilgili yargısal faaliyette bulunulamaz (GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku www.anayasa.gen.tr).
Normun varlığı, normun geçerliliği ile ilgilidir. Normun geçerliliği, hukukta düzeninde var olmasıdır. Normun geçerliliği, normu koyan otoritenin meşru iktidara (norm koyma hukuki gücüne sahip olma) sahip olmasına bağlıdır (HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996, s. 37). Bir görüşe göre, normun geçerliliği, normun var olmasına, yürürlükte bulunmasına eşittir (HAFIZOĞULLARI, s. 37, GÖZLER, Hukukun Genel Teorisine Giriş, s. 106). Bu görüşe göre, yürürlükte olmayan normun hukuki varlığı mevcut değildir. Normun, norm koyma hukuki gücüne sahip otorite (yetkili otorite) tarafından konulup konulmaması farklıdır. Yetkili olmayan otoritenin, norm kalıbındaki işlemi, hukuken yok hükmündedir (yokluk). Yetkili organ, normu emredici unsurlarına veya emredici olmayan unsurlarına uygun oluşturmamış olabilir. İlkinde kesin hükümsüzlük, ikincisinde iptal edilebilirlik söz konusudur. Buna karşın, yetkili organın unsurlarına uygun oluşturduğu norm hukuki varlık kazanır. Örneğin, kanun teklifi, yasama organınca kabulü ile kanunlaşır. "Kanun Resmi Gazete'de yayımlanmamış fakat henüz yürürlüğe girmemiş de olsa, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılabilir" (TEZİÇ, s. 50 dn 93). "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar" (AY 89/I). Bu yayımlama, yasama işlemi olmadığı gibi, onun varlığı için bir şart da değildir (TEZİÇ, s. 44). GÖZLER, bir açıklamasına göre, kanunun yayımlanmasından hareketle, "Bundan kanun tasarı ve tekliflerinin Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmasından önce Türkiye Büyük Millet Meclisinin kabul etmesiyle kanunlaştığı sonucu çıkarılabilir" (GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2000, s. 295). GÖZLER'in bu açıklaması, yukarıdaki açıklamasıyla çelişmektedir.
Yine normun yürürlüğe girmesi ile uygulanabilirliği de ayrıdır. Gerçekten, "bazı kanunlar yürürlüğe girdikleri halde, uygulanabilmeleri gerekli koşulların varlığına bağlıdır" "Bu tür kanun kuralları "uyuyan kurallardır"; kanun yürürlüktedir ama uygulanmamaktadır" (TEZİÇ, s. 50 dn 92). Dolayısıyla, belirtilen farklı norm koyma işlemlerini ayırmayıp, salt normun varlığını yürürlüğüne bağlayan görüşe bu yönüyle katılmamaktayım.
Diğer yandan, yetkili olmayan otoritenin koyduğu norm, yoklukla sakattır. Yoklukta norm, maddeten vardır (kağıt, söz, ritüelde yer alması). Normun varlığı hukuk

III-son hükmünü yok saymaktadır, (b) yasamanın yargı aleyhine fonksiyon gaspının yargı denetimi dışında kaldığını ileri sürmektedir. Bu, kuvvetler ayrılığının ortadan kaldırılması ve fonksiyon gaspının ödüllendirilmesidir[35]. Anayasada yazılı olsun veya olmasın, her derecedeki hükümsüzlükle sakat kanunla ilgili başvuru, anayasa yargısına bağlıdır.

Öğretide, genel bir yaklaşım, anayasa yargısında yokluk ve kesin hükümsüzlüğün[36] bulunmasına karşın, bu hükümsüzlüklerin tespit davasına konu olamayacağı şeklindedir. Bunun nedeni olarak, Anayasa Mahkemesinin tespit davasına bakabileceğine ilişkin bir normun bulunmayışı gösterilmektedir. Bu görüş geçerli değildir. Çünkü, tespit davası, bir normun, bir hukuki ilişkinin veya işlemin hukuki düzeninde var olup olmadığının belirlenmesine ilişkin ortak yargılama hukukunun tek hüküm ve dava tipidir[37]. Anayasa, dar kapsamlı bir hükümsüzlüğe ait iptal davasını düzenlemişken, daha geniş hükümsüzlük olan kesin hükümsüzlük ile yokluğu kısıtlamış olamaz[38].

---

düzeniyle ilgilidir. Yoklukla sakat işlemin maddi varlığı, olgular düzeniyle ilgilidir. Hukuk düzeninde, bu maddi varlığın önemi ve değeri bulunmamaktadır. Yokluktaki maddi varlık ile normun maddi varlığı, fiili ve hukuki yönden farklı niteliktedir. Bir normun varlığının veya yokluğunun tespiti işlemi, yargısal faaliyette tespit hükmü ve davasının konusudur. Bu nedenle, yukarıda açıklanan görüşe katılmamaktayım.

[35] Anayasa 6/III-son hükmü gereğince, yasamanın yargı aleyhine fonksiyon gaspında bulunduğu kanun da hukuken yok hükmündedir. Anayasada, Anayasa Mahkemesi'nin yasama işleminin kesin hükümsüzlüğü ve yokluğunu tespit etmesini yasaklayan bir norm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, yasayla düzenlenme öncesinde, içtihat yoluyla yürürlüğün durdurulması kararı vermesini not etmekteyiz. Ayrıca, bu görüş, -en hafif dereceli hükümsüzlük olan- iptale bağlı geçersizliğin Anayasada yazılı diye kabulüne karşın, Anayasada yazılı değil diye ağır dereceli yokluk veya kesin hükümsüzlüğün anayasa yargısına bağlı olmadığının ileri sürülmesi akla uygun değildir.

[36] "Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği bir kuralın özdeş veya benzer bir kuralın çıkarılmasında, yokluk değil, Anayasa'nın (AY) 153. maddesine ağır aykırılıktan dolayı mutlak butlanla hükümsüzlük söz konusudur" "Gerçekten, belirtilen durumda TBMM kanun yapma yetkisine sahiptir. Yetkinin varlığı nedeniyle yokluk söz konusu olamaz. Burada, TBMM'nin yetkisini, AY 153'ün bağlayıcılığını ortadan kaldırmak amacıyla, yani anayasaya ağır aykırılık oluşturan bir biçimde kullanılmasından dolayı mutlak butlan söz konusudur" (ACAR, s. 2-3).

[37] ACAR, Bülent Hayri: Kuruluş Tüzüğü Kesin Yasaklı Amaçlara Aykırı Olan Siyasal Partinin Tüzel Kişilik Kazanamaması, Bir "Kapatma Davası"nın Değil, Bir "Olumsuz Tesbit Davası"nın Konusudur, ABD 2002/1 Yıl 60 s. 163-164.

[38] "Hükümsüz ya da yok sayılan kanun herhangi bir sonuç doğurmaz ve bunun yürürlükten kaldırılabilmesi için bir işleme ve yargı kararına gerek yoktur. Yokluğu

Tespit davasını, eda davası, iptal davası veya inşai dava gibi hukuki ilişkilerde değişiklik yaratan dava tipinden ayıran temel ölçüt budur[39].

Hukuk devletinde, her yargı yolunda ve her mahkemede, hukukun genel ilkeleri, Anayasadan ve kanunlardan önce uygulanır. Anayasa Mahkemesi de bu görüştedir[40]. Anayasa Mahkemesi, yasama işleminin iptal dışındaki hükümsüzlüklerini[41] ve özellikle siyasal partilerle ilgili olarak yokluk ve kesin hükümsüzlüğün tespiti[42] kararları vermektedir[43].

"Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi, bir yasama işleminin, öncelikle hükümsüz olup olmadığına bakacaktır. Özellikle, bir yasama işleminin hükümsüzlüğü istemiyle yapılan başvuruda, başvuru konusu yasama işleminin hükümsüz olup olmadığının belirlenmesi zorunludur. Çünkü, yasama işleminin hükümsüz olup olmaması, Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı anayasa yargısı denetiminin niteliğini belirleyecektir. Bu demektir ki,

---

her makam tespit edebilir. Yokluk iddiası bir iptal davası niteliğinde değildir; bu iddianın dava ya da itiraz yolu ile ileri sürülmesi beli bir süre ile bağlı değildir. Yukarıda, siyasi parti kapatma ile ilgili örnekteki yok olarak nitelenen kanuna karşı, Anayasa Mahkemesine dava açılmasına kuşkusuz bir engel yoktur. Ancak bu durumda, Anayasa Mahkemesi bu tür bir kanunun konusu bulunmadığı için, yoklukla malul olduğunu saptamayla yetinmelidir" (TEZİÇ, s.56).

[39] ACAR, s. 248.

[40] Bkz. AYM 11.10.1963, 1963/124-243 kararı.

[41] AYM 22.02.1977, 1997/6-14, RG 28.03.1977–15892.

[42] "Kurulan ama fiil ehliyetini kullanabilecek şekilde yapılanamayan partinin tüzel kişiliği, partinin faaliyet göstermesini kesinlikle olanaksız kılan bir çok etkenin de varolması halinde, kendiliğinden sona erer; bu hallerde Anayasa Mahkemesi sadece partinin tüzel kişiliğinin sona erdiğini tespit eder; bir kapatma söz konusu değildir" (RUMPF, s. 79).

[43] "Anayasa Mahkemesi, daha önce, Yüce Görev Partisi'nin hukuki varlığının sona erdiğinin saptanması için Cumhuriyet Başsavcılığınca açılmış olan bir davanın görülmesi sırasında, "bir siyasi partinin hukuki varlığının sona erip ermediğini karara bağlamanın" kendi görevi içinde olduğunu kabul etmiştir (Anayasa Mahkemesinin 25/8/1983 günlü, E: 1983/1 (Parti kapatma), K: 1983/1 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 20, sayfa: 333-343). Anayasa Mahkemesinin 20/9/1984 günlü, E: 1984/129 (Muhabere), K: 1984/22 sayılı kararı da aynı yöndedir (AMKD, Sayı: 20, sayfa: 555-573). Anayasa mahkemesi, bu davada da, aynı gerekçeyle ve Anayasa'nın kendisine verdiği siyasi partilerin kapatılmalarına bakmak görevinin, bir siyasi partinin kurulmamış sayılması yetkisini de içerdiğini kabul etmiştir" (AYM 21/11/1987, 1986/533 (Muhabere)–1987/2, AMKD, Sayı: 23, sayfa: 435" (ACAR, Siyasal Partinin Tüzel Kişilik Kazanamaması, s. 161).

Anayasa Mahkemesi, yasama işleminde bir hükümsüzlük söz konusu ise, sadece bu hükümsüzlüğü tespit edecek ve başkaca bir işlem yapmayacaktır. Eğer, yasama işlemi hükümsüz değilse, bu durumda, bu yasama işlemiyle ilgili yetkisi içinde inceleyip karara bağlayabileceği bir iptal nedeni olup olmadığına bakacak, buna göre başvuruyu karara bağlayacaktır"[44].

3. 1963 TARİHLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI İLE KONUYLA İLGİLİ DİĞER GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ

A) Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 günlü kararının eleştirisi ve fonksiyon gaspına konu kanunun yokluğunun tespiti

Demokrat Parti iktidarının çoğunlukta olduğu yasama organının çıkardığı 14.12.1953 gün 6195 sayılı Kanunla, Cumhuriyet Halk Partisi'nin haksız iktisap sayılan her türlü malvarlığı değerinin mülkiyeti, Hazineye devredilmiştir. Cumhuriyet Halk Partisi, 21.02.1963 günlü dilekçeyle, 6195 sayılı kanunun iptalini istemiştir. Anayasa Mahkemesi, anılan kanunun 1. maddesini 1961 Anayasası'nın 2, 4, 7, 11 ve 36. maddelerine aykırı bularak iptaline karar vermiştir[45].

Anayasa Mahkemesi, kararında, kişilerin malvarlığı değerlerinin haksız iktisapla elde edildiği iddiasıyla çıkan uyuşmazlığın çözümünün, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununa göre yargı organlarının (bağımsız mahkemelerin) yetki ve görevinde olduğunu belirtmiştir. Kararda, yasama organının, çıkardığı kanunla bağımsız mahkemelere verilmiş yetkiyi kullandığı[46] ve Anayasa dışı bir tasarrufta bulunduğunu vurgulamıştır. Gerekçeye göre, bu tasarrufla, hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almadan bir devlet yetkisi kullanamayacağı Anayasa hükmü zedelenmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu tespitinden sonra, anılan Kanunla mülkiyet ve miras hakkının kamu yararı bulunmadan sınırlandığını ve devredilen malvarlığı değerleri içindeki

[44] ACAR, s. 259.

[45] AYM 11.10.1963, 1963/124-243, RG 04.12.1963–11572.

[46] Anayasa Mahkemesi, kararında, iki önemli konuya değinmiştir. İlki o tarihlerde adli yargıda hemen akla getirilmeyen, uygulanmayan, AİHS Ek Protokol Madde 1'deki mülkiyet hakkından söz edilmesidir. İkincisi iktidar partisinin -yasama organındaki çoğunluğuna dayanarak- muhalifi partinin geçmişteki bazı tasarruflarının meşru olmadığı ve kanunsuz bulunduğu iddiasıyla kanunu kabul etmesidir. İktidar partisi, bu tasarrufla, "bir taraftan davacı bir taraftan hakim sıfatını takınarak kendi davasını kendisi karara bağlamıştır" (AYM 11.10.1963, 1963/124-243, RG 04.12.1963–11572 s. 3).

Atatürk'ün vasiyetiyle mülkiyeti edinilen değerlerin Hazineye devri yoluyla mülkiyet hakkının özüne de dokunulduğu ve Atatürk'ün vasiyetinin iptal edildiği sonucuna varılmıştır[47].

Hemen belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin, yasama organının yargıya ait bir yetkiyi kullanmasını, kaynağını Anayasa'dan almayan, Anayasa dışı bir tasarruf olarak tespiti, doğru ve geçerlidir. Buna karşın, 6195 sayılı Kanunun, iptali yoluna gidilmesi, hukukun genel ilkelerine ve doğrudan iptal nedeni gösterdiği 1961 Anayasası'nın 4. maddesine (1982 Anayasası m. 6/ III-son) ve hukuki sonuçlarına aykırıdır.

Yasamanın, yargıya ait yetkiyi Anayasa dışı / yetkisiz kullanmaya kalkışarak, anılan Kanunu çıkarması fonksiyon gaspıdır. Bu fonksiyon gaspıyla, sadece 1961 Anayasası 4/III-son hükmü değil, demokratik hukuk devletinin temel unsurlarından kuvvetler ayrılığı da çiğnenmiştir. Kararda, fonksiyon gaspıyla kuvvetler ayrılığına aykırı davranıldığının tespit edilmemesi, yanlış derecesinde önemli eksikliktir. Genelde 1961 Anayasası 4/ III-son hükmüne aykırılık, yokluk yaptırımına bağlıdır. Özelde erklerin fonksiyon gaspıyla kuvvetler ayrılığına aykırı işlemlerinin yokluklarıyla ilgilidir. Dolayısıyla, **6195 sayılı Kanunun iptal değil yokluk nedeniyle hükümsüzlüğü söz konusudur.**

Anayasa Mahkemesi, anılan kararıyla, sonuçta, 6195 sayılı Kanunun yokluktan değil iptal nedeniyle geçersizlik taşıdığını kabul etmiştir[48]. Bu, yokluk ile iptal edilebilirlik yaptırımlarının karıştırılmasıdır. Hukukun genel ilkelerinden olan hükümsüzlükte, iptale bağlı geçersizlik, kesin hükümsüzlük ve yokluk farklıdır, biri diğerinin yerine konulamaz ve uygulanamaz.

[47] AYM 11.10.1963, 1963/124-243, RG 04.12.1963–11572 s. 3-4.

[48] ÖZBUDUN, 6195 sayılı Kanunu, kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılması nedeniyle, amaç unsuru yönünden Anayasaya aykırı kanuna örnek göstermiştir (ÖZBUDUN, s. 362). TEZİÇ (TEZİÇ, s. 186 dn 115) ile TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU (TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 503) da bu görüştedir. Amaç yönünden Anayasa aykırılıkta iptal edilebilirlik söz konusudur. 6195 sayılı Kanun, fonksiyon gaspıyla çıkarılmıştır ve yok hükmündedir. Yoklukta iptal edilebilirlik olmaz. Yoklukla geçersiz 6195 sayılı Kanunun, amaç yönünden Anayasa aykırılığa örnek gösterilmesi, doğru ve geçerli değildir. ÖZBUDUN'un bu açıklaması, bizzat kendisinin yasamanın "her türlü işlemi, mesela, bir yargı işlemini kanun adı altında yapabileceği anlamına gelmez" (ÖZBUDUN, s. 366) açıklamasına aykırıdır.

Gerçekten, bir normun iptali için, bu normun hukuk düzeninde var olması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre, "iptal yetkisi ancak var olan hüküm dolayısıyla işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal kararına konu olabilmesi düşünülemez"[49]. İptal konusu geçersizlikte norm, iptal nedeni olan hukuka aykırılığa[50] karşın, hukuk düzeninde varlık kazanmıştır, uygulanmaktadır ve hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Norm iptal edilmedikçe, uygulanmaya devam eder[51]. Buna karşın, yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa'dan kaynaklanan bir Devlet yetkisine dayanmayan bir erk tarafından (olayda yasamanın), yetkisiz, yani Anayasa dışı norm konulmasında, salt normun yokluğu söz konusudur[52]. Yokluk, normun kurucu veya kurucu olmayan unsurlarının bulunmamasıyla oluşan, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlikten farklıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, **her hukuki işlem gibi yetkisiz yapılan yasama işlemleri de hukuken yok hükmündedir. Yoklukla sakat bir yasama işlemi, sadece bir tespit davasının konusu olabilir.** Bu demektir ki, hukuken yok hükmünde olan bir yasama işleminin iptali değil, salt tespiti mümkündür. Bu nedenle, Türk yargısındaki "hükümsüz işlemin iptali" ortak kalıbı teknik olarak yanlış bir uygulamadır"[53]. Yukarıda konuyla ilgili görüşler verilmiş, anayasa yargısında iptal gibi yokluk ve kesin hükümsüzlüğün karara bağlanacağı açıklanmıştır[54].

---

[49] AYM 20.05.1963, 1963/174-115 AMKD S.2 s. 3-14 ve 21.10.1963, 1963/172-224 AMKD S.1 s. 439-457 (ÖZBUDUN, s. 365).

[50] Örneğin, "yetkili komisyonlardan geçmeksizin veya usulünce kurulmamış bir komisyondan geçerek kabul edilmiş kanun tasarısının, iptal nedeni olacak bir şekil eksikliği ile malul sayılması gerektiği sonucuna varılır" (AYM 13.01.1966, 1964/26-1966/1 AMKD S.4 s.21 RG 31.05.1966 – 12310).

[51] Bu hukuka aykırılık, normun hukuk düzeninden çıkarılması nedenidir. Çünkü, hukuka aykırılık, normun kurucu unsurlarında değil, ikincil derecedeki unsurlarındadır.

[52] Örneğin, bir yasama işlemi olan KHK'ler içinde yetkisizlik nedeniyle hükümsüzlük söz konusu olabilir. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1996, s. 125.

[53] ACAR, s. 5-6. Aksi görüşte, TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, genel görüşe uygun olarak, yetki ve yetki aşımıyla konulan normun önce şeklen denetlenmesi ve esasa girmeden iptal edilmesi görüşündedir (TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 499).

[54] "Anayasa Mahkemesinin yasama işlemindeki yokluk veya kesin hükümsüzlükte iptal kararı vermesinin yanlışlığı, hukuki sağlamayla ortaya konulacaktır. Yoklukla geçersiz bir norm, hukuki varlık kazanmadığından dolayı, her zaman hukuken

B) Tek parti döneminde partinin devlet olduğu, milletin Atası Atatürk'ün malının millete ait olması görüşü ile vasiyetin bozulmak istenmesi

İktidar partisinin, Atatürk'ün vasiyetnamesinin anılan konuda bozulması isteğinde iki farklı düşünceden hareket etmek istediği anlaşılmaktadır. İlki iktidar partisinin yukarıda irdelenen 6991 sayılı Kanuna benzer bir kanun çıkarılması düşüncesidir. Yukarıda bu Kanunla ilgili açıklamalar, belirtilen bu düşünce için de geçerlidir.

İktidar partisi genel başkanı, konuyla ilgili üçüncü açıklamasında diğerlerinden farklı bir düşünce açıklamıştır. Bu açıklamaya göre, "Atatürk zamanında tek parti vardı ve parti devlet idi. Atatürk bütün milletin atası ve sahip olduğu mülk de milletin mülkü, onların şimdi artık partiler arasında bir parti olan CHP'de olması adil değil hem de doğal değil"[55]. İleri sürülen bu düşünce, iki farklı konunun bileştirilerek, Atatürk'ün İş Bankası'ndaki hisseleriyle ilgili vasiyetnamesinin bozulmak istenmesine ilişkindir.

Önce tek parti döneminde parti devlet vardı iddiası, 1924 Anayasası karşısında doğru ve geçerli değildir. Çünkü, 1924 Anayasasında tek partinin devlet aygıtı içinde yer almasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 1924 Anayasasında, egemenlik ulusundur (m.3), Türk Milletini TBMM temsil eder ve egemenlik millet adına Meclis tarafından kullanılır (m.4). Yasama ve yürütme erkleri Meclis'in elindedir (m. 5). "Meclis, yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanır" (m. 7)[56].

---

yoktur. Yoklukla geçersiz işleme, sürenin geçmesiyle ve mahkeme kararıyla, hukuki varlık kazandırılamaz. Çünkü, Hukuk düzeninde mevcut olmayan, yani hukuken yok hükmünde olan bir işlemi (bir normu), hiçbir kişi, organ veya mahkeme, tabii ki, Anayasa mahkemesi de, iptal edilebilir bir işlem durumuna getiremez" (ACAR, s. 256). "Aksi durumda, kaynağını Anayasadan alan yetkiye dayanmayan işleme, anayasal dayanak kazandırmak söz konusudur. Bu, genelde işlem yapma gücüne sahip olmayana bu gücü kazandırmak (kamuda yetki, özelde ehliyet), özelde fonksiyon gaspında bulunan erke diğer erkin yetkisini tanımaktır. Buna Anayasa 6/III-son hükmü engeldir. Dolayısıyla, "iptal davasının açılma süresine ait AY 151. maddesinin, yasama işleminin hükümsüzlüğünün tespiti istemine / davasına uygulanması söz konusu değildir" (ACAR, s. 258).

[55] Gizem Karakış'ın 14.05.2020 tarihli haber yazısı, www.hurriyet.com.tr erişim 20.05.2020.

[56] 1924 Anayasası, www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.html.

Bu Anayasa hükümleri, tek parti döneminde parti devleti iddiasının doğru ve geçerli olmadığını ortaya koymaktadır. Bu Anayasadaki Cumhurbaşkanı andı hükmünde de partiyle ilgili bir ifade bulunmamaktadır[57]. Ancak, tek parti döneminde, 1935'e kadar parti hükümet üzerinde etkili değildir[58]. 1935 Kurultay'ı ile 1924 Anayasasına aykırı olarak fiili şekilde parti ile iktidar arasında özdeşleşme başlamıştır. İktidar partisinin birisi doğrudan bu konuda olmak üzere[59] bazı uygulamaları[60], tek parti dönemi parti iktidar özdeşleşme uygulamalarından farklı değildir. Dolayısıyla, ileri sürülen düşüncenin bu kısmı hukukilikten ve ironik şekilde siyasi ciddilikten uzaktır.

Mustafa Kemal'e Atatürk soyadı, 1934 yılında 2587 sayılı Kanunla (RG sayı 2865) verilmiştir. Atatürk'ün milletin atası olarak kabulü ve

[57] 1924 Anayasası madde 38: "Cumhurbaşkanı, seçimden hemen sonra Meclis önünde söyle andiçer: "Namusum üzerine söz veririm ki; / Cumhurbaşkanı olarak, Cumhuriyet kanunlarını, milletin egemenlik esaslarını sayacağım; / Ve bunları müdafaa edeceğim; / Türk milletinin mutluluğuna bütün bağlılığımla, bütün kuvvetimle çalışacağım; / Türk devletine yönelik her tehlikeyi en son şiddetle önleyeceğim; / Türkiye'nin şanını, şerefini koruyup yükseltmek, üstüme aldığım görevin isterlerini, yerine getirmek için olanca varlığımla çalışmaktan asla ayrılmayacağım" (www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.html).

[58] "Rejim gerçi tek partili bir şef rejimi idi ama devlet, bir parti devleti değildi. Hükümet de bir parti hükümeti değildi. Hiçbir zaman da olmadı. Çünkü parti ve hükümet başkanları daima partinin üstünde kaldılar. Hükümet cihazını da daima partiden üstün ve etkili kıldılar. Parti politikası, parti mücadelesi, partinin emri ve direktifi daima şekilde kaldı" (PAKSOY, İrfan: Tek-Parti Dönemi Siyaset Kültürünün Sonrası Döneme Etkileri, Haziran 2008 Kayseri, s. 346 dn 1005, www.dkbb.gov.tr erişim 20.05.2020).

[59] "AKP, İş Bankası'ndaki CHP tarafından temsil edilen Atatürk hisselerinin hazineye devri için çalışmalar sürüyor. Devrin gerçekleşmesine yönelik çalışmalar, AKP Genel Başkan Yardımcısı Hayati Yazıcı başkanlığında parti genel merkezinde oluşturulan bir komisyon tarafından gerçekleştiriliyor. Hisselerin devrinin hukuki bir zemine oturtulması için değerlendirmelerin yapıldığı komisyonun dün gerçekleşen toplantısında, SPK Başkanı Ali Fuat Taşkesenlioğlu ve BDDK Başkanı Mehmet Ali Akben'in de yer aldığı öğrenildi. AKP Genel Merkezi'ndeki toplantıya katılan SPK ve BDDK başkanlarının yapılacak düzenlemenin içeriği ile ilgili görüşlerini bildirdiği kaydedildi" (www.a3haber.com. 19.02.2020, erişim 20.05.2020).

[60] Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığının 03.01.2020 tarihli açıklamasına göre, Cumhurbaşkanın başkanlığında, Dolmabahçe Çalışma Ofisi'nde yapılan devletin güvenlik toplantısına, Cumhurbaşkanı yardımcısı, dışişleri bakanı, milli savunma bakanı, AKP genel başkan yardımcısı, AKP grup başkanvekili, AKP sözcüsü, MİT başkanı, iletişim başkanı ve Cumhurbaşkanlığı sözcüsü katılmıştır. Bkz. 03.01.2020, www.iletisim.gov.tr, erişim 30.04.2020.

nitelendirilmesi, milletinin ona verdiği değerin ve önemin ifadesidir. Atatürk, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır. Her vatandaş gibi vasiyetname yoluyla mülkiyet hakkını serbestçe kullanma hakkına sahiptir. Atatürk, vasiyetnamesiyle bu hakkını kullanmıştır. Kişi Atatürk'ün, herhangi bir vatandaştan farkı yoktur. 1924 Anayasası ile de ona ayrıcalık tanınmamıştır. Soyadı, kişi varlığıyla ilgilidir. Kişi Atatürk ile milletin atası Atatürk, farklı iki kavramdır. İlki hukukidir, ikincisi etik–siyasidir. Siyasal bir amaçla, bu farkı kavramların aynılaştırılması, hukuki değil siyasidir. Buna karşın, sonuçta, kanunla vasiyetnamenin bozulmaya kalkışılmasının fonksiyon gaspı olmasından dolayı, yukarıdaki düşünce ile bu düşünce arasında bir fark bulunmamaktadır.

C) 1963 tarihli Anayasa mahkemesi kararını uygun bulan ve diğer gerekçelerle Atatürk'ün vasiyetnamesine dokunulamayacağı görüşü

Konuyla ilgili diğer bir görüşe[61] göre, Atatürk'ün vasiyetnamesi geçerlidir, içeriğine ve murisin iradesine müdahale edilmemelidir. Vasiyetname, Anayasanın 2, 13, 35, 134. maddeleri, AİHS 1. Ek Protokol ve Medeni Kanun hükümleriyle güvence altına alınmıştır. "CHP'nin İş Bankası'nda bulunan hisselerine kanun çıkarmak suretiyle müdahale edilebilir mi, kamu yararı gerekçe gösterilerek, Atatürk'ün iradesi hilafına tasarrufta bulunulabilir mi?"[62]. Bu görüşe göre, kanunla, özüne dokunmamak ve tümü ile ortadan kaldırmamak koşuluyla, mülkiyet ve miras hakkı kısıtlanabilir. Ancak, kanunla kısıtlamanın, "bir gerçek veya tüzel kişinin malvarlığına özgülenmemesi gerekir"[63].

Görüşte, yukarıda sözü edilen 1963 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına değinilmiş, kanunla vasiyetname iptal edilemeyeceğinden, hukuken karar isabetli bulunmuştur. Ayrıca, anılan hisselere, kötü yönetim veya sübjektif nedenlerle müdahale edilmesinin doğru olmadığı açıklanmıştır.

"Anayasa m. 134/2 ile Atatürk'ün vasiyetnamesi korunmuştur. .. Bu nedenle; bir kamu yararı gerekçe gösterilerek Türkiye Cumhuriyeti'nin

[61] ŞEN, Ersan: Atatürk'ün Vasiyetnamesi ve İş Bankası Hisseleri, 16.05.2020, www.hukukihaber.net, erişim 20.20.2020.

[62] ŞEN, Atatürk'ün Vasiyetnamesi.

[63] ŞEN, Atatürk'ün Vasiyetnamesi.

kurucusunun Vasiyetnamesine ve iradesine dokunulamaz"[64]. Diğer yandan, görüşte, iktidar partisinin siyasi partilerin ticaretle uğraşma yasağı yoluyla hisselerin hazineye devrinin sağlamak istemesi düşüncesi de geçerli bulunmamıştır. Buna göre, "Ticari faaliyetin doğası gereği, kişide bir kazanç ede etme amacı ve gayreti olmalıdır. Vasiyet yoluyla CHP'ye intikal eden hisselerle CHP'nin ticaret yapmadığı ve kazanç elde etmediği, hem Vasiyetname içeriği ve hem de Anayasa m. 134/2 ile sabittir"[65].

Görüşe göre, hisselerin yalnızca mülkiyetinin el değiştireceği iddiası, böyle bir girişimin "Vasiyetnamenin içeriğine ve Atatürk'ün iradesine ve hakkın özüne müdahale anlamı taşır". İktidar partisi genel başkanının yukarıdaki açıklaması, siyasi içerikli ve geçersiz bulunmuştur. "Vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte de Devlet ve Hazine ile CHP ayrı tüzel kişiliklere sahiptir"[66].

Öncelikle, yukarıdaki görüşle ayrıldığımız temel konu ele alınacaktır. Görüşte 1963 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, kanunla vasiyetname iptal edilemeyeceğinden isabetli bulunmuştur. Yukarıda 1963 tarihli iptal kararıyla ilgili eleştirilerimiz, bu görüş için de geçerlidir. Kanunla vasiyetnameye müdahale, vasiyetnamenin bozulmaya kalkışılmasıdır. Vasiyetnamenin iptali veya hükümsüzlüğünün tespiti, yargının işidir. Kanunla yargının alanına müdahale fonksiyon gaspıdır ve yasama işlemi hukuken yok hükmündedir. Dolayısıyla, yukarıdaki görüş bu yönüyle geçerli olmayıp, görüşten temel ayrılma nedenimizi oluşturmaktadır.

Siyasi yaratılan sorunun odak noktası, yukarıda saptanmış ve vasiyetnameye müdahale edecek bir kanunun yoklukla geçersizliğine ilişkin düşüncemiz açıklanmıştır. Kanunla vasiyetnameye her müdahale fonksiyon gaspı olacağından, sorunun kanunun kamu yararıyla çıkarılması veya hakkın özüne dokunulmaması ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Anayasa 134/II ile sadece vasiyetnameyle hisselerin geliri ve kime verileceği korunmuştur.

Sonuç olarak, (a) kanunla vasiyetnameye müdahalenin yaptırımının fonksiyon gaspıyla yokluk olması, (b) kamu yararıyla kanunla vasiyetnameye müdahalenin de aynı yaptırıma bağlı bulunması nedenleriyle, yukarıdaki görüşün soruna temel bir çözüm getirebilmesi mümkün değildir.

[64] ŞEN, Atatürk'ün Vasiyetnamesi.

[65] ŞEN, Atatürk'ün Vasiyetnamesi.

[66] ŞEN, Atatürk'ün Vasiyetnamesi.

4. CHP'NİN İŞ BANKASI HİSSELERİNİN OLASI HAZİNEYE DEVRİ KANUNUNUN YOK HÜKMÜNDE OLMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

İşin en önemli ve can alıcı noktası, kanunla vasiyetnamenin bozulmasında, kanunun yokluğunun tespiti yerine iptal kararı verilmesiyle, fonksiyon gaspı ve keyfiliğin ödüllendirilmesidir.

Anayasa Mahkemesinin kanunun iptali kararı, geriye yürümez (AY 153/V). "Kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi veya Türkiye Büyük Milet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar" (AY 153/III-1).

Anayasa Mahkemesinin 1963 kararı ile bu kararı hukuka uygun bulanların görüşlerine göre, Atatürk'ün İş Bankası'ndaki hisselerinin kuru mülkiyetinin Hazineye devredecek kanun ve hükümleri, kanunun iptali ve iptal kararının Resmi Gazete ile yayımlanacağı tarihe kadar yürürlükte kalacaktır. Bu sürede hazineye devredilen hisselerle ilgili her türlü uygulama ve sonuçları yasal olacaktır.

Uzun sözün kısası iktidar, kanunun iptali ve iptal kararının yayımlanmasına kadar, Hazine aracılığıyla hisselerin mülkiyetiyle ilgili her türlü uygulamanın yapılmasını sağlayacaktır. Kanunun iptali kararının geçmişe yürütülmemesinden dolayı, Hazine ve Devlet iptale kadar olan sürede hisselerin yönetimine ilişkin uygulamalar ve sonuçlarından, hukuken tazmin yükümü altına girmeyecektir. İptalden sonra, hisselerin mülkiyetini mevcut durumuyla iade edecektir. İşte, bilerek veya bilmeyerek, kasıtla veya ihmalle, sonuçta yapılmak istenilen tam da budur.

Ancak, **Türkiye Cumhuriyeti, hukuk devletidir. Hukuk devletinde, fonksiyon gaspı ve keyfilik önlenir, yapılamaz ve ödüllendirilemez.**

Aksi iddiada olanlar şunu iyi bilmelidirler ki,

a. **Fonksiyon gaspıyla Atatürk'ün İş Bankasındaki hisselerin mülkiyetinin devri kanunu yoklukla geçersizdir, hukuken yok hükmündedir.**

b. **Yoklukla geçersiz kanun hiçbir zaman hukuki varlık kazanamaz ve hukuk düzeninde var olamaz.**

c. **Hukuken yok hükmündeki kanunla Atatürk'ün hisselerinin mülkiyeti Hazineye devredilmiş olamaz, vasiyetteki hisse mülkiyeti**

sahipliği tüm hüküm ve sonuçlarıyla kanunla etkilenmeden devam eder; bu arada hisselerin mülkiyetine keyfi müdahaleden doğan veya doğacak her türlü zararı Hazine ve Devlet tam olarak tazmin eder.

d. **Hukuken yok hükmündeki bir kanunu uygulayanlar hakkında memur suçları ile tazminat sorumluluğu doğacaktır.**

e. Ayrıca, cebir ve şiddet ve elverişli olmanın tanımlarına göre, fonksiyon gaspıyla anayasayı ihlal suçunun oluşup oluşmaması gündeme gelecektir.

SONUÇ

Demokratik hukuk devletinde, hiçbir kişi veya organ Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetki kullanamaz (AY 6/III-son). **Yasama organının, yargının alanına giren bir konuda kanun çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.** Yasama organının, diğer erklerin alanına giren konularda işlemde bulunması, fonksiyon gaspıdır. Fonksiyon gaspında, normu koyan veya işlemde bulunan, diğer erkin alanında işlem yapma hukuki gücüne (meşru otoriteye) sahip değildir. **Fonksiyon gaspında, yetkisiz otoritenin işlemi, yoklukla geçersizdir.** Yoklukta işlem hukuken var olmamıştır. Bir kanunun yokluğu mümkündür. **Yoklukla sakat işlemin iptali değil, yokluğunun tespiti söz konusudur.** Anayasa Mahkemesi, kanunun yokluğunu ve kesin hükümsüzlüğünü kabul eden kararlar vermiştir.

Atatürk'ün vasiyetnamesinin bozulması konusu, yargıda bağımsız mahkemelerin yetki ve görevindedir. Yasamanın, yargının alanına yetkisiz el atarak, Atatürk'ün vasiyetnamesini bozmaya yönelik çıkaracağı kanun, hukuken yok hükmünde olacaktır. Böyle bir kanunun iptali değil, anayasa yargısında yokluğunun tespiti söz konusudur.

Kanunla, Atatürk'ün vasiyetnamesinin bozulması, tipik fonksiyon gaspıdır. Böyle bir kanun yoklukla sakat olacaktır ve hukukilik kazanamayacaktır. **Anayasa Mahkemesi, fonksiyon gaspıyla sakat kanunu,** Anayasa 6/III-son'a aykırı bulup, iptaline karar veremez. Burada, sadece fonksiyon gaspına konu kanunun, yokluğunun tespiti yapılabilir. Anayasa Mahkemesi de, Anayasa ile bağlıdır (AY 11/I).

Anayasa Mahkemesi, Atatürk'ün vasiyetnamesinin iptaline ilişkin kanuna karşı açılacak davayı iptal davası kabul ederek, yasama organına yargıya (asliye hukuk mahkemesine) **ait bir yetkiyi veremez.** Aksi takdirde, Anayasa Mahkemesi, Anayasa 6/III-son hükmünü çiğneyerek, Anayasa dışı ve kesin hükümsüzlükle sakat bir karar vermiş olur.

İşin en önemli ve can alıcı noktası, kanunla vasiyetnamenin bozulmasında, kanunun iptali kararı, fonksiyon gaspı ve keyfiliğin ödüllendirilmesi demektir. **Ancak, fonksiyon gaspıyla Atatürk'ün İş Bankasındaki hisselerin mülkiyetinin devri kanunu yoklukla geçersizdir, hukuken yok hükmündedir. Yoklukla geçersiz kanun hiçbir zaman hukuki varlık kazanamaz ve hukuk düzeninde var olamaz.**

KAYNAKÇA

ACAR, Bülent Hayri: Kuruluş Tüzüğü Kesin Yasaklı Amaçlara Aykırı Olan Siyasal Partinin Tüzel Kişilik Kazanamaması, Bir "Kapatma Davası"nın Değil, Bir "Olumsuz Tesbit Davası"nın Konusudur, ABD 2002/1 Yıl 60.

ACAR, Bülent Hayri: Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, Ankara 2010.

AKİPEK, Ömer İlhan: Devletler Hukuku, İkinci Kitap, Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet, Üçüncü Bası, Ankara

ERDİNÇ, Burcu: İdari İşlem Kuramında "Yokluk", www.acikarsiv.ankara.edu.tr.

ERKUT, Celal: İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi (İHİD) Yıl 9 Sayı 1-3 1988.

GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargısı.htm.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996.

KANETİ, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1978.

MEYDAN, Sinan: Atatürk'ün Vasiyeti ve İş Bankası'ndaki CHP Hisseleri, Sözcü 17.02.2020.

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İkinci Baskı, Ankara 1993.

ÖYMEN, Altan: Atatürk'ün vasiyeti, Radikal 02.03.2006, www.radikal.com.tr

ÖZAY, İl Han: İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim, İstanbul 1994.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Anayasa 1986.

ÖZDEN, Yekta Güngör: Atatürk'ün vasiyeti, Sözcü, 02.03.2020)

PAKSOY, İrfan: Tek-Parti Dönemi Siyaset Kültürünün Sonrası Döneme Etkileri, Haziran 2008 Kayseri, s. 346 dn 1005, www.dkbb.gov.tr

RUMPF, Christian: Türk Anayasa Hukukuna Giriş, (Çev. Burak Oder), Ankara 1995.

ŞEN, Ersan: Atatürk'ün Vasiyetnamesi ve İş Bankası Hisseleri, 16.05.2020, www.hukukihaber.net

TAN, Turgut: İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Birinci Baskı, İstanbul Şubat 2001.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beşinci Bası, İstanbul 1998.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1996.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: Kamu Hukukuna Giriş, Devlet Tanım-Kaynak-Unsurlar, Ankara 1973.

E-Ticarette Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamındaki Haksız Şart Hükümlerinin Uygulama Alanı

Hilal YURT*

A. ELEKTRONİK TİCARET

1970'lerin petrol krizi, beraberinde getirdiği ekonomik çöküntü ve eş zamanlı gelişen bilişim teknolojileri endeksli 4. endüstri devrimi neticesinde; geleneksel endüstriyel üretim mekanizmaları ve bunların pazar alışkanlıklarını da tümüyle değiştirmiştir. Bilhassa 1990'lardan itibaren internet teknolojisinin kazandığı ivme ile sosyal iletişim siber alanlara taşınmış, haliyle ticari ilişkiler de fiziki mekâna bağımlı olmaktan kurtularak ağ tabanlı "kamusal alanlar" da kendisine yer bulmuştur.

Ticari ilişkinin iki temel aktörü olan alıcı ve satıcının *elektronik ortamda* buluşarak ürün veya hizmet satın alma gibi *ticari işlemlerini* gerçekleştirme faaliyeti elektronik ticaret olarak ifade edilmektedir.

* Avukat.

Elektronik ticaret, mal veya hizmetlerin elektronik ortamda, üretimine, pazarlanmasına, satımına ve dağıtımına yönelik gerçekleştirilen ticari işlemlerin bütünü olarak tanımlanabilir[1].

Elektronik ticaret sadece internet yoluyla yapılmamaktadır. Telekomünikasyon teknolojisinin sunduğu her türlü iletişim aracıyla yapılan faaliyet e-ticaretin kapsamına girmektedir[2]. Geniş bir yelpazeye yayılan e-ticaret araçlarının büyük bir kısmının günlük hayatta sıklıkla kullanılan araçlardan oluştuğunu söylemek mümkündür. Bu araçlar; internet, telefon, faks, televizyon, kiosk, elektronik ödeme ve para transfer sistemi ve elektronik veri değişimidir[3].

Satıcı ve alıcının geleneksel ticaretten farklı olarak -fiziki olmayan- siber bir mekânda bir araya gelerek gerçekleştirdikleri ticari işlemin sözleşmesel zemini de bilindik sözleşme kuruluş formlarından farklı olarak kendine özgü pratikler geliştirmektedir.

Özellikle e-ticaretin yaygınlaşmasındaki en önemli araçlardan biri olan internet; alıcı ve satıcıyı, alan ve zaman sınırlaması olmadan, düşük maliyetle bir araya getirebilme fonksiyonu sayesinde, yoğun ve sürekli ticari ilişkiler trafiğinin yaşandığı bir mekân niteliğini kazanmıştır. Öyle ki e-ticaretin kendine özgü hız ve yoğunluğu, alıcı ve satıcıların her bir e-ticaret faaliyetleri için tarafı oldukları/olacakları sözleşmeleri münferiden, detaylı olarak değerlendirme ve müzakere etme imkânının makul ve mümkün olmadığı bir süreklilik ve sıradanlık kazanmıştır. E-ticaretin bu yoğunluk ve süreklilik hali, satıcıların, ticari ilişkinin temelini oluşturan sözleşmelerin tanzimi ve kuruluşu bakımından işlevsel pratikler meydana getirmesi sonucunu doğurmuştur.

Bu pratiklerden biri de bilhassa internet sitesi üzerinden gerçekleştirilen ürün/hizmet satışında, satıcı tarafından alıcıya bildirilen "Genel Şartlar"ın altında yer alan kabul butonuna basılarak kurulan click-wrap adı verilen sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kuruluş tekniği itibariyle "onay butonunun

[1] Güngör, Gülin, *"Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı". AÜHFD, 2002, C. 51, Sy. 1, s. 19*

[2] Koçal, C. (2012). Uluslararası Perakendecilikte Rekabet Stratejileri ve E-Ticaretin Etkisi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi.

[3] Uluçay, U. (2012). Dünyada Ve Türkiye'de E-Ticaret: Tüketicilerin İnternet Üzerinden Alışveriş Alışkanlıkları Üzerine Bir Uygulama. Ankara: Atılım Üniversitesi.

tıklanması" eylemiyle teknik olarak gerçekleşmekte ve böylelikle ticari faaliyet akışı hız kazanmaktadır.

Click-wrap olarak anılan bu sözleşmeler hukuki bakımından katılmalı (İltihakî) sözleşme olarak nitelendirilmektedir. İltihakî sözleşmelerde, sözleşme şartlarının bir kısmını ya da tamamını taraflardan biri önce-den belirlemiş olup, diğer tarafın sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak veya sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmekten başka seçeneği bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmelerde taraflar sözleşmenin içeriği ve şartları üzerine görüşüp müzakere etmezler.[4]

Elektronik sözleşmelerden ise özellikle web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde, sözleşme şartları sitenin sahibi tarafından tek taraflı olarak hazırlanmakta ve muhataba bu şartlar üzerinde müzakere etme imkânı tanınmamaktadır. Genel işlem şartları olarak nitelendirilen bu şartlar karşısında, muhatabın iki seçeneği vardır: Ya sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak ya da bu sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmek[5].

E-ticaretin hız ve süreklilik nitelikleri itibariyle işlevsel bir niteliği haiz olan matbu nitelikteki sözleşme metinleri, taraflara hızlı bir şekilde ticaret yapabilme imkânı sağlamakla beraber sözleşmeyi hazırlayan tarafın koşullarını diğer tarafa tartışma ve pazarlık olanağı vermeden dayatması sonucunu da doğurmaktadır. Bu itibarla söz konusu genel işlem koşullarının hukuk düzeninde nasıl karşılık bulduğunun tespitinin, e-ticaretin hukuki niteliğinin ortaya konulması bakımından büyük önem teşkil ettiği açıktır.

A.1. İLGİLİ MEVZUAT

E-ticaret kapsamında tanzim edilen elektronik sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının hukuki olarak doğurduğu sonuçlar bakımından esas alınacak güncel mevzuat günümüz itibariyle şöyledir:

- 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun *(Yürürlük Tarihi: 23.10.2014)*

[4] Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.

[5] Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 34–35; Sözer, s. 115–116.

- Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik *(29457 sayılı Resmi Gazete, Yürürlük Tarihi: 26.08.2015)*
- Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik *(29417 sayılı Resmi Gazete, Yürürlük Tarihi: 15.07.2015)*
- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- 6098 sayılı Borçlar Kanunu
- Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik *(29033 sayılı Resmi Gazete, Yürürlük Tarihi: 17.06.2014)*
- Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği *(29188 sayılı Resmi Gazete, Yürürlük Tarihi: 27.10.2014)*

Elektronik ticarette ve elektronik sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespiti için e-ticaretin iki önemli tasnifini göz önünde tutmak faydalı olacaktır.

İlk olarak e-ticarete konu olan ürün ve hizmetlerin niteliğine bağlı olarak ifalarının internet ortamında gerçekleşip gerçekleşmemesine göre doğrudan ve dolaylı elektronik ticaret ayrımı söz konusu olmaktadır. Bu ayrım borçlar kanunun sözleşmenin ifasına ilişkin sonuçları bakımından önem taşımakta ise de, bu yazı kapsamında değerlendirmeye alınacak bir tasnifi işaret etmemektedir. Zira genel işlem koşulları sözleşmenin kuruluş aşamasına ilişkin bir kavramdır.

İkinci bir tasnifte ise elektronik ticaret, ticari ilişkiye taraf olanların sıfatına göre; tacirler arası işlemler (business to business, B2B), tacirlerle tüketiciler arası işlemler (business to consumer, B2C), tüketiciler arası işlemler (consumer to consumer, C2C) tacirlerle idare arası işlemler (business to administration, B2A), devletten halka e-ticaret (goverment to citizens, G2C) gibi ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrım önemlidir. Zira genel işlem koşullarının incelenmesi bakımından esas alınacak mevzuat her bir ticari ilişki kategorisine göre değişecektir.

- Her iki tarafın da tacir olduğu işlemlere ilişkin öncelikli olarak Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri, hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri,

- Her iki tarafın da tüketici olduğu işlemlere ilişkin Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri,
- Tacilerle tüketiciler arasındaki işlemler için öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, genel hükümler bakımından Borçlar Kanunu'nun amir hükümleri esas alınacaktır.

Taraflardan birinin idare birinin ise tacir/tüketici olduğu işlemler hali hazırda ülkemizde mevcut e-devlet uygulamalarının içeriği de göz önünde bulundurulduğunda, hukuki anlamıyla bir ticari ilişkiyi ifade etmediğinden bu yazı kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Bu itibarla e-ticaretin taraflarından kaynaklanan ayrım gözetilerek genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı; tüketici işlemleri detaylı olarak incelenmek üzere; Borçlar Kanunu'nun genel ilkeleri bakımından ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un özel hükümleri bakımından ayrıca değerlendirilmesi yapılacaktır.

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Genel işlem koşullarının, modern iş ve ticaret hayatında standart sözleşme metinleri oluşturmak suretiyle mal ve hizmet sunumlarında yeknesaklık ve çabukluk sağlamak, hukuki açıklık ve öngörülebilirliği temin etme ile organizasyonların risk hesabını sağlıklı biçimde yapabilmelerini mümkün kılması gibi faydaları vardır. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin soyut ve karmaşık yapısı ile uzman kimselerce her detayın düşünülerek hazırlanması ve sözleşme şartları üzerinde herhangi bir müzakere yapılmaması neticesinde akdi risklerin hemen hepsinin koşulları kullanan tarafından diğer yan üzerine atılması tehlikesi doğabilmektedir[6].

Ayrıca genel işlem koşulları, tamamlayıcı hukuk kurallarını ortadan kaldırarak, koşulları kullanan lehine hükümler sevk etmek suretiyle kanunun kurduğu menfaatler dengesini ortadan kaldırmaktadır[7]. Tamamlayıcı hukuk

[6] TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s.268; YELMEN, s.62-68; ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme Mi?, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Derleyen: Çiğdem Kırca), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.110-115; REHBINDER, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çeviren: Ömer TEOMAN), İÜHF Mecmuası, C:42,S:1-4, 1976, s.643-64

[7] GÜMÜŞ, s.50-51; ANTALYA, s.405; ATAMER, Denetlenme, s.31; YELMEN, s.68; KAYIHAN, s.139; YAVUZ, s.274

kuralları, tarafların bir sözleşme ilişkisinde düzenlemedikleri hususlar hakkında kanunun taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek sevk etmiş olduğu boşluk doldurucu niteliği haiz hükümlerdir. Genel işlem koşullarına ilişkin denetim öngören kanun hükümleri, tamamlayıcı hukuk kurallarının ortadan kaldırılmasıyla bozulan taraflar arasındaki menfaat dengesinin yeniden tesisine yönelik önemli bir fonksiyon üstlenmektedir[8].

E-ticaret faaliyetleri kapsamında meydana getirilen sözleşmelerdeki genel işlem koşulları da, geleneksel ticari faaliyetlerde olduğu gibi menfaat dengesinin tesis edilmesi bakımından kanuni denetimlere tâbidir. Anılan bu "denetim" hususu öncelikli olarak Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin genel ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Borçlar Kanunu'nda ifade edilen ilkeler ve temel prensiplerin yanı sıra e-ticaretin aktörlerine göre ayrıca özel kanun hükümleri kendine uygulama alanı bulacaktır.

Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler sözleşmenin taraflarının niteliğine bakılmaksızın kanunun aradığı şartları taşıdığı takdirde her sözleşmede tatbik alanı bulabilecek hükümlerdir. Bu itibarla metodolojik olarak, öncelikle genel işlem koşullarının temel ilkelerini ortaya koymak adına Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri incelenecek; Ticaret Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun vb. muhtelif kanunlarda düzenlenen hükümler münhasıran kapsamına aldıkları kimseler ve hukuki ilişki tiplerinde tatbik alanı bulduğundan, e-ticarette genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanları tespit edilecektir.

B.1. BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Genel işlem şartları borçlar hukukunun yazılı kaynakları arasındadır. Türk Borçlar Kanunu madde 20/1'e göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli nitelendirmede önem taşımaz.

---

[8] ERSÖZ Oğuz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, Yıl 3 Sayı 1, s.76

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

E. Genel işlem koşulları

I. Genel olarak

MADDE 20- Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

- Taraflardan birinin sözleşme koşullarını tek başına hazırlamış olması; yasa maddesinde ifade edilen bu husus sözleşme maddelerinin sözleşmenin her iki tarafının eşit koşullarda karşılıklı müzakere sürecine girmeksizin, salt bir tarafın düzenlemesidir.
- İleride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanmış olması; diğer tarafın müzakeresine kapalı matbu bir metin formatını ifade etmektedir.
- Hazırlanan sözleşmenin diğer tarafa sunulması; sözleşmeyi hazırlayan tarafın koşullarını diğer tarafa tartışma ve pazarlık olanağı vermeden dayatması durumudur.

Genel işlem koşullarının muhatabı olan sözleşmenin diğer tarafı şayet bu genel işlem koşullarını inceleyip kabul etmiş yahut kabul etmeksizin kendi koşulları yönünde değiştirmişse genel işlem koşullarına ilişkin aşağıda detaylı olarak izah edilecek olan yaptırımlar uygulanmayacaktır.

B.1.1. Genel İşlem Koşullarına Karşı Koruma

a. Yazılmamış Sayılma

MADDE 21- Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

Burada bu tür hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yeni "yokluk" türünde bir yaptırım söz konusudur. Bu hükümlerin diğer taraf için bağlayıcı olmaması bir ifade açıklamasını ya da dava açılmasını gerektirmez[9].

Genel işlem koşulunun yazılmamış sayılmasını kabul etmek için gerekli olan şartlar şunlardır:

- Diğer tarafın genel işlem koşulları hakkında bilgilendirilmemiş olması; yasada ifade edilen "açıkça bilgilendirme" genel bir açıklamayı değil, samimi açık, tereddüte yer vermeyecek biçimde gerçekleşmelidir.
- Diğer tarafın koşulları kabul etmemiş olması; diğer taraf genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgilendirilmiş olmasına rağmen bunları kabul etmemiş olmalıdır.
- Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan koşulların bulunması; bu nitelikteki genel işlem koşullarının başkaca bir koşul aranmaksızın yazılmamış sayılacağı kabul edilmiştir.

Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi:

MADDE 22- Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Bu madde ile sözleşmenin genel işlem koşullarından yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olan hükümler dışında hüküm ve sonuç doğuracak ve bu hükümler hariç sözleşmenin ayakta kalacaktır.

[9] KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ekim 2013, sf 118

b. Aleyhe Yorum Yasağı

MADDE 23- Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.

Burada genel işlem koşullarının yorum denetimi söz konusudur.

c. Tek Taraflı Olarak Aleyhe Değiştirme Yasağı

MADDE 24- Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.

d. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Aleyhe Hüküm Koyma Yasağı

MADDE 25- Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

Tarafların konuları, özellikle bir tarafın diğer taraf üzerinde hakim konumda olup olmadığı, konulan hükmün emsal emsal sözleşmelerde uygulanmasının alışılagelmiş olup olmadığı, şaşırtıcı nitelikte bir hüküm olup olmadığı gibi hususlar dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesi gereken hususlar olup bunların dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulduğu sonucuna varıldığı takdirde bu hükümler yazılmamış sayılacaktır.

B.2. E-TİCARETTE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANLARI

B.2.1. İşletmeden İşletmeye E-Ticaret (Business to Business, B2B)

İşletmeler arası e-ticaret olarak da bilinen bu modelde, işletmeler tedarik zincirinin tüm aşamalarında birbirileriyle ilişkilerinde elektronik ortamı kullanırlar. Eğer ürün ve hizmet, satıcıdan yine satış yapmak üzere başka bir satıcıya geçiyorsa burada tacirler arası e-ticaret söz konusudur. Özellikle, elektronik veri değişimi (EDI), bilgi sağlama hizmetleri, ürün bilgisi değişimi, danışmanlık veri tabanı kullanımı gibi faaliyetler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bir internet sayfasına kayıt olan mağazalar, toptancılar

ve üreticiler bu web site üzerinden tüm faaliyetlerini gerçekleştirmesi B2B' ye örnek olarak verilebilir.[10]

Bu ticari ilişkide önemli olan unsur, e-ticaret işleminin aktörlerinin her ikisinin de tacir olmasıdır. Ticaret Kanunu, bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kişiyi tacir olarak tanımlamaktadır (TTK m.12/1). Yine Ticaret Kanunu m.12/2'ye göre tacir sayılan bir kimse tacir olmaya bağlanan tüm sonuçlara tabi olur. Bu sonuçlardan biri de, tarafının tacir olduğu ticari niteliği haiz iş ve işlemlerde Ticaret Kanunu'nun öncelikli olarak uygulama alanı bulacağı hususudur.

O halde tacirler arasında gerçekleşen e-ticaret faaliyeti kapsamında düzenlenen sözleşmelerin ihtiva ettiği genel işlem koşulları bakımından hangi mevzuatın uygulanması gerektiği ayrıca değerlendirilmesi gereken bir mevzu halini almaktadır.

Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşullarına ilişkin madde 20-25 hükümleri sözleşmenin taraflarının niteliğine bakılmaksızın kanunun aradığı şartları taşıdığı takdirde her sözleşmede tatbik alanı bulabilecek hükümlerdir.

TTK' da ise genel işlem koşulları, TTK m.55/1-f' de belirtilen durumlardan birine uyması halinde haksız rekabet teşkil eden haller arasında gösterilmiştir. TTK m.55/1-f hükmü ile genel işlem koşullarının haksız rekabet teşkil ettiği hallere yönelik ticari bir hüküm getiren TTK öncelikle uygulama alanı bulur (TTK m.1/2)[11] Bu itibarla, ticari niteliği haiz iş ve işlemlerde genel işlem koşulları denetimi haksız rekabet hallerine münhasır biçimde TTK m.55 çerçevesinde değerlendirilecektir.

Ancak bahsi geçen hükmün uygulanması için aranan haksız rekabet teşkil etmeyen ticari sözleşmelerde genel işlem koşullarının varlığı halinde tacirin korunması için Borçlar Kanunu hükümlerinin tatbik edilip edilmeyeceği hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu konuda doktrinde muhtelif tartışmalar olmakla birlikte; baskın görüşe göre; ticari işletmesi ile ilgili birçok hukuki işleme girişen tacir sıklıkla genel

---

[10] ÖZTÜRK Mehmet Halil, Elektronik Ticaret Kavramı, Yöntem Ve Uygulamaları, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı Pazarlama Stratejileri Bilim Dalı Doktora Tezi, 2016, s.13

[11] ERSÖZ Oğuz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, Yıl 3 Sayı 1, s.89

işlem koşulu ihtiva eden sözleşmeler de yaptığından söz konusu koşulların hüküm ve sonuçlarını öngörebilecek konumda olması beklendiğinden ve aynı zamanda tacirin, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü (TTK m.18/2) bulunması nedeniyle Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin denetim maddelerinin sağladığı korumadan yararlanmaması gerektiği yönündedir.[12]

Ancak e-ticaretin katılımcılarının çeşitliliği yönünden küresel bir boyut kazandığı göz önünde bulundurulduğunda, basiretli ve tecrübeli olması beklenen tacirin elektronik ortamda bir sözleşmenin kuruluşunda herhangi bir etki ve pazarlık imkânına sahip olamadığı ve karşı taraf tarafından dayatılan koşulları kabul etmeksizin sözleşmeyi kuramayacağı durumlar pek ala sıklıkla karşılaşılan bir durum haline gelmiştir. Sözgelimi genel işlem koşulları kullanan tarafın piyasada tekel niteliğine sahip olması durumunda tacirin pazarlık iktidarının fazla olamayacağı her türlü izahtan varestedir.

Bu durumda bulunan tacirin de tümüyle genel işlem koşullarının himayesinden mahrum bırakılması da Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarının denetimi ile gözetmiş olduğu tarafların menfaat dengesinin sağlanması ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Doktrinde bu hususa ilişkin, somut olaya göre sınırlı hallere özgü istisna niteliğinde olmak üzere tacirin de (örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında olduğu haller vb.) TBK m.20-25'in öngördüğü korunmadan yararlanabilmesinin mümkün olabileceğine ilişkin görüşler de mevcuttur[13].

B.2.2. Tüketiciden Tüketiciye E-Ticaret (Customer to Customer, C2C)

Elektronik ticaretin gelişmesiyle birlikte tüketicilerin sadece işletmelerle değil birbirleri arasında da e-ticaret yapabilmelerine olanak sağlanmıştır. C2C e-ticaret modelinde tüketicilerin özellikle kullanılmış eşyalarını ya da

[12] ERSÖZ Oğuz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, Yıl 3 Sayı 1, s.96

[13] ERSÖZ Oğuz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, Yıl 3 Sayı 1, s.99

tüketicilerin kendi ürettikleri birtakım "online açık artırma" veya "online satış" ile satabilecekleri modeldir.

Pratikte bu tür alım- satım işlemleri üyelerinin satmak istedikleri mallarını tanıtmalarına, satış işlemlerini gerçekleştirmelerine imkân veren alışveriş platformu işleticilerinin tesis etmiş olduğu web siteleri üzerinden gerçekleşmektedir. Kullanıcılar öncelikle söz konusu sitelerin üyelik sözleşmesini kabul edip onaylayarak siteye üye olmakta, daha sonra diğer üyeler ile aralarında alım-satım işlemleri yapmaktadırlar.

Taraflarının tacir olmadığı ve satış konusunun ticari işlem kapsamında değerlendirilmediği bu tür adi borç ilişkilerinde, borç ilişkisini meydana getiren "satış sözleşmesi"nde genel işlem koşullarının mevcut olması halinde Borçlar Kanunu m.20-25'in uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır.

Ancak ifade etmek gerekir ki, internet satış platformlarında satıcı ve alıcı bakımından "genel işlem koşulları"nın gündeme gelmesi yalnızca tarafı oldukları "satış sözleşmesi" ile sınırlı değildir. Bu tarz ticari işlemlerin pratikte üç ayrı tarafı ve iki ayrı sözleşmesi bulunmaktadır: Bir yandan platform işleticisinin, platformda uyulması gereken kuralları belirlediği "üyelik sözleşmesi", diğer yandan da kullanıcılar arasındaki "satış sözleşmesi".

Bu nedenle internet platform sahibine ait genel işlem koşullarının, üçüncü kişilerin platform üzerinde gerçekleştirdiği sözleşmelerin içeriğine etkisi ve genel işlem koşulları bakımından akıbetine kısaca değinmek gerekecektir.

B.2.2.1. İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğine Etkisi

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, uygulamada en çok tüketiciden tüketiciye e-ticaret modelinde karşılık bulması nedeniyle C2C ticaret modelinin bir alt başlığı olarak incelenecek olan "internet platform sahibine ait genel işlem koşullarının, üçüncü kişilerin platform üzerinde gerçekleştirdiği sözleşmelerin içeriğine etkisi" hususu; çeşitli işletmelerin, mal veya hizmetlerini tanıtmalarına ve bunları satmalarına, ihtiyaç duydukları ürünleri satın almalarına imkân veren ve web sitesi şeklinde oluşturulmuş sanal ticaret merkezleri olan elektronik pazaryerlerinde ticaret yapan tacirler bakımından da önem teşkil eden bir husustur.

Platform işleticileri tarafından tek yanlı olarak hazırlanan ve kullanıcıların her biri tarafından onaylanan "üyelik sözleşmesi" hükümlerinde, kullanıcıların birbirleri ile aralarında akdettikleri sözleşmeler kapsamında uyması gereken pek çok davranış kuralı yer almaktadır. Örneğin "letgo-internet sitesi", alıcı ve ilan sahibinin birbirlerine ırkıyla, diniyle ya da cinsel tercihleri ile ilgili sorular sormasını yasaklar[14].

Keza internet platform işleticilerinin bazıları, üyelik sözleşmesine "işbu koşullar taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmenin eki ve ayrılmaz bir parçasıdır" hükmünü eklemektedir.

Bu halde platform sahibinin üyelik sözleşmesinde yer alan koşullar ve taraflar arasındaki satış sözleşmesi arasındaki ilişkinin ne olduğu sorusu "genel işlem koşulları"nın denetimi bakımından önem teşkil eden bir husustur.

Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere genel işlem koşullarını düzenleyen ve kullanan kimselerin aynı kişi olması gerekmemekle beraber, kullanan kişinin yani sözleşmenin kurulması anında önceden hazırlanan genel işlem koşullarını sunan ve bunların sözleşmeye dâhil edilmesini dayatan kişinin, sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Sözleşmenin her iki tarafının mutabık olması sonucu üçüncü kişi tarafından düzenlenen hüküm ve koşulların sözleşmeye dâhil edilmesi, taraflardan birisine ya da ikisine "kullanan" sıfatını kazandırmamaktadır. Çünkü her şeyden önce kullanan kişi, sözleşme içeriğini tek başına düzenleme ve değiştirme yetkisine sahip bulunmaktadır. İnternet platformunda yapılan satış işlemi taraflarından hiç birisi genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan, bunun sözleşme içeriğine dâhil olması hususunu karşı tarafa dayatan ve bu koşulların içeriğini serbestçe belirleme yetkisine sahip olan kişi konumunda değildir.[15]

Üyelik koşullarının taraflar arasındaki satış sözleşmesinin içeriğine etkisi hususu doktrinde tartışmalı olmakla beraber baskın görüş kullanıcılar arasında kurulan sözleşmenin öneri ve kabul aşamalarında ortaya konan irade

[14] KARAASLAN Pelin, İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğine Dâhil Edilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4–Sayı: 2–Temmuz 2018–s. 260

[15] KARAASLAN Pelin, İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğine Dâhil Edilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4–Sayı: 2–Temmuz 2018–s. 260

beyanları platform sahibinin üyelik sözleşmesi koşullarını da içine alacak şekilde yorumlama esasına dayanan güven teorisidir[16].

Bu teoriye göre kullanıcıların her birinin platform işleticisinin genel işlem koşullarından haberdar olması ve hatta bunu onaylaması dürüstlük ve güven ilkesi gereği tarafların irade beyanlarının bu hususları da içerdiğini gösterir[17].

Platformda gerçekleştirilen satış sözleşmesinin satıcı tarafında yer alan kullanıcının, platform sahibinin üyelik sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin yanında kendi genel işlem koşullarını kullanması da mümkündür. Söz konusu genel işlem koşullarının kapsam, içerik ve yorum denetimlerinde, bu koşulların (şayet varsa) üyelik sözleşmesi ile çelişen hükümleri ayrıca ve dikkatle incelenerek değerlendirmeye tabi tutulmalıdır[18].

B.2.3. İşletmeden Tüketiciye E-Ticaret (Business to Customer, B2C)

İşletmeden tüketiciye e-ticaret, herhangi bir işletmenin ürünlerini, özelliklerini ve fiyatlarını adeta mağaza vitrinindeymiş gibi görsellerle zenginleştirerek web sayfası üzerinden alternatif ödeme yöntemleriyle birlikte satışa sunması, satın alınan ürünlerinse tüketicilerin kapılarına kadar teslim edilmesidir. Bunun yanında, işletmeye ait web sitesinin gezilmesi, hizmetler hakkında bilgi alınması ve satış sonrası destekler de B2C e-ticaret modelinin faaliyetlerindendir[19].

Tüketici ise, kanunun lafzıyla ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir (TKHK m.3/1-k). Eş deyişle, tüketici bir mal veya hizmeti, ticari veya mesleki kaygılar taşımaksızın kendi kişisel ihtiyaçlarını gidermek için nihai olarak kullanan kimsedir. Amacın mesleki veya ticari olup olmadığı alıcının davranış tarzına göre saptanır.

---

[16] KARAASLAN Pelin, İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğine Dâhil Edilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4–Sayı: 2–Temmuz 2018–s. 269

[17] Dörre / Kochmann, a.g.e, s. 36 f.; Ulrici, a.g.e, s. 949; Rüfner, a.g.e, s. 598.

[18] KARAASLAN Pelin, İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğine Dâhil Edilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4–Sayı: 2–Temmuz 2018–s. 271

[19] Bulut, Z. A. (2009). Elektronik Pazarlamada Stratejik Konumlandırma Süreci: Türkiye Uygulamaları. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi (Doktora Tezi).

Kişisel ihtiyaçları kapsamında olmayan örneğin belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, tekrar satış, ticari olarak kullanma gibi amaçlarla da alıcı olunabilir. Ancak bir mal veya hizmeti, söz konusu olan bu amaçlarla satın alan kimseler tüketici sayılmaz.[20]

B.2.3.1. İşletmeden Tüketiciye E-Ticaretin Temel Araçları

• İnternet

İnternet üzerinde B2C türü ticari işlemler, satıcının kendi web sitesi, satıcının da üye olduğu sanal pazaryerleri yahut sosyal paylaşım platformları üzerinden gerçekleşmektedir.

Satıcı ile satıcının web sitesini görüntüleyen kişi arasında kurulan sözleşmede, sözleşmenin tüm şartları, satıcı tarafından düzenlenmiştir. Alıcının, bu şartlarda değişiklik yapmak gibi bir seçeneği yoktur. Alıcı, iradesini, satıcının önceden belirlemiş olduğu formata uygun olarak ortaya koymaktadır. Alıcı, ekrandaki sipariş formunu doldurur ve satıcının siparişi kabul etmesiyle sözleşme kurulmuş olur. Diğer tarafın, sözleşme şartlarını müzakere ederek değişiklik yaptırabilmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Satıcının da üyesi olduğu satış platformları, sanal pazaryerlerinde sözleşme ve genel işlem koşullarına ilişkin değerlendirme B.2.2.1. maddesinde ayrıntılı olarak izah edilmiştir.

• Akıllı Telefon

Elektronik ticaretin cep telefonlarıyla yapılmasına mobil ticaret adı verilmiştir. Cep telefonları gelişmiş özellikleri ve hızlı internet bağlantı paketleri aracılığıyla her an her yerde e-ticaret kanallarına ulaşabilmekte ve hizmet sağlayıcı/satıcının mobil uygulaması vasıtasıyla elektronik bankacılık işlemlerinin şifre kontrol gibi çeşitli güvenlik kontrolleriyle birlikte e-ticaret gerçekleşebilmektedir.

[20] DERYAL, Yahya / KORKMAZ, Yakup, Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3.Baskı, Ankara 2015, s.50-51; 23.HD. T.16.3.2015, E.201

• Kiosk

İngilizce' de büfe anlamına gelen kiosk, havaalanları ve alışveriş merkezleri gibi kalabalık alanlarda satış yapma amacıyla kullanılan cihazlardır. Özellikle havaalanlarında çevrimiçi bilet satışı, sinema ve tiyatro gibi sanat etkinliklerinde çevrimiçi bilet satışları bu cihazlar aracılığıyla yapılmaktadır. Kioskların genel olarak kullanımları, telefon kontör yükleme, bilet kesme, çevrimiçi bankacılık hizmetleri, ürün ve hizmet tanıtımları gibi alanlardadır[21].

• Elektronik Ödeme ve Para Transfer Sistemi

"ATM" (Automatic Yeller Machines) gibi sistemleri, kredi kartları ve benzeri sistemler e-ticaret' in ayrılmaz bir elementi haline gelmiştir. ATM cihazları, sanayileşen toplumlarda önemli bir nakit aracı konumundadır. Kredi kartları sayesinde, kullanıcılar hesaplarındaki tüm hareketleri izleyebilmekte, kredi limitini görebilmekte ve neredeyse tüm bankacılık hizmetlerini birebir kendisi gerçekleştirebilmektedir.[22]

• E-posta

Elektronik posta yoluyla kurulan sözleşmelerde, iltihaki sözleşme olma özelliği, web sayfası üzerinden kurulan sözleşmelerde olduğu kadar belirgin değildir. Elektronik posta aracılığıyla düzenlenerek gönderilen sözleşme metni, eğer karşı tarafın müzakereye açık olduğu bir taslak metin şeklinde düzenlenmiş ise ve sözleşme metni kendisine gelen taraf, bu metinde istediği değişiklikleri, müzakereler sonucunda yaptırabilmek olanağına sahip ise, bunun bir iltihaki sözleşme olduğundan bahsetme olanağı yoktur. Ancak eğer matbu bir sözleşme metni gönderiliyor ve sözleşme metnini mevcut haliyle kabul ya da red seçenekleri dışında bir imkân kişiye sunulmuyor ise, bunun bir iltihaki sözleşme olduğunu kabul etmemiz gerekir[23].

---

[21] Zerenler, M. (2013). Dijital İş Yaşamı: Tüm Boyutlarıyla Elektronik Ticaret, Ankara: Gazi Kitabevi.)

[22] (Bacchetta, Low, Mattoo, Schuknecht, Wagerand, & Wehrens, 1998, s. 8-9; Çak, 2002, s. 25).

[23] Olcay KÜÇÜKPEHLİVAN, SÖZLEŞMELERİN İNTERNET ARACILIĞI İLE KURULMASI ve GEÇERLİLİĞİ, ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara-2006,s.93

B.2.3.2. İşletmeden Tüketiciye E-Ticaretin Temel Sözleşme Tekniği (Click-Wrap)

Türkçeye "Tıklama Yoluyla Kurulan Sözleşme" olarak çevrilebilecek click-wrap terimi muhatabın icapçının icabını bilgisayar ekranı üzerindeki bir alana fare imleci ile tıklamak suretiyle kabul ettiği sözleşmeler için kullanılmaktadır. B2C e-ticaret modelinin uygulama alanı olarak sayılan internet, akıllı telefon, kiosk, ATM'lerde günümüz itibariyle bu elektronik – yazılım sistemi uygulanmaktadır.

Click-wrap'de kabul beyanının muhatap tarafından yine bilgisayarda yapacağı bir eylem ile (ki çoğu zaman bu eylem bir ya da birden fazla tıklama ya da tuşa basmadan ibarettir) açığa vurulmasını hedeflemektedir. Bu nedenle, bilgisayar ekranında bir nesneye tıklama, nesneyi taşıma, çekme, yer değiştirme, silme ya da yazma vs. şekillerde oluşturulan sözleşmeler de "click-wrap" sözleşmeler arasında değerlendirilmelidir.

Bu sözleşmelerin pek çok örneğinde sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler kabul beyanı bu yolla oluşturuluncaya kadar ifa edilmemekte ve böylece sözleşmeyi kurmak isteyen muhatap belirtilen şekilde bir beyanda bulunmaya zorlanmaktadır. Click-wrap sözleşmelerin bugün için neredeyse tüm yazılım lisans anlaşmalarında ve web siteleri aracılığıyla akdedilen sözleşmelerin ezici bir çoğunluğunda kullanıldığını belirtmek gerekir.[24]

Matbu ve önceden hazırlanmış içerikteki click-wrap sözleşmeler ile muhteviyatındaki genel işlem koşulları, alıcının karşısında bulunan satış ekranında uzunlukları 15 ila 50 sayfa arasında değişen ve genellikle karmaşık terimler içeren, okunaksız küçük puntolarla yazılmış olarak textbox (metin kutusu) içerisinde alıcının onayına sunulmaktadır.

Satıcı tarafından standart olarak sunulan ve müzakereye kapalı olan bu sözleşme metinlerinin sonunda, "açıkça bilgilendirme yükümlülüğü"nün yerine getirildiğinin ispat riskini bertaraf etmek üzere, tüketici tarafından münferiden işaretlenmek üzere konumlandırılmış "Okudum, anladım, onaylıyorum" metnine yer verilmektedir. Bu beyan ayrıca işaretlenmeden sözleşmeyi kabul butonu aktif olmamakta ve sözleşme kurulamamaktadır.

[24] ÖZTÜRK Sinan Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlik Şartları) – İ.Ü.SBE. Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, sf.108

Tüketicinin akdettiği her bir sözleşme için tek tek sayfalarca uzunluktaki karmaşık ve teknik terimleri içeren sözleşme metnini okuyarak, rakip işletmelerinki ile mukayese etmiş olduğu ve kendisi için en elverişli olanı tahlil edilebildiği iddiasını zımnen içeren bu uygulamanın rasyonel bir yanının bulunmadığı tartışmasızdır.

İşte bu şekilde haksız ve tek yanlı olarak hazırlanmış sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması gerekmektedir. Bu tarz sözleşmelerde yer alan haksız şartların denetimi ise sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri gereği olacaktır. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı getirmiştir.

B.2. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARI: HAKSIZ ŞART

Genel işlem koşulları, 6502 sayılı TKHK' nın 5. maddesinde tüketici yönünden haksız şart adı altında birtakım farklılıklar ile düzenlenmektedir. Haksız şartın kapsamını tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalar oluşturmaktadır.

TBK'nın m.20-25 hükümlerinden evvel, TKHK'da düzenlenmiş bulunan haksız şart hükmü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalara öncelikle uygulanır. Zira TKHK, TBK'ya nazaran özel kanun niteliği göstermekte olup, TBK'dan sonra yürürlüğe konulmuştur. Eski tarihli kanunun genel, yeni tarihli kanunun özel niteliği haiz olduğu durumlarda ilke olarak yeni tarihli özel kanun tatbik olunur. Tüketici işlemleri söz konusu olduğunda ancak TKHK'da boşluk bulunduğu hallerde TBK hükümleri tatbik alanı bulur. Bu husus TKHK' da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin m.83/1 hükmü ile de açıkça belirtilmektedir.

TKHK ve yönetmelik uyarınca haksız şart, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları anlamına gelir (TKHK m.5/1, TSHŞHY, m.4/1-c). 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesi şöyledir:

Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar

*MADDE 5-(1) Haksız şart; **tüketiciyle müzakere edilmeden** sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde **dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde** tüketici aleyhine **dengesizliğe neden olan** sözleşme şartlarıdır. (2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan **haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür.** Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. (3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici **içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.** Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. (4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, **tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması** gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır. (5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır. (6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir. (7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz. (8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır. (9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.*

Öte yandan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da mesafeli sözleşmeler, "*yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları*

kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeler" şeklinde tanımlanmak suretiyle, elektronik sözleşmeler bir anlamda mesafeli sözleşme kapsamına da alınmıştır. Söz konusu kanunun Mesafeli Sözleşmeleri düzenleyen 48. maddesinin 6. fıkrasında; "*Mesafeli sözleşmelerde, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici ile satıcı ve sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.*" denilmiştir.

Bu itibarla bir tarafının tüketici olduğu e-ticaret sözleşmeleri, hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un elektronik ortamda yapılan satış sözleşmelerinin düzenlediği Mesafeli Sözleşmeler hükümleri ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerine hem de haksız şart oluşturmama kurallarına uygun olmak durumundadır. Bir tarafının tüketici olduğu e-ticaret sözleşmelerinin kuruluş, usul, ifa vb. koşulları hakkında emredici hükümler getirmiş olan Mesafeli Sözleşmelere ilişkin Kanun maddelerinin kurulacak sözleşme bakımından bağlayıcı olduğu, sözleşme maddelerinin kanuna aykırı olamayacağı hususunu belirtmekle beraber, Mesafeli Sözleşme maddelerinin bu yazı kapsamında değerlendirilmeyeceği, tüketicilerin tarafı oldukları e-ticaret sözleşmelerindeki haksız şart unsurları inceleneceğini belirtmek gerekmektedir.

B.2.1. HAKSIZ ŞARTIN UNSURLARI

B.2.1.1.Tüketici İle Müzakere Edilmemesi

Müzakereden bahsedebilmek için tarafların sözleşme şartlarını birlikte gözden geçirmeleri yeterli görülmemekte, sözleşme şartlarını hazırlayan tarafın, karşı tarafın görüş ve teklifleri doğrultusunda şartlarda değişiklik yapmaya hazır olması hususunun da varlığı gerekmektedir. Karşı tarafın tek yanlı olarak hazırladığı tüketicinin ise hazırlanan koşulları önceden görüp içeriğine etki edemediği gibi bu koşullar hakkında pazarlık yapamadığı click-wrap sözleşmelerin tüketici aleyhine olan hükümleri TKHK'nun tarif ettiği anlamda tipik birer haksız şart örneğidir.

TKHK m.5/3'e göre, sözleşme şartlarının tüketici ile müzakere edilmediği konusundaki karinenin aksini ispat ise satıcı ve sağlayıcıya düşmektedir. Uygulamada e-sözleşmelere "*sözleşmenin tüm hükümlerinin müşteri ile müzakere edildiği ve mutabık kalındığı, dolayısıyla müşterinin sözleşme hükümlerinin hiçbirine itirazı olmadığı*" şeklinde kayıtlar ve düşülmektedir.

Bu kayıtlar da tamamen geçersizdir. Zira sözleşmenin hazırlayıcısı ve kullanıcısı konumunda olan taraf kanunu dolanmak suretiyle ileride kendisine bir zarar dokunmaması amacıyla bunu gerçekleştirse de bu tür kayıtlar TBK 20/3 maddesi gereğince de geçersiz olacaktır[25].

B.2.1.2. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak, Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturması

Özel hukukun pek çok esasında borçların ifasında uyulması gereken genel ilke Medeni Kanun m.2'de "dürüstlük kuralı" olarak adlandırılmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5.maddesinde, tüketici sözleşmelerinde, bir sözleşme kaydının haksız şart olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile müzakere edilmemiş olmasının yanında, bu kaydın tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasını aramıştır.

Uygulamada dijital hizmet sağlayıcılarının sözleşmelerine sıklıkla dâhil etmekte oldukları; "sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar", mal ve emtia satıcılarının sözleşmelerindeki "sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde tüketicinin sözleşmeyi düzenleyene yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar", alışveriş siteleri ve sosyal paylaşım profillerinde sıklıkla rastlanan "iade ve cayma hakkını ortadan kaldıran şartlar" emredici hukuk kurallarına aykırı olmalarının yanı sıra dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekte ve tüketici aleyhine dengesizlik oluşturmaktadırlar.

Önemli olan dürüstlük kuralı açısından bakıldığında, bu durumun makul karşılanıp karşılanmayacağıdır. Satıcının, tek yanlı olarak düzenlediği sözleşme ile yarattığı dengesizlik, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek bir nitelik taşımıyorsa haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilemeyecektir.

B.2.1.3. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Hükümlerine Göre Haksız Şart Olarak Sayılan Durumlar

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 5/9'da; "*Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı*

[25] KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ekim 2013, sf 118

olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir" denilmektedir. Söz konusu Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerine dâhil olan ve bu yönetmeliğin "Ek maddesinde" sıralanan durumların varlığı halinde de, tüketici sözleşmelerindeki şartların haksız şart olarak nitelendirileceği kabul edilmiştir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik madde Ek-1' e göre;

Haksız Sözleşme Şartları

(1) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

b) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,

e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,

g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,

ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,

h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,

ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,

m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,

n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan

ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,

E-ticaret uygulamalarında; "*Elektronik bankacılık uygulamaları aracılığı ile yapılan işlemlerde sistemde ortaya çıkabilecek her türlü teknik arıza ya da sorun nedeniyle yapıla-bilecek her türlü işlemin yapılamaması veya geç yapılmasından dolayı banka hiçbir şekilde sorumlu olmayacaktır.*" ve "*Dağıtım kanalları (banka şubeleri, telefon, dialog, bilgisayar, internet, ATM vb.) ilk bakışta ayırt edilemeyecek imza benzerliğinin, hile ve sahteciliğin sonuçlarından sorumlu değildir.*" gibi sözleşmesel kayıtlar bu kapsamda haksız şart olarak değerlendirilecektir.

Belirtilmelidir ki, yönetmelikte sayılan haksız şartlar bu sayılanlarla sınırlı değildir. TKHK madde 5 niteliğindeki tüm sözleşme şartları haksız şart olarak kabul edilecek ve buna göre hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

B.2.2. BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENEN GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA DÜZENLENEN HAKSIZ ŞART KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRMASI

Çok sayıda sözleşmede kullanma / münferiden kullanma unsuru bakımından: TKHK'da yer alan haksız şart, TBK'da düzenlenen genel işlem koşullarından farklı olarak önceden hazırlanma ve birden fazla tüketici işleminde kullanılmak üzere hazırlanması gerekmeksizin tek taraflı olarak münhasıran bir tüketici işlemi veya uygulamasında kullanılmak üzere saptanmış olabilir. Bu halde dahi TKHK m.5 haksız şart hükmü tatbik edilir. Eş deyişle TKHK anlamında her haksız şart, TBK anlamında genel işlem koşulu oluşturmayabilir. Bu açıdan TKHK' daki haksız şart kavramının, TBK'daki genel işlem koşulu kavramına göre daha geniş kapsamlı olduğu belirtilmelidir[26]. Tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalar yönünden haksız şartın söz konusu olabilmesi için, şartların pazarlık konusu yapılmadan tüketici aleyhine dengesizlik yaratabilecek şekilde dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmış olması gerekli ve yeterlidir[27]. Ancak doktrinde bir görüş söz konusu haksız şartın ileride başka tüketici işlem

[26] ANTALYA, s.407-408; GÜMÜŞ, s.60-61; DERYAL / KORKMAZ, s.77-78; ASLAN, Tüketici, s.317; CEYLAN, s.184; AKÇAAL, s.51-52

[27] GÜMÜŞ, s.62-63; ASLAN, Tüketici, s.315-317; DENYAL, s.107.

veya uygulamalarında da kullanma amacını taşıması durumunda genel işlem koşulu haline geleceği ve TBK m.20-25 hükümlerinin uygulama alanı bulacağını savunmaktadır[28].

TKHK 5. maddede haksız şartın birden fazla tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamada kullanma amacı aranmayarak münhasıran bir tanesinde kullanma amacının TKHK m. 5 hükmünün tatbikine kâfi geleceğini öngörmesi tüketicinin korunması amacıyla sevk edilmiştir. Bu nedenle birden fazla tüketici işleminde kullanma amacı taşıyan haksız şartların genel işlem koşulu niteliği kazanarak doğrudan TBK m.20-25 hükümlerinin uygulanması yerine genel kurala uyar biçimde önce TKHK m.5 düzenlemesinin sonrasında TBK'nın ilgili hükümlerinin uygulanmasının hükmün ruhuna ve amacına uygun düşeceği görüşü doktrinde yer bulmuştur[29]. Nitekim doktrinde de baskın görüş tüketici işlem ve tüketiciye yönelik uygulamalarda kullanılmış haksız şartlara öncelikle THKH m.5 ve TSHŞHY hükümleri, burada boşluk bulunduğu hallerde niteliğine uygun düşmek kaydıyla TBK hükümlerinin tatbik edileceği yönündedir[30].

Yazılmamış sayılma / kesin hükümsüzlük sonuçları bakımından: TBK' da genel işlem koşullarına yönelik yaptırım yazılmamış sayılma olarak belirtildiği halde, tüketici hukukunda haksız şartların yaptırımı borçlar hukuku terminolojisine uygun biçimde kesin hükümsüzlüktür (TKHK m.5/2, TSHŞHY, m.7/1).

TKHK madde 5 kapsamında ifade edilen kesin olarak hükümsüzlük ile ifade edilen hukuki sonuç, sözleşmelerde bulunan haksız şartların tüketici için hiçbir bağlayıcılığının olmadığı, dolayısıyla, hukuki sonuçları bakımından da hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağıdır.

TBK kapsamında yazılmamış sayılma yaptırımı ise; kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yeni "yokluk" türünde bir yaptırım söz konusudur. Bu

[28] ANTALYA, s.407-408; CEYLAN, s.184.

[29] ERSÖZ Oğuz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, Yıl 3 Sayı 1, s.82

[30] TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s.278; İNAN / YÜCEL, s.308; EREN, s.217; OĞUZMAN / ÖZ, s.165; ŞENYÜZ, s.28; ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsun, Ticari İşletme Hukuku, XII Levha Yayınları, Güncellenmiş 4.Basıdan Tıpkı 5.Bası, İstanbul 2015, s.562.

hükümlerin diğer taraf için bağlayıcı olmaması bir ifade açıklamasını ya da dava açılmasını gerektirmez[31].

Her iki mevzuatta yaptırım farklı ifade edilmiş olsa da söz konusu şartlar dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda söz konusu şartları kullanan, TBK m.27/2 hükmünün aksine geçerli olmayan sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m.22, TKHK m.5/2, TSHŞHY, m.7/1).

Nitekim hem TBK hem de TKHK maddelerine göre, haksız şart veya genel işlem koşulu olan hükümler; kesin hükümsüz veya yazılmamış sayılacak; bu maddeler dışında sözleşme geçerliliğini koruyacaktır.

Denetim mekanizması bakımından: Tüketici sözleşmelerindeki denetim, idari denetim ve yargısal denetim olmak üzere ikiye ayrılır. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde Bakanlığın resen veya şikâyet üzerine tüketici sözleşmelerinde idari denetim yapabileceği, Bakanlık tarafından haksız şart olarak tespit edilen ve ilan edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler tarafından müzakere edilip edilmediğine bakılmaksızın kesin olarak hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı belirtilmiştir.

TBK kapsamında ise genel işlem koşulları bakımından idari bir denetim mekanizması bulunmamaktadır. TBK madde 23 uyarınca yorum yoluyla içerik denetimi/ yargısal denetim söz konusudur.

Sözleşme boşluğunun doldurulması bakımından: Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların kesin olarak hükümsüz sayılması nedeniyle, sözleşmede bir boşluk meydana gelecektir. Fakat sözleşme kaydının hükümsüz sayılması durumunda, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması herhangi bir sakınca doğurmuyorsa sözleşmenin tamamlanması söz konusu olmaz. Bunun yanında, emredici nitelikteki düzenlemeye aykırı bir sözleşme kaydının hükümsüz olması durumunda, söz konusu kaydın yerini emredici düzenleme alacak ve sözleşme, emredici düzenleme ile tamamlanmak suretiyle geçerli olacaktır.

[31] KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ekim 2013, sf 118

KAYNAKÇA

1. Güngör, Gülin, "Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı". AÜHFD, 2002, C. 51, Sy. 1, s. 19
2. Koçal, C. (2012). Uluslararası Perakendecilikte Rekabet Stratejileri ve E-Ticaretin Etkisi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi.
3. Uluçay, U. (2012). Dünyada Ve Türkiye'de E-Ticaret: Tüketicilerin İnternet Üzerinden Alışveriş Alışkanlıkları Üzerine Bir Uygulama. Ankara: Atılım Üniversitesi.
4. Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.
5. Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 34–35; Sözer, s. 115–116.
6. TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s.268; YELMEN, s.62-68; ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme Mi?, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Derleyen: Çiğdem Kırca), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.110-115; REHBINDER, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çeviren: Ömer TEOMAN), İÜHF Mecmuası, C:42,S:1-4, 1976, s.643-64
7. GÜMÜŞ, s.50-51; ANTALYA, s.405; ATAMER, Denetlenme, s.31; YELMEN, s.68; KAYIHAN, s.139; YAVUZ, s.274
8. ERSÖZ Oğuz, Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, Yıl 3 Sayı 1, s.76
9. KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ekim 2013, sf 118
10. ÖZTÜRK Mehmet Halil, Elektronik Ticaret Kavramı, Yöntem Ve Uygulamaları, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı Pazarlama Stratejileri Bilim Dalı Doktora Tezi, 2016, s.13
11. KARAASLAN Pelin, İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği

Sözleşmelerin İçeriğine Dâhil Edilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4–Sayı: 2–Temmuz 2018–s. 269

12. Dörre / Kochmann, a.g.e, s. 36 f.; Ulrici, a.g.e, s. 949; Rüfner, a.g.e, s. 598.
13. Bulut, Z. A. (2009). Elektronik Pazalamada Stratejik Konumlandırma Süreci: Türkiye Uygulamaları. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi (Doktora Tezi).
14. DERYAL, Yahya / KORKMAZ, Yakup, Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3.Baskı, Ankara 2015, s.50-51; 23.HD. T.16.3.2015, E.201
15. Zerenler, M. (2013). Dijital İş Yaşamı: Tüm Boyutlarıyla Elektronik Ticaret, Ankara: Gazi Kitabevi.)
16. (Bacchetta, Low, Mattoo, Schuknecht, Wagerand, & Wehrens, 1998, s. 8-9; Çak, 2002, s. 25).
17. Olcay Küçükpehlivan, Sözleşmelerin İnternet Aracılığı İle Kurulması Ve Geçerliliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara-2006,s.93
18. ÖZTÜRK Sinan Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlik Şartları) – İ.Ü.SBE.Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, sf.108
19. Antalya, S.407-408; Gümüş, S.60-61; Deryal / Korkmaz, S.77-78; Aslan, Tüketici, S.317; Ceylan, S.184; Akçaal, S.51-52

Enerji Satım Sözleşmeleri Özelinde Sözleşme Hukuku'nda Take Or Pay İle Take And Pay Kayıtları

Emir YAKIN*

GİRİŞ

Günümüzde take or pay kayıtlı sözleşmeler özellikle doğal gaz satım sözleşmeleri olmak üzere enerji satım sözleşmelerinde sıklıkla kullanılmaktadır.[1] Bu sözleşme kaydı, satıcılar için "sine qua non" niteliktedir.[2] Bunun sebebi ise, enerji satım sözleşmelerinin devasa yatırımlar gerektirmesi ve uzun süreli sözleşmeler olması sebebiyle taraflar arasında bir nevi tekel oluşturması ve bu sebeple, standart satım sözleşmeleri hükümlerine göre satıcının içinde bulunduğu riskin dağıtılması isteğidir. Bu kayıt sayesinde satıcılar, teminat gösteremediği takdirde alamayacağı kredileri alarak, satış operasyonları için kredi kuruluşlarından yüksek miktarlarda kredi sağlamakta ve bu krediler sayesinde, öbür türlü satışını yapamayacağı

* Avukat, Ankara Barosu.

[1] AYRANCI, Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 305

[2] ROBERTS, Gas Sales and Gas Transportation Agreements: Principles and Practice, Sweet and Maxwell, London 2011, s. 193

malları piyasaya arz edebilmektedir. Bu sebeple take or pay klozu büyük ölçekli yatırımların gerçekleşmesiyle piyasada arzı arttırıcı bir etkiye sahiptir.

Take or pay kayıtlarının bir olumsuz yanı ise, taraflar arasında sözleşmesel bir tekel yaratarak rekabeti olumsuz etkilemesidir. Bu kaydın karakteristik özellikleri satıcı ile alıcıyı başkalarıyla sözleşmeye girmekten imtina edecek duruma sokmaktadır. Zira satıcı bu sözleşmeyle birlikte sürekli olarak bir malı veya hizmeti alıcıya sunmakla yükümlüdür; diğer taraftan alıcı ise alsa da almasa da sözleşmede belirlenen bir oran üzerinden hesaplamalar yapılarak ulaşılan bir take or pay bedelini ödeme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülükler karşılıklı olarak alıcıyı ve satıcıyı birbirine bağlamakta, tarafları başka sözleşmeler yapmaktan alıkoymakta, dolayısıyla ilgili piyasada rekabetin gelişmesini engellemektedir.

DOĞAL GAZ PİYASALARI

Doğal gaz esas itibariyle elektrik ve sıcak su üretmek veya ısınmak için kullanmaktadır.[3] Dünya üzerindeki doğal gazın %40'ı Ortadoğuda ve %33'ü CIS ülkelerinde olmak üzere yaklaşık %75'i Ortadoğuda ve CIS ülkelerindedir.[4] Buna rağmen, doğal gaz yapısı itibariyle, petrol gibi uluslar arası piyasası olan bir enerji kaynağı değildir.[5] Zira doğal gazın depolanması ve iletimi çok maliyetlidir. Bu sebeple dünya çapında doğal gaz zengini ülkeler ikili anlaşmalar çerçevesinde sahip oldukları gazı kendilerinin belirledikleri tarifelerden satmaktadırlar. Doğal gaz satışları dünya üzerinde iki şekilde yapılmaktadır. Bunlardan daha yaygın olanı boru hatlarından gazın aktarılmasıdır. Bir diğer yol ise doğal gazın bir tesisten geçirilmek suretiyle LNG'ye (Likit Doğal Gaz) dönüştürülüp; tankerlerle veya tırlarla taşınarak; ifa yerinde tekrar tesise sokulması suretiyle doğal gaza çevrilmesidir. Ancak Uluslararası Enerji Ajansı'nın açıkladığı rakamlara göre doğal gazın LNG'ye çevrilerek satılması ancak 4800 km uzaklıktaki noktalar için ticari açıdan uygun görülmektedir. Bu sebeple yapılmakta olan doğal gaz ticaretinin %75'i boru hatları üzerinden yapılmaktadır.[6] İşte belirtilen bu nedenlerle tarihsel süreç içerisinde, Dünya üzerindeki doğal gaz için bölgesel piyasalar

[3] AYRANCI, s. 306

[4] http://www.cedigaz.org/products/annual-surveys-2015.aspx (26.11.2015)

[5] ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslar arası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul 2012, s. 115

[6] ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, s. 119

oluşmuştur. Yazımızda bu piyasalardan Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği, Japonya ve Türkiye piyasalarına değineceğiz.

Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri doğal gaz piyasasında kendine yetebilen bir ülkedir. Kuzey Amerika'nın büyük bir bölümünü kaplayan Federal Devlet, doğal gazı 19. Yüzyılın ikinci yarısında kullanmaya başlamıştır. Ancak gaz üretiminin ve kullanımının başladığı yıllarda teknik ve teknolojik yetersizlikler ile altyapı ağı kurmanın maliyetlerinin yüksek olması dolayısıyla; gaz ağları Federe Devletler eliyle kamu hizmeti niteliğinde görülerek işletilmiştir. Bu sistemde, Federe Devletin tekelinde olan dikey bütünleşik yapılarda kendini göstermiştir. Ancak 20. Yüzyıla gelindiğinde teknolojinin gelişmesiyle doğal gaz ağları federal bütünleşik bir ağa dönmüş, bazı Federe Devlet doğal gaz şirketleri, kendi eyaletleri dışında faaliyet göstermeye başlamışlardır. Bunun sonucunda çıkan uyuşmazlıklarda yetki sorunları ortaya çıkmıştır. "bazı eyaletler, eyaletler arası doğal gaz taşımacılığında düzenleyici yetkilerinin olduğunu iddia etseler de; bu tür iddialar Amerikan Yüksek Mahkemesinin verdiği kararlar sonucunda geçersiz kabul edilmiştir. "Supreme Court Commerce Clauses" olarak anılan bu kararlarda; temel olarak eyaletler arası boru hattı şirketlerinin; eyalet seviyesindeki hükümetin düzenleyici yetkisi altında olmadığı vurgulanmıştır. Eyaletler arası boru taşımacılığı hususunda federal bir düzenlemenin olmaması ve Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararlar, bu tür doğal gaz taşımacılığı açısından hukuki bir boşluk doğmasına neden olmuştur"[7]

Supreme Court Commerce Clauses kararlarının yarattığı boşluğu doldurmak adına; 1938'de Federal düzeyde, Natural Gas Act (Doğal Gaz Kanunu) çıkarılmıştır. Bu kanunun amacı tekel karşısındaki tüketicilerin gaz fiyatları açısından korunmalarını sağlamak olmuştur.[8] Bu kanun, amacına ulaşmak adına Federal Enerji Düzenleme Komisyonu kurarak, bu kuruma eyaletler arası doğal gaz satımını düzenleme ve denetleme görevini vermiştir.

Bu kanun 1957 tarihli Phillips Kararı'nda da uygulanmıştır. Söz konusu kararda doğrudan federal düzeyde faaliyet gösteren boru hattı taşıma (iletim)

[7] ALİYEVA, Karşılaştırmalı Hukukta Doğal Gaz Sözleşmelerine Uygulanan "Al Ya Da Öde" (Take Or Pay) Klozu, Ankara 2014, s. 10

[8] http://naturalgas.org/overview/history/ (25.11.2015)

şirketlerine üretici şirketlerin yaptıkları satışları Natural Gas Act'te tabii bulmuş ve Federal Enerji Düzenleme Komisyonu'nun bu şirketleri de denetlemekle görevli olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca bu kararda üreticilerin ürettikleri gazın bedelinin, maliyetinin çok üstünde olmaması gerektiğine hükmedilmiştir.

1978 yılında yüksek olan gaz talebini dengelemek için gaz fiyatlarının serbestleştirilmesi amacıyla, Natural Gas Policy Act (Doğal Gaz Politikası Kanunu) çıkarılmış ve tek bir federal doğal gaz piyasasının oluşturulması hedeflenmiştir. Bu kanun sayesinde Amerikan Üreticileri satabilecekleri en yüksek rakamlardan %90'lık take or pay kayıtlarıyla iletim ve dağıtım şirketlerine gaz satmışlardır.[9]

1989 yılında ise The Natural Gas Wellhead Decontrol Act (Doğal Gaz Kuyu Serbestleştirme Kanunu) çıkartılarak, piyasadaki dikey bütünleşik yapıların özelleştirilerek ayrışması sağlanmıştır. Gaz boru hattı şirketlerinin yalnızca gaz taşıma hizmeti sağlayabileceklerini kanun hükmü haline getirerek, Amerikan vatandaşlarının serbest tüketici olarak istedikleri üretici ve taşıyıcılarla anlaşma yapabilmesi sağlanmıştır. Ancak doğal gaz boru hattı şirketleri ve gaz üreticileri bu kanundan önce yapmış oldukları take or pay kayıtlı sözleşmeler sebebiyle pek çok uyuşmazlık yaşamışlardır. Gaz Piyasalarında talepten fazla arz ve özelleştirme sonucunda boru hattı şirketleri take or pay yükümlülüklerini yerine getiremez olmuşlar ve üreticilere bu kayıtların düzeltilmesini talep etmişlerdir.[10] Bunun sonucunda sözleşmelere taraf olarak son tüketicilerin de girmesiyle take or pay kayıtlı sözleşme türleri Amerikan Gaz Piyasalarında çökmüştür.[11]

Avrupa Birliği

Avrupa Birliği ülkeleri doğal gaz ihtiyaçları karşısında çok sınırlı doğal gaz rezervlerine sahiplerdir. Bu sebeple doğal gaz piyasalarında gaz ithal etmek durumunda kalmaktadırlar. Bu gaz ithalatı yaygın olarak Rusya, Cezayir, Libya ve Norveç gibi ülkelerden yapılmaktadır. Rusya bölgenin en önemli

[9] PEGG ve WALLER, Take or Pay Provisions in Natural Gas Contracts. The US Experience as a Comparator to the UK Gas Industry's Problems, Energy & Nat. Resources 1996, s. 457

[10] PEGG ve WALLER, s. 460

[11] NAMİKAWA, Take or Pay under Japanese Energy Policy, Energy Policy 2003 s. 1329

gaz ihracatçısıdır. Avrupa Birliği'nin gaz piyasasında, Rusya'nın etkisini azaltmak amacıyla, Türkiye'nin de transit geçişini sağlayacağı, TANAP'ı hayata geçirerek Azerbaycan'la AB arasında doğal gaz boru hattı kurulacaktır[12]

Avrupa Birliği, AB ülkelerinde doğal gazın serbest dolaşımını sağlamak, arz güvenliği ile rekabeti arttırmayı amaçlayarak 1998 yılında 98/30 sayılı yönergeyi ve 2003 yılında ise eski yönergeyi mülga edecek şekilde 2003/55 sayılı yönergeyi yürürlüğe koymuştur. Bu yönergeler sayesinde AB ülkelerinde serbest tüketici sınırı ciddi şekilde düşürülmüş ve gaz piyasasının serbestleştirilmesi sağlanmıştır. Ayrıca AB ülkeleri Amerika'da serbestleştirme kanununun uygulamalarında çıkan sorunlardan esinlenerek; 2003 tarihli yönergeye, bu yönergeye tabii doğal gaz teşebbüslerinin, bir ya da daha fazla gaz alım anlaşmasında yer alan al ya da öde taahhütleri sebebiyle ciddi ekonomik ve finansal zorluklarla karşılaşması durumunda; Yönerge'nin 18. Maddesinde geçen üçüncü kişilere erişim sağlanması yükümlülüğünden geçici bir süre muaf tutulmasını talep edebilecekleri hüküm altına alınmıştır.[13]

Japonya

Japonya da sahip olduğu doğal gaz rezervleri ile, ihtiyacını karşılamamaktadır. Bu sebeple doğal gaz ithal etmektedir. Ancak Japonya'da uluslararası doğal gaz boru hatları olmadığından bütün alımını LNG şeklinde yapmaktadır. Japonya 1970'ten beri dünyanın en büyük LNG ithalatçısıdır. 1980 ile 1996 yılları arasında dünya LNG ithalatının %60'ını Japonya yapmıştır.[14] Ayrıca LNG piyasasında spot satışlarda bulunarak, uluslararası piyasa oluşturabilecek güçte olmasına rağmen, Japonya, arz güvenliğini sağlamak adına ithal ettiği bütün LNG'yi take or pay kayıtlı uzun süreli sözleşmeler çerçevesinde almaktadır.[15] İthalat eden ülke konumunda olduğu için Japonya doğal gaz piyasasında arz fazlası yaşama ihtimali, doğal gaz zengini ülkelerde olduğundan daha zordur. Bu sebeple take or paydı, gaz bedelini çok yükseltmediği ölçüde Japonya için arz güvenliğini sağlama konusunda faydalıdır.

[12] http://www.tanap.com/tanap-project/why-tanap/ (25.11.2015)

[13] ASLAN, Enerji Hukuku Cilt:3, 2009 ANKARA, s.36

[14] NAMİKAWA, s. 1328

[15] NAMİKAWA, s. 1330

Türkiye

Türkiye'de petrol ve doğal gaz açısından enerji fakiri bir ülke olarak enerji ithalatçısı konumundadır. Doğal gaz piyasasında ise, özellikle Rusya başta olmak üzere, İran, Cezayir, Nijerya Azerbaycan'dan doğal gazı ithal eder durumdadır.[16]

Türkiye ilk kez 1990 yılında 397 sayılı KHK ile doğal gaz piyasasını düzenlemiştir. Bu düzenlemede dikey bütünleşik yapı kurularak BOTAŞ LNG de dâhil olmak üzere doğal gazın tedarikinde bütün faaliyetler için tekel haline getirilmiştir.

2001 tarihinde dönemin AB'ye uyum projeleri sebebiyle, enerji alanında da AB yönergelerine paralel hükümler Türk mevzuatına geçirilmiştir. Bu yönde Elektrik Piyasaları Kanunu'nun çıkarılmasından sonra, 18.04.2001 tarihli 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasaları Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanunda dikey bütünleşik yapının ve tekelci anlayışın bırakıldığını görmekle birlikte BOTAŞ'ın ithalat sözleşmelerinin %20'si elinde kalana kadar sözleşmeleri özel sektöre devredeceği ve yeni sözleşme kurmayacağı hüküm altına alınmakla birlikte bu konuda somut bir adım atılamamıştır. Günümüzde, BOTAŞ'ın ithalat konusunda taraf olmadığı tek bir sözleşme vardır. Zamanla BOTAŞ'ın doğal gaz ithalatı pazarındaki oranının düşeceği düşünülmektedir. Şuanda dağıtım faaliyeti gösteren doğal gaz şirketlerinden İGDAŞ dışındaki bütün şirketler özelleştirilmiştir ve İGDAŞ'ın özelleştirilmesi de gündemdedir. Ancak belirtmek gerekir ki Türkiye'deki doğal gaz piyasasının rekabetçi bir kimliğe bürünebilmesi için çok uzun yıllar geçmesi gerekmektedir.

ENERJİ SATIM SÖZLEŞMELERİ

Bu sözleşmelerin türünü ve dolayısıyla özelliklerini inceleyebilmek için öncelikle bu sözleşmelerin yapılmasıyla ne amaçlandığının incelenmesi lazımdır. Enerji satım sözleşmelerinde satıcı belli bir miktarda enerjinin mülkiyetini karşı tarafa geçirmekle yükümlü iken; alıcı ise satın almış olduğu enerjinin bedelini karşı tarafa ödemekle ve satılanı devralmakla yükümlüdür. Satıcının ayrıca, kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğabilecek çeşitli yan borçları da olabilir.[17] Dolayısıyla bu sözleşmede amaç, bir miktar enerjinin devri karşılığında, bedelinin ödenmesidir. Bu açıdan

[16] BOTAŞ, 2012 Yılı Sektör Raporu, s. 24

[17] EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014, s. 94

bakıldığında sözleşme TBK'da tanımlı satım sözleşmesine benzemektedir. Ancak, enerjinin hukuki nitelendirilmesinin mal veya hizmet olmasına göre sözleşmenin türü de değişebilmektedir. Buna göre enerjinin hukuki tanımının yapılması gereklidir.

TMK m. 762'ye göre; "*Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.*" Ayrıca TBK m. 209'a göre; "*Taşınır satışı, Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışıdır.*" Bu iki madde beraberinde düşünüldüğünde; enerji satım sözleşmeleri uygulamada kanundan ayrılmadığı ölçüde, TBK'da tanımlanan taşınır satım sözleşmesi olarak görülmelidir.

Enerji satım sözleşmeleri genellikle uzun süreli sözleşmelerdir. Bu sözleşmeleri doğal gaz tedarik sözleşmeleri olarak örneklersek; "Doğal gaz satımı ve boru hatları ile taşınmasına ilişkin veya sıvılaştırılmış doğal gaz (liquefied natural gas-LNG) satımına ve taşınmasına ilişkin özellikle uzun dönemli sözleşmeler, doğal gazın, ağırlıklı olarak kamusal ihtiyaçları (elektrik üretimi, endüstriyel kullanım ve evsel kullanım) karşılamak üzere (devlet ve/veya devlet şirketleri tarafından) yüksek miktarda alımını öngörmektedir."[18] Buna göre, doğal gaz satımında öncelikli olan doğal gazın, ağırlıklı olarak kamusal ihtiyaçları karşılaması ile, buna arz güvenliği de denebilir, bu sözleşmelerin uzun dönemli sözleşmeler olmasıdır. Zira, satıcı ile alıcı arasında hali hazırda bir doğal gaz boru hattı veya LNG tesisleri yoksa, satımın sağlanabilmesi için öncelikle bunların inşası gerekecek ve bu da maliyetleri arttıracaktır. Maliyetleri bu denli yüksek olacak anlaşmaların kısa dönemli olması tarafların menfaatine olmayacaktır.[19] Ayrıca "Yeni doğal gaz kaynaklarının ticari değer kazanması, büyük ölçekli yatırımlara ihtiyaç göstermektedir ve bu yatırımlar üretim aşaması yanında, doğal gazın işlenmesi, boru hatlarının inşası ve gazın dağıtılması etkinliklerini de içermektedir. Bu projelerin finanse edilmesini sağlayan kredi kuruluşları, tedarik (gas supply), taşıma ve dağıtım için uzun dönemli sözleşmeler yapılmasını ve bu sözleşmeler üzerinden, verilen kredilerin geri ödenmesinin güvence altına alınmasını sağlamak istemektedir."[20] Ve "Bu tür geliştirme projelerinde, taşıma ve pazarlama etkinliklerini de

[18] ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, s. 112

[19] AYRANCI, s. 306

[20] ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, s. 116

üstlenmek üzere kurulan bir ortak girişim çerçevesinde, genellikle bir birlikte işletim sözleşmesi (joint operating agreement) yapılarak tarafların finansman yükümlülükleri ve çalışma şartları düzenlenir. Uzun dönemli sözleşmeler, bu projelerde kullanılan kredilerin geri ödenmesi bakımından önemli bir işleve sahiptir ve projenin riskinin, alıcı ile satıcı arasında paylaşılmasını sağlamaktadır."[21] Ancak belirtmek gerekir ki; yazarın burada ifade ettiği şekilde riskin taraflar arasında paylaşılmasını sağlamak için sözleşmeye take or pay veya take and pay kayıtlarının eklenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde gerçek anlamda bir risk dağıtımı yapılmamış olacaktır. Take or pay veya take and pay kaydı içermeyen sözleşmelerde, satıcının maruz kalacağı risk şimdi incelenecektir.

A- SATICININ RİSKİ

Enerji satım sözleşmeleri, yapılan yatırımların büyüklüğü sebebiyle, satıcıları çok büyük borçlara sokan sözleşmelerdir. Bu sebeple yapılan yatırımın kar sağlaması, sözleşmenin uzun bir süre sıkıntısız işlemesine bağlıdır. Aksi takdirde satıcı büyük zararlara uğrayacaktır. Zira gaz üretim tesisi ve gaz iletim hattı, satılacak gazı borcun ifa yerine götürmek için inşa edilmiş olacaktır. Tüketim sözleşmesi, mevcut sahadaki gaz tükenmeden sona erse, bu sefer ikinci bir alıcı bulunmalı ve başka bir anlaşma yapılarak bu ikinci alıcı için ifa yerine götürülmek üzere ayrı bir iletim hattı inşa edilmelidir. Ayrıca gaz ikinci alıcıya ulaştırılana kadar satıcı gelirden mahrum kalarak, tesisin işlemesi için gerekli ödemeleri yapmaya devam edecektir.

Taşınır satım sözleşmesi hükümleri, satıcının ticari riskini dağıtmadığından, satıcının gazını satması için yatırım yapmasını sağlayacak kadar cazip gelmeyecektir.[22] Taşınır satım sözleşmesi hükümleri incelendiğinde, bu satımların daha küçük çaplı ve kısa süreli sözleşmeler için uygun olduğu görülmektedir. Zira alıcının ve borçlar genel hükümlerinin tersine satıcının temerrüdünde Kanunun ilk tercihi sözleşmeyi sözleşmeden dönmedir. Bu farklılık Kanun'un ilgili hükümleri detaylı incelendiğinde görülecektir.

Satıcının borçları taşınır satım sözleşmesi hükümlerine göre TBK m. 210 ve m. 211'de düzenlenmiştir. Bunlar ise zilyetliğin devri ile devir ve taşıma giderleridir.

---

[21] ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, s. 117

[22] ROBERTS, s. 193

TBK m. 210'a göre; "*Satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür*" hükmetmektedir.

TBK m. 211'de ise devir ve taşıma giderleri taraflar arasında kanunda paylaştırılmıştır buna göre;

"*Aksine bir sözleşme veya adet yoksa ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde, taşıma giderleri alıcıya aittir.*

Gidersiz devir kararlaştırılmışsa, satıcı taşıma giderlerini üstlenmiş sayılır.

Liman ve gümrük giderleri olmaksızın devir kararlaştırılmışsa satıcı, dış satım, transit ve dış alım vergilerini üstlenmiş sayılır; ancak satılanın alıcı tarafından devralındığı sırada ödenmiş olan tüketim vergilerini üstlenmiş sayılmaz."

Görüldüğü üzere, TBK satıcıyı, sözleşmede geçen satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğini alıcıya geçirmekle yükümlü kılmıştır. Bahsi geçen satılanın aksine bir sözleşme veya adet yoksa ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde, taşıma giderleri TBK hükümleri gereği alıcıdadır. Enerji satım sözleşmelerinden biri olan gaz satım sözleşmelerinin uygulamalarında, kural olarak üreticiler üretim ülkesindeki ve varsa transit ülkelerdeki nakil masrafını yüklenmektedirler. Üretici satılan gazı başka bir kişiye taşıtıyorsa, alıcının malı teslim almaması halinde karşılaşılacak riskin, nakli gerçekleştiren kişiler üzerinde kalacağı ship or pay kayıtlı sözleşmeler imzaladığı görülmektedir.[23]

Satıcının temerrüdü ise TBK m. 212'de şu şekilde yazılmıştır:

"*Satıcının temerrüdü halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır.*

Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir.

Alıcı satılanın devredilmesi niyetinde ise, belirlenen sürenin bitiminde bunu satıcıya hemen bildirmek zorundadır."

[23] AYRANCI, s. 310

Görüldüğü üzere satıcının temerrüdü, satılanın zilyetliğini alıcıya geçirememesi halinde borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Ayrıca enerji satım sözleşmeleri açısından ikinci fıkranın ve üçüncü fıkranın uygulanacağından şüphe yoktur. Bu durumda satıcının enerjiyi devir borcu muaccel olduğunda bu borcu yerine getiremezse, kural olarak enerji alıcı tarafından teslim alınmayacak ve müspet zararını talep edecektir. Alıcının aynen ifa edip gecikme tazminatı talep edecekse bunun hemen satıcıya bildirilmesi gerekli kılınmıştır. Görüldüğü üzere taşınır satım sözleşmesindeki satıcının temerrüdü hali, sözleşmenin ifa edilmeyerek, alıcının zararının bir an önce tazminini ön plana koymuştur. Bu hükümler enerji satım sözleşmelerindeki, büyük yatırımlardan uzun süreli sözleşmelerle kâr sağlama prensibine karşıdır. Bu maddeye ek olarak; enerji satım sözleşmesinin sürekli bir borç doğurduğu kabul edilirse borçlu temerrüdü halinde TBK m. 126 uygulama alanı bulabilecektir. Buna göre:

"*İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*"

Bu hükmün uygulama amacı uzun süreli sözleşmelerin uygulanmaya devam ederken oluşan uyuşmazlıkları çözme açısından daha faydalı olacağını düşünmekteyiz. Ancak bu maddenin uygulanabilmesi için borç ilişkisinin süreklilik taşıması gerekmektedir.

Diğer taraftan alıcının borçlarını ve temerrüdü hükümlerini incelemekte, konuyu aydınlatmak açısından önemlidir.

Alıcının borçları TBK m. 232'de satış bedelinin ödenmesi ve satılanın devralınması olarak tanımlanmıştır. Buna göre:

"*Alıcı, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde satış bedelini ödemek ve kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür.*

Aksine yerel adet veya anlaşma yoksa, satılanın hemen devralınması gereklidir."

Satış bedelinin ödenmesi yükümlülüğü gayet açıktır. Alıcı taşınır satış sözleşmesi gereği satın almış olduğu malın bedelini satıcıya ödemekle yükümlüdür. Ancak alıcının satılanı devralma borcu doktrinde tartışmalara yol açmaktadır. Doktrinde bir kısım yazar bunu kanunda yazdığı şeklinde bir

borç olarak görüp, yerine getirilmediği takdirde borçlu temerrüdüne tabi tutmakta iken; hakim olan diğer görüşe göre, bu bir borç değil bir külfettir. Alıcının satılanı devralma borcunun külfet olarak algılanması bu borcun yerine getirilmediği takdirde alacaklı temerrüdü hükümlerini uygulamayı gerektirir.[24] Bizce de bu görüş, satıcının borcu olan malın zilyetliğinin devrinin, alacaklı için hem bir alacak hem de bir borç olarak değerlendirilmemesi açısından, daha isabetlidir. Ancak malın miktar ve niteliği veya sözleşmenin hükümlerine göre bu külfetin bir borç sayılması da mümkündür. Bu durumda alıcı için tekrar borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacaktır.[25] Bu hususun her uyuşmazlıkta ayrıca gözetilmesi gerekmektedir.

Alıcının temerrüdü ise m. 235 ve m. 236'da düzenlenmiştir. M. 235'te satıcının dönme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre:

"*Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödeme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse, satıcı herhangi bir işlem gerekmeksizin satıştan dönebilir.*

Bu hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmeksizin alıcıya bildirmek zorundadır.

Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır."

M. 236'da ise zararın hesaplanması ve giderimi düzenlenmiştir. Buna göre:

"*Borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*

Satıcı, satış bedelini ödemede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.

Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir."

[24] EREN, s. 198-201

[25] EREN, s. 198-201

Görüldüğü üzere alıcının temerrüdü hükümleri de alıcı, satılanın bedelini ödemediği veya satılanı devralmadığı takdirde satıcıya, m. 235'te sözleşmeden dönme hakkı vermekte veya m. 236'da satıcıya, başka ikinci bir alıcıya satış yapma hakkı vererek satıcının bu süreçte uğradığı zararları temerrüde düşen alıcıya yüklemiştir. Ancak kanunda, alıcının temerrüdünün, alıcının sözleşme içerisinde talep ettiği miktarda malı devralmadığı takdirde oluşacağı öngörülmüştür. Bu sebeple alıcının talep etmediği miktarda bir mal satışı yapılamaz. Alıcının, borçlu veya alacaklı temerrüdüne düştüğü haller saklı kalmak kaydıyla; doğal gaz satım sözleşmelerinde alıcı, satıcının yatırımını karşılayamayacağı miktarda gaz alırsa, satıcının sözleşmeden beklediği menfaatini koruyacağı hiçbir hüküm yoktur.[26] Zira borç ilişkileri irade özgürlüğüne dayanır ve "ifanın konusu, borcun konusu olup borçlunun borç altına girmiş olduğu edimlerdir. İfanın edime uygun olması gerekir."[27] Standart taşınır satım sözleşmesinde, örneğin doğal gaz satım sözleşmelerinde alıcının, satıcının yatırımından kara geçebileceği miktarda gaz almak istememesi riski sözleşmenin her aşamasında mevcuttur. Satıcı ise bu riski dağıtmak için imzalanan sözleşmede alıcıya; belli sürelerle, belli bir miktardaki gazı teslim alıp bedelini ödemesi (take and pay) veya belli bir miktardaki gazın bedelinin kendisine ödeneceği teminatını (take or pay) taahhüt ettirmektedir.[28]

TAKE OR PAY VE TAKE AND PAY KAYITLARI

A- TANIMI

Take or Pay (al ya da öde) ve take and pay (al ve öde) kayıtları tarafların karşılıklı olarak temerrüt hükümlerini görmezden gelerek, sözleşmelerin oluşturulabilmesi amacıyla alıcıların satıcılara sundukları teminatlardır. Bu kayıtlardan yaygın olarak bilineni Take or Pay; belli bir oranda mal veya hizmetin alınmaması halinde yine de satıcıya para ödemesinde bulunulacağını teminat altına alır.[29] Take and pay ise alıcının satıcıya belirli bir miktarda mal ve hizmet alacağını ve karşılığını ödeyeceğini taahhüt etmesidir. Bu kayıtların doğal gaz, sıcak su ve elektrik satım sözleşmelerinde sıklıkla kullanıldığı

[26] AYRANCI, s. 307

[27] ŞENYÜZ, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ekin Bursa 2012, s. 142

[28] ROBERTS, s. 193

[29] NAMİKAWA s. 1328

görülmektedir.[30] Zira doğal gaz satım sözleşmelerinden bir tanımlama yapacak olursak; "gaz satım sözleşmelerinin geleneksel modeli, üretici ile alıcının gaz alım-satımına ilişkin bir sözleşme üzerinde anlaşmaları üzerine kuruludur. Bu model çerçevesinde, alıcı nihai tüketici olabilir veya gazı nihai tüketiciye ya da bir başka aracıya satabilir. Üretici alıcıya gazı teslim etmekle yükümlü iken, alıcı da teslim edilen gazın bedelini ödemekle yükümlüdür; "al ya da öde" (take or pay) kayıtlarının yer aldığı sözleşme ilişkilerinde ise, alıcı, teslim alın(a)mayan gazın bedelini de ödemek borcu altındadır."[31] Bu tanıma göre, take or pay kayıtları sözleşmeye eklendiğinde alıcı, kendisine ifa edilen edimden yararlansın veya yararlanmasın, sözleşmede öngörülen edimin bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Ayrıca eklemek gerekir ki; bu kayıtlar esas itibariyle üretici ile ithalatçı arasındaki sözleşmede koyulmakla birlikte, bu safhadan sonraki piyasa katılımcıları arasında da take or pay kaydını içeren sözleşmeler imzalanabilir.[32]

Take or pay kayıtları, örneğin doğal gaz ihtiyacı yüksek olan ülkeler için sorunsuz gibi görülse de; "Doğal gaza olan toplam talebin dönemsel olarak düşmesi, müşterilerin doğal gaz sözleşmesi halen yürürlükte iken doğal gaz sağlayıcı işletmeden başka bir enerji türünü tercih etmesi, müşterinin başka bir doğal gaz sağlayıcı işletmeyi tercih etmesi gibi durumlarda doğal gaza ihtiyaç duyulmayabilir."[33] Bu gibi durumlarda take or pay kayıtları alıcının çok büyük miktarlarda zarara uğramasına sebep olabilmektedir. Bu gibi durumlara örnek olarak birkaç yıl boyunca kış aylarının beklenenden sıcak geçmesi, petrol fiyatlarının ciddi ölçüde düşmesi gibi durumlar gösterilebilir. Örneğin 1980'lerde Amerika Birleşik Devletleri'ndeki take or pay uyuşmazlıklarının çıkış sebebi petrol fiyatlarının ciddi şekilde düşmüş olmasıdır.[34]

Sözleşmelerde take or pay veya take and pay kayıtlarının kullanılmasıyla, enerji satım sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş olan taşınır satım sözleşmesi, kanunun taşınır satış sözleşmesi kalıbından çıkarak sui generis sözleşme niteliğine bürünür. Bu durumdaki sözleşmelerde taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa, bu uyuşmazlığın nasıl çözüleceği konusunu yanıtlamak zordur; zira sui generis sözleşmeler yasalarda düzenlenmiş olan sözleşmelere ilişkin

[30] AYRANCI, s. 305

[31] ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, s. 129

[32] AYRANCI, s. 305

[33] AYRANCI, s. 309

[34] PEGG ve WALLER, s. 458

öğeleri tümüyle içermez ve kendilerine özgü öğelerden oluşurlar. Ancak genel sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturan kurallar ve ilkeler; örneğin güven ilkesi, dürüstlük kuralı ve ahlaka aykırılık; sui generis sözleşmelerin yapılmasında da sınırlayıcı etkiye sahiptir.[35] "Bu konudaki sorunların çözümlenmesine, bu çeşit sözleşmelerin dürüstlük (iyi niyet) kuralı ve iş ilişkilerinde geçerli gelenek (teamül) kurallarına göre yapılacak yorumla ulaşılabileceği ve bu arada; Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan sözleşme tiplerinden, bunlara çok benzeyen sözleşme tipine ilişkin kuralların örnekseme (kıyas) yoluyla bu sözleşmelere uygulanabileceği; böyle bir sözleşme tipi yoksa ve gerekirse, Borçlar Kanunun genel hükümlerinin uygulanabileceği, Medeni Kanunun 1'inci maddesi gereğince yargıcın hukuk yaratarak sonuca ulaşacağı kabul edilir."[36] Bir diğer görüşe göre ise sui generis sözleşmeler kanunda geçen isimli sözleşmelerden ayrıldıkları için; bir boşluk oluştuğunda artık kanundaki en benzeyen sözleşme tipine ilişkin kuralların kıyaslama yoluyla bu sözleşmelere uygulanması yanlıştır. Yaratma teorisi çerçevesinde tarafların farazi iradeleri göz önüne alınarak oluşan hukuk boşluğunun hâkimin hukuk yaratması ile doldurulması gerekmektedir.[37] Diğer bir görüşe göre de; sui generis sözleşmede bir hukuk boşluğu oluştuğu durumda bireysel sözleşmenin üstünlüğü ilkesi gereği, hâkimin bu boşluğu doğrudan veya kıyasen uygulamayla doldurabileceği özgün kuralın sözleşmede bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Özgün kural mevcutsa bu uygulanarak uyuşmazlık giderilecektir. Aksi takdirde, sui generis sözleşmenin tipik veya atipik olmasına göre hâkimin tutumu farklı olmalıdır. Sözleşme atipik bir sui generis sözleşme ise hâkim, sui generis sözleşmenin doğasına uygun şekilde TMK. m. 4'teki takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği bir hükümle boşluğu dolduracaktır. Öte yandan, tipik bir sui generis sözleşmede hâkim, TMK m. 1/2 uyarınca, öncelikle Borçlar Kanununun tamamlayıcı hükümlerini, sonrasında varsa örf ve adet hukukunu uygulayacaktır. Eğer örf ve adet hukukunda da uygulanabilecek bir kural yoksa ise en son ihtimal olarak da hâkim hukuk yaratacaktır.[38]

---

[35] EREN, s. 22

[36] ZEVKLİLER ve HAVUTÇU, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Ankara 2007, s. 37

[37] GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 14

[38] KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2013, s. 295

Take or pay ile take and pay birbirine çok yakın anlamlar taşır gibi gözükse de pratikte ve uyuşmazlıklarda çok ciddi farklılıklar göstermektedirler. Bu sebeple istenmeyen sonuçların önlenmesi açısından imzalanacak sözleşmenin çok dikkatli bir şekilde yazılması ve incelenmesi gerekmektedir. Zira görüldüğü üzere, sui generis sözleşmelerde çıkacak uyuşmazlıklarda öncelikli olarak sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Take or pay ile take and pay kayıtlarının hukuki nitelikleri ve uyuşmazlıklarda yaratacakları farklılıklar ileride kapsamlı olarak incelenecektir.

B- SÖZLEŞMEYE KONULMA SEBEPLERİ

Take or pay ve take and pay kayıtları sözleşmelere çeşitli sebeplerden konulmaktadır. Bunları dört başlık altında toplayabiliriz. Bunlar; doğal sebepler, ticari sebepler, hukuki sebepler ile arz güvenliğini sağlamak olarak adlandırılabilir.

1-) Doğal Sebepler: Doğal gaz depolanması aşırı maliyetli olduğundan, satıcı bir an önce çıkarttığı doğal gazın satılmasını istemektedir. Bu sebeple söz konusu kayıtları sözleşmelere geçirmek istemektedir.

2-) Ticari Sebepler: Take or pay ve take and pay kayıtları sayesinde satıcının düzenli bir gelir kalemi oluşmakta olup; bu sebeple, satıcı normal şartlar altında alamayacağı finansal desteği almakta ve doğal gazı üretip tüketici pazara arz edebilmektedir.

3-) Hukuki Sebepler: Satıcının riski bölümünde uzunca anlatıldığı gibi, satıcının uzun süreli sözleşmeyi devam ettirirken, yatırımından kâr edeceğini bu kayıtlarla garanti altına almaktadır. Bu kayıtlar sayesinde alıcı, almadığı gazın da parasını ödemek zorunda bırakılmaktadır.

4-) Arz Güvenliğinin Sağlanması: Bu sebep diğer sebeplerden farklı olarak alıcının menfaatini korumaya yöneliktir. Bu kayıtlar sayesinde alıcı, yıllık alacağı miktar için sabit bir fiyat üzerinden arz güvenliğine sahip olmaktadır. Uygulamada take or pay kayıtlı, uzun süreli gaz satım sözleşmeleriyle, alıcı ile satıcı arasında genellikle on beş ila otuz yıl süreli olmak üzere iki taraflı bir tekel ilişkisi kurulmaktadır. Bu sözleşmelerin yapılması, doğal gazın arz güvenliğinin sağlanmak zorunluluğuna dayanmaktadır.[39] Örneğin Japonya'da take or pay kayıtlı LNG sözleşmelerinin yapılmasının

[39] ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, s. 129

yetkililer tarafından açıklanan sebebi arz güvenliğinin sağlanmasıdır.[40] Bilindiği üzere LNG kısa süreli sözleşmelerle veya spot olarak alınabilecek bir mal olmasına rağmen, Japon yetkililer bunların take or pay kayıtlı uzun süreli sözleşmelerle alınmasına karar vermektedirler.

C- YARDIMCI KAYITLAR

Yardımcı kayıtlar sadece take or pay kayıtlarında olabilir, take and pay kayıtlarında neden yardımcı kayıt olamayacağı ileride açıklanacaktır. Ayrıca yardımcı kayıtları take or pay kaydı gibi ihtiyari kayıtlardır, bu sebeple take or pay kayıtlı sözleşmelerde yazılma zorunlulukları yoktur. Yardımcı kayıtların kullanımı sözleşme içeriğinde sınırlandırılabilir. Bu sebeple çıkacak uyuşmazlıklarda sözleşmeleri çok dikkatli incelemekte yarar vardır.

1-) Carry Forward (Miktar Nakli): Alıcı, yıllık al ya da öde miktarından fazla bir mal alımı yaptığı takdirde, fazladan almış olduğu mal miktarı kadar, sonraki yıllarda alacağı al ya da öde miktarı düşecektir. Bu kayıt satıcının yıllık al ya da öde kaydından temin edeceği bedeli düşüreceği için çeşitli sınırlamalara tabii olabilmektedir. Bu sınırlamalar bir yıl içinde ancak belirli miktarda miktar nakli yapılabileceği ve ancak iki ila beş yıl arasında miktar naklinin öngörülebileceği şeklinde ortaya çıkmaktadır.

2-) Make Up (Eksik Çekiş Telafisi): Alıcı, yıllık al ya da öde miktarından az bir mal alımı yaptığı takdirde, yıllık al ya da öde miktarı ile satın almış olduğu miktar arasında kalan miktar için de ödeme yapacaktır. Bu kayıt sayesinde alıcıya, ileriki yıllarda, önceden yapılmış olan ödeme karşılığında, eksik çekiş telafisi olarak bedeli ödenmiş fakat teslim alınmamış olan malın ücretsiz olarak alınması imkânı verilir. Ancak uygulamada bu kaydın da kullanımı belirli sınırlandırmalarla karşı karşıyadır. Örneğin, eksik çekiş telafisi belli bir süre içinde kullanılmak zorunda tutulabilir. Bu durumda hak düşürücü süre öngörülmüş olur. Eksik çekiş miktarının üst sınırı örneğin doğal gaz satım sözleşmeleri için; gaz üretim ve iletim tesislerinin kapasiteleri dâhilinde olacaktır ki; bu da fiziksel sınırlandırılma olarak görülebilmektedir. Son olarak sözleşmesel sınırlandırmalar uygulanabilir. Bunlar ise eksik çekiş telafisinin kullanılabilecek yıllık üst limiti ile eksik çekiş telafisinin kullanılabilmesi için teslim alınması gereken belli bir miktar mal olarak sınırlandırma yapılabilir.

[40] NAMİKAWA, s. 1330

D- İŞLEYİŞİ

Take or pay kaydı, belli bir dönem içinde belli miktardaki malın bedelinin, teslim alınmasa da ödeneceği taahhüdüdür.[41] Buna göre enerji satım sözleşmelerinde uzun süreli sözleşmeler yapıldığından bu dönemler birer yıllık dönemler olarak kararlaştırılmaktadır. Buna göre alıcı yıllık al ya da öde miktarını almasa dahi bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Yıllık al ya da öde miktarı ise, "satıcının teslim edemediği veya eksik teslim ettiği doğal gaz miktarları, mücbir sebep nedeniyle teslim edilemeyen veya teslim alınamayan doğal gaz miktarları ve miktar nakline konu doğal gaz, yıllık sözleşme miktarından düşülmekte ve düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarına ulaşılmaktadır. Elde edilen bu miktarın sözleşmede belirtilen al ya da öde oranı ile çarpılması suretiyle, yıllık al ya da öde miktarı bulunmaktadır."[42] Al ya da öde miktarı ile sözleşmede yazılı al ya da öde fiyatı çarpılması sonucunda, dönemsel al ya da öde ödemesi bulunur. Roberts'da kitabında take or pay bedelinin bulunması için alternatif bir formül üretmiştir[43] Take or pay kaydında alıcı al ya da öde ödemesi karşılığı, malı teslim alsa da almasa da bu ödemeyi yapmakla yükümlüdür. Eğer al ya da öde miktarının üstünde bir alım yaparsa tabiidir ki al ya da öde ödemesinden yüksek bir bedel ödeyecektir. Bu sebeple al ya da öde ödemesi bir standart bedel olarak değerlendirilmeyip; bunun minimum ödeme taahhüdü olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Take and pay kaydı için de aynı işleyişi uygulamak mümkündür, ancak çıkacak al ya da öde ödemesinden çok al ya da öde miktarı take and pay için önem kazanmaktadır. Zira ilerde anlatılacağı üzere take and pay kaydında alıcı bedeli ödemesinin yanı sıra malı veya hizmeti teslim almak ile de yükümlüdür.

E- HUKUKİ NİTELİĞİ

Take or pay kaydının hukuki niteliği doktrinde çok tartışmalıdır. Gerek doktrinde, gerekse uygulamada take or pay ile take and pay kayıtlarının birbiri ile karıştırıldığını görmekteyiz. Bizce take or pay ile take and pay kayıtlarının tanımları ve alıcıya yükledikleri yükümlülükler üzerinden bir

[41] AYRANCI, s. 307

[42] ALİYEVA, s. 74

[43] ROBERTS, s. 135

hukuki nitelendirme yapmak gerekmektedir. Zira yapılacak hukuki nitelendirme sonucunda ulaşılacak nokta, uyuşmazlık çözümünde çok ciddi farklılıklar getirerek milyon dolarlarla ifade edilecek farklılıklar yaratabilecektir. Doktrinde take or pay kayıtlarının hukuki niteliği konusunda şu fikirler ortaya atılmıştır:

- Götürü Tazminat
- Cezai Şart
- Gerçek Olmayan Cezai Şart
- Sui Generis Kayıt

Götürü Tazminat: Bir görüş sözleşmede take or pay kaydı bulunmasının, taahhüt edilen miktarda mal alıcı tarafından teslim alınmazsa, satıcıda oluşacak zararların ispat edilmesi gereğini ortadan kaldıran götürü tazminatı niteliğinde olduğunu iddia etmektedir. Gerçekten de götürü tazminatta zararın varlığını ve miktarını ispat yükü alacaklıda olmayıp, zararın bulunmadığını veya götürü tazminattan az olduğunu ispat yükü borçluya aittir.[44] Ancak bu görüş kanımızca doğru değildir; çünkü take or pay kaydı tanımında da yazıldığı üzere; teslim alma taahhüdü içermemektedir, teslim alınsın veya alınmasın belirli bir miktar bedelin ödenmesini taahhüt etmektedir. Bu sebeple alıcı vermediği bir taahhüt sebebiyle oluşacak zararı tazminle yükümlü olamayacağından bu görüşü isabetli görmemekteyiz.

Cezai Şart: Cezai şartlar TBK m. 179-182 aralığında düzenlenmiştir. Tanımı ise m. 179'da yapılmıştır, buna göre:

"*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmamışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.*

Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir."

TBK m. 180'de ise ceza ile zarar arasındaki ilişki düzenlenmiştir buna göre:

"*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*

[44] ALİYEVA s. 86

Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez."

TBK m. 182'de ise cezanın miktarı, geçersizliği ve indirilmesi düzenlenmiştir, buna göre:

"*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*

….

Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir."

Kanun metnine göre, sözleşmede taraflar serbestçe cezai şart koyabilirler, bu durumda sözleşme hiç veya gereği gibi ifa edilmezse, hiçbir zarar doğurmasa bile sözleşmenin diğer tarafı cezai şartı talep edebilir. Hâkim, cezai şartı aşırı gördüğü takdirde cezai şartı kendiliğinden indirebilir.

Kanımızca take or pay kaydı cezai şart olarak nitelendirilemez; çünkü take or pay kaydında alıcı sözleşmede belli bir miktarda malı teslim alacağını taahhüt altına almamakta, yalnızca almadığı take or pay miktarının da bedelini ödeyeceğini taahhüt etmektedir. Bu nedenle, alıcının take or pay kayıtlı sözleşmelerde belli miktardaki malı teslim almaması sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumunu oluşturmaz.

Öte yandan take and pay kayıtlı sözleşmelerde alıcı, hem asgari miktarda malı teslim alma yükümlülüğü altına girmiş; hem de asgari miktarda malın bedelini ödeme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu sebeple take and pay kayıtlı sözleşmelerin hukuki niteliğinin cezai şart olduğu söylenebilir. Bu durumda take and pay kaydı bulunan sözleşmelerde uyuşmazlık çıktığı takdirde hâkim, take and pay kayıtlı sözleşmelerde takdiriyle indirim yapabilir. Bu takdiri indirimin, borçlunun başvurusu ile mi yoksa resen mi yapılacağı tartışmalar yaratmıştır. Yargıtay ise bir kararında; hâkimin aşırı gördüğü cezai şartı resen indirebileceğine hükmetmiştir ve "Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarına, Adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tesbit edilmelidir."[45] şeklinde hüküm koymuştur. Burada değinilen cezai şartın aşırılığı doktrinde "alacaklının göz önünde tutulması gereken çıkarlarla karşılaştırıldığında, açık bir nispetsizlik

[45] Yargıtay 13. HD, 11.11.1986, 4726-5410

içinde bulunan cezai şart aşırıdır."[46] şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre her özel durumda hâkimin, yukarıdaki ilkeler ışığında sözleşmedeki cezai şartı inceleyerek, gerektiği takdirde aşırı bulduğu cezai şartın indirilmesine karar vermesi gerekmektedir.

Take and pay kayıtlı sözleşmelerde satıcının TBK m. 179/2'ye göre, hem alıcının teslim aldığı malların bedelini talep edip, hem de cezai şartı talep etme hakkı vardır. İşte bu sebeple sözleşmelerin çok dikkatli yazılması ve çıkabilecek uyuşmazlıklara karşı çok dikkatli incelenmesi gerekmektedir. Zira İngiltere'de Sir Michael John Burton tarafından görülen iki davada, taraflar yaptıkları sözleşmede take or pay kaydı koymalarına rağmen sözleşme yazımında bir takım hatalar yapmış olduklarından, doktrin tarafından eleştirilen ve take or pay kayıtlarının geleceği için kaygı uyandıran kararlar verilmiştir.[47] Ancak bizce, verilen kararlar isabetlidir, çünkü yukarıda anlatıldığı üzere atipik sui generis sözleşmelerde oluşan hukuki boşluklarda; eğer sözleşmede açık veya kıyasla uygulanabilecek bir özgün hüküm varsa bu hüküm uygulanarak boşluk doldurulacaktır; hakim Burton ise bu davalarda, sözleşmede bulunan özgün hükmü uygulayarak uyuşmazlığı çözmüştür. Buna göre, bir sözleşmede take or pay kaydı konulmak isteniyorsa, özellikle dikkat edilmesi gereken nitelik, sözleşmede alıcının malı veya hizmeti teslim alma yükümlülüğünün olmamasıdır. Take or pay ile take and pay kayıtlarını birbirinden ayıran yegâne özellik budur.

Gerçek Olmayan Cezai Şart: "Gerçek olmayan cezai şart, hukuken izin verilen bir davranışın sergilenmesi veya tanınan bir hakkın (cayma veya haklı nedenle fesih hakkının) kullanılması halinde üstlenilen bir edim yükümlülüğü olup, gerçek cezai şarttan; akde aykırı olmayan bir davranış sonucunda doğacak olması ve asıl borcun fer'i niteliğinde olmaması yönleriyle ayrılmaktadır. Yine doktrinde gerçek olmayan cezai şart seçimlik borç niteliğinde görülmekte ve sözleşmenin kurulması esnasında, şarta bağlı olarak kararlaştırılan asli edim karakteri taşıdığı ifade edilmektedir."[48] Bu tanıma göre Yıldırım, alıcının take or pay kayıtlı sözleşmeyi imzalayarak; sözleşme kurulduğunda, teslim alınacak malın bedelini veya malı teslim

[46] GÜNAY, Cezai Şart, Turhan Kitapevi, Ankara 2002, s. 181

[47] HOLLAND ve ASHLEY, Enforceability of Take or Pay Provisions in English Law Contracts – Revisited, 2013

[48] YILDIRIM, Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü Ve "Al ya da Öde" Kaydının Hukuki Niteliği s.10

alamama taliki şartına bağlı olarak malın bedelini ödeyeceğini taahhüt altına girdiğini iddia etmektedir.

Bu görüşe göre, bedelin ödenmesi için bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. Bu sebeple götürü tazminat için öne sürdüğümüz çekinceler bu görüş için geçerli olmamaktadır. Bu görüş cezai şart görüşünden daha yakın gelmektedir. Zira bu görüşe göre alıcının ödemede bulunması sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumuna bağlanmamıştır. Ancak bu görüşe de katılmamız mümkün değildir. Zira Yıldırım, gerçek olmayan cezai şartın tanımını yaparken hukuken izin verilen bir davranışın veya tanınan bir hakkın (cayma veya haklı nedenle fesih hakkının) şeklinde tanımlama yaparak gerçek olmayan cezai şartın sözleşmeyi hükümsüz hale getirme veya sona erdirme halinde ödenmesi gereken bir bedel olduğunu göstermiştir. Ancak take or pay kayıtlarının konuluş sebepleri incelendiğinde görülmektedir ki; uzun süreli sözleşmeleri devam ettirirken, satıcının yatırımını kara çevirmesi amacıyla bu kayıtlar konulmaktadır. Bu sebeple take or pay kaydı bulunan sözleşmelerde en son istenen şey sözleşmeden cayılması veya sözleşmenin feshedilmesidir.

Bir diğer yönden, seçimlik borç, borçlunun iki birbirinden ayrı edimi taahhüt etmesidir. Ancak take or pay kaydında borçlunun tek bir edimi taahhüt etmektedir; o da teslim almış veya teslim alamamış olduğu malın bedeli. Yani teslim alıp almaması, borçlunun farklı edimler ifa ettiğini göstermemekte, her durumda sözleşmeden doğan borcun ifası meydana gelmektedir.

Sui Generis Kayıt: Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kanuna ve adaba aykırı olmamak suretiyle kişiler istedikleri tipte ve içerikte sözleşmeler yapabilmektedirler.[49] Sui Generis kayıt ise bu amaçla "Kendisine özgü yapısı (mahiyeti) olan (sui generis) akitler (contracts de nature propre, atypische Vertrage) Bunlar tamamen veya kısmen kanunun öngördüğü akit tiplerinin hiç birinde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler."[50] Şeklinde tanımlanabilir. Bu kayıtlar özgün bir düzenlemeden yoksun bulunmaktadırlar.[51] Bir diğer yönden, sözleşmenin tanımı, esaslı unsurları ve tarafların hak ve

[49] TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1 Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 9

[50] TANDOĞAN, s. 12

[51] KUNTALP, s. 291

borçları ile sözleşme çerçevesindeki asli edimlerinin kanunla hükme bağlanmamış olması o sözleşmeleri sui generis sözleşme yapmaktadır.[52] Doktrinde genel kabul gören görüş take or pay kayıtlarının taahhüt miktarı kadar olan malın bedelinin koşulsuz şartsız ödenmesi teminat altına alan, sui generis bir kayıt olduğudur.[53] Take or pay kayıtlarının sözleşmeye girmesiyle birlikte sözleşmenin kanundaki taşınmaz satım sözleşmesinden sui generis bir sözleşme formatına geçtiği aşikârdır. Aksi takdirde kanun hükümlerine göre, alıcı malı teslim almasa dahi malın bedelini ödemeyi taahhüt etmediği bir bedeli ödemek yükümlülüğü altında olmayacaktır. Bizce de take or pay kayıtları kanunda tanımlanmamış, sözleşmede satıcının mal ya da hizmetlerini sunmasına karşılık olarak mallar veya hizmet alıcı tarafından teslim alınmadığı takdirde sözleşmede belirlenen take or pay bedelini ödeme taahhüdünü içeren sui generis bir kayıttır. Ancak asıl önemli nokta kaydın hukuki nitelendirmesinden çok kayıt sebebiyle ödenecek bedelin hangi kapsamda değerlendirileceğidir. Bizce take or pay ödemesi borçlar genel hükümlerinde geçen borcun ifasıdır. Dikkatli incelendiğinde görülecektir ki satıcı özellikle enerji satım sözleşmelerinde, enerjiyi alıcıya erişilebilir kılmasıyla borcunu yerine getirmektedir. Zira alıcı açısından take or pay kaydının konulma sebebi arz güvenliğini sağlama menfaatidir. Bu durumda satıcı, alıcıya malın teslim alınmasına hazır ettiği veya hizmetin sunulmaya hazır tuttuğu ölçüde; malın veya hizmetin bedelini hak etmiştir. Alıcı vermiş olduğu taahhütle satıcıya, malı veya hizmeti onun yararına erişilebilir tutması karşılığında, belli bir miktara gelen bedelini koşulsuz şartsız vereceğini taahhüt etmiştir. Ayrancı da bu hususu şu şekilde değerlendirmiştir: "Al ya da öde kaydı bulunan sözleşmelerde alıcının kabz yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde söz konusu miktar sözleşmeye göre ödenir. Bu durumda sözleşmeden kaynaklanan edim, normal olarak ödenmiş gibi bir durum meydana gelir."[54] Hocamızın alıcının kabz yükümlülüğü olduğu görüşüne katılmamakla birlikte; ödenecek bedelin sözleşmeden kaynaklanan bir edim olarak görülmesi gerektiği hususu sabittir. Bu sebeple take or pay kaydından kaynaklanan ödemelerin borçlar genel hükümlerine göre borcun ifası olduğuna dair şüpheye yer yoktur.

[52] EREN, s. 19

[53] ALİYEVA, s. 93

[54] AYRANCI, s. 310

SONUÇ

Sonuç olarak, take or pay ve take and pay kayıtları, uzun süreli sözleşmeler çerçevesinde oluşturulan büyük yatırımların kâra dönüşmesi açısından oldukça önemli kayıtlardır. Sözleşmelerin kurulabilmesi ve sürdürülebilmesi açısından hem alıcılara hem satıcılara çeşitli faydaları vardır. Özellikle enerji satım sözleşmelerinde bu kayıtlara sıklıkla yer verilmektedir. Ancak take or pay ile take and pay kayıtlarını birbirinden ayırmalı ve sözleşmelerde ihtiyaca hangisi daha uyumlu gelecekse o kayıt konulmalıdır. Sözleşmeye yanlış konulan kayıtlar, uyuşmazlık çözümünde farklı hükümlerin uygulanmasına sebep olacaktır ki bu da ciddi hak kayıplarına yol açabilecektir.

KAYNAKÇA

AYRANCI, Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010

ROBERTS, Gas Sales and Gas Transportation Agreements: Principles and Practice, Sweet and Maxwell, London 2011

ŞİT-KÖŞGERİOĞLU, Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslar arası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul 2012

ALİYEVA, Karşılaştırmalı Hukukta Doğal Gaz Sözleşmelerine Uygulanan "Al Ya Da Öde" (Take Or Pay) Klozu, Ankara 2014

PEGG ve WALLER, Take or Pay Provisions in Natural Gas Contracts. The US Experience as a Comparator to the UK Gas Industry's Problems, Energy & Nat. Resources 1996

NAMİKAWA, Take or Pay under Japanese Energy Policy, Energy Policy 2003

ASLAN, Enerji Hukuku Cilt:3, 2009 ANKARA

BOTAŞ, 2012 Yılı Sektör Raporu

EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014

ŞENYÜZ, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ekin Bursa 2012

ZEVKLİLER ve HAVUTÇU, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Ankara 2007

GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012

KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2013

HOLLAND ve ASHLEY, Enforceability of Take or Pay Provisions in English Law Contracts – Revisited, 2013

YILDIRIM, Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü Ve "Al ya da Öde" Kaydının Hukuki Niteliği

TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1 Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.cedigaz.org/products/annual-surveys-2015.aspx

http://naturalgas.org/overview/history/

http://www.tanap.com/tanap-project/why-tanap/

Takı Merasiminde Gelin ve Damada Takılan Ziynet Eşyalarının Kime Ait Olacağı Sorunu (Karar İncelemesi)

Ayberk Emirşah GEMİCİ*

1. İNCELEME KONUSU KARAR

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 04.03.2020, 2017/3-1040 E., 2020/240 K.

Yargıtay İlamı:

1. Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Eskişehir 1. Aile Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin kararın taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 3. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

* Stajyer Avukat, İstanbul Barosu.
ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-4618-4661

A. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

Davacı vekili 28.06.2013 tarihli dava dilekçesinde, tarafların boşandıklarını, düğünde takılan 18 adet bilezik, 1 adet küpe, 2 adet yüzük, 11 adet küçük altının davalı tarafından alındığını, davalının müvekkiline Sincan ilçesinde alınan ev için kullanıldığını beyan ettiğini, altınların davalıdan talep edilmesine rağmen verilmediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile altınların aynen, mümkün olmadığı takdirde bedelleri olan 20.000 TL'nin dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Cevabı:

Davalı vekili 11.11.2013 tarihli cevap dilekçesinde, düğünde 5 adeti müvekkiline ait olmak üzere toplam 12 adet bilezik takıldığını, ziynet eşyalarının düğün ve ev eşyasının alımına ilişkin borçlar, çocuk edinmek için yapılan tedavi masrafları ile ortak giderler için davacının onayı ile kullanıldığını, davacının beyanlarının gerçek durumu yansıtmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

Eskişehir 1. Aile Mahkemesinin 11.03.2014 tarihli ve 2013/495 E., 2014/189 K. sayılı kararı ile; Sincan ilçesindeki evin, evlilikten 1-2 yıl sonra alındığı, tüp bebek tedavisinin ise evlilikten 7-8 yıl devam eden süreçte gerçekleştiği, arabanın ise son olaydan önce alındığı ileri sürüldüğünden, davacıya düğünde takılan ziynet eşyasının karşı beyanlarla da tespit edildiği üzere 7 adet bilezik ve 1 adet yüzük olduğu, bunun dışında talep edilen ziynet eşyalarının düğünde değil de düğün sonrası edinildiği veya düğünden önce kişisel eşya olarak var olduğu ileri sürülmediğinden 7 adet bilezik ve 1 adet küpenin düğün borçları ve ev eşyalarının alımında bozdurulduğu, bu konuda davacının rızasının geri alınmamak üzere kocaya bağış şeklinde verildiği hususunun ispatının davalıya düştüğü, ancak buna ilişkin dosya kapsamında bir delil bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile, 8.568,00TL değerinde 7 adet 22 ayar 18 gr bileziğin ve 129.00TL değerince 1 adet 14 ayar 3 gr yüzüğün aynen iadesine, mümkün olmadığı takdirde

8.697TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

Eskişehir 1. AileMahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri temyiz isteminde bulunmuştur.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.05.2015 tarihli ve 2014/14238 E., 2015/8430 K.sayılı kararı ile; Davalının tüm davacının diğer temyiz itirazlarının reddi ile, "… Ancak; Dava konusu uyuşmazlık, düğünde takılan ziynet eşyalarının davalı kocadan istirdatı talebine ilişkindir. Kural olarak düğün sırasında takılan ziynet eşyaları, para kim tarafından takılırsa takılsın, aksine bir anlaşma bulunmadıkça kadına bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanır. Bu eşyaların iade edilmemek üzere kocaya verildiği, kadının isteği ve onayı ile bozdurulup müşterek ihtiyaçlar için harcandığı hususu davalı tarafça kanıtlandığı takdirde, koca bu eşyaları iadeden kurtulur.

Somut olayda, davalı koca, davacı kadının talep ettiği ziynetlerin, evliliğin devamı sırasında, düğün borçları ve çocuk edinmek için yapılan tedavi masrafları için harcandığını savunmuş, ancak davacı kadının bunları iade edilmemek üzere rıza ile verdiğini kanıtlayamamıştır. Hâl böyle olunca mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalı kocanın, müşterek ihtiyaçlar için harcanan ziynetlerin, rızayla ve iade şartı olmaksızın kendisine verildiğini ispatlayamadığı, bu nedenle dava konusu ziynetleri iadeyle mükellef olduğu hususu tartışmasızdır.

Ne var ki; HMK'nın 188. maddesi gereğince "Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerektirmez." Davalı taraf cevap dilekçelerinde, düğünde toplam 12 adet bilezik takıldığını beyan etmiştir. Bu durumda, düğünde davacı kadına 12 adet bilezik takıldığı hususu çekişmeli olmaktan çıkmıştır.

Öyle ise mahkemece, bu ilkeler gözetilip, davalının, davacı kadına takılan bileziklerin adedi konusundaki ikrarı da dikkate alınıp, toplam 12 adet bilezik üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme sonucu davalının düğün sırasında takıldığını kabul ettiği 5 adet bilezik dikkate alınmadan, sadece 7 bilezik üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir…" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

Eskişehir 1. Aile Mahkemesinin … tarihli ve …E., … K. sayılı kararı ile önceki gerekçeler yanında "…Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 28/12/2006 tarih 10209-18598 sayılı içtihadında belirtildiği üzere düğünde damada hediye olarak takılan 5 adet bileziğin kadına bağışlanıp bağışlanmadığı hususu davacı tarafından dile getirilmediği gibi bu yönde davalının bir beyanı mevcut olmadığı 12 adet bileziğin evlilik birliğinin devamı sırasında düğün borçları ve çocuk edinmek için yapılan tedavi masrafları için harcadığı beyanı göz önüne alınarak davalının 12 adet bilezik hususunda beyanı 5 adet davalıya hediye olarak takıldığından ve düğün sonrası davacı kadına bağışlanma hususu ortaya konulmadığı…" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

Direnme kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

B. UYUŞMAZLIK

Davalı vekilinin cevap dilekçesinde düğünde 5 adedi müvekkiline ait olmak üzere toplam 12 adet bilezik takıldığını beyan etmesi karşısında, bu beyanın mahkeme önünde ikrar sayılarak 12 adet bilezik üzerinden davanın kabulüne karar verilmesinin gerekip gerekmediği gerektiği noktasında toplanmaktadır.

C. GEREKÇE

Uyuşmazlığın çözümü için konu ile ilgili yasal düzenleme ve kavramların kısaca açıklanmasında yarar vardır.

Ziynet; altın, gümüş gibi kıymetli madenlerden yapılmış olup; insanlar tarafından takılan süs eşyası olarak tanımlanmaktadır (Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s. 1529). Ziynet eşyasını evlilik münasebetiyle gelin ve damada verilen hediyeler olarak tanımlamak mümkündür. Bu bağlamda, bilezik, altın kelepçe, kolye, gerdanlık, takı seti, bileklik, saat, küpe ve yüzük gibi takılar, ziynet eşyası olarak kabul edilmektedir (Sağıroğlu, M.Ş.: Ziynet Davaları, İstanbul 2013, s.3).

Kadına özgü ziynet eşyaları; eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir âdet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanır.

Hukuk Genel Kurulunun 05.05.2004 tarihli ve 2004/4-249 E. ve 2004/247 K. sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

Bu noktada "kişisel mal" kavramının yasal olarak nasıl düzenlendiği üzerinde durulmalıdır: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 220. maddesinde; "Aşağıda sayılanlar, kanun gereğince kişisel maldır:

Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,

Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri,

Manevi tazminat alacakları,

Kişisel mallar yerine geçen değerler." kişisel mal olarak sayılmış olup, aynı Kanun'un 222/1. maddesinde; "Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür" şeklindeki düzenleme ile de ispat yükünün kime ait olduğu hususu gösterilmiştir.

Dava konusu edilen bir hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların (olguların) var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir. İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.187/1). Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz (HMK m. 187/2).

Vakıa (olgu) ise, 03.03.2017 tarihli ve 2015/2 E. ve 2017/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; kendisine hukuki sonuç bağlanmış olaylar şeklinde tanımlanmıştır. İspatı gereken olaylar, olumlu vakıalar olabileceği gibi olumsuz vakıalar da olabilir.

Diğer taraftan hâkim, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğini, kural olarak kendiliğinden araştıramaz. Bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini taraflar ispat etmelidir. **Bir davada ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı hususu ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde; "Kanunda aksine bir hüküm**

bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" şeklinde belirtildiği gibi, usul hukukun en önemli konularından biri olan ispat yükü kuralı, 6100 sayılı HMK'nın 190. maddesinde de; "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda bahsedilen düzenlemelerden hareket edildiğinde, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Olağan olan kadına özgü ziynet eşyalarının kadın eşin himayesinde bulunmasıdır. Bunun aksini iddia eden kadın eş iddiasını ispatla mükelleftir. Ziynet eşyası davasında dava konusu altınların varlığı ve bu altınların kadın eşte olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlanmalıdır.

Önemle vurgulamak gerekir ki kesin delil, yanları ve hâkimi bağlayan, bu tip delillerle kanıtlanan olayın hukuksal doğru olarak kabul edilmesi gereken delillerdir. Hâkimin kesin delilleri takdir yetkisi yoktur. Bu biçimde ispatlanan hususu doğru kabul etmek zorundadır.

Hukukumuzda kesin deliller sınırlı olup bunlar, ikrar (Mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 236; HMK m.188), senet (HUMK m. 287; HMK m. 193), yemin (HUMK m. 337; HMK m. 228) ve kesin hükümdür (HUMK m. 237; HMK m. 303).

İkrar, bir tarafın, diğer tarafın ileri sürdüğü maddi olayın doğru olduğunu kabul etmesidir. HUMK'nın 236. maddesine göre, ikrar eden taraf aleyhine kesin delil teşkil eder. HMK'nın 188.maddesi de benzer düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemenin 1. fıkrası; "Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerektirmez" şeklindedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, kadına özgü ziynet eşyası niteliğindeki bilezik eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir âdet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanır. Bu ilkeden hareketle, davalı erkeğin düğünde toplam 12 adet bilezik takıldığını beyan etmiş olması karşısında, bu beyanın 6100 sayılı HMK'nın 188. maddesi gereğince mahkeme önünde ikrar kabul edilmesi gerekir. Bu durumda, düğünde davacı kadına 12 adet bilezik takıldığı

hususu çekişmeli olmaktan çıkacaktır. O hâlde mahkemece bu bilezikler yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.

Diğer yandan, Özel Daire bozma kararının 6. bendinin 1. satırında yer alan "para" kelimesinin dava konusu uyuşmazlık yalnızca bileziklere ilişkin olduğundan 6100 sayılı HMK'nın 24. maddesinde belirtilen tasarruf ilkesi gereğince bozma kararından çıkarılması gerekir.

Mahkemece açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirme yapılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Nitekim Özel Daire de bozma kararında aynı hususa işaret etmiştir.

Bu durumda direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıdaki belirtilen bu ilâve gerekçe ve nedenlerle bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

D. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Özel Daire bozma kararının 6. bendinin 1. satırında yer alan "para" kelimesinin bozma kararından ÇIKARILMASINA (III – 25),

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen ve yukarıda açıklanan ilave nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440/III-1. maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 04.03.2020 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy birliğiyle ve kesin olarak karar verildi.

2. KARARA KONU OLAYIN İNCELENMESİ:

Taraflar arasındaki ihtilafın konusu düğünde yapılan takı merasiminde damat ve geline takılan ziynet eşyalarının paylaşmına ilişkindir. Uyuşmazlıkta davacı düğünde takılan 18 adet bilezik, 1 adet küpe, 2 adet yüzük, 11 adet küçük altının davalı tarafından kendi rızası olmaksızın alınmış ve istemi

olmasına rağmen ziynet eşyalarının kendisine iade edilmemiş olduğunu iddia etmiş ve bu eşyaların mümkün olması halinde aynen; olmaması halinde ise parasal karşılığının kendisine iade edilmesini talep etmiştir. Davalı ise düğünde beşi kendisine olmak üzere toplam 12 bilezik takılmış olduğunu ve bahse konu ziynet eşyalarının davacı tarafından kendisine rızası ile verilmiş olduğunu, bu eşyaların satılarak düğün ve ev eşyalarına ilişkin borçların, çocuk edinme amacıyla gerçekleştirilen tüp bebek tedavisine ilişkin borçların ve ortak giderlerin karşılandığını belirtmiş ve davanın reddini talep etmiştir.

3. MAHKEME KARARLARI:

a) İlk Derece Mahkemesi Kararı:

İlk derece mahkemesi, davacıya düğünde takılan takıların toplam yedi adet bilezik ve bir adet küpeden ibaret olduğunu ve diğer beş bileziğin damada takılmış olduğunu karşı beyanlar tespit etmiştir. Mahkeme davacının iddiasında belirtmiş olduğu diğer ziynet eşyalarının düğünden evvel veya sonra edinildiğinin iddia edilmemiş olduğunu ve davalının davacıya ait olan yedi adet bilezik ile bir adet küpenin bozdurarak çeşitli ortak borçları ödemiş olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, davalı, davacıdan almış olduğu ziynet eşyalarının davacının rızası ile karşılıksız olarak (geri ödenmemek suretiyle) alınmış olduğunu ispat etmek zorundadır. Bu husus davalı tarafından ispat edilmemiş olduğundan, mahkeme davayı kısmen kabul ederek davalıyı yedi adet bilezik ve bir adet küpeyi iade etmeye mahkûm etmiştir. Karar taraflarca temyiz edilmiştir.

b) Özel Daire Kararı:

Özel Daire kararında, düğünde takılan ziynet eşyalarının para kim tarafından takılırsa takılsın aksine bir anlaşma bulunmadıkça kadına bağışlanmış sayılacağı ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanacağı belirtilmiştir. Daire ayrıca bu eşyaların iade edilmemek üzere kocaya verildiği, kadının isteği ve onayı ile bozdurulup müşterek ihtiyaçlar için harcandığı hususunun davalı tarafça kanıtlandığı takdirde, kocanın bu eşyaları iadeden kurtulacağına işaret etmiştir. Buna karşılık, somut olay ele alındığında davalının ziynet eşyalarını davacının rızası ve isteği dahilinde ve geri ödenmemek üzere bozdurmuş olduğunu ispat edememiş olması sonucunda bu eşyaların iade edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Ayrıca Özel Daire, görülen dava esnasında davalının toplamda oniki adet bilezik olduğunu ikrar etmiş olmasına ve

olayın artık çekişmesiz olmasına rağmen mahkemenin yedi bilezik üzerinden karar vermiş olmasını hukuka aykırı bularak bozma kararı vermiştir.

c) Direnme kararı:

İlk derece mahkemesi, düğünde takılan beş adet bileziğin davacıya bağışlanıp bağışlanmadığı hakkında tarafların bir beyanda bulunmadığı ve bu beş adet bileziğin davalıya hediye edilmiş olup daha sonrasında davacıya bağışlanmadığı gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

d) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı:

Genel Kurul kararında ziynet eşyasının tanımına yer verdikten sonra kadına özgü ziynet eşyalarının eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir âdet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılacağını ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanacağını belirtmiştir. Ayrıca Kurul, kararında 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ispat yüküne ilişkin hükümlerine atıfta bulunmuş ve bu hükümlere dayanarak iddiası yahut savunması olağan hayatın akışına aykırı olan tarafın iddiasını ispat ile yükümlü olduğunua işaret etmiştir. Kararda, olağan hayatın akışı göz önüne alındığında ziynet eşyalarının kadının himayesinde olması gerektiğine değinildikten sonra bunun aksini iddia eden kadının ispat külfeti altında olduğu ifade edilmiştir. Nihayet Kurul düğünde toplam oniki adet bilezik takılmış olduğunun davalı tarafından ikrar edilmesi bu ihtilafı ortadan kaldırmış olduğundan davanın kısmen değil tamamen kabul edilmesi gerektiğine hükmederek Özel Daire'nin de belirtmiş olduğu gerekçeyle ilk derece mahkemesinin direnme kararının bozulmasına hükmetmiştir.

4. HUKUKİ SORUN:

Hukuk Genel Kurulu ile direnme kararı vermiş olan ilk derece mahkemesi arasındaki uyuşmazlık düğünde gelin ve damada verilen ziynet eşyalarının kişisel eşya niteliğinde sayılıp sayılmayacağı ve kadına özgü olarak nitelendirilen ziynet eşyalarının kime ve kim tarafından takılmış olduğuna bakılmaksızın kadına ait olup olmayacağına ilişkindir.

5. İNCELEME:

İncelemede öncelikle yerel mahkeme ile Genel Kurul arasındaki ihtilafın temelini oluşturan ziynet eşyalarının kadına özgü olup olamayacağı ve bunların damada bağışlanmış olmasına rağmen kadına ait sayılıp sayılamayacağı hususları Türk Medeni Kanunu'nun özü de dikkate alınarak tartışılacaktır ve sonuç kısmında sorunun çözümü için öneriler sunulacaktır.

a) Takıların Verilmesindeki Amaç ve Evlilik Birliğinin Korunması İlkesi Bakımından İnceleme:

Hukuk Genel Kurulu, uyuşmazlığa ilişkin kararında ziynet eşyalarının tanımlarına atıf yapmıştır. Buna göre ziynet; altın, gümüş gibi kıymetli madenlerden yapılmış olup; insanlar tarafından takılan süs eşyası olarak tanımlanmaktadır (Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s. 1529). Ziynet eşyasını evlilik münasebetiyle gelin ve damada verilen hediyeler olarak tanımlamak mümkündür. Bu bağlamda, bilezik, altın kelepçe, kolye, gerdanlık, takı seti, bileklik, saat, küpe ve yüzük gibi takılar, ziynet eşyası olarak kabul edilmektedir (Sağıroğlu, M.Ş.: Ziynet Davaları, İstanbul 2013, s.3).

Bu tanımdan yola çıkılarak anlaşılmaktadır ki, ziynet eşyası kıymetli madenlerden yapılmış olan takıların evlilik münasebetiyle gelin ve damada hediye edilmesidir. Tanımda "veya" ile "ya da" gibi bağlaçlara yer verilmeyip de "ve" bağlacının kullanılmasından gelin ve damada takılan bu hediyelerin ayrı ayrı değil de; her ikisine birlikte verildiği sonucunu çıkarmak gerekir. Gerçekten, geline yahut damada özel olarak hediye vermek isteyen bir kimsenin bu hediyeyi bunlardan birine vermesi için düğünü beklemesi gereklilik arz etmemekte olup, bu hediyeyi kendisine evlenme merasiminden önce verebileceği gibi evlenme merasiminden sonra verebilmesi de mümkündür. Bahse konu hediyelerin özel olarak değerli madenlerden yapılan eşyalardan seçilerek damat ve geline takdim edilmesi geleneğinin altında yatan amaç ve sebebin yeni evlenen eşlere ekonomik olarak destek çıkmak olduğu açıktır.[1] Nitekim bir evliliğin ekonomik bedeli çoğunlukla yeni bir ev, yeni eşyalar, nişan ve düğün masrafları nedeniyle oldukça ağır olmaktadır. ***"Takı merasiminin ekonomik olarak destekleyici nitelik ve amacı göz önüne***

[1] Kulaklı, E., "*Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 262-276, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019

alındındığında gelin ve damada verilen hediyelerin evlilik birliğine değil de kadına yahut erkeğe özgü olarak nitelendirilmesi ve buna göre kişisel eşya sayılması evlilik birliğinin varlığına ve bunun korunmasına birliğin kurulduğu andan itibaren tehdit oluşturmaktadır". Bu hususta geline ve damada verilen hediyelerin sırf süs olarak kullanılması gibi bir geleneğin varlığından da söz edilemez. Bilindiği gibi, evlilik birliğinin korunması aile hukukunun temel ilkelerindendir. Aile hukukunun bu ilke ve amacı "birliğin korunması" başlıklı 195. maddesinden ve devamında bu amacın tesis edilmesi için hâkimin alacacağı önlemlerin öngörülmüş olduğu maddelerin lafzından va özünden anlaşılmaktadır. Yine 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine daire Kanun'da mahkemenin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya ve ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya karar verebileceği düzenlenmiştir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kaynağını oluşturan İsviçre Medeni Kanunu'nun 159. maddesinde evlilik töreninin eşleri birbirine bağlayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise evlenme ile eşlerden her birinin karşılıklı olarak evlilik birliğini korumaya ve çocukların bakımına ortak olarak katılacakları belirtilmiştir[2]. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan bu düzenleme yasa koyucu iradesiyle aynı ifadelerle 4721 Sayılı Kanunu'nun evliliğin genel hükümlerinin düzenlenmiş olduğu 185. Maddesinde yerini almıştır. Buna göre, ***"Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.***

Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.

Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.

"Hem kaynak İsviçre Kanunu'nun ve hem de 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlilik birliğininin güçlendirilmesine ve ortak yaşama vermiş olduğu değer göze alındığında, Yargıtay'ın "evlilik münasebetiyle gelin ve damada verilen hediyeleri" kadın veya erkeğe özgüleyerek yapmış olduğu tasnif birliğin güçlendirilmesinden ziyade eşler arasında meydana gelebilecek maddi kaygılar sebebiyle zayıflaması neticesini

[2] Swiss Civil Code, Art. 159/1, 159/2.

doğuracaktır." Böyle bir ayrımın evlilik birliğinde çıkar çatışmasına sebep olabilecek olmasının yanısıra bunun Anayasa'da öngörülmüş olup, her türlü kamu kurumunun eylem ve işlemlerinde muhtelif sebeplerle kişilere farklı muamele edilemeyeceğini emreden eşitlik ilkesine de aykırı olduğu söylenebilir. Nitekim Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılması konusunda eşitlik ilkesinin öngörülmüş olduğunu ve her iki eşin de giderlere güçleri oranında katılması gerektiğinin Kanun'un gerekçesinden anlaşıldığını belirtmiştir[3]. Burada yalnız evliliğin mali sonuçları söz konusu olduğundan, bu ayrımın pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyeceği de açıktır.

b) Kadına Özgü Ziynet Eşyası Kavramı ve Ziynet Eşyalarının Yatırım Fonksiyonu Bakımından İnceleme:

Hukuk Genel Kurulu, kararında **"kadına özgü ziynet eşyası"** kavramını oluşturmuşsa da bunun tanımına kararlarında yer vermemektedir. Buna karşılık Yargıtay'ın yüzük, küpe, kolye, bilezik ve benzeri takı amaçlı kullanıma uygun ziynet eşyalarını kadına özgü ziynet eşyaları olarak değerlendirdiği söylenebilir. Kurul bahse konu ziynet eşyalarının kadına özgü ve kişisel mal niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Yargıtay'ın bu görüşünü 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 220. Maddesinin 1. fıkrasına dayandırdığı anlaşılmaktadır. Buna göre, **"Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya kişisel maldır".** ***Buna karşılık, ziynet eşyalarının istenilen her an kolaylıkla paraya dönüştürülebileceği, saklanmasındaki kolaylık ve yatırım***[4] ***amacı dikkate alındığında bunların yalnızca kadın eşin kişisel kullanımına yarayacağı ve kadına özgü olduğunun kabulü mümkün değildir***[5]. Öğretide bir eşyanın kişisel eşya olarak nitelendirilmesi için bunların sadece eşlerden birinin ihtiyaçlarına yönelik, "gelir getirmeyen", diğer eşin ve aile üyelerinin kullanımı dışında olan bir eşya olması gerektiği ifade edilmiştir.[6] Yine bu eşyanın kişisel bir eşya olarak değerlendirilmesinde bunun özgülenme amacının değerlendirilmesi gerektiği söylenmiştir.

---

[3] YHGK, 11.05.2005 tarihli, 2005/2-305 E., 2005/338 K. sayılı kararı.

[4] Erdem, M., Aile Hukuku, s. 269-270 Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018

[5] Akçaal,M, "*Düğünde Takılan Ziynet Eşyalarının İadesi*", ERÜHFD, C. XIV, S. 2, (2019)

[6] Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, s.208, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

"Buna karşılık daha önce belirtilmiş olduğu gibi, ziynet eşyalarının çoğu zaman yatırım amacı bulunmaktadır ve özgülenme amacı eşyanın biçimsel formuna değil kullanım amacına göre belirlenmelidir." Yukarıda incelenen kararda görüldüğü üzere, davacı oniki adet bileziğin aynen iadesini, mümkün olmaması halinde ise parasal karşılığını talep etmiş ve mahkeme de bunun parasal karşılığının ödenmesine hükmetmiştir. Bu halde, mahkeme kadına parasal karşılığın ödenmesine karar vermiş olup, bahse konu bilezik ve ziynet eşyasını kadına özgü kılan herhangi bir etkenin var olmadığı söylenmelidir. Nitekim parasal karşılığının ödenmesine hükmedilmesi halinde eşyanın kadına özgü olup olmadığının bir öneminin kalmadığı anlaşılmaktadır. Kanaatimce, değerinde herhangi bir bozulma yahut eksilme olmaksızın yalnızca biçimsel değişiklikten ötürü para, altın ve değerli takıların paylaşım açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi herhangi bir hukuki temele dayanmamaktadır. Nitekim Yargıtay da ziynet eşyalarının neden kişisel mal sayılacağını belirtmemekte, herhangi bir gerekçe göstermemekte; basmakalıp bir tabirle bu ziynet eşyalarının kadına ait olacağını ifade etmektedir.

Yargıtay kararlarında ortaya çıkan ve ihtilafların değerlendirilmesinde başvurulan bir yerleşik etken de yine kanunlarda yer almamasına rağmen olağan hayatın akışına uygunluk kıstasıdır. Yüksek Mahkemenin bir eşyanın kadına özgü ziynet eşyası olup olmadığını değerlendirmekte başvurduğu ölçütün de olağan hayat akışına uygunluk olduğu öngörülebilir. Bu görüşten hareketle, söz gelimi, pembe renk bir lüks otomobilin düğün merasiminin ardından eşlere hediye edilmiş olması ve bu eşlerin boşanması halinde bu otomobilin de kadın eşe ait olduğu sonucuna varılabilir. Yine lila renkte bir antika eserin de kadına ait olduğu sonucuna varılmalıdır. Takı merasiminde örnekte yer verilen hediyelere sıklıkla rastlanmayacaksa da Kanun Yargıtay'a olağan hayat ölçütünü belirlemek gibi bir ödev yüklememiştir ve bu yönde yapılan belirlemeler **"bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (AY m.17)" ve "mülkiyet hakkına (AY m.35)** müdahale sonucunu doğuracaktır. Gerçekten, herkes mülkiyet hakkına sahiptir ve mülkiyet hakkının sınırlanabileceği haller tahdidi olarak sayılmış olup bu kısıtlamalara renk yahut nitelik dâhil değildir. Kaldı ki, bireyler eylemlerini ve işlemlerini olağan hayatın akışına uygun olarak yönlendirmek yükümlülüğü altında da değildir. Yargıtay'ın elden bağışlama ile bizzat damada verilen ziynet eşyalarını bu hususta herhangi bir ihtilaf olmamasına rağmen

olağan hayat akışına aykırı görerek kadına ait saymasında hukuka uygunluk bulunduğu söylenemez.

c) Eşlerin Birbirlerine Yardım Yükümlülüğü Bakımından İnceleme:

İncelenen kararda davalı, davacının Yargıtay'ca kişisel malı olarak kabul edilen ziynet eşyalarının satılması sonucunda elde ettiği gelir ile bir konut satın almış olduğu, ortak borçların ödenmiş olduğu ve eşlerin ancak ortak iradeleri ile karar verebilecekleri tüp bebek tedavisine harcandığı görülmüştür. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.185'e göre ***"Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar". Aynı Kanun'un 186/3. Maddesinde ise eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacağı düzenlenmiştir.*** Yardım yükümlülüğünün hem maddi hem de maddi olmayan yollar ile karşılanması mümkündür. Evlilik birliğinin giderleri ise genel olarak aile için yapılan konut, gıda, giyim, sağlık, kişisel bakım gibi temel ihtiyaçlardan oluşmaktadır.[7] İncelemeye konu olan somut olayda davalı eş düğünde hediye edilmiş ziynet eşyalarının parasal karşılığını eşlerin barınma (konut) ihtiyacına ve çocuk sahibi olma yönündeki ortak amacı uğruna sağlık giderlerine harcamıştır. Olayda Yargıtay'ın ziynet eşyalarının kadın eşe ait olduğu hakkındaki görüşü dikkate alınsa dahi eşlerin birbirlerine yardım yükümlülüğü göz önüne alınmamıştır[8].

Yargıtay, davalı erkek eşin ziynet eşyalarının evlilik birliğinin ortak giderlerine harcanmak üzere kendisine bağışlandığını ve bunları iade ile yükümlü olmadığını iddia ettiği bir davada, davalının ancak ziynet eşyalarının kendisine davacının rıza ile vermiş olduğunu ispat etmiş olması halinde iade ile yükümlü olmayacağına hükmetmiştir.[9] Bağışlama sözleşmesi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 285 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 289 maddesinde ise özel olarak elden bağışlama düzenlenmiştir. Buna göre,

---

[7] Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

[8] Kulaklı, E., "*Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 262-276, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019

[9] YHGK, 20.01.2004 Tarihli, 2004/13-73 E., 2004/29 K. sayılı kararı.

"elden bağışlama, bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur". Kanun'da bağışlanmanın teslim ve zilyetliğin devri[10] ile kurulmuş olduğunun açıkça öngörülmesi karşısında Yargıtay'ın ispat yükünü bağışlanan üzerinde bırakmasının herhangi bir hukuki dayanağının olduğu da söylenemez. ***"Gerçekten elden bağışlamanın zilyetliğin devri ile kurulması ve herhangi bir şekil şartına tabi olmaması karşısında bağışlananın zilyedinin haklı zilyet olarak farz edilmesi ve aksi yönde bir iddiada bulunan kimsenin bu iddiasını ispat etmesi gerekir". Nitekim eşler arasında yardımlaşma da olağan hayatın akışına uygun ve her zaman karşılaşılabilecek bir vakadır.*** Kaldı ki, eşler arasında yapılan böyle bir bağışın nasıl ispat edilebileceği de ayrı bir tartışma konusudur. Kanaatimce, davalının haksız olarak eşyaların zilyedi olduğunu iddia eden davacının bu hususu ispat etmesi daha uygun olur.

Eşlerin evlilik birliğinin ortak giderlerine ve birbirlerine yardım etmeleri kanundan doğan bir yükümlülük olup nazara alınması şarttır. Bu halde, Yargıtay'ın ziynet eşyalarının kadının kişisel malı olduğu görüşü kabul edilse dahi bu malvarlığı değerlerinin evliliğin giderlerine katılma kapsamında değerlendirilmesi ve bu eşyaların iadesine karar verilmemesi gerekir.

[10] Yılmaz, Ç., "*TÜRK HUKUKUNDA YERİNE GETİRİLMİŞ BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI VE BGB. 313. ÇERÇEVESİNDE ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEME KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ*" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2019), s.712-727

SONUÇ

Yukarıda incelenmiş olan kararın aile hukukunun benimsemiş olduğu evlilik birliğinin amacına aykırılık teşkil ettiği ve Yargıtay'ın bu kararı verirken eşlere birbirlerine yardım etme yükümlülüğü yükleyen kanun hükümlerini göz ardı ettiği söylenebilir. Yine bu kararda hangi eşyaların neden kadına ait sayılacağına ilişkin bir neden gösterilmemiş olması içtihat mahkemesine duyulan güveni sarsmıştır. Bunun gibi gelin ve damada verilen hediyelerin veriliş sebebinin ve kullanım amacının dikkate alınmamış olması evlilik birliğinin kurulması anında giderlere ortak olarak katılan eşler bakımından boşanma esnasında bir taraf ve çoğunlukla da kadın eş lehine eşitsizlik yaratmaktadır.

Yargıtay'ın daha evvel benimsemiş olduğu kim tarafından ve kime takılırsa takılsın her türlü ziynet eşyasının geline ait olacağı yönündeki yerleşik görüşü[11] ve para, altın ve bazı hallerde hayvanların[12] dahi ziynet eşyası olarak kabul edildiği de nazara alındığında, bu yeni içtihadın hukuka bir nebze daha uygun olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte evlilik birliğinin, düğün merasiminde verilen hediyelerin niteliğinin ve Kanun'un amacını oluşturan ailenin korunması ilkesinin[13] göz önüne alınarak 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda hediyelerin paylaşım usulünü kapsayan yeni bir düzenleme yapılması daha uygun olur. Bu hususlar gözetildiğinde karşımıza iki çözüm yolu çıkmaktadır. Bunlar, eşlere evlenme sebebi ile bağışlanan ziynet eşyalarının nitelik açısından herhangi bir ölçüte bakılmaksızın ortak mal olarak kabul edilmesi veya hediye eşlerden hangisine verilmiş ise onun kişisel malı olarak kabul edilmesidir.

Takı merasiminde hediyenin geline yahut damada verildiğinin açıkça belirtilmemesi halinde bağışın evlilik birliğine yapıldığının kabulü ile paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (TMK m.222/2). Hediyenin kime verildiğinin açıkça belirtilmiş olması halinde ise, ziynet eşyalarının kime ait olduğu sorunu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun bağışlama sözleşmesi kuralları uyarınca eşyanın kime bağışlanmışsa ona ait

[11] Yargıtay 3. HD, T. 17.02.2016 – E. 2016/1059 – K. 2016/2017 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası)

[12] 5 Yargıtay 3. HD, T. 07.12.2017 – E. 2017/16517 – K. 2017/17309 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası, Aktaran: Kulaklı, E.)

[13] Könezoğlu, B., Aile ve Ailenin Korunması (Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi 2006, s.33)

olduğunun kabul edilmesi ile çözüme kavuşturulabilir[14]. Bu yöntemin benimsenmesi halinde merasimde düğüne ve damada verilen hediyelerin ayrı ayrı kime verildiği göz önüne alınmalı ve geline verilenler gelinin, damada verilenler ise damadın kişisel malı sayılmalıdır (TBK 289).

Yıllardır çokça karşılaşılan bir ihtilaf konusu olmasına rağmen, kanun koyucunun düğünde verilen hediyelerin kime ait olacağı yönünde bir düzenleme yapmayarak bu hususta kanuni boşluk bırakması, Yargıtay'ın yasama organının yerine geçerek kanun yaratması sonucunu doğurmaktadır. Bu husus hâkimin hukuk yaratması (TMK m.1) olarak değerlendirilirse de hâkimin yaratacağı hukukun da kanunun amacına ve özüne uygun olması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında[15] Kanun hükmünün manasını tayin etmekte ilk esasın metnin meydana geldiği sözlerden çıkan mana olduğunu fakat bu mananın kanunun amacına aykırı olduğu hallerde kanunun lafzına değil, ruhundan çıkan manaya göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanması gerekir. (TMK m.1/3) Bu bağlamda yaratılan hukukun kanunun amacına aykırı olduğu ve içtihadın oluşturulmasında bilimsel görüşlerden faydalanılmadığı görülmektedir. Nihayet belirtilmelidir ki bu hususta ivedilikle düzenleme yapılması sürekli değişen Yargıtay kararlarının ortadan kaldırılması ile içtihatlarda ve uygulamada birlik sağlanması bakımından elzemdir.

[14] Akbulut, P. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar İle Kişisel Mallar Ayrımı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 85, (Aktaran: Akçaal, M.)

[15] YİBK, 27.03.1957 tarihli, 1957/1 E., 1957/3 K. sayılı kararı.

KAYNAKÇA

Akçaal, M. (2019). Düğünde Takılan Ziynet Eşyalarının İadesi . *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 265-301.

Dural/Öğüz/Gümüş. (2015). *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Erdem, M. (2018). *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kulaklı, E. (2019). "Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 262-276.

Yılmaz, Ç. M. (2019). TÜRK HUKUKUNDA YERİNE GETİRİLMİŞ BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI VE BGB. 313. ÇERÇEVESİNDE ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEME KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 712-727.

Könezoğlu, B., Aile ve Ailenin Korunması (Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi 2006, s.33)

Akbulut, P., Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar İle Kişisel Mallar Ayrımı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 85, (Aktaran: Akçaal, M.)

Siyasal İslam Bağlamında Şerif Mardin'in 'Türkiye, İslam ve Sekülarizm'inin Hukuksal Değerlendirilmesi ve Eleştirisi

Bülent Hayri ACAR*

GİRİŞ

Şerif Mardin (1927–2017), Türk sosyolojisinin ve siyaset biliminin önemli isimlerindendir. Yurt içinde ve dışında önemli eserler vermiş, toplumda önemli tartışmalar içinde yer almıştır. Eserleri, makaleleri, görüş ve düşünceleri ve yöntemleri, sosyal bilimciler tarafından gerektiği gibi değerlendirilecektir. Yazarın, sosyoloji, siyaset bilimi ve bağlı disiplinlerle ilgili düşünce ve görüşleri, konumuzun dışındadır.

Mardin, "Türkiye, İslam ve Sekülarizm" adlı kitabında toplanan makalelerinde, Osmanlı Devleti'ndeki Tanzimat reformları ile bu reformlarla başlayan sekülerleşme sürecini ve bunların İslami devlet / toplum düzenine etkilerini incelemiştir. Bu reformların, insan için değil, devletin gerilemesinin durdurulması ve yenilenmesi amacıyla yapıldığına değinmiştir.

* Avukat Dr. / Bu makalede savunulan görüşlerle ilgili olarak Av. Dr. Bülent H. Acar'ın kanundan doğan her türlü telif hakları saklıdır, bu görüşler izin alınmaksızın kullanılamaz, kopyalanamaz, çoğaltılamaz, işlenemez, atıf verilmek suretiyle yasal sınırlar içinde alıntı yapılabilir.

Tanzimat reformlarıyla başlayan sekülerleşme ve modernleşmeyle birlikte, (a) İslami bilgi birikiminin tahrip edildiği, (b) ulemanın statü ve kadının idari işlevini kaybettiği, şer'i yargı alanının daraldığını, bunun toplumda yarattığı olumsuz sonuçları açıklanmıştır. Yazar, kadının idari işlevinden yoksun bırakılmasının, adaletin temeli olarak hukuk kavramı ile siyasi otorite ve iktidarın temeli olarak adalet kavramının kaybolmasına neden olduğu düşüncesindedir[1]. Yine, yazara göre, yeni eğitimle birlikte çocuklar babalarının kültürel ortamından uzaklaşmışlardır. "Bir "Türkçe" edebiyat inşa etme süreciyle yakından bağlantılı olan bu aşama, aynı zamanda İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşmayı da beraberinde getirdi. Artık onun yerini ya kuşku almıştı ya da dinin rasyonalizasyonu ve deizm"[2].

Mardin, Osmanlı'da başlayan sekülerleşme ve modernleşmenin, Cumhuriyet'te devrimlerle tamamlanmasını irdelerken, İslam'ın devletteki yerini, konumunu ve durumunu ele almıştır. Bu incelemede, İslami diriliş kavramı kullanılmış, tanımlanmamış, kapsam ve sınırları gösterilmemiş, olaylar ve kişiler üzerinden açıklamalar getirilmiştir. İslami diriliş ile bağlantılı olarak, Türkiye'de İslam'ın Türk kültürünün formu veya içeriği olup olmadığı sorulmuş, İslamcılar ile Cumhuriyetçilerin farklı açıklamalarına yer verilmiştir. Yazar, İslami dirilişin sürekliliği ve yükselişinden İslam'ın Türk kültürünün temel içeriği olduğu, işbaşındaki siyasal İslamcı iktidarın "bu içeriğe anayasada çizilen seküler çerçeveye uygun bir form vermek zorunda kaldığını düşünmemek için bir sebep yok gibidir"[3] düşüncesindedir. Bu kapsamda, yazar, Cumhuriyet'te eğitime değinirken, din eğitimi ile dini eğitimi ayırmamış, birbirinin yerine kullanan ifadelerde bulunmuştur.

Diğer yandan, yazar, genel bir söylemle, İslami dirilişin laik düzenin haksız engellemelerine uğradığını ileri sürmüştür. "Ne var ki, Türkiye'deki temsili sistemden kaynaklanan baskılar, Nakşibendi liderlerinin cemaati ve önsiyasi (prepolitical) olarak nitelenebilecek ilk tavırlarında kopma ve değişime yol açmış"[4], "Diriliş, İslami entelektüelin yükselişinin başlangıcı olacaktır. Karakoç'a göre, buna koşut bir gelişme de, bugüne dek yeraltında

[1] MARDİN, Şerif: Türkiye, İslam ve Sekülarizm, (Çev. Elçin Gen–Murat Bozluolcay), 4. Baskı, İstanbul 2015, s. 49-50 (Mardin).

[2] MARDİN, s. 125.

[3] MARDİN, s. 91-92.

[4] MARDİN, s. 86.

tecrübe edilen İslam inancının kamusal alanda şekillenmesidir"[5] şeklindeki ifadeler, laik devlet tarafından İslami diriliş ve yükselişine yapılan baskının anlatımıdır. Aslında örtük ifade edilen ve Karakoç'un açık söylemiyle İslam'ın kamusallığının, yani teokrasinin yeniden sağlanması faaliyetlerinin sert önlemlerle durdurulmaya çalışılmasıdır.

Mardin'in uzmanlık alanlarında İslam'ın Osmanlı ve Cumhuriyetteki yeri, sekülerleşmenin etki ve sonuçlarıyla ilgili görüş ve tezleri, çalışma konumuz dışındadır. Buna karşın, Mardin, belirtilen ve bağlantılı konulardaki değerlendirmelerinde, İslam'ın laik düzendeki etki ve sonuçlarından hukukun alanına giren açıklamalarda da bulunmuştur.

Mardin, Osmanlı ve Cumhuriyette topum / hukuk / devlet düzeninin beşeri iradeyle oluşturulmasını sekülerleşme ile ifade etmiştir. Akli düzenler, nakli düzenlerin (teokrasinin) karşıtı olarak, insan aklıyla, beşeri iradeyle oluşturulan düzenlerdir. Akli düzenler, demokratik monarşilerde seküler düzen, cumhuriyetlerde laik düzen olarak adlandırılır[6]. Mardin'in sekülerleşme terimini kullanması, Osmanlı için geçerli iken, Cumhuriyet için geçerli değildir. Ancak, yazıda yazarın ifadesinin bozulmaması için Cumhuriyet dönemi içinde laiklik ile birlikte yerine göre laikleşme anlamında sekülerleşme ifadesi kullanılacaktır.

Türkiye Devleti ve sonradan Türkiye Cumhuriyeti, akli / laik devlettir. Hafızoğulları'nın Laiklik Kuramındaki hukuki tanıma göre, laiklik, hukukun beşeri iradeyle konulmasıdır[7]. Hukuk, ilahi iradeye değil beşeri iradeye bağlıdır ve beşeri iradeyle oluşturulur. Hukukta, ilahi iradenin / vahiysel gerçekliğin kaynaklık değeri yoktur, yani hukuk bunlarla oluşturulmaz.

---

[5] MARDİN, s. 100.

[6] "İlahi irade veya beşeri iradeye göre toplumun açıklanmasına ilişkin en önemli sonuç, toplumun, teokratik düzenlerde "yaratılmış", akli düzenlerde "yapılmış" (akdi bir veri) olduğunun kabulüdür. Akıl asal değerine, yani beşeri iradeye dayalı toplum / hukuk / devlet düzenleri, kısaca "akli düzenlerdir". Akli düzenler, laik ve seküler düzenlerdir" (ACAR, Bülent Hayri: Hafızoğulları'nın Laiklik Kuramı, AÜHFD Yıl 65 Sayı 4, Aralık 2016, s. 3070), Bu anlayışla "akli düzen" teriminin ilk kullanılması için bkz. ACAR, Bülent Hayri: Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, Ankara 2010, s.14.

[7] "Öyleyse, tanımlarsak, laiklik; bir toplumun siyasal örgütlenmesinin ifadesi devletin temel unsuru olan iktidarın / devlet kudretinin / egemenliğin kaynağının beşeri irade olmasıdır" (HAFIZOĞULLARI, Zeki: Laiklik İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, Ankara 1997, s. 23).

Bunun içindir ki, laik düzende İslam'ın kamusallığı yoktur; hukuk kuralı dine dayalı konulamaz, beşeri iradeyle konulur (İslam'ın kamusallığı kesin yasağı)[8]. İslam, yaygın din olarak, laikliğin iki temel ilkesi olan kanun önünde eşitlik ve din ve vicdan özgürlüğü ile güvence altına alınmış, kamusal değil, bireysel–toplumsal bir değer ve düzenlenen bir sosyal olgudur.

Tam ve açık olarak ifade edilmeyen İslami diriliş veya siyasal İslam, laik devlette belirtilen iki temel özgürlüğün sınırları içinde İslam'ın en geniş şekliyle yorumu ve yaşaması amacında ise, laik düzende bunun sağlanması, bu amaçla faaliyetler yapılması ve iktidar olunması mümkündür. İki farklı siyasal İslamcı iktidar, bunun en açık ve somut kanıtıdır.

İslami diriliş veya siyasal İslam'ın amacı, yukarıdaki ifadesiyle İslam'ın kamusallığını, yani hukukun İslam'a dayalı oluşturulması ise, laik düzende şiddet taşımadıkça veya teşvik edilmedikçe, bunun ifadesi ve örgütlenmesi de hukuken olanaklıdır.

İslami diriliş veya siyasal İslam'ın gerçek istek ve amacı, şiddetle veya şiddeti teşvik yollarıyla laik düzen yerine İslam'ın kamusallığının sağlanması, yani laik düzen yerine teokratik düzeninin getirilmeye kalkışılması ise, böyle bir kalkışma Anayasayı ihlal suç ve cezasının konusudur.

Yukarıdaki nedenlerle, Mardin'in 'Türkiye, İslam ve Sekülarizm' adlı esrinin hukuki yönden incelenmesi, bir denemedir ve türünün ilklerinden bir çalışmadır. Sonuçta, hukukla ilgili her konu, hukukçunun inceleme alanına girmektedir. Mardin'in açıklama ve düşüncelerinden hareketle, genelde insanlık akışı içinde, İslami diriliş ve siyasal İslam'ın Türkiye'deki gerçek amacının ne olduğu sorusunun araştırılması, yazının temel amacıdır.

1. OSMANLI DEVLETİ'NDEKİ SEKÜLERLEŞME VE MODERNLEŞME İLE HUKUKSAL SONUÇLARINA GENEL BİR BAKIŞ

• Osmanlı Devleti'nde genel çizgileriyle yenileşme ve sekülerleşme

Mardin, incelemelerine, Osmanlı'da modernleşme ve İslam ile ilişkileri bağlamında, sekülerleşme ve İslam uygulaması ile sonuçlarını ele alarak başlamış, Cumhuriyet'le birlikte bu etki ve sonuçlarla devam etmiştir. Bu nedenle, önce, Mardin'in Cumhuriyet dönemi öncesinde, Osmanlı

[8] İslam'ın kamusallığı ve laik düzende kesin yasaklı olması için bkz. ACAR, Temel Normun Korunması Sorunu, Ankara 2010, s. 90-93; ACAR, Hafızoğulları'nın Laiklik Kuramı, s. 3101-3104.

Devleti'nde Tanzimat ile başlayan modernleşme ve sekülerleşmenin devlet yapısı ve topluma yansımasına ilişkin görüşleri, çok genel çizgileriyle ve özü itibariyle açıklanacaktır.

Mardin, 19. yüzyılda Osmanlı'da 'kamusal kimlik' oluşturulmasında, toplumda İslami değerler yanında, seküler değerlere de yer verilmesine değinmiştir. Tanzimat'taki Batı kaynaklı reformlar, hukuk, ekonomi ve askerlik ağırlıklı olarak başlatılmıştır. Bu reformlarda öncelik toplum ve insanda dönüşme değil, Devletin yenilenmesidir. Bu reformlar, 'kolektif bir Osmanlı kimliği oluşturulması' amacı taşımaktadır[9].

II. Mahmut, reformlarında, iktidarındaki kişisel gücü yeterli görmeyerek, bu gücü siyaset kurumu içinde yeni bir birlik gücüyle desteklemek istemiştir[10]. Bu amaçla, İslam–Osmanlı kültürü konuşma diliyle yaygınlaştırılarak, yeni bir kamu ve bütünleşmiş bir bürokrasi yaratılmaya çalışılmıştır. Takvim-i Vekayi, Tanzimat Fermanı, Tercüman-ı Ahval, bu kamu yaratma amacının araçları olarak kullanılmıştır[11]. Bu bağlamda, bu reformlar sırasında Osmanlı'da burjuva sınıfının yokluğuna dikkat çekilmiştir[12].

Yazar, Tanzimat reform ve değişimlerinin yarattığı toplumsal sıkıntıların, dönemin isyanlarının nedeni olduğu genel yargısını yeterli bulmamaktadır. Bu genel yargı, ekonomik verilere dayandırılmakta, reform ve değişimleri ile isyan ve ayaklanmaların kaynakları arasındaki ilişkiye gereken ilgiyi gösterilmemektedir[13]. Dönemin Osmanlı elitinin üç kuşağı olarak Tanzimat'ın kurucuları, Genç Osmanlılar ve Jön Türklerin ortak idealleri, Devletin korunması ve bekasıdır.

Jön Türklerin güçlü devlet kurulmasını sağlayacak kurumlar ve değerleri inşa etme girişimleri, üç alandaki değişimlerin etkisine bağlanmaktadır. Yazara göre, bu değişimler, (a) geleneksel yaşamdaki değişim[14], (b) toplumu

[9] MARDİN, s. 8.

[10] MARDİN, s. 11.

[11] MARDİN, s. 16-18.

[12] MARDİN, s. 10.

[13] MARDİN, s. 25.

[14] "Jön Türkler, zaman zaman, toplum kuramcılığı yönü fazla ağır bastığı gerekçesiyle Ziya Gökalp'i eleştirmişlerse de, 1910-1911 civarında İslam'ın hangi yöne sevkedilmesi gerektiği konusunda alevlenen tartışmalarda Gökalp'in büyük rolü olmuştur. İkinci Meşrutiyet döneminin yeni temeli olarak "Türklüğü" savunan entelektüeller ile "İslamcılar" arasında cereyan eden tartışmalarda Gökalp'in işgal ettiği merkezi yer

kaynaşmış bir bütün olarak görme zorunluluğu[15], (c) yeni eğitim kurumlarının yeni toplumsal gruplar oluşturmasıdır. Jön Türklerin bu girişimi, Aydınlanmanın evrenselliği düşüncesinden çok, Devletin yenilenerek korunması isteğine bağlanmaktadır[16]. "Her üç alanda yaşanan değişimleri, padişahın desteklediği bir eğitim politikasının tetiklemiş olması ironiktir. Üç değişim türü de, yenilenen askeri eğitim sistemi içinde doruğuna ulaşmıştır"[17].

Osmanlı'da yeni eğitim kurumları, yeni yasalar ve yeni devlet örgütlenmesi, süreç içinde sonuçlarını vermiş, Devlet ve toplum yapısında değişimlere neden olmuştur. Bu, değişim, etkili olduğu alanlarda, merkez ve taşrada gelenekselin dışında yaşama ve yoruma neden olmuştur. Doğal olarak, bu yeni anlayış, yeni bir insanı şekillendirmiştir. Gerçekten, yazarın değindiği, Tanzimat'ın önemli gelişmelerinden denilen özerk dini söylem, teokratik düşüncenin evrimine ilişkindir[18]. Ancak, bütün bu oluşumların konumuz yönünden önemli olanı, Osmanlı devlet ve toplum yapısındaki sekülerleşmeye neden olmasıdır.

Osmanlı Devleti, Tanzimat reformlarına karşın şer'i yapısını (1876 Anayasası 3, 4, 11) korumakla birlikte, bu sekülerleşme, süreçte, önce teokrasinin katılığını gidermiş, sonra devlet / toplum düzeninde ikili yapı yaratmıştır. Gerçekten, bu değişim sonucunda, teokratik düzende, dini düzenin alanını daraltan bir biçimde seküler bir düzen yer almıştır. Bu ikili düzen, Cumhuriyet'e kadar devam etmiştir. Diğer yandan, bu ikili düzen, bugün devam eden laik düzen karşıtlığının, yani dinci devlet anlayışının tarihsel temel nedenlerinden birisidir. Bu arada, laik düzende gelenekselciliği (muhafazakarlık), bu dinci devlet anlayışından ayırmak gerekir.

şu sözlerinde ifadesini bulur: 'Türkçülüğün gayesi muasır bir İslam Türklüğüdür' " (MARDİN, s.64).

[15] Yazar, Bektaşi ideolojisinin yeniçeriler üzerindeki yaygın etkisinin padişah tarafından bütünlüğün bir çatlağı olarak görülmesini, Osmanlı politik–kültürel yaşamına damgasını vuran ve giderilmesi gereken bir kırılganlık olarak nitelemiştir (MARDİN, s. 11).

[16] MARDİN, s. 27.

[17] MARDİN, s. 27.

[18] MARDİN, s. 59.

• Osmanlı Devleti'nde genel çizgileriyle eğitimde yenileşme ve sonuçları

Mardin, Osmanlı eğitim sisteminin üç ana kanal üzerinden işlediğini belirtmiştir. "Reform öncesinde, Osmanlı'da eğitim üç kanaldan birini izliyordu. Ana kanal, ulemanın, yani ilmiye teşkilatının kontrolündeydi. Bu dini sistemin en alt kademesinde, öğrencilerin Kuran okumayı öğrendikten sonra mezun oldukları mahalle mektepleri yer alıyordu. İlköğretim düzeyindeki daha küçük bir okul grubunda buna ek olarak okuma yazma ve aritmetik de öğretiliyordu. Bu "ilahiyat" yapısı, daha üst kademelerde günümüzün lise ve üniversitelerindekine tekabül edecek bir eğitim sunuyordu. Eğitim sistemindeki ikinci kanal, Enderun'du. Eskiden Saray'da, Yeniçeri ocaklarında ve meydanda alınan eğitim hayli gerilediği için, Batı usulleriyle asker yetiştirmek üzere reformların yapıldığı (1773-1794) ilk alan da burası olmuştu. Üçüncü kanal, Kapalıçarşı ve loncalardaki çıraklık sistemiydi"[19].

Yazar, Tanzimat'ın yeni kurulan Maarif Nezareti'nin (1857) politika belirleme gücünü vurgulayarak, bunun eğitim sisteminde ciddi bir denetim sağladığına değinmiştir. Bu süreçte, ilköğretimdeki yeni düzenlemeyi, 1869 yılına gelindiğinde artık sağlam temellere oturmuş Rüştiye mektepleri izlemiştir. Bu mekteplerde, Arapça, Farsça, muhasebe, coğrafya, matematik, tarih, jimnastik dersleri verilmektedir. Mardin, bu okulların, uzun bir sürede (1850–1870) büyük başarı elde ettikleri düşüncesindedir. Bu okulları, Fransız sisteminden alınan liseler izlemiştir. Bu yeni okulların başarılı olanları, yine Avrupa'dan ithal edilen üniversite düzeyindeki yüksekokullardır[20].

Askeri eğitim ve okullardaki değişimin, Reformun sonuçları arasında özel bir yeri vardır. Bu eğitimde, Osmanlı yurtseverliği ile yapısal reformlar desteklenmiştir[21]. "Askeri sistem devletten hibe (grant) alıyor, eğitim ve geçim masrafları devlet tarafından karşılanıyor, başarılı öğrencilere Avrupa'daki

[19] MARDİN, s. 29-30.

[20] Meclis-i Umur-ı Nafia'nın 1838 tarihli bir raporuna göre, bütün sanatlar ve el sanatları bilimle oluşur. "Dinsel bilgiler insanı ahirette kurtuluşa hazırlayan bilgiler olduğu halde, fenler insanoğlunun dünyadaki hayatının gelişmesine yarar". Yazara göre, bu raporda, eğitimdeki yeni ruhun izleri okunmaktadır. (MARDİN, s. 30).

[21] Askeri öğrencilere öncekinden farklı bir vatanseverlik duygusu verilmek istenmiştir. "Örneğin Harbiye'de okutulan tarih kitabında, sadece Osmanlı'nın başarıları değil, Orta Asya'daki Türklerin kahramanlıkları ve devlet kurma girişimleri de vurgulanıyordu" (MARDİN, s. 31).

eğitim kurumlarına gitme imkanı sunuyordu". Bu eğitim sistemi, özellikle dar gelirli çocukların askeri okullara akınına yol açmıştır. Askeri öğrenciler, on beş yılı bulan eğitimleri süresinde, ailelerinde geçerli olan ahlaki değerlerden kopuyorlardı. "Bu okullardaki eğitimin tamamen yapısal olan bazı özellikleri, eski rejimin değerlerine karşıt değerlerle işleyen, kapalı bir entelektüel dünyaya yerleştiriyordu"[22].

Yazar, eğitimdeki yöntem değişikliğine dikkat çekmiştir. Geleneksel eğitim, öğretmenin öğrenciyle bir tür usta–çırak ilişkisi içinde, öğretmenin öğretisine (kişiye) bağlı bir sistemdir. Yeni eğitimde ise, öğretmen, belirlenmiş eğitim programını uygulamaktadır. "Yeni sistem, yapısı itibarıyla bireyi giderek fazlalık haline getiriyordu, çünkü sistemin itici gücü öğretmenin öğretim becerilerine değil programın gereklerine dayanıyordu"[23].

Bilim, yeni sistemin öğrencileri için, parçaları birbiriyle uyumlu bir toplum düşüncesini geliştiriyordu. Yenileşmeyle birlikte toplumda başlayan ikilik, askerlikte mektepli asker ve alaylı asker şeklinde ortaya çıkarken, ikisi arasında ilki lehine uygulama farkı yaratmaktaydı. Bu değişim, sonuçta, toplumda seküler anlayışa sahip yeni bir kitleyi oluşurmuştur.

• Osmanlı Devleti'nde sekülerleşme ile teokratik düzenin alanını daraltan gelişimler ve sonuçları

Türkiye'de modernleşme ile İslam'ın etkisi arasındaki etkileşim, sadece Devlet politikaları ile değil, bu politikalar dışındaki etkili unsurlarla birlikte ele alınmıştır[24]. Yazar, inceleme yöntemini, modern Türk–İslam tarihinin kamusal yönlerinin ele alınarak, Türkiye İslamı'nın taşıyıcı unsurlarının irdelenmesi ve modernleşmenin İslami bilgi birikimini tahrip etmesinin incelenmesi olarak açıklamıştır[25].

Reformlar, devlet yapısında ve bürokraside etkisini göstermiş, 18. yüzyılın sonundan itibaren büründüğü yapısıyla eleştirilen ulema giderek statü kaybetmeye başlamıştır. Reformlar, ulemanın bulunduğu makamların çoğunun seküler devlet çalışanlarına geçmesini sağlamıştır. Yeni devlet çalışanları, seküler eğitimin ağırlıklı olduğu Mektebi-i Mülkiye'de eğitim gören insanlardır.

[22] MARDİN, s. 33.

[23] MARDİN, s. 34.

[24] MARDİN, s. 43.

[25] MARDİN, s. 45-46.

1840'da yerel yönetimler kurulmuştur. Kadının idari görevleri, Mekteb-i Mülkiye mezunlarının yer aldığı yeni bürokrasiye geçmiştir.

Yenileşmenin etkilediği alanların başında yargı gelmektedir. Bu değişikliğin, 1838'de ilk modern ceza kanunu olarak nitelenen bir kararla (Ceza Kanunname-i Hümayunu) başladığı kabul edilmektedir[26]. Yeni yasalarla, şer'i mahkemelerin yetki ve görev alanı daraltılmıştır. Şer'i mahkemelerin, önce ceza davalarına, sonra Arazi Kanunname-i Hümayunu ile devlet arazi davalarına bakma yetkisi kaldırılmıştır. "1867'de şer'i mahkemelerden bağımsız işleyen idari mahkemeler kurulur. Dahası, 1868'de, özel olarak şeriatın kapsamına girmeyen tüm davalara bakmak üzere Divan-ı Ahkam-ı Adliye kurulur; bunlar, evlilik, miras ve zina gibi özellikle şer'i olarak tanımlanan davalardır. Mahkeme, ticari alanlarda gayrimüslimler arasındaki sivil anlaşmazlıklar için de yetkili kılınır"[27].

Mardin'in yargıdaki yenileşmenin sonuçlarıyla ilgili olarak, kadının karar verme yöntemiyle ilgili görüşü üzerinde durulması gerekmektedir. Ona göre, hukukçu olarak ulemanın yargıyla ilgili önceki düşünce yapısı ile yeni rolün zayıflığı arasındaki karşıtlık çarpıcıdır. Mahkemeler, şer'i hükümler, fetvalar ve padişah buyruklarıyla karar vermişlerdir. Padişah buyruğu (kanunname, ferman, adaletname, yasakname), şeriatın 'ilahi olarak emredilmiş insan davranışı modeli'nin bir parçası olarak görülmüştür. Bu, yargıda ilahi hukukun geçerli olduğunu ortaya koymaktadır[28].

Gerçekten, yazara göre, hukukun temeli ilahi vahyin yorumuna dayanmakla birlikte, uygulamanın kapsamını genişleten ifade edilmeyen unsurlar da vardır. "Hukukçuların "praksis"ine dayanak oluşturan metodoloji, devlet iradeleriyle bağlar ve bunlara ek olarak, ulemanın çeşitli gerçeklik düzeyleriyle çalışmasını sağlayan tasavvuf evreni"[29]. "Ulemanın karşı karşıya kaldığı değişim, yeni kanaat oluşturma dünyasının yok olması, Tanzimat döneminde statüsünü kaybetme gibi basit bir açıklamayla tarif edilemeyecek bir değişimdir"[30].

[26] "Berkes bu girişimi, Osmanlı İmparatorluğu'nda ayrı bir kamu hukuku -eskiden yargının yetki sınırları dahilinde olan alanın bir bölümünü kapsamı altına alan bir hukukun- oluşturulması yolundaki ilk adım olarak tanımlar" (MARDİN, s. 47).

[27] MARDİN, s. 48-.

[28] MARDİN, s. 48.

[29] MARDİN, s. 46.

[30] MARDİN, s. 46-47.

Mardin, ulemanın karşılaştığı bu değişimle ilgili görüşünü açıklamıştır. Ulemanın kaldırılan idari işlevi, yerel gruplar arasında bir denge kurulmasına, yani tarafların birliğe katkılarını ölçüp toplumda denge oluşturulmasına olanak vermektedir. Ulemanın bu işlevinden yoksun bırakılması, Osmanlı siyaset kurumunda bir aşınma olarak nitelenmiştir. Yazar için "asıl mesele, adaletin temeli olarak hukuk mefhumu ile siyasi otorite ve iktidarın temeli olarak adalet mefhumunun kaybolmakta oluşuydu"[31].

Bu adalet anlayışı, yasalara, kurallara bağlı bir uygulamaya değil, kişisel ve yerel etkenlere bağlı olmuştur. "Bütün bunlar bir araya geldiğinde, (Kuran'daki) Kelam'ın özel bir yorumu, onu hem kainat düzeninin hem de aynı zamanda fiziksel ve sosyal dünyanın temellerinin devşirilebileceği bir kaynağa dönüştürebilirdi. .. Maddiyata dayalı, düzenlemeci yaklaşımlarıyla yeni kanunların dili, ulemanın İslam dinini yorumlama yaklaşımlarındaki, kurucu kaynakların hermenötiğindeki incelikleri ve karmaşıkları tümüyle ortadan kaldırıyordu. Onu, kendine referans veren, sınırlı, seküler analiz dünyasına yöneltiyordu". Dolayısıyla, kadıların yaklaşımı, rastgele bir yaklaşım değil, reformist düşüncenin temelinde yatan Kartezyen düşüncenin yok etmekte olduğu bir bilgi yapılanmasıdır[32].

• Mardin'in Osmanlı Devleti'nde sekülerleşmenin teokratik düzene etki ve sonuçlarına ilişkin açıklamalarının değerlendirilmesi

Bu çalışma, Mardin'in Tanzimat reformları ve sonrası tarih kesitiyle görüş ve açıklamalarının değerlendirilmesiyle ilgilidir. Bu nedenle, genelde Aydınlanma ile başlayan süreçte hukukun aklileşmesi ile nakli hukukla, özelde Osmanlı Devleti'nde adalet ile ilgili açıklamalar, bu zaman unsusuna bağlıdır. Osmanlı Devleti'nin kuruluşu, gelişmesi ve yükselmesi dönemlerinde, silah gücü, devlet idaresi kadar adaletli yönetimin öneli bir unsur olduğu gözden kaçırılmamalıdır[33]. Osmanlı Devleti'nin, Tanzimat'la birlikte yenileşme ihtiyacı içinde adalet de yer almaktadır.

[31] MARDİN, s. 49-50.

[32] MARDİN, s. 50-53.

[33] Kısmi örnek olarak bkz. İNALCIK, Halil: Kuruluş ve İmparatorluk Sürecinde Osmanlı Devlet, Kanun, Diplomasi, İstanbul 2011; OKUMUŞ, Ejder: Osmanlılar'da Siyasal Bir Kurum Olarak Adalet Dairesi, www.politikadergisi; MINDIVANLI, Esra: Kuruluş Döneminde Osmanlı Devleti'nin Kimlik Siyaseti ve İdeolojisi, www.atauni.edu.tr.

Mardin'in açıklaması, genel çerçevede değerlendirilmiştir. İnsanlığın akışı içinde, hukuk ve sistemleri de değişmiştir ve değişmeye devam etmektedir. Bu değişimlerin değişmeyen önemli bir temel unsuru, hukukun adaletli ve hakkaniyetli uygulanmasıdır. Mardin'in açıklaması, sonuçta, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesiyle ilgilidir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, salt akli düzenlere ait felsefi, tarihi, siyasi ve hukuki bir ilkedir. Bu ilke, evreni ve evrende insanı, insan aklıyla / beşeri iradeyle, yani insan merkezli algılama ve açıklamanın ürünüdür. Bunun içindir ki, evreni ve evrende insanı, ilahi iradeye, vahiysel gerçekliğe bağlı dinsel / inançsal (nakli) algılama ve açıklamayla bir ilgisi yoktur.

Teokratik düzenlerde, İslam dahil tüm din ve inanca bağlı toplum / devlet düzenlerinde egemenliğin kaynağı ilahi iradedir. Egemenin (padişahın) iktidarının dayanağı konusunda, İslam ile diğer din ve inançlar arasında fark bulunmaktadır. İslam dışı teokratik düzenlerde, egemen, Tanrı tarafından yetkilendirilmiş veya atanmıştır. İslam'da ise, Allah tarafından değil, toplum tarafından yetkilendirilen ve ilahi iradeye bağlı dünyevi iktidardan söz edilmektedir. İşin uygulaması, halifenin Allah'ın yeryüzünde gölgesi yerleşik kalıbına dönmesi nedeniyle, açıklamayla uygun düşmemektedir. Ayrıca, İslam'da egemenliğin, yani hukukun kaynağının ilahi iradeye dayanması, toplum / hukuk / devlet düzeninin, teokratik düzen olmasını değiştirmemektedir.

Teokraside, egemenliğin ilahi iradeye bağlı olması nedeniyle, insanın, çok sınırlı nedenler dışında -bugünkü temel haklar anlamında- haklarla ilgili olarak, egemene karşı hukuki güvencesi yoktur. Egemenin, adil olması, ihsanı veya lütfuna bağlı olma, bugünkü anlamda hukuki güvence değildir. İnsan, ilahi iradeye dayalı bir sistemde, iktidarı önceden sınırlayan, haklarını ve kullanış biçimlerini gösteren temel bir hukuki düzenlemeden yoksundur. Bunun içindir ki, teokraside insanın ilahi iradeye dayalı bir iktidara karşı olan hakkına "kul hakkı" denilmektedir. Bugün, teokratik düzenlerde Anayasa denilen kanunlara ve parlamento denilen yasama organına sahip olma, teokratik niteliği demokratikleştirmemektedir.

Teokraside, bugünkü teknik anlamıyla "insan hakkı" yoktur. Kul hakkı, bugünkü anlamıyla insan hakkını karşılamaz ve kapsamaz. İnsan hakkı, Aydınlanmanın sonucudur, akli–demokratik düzenlere özgüdür, Anayasaların düzenlediği temel hakların bir kısmıdır. Bu iki farklı ve birbirine

karşıt hukuki düzenlere ait hakların, aynılaştırılması, birinin diğeri yerine konulması, üzerinde durulmaya değmeyecek bir anlayışın ürünüdür[34].

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin nedeni, ilahi veya beşeri her türlü mutlak iktidarın sınırlanması ve egemenin keyfi uygulamasının önlenmesidir. Kökleri 1215 tarihli Magna Carta'ya dayandırılan ilkenin temel amacı ve işlevi, temel hak ve özgürlüklerin Devlete (iktidara) karşı güvenceye alınması ve keyfiliğin önlenmesidir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, Hümanizma, Rönesans, Reform ve Aydınlanma sonunda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve devletlerin anayasalarında yer almıştır.

Yazar, fıkhın ortadan kalkmasını, hukukla adalet arasındaki organik bağın, yani adalet olarak hukuk kavramının yok edilmesi olarak nitelemiştir. Bu açıklama, akli düzen–teokratik düzen karşıtlığı bir yana, kendi içinde tutarsızdır. Geleneksel adalet, yazarın ileri sürdüğü gibi, kötü yönetimle savaşma, ezilenden yana olma ve tebaanın canı ve malının korunması[35], daima kişisel ve yerel etkenlere, bir aile, mahalle, şehir ve bölgenin adet ve geleneklerine bağlıysa[36], hukukun dışında oluşan iradelere bağlıdır ve temel hukuki güvencelerden yoksundur. Bu adalet, yerel gruplar arasındaki çıkar dengesine veya çeşitli tarafların toplam birliğine bağlı ise, devlete ve yönetime bağlı bir adalettir. Böyle bir adaletin, kötü yönetime karşı veya ezilenden yana olabilmesi, padişahın ihsanı ve yöneticisinin lütfu kadardır. İhsan veya lütuf, hukuki güvence değildir. Yazarın ifade ettiği geleneksel adalet, hukuk dışı unsurlara bağlıdır ve nesnel (objektif) değil öznel (sübjektif) niteliktedir. Açıkçası, bu adalette, bugünkü teknik anlamıyla hukuki güvenlik bulunmamaktadır.

Mardin, yeni yasaların uygulanmasını, maddiyata dayalı, düzenlemeci yaklaşımlarla sınırlı bir seküler anlayış olarak nitelemektedir. Bu, doğrudur. Yeni sistem, aklın ürünüdür ve ceza ve idare hukuku gibi kamu hukuku alanlarında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin temel niteliği, kişinin suç ve yasağın konusu iş ve eylemleri önceden bilmesi ve davranışını ona göre düzenlemesi ve sorumluluğunu almasıdır. İlke, iki yönlü

[34] Bu nedenle, yazarın, Cumhuriyet öncesindeki hak kavramının, "hak (insan Hakları'ndaki anlamında olduğu gibi)" olduğu açıklaması doğru ve geçerli değildir. Bkz. MARDİN, s. 139.

[35] MARDİN, s. 50.

[36] MARDİN, s. 51.

işlemektedir. Suç ve yasak alanlar ve özgür alanlar önceden belirlenmektedir. İktidarın keyfi davranışları engellenmektedir.

Akli düzenler ile teokratik düzenler tümüyle birbirine karşıttır. Reformlarla yargının akli düzenlere bağlı yasa ve uygulamalara geçmesi, doğal olarak, yargıdaki teokratik yöntem ve uygulamaları da değiştirecektir. Önemli olan, bu değişimin, insanlık tarihindeki gelişime uygunluğudur. Osmanlı, değişimi, insanı için değil, Devlet (iktidar) için yapmış olsa bile, sonuçta toplum, insanlığın akışı yönünde olan bir değişimden etkilenmiştir.

Mardin'in Osmanlı'nın Devlet yönetiminde ve yargıdaki insanlığın gelişimine uygun adalet anlayışına karşı teokratik adalet anlayışını savunması, akli adalet anlayışını dar, sınırlandırılmış, din ve inançtan uzaklaştırılma olarak bulması kişisel görüşüdür. Bu görüş, insanlığın akışına tersine kürek çekmek ve Osmanlı milletleri (toplum) ve insanını şer'i hukuka bağlı yargı ve yönetime layık görmektir.

• Yazarın Osmanlı Devleti'nde Türkçenin sadeleştirilmesinin İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşmaya neden olması düşüncesi ve eleştirisi

Mardin, modernleşme bağlamında dilin, kültür ve İslam'a etkilerini incelemiştir. Bu incelemede, dilde sadeleşmeye ve bunun etkilerine değinilmiştir. Bu sürecin, 19 ve 20. yüzyıllarda birkaç aşamadan geçmesine karşın, etki ve sonuçlarının göz ardı edildiği vurgulanmıştır. Devlet, genel çizgileriyle, Türkçede giriştiği sadeleştirme hareketleri ve politikasıyla, modernleşmeyi yönetimde etkinleştirirken, toplumda yaygınlaştırmayı amaçlamıştır[37]. Yine Şinasi, Namık Kemal ve Ahmet Mithat'ın, bu yöndeki çalışmalarına değinilmiştir. Bu süreçte, yeni seküler okullarda öğretim dili Türkçe etkinleştirilir ve Türkçe konuşan Müslümanlar ile gayrimüslimler bu okullara alınırlar. 1867'den sonra öğrenci adayları için Türkçe dil sınavından geçmeleri koşulu getirilmiştir[38].

> Mardin, bu süreci açıkladıktan sonra, ilginç ve üzerinde durulması gereken bir sonuca varmıştır: "1880'lerde ortaya çıkan ve daha önceki aşamaların sonucu ve birikimsel etkisi olarak değerlendirilebilecek üçüncü

[37] Bu kapsamda, 1850'de, Fuat Paşa ile Ahmet Cevdet Paşa tarafından, Darülmuallim'de kullanılmak üzere bir Osmanlı dili grameri (Kavaid-i Osmaniye) hazırlanmıştır (MARDİN, s. 74).

[38] MARDİN, s. 125.

bir yerelleşme katmanı, yani **üniversitelerde** (artık Mülkiye ve Askeri Tıbbiye de bunlara dahildi) **eğitim görmüş yeni Türk nesilleriydi. Bu genç erkeklerin bazıları, babalarının kültürel ortamından uzaklaştılar. Bir "Türkçe" edebiyat inşa etme süreciyle yakından bağlantılı olan bu aşama, aynı zamanda İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşmayı da beraberinde getirdi. Artık onun yerini ya kuşku almıştı ya da dinin rasyonalizasyonu ve deizm**"[39].

Görüldüğü üzere, Mardin, önce dilde sadeleşmeyi anlatmış[40], bunun sonucunda İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşıldığı ve uzaklaştırılan İslam'ın yerini kuşku veya dinin rasyonalizmi ve deizmin aldığını ileri sürmüştür. İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşma ile ne anlatılmak istendiği açık değildir. Ona göre dilde sadeleşme, İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşma yaratınca yerini, (a) kuşku, (b) dinin rasyonalizmi, (c) deizm almıştır. Buna göre, (a), (b), (c)'den hareketle, soyut ve simgesel büyülü bahçeyi anlamaya çalışabiliriz. Kuşku ve dinin rasyonalizmi, modernite ve sekülerleşmenin yöntem ve sonuçlarıdır. Dilde sadeleşme, Tanzimat reformlarının bir sonucudur. Dolayısıyla, İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşması sözü, bu reformlar ve sonuçlarıyla ilgilidir.

Osmanlı, bu reformları, Devletin sürekli gerilemesini önlemek, yenilenmesini sağlamak için yapmıştır. Öncede değinildiği üzere, Reformda öncelik insan değil devlettir. Devlet, İslam'ın devlet / toplum düzenindeki yeri ve uygulanışının, yani gelenekselciliğin moderniteyle yer değiştirmesine ve sekülerleşmeye karar vermiş, Reformlar bunun aracı olmuştur. Bu reformlar, Avrupa kurum ve yasaları ile yaşam biçiminin toplum yaşamına girmesine neden olmuş ve teokrasinin toplumda etkisini azaltmaya başlamıştır.

---

[39] MARDİN, s. 125.

[40] Yazar, bir kısım genç erkeğin, dilde sadeleşmeyle, babalarının kültürel ortamından koptukları ve uzaklaştıkları sonucuna varmıştır. Dilde sadeleşmenin, toplumda değişime neden olması olağandır. Bu değişim çeşitli yönleriyle tartışılabilir. Bu değişimin sonuçlarından birisi de, iki kuşak arasında görüş farklılığı ve bu farklılığın derinleşmesidir. Dilde sadeleşme, yeni kuşak üzerinden çağa uygun bir anlayışı ve yaşam biçimini getirmeye başlamıştır. Bu anlayış ve yaşama biçimi, sekülerleşmeyle ilgilidir. Dolayısıyla, sonuçta, sorun, teokratik yaşama biçiminin yerini, seküler yaşama biçimine bırakıp bırakmamasıyla ilgilidir. Yazarın, ulaştığı sonucun, sosyolojik olarak toplum için ne kadar geçerli olduğu tartışılırsa da, İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşma ifadesinden teokratik yaşamın devamından yana bir tavır aldığı söylenebilir.

Kuşkuyu, yöntem olarak almaktayız. Dinin rasyonalizmi, vahiy ile akıl arasındaki denge ve sentez olarak alınırsa, kavramı, İslam'ın akılla yorumlanmasının ağırlık kazanması olarak kabul edebiliriz. Deizm, vahye dayalı dinleri reddeden inanç olarak, İslam'a karşıt bir inanç sistemidir. Tüm bu etkenlerle birlikte modernite, toplumun geleneksel yaşamını daraltmaya ve sarsmaya başlamıştır. Deizmin o dönemde toplumdaki etki derecesi, sosyolojik veri olmaktan çok fazla abartılı bir yorum olarak görünmektedir.

Mardin, sonuçta, reformlarla, Devlet ve toplumda, İslam'ın moderniteyle kısmen yer değiştirmesini, İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşma olarak görmüştür. Bu yer değiştirme derecesi, ileri sürülen uzaklaşmayı gösterir. İslam, Osmanlı'nın teokratik düzeni ve yaşamının temel belirleyicisi yaygın din olup egemenin (padişahın) dinidir[41]. İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşma, olumlunun olumsuzla, kötünün iyiyle yer değiştirmesi ise; reformlar, İslam'a bağlı teokratik Osmanlı toplumu ve yaşamı için kötü bir gelişmedir. Çünkü, İslam'a bağlı teokratik toplum düzeni, yorumu ve yaşamı, Osmanlı Devleti ve Müslüman halkı için mutluluk kaynağı olduğu içindir ki, İslam'ın büyülü bahçesidir. Müslümanlar, bu teokratik düzende mutlu ve mesut yaşamaktadır. Modernite ile sekülerleşme, Müslümanların bu mutlu yaşamlarını bozmuş, onları mutluluklarını sağlayan bu büyülü bahçeden uzaklaştırmıştır.

Tanzimat ve izleyen dönemde, insanlığın gelişme süreci, çağın dünya düzeni ve değerleri bellidir. Osmanlı, devlet ve toplum olarak tüm bu gelişmelerden uzak kalmıştır. Devlet, yöneticileri ve İslam'ın uygulayıcıları elinde gerileme dönemine girmiştir. Osmanlı, Rönesans, Reform ve Aydınlanma ile ilgilenmemiştir. Yine Osmanlı, dinde rasyonalizmi, teokratik toplum / devlet düzeni, yapısı, kurumları ile yaşama ve yorumunda uygulamamıştır. Osmanlı'nın uzun süren adaletli yönetimi, padişahın adil olmasına ve devletin güçlenmesi amacına yöneliktir. İnsanlık, teokratik çağda iken, olağan olarak, Devlet içindir ve insan odaklı değildir. Belirtilen reformlar döneminde, Osmanlı'da İslam, yazarın düşüncesinin aksine, Müslümanlara mutluluk veren bir büyülü bahçe değildir.

Dolayısıyla, Mardin'in modernite ve sekülerleşmeyle toplumda kuşkuyu ve dinde rasyonalizmi, İslam'ın büyülü bahçesinden uzaklaşma nedeni

[41] Toplumda örfi (beşeri) davranışlar ve diğer din ve inançlar, İslam'ı uygulayanların ihsan ve hoşgörüsüyle orantılı olarak, toplumda yerlerini almış ve yaşamlarını sürdürmüşlerdir.

görmesi, bir olgu tespiti değil, toplumdaki önemli olgusal değişimle ilgili değer yargısında bulunmasıdır. Bu düşünceyi, Mardin'in modenite ve sekülerleşmenin İslam'a dayalı teokratik toplum düzeni ve yaşamasını olumsuz etkilediği şeklindeki düşüncesinin somut ifadesi olarak görmekteyiz.

2. LAİK DÜZENDE TRUVA ATI OLUP OLMADIĞI BELİRSİZ "İSLAMİ DİRİLİŞ" SÖYLEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

• Mardin'in sekülerleşmenin İslam'ın yorumu ve yaşamına etkisi ve İslami dirilişe ilişkin açıklamaları ve düşüncelerinin değerlendirilmesi

Mardin, Tanzimat reformlarının Devlet yönetimindeki sekülerleşme ve toplumdaki etkilerini inceledikten sonra, "İslami diriliş" sözüyle bağlantılı şekilde Cumhuriyet'te dinin yerini ele almıştır. Bu bağlamda, siyasal İslamcı denilen siyasi ve diğer kişiler üzerinden, Türkiye'de İslam'ın Türk kültürünün formu mu içeriği mi olduğu sorusu irdelenmiştir. Konuya ilişkin farklı iki anlayışa değinilmiştir. İlki İslamcıların, yani ideolojik eğilimli Müslümanların, İslami dirilişin sürekliliği ve artan enerjisi göz önüne alındığında, İslam'ın Türk kültürünün temel içeriği olduğu görüşüdür. Diğeri sekülarizm ideologlarının savunduğu, dinin asıl yerinin Müslümanların "kalpleri" olması gerektiği düşüncesidir[42].

Yazara göre, her iki düşüncede sorunludur, soruya konu form ve içerik, Türkiye'de din alanını inceleyenlerin fark edemediği kadar çok sayıda katmanla karşılıklı ilişki içindedir. "Sekülarizm "formu" Türkiye'de İslam'a öyle çok düzeyde nüfuz etmiştir ki, artık bu ülkede İslam ancak seküler ve dini değerlerin bir nevi sentezi olarak, dolayısıyla da "ayrıksıcılık" unsurları sergileyen bir inanç olarak tarif edilebilir"[43]. Örneğin, son döneme damga vurmuş siyasal İslamcı bir devlet yöneticisi, açıklanan bu içeriğe Anayasada çizilen seküler çerçeveye uygun biçimde form vermek zorunda kalmıştır[44].

Mardin, iktidardaki siyasal İslamcı partinin liderinin yaşam öyküsünün getirdiği kuramsal sorunlardan birinin, yukarıda belirtilen İslam'ın seküler

[42] MARDİN, s. 91-92.

[43] MARDİN, s. 92.

[44] "Erdoğan'ın hayat hikayesinin gündeme getirdiği önemli kuramsal sorulardan biri, Türkiye'de İslam'ın Türk kültürünün formu mu yoksa içeriği mi olduğu sorusudur. Türkiye'de ilk bakışta dinin Türk kültürünün temel içeriği olduğunu, Erdoğan'ın da bu içeriğe anayasada çizilen seküler çerçeveye uygun bir form vermek zorunda kaldığını düşünmemek için bir sebep yok gibidir" (MARDİN, s. 91-92).

formun içeriği olup olmadığı sorusunu yinelemiş ve yanıtlamıştır: "Türkiye'de İslami direnişin sürekliliği ve artan enerjisi göz önüne alındığında, ilk bakışta dinin Türk kültürünün temel içeriği olduğunu" belirtmiştir. Yazar, bu partinin iktidarında "bu içeriğe anayasada çizilen seküler çerçeveye uygun bir form vermek zorunda kaldığını düşünmemek için bir sebep yok gibidir"[45] düşüncesindedir.

Yazar, İslami diriliş ifadesini şu şekillerde kullanmıştır. Bir siyasi için "uzun dönem Türkiye'de İslami direnişçiliğin yıldızı olmuştur"[46] denilmiştir[47]. Bir kişinin "İslami dirilişte teşvik ettiği yeni akım"[48] ifadesine yer verilmiştir. "İstanbul'un muhafazakar semti olarak nitelenebilecek, ama İslami diriliş faaliyetlerinin yoğun olmadığı"[49] bir semtten söz edilmiştir. Bir yazarın "eserlerinde sık sık İslami diriliş fikri üzerinde"[50] durduğu belirtilmiştir.

İslami diriliş, yazarın kullanımlarına göre, tam olarak belli olmayan bir ifade olarak, farklı olasılıklara göre anlamlandırılabilir. Bir olasılık yasaklanmış İslam'ın dirilmesidir. Bir olasılık, hukuka aykırı şekilde baskılanmış İslam'ın baskılardan kurtulmaya girişimleridir. Bir olasılık laik düzende bireysel–toplumsal değer olmaya zorlanmış İslam'ın, eskisi gibi kamusal

[45] MARDİN, s. 91-92.

[46] MARDİN, s. 87.

[47] İslam dirilişin yıldızı olarak gösterilen siyasi hakkındaki hukuki olgulara ilişkin haber yazıları, toplumu, siyasetçileri, özelikle siyasal İslamcıları ilgilendirmektedir. Bu haber yazılarında, İslami hareketin yıldız isminin hazin ve ibretlik sonu vardır: "Kayıp trilyon davasında hapse girmekten yasa değişikliğiyle, ev hapsinden de Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün affıyla kurtulan, kapatılan Refah Partisi'nin son genel başkanı Necmettin Erbakan, bu kez de 148 kilo altının da bulunduğu trilyonlarca mal varlığını kurtarmaya çalışıyor. Faiz ve vekalet ücretiyle birlikte 12 milyon YTL'yi aşan alacak davasını temyiz eden Erbakan, "Kayıp trilyon" davasındaki borcu yüzünden Balgat'ta oturduğu eve konulan haczi kaldırmak için de ayrı dava açtı. Erbakan, "RP'nin kayıp trilyon" ile ilgili hukuk davasında partinin genel saymanı Rıza Ulucak ile birlikte 2.6 milyon YTL olarak saptanan borcu ödemeye mahkum edilmişti. Bu rakam, faiz ve vekalet ücretiyle birlikte 12 milyon TL'yi buldu. Gül'ün affı, Erbakan'ın, mahkum olduğu borcu silmiyor. Maliye Bakanlığı, bu borç yüzünden, Erbakan'ın üç evi, bir yazlığı ve maaşına da haciz koymuştu" (21.08.2008, hürriyet.com.tr/gündem/Erbakan-altinlarina-da-af-istedi.971135, erişim 15.04.2020). Aynı konuda bkz. t24.com.tr/haber/10 soruda-kayip-trilyon-davasi.48196, erişim 15.04.2020.

[48] MARDİN, s. 88.

[49] MARDİN, s. 92.

[50] MARDİN, s. 100.

değer olmaya yönelik dirilişidir. Bir olasılık İslam'ın dirilmesiyle toplumda ve ahlakta dünyeviliği (sekülerliği) azaltmaktır. Bir olasılık demokratik düzende özgürlükleri araç kılarak, laik düzen yerine teokrasi getirmeye yönelik İslami diriliştir. Bir olasılık demokratik düzende din temelli partileri iktidara taşımaya yönelik bir İslami harekettir. Bir olasılık bir siyasal partinin İslam'ını topluma egemen kılmaya çalışan bir İslam anlayışıdır.

Hemen belirtelim ki, demokratik düzenlerde, siyasal İslam ile ilgili iki farklı uygulamayı, başında birbirinden ayırmak gerekir. İlki siyasal İslam'ın demokratik düzen içindeki varlığı ve işleviyle ilgilidir. İkincisi siyasal İslam'ın demokratik düzeni teokratik düzene çevirmeye, yani İslam'ın kamusallığının sağlanmasına ilişkindir. Bu iki istek ve işlev birbirine karşıttır. İlk uygulama, siyasal İslam'ın demokratik düzende yer almasına olanak verir. İkinci uygulama ise, demokratik düzenlerin varlığına yer vermeyeceği bir uygulamadır[51].

---

[51] Yazar tarafından İslami direnişin yıldızı olarak gösterilen siyasi, partisinin meclis grup toplantısında yaptığı konuşmasında, laik düzene karşı gerçek amacını ortaya koymuştur. Siyasinin konuşmadaki söylemi, partisinin kapatılmasına konu söylemlerden biridir. Bu söylem, AİHM'nin "Refah Partisi Ve Diğerleri–Türkiye" Kararında diğer iddialarla birlikte ele alınmıştır. Karara göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının iddiaları arasında bu konuşmaya da dayanılmıştır. "13 Nisan 1994 tarihinde, Necmettin Erbakan, TBMM Grup toplantısında refah milletvekillerine hitaben konuşmasında, partinin hedeflediği toplumsal değişimin "barışçıl mı şiddetli mi" veya "kanlı mı kansız mı" olacağını sormuştur" (P. 12). AİHM kararında, siyasinin konuşmasıyla ilgili olarak, AYM'nin kararındaki nitelemeye değinilmiştir. Buna göre, siyasi, bu konuşmada, "gerekirse güç kullanarak, teokratik bir rejim kurulması gerektiğini savunmuştur" (P. 31).
AİHM, kararında, diğer nedenlerle birlikte konuşmayı incelemiş ve gerekçeye almıştır: "Bu davada söz konusu müdahalenin zorlayıcı bir sosyal gereksinim sonucunda olup olmadığı sorununun incelenmesiyle bağlantılı olarak üstte sayılan noktaların toplu olarak değerlendirilmesinde Mahkeme, Refah üye ve liderlerinin Anayasa Mahkemesi kararında da belirtilen eylem ve konuşmalarının tüm partiye isnat edilebilir olduğu, bu eylem ve konuşmaların Refah'ın çok hukuklu sistem çerçevesi içinde şeriata dayalı bir rejim oluşturmaya yönelik uzun dönemli bir politikanın varlığını ortaya çıkardığı ve Refah'ın politikasını uygularken ve öngördüğü sistemi yerleştirirken kuvvete başvurma olasılığını dışlamadığı sonucuna varmıştır. Bu planların demokratik toplum kavramıyla bağdaşmaması ve Refah'ın bunları uygulamaya getirmek için yakaladığı fırsatların demokrasiye yönelik tehdidi daha somut ve daha yakın kılması karşısında, Anayasa Mahkemesi tarafından başvuranlara uygulanan cezanın, Sözleşmeci Devletlere tanınan yasal hakkın sınırları içinde, "zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi" makul bir biçimde karşılar nitelikte olduğu düşünülmektedir" (P. 132). www.karara.com>aihm11860 erişim 20.04.2020).

Demokratik düzenlerde yer alabilecek siyasal İslam, İslami ifade ve örgütlenmede şiddet taşımayan ve şiddeti teşvik etmeyen ve din ve vicdan özgürlüğünün en geniş biçimiyle yaşanmasını isteyen, bunun için mücadele eden İslami harekettir. Demokrasilerde, siyasal İslamcı partilerin kurulma ve iktidara gelme yolları açıktır. İslami diriliş denilen hareket, partileştiğine göre siyasallaşmıştır. Demokratik düzen, bu partilere, muhalefet ve iktidar olma olanağı ve güvencesi vermiştir. Türkiye Cumhuriyeti, siyasal İslamcı partilerin, demokratik düzen içinde yer alan uygulamasına, iki kez iktidar olanağı tanımıştır[52].

Dolayısıyla, iktidar olan siyasal İslamcı partilerin uygulaması ile İslami dirilişe açıklık getirilebilir. Mardin'in İslami dirilişten anladığı, demokratik düzende İslam'ın siyasallaşması ise, hukuk düzeni buna olanak sağlamıştır. Yazara göre, "İslami dirilişin temeli zorunlu olarak toplumsal veya "sivil"dir, sadece dönem dönem siyasi olmuştur". "Göründüğü kadarıyla modern Türkiye'de, temel bir İslami strateji, hedeflerine ulaşmak için yeni bir siyasi -dışa karşı demokratik- eylem hattına girmek zorunda kalmıştır"[53]. Bu açıklama, görüşümüzü doğrular niteliktedir.

---

[52] Bir görüşmede, yazara, "AKP ile ilgili olarak kamuoyuna, "AKP Kemalizmin zaferidir" şeklinde bir değerlendirmeniz yansıdı. Bu konuyu biraz açabilir misiniz?" sorusu sorulmuştur. Yazar soruyu yanıtlamıştır: "Şöyle açıklayayım: "Kemalizmin zaferi" kavramından yola çıkmak Cumhuriyet'in "süreçlerini" çok ilginç bir şekilde anlatıyor. Cumhuriyet birtakım araçlar ortaya çıkardı. İnsanların kullanabilecekleri imkanlar ortaya çıkardı. Modern okullar açtı. Vatandaşlık kavramını geliştirdi. İlmiye sınıfını ortadan kaldırdı. Birtakım yeni iktisadi imkanlar açtı ve yeni iktisadi değerler getirdi. AKP, bunların hepsinden istifade etti. Cumhuriyet'in okullarında okudu, iyi sonuçlar aldı. Vatandaşlığın kendisine hukuken vermiş olduğu imkanları kullandı, bir vatandaş olarak. İlmiyenin ortadan kalkmasıyla birlikte, uzmanların din hakkındaki tartışma tekelinin de kalkmış olması, onların, din hakkında birçok şey söyleyebilmelerini sağladı. Ondan da istifade ettiler. Yani kendilerini meşrulaştırabilecek duruma geldiler. En çok da, Cumhuriyet'in getirmiş olduğu iktisadi değerleri kullandılar. Servet yaptılar, bankalar kurdular vb gibi. Demek istediğim şu: Şayet bunlar olmasaydı; yani, okula gidemeselerdi, vatandaşlık haklarını kullanamasalardı, AKP ortaya çıkmazdı. Bu ilginç bir şekilde, Türkiye'de onlara verilmiş olan modern imkanları kullanmış olmalarından ileri geliyor" (MARDİN, s. 225).

[53] "Bu süreci şöyle tarif edebiliriz. Tanzimat, İslami kültür mirasının parçası olmayan merkezileşmiş bir devlet yaratma hedefindedir. Eski sistemin dini cepheden savunucuları merkezileşmeye karşı konum alırlar. Devletinkine paralel eğitim sistemi, şebeke faaliyetleri İslam kültürlerinin kavramsal temellerinden biridir ve bu temel, tarikat silsilesi, adem-i merkeziyetçi eğitim sistemi ve Sufi tarikatlarının ulus aşırı işleyişi aracılığıyla meşruiyetini pekiştiren bir dizi kaynakla tahkim edilmektedir.

İslami diriliş, demokratik düzenle barışık olmak zorunda değildir. Bu nitelikteki siyasal İslam, kesin şekilde İslam'ın kamusallığını sağlayamaz, yani demokratik düzeni kısmen de olsa teokrasiye çeviremez ve doğrudan veya dolaylı hukukta kaynaklık değeri tanıyamaz. Ancak, bu siyasal İslam, özellikle kanun önünde eşitliği ve kendi yaşam ve yorumuna uygun olmayan veya farklı din ve inançlarda olan insanların din ve vicdan özgürlüklerini kısıtlamadan, Anayasaya uygun olarak iktidar olabilir ve iktidarını sürdürebilir.

Siyasal İslam, demokratik düzeni teokratik düzene çevirme, yani İslam'ın kamusallığını sağlama amacında ve bunun için İslami ifade ve örgütlenmede şiddeti araç kılan veya şiddeti teşvik eden bir İslami hareket ise, Devlet bu hareketle mücadele eder, bu hareketi yasaklar, bu hareketi suç ve cezanın konusu yapabilir. Bu nedenle, İslami direnişle söylenmek istenilen böyle bir siyasal İslam ise, demokratik düzende bu nitelikte bir İslami harekete yer yoktur. Demokraside yeri olmayan siyasal İslam'ın somut bir örneği Türk Hizbullahı terör örgütüdür.

Demokratik düzenlerde, ifadede şiddet veya cebir ve şiddet veya şiddeti tahrik etmek suretiyle, İslam'a hukukta kaynaklık değeri tanımak isteyen veya mevcut düzeni kısmen veya tamamen teokrasiye dönüşmeyi amaçlayan bir siyasal İslam'a izin verilmeyecektir. Siyasal İslam, özgürlüğü yok etme özgürlüğüne sahip değildir. Demokratik devlet, demokratik hukuk düzenini ortadan kaldırmaya yönelik her türlü harekete karşı, kendi düzenini koruma yetkisine sahiptir. Yazarın yukarıdaki görüşü, siyasal İslam'ın şiddet yöntemlerini dışlamış bir hareket olması koşuluyla geçerlidir. Bu anlamıyla siyasal İslam, demokratik düzende İslam'ın düzenleyen değil düzenlenen ve kamusal değil bireysel–toplumsal bir değer olmasına uygundur. Bu düzende,

---

Anayasalcılık da merkezileşme karşıtı hareketlerden biridir. Fakat, anayasalcılığın ve demokrasinin stratejilerini kullanıp kullanmama noktasında bir açmaza yol açmıştır. Temsil, siyasi partiler ve kanun yapma gibi yöntemlerin tartışmasız İslami unsurlar olmadığı ortadadır. Bu durumda, ulemanın asırlar boyu "firavunlara" karşı geliştirdiği imkanlar nasıl kullanılacaktır? Yeni devletin kontrolü nasıl ele geçirilecektir? Öyle görünüyor ki AKP'nin mevcut politikası, pratikte, demokratik kurumların, hatta Cumhuriyet'in seküler kurumlarının bile, İslami ideolojik esaslara dayanan bir siyasi parti açısından uygun olabileceği yönündedir; fakat bu pozitif tutum, demokrasinin uzun geçmişi olan, karmaşık işleyiş biçimlerini hesaba katmaz. Örgütlü İslamcılığın söyleminde hala mevcut olan dirilişçi unsurların seferberlik gücü, marjinal kesimler moderniteyle birlikte toplumda ön plana çıktıklarında daha tehlikeli bir hal alır -Türkiye Hizbullah'ında olduğu gibi" (MARDİN, s. 107).

İslam, ancak, kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla, kamu dışında sosyal düzende yer alabilir, özgürce yaşanabilir ve yorumlanabilir.

Son olarak, Mardin, Mustafa Kemal'in, İslam'ı katılımcı yurttaşlık tasarımının bir unsuru olarak kullanmak istediği görüşündedir. "Bu tasarımın bileşenlerinden biri de, öncelikle elitlerin dini ile sıradan halkın dini arasında köprü kurulmasıydı"[54]. "Son olarak, ezanın Türkçeleştirilmesiyle ilgili girişimleri de, Mustafa Kemal'in İslam'ı sözünü ettiğimiz tasarı doğrultusunda kullanma hedefine işaret etmektedir"[55]. "1930'larda hükümet ezanı, namazı ve Cuma hutbelerini Türkçeleştirme yolunda çeşitli girişimlerde bulundu. Geniş kesimlerin desteğini bulan tek öneri, hutbelerin Türkçeleştirilmesi oldu"[56]. Bu düşünce geçerliyse, elitlerin İslami yorumlarının topluma aktarılması tasarımı önemlidir[57]. Çünkü, bu tasarım, temelde İslam'ın akılcı yorumuna dayalıdır. O tarihlerde, sıradan insanın din anlayışı ve yaşayışı sonuçları ile ortadadır. Buna göre, anılan tasarım, İslam'ın toplumda akla dayalı yorumu ile ahlaklı ve güzel insanların yetiştirilmesini, sonuçta toplumun iyiliğini amaçladığı anlaşılmaktadır.

Mardin, bir görüşmede, "mahalle seviyesinde İslam" olarak ifade ettiği, sıradan insanın günlük yaşamındaki İslam'ı değerlendirmiştir. Bu değerlendirmede, mahalledeki İslam, "o alt seviyedeki, sofistikasyonunu kaybetmiş olan, temsilinde çok kaba olan halk tefsirinin vardığı noktalar bazen insanı korkutuyor" demektedir. Bu niteleme, sözü edilen tasarımın 'elitlerin dini ile sıradan halkın dini arasında köprü kurulması' isteğinin, haklılığının, doğru ve geçerliliğinin yıllar sonra bir ifadesidir[58].

---

[54] MARDİN, s. 75.

[55] MARDİN, s. 76.

[56] MARDİN, s. 127.

[57] Çağatay, Türkçe ezan okunmasını gerekli ve doğru bulmaktadır. "Bilindiği gibi ezan, namaz vaktini bildirmek ve bu ödevini camide yapmak isteyenleri çağırmak için tertiplenmiş bir sünnettir. Peygamberin kabul ettiği bir namaz vakti haber verme şeklidir. Aslında her islam cemaatinin ezanı, kendi dilinde okuması daha doğru olur. Nitekim onuncu yüzyılda Kuzey Afrika'da berberi müslümanlar ezanı uzun yıllar berberce okumuşlar, bu durum islam aleminin hiçbir yerinde en ufak bir tepki görmemiştir. Hal böyle iken gene malum çıkarcı şirketler ezan meselesini çıban başı yapmak istemişlerdir" (ÇAĞATAY, Neşet: Türkiye'de Gerici Eylemler (1923'den Buyana), Ankara 1972 s. 34, www.ankara.edu.tr erişim 14.05.2020).

[58] "Benim, daha önce, "mahalle seviyesindeki İslam" diye bir ifadem vardı. Çünkü dünya ile, kainatla ilgili genişliği çok, yansıması çok olan bir İslam var. Bir de günlük praksisle

• Mardin'in Cumhuriyet'te din eğitimi ve dini eğitimle ilgili düşünceleri ve değerlendirilmesi

Mardin'in açıklama ve tespitlerine geçmeden önce, yazar tarafından ve genelde karıştırılan din eğitimi ve dini eğitim terimlerine açıklama getirmekte yarar görülmüştür. Din eğitimi, laik–demokratik devlette, din, inanç, ibadet ve ahlakla ilgili bilgilerin ve eğitimin verilmesidir. Bu eğitim, önceleri isteğe bağlıyken, sonraları zorunlu olmuştur. Din eğitimi, Diyanet İşleri'nin faaliyet konusuna paralel olarak, İslam'ın egemen anlayışına göre ve diğer İslami anlayışlar dışlanarak verilmiştir[59]. Dini eğitim ise, tüm eğitimin dine

---

ilgili olan bir İslam var. Bugünkü İslam'ın üzerinde durduğu -beni biraz tedirgin eden- şeylerden bir tanesi, mahalle ile ilgili tarafı. Bu nokta, biraz önce sözünü ettiğim araştırma merkezlerinde üzerinde durulan bir husus değil" Elitlerin "bu sofistike, çok yüksekte olan düşüncesinden, mahalleye doğru geldiğiniz zaman; İslami kültürün bütününün artık bulunmayışı ve birtakım fırsat peşinde koşan demagogların da oralarda kolayca bulunmaları gibi nedenler dolayısıyla, bu işin -affedersiniz- cılkının çıkmış olduğu gibi bir intiba hasıl oluyor. O nedenle, problem budur. O alt seviyede, sofistikasyonunu kaybetmiş olan, temsilinde çok kaba olan halk tefsirinin vardığı noktalar bazen insanı korkutuyor. Mesela, bu namus cinayetleri falan gibi şeyler bu kaba temsilden kaynaklanıyor. Bunun İslam'la hiçbir ilgisi yok. Yaşadığımız 20. yüzyılda öyle bir süreç var ki, mahalle seviyesinde gelişmiş İslam'ın kendine mahsus, biraz da sert bir yönü oluşmaya başladı. Mahallede; İslam'da bir temeli bulunmayan bazı giysi tipleri ile ve en korkuncu da bu namus cinayetleriyle ilgili olarak kendi başına pişen bir şeyler var. Bu kaba tefsir, mahalleden çıkartılıp atılabilir mi? Bu nasıl mümkün olabilir? Çok zor. Hemen şunu söylemek lazım: Yarı-okumuş insanlarının sayısının çoğalması ile birlikte din anlayışının sofistikasyonunu kaybetmesi, bütün ülkelerin dini kuruluşlarında görülen gelişmelerden bir tanesi. Mesela, ABD'de, daha fazla sayıda kimse kiliseye gidiyor; fakat onların anlattıkları ve düşündükleri, en ince Katoliklik ya da en ince Protestanlık yorumu değil. Binaenaleyh burada, İslam'ın bir kabahati yok. Kabahat, sosyal yapının. Bunun karşısına nasıl geçilir? Çok zor. Günümüzde, ezilmiş olduklarına inanan insanların bulunduğu alt sınıfların, ki burada çevre de var, İslam'ı kendi kendilerine ve kendi eğitim seviyelerine uygun olarak tefsir etmelerine nasıl mani olacaksınız? Çünkü bu sınıfların duydukları eziklik de bu tefsirin bir parçası. Şöyle anlatayım: Ezilmiş olan adam, biraz nefes aldığı zaman, yaptığı ilk şeylerden bir tanesi; "İslam'ı bana bu şekilde empoze etmeye çalıştılar. Hayır efendim. Ben, İslam'ı kendi istediğim gibi tefsir edeceğim" demek oluyor. Bu, aslında, onun için bir hürriyet öğesi. İslam'ın mevcut "yol"u onu şahsiyetini ifade etmesi için bir kapı açıyor. Sebebi de, mahallenin, bu karışık şeylerin hepsinin birden gerçekleştiği bir yer olması. Bu durumu nasıl halledeceğiz. Bana biraz zor şeymiş gibi geliyor" (MARDİN, s. 226, 227-229).

[59] Demokratikleşmeye bağlı olarak bu hatalı uygulamanın düzeltilmesi, düşünce ve inançta çoğulculuğun ve kanun önünde eşitlik ilkesine, ayrımcılık yasağına uygun

dayalı, yani teokratik düşünce ve teokratik toplum / hukuk temelinde ve dinin kamusallığına bağlı eğitimdir. Buna göre, laik–demokratik düzende, din eğitimi yapılır, dini eğitim yapılamaz.

İslam'la ilgili çalışmalarda "entelektüalist" olarak nitelendirilebilecek anlayışın, Cumhuriyet'te resmi ideolojiyle yaşanan çatışmalara veya uzlaşma çabalarına odaklandığına ve bu çalışmalarda taşrada dinin merkezi yeri ile sıradan insanların İslami görüşüne yer verilmediği açıklanmıştır. Buna karşın, taşrada dini eğitim, İslam'ın gücüne katkı sağlamaktadır. Bunun nedenlerinden birisi, yasaklı tarikatların dini eğitimdeki etkili rolüdür. Diğeri ise kişilerin, devletin din eğitimine Devletten çok fazla gelir aktarmasıdır[60].

Yazar, Cumhuriyet'le birlikte eğitimdeki köklü değişiklikleri aktarmıştır. Eğitim, 03.03.1924 tarihli Tevhid-i Tedrisat Kanunu (Eğitimin Birleştirilmesi) ile, Milli Eğitim Bakanlığına bağlanmıştır. Bu kanun, "modern Türkiye'nin eğitim politikasının temelidir"[61]. Bu süreçte, belirli sayıda imam-hatip okulu açılmışsa da, öğrenci sayısının düşmesiyle kapatılmıştır. 1930'da Devlet okullarına haftada iki saat din dersi getirilmiştir. 1932'de Diyanet İşleri'ne bağlı Kuran kurslarına başlanmıştır[62]. 1947'de günün siyasi anlayışına uygun şekilde, din eğitimi, komünizm tehlikesine karşı araç olarak kullanılmak üzere kısmen genişletilmiştir[63].

---

olarak gerçekleştirilmesi gerekirken bu başarılamamıştır. Bu, Cumhuriyet'in sert eleştirilmesi gereken ve toplum / hukuk düzeninin gelişmesini, demokratikleşmeyi ve derinleşmesini engelleyen bir uygulamasıdır.

[60] MARDİN, s. 70.

[61] MARDİN, s. 71.

[62] "Cumhuriyet rejiminin kurumu Diyanet İşleri'nin Başkanı Rıfat Börekçi, bu kursları Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinden ayırmayı başarmıştır" (MARDİN, s. 71).

[63] Bir Diyanet İşleri Başkanı (A. H. Aksekili), 1924-1950 arasında öğrencilerin vicdani boşluğa düştüğünü, bu boşluğun misyonerlik faaliyetini artırma tehlikesi yarattığını, hakiki din adamlarının yetiştirilmesi gerektiğini rapor etmiştir. "Raporda geçen "hakiki" ifadesi, muhtemelen, Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde o zamana kadar genellikle din eğitiminden sorumlu kılınan seküler personele işaret ediyordu" (MARDİN, s. 72). "Bu durum, Türkiye'de İslam'ın diriltilmesine çalışan güçlerin, genelde iddia edildiği gibi, dinin "komünizme" karşı kalkan işlevi göreceğini düşünen insanlar arasında doğmadığı şüphesini uyandırmaktadır. Fakat şurası bir gerçek ki, Cumhuriyet'in sekülerleşmeyi gündeme alan yegane partisi CHP'nin önde gelen üyeleri arasında da bu tavra rastlanmaktadır. Örneğin İsmail Hakkı Baltacıoğlu bu görüşün önemli savunucularındandır" (MARDİN, s. 78-79).

Demokrat Parti döneminde, din eğitimi artmaya başlamış, 1951'de ilkokul sonrası dört yıl eğitim veren imam–hatip okulları açılmış, 1953-1956'da ortaokullara din dersleri getirilmiştir[64]. Said Nursi, bu uygulamanın, hükümetin hakiki kuvvetin Allah'ta olduğunu anlamaya başladığını gösterdiğini ve yabancıların politika ve yardımlarına karşılık siyasi ve manevi rüşvet olarak yapıldığını belirtmiştir[65].

1973-1983 arasında, bu okul mezunlarına, diğer lise mezunlarıyla eşit koşullarda üniversiteye giriş hakkı tanınmıştır. İmam-hatip okullarının sayısı hızla artmış ve bu okul mezunlarının büyük kısmı dinle ilgisi olmayan alanlarda kariyer edinmeye hazırlanmışlardır[66]. Yazara göre, 28 Şubat 1997'deki "yumuşak askeri darbe" ile imam–hatip sistemi darbe almıştır. İlköğretimin sekiz yıla çıkarılmasıyla bu okulların orta kısımlarının kaldırılması ve

[64] Demokrat Parti iktidarı ile başlayan, -din bilgisi görüntüsü altındaki- dini eğitim, akli eğitim alanını daraltma sonucunu doğurmuştur. Demokrat Parti ile başlayan bu süreç, sonraki sağcı partiler ile önceki ve son siyasal İslamcı iktidar parti ile en yüksek derecesine ulaşmıştır. Bu son iktidar döneminde, akli eğitim ve öğretim yapmakla görevli Devlet okullarının, (a) sayısı azaltılmış, (b) nitelikleri düşürülmüş, (c) etkileri azaltılmış, (d) fen liselerinin kalitesi düşürülmüş, (e) yaratıcı dersler resim, müzik ve sorgulayıcı / eleştirel akla ilişkin mantık, felsefe gibi dersler müfredattan çıkarılmaya başlanmıştır. Bkz. AKP iktidarı Mili Eğitim Bakan Yardımcısı, fen, Anadolu, sosyal bilimler liselerinde kalite ve ciddi performans düşüklüğü yaşandığını belirtirken, çarpıcı bir ifadeyle, "Anadolu Fen Lisesi mezunu dershaneye gitmez. .. Ama çocuk dershane ihtiyacı duyuyor" sözleriyle dile getirmiştir. bkz. aynı çalıştayda Bilkent Ün. Rektörü Abdullah Atalar'ın konuşması, (Fen Liselerinin Müfredat ve Ders Çizelgelerinin Değerlendirilmesi Çalıştayı, www.haberler.com. 22.11.2018 tarihli haber yazısı, erişim 23.04.2020.

[65] "Saniyen: Yeni ehl-i hükümet yavaş yavaş anlıyor ki, hakiki kuvvet Kur'an'dadır. Ve İslamiyet uhuvveti ile imanın hakaiki ile tahribatı düşmanlara karşı dayanabilirler. … Ve yeni hükümetin Maarif Vekili bu hakikati hissetmiş ki, seleflerine muhalif olarak en ziyade iman hakikatlerinin neşrine, din derslerine ehemmiyet veriyor. .. Elbette ve elbette ve kat-i olarak şimdi bu memleketteki ehl-i siyaset garba ve ecnebiye verdiği siyasi ve manevi rüşvetin on mislini alem-i İslam'ın ileride cemahir-i müttefikası hükmünde olacak olan dört yüz milyon Müslüman kardeşlere, memleket ve milletin ve devlet-i İslamiyenin selameti için gayet azim bir bahşiş ve sınırsız bir rüşvet vermesi lazım ve elzemdir" (Emirdağ Lahikası, s. 321) (Bediüzzaman'a Göre İslam Devleti ve Anayasasının Yeri–Zamanı–Modern Zamanlarda Devletin Dinle İlişkisi, (Köprü Sayı 146 Bahar 2009), 30.19.2009 www.sorularlasaidnursicom. erişim 07.054.2020 (Köprü Sayı 146 Bahar 2009).

[66] MARDİN, s. 73.

üniversite giriş sınavında bu lise mezunlarına düz lise mezunlarından düşük kat sayı uygulaması, imam–hatip sistemiyle ilgili iki olumsuz uygulamadır.

Mardin, yukarıdaki açıklamadan sonra tespitlerde bulunmuştur. 1940'larda din eğitiminin genişletilmesi, imam–hatiplerin orta ve lise düzeyinde açılması ve çoğalması, o dönemde din eğitiminin komünizme karşı önlem alınmasına bağlanmıştır. Din eğitiminde bu artış, seküler–dini eksende ciddi bir ideolojiye dönüşmüştür. Bu bağlamda, önce sağ görüşlü partilerin sonra artan şekilde siyasal İslamcı partilerin korumasındaki radikal dini gruplar, Türk–İslam benliğinin nüvesi olarak gördükleri dini eğitimi, büyük bir kararlılıkla savunmuşlardır. 2005 yılı itibarıyla toplam 500 imam–hatip lisesinin faal olmasına dikkat çekilmiştir. Bu artışın nedeni, "din ve devleti ayrı tutmaya kararlı bir sekülarizmi kurucu ideolojisi olarak benimsemiş bir devlette paralel bir eğitimin tesis edilmesidir"[67].

Mardin'in açıklama ve tespitlerinin hukuki yönlerine değinilecektir. Devletin din eğitimini dar bir çerçevede tuttuğu dönemde, resmen yasaklı tarikatların rolüne değinilmiştir[68]. Burada, tarikatların din eğitimini üstlendikleri ifadesi, kendi ifadesiyle sorunludur. Çünkü, ifadede, din eğitimiyle dini eğitimin karıştırıldığı sonucu çıkmaktadır[69]. Din eğitimi, Cumhuriyet'in nitelik ve temel değerlerine uygun milli eğitimi kapsamında yapılan eğitimdir.

[67] MARDİN, s. 74. Yazarın bu tespiti ve düşüncesine katılmaktayız. Kuruluş amacı ilgili Kanunda açıklanan imam hatip okulları, sağ görüşlü partilerle siyasal İslamcı partilerin iktidarları ve kısmen 12 Eylül döneminde, din hizmetlerinin karşılanmasıyla ilgili ölçülebilir / hesaplanabilir memur ihtiyacı ile bu ihtiyacı karşılayacak okul sayısı arasındaki matematik / ekonomik oransal bağı koparılmıştır. Bu okullar belirtilen ihtiyaçtan çok fazla sayıda açılmış ve din hizmetinde görev alması olanağı olmayan kız öğrenciler okullara alınmıştır. Bu, aynı zamanda, diğer temel ekonomik ve sosyal hizmetlere ayrılması gereken kaynağa haksız olarak el atılmasıdır (tecavüzdür). Siyasal İslamcıların veya İslami diriliş hareketinden olanların, belirtilen diğer temel hizmetlere ayrılması gereken kaynak aleyhine haksız kaynak ayrılmasının, İslam'daki "kul hakkı" ile bir bağlantısı olup olamayacağını incelememeleri de ilginç bir durumdur. Sonuçta, tüm bunlar, yazarın, laik devlette din eğitimi yanında, teokratik dini eğitimin yer almasına dönüşmesi tespitini doğru ve geçerli çıkarmaktadır.

[68] Devletin, bu ilk dönemde, yeterli ve kapsamlı din eğitimi verip vermediği, bunun nedenleri, Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki koşullarla birlikte, ayrı bir inceleme konusudur.

[69] Yazar, medreselerin kapatılmasına ilişkin olarak, bu kurumların o dönemde çok sayıda okul çocuğuna eğitim verdiğini söylemektedir (MARDİN, s. 71). Bu açıklama, dini eğitimle din eğitiminin karıştırıldığının bir örneğidir. Cumhuriyet, dini eğitimi, dine dayalı, teokratik eğitim sistemi olduğu için yasaklamıştır. Her iki eğitim, birbirine

Tarikatların, yasaklı olması bir yana, onların din eğitimi verdiklerini söylemek, olgusal ve hukuksal olarak uygun değildir. Çünkü, tarikatlar, Osmanlı Devleti'nde dinci devlete uygun, kamusal nitelikli dini eğitim veren kurumlardır. Tarikatlar, yasaklı Cumhuriyet döneminde de, yasa dışı dini eğitime devam etmişlerdir. Dolayısıyla, Cumhuriyet'in ilk yıllarında dar çerçevede verilen din eğitiminin, dini eğitimle tamamlanması teknik olarak olanaklı değildir. Tarikatlar, dini eğitimi, yasa dışı olarak ve geleneksel bir teokratik eğitim olarak vermişlerdir.

Diğer tespitteki özel kişilerin din eğitimi için, devletin aktardığı kaynağın altı katı bir gelir aktarması, iki olasılığa göre değerlendirilmelidir. Devlet, din eğitimine bütçesinden yeterli kaynak aktaramamaktaysa, kişilerin din eğitimi için gerekli geliri sağlaması için milli eğitime yapılan önemli bir katkıdır. Buna karşılık, kişiler milli eğitim yerine yasa dışı dini eğitim için tarikatlara kaynak sağlıyorlarsa, Devletin bunu önlemesi görevidir. Devletten milli eğitime karşı bir eğitimi desteklemesi istenilemez. Bunun din ve vicdan özgürlüğü ile de bir ilgisi bulunmamaktadır.

Diğer yandan, yazarın, imam hatip okullarıyla ilgili nitelemesine de değinilmelidir. Yazar, "1924 Anayasası, bir din eğitimi veren Medreseleri kapatmıştır. .. 1924'te, dini eğitimde bir nebze de olsa süreklilik sağlamak için- imam-hatip okullarının açılmasına karar verildi. Yirmi dokuz taşra merkezinde imam hatip okulu açıldı" düşüncesindedir[70]. Öncelikle, medreseler, dini eğitim veren okullardır, din eğitimi verdikleri nitelemesi doğru ve geçerli değildir.

İmam hatip okulları, Cumhuriyet'in Milli Eğitim Bakanlığına bağlı mesleki eğitim kurumudur[71]. Bu okulların kuruluş amacı, imam ve hatip gibi din hizmetlerinin ifasıyla yükümlü memurların yetiştirilmesidir. Buna göre, imam hatipler, Mardin'in düşüncesinin aksine, dini eğitim kurumu değildir, dini eğitimin sürekliliğini sağlamak için kurulmamışlardır. Bu

karşıt toplum / hukuk düzenlerine ait olmalarından dolayı, hedeflenen insan tasarımı farklıdır. Dini eğitim, teokratik düşünce yapılı insana yöneliktir. Din eğitimi ise, akli düzendeki insanı ve onun din ve inancının karşılanmasıyla ilgilidir.

[70] MARDİN, s. 71.

[71] 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu Madde 4: "Maarif Vekaleti yüksek diniyat mütehassısları yetiştirilmek üzere Darülfünunda bir İlahiyat Fakültesi tesis ve imamet ve hitabet gibi hidemati diniyenin ifası vazifesiyle mükellef memurların yetişmesi için de ayrı mektep küşat edecektir".

okullar, ulusal eğitimde din hizmetlerine ilişkin imam ve hatip gibi memurların yetiştirilmesine ilişkin meslek okullarıdır. Yazarın, ifadesinden, konuyu tam algılayıp açıklayamadığı anlaşılmaktadır.

Son olarak, yazarın aktardığı bir iddiaya değinilecektir. Bu iddiaya göre, Türkiye İslam'ı "ermiş Müslüman" olarak nitelenen birtakım kişilerin üzerinden ifade edilebilir. "Bu insanlar, ilgiyi üzerlerine çekmekten kaçındıkları için medyada görünmezler, ama İslam'la ilgili derin bilgileri ve kendilerini fedakarca bu yola adamalarından ötürü bilgili Müslümanlar nezdinde bilgeliğin nurunu yayan kişilerdir". Bu iddiaya göre, bu kişiler etkili bir "görünmez kolej" oluşturur. Yazar, konuyla ilgili düşüncesini açıklamıştır: "İslam'ın gövdesini bir arada tutan dini rehberlerin oluşturduğu "görünmez kolej" fikri, İslam'da uzun bir geçmişe sahiptir ve tasavvufun batıni öğretilerinin bir parçasıdır. Fakat, Müslüman ermişlerin, Müslüman gruplar arasındaki daha dünyevi siyasi iletişim ağlarının arka planında geçerli olan uhrevi bir etkiye sahip olup olmadıkları sorusu, Türkiyeli sosyologlarca henüz yeterince ele alınmamıştır"[72].

• Mardin'in akli–laik Cumhuriyet'te dinin yeri, belirsiz İslami diriliş veya siyasal İslam'la ilgili düşüncelerinin değerlendirilmesi

Mardin, Cumhuriyet'te dinin yerine siyasal İslamcılar veya İslami diriliş düşüncesinde olanlar yönünden bakarken, İslam'ın Türk kültürünün içeriği olup olmadığıyla başlamış, bugünkü seküler dediği toplum / hukuk düzeni kalıbı (formu) ile bağlantılı düşüncesini açıklamıştır. Bu bağlamda, Cumhuriyet'in din eğitimini ele almıştır. Ancak, yazar, yukarıda değinildiği üzere, farklı iki eğitim olan din eğitimi ile dini eğitimi birbirine karıştırmıştır. Yazarın görüşleri, bu sıralamaya göre değerlendirilecektir.

Sosyolojik olarak, İslam'ın, sosyal bir olgu olarak, toplumun birçok katmanıyla ilişkide olması olağandır. Yazarın açıklaması, sosyolojiyle sınırlı değil, aynı zamanda ülkenin temel hukuksal sorunuyla ilgilidir. Sorun, demokratik düzende, dinin yeri, teokratik düşünce açıklanması ve örgütlenmesinin sınırlılığı ile ilgilidir. Buna göre, sekülarizm formu, (a) sosyolojik olgu, (b) hukuk normu olarak ele alınabilir.

Demokratik düzende din sosyal bir olgu olarak, kültürle sosyolojinin ve din ve inanç özgürlüğüyle hukukun konusudur. Din ve inanç özgürlüğü,

[72] MARDİN, s. 105-106.

kişi ve grupların İslam'ı yorumlama ve yaşamalarında farklılığının, yani çoğulculuğunun güvencesidir. Bu yönüyle, sekülarizm denilen laiklik formu, İslam'ın yorumu ve yaşamasında, dinin katılığının giderilmesini sağlayarak, baskın din anlayışının diğer inanç ve dini anlayışları ile bunların yorum ve yaşamalarını engellemesine olanak vermez; tüm din ve inançları ile dini anlayışların birlikte yaşamasını sağlar. Yazar, İslam'ın beşeri değerlerden etkilenmesini, 'ayrıksıcılık' unsurları taşıması olarak nitelenmiştir. Bu, belirtilen çoğulculukla etkilenen ülkedeki İslam'ın, diğer ülkelerdeki yorum ve yaşamasından önemli ve temel bir farkı olarak nitelenebilir.

Diğer yandan, sekülarizm formunun hukuk normu olması, toplum / hukuk düzeniyle ilgilidir. Yukarıda belirtildiği üzere, Türk toplum / hukuk düzeni, laik–demokratik düzendir, hukuk beşeri iradenin ürünüdür. Türkiye Devleti, kurucu iktidar olma ve kuruluş sürecinden geçerli olarak, laik devlettir[73]. Bu nedenle, Cumhuriyette, din kamusal değer taşımamaktadır; çünkü, hukuk dine bağlı düzenlenmemektedir. Cumhuriyette, dinin, bireysel–toplumsal değer olmasının nedeni budur. Dolayısıyla, İslam'ın hukuk anlamında form ve içerik taşıması söz konusu değildir.

Sekülarizm formunun, hukuk normu olmasına değinmemizin nedeni, demokratik düzende, teokratik düşünce açıklanması ve örgütlenmesinin sınırlı olmasıdır. Bu sınırlamanın ölçütleri, Anayasa 13 ile AİHS 9, 10, 11 maddelerinde verilmiştir. Bu normlarla korunan alan içinde teokratik düşünce açıklanabilir ve örgütlenebilir. İslam'a özgürlük alanı dışında kamusallık tanınmamaktadır. Toplum / hukuk düzeninin kısmen veya tamamen İslam'a dayalı oluşturulması, dini kuralların kamuya ve hukuka taşınması, toplum / hukuk düzeninin din kurallarına göre bozulması, değiştirilmesi kesin yasaktır. Buna karşılık, İslam, dinin kamusallığına yer verilmesi kesin

[73] Türkiye Devleti, taktiksel Şer'iye Vekaleti dışında, ilk günden geçerli olarak hukukunu beşeri iradeyle oluşturmuştur. Türkiye Devleti, kuruluşunda, Kurtuluş Savaşı'nı yaşamıştır. Bu süreçte, Şer'iye Vekaleti'nin bulunması ve hukukun oluşmasındaki yeri, Kurtuluş Savaşı'nın toplumun tüm kesimleriyle Türkiye ahalisi tarafından birlikte ve dayanışma içinde verilmesindeki zorunluluk sonucudur. Şer'iye Vekaleti'nin hukukun oluşturulmasındaki yeri, simgeseldir, yani kuralın dine bağlı oluşturulması niteliği ve derecesinde değildir. Bu demektir ki, Kurtuluş Savaşı'nda ünlü Birinci Meclis, hukuku, İslam dinine bağlı değil, beşeri iradeyle kurmuş ve yaratmıştır. Bunun içindir ki, Türkiye Devleti'nde, Cumhuriyet öncesi ve sonrasında, İslam, salt bireysel–toplumsal olgu ve değerdir; kamusal bir değeri bulunmamaktadır. .

yasağına aykırı olmadıkça, din ve inanç özgürlüğü ile kanun önünde eşitliğin güvencesi altındadır, ifade, ibadet ve örgütlenme özgürlüklerine sahiptir.

Bu bağlamda, Müslüman bir sivil toplumla iktidarın elde edilebileceği düşüncesi[74] de, dinci ifadede şiddet veya şiddeti teşvik etmedikçe, teokratik düzenin aksine, demokratik düzende geçerlidir. Müslüman bir sivil toplum ifadesi de, İslami diriliş gibi soyuttur, yüzde doksan dokuzu Müslüman denilen bir toplumda ne anlama gelmektedir belirli değildir. Müslüman sivil toplum iktidar olursa, laik toplum düzeni nasıl bir biçim alacaktır veya toplum nasıl oluşturulacaktır. Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve din ve vicdan özgürlüğü korunarak, dinci partilere iktidar ve Devleti yönetme yolu açıktır.

Bu bağlamda, yazarın yukarıda verilen kendilerine Müslüman ermiş denilen kişilerin ve oluşturdukları "görünmez kolej" denilen gruplarının Türkiye İslam'ını temsil ettikleri iddiası ele alınacaktır. Bu ermişlerin kimler olduğu belli değildir veya açıklanmamıştır. İfadeye göre bu kişiler, Cumhuriyet'in tarihinde, meçhul değil isimleri belli olması gereken kişiler ve gruplardır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, ermiş sözcüğünü, "Anlamı (eş anlamlısı): Dini inançlara göre kendisinde olağanüstü manevi güç bulunan kişi, eren, evliya" olarak vermiştir. Aynı sözlükte, Arapça "keramet" sözcüğü ise, "1. isim Ermiş kimselerin gösterdiklerine inanılan, doğaüstü, şaşkınlık uyandırıcı davranış veya durum, 2. isim Olağanüstü durum"[75] olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere, birtakım derin İslami bilgiye sahip olan insanların dini görüşlerini açıklaması, paylaşması ve bunların çevresinde dini gruplaşma oluşması, laik düzende din ve vicdan özgürlüğü kapsamında örgünleşmedir ve anayasal haktır. Bu özgürlüğün sınırı yukarıda açıklanmıştır.

İddia, bir takım insanların derin İslami bilgi sahibi olması ve daha önemlisi ermiş Müslüman olarak verilmesi üzerine kurulmuştur. TDK Sözlüğündeki "ermiş" ve "keramet" sözcükleri, iddianın üzerinde durulmaya değer bir nitelik taşımadığını göstermektedir. Cumhuriyet döneminde, tarihin kayıtlarına göre, sözcüğe konu olabilecek nitelikte herhangi bir kişi çıkmamıştır; böyle

[74] "Kotku, iktidarın, Müslüman bir 'sivil toplum'un tesis edilip seferber edilmesiyle elde edileceğini savunmuştur" (MARDİN, s. 90).

[75] Sözlükte, bu sözcüğün kullanılmış biçimine örnek verilmiştir. "Babamın, mucize ve keramet kıssaları olarak bize anlattığı şeyler bu çeşit gülünç ve çocukça masallardı" (Yakup Kadri Karaosmanoğlu).

iddialarda bulunan dinci şarlatanlara sıkça rastlanmıştır. Yine, bu sözcüğe uygun olağanüstü bir duruma bilgi edinilmemiştir. Kerameti kendinden menkul uydurmalar fazlasıyla olmuştur[76].

Ayrıca, yazar, sözü edilen kişileri ve bağlı grupların faaliyetlerini, "görünmez kolej" olarak nitelemiştir. Çevirenin notunda görünmez kolej deyişi açıklanmıştır: "Invisible college: İngiltere'de, 17. yüzyılda, bilim adamlarının, Kilise'nin tepkisini çekmeden faaliyetlerini / ilişki ağlarını sürdürme biçimlerini tarif etmek için kullanılan tanım. Yazar bu tanımı, Türkiye'de din adamlarının devletin tepkisini çekmeden yürütmeye çalıştıkları faaliyetlere / ilişki ağına vurgu yapmak için kullanılmıştır"[77].

Notta sözü edilen bilim insanlarının Kilise'nin tepkisini çekmeden yaptıkları bilimsel çalışmalar, Aydınlanmayı meydana getiren ön çalışmaların bir parçasıdır. Akılcıdır, aklın üretimi bilimi, dini yobazlığın boğmasından kurtulmaya yöneliktir. Yazarın ifadesindeki faaliyet, Devletin tepkisini çekecek nitelikteyse, büyük olasılıkla Anayasa dışı bir hareket niteliğinde olmalıdır. Bu faaliyet böyle bir nitelikteyse, Devlet önlemini alacaktır. Bu devlet olmanın zorunlu bir gereğidir. Bu olasılıkta tartışılması gereken, sözü edilen derin İslami bilgili kişiler ve grupların (!), din ve vicdan özgürlüğü kapsamında faaliyet yerine, Devletin tepkisini çekecek derecede bir faaliyette bulunmalarıdır. Yazarının bu görüşünün yer aldığı yazının tarihi 2008 yılında, Devlet siyasal İslamcı bir parti iktidarı tarafından yönetilmektedir.

Ancak, kim ve hangi iktidar olursa olsun, Anayasayı ihlal ile kurucu iktidar olamazsa, İslam'ı kamusallaştıramaz, laik–demokratik düzeni, bir şekilde teokrasiye çeviremez. Hemen belirtelim ki, her devlet gibi Demokratik hukuk devleti de, kendisini koruma hak ve yetkisine sahiptir[78]. Dolayısıyla, bir Başbakan, Mardin'in ifadesindeki gibi davranmışsa, sadece yürütmenin başı olarak görevinin gereğini yerine getirmiştir, fazladan bir şey yapmadığı

[76] Günümüzde, bazı grupların dini örgünleşme dışında ticaret ve siyasete karışmalarına bağlı kirlenmeleri, bunların ve liderlerinin geçerli olmayan iddianın kapsamına bile girer nitelikte olamayacaklarını not etmekte yarar vardır.

[77] MARDİN, s. 59.

[78] Çünkü, iktidar için böyle bir eylem, Anayasanın verdiği gücün Anayasayı ortadan kaldırma amacıyla kullanılması cebir ve şiddettir ve salt bir kalkışma suçu olan Anayasayı ihlal suçunu oluşturur (TCK 309).

gibi, bir baskı altında İslam veya ne olduğu belirsiz İslami diriliş adına bir ödün de vermemiştir[79].

Yukarıda siyasal İslam veya İslami diriliş ile neyin ifade edilmek istendiğinin açıklıkla söylenmediği belirtilmiştir. Siyasal İslam veya İslami diriliş ile gelenekselcilerin, laik düzende İslam'ı yorumlama ve yaşamalarında kısıtlamalara mı uğradıkları veya İslam'ın kamusallaşmasını, yani dinin hukukta yer almasını mı istedikleri belli değildir. Bu iki durum, tamamıyla birbirine karşıttır. Bu nedenle, yukarıda her iki kavram da buna göre irdelenmiştir.

Bu bağlamda, bir yazara göre İslami diriliş ve bu bilinci taşıyan Müslümanlar yükselme dönemine girecekledir. Bu gelişme, "bugüne dek yeraltında tecrübe edilen İslam inancının kamusal alanda şekillenmesidir"[80]. Bu "bugüne dek yeraltında tecrübe edilen İslam inancının kamusal alanda şekillenmesidir" sözü, İslami dirilişin, hukuk / toplum düzeninin İslam'a göre kurulmasını, yani kamusallığını isteyen, laiklik ve demokrasi dışı bir hareket olmasının istendiğini ortaya koymaktadır.

Mardin, farklı yerlerdeki açıklamalarında, İslam'ın baskıyla önlenmeye çalışılan yükselmesinden, İslam'ın dirilişinden veya İslam inancının kamusal alanda şekillenmesinden veya Müslümanların seküler kamuoyu ile karşı karşıya gelmesinden söz etmektedir. Yazar, bu ifadeleri kullanırken, İslam'ı yorumlama ve yaşamalarında kısıtlamalara uğradıklarını ifade veya İslam'ın toplumda yaygın din olması olgusunu vurgulamaktan çok, İslam'ın kamusal değer olmayışının Müslümanlar için önemli sorunlar yarattığını ifade

[79] "Türkiye'de ilk bakışta dinin Türk kültürünün temel içeriği olduğunu, Erdoğan'ın da bu içeriğe anayasada çizilen seküler çerçeveye uygun bir form vermek zorunda kaldığını düşünmemek için bir sebep yok gibidir" (MARDİN, s. 92). İster siyasal İslamcı partiler ve genel başkanları veya İslami dirilişçiler veya diğer dini gruplar ve liderleri, demokratik hukuk devletinde İslam'a kamusallık veremezler. Mardin'in ifadesinden, bu siyasi yönetici, sonuçta, laik düzen nedeniyle iktidarında İslam'a ve içeriği açık verilmeyen İslami dirilişin yükselişini seküler forma sokmak zorunda kalmıştır sonucu çıkmaktadır. Yazar, bu siyasinin iktidarının başındaki tutum ve davranışını belirsiz bulmaktadır: "2005 yılı itibariyle, Erdoğan'ın Türkiye'de İslam'a nasıl bir rol biçtiği sorusunun cevabı hala belirsizdir. .. Demokrasiye atfettiği anlam da muğlak ve belirsizdir" (MARDİN, s. 94).

[80] Yazar, Sezai Karakoç'un eserlerinde güçlü ve ısrarlı biçimde "diriliş" düşüncesini işlediğini, İslam'ın "ma'şer'i şuur" (kolektif bilinç) aşamasında bu bilinci taşıyan Müslümanların yükselme evresine gireceklerini ileri sürdüğünü açıklamıştır (MARDİN, s. 100).

etmektedir. Çünkü, laik düzende din ve inanç, bireysel / toplumsal değerdir, kamusal bir değer değildir. Yazarın ifadesi, din ve inancın bireysel / toplumsal değer olarak haksız kısıtlanmasıyla değil, kamusal bir değer olmasının engellenmesiyle ilgilidir.

Osmanlı'da reformlarla başlayan devlet / hukuk düzenindeki dünyevileşme, Cumhuriyet'le laik toplum / devlet düzenine dönüşmüştür. Siyasal İslamcılar içindeki bir kesimin, Türkiye Devleti'nin kurulma sürecinden başlayarak, Cumhuriyet'te laikliğe karşı olmalarının, isyanlar ve kalkışmalarda bulunmalarının ve sonrada yeraltında bu faaliyetlerine devam etmelerinin temel nedeni, İslam'ın kamusallığını kaybetmesinden kaynaklanmaktadır. Bu kesim, görünüşte din ve inanç özgürlüğünün baskıyla kısıtlandığını ileri sürerek[81], temelde laik devlet / hukuk / toplum düzenine karşı olmuş ve ortadan kaldırılması için çalışmıştır.

Müslümanlar, Cumhuriyet'te seküler kamuoyu ile hangi alanlarda hangi konularda hangi nedenle karşı karşıya gelmişlerdir. Öncelikle, ülkedeki insanların din ve inançlarına bakılmalıdır. Ülkede azınlıklar ve İslam dışındaki diğer dinlerden ve her türlü inançtan olanlar, oransal olarak toplumun çok düşük bir kesimidir. Kalan kesim, toplumda yaygın İslam'a bağlıdır. İslam'a bağlı olanları; seküler ve teokratik düzene bağlı olanlar, Sünni, Alevi

[81] İslamcı kesim, Cumhuriyet'te çok partili yaşama geçmeden önceki dönemde, büyük çoğunluğu uydurma ve yalanla üretilmiş gerçek dışı olaylarla, insanların İslam'ı yaşamadığını iddia etmektedir. Cumhuriyet'in belirtilen döneminde camilerin ahır yapıldığı, bu iddialardan birisidir. İslamcı kesimin bir bölümü, Cumhuriyet'in ilk yıllarında, özellikle Kurtuluş Savaşı öncesi ve sırasında, Padişah ve Saray ile işgal kuvvetleriyle işbirliği yapmış, Kuvayı Milliye ve TBMM Hükümetine karşı dinci isyanlar ve ayaklanmalar çıkarmıştır. Bu kesimden birçok insan, Kurtuluş Savaşı'na katılmamış, askere alınanları savaştan kaçmış, asker kaçağı olmuştur. Belirtilen dönemde, Devletin, genç Cumhuriyeti korumak amacıyla, İslam'ı kendi anlayışlarına göre yorumlamak ve yaşamak isteyen, örneğin Nurcular gibi fiili dini gruplara baskıcı uygulamalarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu bir siyasi etki–tepki sorunudur. İslamcı kesim, yukarıda belirtilen yeni devleti ortadan kaldırmak isteyenleri de koruyarak, kendilerini özenle ve bilinçli olarak onlardan ayırmadan, Cumhuriyet'e ve değerlerine silahlı şiddetle ve şiddeti teşvik eden eylem ve propagandaları söylemeden, bunları görmezden gelerek, kendilerini sütten çıkmış ak kaşık gibi göstererek, Cumhuriyetin ilk dönemini baskıcılıkla suçlamışlardır. Bu yöntem, klasik ahlak dışı propaganda yöntemleridir. Bu kesimin İslam'ın kamusallığı istemlerini, din ve inanç özgürlüklerinin kısıtlanması iddialarının arkasına gizleyerek sürdürmeleri de, aynı sinsi ve ahlak dışı yöntemin uygulanmasıdır.

ve diğer mezheplerden olanlar, dindar, dinci, ibadetlerini tam veya gereği gibi yerine getirmeyenler gibi farklı şekillerde gruplaştırmak mümkündür.

İslam dinine bağlı olan kişiye, Müslüman denilmektedir. Yazarın seküler kamuoyu ile karşı karşıya kalan Müslümanlar sözüyle neyi amaçladığının belirlenmesi zorunludur. Bu ifade, seküler düzene bağlı insanları, Müslüman dediği ve kabul ettiği kişiler karşısında "ötekileştirmektedir". Seküler olup İslam'a bağlı büyük Sünni çoğunluk ve Alevi vardır; bu, açık bir sosyolojik olgu ve toplumsal gerçekliktir. Bu ötekileştirme, ister istemez, seküler insanları, Müslüman saymama / İslam'a bağlı olmama gibi nitelendiren bir anlam kazanmaktadır. Yazarın dili -amacı ne olursa olsun- sorunlu olmaktan öte tehlikelidir. Çünkü, seküler olup İslam'a bağlı olanı Müslüman görmemek, sonuçta, sadece teokrasiden yana olanları Müslüman görmektir[82].

Türkiye Cumhuriyeti'nde, İslam'ın yorumu ve yaşanmasında, İslam'ın kamusallığı dışında temel bir sorun bulunmamaktadır. Herkes, özellikle İslam'ın dirilişi, İslam'ın yükselişinin baskıyla önlenmesi veya İslam'ın melezleşmesi gibi kavramları türetip ileri sürenler, yani koyu Sünni anlayıştakiler, İslam'ı yaşam tarzlarını topluma baskı uygulayabilecek derecede yorumlamakta ve yaşamaktadırlar. Uygulama bunu göstermektedir. Bunun içindir ki, İslam'ın (dinin) bireysel–toplumsal olgu olarak yorumu ve yaşanmasında herhangi bir sorun ve kısıtlama söz konusu değildir.

Özellikle, son siyasal İslamcı iktidarın uzun iktidarında, din ve vicdan özgürlüğünün veya İslami yaşamanın kısıtlandığı iddialarının ciddiye alınır bir yönü bulunmamaktadır. Önceki iktidarlar döneminde, bu tür iddialarla toplantı ve gösterilerde bulunanların, örneğin Cuma namazı çıkışındaki gösterilerin, bu son iktidar döneminde bıçak gibi kesilmesi de, siyasal İslamcıların ve tüm Müslümanların İslam'ı herhangi bir kısıtlamaya uğramadan, özgürce yorumlayıp yaşadıklarının nesnel kanıtıdır.

[82] Yazarın kullandığı dille, İslamcı denilen kesim dışındaki İslam'a bağlı olanları Müslüman sayılmama durumuna düşürmesi, sosyolojik ve hukuki olarak geçersizdir. Ülkede İslam'a bağlı olanlar, İslamcı kesimden ibaret değildir. Aksine, İslamcı kesim, demografik olarak Müslümanlar içinde en az olan kesimdir. Toplumda Müslümanların büyük çoğunluğunu seküler düşüncede (Sünni, Alevi) olanlar oluşturmaktadır. Yazarın dili, İslamcı kesim dışında İslam'a bağlı olan insanları Müslüman saymayarak, (a) din ve inançta aynı hukuki durum ve konumdaki insanlar arasında ayrımcılık yapmakta, (b) İslamcı kesim dışındaki insanları Müslüman saymayarak aşağılamaktadır.

3. MARDİN'İN CUMHURİYET'İN ULEMAYI YÖNETİM DIŞI BIRAKMASINA VE NAKŞİBENDİLİĞE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ VE ELEŞTİRİSİ

• Mardin'in Cumhuriyet'in ulemayı yönetim dışı bırakmasına ilişkin görüşü

Mardin, seküler kalıp içinde İslam'ın yeri ile ilgili açıklamalarında, Kemalist seküler kültürün, İslam'ı kültürün içeriği olmaktan çıkarmaya çalışırken, yerine bir değerler sistemi getiremediği eleştirisinde bulunmuştur. Yazara göre, "Kemalist seküler kültür, sadece Batı'yı örnek alması gerektiğini söyleyen buyruklardan oluştuğu için Türk kültürünün taşıdığı bu birikimin içini boşaltmıştır. Kemalizm, yaygın olan İslami üslubun yerine koyabilecek hiçbir şey söylemedi, varolan mekan–zaman yapılanmasının ne kadar derinlere kök salmış olduğunu bilemedi; ve kitlelere sunabileceği, her gün olanın (quotidion) stratejilerini geliştiremedi"[83].

Yazara göre, "1930'lu ve 1940'lı yıllarda Kemalist ideologların daha fazla yerelleşme ve Türkçeleştirme yönündeki girişimlerinin amacı, göründüğü kadarıyla, modern Türkiye'nin Arapça'yla, daha doğrusu genel anlamda İslam kültürüyle sıkı bağlarını koparmak ve milli bir benlik yaratmaktı. Bu eğilimin hem edebiyatta hem de felsefe ve sosyal bilimlerin akademik söyleminde teşvik edilmesi, günümüzde bir tıkanmaya bu alanlarda Avrupa dillerinden devşirilmiş teknik terimlerin hakim olmasına neden olmuştur. 1950'de ezanın Arapça aslına rücu etmesi, Türkiye'de müminler nezdinde İslam adına kazanılmış bir zaferdi"[84].

"Modern Türk İslamı'nın ikinci boyutu, Atatürk'ün seküler reformlarının dini alanda yarattığı beklenmedik sonuçlarla ilgilidir. Bu çelişkili sonuçlara dikkat çekerken İslami canlanmanın, fikirlerini ortaya atacak bir ulemanın eksikliğinde gerçekleştiğinin altını çizelim. Ulemanın maaşlarının kesilmesinden bir süre sonra -ulemayı tedavülden kaldıran temiz tek bir darbe- bağlı bulundukları bakanlığın 1924'te kapatılmasıyla bu dini görevlilerin görevleri sonlandı. En alt kademedeki imamları ve Şeriye ve Evkaf Vekaleti'ne bağlı çalışanları saymazsak yetkili din adamlarının eksikliği İran'la Türkiye arasındaki önemli bir farktır. Monarşi zamanının İran'ında bile, ulema, gerek

[83] MARDİN, s. 161. Yazarın görüşlerinin, anlamının olumsuz etkilenmemesi amacıyla, olduğu verilmesi yöntemi yeğlenmiştir.

[84] MARDİN, s. 127.

toplumsal mevkilerinin halk nezdinde -hatta resmi- kabulü olsun, gerek eğitim kurumları olsun, gerekse de "cemaatçiler"inin katkıları olsun, kendi kurumsal desteklerini korumuştur. Türkiye'de kabul gören bir ulemanın eksikliği, sokaktaki adamın dini konularda beyanatlarda bulunmasına neden olmuştur. Bu durum aynı zamanda ilmi bilimlerle pek ilgilenmemiş olsa da dini bilgiye hakim olduğunu iddia eden adamları din alanına salmıştır"[85]

Yazar, bu görüşünün sonunda bir sonuca ulaşmıştır. "Eğer durum gerçekten anlattığım gibiyse, sekülerler, 1980 sonrasında arttığına şüphe olmayan, seküler ve dini güçler arasındaki gerilim hakkında hayıflanacaklarına bu gücü anlamaya çalışmaya -hatta bir ihtimal onunla yüzleşmeye- yönelik bir yöntem geliştirmeliler. İyimser bir bakış açısı, siyasi ve ekonomik alanların gittikçe ayrıştığı her yede dinin nüfuzunun dönüştüğüne dikkat çekecektir"[86].

• Cumhuriyet'in laik düzende ulemayı yönetim dışı bırakmasının sistemin zorunlu bir gereği olması ve Mardin'in görüşünün eleştirisi

Yukarıda değinildiği gibi, laik düzen (seküler form) akla dayalıdır, beşeri iradeye bağlıdır ve bu iradeyle oluşturulur; dinin kamusallığı söz konusu değildir. Cumhuriyet, bunun dışında İslam'ın yaşanmasına karışmamıştır; din ve vicdan özgürlüğünü hukuk dışı kısıtlayan uygulamalar varsa, bunlar hatalı ve düzeltilmesi gereken uygulamalardır. Diyanet İşleri Başkanlığı, İslami yaşama karışmak için değil, din hizmetlerinin yetkili görevlilerce yürütülmesi için kurulmuştur[87].

Demokratik hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde, kanun önünde eşitlik ve din ve vicdan özgürlüğü ilkeleri güvencesinde, düşünce ve felsefi inanç ile din ve inançta ve bunların örgütlenmesinde çoğulculuk kabul

[85] MARDİN, s. 162-163.

[86] MARDİN, s. 166.

[87] Diyanet İşleri Başkanlığı, din hizmetlerini meslek okulu imam hatiplerden sağlanacak görevli memurlar aracılığıyla yerine getirilmesi için kurulmuştur. Bu kurum, kuruluş amacı yönünden, hukuk tarihinde türünün tek örneğidir. Başkanlık, farklı nedenlerle tartışma konusudur. Başkanlığın kurulması, yapısı, faaliyetleri, kuruluş amacı dışına çıkması ve kaldırılması, etik-siyasi değerlendirmenin konusudur. Görüşümüz, Başkanlığın, taşra yapılanmasının, Aleviliği de içine alacak şekilde genişletilmesi, sünni anlayış tekelinin kırılması, özellikle Başkanlığın kuruluş amacı dışı, kamu düzenini bozan ve bir kısmı suç oluşturan eylem ve faaliyetlerine son verilerek, korunmasından yanadır. Başkanlık, anayasal kurumdur, aynı yolla kaldırılabilir, yerine, laik düzen içinde farklı yapılar getirilebilir.

edilmiştir. Devlet, bu düşünce ve inançlar arasında tarafsızdır ve çoğulculuğun güvencesidir. Bu güvence, Anayasayla sağlanmıştır. İnsanlar ve gruplar, şiddet içermedikçe ve şiddeti teşvik etmedikçe, laik düzene karşı ifade ve örgütlenme hakkına sahiptir.

Mardin'in, Kemalist seküler kültürün, Türk kültürünün içini boşalttığı düşüncesi, Cumhuriyet'in felsefesi, devrimleri, Anadolu Aydınlanması denilen politikalarının etki ve sonuçlarını dışlayan ve tartışmaya açık bir iddiadır. Laik düzenin çoğulculuğunda, her türlü farklı düşünce ve inanç hukuken eş değerlidir. Tanzimat Reformlarıyla birlikte Cumhuriyette de bu coğrafyadaki insanlar, -kimisi çok kimisi çok az sayılarla- farklı derecelerde düşünce ve inanç sahibi olmuştur. Atatürk ve İnönü döneminde, iktidarın kültür politikası bellidir ve uygulanmıştır. İktidarlar, politikalarını belirler ve uygularlar, bu bir politik seçim sorunudur. Her iktidar ve politikaları etiksiyasidir, değerlendirilir, olumlu veya olumsuz bulunabilir. Siyasal İslamcı partilerde kendi politikalarını uygulamıştır.

Bu bağlamda, çoğulculuk ilkesi gereğince, İslam'ın Türk kültürünün tek ve asal değeri olabilmesi mümkün değildir. Kültür, insan davranışlardır. Hukuk, bir kültürdür[88]. Atatürk ve İnönü döneminde kültür politikası, Batı ile ifade edilen Aydınlanma ile oluşan kültürdür. Bu dönemde, İslami kültür toplumda devam etmektedir. Laik düzene geçişin zorunlu sonucu olarak, İslam'ın kamusallığı ve uygulanması engellenmiştir.

Mardin'in düşüncesinin tartışılması gereken önemli kısmı, ulemanın maaşlarının kesilmesinden sonra, 13.04.1924 tarih 403 sayılı Kanunla Şeriye ve Evkaf Vekaleti'nin kapatılmasıyla bu kişilerin görevlerine son verilmesi ve sonucudur. Yazar, ulemanın eksikliğinin İran'la Türkiye arasında önemli bir fark olduğu, bunun sonucunda dinin yorumunun, ilim yoksunu olanlarla Diyanet İşleri Başkanlığının alt düzey görevlilerine kaldığı düşüncesindedir. Bu durumun, iki ülke arasındaki önemli fark nedeni olduğu doğru ve geçerlidir. Çünkü, İran'da ulema denilen kişiler, Cumhuriyet'in aksine, teokratik devletin gereği olarak, monarşide hukuk düzeni içinde yetki ve görev sahibidir[89].

---

[88] HAFIZOĞULLARI, Zeki: Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni, ABD Yıl 54 1997/3 s. 5.

[89] Bu konuda Poorbagher'in yüksek lisans tezinden yararlanılmıştır. Bu tezin, "1906 Meşrutiyet Döneminden 1977 İslam Devrimine Kadar Egemenlik Ve Muhalefet" başlıklı kısmındaki açıklamalar, ulemanın bu dönemde toplum ve hukuktaki yeri

Bir kez daha yinelersek, Türkiye Devleti kuruluşunda akli / laik devlettir. Cumhuriyet öncesinde Şeriye Vekaleti, Kurtuluş Savaşı koşullarında ve yeni devletin kuruluşu aşamasında taktiksel zorunluluk olarak yer almıştır. Bu Vekaletin, egemenliğin kaynağının beşeri iradeye (Türk Milletine) bağlı

ile ilgilidir. 1906 Meşrutiyet döneminde, "ahlak ve dinsel öğeler egemenlik ve siyasal iktidar açısından anayasada yasal konuma oturtuldu. Dolayısıyla tek yapılı bir egemenlik anlayışı iki yapılı geleneksel / tanrısal modern egemenlik anlayışına dönüştürüldü. Siyasal iktidar da bu çerçevede yapılandı. Yeni egemenliğin sahibinin ulus olması hedeflenirken Tanrı ve ulus ortaklığı şeklinde sonuçlandı" (POORBAGHER, Gholamreza. İran'da 1979 Devrimi'nden Sonra Egemenlik Ve Siyasal İktidar, Ankara 2007, s. 40 www.docs.neu.eu.tr erişim 20.20.2020). Bu ikili yapı, 1906 meşruti hukuk düzeninde, saltanat (egemenlik), şura meclisi (parlamento) organlarına yer verilmiştir. "Nitekim meşrutiyet anayasasının mütemmimin (tamamlayıcısı) 35. maddesinde hakimiyet ilahi bir emanettir, yani millet tarafından padişaha verilmiştir" (Poorbagher, s. 41).

Şura Meclisi, tüm konularda yasa yapmaya yetkili olmakla birlikte, yasama yetkisi, (a) meclisin dışındaki üst düzey ulemadan seçilen beş kişi tarafından yasanın şeriata uygunluğunun denetimine, (b) padişahın onayına bağlıdır. Bu yasa denetleme işini de, "meclisin dışındaki üst düzey ulemadan seçilen beş kişi tarafından yapılması Fazlullah Nuri tarafından verilen öneriyle anayasanın mütemmimin ikinci maddesinde yer aldı. Bu dönemde din ve ulema kendi konumlarını yasallaştırarak siyasal sürece girdiler ve her zaman modern egemenlik anlayışının (ulusal egemenlik anlayışı) karşısında yer aldılar. Siyasal iktidarı dinsel ve metafizik etmenlerden ayırmak ve laik bir temele oturtmak çabalarıyla başlayan modern egemenlik anlayışına dayalı meşrutiyet devrimine dinsel öğeler de eklenmiş oldu. Böylelikle meclisi yetkisine sınırlamalar getirilerek işlevsiz hale dönüştürüldü" (Poorbagher, s. 41-42).

Rıza Şah, iktidarı döneminde (1925-1941), modernleşme programını uygulamaya koyarak, ulemanın gücünü ve etkisini sınırlamıştır. "İdeolojik, siyasal, toplumsal, kültürel açılardan Rıza Şah ulemaya ve sahip oldukları ayrıcalıklara saldırdı. Dolayısıyla ulema, eğitim ve yargı sistemlerindeki gücünü ve meclisteki sandalyelerini kaybetti. Sonuçta ulema bu uygulamalardan rahatsız oldu" (Poorbagher, s. 41). Son olarak, Muhammed Rıza Şah, iktidarı döneminde (1941-1979), dönemin koşulları içinde ulema ile işbirliğine girmiştir. Bu işbirliği, iki taraf içinde çıkar ortaklığına neden olmuştur. "Burada dikkat edilmesi gereken birkaç nokta var. Şah ulemanın otoritesini kabul edip, dini konularda kesinlikle ulemaya tabi olacaktır. Buna karşılık ulemada yönetim işleri bakımından kralın özerkliğini kabul edecektir. Onun işlerine karışmayacaktır. Kısacası meşrutiyet anayasasında öngörülen güç dengesi ve güç ilişkileri normale döndü" (Poorbagher, s. 54).

Sonuç olarak, İran'da monarşide ulema, Meşrutiyet Anayasasında, yasama organının çıkaracağı kanunun şeri hükümlerine uygunluğunu denetleyen ve sağlayan bir organa sahiptir. Yine ulema, din alanının dışında eğitimde, yargıda ve siyasetin içindedir. Ancak, bunlar bir yana, 1979 Devrimi'nden önce İran'daki hukuki yapı, temelde İslam'a bağlıdır ve egemenliğin kaynağı ilahi iradedir.

olmasını engelleyici[90] ve İran'daki meşrutiyet anayasasında olduğu gibi bir işleve, yani ulemadan oluşan bir organın denetimine bağlı olması kesinlikle söz konusu değildir[91].

Yukarıdaki açıklamaların ışığında, ulemanın, Türkiye Devletinde 1921 Anayasası (07.02.1921) ile 403 sayılı Kanun (04.03.1924) arasındaki dönemde, TBMM'nin yasama faaliyetinde herhangi bir yetkisi söz konusu değildir. Kanunların yapılması, Şeriye komisyonu dahil TBMM üyelerine aittir. Mardin'in bu durumu bir eksiklik olarak görmesi, kişisel düşüncesidir. Ancak, bu düşünce sonuçta, Türkiye Devleti'nin yasama faaliyetinde teokratik devlet görevli ve uygulayıcısı ulemaya yer verilerek, kayıtsız şartsız Türk Milletinin, yani beşeri iradeye bağlı olan egemenliğe, ilahi iradenin ortak edilmesinin istenmesidir.

Yazarın düşüncesinin varacağı sonuç ise, Cumhuriyet öncesinde Türkiye Devleti'nde, Tanzimat'la başlayan ikili egemenlik yapısı (din devletinde sekülerleşme) ile İran'ın meşruti monarşi anayasasındaki ikili egemenlik yapısının istenmesidir. Mardin, yukarıdaki görüşünde, böyle bir sonucu, -ister arzulasın, ister arzulamasın- Türkiye Devleti'ni ve sonrasında Cumhuriyetin toplum / hukuk düzeninin, tek başına laik düzen olmasını istemeyen bir sonuca ulaşmaktadır.

Unutulmamalıdır ki, Mustafa Kemal'in kurucusu olduğu laik Devlet, dünyada Müslümanların kurduğu tek ve bir başka örneği olmayan laik–demokratik devlettir. Bu, Mustafa Kemal'i dünyada eşsiz kılan bir niteliği ve özelliğidir[92]. Emperyalistler ile siyasal İslamcıların karşı olmalarının temel nedeni de budur.

---

[90] "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Yönetim tarzı halkın kendi yazgılarını doğrudan doğruya ve fiilen kendisinin yönetmesi esasına dayanır" (1921 Anayasası m. 1) omeronaran.com/hukuk/1921 ANAYASASI.pdf erişim 20.04.2020).

[91] "Şer'i hükümlerin yerine getirilmesi, genel kanunların konması, değiştirilmesi, yürürlükten kaldırılması ve antlaşma ve barış yapılması ve yurt savunması ilanı gibi ana hukuku koyma yetkisi Büyük Millet Meclisine aittir. Kanunların ve nizamnamelerin düzenlenmesinde halkın yaşayışına ve çağın gereklerine en uygun fıkıh ve hukuk ile usul ve işlemler temel alınır. Vekiller Heyetinin görev ve sorumlulukları özel bir kanunla belirlenir" (1921 Anayasası m. 7) omeronaran.com/hukuk/1921 ANAYASASI.pdf erişim 20.04.2020).

[92] "Bu nedenle, Mustafa Kemal bir reformist değildir. O, insanlık tarihinde, toplumunu teokratik toplumdan laik topluma dönüştürme şerefini taşıyan tek insandır" (ACAR,

• Mardin'in Nakşibendiliğin sosyal güç olduğu düşüncesi ve bununla ilgili örnekleri

Yazar, İslam ve modernlik bağlamında, Türk İslam'ını "Türk istisnacılığı" olarak nitelemiştir. Konuyla ilgili anlatımını üç sosyal güce dayandırmıştır. Bunlar, (a) Osmanlı ve Türk devlet memurlarının söylemi, (b) Müceddidi–Halidi Nakşibendi tarikatının yükselişi, (c) İslam'ı Avrupalı mantığıyla yorumlamaya çalışan Osmanlı ve Türk aydınlarının sesidir[93]. Mevlana Halidi anlayışının, Kürtçe konuşulan bölgelerde, bugün de varlığını koruyan medrese ağlarında devam ettiğine değinilmiştir[94]. "Taşradaki Nakşibendi şebekeleri Cumhuriyet döneminde yeraltına çekilmekle birlikte ortadan kaybolmamışlardır"[95].

Nakşibendiler, Cumhuriyet döneminde de faaliyetlerine devam etmişlerdir. Bu kapsamda, bir dönem seküler olan bir şair, sonradan İslam'ın saflarına katılmış, Batılı moderniteye karşı İslam'ı ve Doğu medeniyetlerini savunan Büyük Doğu dergisini yayınlamıştır[96]. Yazara göre bu çalışmalarda, Batılı

Bülent Hayri: Laik–Demokratik Devlet Düzeni ve Büyük Orta Doğu Projesi'nin Hukuki Çıkmazı, Ankara 2006, s. 90).

[93] MARDİN, s. 175.

[94] MARDİN, s. 84.

[95] MARDİN, s. 77.

[96] Necip Fazıl Kısakürek, "Gençliğe Hitabe" adlı şiirinde, Mustafa Kemal'in "Gençliğe Hitabe"sine karşı olmak üzere, kendi gençlik düşünce ve tasarımını aktarmış, Tanzimat Reformları ve Cumhuriyet Devrimleriyle tamamlanan laik toplum / devlet düzenini karşısına almış, akli düzene ve değerlerine karşı İslam'ın yorumu ve İslami devlet düzeninin yasama geçirilmesini istemiştir. Laik–demokratik düzenlerde, şiddet taşımadıkça veya teşvik etmedikçe, her düşünce ileri sürülebilir. Şairin şiiri, belirtilen konu bütünlüğü içinde devletin laik düzenine karşı İslami düzenin almasına ilişkin ifadeler (teokrasi söylemi) de taşımaktadır.
Necip Fazıl, şiirin başlarında, Osmanlı ve Cumhuriyet dönemlerinin toplumsal / siyasal süreçlerini kendi bakışından özetlemiş, gençlik tasarımını ve bu gençlikten Devletin toplum / hukuk yapısının İslami esaslara göre oluşturulmasını istemiştir: "Dininin, dilinin, beyninin, ilminin, ırzının, evinin, kininin, öcünün davacısı bir gençlik… / Halka değil hakka inanan, meclisinin duvarında 'hakimiyet hakkındır' düsturuna hasret çeken, gerçek adaleti bu inanışta ve halis hürriyeti hakka kölelikte bulan bir gençlik…" (www.antolji.com>genclige-hitabe-siiri, erişim 25.04.2020).
Şiirin bütünlüğünde bu ifadeler, laik düzen yerine teokratik düzenin gelmesinin istenmesidir ve düşüncenin açıklanması özgürlüğü sınırları içindedir. Hemen belirtelim ki, Necip Fazıl, laik düzende bu düzenin yerine teokratik (İslami) düzenin alması

moderniteye ve laik devlete karşı İslam'ın ve Doğu medeniyetlerinin kültürel bir geleneğin savunulması olan bir İslami söylem geliştirilmiştir[97].

---

düşüncesini bu üslup ve biçimiyle açıklayabilirse de, özlediği / istediği / ideal bulduğu teokratik İslami düzende bu düzen karşıtı bir düşünceyi kesinlikle açıklayamaz.
Necip Fazıl, "Kökü ezelde ve dalı ebedde bir sistemin aşkına, vecdine, diyalektiğine, estetiğine, irfanına, idrakine sahip bir gençlik" "ortada ne kadar hastalık varsa tedavisinin ve ne kadar cennet hayali varsa hakikatinin İslam'da olduğunu gösterecek ve bu tavırla yurduna İslam alemine ve bütün insanlığa numunelik teşkil edecek bir gençlik" istemektedir. Necip Fazıl'ın bu isteğini gerçekleştirecek gençlik ise, 'Dininin, dilinin, beyninin, ilminin, ırzının, evinin, kininin, öcünün davacısı bir gençlik'tir.
Necip Fazıl'ın bu gençliği, "İslam alemine ve bütün insanlığa numunelik teşkil edecek" "Kökü ezelde ve dalı ebedde bir sistemin aşkına, vecdine, diyalektiğine, estetiğine, irfanına, idrakine sahip bir gençlik" ise, bunun ne İslam'la ne de insanlıkla bağdaşır bir yanı olamaz. Muhafazakarlar ve İslamcıların, Necip Fazıl'ın bu gençlik tasarımına şiddetle karşı çıkmak yerine, görmezden gelmeleri veya açıktan sahip çıkmaları, insanlık ve evrensel değerler açısından sorunlu ve kınanması gereken bir durumdur. İnsanlığa ve genel insani değerlere aykırı kin ve öç sahibi bir gençlik tasarımının, barış ve güzellik dini İslam'da da yeri olmamak gerekir.
Bir görüşe göre, Mustafa Kemal'in Gençliğe Hitabesi genelinde siyasi odaklı, dost-düşman zıtlığı üzerine iken, Necip Fazıl'ın şiirinde İslami gaye amaçlı dini motifli bir söylem bulunmaktadır. (AYDOĞDU, Yusuf: Necip Fazıl Kısakürek'te Gençliğe Bakış Ve İdeal Gençlik Tasarımı, e-Şarkiyat Dergisi Aralık 2018 Cilt 10 Sayı 4 (22), s. 1624 www.static.dergipark.org.tr erişim 25.04.2020). Yukarıda belirtildiği üzere, Necip Fazıl, İslami dini devlet / toplum ve ahlak düzeni isterken, bunu bir kinin, bir öcün gençliği tarafından gerçekleştirilmesini istemektedir. Bu söylem, insani olmadığı gibi İslami değerlerden de uzaktır. Mustafa Kemal'in Hitabesinde böyle insani değerlerden yoksun bir gençlik tasarımı ve söylemi bulunmamaktadır.

[97] Necip Fazıl Kısakürek, "Gençliğe Hitabe" adlı şiirinde, yukarıda belirtildiği üzere, laik toplum / hukuk düzeninin yerine, İslam'ın tüm yönleriyle tam olarak geçmesini isterken, İslam'a ve ahlakına bağlı nasıl bir gençlik ve toplum istediğini ve diğer yazılarında bunun davacısı olduğunu açıklamıştır. Necip Fazıl, Başbakan Menderes'e yazdığı mektuplarla örtülü ödenekten kendisine yardım edilmesini istemiştir. Bu mektuplarda, iktidarın yayınlanmasını istediği derginin çıkarılması, hükümet ve rejimlerin servetlerini, yani devletin parasını harcayacağı iş ve faaliyetlerde bulunulması ve iktidara muhalif dergilere ve muhalif basına karşı yayında bulunmak amacıyla, örtülü ödenekten para istendiği açıklanmıştır.
Necip Fazıl, büyük bir davanın öncüsü ve davacısı olduğunu söylemekte ve muhafazakar ve İslamcı çevrelerce öyle kabul edilmektedir. Necip Fazıl'ın davası, bir mektubundaki deyişiyle, "Benim yaptığımı yapanlara hükümetler ve rejimler servetlerini ve nimetlerini yağdırır" önemde bir davadır.
Okuyucunun takdirine esas olmak üzere, önce Necip Fazıl'ın basın haber yazısında yer alan mektuplarına, sonra onun Yassıada mahkemelerindeki konuyla ilgili açıklamasına yer verilecektir.

Nakşibendiliğin son liderlerinden birisi, teknolojiye, İslami yayınlara,

Basın haber yazısında ye alan mektuplar: "1960 ihtilalinden sonra asılarak idam edilen Başbakan Adnan Menderes ile Başbakanlık Müsteşarı Ahmet Salih Korur'un Yassıada'da yargılanmasına neden olan yazar ve sanatçılara örtülü ödenekten verilen paralarla ilgili belgelere Habertürk ulaştı. Örtülü ödeneğin nereye harcandığına dair belge tutma zorunluluğu olmamasına rağmen Menderes, tüm harcamaları Müsteşar Korur'dan kayıt altına almasını istemiş, şahsi harcamaları da kendi banka hesabından karşılanmasını emretmişti.

21 Ocak 1954 .. "Muhterem efendim" diye başlayan mektupta Emniyet Genel Müdürü'ne kovuşturmalarla ilgili gerekli talimatın verilmesini, huzura kabul edilmesini ve kendisine yardım yapılmasını talep ediyor.

26 Aralık 1956 .. "Müsteşar Bey'den 2500 lira ve 'Mecmuanı çıkar da görelim ve sana yardım edelim' cevabı aldım. İlk defa bir itimatsızlık sezer gibiyim. Ben parayı alır da mecmuayı mı çıkarmam veya çıkarırım da uygunsuz bir istikamet mi tutarım? Ben ki her şeyi uğrunuza riske etmiş, her defa mükemmel eseri vermiş ve bu kadar tecrübe ve çileden geçmiş bir adamım, şahsım, kalbim ve kalemim her türlü teminatın üzerindedir. .. Benim yaptığımı yapanlara hükümetler ve rejimler servetlerini ve nimetlerini yağdırır. Bütün bunlara karşı 15 bin lira zarar çarpıtılmış ve daha nice kasıt ve sabotaja karşı yalnız bırakılmış olarak sürünmekteyim. Haftalardır Ankara'nın bu hücra ve münzevi otelinde cinnet buhranları içinde çırpınmaktayım. Bütün istediğim zarara birkaç bin lira zamla 20 bin lira temininden ibarettir. Bunca muvaffakiyetten sonra uğratıldığım bu hal ve düştüğüm şeref kırıklığı hayatıma mal olabilir. (…) Artık Necip hakkında olmak mı olmamak mı kararı sizi de üzüntüden kurtaracak şekilde verilmeli ve bu iş bitirilmelidir. Ben kararlıyım ve her şeye razıyım.

14 ocak 1958 .. Ben hastayım. Şekerliyim. Ayrıca çıldırmak üzereyim. Bütün hastane halime acıyor. Bu vaziyette emrin uzaması benim ölüme ve cinnete terk edilmem demektir. Başıma bir hal gelecek olursa Allah'a, Türk Milletine ve "Allah bir" diyenlere karşı nasıl hesap verecektir. Kadiri mutlak üzerine yemin ederim ki yalan söylemiyorum, mübelağa etmiyorum, rol oynamıyorum, edebiyat yapmıyorum.

14 Haziran 1958 .. Reklam ve sair ihtiyaçlarım için 10 bin lira lütfedilirse .. ayda 6 bin lira tahsis olunursa .. Akis, Kim, Form gibi mecmuacıklarla bütün muhalefet matbuatını saf fikirle çürütücü, muazzam bir içtimai ve edebi, ideoloji, bina edici kaalara ve yüreklere nüfuz edici bir mecmua kuracağıma emin olunabilir. Bu da olmazsa tam altı aydır bir yardım görmeyen beni vazife günüme kadar her ay muayyen ve mukarrer bir mikyas altında kurmaktan ve gözyaşları içinde yalnız ibadet ve mücerret eserler kaleme almaya terk etmekten başka iş kalmaz" (www.haberturk.com/kultur-sanat/haber/808111-necip-fazildan-menderese-yalvaran-mektuplar, erişim 29.04.2020).

Bir haber yazısında, Necip Fazıl'ın Yassıada yargılamalarında örtülü ödenekten aldığı ve mektuplarında belirttiği paralarla ilgili olarak, kendisinin bir kitabındaki açıklamasına yer verilmiştir. Bu açıklamanın doğruluk derecesinin, Yassıada mahkeme tutanaklarıyla karşılaştırılması ve denetlenmesi gerekli olmakla birlikte, haber yazısı ve açıklama aşağıya alınmıştır.

ticaret ve siyasete önem vermiş, sonradan kapatılan ilk siyasal İslamcı

"Yer Yassıada Mahkeme Salonu. Kitabın yazarı Necip Fazıl Kısakürek. Kitabın adı "Benim Gözümden Menderes". Sabırla okuyunuz lütfen. Ve söz Necip Fazıl Kısakürek'in; Beni Yassıada'ya şahitliğe çağırdılar. (…)–Sual: Örtülü ödenek vaziyetine ne dersiniz?–Evet aldım. Alırken de bir rejim ve hükümet meddahlığı vazifesini üzerime almadım. Ben, Tanzimat'tan beri sökün edici oluşların köksüz olduğunu, hiçbir zaman Doğu ve Batı arası bir nefs muhasebesine yanaşılmadığını ve mahsup sırrına varılmadığını, her kıymetin ruh ve kökeninde, yani İslamda bulunduğunu ve aklımızı Batıdan devşirirken, ruhumuzu Doğuda tutmamız gerektiği üzerinde bütün bir dünya görüşü ve ideal savunucusuyum. İşte Adnan Beyde, Tanzimat'tan bu yana gelmiş sadrazamlar ve başvekiller arasında bu davayı tutmaya müstaid biricik insanı buldum ve yardımını davamın hakkı olarak kabul ettim. Bütün aldıklarımı, mücadelesini ettiğim yolda harcadım. Ve sade harcamakla kalmayıp evimdeki eski koltuk ve halılara kadar da bu uğurda satmaya mecbur oldum. Zira Adnan Beyin "bir kere başla da sonu gelir" diye ettiği bu yardım, Demokrat Parti iktidarının menfi kutbu tarafından engellenince, kendisine bir ev yaptırılmaya başlanıp, birinci katı çıkmadan yarı üstü bırakılan biçare gibi elimdekini avucumdakini sarfetmeğe, üstelik müthiş bir borç altına girmeğe mahkum odum. Yani örtülü ödenekten bana verilen paralar, şahsıma bir şey getirmek yerine, benim bütün imkanlarımı yedi, bitirdi ve neyim varsa götürdü. Böylece Adnan Menderes, örtülü ödeneğiyle beni kullanmış değil, asıl ben onu idealim uğrunda kullanmaya teşebbüs etmiş, fakat iradesiz ve sebatsız karakteri yüzünden muvaffak olamamış bulunmaktayım. Benim bir dava uğrunda bir nevi vergi hakkiyle alabildiğim, reklam parasına bile yetmez, gülünç meblağlara karşılık, kendisinden milyonlar devşirip şimdi gözünü oymaya bakan, Büyük Doğu'yu örtülü ödenek beslemesi olmakla suçlayan ve hesap vermeğe davet edilmeyen bazı gazetelerin hali, masumluk ve ulviliğimizin ters tarafından mükemmel bir ifadesidir" (www.timeturk.com.tr/2013/01/03/necip-fazil-üzerinden-ne-yapimak-isteniyor.html, erişim 29.04.2020).

Sonuç olarak, Necip Fazıl, mektuplarındaki açık ifadesiyle, örtülü ödeneği, yani Devletin parasını, iktidarın yayınlanmasını istediği dergiyi çıkarmak ve iktidara muhalif dergilere ve muhalif basına karşı yayında bulunmak amacıyla istemiş ve almıştır. Bu nedenle, haber yazısında verilen kitabındaki sonradan Yassıada yargılamasında söylediğini ileri sürdüğü "Evet aldım. Alırken de bir rejim ve hükümet meddahlığı vazifesini üzerime almadım" şeklindeki sözlerinin bir inandırıcılığı, ahlaki bir değeri ve geçerliliği bulunmamaktadır.

Diğer yandan, Necip Fazıl, mektuplarında "Muhterem efendim" "Ben ki her şeyi uğrunuza riske etmiş .. adamım" "Bütün istediğim zarara birkaç bin lira zamla 20 bin lira temininden ibarettir" "Reklam ve sair ihtiyaçlarım için 10 bin lira lütfedilirse .. ayda 6 bin lira tahsis olunursa" diyerek para istediği Adnan Menderes'e, "Böylece Adnan Menderes, örtülü ödeneğiyle beni kullanmış değil, asıl ben onu idealim uğrunda kullanmaya teşebbüs etmiş, fakat iradesiz ve sebatsız karakteri yüzünden muvaffak olamamış bulunmaktayım" diyebilmiştir.

Necip Fazıl, bizzat mektuplarında iktidar adına muhalefet aleyhine yazmak için aldığını söylediği örtülü ödeneği, yani Devletin parasını, kendi ifadesiyle "davasının

partilerin kurulmasında ve desteklenmesinde önemli rol üstlenmiştir[98]. Bu halkanın son bir örneği olarak, iktidardaki siyasal İslamcı partinin liderinden, "İslamcıların dışsal zorunluluklar karşısında benimsedikleri geçici uyarlanma stratejilerinin son temsilcisi" olarak söz edilmiştir[99].

Mardin, Nakşibendi liderlerinin cemaatçi ve ön siyasi denilebilecek ilk tutumlarında, siyasal İslamcı partilerin dinsel politika ve söylemlerini toplumda yaygınlaştırmalarını başarılı bulduklarını açıklamıştır. Ancak, bu partiler, parlamenter sistemden kaynaklı baskılar sonucunda, dinsel söylemdeki başarılarını yasalaştırmada gösterememişlerdir. Yazar, siyasal İslamcı partilerin dini söylemlerini yasalarla hayata geçirmemelerinin, Nakşibendilerin, bu partilere karşı tutumlarında değişikliğe neden olduğu düşüncesindedir[100].

Mardin, "Geç Dönem Nakşibendiler" başlığı altında, İslam uyanışının dünyadaki son temsilcilerinden olan Seyyid Kutup ve Said Havva'nın düşüncelerinden farklı bir Nakşibendilik sürecinin başladığına değinmiştir. Buna göre, Nakşibendilik, son dini liderinin etrafında -bir kısmı sonradan önemli devlet yönetici ve görevlerinde bulunacak olan- üniversiteli gençlerin toplanmasıyla birlikte, sivil alanda, bürokrasi ve siyasette etkili olmaya başlamıştır. "Modernleşmenin ve Batı gücünün esasını temsil eden teknoloji bu güçten derinden etkilenmişti". "Kotku, 20. yüzyılın başından beri Said Nursi yoluyla ekonomik, politik ve kültürel sorunlara duyulan ilgiyi geliştirmişti". Bu dini lider, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan ilk siyasal İslamcı partilerin kuruluşuna yardım etmiş, desteklemiş ve en önemlisi bu

---

hakkı olarak kabul etmiş" ve "Bir dava uğrunda bir nevi vergi hakkı" olarak aldığını söylemiştir.

Tüm bunların, savunduğunu ileri sürdüğü İslam'ın temel ilkelerinden yetim hakkı ve kul hakkı yememekle ilgili <"İsra Suresi: 34 "Yetimin malına, rüşdüne erişinceye kadar, ancak en güzel niyetle yaklaşın. Verdiğiniz sözü de yerine getirin. Çünkü verilen söz, sorumluluğu gerektirir" "Nisa Suresi: 36 "Haksızlıkla yetimlerin mallarını yiyenler şüphesiz karınlarına ancak ateş tıkınmış olurlar; zaten onlar alevlenmiş ateşe gireceklerdir" "Nisa Suresi: 2 "Yetimlere mallarını verin, temizi pis olanla değişmeyin, onların mallarını kendi mallarınıza katarak (kendi malınız gibi) yemeyin; çünkü bu, büyük bir günahtır" "Bakara Suresi: 188 "Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin. İnsanların mallarından bir kısmını bile bile günaha girerek yemek için onları hakime (rüşvet olarak) vermeyin" > emirlere uygunluğunu, okuyucunun görüş ve takdirine bırakıyoruz.

[98] MARDİN, s. 83.

[99] MARDİN, s. 91.

[100] MARDİN, s. 86.

partilerin faaliyetlerini denetlemiştir. Yazar, bu partilerin denetlenme usul ve nedenlerine girmemiştir[101].

• Mardin'in Nakşibendiliğin sosyal güç olduğu düşüncesi ve bununla ilgili örnekleri ve düşüncesinin değerlendirilmesi

Yazarın Nakşibendilikle ilgili düşüncesi, sosyal güç olarak ifadeden öteye geçmemekte, olgusal veya siyasi-etik değerlendirmeye gidilmemektedir. Bir dini anlayış ve örgünleşme olarak Nakşibendilik, kanunen yasaklı tarikat örgütlenmesi dışında, laik düzende din ve vicdan özgürlüğüne bağlı dini fiili yapılanma olarak yer alma hakkına sahiptir. Dolayısıyla, Nakşibendilik, bu özgürlüğün sınırları içinde, özgürlüğü yok etme özgürlüğü yasağı dışına çıkmamak suretiyle, her türlü faaliyette bulunabilir[102].

Nakşibendilik, İslam'ı yorumlayan dini gruplardan birisidir. Her dini anlayış gibi, Nakşibendilik de İslam'ı kendi anlayışına göre yorumlayabilir, mensupları İslam'ı bu yoruma göre yaşayabilir. Yazar, Nakşibendiliği, Türk İslamı'nı anlatımında üç sosyal güçten biri olarak nitelemiştir. Nakşibendiliğin, genelde Türk İslamı'nda, özelde Cumhuriyet'teki yeri, etki ve sonuçlarına değinilmemiş, konu öylece bırakılmıştır. Buna karşılık, Cumhuriyet'teki faaliyetleri, yukarıda verilen örnekler üzerinden açıklanmıştır.

Konumuzla ilgili olan durum, Nakşibendilik ve faaliyetlerinin, laik toplum / devlet düzenini şiddet veya şiddeti teşvikle tamamen veya kısmen teokrasiye çevirme amacında olup olmadığıdır. Diğer bir söylemle, Nakşibendiliğin faaliyetleri, din ve vicdan özgürlüğünün en geniş biçimde yaşanmasına yönelik meşru faaliyetler midir veya meşruluk görüntüsü altında teokrasi amacıyla topluma sokulmaya çalışılan Truva Atı mıdır? Bu konuda net bir görüş açıklayabilecek verilere sahip değiliz.

Yazarın Nakşibendilikle ilgili diğer örnekleri ise, teknolojiye yeni bakış, İslami yayınlar, siyasette etkinleşme, laik düzende din ve vicdan özgürlüğünün çeşitli biçimleriyle kullanılmasıdır. Teokraside, laik düzendeki biçimi ve

---

[101] MARDİN, s. 193-194.

[102] Çağatay, Nakşibendi mensuplarının, 1925 Şubat'ında Şeyh Sait isyanına (s.26), 25/28.11.1925'te şapka devrimine karşı Rize, Of ve Giresun olaylarına (s.28-29), 22.12.1930'da Menemen olayına (s. 31-34), 01.02.1933'te Bursa'da Arapça ezan olayına (s.34), 1935 Aralık'ta Siirt'te şeyh Halit ve oğlunun tertiplerine, 1936 Ocak'taki İskilip olayına karıştıklarını açıklamıştır (ÇAĞATAY).

sınırlarında, yaygın din dışındaki din ve inançların tam bir özgürlük içinde yorumu ve yaşaması hakkı söz konusu değildir.

Nakşibendiliğin son dini liderlerinden birisi, ticaret ve siyasette etkinleşmeyi teşvik etmiştir[103]. Bu teşvik de, dini siyasete alet etmemek koşuluyla olağandır. Kişi veya gruplar, ticaret yapabilir, bu bir anayasal haktır. Önemli olan ticaret yapılırken, haksız yol ve yöntemlerle, kamu kaynaklarına el atmamaktır. Çok güzel bir halk söyleyişiyle, yetim hakkı ve kul hakkı yemedikçe, hiçbir sorun yoktur. Aynı durum ve sonuç, siyaset için de geçerlidir.

Sözü edilen dini liderin teşvik ve desteğindeki siyasal İslamcı partiler, Anayasa Mahkemesi tarafından laik düzen yerine teokrasi getirmek amaçlı faaliyetlerinden dolayı kapatılmıştır[104]. Anayasa Mahkemesi, son iktidardaki

[103] "Kotku, 20. yüzyılın başından beri Said Nursi yoluyla ekonomik, politik ve kültürel sorunlara ilgiyi geliştirmişti. Müritlerini aynı yolda cesaretlendirdi. Bugün, Türkiye'de ilk önemli "İslami" parti olan Milli Nizam Partisi'nin ve Milli Selamet Partisi'nin Kotku'nun yardımı ve desteği sayesinde kurulduğunu; ayrıca bu partilerin faaliyetlerini denetlediğini de biliyoruz" (MARDİN, s. 193). Demokratik hukuk devletinde, bir siyasi partinin, üyeleri ve organları dışında, dini bir liderin önerilerini ve düşüncelerini değerlendirmesi başkadır, dini lider tarafından denetlenmesi başkadır. Bu, demokrasilerde kabul edilebilir bir uygulama değildir.

[104] Türkiye'de siyasal İslamcı partiler, özgürce kurulmuş ve faaliyet göstermişlerdir. Bu partilerin ilkleri, laik devlet düzenini ortadan kaldırmaya kalkışma gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'nce kapatılmışlardır. Kapatma kararları, dönemin yasalarına uygundur.

Mardin, ucu açık bir açıklamayla, örtülü olarak, Devletin siyasal İslamcı partilere baskıda bulunduğunu ileri sürmüştür. Sorun, devletin siyasal İslamcı partilere neden baskı yaptığının belirlenmesidir. Bu baskı, bu partilerin, İslam'ı kamusallaştırmak, yani teokrasiyi getirmek istemeleriyle mi ilgilidir? İleri sürülen baskı, siyasal İslamcıların ve partilerinin, demokratik usullerle iktidar olmalarına mı ilişkindir?

İleri sürülen baskının niteliği ve içeriği açıklanmayarak yapılan açıklama, tek yanlı bir iddia niteliğindedir. Gerçekten, siyasal İslamcı partilerin, laik–demokratik düzeni bozma, değiştirme, ortadan kaldırma veya -kısmen de olsa- teokrasiyi yaşama geçirme, yani dini kamusallaştırma ayrıcalıkları bulunmamaktadır. Demokratik düzen, bu partilere siyasal faaliyet, muhalefet olma ve iktidara gelme olanağı tanımış, engellememiştir.

En önemlisi, Anayasayla, kuvvetler ayrılığı sistemin temel bir ilkesi olarak getirilmiştir. Siyasal İslamcı parti, sistemden kaynaklı hukuk dışı baskıyla karşılaşmışsa, derhal yargıya başvurmalıdır. Demokratik hukuk devletinde, hiçbir kişi veya grubun suç işleme özgürlüğü yoktur. Demokratik devlet, suçlular devleti değildir. Siyasal parti, demokratik usullerle iktidar mücadelesi yapar ve her türlü engelle hukuki yollarla mücadele eder ve baskılara boyun eğmez. Bu, kefen edebiyatı yapan geleneksel

siyasal İslamcı partinin "laikliğe aykırı eylemlerin odağı olduğu" tespit hükmünde bulunmuştur. Bu, dünya demokrasi tarihinde, Nazizm ve Faşizmle biten demokratik iktidarların sonrasındaki bir örnektir.

Yazarın, "İslamcıların dışsal zorunluluklar karşısında benimsedikleri geçici uyarlanma stratejileri"[105] ifadesi kapalıdır. Nakşibendiliğin gerçek ve son amacının, demokratik usuller yerine, şiddet veya şiddeti teşvik ve meşru olmayan yollardan laik düzenin kısmen veya tamamen teokratikleştirilmesi olup olmadığı konusunda kesin bir söz söylemek doğru görünmemektedir. Bir görüşte belirtildiği üzere, hukuk, son tahlilde deneye dayalı ise, Anayasa Mahkemesi tarafından anılan dini liderin desteğindeki üç siyasal İslamcı partinin kapatılması, bu dini liderin ve çevresinin bu konuda iyi bir sınav vermediğini gösterir[106].

Son olarak, Mardin, Mevlana Halidi anlayışının, Kürtçe konuşulan bölgelerde, bugün de varlığını koruyan medrese ağlarında devam ettiğini, Türkiye Hizbullahı'nın üyelerinin devşirilmesi için elverişli ortam yarattığını açıklamıştır[107]. Bu terör örgütünün, insanları domuz bağı ile öldürüp betonlaması, kendine özgü bir şiddet uygulamasıdır. Açıklamadan Halidi anlayışın, düşünce ve faaliyetlerinde veya amaçlarının gerçekleştirilmesinde şiddeti, yöntem olarak benimseyip benimsemediği tam olarak anlaşılmamaktadır.

Günümüzde temel evrensel ölçüt, insanlık ve değerleridir. Nakşibendilik, yazarın ifadesinde olduğu gibi, dinci bir terör örgütüne düşünsel kaynak oluşturabiliyorsa, laik devlet düzeni, demokrasi ve insan hakları için sorgulanmalı veya nedenlerine eğilinmelidir. Ayrıca, yaygın Halidi medreselerdeki eğitimin niteliği, içeriği ve hedeflerinin, insanlığın bugünkü temel değerleriyle ilgi ve ilişkisi açıklanmalı ve irdelenmelidir. Mardin'in bu olguyu yorumlamaması önemli bir eksikliktir ve açıklamayı tartışmalı duruma getirmektedir.

(muhafazakar) kesim için önceliklidir. Bir yandan yargıya başvurmayacak, sistemi çalıştırmayacaksın, hukuk dışı baskılara boyun eğeceksin, sonra da işin kolayına kaçıp mağdur edebiyatıyla siyasal prim elde etmeye çalışacaksın ki; bu, tipik siyasal ikiyüzlülüktür. Dolayısıyla, iddia, bu eksikliğiyle özürlüdür.

[105] MARDİN, s. 91.

[106] HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, İkinci Baskı, Ankara 1996, s. 371.

[107] MARDİN, s. 84.

• Mardin'in Nakşibendiliğin yıldızı olarak nitelediği Nursi ile ilgili düşünce ve açıklaması

Mardin, Nakşibendiliğin yıldızı olarak nitelediği Said Nursi[108] hakkında görüşünü açıklamış, onu ve düşüncesini değerlendirmiştir. Bu açıklamada, Nursi'nin Tanzimat Reformlarının sarstığı İslam'ın sosyal düzendeki yaşamı ve yorumunu canlandırmak istediği, toplumsal huzurun kurulması ve aile uyumunun sağlanması için aile ve cemaati toplumun temeli olarak gördüğü ve bunların gerçekleştirilmesine çalıştığı belirtilmiştir.

"Said Nursi, 1910–1922 yılları arasında İstanbul'da entelektüel hayatın önemli bir unsuru olan İslamiyet üzerine tartışmalarda öne çıkmayı başarır; Batılı düşünürlerin İslam'la ilgili değerlendirmelerine cevap verdikleri için bu konuda idmanlı olan Osmanlı entelektüelleriyle karşı karşıya olduğu düşünülürse, bu durum çarpıcıdır. Fakat Nursi'nin asıl başarısı, sekülerleşme yıllarında etrafına geniş bir mürit çevresi toplayabilmesidir. 1920'lerin başlarında Kemalizmin sadık bir destekçisidir. Ancak, Meclis'teki bir konuşmasında, Anadolu'daki Yunan işgaline karşı seferberliğin başarısını "takdir-i ilahi" olarak nitelendirdiği için Cumhuriyet rejimi otoritelerini kızdırır. Bundan sonra Batı Anadolu'ya sürülür ve ömrünün kalan yıllarını burada geçirir. Bu dönemde, yazıları aracılığıyla mürit toplamaya devam eder"[109].

Yazar, Nursi'nin İslam toplumunu ihya etme vaadi aracılığıyla etki alanını genişlettiğini, ancak, bunun genel bir değerlendirme olup, mesajının içeriğinin ne olduğunu cevapsız bıraktığını ve onunla ilgili önemli konulara değineceğini belirtmiştir.

"İlki, Said Nursi'nin bildik bir İslami söylem tarzını yineleyen, göndermelerle ve simgelerle yüklü, çözülmesi güç, batıni üslubudur. Bu üslup özelliği önceliklidir, ama mesajın içeriği de önemlidir. Bu bir umut mesajıdır. İslam'da reformun adını anmaksızın, Osmanlı Müslümanlarının hayat tarzındaki İslam'ı canlandırmayı vaaz eder. Böylece, İslam'ın hakiki unsurlarını, bunları tartışmalı hale getirmeden ele alır"[110]. Nursi, İslam'da önemli bir yeri olan "hevesat-ı nefasiye" terbiyesi ile, toplumun huzuru ve aile uyumunun sağlanması bağlamında, aile ve cemaati toplumun temeli olarak görmektedir. Yazara göre, bu düşünce, sosyal bağların tanımı için kullanılan sosyolojik

[108] MARDİN, s. 84.

[109] MARDİN, s. 85.

[110] MARDİN, s. 85-86.

bir yaklaşımdır. "Son olarak, Nursi'nin mesajı daha derinlemesine okunduğunda, müritlerine modern dünya içerisinde İslami bir benliği inşa etmenin araçlarını sunduğu görülmektedir"[111].

Yazar, 1930'larda Cumhuriyet'in geri ve miskin Müslüman imajının, Nursi'nin İslam'ı halk için dini–ahlaki bir evrenin ayrıntılı çerçevesini hazırlayan mesajının etkisinin artmasına neden olabileceği düşüncesindedir. 1950-1960'larda basının etkisiyle bu görüşler geniş bir çevreye ulaşmıştır. "Böylece, seçkinler ve halk arasındaki mesafenin, zamanla ve yeni bir medya "söylemiyle" sonunda başarılı olarak kapandığı iddia olunabilir"[112].

Nursi'nin Cumhuriyet ve değerleri, Devletin egemenliğinin Türk Milletine ait olması, yani ilahi iradeye / vahiysel gerçekliğe bağlı olmaması, insan iradesi ve akılla oluşturulması, İslam'ın kamusallığı ve sosyal düzende dinin yeri konularına ilişkin görüş ve düşünceleri ise verilmemiştir. Nursi, muhafazakar ve İslamcı kesimin önem verdiği bir isimdir. Nursi'nin seküler form ve bu form içinde İslam'ın yeri ile belirtilen konulara ilişkin görüşlerinin belirlenmesi ve bunlarla birlikte yazarın belirttiği düşüncelerinin topluca değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, Nursi'nin siyaseti ve görüşlerinin önemli kısmı laik devlet / toplum düzenine karşı olmak üzerinedir. Yazarın açıklaması, bu yönüyle eksik bulunmuştur. Konu bütünlüğü içinde Nursi'nin görüşleri irdelenecektir.

• Mardin'in Nursi'yle ilgili açıklaması ile Nursi'nin toplum / hukuk / devlet düzeniyle ilgili görüşleri

Nursi, yaşamını, düşünce anlayışına göre, Eski Said (1876–1920), Yeni Said (1920–1950) ve Üçüncü Said (1950–1960) olarak ayırmaktadır[113].

Nursi, Meşrutiyet'in İslam'a uygun olup olmadığı tartışmalarında, Meşrutiyet'ten yana olmuştur[114]. Ona göre, Meşrutiyet ve 1876 Anayasası, hakiki adalet ve İslam'ın öngördüğü danışma usulüdür. Dünyevi

[111] MARDİN, s. 85-86.

[112] MARDİN, s. 192.

[113] Köprü Sayı 146 Bahar 2009.

[114] Nursi'nin düşünce ve görüşlerini, onun görüş, düşünce ve yaşayışını benimseyenlerin görüşlerine ilişkin yayınlardan belirlemeye çalışacağız. Kişisel değerlendirme, bu yayınlardaki düşüncelere göre yapılacaktır. Bu yöntem, İslamcı kesimin görüşlerini kaynağından almak için yeğlenmiştir.

saadetin Meşrutiyet'te olması nedeniyle korunması gerektiğini; çünkü, Padişahın baskısından en çok zarar çekenlerin İslamcılar olduğunu belirtmiştir. Meşrutiyeti, Batılılaşma ve sekülerleşme olarak değil, şeriat olarak değerlendirmiştir[115].

Nursi, genel çizgileriyle, toplum / devlet düzenini, İslam'a bağlı, yani teokratik toplum / hukuk / devlet düzeni olarak görmüş, bu görüşünü üç Said döneminde de sürdürmüştür. Onun, devletle ilgili açık ve kapsamlı görüşleri olmadığı belirtilmekle birlikte[116], suskun kaldığı ve eserlerine kendini verdiği Yeni Said döneminde örtülü olarak bu düzenin özlemini çekmiş[117] ve özellikle Üçüncü Said döneminde açık olarak bu düzenden ve toplum yaşamından yana olmuştur. Bu dönemde, Kore'ye asker göndermesini desteklemesi, İslamcılar yönünden farklı davranış olarak dikkat çekicidir[118].

---

[115] "Zira meşrutiyetin İslam'a uygun olup olmadığı tartışmaları bağlamında Bediüzzaman görüşünü şöyle ifade etmiştir: Meşrutiyet ve kanun-u esasi işittiğimiz mesele ise, hakiki adalet ve meşveret-i şer'iyeden ibarettir; hüsn-ü telakki ediniz. Muhafazasına çalışınız. Zira dünyevi saadetimiz Meşrutiyettedir. Ve istibdattan herkesten ziyade biz zarardideyiz. Asıl, Şeriatın meslek-i hakikisi, hakikat-ı Meşrutiyet-i meşruadır. Demek Meşrutiyeti, delail-i şer'iye ile kabul ettim. Başka Medeniyetçiler gibi taklidi ve hilaf-ı şeriat telakki etmedim. Ve Şeriatı rüşvet vermedim" "Divan-ı Harb-i Örfi s.21-22) (BÜTÜNAY, Murat: Üstad'ın ve İnsan Haklarının Işığında Fert–Devlet İlişkilerinde Adaletin Tesisi, 01.01.2011 www.sorularlarisale.com, erişim 08.05.2020).

[116] Köprü Sayı 146 Bahar 2009.

[117] Nursi, "Demokrat Parti ile oluşan hürriyet havasını "iman hizmetinin gelişmesi açısından olumlu karşılayarak, siyasetten kaçınma prensibini çiğneyerek bazı faaliyetlerde bulunur". "Şartların gerektirdiği ölçüde siyaset yaptığı şeklindeki görüş akıldan pek de uzak görünmemektedir. "İslamcılık" düşüncesinin hala ümit vaat ettiği dönemlerde siyasette aktif olan Said Nursi'nin, Cumhuriyet döneminde ve özellikle tek parti iktidarı döneminde "tecdid-i İman" şeklinde daha teolojik ve felsefi alana kaymasının onun siyaset sahnesindeki "İslamcılık" düşüncesinin yenildiği döneme rastlaması bu yorumu güçlendirmektedir" "Said Nursi'nin kendi beyanları ve bu yorumları sentezleyecek olursak, Nursi'nin Cumhuriyet Sonrası aktif siyasetin doğurduğu "fena neticelerden ürkerek" "tecdid-i İman" ve "tavandan tabana" değil, "tabandan tavana" yeni bir İslami toplum hayaliyle sosyo-politik ve siyasi söylemleri terk edip siyaseti bıraktığını da düşünebiliriz" (AKDAĞ, Sait: Said Nursi Ve Siyasi Düşünceleri, İstanbul 2009, Yüksek Lisans Tezi, s. 29, 57, 57-58).-

[118] "Kore'ye asker göndermeye birçok dindar ve din adamının "Gavurların emrinde, başka bir gavurla harb edilmez. Bu harpte ölen şehid değildir" gibi sözlerle karşı çıkmalarına rağmen, Said Nursi, "inkar-ı uluhiyete karşı Kore'ye gitmek lazım, Sana vereceğim bir takım Risale-i Nur Külliyatını Japon başkumandanına götür. Selamımı

Nursi, İstanbul'da Anadolu'daki Milli Mücadeleden yana olması nedeniyle, Birinci Meclis tarafından Ankara'ya çağrılmış, Meclis'te bir konuşma yapmıştır. Nursi, bu konuşmasında, yazarın dediği gibi Yunanlılara karşı başarıları "takdiri ilahi" olarak nitelenmiştir. Bu sırada, Mustafa Kemal'le Meclis'te bir görüşme yapmıştır. Kaydı bulunmadığı belirtilen görüşmede, Nursi'nin Mustafa Kemal'e, Türkiye Devleti ve yeni toplum / hukuk düzeninin Kuran'a dayalı yani teokrasi olması gerektiğini söylediği ileri sürülmektedir[119]. Bir süre Ankara'da kalmış ve ayrılmıştır[120].

Nursi, Türkiye Devleti'nde egemenliğin kayıtsız şartsız millette olmasına karşı çıkmış, "gayet müthiş bir zındıka fikri içine girmek ve bozmak ve zehirlendirmek için dessasane çalıştığını gördüm. Eyvah! Dedim, bu ejderha imanın erkanına ilişecek"[121] sözleriyle, yeni devleti kuranların ve akli / laik düzen yanlılarının dinsizlik ve inançsızlık içinde olduklarını ileri sürmüştür. Hukukun insan aklıyla kurulması hakkındaki sözleri, teokratik devlet düşüncesini net şekilde ortaya koymaktadır: "On üç asır evvel Şeriat-i Garra teessüs ettiğinden, ahkamda Avrupa'ya dilencilik etmek, din-i İslama büyük bir cinayettir ve şimale karşı namaz kılmak gibidir"[122] "Hükümet-i İslamiye ile bu memleketin selametine çalışan ehl-i siyasetin mezkur hakikatı nazara alması lazımdır. Yoksa .. Fransız ihtilal-i kebirinin tohumlarının bu mübarek memleket-i İslamiyeye ekilmesine yol vermektir diye telaş edilebilir"[123].

---

söyle" diyerek asker gönderilmesine taraftar olup bir talebesini de savaşa gönderir" (AKDAĞ, s. 29).

[119] "İnkılap özellikle Kur'an'ın temel hükümlerine uygun olmalıydı: "Bir gün riyaset odasında, M. Kemal Paşa ile iki saat kadar konuştular. İslam ve Türk düşmanlarının arasında nam kazanmak emeliyle, şerair-i İslamiyeyi tahrib etmenin, bu millet ve alem-i İslam hakkında büyük zarar tevlit edeceğini; eğer bir inkılab yapmak icab ediyorsa, doğrudan doğruya İslamiyet'e müteveccihan Kur'an'ın kudsi kanun-u esasisi noktasından yapmak lazım geldiği mealinde ihtarlarda bulunur" (Tarihçe-i Hayat s. 130) (Köprü Sayı 146 Bahar 2009).

[120] TBMM'deki faaliyetleri için bkz. AKDAĞ, s. 118-122.

[121] "Bin üç yüz otuz sekizde Ankara'ya gittim. İslam ordusunun Yunan'a galebesinden neş'e olan ehl-i imanın kuvvetli efkarı içinde, gayet müthiş bir zındıka fikri içine girmek ve bozmak ve zehirlendirmek için dessasane çalıştığını gördüm. Eyvah! Dedim, bu ejderha imanın erkanına ilişecek" (Mektubat s. 314) Köprü Sayı 146 Bahar 2009.

[122] Hutbe-i Şamiye s. 93, Köprü Sayı 146 Bahar 2009 m.7.

[123] Emirdağ Laihikası, s. 320–Köprü Sayı 146 Bahar 2009.

Nursi, Yeni Said döneminde soruşturmalar geçirmiştir. 1920–1926 arasında teokratik devlet düşüncesi nedeniyle hakkında adli soruşturma bulunmamaktadır. 1926 yılı başında Seyh Sait isyanı nedeniyle yapılan soruşturmada serbest bırakılır. Mayıs 1935'te tutuklanmış, on bir ay hapis cezası ile Kastamonu'da zorunlu ikamete bağlı tutulmuştur. Nursi, 1943'te bir ay gözaltında kalır. Yargılamada, bilirkişi kurulu, Risalelerde siyasi bir faaliyet ve hedef olmadığı, Kuran tefsiri olduğu yönünde görüş bildirir ve 16.06.1943'te beraat eder. Son iki soruşturmada, tarikat kurmak, siyasi bir cemiyet oluşturmak, inkılaplara muhalefet etmek, dini duyguları istismar etmek suçlaması yapılır[124]. Nursi'nin Yeni Said dönemindeki açıklamaları, dönemin güçlü iktidarı karşısında, teokratik devlet mücadelesinde taktiksel bir geri çekilme olarak değerlendirilebilir[125].

Mardin'in belirttiği üzere, Nursi, Asrı Saadeti örnek alan ideal bir İslam yaşamı ve yorumunda bir toplumda insanın en iyi şekilde yerini alacağı düşüncesindedir. Bir görüşte, onun kanun uygulaması dışında, Allah'a imanıyla bağlı insanın başkasının baskı ve zorbalığı ile mutlak egemenliğine boyun eğmeyeceğini ve Allah'a inancından gelen merhamet duygusuyla başkasının hak ve özgürlüğünü çiğnemeyeceğini savunduğu açıklanmıştır[126]. Bu bağlamda, Nursi'ye göre, kişinin hakkı rızası dışında, toplumun

[124] Bkz. www.risalehaber.com, bediuzzamanin-mahkemeleri-18068yy.htm erişim 08.05.2020).

[125] "Salisen: Bundan on iki sene evvel Ankara reisleri, İngilizlere karşı 'hutuvat-ı Sitte' namındaki mücehedatımı takdir edip beni oraya istediler. Gittim. Gidişatları, benim ihtiyarlık hissiyatıma uygun gelmedi. 'Bizimle çalış' dediler. Dedim: "Yeni Said öteki dünyaya çalışmak istiyor, sizinle çalışamaz; fakat size de ilişmez". Ever ilişmedim ve ilişenlere de iştirak etmedim. Çünki: Ananat-ı milliye-i İslamiye lehinde istimal edilebilir bir deha-yı askeriyi, an'ane aleyhine çevirmeye maateessüf bir vesile oldu. Evet; ben, Anakara reislerinde, hususan reisicumhurda bir deha hissetim ve dedim: "Bu dehayı kuşkulandırmakla an'anat aleyhine çevirmek caiz değildir'. Onun için ne kadar elimden gelmişse dünyalarından çekindim, karışmadım. On üç seneden beri siyasetten çekildim; hatta bu yirmi bayramdır, bir–ikisinden başka, umumlarında, bu gurbette, kendi odamda yalnız mahpus gibi geçirdim; ta ki siyasete bulaşmam tevehhüm etmesin" (Tarihçe-i Hayat, s. 195) Köprü Sayı 146 Bahar 2009.

[126] "Acaba insanı yaratıcısıyla bağlayan ve Allah'a kulluğa dayanan bir hürriyet anlayışı bireyi nasıl özgürleştirmektedir. Bediüzzaman bu konuyu şöyle açıklar: "Nasıl hürriyet imanın hassasıdır? Zira, rabıta-i iman ile Sultan-ı Kainata hizmetkar olan adam, başkasına tezellül ile tenezzül etmeye ve başkasının tahakküm ve istibdadı altına girmeye o adamın izzet ve şehamet-i imaniyesi bırakmadığı gibi; başkasının hürriyet ve hukukuna tecavüz etmeyi dahi, o adamın şefkat-i imaniyesi bırakmaz".

ve kamunun yararı için sınırlanamaz; çünkü, Allah'ın takdirinde hak haktır, küçüğü büyüğü bulunmamaktadır, haklar eş değerlidir[127].

Bir görüşte, Nursi'nin laik düzende dinin yeri ile ilgili olarak din hizmetlerinin cemaatler üzerinden yürütülmesini ve devletin, tarafsızlığı gereğince dindarlara karışmamasını, onların önünü açmasını ve desteklemesini istediği belirtilmiştir[128]. Bu görüş, yazarın konuya ilişkin düşüncesiyle örtüşmektedir. Bu görüşte, Üçüncü Said döneminde Demokrat Parti'yi din lehine faaliyette bulunmaya teşvik ettiği ve bazı isteklerde bulunduğu ve takip ettiği açıklanmıştır. Bu kapsamda Nursi, sekülerleştirme uygulamalarından vazgeçilmesini istemiş, ancak, dini hukukun getirilmesi teklifinde bulunmamıştır[129].

Yukarıdaki görüşte, dikkat çekici ve üzerinde durulması gereken bir açıklama yapılmıştır. "Bediüzzaman, iman takviye edilip ahlaki zaaf bitirilmedikçe, yani halkın yüzde altmış yetmişi tam dindar hale gelmedikçe

---

Bir başka ifadeyle, "Hürriyet budur ki: kanun-u adalet ve tedipten başka, hiç kimse kimseye tahakküm etmesin. Herkesin hukuku, mahfuz kalsın, herkes harekat-ı meşruasından şahane serbest olsun" sözleriyle insanın iman bağı ile Allah'tan aldığı cesaretle, başkasının tahakküm ve istibdadı altına girmeyeceğine, Allah'a inancından gelen merhamet duygusunun etkisiyle başkasının hürriyet ve hukukuna da tecavüz etmeyeceğine işaret etmektedir" (BÜTÜNAY, www.sorularlarisale.com, erişim 08.05.2020).

[127] "Bediüzzaman "adalet-i mahza" ve "adalet-i izafiye" kavramlarını açıklayarak adalet-i mahza kabil-i tatbik ise, adalet-i izafiyeye gidilmez diyerek adalet-i mahzanın uygulanmasını tercih etmekte dolayısıyla ferdin zulme uğramasının engellenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mektubat'ta "Adalet-i mahza, adalet-i izafiye meselesi şöyle izah edilmektedir: "Adalet-i mahza ile adalet-i izafiyenin izahı şudur ki, .. ayetin mana-i işaresiyle, bir masumun hakkı, bütün halk için dahi iptal edilmez. Bir fert dahi, umumun selameti için feda edilmez. Cenab-ı Hakk'ın nazar-ı merhametinde hak haktır, küçüğüne büyüğüne bakılmaz. Küçük, büyük için feda edilmez. Bir cemaatin selameti için, bir ferdin rızası bulunmadan hayatı ve hakkı feda edilmez. Hamiyet namına, rızasıyla olsa, o başka meseledir" (verilen ayet: Maun Suresi, 5:32 "Kim bir cana kıymamış veya yeryüzünde fesat karıştırmamış birisini öldürürse, insanları öldürmüş gibidir") "Adalet-i mahza-i Kuraniye; bir masumun hayatını ve kanını, hatta umum beşer için de olsa, heder etmez. İkisi nazar-ı adalette de birdir" (Mektubat s. 474), (BÜTÜNAY, www.sorularlarisale.com, erişim 08.05.2020).

[128] "Eğer laik cumhuriyet soruyorsanız; ben biliyorum ki, laik manası, bitaraf kalmak, yani hürriyet-i vicdan düsturiyle dinsizlere ve sefaletçilere ilişmediği gibi, dindarlara ve takvacılara da ilişmez bir Hükümet telakki eder" (Şualar, s. 318) Köprü Sayı 146 Bahar 2009.

[129] Köprü Sayı 146 Bahar 2009 m.8.

hukuk düzenine ve kanunlara ilişkin tartışmaların zamanının gelmemiş olacağını beyan etmiştir. Diğer deyişle Hazret-i Peygamber'in önce bireyi ihya ve sonra toplumu bilinçlendirme ve ondan sonra devleti inşa biçiminde basamaklandırdığı tedricilik kaidesine ve sünnetine de uymuştur"[130].

Yukarıda belirtildiği üzere, insanlık tarihi ve akışı içinde çağımızda geçerli toplum / devlet düzeninin, akli (laik, seküler)–demokratik düzenler olduğu kabul edilmektedir. Nursi'nin bu konuda özgün bir görüşü yoktur; o, laik düzen yerine İslami devlet düzeninin geçmesi, İslam'ın kamusallaştırılması gerektiği düşüncesindedir. Dolayısıyla, yukarıda siyasal İslamcılarla ilgili düşünce ve eleştirilerimiz, Nursi'nin düşünceleri için de geçerlidir.

Nursi İslami düzen olarak, ideal bir İslami devlet / toplum düzeni ve bu düzenin insanını anlamaktadır. Bunun için, önce insanın imanının yükseltilmesi gerektiğini, bu yolla ahlaki zayıflığın giderilerek toplumun tam dindarlaştırılması gerektiğini, devletin laiklik gereği bu konuda tarafsız olmasını, dindarların önünün açılması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, Nursi, İslam'a aykırı ve dinle bağdaştırılamayacak nitelikteki yorum ve görüşleri olduğu gerekçesiyle, sert eleştirilere de uğramıştır[131].

---

[130] Köprü Sayı 146 Bahar 2009 m.8.

[131] Diyanet İşleri Başkanlığı'nın "Nurculuk Hakkında" isimli yayını ile diğer bir eleştiri eserinde, Nursi'nin İslam'a uygun düşmediği belirtilen düşünce, tutum ve davranışları açıklanmıştır. Bkz. bir haber yazısında Diyanet İşleri'nin adı geçen yayınındaki dokuz saptama açıklanmıştır (www.yenisafak.com.tr/arsiv/2000/ekim/14/dizi.html). Ayrıca, bu yayına bir kitapta tam olarak yer verilmiştir (BEYAZ, Zekeriya: Said Nursi Ve Nurculuk).

Diğer eleştiri için bkz. YUSUF, İbrahim: Risale-i Nur'un Eleştirisi -Kapsamlı Özet Eleştiri-, www.suleymaniyevakfı.org.tr/e-kitaplar/risale-i-nur-elestirisi.pdf). Yusuf, eserin Önsöz'ünde çalışmasında Abdullah Tekhafızoğlu'nun "Nur Risalelerine Eleştirel Bir Yaklaşım / Risale-i Nur'un İçyüzü, www.suleymaniyevakfı.org" eserinin temel alınıp özetlendiğini açıklamıştır.

Önsöz'e göre, "S. Nursi muktedir bir alimdir ve elbette tenkit ettiğimiz konular haricinde Risale-i Nur'da istifade edilecek bir takım bilgiler mevcuttur. Peygamber olmayan hiçbir beşere, diğer insanlara yazıp ulaştırması için bir kitap yazdırılması mümkün olmadığından bizim amacımız; bu eserde mevcut olan Kuran ve sünnete aykırı yaklaşımlara örnekler verilerek; S. Nursi'nin insanüstü bir şahsiyet, Risale-i Nur'un ise Allah tarafından yazdırılmış bir eser olarak sunulması çabalarının yanlışlığını ortaya koymaktır. / Bu çalışmamızda kimi konularla alakalı bazı tutum ve davranışların İslam itikadı ile bağdaşmadığına dair değerlendirmeler, Said-i Nursi'nin de ifade ettiği gibi, kişileri kafir ve müşriklikle suçlamak biçiminde algılanmamalıdır: ".. Bu kaide-i umumi (genel kaide) beyanı (izahı) lazım gelir. / Mesela, şeriat bir vasfla (özellik

Üçüncü Said'in Demokrat Parti'den sekülerleşme uygulamalarından vazgeçilmesini istemesi, -yukarıdaki görüş geçerliyse- toplumun üçte ikisinin tam dindar, yani İslami devletten yana, yani İslam'ın kamusallığını savunanlar olmasından sonra hukuk düzeninin tartışılması gerektiği düşüncesi, laikliğin tarafsızlığının bu amaca ulaşana kadar bir araç olarak kullanılmak istendiğinin örtülü ifadesi gibi durmaktadır[132].

Çok partili döneme geçişten sonra, sağ görüşlü ve siyasal İslamcı partilerin demokrasi aktörü olarak gördükleri Menderes iktidarında, laik–demokratik düzene karşılık, Nursi'nin bu iktidardan istekleri, açıklamaları[133] ve belirtilen görüşteki yaklaşımı, belirttiğimiz izlenimi doğrular niteliktedir.

Son olarak, Nursi'ye yönelik eleştirilere değinilecektir. Bir düşünceye göre Nursi, İslamcılık altında Kürt milliyetçiliği ve Atatürk düşmanlığı yapmış, eserlerinde Peygamberi taklit etmeye kalkmış, gaipten sesler duyma gibi doğaüstü iddialarda bulunmuş ve ne dediği bilinmeyen anlamsız eserler

---

nedeniyle), ya bir söz dese ki bu küfürdür, mümin işi olamaz. / Murad ve manası: O hal imandan gelmez, sıfatda kafiredir (küfürdür), / o sözde bir kafirdir, o zat onunla küfür etti, demektir. / Mutlak o zat kafirdir denilmez /.." (lemaet, 98-1000, lem'alar, 299-300) (YUSUF, s. 5).

[132] "Ayrıca ahirzaman hadislerinden aldığı işaretle Süfyanın devlet ve ordu içindeki iktidarının geçici olduğunu, toplumun ve dolayısıyla devletin ana rengi değiştirmeye muvaffak olamayacağını müjdelemektedir: "Hem şanlı ve kahraman bir millet, mağlubiyeti hengamında, böyle istidraclı ve şanlı ve hali'li ve muvaffakiyetli ve kurnaz bir kumandanı bulunduğundan gizli ve dehşetli olan mahiyetine bakmayarak kahramanlık damarıyla onu alkışlar ve dindar milletin ruhundaki nur-u iman ve Kuran ışığıyla hakikat-i hali göreceği ve o kumandanın çok dehşetli tahribatını tamire çalışacağı rivayetlerden anlaşılır" (Şualar, s. 318). "Hem en acibi budur ki; başka mahkemenin müddeiumumisi benden sordu: "Mahrem Beşinci Şua'da demişsin; (Ordu, dizginini o dehşetli adamın elinden kurtaracak). Muradın, orduyu hükümete karşı itaatsizliğe sevk etmektir). Ben de dedim: "maksadım; o kumandan ya ölecek veya tebdil edilecek, ordu onun tahakkümünden kurtulacak demektir" (Tarihçe-i Hayat, s. 354) (Köprü Sayı 146 Bahar 2009).

[133] "Ehl-i İslamiyet ve hamiyet-i diniye ve kuvvet-i imaniye cihetiyle değil dini siyasete alet yapmak, belki de siyaseti dine alet ve tabi' yapmakla; ta İslamiyetin kuvvet-i maneviyesinden, bu hükümet-i İslamiyeyi tam kuvvetlendirmek ve dört yüz milyon hakiki kardeşi arkasında ihtiyat kuvveti bulundurmak ve .." (Emirdağ Lahikası, s. 319). "Saniyen: Yeni ehl-i hükümet yavaş yavaş anlıyor ki, hakiki kuvvet Kur'an'dadır. Ve İslamiyet uhuvveti ile imanın hakaiki ile tahribatı düşmanlara karşı dayanabilirler" (Emirdağ Lahikası, s. 319) (Köprü Sayı 146 Bahar 2009).

vermiştir[134]. Diğer bir görüşte ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin teokratik düzen yerine laik düzen oluşturmasından, İslam'ı kamusallıktan çıkarmasından dolayı, onun Atatürk ve Milli Mücadele arkadaşlarına / devlet kurucularına sövme ve hakaretlerde bulunduğu, kötü ve çirkin sözler söylediği, kendi eserlerine dayanılarak belirtilmiştir[135]. Hemen belirtelim ki, özellikle ikinci

[134] Çağatay, Nursi'ye karşı çok sert açıklamalar ve suçlamalarda bulunmuştur: "1875 de Siirt ilinin Nurs köyünde doğmuş olan Said kendi kendine Bediüzzaman lakabını vermiş ve doğduğu köye nisbetle aldığı Nursi soyadını da sonradan, Kur'anda geçen nur kelimelerinden alınmış gibi göstermiştir. Aslında kürt milliyetçiliği ile Atatürk düşmanlığına, ümmetçilik akımını güçlendirerek Türk milliyetçiliğini yok etme yolu ile kürt milliyetçiliği yaratıp ileride bir kürt devleti kurma hayaline dayanır". "Eserlerinin bir kısmında Peygamber taklidçisi görünür, kendisine gaipten sesler geldiğini, kuşlarla konuştuğunu, Kur'anda, kendi yaşantısına ve yazdığı şeylere ait haberler bulunduğunu söyliyecek kadar sapık fikirli bir kimsedir. Ne dediğini bilmiyen bir akıl hastasının söz boğuntuları denebilecek anlamsız şeylerle dolu birkaç eseri vardır. Bir hayli artmış taraftarlarına fazla kitap satarak para kazanmak düşüncesi ile hareket eden çıkarcı müritleri, bu acaip kitapların orasından burasından pasajlar alarak bir araya getirme yoluna sapmış ve bu para tuzağı risalelerin sayısını 136 ya çıkarmışlardır ki bunların çoğundan Said Nursinin haberi bile yoktur" (ÇAĞATAY, 46-47).

[135] Meydan, özellikle Nursi'nin Atatürk ve Milli Mücadele arkadaşlarına ağır hakaretler ettiğine ve kötü sözler söylediğine kaynak göstermek yoluyla değinmiştir:
"Said-i Nursi, "Barla Mektupları", "Şualar", "Risale-i Nur Sönmez", "Münazarat", "Rumuzat-ı Semaniye" ve "Sırr-ı İnna A'tayna" risalelerinde Atatürk'e saldırmıştır. Said-i Nursi'ye göre Atatürk, "deccal" ve "süfyan"dır. Bir risalesinde Atatürk'ten "Tek gözlü deccal" diye söz ediyor (Barla Mektupları, s. 53). Said-i Nursi, Beşinci Şua'da bahsettiği "deccal" ve "süfyan"ın Atatürk olduğunu da bizzat ifade ediyor, "Süfyan ve İslam deccalinin MUSTAFA KEMAL olduğu Beşinci Şua'da anlaşılıyor" diyor (Sırr-ı İnna A'tayna Risalesi, s. 44). İslam kaynaklarında Deccal, "ahir zamanda gelip İslam'ı yıkmaya çalışacak dehşetli biri" olarak tanımlanıyor.
Said-i Nursi, Atatürk'e ve onun kurduğu Cumhuriyet'e özellikle cifir ve ebced hesaplarıyla saldırıyor. "Rumuzat-ı Semaniye" ve "Sırr-ı İnna A'tayna" risalelerinde Milli Mücadele'nin üç kahraman komutanı; Mustafa Kemal (Atatürk), İsmet (İnönü) ve Fevzi (Çakmak)'tan "İKİ DECCAL BİR SÜFYAN" diye söz ediyor. Süfyan'ı şöyle açıklıyor: "Süfyan, zındıkların başı, cahşilerin cahşisi (kararmışların kararmışı), Yahudilerin en habislerinden, zalimlerin en zalimidir" (Rumuzat-ı Semaniye, haz. Hüseyin Bulut, s. 195). Daha sonra da cifir ve ebced hesabıyla Kevser Suresi üzerinden "iki deccal bir süfyan"ı anlatıyor. Önce "Ahir zaman deccalinden önce küçük deccaller geleceğini" belirtiyor. Sonra, çok çirkin bir dille Atatürk'e saldırıyor, "İslam şeriatını tahrip etmeye çalışan" "Mason komite reislerinden ve hiçbir cihette müstehak olmadığı MUSTAFA KEMAL ismiyle malum olan ŞAHSI MENHUS, o DECCALLERDEN birisidir" diyor. Sonra da ebced ve cifir hesaplarıyla Kevser Suresi'ndeki "şanieke huvel epter" ifadesinin "O zındık (mason) komitesinin üç reisleri" dediği Mustafa

görüşten hareketle, devletin kurucularına söylenenler, hukuken suç ve cezanın konusu olduğu kadar, ne insanidir ne de İslamidir[136].

Kemal'i, İsmet (İnönü)'yü ve Fevzi (Çakmak)'ı gösterdiğini iddia ediyor. Bu arada Atatürk'ü, Muhammed Aleyhisselam'ın en büyük düşmanı olan GAZİ HERİF" diye adlandırıyor (Sırr-ı İnna A'tayna Risalesi, s. 27, 28). "Başka bir risalesinde de "Ölmüş gitmiş ve dünyadan ve hükümetten alakası kesilmiş BİR ADAM hakkında 30 sene evvel hadis-i şerifin ihbarıyla KURAN'A ZARARLI öyle bir adam çıkacak dediğimi ve sonra MUSTAFA KEMAL'in o adam olduğunu zaman gösterdi" diyor (Emirdağ layihası, C.1, s.229).

Said-i Nursi Atatürk'ü "süfyan, deccal, tağut, delalet zındıka komitesinin firavun meşreb reisi, ehl-i delaletin dehşetli şahsiyeti" diye adlandırdığı için mahkum oluyor. Buna karşı "hapisteki Nur talebeleri" ağzıyla verdiği cevapta Atatürk'ün "bu milletin istiklalini ve istikbalini mahvettiğini", dünyadaki "350 milyonluk manevi ihtiyat kuvvetini", yani dünya Müslümanlarını "milletin aleyhine çevirip dinsizliği indarlara tercih ederek" 70 milyon Arap'ı elinden çıkardığını iddia ediyor (Sırr-ı İnna A'tayna Risalesi, s. 43-44). Bütün bunları söylerken I. Dünya Savası sırasındaki "Arap ihanetinden" ise hiç söz etmiyor. İşte Türkiye'de bugün din üzerinden Atatürk ve Cumhuriyet düşmanlığı yapanların çoğu, Said-i Nursi'nin bu tür safsatalarıya Atatürk'e ve Cumhuriyet'e düşman oldular, olmaya devam ediyorlar (MEYDAN, Sinan: FETÖ'nün kara kutusu Said-i Nursi'nin Atatürk Düşmanlığı, 09.10.2017 Sözcü, www.sozcu.com.tr erişim 14.05.2020).

[136] "Müslüman'ın Müslüman'a, küfretmesi, sövmesi, lanet etmesi caiz midir? .. Cevap 1: İslam dini her türlü kötülük ve incitmeye karşıdır. Çünkü, İslam insanı her türlü rezillikten ve çirkinlikten uzaklaştıracak fiilleri de yasaklamıştır. Bu külli kaidelerden hareketle diyebiliriz ki, karşıdaki insanları rahatsız eden her türlü fiil günahtır ve haramdır. Çünkü Müslümanları rencide etmek haramdır ve insanı günahkar eder. Hatta kafir bile masum ve hatasız olsa, onu rahatsız etmek İslam dininde yasaktır. Çünkü, Peygamberimiz (a.s.m) şöyle buyurmuştur: "Kim bir zımmiye eziyet etse, şüphesiz ben onun hasmıyım / düşmanıyım" (el-Hindi, Kenzü'l Ummal, IV/618 ; el-Camiu's–Sagir, I / 1210" (www.sorularlaislamiyet.com erişim 15.05.2020).

Ayrıca, "Küfür etmek günahtır. İslam dini muhataplarımızla hoş muamele ve diyaloglar içerisinde bulunmamızı emreder. "Ey iman edenler! Bir topluluk, (başka) bir toplulukla alay etmesin; olur ki (onlar), kendilerinden daha hayırlı olabilirler! Birtakım kadınlar da (başka) kadınlarla (alay etmesinler)! Belki (onlar da) kendilerinden daha hayırlıdırlar. Kendinizi (birbirinizi) de ayıplamayın ve birbirinizi (kötü) lakablar ile çağırmayın! İmandan sonra fasıklık ismi (günahla anılmak), ne kötüdür! Artık kim (bu kötü amelinden vazgeçerek) tevbe etmezse, işte onlar zalimlerin ta kendisidir!" (Hucurat, 111). / İbn Abbas, Hucurat suresinin 11. ayetini izah ederken "Bir kısmınız bir kısmınıza dil uzatmasın. Muhakkak Allah, çirkin söz kaçıranı, kasten çirkin söz söylemeye yelteneni svmez" demiştir" (Edebü'l-Müfred, I, 334)" (yeniakit.com.tr/haber/kufur-etmek-sovmek-gunah-midir-217380.html erişim 15.05.2020).

• Nursi yanlılarının Nursi'nin İslami düzenle ilgili görüşlerinin "müceddid" kavramı bağlamında değerlendirilmesi

Nursi'nin on dördüncü müceddid olduğu ileri sürülmektedir[137]. "Müceddid, yenileyen, yeni bir şekil veren, yeniden güçlendiren" anlamındadır[138]. Bu kavram, zorunlu olarak iki konuyu gündeme getirmektedir. İlki insanlığın bu döneminde, her türlü eleştiriye, postmodernlik iddialarına karşın, geçerli yönetim tasarımı ve değerler sistemi, akli–demokratik düzenler ve evrensel değerlerdir[139]. Buna göre, İslam, insanlığın bu düzeni ve geçerli değerleriyle uyumlu mu olmalıdır? İkincisi, İslam'ın akli düzenler ve değerleri dışında,

[137] "Mevlana Halid-i Bağdadinin talebelerinden Mustafa İsmet Efendi "Risale-i Kudsiye" isimli Osmanlıca Nakşibendi Halidiye Kolu usulünü beyan eden eserinde Mevlana Halid'den sonra "Mehdi"nin geleceğini, başka müceddid olmayacağını ehl-i keşfin haber verdiğini açıkça yazar ve talebelerine ders verir (Risale- Kudsiye, Osm. 76). / Bediüzzaman Said Nursi'ye yüz yıllık Mevlana Halid'in cübbesi Asiye hanımın dedesi Küçük Aşık aracılığı ile intikal etmiştir. Böylece her cihetle Müceddid olduğu kesinlik kazanmıştır. (Kastamonu Lahikası, 62; Sikke-i Tasdik, 14-16; Sikke-i Tasdik-i Gaybi, 44, 46, 47). / Bediüzzaman'ın çok belirgin ve diğerlerinden farklı bir özelliği de Müceddid olarak zatını değil, "Risale-i Nuru" göstermiş olmasıdır. Tecdit işi ve işlevi bir şahıstan bir kitaba intikal ettirilmiştir. Bediüzzaman bunu tahdis-i nimet olarak ilan etmektedir. Buna yine "Risale-i Nur'un Şahs-ı Manevisi" adını vererek kendisinden sonra bir şahıs beklentisi içinde olunmaması gerektiğini ima ederek son Müceddid olduğunu ince bir siyasetle ifade etmiştir" (Duha, 93:119)" (M. Ali Kaya, tecdid ve Müceddid) (www.sorularlaislamiyet.com/kaynak/muceddid, erişim 08.05.2020).

[138] "Diğer ümmetlerde olduğu gibi Peygamberimizin ümmeti arasında da zamanla bi'dat ve hurafeler baş gösterebilir ve bunun neticesinde Müslümanlar dinden ve peygamberimizin sünnetinden uzaklaşmakla karşı karşıya gelebilirler. Ayrıca her gün değişen hayat şartları ve ilerleyen teknikle birlikte yeni meseleler ve bunlara dini açıdan bir hüküm verme ihtiyacı ortaya çıkar. / Toplum içinde çıkan bi'datlara karşı koyacak, dine yapılan saldırılar karşısında dini savunacak, yeni meselelere bir çözüm bulabilecek ve Müslümanlara yeniden dinlerini öğretip onları yönlendirecek şahsiyetlere de bu ölçüde ihtiyaç hissedilir ki, peygamberlik müessesi sona erdiğinden ve bundan sonra peygamber gelmeyeceğinden bu görev Peygamberimizin ümmetinden çıkan alimlere düşmektedir. Bu alimlere dini literatürde müceddid" denilmektedir" (Abdülcelil Ünalan) (www.sorularlaislamiyet.com/kaynak/muceddid, erişim 08.05.2020).

[139] Hafızoğulları, Aydınlanmanın özünde laiklik olduğunu, demokrasinin sadece laik düzende gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bkz. HAFIZOĞULARI, Zeki: Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Tarafı Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti, ABD Yıl 70 S. 2012/1 s. 165. Ayrıca insanlık tarihi içinde demokrasinin yeri için bkz. ACAR, Hafızoğulları'nın Laiklik Kuramı, s. 3063-3064.

tek başına insanlığı belirleyen veya bu ölçüde kendine özgü toplum / devlet düzeni ve değerleri bulunmaktaysa, insanlığın bu aşamasında bu İslami düzen ve değerlerin, özelde Müslümanlar, genelde insanlık ve tüm insanlar için nasıl bir örnek tasarım ve değerler sistemi olması gerekir?

İnsanlık tarihi, Müslümanların, insanlığın akışı içinde, bu akışta önemli bir yer alarak, yaklaşık 9–12. yüzyıllarda bilim, felsefe, sanat, tıp ve diğer konularda ürettikleri eserler ve sonuçlarıyla damgalarını vurduklarını göstermektedir. Müslüman bilgin ve filozoflar, insanlığın bu evresinde, insanlığın bir önceki aşaması antik çağlarda bilgin ve filozofların ürettikleri eserlerin Arapça'ya çevrilmesiyle bu eserlerden yararlanmışlardır. Müslüman bilgin ve filozoflar, Antik dönem eserlerindeki bilgi ve sonuçlarını ileriye taşımış, yeni bilgiler ile buluşları insanlığa kazandırmışlardır.

Dolayısıyla, insanlık tarihi ve gelişimi, farklı toplum ve insanların birbirleriyle etkileşimiyle gelişen ve süren bir süreçtir. Önemli olan, belli bir toplumun ve insanlarının, insanlığın gelişiminden ayrı, tek başlarına farklı konumda olmaları değil, kendilerinden öncekilerle bağlantı içinde, birbirinden yararlanan, etkilenen ve dönüştüren ilişki içinde olmalarıdır.

Bu ilk sonuçta, Müslümanların, önceden olduğu gibi, yeniden insanlığın gelişimine doğrudan ve önemli katkı sağlayabilmeleri, akli–demokratik düzenlerde ve evrensel değerlerin oluşturulmasında nasıl ve ne şekilde etkili olunabileceğinin kuramsal çerçevesinin çizilmesine ve açıklanmasına bağlıdır.

Bugün için insanlığın elinde tek somut ve gerçekleşen örnek, kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün olduğu laik–demokratik Türkiye Cumhuriyeti ve İslam'ın bu düzendeki yeri ile Müslümanların yorum ve yaşamlarıdır[140]. Kuşkusuz, Türkiye Cumhuriyeti'ndeki laik–demokratik toplum / devlet düzeni ve yaşamı, çağın akli–demokratik düzenleri içinde en önemli ve gelişmişlerinden değildir. Bu toplum / devlet düzeni, Cumhuriyetin değerleri, Mustafa Kemal'in önderliğinde halkıyla, Türkiye Ahalisi (1924 Anayasası m. 88/I) ile birlikte, tarihte emperyalist dünya egemenlerine karşı ve az sayıda gerçekleşen Kurtuluş Savaşı içinde başlayan yirmi yıldan az, çok kısa bir süre içinde gerçekleştirilmiştir. Bu yeni düzende yaşama, toplum ve insanların günlük yaşamına girmiştir.

[140] Türk örneği (modeli) için bkz. ACAR, Büyük Orta Doğu Projesinin Hukuki Çıkmazı, s. 28-30.

Bu eserin niteliğini ve değerini bilemedikleri / bilmek istemedikleri için hem kurucu liderden sonraki iktidarlar, hem de bu eserden yana olanlar ve karşı devrimciler, bu eserin gelişmesini, eksiklerinin giderilmesini ve ileriye götürülmesini sağlamak yerine, yozlaştırılması veya ortadan kaldırılması için ellerinden geleni yapmışlardır. Bu eser, insanlığa katkı sağlayan bir buluş, bir düşünce, bir felsefe değildir; ancak, Müslüman bir toplumu, insanlığın son dönemi ve değerlerine bağlayan, bir yüzyıl bu değerlerle yaşamasını gerçekleştiren tek örnek olarak, insanlık ölçeğinde önemli ve insanlığa katkı sağlayan bir eserdir[141].

[141] Çağatay da aynı görüştedir: "1923 tarihi, Türk milletinin kaderi bakımından çok önemli bir dönüm noktasıdır. Bu tarihte monarşik idare bırakılıp Cumhuriyet rejimine geçilmiş, teokratik düzen bırakılıp laik düzen kabul edilmiş, kısacası bin yıldır kader ve kültür birliği yapılan islam dairesinden ayrılınıp batı kültür ve medeniyet dairesine girilmiştir. Bu, bir milletin tüm bir silkinişi ile bin yıllık bir geçmişi bırakıp kendisine yepyeni bir hayat yolu çizmesidir ki böyle bir örneğe tarih boyunca ender raslanır" (ÇAĞATAY, 9-10).

Ancak, Çağatay'ın bazı tespitlerine katılmamaktayız. Türkiye Devleti, Amasya Genelgesi, Erzurum ve Sivas Kongreleri kararlarına uygun olarak, ilk karar ve kanunlarından başlayarak hukukunu, ilahi iradeye bağlı değil hakimiyet kayıtsız şartsız milletindir ilkesine (beşeri iadeye) bağlı oluşturmuştur. Türkiye Devleti, TBMM'nin kuruluşu ile 1921 Anayasası arasındaki sürede kurulmuş, Cumhuriyet'in ilanına kadar devam etmiş, sonra Türkiye Cumhuriyeti olmuştur. Türkiye Devleti, hukukunu ilk kanunlarından itibaren beşeri iradeyle oluşturmuş laik bir devlettir.

01.11.1922 tarihinde Saltanatın kaldırılmasına kadar, aynı coğrafyada hukuki düzen nitelikleri farklı ve karşıt olan, teokratik Osmanlı Devleti ile laik Türkiye Devleti birlikte iki ayrı egemen devlet olarak yer almıştır. Bu iki devletin asker ve silahlı güçleri, birbiriyle mücadele etmiş ve çatışmıştır. Dolayısıyla, Türkiye Devletini ve laik düzenini yok sayıp, yeni devleti ve laik düzenini Cumhuriyet'le başlatmak tarihi / hukuki olarak doğru ve geçerli değildir. Bu nedenledir ki, Türkiye Devleti, Osmanlı Devleti'nin hukuki halefi de değildir.

Diğer yandan, Çağatay'ın da katıldığı anlaşılan egemen görüşte ileri sürüldüğünün aksine, Ankara Hükümeti ile İstanbul Hükümeti, Osmanlı Devleti'nin yürütme erkinin farklı hükümetler elinde olması nedenine dayanmamaktadır. 1921 Anayasası ile, 1876 Anayasasının hükümlerinin tamamlayıcı hükümler olarak kabulü, genel görüşün geçerliliğinin delili niteliğinde değildir. Önemli ve belirleyici olan, hükümetlerin nasıl isimlendirildiği değil, hükümetlerin bağlı olduğu temel hukuki kişiliklerin (yapıların) egemenlik hakkına sahip olup olmamalarıdır. Hukukta çok eski dönemlerden gelen temel bir ilke, hukuki işlemin ismine değil amacına göre nitelenmesidir. Türkiye Devleti, kuruluş süreciyle birlikte emperyalizme karşı kurtuluş savaşı veren, egemenliğin millette olmasına bağlı bir devlet olması nedeniyle, taktiksel nedenlerle saltanat ve hilafetin korunduğu belirtilmek zorunda kalındığı düşüncesindeyiz. Aynı devletin iktidar kavgası içinde olan iki farklı hükümet olduğu

Müslümanlar, çağımızda, dünya nüfusunun yaklaşık beşte birini oluşturmaktadır. İslam dışındaki diğer din ve inanç ile felsefi inançtan olan toplum ve insanların, tamamına yakın çoğunluğunun düzeni teokratik düşünce ve düzenleri bırakan, kısmen otoriter / totaliter kısmen de demokratik akli düzenlerdir. Bu belirleme geçerliyse, bu yüzyılda Müslümanların "ötekileştirilmesi", tek başına İslam karşıtlığı ile açıklanamaz. Temelde, emperyalistlerin ve İslam karşıtlarının İslam'a karşı böyle bir tutum içinde olmaları da, tek başına belirleyici değildir.

Tüm bunlar, Müslümanların, bu ötekileştirmenin İslam karşıtlığı dışında nedenlere bağlı olup olmadığını sorgulamalarına, araştırmalarına, tartışmalarına engel olmamalıdır. Görüşüme göre, asıl sorun, Müslümanların, insanlığın gelişiminin bu evresinde, yorum ve yaşamalarını, insanlığın bu döneminin değerleri ve yaşama biçimleri ile uyumlu olup olmadığını, uyumlu değilse bunun nedenleri ile çözüm yol ve yöntemlerini ve bunların yaşama nasıl ve ne şekilde geçirilmesi gerektiğini ele almamaları, tartışmaları yaygınlaştırıp sonuçlandıramamalarıdır.

Dolayısıyla, Müslümanların, insanlık tarihinin önemli bir evresinde insanlığa doğrudan etki ve katkıları, sorunun İslam'da değil, bilimin ve aklın yerine dogmanın geçirilmesini ve dönemin genel değerleri ile yorum ve yaşam biçiminden uzaklaşmalarında olduğunu göstermektedir. Dini ifadesiyle müceddid, Müslümanların bugünkü durumlarından çıkarılarak insanlığın gelişimi ve değerlerine uygun yorumu ve yaşamanın çözüm yollarını gösterebilendir. Günümüzde, bilimi teknolojiden ibaret sayarak aklı ve bilimi tam kullanmak yerine, dogmaya ve tamamıyla inanca bağlı teokratik bir İslam anlayışı ve yaşama biçimini öneren ve bu yolda düşünce üretenlerin, müceddid olamayacakları yaşanılan gerçekle ortadadır.

İkinci ele alınacak sonuç, genelde yurt dışında özelde yurt içinde Türk örneğine karşı İslamcılar tarafından ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, akli–demokratik düzenler dışında, sadece İslam'a özgü, Müslümanın haklarının en iyi yorum ve yaşamını sağlayacak toplum / devlet düzeninin kurulması mümkündür. Hakka dayalı bu düzen, insanı ve toplumu kötülüklerden kurtaracak, insanların Allah'a bağlılık içinde barış, huzur ve birlik içinde

---

iddiası geçerli olsaydı, Türkiye Devleti'nin TBMM açılışı ile 1921 Anayasası arasındaki sürede değil, 01.11.1922'de saltanatın kaldırılmasıyla kurulduğunun kabulü gerekirdi. Konuyla ilgili diğer açıklamalar için bkz. ACAR, Temel Normun Korunması Sorunu ile ACAR, Büyük Orta Doğu Projesinin Hukuki Çıkmazı.

yaşamasını sağlayacaktır. Bu görüşte, ideal / soyut bir toplum / devlet tasarımı söz konusudur. Bu düzenin gerçekleştirilebilme yol ve yöntemleri açık ve kuramsal bir sistem içinde açıklanamamaktadır.

İslamcıların bu düşüncelerine göre, egemenlik Allah'ındır. Bu ilahi toplum / devlet düzenini, Kuran'ın hükümleri, Peygamberin sünneti, icma ve kıyas kuralları oluşturur. Bu düzenin mükemmel örneği, Peygamberin kurup yönettiği toplum / devlet düzeni ve bu düzendeki yorum ve yaşamadır. Asrı Saadet denilen bu düzen, Peygamberin ölümüyle sona ermiştir. Ne yazık ki, Müslümanlarda dünyevi iktidar mücadelesi, -bazı görüşlere göre[142]- peygamberin cenazesi kaldırılmadan başlamış, ümmet denilen Müslüman toplum bütünlüğünde bugün devam eden temel ve derin bir kırılmaya neden olmuştur. Bu durum, kesintisiz denilebilecek şekilde günümüze gelmiştir. Asrı Saadet'ten sonraki en iyi İslami düzen olarak Dört Halife dönemi gösterilmektedir.

Müslümanların, bu en iyi dönemlerinden sonra, Emeviler, Abbasiler ve diğerlerinin oluşturdukları toplum / devlet düzenleri, ümmetteki bu ana ve derin çatlağı gidememiştir. Buna karşın, ilk sonuçtaki anlayışa uygun İslami toplum / devlet düzenleri, insanlığa örnek nitelikleriyle, Müslümanların, İslam dışı düzenlerden daha adil ve barışçıl bir yaşama sahip olmalarını sağlamışlardır.

Müslümanların, Aydınlanmayı yaşamamaları, son yüzyıllardaki İslami düzenler ve bu düzenlerdeki yorum ve yaşamlarına neden olmuştur. Müslümanlar, özellikle son yüzyılda, akli düzenlerden uzak kalmış, kısmen akli–teokratik düzen ikilisi, kısmen teokratik otoriter / totaliter, kısmen şiddete dayalı düşüncelerle beslenen İslami düzenlerle karşılaşmışlardır.

Bu gelişim sürecinde, İslami düzenler, akli–demokratik düzenlere ait insan hakları, anayasa ve parlamento gibi değer, araç ve kurumları kullanmaktan geri kalmamıştır. Hemen belirtelim ki, İslami düzenlerin, yani teokrasilerin akli–demokratik düzenlerin değer, araç ve kurumlarını kullanması,

[142] Örnek olarak bkz. POORBAGHER, s. 19, 25; HSUCU, Ayşe: İktidar Kavgası ve Mezheplerin Doğuşu, 16.10.2017 Sözcü, www.sozcu.com.tr erişim 15.05.2020; AKBULUT, Ahmet: Sahabe Dönemi İktidar Kavgası Alevi Sünni Ayrışmasının Arka Planı; ÇETİN, Maksut: Maturidiliğin Siyaset (Hilafet / İmamet) Anlayışı, Erzurum 2013, s. 20-23; ÖZ, Şaban: İlk Dönem İslam Dünyasında Siyasi Algı Değişimi Üzerine, KSÜ İlahiyet F.D. 21 (2013), s.10; ÇİÇEK, Ragıp: II. Abdülhamit Döneminde Şiilik, Kastamonu 2019, s. 1-10.

teokrasiyi demokratikleştirmez, sadece katılığını giderir. Demokrasi, sadece akli düzenlerde gerçekleşebilir; çünkü, halkın halk için halk tarafından halkın iradesiyle oluşan hukukla idaresi ancak bu düzenlerde sağlanabilir. Bunun içindir ki, teokraside demokrasi olmaz ve şeriat demokrasisi deyişi iler tutar yeri bulunmayan bir ifadeden ibarettir[143].

Böyle olunca, ikinci sonuçla ilgili olarak, ideal bir İslami düzenin / İslami düzenlerin nasıl, ne şekilde, hangi yol ve yöntemlerle oluşturularak günlük yaşamda uygulanacağı sistemli bir şekilde açıklanmalıdır. Böyle bir düzende, Müslümanların iktidar ve devlete karşı temel haklarının korunması ve güvenceye alınması, iktidarın sınırlanması gibi temel sorunların çözüm yolları, araçları ve kurumlarının -soyut söylemler yerine- net şekilde açıklanması ve gösterilmesi zorunludur.

İdeal bir toplum / devlet düzenin söylenmesi ve tasarımı bir düşünsel bir değer taşımakla birlikte, tek başına insanlar ve insanlık için önemli değildir. İnsanlık tarihi, gerçekleşmeyen çok parlak düşünce ve tasarımlara tanıklık etmiştir. Önemli olan, ideal düzenlerin gerçekleştirilebilir olması ve gerçekleştirilmesidir. Müceddid odur ki, ideal İslami toplum / devlet düzeninin kurulmasının açık sistemini kurar ve yaşama geçirilmesinin yol ve yöntemlerini gösterir. Müslümanların, Farabi, İbni Sina, İbni Rüşt, Kindi ve diğerlerinden sonra, insanlık ölçüsünde bilgin ve filozof çıkaramayışlarının, ideal İslami düzenleri ve bu düzenlerde yaşamayı gerçekleştiremeyişleriyle bir ilgisi olup olamayacağını sorgulamaları gerekir.

Son olarak, her türlü eleştirisine, eksiğine karşın, son yüzyılda, Müslümanların insanlığın ulaştığı değerler, araçlar ve kurumlara en uygun yaşadığı düzenin, Türk örneğindeki laik–demokratik düzen ve bu düzendeki İslam'ın yorumu ve yaşaması olduğunu söylemek, sadece ve sadece bir hakkın teslimidir.

[143] "Bu demektir ki, demokrasi, teokratik düzenlerde ve akli / otoriter–totaliter düzenlerde söz konusu olamaz" (ACAR, Bülent Hayri: Teokratik Toplum / Hukuk / Devlet Düzeninde Demokrasi Var Olamaz, Güncel Hukuk, Aralık 2005, sayı 24 s. 58-59).

SONUÇ

Osmanlı Devleti'ndeki yenileşme hareketleri, Devletin yenilenmesi ve gerilemeyi önleme amaçlıdır. Bu hareket, Devlet içindir. Tanzimat Reformları, Devlet ve kamudaki İslami gücü ve temeli, sekülerleşme lehine dönüştürmeye başlamıştır. Eğitimdeki reformlar, yeni eğitim sistemi ve kurumlarını getirmiştir. Bu yeni eğitim, temelde akla ve bilime dayalıdır. Yeni eğitim sistemi, dini eğitim / dine dayalı eğitim alanını daraltmış ve toplumun sekülerleşmesini (dünyevileşmesini) hızlandırmıştır.

Reformlarla, yeni idari kurumlar ve eğitim kurumları ve yeni yöneticiler ile önceki İslami temeldeki geleneksel kurum ve yöneticiler yer değiştirmeye başlamıştır. Bu değişimlerin etkisinin önemli olduğu alanlar askerlik, idare ve yargıdır. Bu değişim, yargıda şer'i mahkemelerin görev alanını önemli ölçüde daraltmıştır. Böylece, Tanzimat'la başlayan Batılılaşma hareketi, teokratik devlet / toplum yapısı yanında, sekülerleşmeye, seküler kurum ve değerlerinin yer almasına neden olmuştur. Bu değişim sonucunda, Osmanlı'da ikili bir toplum yapısı, yaşamı ve yorumu oluşmuştur.

Reformlarla ikili bir yapı oluşmasına karşılık Osmanlı Devleti, Meşrutiyet öncesi ve sonrasında temelde teokratik devlet niteliğini korumuştur. 1876 Anayasası hükümleriyle de, teokratik devlet yapısı açıklanmıştır. Konumuz yönünden Osmanlı'da İslam kamusal bir değerdir; temelde ikili yapıda hukukun İslam'a bağlı oluşturulması devam eder.

Birinci Dünya Savaşı sonrasın gelişmeler, Mustafa Kemal'in Anadolu'ya geçişi, Amasya Genelgesi, Erzurum ve Sivas Kongreleri kararlarıyla fiili bir silahlı kuvvetten fiili / hukuki kurucu iktidara dönüşen Milli Mücadele Hareketi, TBMM'nin açılmasıyla devletleşme sürecine girmiştir. Türkiye Devleti, 23.04.1920–1921 Anayasası arasındaki sürede, TBMM'nin ilk karar ve kanunlarının / hukukun ilahi değil beşeri iradeyle (millet iradesi) oluşturması nedeniyle kuruluş sürecinden itibaren akli / laik devlettir. Bu, egemenlik kayıtsız ve şartsız milletindir ilkesi ve hükmüyle tescillidir. Dolayısıyla, Türkiye Devleti, Cumhuriyet öncesi ve sonrası laik bir devlet / toplum düzenine sahiptir. Dönemin genel akli / otoriter–totaliter düzenleri içinde, bir kısım sınıflandırmalarda Kemalist parti dönemi demokratik nitelenen kümede yer almıştır.

Gelenekselci kesim ve İslamcıların Osmanlı'da sekülerleşmeyle başlayan laik düzenle hesaplaşmaları, Türkiye Cumhuriyeti'nde demokrasinin

olanaklarıyla hızlanmıştır. Bu nedenle, ülkenin birliği, dirliği, demokratik ve özgürlükçü geleceği için cesaretle ve toplumun tüm kesimlerince geniş biçimde tartışılması ve çözülmesi gereken sorun, laik düzende İslam'ın kamusal alanda şekillenme kesin yasağıdır, yani laik / teokratik ikili bir yapıya dönülüp dönülmeyeceğidir. Dinin kamusal alanda şekillenmesini, dinin kamusallığı olarak anlamaktayız. Öncede belirtildiği üzere, dinin kamusallığı, dinin hukukta kaynaklık değerini kazanması, hukuk normunun dine dayalı konulmasıdır. Diğer bir ifadeyle, toplum / hukuk düzeninin, kısmen veya tamamen dine dayalı oluşturulmasıdır, yani teokrasinin getirilmesidir.

Hemen belirtelim ki, İslam inancının kamusal alanda şekillenmesi, akli / laik düzende olanaklı değildir. Bu düzenlerde hukuk, insan aklının ürünüdür; toplum / hukuk düzeni beşeri iradeyle kurulur. Laik düzen, kanun önünde eşitlik ve din ve inanç özgürlüğü temel hakları ile, düşünce, felsefi inanç, din ve inançta çoğulculuğu, devletin bu düşünce ve inançlara karşı tarafsızlığını ve bu çoğulculuk ve tarafsızlık içinde yaşama ve yorumu ve ibadetleri devlet güvencesine alır. İslam'ın kamusallığı ise, teokrasidir, teokratik toplum / hukuk düzenidir. Teokratik düzende, her iki temel hak, -istenildiği kadar Aydınlanma ürünü olarak akli düzenlerin kavramlarıyla ifade edilirse edilsin- laik düzendeki içeriği, anlamı, kapsamı ile mevcut değildir. Kişilerin hakları, İslam inancına ve özellikle toplumda egemen anlayışa göre farklılaşmaktadır.

Diğer yandan, laik düzende kişi, her türlü din ve inanca sahiptir; diğer din ve inançlarla ilgili düşüncelerini -bu din ve inançları ve kutsal değerlerini küçük düşürmemek, hakaret etmemek koşuluyla- özgürce açıklayabilir. İslam'ın kamusallığı, hukuk / toplum düzeninin İslam'a göre oluşmasını sağlayarak, devlet güvencesindeki din ve inanç çoğulculuğunu, devletin bu din ve inançlar karşısındaki tarafsızlığını, İslam'dan yana kaldırmaktadır. Bu, sonuçta, İslam'ın toplum / hukuk düzeninde egemen din ve inanç olmasıdır. İslam'ın toplum / hukuk düzeninde egemen din ve inanç olması, laik düzenin kaldırılıp yerine teokratik düzenin geçirilmesidir. İslam'ın yaygın din olması başkadır, bu anlamında egemen din olması başkadır. Buna göre, açık ve net bir şekilde belirtmek gerekir ki, İslam'ın kamusallığını istemek, doğrudan teokrasi, teokratik toplum / hukuk düzeni istemektir.

Hemen belirtelim ki, teokraside, demokrasi olmaz. Teokraside, hukuku kuran ilahi iradenin / vahiysel gerçekliğin / kutsal kitaplardaki din ve inancın temel değerleri, hukuk / toplum düzeninin temel değerleridir (temel

normudur). Hukuk, bu temel dini değerlere uygun olarak oluşturulacaktır. Bu dini temel değerlere aykırı, bu değerlerle çelişen, düşünce, din ve inancın ifadesi ve örgütlenmesi olanaklı değildir. Açık söylemle, teokraside, bu dinsel temel değerlere aykırılık oluşturacak şekilde bir eşitlik ve din ve inanç özgürlüğü bulunmamaktadır. Ülkede diğer din ve inançların yorumu ve yaşaması, bir hakka bağlı değildir, egemen din ve inancın hoşgörüsüne bağlıdır. Buna bağlı olarak, devlet tarafından, egemen din ve inanç karşısında, diğerlerine sağlanmış bir eşitlik söz konusu değildir

Siyasal İslam veya İslami diriliş, Türkiye Cumhuriyeti'nde demokratik yollarla iktidar olmuştur. Bu anlayış, Cumhuriyet'in son çeyrek yüzyılı süredir iktidardadır. Bu uzun iktidar döneminde, İslam'ın önünde -laikliğin iki temel ilkesi- kanun önünde eşitlik ve din ve vicdan özgürlüğünde normatif veya uygulama ile ilgili sınırlamalar, engeller, yasaklar varsa, bunların kaldırılarak bu iki özgürlüğün en geniş sınırlarına taşınması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, siyasal İslamcıların veya İslami diriliş yanlılarının, demokratik düzende İslam'ı en geniş biçimiyle yaşamaları olanaklıdır ve iktidarları aracılığı ile bunu sağlamak ellerindedir.

Dolayısıyla, siyasal İslamcılar veya İslami direnişçiler içinde, İslam açısından bu iki özgürlüğün yaşanması ve yorumunda bir sıkıntı olduğu düşünce ve inancında olanlar, demokratik usullerle, örneğin Cuma namazları çıkışlarında bu isteklerini, siyasal İslamcı iktidara yöneltebilirler. Bunların istemlerini, siyasal İslamcı iktidarlarına yöneltmek yerine, Cumhuriyet'e ve laik düzene yöneltmeleri tam bir siyasi / ahlaki ikiyüzlülüktür. Bu olasılıkta, siyasal İslamcıların veya İslami diriliş yanlılarının, gerçek istekleri, İslam'ı yaşamak adı altında, İslam'ın kamusallığını, yani teokrasiyi istemektir.

Cumhuriyet ve değerleri ile demokrasiye bağlı, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve diğer görüşlere bağlı tüm insanlarımızın, örgütlenmelerimiz ve siyasal partilerimizin, el ele ve birlikte, şiddete dayalı veya şiddeti teşvikle laik düzeni kaldırıp yerine teokratik düzen getirmeyi isteyenlere karşı çıkması bir vatandaşlık görevidir.

Bu bağlamda, Mardin'in ifadesiyle İslam dünyasında "Türk istisnacılığı" olarak nitelenen Türk İslam anlayışı, iki önemli konuda ciddi bir sınav vermek zorundadır.

İlki, laik–demokratik Türkiye Cumhuriyeti'ndeki İslam'ın, diğer İslami anlayışlarla, yaşama ve yorum ile bulundukları devlet / toplum düzeni

içindeki yerlerinin, insanlığın evrensel değerleri ve demokratik yönetim biçimlerine uygunluğunun karşılaştırılmasıdır. Bu karşılaştırma, objektif ve en geniş biçimiyle, bir baskı ve tehditle karşılaşmadan, özgürce yapılmalı ve sonuçları kamuoyuna açıklanmalıdır. Bu, aynı zamanda, toplumda İslam'ın demokratik düzen içindeki yeriyle ilgili tartışmaları, yani İslam'ın kamusallığı konusundaki tartışmayı ve İslamcıların demokrasi içinde veya dışında olmaya ilişkin gerçek isteklerini açıklığa kavuşturacak ve netleştirecektir.

İlk konuyla bağlantılı diğer bir konu, bir kısım İslamcıların ileri sürdükleri, Asrı Saadet örneğinden hareketle, günümüzün geçerli demokratik yönetimleri dışında, İslami bir devlet yönetim ve toplum biçiminin, evrensel değerlere ve demokratik yönetimlere seçenek oluşturacağı konusundaki tezlerle ilgili olarak, ciddi düşünsel ve bilimsel çalışmaların yapılması ve sonuçlarının açıklanmasıdır.

İkinci olarak, Endülüs Emevileri ve Orta Asya'da belirli yüzyıllardaki İslam, insanlığın evrensel değerlerini üretmiş, yaşama geçirmiş, insanlığın ve insanların din, ahlak ve diğer sosyal alanlarda yükselmesini sağlamıştır. Bu nedenle, tüm İslam dünyası ve Müslümanlar, belirtilen İslam'dan, bugünkü yaşanılan İslam'a gelmenin ve yeniden İslam'ı insanlık içindeki görkemli yerine getirmek için yapılması gerekenleri tartışmalı ve sonuçlandırmalıdır.

İslam'ın güzellik ve barış dini olması, Müslümanların insanlık içinde yeniden saygın ve etkili olabilmesi, Müslümanların ülkelerinde refah, mutluluk ve huzur içinde İslam'ı kendi yorum ve anlayışlarıyla yaşayabilmeleri, yukarıdaki konularda cesur olmaları ve çok çalışmalarıyla mümkündür. Bir kere başarılan, yine başarılabilir.

Yeryüzünde hukuk / toplum düzeninde gerçekleşen tek örnek olan Türkiye Cumhuriyeti'ndeki İslam, özlenen İslam'a bir örnektir. Kuşkusuz, bu örneğin mükemmelleştirilmesi, yani İslam'ın demokratik düzen içinde ve teokrasi dışında en geniş şekliyle ve farklı anlayışlarıyla birlikte, bir arada özgür ve kardeşlik içinde yaşanabilmesi için yapılması gerekenler varsa, laik–demokratik düzen içinde İslam'ın en iyi şekilde yaşanmasını ve yorumunu sağlamak, iktidarların, özellikle siyasal İslamcı iktidarların temel görevidir.

Bu bağlamda, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın dünya hukukunda bir başka örneğinin bulunmadığını, Cumhuriyet'in değerli ve özgün bir kurumu olduğunu belirtmek görevimdir. Bu Başkanlığın, teokratik ve kamusal düzeni bozan uygulamaları ve tek bir İslami anlayışla çalıştırılması Anayasaya

aykırıdır ve tartışılması zorunludur. Görüşüm, Başkanlığın kalması ve Anayasa ile çizilen sınırlarına çekilmesi ve Anayasaya ve demokratik inanç çoğulculuğuna uygun taşra yapılanmasıyla faaliyetini sürdürmesi yönündedir. Ancak, farklı kesimlerin farklı nedenlerle bu Başkanlığın kaldırılması istemleri, (a) demokratiktir, (b) Başkanlığın etik / siyasi bir kararla kaldırılması mümkündür.

Hukuk Davalarında Hükmün Tamamlanması Kurum ve Uygulanma Koşulları

Mehmet Akif TUTUMLU*

I. GENEL OLARAK

Her davada olduğu gibi hukuk davası da bir nihai kararla sona erer. Nihai kararda nelerin yer alması gerektiği ise 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nın 297'inci maddesinde "*Hükmün Kapsamı*" başlığı altında düzenlenmiştir.

Konumuz açısından önem taşıyan anılan maddenin 2'nci bendi hükmü şöyledir:[1]

"*Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin,* ***taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların***, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir."

Bu hükme göre dava ve cevap dilekçelerinde ileri sürülen taleplerin her biri hakkında hüküm kurmak, hâkimin temel yargısal görevlerindendir. Yasal durum böyle olmakla birlikte; yargılama ortamında dikkat

* Ankara Hâkimi.

[1] Maddedeki vurgulamalar bana ait, M.A.T.

dağıtan etkenler (tarafların, vekillerinin tutum ve davranışları) hâkimin içinde bulunduğu psikolojik durum (unutkanlık, dalgınlık, sinirlilik, vb.) gibi nedenlerle bazı talepler hakkında *hüküm oluşturulmadan* dava sonuçlandırılabilmektedir. Sözgelimi alacak davasında *faiz talebi*; aynı davada maddi tazminatın yanı sıra istenen *manevi tazminat talebi* ya da itirazın iptali davasında davalının ileri sürdüğü *kötüniyet tazminatı talebi* hakkında hüküm kurulması unutulabiliyor. Hâkimler genellikle hükmün gerekçesini yazdırırken veya ilgili tarafın davadan sonra verdiği dilekçe ile bu tür eksikliğin farkına varabiliyorlar.

7251 Sayılı Kanun ile HMK m.305'e eklenen (A) fıkrası ile sözü edilen soruna çözüm getiren bir kurum HMK sistemine kazandırılmıştır: *Hükmün tamamlanması*. Bu yasal değişikliğin şartlarını incelemeden önce, bu kurumun Alman Medeni Usul Hukukundaki düzenlemesi ile söz konusu kuruma ilişkin HMK'daki mevcut düzenlemeler hakkında bazı açıklamalar yapmakta yarar görmekteyiz.

II. ALMAN MEDENİ USUL KANUNU (ZPO)'NDAKİ DÜZENLEME[2]

Hükmün tamamlanması kurumu Alman Usul Kanunu (ZPO)'nun 321'inci paragrafında açıkça düzenlenmiştir. ZPO 321/1'inci maddesi hükmüne göre; taraflarca ileri sürülen asli veya tali taleplerinden biri hakkında hüküm kurulması unutulur veyahut ihmal edilirse, esas karardan sonra alınan bir kararla bu eksiklik giderilir.

Tamamlama başvurusunun süresi ise şöyledir: Esas kararın verilmesinden itibaren **iki haftalık** süre içinde tamamlama başvurusunda bulunulmalıdır. Karar tefhim edilmiş ise bu süre tefhim tarihinden, tebliğ edilmiş ise tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar (ZPO 321/2-3).

Aynı Yasaya göre, tamamlama başvurusu üzerine yapılacak inceleme, sadece eksik kalan hususa ilişkindir, dolayısıyla hükmün diğer kısımları hakkında herhangi bir inceleme ya da gözden geçirme söz konusu değildir (ZPO 321/4).

[2] Alman Medeni Usul Kanunun 321. maddesinin çevirisindeki değerli katkıları için Dr. Kürşat Ersöz ile Av. Fatih Karamercan'a teşekkür ederim, M.A.T.

III. 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU (HMK) YÖNÜNDEN: 7251 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİNDEN ÖNCE

A. Hukuk Davaları Yönünden

Normal hukuk davaları bakımından 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, 7251 sayılı Kanun değişikliğinden önce, konuya ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildi. Ancak akraba hükümler olarak, *hükümlerin tashihini* düzenleyen HMK m.304/1'inci madde hükmü mevcut olup, buna göre; hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar, mahkemece resen veya taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilebilir. Yine akraba diğer bir düzenleme, *hükümlerin tavzihini* düzenleyen HMK'nın 305/1'inci maddesi hükmü olup, bu hükme göre; hüküm yeterince açık değilse, icrasında tereddüt uyandırıyorsa veyahut birbirine aykırı fıkralar içeriyorsa, hükmün icrası tamamlanıncaya kadar taraflardan her biri hükmün açıklanmasını veya tereddüt ya da aykırılığın giderilmesini isteyebilecektir.

Ancak yukarıda belirtilen hükümlerin hiçbiri, hükümde unutulan taleplerin veya zorunlu unsurların tamamlanmasına imkân vermemektedir. Örneğin vekâlet ücreti veya faiz unutulmuş ise bunun tavzih yoluyla hükme eklenmesi mümkün değildir.[3]

7251 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önceki HMK'da normal davalar (tahkim dışı) bakımından hükmün tamamlanması kurumunun bulunmayışından dolayı, mevcut eksiklik istinaf veya temyiz konusu yapılıyor, böylece kararın İstinaf mahkemesince kaldırılması veya Yargıtayca bozulması, kaldırma veya bozma sonrasında yeniden yapılacak yargılama sonunda unutulan talepler hakkında hüküm oluşturulması sağlanıyordu.

[3] "Hâkim, tavzih yolu ile hükümde unutmuş olduğu talepler hakkında karar verip, bunu hükmüne ekleyemez. Bunun gibi, hüküm verirken **unutmuş olduğu vekâlet ücreti veya faiz hakkında tavzih yolu ile bir karar verip bunu hükmüne dâhil edemez.** Aynı şekilde kısa kararla gerekçeli karar arasındaki çelişki de tavzih yolu ile giderilemez. Bütün bu anlatımlardan çıkan netice; tavzih yolu ile kesinleşmiş olan hüküm sınırlandırılamaz, genişletilemez ve değiştirilemez." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.05.2013 tarih ve E.2012/1-1627, K.2013/676).Aynı yönde: **"Talep edilmesine rağmen karar ile hüküm altına alınmayan bir husus tavzih kararı ile sonradan hüküm altına alınamaz."** (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 11.10.2005 tarih ve E.2005/9220, K.2005/14972).

Bu şekilde emek, zaman ve masraf kaybına yol açan bir sistemin[4] *hükmün tamamlanması* kurumu ile düzeltilmesi isabetli bir düzenleme olmuştur.

B. Tahkim Yargılaması Açısından

1. İç Tahkimde

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 437/4'üncü maddesi hükmü konuya özgü bir düzenlemeyi içermekte olup, şöyledir:

"*Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla,* ***yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir.*** *Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde verir. İcap ederse, bu süre hakem veya hakem kurulunca en fazla bir ay uzatılabilir.*"

Görüldüğü gibi yasa koyucu, iç tahkim bakımından hükmün tamamlanması kurumunu HMK'nın özgün metninde kabul etmiş ve tamamlanan hükmün, hakem kararının bir parçasını oluşturacağını da ayrıca belirtmiştir.[5]

Hükmün gerekçesinde tamamlayıcı hakem kararı verilebilmesi imkânının, *usul ekonomisi* ve *tahkimde sürati sağlamak* için, hakem veya hakem heyetine tanınmış olduğu belirtilmiştir.[6]

2. Milletlerarası Tahkimde

Milletlerarası tahkim bakımından da benzer bir düzenleme 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 14/B bendinin dördüncü fıkrasında yapılmış olup, hüküm şöyledir:

"*Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda*

---

[4] Eleştiri, değerlendirme ve öneriler için bkz. **TUTUMLU, Mehmet Akif:** *Hukuk Davaları İçin Zorunlu Bir Kurum: Hükmün Tamamlanması* (*Legal* Hukuk Dergisi, Aralık 2013, Cilt:11,Sayı: 132, s.53-64).

[5] HMK m.437/2.

[6] **TUTUMLU, Mehmet Akif:** *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2017, s.435.

tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, istemi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını altmış gün içinde verir."

Yukarıdaki hükmün neredeyse iç tahkime ilişkin HMK m.437/4 maddesi hükmüyle aynı olduğu görülmektedir. Tek fark, ilkinde tamamlayıcı hakem kararının bir ay içinde, ikincisinde ise altmış gün içinde verileceğinin belirtilmiş olmasıdır.

IV. 7251 SAYILI KANUN İLE HMK m.305'e EKLENEN A FIKRASI: HÜKMÜN TAMAMLANMASI KURUMU

A. Yasal Metin

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun[7]un 27'nci maddesi ile HMK m.305'e eklenen (A) fıkrası hükmü şöyledir:

MADDE 305/A – (1) *Taraflardan her biri, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir.*"

B. Hükmün Gerekçesi

Hükmün gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

"Maddeyle, Kanuna 305/A maddesi eklenmektedir. Uygulamada, esas hakkında hüküm verildikten sonra çeşitli sebeplerden dolayı taleplerden bir veya birkaçı hakkında karar verilmediği görülmektedir. Kanunun mevcut hükümlerine göre, dava konusu olup talepte yer alan ancak hükümde yer verilmeyen bir hususun hükme eklenmesi ancak kanun yolunda ileri sürülebilmektedir. Düzenlemeyle, nihai karamı tebliğinden itibaren bir ay içinde tarafların başvurması şartıyla yargılamada ileri sürülen veya mahkemece kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken ancak hüküm verilmeyen talepler hakkında mahkemece **ek karar verilmesi** açıkça hüküm altına alınmaktadır. Bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilecektir."

[7] Resmî Gazete, 28.07.2020, Sayı:31199.

V. HÜKMÜN TAMAMLANMASI KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hükmün tamamlanması prosedüründe başvuru, kararı veren mahkemeye yapılmaktadır. Dolayısıyla burada verilmiş mevcut hükmün hukuki denetimi amacıyla kanun yoluna gidilmesi gibi bir durum yoktur. Bu nedenle hükmün tamamlanması kurumunun **hukuki çare** niteliğinde bir kurum olduğu görüşündeyiz.

VI. HÜKMÜN TAMAMLANMASI KURUMUNUN UYGULANMA ŞARTLARI

A. Taleplerden veya Zorunlu Unsurlardan Birinin Unutulmuş Olması –

1. Tamamlama'nın Kapsamı

• Davacının birden fazla talebi varsa bunlardan her biri hakkında hüküm oluşturulmalıdır. Örneğin ayıplı mal davasında hem değer kaybı, hem kira tazminatı hem de manevi tazminat istenmiş ise her bir talep bağımsızdır[8], yani dava yığılması (objektif dava birleşmesi) vardır (HMK m.110). Hâkim bu her bir asli talep hakkında ayrı ayrı hüküm kurmalıdır. Bu asli taleplerden birinin unutulması hâlinde hükmün tamamlanması istenebilir.

• Davacı birden fazla davalıya karşı dava açmış ancak bunlardan biri veya birkaçı hakkında hüküm kurulması unutulmuş ise hükmün tamamlanması yoluna gidilebilir.

• *Terditli dava*ya gelince: Terditli davada ortada *tek bir dava*, *birden çok talep* vardır: Asli talep ve fer'i talepler. Örneğin tapu iptal ve tescil, olmadığı takdirde bedelin faiziyle iadesi gibi. Asli talebin kabulü hâlinde ikincil (fer'i) talepler hakkında ayrıca karar vermeye gerek yoktur. Ancak fer'i talebin kabulü için öncelikle asli talebin reddine karar vermek gerekir (HMK m.111/2). Şu da var ki, hâkim asli talebin reddine ayrıca karar vermemiş, ancak "*terditli davanın x fer'i talep yönünden kabulü*" şeklinde bir karar vermiş ise, kanımca bunu bir eksiklik saymamak gerekir. Zira asli talebin neden kabul görmediği gerekçede açıklanmak durumundadır, ayrıca karar kesinleştiğinde, bu karar kabul görmeyen asli talep açısından da kesinleşmiş olur. Yani asli talep bakımından yeni bir davanın açılması mümkün değildir.

[8] **BULUT, Uğur:** *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, Ankara 2017,s.253 vd.

Öte yandan terditli davada ikincil talebin kabulü, davanın kısmen kabulü olmayıp, davanın tam kabulü niteliğinde olduğundan davalı yararına avukatlık ücretine de hükmedilemez.[9]

• Davacının terdit teşkil etmeyen diğer ikincil talepleri hakkında hüküm kurulmasının unutulması da HMK m.305/A hükmü kapsamındadır. Örneğin faiz talebi, icra inkâr tazminatı talepleri gibi.

• *Birleşen davalar*da her bir dava hakkında hüküm kurulması zorunludur. Yine davalının açtığı karşı dava (HMK m.132) da aynı şekilde müstakil bir kararla sonuçlandırmak gerekir. Birleşen davadaki taleplerin karar altına alınması unutulduğunda HMK m.305/A hükmü işlerlik kazanır.

• Asıl dava ile birlikte yürütülen *asli müdahale davası* da bağımsız bir dava olduğundan[10] (HMK m.65), ayrı bir hüküm konusudur ve tamamlama kapsamındadır.

• *Seçimlik dava*da (HMK m.112) durum: Seçimlik dava TBK m.87'de düzenlenen seçimlik borçlardan kaynaklanan davadır.[11] Ancak her seçimlik borç mutlaka seçimlik davaya vücut vermez. Seçme hakkı ancak borçluya veya üçüncü kişiye verilmiş ise seçimlik dava söz konusu olabilir. Örneğin belli bir marka ve model motosikletin veya belli marka ve model otomobilin alacaklıya verilmesi gibi. Seçimlik davada gerçek anlamda bir dava yığılması mevcut değildir. Yine edimin birden fazla olması gibi bir durum yoktur. Edim tektir, davalı seçimlik mahkûmiyet kararında belirtilen edimlerden birini yerine getirdiğinde borçtan kurtulmuş olur. Esasen hüküm seçimlik mahkûmiyeti içerse bile, davacı (alacaklı) icra takibini bunlardan yalnızca birine hasretmek zorundadır (HMK m.112/3). Dolayısıyla hükümde seçimlik edimlerin belirtilmeyip tek bir eda hükmünün bulunması hâlinde hükmün tamamlanması istenebilir.

• Hükmün zorunlu unsurları da HMK m.305/A kapsamına dâhildir. Örneğin ücreti vekâlet, yargılama giderleri, karar harcı gibi konularda **talep olmasa dahi** hâkim hüküm oluşturmak durumundadır. Yine boşanma

---

[9] Terditli davada hüküm kurulması ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **TUTUMLU, Mehmet Akif:** *Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu* (*Terazi* Aylık Hukuk Dergisi, Eylül 2014, Cilt: 9, Sayı:97,s. 92-94).

[10] **KODAKOĞLU, Mehmet:** *Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale*, Ankara 2018, s.31.

[11] **KURU, Baki:** *Medenî Usul Hukuku*, El Kitabı, Cilt: 1, Ankara 2020, s.419.

kararlarında çocuğun velâyetinin tayini, kişisel ilişkinin kurulması, iştirak nafakası gibi hususlar da hükümde re'esen gözetilmesi gereken unsurlardır. Dolayısıyla bu tür unsurların kararda unutulması hâlinde taraflar hükmün tamamlanması yoluna başvurabileceklerdir.

2. Hükmün Tamamlanması Kurumunun Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

• Tamamlama başvurusu sadece ***eksik kalan kısımlar*** için yapılabilir. Dolayısıyla hükmün diğer kısımları için (bunlar içerik itibarıyla hatalı olsa bile) tamamlama yoluna gidilemez.

• ***Fer'i müdahilin talepleri:*** Fer'i müdahil taraf sıfatını haiz olmadığı için hakkında karar verilemez (HMK m.169/1)[12] Bu nedenle fer'i müdahil tarafından ileri sürülmüş talepler hakkında nihai hüküm verilmemiş olması, hükmün eksik verildiği anlamına gelmez, dolayısıyla bu durumda tamamlama prosedürüne gidilemez.

• ***Ara karar*** [13] kapsamında kalan taleplerin de kanımızca hükmün tamamlanması kurumunun kapsamı dışında kalması gerekir. Sözgelimi davalının zamanaşımı def'i, ihbar def'i, yetki itirazı, görev itirazı gibi talepler. Esasen bu tür def'i, itiraz ve taleplerin ara kararı ile çözüme bağlanıp daha sonra tahkikata, sözlü yargılamaya ve bilahare nihai hüküm aşamasına geçilmesi gerekir. Esasen HMK sistemi de bu şekilde kurgulanmış ve düzenlenmiştir. Gerçekten de HMK m.142 hükmüne göre, hâkim, **tahkikata başlamadan** önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri inceleyip karara bağlamakla yükümlü tutulmuştur. Yine **dava şartları** ile **ilk itirazların** ön inceleme aşamasında dosya üzerinden yapılacak inceleme sonucu karara bağlanması zorunludur (HMK m.138/1). Şayet bu hususta tarafların dinlenmesi gerekiyorsa bu kararların **en geç ön önceleme duruşmasın**da verilmesi gerekir (HMK m.140/1).

---

[12] **PEKCANITEZ, Hakan:** *Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992,s.164.

[13] Ara kararları, yargılamaya son vermeyen, tersine yargılamanın yürütülmesi için verilen kararlardır, bkz. **MUŞUL. Timuçin:** *Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1988,Sayı: 4,s.217-262), s.218; **BORAN GÜNEYSU, Nilüfer:** *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Ankara 2014, s.147-148.

Şayet belirtilen def'i, itiraz ile usule ilişkin talepler hakkında ara kararı kurulması unutulmuş ise biz bunların tamamlanma kurumu ile giderilebileceğini sanmıyoruz. Esasen nihai karardan, sözgelimi davanın kabulünden sonra görevsizlik, yetki itirazı veyahut zamanaşımı konusunda karar verilmesini düşünmek işin doğasına aykırı olur. Bu nedenle anılan hususlarda bir eksiklik var ise bunun **kanun yolu denetimi** ile giderilebileceğini düşünüyoruz.

• Hükümde mevcut hataların giderilmesi de tamamlama kurumunun kapsamı dışındadır. Sözgelimi yazı, rakam hataları gibi maddi hataların düzeltilmesi hükmün tashihi yoluna başvurmakla mümkün olur (HMK m.304). Yine hükmün açık olmaması veya infazında tereddütler hasıl oluyorsa gidilmesi gereken yol, *tavzih* kurumudur (HMK m.305/1).

B. Talep Şartı

Hemen belirtmek gerekir ki hükmün tamamlanması hukuki çaresine başvurmak için HMK m.26 hükmü uyarınca taraflardan birinin **talepte bulunması şarttır.** Hâkim karardan sonra gerekçeyi yazdırırken hükümde unutulan, eksik hususların bulunduğun fark etse bile bunları re'sen tamamlayamaz, yani kısa kararda olmayan bir hususu gerekçeli kararda hükme ekleyemez.[14]

C. Hükmün Tamamlanmasını İsteyebilecek Kişiler

• Kanun, "*taraflardan her biri*"nin hükmün tamamlanması yoluna başvurma yetkisini haiz olduğunu açıkça belirtmektedir. Dolayısıyla başvurunun ön şartı, **taraf** konumunda olmaktır. Bu bağlamda **davalının** da müstakil talepleri hakkında karar verilmesi gerekir. Örneğin itirazın iptali davasında (İİK m.67) kötüniyet tazminatı talebinin karara bağlanması gerekir, dolayısıyla bu talebin karara bağlanması unutulduğunda davalının tamamlama usulüne gitme hakkı vardır.

• **Karşı dava**da, **asli müdahale davası**nda ve **birleşen dava**da davacı ve davalı olarak yer alan kişiler taraf sıfatına sahip olduklarından hükmün tamamlanması yoluna gidebilirler.

---

[14] Kısa kararla gerekçeli kararın farklı (çelişkili) olması mutlak bozma sebebidir (10.04.1992 tarih ve 7/4 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, **SINMAZ, Burhan:** *Açıklamalı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (Hukuk-Ceza)*, Ankara 1998,s.227).

• **Fer'i müdahil** taraf olmadığından tamamlama yoluna başvuramaz.

• Yine hükmün verilmesinden sonra davacı veya davalı asilin ölmesi hâlinde kararın **mirasçılar**ına tebliği gerektiğinden mirasçılar da halefiyet kuralı gereğince tamamlama usulüne başvurma hakkını haizdirler.

D. Başvurunun Yapılacağı Makam

Yukarıda açıklandığı üzere hükmün tamamlanması, bir kanun yolu kurumu olmayıp hukuki çare niteliğinde bir kurum olduğundan, hükmün tamamlanması başvurusu **hükmü veren mahkemeye yapılmak gerekecektir.** Bu bağlamda ilk derece mahkemesi kararında eksik bırakılan hususların istinaf mahkemesince tamamlanması istenemez.

E. Başvuru Süresi

Hükmün tamamlanması talebinin, **nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde** yapılması gerekir. Bu süre **hak düşürücü** nitelikte bir süredir. Bu sürenin geçmesinden sonra tamamlama talebinde bulunulamaz. Ancak bu süreyi kaçıran veya bu yola başvurmayan tarafın kanun yoluna başvurma hakkını koruduğu kanaatindeyiz. Zira eksik hususun tamamlanması yoluna başvurmayan tarafın aynı konuda kanun yoluna gitme hakkını da kaybedeceğine dair kısıtlayıcı bir hüküm söz konusu değildir.

F. Başvurunun Harca Tâbi Olmaması

Hükmün tamamlanması kurumunun kabul sebebi, mahkemece unutulan veya ihmal edilen talep ve zorunlu unsurlar hakkında kısa sürede karar verilmesini, dolayısıyla adaletin bir an önce tecellisini sağlamaktır. Kararın eksik verilmesinde tarafların bir kusuru olmadığı için- tashih ve tavzihte olduğu gibi, başvuru harcı alınması söz konusu edilemez. Zaten bu usulde *yeni bir karar*ın değil, *ek karar* verilmesi öngörülmektedir. Esasen bir yargısal işlemden dolayı başvuru veya karar harcının alınabilmesi için, *verginin yasallığı* ilkesi[15] gereğince, özel bir yasal düzenleme bulunması zorunludur ki inceleme konusu kurum hakkında böyle bir hüküm mevcut değildir.

[15] 1982 Anayasası m.73/3: " **Vergi, resim, harç** ve benzeri malî yükümlülükler **kanunla konulur**, değiştirilir ve kaldırılır."

G. Talebin İncelenme Şekli

Hükmün tamamlanması talebinin incelenmesi için acaba duruşma açılmak gerekir mi? Bu soruya verilecek cevap **hayır**dır. Zira HMK m.305/A'de tarafların mahkemeden **ek karar** verilmesini isteme haklarından söz edilmektedir. Bu nedenle hükmün tamamlanması talebi, duruşma açılmaksızın dosya üzerinden yapılacak inceleme sonucu karara bağlanır.

H. İncelenmenin Sınırları

Yukarıda ayrı paragraflarda yapılan açıklamaları toparlamak suretiyle şu belirlemeleri yapmak mümkün:

• Talep olmadan hâkim re'sen tamamlama işlemini yapamaz.

• Hâkim, tarafların taleplerine konu yaptığı eksik hususlarla bağlıdır. Talep dışında kalan başka eksik hususlar bulunsa dahi *(hüküm tamamen doğru hale gelsin saikiyle)* bunları inceleme kapsamına dâhil edemez.

• Süresinde yapılmayan başvuruların **sırf bu nedenle** usulden reddi gerekir.

• Taraflar başvuru süresi geçtikten sonra inceleme aşamasında **ıslah yoluyla tamamlama dilekçesinin talep sonucunu değiştiremezler ve genişletemezler.** Zira mahkeme kararlarının tamamlanması veya düzeltilmesi talepleri ıslahın konusunu oluşturmaz.

• Hükümlerdeki maddi hatalar, çelişkiler, belirsizlikler veya içeriğe yönelik hatalar tamamlama incelemesinin kapsamı dışındadır.

I. Hükmün Tamamlanması Kararının Kesinleşmesi

Tarafların hükmün tamamlanması kararına karşı kanun yoluna başvurma hakları vardır (HMK m.305/A-son cümle). Bu hususta kesinlik sınırı, süre vs. yönlerden genel hükümler geçerlidir (HMK m.341-373).

KAYNAKÇA

BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Ankara 2014.

BULUT, Uğur: *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, Ankara 2017.

KODAKOĞLU, Mehmet: *Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale*, Ankara 2018.

KURU, Baki: *Medenî Usul Hukuku*, El Kitabı, Cilt: 1, Ankara 2020.

MUŞUL. Timuçin: *Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1988,Sayı: 4,s.217-262).

PEKCANITEZ, Hakan: *Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992.

SINMAZ, Burhan: *Açıklamalı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (Hukuk-Ceza)*, Ankara 1998.

TUTUMLU, Mehmet Akif: *Hukuk Davaları İçin Zorunlu Bir Kurum: Hükmün Tamamlanması* (*Legal* Hukuk Dergisi, Aralık 2013, Cilt:11,Sayı: 132, s.53-64).

TUTUMLU, Mehmet Akif: *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2017.

TUTUMLU, Mehmet Akif: *Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu* (*Terazi* Aylık Hukuk Dergisi, Eylül 2014, Cilt: 9, Sayı:97,s. 92-94).