

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 80 Sayı Number 4 Yıl Year 2022 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 80, Sayı 4, 2022

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179

Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in
March, June, September and December*

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Arş. Gör. Dr. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- eba@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aoszoy96@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- alan.newson@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenç@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcantez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajacic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar**
Smart Contracts and the Problems Likely to Appear in the Field of Private Law
Regarding Its Possible Implementation 1067
Mükerrem Onur Başar

Araştırma makalesi/Research article

- Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi**
Evaluation of Infancy Vaccine Applications within the Scope of Custodial Right 1105
Seda İrem Çakırca

Araştırma makalesi/Research article

- Belirli Mal Bırakmada Yarar ve Hasarın Geçişi (TMK m. 518/I)**
Transferring Benefits and Damages in Certain Bequeathed Property
(Art. 518/I of the Turkish Civil Code)..... 1139
Merve Ürem Çetinel

Araştırma makalesi/Research article

- İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları**
Employee's Use of Social Media as a Reason for Termination by Employer 1169
Aslı Çalışkan Yıldırım, Ömer Uğur

Araştırma makalesi/Research article

- Roma Hukukunda Mirasçılık Vasfının Şartları**
Employee's Use of Social Media as a Reason for Termination by Employer 1223
Nilgün Dinçer Araz

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunulabilir Mi?

Can One Claim Compensation for Nervous Shock?..... 1267

Aslı Açıkgöz

Araştırma makalesi/Research article

The Approach of The Court of Justice of the European Union Towards the Protection of Three-Dimensional Marks

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Üç Boyutlu İşaretlerin Korunmasına Yaklaşımı 1299

Alptekin Köksal

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk

Difficulties Regarding the Requirement of Indicating the Reason for Appeal in Criminal Procedural Law 1331

Fatih Birtek

Araştırma makalesi/Research article

İnsan Hakları Eğitimi: Tarihsel, Yöntemsel ve Eleştirel Bir Çözümleme

Human Rights Education: A Historical, Methodological and Critical Analysis 1373

Muharrem Kılıç

Araştırma makalesi/Research article

Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Bir Hukuk Eğitimi Modeli Geliştirilmesi Çerçevesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizi

Gender Perception Analysis of Istanbul University Law Faculty Students within the Framework of Developing a Law Education Model Based on Gender Equality 1414

Sevta Metin, Ülker Yükselbaba, Sevgi Kayak, Neslihan Verda Akün

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşen “Mecmua” kavramının yansıması olarak, ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası’nın 2022 yılındaki son sayısını, basım ve mizanpaj sürecindeki yılbaşı yoğunluğu sebebiyle bir miktar gecikmeli olarak siz değerli okuyucularımızla buluşturuyoruz.

Önceki sayılarımızda da belirttiğimiz üzere dergimize olan talep gün geçtikçe artmaktadır. Yapılan işe olan teveccüh, emek edenleri ne kadar mutlu etse de bizlerin üzerine büyük bir sorumluluk da yüklemektedir. Zira niceliğin arttığı her alanda olduğu gibi nitelik kaybı tehlikesi hukuk alanında da söz konusu olmaktadır. İşte bu tehlikenin önlenmesi adına yazım kurallarımızda da ifade ettiğimiz üzere yayımlanmak talebiyle gönderilen çalışmaların belirli bir entelektüel ve akademik seviyede olmasının sağlanması şimdiye kadar olduğu gibi bundan sonra da önceliğimiz olacaktır. Bu kapsamda, gönderilen çalışmalar editöryal ön inceleme ve hakem değerlendirmesi aşamalarında titizlikle yürütülen kontrollere tabi tutulmaktadır. Bu vesileyle bir kez daha hatırlatmak isteriz ki, yayımlanması talebiyle çalışmalarını dergimize yollayacak olan araştırmacıların değerli çalışmalarını dergimize yollamadan önce yazım kurallarımızı okuması ve çalışmalarını kurallarımız uyarınca güncellemeleri, değerlendirme sürecinin hızlanması açısından faydalı olacaktır.

2020 yılında almış olduğumuz karar doğrultusunda 2022 yılında da önceki yıllarda olduğu gibi dergimiz dört sayı olarak okuyucularına sunulmuştur. Bu çerçevede yayıma kabul edilen makalelerin sayı ve konu itibarıyla dağılımının hukukun her alanına ilişkin olmak üzere gerçekleştirilmesine özen gösterilmiş; makale sayılarının her sayıda eşit olması için azami gayret sarf edilmiştir. Yılın son sayısı olarak hazırladığımız bu sayımızla beraber 2022 yılında toplamda 40 çalışmaya -her bir sayıda 10 makale olmak üzere- dergimiz sayılarında yer verilmiştir.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında birbirinden değerli on makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk – kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, yayımlanması talebiyle dergimize yollanan makalelerdeki dağılım sebebiyle yarı yarıya denge kaybı güdülmemiştir.

Kurul olarak akademik yayınların orijinalliğinin yanında güncelliğinin de yayının değerini arttıran özelliklerden biri olduğunun farkındayız. Bu nedenle önceki sayılarımızda da yürüttüğümüz uygulamamız olan “erken erişim”e bu sayımızda da devam

edilmiş olup editöryal ve hakem değerlendirmesi tamamlanan iki makale online olarak okuyucularıyla buluşturulmuştur.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanındaki makalelerden ilkinde; ceza muhakemesi hukukunda temyiz kanun yolunun özellikleri değerlendirildikten sonra bu kanun yolunda sebep gösterme zorunluluğu incelenmiştir. İnsan hakları hukukuna ilişkin olarak insan hakları eğitimi; tarihsel, metodolojik ve kuramsal yönlerden irdelenmektedir. Son olarak cinsiyet eşitliğine dayalı bir eğitim modeli geliştirilmesi amacıyla hukuk fakültesi öğrencilerinin cinsiyet algılarının seviyesi tespit edilmeye çalışılmıştır.

Özel hukuk başlığı altında bulunan makalelere gelindiğinde ise; İngilizce olarak kaleme alınmış bir makalede üç boyutlu markalara ilişkin bir inceleme yapıldığı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konuya dair yaklaşımının ortaya konulduğu görülmektedir. Bir başka güncel meseleyi ele alan farklı bir makalede ise akıllı sözleşmeler ve bunların uygulamasında ortaya çıkabilecek özel hukuk alanındaki sorunlar ele alınmaktadır. Yine günümüz dünyasında dikkate alınması kaçınılmaz bir başka mesele olan sosyal medya kullanımları ise başka bir çalışmada iş hukuku kapsamında ve işveren cephesinden haklı fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağı çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Buna ek olarak tazmin edilebilir zararın kapsamı bakımından şok zarara uğrayan kişinin tazminat isteminde bulunup bulunamayacağının değerlendirildiği bir çalışma da bu sayımızda yer almaktadır. Yine bu sayımızda miras hukuku alanında Roma hukukunda mirasçılık sıfatının şartlarının incelendiği ve Türk hukukunda belirli mal bırakmada yarar ve hasarın geçişinin mercek altına alındığı iki çalışmaya yer verilmiştir. Son olarak hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanı kapsamında sayılabilecek olan bebeklik dönemi aşı uygulamalarının velayet hakkıyla ilişkisinin konu edildiği makalenin konuya ilişkin güncel tartışmalara katkı sunacağı umut edilmektedir.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği ile Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Elbette kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, Mecmuamızın en önemli etmenleridir. Hepsine katkılarından ötürü teşekkür ederiz. Bu sayımızın tüm hukuk dünyasına faydalı olmasını dileriz.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar

Mükerrem Onur Başar*

Öz

Akıllı sözleşmeler teknolojinin süratle geliştiği günümüzde önemli bir teknolojik gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır. Akıllı sözleşmeler sadece tek bir kişi veya kurumun kontrolünde olan merkezi bir sisteme yüklenmemekte, birbirinden bağımsız fakat birbirine blok zincirler şeklinde bağlı bir veri tabanına yüklenmektedir. Akıllı sözleşmelerin dijital mimarisi, sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesini otomatik hale getirmekte ve ifanın yerine getirilmesini teminat altına almaktadır.

Bu noktada akıllı sözleşmelerin günümüze kadar gerçekleşen teknolojik inovasyonlardan en önemli farkı, akıllı sözleşmelerin blokzincir sistemine bir kez yüklenmesinden sonra sözleşmelerin taraflarının veya herhangi bir üçüncü kişinin artık; bireysel olarak bu sözleşmelere müdahale etmesinin teknolojik olarak mümkün olmaması oluşturmaktadır. Dolayısıyla, akıllı sözleşmeler kapsamında alacaklı, borçlunun borcunu ifa edip etmeyeceği veya uyuşmazlık durumunda açılacak bir eda davasında mahkemenin nasıl bir karar vereceği endişesini taşımamaktadır.

Diğer taraftan, akıllı sözleşmelerin yukarıda ifade edilen özellikleri, bunların özel hukuk alanında uygulanması bakımından, çözüm bulunması gereken bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, akıllı sözleşmelerin nitelendirilmesi, kişisel verilerin korunması mevzuatına uyumu, genel işlem koşulları çerçevesinde denetimi, bu sözleşmelerde bulunan boşlukların doldurulması ve birtakım sözleşme hükümlerinin uygulanması bakımından akıllı sözleşmelerin arz ettiği yapısal sorunlar, aşırı ifa güclüğü hallerinin akıllı sözleşmelere etkileri, ihtiyati tedbirlerin icrasının akıllı sözleşmeler düzleminde göstermiş olduğu zorluklar ve yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde açıkça hukuk seçiminin yapılmaması olması durumunda uygulanacak hukukun tespit edilmesi gibi meseleler makalemizde ele alınan başlıca konuları oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Blokzincir, Akıllı Sözleşmeler, Sözleşmenin İhlali, Kişisel Veriler, Uygulanacak Hukuk

Smart Contracts and the Problems Likely to Appear in the Field of Private Law Regarding Its Possible Implementation

Abstract

Smart contracts have emerged as an important technological development, when considering the fast pace with which technology is developing. Nowadays the digital architecture of smart contracts automates the fulfillment of contractual obligations and has digital features that ensure the performance of these obligations. The technology that ensures the performance of contractual obligations is blockchain technology. In this regard, the most important difference smart contracts based on current technological innovations and blockchain technology is that it is not technically and de facto possible to intervening from outside the blockchain system where the smart contracts are loaded by parties to the contract or any other person, institution, or organization individually is de facto not technically possible.

* **Sorumlu Yazar:** Mükerrem Onur Başar (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Sabahtin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: mukerrem.basar@izu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5002-6132

Atf: Başar MO, "Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1067. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0001>



Consequently, within the scope of smart contracts, the creditor is not concerned about whether the debtor will fulfill their obligation or how the court will rule on a lawsuit to be filed in case of a dispute. The main topics this article discusses in this regard are the complications with regard to the qualifications of a smart contract and their compliance to personal data protections regulated within the framework of blockchain innovation, scrutiny within the framework of general terms and conditions, ability to fill in the gaps in a contract, smart contracts' structural difficulties in terms of implementing certain contractual provisions, the effects of hardships on smart contracts, and identifying the applicable law in case this has not been explicitly chosen in contracts with foreign elements.

Keywords

Blockchain, Smart Contracts, Breach of Contract, Personal Data, Applicable Law

Extended Summary

Innovation continues to revolutionize the world, and worth is had in emphasizing how digital technology has disruptively transformed business and social relationships. In this respect, innovation is seen as an economic driver. The complications with technological innovation pose a great challenge to the law. The law generally seems to be more reactive than proactive in handling the speed with which technology and society change. In this respect, smart contracts reflect themselves as a technological revolution in this fast-paced changing world. Smart contracts occur as computer code that is placed on a blockchain, something that is characterized as distributed ledger that runs on thousands of different computers located in different parts of the world and has no central authority. Having said that, blockchain systems are developed with the motivation of eliminating intermediaries such as central banks and centralized organizations. Start-up companies currently unfold smart contract solutions for the purpose of digitally bypassing conventional contract law, and the main question in front of legal scholars is whether smart contracts present a masterful solution to the challenges with which conventional contract law contends. In connection with this point, this study benefits from comparative law and presents the concepts of blockchain and smart contracts in layman's terms while considering the potential and limitations of smart contracts. Accordingly, this article delivers an attentive assessment of the roles blockchain technology and smart contracts have within the realm of contract law. The core questions this article asks are as follows:

- i) Are smart contracts legally binding?
- ii) Is conventional contract law satisfactorily adaptable for governing and regulating smart contracts, or does any specific rule need to be added for smart contracts?
- iii) Are smart contracts compatible with the rules governing general terms and conditions, personal data protection regulations, liquidation of invalid contracts, modification and amendment of contracts, and other applicable legal issues.

In other words, this article takes the approach of elaborating on whether smart contracts are compatible with the existing framework of specific areas of conventional contract law and concludes that smart contracts offer innovative and unique possibilities, that they may considerably remodel the commercial ecosystem, and that they will require new legal responses. Still, smart contracts will not reposition contract law. Smart contracts are unquestionably one segment of the prevailing tendency of computerized technologies asserting themselves in order to displace or replace human decision making. That being said, smart contracts reflect themselves in the form of software with the ability to carry out an entire contract cycle from formation to enforcement.

The first part of this article presents a general framework and sheds light on the legal and technological aspects of blockchain and smart contracts; it discusses the legal meaning of smart contracts and the technology behind the development of smart contracts. The later sections of the article explore the issue of smart contracts and their compliance with personal data privacy regulations. Subsequently, the article takes a look into the legal problems regarding the applicability of general terms and conditions to smart contracts, as well as restitutions in the event of a smart contract being deemed invalid. Additionally, the article discusses the complexity with applying certain provisions in the field of contract law, such as material adverse effect clauses, renegotiation clauses, materialization of secondary terms, interim measures, and other applicable legal issues.

In summary, this article analyzes the application of contract law with regard to smart contracts. At this juncture, smart contracts appear to be characterizable as an instrument for automating and enforcing legal rights, and this may result in radical changes to the current business environment.

I. Akıllı Sözleşmelerin Arkasındaki Teknoloji: Blokzincir

A. Blokzincir Teknolojisinin Genel Özellikleri

Hukuk, hızlı teknolojik ve toplumsal değişimlere uyum göstermektedir. Blokzincir (blockchain) teknolojisinin ortaya çıkması ve yaygınlaşması ile akıllı sözleşmelerin de hukuki bir bakış açısı ile ele alınması zorunluluğu doğmuştur.

Blokzincir teknolojisi, merkezi olmayan bir sisteme dayalı olarak işlev gösterme özelliğini taşımaktadır. Blokzincir teknolojisinde her bir katılımcı, başlangıçtan itibaren tüm kayıtların bir kopyasını tutmakta ve böylelikle merkezi bir veri tabanına olan ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, herkesin doğrulama yapabildiği ve merkezi olmayan bir veri tabanı sistemi sayesinde, bir verinin ilgili blokzincir sisteminde tutulduğu her zaman ve herhangi bir güven unsuruna gerek olmaksızın ispatlanabilmektedir. Bu bağlamda, blokzincir teknolojisinin yeknesak bir görünüm şekli bulunmamaktadır¹.

B. Blokzincir Teknolojisinin Türleri

Blokzincir teknolojisinin üç ana kategorisi bulunmaktadır: özel blokzincirler, konsorsiyum blokzincirler ve halka açık blokzincirler². Özel blokzincirler belli kişi veya kurumların kontrolü altında bulunmaktadır. Dolayısıyla bu ağa erişim bu kişi veya kurumların kontrolü altında tutulmaktadır. Konsorsiyum blokzincirlerde ise, birden fazla kişinin ağa erişimi bulunmakla birlikte, sadece bu kişilerin ilgili ağ üzerinde kontrolü söz konusu olmaktadır. Diğer yandan, halka açık blokzincirlerde erişim ve kontrol noktasında belli bir veya birden fazla kişi söz sahibi olmadığı gibi, teknik yeterliklere sahip her bir kişinin bu ağa erişimi noktasında da herhangi bir engel bulunmamaktadır³. Halka açık blokzincirlerin en yaygın iki örneğini, Bitcoin ve Ethereum oluşturmaktadır⁴. Blokzincir teknolojisi bakımından bir diğer önemli ayırım ise blokzincire erişimin izne tabi olup olmadığı hususudur. Erişimin izne tabi olmadığı blokzincirler bakımından teknik yeterliliği barındıran her bir kişinin blokzincir ağına erişimi mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda, halka açık blokzincirler erişimin izne tabi olmadığı blokzincirlerdir.

¹ Serdar Mesut Çekin, 'Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?', (2019) 77 İstanbul Hukuk Mecmuası, 315, 320.

² Cristina, Poncibò, 'Blockchain and Comparative Law' in Benedetta Cappelletto, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020) 140.

³ Makalemiz kapsamında blokzincir terimi halka açık izne tabi olmayan blokzincir teknolojisini ifade etmekte olup; özel veya konsorsiyum blokzincirlerin hukuki analizi işbu makale kapsamında değerlendirme konusu yapılmamıştır.

⁴ Halka açık blokzincir teknolojileri olan Bitcoin ve Ethereum söz konusu piyasanın yaklaşık %75'ni oluşturmaktadır. 'Coinmarketcap' < <https://coinmarketcap.com/tr/> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.

C. Blokzincir Teknolojisinin Devrim Etkisi

Blokzincir teknolojisi ve akıllı sözleşmeler tıpkı daha önce internet teknolojisinin oluşturduğu gibi ekonomi, hukuk gibi birçok alanda bir devrim etkisi oluşturabilir. Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinde blokzincir teknolojisine ve bilhassa Bitcoine yapılan atıflar da gün geçtikçe artmaktadır⁵. Bu bağlamda, blokzincir teknolojisi ve akıllı sözleşmelerin sunduğu yenilikler özellikle finans sektöründe sıklıkla duyulmaya başlamaktadır⁶. Öte yandan akıllı sözleşmelerin sözleşmeler hukukuna alternatif teknolojik bir gelişme olduğunu ifade eden radikal görüşler de bulunmaktadır⁷. Bununla birlikte, bu vesile ile ifade etmek isteriz ki, blokzincir teknolojisinin makro düzlemde ve başlangıçta merkez bankası gibi merkezi sistemlerin müdahalesinden uzak liberal bir ekonomik saha oluşturmak ve özellikle aracı ve düzenleyici kurumların müdahalesini ve katılımını sınırlandırmak maksadıyla geliştirildiği izlenimi bizler cephesinde oluşmaktadır. Her ne kadar başlangıçta internet özgürlüğün egemen olduğu bir teknolojik ekosistem olmak iddiası ile ortaya çıkmış olsa da günümüzde internet dijital verilere ilişkin olarak konsantrasyonun söz konusu olduğu oligopol bir piyasanın oluşumuna sebebiyet vermiştir. Bu devrim etkisinin bir cephesi, blokzincir teknolojisinin, günümüze kadar alışlagelmiş olan belirli kişi ve kurumlara güven duyularak işlem yapılması esası yerine herhangi bir merkezi sisteme dayalı olmayan dağıtılmış bir ağa ve bilgisayar yazılım(lar)ına güven duyularak işlem yapılması esasını getirmesidir.

Blokzincir teknolojisinin bu değişimi getirmesini sağlayan başlıca özelliği, blokzincirin farklı kişilere dağıtılmış ve geri döndürülemez veri tabanlarından oluşan yönüyle güven unsuruna ihtiyacı ortadan kaldıran ve birbirini hiç tanımayan kişilerin dahi herhangi bir aracı kişi veya kurum olmaksızın anlaşma yapmalarına olanak sağlayan teknolojik mimarisidir. Bu noktadan hareketle, blokzincir teknolojinin gelecekte acente, simsarlık veya komisyonculuk gibi ekonomik faaliyetlere olan ihtiyacı ortadan kaldırmaya başlayabileceği söylenebilir. Özetle, blokzincir teknolojisi merkezi ve aracı kuruluşlara olan ihtiyacı ortadan kaldırmakta, ilgili veri tabanına katılan herkesin birbiri ile işlem yapabilmesine olanak tanımakta ve bu işlemlerin geçerliliği herkes tarafından onaylanabilmektedir⁸.

⁵ Amerika Birleşik Devletleri'nde özel hukuk uyumsuzlukları ile ilgili olarak 2013 senesinde 1, 2014 senesinde 8, 2015 senesinde 13, 2016 senesinde 18, 2017 senesinde 20 adet yayımlanan yargı kararının açıkça bitcoine atıfta bulunduğu ifade edilmektedir. (Pietro Ortolani, 'The Judicialization of the Blockchain' in Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos ve Stefan Eich (edr), *Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges* (Oxford University Press 2019).

⁶ Reggie O'Shields, 'Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain' (2017) 21 North Carolina Banking Institute 177, 177.

⁷ Alexander Savelyev, 'Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law' (2017) 26 Information & Communications Technology Law, 116, 132.

⁸ Çekin, 'Akıllı Sözleşmeler' (n 2) 321.

Blokzincir teknolojisi dijital para birimleri, akıllı sözleşmeler ve akıllı nesnelerin teknolojik alt yapısını oluşturabilmekte ve yeni bir dijital devrimin yaklaştığını adeta işaret etmektedir.

D. Blokzincirdeki Verilere Erişim ve Bu Verilerde Değişiklik Yapılamaması

Blokzincir teknolojisinde, veriler blok olarak ifade edilen yapılara kaydedilmekte ve kronolojik olarak her bir blok birbirini teyit etmektedir. Kural olarak, her kişi blokzincirdeki ilgili veri ağına katılımını temin ederek veri tabanında var olan kayıtlara erişebilmektedir. Bununla birlikte, herhangi bir kişinin bu veri tabanında bir değişiklik yapmak istemesi durumunda, bu değişikliğin, ilgili ağda işlemi ele alan herkes tarafından kimi zaman ise işlemi ele alanların salt çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekmektedir⁹. Özetle, blokzincir teknolojisinde kişiler veri tabanına erişebilmekte fakat veri tabanında kaydolan işlemler bakımından herhangi bir değişiklik yapabilmeleri kural olarak mümkün olamamaktadır.

II. Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Açından Değerlendirilmesi

A. Akıllı Sözleşme Kavramı

Akıllı sözleşme kavramı esasında bilişim teknolojileri sahasında geçmişte ele alınan bir terimdir. Özellikle 1990'larda internetin yaygınlaşması ile akıllı sözleşmeler gündeme gelmiştir¹⁰. Tıpkı internetin günlük hayatta ve ticari yaşamda açtığı bir çığır gibi blokzincir teknolojisinin ve akıllı sözleşmelerin uygulamasının da günlük hayatta yaygınlık kazanması beklenmektedir. Akıllı sözleşmelerin ekonomik yararları ifaya ve ifa hazırlıklarına ilişkin masrafların en aza indirgenmesi, komisyon, acentelik, ticari simsarlık ilişkileri sonucunda oluşan komisyon giderlerinin ortadan kaldırılması, saydamlık ve şeffaflığın tesis edilmesi olarak ifade edilmiştir¹¹. Bu bağlamda, akıllı sözleşme terimi ilk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde bilgisayar yazılımcısı ve hukuk akademisyeni Nick Szabo tarafından tanımlanmıştır. Nick Szabo, akıllı sözleşmeleri ifası dijital ortamda kendiliğinden gerçekleşen borçları muhteva eden karşılıklı taahhütler ile kurulan sözleşmeler olarak tanımlamıştır¹². Bir

⁹ Riccardo de Caria, 'The Legal Meaning of Smart Contracts' (2018) 26 , European Review of Private Law 731, 733; 'Whitepaper Smart Contracts and Distributed Ledger – A Legal Perspective' < <https://www.isda.org/a/6EKDE/smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020; Mete Tevetoğlu, 'Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler' (2021) 12, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Dergisi 193, 195.

¹⁰ Nick Szabo, 'Formalizing and Securing Relationships on Public Networks' (*First Monday* 1 September 1997), < <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.

¹¹ Mateja Durovic ve André Janssen 'Formation of Smart Contracts under Contract Law', in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 62; Caria, (n 10) 734, 735; Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021) 49-53.

¹² Nick Szabo, 'Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets' (*Semantic Scholar*, 25 January 2018) < <http://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.

başka ifadeyle, akıllı sözleşmeler, sözleşmeden doğan borçların ifasının, dışarıdan herhangi bir müdahale olmaksızın, kendiliğinden ve dijital ortamda gerçekleştiği dijital formdaki sözleşmeleri ifade etmektedir¹³.

B. Akıllı Sözleşmelerde İfa

Akıllı sözleşmelerin dijital mimarisi sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesini otomatik hale getirmekte ve ifanın yerine getirilmesini teminat altına alan dijital özelliklere sahip olmaktadır. Akıllı sözleşmeler sadece tek bir kişi veya kurumun kontrolünde olan merkezi bir sisteme yüklenmemekte, dağıtılmış halde birbirinden bağımsız fakat birbirine blokzincirler şeklinde bağlı bir veri tabanına yüklenmektedir¹⁴.

Akıllı sözleşmelere ilişkin olarak kullanılan “akıllı” nitelendirmesi de sözleşmeden doğan borçların kendiliğinden ifa edilmesi ve sözleşmenin bilgisayar yazılımı ile kayıt altına alınması özelliklerini vurgulamaktadır¹⁵. Bu noktada, herhangi bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına “akıllı” nitelendirmesinin yapılmasının yapay zekâ ile herhangi bir bağlantısının bulunmadığını ifade etmekte de yarar bulunmaktadır¹⁶. Akıllı sözleşmelerin dikkat çekici özelliği, ifanın kendiliğinden gerçekleşmesini dijital mimarisi ile teminat altına almasıdır. Sözleşmeden doğan borçların belirtildiği şekilde otomatik olarak ifa edilmesini temin eden teknoloji ise blokzincir teknolojisidir. Bu noktada, blokzincir teknolojisi sözleşmenin ihlal edilmesini fiilen imkânsız kılmaktadır¹⁷. Zira akıllı sözleşmeyi bünyesinde barındıran yazılımın blokzincire yüklenmesinden sonra, kural olarak, bu yazılımın değiştirilmesi teknolojik olarak mümkün olmamaktadır¹⁸.

¹³ Mark Verstraete, ‘The Stakes of Smart Contracts’ (2019) 50 Loyola University Chicago Law Journal 743, 745; Kevin Werbach ve Nicolas Cornell, ‘Contracts Ex Machina’, (2017) 67 Duke Law Journal 313, 314; Paolo Bertoli, ‘Smart (Legal) Contracts: Forum and Applicable Law Issues’ in Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020) 182; Berk Kapancı, ‘Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: “Sanal Para” Değerleri ve “Akıllı Sözleşmeler” Üzerine Değerlendirmeler’ in Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk (edr), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1: Blokzincir* (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 131 ; Tevetoğlu, (n 10) 196; Scott Farrell, Heidi Machin ve Roslyn Hinchliffe, ‘Lost and Found in Smart Contract Translation - Considerations in Transitioning to Automation in Legal Architecture’ <https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/14-FARRELL_and_MACHIN_and_HINCHLIFFE-Smart_Contracts.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2020.

¹⁴ Aaron Wright ve Primavera De Filippi, ‘Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia’ (10 March 2015) <<https://ssrn.com/abstract=2580664>> ; Werbach and Cornell, (n 14) 332.

¹⁵ Eric Tjong Tjin Tai, ‘Challenges of Smart Contracts Implementing Excuses’, in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 8; Farrell, Machin and Hinchliffe, (n 14) 1; Durovic and Janssen, (n 12) 4; Verstraete, (n 14) 756; Kapancı, (n 14) 134; Tevetoğlu, (n 10) 196.

¹⁶ Riccardo De Caria, ‘Definitions of Smart Contracts, Between Law and Code’ in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 24; Argun Karamanlioğlu, ‘Concept of Smart Contracts-A Legal Perspective’ (2018) 35 Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 29, 33; Caria, ‘Legal Meaning’ (n 10) 735; Çağlayan Aksoy, (n 12) 93.

¹⁷ Cristina Poncibò ve Larry A. DiMatteo, ‘Smart Contracts, Contractual and Noncontractual Remedies’ Code’ in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 118; Oscar Borgogno, ‘Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions’ in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 291; Karamanlioğlu, (n 17) 31; Werbach ve Cornell, (n 14) 318; Wright ve Filippi De, (n 15) 25; Verstraete, (n 14) 746; Caria, ‘Smart Contracts’ (n 17) 27; Tai ‘Smart Contracts’ (n 16) 83; Tevetoğlu, (n 10) 194.

¹⁸ Valentina Gatteschi, Fabrizio Lamberti ve Claudio Demartini, ‘Technology of Smart Contracts’ in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 37-53; Wright ve Filippi (n 15) 25; Çağlayan Aksoy, (n 12) 44.

Bu bağlamda, akıllı sözleşmeler, sözleşmenin bir tarafının borcunu ifa etmiş olmasına rağmen diğer tarafın borcunu ifa etmemesi riskini bertaraf etmekte ve bu surette sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesine ilişkin tereddüdü ortadan kaldırmaktadır¹⁹. Böylelikle, akıllı sözleşmeler bakımından öncelenmiş borca aykırılık durumu da söz konusu olmamaktadır²⁰. Zira karşılıklı borçların ifası çoğu zaman uygulamada aynı anda gerçekleşmemektedir. Bu yönüyle akıllı sözleşmeler, borcunu önce ifa eden borçlunun kendi alacağına ifa edilmemesine ilişkin endişesini gidermektedir²¹. Şöyle ki, akıllı sözleşmeler bakımından ifanın gerçekleşmesi teknik olarak akıllı sözleşmeye ilişkin yazılımın blokzincir sistemine yüklendikten sonra değiştirilmesinin ve müdahale edilmesinin kural olarak mümkün olmaması nedeniyle garanti altına alınmaktadır²².

Akıllı sözleşmelerin günümüze kadar gerçekleşen teknolojik inovasyonlardan en önemli farkı, sözleşmenin taraflarının veya başka herhangi bir kişinin, kurumun ya da kuruluşun, bir akıllı sözleşme blokzincir sistemine bir kez yüklendikten sonra müdahalede bulunmasının teknolojik olarak mümkün olmamasıdır²³.

Akıllı sözleşmelerin elektronik ortamda kurulan mesafeli sözleşmelerden en önemli farkı ise, akıllı sözleşmelerin dijital mimarisinin sözleşmedeki edimlerin ifasını teminat altına alması özelliğidir²⁴. Bu bağlamda, mesafeli sözleşmelerden farklı olarak akıllı sözleşmeler bilgisayar yazılım kodları ile oluşturulmakta ve ifa bu yazılım kodu vasıtasıyla kendiliğinden gerçekleşmektedir²⁵. Bu yönüyle akıllı sözleşmeler karşılıklı borçların ifasının kendiliğinden gerçekleşmesini teminat altına almakta,

¹⁹ Verstraete, (n 14) 753; Durovic ve Janssen, (n 12) 73; Tai, ‘Smart Contracts’ (n 16) 96; Poncibò ve DiMatteo, (n 18) 118; Werbach ve Cornell, (n 14) 347.

²⁰ Öncelenmiş borca aykırılık Türk Borçlar Kanunu genel hükümler kısmında özel bir kural ile düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, öncelenmiş borca aykırılık, borçlunun borcun vadesi gelmeden önce borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi veya hal ve koşullardan borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin açıkça anlaşılmasıdır. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu madde 473’de yer alan yüklenicinin iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda, iş sahibine teslim için belirlenen gün beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönme imkanının tanınmış olması öncelenmiş borca aykırılığın yapımlarına ilişkin olarak eser sözleşmesi kapsamında özel bir düzenlemeyi oluşturmaktadır. (Başak Başoğlu, ‘Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları’ (2008) 66 İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 287, 289; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, ‘Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları ile Karşılaştırılması’ (2019) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 887, 888).

²¹ Verstraete, (n 14) 755; Durovic ve Janssen, (n 12) 73; Tai, ‘Smart Contracts’ (n 16) 96; Borgogno, (n 18) 292

²² Eliza Mik, ‘Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real-World Complexity’ Law Innovation and Technology (2009) 9 (2) <https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4298&context=sol_research> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020; Verstraete, (n 14) 755; Durovic ve Janssen, (n 12) 64; Tai, ‘Smart Contracts’ (n 16) 83, 96, 97; Werbach ve Cornell, (n 14) 332, 333; Borgogno, (n 18) 291; Kapanacı (n 14) 141.

²³ Eric Tjong Tjin Tai, ‘Force Majeure and Excuses in Smart Contracts’, (2018) 26 European Review of Private Law 787, 791; Verstraete, (n 14) 755; Durovic ve Janssen, (n 12) 73; Tai, ‘Smart Contracts’ (n 16) 83, 96, 97; Borgogno, (n 18) 292; Wright ve Filippi, (n 15) 25, 26; Kapanacı, (n 14) 134.

²⁴ Werbach ve Cornell, (n 14) 331; Mik, (n 23) 161; Bertoli, (n 14) 182, 183; Çağlayan Aksoy (n 12) 86.

²⁵ Aaheree Mukherjee, ‘Smart Contracts: Another Feather in UNCITRAL’s Cap’ (2018) Cornell International Law Journal Online, <<http://cornellilj.org/smart-contracts-another-feather-in-uncitrals-cap/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2020; Werbach ve Cornell, (n 14) 322, 347.

sözleşmeden doğan borçların ifasını tamamen otomatik hale getirmektedir²⁶. Akıllı sözleşmeler tahtında ifa, blokzincir ağı üzerinden doğrudan gerçekleştirilmektedir²⁷.

C. Akıllı Sözleşmelerin İhlal Edil(e)memesi

Bu noktada akıllı sözleşmelere ilişkin olarak vurgulanması gereken en önemli özellik sözleşmeden doğan borçların ifasının kendiliğinden gerçekleşiyor olması itibarıyla sözleşmenin ihlal edilmesinin fiilen imkân dahilinde olmamasıdır. Dolayısıyla akıllı sözleşmeler kapsamında alacaklı, borçlunun borcunu yerine getirip getirmeyeceği veya uyumsuzluk durumunda açılacak bir eda davasında mahkemenin nasıl bir karar vereceği endişesini taşımamaktadır.

Özetle; akıllı sözleşmelerin oluşturduğu başlıca pratik sonuç sözleşmenin ihlal edilmesinin fiilen mümkün olmaması nedeniyle, bu sözleşmelerin sözleşmenin ihlaline ilişkin olarak açılacak eda davası ile temin edilecek hukuki korumaya olan ihtiyacı ortadan kaldırmıştır²⁸.

Bununla birlikte, bir akıllı sözleşme ilişkisine dayanarak bir eda davası açılmasına ve bu surette bir ilam elde edilmesine fiilen ihtiyaç bulunmaması, bizleri, geçerli bir hukuki ilişkinin var olmadığı sonucuna götürmemelidir. Zira, geçerli bir sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için gerekli olan bağlanma iradesini akıllı sözleşmenin tarafları da taşımaktadırlar. Akıllı sözleşmelerin dijital mimarisinin dava açılmasına olan ihtiyacı ortadan kaldırması tarafların sahip olduğu sözleşme ile bağlanma iradesini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü, akıllı sözleşme düzleminde de tarafların sözleşme kurma (sözleşme ile bağlanma) iradeleri oluşmaktadır. Dolayısıyla akıllı sözleşmelerin bilgisayar yazılım kodları ile oluşturulması nedeniyle tarafların sözleşme ile bağlanma iradesinin var olmadığından bahsetmek mümkün değildir.

Akıllı sözleşmeler kurulurken de tarafların iradesi hukuken bağlayıcılık taşımakta, ahlaki ve etik bir yükümlülüğün bir adım ötesine geçmekte ve bu itibarla, bu sözleşmelerin hukuki sonuç doğurması söz konusu olmaktadır. Örneğin, (A)'nın, (B)'ye 1 Ocak 2021 tarihinde 10 adet Bitcoin bağışlamayı teklif ettiği, (B)'nin de bu öneriyi kabul ettiği ve bu anlaşmayı içeren bir akıllı sözleşmenin de blokzincir ağına yüklendiği bir durumda artık yalnız ahlaki ve etik bir sorumluluğun varlığından değil, aynı zamanda hukuki bir sorumluluğun varlığından da bahsetmek gerekmektedir. Bu bağlamda, hukuki sorumluluk özellikle borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesi durumunda ne olacağını belirlemektedir. Akıllı sözleşmelerin ihlal edilmesi durumunda ne olacağı analizine fiilen ihtiyaç duyulmaması akıllı sözleşmeler ile

²⁶ Jeffrey Lipshaw, 'The Persistence of "Dumb" Contracts ' (2019) 2 Stanford Journal of Blockchain Law & Policy 1, 3; Verstraete, (n 14) 756; Caria, 'Smart Contracts', (n 17) 24, 27; Gatteschi, Lamberti ve Demartini, (n 19) 53; Bertoli, (n 14) 182, 183; Kapancı, (n 14) 142.

²⁷ Verstraete, (n 14) 760; Caria, 'Smart Contracts', (n 17) 24, 27; Werbach ve Cornell, (n 14) 332, 333.

²⁸ Werbach ve Cornell, (n 14) 339.

kurulan hukuki ilişkinin sözleşme olarak nitelendirilmesine engel oluşturmamaktadır. Sonuç olarak; akıllı sözleşmeler kurulurken de borç üstlenen taraf sadece ahlaki ve etik olarak bağlayıcı bir taahhütte bulunmamakta, aynı zamanda hukuki bir taahhüt de üstlenmektedir.

D. Akıllı Sözleşmeler ve Blokzincir Teknolojisinin İşleyişi

Akıllı sözleşmelerin daha iyi anlaşılabilmesi için blokzincir teknolojisinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Makalemizin giriş kısmında da ifade edildiği üzere blokzincir teknolojisi tüm işlemlerin bloklar halinde gruplandırılarak kaydolduğu ve merkezi olmayan bir dijital veri tabanı sistemini ifade etmektedir²⁹. Bu bağlamda, her kişi söz konusu işlemlerin kaydedildiği veri tabanına erişebilmekte, bununla birlikte kaydedilen işlemlerin sonradan değiştirilmesi kural olarak mümkün olamamaktadır³⁰. Her türlü işlem, merkezi olmayan, hızlı esnek ve oldukça güvenli bir şekilde birden fazla dijital ortamda kayıt altına alınmaktadır³¹.

Akıllı sözleşmeler, blokzincir veri tabanına kaydedildiğinde, akıllı sözleşmelerden doğan borçlar, dışardan herhangi bir müdahale olmaksızın ve bir ifa yardımcısı kullanılmaksızın kendiliğinden ifa edilebilir olmakta ve işlemler dijital ortamda kayıt altına alınmaktadır. Akıllı sözleşmelerin göstermiş olduğu bu farklılığı bir örnek ile ortaya koymakta yarar bulunmaktadır. Örneğin, (A) ile (B) Bankası A.Ş her ayın 5'nci günü (A)'nın (B) Bankası A.Ş'de bulunan hesabından 1.000 Türk Lirasının 5 Aralık 2021 tarihine kadar (C)'nin banka hesabına yatırılmasını kararlaştırabilirler. Bu ihtimalde, (B) Bankası A.Ş haklı bir sebebe dayanmaksızın ve oluşabilecek tazminat sorumluluğunu göze alarak tek taraflı bir şekilde söz konusu bu hukuki ilişkiye son verebilir ve 1.000 Türk Lirasının (C)'nin banka hesabına aktarılmasına engel olabilir. Bu örnekte, hukuki ilişkinin akıbeti tamamen (A)'nın veya (B) Bankası A.Ş'nin tasarrufunda bulunmaktadır; dolayısıyla taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ihlal edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Oysa, söz konusu bu hukuki ilişki bir akıllı sözleşme olarak kurulmuş ve blokzincir veri tabanına yüklenmiş olsa idi, ne (A)'nın ne de (B) Bankası A.Ş'nin işbu sözleşmeden doğan borçların ifasına tek taraflı olarak engel olması mümkün olmayacaktır. İşte bahsi geçen bu özellik, akıllı sözleşmelerin tarafları arasında sözleşmenin ifasına ilişkin ortaya çıkabilecek bir güvensizliği en aza indirmesi ve merkezi bir sisteme bağımlı olmaması nedeniyle sözleşmesel ilişkilere yeni bir boyut kazandırmaktadır.

Özetle, akıllı sözleşme, bilgisayar yazılım dilinde kaleme alınmış, ifanın blokzincir teknolojisi yardımı ile gerçekleştirildiği ve işlemlerin merkezi olmayan birden fazla

²⁹ 'Virtual Currency Schemes – A Further Analysis' (February 2015) < www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf > Erişim Tarihi 22 Ağustos 2020.

³⁰ Caria, Smart Contracts, s. 20; Gatteschi, Lamberti ve Demartini, (n 19) 37, 42, 53; Durovic ve Janssen, (n 12) 64; Mik, (n 23) 160.

³¹ Caria, 'Smart Contracts' (n 17) 20.

dijital ortamda kayıt altına alındığı bir sözleşme şeklidir³². Bu bilgiler ışığı altında, akıllı sözleşmelerin şu üç özelliği ön plana çıkmaktadır: i) bilgisayar yazılımı ile yazılmaları, ii) blokzincir sistemine kayıtlı olmaları, iii) sözleşmeden doğan borçların dışarıdan bir müdahaleye ihtiyaç olmaksızın ve kendiliğinden ifa edilmesi imkanını sunmaları³³.

E. Sözleşme Hukukunda Akıllı Sözleşmelerin Yeri

Karşılaştırmalı hukukta bir kısım yazar, akıllı sözleşmeleri sözleşme hukukunun ifa engellerinden arındırılmış bir versiyonu olarak görsede, bu yaklaşımı farklı yönleri ile ele almakta yarar bulunmaktadır³⁴.

Örneğin, akıllı sözleşmeler, dijital mimarisi itibariyle, sözleşme hukukunun önemli bir takım hukuki imkân ve yaptırımlarının uygulanması bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda özellikle aldatma, yanılma, korkutma gibi irade sakatlıklarında akıllı sözleşmenin iptal edilmesi durumunda borç ilişkisinin tasfiyesi birtakım güçlükler arz etmektedir³⁵. Zira, akıllı sözleşmelerin ortaya çıkmasında temel motivasyonu, sözleşme kurulurken (ex ante) ortaya çıkması muhtemel sorunların en aza indirgenmesi değil, sözleşme kurulduktan sonra (ex post) sözleşmenin ihlali ihtimalinin tamamen ortadan kaldırılması oluşturmaktadır³⁶.

Akıllı sözleşmeler, dijital mimarisi itibariyle, sözleşme hukukunda var olan birtakım yaptırımların uygulanabileceğini göz ardı etmektedir. Bu bağlamda, akıllı sözleşmeler özelinde sözleşmeden doğan borçların ifasının mutlak surette gerçekleşeceği olgusu sözleşmeler hukukunda yer alan aldatma, yanılma, korkutma gibi irade sakatlıkları hallerinde sözleşmenin iptalinin mümkün olabileceği gerçeği ile pek uyum göstermemektedir. Bununla birlikte, bu durum sözleşmenin geçerliliği ile ilgili hukuki kurumların akıllı sözleşmeler hakkında hiçbir surette uygulama bulmayacağı anlamına da gelmemektedir.

Bu sözleşmelere “akıllı” nitelendirmesi yapılması, sözleşmenin bilgisayar yazılımı ile kayıt altına alınmasını ve ifanın kendiliğinden gerçekleşmesini kastetmekte ve ilgili hukuki ilişkinin sözleşme olarak tasnif edilmesine engel olmamaktadır³⁷. Örneğin bir akıllı sözleşme ile 1 Kasım 2020 tarihinde (A)’nın 10 Ethereum³⁸ karşılığında (B)’ye

³² Caria, ‘Smart Contracts’ (n 17) 22; Durovic ve Janssen, (n 12) 63; Mik, (n 23) 160, 161.

³³ Caria, ‘Smart Contracts’ (n 17) 24; Gatteschi, Lamberti ve Demartini, (n 19) 53; Lipshaw, (n 27) 8; Caria, ‘Legal Meaning’ (n 10) 742; Bertoli, (n 14) 183.

³⁴ Verstraete, (n 14) 760.

³⁵ Verstraete, (n 14) 746.

³⁶ Werbach ve Cornell, (n 14) 318; Tai, ‘Force Majeure’, (n 24) 800; Borgogno, (n 18) 291.

³⁷ Caria, ‘Smart Contracts’, (n 17) 25.

³⁸ Ethereum, merkezi olmayan uygulamalar için küresel, açık kaynaklı halka açık, akıllı sözleşme protokolü özelliğini sağlayan işletim sistemidir. (‘Ethereum Nedir’ (4 Kasım 2020) < <https://ethereum.org/tr/> > Erişim Tarihi 16 Kasım 2020).

1 Bitcoin³⁹ vermesinin kararlaştırıldığı bir borç ilişkisinde sözleşme kurulurken (A)'nın Ethereum'un değerine ilişkin olarak (B) tarafından aldatılması durumunda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bir akıllı sözleşme ile kurulması ve blokzincir sistemine yüklenmesi (A)'nın borçlar hukuku genel hükümler tahtında aldatmaya ilişkin hükümlerden yararlanmasına engel oluşturmamaktadır⁴⁰. Bir başka anlatımla, akıllı sözleşmelerin blokzincir sistemine kaydedilmesi borçlar hukuku genel hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum teşkil etmemektedir⁴¹.

Çünkü akıllı sözleşmeler teknolojik bir inovasyon olarak borçlar hukukunu değiştiren değil, borçlar hukukuna tabi olan bir hukuki ilişkidir⁴². Bir başka ifadeyle akıllı sözleşmelerin sözleşmeler hukukunu ikame eden bir yönü bulunmamaktadır⁴³. Şayet akıllı sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu madde 27'de ifade bulan “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” düzenlemesine aykırılık taşıyor ise veya aldatma, yanıltma veya korkutma gibi sözleşmenin geçerliliğini etkileyen irade sakatlıkları söz konusu ise, akıllı sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin değerlendirme yine borçlar hukukunun ilgili hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Dolayısıyla akıllı sözleşmeler de sözleşmeler hukukunda öngörülen geçerlilik rejimine tabidir⁴⁴.

Bir diğer yönden, sözleşme serbestisi, tarafların istedikleri formda ve istedikleri dilde sözleşmelerini şekillendirmelerine müsaade etmekte ve akıllı sözleşmelerde bu özgürlüğün bir görünüm şeklini oluşturmaktadır⁴⁵. Bu bağlamda, akıllı sözleşmelerin bilgisayar yazılım kodu kullanılarak ve dijital veri formunda kurulması özelliği ile sözleşmelerin yazılı veya sözlü olarak kurulmasına ilişkin yaygın uygulama farklılık göstermektedir. Nitekim kimi zaman örtülü bir kabul işleminin dahi sözleşme ilişkisi kurulmasına hukuken imkân tanıdığı dikkate alındığında tarafların öneri ve kabul iradelerini akıllı sözleşme formunda bir dijital veri olarak biçimlendirmek suretiyle bir sözleşme ilişkisi kurmalarına imkân tanınması gerektiği kabul edilmelidir.

³⁹ Bitcoin yeni bir ödeme sistemini blockchain üzerinde sunan bir konsensus ağı ve tamamen dijital bir değer birimidir. ('Bitcoin Nedir' < <https://bitcoin.org/tr/sss#genel> > Erişim Tarihi 16 Kasım 2020).

⁴⁰ Aldatma bkz: Kemal Oğuzman, Turgut Öz *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 113; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Yetkin Yayıncılık 2018) 414; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (7. Bası, Filiz Kitapevi 2017) 454; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 396; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Beta Basım 2018) 97; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hüküm* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 100; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 251; Zekeriya Kürşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı* (1. Bası, Kazancı Kitap 2003) 11.

⁴¹ Caria, 'Smart Contracts' (n 17) 33; Poncibò ve DiMatteo, (n 18) 119; Verstraete, (n 14) 749; Çağlayan Aksoy (n 12) 92-93.

⁴² Caria, 'Smart Contracts' (n 17) 33.

⁴³ Caria, 'Smart Contracts' (n 17) 34; Werbach ve Cornell, (n 14) 318; Çağlayan Aksoy, (n 12) 92.

⁴⁴ Caria, 'Smart Contracts' (n 17) 33; Poncibò ve DiMatteo, (n 18) 119; Çağlayan Aksoy, (n 12) 246.

⁴⁵ Bununla birlikte Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 5/f.4 uyarınca “*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.*” düzenlemesi tahtında akıllı sözleşmelerin tüketici hukuku sahasında kullanılması bu aşamada pratik ve yaygın olarak pek de imkân dahilinde bulunmadığını ifade etmekte yarar bulunmaktadır. (Çağlayan Aksoy, (n 12) 234)

Sonuç olarak; akıllı sözleşmeler, sözleşmeden doğan borçların ifasının kendiliğinden gerçekleşmesini blokzincir teknolojisi ile teminat altına almaktadır. Bu noktada, blokzincir inovasyonu sözleşmenin ihlal edilmesini fiilen imkânsız kılmaktadır. Bu bağlamda, akıllı sözleşmelerden doğan bir borcun ifasına ilişkin olarak görevli ve yetkili mahkemede bir eda davası açmak suretiyle bir ilam elde edilmesine ve bu ilamın icrası prosedürünün işletilmesine ihtiyaç kalmamaktadır. Özellikle taşınır teslimini konu alan ilamların icrası bakımından ilamın konusunu oluşturan taşınırın borçlunun zilyetliğinde bulunmaması ve taşınırın değerinin ilamda yazılmaması durumunda, icra müdürü tarafından taşınırın değerinin İcra İflas Kanunu madde 24/f.4 uyarınca haczin yapıldığı tarihteki değere göre belirlenerek haciz yoluyla tahsil edilmesi gibi karmaşık hukuki imkanlara başvurmaya gerek kalmamaktadır⁴⁶. Zira, akıllı sözleşmeler, bu ihtimalde de borcun ifa edilmesini dijital mimarisi ile temin etmektedir.

III. Akıllı Sözleşmelerden Kaynaklanan Muhtemel Hukuki Sorunların Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere akıllı sözleşmeler ve blokzincir teknolojisi sözleşmenin ihlal edilmesini fiilen imkânsız kılmaktadır⁴⁷. Zira akıllı sözleşmeyi bünyesinde barındıran yazılımın blokzincire yüklenmesinden sonra artık bu yazılımın değiştirilmesi teknolojik olarak mümkün olmamaktadır⁴⁸.

Öte yandan akıllı sözleşmelerin mahiyeti itibariyle akıllı sözleşmelerin uygulanması bakımından birtakım hukuki sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu bağlamda, özellikle akıllı sözleşmelerin kişisel verilerin korunması mevzuatına uyumu, genel işlem koşulları çerçevesinde denetimi, sözleşmede bulunan boşlukların doldurulması ve birtakım sözleşmesel hükümlerin uygulanması bakımından akıllı sözleşmelerin arz etmiş olduğu yapısal sorunlar, aşırı ifa güclüğü hallerinin akıllı sözleşmelere etkileri, ihtiyati tedbirlerin icrasının akıllı sözleşmeler düzleminde göstermiş olduğu zorluklar ve yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde açıkça hukuk seçiminin yapılmamış olması durumunda uygulanacak hukukun tespitinde yaşanabilecek güçlükler akıllı sözleşmelerin uygulaması bakımından başlıca sorunları oluşturmaktadır.

⁴⁶ İcra İflas Kanunu Madde 24/f.2: “Yedinde bulunmazsa ilâmda yazılı değeri alınır. Vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Taşınır malın değeri, ilâmda yazılı olmadığı veya ihtilâflı bulunduğu takdirde, icra müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur.”

⁴⁷ Poncibò ve DiMatteo, (n 18) 118; Werbach ve Cornell, (n 14) 318; Verstraete, (n 14) 746; Caria, ‘Smart Contracts’, (n 14) 27; Tai, ‘Smart Contracts’ (n 14) 83.

⁴⁸ Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò, ‘Smart Contracts and Contract Law’ in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (ed) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 4; Gatteschi, Lamberti ve Demartini, (n 19) 37, 42, 53.

B. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Akıllı Sözleşmelerin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Nesnelerin interneti, akıllı sözleşmeler, blokzincir teknolojisi gibi gelişmeler ile kişisel verilerin korunması konusu daha da önem kazanmaktadır⁴⁹. Akıllı sözleşmelerin geçerliliği noktasında en önemli endişe kaynaklarından bir tanesi de akıllı sözleşmelerin kişisel verilerin korunması mevzuatı ile uyumu konusudur⁵⁰. Zira kişisel verilerin korunması mevzuatı oluşturulurken temel kaygıların hedef noktasını kişisel verilerin merkezi sistemler tarafından işlenmesi oluşturmaktadır⁵¹. Nitekim makalemiz de halka açık izne tabi olmayan blokzincirlere yüklenen akıllı sözleşmeleri hukuki bir perspektiften ele almaktadır.

2. Blokzincire Yüklenen Akıllı Sözleşmelerde Yer Alan Kişisel Verilerin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Uyarınca Silinmesi Zorunluluğu

Uzun yıllar tasarı halinde bekleyen ve 7 Nisan 2016 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak birçok emredici kural ortaya koymuştur. Bu bağlamda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 7/f.1 kişisel verilerin, bunların işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmesi gerektiğini düzenlemektedir⁵². Bu bağlamda, akıllı sözleşmeler tahtında ilgili işlemlerin kaydedildiği blokzincir sistemi merkezi olmayan birden çok veri tabanına dağıtılmış dijital verilerden oluşmakta olup, blokzincir sistemine yüklenen akıllı sözleşmeler bakımından ilgili sözleşmelerin ad, soyad, adres, vatandaşlık kimlik numarası gibi birtakım kişisel verileri içermesi oldukça muhtemel gözükmektedir. Örneğin, bir PayID⁵³ oluşturularak PayMe+ platformu üzerinden Bitcoin, Ripple gibi dijital varlıkların veya bu platform üzerinden IBAN numarası ile para birimlerinin transferi blokzincir teknolojisi ile mümkün olabilmektedir⁵⁴.

⁴⁹ Sjeff van Erp, 'Data Protection in Hybrid World' in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 233.

⁵⁰ Çekin, 'Akıllı Sözleşmeler' (n 2) 330.

⁵¹ Marco Tullio Giordano, 'Blockchain and the GDPR: New Challenges for Privacy and Security' in Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020) 276.

⁵² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 7/f.1: "Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir."

⁵³ PayID, kişilerin herhangi bir ödeme aşında herhangi bir para biriminde para gönderip almasını kolaylaştıran açık bir evrensel ödeme tanımlayıcısıdır. 'The Unified Payment Identifier' < <https://payid.org/universal-payment-identifier-faqs#What%20is%20PayID> > Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.

⁵⁴ 'Payme+' < <https://www.payme.plus/> > Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.

Bu bilgiler ışığı altında ve PayID'nin kimliği belirlenebilir bir kişiye ait olması hususu dikkate alındığında, PayID'nin bir kişisel veri olarak nitelendirilmesi kanaatimizce imkân dahilinde bulunmaktadır⁵⁵. Nitekim blokzincir sisteminde yer alan hesap (wallet) adreslerinin kimliği belirlenebilir kişilere ait verileri ve dolayısıyla bir takım kişisel verileri muhteva edebileceği ifade edilmektedir⁵⁶. Bu durumda ve blokzincir üzerine kaydedilen verilerde kural olarak herhangi bir değişikliğin yapılamayacağı göz önünde tutulduğunda, PayID gibi kişisel veriler içeren akıllı sözleşmeler bakımından kişisel verilerin ilgili mevzuat uyarınca silinmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesi pek de mümkün olamayacaktır⁵⁷.

Öte taraftan, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 11/e uyarınca da ilgili kişiler, kişisel verilerinin silinmesini isteme hakkına sahiptirler⁵⁸. Bununla birlikte, söz konusu kişisel verilerin blokzincir sistemi üzerinden silinmesi kural olarak mümkün olamamaktadır. Zira, halka açık blokzincir sistemlerinde, söz konusu işlem bir kez blokzincire kaydedildikten sonra, ilgili işlemin blokzincir sistemi üzerinden değiştirilmesi veya blokzincirden silinmesi gerçekleştirilememektedir. Blokzincir sisteminin bu özelliği onu diğer teknolojik inovasyonlardan ayırmaktadır. Nitekim karşılaştırmalı hukuk bakımından da bu hassasiyet dile getirilmektedir⁵⁹. Bu durum ayrıca, Türk Borçlar Kanunu madde 27 uyarınca akıllı sözleşmelerin uygulanması bakımından kanunun emredici hükümlerine uyum noktasında ileride tartışılması gereken hassas konulardan bir tanesini oluşturmaktadır.

⁵⁵ Kişinin hangi hallerde belirlenebilir olduğuna ilişkin olarak bakınız: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği ile Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (3. Bası, Oniki Levha 2020) 45-48.

⁵⁶ Giordano, (n 52) 279.

⁵⁷ Lokke Moerel, 'Blockchain and Data Protection', in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 216, 217; Çekin 'Akıllı Sözleşmeler' (n 2) 338.

⁵⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González kararında internet arama motoru operatörünün, üçüncü taraflarca yayınlanan web sayfalarında görünen kişisel verilere ilişkin olarak ilgili kişilerin söz konusu verilerin silinmesini talep edebilmek hakkının var olduğuna karar vermiştir (Case C-131/12 *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* [2014] E CJ 317). Nitekim aynı yaklaşımın blokzincir üzerine kaydedilen akıllı sözleşmelerde var olabilecek kişisel veriler bakımından da ifade edilmesi mümkün gözükmemektedir. Nitekim, kişisel verilerin silinmesi ve yok edilmesi, unutulma hakkı ve Anayasa madde 20/f.3'de düzenlenen kişisel verilerin korunmasına ilişkin anayasal güvence ile de yakinen alakalıdır. (Çekin, 'Akıllı Sözleşmeler' (n 2) 338.)

⁵⁹ Matthias Berberich ve Malgorzata Steiner, 'Blockchain Technology and the GDPR – How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?' (2016) 2 *European Data Protection Law Review* 422, 426; David Meyer, 'Blockchain Technology is on a Collision Course with EU Privacy Law' (*The Privacy Advisor*) <<https://iapp.org/news/a/blockchain-technology-is-on-a-collision-course-with-eu-privacy-law/>> Erişim Tarihi 22 Kasım 2020; Andries Van Humbeeck, 'The Blockchain-GDPR Paradox' (*CodeMine*, 21 November 2017) <<https://codemine.be/posts/20171121-blockchain-gdpr-paradox/>> Erişim Tarihi 22 Kasım 2020 ; Winston Maxwell ve John Salmon, 'A Guide to Blockchain and Data Protection' (*A Guide to Blockchain and Data Protection*, September 2017) <https://www.hlengage.com/_uploads/downloads/5425GuidetoblockchainV9FORWEB.pdf> Erişim 22 Kasım 2020; Moerel, (n 58) 214;.

3. Blokzincire Yüklenen Akıllı Sözleşmelerde Yer Alan Kişisel Verilerin İlgilisinin Silinmesini Talep Etmesi Durumunda Oluşabilecek Sorunlar

Yukarıda ifade edildiği üzere halka açık izinsiz blokzincir sistemleri üzerinde kaydedilen işlemlerin geriye dönük olarak silinmesi kural olarak mümkün bulunmamaktadır. Zira, blokzincir sistemi üzerinde kaydedilen verileri muhteva eden blokların birbirine bağlı olması ve blokzincir sistemindeki bu blokları işleyen merkezlerin birden fazla olması ve dağınık bir şekilde bulunması nedeniyle bloklar üzerinde değişiklik yapılması fiilen imkân dahilinde bulunmamaktadır⁶⁰.

Öte taraftan, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 11/f.1(e)'de ifade bulan "7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme" hakkının kullanılması ile arzu edilen sonuca ulaşılması blokzincire yüklenen akıllı sözleşmeler tahtında yukarıda yer verilen teknik sebeplerle pek de mümkün gözükmemektedir.

Nitekim, aynı gerekçelerle, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 4/f.1(d)'de yer alan "İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme" prensibinin gereğini yerine getirmek de mümkün olmayacaktır. Zira, blokzincir teknolojisinin mimarisi, veriler ilgili bloklara bir kez kaydedildikten sonra, kural olarak bu verilerin silinmesine müsaade etmemekte ve bu veriler sistemde kalıcı bir şekilde kayıtlı hale gelmektedir.

Diğer taraftan, blokzincir ağına kaydolunan verilerde bir değişiklik yapılmasının teknik olarak imkân dahilinde bulunmaması nedeniyle, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 11/f.1(d)'de düzenlenen ve işlenen kişisel verilerin düzeltilmesine ilişkin talebin karşılanmasının da mümkün olmaması, bu konuda ortaya çıkan bir diğer sorunu oluşturmaktadır⁶¹.

Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde ve blokzincir teknolojisi ile akıllı sözleşmelerin yapısal özellikleri göz önünde tutulduğunda, kişisel verilerin korunması mevzuatında özellikle blokzincir sistemine kaydedilecek akıllı sözleşmelerde işlenebilecek kişisel verilere ilişkin istisnai hükümler getirilmesi kanaatimizce isabetli bir yaklaşım olacaktır.

4. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Uyarınca Veri Sorumlusunun Tespiti Kuralına Uyum Bağlamında Oluşabilecek Sorunlar

Kişisel verilerin korunması mevzuatına uyum noktasında bir diğer önemli sorun da blokzincir teknolojisinin var olduğu bir düzlemde veri sorumlusunun kim olduğunun

⁶⁰ Çekin, 'Akıllı Sözleşmeler' (n 2) 338; Giardano, (n 52) 282.

⁶¹ Çekin, 'Akıllı Sözleşmeler' (n 2) 335-337.

tespitidir⁶². Kişisel verilerin merkezi sistemler tarafından ele alındığı durumlarda veri sorumlusunu tespit etmek kolay iken, kişisel verilerin dağıtılmış veri tabanlarından oluşan blokzincir sistemlerinde işlenmesi durumunda veri sorumlusunun kim olduğunun tespiti kolay bir mesele olmayacaktır.

Nitekim, blokzincir sistemi içeriğinde birbiri ile kronolojik olarak ilintili olan her bir merkez (node), hem veri sorumlusu hem de bir önceki merkezde yer alan verilerin teyidi işlemi bağlamında veri işleyen olarak nitelendirilebilmektedir⁶³. Bu bağlamda, profesyonel nitelik taşımayan bireysel nitelik taşıyan bazı faaliyetler için (örneğin, blokzincir üzerinde işlemlerin konfirmasyonunu temin eden madencilik faaliyeti) istisnai düzenlemeler getirilmelidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 3/f.1(1) uyarınca veri sorumlusu kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 10 uyarınca veri sorumlusunun aydınlatma ve madde 12 uyarınca veri güvenliğine ilişkin olarak tedbir alma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, blokzincir teknolojisinin merkezi olmayan ve bloklar halinde gruplandırılmış tüm işlemlerin kaydolduğu bir dijital sistem olduğu dikkate alındığında veri sorumlusunun tespitinde de güçlükler ortaya çıkmaktadır. Zira, blokzincir sisteminde verinin kaydolduğu birden fazla blok ve dolayısıyla birden fazla veri sorumlusu bulunmaktadır⁶⁴.

Bu bağlamda ayrıca, söz konusu veri sorumlularının yerleşim yerlerinin veya mutad meskenlerinin farklı devletlerde olabileceği ve dolayısıyla kişisel verilerin korunması mevzuatına uyum konusunda, birden fazla uygulanabilir hukuk olması sorununun ortaya çıkabileceği gözden kaçırılmamalıdır⁶⁵. Bu noktada özellikle, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun madde 6'da yer alan “*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.*” düzenlemesi ışığı altında kişisel verilerin korunması mevzuatının doğrudan uygulanabilir kurallar niteliğini taşıdığını da belirtmekte yarar bulunmaktadır. Bu durum da akıllı sözleşmeler tahtında kişisel verilerin korunması mevzuatına uyum bakımından uygulanabilir hukukun tespitinde ve bu hukukun

⁶² Elif Küzeci, ‘Blokzinciri, Hukuk ve Kişisel Verilerin Korunması: Yeni bir Güven Mekanizması Kurmak Olanaklı mı?’ in Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk (edr), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1: Blokzincir* (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 172; Çekin, ‘Akıllı Sözleşmeler’ (n 2) 331-334; Giardano, (n 52) 278.

⁶³ Giardano, (n 52) 279.

⁶⁴ Robert Herian, ‘Blockchain, GDPR, and Fantasies of Data Sovereignty’, (2020) 12 Law, Innovation, Technology 156, 162; Moerel, (n 58) 214, 215; Giardano, (n 52) 276.

⁶⁵ ibid 161.

uygulanmasına ilişkin yeknesaklığın sağlanmasında oldukça ciddi problemlerin ortaya çıkabileceği endişesini gündeme getirmektedir⁶⁶.

B. Akıllı Sözleşmelere Genel İşlem Koşullarının Uygulanması Bakımından Karşılaşılabilecek Sorunlar

1. Genel Olarak

Liberal ekonomik sistem “bireysel sözleşme” modelini esas almakta ve bu suretle taraflara, sözleşmenin kuruluşunda, karşılıklı müzakere yoluyla sözleşmenin içeriğini kanunların müsaade ettiği sınırlar içerisinde diledikleri gibi belirleyebilme özgürlüğünü tanımaktadır⁶⁷. Borçlar hukukuna egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireylerin irade serbestisinin bir görünümünü oluşturmakta ve bunun doğal sonucu olarak her bireye, bir başkasıyla kuracağı sözleşme ilişkisinin kurallarını, bizzat kendi iradesiyle ve sözleşmenin karşı tarafı ile anlaşarak belirleme imkânı sunmaktadır. Bu bakımdan, yaklaşım itibarıyla akıllı sözleşmeler de herhangi bir farklılık arz etmemekte, bireylerin sahip olduğu irade serbestisinin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir başka yansımaları oluşturmaktadır.

Genel işlem koşulları Türk Borçlar Kanunu’nda tanımlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu madde 20/f.1’e göre; genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmelerde kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu düzenlemeden hareketle, bir sözleşme metninin önceden ve çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış olması, şartlarının karşı tarafla müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak belirlenmesi, genel işlem koşullarının başlıca unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁸.

Her ne kadar genel işlem koşulları borçlar hukuku genel hükümler kısmında tanımlanmış olsa da, genel işlem koşullarının kullanımı kimi zaman Türk Ticaret Kanunu madde 55/(1)f.2 uyarınca bir haksız rekabet hali de oluşturabilmektedir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu madde 55/(1)f.2 “*Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde*

⁶⁶ ibid 162.

⁶⁷ Ezgi Kutluay, ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1369, 1422.

⁶⁸ Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, (1. Bası, Beta Yayınevi 2001) 97; Umut Yeniocak, ‘Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi’ (2013) 107 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 75, 78; Ece Baş Süzal, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi’ in Prof. Tufan Ögüz (edr) Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, (1. Bası, Filiz Kitapevi 2013) 280; Çağlayan Aksoy, (n 12) 203.

aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.” düzenlemesini öngörmektedir⁶⁹.

Genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında ve geçerli olduğunun değerlendirilebilmesi için, bu sözleşme hükümlerinin, taraflar arasında sonuca etkili bir şekilde müzakere edilmiş olması gerekmektedir⁷⁰. Bu bilgi ışığı altında genel işlem koşullarını sunan tarafın, karşı tarafa, genel işlem koşullarının kendisi için doğurabileceği olumsuz sonuçlar hakkında açıkça bilgi vermesi yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

Bu bağlamda ve akıllı sözleşmelerin bilgisayar yazılım kodu ile oluşturulduğu dikkate alındığında, söz konusu bu yükümlülüğün akıllı sözleşmeler tahtında yerine getirilmesi pratik olarak güçlükler arz etmektedir. Akıllı sözleşmenin akdedilmesini sağlayan bilgisayar yazılım kodlarının karşı tarafa yalın bir dille ifade edilmesinin oldukça güç olması göz önünde tutulduğunda, genel işlem koşullarının sebebiyet verebileceği olumsuz hukuki sonuçların gerçekçi ve efektif bir şekilde karşı tarafa beyanı da pratik olarak pek mümkün olmayacaktır.

2. Genel İşlem Koşullarının Akıllı Sözleşmelere Uygulanması

Akıllı sözleşmeler uygulaması bakımından önem taşıyan bir diğer konu da genel işlem koşullarına ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilen düzenlemelerin akıllı sözleşmeler kapsamında nasıl uygulanacağı sorunudur. Türk Borçlar Kanunu 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.*” düzenlemesini öngörmektedir. Bu bağlamda, sözleşmeyi hazırlayan taraf, sadece sözleşmeyi karşı tarafa sunması halinde bu yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilmeyecek, sözleşmenin karşı tarafını bu koşulların varlığı hususunda açık bir şekilde bilgilendirmesi gerekecektir. Nitekim, genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi kabul edecek olan tarafın bu koşulun içeriğini öğrenme imkanına sahip olması gerekmektedir. Bunun için, sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının içeriği hakkında karşı tarafa bilgi edinme imkânının tanınması, sözleşme metninin ekleri ile karşı tarafa sunulması, sözleşmede genel

⁶⁹ Haksız rekabet hukuku sözleşme hukukundan farklı olarak genel işlem koşullarını, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini dikkate alarak somut ilişkiye göre denetlemez. Aksine bozulmamış rekabetin korunması amacından hareketle soyut, genel bir denetimi amaçlar. Bir başka anlatımla haksız rekabet hukuku perspektifinden asıl amaç taraflar arasındaki somut ilişkide etkili içerik kontrolü yapılması değildir. (Sevilay Uzunallı, ‘Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi’ (2013) 71 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 383, 405) Hatta kimi zaman bu genel işlem şartlarının Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 4 ve madde 6 uyarınca geçersizlik yaptırımı ile karşılaşması da ihtimal dahilinde bulunmaktadır (Metin Topçuoğlu, ‘Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları’ (2015) 19 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3,29)

⁷⁰ Yeniocak, (n 69) 82.

işlem koşullarının bulunduğu belirtilmesi ve söz konusu genel işlem koşullarının okunduğu zaman anlaşılır olması gerekmektedir⁷¹.

Akıllı sözleşmelerin uzmanlık bilgisi gerektiren bilgisayar yazılım kodu ile blokzincir sistemi üzerine kaydolunduğu dikkate alındığında, Türk Borçlar Kanunu madde 21 uyarınca bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi pratik olarak pek mümkün olmayacaktır⁷². Zira, bu yazılım kodları okunması ve kavranması uzmanlık gerektiren algoritmalarından oluşmaktadır⁷³.

Öte taraftan, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda madde 21 uyarınca uygulanacak olan “yazılmamış sayılma” yaptırımının uygulanması akıllı sözleşmeler tahtında imkân dahilinde bulunmamaktadır. Zira, gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin, blokzincir sistemine yüklenen akıllı sözleşmelerin içeriğine herhangi bir müdahalede bulunması teknolojik olarak mümkün olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığı altında, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin ve bilhassa Türk Borçlar Kanunu madde 21 düzenlemesinin akıllı sözleşme ilişkilerine uygulanması bakımından, ayrı bir dikkat ve özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu tarz uygulamalar ve denetimler ise işlem maliyetini artırmakta ve akıllı sözleşmelere ilişkin mevcut genel izlenimin aksine akıllı sözleşmelerin gelecekte yaygınlık kazanması ihtimalini sorgulamaktadır.

Sonuç olarak; hukuk düzeninin sözleşme özgürlüğü prensibine dayanarak akıllı sözleşmeler marifetiyle genel işlem koşulları denetiminin dolanılmasına izin vermesi düşünülemez. Bu nedenle akıllı sözleşmeler tahtında da genel işlem koşullarının etkin bir şekilde denetimi oldukça önem taşımaktadır.

C. Akıllı Sözleşmelerin Geçersizliği Durumunda İfa Edilmiş Borçların Tasfiyesi Bakımından Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar

1. Genel Olarak

Akıllı sözleşmelerin analizi bakımından önem taşıyan bir diğer husus da akıllı sözleşmelerin, fiil ehliyetine sahip olmayan tam ehliyetsiz bir kişi tarafından kurulması veya akıllı sözleşmelerin konusunun kanunen ticareti yasaklanmış

⁷¹ Yeşim M. Atamer, ‘Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar’ in Prof. Dr. Rona Serozan, (edr) *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*, (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2004) 308; Doğa Ekrem Doğancı, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*, (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018) 77; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğü* (n 69) 97.

⁷² Benzer bir sorunun varlığı tüketici hukuku kapsamında tüketiciye tanınan cayma hakkının kullanılması bakımından da ifade edilebilir. Örneğin, mesafeli sözleşmeler bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 48 uyarınca tüketiciye herhangi bir gerekçe göstermeksizin ilgili sözleşmeden doğan cayma hakkının kullanılması imkânı tanınmıştır. Bu noktada akıllı sözleşmelerin blokzincir sistemine yüklenmesinden sonra ilgili akıllı sözleşmelerde fiilen bir değişiklik yapılmasının kural olarak mümkün olmadığı dikkate alındığında cayma hakkının kullanılması akıllı sözleşmelerden doğan borçların ifa edilmesine engel olmayacaktır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da tüketici sözleşmeleri bakımından özellikle akıllı sözleşmelerin bu yönü eleştirilmektedir (Durovic ve Janssen, (n 12) 79; Wright ve Filippi, (n 15) 26).

⁷³ Harry Surden, ‘Computable Contracts’ (2012) 46 University of California Davis Law Review 629, 633.

bir dijital hizmeti konu alması gibi durumlarda, sözleşmelerin hükümsüzlüğüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu madde 27 hükmünün bu sözleşmeler bakımından nasıl uygulanacağı meselesidir. Şöyle ki; anılan madde 27 hükmü uyarınca akıllı sözleşmelerin hükümsüzlükleri ileri sürülse dahi, bu sözleşmelerde öngörülen edimlerin blokzincir dijital mimarisi ile kendiliğinden ifa edilecek olması nedeniyle, hükümsüzlük yaptırımının bu sözleşmeler bakımından sonuçlarının ne olacağı ile ilgili soru işaretleri doğacaktır.

Böyle bir durumda, özellikle, baştan itibaren geçersiz bir sözleşme ilişkisinde tarafların önceden vermiş oldukları edimlerin tasfiyesinin nasıl yapılabileceği sorunu gündeme gelecektir⁷⁴. Zira akıllı sözleşmelerin yüklediği blokzincir sistemine dışardan artık sözleşmenin taraflarının veya herhangi başkaca bir kişinin, kurumun ya da kuruluşun müdahalede bulunması teknolojik olarak mümkün olamayacaktır. Bu durum da edimlerin tasfiyesinin nasıl yapılacağı sorununu gündeme getirmektedir⁷⁵. Bu bağlamda, borçlar hukukumuzda kesin hükümsüzlükle geçersiz bu tarz hukuki ilişkilerde, ilgili edimlerin tasfiyesinin nasıl yapılacağını düzenleyen özel hükümler bulunmamaktadır. Bununla birlikte, taraflar arasında her ne kadar geçersiz de olsa akıllı sözleşme marifetiyle bir hukuki yakınlaşma kurulduğu dikkate alındığında değiş tokuş edilen edimlerin yine aynı menfaatler dengesi gözetilerek tasfiye edilmesi hakkaniyete ve tarafların menfaatine hizmet eden bir yaklaşımı oluşturacaktır.

2. Geçersiz Akıllı Sözleşmelerde İfa Edilmiş Borçların Tasfiyesinin Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerisi

Akıllı sözleşmeler irade sakatlığı, ehliyetsizlik gibi bir sebeple geçerliliği tartışmalı ise büyük ihtimalle tasarruf işlemi de aynı sebeplerle sakatlanmış olacak ve böyle bir durumda talebin hukuki temelini istihkak iddiası oluşturacaktır. Öte taraftan akıllı sözleşmelerin geçersiz olması ahlaka aykırılık gibi bir sebebe dayanırsa kuvvetle muhtemel bu sakatlık tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu durumda ise, bir an için, akıllı sözleşmelerde verme ediminin konusunu oluşturan şeyin taşınır eşya niteliği taşıdığı kabul edilecek olursa, verilenlerin iadesi sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk prensibine göre farklı bir hukuki rejime tabi olacaktır. Bir başka anlatımla, taşınır mülkiyetinin devri açısından sebebe bağlılık veya soyutluk görüşlerinden hangisinin benimsenmiş olduğuna göre tasfiyenin tabi olacağı hukuki rejim de farklılıklar olabilecektir⁷⁶.

⁷⁴ Andreas Sherborne, 'Blockchain, Smart Contracts and Lawyers' (*International Bar Association Publication*, December 2017) <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=17badeaa-072a-403b-b63c-8fbd985d198b>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020; Gatteschi, Lamberti and Demartini, (n 19) 53; Durovic ve Janssen, (n 12) 72; Werbach ve Cornell, (n 14) 372; Çekin, 'Akıllı Sözleşmeler' (n 2) 327; Çağlayan Aksoy, (n 12) 107, 243

⁷⁵ Sherbone, (n 75); Çağlayan Aksoy, (n 12) 246.

⁷⁶ Tuba Akçura Karaman, 'Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285, 288-305.

Soyutluk prensibi kabul edildiği takdirde, akıllı sözleşmenin geçersiz olması tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyecek ve dolayısıyla iadenin hukuki temelini sebepsiz zenginleşme hükümleri oluşturacaktır. Sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiği takdirde ise, tasarruf işlemi geçersiz olacak ve bu durumda iadenin temelini mülkiyet hakkı oluşturacaktır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, akıllı sözleşmelerin geçersiz olması durumunda dahi, tasfiye ilişkisinin tarafları arasında korunmaya değer bir hukuki yakınlaşma bulunmaktadır. Bu sebepten ötürü, kesin hükümsüzlük ile akamete uğrayan bu tarz hukuki ilişkilerde, hukuki güvenliğin temin edilmesi adına, yeni dönme teorisi çerçevesinde tasfiyenin gerçekleştirilebileceği savunulabilir. Bu bağlamda, yeni dönme teorisi uyarınca sözleşmeden dönülmesiyle sözleşme sona ermeyip içerik değiştirmekte ve önceden ifa edilmiş edimlerin iadesine yönelik bir tasfiye ilişkisi oluşmaktadır⁷⁷.

Bununla birlikte, akıllı sözleşmeler tahtında hangi yaklaşım kabul edilirse edilsin, blokzincir sistemine kaydedilmiş akıllı sözleşmelere sonradan müdahalede bulunmasının mümkün olmaması nedeniyle, geçersiz akıllı sözleşmeler bakımından tarafların önceden verdiklerini iade etmeleri birtakım güçlükleri bünyesinde barındıracaktır.

Bu bağlamda, akıllı sözleşme ile ifa edilmiş bir edimin iadesini konu alan bir eda hükmünün yetkili ve görevli mahkeme vasıtasıyla elde edilmesi ve İcra İflas Kanunu madde 24/f.4 uygulanarak iadenin gerçekleştirilmesi düşünülebilir. Nitekim İcra İflas Kanunu madde 24/f.4 “*Yedinde bulunmazsa ilâmda yazılı değeri alınır. Vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Taşınır malın değeri, ilâmda yazılı olmadığı veya ihtilâflı bulunduğu takdirde, icra müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur.*” düzenlemesini öngörmektedir. Bu hüküm çerçevesinde; iadenin konusu olan malvarlığı borçlunun uhdesinde bulunmazsa, iade konusunun değeri kadar bir malın haczedilerek tasfiye sorununun çözümlenmesine olanak tanınabilir. Sonuç olarak, İcra İflas Kanunu madde 24/f.4 düzenlemesi akıllı sözleşmelerin geçersiz olması durumunda edimlerin tasfiyesi sorununun pratik bir şekilde çözümüne hizmet edebilecek bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir.

D. Akıllı Sözleşmelerdeki Sözleşme Boşluklarından Kaynaklanabilecek Sorunlar

Akıllı sözleşmeler bakımından bir diğer sorun da, bu tür sözleşmeler bakımından sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarının nasıl doldurulacağı meselesidir.

⁷⁷ Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2007) 78; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (1. Bası, Yetkin Yayınları, 2014) 117; Karaman, (n 77) 302.

Türk Borçlar Kanunu madde 2/f.1 “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.*” düzenlemesi ışığı altında, akıllı sözleşmenin var olduğu bir ihtimalde de, bu sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları düzenlenmemiş olabilir. Bu durumda, ortaya çıkan bu tür boşluklar hâkim tarafından uyuşmazlığın türüne bakılarak doldurulacaktır⁷⁸. Nitekim, karşılaştırmalı hukukta da akıllı sözleşmelerde doldurulması gereken boşluklar olabileceği ve sözleşmeler hukukunun esaslı fonksiyonlarından bir tanesinin de bu boşlukların doldurulması olduğu ifade edilmiştir⁷⁹.

Türk Borçlar Kanunu madde 1/f.1 uyarınca, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekmektedir. Akıllı sözleşmeler bakımından tarafların iradelerinin birbirine uygunluğu dijital ortamda kayıt altına alınmaktadır⁸⁰.

Bununla birlikte, blokzincir sistemine yüklenen akıllı sözleşmelerde boşlukların nasıl doldurulacağı önemli bir meseleyi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Anglo-Sakson hukukunda özellikle sözleşmelerin her hususu düzenlemediği ifade edilmektedir⁸¹. Nitekim, bizim de dahil olduğumuz Kara Avrupası hukuk sisteminde de tamamlayıcı hukuk kuralları ile sözleşmede açıkça düzenlenmeyen hususlar çözüme kavuşturulmaktadır. Dolayısıyla akıllı sözleşmeler şeklen bilgisayar yazılım kodu ile kurulmuş olsa da, bu durum onların sözleşmeler hukukunda var olan tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulama kapsamı dışında kalması sonucunu doğurmamaktadır. Bu vesile ile belirtmek isteriz ki, akıllı sözleşmeler hukuki bir gelişme, yenilik olmaktan ziyade teknolojik bir gelişmedir⁸². Bir taraftan sözleşmeden doğan borçların kendiliğinden ifa ediliyor olması diğer taraftan tamamlayıcı hukuk kurallarının akıllı sözleşmeler bakımından uygulanmasının pratik bakımından

⁷⁸ Objektif yan noktalar taraflarca müzakere edilmediği için, bunlar üzerinde tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğu şartı aranmaksızın borçlar hukukumuz uyarınca sözleşme kurulmuş olur. Ancak, bu durumda sözleşmede bir boşluk söz konusu olup, ihtilaf durumunda hâkim, konuyla ilgili tamamlayıcı hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenebilir. Hâkim, bu boşluğu doldururken, taraflar, tarafların sözleşme kurulurken bildikleri veya bilmeleri gereken şartlara göre bu boşluğu öngörmüş olsalardı nasıl bir düzenleme yapacakları hususunu da göz önünde tutmak zorundadır (Köksal Kocaağa, ‘Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar’ (2008) 79 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73, 88).

⁷⁹ Usha R. Rodrigues, ‘Law and the Blockchain’ (2019) 104 Iowa Law Review 679, 680-682; Çağlayan Aksoy, (n 12) 293.

⁸⁰ Caria, ‘Smart Contracts’ (n 17) 32.

⁸¹ Karşılaştırmalı hukukta sözleşme hukukunun ekonomik analizi bakımından sözleşmelerin her konuyu düzenlemediği ve doğası itibarıyla sözleşmelerde yer alan boşlukların mahkemeler tarafından doldurulduğu ya da taraflar arasında sözleşme hükümlerinin yeniden müzakere edildiği ifade edilmektedir. Özellikle sözleşme hukukunun ekonomik analizi bakımından sözleşmelerin kurulduğu an itibarıyla öngörülebilir her türlü hususu kapsamasının ve bu hususların sözleşme görüşmelerinde eksiksiz müzakere edilmesinin ekonomik olarak efektif olmadığına ve sözleşmelerin ekonomik olarak tüm olasılıkları kapsayan tam bir metni oluşturmadığına temas edilmektedir. (Eric A. Posner, ‘Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?’ (2003) 112 The Yale Law Journal 829, 833; Robert E. Scott ve George G. Triantis, ‘Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design’ Case Western Reserve Law Review (2005) 56 187, 190-191; Alan Schwartz ve Robert E. Scott, ‘Contract Theory and the Limits of Contract Law’ (2003) 113 The Yale Law Journal 543, 594-595; Werbach ve Cornell, (n 14) 369; Lipshaw, (n 27) 7; Kerem Cem Şanlı, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yapıtlarının Ekonomik Analizi* (1. Bası, On İki Levha Yayınevi 2017) 147.

⁸² DiMatteo, Cannarsa ve Poncibò, (n 49) 12.

güçlükler taşınması kamuoyundaki izlenimin aksine akıllı sözleşmelerin sorunlardan arındırılmış bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesine engel olmakta, bu izlenimin aksine akıllı sözleşmeler bünyesinde belirsizlikler barındıran bir hukuki ilişki olarak tasnif edilmektedir⁸³.

E. Şekil Kuralları Bakımından Akıllı Sözleşmelerin Değerlendirilmesi

Kanun koyucu bazı sözleşme türleri bakımından şekil zorunluluğu öngörmektedir. Bu tür şekil zorunluluklarının akıllı sözleşmeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu madde 12/f.2’de “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu çerçevede, örneğin taşınmazın mülkiyetinin devri ile motorlu taşıtlar sicili nezdinde kayıtlı araçların mülkiyetinin devri resmi şekle tabidir. Anılan kanuni düzenleme ışığında akıllı sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleştirilmesinin hukuken mümkün olamayacağını da belirtmekte yarar bulunmaktadır⁸⁴.

Diğer taraftan, akıllı sözleşmelerin yazılım kodlarından oluştuğu dikkate alındığında, akıllı sözleşmelerin bu özelliklerinin, 10 Nisan 1916 tarih ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun m. 1’deki “*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.*” düzenlemesine ve Yargıtay’ın⁸⁵ bu düzenleme hakkındaki yerleşik uygulamasına uygunluğu, değerlendirilmesi gereken bir başka konuyu oluşturmaktadır⁸⁶.

F. Akıllı Sözleşmelerde Aşırı İfa Güçlüğü'nün Değerlendirilmesi

Kurulmuş bir sözleşmede sonradan ortaya çıkan bazı gelişmeler nedeniyle değişiklik yapılabilmesi, bugün çağdaş tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen beklenmeyen hal koşullarının gerçekleşmiş olması halinde mümkün kılınmaktadır. Aşırı ifa güçlüğü durumunda öngörülen kurallar, ahde vefa (pacta sunt servanda) kuramının artık yeni

⁸³ DiMatteo, Cannarsa ve Poncibò, (n 49) 11.

⁸⁴ Çekin, ‘Akıllı Sözleşmeler’ (n 2) 328; Çağlayan Aksoy, (n 12) 174.

⁸⁵ “*Davalı bankanın düzenleyerek davacı idareye verdiği teminat mektubuna İngilizce olarak yazdığı (vade) şartının 805 Sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince davalı yararına göz önünde bulundurulmaması ve davanın esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu şarta dayanılarak davanın reddi yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir.*” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas 1979/3309, Karar 1979/5469, Tarih 30 Kasım 1979; “*805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun’un 1 nci maddesi gereğince, Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece, Türkiye’de bulunan davalı banka tarafından düzenlenen ve Bahreyn şubesine İngilizce olarak gönderilen sözleşme ve belgelerin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas 2006/8049 Karar 2007/15338, Tarih 4 Aralık 2007. (Mehmet Bahtiyar ‘805 Sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun” un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu’ in Ömer Teoman (edr) Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2007) 1741.

⁸⁶ Çekin, ‘Akıllı Sözleşmeler’ (n 2) 327-328; Çağlayan Aksoy, (n 12) 105.

bir bakış açısı ile ele alınması gerektiğinden hareketle, borçlunun şartları ne olursa olsun mutlaka akde sadık kalmasını zorunlu gören bu kuramı sınırlamak için varlık göstermektedir⁸⁷.

Bu görüş ve kuralların hukukumuzdaki en önemli yansıması Türk Borçlar Kanunu madde 138 hükmüdür. Bu çerçevede, sözleşme kurulurken borçlu tarafından öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması durumunda ve bu olağanüstü durumun sözleşmenin yapıldığı sıradaki mevcut olguları, borçludan ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olması durumunda, borçlunun, Türk Borçlar Kanunu madde 138 uyarınca, uyarılma hukuki imkanına başvurulabilmesi gündeme gelmektedir.

Ancak bu noktada, akıllı sözleşmelerin dijital mimarisi, öngörülemez nedenlerle sözleşmedeki dengenin aşırı derecede bozulması durumlarına akıllı sözleşmelerin yeni duruma uyarlanması bakımından birtakım engelleri gündeme getirmektedir⁸⁸. Bu engellerin başlıca sebebi, bir akıllı sözleşmenin taraflarının veya herhangi başkaca bir kişinin, kurumun ya da kuruluşun, akıllı sözleşmenin yüklendiği blokzincir sistemine dışardan müdahalede bulunmasının teknolojik olarak mümkün olmaması gerçeğidir⁸⁹. Bu bağlamda, akıllı sözleşmeyi bünyesinde barındıran yazılımın blokzincir sistemine bir kez yüklenmesinden sonra, bu yazılımın değiştirilmesinin kural olarak mümkün olmaması nedeniyle, sözleşme hükümlerinde yukarıda belirtildiği şekilde bir uyarılma yapılması da imkân dahilinde bulunmamaktadır. Bu yönüyle, akıllı sözleşmelerin dijital mimarisi taraflar arasındaki ilişkiyi ilgilendirebilecek zaman içerisinde gelişebilecek olayları ve gelişmeleri göz ardı etmekte ve sözleşmenin kurulmasından ifa anına kadarki sürede tarafların kontrolü dışında gelişebilecek olayların taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye olası etkilerinin hukuki sonuçlarını dışlamaktadır. Bu durum ise, Türk Borçlar Kanunu madde 138'de öngörülen imkânın akıllı sözleşmeler bağlamında kullanılmasına yapısal olarak imkân tanımamaktadır. İzah edilen bu husus akıllı sözleşmelerin uygulaması bakımından müstakbel bir sorunu ortaya koymakta ve olası bir uyuşmazlıkta hâkimin, değişen koşullar sonucu bozulan risk paylaşım dengesini gözeterek sözleşmeyi yeni koşullara uyarlamasına pek imkân tanımamaktadır. Bu hususların, akıllı sözleşmelerin teknolojik mimarisi içerisinde, hukuki kural ve düzenlemelere sadık kalınarak çözülmesi gerekmektedir.

⁸⁷ Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması, BK madde 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, (4. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020) 7; Haluk Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma*, (1. Bası, Filiz Kitapevi 1995) 7; Rona Serozan, 'Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi' Nami Barlas (edr) *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, (1. Bası, Beta Yayınları 2000) 1013, 1017.

⁸⁸ Eric Tjong Tjin Tai, 'Force Majeure' (n 24) 787, 787; Durovic ve Janssen, (n 12) 73; Werbach ve Cornell, (n 14) 367; Çağlayan Aksoy, (n 12) 294.

⁸⁹ Verstraete, (n 14) 755; Durovic ve Janssen, (n 12) 73.

G. İhtiyati Tedbirlerin Uygulanması Bakımından Akıllı Sözleşmelerden Kaynaklanabilecek Sorunlar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 389 “*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*” düzenlemesini öngörmektedir. İhtiyati tedbir, asıl hukuki korumanın niteliği itibarıyla zaman alması ve ayrıntılı bir incelemeyi gerekli kılması sebebiyle oldukça önem arz eden bir geçici hukuki koruma türüdür⁹⁰.

Bununla birlikte, ihtiyati tedbirlerin akıllı sözleşmelerin konusu oluşturan edimler bakımından fiilen uygulanamaması şeklinde bir sorun da ortaya çıkmaktadır⁹¹. Şöyle ki; akıllı sözleşmelerin var olduğu bir durumda görevli ve yetkili mahkeme tarafından akıllı sözleşmenin konusunu oluşturan edim hakkında bir ihtiyati tedbir kararı verildiğinde; (örneğin, sözleşme konusu edimin ifasının geçici olarak durdurulmasına karar verilmesi durumunda), ilgili ihtiyati tedbirin uygulanması mümkün görünmemektedir. Zira, yukarıda çeşitli başlıklarda belirtildiği üzere blokzincir üzerine kaydolan akıllı sözleşmeler bakımından herhangi bir değişikliğin yapılması fiilen mümkün olmamaktadır. Böyle bir durumda, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın böyle bir tedbir kararını icra ettirmesi ve bu surette ilgili hak ve menfaatini dava sürecince koruma altına alması pek mümkün görünmemektedir. Böylece, ilgili tarafın, davayı kazanması halinde dahi, dava konusu mal veya hakka kavuşması tehlikeye girmektedir.

Bu bağlamda dikkate alınması gereken başka bir husus daha bulunmaktadır. İhtiyati tedbire aykırılığa ilişkin cezai yaptırım (disiplin hapsi) öngören Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 398, geçmişte Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olmakla birlikte, 22 Temmuz 2020 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile ihtiyati tedbire muhalefet eylemi tekrar cezai yaptırıma bağlanmıştır⁹². Bu noktada, akıllı sözleşmelerde, sözleşme kurulduktan sonra herhangi bir değişikliğin yapılamaması ihtiyati tedbire

⁹⁰ Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, (5. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 463; Hakan Pekcantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020) 571; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, (4. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 340.

⁹¹ Durovic ve Janssen, (n 12) 75.

⁹² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 398 “*İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır.*” düzenlemesi Anayasa Mahkemesinin 2018/1 esas 2018/83 karar ve 11 Temmuz 2018 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. İlgili kararda disiplin hapsinin bir mahkeme tarafından verileceği ve kişi hürriyetini kısıtlayacağı ve bu yönleri dikkate alındığında ihtiyati tedbire muhalefet dolayısıyla verilecek disiplin hapsi yönünden yapılacak yargılamadaki usul ve esaslar ile verilecek karara karşı başvurulacak kanun yollarındaki belirsizliğin kişilerin hukuki güvenliği ile hak arama özgürlüklerini zedeleyeceği sonucuna ulaşılmıştır ve ilgili düzenleme iptal edilmiştir. Bununla birlikte, 28 Temmuz 2020 tarihinde resmi gazetede yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile ihtiyati tedbire muhalefet edilmesinin disiplin hapsi ile cezalandırılması tekrar mümkün kılınmıştır. İlgili bu yasal düzenleme ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen ihtiyati tedbire muhalefete ilişkin disiplin hapsi kararının yargısal denetimi gibi hususlar açık bir kanun hükmüne bağlanmıştır.

muhalefet halinde bu tür yaptırımlar ile karşı karşıya kalınması ihtimalini gündeme getirmekte ve ihtiyati tedbir talep eden tarafı, bir nebze olsun ihtiyati tedbirin uygulanması için çözüm arayışına sevk etmektedir.

İhtiyati tedbirlerin icrasının akıllı sözleşmeler bakımından arz etmiş olduğu bir diğer sorun, aleyhine ihtiyati tedbir isteminde bulunulacak tarafın tespitinin arz etmiş olduğu güçlüklerdir. Şöyle ki; akıllı sözleşmeler sadece tek bir kişi veya kurumun kontrolünde olan merkezi bir sisteme yüklenmemekte, dağıtılmış ve birbirinden bağımsız fakat birbirine blokzincirler şeklinde bağlı bir veri tabanına yüklenmektedir⁹³. Bu bağlamda, bir an için böyle bir ihtiyati tedbirin uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilse dahi, akıllı sözleşmenin tarafı olmayan ve fakat ilgili akıllı sözleşmeye ilişkin veriyi işleyen üçüncü kişilerin de bu tedbir başvurusunda taraf olarak gösterilmesi gerekebilecektir. Böyle bir durumda ise, bu şekilde veriyi işleyen üçüncü kişilerin dünyanın çeşitli yerlerinde yerleşik bulunması olasılığı dikkate alındığında, bu kişilerin tespit edilmesi ve ilgili ihtiyati tedbir kararının icra edilmesi pratik olarak pek mümkün olmayacaktır⁹⁴.

Sonuç olarak; akıllı sözleşmelerin konusunu oluşturan edimlerin, ihtiyati tedbir geçici hukuki koruması vasıtasıyla muhafaza altına alınması, akıllı sözleşmenin teknolojik mimarisi göz önünde tutulduğunda, en azından bu aşamada pek imkân dahilinde gözükmemektedir.

I. Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmelerde Açıkça Hukuk Seçiminin Yapılmamış Olması Durumunda Uygulanacak Hukukun Tespiti

Yukarıda da ifade edildiği üzere, akıllı sözleşme, bilgisayar yazılım dilinde kaleme alınmış, ifanın blokzincir teknolojisi yardımı ile kendiliğinden gerçekleştirildiği ve işlemlerin merkezi olmayan birden fazla dijital ortamda kayıt altına alındığı bir sözleşme şeklidir. Bu bağlamda, akıllı sözleşmenin yabancılık unsuru içerdiği bir durumda uygulanacak hukukun tespitinde sorunlar yaşanabilecektir⁹⁵.

Taraflar akıllı sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırabilirler. Nitekim Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu madde 24/f.1 tarafların açıkça hukuk seçimi yapmalarına müsaade etmektedir⁹⁶. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu madde 24/f.4 “*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır.*” düzenlemesini öngörmektedir.

⁹³ Werbach ve Cornell, (n 14) 332.

⁹⁴ Werbach ve Cornell, (n 14) 332.

⁹⁵ Giesela Rühl, ‘Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?’ in Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020), 5; Sherborne, (n 75) 5.

⁹⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Bası, Beta Basım 2020) 299; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta Basım 2020) 375.

Ayrıca akıllı sözleşmeler bakımından da yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda (MÖHUK madde 5) veya uyumsuzluk konusunun Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının (MÖHUK madde 6) kapsamına girdiği hallerde, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır. Nitekim, karşılaştırmalı hukukta da, kamu düzeni ve doğrudan uygulanabilir kurallara ilişkin olarak, akıllı sözleşmelerin, kanunlar ihtilafı kuralları bakımından diğer sözleşmelerden bir farklılık göstermediği ifade edilmiştir⁹⁷. Bununla birlikte, akıllı sözleşmelerin bilgisayar yazılımından oluşması ve internet üzerinden blokzincir platformuna yüklenmesi esasına dayanarak, bu sözleşmelerin adeta kanunlar ihtilafı kurallarından muaf tutulması gerektiğine dair bir görüş de ileri sürülmüştür⁹⁸.

Ancak, akıllı sözleşmelere bu tarz bir bağımsızlığın tanınmasının hiçbir hukuki ve meşru gerekçesi bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir. Bu bağlamda, akıllı sözleşmeler tahtında ifanın kendiliğinden gerçekleşiyor olması, yabancılık unsuru taşıyan akıllı sözleşmelerin, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama sahasından çıkartılması için meşru bir gerekçe oluşturmayacaktır. Her ne kadar, karşılaştırmalı hukukta tıpkı *lex mercatoria*'nın varlığı gibi bir *lex informatica / lex cryptographia*'nın oluşabileceğinden bahsedilmekte ise⁹⁹ de akıllı sözleşmeleri çevreleyen hukuki meselelerde hukuki bağlayıcılığı olabilecek bir milletlerarası ticari örf, adet ve teamül kuralının oluşması ciddi bir zaman alacaktır. Kaldı ki, ciddi bir zaman geçse dahi, bu tür kuralların tespiti ve yeknesak uygulamasını temin etmek de kolay olmayacaktır.

Diğer taraftan, doktrinde, akıllı sözleşmelerin hukuken geçerli olması için bir hukuk sistemine ihtiyaç duymadığı, de facto olarak hukuk sistemine alternatif bir teknolojik gelişme olduğuna dair radikal görüşü¹⁰⁰ bir tarafa bırakırsak, akıllı sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti önem taşımaktadır¹⁰¹. Şöyle ki; blokzincir teknolojisinde gerçekleşen işlemlerin bir kopyasını kaydeden merkezler (node) farklı devletlerde bulunmaktadır. Bir başka anlatımla, akıllı sözleşmeler sınır aşan bir nitelik göstermekte ve farklı devletlerde bulunan kişiler tarafından işlem görmektedir¹⁰². Dolayısıyla sözleşmenin taraflarının farklı tabiiyette bulunması, sözleşmeden doğan borçların ifasının farklı devletlerde gerçekleşiyor olması ve hatta tek başına ilgili sözleşmenin dili dahi, milletlerarası özel hukuk çerçevesinde sözleşmeler tahtında

⁹⁷ Louis-Daniel Muka Tshibende, 'Smart Contracts Issues of Property and Security Rights', in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 240, 241.

⁹⁸ Lawrence Lessig, 'Code is Law (*Harvard Magazine*) < <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html> > Erişim Tarihi 19 Kasım 2020.

⁹⁹ Poncibò, (n 3) 144-147; Bertoli, (n 14) 185.

¹⁰⁰ Savelyev, (n 8) 132.

¹⁰¹ Rühl, (n 96) 4.

¹⁰² Mateja Durovic, 'How to Resolve Smart contract Disputes – Smart Arbitration as a Solution' (*Oxford Business Law Blog*, 1 June 2018) < <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/06/law-and-autonomous-systems-series-how-resolve-smart-contract-disputes> > Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.

“yabancılık” unsuru olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle, bu gibi hususlar, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitini gerekli kılmaktadır¹⁰³.

Dolayısıyla, sınır aşan bir nitelik gösteren blokzincir ağına kaydedilmiş bir akıllı sözleşmenin, sırf bu niteliği itibariyle dahi yabancılık unsuru taşıdığı ifade edilebilir¹⁰⁴. Buradan yola çıkarak, akıllı sözleşmelerin taraflarının olası sıkıntıları en aza indirmek amacıyla aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku önceden kararlaştırmalarında büyük yarar bulunmaktadır¹⁰⁵.

Örneğin; kimi durumlarda kurulan bir sözleşmenin geçerli olup olmadığının belirlenmesi, uygulanacak olan hukukun tespitine yönelik bir analiz ihtiyacını ortaya koyabilecektir. Akıllı sözleşmelere uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı bir ihtimalde şayet akıllı sözleşme ile kurulan hukuki ilişki Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’na (bundan böyle “CISG” olarak anılacaktır) tabi uyumsuzluk ise bu milletlerarası sözleşmenin öngörmüş olduğu maddi hukuk hükümleri tahtında akıllı sözleşmeden doğan uyumsuzluklar çözümlenecektir¹⁰⁶. Şayet akıllı sözleşme ile oluşturulan hukuki ilişki CISG veya benzeri bir milletlerarası düzenlemeye tabi değilse, MÖHUK madde 24/f.4 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun tayin ve tespit edilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte akıllı sözleşmeler özelinde en sıkı ilişkili hukukun tespiti kolay bir iş olmayacaktır. Zira, akıllı sözleşmeler tahtında karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise karakteristik edim borçlusunun işyeri gibi bağlama noktalarını tespit etmek, akıllı sözleşmenin dijital mimarisi dikkate alındığında, çözümü kolay bir meseleyi oluşturmayacaktır.

Yukarıda ifade edilen sebeplerden ötürü, akıllı sözleşmelere uygulanacak hukuku ayrıca ve açıkça seçmenin olası ihtilafları en aza indirmek adına oldukça önem taşıdığını belirtmekte yarar bulunmaktadır.

J. Akıllı Sözleşmelerin Uygulanmasının Mümkün Olmadığı Durumlara İlişkin Örnekler

Akıllı sözleşmeler tahtında blokzincir teknolojisinin özellikleri göz önünde tutulduğunda sözleşmede yer alan bazı hükümlerin uygulanması pek mümkün gözükmemektedir. Örneğin, bir mal tedarik sözleşmesinde akaryakıt fiyatlarının belirli bir oranda artması durumunda tarafların mal bedelini tekrar müzakere etme taahhütlerine dair bir düzenlemenin akıllı sözleşmeler tahtında uygulanması imkân dahilinde değildir.

¹⁰³ Rühl, (n 96) 6.

¹⁰⁴ Rühl, (n 96) 6.

¹⁰⁵ Rühl, (n 96) 12.

¹⁰⁶ Rühl, (n 96) 7.

Akıllı sözleşmeler, sözleşmeden doğan borçların verme edimini konu aldığı oldukça basit edimler içeren sözleşmesel ilişkilerde uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁷. Bunun dışında, akıllı sözleşmelerin, özellikle yapma edimlerini konu alan sözleşmesel ilişkiler bakımından karşımıza çıkması pek de imkân dahilinde bulunmamaktadır¹⁰⁸. Örneğin, bir inşaatı yapma borcunun blokzincir sistemi üzerinden ifa edilmesi olanaklı değildir. Diğer taraftan, verme edimleri bakımından da ifanın dijital ortam dışında fiziken mal ve(ya) hizmet sunulmasını konu aldığı durumlarda da akıllı sözleşmelerin uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁰⁹. Dolayısıyla günümüz itibariyle akıllı sözleşmelerin konusu dijital ortamda sunulabilen mal ve hizmetler ile sınırlı olmaktadır¹¹⁰. Bu yönü ile akıllı sözleşmelerin fikri mülkiyet hukuku bakımından ele alınması zorunluluğu da önem taşımaktadır¹¹¹. Nitekim, bu vesile ile de ifade etmek isteriz ki, akıllı sözleşmeler doğası itibariyle koşulları gerçekleştiği takdirde telif (copyright) ve patent hukuki korumasından da her bir olayın özelliğine göre yararlanabilecektir¹¹².

Yukarıda da ifade edildiği üzere birtakım sözleşme hükümlerinin uygulanması bakımından akıllı sözleşmeler güçlükler göstermektedir. Bu bağlamda, özellikle Anglo Sakson hukuk uygulamasında sıklıkla karşılaşılan ve globalleşme akımı ile Kara Avrupası hukukları uygulamasında da yer verilen ve kredi sözleşmelerinde yer alan esaslı olumsuz değişiklik (material adverse change) maddesi tarzında hükümlerin akıllı sözleşmeler kapsamında uygulanması imkân dahilinde gözükmemektedir¹¹³. Örneğin, kredi sözleşmelerinde sıklıkla yer verilen “*borçlunun işinde veya mali durumunda veya borçluların tamamının veya bir kısmının geri ödenmesinde esaslı bir olumsuzluk meydana gelirse borç muaccel hale gelecektir*” içeriğinde hükümlerin akıllı sözleşmeler tahtında uygulanması şartların ve durumun bir analizine ihtiyaç olduğundan pek de mümkün olmayacaktır¹¹⁴.

¹⁰⁷ Nitekim, akıllı sözleşmelerin uygulanmasına yaygınlık ve işlevsellik kazandırmak adına blokzincir sistemi dışında etkileşimine olanak tanıyan ara birim (oracle) kullanılması düşünülebilir (Tai, ‘Smart Contracts’ (n 16) 83; Kapancı, (n 14) 140; Pınar (n 12) 58-63. Örneğin, bir hasarın hakem bilirkişi tarafından tespitine olanak tanıyan Bir ara birim güvenilir üçüncü kişi (trusted third party) kullanılması gibi olanaklar gündeme getirilmektedir (Tai, ‘Smart Contracts’ (n 16) 83). Bununla birlikte, ara birim kullanılması blokzincir teknolojisinin inşa edilmiş olduğu merkezi kontrolün dışında dağıtılmış olma esası ile çelişmektedir (Werbach ve Cornell, (n 14) 336; Borgogno, (n 18) 294).

¹⁰⁸ Werbach ve Cornell, (n 14) 332 dipnot 98; Caria, ‘Legal Meaning’ (n 10) 742.

¹⁰⁹ Caria, ‘Smart Contracts’ (n 17) 28.

¹¹⁰ Caria, ‘Smart Contracts’ (n 17) 29; Çağlayan Aksoy, (n 12) 56.

¹¹¹ Nitekim, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütünün patent arama sayfasında içinde “akıllı sözleşme” tabiri bulunan toplam 2.383 kayıt bulunmaktadır. ‘Patentscope’ < <https://patentscope.wipo.int/search/en/search.jsf> > Erişim Tarihi 1 Aralık 2020.

¹¹² Caria, ‘Smart Contracts’ (n 17) 29.

¹¹³ Esaslı olumsuz değişiklik maddesine ilişkin olarak Birleşik Krallık hukukunda atfi geçen önemli kararlardan bir tanesi de Cukurova Finance International Limited and another v Alfa Telecom Turkey Limited kararıdır ([2016] AC 923, [2013] UKPC 2). Bu uyuşmazlık Alfa Telecom Turkey Limited (“Alfa”) ve Cukurova Financial International Limited (“Çukurova”) bir kredi tahsis anlaşması akdemişlerdir. Bu kredi tahsis anlaşması tahtında Çukurova Holding Anonim Şirketi, Turckcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi’nde yer alan paylarının bir kısmını İngiliz Virgin Adaları’nda kurulu Cukurova Telecom Holdings Limited’e teminat olmak üzere devretmeyi taahhüt etmiştir. Bu bağlamda, daha önce akdedilen bir hissedarlık sözleşmesi tahtında hissedarlardan Sonera Finland OYJ tahkime başvurmuş ve söz konusu bu devrin hissedarlık sözleşmesine aykırı olacağını iddia etmiş ve bu tahkim mahkemesinde hissedarlık sözleşmesi kapsamında tanınan ön alım hakkı çerçevesinde aynen ifayı konu alan bir tahkim hükmünü elde etmiştir. Bu gelişme üzerine Alfa bu tahkim mahkemesi kararının ödünç alanın mali durumu, varlıkları ve işi üzerinde bir esaslı olumsuz değişiklik olduğunu beyan ederek kredi tahsis sözleşmesi kapsamında kullanılan kredinin tamamını geri ödenmesini talep etmiştir. İlgili yüksek mahkeme kararında Alfa’nın kredi tahsis sözleşmesinde yer alan esaslı olumsuz değişiklik maddesine dayanabileceğine hükmetmiştir.

¹¹⁴ Sherborne, (n 75) 4.

Öte taraftan sözleşme ilişkileri statik ilişkiler değil aksine gelişen çevresel hadiseler ve hayat olaylarının etkisi ile tarafların mutabakatı üzerine içeriğinde değişikliğin yapılması söz konusu olabilecek dinamik ilişkilerdir. Sözleşmesel ilişkilerde taraflar kimi zaman sözleşmede değişiklikler yapmayı hatta kimi zamanda sözleşmeyi sona erdirmeyi tercih edebilmektedirler. Nitekim, uygulamada tarafların aralarındaki sözleşmede karşılıklı olarak değişiklik yapmaları ya da sözleşmeyi sona erdirmeleri oldukça sıklıkla karşılaşılan bir durum olmaktadır. Akıllı sözleşmeler dijital mimarisi itibarıyla kural olarak akıllı sözleşmelerde sonradan değişiklik yapılmasına veya sonradan akıllı sözleşmenin sona erdirilmesine imkân tanımamaktadır¹¹⁵. Dolayısıyla akıllı sözleşmede bir değişiklik yapılacak ise, bu değişiklik yapılması imkanının blokzincir sistemine yüklenen akıllı sözleşmenin yazılım kodunda fiilen bulunması gerekmektedir¹¹⁶. Bu durum ise ticari ve sosyal yaşamın gerçekleri ile uyum göstermemektedir.

Öte taraftan, blokzincir sistemine yüklenen akıllı sözleşmelerde değişiklik yapılmasının kural olarak fiilen mümkün olmaması dinamik ve esneklik arz eden sözleşmesel ilişkilerin bünyesi ile de uyum göstermemektedir. Nitekim uygulamada, düzenleyici mevzuatta ve ticari koşullarda farklılık olduğunda değişen bu koşullara uyum göstermek adına kimi zaman sözleşme hükümlerinde değişiklikler yapılmakta veya ilave hükümler eklenmekte kimi zaman ise mevcut borç sona erdirilmekte ve yerine yeni bir borç oluşturulmaktadır (TBK madde 133 yenileme). Akıllı sözleşmeler dijital mimarisi ile tarafların değişen koşullara bağlı olarak tarafı oldukları sözleşmesel ilişkide değişiklik yapabileceği ihtimalini göz ardı etmektedir. Diğer taraftan kimi zaman sözleşmenin ihlal edilmesi ekonomik olarak daha büyük yarar sağlamakta ve ilgili taraf bu faydayı gözeterek sözleşmenin ihlal etmeyi de tercih edebilmektedir. Bu kavram son dönemlerde oldukça gündeme gelen hukukun ekonomik analizi çerçevesinde sözleşmenin faydalı ihlali (efficient breach of contract) olarak tanımlanmaktadır¹¹⁷. Bununla birlikte, akıllı sözleşmeler kapsamında tarafın sözleşmeyi ihlal etmesi de mümkün olmamaktadır.

¹¹⁵ Jeremy M. Sklaroff, 'Smart Contracts and Cost of Inflexibility' (2017) 166 University of Pennsylvania Law Review 263, 292-293; Borgogno, (n 18) 293; Çağlayan Aksoy, (n 12) 44.

¹¹⁶ ibid, 292.

¹¹⁷ Sözleşmenin faydalı ihlali kavramı (efficient breach) hukukun ekonomik analizi çerçevesinde Anglo Sakson hukukunda ortaya konulmuş bir kavramdır. Bu teori çerçevesinde kimi zaman sözleşmenin ihlal edilerek tazminat ödenmesi, sözleşmenin aynen ifasının gerçekleşmesinden ekonomik olarak daha avantajlı olduğu savunulmakta ve borçlunun sözleşmeyi ihlal ederek aynen ifaya değil tazminata hükmedilmesinin ekonomik olarak daha avantajlı olduğu savunulmaktadır (Charles J. Goetz ve Robert E. Scott, 'Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach' (1977) 77 Columbia Law Review 554, 558). Bu yaklaşım Anglo Sakson hukuk sisteminde aynen ifayı talep hakkı, tazminatın yeterli ve adil olmadığı hallerde devreye giren bir hukuki çare olarak kabul edilmesinin bir görünümünü oluşturmaktadır. Kara Avrupası hukukunda kural olarak ifayı talep hakkı prensip iken, Anglo Sakson hukukunda zararın tazmini kural olarak öncelikli ilkedir. Anglo Sakson hukuku bakış açısı ile borçlu sözleşmeyi aynen ifa edebileceği gibi aynen ifadan kaçınarak tazminat ödemeyi de tercih edebilir. Bu bağlamda, Anglo Sakson hukukunda sözleşmenin ihlali durumunda olumlu zararın tazmini hem hukuken hem de moral olarak yeterli olarak değerlendirilmektedir (Matthew A. Seligman, 'Moral Diversity and Efficient Breach' (2019) 117 Michigan Law Review 885, 886-887; Joddy S. Kraus, 'The Correspondence of Contract and Promise' (2009) 109 Columbia Law Review 1603, 1605-1606).

IV. Sonuç

Hukuk, hızlı teknolojik ve toplumsal değişimlere uyum göstermektedir. Blokzincir teknolojisinin ortaya çıkması ve yaygınlaşması üzerine akıllı sözleşmelerin de hukuki bir bakış açısı ile ele alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Akıllı sözleşmelerin dijital mimarisi sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesini otomatik hale getirmekte ve dijital özellikleri sayesinde, ifanın yerine getirilmesini teminat altına almaktadır. Ayrıca, akıllı sözleşmeler, sadece tek bir kişi veya kurumun kontrolünde olan merkezi bir sisteme yüklenmemekte, dağıtılmış, birbirinden bağımsız ve fakat birbirine blokzincirler şeklinde bağlı bir veri tabanına yüklenmektedir.

Bu bağlamda, akıllı sözleşmelerin dikkat çekici özelliği, dijital mimarisi sayesinde ifanın kendiliğinden gerçekleşmesini teminat altına almasıdır. Sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesini temin eden teknoloji blokzincir teknolojisidir. Bu bilgiler ışığı altında, akıllı sözleşmeler bilgisayar yazılım kodu ile yazılan sözleşmeden doğan borçların ifasının blokzincir teknolojisi ile kendiliğinden gerçekleştiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir.

Öte taraftan, akıllı sözleşmeler önemli bir teknolojik inovasyonu ortaya koymuş olsa da bu sözleşmelerin dijital mahiyeti birtakım hukuk kurallarına uyum noktasında sorunlara neden olabilecektir. Özellikle akıllı sözleşmelerin kişisel verilerin korunması mevzuatına uyumu, genel işlem koşulları çerçevesinde denetimi, sözleşmede bulunan boşlukların doldurulması ve birtakım sözleşmesel hükümlerin uygulanması bakımından akıllı sözleşmelerin arz etmiş olduğu yapısal sorunlar, aşırı ifa güclüğü hallerinin akıllı sözleşmelere etkileri, ihtiyati tedbirlerin icrasının akıllı sözleşmeler düzleminde göstermiş olduğu zorluklar ve yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde açıkça hukuk seçiminin yapılmamış olması durumunda uygulanacak hukukun tespiti hususları akıllı sözleşmelerin yaygınlık kazanması bakımından başlıca sorunları oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, akıllı sözleşmelerin kişisel verilerin korunması mevzuatına uyumu hususunda mevzuatımızda istisnai hükümler öngörülmesi isabetli bir yaklaşımı oluşturacaktır. Ayrıca, diğer hukuki kurallara uyum bakımından, akıllı sözleşmelerde sonradan değişiklik yapılabilmesine olanak tanıyan yazılım kodlarının ve teknolojik imkanların geliştirilmesi, akıllı sözleşmelerin yaygınlık kazanması bakımından önem taşımaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aksoy ÇP, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Arslanyürek YK, ‘Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları ile Karşılaştırılması’ (2019) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 887-916.
- Atamer MY, ‘Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar’ in Prof. Dr. Rona Serozan, Prof. Dr. Mustafa Dural (edr) *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2004) 291-331.
- Atamer MY, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, (1. Bası, Beta Yayınevi 2001).
- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, Adalet Yayınevi 2020).
- Bahtiyar M, ‘805 Sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu’ in Ömer Teoman (edr) *Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2007) 1731-1750.
- Başoğlu B, ‘Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları’ (2008) 66 İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 287-310.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması, BK madde 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, (4. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Berberich M ve Steiner M, ‘Blockchain Technology and the GDPR – How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?’ (2016) 2 European Data Protection Law Review 422-426.
- Bertoli P, ‘Smart (Legal) Contracts: Forum and Applicable Law Issues’ in Benedetta Cappelletto, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020) 181-189.
- Borgogno O, ‘Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions’ in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 288-310.
- Budak AC, Karaaslan Varol, *Medeni Usul Hukuku*, (4. Bası, Adalet Yayınevi 2020).
- Burcuoğlu H, *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama*, (1. Bası, Filiz Kitapevi 1995).
- Buz V, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (1. Bası, Yetkin Yayınları, 2014).

- Caria R, 'Definitions of Smart Contracts, Between Law and Code' in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 19-36.
- Çekin SM, *Avrupa Birliği ile Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (3. Bası, On İki Levha Yayınevi 2020).
- Çekin SM, 'Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?', (2019) 77 İstanbul Hukuk Mecmuası 315-341.
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta Basım 2020).
- DiMatteo AL, Cannarsa M ve Poncibò C, 'Smart Contracts and Contract Law' in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) .
- Doğancı DE, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*, (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Durovic M ve Janssen A, 'Formation of Smart Contracts under Contract Law', in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 3-18.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Yetkin Yayıncılık 2018).
- Erp, VS 'Data Protection in Hybrid World' in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 233-239.
- Gatteschi V, Lamberti F ve Demartini C, 'Technology of Smart Contracts' in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 37-58.
- Giordano MT, 'Blockchain and the GDPR: New Challenges for Privacy and Security' in Benedetta Cappelletto, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020) 275-286.
- Goetz JC ve Scott ER, 'Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach' (1977) 77 Columbia Law Review 554-594.
- Hatemi H, Gökyayla Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hüküm* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2017).
- Herian R, 'Blockchain, GDPR, and Fantasies of Data Sovereignty', (2020) 12 Law, Innovation, Technology 156-174.
- Kapancı B, 'Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: "Sanal Para" Değerleri ve "Akıllı Sözleşmeler" Üzerine Değerlendirmeler' in Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk (edr), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1: Blokzincir* (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 114-154.
- Karaman TA, 'Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmemiş Oldukları Edimlerin İadesi' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 285-333.
- Karamanlioğlu A, 'Concept of Smart Contracts-A Legal Perspective' (2018) 35 Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 29-42.
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (7. Bası, Filiz Kitapevi 2017).
- Kraus SJ, 'The Correspondence of Contract and Promise' (2009) 109 Columbia Law Review 1603-1649.
- Kuru B ve Aydın B, *Medeni Usul Hukuku*, (5. Bası, Yetkin Yayınları 2021)

- Kutluay E, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları' (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1369-1422.
- Kürşat Z, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı* (1. Bası, Kazancı Kitap 2003).
- Küzeci, E, 'Blokzinciri, Hukuk ve Kişisel Verilerin Korunması: Yeni bir Güven Mekanizması Kurmak Olanaklı mı?' in Eylem Aksoy Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk (edr), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1: Blokzincir* (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 155-180.
- Lipshaw J, 'The Persistence of "Dumb" Contracts ' (2019) 2 Stanford Journal of Blockchain Law & Policy 1-12.
- Moerel L, 'Blockchain and Data Protection', in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 213-232.
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Beta Basım 2018).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku*, (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Poncibò C, 'Blockchain and Comparative Law' in Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020) 137-156.
- Poncibò C ve DiMatteo LA., 'Smart Contracts, Contractual and Noncontractual Remedies' Code' in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 118-140.
- Posner AE, 'Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?' (2003) 112 The Yale Law Journal 829-880.
- Ortolani P, 'The Judicialization of the Blockchain' in Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos, and Stefan Eich (edr), *Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges* (Oxford University Press 2019) 289-310.
- O'Shields R, 'Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain' (2017) 21 North Carolina Banking Institute 177-194.
- Rodrigues RU, 'Law and the Blockchain' (2019) 104 Iowa Law Review 679-729.
- Rühl G, 'Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?' in Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo (edr), *Blockchain Law and Governance* (Springer, 2020) 159-180.
- Savelyev A, 'Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law' (2017) 26 Information & Communications Technology Law 117-134.
- Schwartz A ve Scott ER, 'Contract Theory and the Limits of Contract Law' (2003) 113 The Yale Law Journal 543-619.
- Scott ER ve Triantis GG, 'Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design' Case Western Reserve Law Review (2005) 187-201.
- Seligman AM, 'Moral Diversity and Efficient Breach' (2019) 117 Michigan Law Review 885-938.
- Serozan R, 'Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi' in Nami Barlas (edr) *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, (1. Bası, Beta Yayınları 2000) 1013-1030.
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2007).
- Sklaroff MJ, 'Smart Contracts and Cost of Inflexibility' (2017) 166 University of Pennsylvania Law Review 263-303.

- Surden H, 'Computable Contracts' (2012) 46 University of California Davis Law Review 629-700.
- Süzel EB, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi' in Prof. Tufan Ögüz (edr) Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, (1. Bası, Filiz Kitapevi 2013) 276-306.
- Şanlı C, Esen E ve Figanmeşe İA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th Bası, Beta Basım 2020).
- Şanlı KC, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi* (1. Bası, On İki Levha Yayınevi 2017).
- Tai ETT, 'Challenges of Smart Contracts Implementing Excuses', in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 80-101.
- Tai ETT, 'Force Majeure and Excuses in Smart Contracts', (2018) 26 European Review of Private Law 787-804.
- Tevetoğlu M, 'Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler' (2021) 12, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193-208.
- Topçuoğlu M, 'Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları' (2015) 19 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-69.
- Tshibende LDM, 'Smart Contracts Issues of Property and Security Rights', in Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò (edr) *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Cambridge University Press 2020) 240-250.
- Uzunallı S, 'Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi' (2013) 71 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 383-420.
- Yeniocak U, 'Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi' (2013) 107 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 75-96.
- Verstraete M, 'The Stakes of Smart Contracts' (2019) 50 Loyola University Chicago Law Journal 743-795.
- Werbach K ve Cornell N, 'Contracts Ex Machina', (2017) 67 Duke Law Journal 313-382.

Elektronik Kaynaklar / Electronic Resources

- 'Bitcoin Nedir' < <https://bitcoin.org/tr/sss#genel> > Erişim Tarihi 16 Kasım 2020.
- 'Blokzincir Teknolojileri' < <https://blokzincir.bilgem.tubitak.gov.tr/blok-zincir.html> > Erişim Tarihi 12 Eylül 2020.
- Caria R, 'The Legal Meaning of Smart Contracts' (2018) 26 , European Review of Private Law 731, 733; 'Whitepaper Smart Contracts and Distributed Ledger – A Legal Perspective' < <https://www.isda.org/a/6EKDE/smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.
- 'Coinmarketcap' < <https://coinmarketcap.com/tr/> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.
- 'Ethereum Nedir' (4 Kasım 2020) < <https://ethereum.org/tr/> > Erişim Tarihi 16 Kasım 2020.
- Durovic M, 'How to Resolve Smart contract Disputes – Smart Arbitration as a Solution' (*Oxford Business Law Blog*, 1 June 2018) < <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/06/law-and-autonomous-systems-series-how-resolve-smart-contract-disputes> > Erişim Tarihi 17 Kasım 2020.
- Farrell S, Machin H ve Hinchliffe R, 'Lost and Found in Smart Contract Translation - Considerations in Transitioning to Automation in Legal Architecture' <https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/14-FARRELL_and_MACHIN_and_HINCHLIFFE-Smart_Contracts.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2020.

- Humbecq VA, 'The Blockchain-GDPR Paradox' (*CodeMine*, 21 November 2017) < <https://codemine.be/posts/20171121-blockchain-gdpr-paradox/> > Erişim Tarihi 22 Kasım 2020.
- Lessig L, 'Code is Law (Harvard Magazine)' < <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html> > Erişim Tarihi 19 Kasım 2020.
- Maxwell W ve Salmon J, 'A Guide to Blockchain and Data Protection' (*A Guide to Blockchain and Data Protection*, September 2017) < https://www.hlengage.com/_uploads/downloads/5425GuidetoblockchainV9FORWEB.pdf > Erişim Tarihi 22 Kasım 2020.
- Meyer D, 'Blockchain Technology is on a Collision Course with EU Privacy Law' (*The Privacy Advisor*) < <https://iapp.org/news/a/blockchain-technology-is-on-a-collision-course-with-eu-privacy-law/> > Erişim Tarihi 22 Kasım 2020.
- Mik E, 'Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real-World Complexity' *Law Innovation and Technology* (2009) 9 (2) < https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4298&context=sol_research > Erişim Tarihi 19 Ağustos 2020.
- Mukherjee A, 'Smart Contracts: Another Feather in UNCITRAL's Cap' (2018) *Cornell International Law Journal Online*, < <http://cornellilj.org/smart-contracts-another-feather-in-uncitrals-cap/> > Erişim Tarihi 20 Ağustos 2020.
- 'Patentscope' < <https://patentscope.wipo.int/search/en/search.jsf> > Erişim Tarihi 1 Aralık 2020.
- 'Payme+' < <https://www.payme.plus/> > Erişim Tarihi 15 Kasım 2020.
- Sherborne A, 'Blockchain, Smart Contracts and Lawyers' (*International Bar Association Publication*, December 2017) <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=17badeaa-072a-403b-b63c-8fbd985d198b> > Erişim Tarihi 20 Kasım 2020.
- Szabo N, 'Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets' (*Semantic Scholar*, 25 January 2018) < <http://www.truevaluemetrics.org/DBpdfs/BlockChain/Nick-Szabo-Smart-Contracts-Building-Blocks-for-Digital-Markets-1996-14591.pdf> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.
- Szabo N, 'Formalizing and Securing Relationships on Public Networks' (*First Monday* 1 September 1997), < <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2020.
- 'The Unified Payment Identifier' < <https://payid.org/universal-payment-identifier-faqs#What%20is%20PayID> > Erişim Tarihi 14 Kasım 2020.
- Wright A ve Filippi DP, 'Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia' (10 March 2015) < <https://ssrn.com/abstract=2580664> >
- 'Virtual Currency Schemes – A Further Analysis' (February 2015) < www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf > Erişim Tarihi 22 Ağustos 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Seda İrem Çakırca**

Öz

Aşı reddi, Dünya Sağlık Örgütü tarafından kişilerin kendilerine sunulan aşı hizmetlerinin varlığına rağmen aşı yaptırmayı tamamen reddetmesi olarak tanımlanmıştır. Aşı reddi, dünya üzerindeki ülkelerin %90'ından fazlasında rapor edilmiştir. Özellikle bebeklerde aşı ile önüne geçilebilecek hastalıkların meydana çıkmasını ve bu hastalıklar sebebiyle gerçekleşen ölümleri engellemesi için elzem olan bebeklik dönemi aşı uygulamalarının reddedilmesi Türkiye'de de gittikçe artmaktadır. Covid 19 salgını sonrasında daha da alevlenen aşuların zorunlu hale getirilmesi tartışması, bebeklik dönemi aşı uygulamalarının tekrar mercek altına alınması zarureti doğurmuştur. Anayasa Mahkemesi, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararında hak ihlali tespit ederek, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına yasal temsilciler tarafından rıza verilmemesini hukuka uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin aksine tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek rızanın verilip verilmemesi hususu, velayet hakkının kapsamı, sınırlandırılması ve "çocuğun üstün yararı" çerçevesinde değerlendirilmeye alındığı vakit; zorunlu aşı tartışmaları tipik bir anayasa hukuku tartışması olmaktan çıkacaktır. Kapsamlı bir analiz yapmak için bu çalışmada öncelikle karşılaştırmalı hukukta bebeklik dönemi aşı uygulamalarının ne şekilde düzenlendiği ele alınacak, ikinci bölümde ise Türkiye'deki bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin mevzuat ve ulusal ve ulus-üstü yargının tutumu incelenecektir. Son bölümde ise bebeğin yasal temsilcisinin tıbbi müdahaleye rıza vermekten imtina etmesi velayet hakkı, söz konusu hakkın çocuğun üstün yararı temelinde sınırlandırılması veya kaldırılması bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Velayet, Bebeklik Dönemi Aşuları, Çocuğu Üstün Yararı, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Kamu Sağlığı

Evaluation of Infancy Vaccine Applications within the Scope of Custodial Right

Abstract

Vaccine hesitation, described by the WHO as "delay or refusal in the acceptance of vaccines notwithstanding the availability of vaccine services" and vaccine refusal, defined as the rejection of all vaccines, have been documented in more than 90% of the world's countries. In Turkey, some parents are increasingly rejecting vaccination of infants. These vaccines are essential to prevent the emergence of preventable diseases, especially in infants, and to prevent deaths caused by these diseases. The discussion of making vaccinations compulsory after the Covid-19 pandemic made it important to re-examine the necessity of infancy vaccinations. In its Halime Sare Aysal decision regarding infancy vaccination in 2015, the Constitutional Court found legal representatives of infants who refuse to consent to infancy vaccination practices to be a violation of rights. However, contrary to the Constitutional Court decision's reasoning, when the issue of whether to give consent that will make the medical intervention lawful is taken into consideration within the framework of the scope of limitation of the right of custody and "best interests of the child," mandatory vaccination debates will cease to be a typical constitutional law debate. In the first part of this study, the regulation of infancy vaccination practices in comparative

* Bu makale, 10 Şubat 2022'de Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu'nda sunulan "Bebeklik Çağı Aşı Uygulamalarının Reddinin Velayet Hakkının Kapsamı Bağlamında Değerlendirilmesi" başlıklı tebliğin geliştirilmiş ve gözden geçirilmiş hali olup, başka hiçbir yerde yayınlanmak üzere gönderilmemiş ve yayınlanmamıştır.

** Sorumlu Yazar: Seda İrem Çakırca (Doç. Dr.) İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: icakirca@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-1327-1833

Atf: Çakırca Sİ, "Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1105. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0002>



law will be discussed. Furthermore, in the second part, the legislation regarding infancy vaccination practices in Turkey and the position of the national and supranational judiciary will be examined. In the last part, the refusal of the legal representative of the infant to consent to medical intervention will be analyzed in the context of limiting or removing the right of custody on the basis of the best interests of the child.

Keywords

Custody, Infancy Vaccinations, The Best Interest of the Child, Consent to Medical Intervention, Public Health

Extended Summary

The Covid-19 pandemic brought with it the question of whether compulsory vaccination applications could be made legally possible. It is seen that with the increasing vaccine hesitancy and vaccine rejection throughout the world over the years, the community immunity for vaccine-preventable infancy diseases is gradually decreasing. In this respect, it has been accepted by many countries that infancy vaccination practices must be mandatory. Turkey is not far away from the current vaccine debates. The Halime Sare Aysal decision of the Constitutional Court in 2015 regarding infancy vaccination practices provided a different direction to this debate. The Constitutional Court built its decision only on the principle of “lawfulness,” without any reference to concepts such as custody, the best interest of the child, the superior public, or private benefit, all concepts that can replace consent to medical intervention. A crucial opportunity was missed by the high court’s strict formal assessment of the concept of legality, as the right of custody is understood in the current literature not only as a right, but as an obligation shaped according to the best interests of the child.

Although the European Court of Human Rights did not find a violation in the Czech Republic’s decision to make infant immunizations mandatory, it missed a significant opportunity by not mentioning the ideas of custody or the best interest of the child in the judgment’s reasoning. The Vavříčka and others v. the Czech Republic case was constructed primarily in terms of a conflict between the private life of unvaccinated children and the values of public health and social solidarity. Despite appearances, the underlying issue is not a conflict between one’s freedom to self-determination and public health. Instead, the conflict at hand is between the parents’ right to make decisions on behalf of their children and the state’s right to impose obligations in order to preserve public health as well as the best interests of the child in question. For example, an adult person who refuses a vaccine against Covid-19 does so willingly and voluntarily, knowingly all of the consequences. This decision can be considered as a person’s self-determination. On the other hand, an infant cannot make this choice. As the decision will be made by the parents, it represents their choices instead of the infant’s, even though the consequences will be borne by the infant.

In the first part of the study, I will examine which methods are compulsory for infancy vaccination in the world and especially in Europe. For example, the Measles

vaccination is now required for children aged one and up who attend daycare, school, or other community institutions, as well as for individuals who work in those facilities or in medical facilities, according to a German legal rule that alters various statutes. Vaccinations against measles will also be required for those living or working in refugee and asylum-seeker facilities. Noncompliance will result in fines, as well as the exclusion of unvaccinated children and adults from the appropriate facilities. In the second part of the study, I will discuss Turkey's legislation on infancy vaccination practices and the position of national and supra-national jurisdictions on this issue. The last part is devoted to the evaluation of the right of custody in the context of the best interests of the child. Unfortunately, this concept has found its place neither in the decisions of the Constitutional Court nor in the decisions of the European Court of Human Rights. Thus, the rights and best interests of the child related to infant vaccination practices will be examined. Furthermore, a step that will put an end to the debates on formal legality is to make a legal regulation by the legislator regarding infancy vaccination practices. In this respect, how the new regulation should be designed in order to take into account the best interests of the child will also be discussed.

Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Giriş

Covid 19 salgını ile birlikte gündeme gelen zorunlu aşı uygulamalarının hukuken mümkün olup olmayacağına yönelik tartışmalar, zihinlere bebeklik dönemi aşılarının zorunlu tutulmasına ilişkin tüm dünyada yıllardır varlığını sürdüren benzer bir tartışmayı getirmiştir. Her iki tartışmanın da temel eksenini zorunlu aşı uygulamalarının; kişinin özel yaşamına saygı hakkı ile kamu sağlığı arasında hak çatışmasına sebebiyet verdiği gerçeği oluşturmaktadır. Şöyle ki; her tıbbi müdahale kişinin aydınlatılmış onamının yokluğunda vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi anlamına gelir ve bu sebeple hukuka aykırıdır. Zorunlu aşı uygulamalarında kişinin iradesini, bu bağlamda aydınlatılmış onamını aramaksızın bir tıbbi müdahaleyi zorunlu kılmak devletin kamu sağlığını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü ile açıklanmaktadır. Dolayısıyla zorunlu aşı tartışmalarının odağını devletin olası veya mevcut bir salgını önlemek için zorunlu aşı politikalarını uygulamak suretiyle kamu sağlığını; bireylerin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ile zorunlu aşı uygulamasına tabi olmak istemeyen kişinin özel yaşamına saygı hakkının çatışması oluşturmaktadır. Elbette her devlet salgın hastalık tehlikesi veya mevcudiyeti karşısında aşılardan zorunlu olmasına dair bir politik tutum almak mecburiyetinde değildir. Söz konusu aşılardan ihtiyari olarak da tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle, toplum bağışıklığı aşı olacak kişinin iradi kararına göre belirlenecek aşılamaya uygulamaları ile de elde edilmeye çalışılabilir.

Bebeklik dönemi aşılardan zorunlu tutulması tartışmasında ise meseleye tıbbi müdahaleye rızasını açıklayan yasal temsilcinin velayet hakkı ve çocuğun üstün yararı kavramları da eklenmektedir. Zira bebeklik dönemi aşılardan uygulanacağı bebeğin bu husustaki iradesini açıklaması mümkün değildir. İrade açıklaması ile hakkın süjesi olan bebeğin geleceği hakkında karar veren velayet hakkı sahibi ana ve babadır. Dolayısıyla velayet hakkının kapsamı, sınırları ve sınırlandırılma/kaldırılma sebepleri bu bağlamda hayati bir önememe sahiptir. Bebek adına irade açıklamasında bulunacak olan velayet hakkı sahibi kişi veya kişilerin, anılan iradelerini açıklarken sınırsız bir özgürlüğe sahip olmadıkları tartışmasız hukuki bir gerçekliktir. Özellikle çocuk hakları bağlamında “çocuğun üstün yararı” ilkesi velayet hakkının sınırlandırılmasını gerekli kılan en önemli sebeplerden biri olarak karşımıza

çıkılmaktadır¹. Güncel yazında² da velayet hakkının, hak süjesi çocuğun korunması, maddi ve manevi bütünlüğünün geliştirilmesi için sahibine haktan çok yükümlülük yükleyen karakterinin altının çizildiği unutulmamalıdır. Velayet hakkının kapsamını çocuğun yüksek menfaati belirleyeceği üzere çocuğun kişi varlığının veya mal varlığının tehlikeye girmesi söz konusu olduğunda, velayet hakkının sınırlandırılarak çocuğun korunması gündeme gelecektir.

Bebeklik çağına ilişkin aşı tartışmalarının kamu sağlığı, özel yaşama saygı ve çocuk hakları şeklinde üç ayağı olması gerekir. Öte yandan Türkiye özelinde, Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararı³ ile bu üç ayağın çocuk haklarına ilişkin kısmını değerlendirmeye almamış ve kararını sadece “kanunilik” ilkesi üzerine inşa etmiştir. Bu çalışmanın amacı bebeklik dönemi aşı uygulamalarının zorunlu kılınmasının hukuken nasıl mümkün olacağı sorusunun cevabını, velayet hakkını da dikkate alarak, bulmaktır. Anılan amaç doğrultusunda ilk olarak, dünya üzerindeki zorunlu aşı uygulamaları tartışmalarından özellikle de bebeklik dönemine ilişkin olanlar incelenecek ve karşılaştırmalı hukuk analizi yapabilmek için Avrupa ile sınırlı bir biçimde zorunlu aşı uygulamalarının hukuken nasıl düzenlendiği ve sonuçlarının neler olduğu araştırılacaktır. Çalışmanın ikinci kısmında ise Türkiye özelinde zorunlu bebeklik çağı aşılarının mevzuatta nasıl düzenlendiği ve içtihadın söz konusu aşı uygulamalarına dair tutumu incelenecektir. Bu araştırmayı yaparken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararlarından; özellikle de görece yeni Vavrička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararı⁴ ve Anayasa Mahkemesi’nin Halime Sare Aysal kararından yararlanılacaktır. Son bölümde ise velayet hakkı kapsamında velayet hakkı sahibi kişi veya kişilerin, çocuk üzerinde tıbbi bir müdahale niteliğinde olan aşı uygulamasına izin verip vermemekte sınırsız bir özgürlüğe sahip olup olmadığı, çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde tartışılacaktır.

¹ Ingeborg Schwenzer, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2006) Art. 301 N. 4; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmitz ve Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Schulthess § 2015) § 43 N. 50.

² Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019) N. 1691, Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2017) 250, Sevgi Usta, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 24, Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Uyarınca Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (MK md. 346, md. 347, md. 348) (On İki Levha Yayıncılık 2009) 2, Selma Baktır Çetiner, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayınları Ankara 2000) 28-30; Schwenzer (n 1) Art. 302 N. 4, Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 43 N. 26.

³ Anayasa Mahkemesi 2013/1789, 11. 11. 2015. (RG 24. 12. 2015/29572). Anayasa Mahkemesi Halime Sare Aysal kararını takip eden kararlarında da özdeş gerekçelerden hareket etmiştir. Bkz.: Muhammed Ali Bayram Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/4077, 29. 06. 2016. (RG 26. 10. 2016/29869); Esmâ Fatma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu Kararı, Anayasa Mahkemesi 2013/7246, 23. 03. 2016 (Söz konusu karar Resmî Gazete’de yayınlanmamıştır), Salih Gökâl Sezer Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/5629, 21. 11. 2017 (Söz konusu karar da Resmî Gazete’de yayınlanmamıştır).

⁴ Vavrička and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021).

I. Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Aşı Uygulamaları

A. Genel Olarak

Aşılar, toplumsal hayat üzerinde bulaşıcı hastalıklar sebebiyle oluşabilecek yükleri büyük ölçüde azaltırlar. Buna karşın, gittikçe artan bir şekilde, birçok kişi hem kendisine hem de çocuğuna aşı yaptırmak konusunda tereddüt etmekte ve aşı yaptırmamaktadır. Elbette aşı reddinin birden fazla sebebi olabilir. Kimi zaman aşı reddinin sebebi aşılardan olası yan etkilerine karşı duyulan korku, kimi zaman aşılardan içeriklerine dair güvensizlik veya dini inançlar olabilir⁵. Oysa bulaşıcı bir hastalığa; örneğin kızamığa ilişkin toplum bağışıklığının sağlanabilmesi, hastalığın yayılmasının azaltılması ve kırılgan grupların korunabilmesi toplumun %95'inin aşılmasına bağlıdır⁶. Pek tabii ki; bulaşıcı hastalıklara karşı düşük toplum bağışıklığının tek sebebi aşı reddi değildir. Bazı kişilerin tıbbi risk taşımaları nedeniyle aşılama yapılamadığı veya aşıya erişimin mümkün olmadığı durumlarda dezavantajlı grupların aşılama yapılamadığı da göz önüne alındığında, toplum bağışıklığını güçlendirmeyi/sağlamayı hedefleyen devletlerin kullanabileceği en etkin yöntemlerden birinin aşılama zorunlu kılmak olduğu görülecektir. Zira, özellikle aşıya erişimi mümkün olmayan kırılgan grupların bulaşıcı hastalıklardan zarar görmemesi toplum bağışıklığının sağlanmasına bağlıdır. Zorunlu aşı politikaları ile devletler, düşük aşılama oranlarına müdahale ederek, bulaşıcı hastalıklar için toplum bağışıklığını sağlayabilirler.

Bebeklik dönemi aşılama da devletlerin zorunlu aşı uygulamaları kapsamına öncelikli olarak aldıkları aşı grubu içerisinde yer alır. Özellikle Kuzey Amerika ve Avrupa'daki son kızamık salgınları, hükümetlerin aşılama konusunda ebeveynlerin karar verme sürecine nasıl dahil olduklarını yeniden gözden geçirmelerini hızlandırmıştır⁷. Bu sebeple çalışmanın takip eden bölümünde, zorunlu aşı tartışmaları bebeklik dönemi aşılama kapsamında değerlendirilecektir. Öncelikle dünya üzerinde bebeklik dönemi aşı uygulamalarının nasıl ele alındığı incelenecek, söz konusu incelemede Avrupa'ya özel bir bölüm hasredilecektir. Böylelikle karşılaştırmalı hukuk açısından meselenin nasıl ele alındığı hususunda bilgi edinilmesi amaçlanmaktadır.

B. Dünya Geneline Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamaları

Aşılardan milyonlarca insanı, yirmiden fazla aşı ile önlenbilir hastalık sebebiyle ölümden kurtarmış ve kurtarmaya devam ettiği bilinmektedir. DSÖ'nün verilerine göre özellikle bebeklik dönemi aşılama göz önüne alındığında, aşılardan her yıl iki ile üç

⁵ Roland Pierik, 'On Religious and Secular Exemptions: A Case Study of Childhood Vaccination Waivers' (2017) *Ethnicities* Vol. 17(2) 220, 221.

⁶ Samantha Vanderslott ve Tatjana Marks, 'Charting Mandatory Childhood Vaccination Policies Worldwide' (2021) *Vaccine* 39 4054, 4055; Katie Attwell ve Mark C. Navin, 'Childhood Vaccination Mandates: Scope, Sanctions, Severity, Selectivity, and Salience' (2019) *The Milkbank Quarterly* Vol 97 No: 4 978, 979; Fransesca Camilleri, 'Compulsory Vaccinations for Children: Balancing the Competing Human Rights at Stake' (2019) *Netherlands Quarterly of Human Rights* Vol. 37 (3) 245, 246.

⁷ Attwell ve Navin (n 5) 979.

milyon arasındaki çocuğu kızamık, kabakulak, kızamıkçık, difteri, tetanoz, çocuk felci, hepatit B, zatürree, influenza tip B ve boğmaca gibi bulaşıcı çocuk hastalıklarından kurtardığı kabul edilmektedir⁸. Buna karşın, her yıl beş yaşından küçük bir buçuk milyon çocuğun anılan aşı ile önlenemez bebeklik dönemi hastalıklarından öldüğü tahmin edilmektedir. Covid 19 salgının da kızamık ve çocuk felci gibi hastalıklarla mücadele için hayat kurtaran aşılarla erişimi azalttığı görülmektedir. Şöyle ki; Covid 19 salgınından önce bile 2019 yılında yaklaşık 14 milyondan fazla çocuğa hiç aşı yapılmadığı ve bir yaşın altındaki 19 milyon çocuğa ise kızamık, çocuk felci ve diğer önlenemez hastalıklara karşı önerilen aşılar yapılmadığı göz önüne alındığında Covid 19 salgının dünya üzerindeki en kırılgan gruplardan biri olan çocukların çoğunu aşı hizmetlerine erişimden mahrum bıraktığı kolayca anlaşılacaktır. Zira salgın devam ettikçe, Covid 19 aşısının dağıtım hızına bağlı olarak, rutin bağışıklama sistemi olumsuz bir şekilde etkilenmektedir. Salgın nedeniyle gerçekleşen kesintiler ve bebeklik dönemi aşılarının kapsamının yetersiz olması sonucunda 2021 yılında kızamık, boğmaca, difteri, sarı humma ve çocuk felci gibi hastalıkların ölümcül sonuçları olan salgınlara yol açabileceği öngörülmektedir⁹.

Öte yandan, dünyanın geneline baktığımızda birçok ebeveynin aşıya erişimlerinin olmasına rağmen, aşılar konusunda çekimser veya bu uygulamaları reddeder bir pozisyonda oldukları son yıllarda bilinen bir gerçekliktir. Sosyal medyanın alevlendirmesiyle birlikte, aşı reddinin en büyük sebeplerinden biri kızamık, kabakulak ve kızamıkçık aşılarının otizme neden olduğunu iddia eden bir çalışmadır¹⁰. Oysa söz konusu makalede, manipüle edilmiş verilerin kullanıldığı, otizm ile aşı uygulamaları arasında anlamlı bir bağ kurulmadığı yapılan birçok çalışmada ortaya koyulmuştur¹¹. Aşı reddinin diğer yaygın nedenleri ise doğal bağışıklığın aşıyla kazanılan bağışıklıktan daha iyi olduğu düşüncesi¹², aşıların güvenilir olmayan toksin maddeler içerdiği, çocuğa erken dönemde birden fazla aşı vermenin çocuğun bağışıklık sistemine aşırı yüklediği iddiası¹³ ve dini inançlardır¹⁴.

Aşıların birçok bebeklik dönemi hastalığından kaynaklanan ölümleri önlemeye yardımcı olduğu değerlendirildiğinde, toplum bağışıklığını sağlamak isteyen devletlerin aşıları zorunlu tutma yolunu bir çözüm olarak gördükleri anlaşılmaktadır.

⁸ WHO, 'Vaccines and Immunization', https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

⁹ UNICEF, 'Immunization' (July 2021), <https://data.unicef.org/topic/child-health/immunization/>, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

¹⁰ Andrew Wakefield ve diğerleri, 'Ileal-lymptoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children' (1998) *The Lancet*, Vol: 351 637-641.

¹¹ Söz konusu çalışmanın yayımlandığı ünlü *The Lancet* dergisi, 2010 yılında makaleyi geri çekmiş, Andrew Wakefield'in mesleki ruhsatı ise etik ihlali nedeniyle iptal edilmiştir. Makale aynı zamanda son yüz yılın en büyük tıbbi aldatmacası olarak da anılmaktadır. <https://www.ibtimes.com/link-between-mmr-vaccines-autism-conclusively-broken-253071>, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

¹² Camilleri (n 5) 246.

¹³ İbid 246.

¹⁴ Pierik (n 4) 221.

Örneğin, Güney Amerika’da zorunlu aşılama yöntemi hakim olarak uygulanır. Paraguay, Guyana ve Karayip ülkelerinin %80’inde okula başlamak için aşı yaptırmak zorunludur¹⁵. Kuzey Amerika’da ise, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1800’lü yılların başından beri bütün eyaletlerde farklı uygulamalar olsa da bugün, okula başlamak için bebeklik dönemi aşılarının uygulandığına dair bir belge gereklidir. Buna karşın elli eyaletin tamamı tıbbi nedenlerle, kırk beş eyalet ise dini ve felsefi sebeplerle zorunlu aşı uygulamalarına dair muafiyetlere izin vermektedir¹⁶. Kanada’da ise eyalet düzeyinde farklı uygulamalar mevcuttur. Örneğin; Ontario¹⁷ ve New Brunswick’te¹⁸ bazı aşılar okula başlayacak çocuklar için zorunlu tutulmuştur¹⁹.

Batı Pasifik bölgesinde Singapur, 1977 tarihli Singapur Bulaşıcı Hastalıklar Yasası²⁰ (Singapore Infectious Diseases: ID) m. 46/f. 1’de, çocuklar için difteri ve kızamık aşılarını zorunlu aşı kategorisinde düzenlemiştir. Güney Kore’de geçmişte okula giden çocukların bir aşı sertifikasına sahip olmaları gerekirken, aşı zorunluluğuna ilişkin bu politika 1999 yılında çıkarılan bir yasa ile değiştirilmiş ve bebeklik dönemi aşılara dair gönüllük esası benimsenmiştir²¹. Benzer şekilde, Japonya’da ilk olarak okul öncesi çocuklar için 1978’de uygulamaya konulan zorunlu kızamık aşısı programı 1994 yılında değiştirilerek, tamamen durdurulmuştur. Bu değişikliklerle; zorunlu bebeklik dönemi aşı uygulamalarının yerini güçlü tavsiyeler ve bireylerin iradi kararları almıştır²². Batı Pasifik bölgesinin güneyinde Yeni Zelanda’da da zorunlu aşılama uygulamasından ihtiyari aşılama sistemine geçilmiştir²³. Avustralya’da ise 19. yüzyılın ortalarından itibaren Victoria, Güney Avustralya, Batı Avustralya ve Tazmanya eyaletlerinde çiçek aşısı, vicdani ret istisna hükmüne rağmen zorunlu hale getirilmiştir²⁴. 2016 yılında ise belirli çocuk ve aile vergi indirimlerinden yararlanmaya hak kazanabilmek için ebeveynlerin çocuklarını tam olarak aşılatmalarını gerekli kılan “İğne Yok, Oyun Yok; İğne Yok, Ödeme Yok” politikası uygulamaya koyulmuştur. “İğne Yoksa, Oyun Yok” politikası ile çocukların kreşe başlayabilmeleri için ya tam aşı olmalarını ya da onaylanmış bir aşı tamamlama programına katılmaları şart koşulmuştur²⁵.

¹⁵ Vanderslott ve Marks (n 5) 4057.

¹⁶ Saad B. Omer, Cornelia Betsch ve Julie Leask, ‘Mandate vaccination with care’ (2019) Nature 571 (7766) 469, 470.

¹⁷ Immunization of School Pupils Act R.S.O. 1990, Chapter I. 1, <https://www.ontario.ca/laws/statute/90i01> , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

¹⁸ PublicHealthAct42.1, <https://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/ag-pg/PDF/RegulationsReglements/2021/2021-67.pdf> , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

¹⁹ Vanderslott ve Marks (n 5) 4058. Öte yandan yazarların verdikleri bilginin aksine Manitoba’da kızamık aşısı halen daha zorunlu aşı kategorisinde değildir; daha da doğru bir ifadeyle Manitoba’da bebeklik çağı aşılarının hiçbiri zorunlu aşı olarak değerlendirilmemektedir. <https://www.gov.mb.ca/health/publichealth/cdc/div/about.html#a> , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

²⁰ <https://sso.agc.gov.sg/Act/IDA1976> , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

²¹ Vanderslott ve Marks (n 5) 4058.

²² Peter Doshi ve Akira Akabayashi, ‘Japanese Childhood Vaccination Policy’ (2010) 19 Cambridge Q Healthcare Ethics 283, 283.

²³ <https://www.healthnavigator.org.nz/health-a-z/c/childhood-immunisation/> , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

²⁴ Vanderslott ve Marks (n 5) 4058.

²⁵ <https://www.ncirs.org.au/public/no-jab-no-play-no-jab-no-pay> , Erişim tarihi 09. 03. 2022.

Afrika için verilere erişimin sağlıklı ve güvenli olmaması sebebiyle aşılama politikası hakkında bilgi edinmek zordur. Kenya, 2010 yılında yeni bir Anayasa ve Haklar Bildirgesi ile çocuklar için de sağlık hakkı ve sosyal bakımı özel olarak düzenleme altına almıştır (madde 53)²⁶. Tanzanya’da aşılama zorunlu değildir ve fakat uygulamada zorunluymuşçasına hareket edilir. Etiyopya’da kızamık aşısı zorunlu olup, 2007 yılında beşli aşı (Haemophilus influenzae tip B, boğmaca, tetanos, hepatit B ve difteri) uygulamaya konulduğunda da zorunlu hale getirilmiştir. Uganda’da ise 2017 yılında yürürlüğe giren bir yasa ile bebeklik dönemi aşıları zorunlu hale getirilmiştir. Nijerya’da çocukların sadece dörtte biri önerilen tüm aşıları olmuştur. Bu sebeple Nijerya, Afrika’da en düşük aşı yaptırma oranlarına sahip ülkelerden biridir. Ülkede 2020’de çocuk felcinden ari ilan edilmesine rağmen çocuk ölümleri halen daha oldukça yüksektir²⁷.

Doğu Akdeniz bölgesinde de zorunlu aşı uygulamaları yer almaktadır. Bu bağlamda İsrail bir istisnadır; zira bebeklik dönemi aşılarını zorunlu tutmamış, Ulusal Bağışıklama Teknik Danışma Grubu tarafından ana hatları çizilen bir aşılama takvimi önermekle yetinmiştir. Rutin çocukluk aşıları, hizmet kullanımının yüksek olduğu toplum temelli anne ve çocuk sağlığı kliniklerinde ücretsiz olarak sunulmaktadır²⁸. Bölge’de birçok ülke çocuk felci aşısını zorunlu tutmaktadır, halen daha çocuk felci salgınının olduğu Pakistan ve Afganistan’da da çocuk felci aşısı zorunlu olarak yapılmaktadır. Ancak yasal bu zorunluluğun uygulamada karşılığı bulunmamaktadır. Söz konusu ülkelerde cereyan eden çatışma iklimi aşılarla erişimi zorlaştırmaktadır. Pakistan 2019 yılında çıkardığı bir yasa ile bütün bebeklik çağı aşılarını zorunlu hale getirmiştir²⁹. Bölgede genel olarak, okula veya kreşe kaydolabilmek için aşıların tamamlanmış olması gerekir. Suudi Arabistan’da ise doğum belgesi alabilmek için zorunlu aşıların yapılması gerekir³⁰. Güney-doğu Asya Bölgesi’nde de birçok ülkede zorunlu aşı uygulamaları bulunmaktadır³¹.

Türkiye’deki bebeklik dönemi aşı uygulamalarını incelemeye geçmeden önce, bizim için anlamlı karşılaştırmalı bir hukuk analizi yapmak adına özel olarak Avrupa’daki bebeklik dönemi aşı düzenlemelerini değerlendirmek yararlı olacaktır. Bu bağlamda, bilhassa Almanya, İtalya ve Çek Cumhuriyeti örneklerinden ayrıntılarıyla söz edilecektir.

²⁶ <https://www.klrc.go.ke/index.php/constitution-of-kenya/113-chapter-four-the-bill-of-rights/part-3-specific-application-of-rights/219-53-children>, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

²⁷ Vanderslott ve Marks (n 5) 4058, 4059, Cheluchi Onyemelukwe, ‘Can legislation mandating vaccination solve the challenges of routine childhood immunisation in Nigeria?’ (2016) Oxford University Commonwealth Law Journal VOL. 16 NO. 1 100, 101.

²⁸ https://www.health.gov.il/English/Topics/Pregnancy/Vaccination_of_infants/Pages/default.aspx, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

²⁹ https://senate.gov.pk/uploads/documents/1580370222_788.pdf, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

³⁰ <https://www.moh.gov.sa/en/HealthAwareness/EducationalContent/vaccination/Pages/vaccination1.aspx>, erişim tarihi 09. 03. 2022.

³¹ Vanderslott ve Marks (n 5) 4059.

C. Avrupa’da Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamaları

Dünyada gittikçe artan aşı tereddüdünün/reddinin sonuçları Avrupa’da da kendini göstermeye başlamıştır. Bu durum aşılama oranlarının önemli ölçüde düşmesine ve kızamık gibi önlenebilir bulaşıcı hastalıkların yayılmasının artmasına neden olmuştur. DSÖ’nün verilerine göre 2017 yılında Avrupa’da kızamık aşılarının uygulanmasında yaşanan düşüş nedeniyle 25. 869 kişi kızamığa yakalanmış ve 42 kişi söz konusu hastalıktan ölmüştür³². Türkiye de ne yazık ki kızamık hastalığının tekrar görülmeye başladığı ülkelerden bir tanesidir³³. 2017 yılından sonra aşı reddi ile birlikte baş gösteren kızamık hastalığının önüne geçebilmek için kızamık salgınından en çok etkilenen iki ülke olan Fransa ve İtalya, zorunlu aşı uygulamasını hayata geçirecek hukuki yollar oluşturmuştur³⁴.

Fransa’da zorunlu DPT (difteri, tetanoz ve çocuk felci) aşıları 20. yüzyılın başlarında uygulanmaya başlanmış ve önerilen tüm aşılar sonunda 2017’de zorunlu hale getirilmiştir. Buna göre; 1 Ocak 2018’den itibaren doğan, 2 yaşına kadar olan çocuklar için zorunlu aşılama üç aşından on iki aşıya çıkarılmıştır. Zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkan ebeveynler, çocuklarını ve diğer çocukları riske atmakla suçlanıp, para cezası ve olası hapis cezası şeklinde yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir³⁵.

İtalya’da bazı aşılar geçtiğimiz yüzyılın başında zorunlu olarak sınıflandırılmıştı (difteri, çocuk felci, tetanoz ve hepatit B); diğer aşıların uygulanması ise sadece tavsiye edilmekteydi. Zorunlu aşıların uygulanmamasının yaptırımı olarak düzenlenen para cezaları ve özellikle okuldan uzaklaştırma 1999 yılından beri çok nadir bir şekilde uygulanmaktaydı. 2016 yılında İtalya daha önce tavsiye edilen aşıları, üç yaşından büyük çocuklara okul öncesi eğitim için zorunlu şekilde düzenlenmiştir. Böylelikle 16 yaşına kadar olan çocuklar için artık on aşı zorunlu hale gelmiştir. Yapılan yeni düzenleme, aşılamaı reddeden tüm kişiler para cezasına çarptırılabilir (100-500 € arasında) ve aşılanmamış çocukların okul öncesi eğitim kurumlarına kaydolmaları önlenebilir kılınmıştır³⁶. Buna karşın sadece aşı olması gereken bir çocuğun kabul edilmiş bir kontrendikasyonu olması halinde, aşı zorunluluklarına yönelik tıbbi

³² WHO, ‘Measles- European Region 6 May 2019’, <https://www.who.int/emergencies/disease-outbreak-news/item/2019-DON140>, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

³³ 2018’de Avrupa’da 83. 540 kişi kızamığa yakalanmış ve 74’ü kızamığa bağlı olarak hayatını kaybetmiştir. DSÖ’nün 2021 yılının başında yayımladığı verilere göre ise 2020 için, kızamık verilerini sunan 52 üye Devletin 37’si (%71) tarafından 12. 205 kızamık vakası rapor edilmiştir (sıfır raporlama dahil). Bölgedeki toplam vakalardan 10. 717 vaka (%88) 6 ülke tarafından rapor edilmiştir: Özbekistan (n=4. 053; %33), Kazakistan (3. 269; %27), Rusya Federasyonu (1. 100; %9), Romanya (976; %8), Kırgızistan (708; %6) ve Türkiye (611; %5). 10. 423 vakanın (% 85) aşılama durumu biliniyordu. Aşılanmamış 8. 518 vakanın (%82) 4. 055’i (%48) <1 yaşında, 2.343’ü (%28) 1-4 yaşında, 670’i (%8) 5-9 yaşında, 400’ü (%5) 10-19 yaşında ve 1050 (%12) ≥ 20 yaşındaydı. Kalan 1905 vakanın (%18) en az bir doz kızamık içeren aşıyı (MCV) ile aşılandığı bildirilmiştir. WHO, ‘WHO EpiBrief, No: 1/2021’, https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/496907/WHO-EpiBrief-1-2021-eng.pdf, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

³⁴ Camilleri (n 5) 247.

³⁵ Henri Partouche, Serge Gilberga, Vincent Renard ve Olivier Saint-Lary, ‘Mandatory Vaccination of Infants in France: Is that the way forward?’ (2019) European Journal Of General Practice Vol. 25 No. 1 49, 50.

³⁶ Camilleri (n 5) 247.

muafiyetlere izin verilmektedir. Başka bir muafiyet türü ise bulunmamaktadır³⁷. Yapılan değişiklik sonrasında, İtalya'nın bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklığın arttığı tespit edilmiştir³⁸. Hatta zorunlu aşı kapsamına girmeyen anti-pnömonokok ve anti-meningokokal C aşılara karşı bağışıklığın da belirgin bir şekilde arttığı gözlemlenmiştir³⁹.

Düşük bağışıklık oranları sebebiyle; özellikle kızamık hastalığından ağır şekilde etkilenen bir diğer Avrupa ülkesi de Romanya'dır. Romanya'da bu tür salgınlara tepki olarak, benzer zorunlu aşılama önlemlerinin getirilmesi için 2017'de bir yasa çıkarılmıştır. Buna göre; yeni doğanlarda doğumdan sonraki ikinci ve yedinci gün arasında BCG aşısı, Hepatit B aşısı ise doğumu takiben hemen (iki saat sonra), daha sonra iki ay, altı ay ve dokuz yaşında; difteri-tetanoz-boğmaca aşısı (DTP); iki aylık, dört aylık, altı aylık, 1 yıllık ve üç aylıkken; çocuk felci aşısı, 2, 4, 6 ay, 1 yaş ve 9 yaşlarında; 15 aylık ve beş yaşında ise (kızamık, kabakulak, kızamıkçık) üçlü aşılama zorunlu hale getirilmiştir. Böylelikle aşıların sağladığı bağışıklık derecesi nüfusun %95-98'ine ulaşmıştır⁴⁰.

Almanya'da önceleri aşı uygulamaları gönüllü olarak yapılmaktaydı ve 1960'ların ortalarından beri sadece tavsiye şeklinde uygulanmaktaydı. 2017 yılında Alman Federal Mahkemesi ebeveynlerin gönüllü aşılama hususunda anlaşamamaları halinde hangi hukuki kavramların öne çıkması gerektiğini ortaya koyan, oldukça önemli bir karar verdi⁴¹. Buna göre; bir çocuğun aşılama, standart veya rutin aşılama olsa bile, çocuk için büyük önem taşıyan bir konudur. Mahkeme çocuğun üstün yararı ilkesini göz önüne alarak, böyle bir aşının uygulanması konusunda ebeveynler arasında anlaşmazlık olması durumunda, çocukta aşıya karşı özel bir risk bulunmuyorsa, karar verme yetkisinin, Robert Koch Enstitüsü Daimi Aşı Komisyonu'nun tavsiyeleri doğrultusunda çocuğun aşılama savunan ebeveyne devredilebileceğini ve bu bağlamda enfeksiyon ve aşılamanın genel risklerinin açıklığa kavuşturulması, değerlendirilmesi için ayrıca uzman görüşü alınmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin zorunlu aşıya ilişkin bir kanun olmamasına rağmen, çocuğun üstün yararı ilkesini önceleyerek bu şekilde karar vermesi oldukça önemlidir. Bu kararına ardından, Almanya'da ülkedeki çocuklar arasında kızamık vakalarının artışı gözlemlendikten sonra, kızamık aşısını zorunlu hale getirmek

³⁷ Attwell ve Navin (n 5) 1006.

³⁸ Bir çalışma, 2017 yılında ulusal düzeyde 24 aylık aşı kapsamını çocuk felci için % 94, 5 ve kızamık için % 91, 7 olarak hesaplanmıştır. 2016 yılına göre sırasıyla % 1, 2 ve % 4, 4 oranında bir artışın meydana geldiği anlamına gelmektedir. C. Sinorelli, A Odone, P Cella ve S Iannazzo, 'Childhood Vaccine Coverage in Italy After the New Law on Mandatory Immunization' (2018) Ann Ig. 30 (Suppl. 1) 1, 8-9. Bu eğri 2018 ve 2019 yıllarında da devam etmiştir. Giovanni Rezza, 'Mandatory Vaccination for Infants and Children: the Italian Experience' (2019) Pathogens and Global Health 113: 7 291, 293.

³⁹ Rezza (n 36) 293.

⁴⁰ Vasile Valeriu Lupu, A Ignat, G Stoleriu, AB Ciubara, A Ciubara, V Lupu, M Burlea ve S Stratciuc, 'Vaccination of Children in Romania Between Civic Obligation and Personal Choice' (2017) Revista De Cercetare Interventie Sociala' Volumul 56 123, 126.

⁴¹ BGH, Beschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - OLG Jena, AG Erfurt.

için Mayıs 2019'da Parlamento'ya bir yasa tasarısı sunulmuş ve söz konusu tasarı 1 Mart 2020 tarihinde uygulanmak üzere kabul edilmiştir⁴². Mülteci barınakları ve klinikler gibi diğer kamusal alanlarda da aşılama zorunludur ve zorunlu aşılama yapılmadığı veya aşılamanın yapıldığına dair belgenin ibraz edilmediği durumda 2.500 €'ya kadar para cezası verilebileceği kabul edilmektedir⁴³. Söz konusu kanun kızamık bağışıklığını %95'e çıkarmayı hedeflemektedir. Kanunun yürürlüğe girişi ile kızamık bağışıklığının artıp artmadığını araştıran oldukça güncel bir araştırmaya göre, halen daha yetişkinlerde ve çocuklarda kızamığa karşı bağışıklık düzeyi %95'in altındadır. Yasanın yaptırımlarının, yetişkinleri kızamık aşısı yaptırmaları konusunda ebeveynlerden daha çok teşvik ettiği gözlemlenmiştir⁴⁴.

Çek Cumhuriyeti ise Kamu Sağlığı Yasası ile zorunlu aşı programına dokuz aşısı dahil etmiştir⁴⁵. Bu düzenleme uyarınca kızamık, kabakulak, kızamıkçık (MMR) aşılarını yaptırmayan çocukların okul öncesi kurumlara kayıt yaptırmaları yasaklanmıştır (m. 50). Söz konusu düzenlemenin yarattığı hak ihlalinin tespiti için Çek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve fakat başvuru reddedilmiştir⁴⁶. Reddedilen başvuru, bir sonraki bölümde ayrıntılarıyla ele alınacak olan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vavrička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararına da konu olmuştur.

Bulgaristan, Hırvatistan, Kuzey Makedonya, Letonya, Polonya, Slovakya ve Slovenya gibi diğer bazı Avrupa ülkelerinde de uzun süredir zorunlu aşılama uygulamaları mevcuttur⁴⁷. Kıbrıs, Yunanistan ve Moldova gibi diğer bazı Avrupa ülkelerinde ise aşı uygulamaları öneri düzeyinde kalmıştır ve fakat okula giriş için aşılama zorunlu hale getiren yaptırımlar ile aşı uygulamalarının gerçekleştirilmesi zorlanmaktadır⁴⁸.

⁴² Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10 Februar 2020, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil 1 Nr. 6, ausgegeben zu Bonn am 13 Februar 2020. 1 Mart 2020'de anaokuluna veya okula devam eden çocuklar ve kamusal ve sağlık merkezlerinde çalışanlar için, aşıların tamamlanmasına dair belge getirme süresi ilk olarak 31 Temmuz 2021'e ertelenmiştir. 10 Aralık 2021 tarihinde ise söz konusu süre Covid 19 salgını sebebiyle ikinci kez 31 Temmuz 2022'ye dek uzatılmıştır. <https://www.masernschutz.de/themen/rechtliche-aspekte/>, Erişim Tarihi 09. 03. 2022.

⁴³ Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) geändert worden ist, §73. Ayrıntılı bilgi için bkz. : P. M. Lissel, 'Infektionsschutzrecht nach Inkrafttreten des Masernschutzgesetzes' (2020) Zeitschrift für Rheumatologie 5 459, 464.

⁴⁴ Michael Neugebauer, Matthias Ebert ve Roger Vogelmann, 'Beurteilung des neuen Masernschutzgesetzes in Deutschland: Ergebnisse einer deutschlandweiten Befragung' (2020) Z. Evid. Fortbild. Qual. Gesundh. wesen (ZEFQ) 158–159 74, 79.

⁴⁵ <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-258>, Erişim tarihi 09. 03. 2022.

⁴⁶ https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl_US_16-14.pdf , Erişim tarihi 09. 03. 2022. Yargıç Kateřina Šimáčková'nın karşı oyu ve gerekçesini açıklarken; dokuz aşı için öngörülen düzenlemenin bazı aşılar için anlamlı kabul edilemeyeceğini, zira tetanos hastalığının bulaşıcı olmadığını, Hepatit B'nin ise kreşlerde bulaşma olasılığının çok düşük olduğunu altını çizerek belirtmiştir. Bkz. : A dissenting opinion of Judge Kateřina Šimáčková on the verdict and reasoning of the judgment, file No. Pl. ÚS 16/14.

⁴⁷ Camilleri (n 5) 247.

⁴⁸ Sabin Vaccine Institute, Legislative Landscape Review: Legislative Approaches to Immunization Across the European Region 2018, 16.

Dünya’da ve özellikle Avrupa’da bebeklik çağı aşlarına dair düzenlemeler inceledikten sonra, Türkiye’de hem mevzuat hem de uygulama açısından aşların ele alınış biçimini değerlendirmek anlamlı olacaktır. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bebeklik dönemi aşlarına ilişkin verdiği kararları dikkate alınmak suretiyle, bebeklik dönemi aşların zorunlu tutulmasının hukuken hakların çatışması ve dengelenmesi bağlamında nasıl değerlendirilebileceği hususu tartışmaya açılacaktır.

II. Türkiye’de Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamaları

A. Mevzuatta Bebeklik Dönemi Aşlarının Düzenlenme Biçimi

Türkiye’de bebeklik dönemi uygulamalarının hukuken nasıl düzenlendiğini anlayabilmek için normlar hiyerarşisini de dikkate alarak bir değerlendirme yapmak anlamlı olacaktır. Bu sebeple, mevzuattaki bebeklik dönemi aşı uygulamalarına dair yol gösterebilecek düzenlemeler normlar hiyerarşisine uygun olarak analiz edilecektir.

Aşı uygulamalarının zorunlu tutulup tutulamayacağı sorusunun ana eksenini hakların çatışması (kamu sağlığı-özel yaşama saygı hakkı) üzerine kurulu olduğu hatırlandığında, anılan temel hakların anayasada nasıl düzenlendiğinin büyük önem arz ettiği görülecektir. 1982 Anayasası’nın⁴⁹ 17. maddesi; tıbbi gereklilikler ve yasada sayılı haller haricinde, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği ve onayı olmadan tıbbi uygulamalara tabi tutulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Anayasa’nın 17. maddesi zorunlu aşı uygulamalarına yapılan itirazların en temel dayanağını oluşturmaktadır. Öte yandan bebeklik çağı aşları bağlamında Anayasa’nın farklı düzenlemeleri de dikkate alınmalıdır. Anayasa 41. maddesinin üçüncü fıkrasında, çocukların bakım ve korumadan yararlanma, ebeveynleriyle ilişki kurma ve sürdürme hakkının sınırını çocuğun üstün yararı olarak belirlemiştir. Böylelikle, çocuğun yüksek yararı ilkesi anayasal bir prensip olarak da kendine yer bulmuştur. Anayasa m. 56/f. 3’te ise devlete pozitif yükümlülük bir yükümlülük yüklemiştir. Şöyle ki; devlet, her bir bireyin yaşamını, maddi ve manevi sağlık içinde devam ettirmesini mümkün kılmak hususunda yadsınamaz bir sorumluluğa sahiptir. Bu noktada kişinin özel yaşamı nasıl anayasada korunmuşsa, devletin de kamu sağlığını sağlamak konusunda pozitif bir yükümlülüğe sahip olduğu gözlerden kaçmamalıdır.

Zorunlu aşı uygulamaları hususunda, özellikle tıbbi müdahaleye rıza ve çocuk hakları açısından düzenlemeleri bünyesinde barındıran Birleşmiş Milletler Çocuk

⁴⁹ RG 09. 11. 1982/17863.

Haklarına Dair Sözleşme⁵⁰ (buradan itibaren ÇHS olarak anılacaktır) ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁵¹ (buradan sonra Oviedo Sözleşmesi olarak anılacaktır) anılmaya değerdir.

ÇHS' nin 3. maddesi çocuğun üstün yararını ana bir ilke olarak belirlemiştir. Bu ilke çerçevesinde taraf devletler, ÇHS'de tanınan haklar çerçevesinde anne ve babanın sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı göstermek (m. 5) ve belki de en önemlisi her çocuğun yaşama hakkına sahip olduğunu ve çocuğun yaşayabilmesi ve gelişebilmesi için mümkün olan en yüksek gayreti gösterecekleri hususunda söz verirler (m. 6).

Oviedo Sözleşmesi ise aşı ve aşılardan uygulanması konusunda uluslararası bağlayıcılığa sahip tek metindir. Sözleşmeye taraf devletler, herkesin haysiyetini ve kişiliğini koruma altına alarak, biyolojik ve tıbbi uygulamalarda herkes temel haklarına saygı gösterilmesini sağlamak hususunda taahhütte bulunurlar (Oviedo Sözleşmesi m. 1). Oviedo Sözleşmesi, tıbbi bir müdahalenin ancak bireylerin aydınlatıldıktan sonra verdikleri izin sonrasında gerçekleşeceğini (Oviedo Sözleşmesi m. 5), hukuken tıbbi müdahaleye izin verme yeteneğine sahip olmayan bir küçüğe, yalnızca temsilcisinin izni ile tıbbi uygulamalarda bulunulabileceğini ve küçüğün görüşünün, her somut olayın gerektirdiği ve olanak sağladığı ölçüde dikkate alınacağını açıkça düzenlemiştir (Oviedo Sözleşmesi m. 6). Böylelikle Oviedo Sözleşmesi de ÇHS'nin temellerini attığı çocuğun üstün yararı ve katılım hakkının altını çizmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun⁵² (buradan sonra TMK olarak anılacaktır) 24. maddesi ise kişilik hakkı ihlal edilmesinin ancak mağdurun rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinin varlığı durumunda hukuka aykırı sayılmayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla bireyin rızası olmaksızın yapılan her tıbbi müdahale özünde kişilik haklarına bir saldırı olarak nitelendirilecektir. Bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rızanın bebeğin yasal temsilcisi tarafından verileceği hatırlandığında, ana ve babanın bu hakkı nasıl, hangi değerleri dikkate alarak hakkın gereğini yerine getirmesi gerektiği sorusu ortaya çıkar. TMK m. 339/f. 1 de, tıpkı Anayasa, ÇHS ve Oviedo Sözleşmesi gibi “çocuğun yüksek menfaati” ilkesini temel alarak velayet hakkı sahibinin, çocukla ilgili kararlarında çocuğun menfaatini dikkate alması gerektiğini düzenlemiştir. Başka

⁵⁰ UN, 'Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49', <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, Erişim Tarihi 09. 03. 2022. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi Türkiye 1990 yılında imzalamış ve 1995 yılında TBMM'de kabul etmek suretiyle taraf olmuştur. RG 27. 01. 1995/22184.

⁵¹ Council of Europe, 'Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164)', <https://rm.coe.int/168007cf98>, Erişim Tarihi 09. 03. 2022. Türkiye 04. 04. 1997 tarihinde Sözleşme'yi imzalamış, TBMM 5013 sayılı Kanun ile 03. 12. 2003 tarihinde Sözleşme'yi onaylamış ve söz konusu onaylama kanun 20. 04. 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵² RG 08. 12. 2001/ 24607.

bir ifadeyle, velayet hakkı sahibine sadece hak vermeyip, çocuğun üstün yararını gözetme yükümlülüğü de yükler. Bu bağlamda velayet hakkı sınırsız olmadığı gibi ortadan kaldırılamaz da değildir. Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşmesi halinde ise velayet hakkı sahibinin yetersiz kalması durumunda hakim gerekli önlemleri alacaktır (TMK m. 346). Hakimin takdir edeceği koruma önlemlerinden bir tanesi de, çocuğun velayet hakkı sahibinden alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesidir (TKM m. 347/f. 1). Öte yandan bütün bu önlemlerden sonuç alınmaz veya bu önlemlerin yetersiz kalacağı önceden anlaşılırsa, hakim velayetin kaldırılmasına da karar verebilir (TMK m. 348).

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁵³ (buradan itibaren ÇKK olarak anılacaktır) m. 5/f. 1 (d), çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması için sağlık tedbirlerine başvurulabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla bebeklik çağı aşı uygulamalarına çocuğun üstün yararı hilafına rıza göstermeyen velayet hakkı sahibi ana ve babanın bu tutumu karşısında ÇKK'nun uygulanması da düşünülebilecektir.

Özel olarak salgın hastalıklardan ve bu hastalıklardan korunma yollarından bahseden tek kanun olan 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu⁵⁴ (buradan sonra UHK olarak anılacaktır)'un ikinci kısmında bulaşıcı hastalık olarak belirli hastalıkları saymıştır (UHK m. 57). UHK'nın 72. maddesinde söz konusu hastalıkların baş göstermesi halinde hasta olanlara ve hastalığa maruz kalanlara aşı veya serum tatbik edileceği düzenlenmiştir. Zorunlu aşı olarak ise sadece çiçek aşısı belirlenmiştir (UHK m. 88). UHK'nın düzenlemesi lafzi olarak değerlendirildiğinde zorunlu aşı uygulamasının sadece çiçek aşısı için geçerli olabileceğini düşünmek mümkündür ancak böylesi bir yorum lafza bağlı bir yorumdur ve hukuk kurallarını zamanın ruhuna göre uygulanmasının önünde büyük bir engel teşkil eder. UHK gibi 92 yıllık bir kanunun sadece lafzına göre yorumlanıp, zamana göre objektif bir yorum yapılmadan ihtilafli bir konuda karar verilmesi doğru olmayacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği⁵⁵ m. 24 ise (buradan itibaren HHY olarak anılacaktır), her tıbbi müdahalenin hastanın rızası olmaksızın hukuka aykırı olacağı kuralını tekrar eder ve hastanın küçük veya fiil ehliyetinin sınırlandırılmış olması halinde ise yasal temsilcisinden izin alınacağını belirtir. ÇHS'nin 12. maddesinde düzenlenen katılım hakkına uygun olarak, HHY. m. 24/f. 2'de ise kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye onayının yeterli olduğu durumlarda bile, küçük veya kısıtlımın dinleneceği, bilgilendirileceği ve mümkün olduğu ölçüde tıbbi kararlara katılımın sağlanacağı düzenlenmiştir. Kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza vermekten imtina ettiği hallerde ise tıbbi bir gereklilik mevcutsa, velayet ve vesayet altındaki kişiye müdahalede bulunmak ancak mahkeme kararı ile mümkündür (HHY. m. 24/f. 4).

⁵³ RG 15. 07. 2005/25876.

⁵⁴ RG 06. 05. 1930/1489.

⁵⁵ RG 01. 08. 1998/23420.

2009/17 sayılı Genel Bağışıklama Programı Genelgesi ise çeşitli çocuklu çağı hastalıklarının bu hastalıklardan kaynaklanan bebek ve çocuk ölümlerinin ve sakatlıkların engellenmesini hedeflenmektedir⁵⁶. Anılan genelge Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararından önce Yargıtay'ın bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarına dair verdiği kararlarının hukuki gerekçelerinden birini oluşturmaktaydı.

B. Yargının Bebeklik Dönemi Aşılarına Yönelik Tutumu

1. Yargıtay'ın Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamasına İlişkin Tutumu

Yargıtay'ın bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasını reddeden anne ve babalara ilişkin verdiği kararları iki döneme ayrılarak incelenebilir. Zira; Yargıtay'ın kararlarının seyri Anayasa Mahkemesi'nin 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararı (Başvuru No: 2013/1789)⁵⁷ sonrasında değişmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Halime Sare Aysal kararı öncesinde verdiği, Genel Bağışıklama Programı Genelgesi'nde yer alan aşıları çocuğuna yaptırmayı reddeden anne ve babalara ilişkin kararlarında, küçüğe yasal temsilcinin izni olmaksızın tıbbi bir müdahale bulunulamayacağı hususunda herhangi bir tereddüt olmadığını; tartışılması gereken hukuki sorunun, velayet hakkı sahiplerinin tıbbi müdahaleye dair gerekli aydınlatmanın yapılmasına rağmen söz konusu tıbbi müdahaleye onay vermemeleri durumunda ne yapılması gerektiği olduğunun altını çizmiştir⁵⁸.

Kararlarda hem ÇHS'nin çocukla ilgili her meselede çocuğun üstün yararının dikkate alınacağı düzenlemesinin hem de Türk Medeni Kanunu'nun ÇHS hükümlerine paralel olarak hüküm altına aldığı TMK m. 339/f. 1 ve TMK m. 340/f. 1'in uygulama alanı bulacağı vurgulanmıştır. Anne ve babanın çocuğun üstün yararını dikkate almasının kural olduğundan hareketle bu kurala aykırı bir davranışın uygun görülemeyeceği; çocuğa uygulanacak aşının, ileride gerçekleşebilecek hastalıklardan hem çocuğu birey olarak hem de toplum sağlığının korunması için gerekli, Genişletilmiş Bağışıklık Programı tarafından belirlenen zorunlu aşılarından olduğu açıkken, velayet hakkı sahiplerinin uygulanacak aşı ile ilgili olarak bilgi verilmelerine rağmen, hiç bir haklı gerekçe göstermeksizin söz konusu aşı uygulamasına rıza vermemelerinin çocuğun yararına aykırı olduğunu ve bu tutuma hukuki sonuç bağlanamayacağı vurgulanmıştır⁵⁹.

⁵⁶ Sağlık Bakanlığı, 'Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi (2009)', <https://www.saglik.gov.tr/TR,11137/genisletilmis-bagisiklama-programi-genelgesi-2009.html>, Erişim Tarihi 28. 01. 2022.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, bebeklik dönemi aşılarına yönelik yargının tutumunu değiştirmesi ve ülke genelinde aşı reddi ilişkin ebeveyn davranışları üzerinde oldukça etkili olması sebebiyle ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

⁵⁸ Yargıtay 2 HD, 26980/6339, 01. 04. 2015, Yargıtay 2 HD, 22611/9162, 04. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 1170/9552, 07. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 637/10057, 13. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 28082/10714, 26. 05. 2015, Yargıtay 2 HD, 9985/11141, 01. 06. 2015, Yargıtay 2 HD, 11141/12106, 09. 06. 2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>), Erişim Tarihi 28. 01. 2022).

⁵⁹ Yargıtay 2 HD, 26980/6339, 01. 04. 2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>), Erişim Tarihi 28. 01. 2022).

Anayasa Mahkemesi'nin 11. 11. 2015 tarihinde verdiği Halime Sare Aysal kararından sonra ise Yargıtay uygulamasını değiştirmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin kararında kullandığı "kanunilik" kriterini tatbik ederek, çocuğuna aşı yaptırmak istemeyen ebeveynlerin açtıkları davaları kabul etmeye başlamıştır⁶⁰.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarına İlişkin Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin bebeklik ve çocuklu dönemi aşlarının zorunlu tutulup tutulmayacağına ilişkin kararları incelenirken, 2015 yılında verdiği Halime Sare Aysal kararından (Başvuru No: 2013/1789) hareket edilecektir. Zira, söz konusu karar tarihsel olarak meseleye ilişkin ilk karar olma özelliğine sahiptir. Dolayısıyla Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına uygun karar verinceye kadar geçen süre zarfında verdiği kararlara da temel oluşturmaktadır⁶¹.

Karara konu olay, velayet altında bulunan çocuğa bebeklik dönemi aşlarının uygulanmasına yasal temsilcileri tarafından rıza verilmemesi durumunda, bu konuda mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle, başvuran çocuğun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına dairdir.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen meseleyle ilgili hukuku ortaya koyarken sadece 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Hasta Hakları Yönetmeliği; 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesi'nden söz etmeyi uygun görmüştür. Buna karşın ÇHS ve TMK'nın konuya dair hükümlerinden söz etme gereği duymamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararını sadece yukarıda anılan mevzuat temeline oturtmuş ve başvuru Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin somut olayda, yasal temsilcinin aşı uygulamasına velayet hakkı kapsamında onay vermemeye yetkili olup olmadığını tartışmadan bu kararı

⁶⁰ Bkz. : Yargıtay 2 HD, 6766/9249, 05. 05. 2016; Yargıtay 2 HD, 24695/361, 12. 01. 2016; Yargıtay 2 HD, 24695/361, 12. 01. 2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 28. 01. 2022)

⁶¹ Benzer kararlar için bkz. : Muhammed Ali Bayram Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/4077, 29. 06. 2016. (RG 26. 10. 2016/29869); Esmâ Fatma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu Kararı, Anayasa Mahkemesi 2013/7246, 23. 03. 2016 (Söz konusu karar Resmî Gazete'de yayınlanmamıştır), Salih Gökalgöz Sezer Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/5629, 21. 11. 2017 (Söz konusu karar da Resmî Gazete 'de yayınlanmamıştır).

vermesi, meselenin çocuk hakları açısından ele alınmadığını göstermektedir⁶². Oysa zorunlu aşı uygulamalarına dair hukuki tartışmaların, yukarıda da ifade edildiği gibi, kamu sağlığı, özel yaşama saygı ve çocuk hakları şeklinde üç ayağı bulunmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen hakkın ihlal edildiğine sadece kanunilik ölçütünü kullanarak karar verilmesi, zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin tartışmalarının tek cephesini değerlendirerek karar verildiği anlamına gelmektedir.

Buna karşın Anayasa Mahkemesi, 5395 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin Anayasa'nın 17. maddesi anlamında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamadığı kabul etmiştir⁶³. Mahkeme, kanunilik şartının karşıladığı iddiasını ise 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinin sadece çiçek aşısını zorunlu aşı olarak sayması, ilgili Bakanlık Genelgesi'nin de zorunlu aşı uygulamasını mümkün kılmaktan uzak bir hukuki araç olması, aynı şekilde Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'da düzenlenen temel bir hakkı sınırlandıramayacağı gerekçeleriyle, oyçokluğuyla reddetmiştir.

Karşı oy yazısında ise kararın içinde ilk kez velayet hakkı ve kapsamından söz edilmiş ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara⁶⁴ yollama yaparak “...*Ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini de üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun menfaatine aykırı bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz...*” (vurgu karşı oy kararını kaleme yargıç Serdar Özgüldür'e aittir) gerçeğini dikkate almıştır. Ayrıca kanunilik ölçütü açısından ise; 5395 sayılı Kanun'un 3/1-a ve 5/1-d maddeleri göz önüne alındığında çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin “kanunilik” şartını bu yönü itibarıyla de sağladığını ifade etmiştir. Öte yandan gene karar boyunca ilk kez kamu sağlığını koruma kavramında da söz edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ölçütünün yerine getirilip getirilmediğini sorgulaması, temel bir hakkının sınırlandırılması hususunda elbette vazgeçilmezdir; ancak Mahkeme'nin kanunilik ölçütünü ararken yeknesak kararlar vermediği de görülmektedir. Şöyle ki; zorunlu topuk kanı uygulanması açısından yapılan başvuruları⁶⁵ reddeden Anayasa Mahkemesi, 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar arasında engelli

⁶² Anayasa Mahkemesi'nin kararını oluştururken değerlendirmesine velayet hakkının kapsamını da dahil etmesi yönünde bir inceleme için bkz.: Cansu Kaya Kızılırmak, ‘Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarında Rızanın Esirgenmesi’, (2020) Prof. Dr. Feyzi Necmettin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, İstanbul, 454.

⁶³ Halime Sare Aysal Kararı (Başvuru No: 2013/1789), paragraf 69.

⁶⁴ Karşı oy yazısında söz konusu karara açık bir referans yapılmamıştır. Bu sebeple bu çalışmada kararın açık künyesi yazılamamıştır.

⁶⁵ Muhammed Ali Bayram Kararı, Anayasa Mahkemesi 2014/4077, 29. 06. 2016. (RG 26. 10. 2016/29869).

çocuk doğumlarının önlenmesi için gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılması ve yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirlerin alınmasına yer verildiğinden hareketle, belirtilen bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi hususunda yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili idareye yetki verildiği anlaşıldığını ve zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen 2006/130 sayılı ve Neonatal Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'nin de belirtilen hükümler kapsamında tanzim edildiğini⁶⁶, bu bağlamda, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi amacıyla yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda belirtilen düzenlemeler temelinde yürütülen başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağladığını kabul etmiştir⁶⁷. Üstelik zorunlu topuk kanı uygulamasına dair ihlal bulmadığı kararının içerisinde, zorunlu aşı uygulamasına dair Halime Sare Aysal kararındaki gerekçelerle ihlal tespitinde bulunmuştur. Böylelikle yüksek Mahkeme yenidoğanlardan topuk kanı alınması hususunda kanunilik ilkesinin ihlal edilmediğini kabul ederken, zorunlu aşı uygulamalarında UHK'nın ilgili hükümlerini zamana göre yorumlayıp kanunilik şartının gerçekleştiğini kabul etmemiştir. Halime Sare Aysal kararında açıkça “*Bu düzenlemeler, bu sınırlamalar ancak ve ancak kanunla yapılabilir. KHK'larla bu sınırlamalar yapılamaz.*” ifadesini⁶⁸ kullanan Anayasa Mahkemesi, topuk kanı uygulamaları için kanunilik şartını karşılandığının kanıtı olarak gösterdiği 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (I) bendinin 572 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesi ile değiştirildiğini gözden kaçırmış gibi gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi yargıçlarından sayın Engin Yıldırım ise oldukça güncel bir çalışmada, zorunlu aşı uygulamasına ilişkin Mahkemeyi rahatsız eden hususun ilgili yasanın düşük kalitesi olduğunu belirtmiş ve Mahkeme nasıl zorunlu topuktan iğne uygulamasına dair kararında yasanın getirdiği tıbbi müdahalede ihlal bulmadıysa, zorunlu aşı davalarında da benzer bir sonuca varabileceğini ve fakat nitelik itibariyle yetersiz bir yasanın varlığında ihlal kararı vermekten başka seçeneği olmadığını ifade etmiştir⁶⁹. Anılan kararın dolaylı çağrı kararı⁷⁰ olarak nitelendirilmesi gerektiğini, böylelikle de yasama organına dolaylı bir çağrıda bulunduğu, Mahkeme tarafından tespit edilen eksiklikleri giderecek bir yasa çıkarmaya çağırdığını da altını çizmiştir⁷¹.

⁶⁶ Muhammed Ali Bayram Kararı (Başvuru No: 2014/4077), paragraf 90.

⁶⁷ Muhammed Ali Bayram Kararı (Başvuru No: 2014/4077), paragraf 91.

⁶⁸ Halime Sare Aysal Kararı (Başvuru No: 2013/1789), paragraf 72.

⁶⁹ Engin Yıldırım, 'Compulsory Vaccination and the Turkish Constitutional Court' (2020) European Journal of Health Law 27 1, 18.

⁷⁰ Ece Göztepe, 'Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı “Çağrı Kararları” Üzerine Bir İnceleme' (2021) Anayasa Yargısı Cilt 38 S 1 43, 71.

⁷¹ Yıldırım (n 69) 11.

Anayasa Mahkemesi'nin zorunlu aşı uygulamasının en önemli ayaklarından birisi olan kamu sağlığının korunmasını ise vereceği karara göre kimi zaman dikkate alması kimi zaman dikkate almaması hukuk güvenliği açısından endişe vericidir. Öte yandan kanunilik ilkesinin biçimsel olarak ele alındığı⁷², çok temel hukuk ilkelere bazılarının göz ardı edildiği görülmektedir. Çocuğun üstün yararı, çocuğun sağlıklı yaşam hakkı ve velayet hakkı ilişkisi, devletin toplum sağlığını sağlama ve koruma konusunda pozitif yükümlülüklerle sahip olması bu temel ilkelere örnek olarak gösterilebilir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi bebeklik dönemi aşılara ilişkin devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında da çelişkili kararlar vermiştir. Örneğin, Leyla ve Salih Doğan Kararında defalarca devletin bebeklik dönemi aşılardan zorunlu olarak yapılmasında pozitif yükümlülüğe sahip olduğunu tekrar etmiştir⁷³. Halime Sare Aysal kararında ise ne devletin pozitif yükümlülüklerinden ne de aşılardan toplum bağımsızlığını kazandırmada üstlendikleri rollerden ne de çocuk hakları ve velayet ilişkisinden söz etmiştir. Yıldırım, Anayasa Mahkemesi'nin bu aşamada çocuğun yüksek yararı ilkesini incelemeye gerek görmediğini, zira zorunlu aşılama dair kanunilik şartını yerine getirmekten uzak olduğunu iddia etmiş ve Mahkeme'nin soruşturmasını sürdürmüş olsaydı, Çocuk Hakları Komitesi'nin 14 No'lu Genel Yorumu⁷⁴ ile uyumlu olarak çocuğun yüksek yararı ilkesi üzerinde dikkate alabileceğini, çocuğun üstün yararını sadece ulusal çocuk koruma mevzuatı ile bağlantılı olarak ele alan Halime Sare Aysal kararına tek muhalefet oyu veren yargıcının ise ne ÇHS'den ne de ÇHK'nin 14 No'lu Genel Yorumu'ndan bahsetmediğini de vurgulamıştır⁷⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararlarına göz atıldığında, vereceği karara uygun gerekçe ve hukuki tartışma yapmayı tercih ettiği görülmektedir. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de zorunlu aşı uygulamalarının hep çocuk hakları, kamu sağlığı ve özel yaşama saygı bağlamında değerlendirildiği görülecektir. Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ölçütünü biçimsel olarak ele almaya devam etmesi durumunda ise kanun metinlerinin uygulanmasında, çeşitli yorum yöntemlerinin kullanılmasının bir gereklilik olduğu unutulmamalıdır. Bu itibarla, 1930 tarihli bir kanunu sadece lafza göre yorumlamak, düşük kalitede bir yasa olarak nitelendirmek, sadece lafzına göre anlamaya ve uygulamaya çalışmak ne zamanın ruhuna ne de hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin temel ilkelere uyar. Oysa ilgili hukuk kurallarının zamana göre yorumlanması yoluyla, UHK'nin çiçek aşısı ile sınırlı düzenlemesi hem kamu sağlığını koruyacak hem çocuk haklarını dikkate alacak şekilde uygulanabilir. Böylelikle de kanunilik ölçütünün biçimsel bir şekilde değerlendirilmesinin önüne

⁷² Bertil Emrah Oder, 'Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü: Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları', Güncel Hukuk, Ekim 2016, S. 10, 15.

⁷³ Leyla Doğan ve Salih Doğan Kararı, 2015/4662, 10. 10. 2018. (RG 04. 12. 2018/30615), Paragraf 99-102.

⁷⁴ CRC/C/GC/14.

⁷⁵ Yıldırım (n 69) 13.

geçilmiş olur⁷⁶. Öte yandan “kanunilik” tartışmasına son verecek en etkin çözüm, kanun koyucunun bebeklik dönemi aşı uygulamalarına dair yeni, açık bir yasal düzenleme yapmasıdır.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Zorunlu Aşı Uygulamaları

Zorunlu aşı uygulamaları beraberinde birden fazla hak grubunun çatışmasını getirir. Şöyle ki; bebeklik dönemindeki zorunlu aşı uygulamaları çocuk açısından özel yaşama saygı hakkı, sağlıklı yaşam hakkı, kendisini etkileyen bir kararda en yüksek menfaatinin korunması ve bu karara katılma hakkının hep birlikte değerlendirilmesini gerekli kılar. Öte yandan, aşı uygulamalarının zorunlu tutulması devletlerin de kamu sağlığını koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerine sahip oldukları gerçeğini su yüzüne çıkarır. Başka bir ifadeyle, bebeklik dönemi aşılarının zorunlu olmasının üç köşeli bir çerçevede değerlendirmek gerekir: özel yaşama saygı, kamu sağlığı ve çocuk hakları. Hakların dengelenmesi dikkate alındığında, elbette her devlet bu hususta yapacağı düzenlemeler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak yapılan bu düzenlemelerin temel insan hakları ilkeleri bağlamında kabul edilebilir olup olmadıkları tartışmaya açıktır. Çalışmanın bu kısmında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (buradan sonra AİHM olarak anılacaktır) taraf devletlerin zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin yaptığı değerlendirmeler tartışmaya açılacak ve özellikle bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin olarak verdiği oldukça güncel Vavříčka ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti Kararı⁷⁷ üzerinde durulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun⁷⁸ 1998 yılında Boffa ve diğerler v. San Marino başvurusunda verdiği karara konu olan olayda, ilk başvuru, çocuğuna hepatit B de dahil olmak üzere birçok hastalığa karşı aşı yapılmasının yaşam hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2); özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS m. 5), özel ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS m. 8), düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkı (AİHS m. 9) ihlali iddiasında bulunmuş, diğer başvuruçular da aynı gerekçe ile benzer talepleri ileri sürmüşlerdir. Komisyon başvuruçuların yaşam hakkında ilişkin taleplerini; zorunlu aşı uygulamalarının yaşam hakkı bağlamında başlı başına yasaklanan bir müdahale olmadığını hatırlatarak, ilgili olay bağlamında aşıların çocukların yaşamlarını sürdürebilmeleri için ciddi bir tıbbi risk oluşturacağına dair herhangi bir kanıt bulunmaması sebebiyle reddetmiştir⁷⁹. Özel ve aile hayatına saygı

⁷⁶ Benzer görüşler için bkz. : Kaya Kızılırmak (n 62) 457; Aslı Makaracı Başak ve Seda Öktem Çevik, 'Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları', in Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek (eds), Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, (Seçkin Yayıncılık, 2021), 373-374.

⁷⁷ Vavříčka and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021).

⁷⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 Numaralı Protokol'ün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, Bakanlar Komitesi'nin ihlal kararı verme yetkisi sona erdirilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kaldırılarak, yerine tam zamanlı çalışacak yeni bir Mahkeme kurulmuştur. Komisyon'un kaldırılmasıyla, bireysel ve devletlerarası başvurular doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne iletilmektedir.

⁷⁹ Carlo Boffa and 13 others v San Marino App No 26536/95 (ECHR, 15. 01. 1998), § 33.

hakkına ilişkin olarak ise zorunlu olarak tıbbi bir tedaviye maruz bırakılmanın veya aşı uygulamasına zorlanmanın ilk aşamada, anılan hakkın ihlali anlamına geldiğini ifade etmişse de, taraf devletlerin zorunlu aşı uygulaması hususunda yaptığı düzenlemelerin gerekli olup olmadığının belirlenmesinde, kamu yararı, başkalarının yaşam hakkını risk altına almama hedeflerinin açık olması sebebiyle, söz konusu düzenlemelerin taraf devletlerin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilebileceğine ve izlenen amaçla uygulamanın orantılı olduğuna hükmetmiştir⁸⁰.

Her ne kadar bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarına ilişkin olmasa da Solomakhin v. Ukrayna⁸¹ kararı da zorunlu aşılarla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği oldukça önemli bir karar olması sebebiyle değerlendirilmelidir. Davaya konu olan olayda başvuru, yapılan antijen testlerinin difteri aşısına ilişkin negatif sonuç vermesine rağmen, zorunlu difteri aşısının birden fazla kronik hastalığa yakalanmasına yol açtığını iddia etmiş ve zorunlu aşı uygulamasının özel yaşamına müdahale anlamına geldiğini ileri sürmüştür⁸². AİHM bu kararında, kişinin vücut bütünlüğünün özel yaşamının en mahrem noktasına tekabül ettiğini ve küçük bir öneme sahip olsa bile zorunlu tıbbi müdahalenin özel yaşama saygı hakkına müdahale anlamına geleceğini vurgulamıştır⁸³. Mahkeme, kararında ayrıca her ne kadar söz konusu müdahalenin kanun ile düzenlenmiş ve kamu sağlığının korunması meşru amacına sahip olmasına rağmen, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesinin önemli olduğunun altını çizmiştir⁸⁴. Ancak son kerte de Mahkeme, başvurunun fiziksel bütünlüğüne yapılan söz konusu müdahalenin kamu sağlığını korumanın bir gereği olarak, bölgedeki bulaşıcı hastalıkları kontrol etmek amacıyla yapıldığının açık olduğunu ve yerel mahkemenin verilerine göre, sağlık kuruluşunda antijen testleri ile başvurunun difteri aşısına karşı risk taşıyıp taşımadığının kontrol edildiğini; dolayısıyla başvurunun zarar görmemesi için gerekli önlemlerin alındığı ve başvuranın da iddialarını kanıtlayacak nitelikte deliller ileri sürmediğini ifade ederek, maruz kalınan zarar ile zorunlu aşı uygulaması arasında uygun illiyet bağının kurulamadığını vurgulayarak, AİHS m. 8'e dair bir ihlalin olmadığına hükmetmiştir⁸⁵.

AİHM'nin geçtiğimiz yıl verdiği Vavrička ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti⁸⁶ kararı ise bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No'lu Protokol'ün⁸⁷ 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkını özel olarak

⁸⁰ Carlo Boffa and 13 others v San Marino App No 26536/95 (ECHR, 15. 01. 1998), § 34-35.

⁸¹ Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012).

⁸² Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 28.

⁸³ Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 33.

⁸⁴ Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 35.

⁸⁵ Solomakhin v Ukraine App No 24429/02 (ECHR, 15. 03. 2012), § 36-39.

⁸⁶ Vavrička and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021).

⁸⁷ 1 Numaralı Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzalanmış ve 6. madde uygun olarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek Protokol'ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

değil, özel yaşama saygı hakkı içerisinde⁸⁸ inceleyen oldukça önemli bir karardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, dünyanın birçok ülkesinde bebeklik dönemi aşuları zorunlu kılınmış ve zorunluluğa uyulmaması da çeşitli yaptırımlara bağlanmıştır. Anılan yaptırımların başında, zorunlu aşı uygulamalarından kaçınan çocukların çeşitli seviyelerdeki eğitim kurumlarına (anaokulu, kreş, ilkokul gibi) kayıtlarının yapılmaması gelmektedir. Çek Cumhuriyeti de okul öncesi eğitim kurumlarına sadece zorunlu aşuları yapılmış veya başka yollarla bağışıklık kazandıkları veya sağlık gerekçeleriyle aşı yaptıramayacakları belgelenmiş çocukların kayıt yaptırabileceğine ilişkin düzenlemeler yapan ülkelerden biridir. Vavříčka ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında Mahkeme, fiziksel bütünlüğün özel yaşamın önemli bir parçası olduğuna dair içtihadını⁸⁹ tekrar etmiş, ihtilafa konu olan müdahalenin iç hukukta bir temele sahip olması gerektiğini ve bu temeli yeterince erişilebilir, uygulandığı kişilerin davranışlarının düzenlemekte gerekli hassasiyetleri bünyesinde barındırması gerektiğini vurgulamıştır⁹⁰. Mahkeme, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan “hukuka uygun” ve “kanunla öngörülmüş” ifadelerinde geçtiği şekliyle “hukuk” teriminin, “şekli” anlamıyla değil “maddi” anlamında anlaşılması gerektiğini yinelemiştir. Bu nedenle, diğerlerinin yanı sıra, birincil mevzuatla sınırlı olmayan, aynı zamanda hukuki işlemleri ve normlar hiyerarşisinde daha alt basamakta yer alan araçları da içeren “yazılı hukuku” içerdiğinin altını çizmiştir⁹¹. Yapılan müdahalenin meşru kanuni bir amacı olduğunu tespit ettikten sonra⁹² Mahkeme, başvuru sahiplerinin haklarına müdahalenin demokratik bir toplumun gereği olup olmadığını⁹³; devletin takdir marjı⁹⁴, zorunlu toplumsal gereksinim⁹⁵ ve ilgili yeterli gerekçeler⁹⁶ ve uygulamanın meşru amaçla orantılı olup olmadığı⁹⁷ bağlamında değerlendirmiştir. Anılan incelemeler sonucunda AİHM, Çek Cumhuriyeti'nin zorunlu aşı uygulaması hususunda takdir yetkisini aşmadığına, geçerliliği sorgulanan düzenlemelerin demokratik toplum yapısıyla uyumlu olduğuna ve dolayısıyla AİHS m. 8 ihlalinin mevcut olmadığına karar vermiştir⁹⁸.

⁸⁸ Mahkemenin eğitim hakkını ayrıca değil ve fakat m. 8 bağlamında incelemesine itiraz eden, Yargıç Lemmens'in haklı muhalefet şerhi için bkz. : Vavříčka and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Lemmens, § 3.

Öte yandan Yargıç Wojtyczek, şekli gerçeklik ilkesine bağlı kalınması gerektiğini ve davalı taraf devletin davada başvuranlar tarafınca şikâyet edilen müdahaleyi haklı kılaacak gerekçeler ortaya koymadığını iddia ederek, çoğunluğun görüşüne katılmamıştır. Vavříčka and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), Dissenting Opinion of Judge Wojtyczek, § 18.

⁸⁹ Vavříčka and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 261.

⁹⁰ Vavříčka and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 266.

⁹¹ Vavříčka and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 269.

⁹² Vavříčka and others v. the Czech Republic App no 47621/13 and 5 others (ECHR 08. 04. 2021), § 272.

⁹³ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 273-275.

⁹⁴ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 276

⁹⁵ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 281.

⁹⁶ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 285.

⁹⁷ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 290.

⁹⁸ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 310, 311.

Mahkeme, çocukların okul öncesi eğitime kabul edilmemesinin cezalandırıcı olmaktan ziyade koruyucu olduğunu belirtmiş⁹⁹ ve “bu küçük çocukların biçimlendirici pedagojik çevrede kişiliklerini geliştirmeleri ile önemli sosyal ve öğrenme becerilerini edinmeye başlamaları için önemli bir fırsatın kaybedilmesinin” “kendi ebeveynlerinin yaptığı seçimin doğrudan bir sonucu olduğu” sonucuna varmıştır¹⁰⁰. Başvurucuların sadece okul öncesi eğitimlerinin kısıtlandığı ancak ilkokula kaydolma imkanından mahrum olmadıkları göz önüne alındığında, Mahkeme, incelenen tedbirlerin ölçülü olduğuna¹⁰¹ ve 8. madde kapsamında bir ihlalin meydana gelmediğine hükmetmiştir¹⁰².

Vavříčka ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti kararında Mahkeme, çocuğun bireysel menfaati ile kamu sağlığının korunması şeklindeki toplumsal menfaatlerin çatıştığı durumda, devletlerin takdir marjını kullanırken, kamusal yarara öncelik vermeyi ve diğer kişilerin sağlığının tehlikeye atılmamasını zorunlu kılabileceğini bir kez daha ortaya koymuştur. Ayrıca anılan karar, hali hazırda varlığını devam ettiren Covid 19 salgınına referansla, diğer Avrupa ülkelerinin zorunlu aşılamaya dair geliştirdikleri hukuki mekanizmaları ortaya koyması, hakların sınırlanması bağlamında kanunilik ilkesini şekli değil maddi anlamda analiz etmesi bağlamında da oldukça önemlidir. Ancak meseleyi sadece özel yaşamın korunması ile kamu sağlığı arasındaki çatışma olarak görmesi büyük bir eksikliklerdir. Şöyle ki; aşı olup olmama konusunda kendi iradesini açıklayamayacak durumda olmayan çocuklar adına karar verme hakkı velayet hakkı sahibi olan kişilere aittir. Dolayısıyla kamu sağlığı ile çocuğun üstün yararının korunması arasındaki ilişki gözetilmeden AİHM'nin kararını vermesi vurgulanması gereken bir eksikliklerdir. Kararda anılması gereken diğer bir nokta ise velayet hakkı sahibi anne ve babanın zorunlu aşı uygulamasını ihlal eden kararı sebebiyle okul öncesi eğitim kurumlarına kayıt olmasının engellenmesinin bu çocuk açısından cezalandırıcı bir önlem ve fakat aşıya ulaşımı olmaması sebebiyle aşı olmamış çocuk açısından ise koruyucu önlem olması durumunu açıklayamamasıdır¹⁰³. Oysa bu noktada, ebeveynin kararı sebebiyle çocuğun neden cezalandırıldığı ve velayet hakkının çocuk yararına nasıl kullanılması gerektiğinin kapsamlı bir şekilde açıklanmalıydı. Bir sonraki bölümde velayet hakkı bu kapsam dahilinde ele alınacaktır.

⁹⁹ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 294.

¹⁰⁰ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 306.

¹⁰¹ Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 309.

¹⁰² Vavříčka and others v. the Czech Republic App No 47621/13 and 5 others (ECHR, 08. 04. 2021), § 311.

¹⁰³ Marthe Goudsmit, 'Mandatory vaccination and the infringement of children's article 8 rights for their parents' non-compliance' (2021) *Journal of Social Welfare and Family Law* 43:3 335, 337; David Archard, Joe Brierley ve Emma Cave, 'Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, And Best Interests' (2021) *Medical Law Review*, Vol. 00, No. 0 1, 9.

III. Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Ne Anayasa Mahkemesi Halime Sare Aysal kararında ne de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Vavrička ve diğeri v. Çek Cumhuriyeti kararında çocukların kendi gelecekleri hakkında karar verme fırsatına dahi sahip olmaksızın, ana babalarının çocuklar adına kararlar aldığı ve çocukların bu karara katıldığı hususu üzerinde durulmuştur. Oysa bebeklik dönemi aşı uygulamaları rıza verilmemesi, çocukların vücut bütünlüğünü ve özel hayatını ilgilendiren, ÇHS'nin temel ilkelerinden olan “çocuğun üstün yararı” ve “çocuğun katılım hakkı” ile doğrudan ilgilidir¹⁰⁴. Dolayısıyla; çocukların kendi kaderlerini belirlemeye katılma hakkı ile ebeveynlerin çocukları adına karar verme hakkı, devletin kamu sağlığını korumak ve çocuğu üstün yararını yerine getirme konusundaki görevleri çapraz bir biçimde değerlendirilmelidir.

Daha açık bir ifadeyle, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rıza vermeyen velayet hakkı sahibi ebeveyn ve fakat aşı olmamanın sonuçlarına katlanan ise çocuktur. Söz konusu mahkeme kararlarında velayet hakkından ve bu bağlamda çocuğun üstün yararı, katılım hakkından hiç söz edilmemiş olması çok büyük bir eksiklik. Zira bu durum bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rıza verilmemesi hususunun tek yönlü ve eksik bir değerlendirme yapılması anlamına gelmektedir. Örneğin, Covid 19 aşlarına ilişkin aşı tereddüdü yaşayan ve aşı olmayı reddeden yetişkin bir birey bu kararın sonucuna kendisi katlanacaktır. Zira aşı olmama kararını bilerek, isteyerek ve gönüllü olarak verir. Başka bir ifadeyle kendi kaderini kendisi tayin eder. Ancak bir bebek veya çocuk bu hususta bir seçim yapamaz, iradesini açıklayamaz¹⁰⁵.

Bu bağlamda bebeklik dönemi aşı uygulamalarını sadece kamu sağlığı açısından değil, aşı uygulamasının yapılacağı bebek yönünden de değerlendirmek gerekir. Anılan değerlendirmenin tutarlı olması ise velayet hakkına yönelik genel bir analiz ile sağlanamaz. Yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza verip vermeme hususunda sahip olduğu hakkın kapsamı, velayet hakkına atfedilen anlam ve derinlik çerçevesinde incelenmelidir. Yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye dair geçerli bir rızası olmadığı tespit edildiğinde ise aşı uygulamalarının kanunilik ilkesine uygun olup olmadığı ele

¹⁰⁴ Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021) 232; Gülay Aslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (İstanbul, 2011) 89, Kaya Kızılırmak (n 62) 469.

¹⁰⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu 31. 12. 2015 tarihinde verdiği bir tavsiye kararı da bu hususa ilişkindir. Karar için bkz. : <https://cocuk.ombudsman.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf> , Erişim Tarihi: 16 02. 2022. Kararda velayet hakkının getirdiği yükümlülüklerden biri olan tıbbi müdahaleye rızanın ebeveynler tarafından verilmesinin mutlak bir şart olmadığı, ortaya koyulmuştur. Dolayısıyla velayet altındaki küçüklerin tıbbi müdahaleye ilişkin olumlu veya olumsuz iradelerini açıklama imkanının, anlama ve isteme yeteneği ile paralel bir şekilde ele alınabileceği, görevli olduğunun altı çizilmiştir. Elbette, bebeğin aşı hususunda iradesini açıklaması kendisinden beklenemez. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kararı velayet hakkının kapsamı, irade açıklamasının kimler tarafından yapılabileceği hususunda zihin açıcudur.

alınacaktır¹⁰⁶. Başka bir ifadeyle; öncelikli olan tıbbi müdahaleye verilen rızanın geçerli bir rıza olup olmadığıdır.

B. Velayet Hakkının Anlamı, Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Her tıbbi müdahale özünde kişilik haklarına dahil olan değerlerden vücut bütünlüğünü ihlal etmesi sebebiyle hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak en önemli sebeplerden bir tanesi de tıbbi müdahalenin uygulanacağı kişinin rızasıdır¹⁰⁷. Tıbbi müdahale ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçüğe uygulanacağı zaman ise küçüğün söz konusu müdahaleye rızasını açıklaması mümkün olmayacağı için, tıbbi müdahaleye rıza velayet hakkına sahip ebeveynlere aittir. Ancak unutulmamalıdır ki, HHY. m. 24/f. 2'de küçüğün ve kısıtlının anlayabilecekleri oranda tıbbi müdahale hususunda görüş bildirme, katılma hakları olduğunun altı çizilmiştir.

Velayet kavramı hususunda doktrinde tam bir uzlaşma olmamakla birlikte velayet; ana babaya çocuğun kişi ve malvarlığı değerlerinin korunması ile onun temsili için yüklenen görevler ve bunların çocuğun üstün yararı için gerçekleştirilmesine imkan veren yetkiler bütünü olarak ifade edilebilir¹⁰⁸.

Velayet kavramının anlamını tespit etmek kadar, amacını belirlemek de oldukça önemlidir. Yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da bu bağlamda en büyük eksiği, bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin olarak velayet hakkının niteliğini dikkate almamalarıdır. Oysa velayet hakkı özü itibariyle çocuğun ergin oluncaya kadar geçecek süre zarfında, desteklenmesi, bağımsız bir kişilik kazanmasını sağlama hedefi doğrultusunda yetiştirilmesini amaçlar.¹⁰⁹

Hukuki niteliği itibariyle velayet hakkı bir mutlak hak olarak değerlendirilir. Ancak bu değerlendirme teknik anlamda mutlak hakların yapısı ile örtüşmez, örtüşmemesi de gerekir. Zira; velayet hakkı sahibinin yararına değil, hakkın süjesi olan çocuk¹¹⁰ yararına bir haktır¹¹¹. Velayet hakkında, hak veçhesi silik ve fakat çocuğun hak ve menfaatlerini koruma ve temin edilmesine yönelik görev ve sorumluluk veçhesi baskındır. Bu bağlamda velayet hakkının, ana ve babanın menfaatini önceleme gibi bir hedefi yoktur, bilakis ana ve babanın menfaatini dışlar. Önemli olan çocuğun bakım, korunma ve yetiştirilmesinde ana ve babanın bu görev ve yükümlülüklerini

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. : Kaya Kızılırmak (n 62) 459.

¹⁰⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 104) 232.

¹⁰⁸ Usta (n 2) 24.

¹⁰⁹ Serozan (n 2) 250; Usta (n 2) 24.

¹¹⁰ Burada çocuk elbette gerçek anlamda bir hak süjesi değildir. Daha açık bir ifadeyle çocuk, velayet hakkına sahip ana ve babasının mutlak tasarrufuna bırakılmış, onların istekleri doğrultusunda yönlendirilecek bir hak süjesi değildir.

¹¹¹ Serozan (n 2) 251; Baktır Çetiner (n 2) 46; Schwenzler (n 1) Art. 296 N. 3.

gereği gibi yerine getirmeleridir. Dolayısıyla velayet hakkının ana ve babaya tanıdığı, tıbbi müdahaleye rıza vermek/vermemek gibi birtakım yetkiler, çocuğu korumak, kollamak gibi görev ve yükümlülüklerden sonra gelir. Başka bir ifadeyle; velayet hakkı sahibi ana ve baba öncelikli olarak çocuğu korumak, kollamak, maddi ve manevi bütünlüğünün gelişmesine fırsat tanımak gibi görev ve yükümlüklerini yerine getirmelidir. Bu görev ve yükümlüklerini yerine getirirken de kendi kişisel görüş ve inanışlarına göre değil, çocuğun üstün yararına uygun hareket etmelidir. İsviçre Medeni Kanunu'ndaki velayet hakkı kavramının değişimi ve dönüşümü takip edildiğinde de görülecektir ki; “bakım ve koruma” hakkın ana çerçevesini oluşturmaktadır¹¹².

TMK'da da velayet hakkı belirlenirken, ana ve babanın çocuğun yararına göz önüne almakla yükümlü olduğunun altı çizilmektedir (TMK m. 339/f. 1). Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararı öncesinde Yargıtay'ın yeknesaklaşan, çocuğun üstün yararını araştıran uygulamasının altında yatan en önemli sebeplerden biri de budur. Zira; çocuğun sağlığının korunması çocuğun gelişiminin sadece bir parçası değil, bilakis gelişiminin olmazsa olmaz bir önkoşuludur¹¹³.

Kaldı ki, çocuğun yararının ve katılımının velayet hakkının ana ve baba için verdiği yetkilerden daha öncelikli olduğunu sadece TMK değil, ÇHS de sayısız kez vurgulamıştır. Şöyle ki; ana ve babanın velayet hakkını uyarınca kendisine tanınan göreve ve yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmemesi/getirememesi halinde devletin çocuğun korunması amacıyla müdahalede bulunması kabul edilmiştir. Çocuğun korunması için alınacak önlemler TMK m. 346 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TMK m. 346/f. 1'e göre hakim durumun gerekli kıldığı hallerde çocuğun korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Hakimin alacağı uygun önlemlerin arasında çocuğun aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi ve son kertede velayetin kaldırılması da vardır. Dolayısıyla velayet hakkının sınırsız veya hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacağı düşünülmemelidir. Velayet hakkının verdiği çocuğu temsil yetkisi de bu doğrultuda sınırsız değildir. Ana ve babanın temsil yetkisinin sınırını velayetin kapsamı ve çocuğun üstün yararı çizecektir¹¹⁴. Hal böyleleyken, velayet hakkı ve sınırları üzerinde herhangi bir tartışmaya yer vermeden bebeklik çağı aşı uygulamalarına ana ve baba tarafından rıza verilmemesine sadece kanunilik çerçevesinden bakmak, meselenin özüne inmeksizin yapılan şekli bir analizin sonucudur. Maalesef bu tutum hem Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında benzer şekilde cereyan etmiştir. Oysa

¹¹² Mehaz Kanunda 01. 01. 2000 tarihine kadar “*elterlichen gewalt*” (velayet hakkı) şeklinde varlığını sürdüren velayet hakkı kavramı yerini elterliche Sorge (ebeveynin bakım yükümü) kavramına bırakmıştır. Bu bağlamda, velayet hakkının özündeki vurgunun ebeveynlerin çocuk üzerindeki egemenlikleri değil, yükümlükleri olarak ele alındığı görülmektedir. Usta (n 2) 25; Schwenzer (n 1) Art. 296 N 8; Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 43 N. 1.

¹¹³ Lorenz Langer, 'Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit' (2017) Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 87, 104.

¹¹⁴ Schwenzer (n 1) Art. 301 N. 2.

yapılması gereken ilk araştırma; çocuğun üstün yararı karşında velayet hakkının sınırlılığını tespit etmektir. Çocuğun üstün yararını dışlayan velayet hakkına dayanan temsil yetkisinin kullanılması da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği oldukça güncel bir karara değinmek yerinde olacaktır. 16 Haziran 2020 tarihli kararında¹¹⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, ortak velayet hakkına sahip ana ve babanın çocuklarına kızamık aşısı yaptırmak hususunda anlaşamamaları halinde, mahkemenin veya çocuk korunmasına dair yetkililerin çocuğun üstün yararına göre karar vermesi gerektiğinin altını çizmiştir. Karara, çocukların aşılmasına ilişkin herhangi bir kontrendikasyonu saklı tutmakla birlikte, Federal Halk Sağlığı Dairesi'nin kızamık aşısının uygulanmasına ilişkin tavsiyesine dayanmıştır. Her ne kadar kanun koyucunun iradesi, ortak velayet sahip ebeveynlerin herhangi birine öncelik veya belirleyici oy hakkı tanımaksızın, çocuğa ilişkin meselelerde otonomiye sahip olduklarını kabul etmiş; bu da ana ve baba özerkliğinin çocuklarla ilgili konularda devlet müdahalesinden önce gelmesi gerektiği inancından kaynaklanmaktadır. Ortak velayet hakkına sahip ebeveynlerin fikirleri çocuğun üstün yararına yönelik bir tehdit oluşturduğu ölçüde, resmi müdahale düşünülebilir (İMK m. 307/f. 1). Çocuğa ciddi bir fiziksel zarar verme olasılığı varsa, diğer şeylerin yanı sıra çocuğun üstün yararı için bir tehlike olduğu varsayılmalıdır. Tehlikenin hali hazırda gerçekleşmiş olması gerekli değildir. Çocukların yasal olarak korunması önleyici bir tedbirdir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararında, ebeveynlerin uzlaşma içerisinde çocuklarına aşı yaptırmak istememeleri halinde, çocuk koruma kurumunun kızamık aşısını zorunlu olarak uygulayabileceği anlamına gelmediği; aşılamanın zorunlu olup olmayacağına karar verme yetkisinin yasama organına ait olduğunu da vurgulamaktadır¹¹⁶.

C. Velayet Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması

Bu bölümde bebeklik dönemi aşı uygulamalarına rıza vermeyen ana ve babanın velayet hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasının mümkün olup olmadığı sorusu tartışılacaktır. Velayet hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasının aşı uygulamalarına rıza verilmemesi ekseninde değerlendirilmesi ise sadece çocuğun üstün yararı açısından değil çocuğun katılım hakkı bağlamında da değerlendirilmelidir. Zira, aşı uygulamalarına rıza verilmemesi bir yanı ile çocuğun üstün yararına aykırı olabileceği gibi bir yanıyla da çocuğun katılım hakkının yok sayıldığı bir hukuki durum yaratabilir. Elbette bu çalışmanın konusunun sınırlılığı bağlamında bebek aşı uygulamalarına ilişkin görüşünü açıklayıp, katılım hakkını kullanamasa da

¹¹⁵ 5A_789/2019, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza://aza://16-06-2020-5A_789-2019&lang=de&zoom=&type=show_document, Erişim Tarihi 17. 02. 2022.

¹¹⁶ 5A_789/2019, § 6. 2. 3. Benzer yönde: BGE 144 III 481 E 4. 5, 489; 142 III 481 E. 2. 5 p. 488, Thomas Geiser, 'Rechtsprechungspanorama Familienrecht' (2022) AJP 36, 45. Kararla ilgili güncel bir analiz için bkz. : Kaspar Gerber, Simone Gerber, 'Uneinigkeit gemeinsam sorgeberechtigter Eltern über die Masernimpfung für Kinder (BGER-Urteil 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020' (2020) Pflfegerecht 194-204.

çocuk ayırt etme gücüne sahip olduğu ve kendi menfaatine uygun olduğu sürece¹¹⁷ kendisinin konu olduğu tüm uyuşmazlıklarda görüşünün alınması gerekir.

Çocuğun üstün yararı kavramı ulusal mevzuatta Anayasa'nın 41. maddesine 7 Mayıs 2010 tarihinde 5982 sayılı Kanun'un 4. maddesi¹¹⁸ uyarınca eklenen üçüncü fıkra¹¹⁹ ile çocuğun üstün yararı ana ve babası ile olan ilişkilerinde anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. TMK da m. 305, 339, 346'de "çocuğun yararı/çocuğun üstün yararı" kavramlarından söz etmiştir. Ancak söz konusu kavramın ortaya çıkışı yeni değildir. ÇHS'nin öncesinde de var olan bu kavram, 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nde¹²⁰, Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde¹²¹ kendisine yer bulmuştur. ÇHS m. 3/f. 1 çocuğun üstün yararı kavramını ayrımcılık yasağı, çocuğun yaşama hakkı, çocuğun görüşlerini ifade etmek hakkı ile birlikte Sözleşme'nin ana eksenine oturtmuştur. Çocuk Hakları Komitesi'ne bireysel başvuruyu olanaklı kılan ihtiyari protokolün¹²², Komite'ye yol gösterici ilkeleri düzenleyen 2'nci maddesinin ilk cümlesinde ise bu protokolle kendisine verilen görevleri yerine getirirken Komite'nin "çocuğun yüksek yararı" ilkesini rehber edinmesi gerektiği açıkça belirtilmektedir.

Çocuğun üstün yararı kavramına, çocuğun fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimi, hukuki ve ekonomik yararı da dahildir. Çocuğun üstün yararı kavramı böylelikle velayet hakkının kapsamını da belirleyici bir işlev görmektedir. Zira çocuğun üstün yararı asli bir hak, temel yorumlara yol gösterecek genel bir hukuk ilkesi ve usul kuralıdır¹²³.

Velayet hakkı sahibi ana ve babanın bebeklik çağı aşı uygulamalarına rıza vermeme durumunda ise çocuğun sağlık hakkı bağlamında ÇHS m. 24 ve tıbbi koşulları çocuğun menfaatinin belirlenmesinde temel bir değer taşır¹²⁴. Dolayısıyla ebeveynler aşı uygulamalarına ilişkin iradelerini açıklarken çocuğun üstün yararını göz önüne almalıdırlar. Zira, yasal temsilcinin açıkladığı rıza, çocuk adına açıklanmaktadır ve çocuğun üstün yararına uygun olmalıdır. Çocuğun üstün yararına aykırılık anlamına gelecek nitelikte tıbbi müdahaleye rıza verilmemesi de hukuka uygun kabul edilemez; velayet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğurabilir. Velayet hakkını

¹¹⁷ Zira bazı özel durumların varlığı halinde çocuğun menfaati gereği görüşünün alınmaması gerekir. Gülçin Elçin Grassinger, 'Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar', (2010) Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan 1 823, 840-844.

¹¹⁸ Söz konusu kanun 13. 05. 2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanmıştır.

¹¹⁹ "Her çocuk koruma ve bakımdan yararlanma, *yüksek yararına* açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir."

¹²⁰ Çocuk Hakları Bildirgesi'nin orijinal metni için bkz.: <https://cpd.org.rs/wp-content/uploads/2017/11/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>, Erişim tarihi 02. 03. 2022. Paragraf 2.

¹²¹ RG 25. 06. 1985, 19792. Sözleşmenin orijinal metni için bkz. : <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>, Erişim tarihi 02. 03. 2022. m. 5 (b) ve m. 16/f. 1 (d).

¹²² 7 Aralık 2017 tarih ve 30263 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

¹²³ Genel Yorum No 14, paragraf 6.

¹²⁴ Genel Yorum No 14, paragraf 77.

kullanan ana ve babanın, söz konusu haktan doğan temsil yetkisini kötüye kullanması anlamına gelecek bu durum, çocuğa kayyım atanarak veya diğer koruma tedbirlerine başvurularak çözülebilir. Zira TMK m. 346 uyarınca hakimın koruma tedbirlerine başvurabilmesi için çocuğun yararı ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi yeterlidir¹²⁵.

Çocuğun yararı aleyhine her davranış, velayet hakkının kötüye kullanılması anlamına gelir ve velayetin kaldırılmasına dahi yol açabilir¹²⁶. Aşı reddinin birçok sebebi olabileceğinden yukarıda söz edilmişti, eğer ana ve baba bu anılan sebeplerden birine körü körüne bağlılığı, kişisel düşünceleri, batıl inançları, bilgisizliği nedeniyle aşı uygulamalarına rıza vermekten kaçınıyorsa TMK m. 2/f. 2 uyarınca hakimın müdahalesi gerekecektir. Öte yandan HHY m. 24/f. 4 de yasal temsilcinin tıbbi gereklilik oluşturan bir müdahaleye rıza vermemesi halinde, TMK m. 346 ve 487 hükümlerine gönderme yaparak, mahkemeden bir karar alınmasının gerektiğini vurgulamaktadır¹²⁷. Tıbben zorunlu olan bir müdahaleye, elbette hangi müdahalenin tıbben gerekli olduğunu tespit edecek olan hukukçular değil tıp bilim insanlarıdır, dair rızasını vermekten kaçınan ana ve babanın velayet hakkının kapsamını aşmış olmadığına karar verecek olan hakimdir. Velayet hakkının sadece çekirdek aileyi ilgilendirmeyen ve fakat toplumsal bir kavram halini alması da hakimın müdahalesini gerekli kılan bir dönüşümün sonucudur¹²⁸. Hakim, velayet hakkının sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına karar verirken mutlaka çocuğun üstün yararını ve eğer mümkünse çocuğun meseleye ilişkin düşüncelerini dikkate aldıktan sonra kararını vermelidir. Bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin olarak da hakim, aşı her ne kadar bir tıbbi müdahale olsa da, yarar zarar dengesinde yaratacağı faydalar ve önleyeceği hastalık risklerini de dikkate alarak kararını vermelidir.

Hakimin velayet hakkının sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına ilişkin bir karara varması için ana ve babanın ayrıca bir yükümlülük ihlalinin veya kusurunun olması da gerekli değildir. Velayet kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin güncel tartışmaları da göz önünde tutarak hakim, velayet hakkını çocuğu koruma eksenine oturtmalı, velayet hakkı sahibinde kusur aramaktan ziyade çocuğun maddi ve manevi gelişimin tamamlanmasının ne şekilde gerçekleşeceğini belirlemedi. Zira ana ve babanın kusuru sadece alınacak önlemin niteliği ve derecesi üzerinde etkili olacaktır¹²⁹. Velayet hakkı, çocuğun korunması, kollanması ve üstün yararının sağlanması için ana ve babaya tanınan bir hak/yükümlülüktür. Dolayısıyla hakim değerlendirmesini yaparken de geçerli bir neden olmaksızın, aşı uygulamasına rıza verilmemesinin çocuğun üstün yararının aleyhine sonuçlar doğuracağını hesaba katmalıdır. Öte yandan TMK m. 346 incelendiğinde de görülecektir ki; kanun koyucu

¹²⁵ Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 43 N. 32

¹²⁶ Serozan (n 2) 292.

¹²⁷ Kaya Kızılırmak (n 62) 467.

¹²⁸ Usta (n 2) 26.

¹²⁹ Usta (n 2) 421.

çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düşmesini hakimın müdahalesi için yeterli görmüş; tehlikenin ağır bir nitelik arz etmesini aramamıştır¹³⁰. Dolayısıyla; ana ve babanın velayet hakkına dayanarak aşı uygulamalarına rıza göstermemeleri velayet hakkının kapsamını aşmaları anlamına gelecektir ve ilk aşamada TMK m. 346 vd. hükümlerinin uygulanmasını akıllara getirecektir. Böylelikle de Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararında ısrarla tek ve öncelikli mesele olarak değerlendirdiği “kanunilik” tartışmasına gerek olmaksızın, tıbbi müdahaleye rıza verilmemesinin çocuğun üstün yararı karşısında mümkün olup olmayacağını tespit ederek bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin rıza vermeme sorunu çözülebilir. Öte yandan elbette, bebeklik dönemi aşılarını zorunlu hale getirecek yasal bir düzenleme ve ölçülü yaptırımlarla çocuğun üstün yararı, kamu sağlığı ve özel yaşama saygı hakkı arasında dengenin en kısa zamanda kurulması, meseleye ilişkin en tutarlı çözüm olacaktır.

Sonuç

Covid 19 salgını ve dünya genelinde, özellikle de kızamık hastalığına dair, bulaşıcı hastalıklara ilişkin bağışıklıkların her geçen yıl daha da azalması, bebeklik dönemi aşı uygulamalarının zorunlu tutulmasının hukuken mümkün olup olmadığı tartışmasını bir kez daha akıllara getirmiştir. Bu durum karşısında anılan aşıları zorunlu ve çeşitli yaptırımlara tabi tutan ülkelerin sayısı artmaktadır. Ancak Türkiye’de hali hazırda Covid 19 hastalığında korunmak ve hastalığı olabilecek en düşük etkilerle atlatabilmek için geliştirilen aşılar da bebeklik dönemi aşılardan ise çiçek aşısı hariç hiçbir aşı zorunlu aşı uygulamalarının kapsamında değildir. Anayasa Mahkemesi de 2015 yılında verdiği kararda, aşılarmın zorunlu olarak uygulanmasını sağlayacak açık yasal bir düzenleme olmamasından yola çıkarak, zorunlu aşı uygulamasında dair yerel mahkemenin verdiği tedbir kararını Anayasa’nın 17. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme anılan kararda sadece “kanunilik” unsurunu tartışmasına konu etmiş, çocuğun üstün yararı, velayet hakkı gibi kavramlara ise hiç değinmemiştir.

Oysa zorunlu aşı uygulamalarına dair hukuki tartışmalar hep özel yaşama saygı hakkı ve kamu sağlığı ekseninde olsa da mesele bebeklik dönemi aşılarna geldiğinde çetrefilleşmektedir. Zira Covid 19’dan korunmak için aşı olmayı kendi iradesi ile reddeden yetişkin bir bireyle, bebeklik çağı aşılarını velayet hakkı sahibi olduğu çocuğu adına reddeden ana ve babanın hukuken sahip oldukları haklar özdeş değildir. Velayet hakkı sahibi ana ve baba çocuğu adına, onu temsilen bir karar vermekte ve bu kararı çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü etkileyecek, çocuğun üstün yararına aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bebeklik dönemi aşı uygulamalarına ilişkin yasal temsilcinin rıza vermemesi halinde tartışma sadece kamu sağlığı ve özel yaşama saygı hakkı ile sınırlı kalmaz çocuğun üstün yararı da devreye girer.

¹³⁰ Usta (n 2) 419; Elçin Grassinger (n 2) 67-68; Tuor, Schnyder, Jungo (n 1) § 44 N. 13.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu hususları, velayet hakkının sınırlandırılmasının hangi durumlarda mümkün olacağı bağlamında kararında değerlendirme altına alması gerekirdi. Velayet hakkının anlamını, kapsamını ve sınırlandırılmasının hangi hallerde mümkün olacağını analiz etmeden, sadece “kanunilik” ölçütü ile sınırlı kalarak bir değerlendirme yapılması meselenin şeklen incelenmesi anlamına gelir¹³¹. Ne yazı ki bu hususta ne Anayasa Mahkemesi ne de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Vavrička ve diğeri v. Çek Cumhuriyeti kararında) önlerine gelen davaları çocuğun üstün yararı, çocuk hakları bağlamında değerlendirme fırsatını kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin tutumu da göz önüne alındığında bebeklik dönemi aşularının zorunlu olmasını sağlayacak yasal bir düzenleme yapılması ve bu düzenlemenin çocuk haklarına ve çocuğun üstün yararına aykırı olmayacak yaptırımlarla desteklenmesi gerekir. Bu yaptırımlar geçerli bir gerekçe göstermeksizin bebeklik dönemi zorunlu aşularını yaptırılmasına rıza göstermeyen ana ve babaya idari para cezası uygulanması ve aşularını tamamlamamış çocuğun okul öncesi ve ilköğretim kurumlarına aşı kartı olmaksızın kaydının yapılmaması şeklinde tezahür edebilir. Zorunlu aşı uygulamalarının hukuki gerekçesini oluşturmak adına TBMM'ye yasa değişiklikleri için teklifte¹³² bulunulmuşsa da henüz yasalaşan bir teklif mevcut değildir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Archard David, Brierley Joe ve Cave Emma, 'Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, And Best Interests' (2021) *Medical Law Review* Vol. 00 No. 0 1-12.

Aslan Öncü Gülay, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (İstanbul, 2011).

Attwell K ve Navin MC, 'Childhood Vaccination Mandates: Scope, Sanctions, Severity, Selectivity, and Saliency' (2019) *The Milkbar Quarterly* Vol 97 No: 4 978-1014.

Baktır Çetiner Selma, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayınları Ankara 2000).

Başak Makaracı Aslı, Öktem Çevik Seda, 'Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları' (2021) *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması*. Haz. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek Seçkin Yayıncılık 363-380.

¹³¹ Aksi yönde Yıldırım (n 69) 18.

¹³² Fikret Şahin'in 11. 02. 2020 tarihli "Bebek ve Çocuklarda Aşılamanın Zorunlu Olması İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi" başlıklı kanun teklifi için bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2623.pdf>, Erişim tarihi 02. 03. 2022.

- Camilleri F, 'Compulsory Vaccinations for Children: Balancing the Competing Human Rights at Stake' (2019) *Netherlands Quarterly of Human Rights* Vol. 37 (3) 245-267.
- Doshi Peter, Akabayashi Akira, 'Japanese Childhood Vaccination Policy' (2010) 19 *Cambridge Q Healthcare Ethics* 283-289.
- Dural Mustafa, Ögüz Tufan ve Gümüş Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019).
- Elçin Grassinger Gülçin, 'Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar', (2010) Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan I 823-846.
- Elçin Grassinger Gülçin, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Uyarınca Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)* (On İki Levha Yayıncılık 2009).
- Geiser Thomas, 'Rechtsprechungspanorama Familienrecht' (2022) *AJP* 36-46.
- Gerber Kaspar, Gerber Simone, 'Uneinigkeit gemeinsam sorgeberechtigter Eltern über die Masernimpfung für Kinder (BGer-Urteil 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020` (2020) *Pflegerecht* 194-204.
- Goudsmit Marthe, 'Mandatory vaccination and the infringement of children's article 8 rights for their parents' non-compliance' (2021) *Journal of Social Welfare and Family Law* 43:3 335-338.
- Göztepe Ece, 'Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme' (2021) *Anayasa Yargısı* Cilt 38 S 1 43-83.
- Kaya Kızılırmak Cansu, 'Velayet Hakkının Kapsamı Çerçevesinde Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarında Rızanın Esirgenmesi' (2020) Prof. Dr. Feyzi Necmettin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan İstanbul 449-476.
- Langer L, 'Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit' (2017) *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 87-114.
- Lissel PM, 'Infektionsschutzrecht nach Inkrafttreten des Masernschutzgesetzes' (2020) *Zeitschrift für Rheumatologie* 5 459-465.
- Lupu VV, Ignat A, Stoleriu G, Ciubara AB, Ciubara A, Lupu V, Burlea M and Stratiuc S, 'Vaccination of Children in Romania Between Civic Obligation and Personal Choice' (2017) *Revista De Cercetare Interventie Sociala* Volumul 56 123-132.
- Neugebauer M, Ebert M and Vogelmann R, 'Beurteilung des neuen Masernschutzgesetzes in Deutschland: Ergebnisse einer deutschlandweiten Befragung' (2020) *Z. Evid. Fortbild. Qual. Gesundh. wesen (ZEFQ)* 158-159 74-80.
- Oder Bertil Emrah, 'Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü: Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları' (2016) *Güncel Hukuk* S. 10 12-17.
- Öğuzman Mustafa Kemal, Seliçi Özer ve Oktay Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 20. Bası, Filiz Kitabevi, 2021).
- Omer Saad B. , Betsch Cornelia ve Leask Julie, 'Mandate vaccination with care', (2019) *Nature* 571 (7766), 469-472.
- Onyemelukwe Cheluchi, 'Can legislation mandating vaccination solve the challenges of routine childhood immunisation in Nigeria?' (2016) *Oxford University Commonwealth Law Journal* VOL. 16 NO. 1 100-124.
- Partouche Henri, Gilberga Serge, Renard Vincent ve Saint-Lary Olivier, 'Mandatory Vaccination of Infants in France: Is that the way forward?' (2019) *European Journal of General Practice*. Vol. 25 No. 1. 49-54.

- Peter Breitschmid, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage, Helbing &Lichtenhahn 2006).
- Pierik Roland, 'On Religious and Secular Exemptions: A Case Study of Childhood Vaccination Waivers` (2017) Ethnicities Vol. 17(2) 220-241.
- Rezza G, 'Mandatory Vaccination for Infants and Children: the Italian Experience` (2019) Pathogens and Global Health 113: 7 291-296.
- Schwenzer Ingeborg, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (3. Auflage ,Helbing &Lichtenhahn 2006).
- Serozan Rona *Çocuk Hukuku* (2. basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2017).
- Sinorelli C, Odone A, Cella P ve Iannazzo S, 'Childhood Vaccine Coverage in Italy After the New Law on Mandatory Immunization` (2018) Ann Ig 30 (Suppl. 1) 1-10.
- Tuor Peter, Schnyder Bernhard, Schmit Jörg ve Jungo Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Schulthess § 2015).
- UNICEF, 'Immunization` (July 2021), <https://data.unicef.org/topic/child-health/immunization/>, ET. 25. 01. 2022.
- Usta Sevgi, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2016)
- Vanderslott S and Marks T, 'Charting Mandatory Childhood Vaccination Policies Worldwide` Vaccine 39 (2021) 4054-4062.
- Wakefield AJ, Murch SH, Anthony A, Linnell J, Casson DM, Malik M, Berelowitz M, Dhillon AP, Thomson MA, Harvey P, Valentine A, Davies SE and Walker-Smith JA, 'Ileal-lympoid-nodular hyperplasia, non-spesific colitis, and pervasive developmental disorder in children` (1998) The Lancet. Vol: 351 637-641.
- WHO, 'Measles- European Region 6 May 2019`, <https://www.who.int/csr/don/06-may-2019-measles-euro/en/>, ET. 26. 01. 2022.
- WHO, 'Vaccines and Immunization`, https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1, ET. 25.01. 2022.
- WHO, 'WHO EpiBrief, No: 1/2021` https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/496907/WHO-EpiBrief-1-2021-eng.pdf, ET. 26. 01. 2022.
- Yıldırım, Engin 'Compulsory Vaccination and the Turkish Constitutional Court` (2020) European Journal of Health Law 27 1-19.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 31.05.2022
Revizyon Talebi: 23.11.2022
Son Revizyon Tarihi: 26.11.2022
Kabul: 4.11.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Belirli Mal Bırakmada Yarar ve Hasarın Geçişi (TMK m. 518/I)

Merve Ürem Çetinel*

Öz

TMK m. 517/I hükmünde mirasbırakanın bir kimseye onu mirasçı atamaksızın kazandırmada bulunabilmesi şeklinde ifade edilen “belirli mal bırakma (vasiyet)”da yarar ve hasarın geçişi konusu önemi sebebiyle ayrıca bir incelemenin konusunu oluşturabilecek niteliktedir.

TMK m. 518/I hükmünde, vasiyet olunan belirli malın, mirasın açılması anındaki durumuyla teslim olunacağı; yarar ve hasarın, mirasın açılması anında kendisine belirli mal bırakılana geçeceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu vasiyet edilen şeyde mirasın açılmasından önce ve sonra meydana gelen değişiklikler olmak üzere ayırım yapmış olup, bunlara farklı sonuçlar bağlamıştır. Bu ayırım çerçevesinde çalışmamız belirli mal bırakma türündeki vasiyette vasiyet mal edilen şeyde mirasın açılmasından önce ve sonra meydana gelen değişikliklere özgülülmüştür. Belirli mal bırakmanın çeşit vasiyeti, tedarik vasiyeti ve koşula bağlı vasiyet şeklinde düzenlenmesi ihtimalleri ise ayrıca incelenmiştir. Çalışmamızda ilk olarak mirasın açılması anına kadar vasiyet edilen şeyde meydana gelen değişiklikler ve bunların sonuçlarından bahsedilmiştir. Bu bölümde vasiyet edilen şeyde mirasın açılması, yani mirasbırakanın ölümü anına kadar meydana gelen ve teknik anlamda yarar ve hasar olarak nitelendirilmeyen, vasiyet konusu şeyde meydana gelen maddi ve hukuki değişikliklere kimin katlanacağı veya bu değişikliklerden kimin faydalanacağı üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın ikinci kısmında ise, vasiyet edilen şeyde mirasın açılmasından sonra meydana gelen değişiklikler ele alınmıştır. TMK m. 518/I uyarınca bu değişiklikler yarar ve hasar şeklinde adlandırılır. Bu bağlamda vasiyet alacağı bakımından yarar ve hasar kavramlarının tanımlanması, vasiyet alacağında yarar ve hasarın geçişi ile ne ifade edilmek istendiğinin açıklanması gerekir. Ayrıca mirasın açılması anı ile vasiyetin ifası arasında geçen sürede vasiyet edilen şeydeki hasara kimin katlanacağı veya vasiyet edilen şeyde yarar meydana gelmişse bundan kimin yararlanacağı tespit edilmelidir. Çalışmamızda son olarak, vasiyet alacağında yararın geçişi ile bağlantılı olarak, vasiyet edilen şeyin mirasın açılması anından sonra meydana getirdiği ürünlerin kime ait olduğu sorununa da değinilmiştir. Vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişilerin vasiyet konusu mala yaptığı harcamalar ise incelememiz dışında bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Vasiyet, Mirasın Açılması, Yarar, Hasar, Vasiyet Edilen Şeyde Yarar ve Hasarın Geçişi

Transferring Benefits and Damages in Certain Bequeathed Property (Art. 518/I of the Turkish Civil Code)

Abstract

The study takes the transfer of benefits and damages in regards regard to a specific endowment, which is defined in Art. 517/I of the Turkish Civil Code as the disposition of property to a person without them being made an heir per se, as the subject of analysis due to its importance.

Art. 518/I of the Turkish Civil Code stipulates that bequeathed property must be delivered to the beneficiary in its current state once succession has begun, and the benefits and damages associated with this property will also pass on to the beneficiary at this time. In light of this distinction, this paper study will focus on legacies, specifically in regard to the

* **Sorumlu Yazar:** Merve Ürem Çetinel (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: merve.cetinel@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-4710-6545.
Atıf: Ürem Çetinel M, “Belirli Mal Bırakmada Yarar ve Hasarın Geçişi (TMK m. 518/I)” (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1139. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0003>



changes that occur to the bequeathed property before and after the start of succession. The study will also analyze demonstrative legacy, procurement legacy, and conditional legacy as the types of legacies.

The first part of this paper addresses the changes that happen to a bequeathed property up to the start of succession and the consequences of these changes. This part will examine the question of who will bear or benefit from the material and legal changes that have occurred up to the death of the testator.

Meanwhile, the second part of the study will analyze the changes that occur to bequeathed property once succession has been initiated. According to Art. 518/I of the Turkish Civil Code, these changes are called benefits and damages. In light of this, defining benefit and damage as terms within the context of legacy and explaining what is meant by transferring benefits and damages in the context of legacy are important. However, the analysis will exclude the topic of expenditures made by those who are obliged to fulfill the requirements of the legacy regarding a bequeathed property.

Keywords

Legacy, Succession Initiation, Benefit, Damage, Transfer Of Benefits And Damages To Bequeathed Property

Extended Summary

Article 518/I of the Turkish Civil Code provides that bequeathed property be delivered to the testator in the state in which it is found at the time succession is begun, with the benefits and damages also being transferred to the legatee upon the initiation of succession.

This provision makes a distinction in regard to the changes that occur to the bequeathed property before succession has begun compared to the changes that happen after. The legislator is to distinguish between the changes that occur prior to the initiation of succession those that occur after and to attribute different consequences to them.

According to Art. 518/I of the Turkish Civil Code, bequeathed property is to be delivered to the testator in its current state once succession has been initiated. Accordingly, the beneficiary will suffer or benefit from the material and legal changes that have occurred up until the initiation of succession (i.e., the death of the testator) and that do not technically qualify as benefits or damage.

The changes that occur upon the initiation of succession but prior to the execution of the legacy before updating the land register and ownership had transferred are referred to as benefits and damages. However, these concepts have not been defined, and thus the results of transferring benefits and damages are not clearly regulated in this provision.

According to Art. 518/I of the Turkish Civil Code, benefits and damages will pass on to the testator at the time of death and prior to the execution of the will. As follows from this provision, the benefits and damages should belong to the legatee who will benefit from the bequeathed property despite not actually yet having become the owner and possessor of the property; at the same time, however, the legatee must also endure any destruction/damage to the bequeathed property, including the impossibility of transferring ownership for any reason.

Meanwhile, the wording in Art. 518 of the Turkish Civil Code suggests this provision to only regulate the transfer of benefits and damages with regard to specific types of legacy. The provision in the doctrine has been argued to also be applicable by analogy to demonstrative legacy. However, the provision is also accepted as not being applicable to general legacy as well as legacy for procurement.

In the case of a demonstrative legacy, the transfer of benefits and damages is carried out in accordance with Paragraph 1 of Article 518 of the Turkish Civil Code. Hence in the case of a demonstrative legacy, benefits and damages pass on to the legatee upon the initiation of succession. Although the provision does not clearly regulate this, the current study's opinion regarding the case of a general legacy is that the benefits and damages pass on to the beneficiary only once the adjustment is made to the entry in the land register or the property is transferred.

Regarding the case of a legacy for procurement, nothing changes in regard to the transfer of benefits and damages. Regardless of whether a generic debt or a piece debt has arisen from the legacy, benefits and damages will pass on to the legatee once the bequeathed property has been procured and handed over. Finally, a difference is seen regarding whether the legacy is subject to a condition precedent or a condition subsequent. In the case of a legacy being subject to a condition precedent, the benefits and damages will pass on to the beneficiary upon the occurrence of the condition precedent. In the case of a legacy subject to a condition subsequent, the beneficiary is entitled to the benefits and responsible for the damages arising from the legacy during the period from succession initiation up to the realization of the condition subsequent.

When reading Article 518/I of the Turkish Civil Code from the heir's perspective, heirs acting without authority are under the obligation to fulfill the requirements of the legacy and have to protect, manage, and preserve the bequeathed property while simultaneously being held liable for faults of any kind; on the other hand, the heir is not entitled to the benefits that accrued prior to the transfer (in accordance with Article 518/II of the Turkish Civil Code).

Although at first glance, one might think that heirs have a more disadvantageous position compared to legatees, the responsibility of the heirs toward the bequeathed property is an extension of the principle of universal succession. As a consequence of universal succession, heirs must bear the debts associated with their title just as the rights belonging to the estate are vested in the heirs (Art. 599/II of the Turkish Civil Code). Furthermore, according to Art. 518/II of the Turkish Civil Code, heirs may claim the necessary and useful expenses they have incurred for the bequeathed property under the provisions of acting without authority. In addition, an heir who does not wish to bear the obligation to protect and maintain a bequeathed property has the right to refuse the inheritance (Art. 605 of the Turkish Civil Code).

Giriş

TMK m. 517/I hükmünde mirasbırakanın bir kimseye onu mirasçı atamaksızın kazandırmada bulunabilmesi şeklinde ifade edilen “*belirli mal bırakma (vasiyet)*”ya ilişkin ele alınması gereken hususlar arasında vasiyet edilen malda meydana gelen değişiklikler ve sonuçları da yer almaktadır.

TMK m. 518/I hükmünde, vasiyet olunan belirli malın, mirasın açılması anındaki durumuyla teslim olunacağı; yarar ve hasarın, mirasın açılması anında kendisine belirli mal bırakılana geçeceği hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümde vasiyeti yerine getirme yükümlüsünün teslim borcu ve vasiyet konusu malda meydana gelen yarar ve hasarın kendisine belirli mal bırakılana (*vasiyet alacaklısına*) geçişi düzenlenmiştir. Buna göre yarar ve hasarın geçişi mirasın açılması, yani mirasbırakanın ölümü anında (*TMK m. 575/I*) gerçekleşmektedir. TMK m. 518 hükmünün birinci fıkrası öncelikle ölüme bağlı tasarrufun düzenlenmesi ile mirasbırakanın ölümü anına kadar geçen süre zarfında vasiyet konusunda meydana gelen durum değişikliklerini ele almaktadır. Ardından hükümde vasiyet alacağı yarar ve hasarın geçişi düzenlenmektedir. TMK m. 518 düzenlemesi karşısında vasiyet olunan malda mirasbırakanın ölümünden önceki olumlu veya olumsuz değişiklikler ile mirasbırakanın ölümünden sonraki döneme ilişkin olarak vasiyet alacağı bakımından yarar ve hasar kavramları, ayrıca vasiyet alacağı yarar ve hasarın geçişinin sonuçları irdelenmeye muhtaçtır. Hükümün ikinci fıkrasında ise, mirasın açılmasından sonra, yani mirasbırakanın ölümünden sonra vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişinin vasiyet konusu mala yaptığı harcamalar dolayısıyla sahip olduğu haklar ve vasiyet konusu malın hasara uğramasından sorumluluk düzenlenmiş olup, hükümün ikinci fıkrasına ilişkin hususlar inceleme konumuz dışında bırakılmıştır.

I. Mirasın Açıldığı Ana Kadar Vasiyet Konusu Edilen Şeyde Meydana Gelen Değişiklikler ve Sonuçları

Türk Medeni Kanunu’nda vasiyet edilen belirli malın mirasın açılması anındaki durumuyla teslimi kabul edilmiştir (*TMK m. 575, 518/I*)¹. Bilindiği üzere, kendisine belirli mal bırakılan mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendiliğinden malik olmaz. Kendisine belirli mal bırakılan cüz’i halef olup, vasiyet konusunun kendisine

¹ Art. 485 Abs. 1 ZGB (*TMK m. 518/I*) hükmünün emredici olmadığı, mirasbırakanın vasiyet edilen şeyin durumu hakkında belirleyici olmak üzere kendi ölüm anı dışında bir zamanı tespit edebileceği hakkında bkz Stephan Wolf ve Gian Sandro Genna, *Schweizerisches Privatrecht, Band: IV/1: Erbrecht* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2012) 267.

devri konusunda bir alacak hakkı elde eder². Kendisine mal bırakılan ile mirasçılar arasındaki ilişki niteliği itibarıyla bir borç ilişkisidir³. Bu nedenle vasiyet olunan hak üzerinde hak sahipliğinin kazanılabilmesi için ayrıca bir tasarruf işleminin (*teslim, tescil veya devir*) yapılması gerekir⁴. Bu kapsamda kendisine mal bırakılanın vasiyeti yerine getirme yükümlüsüne (*mirasçılar, üçüncü bir şahsa bir şey yapmak veya vermek mükellefiyeti ile kendilerine bir şey vasiyet olunanlar*) karşı sahip olduğu hak, mirasbırakanın ölümü anında vasiyet konusu her ne halde ise, o haliyle kendisine teslimine yönelik şahsi alacak hakkından ibarettir (*TMK m. 600/I*)⁵. Vasiyetin bir ölüme bağlı tasarruf olmasından dolayı vasiyet alacağı mirasbırakanın ölümüyle doğar⁶.

² Peter Weimar, *Berner Kommentar (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht), Band III: Das Erbrecht, I. Abteilung: Die Erben, I. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, I. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter (eds), (Stämpfli Verlag AG 2009) Art. 484, N. 3; Bruno Huwiler, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, Thomas Geiser ve Stephan Wolf (eds), (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019) Art. 484, N. 1 vd; Stephanie Hrubesch-Millauer, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (eds), (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art. 484, N. 2; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Bası., Filiz Kitabevi 1987) 260; Nuşin Ayiter ve Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (2. Bası, Savaş Yayınları 1991) 75; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Bası., Filiz Kitabevi 1995) 140; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, C: IV: Miras Hukuku* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2021) N. 673; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) § 17, N. 642; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (13. Bası, Der Yayınları 2017) 122, 350; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (10. Bası, Turhan Kitabevi 2019) 146-147; Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2005) 197; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), C: 2* (On İki Levha Yayıncılık 2020) N. 674; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (6. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) N. 27; O. Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku, C: III* (4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) N. 767; Fikret Eren ve İpek Yüicer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (2. Bası, Yetkin Yayınları 2020) N. 436; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019) 56-57; Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2016) 197; Yargıtay 9 HD, 5427/15612, 01.06.2010, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/9hd-2010-5427.htm>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2021.

³ İmre ve Erman, (n 2) 57-58. Vasiyeti yerine getirme yükümlüleri ile miras alacaklısı arasındaki borç ilişkisinin kurulma anı belirli mal bırakmanın miras sözleşmesi veya vasiyetnameyle yapılmasına göre değişmektedir. Şöyle ki, TMK m. 600/II'ye göre tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa vasiyet yükümlüsünün mirası kabul etmesi veya ret hakkının düşmesiyle alacak muaccel hale gelir. *Albaş*, mirası yerine getirme yükümlüsü ile miras alacaklısı arasındaki hukuki ilişkinin alacağın muacceliyeti ile kurulduğunu kabul etmektedir. Belirli mal bırakmanın vasiyetname şeklinde yapılması durumunda ise mirası yerine getirme yükümlüleri ile miras alacaklısı arasında hukuki ilişki mirasbırakanın ölümüyle kurulacaktır (*TMK m. 575/I*). Vasiyetname şeklindeki belirli mal bırakmada hukuki ilişkinin doğum anı hakkındaki ayrıntı için bkz Hakan Albaş, 'Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin Teslim Borcu (MK m. 518)' (2013) 8 (özel sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 131, 142-143.

⁴ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2015) § 77, N. 27; Stephan Wolf ve Stephanie Hrubesch-Millauer, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts* (Stämpfli Verlag 2017) N. 596; Wolf ve Genna, (n 1) 264; Kemal Tahir Gürsoy, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti* (Yıldız Matbaası 1955) 34; Oğuzman, (n 2) 140; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 667, 684; Albaş, (n 3) 141; Eren ve Yüicer Aktürk, (n 2) N. 436; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, (n 2) 57; Bilge Öztan, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)* (10. Bası, Yetkin Yayınları 2019) 299.

⁵ BGE 89 II 278, 281 E. 4; Tuor, Schnyder, Schmid ve Jungo, (n 4) § 77, N. 26 vd; Peter Tuor ve Vito Picononi, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB* (Verlag Stämpfli&Cie 1973) Art. 484, N. 10; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 6; Hrubesch-Millauer, (n 2) Art. 485, N. 4; Alexander Beck, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts* (2. Auflage, Verlag Staempfli&Cie AG 1976), 75; Jean Nicolas Druey, *Grundriss des Erbrechts* (5. Auflage, Verlag Staempfli & Cie AG 2002) §11, N. 16; Wolf ve Hrubesch-Millauer, (n 4) N. 578, 587, 599, 619; Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 34; Kocayusufpaşaoğlu, (n 2) 260; Esat Şener, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)* (Seçkin Kitabevi 1988), 439; Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 102; Oğuzman, (n 2) 140; Dural ve Öz, (n 2) N. 673; Serozan ve Engin, (n 2) N. 6, 16, 27; İmre ve Erman, (n 2) 123; Kılıçoğlu, (n 2) 146-147; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 643, 666; Baygın, (n 2) 197; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016) 131; Eren ve Yüicer Aktürk, (n 2) N. 434 vd; Antalya ve Sağlam, (n 2) N. 760, 767; Öztan, (n 4) 300; Yargıtay 2 HD, 21598/7105, 12.04.2010, karar özeti için bkz Gençcan, (n 2) 196-197; Yargıtay 2 HD., 9576, 12093, 10.11.1999, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/2hd-1999-9576.htm>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2021.

⁶ Hrubesch-Millauer, (n 2) Art. 485, N. 4; Druey, (n 5) §11, N. 16-17; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021) § 5, N. 6; Dural ve Öz, (n 2) N. 705; Antalya ve Sağlam, (n 2) N. 761.

Kural, vasiyet konusunun mirasbırakanın ölümü anındaki durumu ile vasiyet alacaklısına teslimi olmakla birlikte, özellikle ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı tarihten uzun süre sonra mirasbırakanın ölmesi durumunda arada geçen sürede vasiyet konusunda bazı hukuki veya fiili değişikliklerin⁷ olması ihtimali yüksektir. Çalışmamızın ilk bölümünde bu değişiklikler ele alınmıştır⁸.

A. Mirasın Açıldığı Ana Kadar Vasiyet Edilen Şeyde Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu'nda vasiyet edilen belirli bir malın mirasın açılması anındaki durumuyla teslimi kabul edilmiştir (*TMK m. 575, 518/I*)⁹. Ölüme bağlı tasarrufun yapılmasından mirasbırakanın ölümü anına kadar geçen sürede vasiyet edilen şeyde olumlu veya olumsuz yönde değişiklik olması riskini vasiyet alacaklısı taşır¹⁰.

Burada ilk olarak mirasbırakanın, vasiyet ettiği mal üzerindeki onun değerini azaltıcı veya arttırıcı davranışları üzerinde durulabilir.

Malvarlığına yaptıkları etki bakımından tasarruf işlemleri, malvarlığının aktifinde yer alan hakları sınırlandırmaya, içeriğini değiştirmeye, tamamen ortadan kaldırmaya veya devretmeye yönelik hukuki işlemlerdir¹¹. Ölüme bağlı tasarrufların hüküm ve sonuçları ise mirasbırakanın ölümüyle meydana gelir¹². Bunun sonucu olarak ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın tasarruf yetkisini sınırlandırmaz. Diğer bir ifadeyle ölüme bağlı tasarruflar mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufa konu şey üzerinde

⁷ Huwiler, (n 2) Art. 485, N. 3; Kocayusufoğlu, (n 2) 269-270; Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 144; Oğuzman, (n 2) 287; Dural ve Öz, (n 2) N. 715; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi* (*TMK m. 495-574*), C: 1 (On İki Levha Yayıncılık 2018) N. 639.

⁸ Belirli mal bırakmada kendisine belirli mal bırakılan ve vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlar arasında vasiyetin ifasına yönelik borç ilişkisinin mirasbırakanın ölümüyle doğması sebebiyle mirasbırakanın ölümünden sonra vasiyet konusu maldaki değişiklikleri “*yarar*” ve “*hasar*” olarak adlandırıyor, mirasbırakanın ölümünden önceki vasiyet konusu maldaki değişimleri ise bu kavramlar altında ele almıyoruz.

⁹ Art. 485 Abs. 1 ZGB (*TMK m. 518/I*) hükümünün emredici olmadığı, mirasbırakanın vasiyet edilen şeyin durumu hakkında belirleyici olmak üzere kendi ölüm anı dışında bir zamanı tespit edebileceği hakkında bkz Wolf ve Genna, (n 1) 267.

¹⁰ Arnold Escher ve Arnold Escher, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben* (Art. 457-536 ZGB) (3. Auflage, Schulthess&Co AG 1959) Art. 485, N. 2; Wolf ve Hrubesch-Millauer, (n 4) N. 600; Wolf ve Genna, (n 1) 267; Serozan ve Engin, (n 2) N. 36; vasiyet alacaklısına vasiyet konusunun mirasbırakanın ölümü anındaki değerinin garanti edilmediği hakkında bkz Weimar, (n 2) Art. 485, N. 7.

¹¹ Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I* (10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2014) N. 137 ff.; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Staempfli Verlag 2016) N. 3.33; Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2014) N. 64; Christoph Müller, *Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht* (Staempfli Verlag 2018) N. 158; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C:1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2021) N. 1134 vd

¹² Samim Gönensay ve Kemaleddin Birsan, *Miras Hukuku* (2. Bası, Ahmed Said Matbaası 1963) 39; Rona Serozan, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma* (Fakülteler Matbaası, 1979) 14-15; İmre ve Erman, (n 2) 13-14; Çabri, C: 1 (n 7) N. 94; Dural ve Öz, (n 2) N. 236; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 8-9.

tasarrufta bulunmasını engellemezler¹³. Zira tasarruf işlemlerine özelliğini veren “malvarlığının aktifine doğrudan etki etme¹⁴” unsuru ölüme bağlı tasarruflarda yoktur, yani ölüme bağlı tasarruflar mirasbırakanın ölümünden önce malvarlığında değişiklik yaratmazlar¹⁵. Bu sebeple ölüme bağlı tasarrufları, mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği hususlara ilişkin emir ve isteklere ilişkin hukuki işlemler olarak anlamak gerekir¹⁶. Buna uygun olarak vasiyet alacaklısı ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle alacak hakkına sahip olur¹⁷. Dolayısıyla mirasbırakan, vasiyet konusu üzerindeki mülkiyet hakkına dayalı olarak şeye bizzat kendisi zarar verebilir, onu yok edebilir veya ona değer katan fiillerde bulunabilir. Ayrıca mirasbırakanın vasiyet edilen şey üzerinde üçüncü kişi lehine hak tesis etmesi de söz konusu olabilir. TMK m. 518/I hükmünde açıkça mirasbırakanın ölümü anında mal ne halde ise malın o şekilde vasiyet alacaklısına teslimi düzenlenmiştir. Anılan düzenleme karşısında vasiyet alacaklısı örneğin; kendisine X marka bir araç bırakılmışsa ve fakat mirasbırakan ölümünden önce yanlışlıkla veya bilinçli olarak araca zarar vermişse, artık aracın kendisine vasiyet edildiği anki durumuyla (*tamir edilerek*) teslimini¹⁸, yahut değer azalmasından dolayı mirasçı veya vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlardan tazminat talep edemez¹⁹. Buna karşılık vasiyet alacaklısı mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufun yapılmasından sonra aracın iç aksamını yenilemesi ihtimalinde araçta yapılmış olan yenilemeden faydalanır ve aracın bu haliyle kendisine teslim edilmesini isteyebilir. Bu ihtimalde mirasbırakanın mirasçıları vasiyet alacaklısından araçta meydana gelen değer artışına karşılık olarak belirli bir miktarın kendisine verilmesini, yani denkleştirme isteyemezler²⁰ veya değeri artmış malı vasiyet alacaklısına vermekten kaçınamazlar. Ayrıca mirasçılar malın ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andaki değerini teklif ederek vasiyet alacaklısını bu değeri kabule ve malı teslim almaktan kaçınmaya zorlayamazlar²¹.

¹³ Çabri, C: I (n 7) N. 96; Ayan, *Miras* (n 5) 131; Eren ve Yücer Aktürk, (n 2) N. 439. Belirli mal bırakma kural olarak mirasbırakanın tasarruf yetkisini sınırlamamakla birlikte, TMK m. 527/II uyarınca, belirli mal bırakmanın miras sözleşmesiyle yapılmış durumda mirasbırakanın miras sözleşmesindeki yükümlülüğüyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflara veya bağışlamalara itiraz edilebilir. Kendisine belirli mal bırakılan kişi ölüme bağlı tasarrufun veya bağışmalanın iptalini dava yoluyla ister. Bkz Ayan, *Miras* (n 5) 131.

¹⁴ Schwenzer, (n 11) N. 3.33; Huguenin, (n 11) N. 64; Müller, (n 11) N. 160.

¹⁵ Bkz İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 10, N. 366; Serozan, (n 12) 14-15; Çabri, C: I (n 7) N. 94; Hatemi, *Miras* (n 6) § 5, N. 6; Vardar Hamamcıoğlu, (n 12) 8-9.

¹⁶ Bkz Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1984) 194, dn. 4; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 10, N. 365; Ayan, *Miras* (n 5) 93; Çabri, C: I (n 7) N. 94; Dural ve Öz, (n 2) N. 236; Vardar Hamamcıoğlu, (n 12) 10.

¹⁷ Tuor ve Piconi, (n 5) Art. 485, N. 13.

¹⁸ Aynı yönde bkz Weimar, (n 2) Art. 485, N. 6. Ayrıca vasiyet alacaklısının bırakılan malı kendisinin tamir ettirip, tamir masrafları da talep edemeyeceği yönünde bkz Şakir Berki, *Miras Hukuku* (Sevinç Matbaası 1975) 62-63.

¹⁹ Oğuzman, (n 2) 172.

²⁰ Aynı yönde bkz Berki, *Miras* (n 18) 62-63; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 7.

²¹ Örneğimizde aracın yenileme işini yapan üçüncü kişinin alacağını mirasbırakandan alamamış olması durumunda ise bu borçtan cüz'i halef sıfatıyla mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmayan vasiyet alacaklısı değil, mirasbırakanın mirasçıları sorumlu olacaktırlar (*TMK m. 599/II*). Mirasbırakanın borçlarından vasiyet alacaklısının sorumlu olmayacağı hakkında bkz Beck, (n 5) 76; Wolf ve Hrubesch-Millauer, (n 4) N. 587; Wolf ve Genna, (n 1) 264-265; Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 34, 145-146; Serozan ve Engin, (n 2) 362, N. 133; Gönensay ve Birsan, (n 12) 136; Kılıçoğlu, s. 145; Antalya ve Sağlam, (n 2) 235, N. 769; İsgüzar, Demir ve Yılmaz, (n 2) 57-58; Yargıtay 9 HD, 5427/15612, 01.06.2010 < <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/9hd-2010-5427.htm> > Erişim Tarihi 24 Kasım 2011; Öztan, (n 4) 293.

Bir diğer örnek olarak; kendisine bir arsa bırakılan vasiyet alacaklısı arsanın mirasbırakanın ölümü anındaki durumuyla kendisi adına tescilini talep edebilir (TMK m. 706). Şöyle ki, vasiyet edilen arsada sonradan bina yapılması halinde vasiyet alacaklısı binanın da kendisi adına tescili yönünde talepte bulunabilir²².

Öte yandan vasiyet edilen şeyde meydana gelen değişikliğin mirasbırakanın fiilinden doğması ise şart değildir. Değişiklik, herhangi müdahale olmaksızın kendiliğinden gerçekleşebilir²³ veya mücbir sebepten (*mesela vasiyet olunan bir dükkanın elektrik kaçağı yüzünden yanması*) ya da üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanabilir²⁴. Konjonktürel değer artışları veya azalmaları da bu kapsamda düşünülebilir. Bu bağlamda vasiyet edilen malın kendiliğinden eskimesi mümkündür ve bu ihtimalde vasiyet alacaklısı bırakılan şeyi mevcut eskimeyle beraber kabul etmelidir²⁵. Yahut vasiyet olunan bir dükkan mesela Covid-19 pandemisi sebebiyle plazaların artık eskisi gibi/kadar rağbet görmemesinden dolayı değer kaybettiyse vasiyet alacaklısı meydana gelen değer kaybına katlanmak zorunda kalır. Diğer bir örnek olarak, vasiyet edilmiş X marka araca üçüncü kişi tarafından zarar verilmesi (*camlarının kırılması, iç aksama dahil parçaların sökülüp çalınmasında olduğu gibi*) halinde vasiyet alacaklısı aracın tamir ettirilerek ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anki durumuyla kendisine teslimini talep edemez²⁶. Bu halde vasiyet alacaklısı malın teslimini isteyebilir, ancak buna ek olarak maldaki değer azalmasından dolayı tazminat verilmesini isteyemez²⁷. Bırakılan mala verilen zarardan dolayı tazminat talep hakkı ise vasiyet alacaklısına değil, mirasbırakanın mirasçılara aittir²⁸. Konjonktürel değer artışları veya kayıplarına örnek olarak, bir taşınmaz vasiyet edilmişse mirasın açılmasından sonra döviz kurunda yaşanan ani değişiklik sonucu vasiyet edilen taşınmazın değerindeki artıştan vasiyet alacaklısı faydalanır.

B. Mirasın Açıldığı Ana Kadar Vasiyet Edilen Şeyin Meydana Getirdiği Ürünler

TMK m. 685/II'de “ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukuki ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimler” olarak tanımlanmıştır. Hükümden anlaşılacağı üzere kanun koyucu ürün kavramını iki alt başlığa ayırmıştır: a) dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukuki ürünler, b) bir şeyin özgülendiği amaca göre adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimler.

²² Tuor ve Picenoni, (n 5) Art. 485, N. 12; Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 145; Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 228; Gönensay ve Birsen, (n 12) 136; Kocayusufoğlu, (n 2) 270; Baygın, (n 2) 200.

²³ Baygın, (n 2) 201.

²⁴ Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 145; Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 228; Gönensay ve Birsen, (n 12) 136.

²⁵ Çabri, C: I (n 7) N. 639.

²⁶ Bu yönde bkz Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 2.

²⁷ Gönensay ve Birsen, (n 12) 136; Dural ve Öz, (n 2) N. 1692; Baygın, (n 2) 199.

²⁸ Gönensay ve Birsen, (n 12) 136.

Doktrinde doğal ürün, fazla uzun olmayan aralıklarla, dönemsel (*her mevsim veya her sene*), şeyin doğası gereği meydana gelen ve ayrılması aslın verimini etkilemeyen ürünler olarak tanımlanmaktadır²⁹. Bu ürünlere ağaçların meyvesi, tarlada yetişen mahsul, koyunun sütü, tavuğun yumurtası vb örnek olarak verilebilir³⁰. Hukuki ürün ise, kira geliri, faiz alacağı, kar payı alacağı gibi bir hukuki ilişki çerçevesinde bir eşya veya haktan dönemsel elde edilen ekonomik gelirlerdir³¹.

Bir ormanın ağaçları, taş ve maden cevheri, maden suyu, kaya tuzu, hayvanların yünü ve yavruları vb ise asıl şeyin özüne, ekonomik değerine ve özgülenme amacına zarar gelmeksizin ondan ayrılabilen ve kendini yenilemeyen (*aksine alındıkça zamanla azalır, tümüyle yok olan*³²), yerel adetin o şeyden elde edilmesini uygun gördüğü verimler olarak ifade edilebilir³³.

TMK m. 518/I hükmünde malın mirasbırakanın ölümü anındaki haliyle vasiyet alacaklısına teslimi öngörülmektedir. Her ne kadar vasiyet alacaklısının mirasın açılmasından önce vasiyet edilen şeyde meydana gelen değer artışlarından faydalanabileceği kabul edilse de³⁴ mirasın açılmasından önce vasiyet edilen şeyin meydana getirdiği ürünlerin vasiyet alacaklısına ait olup olmadığı, bunlar üzerinde

²⁹ Robert Haab, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eigentum, Art. 641 bis 729* (Schultess Verlag 1977) Art. 643, N. 5; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum* (3. Auflage, Staempfli Verlag AG 2007) N. 461; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 1984) § 40, 385; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt: 1* (5. Bası, Filiz Kitabevi 1989) 537; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (22. Bası, Filiz Kitabevi 2020) N. 1176; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (5. Bası, Yetkin Yayınları 2020) 69; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2019) 284; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2020) 287; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (10. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 43-44; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (Beta Yayıncılık, 2018) 64 vd Doğal ürünü “*dar ve gerçek anlamda ürün*” olarak tanımlama için bkz Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020) § 1, s. 4.

³⁰ Turgut Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 212, Sevinç Matbaası 1966) 188; Gürsoy, Eren ve Cansel, (n 29) § 40, s. 385; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya* (n 29) 537; Hatemi, *Eşya* (n 29) § 1, s. 4; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 29) N. 1176; Eren, *Mülkiyet* (n 29) 69; Esener ve Güven, (n 29) 284; Sirmen, *Eşya* (n 29) 287; Aydın Zevkililer ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (20. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 44.

³¹ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 30; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 29) N. 1179; Hatemi, *Eşya* (n 29) § 1, s. 4; Eren, *Mülkiyet* (n 29) 69; Esener ve Güven, (n 29) 284; Sirmen, *Eşya* (n 29) 288; Ayan, *Eşya* (n 29) 43; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 29) 63-64.

³² Ayan, *Eşya* (n 29) 44.

³³ Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, Das Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, I. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB*, (5. Auflage, Verlag Staempfli&Cie AG 1981), Art. 643, N. 15; Rey, (n 29) N. 463; Gürsoy, Eren ve Cansel, (n 29) § 40, 386-387; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya* (n 29) 538; Eren, *Mülkiyet* (n 29) 70; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 29) 67 vd Burada öz korunmak istendiğinden (*özün korunmak istenmesi ve öze zarar verilmemesi koşulu hakkında bkz Gürsoy, Eren ve Cansel, (n 29) § 40, 386; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, Eşya* (n 29) 538; Eren, *Mülkiyet* (n 29) 70; Sirmen, *Eşya* (n 29) 288; Meier-Hayoz, (n 33) Art. 643, N. 9) öze zarar verildiği ya da özün yok olduğu hallerde (*koyunun kesilmesinde olduğu gibi*) elde edilen şey (*et, deri vb*) bu anlamda verim olarak kabul edilmeyecektir. Bkz Haab, (n 29) Art. 643, N. 6; Meier-Hayoz, (n 33) Art. 643, N. 9; Gürsoy, Eren ve Cansel, (n 29) § 40, s. 386; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya* (n 29) 538; Eren, *Mülkiyet* (n 29) 70; Sirmen, *Eşya* (n 29) 288; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 29) 68. Aynı şekilde bir şeyin yerine geçen şey ya da değer olarak karşılığı da bu manada verim değildir. Örneğin; kamulaştırma bedeli yahut sigorta bedeli asıl şeyin özüne, ekonomik değerine ve özgülenme amacına zarar gelmeksizin ondan ayrılabilen ve tekrarlanmayan, yerel adetin o şeyden elde edilmesini uygun gördüğü verim kapsamına girmez. Bkz Meier-Hayoz, (n 33) Art. 643, N. 9; Gürsoy, Eren ve Cansel, (n 29) § 40, s. 386; Eren, *Mülkiyet* (n 29) 70; bırakılan malın yerine geçen sigorta bedeli veya bırakılan mal istimlak edilmiş istimlak bedeli hakkında bkz ayrıca Gönensay ve Birsen, (n 12) 137.

³⁴ Farklı örnekler için bkz Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 145; Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 228; Gönensay ve Birsen, (n 12) 136; Kocayusufoğlu, (n 2) 270; Baygın, (n 2) 200; İmre ve Erman, (n 2) 351.

vasiyet alacaklısının hak talep edip edemeyeceği sorularına doktrinde çoğunlukla olumsuz yanıt verilmektedir³⁵. Bu görüşün gerekçesi doktrinde açıkça belirtilmemekle birlikte mirasın açılmasından önce meydana gelen ürünlerin vasiyet alacaklısına ait olmayacağı görüşü, mirasbırakanın iradesinin vasiyet edilen şeyin kendisinin vasiyet alacaklısına teslimi yönünde ve bununla sınırlı olmasıyla açıklanabilir. Buna göre asıl vasiyet konusu üzerinde iyileştirme veya değer artışlarına sebep olan fiiller ile onun meydana getirdiği ürünler arasında bir ayırım yapmak gerekir. Örneğin; vasiyet edilen bir taşınmazda ölüme bağlı tasarruf yapıldıktan sonra temel güçlendirme çalışması yapılması ile vasiyet edilen bir yarış atının ölüme bağlı tasarruf yapıldıktan sonra doğurması birbirinden farklı değerlendirilmelidir. İlkinde vasiyet edilen şey aynı kalmakla birlikte yapılan temel güçlendirme çalışması şeyin değerinde olumlu yönde değişiklik meydana getirmiştir ve vasiyet alacaklısı vasiyet konusunun değerindeki artıştan faydalanır. İkincisinde ise, vasiyet edilen şey ve meydana getirdiği ürün söz konusudur. Örneğimizdeki vasiyet edilen atın yavrusu doğal üründür. Doğal ürünler asıl şeyden ayrılınca kadar onun bütünleyici parçasıdır (*TMK m. 685/III*). Bu bağlamda asıl şeyden henüz ayrılmamış olan doğal ürünler (*mesela ağaçların meyveleri, ineğin sütü vb*), asıl şeyin hukuki kaderine tabidir³⁶. Bununla beraber bazı kişilere başkasının mülkiyetine tabi bir malın ürünlerini toplayıp bu ürünlere malik olma hakkı tanınmıştır (*bkz TMK m. 804/I, TBK m. 357/I*). Vasiyet alacaklısına ise açıkça bu yönde bir hak tanınmamıştır. Dolayısıyla doğal ürün mirasbırakanın aksi yönde tasarrufu bulunmadıkça mirasbırakana aittir. Buna göre örneğimizde vasiyet edilen atın yavrusu vasiyet alacağına dahil değildir, vasiyet alacaklısı at ile birlikte tayın da kendisine teslim edilmesini isteyemez.

Hukuki ürün açısından bakıldığında ise, bir şeyin maliki onun hukuki ürünlerinin de malikidir (*TMK m. 685/I*). Konumuzla bağlantılı olarak bir taşınmazın vasiyet edilmesi durumunda taşınmazın kiraya verilmesi sonucu mirasbırakanın ölümünden önce elde edilen kira gelirleri hukuki üründür ve taşınmazın malikine, yani mirasbırakana aittir. Sonuç olarak, mirasın açılmasından önce vasiyet edilen şeyin meydana getirdiği hukuki ürünler (*kira geliri, faiz gibi*) vasiyet alacağına dahil olmazlar.

C. Vasiyet Edilen Şey Üzerinde Üçüncü Kişilerin Sahip Olduğu Haklar

Vasiyet edilen şeyin mirasın açıldığı andaki durumu incelenirken vasiyet konusu şey üzerinde üçüncü kişilerin sahip olduğu haklardan da bahsedilebilir. Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere, belirli bir malın vasiyet edilmesi mirasbırakanın vasiyet edilen şey üzerindeki tasarruf yetkisini etkilemez.

³⁵ Dural ve Öz, (n 2) N. 1692; İmre ve Erman, (n 2) 351; Baygın, (n 2) 200; Çabri, *C:1* (n 7) N. 642.

³⁶ Gürsoy, Eren ve Cansel, (n 29) 387-388; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 29) 69.

İşte vasiyet edilen şey üzerinde mirasın açıldığı anda başkası lehine bir aynı hak mevcut ise, bu durumda vasiyete konu şey vasiyet alacaklısına o hakla birlikte teslim edilir³⁷. Vasiyet alacaklısı vasiyet edilen şeyin üçüncü kişi lehine aynı haktan arındırılarak kendisine teslimini talep edemez³⁸. Buna göre mesela Üsküdar İlçesi'ndeki bir apartman dairesi bir kimseye vasiyet edildikten sonra mirasbırakan tarafından üçüncü kişinin borcunu teminat altına almak üzere daire üzerinde üçüncü kişi lehine ipotek tesis edilmişse TMK m. 518/I hükmü uyarınca vasiyet alacaklısı üçüncü kişinin mal üzerindeki ipotek hakkına katlanmak zorundadır. Yani örneğimizde vasiyet alacaklısı kendisine vasiyet edilen dairenin ipotegün paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi sonucu satılmasına itiraz edemez. Ancak vasiyet alacaklısının borçtan şahsen sorumluluğu da söz konusu değildir, borcun kişisel borçlusu mirasçılardır (TMK m. 599/II)³⁹. Vasiyet alacaklısı borcu ödemesi neticesinde mirasçılara karşı alacaklının haklarına halef olur (TBK m. 127 b. 1)⁴⁰.

Bir diğer örnek olarak, vasiyet edilen taşınır veya taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olabilir. Bu halde intifa hakkı sona ermedikçe vasiyet yerine getirilemez ve vasiyet alacaklısı üstünde intifa hakkı tesis edilmiş şeyin kendisine teslimi talep edemez⁴¹.

Mirasbırakanın ölümü anında vasiyet edilen şey üzerinde üçüncü kişinin şahsi bir hak iddiası da söz konusu olabilir. Örneğin; mirasbırakan, ölümünden önce vasiyet ettiği bir apartman dairesini üçüncü bir kişiye kiralamışsa mirasbırakanın ölümüyle vasiyet konusunun mülkiyeti mirasçılara geçer. Mirasbırakanın ölümünden sonra vasiyet alacaklısının kira sözleşmesinin tarafı olabilmesi ise vasiyet konusu üzerindeki mülkiyet hakkının vasiyet alacaklısına devredilmesine bağlıdır (TBK m. 310/I)⁴². Zira mirasbırakanın ölümüyle vasiyet konusunun mülkiyeti mirasçılara geçer, kira sözleşmesinin vasiyet alacaklısına devri ise mülkiyetin devrine bağlı olarak gerçekleşir.

³⁷ Bkz Beck, (n 5) 78; Tuor, Schneyder, Schmid ve Jungo, (n 4) § 77, N. 29 vd; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 8; Wolf ve Hrubesch-Millaue, (n 4) N. 601; Philipp Studhalter, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar* (3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2016) Art. 485, N. 5; Wolf ve Genna, (n 1) 267.

³⁸ Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 7; Wolf ve Hrubesch-Millaue, (n 4) N. 601; Wolf ve Genna, (n 1) 267-268; Gürsoy, *Mal Vasiyeti*, (n 4) 145. Ayrıca belirli mal bırakmanın olumlu miras sözleşmesiyle yapılmasına ilişkin bkz TMK m. 527/II.

³⁹ BGE 45 II 155 Erw. 2, 104 II 338 vd, 115 II 323 1b; Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 8; Tuor ve Piconi, (n 5) Art. 485, N. 9; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 8; Huwiler, (n 2) Art. 485, N. 12; Studhalter, (n 37) Art. 485, N. 5; Druey, (n 5) §11, N. 21; Hrubesch-Millaue, (n 2) Art. 485, N. 2; Wolf ve Genna, (n 1) 265; Wolf ve Hrubesch-Millaue, (n 4) N. 601; Oğuzman, (n 2) 287, dn. 102; Dural ve Öz, (n 2) N. 673; Baygın, (n 2) 199, dn. 12; Öztan, (n 4) 293.

⁴⁰ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 8; Wolf ve Hrubesch-Millaue, (n 4) N. 602; BGE 104 II 337; Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 146; Oğuzman, (n 2) 287, dn. 102; Dural ve Öz, (n 2) N. 673; Baygın, (n 2) 199, dn. 12; Tuor ve Piconi, (n 5) Art. 485, N. 10; Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 8.

⁴¹ Şener, (n 5) 441.

⁴² Bkz Huwiler, (n 2) Art. 485, N. 14; Studhalter, (n 37) Art. 485, N. 5.

II. Vasiyet Alacağında Yarar ve Hasarın Geçişi

Uygulamada çoğu zaman mirasbırakanın ölümü ile vasiyetin ifası arasına uzun zaman girmektedir. Bu zaman diliminde mesela vasiyet edilen bir taşınmazdan yüksek meblağlı kira geliri elde edilebilir, vasiyet edilen iş makinesi önemli bir gelir getirebilir ya da vasiyet edilen değerli yarış atı yakalandığı hastalık neticesinde aniden ölebilir. Bir diğer örnek olarak, mirasbırakanın sahibi olduğu şirket hisselerinin %50'sini vasiyet etmiş olduğunu düşünelim. Mirasbırakanın ölümü anı ile vasiyet borcunun ifa edildiği an arasında şirket hisselerine denk gelen kârın kime ait olacağıın tespiti gerekebilir.

Kanun koyucu, vasiyet edilen şeyde mirasın açılmasından önce ve sonra meydana gelen değişiklikler olmak üzere ayırım yapmış olmakla birlikte asıl güçlük, mirasbırakanın ölümünden, yani mirasın açılmasından sonra vasiyet edilen şeyde meydana gelen değişikliklere bağlanacak sonuçların tespitinde yaşanır. Bu bağlamda aşağıda öncelikle yarar ve hasar kavramları açıklanmış, ardından yarar ve hasarın geçişinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

A. Yarar ve Hasar Kavramları

TMK m. 518/I hükmünde belirli mal bırakmada yarar ve hasarın geçişi düzenlenmekle birlikte yarar ve hasar kavramları açıklanmamıştır. Bu sebeple önce “*yarar*” ve “*hasar*” kavramlarının açıklanması gerekir.

Doktrinde yarar, şeyin meydana getirdiği ürünleri (*semere*leri) ve ürün dışında o şey veya haktan elde edilen fazlalıkları/yararları da kapsayacak şekilde⁴³ genel bir ifadeyle “*bir şeyde kendiliğinden ya da malikin normal çabası karşılığında meydana gelen fazlalık, fazla değer veya değer artışı*” olarak açıklanmaktadır⁴⁴. TMK m. 518 hükmü uyarınca yarar kavramı ise, “*kendiliğinden veya her malikin normal olarak yapacağı faaliyetler sonucu vasiyet konusu maldaki meydana gelen her türlü fazlalık veya fazla değer*” olarak ifade edilebilir⁴⁵.

⁴³ Jolanta Kren Kostkiewicz, *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (3. Auflage, Orell Füssli Verlag 2016) Art. 185, N. 17; Herbert Schönle, *Zürcher Kommentar, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* (3. Auflage, Schulthess Verlag 1993) Art. 185, N. 6; Şakir Berki, *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973) 9; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku C: I* (3. Bası, Güney Matbaacılık 1950) 73, dn. 22; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1971) 33; Haluk Nami Nomer ve Baki İlkay Engin, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt- I: Satış Sözleşmesi* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 99; Akıntürk, (n 30) 188.

⁴⁴ Haab, (n 29) Art. 643, N. 6; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (17. Bası, Beta Yayıncılık 2021) 35; Zevkliler ve Gökyayla, (n 30) 47-48; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 48, N. 136; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (5. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 67; Bilgehan Çetiner, ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıntı Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’ (2009) 67 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 97, 98, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9182/114973>> Erişim Tarihi 23.11.2021.

⁴⁵ Baygin, (n 2) 201; Çabri, C: I (n 7) dn. 1095.

Hasar kavramı ise geniş ve dar anlamda hasar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Geniş anlamıyla hasar (*eşya hasarı*), bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın “*bir şeyde sonradan ortaya çıkan ve onun kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı haller*”⁴⁶ olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamıyla hasar, günlük dilde kullanılan hasarı karşılar. Örneğin; dolu sebebiyle bazı araçların hasar gördüğünden bahsedildiğinde burada hasar kavramı geniş anlamıyla kullanılmaktadır.

Dar anlamıyla hasar (*borca ilişkin hasar*) ise, “*sözleşmenin geçerli olarak kurulmasıyla ifası arasında taraflardan kaynaklanmayan sebeplerle edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilememesi*”ne ilişkindir⁴⁷. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere dar anlamda hasar, edimin ifasından önce meydana gelen bir olay sebebiyle ifanın veya ifanın gereği gibi gerçekleşmesinin imkansızlaşması ihtimalini karşılamaktadır⁴⁸. Dar anlamda hasardan bahsedilebilmesi için borcun ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkansızlaşması gerekir⁴⁹. Bu ihtimalde ortaya çıkan olumsuz sonucu borç ilişkisinin taraflarından hangisinin katlanacağı sorusu dar anlamda hasarın konusudur⁵⁰. TMK m. 518/I hükmünün düzenlemesine bakıldığında hükümde geçen hasarın dar anlamıyla hasar olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varmaktayız. Vasiyet alacağında hasar ise kısaca, taraflara yüklenemeyecek sebeplerle mirasın açılmasından sonra vasiyet edilen şeyin yok olması ya da değerinin azalması ve bundan dolayı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesine kimin katlanacağı sorunudur. Doktrinde vasiyet alacağında hasar “*vasiyet olunan şeyde meydana gelen değer eksilmeleri*” olarak da ifade edilmektedir⁵¹.

⁴⁶ Schönle, (n 43) Art. 185, N. 16; Kren Kostkiewicz, (n 43) Art. 185, N. 3; Akıntürk, (n 30) 21 vd; Yavuz, Acar ve Özen, (n 44) 35; Zevkililer ve Gökyayla, (n 30) 47; Aydoğdu ve Kahveci, (n 44) 67 vd; Nomer ve Engin, (n 43) 79 vd; Mustafa Alper Gümtüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (5. Bası, Filiz Kitabevi 2020) 30; Hakan Acar, *Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçışı* (1. Bası, Kazancı Hukuk Yayınevi 2009) 3; Sera Reyhani Yüksel, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Geçışı* (Legal Yayıncılık 2020) 97, 99-100; Yeşim Atamer, ‘Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı: Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183’ün Farklı Okunması Gereği’ (2000) Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan 131, 132; Kübra Yetiş-Şamlı, ‘Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali’ (2007) 65 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 303, 305; Sabah Altay, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı* (Vedat Kitapçılık 2008) 4; Sabah Altay, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçışı’ (2013) 2013 (1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183, 187; Murat Oruç, *Satış Sözleşmesinde Riskin Geçışı* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015) 8 vd; Aziz Erman Bayram, *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı* (Yetkin Yayınları 2017) 28-29; Esra Hansu, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 6-7.

⁴⁷ Akıntürk, (n 30) 24; Aydoğdu ve Kahveci, (n 44) 67; Eren, *Borçlar Özel* (n 44) 49, N. 137; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (12. bs., Yetkin Yayınları, 2019), 83; Yavuz, Acar ve Özen, (n 44) 35; Nomer ve Engin, (n 43) 80; Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (4. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019), N. 518; Gümtüş, (n 46) 30; Yetiş-Şamlı, (n 46) 304; Altay, *Satım Sözleşmesi* (n 46) 4, 7; Emrah Kulaklı, ‘Taşınmaz Satışında Hasarın Geçışı’ (Ocak 2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 113, 115; Hayrunnisa Özdemir, ‘Satış Sözleşmesinde Hasar ve Yararın İntikali’ Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan (Legal Yayıncılık 2012) 355, 363; Oruç, (n 46) 7-8; Bayram, (n 46) 30; Hansu, (n 46) 8; Yüksel, (n 46) 97-98.

⁴⁸ Hrubesch-Millaue, (n 2) Art. 185, N. 1; Altay, *CISG* (n 46) 187; Bayram (n 46) 30-31; Yüksel, (n 46) 101-102.

⁴⁹ Bayram, (n 46) 31.

⁵⁰ Halil Akkanat, ‘Gefahrtragung beim internationalen Versandkauf nach UN-Kaufrecht’ (2003) Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul 35 (52) 269; Akıntürk, (n 33) 24; Altay, *Satım Sözleşmesi* (n 46) 7; Acar, (n 46) 4; Oruç, (n 46) 12; Özdemir, (n 46) 359 (361).

⁵¹ Baygın, (n 2) 199; Aral ve Ayrancı, (n 50) 83; yarar ve hasar kavramları hakkında bkz Yavuz, Acar ve Özen, (n 44) 35 vd; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 686 vd

B. Yarar ve Hasarın Geçişi

TMK m. 518/I hükmünde yarar ve hasarın geçişi düzenlenmekle birlikte yarar ve hasarın geçişinden (*Gefahrtragung*) ne anlaşılması gerektiği ayrıca açıklanmamıştır. Mirasın açılması anı (*mirasbırakanın ölümü*) ile vasiyetin ifası arasında geçen sürede vasiyet alacaklısı ve vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlardan kaynaklanmayan sebeplerle (*tesadüf, üçüncü kişinin fiili gibi*) vasiyet olunan şeyin teslimin imkansızlaşması riskine kimin katlanacağı⁵², yahut aksine vasiyet olunan şeyde fazlalık meydana gelmişse (*vasiyet olunan arazideki meyve ağaçlarının büyüyüp meyve vermesi gibi*) bundan kimin yararlanacağı ve bu sonuçların hangi andan itibaren doğacağı yarar ve hasarın geçişinin konusunu oluşturur⁵³.

Dikkat edilmesi gerekir ki, dar anlamıyla hasar, yani borca ilişkin hasar ile borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık kavramları arasında sıkı bir bağ vardır⁵⁴. Kusursuz ifa imkansızlığını düzenleyen TBK m. 136/I hükmüne göre, borcun ifası tarafların sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa, diğer bir deyişle edim hasarı söz konusuysa borç sona erer⁵⁵. Bu halde borçlu borcunu ifadan kurtulur; borcun ifasının sonradan imkansızlaşmasından borçlunun herhangi bir sorumluluğu doğmaz. Dar anlamıyla hasar, diğer bir ifadeyle borca ilişkin hasar ise, sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra borçluya yüklenemeyen sebeplerle borcun ifasının imkansızlaşmasının sonuçlarına sözleşme taraflarından hangisinin katlanmak zorunda olduğuna ilişkindir⁵⁶. Vasiyet alacağında ise, vasiyetin ifası vasiyet alacaklısı ve vasiyeti yerine getirme görevlilerinin kusuru olmaksızın imkansızlaşırsa bunun sonucuna, yani edim hasarına vasiyet alacaklısı katlanır (*kıyasen TBK m. 136/I*)⁵⁷.

Çalışmamızda yarar ve hasarın geçişine ilişkin olarak öncelikle mirasın açılmasından sonra vasiyet alacaklısı ve vasiyeti yerine getirme yükümlülerinin karşılıklı hak ve borçları ele alınmış olup, ardından vasiyete konu malın ürünlerinin kime ait olacağı sorusu cevaplanmaya çalışılmış ve akabinde vasiyetin farklı türlerinde yarar ve hasarın geçişine ilişkin tespitlerde bulunulmuştur.

⁵² Karş. Kren Kostkiewicz, (n 43) Art. 185, N. 2; Nomer ve Engin, (n 43) 80; Akkanat, (n 50) 269; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: 1/1* (4. Bası, Olgaç Matbaası 1985) 106; Altay, *CISG* (n 46) 187; Yetiş-Şamlı, (n 46) 305.

⁵³ Bkz Altay, *Satım Sözleşmesi* (n 46) 13; Yüksel, (n 46) 105.

⁵⁴ Altay, *Satım Sözleşmesi* (n 46) 8; Hansu, (n 46) 15.

⁵⁵ TBK m. 136/I'de yer alan düzenlemenin edim hasarına ilişkin olduğu yönünde bkz. Özdemir, (n 46) 355 (362); Nomer ve Engin, (n 43) 82; Gümüş, (n 46) 32; Oruç, (n 46) 37; Bayram, (n 46) 34.

⁵⁶ Karş. Akıntürk, (n 30) 24-25; Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Özel* (n 47) 155; Nomer ve Engin, (n 43) 80, N. 3; Çavuşoğlu, (n 54) 49.

⁵⁷ Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlığı düzenleyen TBK m. 136 hükmünün sadece sözleşmeden doğan borçlar hakkında uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. Ümit Vefa Özbay, *Roma Hukukunda Borçlunu Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (Yetkin Yayınları 2020) 135-136. Edim hasarı hakkında bkz Nomer ve Engin, (n 43) 82 vd; Eren, *Borçlar Özel* (n 44) N. 139; Yavuz, Acar ve Özen, (n 44) 36; Bayram (n 46) 32 vd.

1. Vasiyet Alacaklısı ve Vasiyeti Yerine Getirme Yükümlülerinin Mirasın Açılması Anından Sonraki Karşılıklı Hakları ve Borçları

Vasiyet alacağında yarar ve hasar, ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurduğu mirasbırakanın ölümü anından (*mirasın açılmasından*) itibaren vasiyet alacaklısına geçer (TMK m. 518/I)⁵⁸. Dikkat edilmesi gerekir ki, vasiyet alacaklısı henüz mülkiyet hakkını kazanmamışken (*vasiyet ifa edilmemişken*) vasiyet edilen şeyde meydana gelen yarar ve hasar, vasiyet alacaklısına ait kabul edilmiştir. Buna göre vasiyetin açılması anından sonra vasiyet edilen şeyde meydana gelen fazlalık veya yararlarından vasiyet alacaklısı faydalanır⁵⁹. Hatta vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlar bahsi geçen fazlalık veya yararları karşılık olarak belirli bir miktarın kendisine verilmesini (*denkleştirme*) de talep edemezler⁶⁰. Diğer taraftan, vasiyet alacaklısı vasiyet edilen şeyin kendisine teslim edilemeyecek hale gelmesi riskini de taşımaktadır⁶¹. Ayrıca mirasbırakanın ölümüyle birlikte vasiyet edilen şeyin mülkiyeti külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçmekte (TMK m. 599), vasiyet edilen şeye zilyet olmayan, vasiyetin açılmasıyla birlikte sadece vasiyete konu edilen şeyin mülkiyetinin kendisine devrini (*ve kendisi adına tescilini*) talep yönünde alacak hakkına sahip vasiyet alacaklısının vasiyet konusunda meydana gelebilecek hasarı önleme imkânı da bulunmamaktadır. Bu anlamda vasiyet alacaklısı örneğin; kendisine bırakılan Trabzon ilindeki bir yayla evinin olası bir heyelan sebebiyle yok olmasının önüne geçmek için gerekli önlemleri alamaz. Aşağıda açıklanacağı üzere vasiyet konusunun bakımı ve korunması vasiyetin ifası anına kadar vasiyeti yerine getirme yükümlülerinin borcudur.

Mirasçılarının durumuna bakıldığında ise, TMK m. 518/II'ye göre vasiyeti yerine getirmekle yükümlü mirasçılar vekaletsiz işgörendir (TBK m. 526 vd). Kanun koyucu, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü mirasçılarını mirasın kazanılmasıyla birlikte vasiyet edilen şeyi vasiyet alacaklısının menfaatine olacak şekilde, fakat onun vekaleti olmaksızın muhafaza eden kişiler olarak kabul etmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu vasiyet edilen mal üzerindeki olası hasarı ve vasiyet alacaklısı aleyhine tasarrufları engelleyebilmek adına vasiyeti yerine getirmekle yükümlü mirasçılarını vekaletsiz işgören, vasiyet alacaklısını ise kendi menfaatine hareket edilen işsahibi olarak öngörmüştür. Bu kapsamda mirasçılar işi görürken özen göstermek zorundadırlar ve bunun sonucu olarak her türlü kusurlarından sorumludurlar⁶². Mirasçılar vasiyet edilen şeyin değerini azaltan hukuki işlemlerinden (*vasiyet*

⁵⁸ Bu yönüyle TMK m. 518/I hükmü mülga BK m. 183/I hükmüyle paralel bir düzenlemeye sahiptir. Anılan hüküm gereğince satış sözleşmesinde yarar ve hasar sözleşmenin kurulmasıyla (*akdin inikadından itibaren*) alıcıya geçmektedir.

⁵⁹ İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 686.

⁶⁰ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 7; Albaş, (n 3) 146.

⁶¹ İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 686; Tuor ve Picenoni, (n 5) Art. 485, N. 12; Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, Nr. 2.

⁶² Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 3; Beck, (n 5) 83; Tuor, Schneyder, Schmid ve Jungo, (n 4) § 77, N. 31; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 23; Studhalter, (n 37) Art. 485, N. 6; Hrubesch-Millauer, (n 2) Art. 484, N. 5; Gürsoy, *Mal Vasiyeti*, (n 4) 147; Kocayusufpaşaoğlu, (n 2) 270; Dural ve Öz, (n 2) N. 716, 1692; Serozan ve Engin, (n 2) N. 36; Çabri, C. 1 (n 7) N. 643; vekaletsiz işgörenin sorumluluğu hakkında genel bilgi için bkz Zevkliler ve Gökyayla, (n 30) 680-681.

konusunun satılması, üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi vb) veya o şeyde meydana gelen maddi zararlardan sorumlu olurlar⁶³. Hatta mirasbırakanın açık talimatının varlığı halinde mirasçılar bu açık talimata uymayarak zarara sebep olmuşlarsa, zararın meydana gelmesinde kusurlu olmaları aranmaksızın zarardan sorumludurlar (*TBK m. 527/II*)⁶⁴. Fakat iyiniyetli mirasçılar terekeye dahil şeyin vasiyet edildiğini bilmiyorlarsa ya da bilmeleri gerekmiyorsa vasiyet edilen şeyi kullanmaları sebebiyle veya şeyin yok olması yüzünden vasiyet alacaklısına tazminat ödemek zorunda değillerdir (*TMK m. 993, Art. 938 ZGB*)⁶⁵.

Buna karşılık, mirasçılar vasiyet edilen şeyin teslimine, tesciline ya da devrine kadar vasiyet edilen şeyin bakımı, korunması ve idaresiyle yükümlüdürler⁶⁶. Bu kapsamda mirasçıların vasiyet konusunun mirasbırakanın ölümü anındaki durumunu korumaları, onu her türlü saldırı ve dış etkenden korumak için gerekli tedbirleri almaları ve onu mümkün olduğunca iyi durumda muhafaza etmeleri gerekir⁶⁷. Aksi halde vasiyet alacaklısına karşı tazminat ödeme borcu altına girerler⁶⁸. Örneğin; mirasbırakanın değerli bir türden elli tane kuş vasiyet etmesi halinde kuşların bakımını yapmak, onların hayatta kalması için gereken önlemleri almak mirasçıların borcudur. Benzer şekilde, antika bir otomobilin vasiyet edilmesi halinde otomobilin zarar görmemesi için asgari bakımların yapılması mirasçılardan beklenebilmelidir.

Görüldüğü üzere, *TMK m. 518* hükmü mirasçılar açısından ağır bir koruma ve saklama yükümlülüğü getirmektedir. İlk bakışta mirasçıların vasiyet alacaklısı karşısında daha dezavantajlı bir konumda olduğu düşünülse de vasiyet edilen mala ilişkin mirasçıların sorumluluğu külli halefiyetin bir sonucudur. Külli halefiyet sonucu nasıl ki terekeye dahil haklar mirasçılara aitse, bununla birlikte mirasçılar mirasçı sıfatına bağlı borçlara da katlanmalıdır. Kaldı ki, *TMK m. 518/II* gereğince mirasçılar mirasın açılmasından sonra bırakılan belirli mala yaptıkları ve halin icabından yapmaları haklı görülecek zaruri ve faydalı masrafları vekaletsiz işgören sıfatıyla talep edebilirler⁶⁹. Ayrıca vasiyet edilen mala ilişkin koruma ve saklama yükümlülüğüne katlanmak istemeyen mirasçıların mirası reddetme imkanı vardır (*TMK m. 605 vd*).

⁶³ Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 147; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 24. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin vasiyet konusunu üçüncü kişiye satması halinde vasiyet alacaklısının üçüncü kişilerden herhangi bir talepte bulunamayacağı, yalnızca vasiyeti yerine getirme yükümlülerinden şeyin bedelini isteyebileceği yönünde bkz İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 688.

⁶⁴ Tuor ve Piconi, (n 5) Art. 485i N. 16; Tuor, Schneyder, Schmid ve Jungo, (n 4) § 77, N. 31; Beck, (n 5) 83; Hrubesch-Millauer, (n 2) Art. 485, N. 5; Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 147; Kocayusufpaşaoğlu, (n 2) 270; Dural ve Öz, (n 2) N. 716; Çabri, C: 1 (n 7) N. 643.

⁶⁵ Huwiler, (n 2) Art. 485, N. 20; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 26; karşı. Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 3.

⁶⁶ Tuor ve Piconi, (n 5) Art. 485, N. 14; Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 3; Huwiler, (n 2) Art. 485, N. 20; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 3; Studhalter, (n 37) Art. 485, N. 6; Hrubesch-Millauer, (n 2) Art. 485, N. 5.

⁶⁷ Hrubesch-Millauer, (n 2) Art. 485, N. 5; Gönensay ve Birsan, (n 12) 137; Çabri, C: 1 (n 7) N. 643.

⁶⁸ Çabri, C: 1 (n 7) N. 643.

⁶⁹ Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 228; Çabri, C: 1 (n 7) N. 644; Baygın, (n 2) 201; Wolf ve Genna, (n 1) 268.

2. Mirasın Açıldığı Andan Sonraki Vasiyet Edilen Şeyin Meydana Getirdiği Ürünler

Türk Medeni Kanunu’nda mirasın açılmasından sonraki vasiyet olunan şeyin ürünlerinin kime ait olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yararın geçişine ilişkin açıklamalar kapsamında bu hususun da ele alınması gerekir.

Mirasbırakanın ölümünden vasiyet konusunun teslimine kadar vasiyet edilen şeyin meydana getirdiği ürünlerin vasiyet alacağına dahil olup olmadığı hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüş, TMK m. 518/I (*Art. 485 Abs. 1 OR*) hükmünün “*bırakılan belirli malın mirasın açılması anındaki durumuyla teslimi*” yönündeki düzenlemesinden yola çıkarak vasiyet alacağının kapsamını mirasbırakanın ölümü anındaki hal ile sınırlandırmaktadır. Bu görüşe göre, vasiyet alacaklısı yalnızca vasiyet edilen malın kendisinin teslimini talep edebilir, mirasbırakanın ölümü ile vasiyet edilen şeyin teslimi arasında meydana gelen doğal veya hukuki ürünleri talep edebilmesi ise tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanların vasiyetin ifasında temerrüde düşmeleri şartına bağlıdır (*bkz TBK m. 117 vd, Art. 102 OR vd*)⁷⁰. Temerrüde düşene kadar vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kimse vasiyet konusunun ürünlerini toplama hakkına sahiptir⁷¹.

Diğer bir görüş ise, vasiyet alacaklısının mirasbırakanın ölümü, yani mirasın açılması anından itibaren vasiyet konusu şeyin ürünlerini talep hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir⁷².

Vasiyet olunan şeyin ürünlerinin kime ait olacağına ilişkin kanaatimizi açıklamadan önce TMK m. 518 hükmü uyarınca yarar kavramı içerisine vasiyet edilen şeyin ürünlerinin dahil olup olmadığının kısaca ele alınması yerinde olur.

Görüşümüzce yarar, “*kendiliğinden veya her malikin normal olarak yapacağı faaliyetler sonucu vasiyet konusu malda meydana gelen fazla değer, her türlü fazlalıklar, ürünler ve diğer verimler*”dir⁷³. Şayet TMK m. 518 hükmü uyarınca yararın kapsamı bu şekilde belirlenecek olursa mirasbırakanın ölümü anında vasiyet edilen şeyden ayrılmamış veya onun sonradan meydana getirdiği ürünler vasiyet alacağına

⁷⁰ Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 6; Druey, (n 5) §11, N.17.

⁷¹ TMK m. 518’e göre yararın sadece şeyde meydana gelen değer artışı olarak kabulüyle aynı yönde bkz Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 148; Gönensay ve Birsen, (n 12) 138; Yargıtay 2 HD, 9576/12093, 10.11.1999, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/2hd-1999-9576.htm>> Erişim Tarihi 24 Kasım 2021. Vasiyet alacaklısının faiz talep edebilmesi için vasiyeti yerine getirme yükümlülerini temerrüde düşürmesi gerektiği yönünde bkz Antalya ve Sağlam, (n 2) N. 761.

⁷² Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 6.

⁷³ Huwiler, (n 2) Art. 485, N. 26 vd

⁷⁴ Baygın, (n 2) 201; Çabri, *C: 1* (n 7) dn. 1095; Eren, *Borçlar Özel* (n 44) N. 132; Akıntürk, (n 30) 188.

dahildir⁷⁴ ve vasiyet alacaklısına aittir⁷⁵. Vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlar bu ürünleri toplamak ve vasiyet alacaklısına teslim etmekle yükümlüdürler⁷⁶. Vasiyet alacaklısının vasiyet edilen şeyin sonradan meydana getirdiği ürünlerden de yararın geçişi kapsamında faydalanabilmesi, mirasın açılmasıyla birlikte vasiyet edilen şeydeki hasara katlanmasının karşılığı olarak görülmelidir.

3. Vasiyet Türlerine Göre Yarar ve Hasarın Geçiş

TMK m. 518 hükmü belirli mal bırakma şeklindeki tüm vasiyet türlerini kapsamamaktadır. TMK m. 518 hükmünün ifadesine bakıldığında hükmün terekede mevcut ve ferden tayin edilmiş bir malın vasiyet edilmesini düzenlediği görülmektedir⁷⁷. Diğer bir deyişle TMK m. 518 hükmü parça vasiyeti hakkında uygulanır. Doktrinde hükmün sınırlı çeşit vasiyetine de kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmekte⁷⁸, çeşit vasiyeti ve tedarik vasiyetine ise uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁷⁹.

a. Parça Vasiyetinde Yarar ve Hasarın Geçiş

Terekede bulunan, ferden belirlenmiş bir malın vasiyet edilmesi durumunda parça vasiyeti söz konusudur. Burada vasiyet borçlusunun borcu parça borcu niteliğindedir⁸⁰. Bir kedinin, ünlü bir heykeltıraşın bir heykelinin, bir çift antika küpenin, belli bir taşınmazın vasiyetinde olduğu gibi özel olarak belirlenmiş ve çoğunlukla misli olmayan şeyler parça vasiyetinin konusunu oluşturmaktadır.

Parça vasiyetinde yarar ve hasar TMK m. 518/I hükmündeki genel kurala uygun olarak mirasın açılması anında vasiyet alacaklısına geçer. Mirasbırakanın ölümünden sonra vasiyet edilen şeyde meydana gelen yararlardan vasiyet alacaklısı faydalanır. Buna göre örneğin; vasiyet edilen seyahat otobüsünün işletilmesinden elde edilen gelir vasiyet alacaklısına aittir.

⁷⁴ Bu görüş hakkında bkz Weimar, (n 2) Art. 485, N. 29 vd; Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 228; Baygın, (n 2) 200-201; Çabri, C: I, (n 7) dn. 1095; Doktrinde Gürsoy, hukuki ve doğal ürünlerinin vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanların vasiyetin ifasında temerrüde düşmelerinden sonra vasiyet alacaklısına ait olacağını belirttikten sonra bu sonucun tatmin edici olmadığını, mirasbırakanın arzusunun ve özel durumların mirasın açılmasından itibaren vasiyet alacaklısına bir hak tanımayacağına izin verebileceğini savunmuştur. Detaylı açıklama için bkz Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 148.

⁷⁵ Tuor, Schnyder, Schmid ve Jungo, (n 4) § 77, N. 32; Tuor ve Picononi, (n 5) Art. 485, N. 17, 5; Wolf ve Genna, (n 1) s. 268; karşıt görüş için bkz Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 4, 6.

⁷⁶ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 31.

⁷⁷ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 4; Studhalter, (n 37) Art. 485, N. 1; Hrubesch-Millaue, (n 2) Art. 485, N. 1; Albaş, (n 3) 142; Çabri, C: I (n 7) N. 637.

⁷⁸ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 4; Studhalter, (n 37) Art. 485, N. 1; Çabri, C: I (n 7) N. 640; Eren ve Yücer Aktürk, (n 2) N. 451.

⁷⁹ Hrubesch-Millaue, (n 2) Art. 485, N. 1; Çabri, C: I, (n 7) N. 640. TMK m. 518 hükmünün çeşit vasiyetine uygulanmamasının sebebi olarak vasiyet konusunun terekeden çıkmak zorunda olmaması ve sadece genel olarak belirlenmesi gösterilmektedir. Bkz Studhalter, (n 37) Art. 485, N. 1. Ayrıca ferdileştirilmiş malın tedarik edilmesine yönelik olduğu gerekçesiyle hükmün tedarik vasiyeti hakkında uygulanacağı görüşü hakkında bkz Tuor ve Picononi, (n 5) Art. 485, N. 2; Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 1.

⁸⁰ İmre ve Erman, (n 2) 127.

Buna karşılık, mirasın açılmasından sonra vasiyet edilen şey tarafların kusuru olmaksızın yok olmuşsa buna vasiyet alacaklısı katlanmak zorundadır⁸¹. Borcun ifasının sonradan imkansızlaşması, doğal bir olaydan, bir kişinin fiilinden ya da hukuki bir sebebin ortaya çıkmasından da kaynaklanabilir⁸². Mesela vasiyet edilen evcil hayvan vasiyet alacaklısına tesliminden önce aniden gelişen bir hastalık sonucu ölmüşse, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanların teslim borcu sona erer (TMK m. 517/III, kıyasen TBK m. 136). Vasiyet alacaklısı aynı cinsten bir başka evcil hayvanın kendisine verilmesini talep edemez. Diğer bir örnek olarak, belirli bir arazi vasiyet edilmişse, arazinin vasiyet alacaklısına teslim ve adına tescil edilmesinden önce kamulaştırılması neticesinde vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanların vasiyet konusunu teslimi borcu ortadan kalkar (TMK m. 517/III, kıyasen TBK m. 136). Vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanların kusuru olmaksızın vasiyet edilen arazinin kamulaştırılmasına ve dolayısıyla edimin hukuki bir sebepten dolayı ifasının imkansızlaşmasına vasiyet alacaklısı katlanmalıdır. Bu sonuçla vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlar hiçbir tazminat ödemedi borçtan kurtulurlar (TMK m. 517/III, kıyasen TBK m. 136/I)⁸³.

b. Çeşit Vasiyetinde Yarar ve Hasarın Geçişi

Vasiyet edilen şeyin terekede bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ferden değil de, çeşidiyle (*cinsiyile, neviyle*) belirlenmesi çeşit vasiyeti olarak adlandırılmaktadır⁸⁴. Çeşit borcu doğuran⁸⁵ çeşit vasiyetinde parça vasiyetinden farklı olarak vasiyet edilen şey özellikleri belirtilerek benzerlerinden ayırt edilmemiştir. Mirasbırakanın on koyun, elli çuval un, plakası belirtilmeksizin X markalı bir araç ya da bir miktar para⁸⁶ vasiyet etmesi çeşit vasiyetine örnek olarak verilebilir.

⁸¹ Druey, (n 5) §11, N. 18; Çabri, C: 1, (n 7) N. 640; Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Özel* (n 47) N. 519, 534 vd Mirasın açılmasından sonra vasiyet edilen şeyin kötüleşmesi veya değer kaybına uğraması ise dar anlamda hasara ilişkindir. Mesela vasiyet alacaklısına tesliminden önce vasiyet edilmiş apartman dairesi deprem sebebiyle zarar görmüşse bu zarar mirasbırakanın mirasçılarını katlanır. Zira vasiyet alacaklısı mirasbırakanın ölümü ile birlikte vasiyeti yerine getirme yükümlülerine karşı bir vasiyet konusunun teslimi (*ve buna ek olarak tescili, devri*) yönünde sadece alacak hakkı sahibidir. Bu halde vasiyet edilen şeyin kötüleşmesi, zarara uğraması onun malik(ler)ini, yani mirasçılarını ilgilendirmektedir. Karş. Atamer, (n 46) 131, 132; Altay, *Satım Sözleşmesi* (n 46) 5.

⁸² Turgut Öz, TBK m. 136 in Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve H. Murat Develioğlu (eds), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt: 1 Genel Hükümler* (Vedat Kitapçılık 2018) N. 2; Özbay, (n 57) 137.

⁸³ Nomer ve Engin, (n 43) 81 N. 5; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) N. 1809 vd; bkz ayrıca Albaş, (n 3) 135; Özbay, (n 57) 142-143; L. Müjde Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (TBK m. 136) (Yetkin Yayınları 2016) 214. İfası imkansızlaşan edimin yerine borçlunun malvarlığına giren kaim değer (*mesela kamulaştırma bedelinin*) alacaklı tarafından talep edilemeyeceği hususu Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Vasiyet alacaklısının kaim değer için kendisine verilmesini talep etmesine bir engel bulunmadığı yönündeki, kanaatimizde de isabetli olan görüş için bkz Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin Yayınları 2020) N. 4142 vd; Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) 270; S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993) 1009; Kurt, (n 83) 227, 238-239 (*imkansızlık sonucu sona eren asli edim borcunun yerine kaim değer geçeceğinden bahisle*); Öz, (n 82) TBK m. 136 N. 30 (*dürüstlük kuralı uyarınca kaim değerle imkansızlaşmamış edim borcunun değişimi şeklinde yeni bir borç ilişkisinin doğması*); Oğuzman ve Öz, N.; Yargıtay 13 HD, 6878/1034, 07.02.1991; 8883/11265, 10.12.1991, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13hd-1991-8883.htm>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2022. Edimin imkansızlaşmışsa borçlunun edimi ya da yerine geçen (*kaim*) değeri ifaya zorlanamayacağı hakkında bkz Oruç, (n 46) 31; Bayram, (n 46) 34; Karş. Kurt, (n 83) 216-217.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, (n 2) 263; Dural ve Öz, (n 2) N. 680; Oğuzman, (n 2) 141; Öztan, (n 4) 296.

⁸⁵ İmre ve Erman, (n 2) 127; Öztan, (n 4) 296.

⁸⁶ Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 153; İmre ve Erman, (n 2) 127; Dural ve Öz, (n 2) N. 680; Kurt, (n 83) 152.

TMK m. 518 hükmü yarar ve hasarın geçişi hakkında ana kuralı koymakla birlikte, vasiyet edilen şeyin çeşidiyle belirlenmesi halinde yarar ve hasarın geçişini ayrıca düzenlememiştir. Fakat vasiyet edilen şeyin çeşidiyle belirlenmesi ihtimalinde vasiyet borçlusu mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunda belirtmiş olduğu çeşit ve miktardaki şeyi vasiyet alacaklısına teslim borcu altındadır. Vasiyet edilen şey terekede bulunmuyorsa vasiyet borçlusu bunu temin edip vasiyet borcunu yerine getirecektir⁸⁷. Buna göre, bırakılan mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölümüne bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanların borçtan kurtulacağını düzenleyen TMK m. 517/III hükmü çeşit vasiyetine uygulanmaz⁸⁸. Çeşit borçları bakımından “*çeşit (nevi) telef olmaz (genus non perit)*” ilkesi geçerlidir⁸⁹. Borcun ifasının imkansızlaşması, kural olarak çeşit borçlarını değil, parça borçlarını ilgilendirir⁹⁰. Doktrinde bazı yazarlarca⁹¹ mülga BK m. 183/II düzenlemesi ile paralel olarak çeşit borcunda edim konusunun somutlaştırılıp ayırt edilip (*somutlaştırılıp*) parça borcu halinde gelmesinden önceki hasar o şeye malik olan borçluya ait olduğu; edim konusunun ayırt edilmesinden sonra ise edim hasarına alacaklının katlanması gerektiği (*kıyasen TBK m. 136/I*) görüşü savulmakla birlikte, Kanun’da bu yönde açık bir düzenleme bulunmamasına dayalı olarak bu görüşün çeşit vasiyeti bakımından geçerli olmayacağı görüşündeyiz. Kanaatimizce çeşit borcunda edim konusunun ayırt edilmesi mevcut borcu parça borcuna dönüştürmez. Çeşit borcu niteliğindeki vasiyet konusu borcun taraflarına yüklenemeyen bir sebeple telef olmuşsa vasiyete konu şeyi başkasından tedarik edilmez. Yani çeşit borcu bakımından edim hasarı borçluya aittir⁹². Buna uygun olarak vasiyet edilen şey cinsiyle belirlenmişse yarar ve hasar vasiyet edilen şeyin vasiyet alacaklısına teslimi, tapu siciline tescili veya devirle geçer.

Çeşit vasiyetinin tereke ile sınırlandırılmış olması durumunda ise, mesela mirasbırakan garajındaki arabalarından birini, çiftliğindeki koyunlardan on tanesini ya da X Holding’e ait yüz adet hisse senedini vasiyet etmişse, sınırlı çeşit vasiyeti

⁸⁷ Dural ve Öz, (n 2) N. 680; Öz, (n 82) TBK m. 136 N. 10; Eren ve Yücer Aktürk, (n 2) N. 449.

⁸⁸ Bu konudaki açıklamalar için bkz aşağıda tedarik vasiyetinde yarar ve hasarın geçişine ilişkin açıklamalar.

⁸⁹ Tuor ve Picenoni, (n 5) Art. 484, N. 22; Escher ve Escher, (n 10) Art. 484, N. 11; Wolf ve Hrubesch-Millaue, (n 4) N. 611; Dural ve Öz, (n 2) N. 680; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin Yayınları 2020) N. 4128; Ayan, *Miras* (n 5) 132; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 687; Eren ve Yücer Aktürk, (n 2) N. 450, 463; Aydoğdu ve Kahveci, (n 44) 69; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Bası, Filizkitabevi 2021) 358.

⁹⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 83) 909-910; Oğuzman ve Öz, (n 83) N. 1805; Gümüş, (n 46) 32; Fatih Gündoğdu, *Borca Ayıklılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 155; Özbay, (N 57) 139. Çeşit borcu bakımından ifa imkansızlığı istisnaen mümkün olabilmektedir. Mesela cinsiyle borçlanılan bir şeyin yeryüzünde tamamen tükenmesi veya cins borcunun ifasının veya borcun konusunun tedarikinin önünde engel bulunması (*ithalat yasağı gibi*) halinde borcun ifasının imkansızlaşabilir.

⁹¹ Nomer ve Engin, (n 43) 83; Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Özel* (n 47) N. 519; çeşit borcunda ifa konusunun ayırt edilmiş olmasının ve bu ayırt edilmiş malların telef olmasının borçlunun imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulmasına yetmeyeceği yönünde karşı. Gündoğdu, (n 90) 160-161.

⁹² Sözleşme veya kanun gereği cins borcunda edim hasarının alacaklıya yüklenmişse cins borcu konusu eşyanın yok olmasının cins borcunun ifasının imkansız hale getirmeyeceği, bunun borçlunun artık aynı türden bir başka eşyayı tedarik etme yükümlülüğünün sona ermesi olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz Kurt, (n 83) 150- 151.

söz konusudur⁹³. Sınırlı çeşit vasiyetinin TMK m. 518/I'deki genel kurala tabi olduğu ve böylece yarar ve hasarın geçişinin anılan kurala göre gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁹⁴. Bu itibarla sınırlı çeşit vasiyetinde yarar ve hasar mirasın açılması anından itibaren vasiyet alacaklısına ait olacaktır. Yukarıdaki örnekle bağlantılı olarak, mirasın açılmasından sonra çıkan yangında çiftlikteki koyunların hepsi telef olmuşsa vasiyet borçlularının borcu sona erer⁹⁵. Vasiyet borçlularının vasiyet edilen on koyunun yerine yenisini temin etme yükümlülükleri bulunmamaktadır⁹⁶. Bu halde vasiyet edilen şeyin yok olmasına vasiyet alacaklısı katlanacaktır, yani edim hasarı vasiyet alacaklısına aittir (TBK m. 518/I, kıyasen TBK m. 136/I)⁹⁷.

c. Tedarik Vasiyetinde Yarar ve Hasarın Geçışı

TMK m. 517/III hükmü uyarınca vasiyet edilen şey terekede bulunmadığı takdirde, mirasbırakanın tasarrufundan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar. Burada vasiyet edilen şey, ya ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda mevcut, fakat sonradan mirasbırakanın malvarlığından çıkmıştır⁹⁸ ya da mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yaptığı esnada zaten onun malvarlığında bulunmuyordur⁹⁹. İşte böyle bir durumda TMK m. 517/III'e göre karine, vasiyet borçlularının borçtan kurtulacakları yönündedir¹⁰⁰. Fakat mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufundan terekede bulunmayan şeyin tereke dışından tedarik edilip vasiyet alacaklısına teslim edilmesini istediği anlaşılırsa tedarik vasiyetinden söz edilir ve bu halde vasiyet borçlularının borcu sona ermez¹⁰¹.

Tedarik vasiyeti TMK m. 517/III'te düzenlenmiş olup, terekede bulunmayan bir şeyin (*mirasbırakanın tedarik edilerek vasiyet alacaklısına verilmesini arzu ettiği bir eşya ya da hakkın*) tedarik edilip vasiyet alacaklısına verilmesi anlamına gelir¹⁰².

⁹³ Burada vasiyet borçlusu vasiyet edilen şey terekede mevcutsa borcunu yerine getirecektir. Aksi halde vasiyet borçlusu TMK m. 517/III uyarınca borcundan kurtulur. Diğer bir deyişle vasiyet borçlusu vasiyet edilen şeyi tereke dışından tedarik etmekle yükümlü değildir. Bkz Dural ve Öz, (n 2) N. 681.

⁹⁴ Çabri, C:1, (n 7) N. 640; Weimar, (n 2) Art. 485, N. 4.

⁹⁵ Karş. Öz, (n 82) TBK m. 136 N. 10; Kurt, (n 83) 151.

⁹⁶ Wolf ve Genna, (n 1) 249.

⁹⁷ Nomer ve Engin, (n 43) 85.

⁹⁸ Bu halde vasiyet edilen şey yok olmuş (*vasiyet edilen on koyunun hepsinin birden eceliyle ölmesi, vasiyet edilen taşınmazın kaza sonucu yanıp kül olması gibi*), yahut teslim borcunun ifası herhangi bir sebeple imkansızlaşmış (*mesela mirasbırakanın sağken vasiyet edilen arabayı başkasına satması veya bağışlaması*) olabilir. Bkz Şener, (n 5) 442; Çabri, C: 1, (n 7) N. 614.

⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, (n 2) 265-266.

¹⁰⁰ Şener, (n 5) 442. Burada imkânsızlık halinin kabulü için bkz Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 143.

¹⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, (n 2) 265-266; İmre ve Erman, (n 2) 133-134; Dural ve Öz, (n 2) N. 682.

¹⁰² Gürsoy, *Mal Vasiyeti* (n 4) 142, 157 vd; İmre ve Erman, (n 2) 133-134; Dural ve Öz, (n 2) N. 682; Serozan ve Engin, (n 2) N. 139; Ayşe Merve Belge, 'Vasiyete Konu Eşyanın Üçüncü Kişinin Mülkiyetinde Olması Durumunda Tedarik Vasiyetinin Yerine Getirilmesi' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 519, 532 vd, <<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/4682/Belge%2c%20Ayşe%20Merve.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2022; tedarik etme vasiyeti hakkında ayrıca bkz Beck, (n 5) 79; Escher ve Escher, (n 10) Art. 484, N. 19; Wolf ve Genna, (n 1) 257, 259-260; BGE 101 II 25.

Bu noktada TMK m. 518/I hükmünün tedarik vasiyeti hakkında uygulanmayacağını ifade etmek gerekir. Zira TMK m. 518/I'de “*bırakılan belirli malın mirasın açılması anındaki durumu*”ndan bahsedilmektedir. Tedarik vasiyetinde ise, mirasbırakanın ölümü anında yarar ve hasarı vasiyet alacaklısına geçecek vasiyet edilen şey terekede bulunmamaktadır. Bu sebeple tedarik vasiyetinde vasiyet borçlularının öncelikle vasiyet edilen şeyi tedarik etmeleri ve vasiyet alacaklısına vermeleri gerekir¹⁰³. Görüldüğü üzere burada vasiyetin gereği gibi ifası iki basamaktan oluşur: 1) vasiyet edilen şeyin tedarik edilmesi, 2) tedarik edilen şeyin vasiyet alacaklısına devri. Bu halde vasiyet edilen şey vasiyet borçluları tarafından tedarik edildikten sonra TMK m. 518 uyarınca teslim borcu kapsamında ayrıca bir devir işlemi (*teslim, şey üzerinde hakimiyeti sağlayan araçların vasiyet alacaklısına teslimi, tapu siciline tescil ya da alacağın devri*) yapılmalıdır¹⁰⁴. Henüz tedarik edilmemiş ve halen üçüncü kişiye ait malda meydana gelen yarar ve hasarın vasiyet alacaklısına geçtiğini kabul etmek ise mümkün görünmemektedir¹⁰⁵.

Öte yandan tedarik vasiyetinin çeşit vasiyeti veya parça vasiyeti niteliğine sahip olması mümkündür. Mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufta çeşidiyle belirlenmiş bir şeyin (*örneğin; X marka bir otomobil, Bodrum İlçesi'nde 3+1 bir yazlık ev*) ya da ferden belirlenmiş bir şeyin (*örneğin; ressam Devrim Erbil'e ait belirli bir tablo, Bodrum İlçesi'nde belirli bir arazi, ünlü iş insanı A'ya ait antika araba koleksiyonunda bir araba*) tedarik edilerek vasiyet alacaklısına teslimini arzu etmiş olabilir. İlk ihtimalde tedarik vasiyeti çeşit vasiyeti, ikinci ihtimalde parça vasiyeti niteliğinde karşımıza çıkar¹⁰⁶. Ancak tedarik vasiyetinden çeşit veya parça borcu doğması yarar ve hasarın geçişi bakımından bir fark yaratmaz. Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere, tedarik vasiyeti vasiyet edilen malın tedarik edilip vasiyet alacaklısına devriyle birlikte ifa edilmiş olur. Örneğin; Kadıköy ilçesinde belirli bir taşınmazın alınıp vasiyet alacaklısına verilmesi vasiyet edilmişse, bu tedarik vasiyetinden parça borcu doğar; yarar ve hasar ise taşınmazın satın alınıp vasiyet alacaklısı adına tapu siciline tesciliyle birlikte vasiyet alacaklısına geçer. Mirasbırakanın miras hukukuna ilişkin 2021 yılında yayımlanmış hukuk kitaplarından on tanesinin alınıp vasiyet alacaklısına verilmesini vasiyet etmesinde ise, tedarik vasiyeti çeşit borcu meydana getirir, yarar ve hasar ise çeşit vasiyetinde bahsedildiği üzere vasiyet edilen şeyin teslimiyle vasiyet alacaklısına ait olur.

¹⁰³ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 2, 5; Kocayusufoğlu, (n 2) 266; Şener, (n 5) 442; Oğuzman, (n 2) 141; Dural ve Öz, (n 2) N. 682; İmre ve Erman, (n 2) 133-134; Ayan, *Miras* (n 5) 132; Çabri, C: 1 (n 7) 373; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, (n 2) 61-62. Mirasbırakanın malın tedarik edilip, teslim edilmesi yönündeki iradesi ölümüne bağlı tasarruftan anlaşılabilceği gibi, başka diğer vasıtalarla da ispat edilebilir. Bkz İmre ve Erman, (n 2) 133-134. Malı tedarik etmeyen vasiyet borçlularının tazminat sorumluluğu (*TMK m. 600/III*) hakkında bkz Gönensay ve Birsan, (n 12) 137; İmre ve Erman, (n 2) 134.

¹⁰⁴ Kocayusufoğlu, (n 2) 51; Serozan ve Engin, (n 2) N. 74; diğer atıflar için bkz yukarıda dn. 4.

¹⁰⁵ Weimar, (n 2) Art. 485, N. 2; Albaş, (n 3) 141-142; karş. Escher ve Escher, (n 10) Art. 485, N. 1; Tuor ve Piconi, (n 5) Art. 485, N. 2. Doktrinde TMK m. 518/I'in uygulaması dışında bırakılan tedarik vasiyetleri hakkında yarar ve hasarın geçişi hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin uygulanacağı görüşü için bkz Albaş, (n 3) 146.

¹⁰⁶ Kocayusufoğlu, (n 2) 263; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 653; Çabri, C: 1 (n 7) N. 603; diğer atıflar için bkz Belge, (n 102) 533-534.

d. Koşula Bağlı Vasiyette Yarar ve Hasarın Geçişi

Genel olarak koşul (*şart*) TBK m. 170 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Koşul, hukuki işlemin hüküm ifade etmeye başlamasının ya da doğurmakta olduğu hüküm ve sonuçların sona ermesinin gelecekteki objektif olarak şüpheli bir olayın meydana gelmesine bağlanması olarak tanımlanabilir¹⁰⁷.

TMK m. 515/I c.1'e göre ölüme bağlı tasarrufların da geciktirici veya bozucu koşula bağlı yapılmaları mümkündür¹⁰⁸. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından koşul, “*mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufun hukuki sonuçlarının doğumunu geciktiren (talik eden) veya doğmuş olan hukuki sonuçları sona erdiren, bozan (infisah ettiren) gelecekte ve gerçekleşmesi şüpheli bir olaydır*”dır¹⁰⁹. Mirasbırakanın avukatlık bürosu olarak kullandığı taşınmazı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni kazanma şartıyla ya da ölüncüye kadar kendisine bakma, ihtiyaçlarını karşılama vb. görevleri yerine getirmek şartıyla¹¹⁰ vasiyet etmesi halinde geciktirici koşula bağlı belirli mal bırakma varken; bir taşınmaz vasiyet alacaklısına evleninceye kadar vasiyet edilmişse bozucu şarta bağlı belirli mal bırakma söz konusudur¹¹¹.

Geciktirici koşul varsa, ölüme bağlı tasarrufun hukuki sonuçlarını doğurması koşulun gerçekleşmesine bağlıdır (*TBK m. 170*)¹¹². Buna göre mirasbırakan geciktirici koşulla bir kimseye belirli bir malını vasiyet etmişse bu takdirde ölüme bağlı tasarruf, koşulun gerçekleşmesiyle hüküm ve sonuç doğurur. Vasiyet edilen şeyin teslimine yönelik alacak hakkı ilk olarak geciktirici şartın gerçekleşmesiyle doğar. Bunun sonucu olarak, yarar ve hasar, mirasbırakanın ölümü anında değil, geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle vasiyet alacaklısına geçer¹¹³. Diğer bir ifadeyle geciktirici koşula bağlı belirli mal bırakmada mirasın açılması anından şartın gerçekleşmesine kadarki devrede vasiyet edilen şeyin yararı ve hasarı vasiyeti ifa ile yükümlü olanlara aittir¹¹⁴. Örneğin; mirasbırakanın şehirlerarası yolcu taşıyan bir otobüsü vasiyet etmesi örneğinde mirasın açılmasından geciktirici koşulun gerçekleşmesine kadar otobüsün işletilmesi sonucu elde edilen gelir vasiyeti yerine getirme yükümlüsü mirasçıya

¹⁰⁷ A. Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Ayyıldız Matbaası 1992) 53.

¹⁰⁸ Dural ve Öz, (n 2) N. 725; Ayan, *Miras* (n 5) 95 vd; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler* (Turhan Kitabevi 2004) 60; koşula bağlı ölüme bağlı tasarruflar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kemal Tahir Gürsoy, ‘Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler’ (1953) 10 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 458-541; H. Kübra Ercoşkun Şenol, *Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler* (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011).

¹⁰⁹ İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 607; tanım için bkz ayrıca Dural ve Öz, (n 2) N. 725.

¹¹⁰ Yargıtay 2 HD, 2164/7061, 15.06.1995, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/2hd-1995-2164.htm>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.

¹¹¹ Yıldırım, (n 108) 60, dn. 242.

¹¹² Kocayusufoğlu, (n 2) 272-273; Sirmen, *Şart* (n 107) 54; Yıldırım, (n 108) 60; Dural ve Öz, (n 2) N. 724; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 614; Öztan, (n 4) 301; Ayan, *Miras* (n 5) 97-98.

¹¹³ Çabri, C: I, (n 7) N. 641.

¹¹⁴ Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 113; Ayan, *Miras* (n 5) 99.

aittir¹¹⁵. Koşulun gerçekleşmesinden sonra vasiyet edilen şeyin meydana getirdiği yarar ve hasar ise vasiyet alacaklısını ilgilendirir.

Bozucu koşula bağlı ölüme bağlı tasarrufta ise, tasarruf mirasbırakan ölünce derhal hüküm ve sonuç doğurur (*vasiyet edilen şeyi talep edebilme*, *TMK m. 600116*), fakat bozucu koşul gerçekleşince tasarruf artık hüküm ifade etmez (*TBK m.173*)¹¹⁷. Bozucu koşula bağlı belirli mal bırakmada ölüme bağlı tasarruf sonucunu normal şekil ve zamanda, mirasbırakanın ölümüyle birlikte doğuracağı için yarar ve hasar ana kurala göre *TMK m. 518/I* uyarınca mirasbırakanın ölümüyle vasiyet alacaklısına geçer¹¹⁸. Buna göre mirasın açılması anından bozucu koşulun gerçekleşmesine kadar geçen süre içerisinde vasiyet edilen şeyde meydana gelen yarar ve hasar vasiyet alacaklısına ait olur¹¹⁹. Dolayısıyla örneğin bir şirkete ait hisse senetlerinin vasiyet edilmesi durumunda mirasbırakanın ölümünden bozucu koşulun gerçekleşmesine kadar geçen süre zarfında şirketin üçüncü kişilere olan borcu sebebiyle iflas etmesi ve sonuç olarak tasfiye edilmesi halinde şirket hisselerinin vasiyet alacaklısına devri mümkün olmaz ve bu sonuca vasiyet alacaklısı katlanır.

Sonuç

TMK m. 518/I hükmünde, vasiyet edilen şeyde meydana gelen değişiklikler mirasın açılması anından önceki ve sonraki değişiklikler olarak ayrılmıştır. *TMK m. 518/I* uyarınca, vasiyet edilen şey mirasın açılması anındaki durumuyla vasiyet alacaklısına teslim edilir. Buna göre vasiyet alacaklısı vasiyet edilen şeyde mirasın açılması, yani mirasbırakanın ölümü anına kadar meydana gelen, teknik anlamda yarar ve hasar olarak nitelendirilmeyen, maddi ve hukuki değişikliklere katlanır veya onlardan yararlanır.

Mirasın açılması anından sonra, fakat vasiyetin teslim, tapu siciline tescil ve devir yoluyla ifasından önce vasiyet edilen şeyde meydana gelen değişiklikler ise “*yarar*” ve “*hasar*” olarak adlandırılmaktadır. *TMK m. 518/I*'de yarar ve hasarın mirasın açılması anında vasiyet alacaklısına geçişi öngörülmüş, fakat hükümde vasiyet alacağında yarar ve hasar kavramları açıklanmamış, yarar ve hasarın geçişinin sonucu açıkça düzenlenmemiştir.

TMK m. 518/I uyarınca, yarar ve hasar mirasbırakanın ölümü anında, vasiyetin ifasından önce vasiyet alacaklısına geçmektedir. Bu düzenlemenin vasiyet alacaklısı bakımından sonucu, henüz malik ve zilyet olmayan vasiyet alacaklısının vasiyet

¹¹⁵ Benzer bir örnek için bkz İmre ve Erman, (n 2) 141; Ayan, *Miras* (n 5) 99.

¹¹⁶ İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 617.

¹¹⁷ Sirmen, *Şart* (n 107) 54; Gürsoy, *Şart ve Mükellefiyetler* (n 108) § 4, s. 499; Yıldırım, (n 61) 60; Dural ve Öz, (n 2) N. 724; İnan, Ertaş ve Albaş, (n 2) § 17, N. 617; Ayan, *Miras* (n 5) 98-99.

¹¹⁸ Çabri, *C: I*, (n 7) N. 641.

¹¹⁹ Ayiter ve Kılıçoğlu, (n 2) 113; Ayan, *Miras* (n 5) 99.

edilen şeyin yararının kendisine ait olması; buna karşılık, henüz maliki ve zilyedi olmadığı vasiyet edilen şeyin yok olmasında veya herhangi bir sebeple kendisine tesliminin imkansızlaşmasına katlanmak zorunda olmasıdır.

Kanaatimizce bu kapsamda mirasbırakanın ölümü anında vasiyet edilen şeyden ayrılmamış veya onun sonradan meydana getirdiği ürünler yarar kavramı içerisinde değerlendirilmeli, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanların bu ürünleri toplamak ve vasiyet alacaklısına teslim etmekle yükümlü oldukları kabul edilmelidir.

Öte yandan TMK m. 518 hükmünün ifadesine bakıldığında parça vasiyetinde yarar ve hasarın geçişini düzenlediği görülmektedir. Doktrinde hükmün sınırlı çeşit vasiyetine de kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmekte, hükmün çeşit vasiyeti ve tedarik vasiyetine ise uygulanamayacağı kabul edilmektedir.

Parça vasiyetinde yarar ve hasar, TMK m. 518/I hükmündeki genel kurala uygun olarak mirasın açılması anında vasiyet alacaklısına geçer.

Sınırlı çeşit vasiyetinin TMK m. 518/I'deki genel kurala tabi olduğu ve böylece yarar ve hasarın geçişinin anılan kurala göre gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Bu itibarla sınırlı çeşit vasiyetinde yarar ve hasar mirasın açılması anından itibaren vasiyet alacaklısına ait olacaktır.

Hükümde açıkça düzenlenmemekle birlikte, kanaatimizce vasiyet edilen şey cinsiyle belirlenmişse yarar ve hasar vasiyet edilen şeyin vasiyet alacaklısına teslimi, tapu siciline tescili veya devirle geçer.

Tedarik vasiyetinde ise yarar ve hasarın geçışı bakımından vasiyetten çeşit veya parça borcu doğması arasında bir fark bulunmaz: vasiyet edilen malın tedarik edilip vasiyet alacaklısına teslimiyle birlikte yarar ve hasar vasiyet alacaklısına geçmiştir olur.

Son olarak, koşula bağlı vasiyette yarar ve hasar koşulun geciktirici veya bozucu olmasına göre farklılık gösterir. Geciktirici koşul varsa, yarar ve hasar, geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle vasiyet alacaklısına geçer. Bozucu koşula bağlı vasiyette ise, mirasın açılması anından bozucu koşulun gerçekleşmesine kadar geçen süre içerisinde vasiyet edilen şeyde meydana gelen yarar ve hasar vasiyet alacaklısına ait olur.

Yarar ve hasarın geçişine ilişkin açıklamalar mirasçılar açısından ele alındığında ise, TMK m. 518/II gereğince vekaletsiz işgören olarak kabul edilen vasiyeti yerine getirmekle yükümlü mirasçılar bir yandan vasiyet edilen şeyi korumak, idare etmek ve saklamak zorunda olup, her türlü kusurdan sorumluyken; diğer yandan teslimden önce vasiyet edilen şeyde meydana gelen yarardan faydalanamamaktadırlar. İlk bakışta mirasçıların vasiyet alacaklısı karşısında daha dezavantajlı bir konumda olduğu düşünülse de vasiyet edilen mala ilişkin mirasçıların sorumluluğu külli halefiyetin

bir uzantısıdır. Külli halefiyet sonucu nasıl ki terekeye dahil haklar mirasçılara aitse (TMK m. 599/II), bununla birlikte mirasçılar mirasçı sıfatına bağlı borçlara da katlanmalıdırlar. Kaldı ki, TMK m. 518/II gereğince mirasçılar mirasın açılmasından sonra bırakılan belirli mala yaptıkları ve halin icabından yapmaları haklı görülecek zaruri ve faydalı masrafları vekaletsiz işgören sıfatıyla talep edebileceklerdir. Ayrıca vasiyet edilen mala ilişkin koruma ve saklama yükümlülüğüne katlanmak istemeyen mirasçının mirası reddetme hakkı da bulunmaktadır (TMK m. 605 vd).

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Acar H, *Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi* (1. Bası, Kazancı Hukuk Yayınevi 2009).
- Akıntürk T, *Satım Akdinde Hasarın İntikali* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 212, Sevinç Matbaası 1966).
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (Beta Yayıncılık, 2018).
- Akkanat H, 'Gefahrtragung beim internationalen Versandungskauf nach UN-Kaufrecht' (2003) *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 35 (52) 269-281.
- Albaş H, 'Belirli Mal Bırakma Vasiyetinin Teslim Borcu (MK m. 518)' (2013) 8 (özel sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 131-150.
- Altay S, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi* (Vedat Kitapçılık 2008). (satım sözleşmesi)
- Altay S, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi' (2013) 2013 (1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 183-225. (CISG)
- Antalya OG ve Sağlam İ, *Miras Hukuku, C: III* (4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Arsebük E, *Borçlar Hukuku C: I* (3. Bası, Güney Matbaacılık 1950).
- Atamer Y, 'Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı: Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği' (2000) Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan 131- 167.
- Ayan M, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (10. Bası, Adalet Yayınevi 2020). (Eşya)
- Ayan M, *Miras Hukuku*, (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016). (Miras)
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (5. Bası, Adalet Yayınevi 2021).
- Ayiter N ve Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (2. Bası, Savaş Yayınları 1991).
- Baygın C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2005).

- Bayram A E, *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı* (Yetkin Yayınları 2017).
- Beck A, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts* (2. Auflage, Verlag Staempfli&Cie AG 1976).
- Belge AM, 'Vasiyete Konu Eşyanın Üçüncü Kişinin Mülkiyetinde Olması Durumunda Tedarik Vasiyetinin Yerine Getirilmesi' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 519-558, <<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/4682/Belge%2c%20Ayse%20Merve.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2022.
- Berki Ş, *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973). (Borçlar Özel)
- Berki Ş, *Miras Hukuku* (Sevinç Matbaası 1975). (Miras)
- Bilge N, *Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1971).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C: 1* (On İki Levha Yayıncılık 2018). (C: 1)
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), C: 2* (On İki Levha Yayıncılık 2020). (C: 2)
- Çavuşoğlu A, (1. Bası, Oniki Levha Yayınları 2020).
- Çetiner B, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi' (2009) 67 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 97-113, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9182/114973>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2021.
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, C: IV: Miras Hukuku* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2021).
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku, C:I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2021).
- Druvey JN, *Grundriss des Erbrechts* (5. Auflage, Verlag Staempfli & Cie AG 2002).
- Ercoşkun Şenol HK, *Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemler* (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin Yayınları 2020).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Bası, Yetkin Yayınları 2021). (Borçlar Özel)
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2020). (Mülkiyet)
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (2. Bası, Yetkin Yayınları 2020).
- Escher A ve Escher A, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB)* (3. Auflage, Schulthess&Co AG 1959).
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2019).
- Gençcan ÖU, *Miras Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2016).
- Gönensay S ve Birsen K, *Miras Hukuku* (2. Bası, Ahmed Said Matbaası 1963).
- Gümüüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (5. Bası, Filiz Kitabevi 2020).
- Gündoğdu F, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayıncılık 2014).
- Gürsoy KT, 'Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler' (1953) 10 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 458-541. (Şart ve Mükellefiyetler)
- Gürsoy KT, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti* (Yıldız Matbaası 1955). (Mal Vasiyeti)

- Gürsoy KT, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 1984).
- Haab R, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eigentum, Art. 641 bis 729* (Schultess Verlag 1977).
- Hansu E, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi* (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Hatemi H, *Eşya Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Hatemi H ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Bası, Filizkitabevi 2021).
- Hrubesch-Millauer S, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (eds), (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil und Besonderer Teil* (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2014).
- Huwiler B, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, Thomas Geiser ve Stephan Wolf (eds), (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (13. Bası, Der Yayınları 2017).
- İnan AN, Ertaş Ş ve Albaş H, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019).
- İşgüzar H, Demir M ve Yılmaz S, *Miras Hukuku* (Yetkin Yayınları 2019).
- Kılıçoğlu AM, *Miras Hukuku* (10. Bası, Turhan Kitabevi 2019).
- Kulaklı E, ‘Taşınmaz Satışında Hasarın Geçişi’ (Ocak 2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 113-133.
- Kurt LM, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (TBK m. 136) (Yetkin Yayınları 2016).
- Kocayusufoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz Kitabevi 1987).
- Kren Kostkiewicz J, *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (3. Auflage, Orell Füssli Verlag 2016).
- Meier-Hayoz A, *Berner Kommentar, Das Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB*, (5. Auflage, Verlag Staempfli&Cie AG 1981).
- Müller C, *Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht* (Staempfli Verlag 2018).
- Nomer HN ve Engin Bİ, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt- I: Satış Sözleşmesi* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Oğuzman MK, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitabevi 1995).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (22. Bası, Filiz Kitabevi 2020).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Oruç M, *Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015).
- Öz T, TBK m. 136 in Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve H. Murat Develioğlu (eds), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt: 1 Genel Hükümler* (Vedat Kitapçılık 2018).
- Özbay ÜV, *Roma Hukukunda Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (Yetkin Yayınları 2020).
- Özdemir H, ‘Satış Sözleşmesinde Hasar ve Yararın İntikali’ Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan (Legal Yayıncılık 2012) 355-376.

- Öztan B, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)* (10. Bası, Yetkin Yayınları 2019).
- Rey H, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum* (3. Auflage, Staempfli Verlag AG 2007).
- Schönle H, *Zürcher Kommentar, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* (3. Auflage, Schulthess Verlag 1993).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Staempfli Verlag 2016).
- Serozan R, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma* (Fakülteler Matbaası 1979).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (6. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (4. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2020). (Eşya)
- Sirmen AL, *Türk Özel Hukukunda Şart*, (Ayyıldız Matbaası, 1992). (Şart)
- Studhalter P, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar* (3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2016).
- Şener E, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)* (Seçkin Kitabevi 1988).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: I/1* (4. Bası, Olgaç Matbaası 1985).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt: I* (5. Bası, Filiz Kitabevi 1989). (Eşya)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H, Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993). (Borçlar)
- Tuor P ve Piconi V, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB* (Verlag Stämpfli & Cie 1973).
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J ve Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, (14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2015).
- Vardar Hamamcioğlu G, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha Yayıncılık 2014).
- Von Tuhr A ve Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, (3. Auflage, Schultess Polygraphischer Verlag AG 1984).
- Weimar P, *Berner Kommentar (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht), Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter (eds), (Stämpfli Verlag AG 2009).
- Wolf S ve Genna GS, *Schweizerisches Privatrecht, Band: IV/1: Erbrecht* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2012).
- Yavuz C, Faruk A ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (17. Bası, Beta Yayıncılık 2021).
- Yetiş-Şamlı K, 'Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali' (2007) 65 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 303-349.

Yıldırım A, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler* (Turhan Kitabevi 2004).

Yüksel SR, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Geçişi* (Legal Yayıncılık 2020).

Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (20 Bası, Vedat Kitapçılık 2020).

Wolf S ve Hrubesch-Millauer S, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts* (Stämpfli Verlag 2017).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 14.03.2022
İlk revizyon: 22.04.2022
Son revizyon: 22.07.2022
Kabul: 27.12.2022

İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları

Aslı Çalışkan Yıldırım * , Ömer Uğur ** 

Öz

İnternet kullanımının yaygınlaşması ile işçilerin sosyal medya kullanımlarının işverenin fesih hakkına etkisi daha fazla gündeme gelmektedir. Nitekim fesih hakkının varlığı ve fesih türünün belirlenmesi bazı hallerde oldukça güçtür. Bu nedenle ilgili yargı kararlarına da yer verilerek, bir fesih sebebi olarak işçilerin sosyal medya kullanımları incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda öncelikle sosyal medya kavramı, tanım ve kullanım şekilleri bakımından incelenmiştir. İkinci olarak, işverenin işçinin sosyal medya kullanımlarına ilişkin düzenleme yetkisinin kullanım şekilleri ve sınırlarına yer verilmiştir. Üçüncü ve son kısımda ise işçinin sosyal medya kullanımları işverenin fesih hakkı bakımından ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir. Bu başlık altında işverenin fesih hakkına etkisi olduğu düşünülen ve değerlendirme aşamasında dikkate alınması gereken çeşitli unsurlar irdelenmiştir. Ayrıca işverenin işçinin sosyal medya kullanımlarına erişiminin hukuka uygunluğu tartışılmıştır

Anahtar Kelimeler

Sosyal Medya, İşveren Tarafından Fesih, İşverenin Yönetim Hakkı, İfade Özgürlüğü, İşçinin Sadakat Borcu

Employee's Use of Social Media as a Reason for Termination by Employer

Abstract

With the widespread use of the Internet, the effect of workers using social media on the employer's right to terminate has become more and more controversial. As a matter of fact, in some cases, it is quite difficult to determine the existence of the right of termination and the type of termination. For this reason, this study is an attempt to examine the issue of the employees' use of social media as a reason for termination by the employer by taking relevant judicial decisions into account. In our study, the concept of social media was first examined in terms of its definition and usage types. After that, the employer's authority to regulate the employee's use of social media and its limits has been reviewed. Finally, the employee's use of social media has been evaluated in detail. In this context, this is an examination into various factors that may affect the employer's right to terminate and what should be taken into account during the termination process. Moreover, the legitimacy of the employers' access to employees' social media use has been discussed.

Keywords

Social Media, Termination by Employer, Employer's Right to Manage, Freedom of Expression, Employee's Duty of Loyalty

* **Sorumlu Yazar:** Aslı Çalışkan Yıldırım (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: asli.caliskan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9597-7305

** Ömer Uğur (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: omer.ugur@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0001-7481-112X

Atıf: Çalışkan Yıldırım A, Uğur O, "İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1169. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0004>



Extended Summary

The use of social media has become widespread all over the world, especially with access to the Internet being provided through mobile devices. Likewise, employees also use social media widely, both during and outside the working hours. In our study, it has been examined whether workers using social media during working hours or in a particular type of way constitute a reason for termination for the employer, and if so, which type of termination may apply.

The increase in the use of social media by workers has led employers to take various measures. Indeed, the use of social media platforms in the workplace may cause employees to disrupt their duties. Moreover, workers losing focus due to the use of social media platforms can cause dangerous situations in terms of occupational health and safety. In addition, employees using social media (shares, comments, likes, and direct messages etc.) can sometimes put the employer in a difficult position in front of the public, damage the employer's reputation, and even cause business secrets to be disclosed.

It is possible for employers to limit the use of social media in the workplace in various ways. These regulations may be directly related to the use of the Internet in the workplace or may be in the form of restrictions on certain social media platforms. Furthermore, the employer can make regulations on how social media will be used. For example, it may be prohibited to share images of the whole or part of the workplace, or images of the workers in their workplace clothes. It is also possible for employers to explicitly permit the private use of the Internet at work. If the employer has not made any regulations regarding the use of the Internet for private purposes, as a rule, it can be accepted that the employee cannot use the Internet for private purposes at the workplace and during working hours.

In practice, it can be seen that employers want to limit the employees' use of social media, even outside the workplace. Employers are especially sensitive about the content of the posts made by the employees on social media platforms. As seen in some of the Turkish Supreme Court decisions, many employers claim that they suffer losses because of employees' posts or the posts by others that the employees liked or reposted, even if these took place outside of the working hours.

Employers do not have unlimited authority when making arrangements regarding the use of social media by employees. In particular, certain rights and freedoms of employees will be taken into account in determining the limits of the employer's regulatory authority. In accordance with the relevant provisions of the Turkish Constitution, everyone has: (i) *"the right to protect and develop his/her spiritual existence;"* (ii) *"the right to demand respect for his/her private life;"* (iii) *"the freedom of communication;"* and (iv) *"the right to express and disseminate his/her*

thoughts and opinions by speech, in writing or in pictures or through other media, individually or collectively.”

While these freedoms are constitutionally guaranteed, they are not absolute. For example, the employee’s freedom of expression does not allow him/her to make statements about the employer or other employees that would harm their honor and dignity. Likewise, the employees are obliged to consider the legitimate interests of the employer, to keep business secrets, and not to compete with the employer during the continuation of the employment relationship, in accordance with their duty of loyalty. In determining whether the fundamental rights and freedoms of the employee have been violated, the obligations of the employees arising from the employment contract should also be taken into account. Within this framework, a fair balance should be found between, for example, the freedom of expression of the employee and the protection of the honor and reputation of the employer.

The important points to be taken into consideration while evaluating the termination of the employment contract also examined in the study include: whether the employee’s use of social media (i.e., browsing, sharing, liking, commenting, and sending messages) violates the employer’s legitimate interests, the severity of the negative impact of the social media use on the employment relationship, and whether the continuation of the employment relationship can be expected. In this regard, (i) the social network used by the employee, (ii) the audience reached through the social network, (iii) the content of the social media use, (iv) use of information about the employer or the workplace, (v) the position of the employee in the workplace, and (vi) the effects of social media use on the employment relationship should be taken into consideration while evaluating the termination.

In the last part of the study, in light of the above-mentioned issues, termination of an employment contract because of the employee’s use of social media are examined, considering the employee’s violation of the duty of work, obedience, and loyalty.

İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları

Giriş

İnternete erişimin bilgisayarların yanı sıra cep telefonları ve tabletler gibi mobil cihazlar aracılığıyla sağlanması ile birlikte bir iletişim aracı olarak sosyal ağların kullanımı tüm dünya genelinde yaygınlaşmıştır. Keza yapılan bir araştırmaya göre, 2021 yılında dünya nüfusunun (7.83 milyar) %53.6'sı (4.20 milyar) aktif olarak sosyal medya kullanmaktadır¹. Fakat bu konudaki yenilik ve gelişmeler neticesinde, iletişim kurma biçimlerinin değişmesi ve sosyal ağların kullanımının artması çeşitli hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların yaşandığı alanlardan biri de iş hukukudur. Nitekim işçilerin söz ve davranışları nedeniyle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi durumu yeni değildir. Ancak özellikle son zamanlarda işçilerin sosyal ağlardaki (Facebook, Instagram, Twitter, Whatsapp gibi) paylaşımları nedeniyle yaşanan hukuki uyuşmazlıkların sayısı artmıştır. Yapılan paylaşımların içeriği, ulaşabildikleri kitle, paylaşımların toplumda yarattığı etki ve işverenlerin işçilerin sosyal medya kullanımlarına sınırlama getirme isteği gibi hususlar durumu daha karmaşık bir hale getirmiştir. Bu konuda çok sayıda yargı kararı ve öğretici görüşü bulunmaktadır. Çalışmamızda bu karar ve görüşler ışığında, bir fesih sebebi olarak işçilerin sosyal medya kullanımları değerlendirilmiştir.

I. Sosyal Medya Kavramı

“Sosyal” kelimesi toplum bilimi, toplumsal; “medya” kelimesi, iletişim ortamı, iletişim araçları anlamına gelmektedir². Sosyal medya ise, kullanıcılarının belirli bilgiler girerek oluşturduğu profil üzerinden, içerik hazırlamasına, paylaşmasına, indirmesine imkân sağlayan, bazı hallerde kullanıcı olarak bir hesaba sahip olunmasa da içeriklerin görüntülenmesine imkân veren web siteleri ve uygulamalar için kullanılan bir terimdir³. Günümüzde en yaygın kullanılan sosyal medya platformlarından bazıları Facebook, WhatsApp, Twitter, Instagram ve Youtube'dur⁴. Sosyal ağlar, sayı ve içerik olarak çeşitlendikçe, gizlilik ve kullanım ayarlarında da değişiklikler görülmektedir.

¹ Bu sayı 2020 yılına göre %13.2 oranında (+490 milyon kişi) artmıştır. Bkz We Are Social & Hootsuite, 'Digital 2021 - Global Overview Report' (2021) < <https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-uk/> > Erişim Tarihi 6 Şubat 2022.

² TDK, Güncel Türkçe Sözlük < <https://sozluk.gov.tr/> > Erişim Tarihi 10 Şubat 2022.

³ Fatma Zehra Yıldız ve Derya Gül Öztürk, 'Bir İşten Çıkarma Sebebi Olarak Sosyal Medya: Örnek Olay Çalışması' (2020) 11(27) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, 555, 558; Murray Brown ve Chris Dent, 'Privacy concerns over employer access to employee social media. Monash University Law Review' (2017) 43(3) 796, 796-797. Sosyal medya tanımları için ayrıca bkz Thomas Aichner ve diğerleri, 'Twenty-Five Years of Social Media: A Review of Social Media Applications and Definitions from 1994 to 2019' (2021) 21(4) Cyberpsychology, Behavior, And Social Networking 215, 215-223. Sosyal medya kavramı hakkında ayrıca bkz Elif Bilen, Sosyal Medya Kullanımının İş Hukuku Bakımından Etkileri ve Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019) 18 vd.

⁴ Bkz We Are Social & Hootsuite (n 1) 8.

Sosyal medya, farklı şekillerde kullanılabilir. Twitter bir görüş açıklama platformu olarak öne çıkarken, Instagram daha ziyade görsel öğelerin paylaşıldığı bir platformdur. WhatsApp, Bip ve benzeri platformlarda ise kişiler birebir ya da oluşturulan gruplar üzerinden iletişim kurmaktadır. Hatta günümüzde bu uygulamalar SMS'in yerini almış ve sesli aramalarda dahi şebeke aramaları yerine tercih edilir hale gelmiştir. Youtube ise sayılan platformlar arasında video paylaşım platformu olarak öne çıkmaktadır.

Sosyal medyayı kullanım şekilleri, sosyal ağın sunduğu kullanım şartları ve gizlilik ayarlarına göre farklılık göstermektedir. Facebook, Instagram, Twitter ve benzeri uygulamalar fotoğraf, video veya yazıların “gönderi” şeklinde paylaşılmasına izin vermektedir. Sosyal medya kullanımı yalnız içerik oluşturmaktan ibaret değildir. Oluşturulan içerikler için diğer kullanıcıların “beğen” butonuna tıklaması, “yorum” yapması, “paylaş” butonu ile kendi takipçileriyle paylaşması veya ilgili içeriği belirli bir kişi ya da kişilere özel olarak iletmesi mümkündür. Bu yönüyle bir içeriğin beğenilmesi ya da yeniden paylaşılması söz konusu içeriğin daha geniş kitlelere ulaşmasını sağlayabilir.

Kullanılan sosyal ağa göre değişmekle birlikte, bazı uygulamalarda, paylaşılan gönderide kişiler “etiketlenebilir” yani söz konusu paylaşım belirli bir kişiyle veya belirli bir profil ile ilişkilendirilebilir. Böylece üçüncü kişiler, ilgili işarete tıklayarak gönderide etiketlenen kişilerin profillerine ulaşabilirler. Diğer bir kullanım biçimi olarak, özellikle Instagram ve Twitter gibi uygulamalarda “hashtag” adı altında “#” işareti ile paylaşılan gönderiler başlıklandırılabilir, daha kolay bulunmaları sağlanabilir ve somut olaya göre bir görüşü desteklemek anlamına gelebilir. Bu anlamda ilgili terimin önüne “#” konulması yeterlidir. Sosyal medya kullanımlarında yer alan diğer bir unsur ise “emoji” olarak adlandırılan, duygu durumlarını yansıtan yüz ifadeleridir. Bu ifadeler aracılığı ile de eleştirel açıklamalar yapılması mümkündür ve nesnel olarak makul bir alıcının ilgili ifadeyi nasıl anlayabileceği dikkate alınmalıdır⁵.

Sadece içerik oluşturmanın değil, bu içeriği beğenme, yeniden paylaşma, içeriğe yorum yapma belirli bir kişi veya kişilerin olduğu bir gruba “özel mesaj” atma gibi sosyal medya kullanımlarının da sonuçlarının incelenmesi gerekir. Bu noktada ilgili sosyal medya platformlarının gizlilik ayarları da önem arz etmektedir. İçerik sahibi, platformun imkân tanıdığı ölçüde paylaştığı içeriğe ilişkin birtakım kısıtlamalar koyabilir. İlgili paylaşımın sadece belirli kişiler ya da kendisini takip eden kişilerin tamamı tarafından görülebilmesini sağlayan ayarlar mümkündür. Bununla birlikte içerik sahibi herhangi bir kısıtlama olmaksızın ilgili içeriğin herkes tarafından erişilebilir olmasına da izin verebilir. Elbette bu tercihler, özellikle çalışma konumuz bakımından farklı sonuçlar doğmasına yol açabilecek niteliktedir.

⁵ Jens Gunther, Fabian Lenz ve Gleiss Lutz, ‘Liken, Posten, Teilen – Kündigungsrechtliche Einordnung Social Media-spezifischer Ausdrucksformen’ (2020) 16 ArbAktuell 405, 407.

II. İşçinin Sosyal Medya Kullanımları Bakımından İşverenin Düzenleme Yetkisi

A. İşverenin Düzenleme Yetkisinin Kaynakları

Mobil cihazların yaygınlaşması ve buna bağlı olarak internete erişimin kolaylaşması, işyerinde internet üzerinden sosyal medya platformlarına erişim sağlayarak bu mecralarda zaman geçiren işçi sayısını da arttırmıştır. İşçilerdeki bu eğilim, işverenleri çeşitli tedbirler almaya yöneltmektedir. Öyle ki işyerinde sosyal medya platformlarının kullanımı işçilerin görevlerini aksatmalarına neden olabilir ve iş sağlığı ve güvenliği açısından da tehlikeli durumlara sebebiyet verebilir. İşyerinden yapılan sosyal medya paylaşımları zaman zaman işvereni kamuoyu önünde zor duruma düşürebilir, itibarını zedeleyebilir, hatta iş sirlarının ifşa olmasına neden olabilir. Sosyal medyanın işyerinde kullanımı kadar işyeri dışında kullanımı da iş ilişkisini etkileyebilir. Zira çalışma saatleri dışındaki sosyal medya kullanımı, işçinin iş görme borcunu ifa etmesine engel teşkil etmeyecekse de işçinin sosyal medya hesabından paylaştığı bir yazı veya görsel işverenin maddi veya manevi bir zararına yol açabilir.

Uygulamada işverenler söz konusu tehlikeleri gözeterek işçilerin özellikle işyerindeki sosyal medya kullanımlarına müdahale etme yoluna gidebilmektedir. Bu müdahale toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ile iş sözleşmesinin eki niteliğindeki benzeri kaynaklarda yer alan hükümlerle gerçekleştirilebilir.

İşveren yönetim hakkı kapsamında tek taraflı olarak da düzenleme yapabilir⁶. İş hukukunun kaynakları göz önüne alındığında Anayasa, kanun ve yönetmelik gibi resmi kaynaklar ile toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve personel yönetmeliği gibi özel kaynaklar işverenin yönetim hakkının üstünde yer aldığından söz konusu kaynaklarda düzenlenmiş olan hususlar yönetim hakkının uygulama alanı dışında kalır⁷. TBK m.399 uyarınca⁸, yönetim hakkı, iş sözleşmesinde yapılması öngörülen işi somutlaştırmak veya işyerindeki çalışma yöntemlerine ve düzene ilişkin kurallar konulması amacıyla kullanılabilir⁹. Bu bağlamda işverenler tüm işçileri ya da belirli bir grup işçiyi bağlayan genel talimatların yanı sıra doğrudan bir veya birden fazla işçiye yönelik özel talimatlar da verebilir.

⁶ Nuri Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri* (34. Baskı, Beta 2021) 284-285; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Dersleri, Cilt 1* (5. Baskı, Lykeion 2021) 20; Öner Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku* (10. Baskı, Beta 2020) 24; Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru* (Seçkin 2016) 159. Bununla birlikte *Süzek* işin yürütümüne ilişkin verilen talimatların karşılığının işçinin iş görme borcu; işçilerin davranışlarına yönelik verilen talimatların ise işçinin emir ve talimatlara uyma borcunun karşılığı olduğunu ifade etmektedir Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta 2021) 86-87.

⁷ Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 88; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, 'İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük Kuralının İşlevi Üzerine' (2014) 20(1) MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 45; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2014) 93; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 131; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2021) 47; E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (11. Baskı, Gazi 2020) 19; Doğan (n 6) 160.

⁸ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

⁹ Çelik ve diğerleri (n 6) 286.

İşverenin vereceği her talimatın geçerli olacağını kabul etmek mümkün değildir. TBK m.399 hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere işçiler bu talimatlara “*dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde*” uymak zorundadır. Buna göre işverenin dürüstlük kuralına aykırı talimatları işçi bakımından bağlayıcı olmayacaktır. Aynı şekilde işverenin vermiş olduğu talimatların eşit işlem borcuna aykırılık da teşkil etmemesi gerekir¹⁰. Ayrıca TBK m. 27’de yer alan ve “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan*” sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu düzenleyen genel sınırlama işverenin yönetim hakkı bakımından da uygulanır¹¹. Bu çerçevede içerisinde kalmak kaydıyla, işveren, işçilerin sosyal medya kullanımlarına ilişkin sınırlamalar getirebilir¹².

B. İşverenin Düzenleme Yetkisinin Kullanım Şekilleri

1. İşçilerin İşyerindeki Sosyal Medya Kullanımları Bakımından

Günümüzde birçok işyerinde işin görülmesi amacıyla işçilere bilgisayar tahsis edilmekte ve internete erişim sağlanmaktadır. İnternete erişim, doğrudan veya dolaylı olarak işle bağlantılı veya özel amaçlı olabilir. İşyerinde internet kullanımı, e-postaların okunması, cevaplanması, işle ilgili araştırma yapılması, müşterilerle, çalışanlarla, iş ortaklarıyla vs. iletişim kurulması gibi doğrudan işle ilgili olabilir. Fazla mesai yapan çalışanın eve geç gideceğini eşine e-posta atarak bildirmesi ya da yeni yılda kurumsal e-posta adresi kullanılarak müşterilere tebrik mailleri atılması gibi eylemlerin de dolaylı biçimde işle ilgili olduğu kabul edilmektedir¹³. İşle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olmayan kullanımlar ise özel amaçla kullanım niteliğindedir¹⁴. Öğretideki bir tanıma göre özel amaçlı kullanım, doğrudan veya dolaylı olarak yapılan işle ilgili olmayan, kişisel ve özel konulara ilişkin medya aracılığı ile yapılan her türlü iletişimi ifade etmektedir¹⁵. Kural olarak işçilerin sosyal medya kullanımları da internetin özel amaçla kullanımı kapsamındadır. Bu durumun istisnaları gündeme gelebilir. Örneğin işveren şirket adına bir hesap oluşturulması, bu hesap aracılığıyla tanıtım ve reklam faaliyetleri yürütülmesi, duyurular yapılması gibi hallerde sosyal medyanın işle ilgili olarak kullanıldığı kabul edilir.

¹⁰ Çelik ve diğerleri (n 6) 285; Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 89.

¹¹ Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 89; Güzel ve Ugan Çatalkaya (n 7) 45; Çelik ve diğerleri (n 6) 285; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 93; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 131; Doğan (n 6) 160, 185.

¹² Sezgi Öktem Songu, ‘İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme’ iç Stüleyman Başterzi (ed), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. I* (Beta 2011) 1072; Çelik ve diğerleri (n 6) 284; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 91.

¹³ Zeki Okur, ‘İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişikisine Etkisi’ (2005) 8(2) Kamu-İş 47, 51; Claudia Krauss, ‘Internetnutzung am Arbeitsplatz’ (2004) 14 JurPC Web-Dok. <<https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20040014>> Erişim Tarihi 11 Şubat 2022; Öktem Songu (n 12) 1060.

¹⁴ Bu konuda bkz Okur, ‘Özel Amaçlı Kullanım’ (n 13) 50-51; Stefan Kramer, ‘Internetnutzung als Kündigungsggrund’ (2004) (9) NZA 457, 458; Öktem Songu (n 12) 1060.

¹⁵ Johanna Gunnaugsdottir, ‘Employee Use of Social Media for Private Affairs During Working Hours’ (2016) 5(3) The Journal of Social Media in Society 121, 122.

Hukukumuzda işyerinde özel amaçla internet kullanımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla işverenin internetin özel amaçla kullanımını tamamen veya kısmen yasaklaması mümkündür.

İlk ihtimal, işverenin işçilerin işyerindeki sosyal medya kullanımlarını açıkça yasaklamasıdır. Bu yasaklama teknik araçlar kullanılarak, işyerindeki internet ağı üzerinden Facebook, Youtube gibi sitelere, erişimin tamamen engellenmesi şeklinde yapılabilir. Ancak işçilerin sosyal medya kullanımlarının tamamen sınırlanması tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre, işyerindeki internet üzerinde mülkiyet hakkı bulunan işveren kural olarak, işçilerin sosyal medya kullanımlarını tamamen yasaklayabilir¹⁶. Aynı görüşe göre bu yasak ara dinlenme sürelerini de kapsayabilir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise işyerindeki internetin özel amaçlı kullanımının tamamen yasaklanması, işçinin kişiliğinin ve özel hayatının korunması, haberleşme hürriyeti, manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bakımından aşırı bir uygulamadır¹⁷. İşçi iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesi, işyerinde olumsuzluklara yol açmaması ve makul sınırlar içerisinde kalması kaydıyla, işyerindeki interneti özel amaçlı olarak kullanabilmelidir.

İşveren tarafından yasak getirilmesi halinde, bu yasağın işçilere açık ve anlaşılır bir biçimde bildirilmiş olması gerekir¹⁸. Anayasa Mahkemesi işverenler tarafından getirilen sınırlamaların işçilerin temel haklarının özünü zedeleyici nitelikte olmaması ve bu hususta işçilerin bilgilendirilmesi gerektiğini, gerekli bilgilendirme ve uyarıların yapılmaması halinde, işçilerin, temel hak ve özgürlüklerine keyfi bir müdahalede bulunulmayacağı konusunda makul bir beklenti içerisinde olacaklarını ifade etmektedir¹⁹. İşverenin keyfi ve sınırsız bir biçimde, işçilerin özel hayatına ve haberleşme hürriyetine müdahale etmesi mümkün değildir. Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklere, kanunlara, uluslararası sözleşmelere aykırı olmamak kaydıyla, özellikle iş saatleri içerisindeki belirli hakların kısıtlanması ise makul görülebilir. Bu çerçevede, işçi, işveren bakımından ek bir külfet getirmese veya işçinin çalışma verimini olumsuz yönde etkilemese dahi dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde işverenin talimatlarına uymakla yükümlüdür²⁰. Ancak acil durumlarda, bu yasağın ihlal edilebileceği kabul edilebilir²¹.

¹⁶ Öktem Songu (n 12) 1060; Nağme N. Hozar 'Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkinine Etkisi' (2007) 2(7) Sicil İş Hukuku Dergisi 199, 203.

¹⁷ Erdem Özdemir, 'İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkinine Etkileri Üzerine' (2008) 10 Sicil Dergisi 13, 19; İlke Gürsel, 'Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri' (2016) 13(50) İSGHD 763, 834; Seracettin Gökaş, 'Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu' (2021) 38 (2) Anayasa Yargısı 1, 34; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, 'The Effects of Utilization of Social Media by Workers on Labor Law' (2018) 7 (1) PressAcademia Procedia 372, 373; Selen Uncular, 'Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme' (2020) 3 Çalışma ve Toplum 1673, 1684.

¹⁸ Gökaş (n 17) 34; Öktem Songu (n 12) 1075; Hozar (n 16) 203; Uncular (n 17) 1685.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, 2013/4825, 24.3.2016, RG 10.05.2016, No 29708.

²⁰ Okur, 'Özel Amaçlı Kullanım' (n 13) 58; Hozar (n 16) 203; Kramer (n 14) 459.

²¹ Yargıtay 9 HD, 27583/5294, 17.03.2008 (Lexpera); Okur, 'Özel Amaçlı Kullanım' (n 13) 55.

İkinci ihtimalde, işveren işçilerin işyerindeki sosyal medya kullanımlarını tamamen yasaklamak yerine işyerindeki internetin özel amaçlı kullanımını zaman, yer ve içerik bakımından sınırlayabilir²². İşveren azami kullanım süresi öngörebilir, dinlenme odasında özel amaçlı kullanım için bilgisayar tahsis edebilir, ziyaret edilebilecek siteleri, sosyal ağları sınırlayabilir, işyerinin tümüne veya bir bölümüne ait görsellerin, işverenin ismi veya logosunun bulunduğu görüntülerin paylaşılmasını yasaklayabilir²³.

İşveren, kural olarak işçinin kendi interneti ve özel cep telefonu kullanımına ilişkin sınırlamalar getiremez. İşyerinde özel cep telefonu kullanımını tamamen kısıtlayan ve iletişim olanağını ortadan kaldıran talimatlar işçilerin temel hak ve özgürlüklerine ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder²⁴. Bu nedenle, işçinin ara dinlenmesinde ve hatta işini görme borcunu gereği gibi ifa etmesi ve makul sınırlar içerisinde kalması kaydıyla iş saatleri içerisinde, özel cep telefonu kullanılmasına imkân tanınmalıdır.

İşveren işçilerin sosyal medya kullanmalarına açık veya örtülü olarak izin vermiş olabilir. Ancak bu durum, işyerinde internetin özel amaçla kullanımının sınırsız şekilde yapılabileceği anlamına gelmez. İşveren sosyal medya kullanımına izin vermiş olsa dahi, işçinin daha az verimle çalışmasına ve işini aksatmasına yol açan, çalışma düzenini bozan davranışlardan kaçınması gerekir²⁵.

Diğer bir ihtimal, işverenin işyerinde özel amaçla internet kullanımı bakımından herhangi bir düzenleme yapmamış olmasıdır. Kural olarak, işçinin işyerindeki interneti işle ilgili olarak kullanması esastır²⁶. Bir görüşe göre, işçi ancak acil bir durum varsa interneti özel amaçla kullanabilir²⁷. Mesai saatleri içerisinde halledilmesi gereken resmi bir dairedeki işini internet üzerinden halletmesi, çocuğunun kazaya uğraması durumunda e-mail yoluyla haberleşmesi gibi hallerde acil bir durumun varlığı kabul edilebilir. Bu

²² Okur, 'Özel Amaçlı Kullanım' (n 13) 56; Kramer (n 14) 458-459; Öktem Songu (n 12) 1061. Capital dergisinin 2001 yılında yaptığı bir ankete göre Ericsson, Fiat, Volkswagen gibi şirketler işyerinde özel amaçlı internet kullanımına izin vermekte, BMW, Deutsche Telekom gibi şirketler ise özel amaçlı kullanımları tolere etmektedir. Bkz Michael Rath ve Sophia Karner, 'Private Internetnutzung am Arbeitsplatz – rechtliche Zulässigkeit und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers' (2007) 9, <https://www.luther-lawfirm.com/uploads/tx_fwluther/2007_Private_Internetnutzung_01.pdf> Erişim Tarihi 12 Şubat 2022. İşverenin işçinin rızasını alarak yapacağı, işçilerin sosyal medya kullanımlarına ilişkin genel düzenlemelerin içeriğinin ne olabileceği hakkında bkz Michael Fuhlrott ve Sönke Oltmanns, 'Social Media im Arbeitsverhältnis – Der schmale Grat zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung' (2016) (13) NZA 791. Sosyal medya yönetmelerinin yasal dayanağı ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Isabell Conrad ve Peter Huppertz, 'Rechtsgrundlagen und wichtige Inhalte von Social Media-Richtlinien' in Astrid Auer-Reinsdorff ve Isabell Conrad (eds), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht* (2. Baskı C.H. Beck 2019) <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FAuerReinsdorffConradHdbITDSR_3%2Fconnt%2FAuerReinsdorffConradHdbITDSR%2Eglssect37%2EgLVIII%2EgI3%2EgIc%2Ehtm> Erişim Tarihi 17 Şubat 2022.

²³ Bu konuda bkz Okur, 'Özel Amaçlı Kullanım' (n 13) 59-63; Hozar (n 16) 203.

²⁴ Doğan (n 6) 188; Deniz Uğan Çatalkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Beta 2019) 353.

²⁵ Öktem Songu (n 12) 1061; Göktaş (n 17) 34.

²⁶ Okur, 'Özel Amaçlı Kullanım' (n 23) 53; Özdemir (n 17) 18; Ali Cengiz Köseoğlu, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi* (Beta 2011) 233.

²⁷ Bkz Okur, 'Özel Amaçlı Kullanım' (n 13) 53-54.

durumda, işverenin örtülü rızası bulunduğu da savunulabilir²⁸. Yargıtay işverenin açık veya örtülü bir rızası bulunmadıkça, acil bir durum veya işe ilişkin herhangi bir sebep de yoksa, işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanılmasının yasak olduğu görüşündedir²⁹.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise işveren özel amaçlı internet kullanımına herhangi bir yasaklama getirmemişse acil durumların dışında da, işçi bazı koşullara uyarak işyerinde interneti özel amaçlarla kullanabilmelidir. Bu koşullar işverene ek maliyet getirmeme, makul ve kabul edilebilir sınırlar içerisinde olma, iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi ve işyerinde olumsuzluklara yol açmama şeklinde sayılabilir³⁰. Sabah işe gelen işçinin kısa süreli olarak haberlere göz atması, sosyal medya hesabına gelen bir mesaja cevap vermesi gibi işi aksatmayan ve makul sınırlar içerisinde yer alan kullanımların hukuka aykırı olmadığı kabul edilmelidir. Bu anlamda, bu tür kısa süreli ve işi aksatmayan kullanımlar bakımından, işverenin örtülü rızası bulunduğu da ileri sürülebilir. Keza Köln Eyalet Mahkemesi, işyerinde internetin özel amaçla kullanımının açıkça yasaklanmadığı bir durumda, makul ve kabul edilebilir sınırlar içerisinde kalınması şartıyla, işverenin bu tür eylemlere rıza gösterdiğinin kabulü gerektiği sonucuna varmıştır³¹.

2. İşçilerin İşyeri Dışındaki Sosyal Medya Kullanımları Bakımından

Uygulamada işçilerin işyeri dışındaki sosyal medya kullanımlarının işverenler tarafından “Davranış Kuralları”, “Etik Kod” ve benzeri isimlerle verilen yazılı talimatlarla belirli ölçülerde sınırlanmak istendiği görülebilmektedir³². Buna göre, işverenin itibarına zarar veren, tehdit, hakaret veya gerçeğe aykırı isnatlar içeren gönderilerden kaçınılması, ticari sırların korunması, müşteriler hakkında açıklama yapılırken özel olarak dikkat gösterilmesine ilişkin talimatlar içeren yönergeler düzenlenebilmektedir³³. Zira Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere, birçok işveren, işçilerin çalışma saatleri dışında da olsa, yaptıkları paylaşımlar veya beğendikleri yahut yeniden paylaştıkları başkalarına ait içerikler nedeniyle zarar gördüklerini veya görebileceklerini ileri sürmektedir³⁴.

²⁸ İşverenin örtülü rızasının bulunduğu kabulü için, işverenin işçinin özel amaçlı internet kullanımından haberdar olması ve buna uzunca bir süre katlanmış olması gerektiği, bu sürenin 6-12 ay arasında bir süre olarak düşünülebileceği yönünde bkz Okur, ‘Özel Amaçlı Kullanım’ (n 13) 56. Yargıtay “işyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın fark edilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza, işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir.” kanaatindedir. Bkz Yargıtay 9 HD, 27583/5294, 17.03.2008 (Lexpera).

²⁹ Yargıtay 9. HD, 27583/5294, 17.03.2008(Lexpera).

³⁰ Özdemir (n 17) 19; Kramer (n 14) 459; Jochen Kreitner, ‘Individualarbeitsrecht’ in Wolfdieter Küttner ve Jürgen Rölller (eds) *Personalbuch* (28. Baskı, C.H. Beck 2021) [6]. <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fflex%2FKuettnerHdb_28%2Fcont%2FKuettnerHdb%2EInternet_Telefonnutzung%2Egla%2Egll%2Ehtm> Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. Aynı yönde bkz LAG Köln, 4 Sa 1018/04, 11.02.2005 (Juris).

³¹ LAG Köln, 4 Sa 1018/04, 11.2.2005 (Juris).

³² Erhan Birben, ‘İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi’ iç Prof. Dr. Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar-II* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 141.

³³ Conrad ve Huppertz (n 22) [368].

³⁴ Bkz Yargıtay 9 HD, 1405/14318, 26.06.2019 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 10576/7110, 24.04.2017 (Legalbank).

İşverenin düzenleme yapma ihtiyacı, işçinin işyeri dışındaki söz ve davranışlarının, işverenin itibarını zedelemesi, işverenin meşru menfaatlerine zarar vermesi ya da işyerindeki düzeni ve iş akışını olumsuz olarak etkilemesi gibi hallerde gündeme gelebilir³⁵. Öğretideki bir görüşe göre, işçinin özel hayatının iş ilişkisine doğrudan ve olumsuz etkilerinin olacağı durumlarda, işçinin rızası alınarak kişilik haklarını, özel yaşam alanını ve haberleşme hürriyetini sınırlayan düzenlemeler getirilebilir³⁶.

Diğer görüşe göre ise, işveren, işçinin işyeri dışındaki özel hayatına müdahalede bulunamaz. Bu husustaki düzenlemeler ancak işçi için bir hatırlatma ya da uyarı oluşturabilir³⁷. Özel yaşama müdahale, bu alana ilişkin bilgilerin öğrenilmesi, kullanılması, saklanması, başkalarıyla paylaşılması, yayılması gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir³⁸. İşveren, işçinin işyeri dışındaki özel yaşamına müdahaleden kaçınmalıdır³⁹. Zira işçi, işverenin her talimatına değil, sadece hukuka uygun emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bu nedenle, işverenin işçinin işyeri dışındaki yaşamına ilişkin talimatlarının geçerliliği ve işverenin işçinin kişilik haklarına müdahalesinin hukuka uygunluğu değerlendirilirken, işverenin meşru bir menfaati olup olmadığı ve dürüstlük kuralları dikkate alınmalıdır⁴⁰.

C. İşverenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları

İşverenin işçinin sosyal medya kullanımlarına ilişkin düzenlemeler getirirken sınırsız bir yetkiye sahip olduğu kabul edilemez. İşverenin yönetim yetkisi, işin yürütülmesi, işyerinin düzeninin ve güvenliğinin sağlanmasıyla sınırlıdır ve işçinin temel hak ve özgürlükleri işyerinde de korunmaktadır. Bu bağlamda, kısıtlayıcı ve uyulması zorunlu işyeri kuralları çalışanların temel haklarının özünü zedeleyecek nitelikte olmamalıdır⁴¹. İşçilerin sahip olduğu hak ve özgürlükler işverenin düzenleme yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Anayasanın ilgili hükümleri gereği herkes, manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (AY m.17), özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına (AY m.20), haberleşme hürriyetine (AY m.22) ve düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya

³⁵ Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (Fakülteler Matbaası, 1982) 163; Sükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin, 2002) 93, 127; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (8. Baskı, Beta, 2016) 103; Öktem Songu (n 12) 1067.

³⁶ Ertürk (n 35) 127-128; Göktaş (n 17) 1, 12-13, 19; F. Burcu Savaş, 'İş Hukukunda "Siber Gözetim"' (2009) 22 *Çalışma ve Toplum* 97, 119. İşverenin işçinin işyeri ve iş saatleri dışındaki sosyal medya kullanımları bakımından ancak çok sınırlı bir şekilde müdahalede bulunabileceği yönünde bkz Frank Bayreuther ve Eva Stark, 'Arbeitsrechtliche Aspekte der Social Media' in Gerrit Hornung und Ralf Müller Terpitz (eds), *Rechtshandbuch Social Media* (2. Baskı, Springer 2021) 476.

³⁷ Okur, 'Özel Amaçlı Kullanım' (n 13) 54; Birben (n 32) 142; Ali Güzel, 'İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük"' (2016) 15(1) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 93, 115.

³⁸ Göktaş (n 17) 20; Seda Arslan Durmuş, 'İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkisine Etkisi' (2020) 25 (42) *DÜHFD* 135, 142.

³⁹ Güzel (n 37) 115.

⁴⁰ Güzel (n 37) 116; Bayreuther ve Stark (n 36) 483; Ugan Çatalkaya, (n 24) 284 vd.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 2018/34548, 28.12.2021, RG 11.02.2022, No 31747. Konuyla ilgili ayrıca bkz Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 85 vd.

başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına (AY m.26) sahiptir.

Anayasa m.17 hükmüne dayanan ve “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı⁴²” veya “kişinin kişiliğini oluşturan, insanı insan yapan değerlere ilişkin hakkı⁴³” şeklinde tanımları yapılan kişilik hakkı, para ile ölçülemeyen, mutlak ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Kişilik hakkı, maddi ve manevi değerlerden oluşur. Vücut bütünlüğü, yaşam ve sağlık maddi değerlerden iken, şeref ve haysiyet, özel yaşam, fotoğraf ve benzeri hususlar manevi kısma ilişkindir⁴⁵.

Kişinin sağlığı, vücut bütünlüğü, şerefi ve haysiyetinin yanı sıra özel hayatı da kişilik hakları arasındadır⁴⁶. Kişilerin yaşam alanları “üç alan teorisi”ne göre, kamuya açık, gizli ve özel yaşam alanı olarak sınıflandırılabilir⁴⁷. Bu üç alanın kesin sınırlarla birbirinden ayrılması güçtür. Kamuya açık alanda herkese açık olan, bilinmesinde herhangi bir sakınca görülmeleyen olaylar söz konusu iken, gizli yaşamda, kişinin sadece kendisinin veya sadece açıkladığı çok sınırlı sayıdaki kişi tarafından bilinen gizli duygular, düşünceler, olaylar, diğer bir deyişle kişinin sırları bu kapsamda görülür. Özel yaşam ise, sıkı ilişkiler içerisinde bulunduğu, sınırlı sayıdaki kişilerce (ailesi, dostları, arkadaşları, yakınları gibi) bilinen olayları ifade eder⁴⁸. Kamuya açık yaşam alanı kural olarak hukuken korunmamaktadır. Ancak TMK m.24 ile kişilerin özel ve gizli alanları hukuka aykırı saldırılara karşı koruma altına alınmıştır⁴⁹.

Özel hayatın gizliliğine ilişkin Anayasa m. 20’ye göre “herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”. Özel hayatın gizliliğinin korunması, özel yaşamında gerçekleşen olayların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kişiler tarafından bilinmesi isteme hakkını da kapsar⁵⁰. Keza Anayasa Mahkemesi’ne göre, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, kişisel bilgileri, aile hayatı gibi unsurları içeren, özel hayat kavramı, özel bir sosyal hayat sürdürmeyi

⁴² Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2021) 100.

⁴³ Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (6. Baskı, Vedat Kitabevi 2015) 454.

⁴⁴ Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha 2020) 66; Dural ve Ögüz (n 42) 103-104.

⁴⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) 296 vd.; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (9. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 91 vd.; Yargıtay 4 HD, 9966/5096, 10.04.2008 (Lexpera).

⁴⁶ Dural ve Ögüz (n 42) 104 vd.; Canan Erdoğan, ‘İşçilerin E-posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine’ (2017) 14 (55) İSGHD 1349, 1361.

⁴⁷ Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (9. Bası, Legal Yayıncılık 2021) 123; Dural ve Ögüz (n 42) 138-139; Aydın Zevkliler ve diğerleri, *Medeni Hukuk* (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2018) 100; K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları* (Legal Yayıncılık 2006) 7; Arslan Durmuş (n 38) 139 vd.

⁴⁸ Sevimli (n 47) 8; Helvacı (n 47) 124; Arslan Durmuş (n 38) 140.

⁴⁹ Göktaş (n 17) 10-11.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 24/8, 31.03.1987, RG 28.05.1987, No 19473.

de kapsamaktadır⁵¹. AY m.20 ile kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı kapsamında “özel hayat”ı, ilişki kurmak, geliştirmek amacıyla çevresindekilerle iletişim kurma hakkı da korunmaktadır. AİHM de AİHS m.8’de yer alan özel hayata saygı hakkının kapsamına, özel bir sosyal yaşam sürme hakkının, diğer bir deyişle bireyin kendi sosyal kimliğini geliştirme imkanının da girdiğini kabul etmektedir⁵².

Bu çerçevede, işveren işçinin gerek işyeri gerek işyeri dışındaki özel hayatına müdahale ederken, haklı bir nedene dayanmalı, müdahale konusunda işçiyi önceden bilgilendirmeli ve işçiye bilgilendirme yapılmış ve buna istinaden işçinin açık rızası alınmış olsa dahi, ölçülülük ilkesine uyarak, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve işçinin kişilik haklarını en az düzeyde ihlal edecek yöntemi tercih etmelidir⁵³. İşçinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale ederken, güdülen amacın meşru olması, amaç ile müdahale arasında makul ve kabul edilebilir bir orantı bulunması ve müdahalenin gerekli olması gerekir. Keza işçinin anayasal haklarına müdahale iddiası bulunan hukuki uyumsuzluklarda, işverenin ve işçinin menfaatleri adil bir biçimde dengelenmelidir⁵⁴.

Haberleşme hürriyeti, işverenin düzenleme yetkisinin bir diğer sınırını oluşturmaktadır. Sözlü, yazılı ve görsel olarak her türlü vasıta ile kişiler arasındaki iletişimi ifade eden haberleşme, özel hayatın bir alt unsurunu oluşturmaktadır⁵⁵. Bu anlamda özel hayat bakımından geçerli olan gizliliğin korunması, haberleşme için de geçerlidir. Anayasa m.22’de düzenlenmiş olan haberleşme hürriyeti, aynı zamanda haberleşmenin gizliliğini de esas alır. Zira haberleşmenin içeriğinin muhatap tarafından, gönderinin rızası olmadan açıklanması halinde, gönderenin haberleşmenin gizliliği hakkı ihlal edilmiş olur. Bu nedenle haberleşme hürriyeti özellikle işverenin işçilerin sosyal medya kullanımlarını denetlerken dikkate alması gereken bir sınır olarak karşımıza çıkar⁵⁶.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, 2013/4825, 24.3.2016, RG 10.05.2016, No 29708.

⁵² Bărbulescu v Romania App no 61496/08 (ECHR, 5 September 2017); Ozpinar v Turkey App no 20999/04 (ECHR, 19 October 2010).

⁵³ Güzel (n 37) 116; Birben (n 32) 139; Zeki Okur, ‘Yeni Teknoloji ve İş Hukuku’ (2006) 20 (3) Çimento İşveren Dergisi 4, 8; Ugan Çatalkaya (n 24) 63-76; Bărbulescu v Romania App no 61496/08 (ECHR, 5 September 2017); Ozpinar v Turkey App no 20999/04 (ECHR, 19 October 2010); Anayasa Mahkemesi, 2013/4825, 24.03.2016 RG 10.05.2016, No 29708. AYM kararının değerlendirilmesi için bkz Erdoğan (n 46) 1351-1386.

⁵⁴ İşçinin ifade özgürlüğü ile işverene karşı sadakat yükümlülüğü arasında adil bir denge kurulabilmesi için sosyal medya paylaşımının kim tarafından, kimlerle ve hangi şartlarda paylaşıldığının irdelenmesi gerekir. Bkz Anayasa Mahkemesi, 2017/35488, 07.04.2021 < <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35488> > Erişim Tarihi 24 Nisan 2022. Diğer bir AYM kararına göre, adil bir dengelemenin yapılabilmesi için uygulanabilecek bazı ölçütler şu şekildedir: “i. Dile getirilen düşünce açıklamalarının nerede, kimlerle ve hangi şartlarda paylaşıldığı, ii. Başvurucunun amacı, iyi niyetli olup olmadığı, ifade özgürlüğünün surf üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığı, iii. Yürütülen kamusal tartışmanın önemi, yapılan açıklama veya kullanılan sözlerin bu kamusal tartışmaya yaptığı katkının ağırlığı, iv. Kullanılan ifadeler ve bunların hedef alınan kişinin yaşamına etkileri.” bkz Anayasa Mahkemesi, 2018/33476, 07.10.2021, RG 30.12.2020, No 31705.

⁵⁵ Ali Korkmaz, ‘İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması’ (2014) 16 KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 99, 101; Bilen (n 3) 96.

⁵⁶ Öktem Songu (n 12) 1067.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti de değinilmesi gereken sınırlamalardan biridir. Anayasa m.26 hükmü gereğince herkes “*düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*”. Aynı maddede bu hakkın “*resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek*” serbestliğini de kapsadığı vurgulanmıştır. Zira insanın iç dünyasına ilişkin olan düşünce ancak dış dünyaya açıklanıp yayıldığında bu özgürlük anlamına kavuşacaktır⁵⁷. Buradan hareketle, işçilerin sosyal medya aracılığıyla paylaştıkları düşünce ve kanaatleri bakımından da anayasal bir güvenceye sahip olduklarını belirtmek gerekir. AİHM, ifade özgürlüğünün sadece olumlu karşılanan, zararsız veya önemsiz olarak görülen “bilgi” veya “fikirler”i değil, rahatsız eden, inciten ya da şok eden ifadeleri de koruduğunu ve demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğunu belirtmektedir⁵⁸. İşveren, işçinin bu düşünce ve kanaatlerine de kural olarak katlanmak durumundadır⁵⁹. Ancak işin niteliği, işyerinin özellikleri, işyeri düzeni, işçinin sadakat ve özen borcu bu özgürlüğün sınırlandırılmasını gerektirebilir⁶⁰. Keza başkalarının itibarının veya haklarının korunması da kısıtlamaya izin veren meşru amaçlardan biridir (AY m.26/2). İşçinin ifade özgürlüğü bulunması, ona işveren ya da diğer işçiler hakkında şeref ve onura zarar verecek nitelikte açıklamalar yapmasına imkân vermez.

Anayasa m.20/3 uyarınca “*herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir...*” ve TBK m.419 uyarınca, “*İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.*” Dolayısıyla Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁶¹ iş ilişkileri bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. KVKK m.3/1-d uyarınca, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” kişisel veridir. Bu çerçevede, işçinin kimlik bilgilerinin yanı sıra davranışları, duygu ve düşünceleri, sağlığı gibi hususlardaki veriler de kişisel veri niteliğindedir⁶². İşçilerin sosyal medya kullanımlarının feshe konu edilmesi halinde, bu verilere erişimin hukuka uygunluğu bakımından kişisel veri niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır.

⁵⁷ Muhittin Astarlı, ‘İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015* (On İki Levha 2017) 211, 310.

⁵⁸ Bkz *Palomo Sanchez and Others v Spain* App no 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, (ECHR, 12 September 2011).

⁵⁹ Öktem Songu (n 12) 1065; Astarlı (n 57) 311; Kübra Deniz Çelik, *Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi* (On İki Levha 2019) 36; Bilen (n 3) 99 vd; F. Burcu Savaş Kutsal ve Şelen Kolan ‘Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme’ (2019) 16(62) İSGHD 491, 507.

⁶⁰ Göktaş (n 17) 31. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlanması hakkında bkz Zeki Okur, ‘İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü’ (2006) 8 (4) Kamu İş 41, 47 vd.

⁶¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi:24.03.2016, RG 07.04.2016/29677

⁶² İşçilerin sanal ortamlardaki hareketlerinin işveren tarafından izlenmesi ile kişisel verilerin korunması ilişkisi hakkında ayrıca bkz: A. Eda Manav, ‘İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerini Korunması’ (2015) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95, 122 vd; Savaş, ‘Siber Gözetim’ (n 36) 97-132.

İşverenin düzenleme yetkisi bakımından, işçiyi gözetme borcunun da göz önüne alınması gerekir. İşçinin sadakat borcu karşısında işverenin işçiyi gözetme borcu bulunmaktadır. TBK m.417 uyarınca, işveren, işçinin kişiliğini korumak, kişilik haklarına saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlüdür. İşveren bu borcu gereği işçilerin sosyal medya kullanımlarını sınırlarken, işçilerin temel hak ve özgürlüklerini hukuka aykırı bir biçimde ihlal etmemelidir.

İşveren, ancak işçinin temel hak ve özgürlüklerine aşırı bir müdahale oluşturmamak şartıyla, işçinin özel amaçlı internet kullanımlarını kısıtlayabilir. İşverenin işyerindeki internet kullanımını mülkiyet hakkına dayanarak sınırlaması veya iş saatleri içerisindeki sosyal medya kullanımını işyerinde düzeni sağlamak amacıyla yasaklaması mümkündür. Zarar gören kişinin rızasının bulunması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın varlığı ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması ve benzeri hallerde kişilik haklarına müdahale hukuka aykırı kabul edilmeyecektir⁶³.

III. İşçinin Sosyal Medya Kullanımlarının İşverenin Fesih Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

İnternet kullanımının yaygınlaşması, özel hayat ile iş hayatı arasındaki sınırları bulanıklaştırmakta ve iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin sosyal medya kullanımları nedeniyle feshi günümüzde giderek artmaktadır. Somut olayın özelliklerine göre salt sosyal medyada gezinme ya da sosyal medya platformlarında yapılan paylaşım, beğeni veya yorumlar, fesih nedeni olarak gösterilebilmektedir. Bu fesih, İşK m.25'te düzenlenmiş olan haklı nedenlere dayanarak gerçekleştirilebileceği gibi, iş güvencesi kapsamında yer alan işçiler bakımından İşK m.18 uyarınca geçerli nedene dayanarak da gerçekleştirilebilir. İş güvencesi kapsamında yer almayan işçiler bakımından ise İşK m. 17 uyarınca feshin kötüniyetli olup olmadığı gündeme gelebilir.

İşverenin işçinin sosyal medya kullanımları nedeniyle iş sözleşmesini feshi halinde, öncelikle işçinin sosyal medya kullanımlarına ilişkin geçerli bir kısıtlama olup olmadığına bakılmalıdır. Daha sonra işçinin sosyal medya kullanımlarının işverenin fesih hakkına etkisi incelenmelidir. Bu hususta işverenin fesih hakkına etki edebilecek bazı hususlara ve işverenin fesih nedeni olarak ileri sürdüğü sosyal medya kullanımlarına erişiminin hukuka uygunluğuna dikkat edilmelidir.

⁶³ Kişilik haklarına müdahale durumunda, ilgili kişinin rızasının hukuka uygun olması halinde, hukuka aykırılığın ortadan kalktığı kabul edilebilir. Ancak söz konusu rıza serbest irade ürünü olması ve ehliyet gibi geçerlilik unsurlarını taşımalarıdır. İşyerindeki düzeni korumakla, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almakla yükümlü olan işveren, kanunun verdiği yetkiye dayanarak veya diğer işçilerin korunması gereken üstün bir yararı olduğu gerekçesiyle işçinin özel yaşam hakkına müdahalede bulunabilir. Her somut olaya göre hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda bkz Göktaş (n 17) 21 vd; Sevimli (n 47) 95-111; Öktem Songu (n 12) 1063; Savaş, 'Siber Gözetim' (n 36) 116.

A. İşverenin Fesih Hakkı Bakımından Etkisi Olan Bazı Hususlar

İşçinin sosyal medyada gezinme, paylaşım, beğeni, yorum yapma, mesaj gönderme gibi sosyal medya kullanımlarının, iş ilişkisinin devamına ve işverenin fesih hakkına etkisi değerlendirilirken dikkate alınması gereken birçok husus bulunmaktadır. Bunlardan bazıları kullanılan sosyal ağ ve ulaşılan çevre, sosyal medya kullanımının içeriği, işverene veya işyerine ilişkin bilgilerin kullanılması, işçiye ilişkin özellikler ve sosyal medya kullanımlarının iş ilişkisini olumsuz olarak etkilemesi unsurudur.

1. Kullanılan Sosyal Ağ ve Ulaşılan Çevre

İş odaklı kurulan XING ve LinkedIn gibi sosyal ağlar, kullanıcılarının eğitim, iş deneyimi, profesyonel yetkinlikler ve benzeri bilgilerinin yer aldığı, iş başvurusu, işçi alımı gibi kullanımlar sunan uygulamalardır. Bu sosyal ağlardaki paylaşımlara, işveren, iş arkadaşları, mevcut veya potansiyel müşteriler yahut iş ortakları tarafından erişim daha muhtemeldir ve bu tür sosyal ağlardaki paylaşımların işverenin itibarı bakımından Facebook, Instagram gibi sosyal ağlara nazaran önemli ölçüde daha çok zarar verme potansiyeli vardır⁶⁴. Bu nedenle, işçi tarafından gerçekleştirilen ihlalin ağırlığı ve iş ilişkisi üzerindeki olumsuz etkileri değerlendirilirken, hangi sosyal ağın kullanıldığı dikkate alınmalıdır.

Sosyal ağlar çeşitli gizlilik ayarları sunmakta ve gönderilerin ulaştığı çevrenin kapsamı kullanıcı tarafından değiştirilebilmektedir. Bir görüşe göre, sosyal medya platformlarında gizlilik beklenemez. Bu görüşe göre, sosyal medya paylaşımlarının sosyal ağlarda kalıcı olarak kaydedilebileceği, arama motorları aracılığıyla üçüncü kişiler tarafından bulunabileceği ve yayılabileceği hususu göz ardı edilmemelidir⁶⁵. Facebook, LinkedIn, WhatsApp ve Twitter gibi sosyal ağlar arasında, gizlilik derecesi ve içeriğin iletilmesi açısından farklılıklar olsa da, tüm sosyal ağlar, kontrolsüz bilgi paylaşımına ilişkin “potansiyel bir tehlike” barındırır⁶⁶.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, gizliliğin derecesine ve sosyal medya paylaşımlarının ulaştığı kitleye göre bir ayırım yapılması gerekir⁶⁷. Keza Alman Federal İş Mahkemesi de özel alanda gizli iletişimin kişiliğin bir ifadesi olduğu ve anayasada

⁶⁴ Fuhlrott ve Oltmanns (n 22) 787.

⁶⁵ Rüdiger Linck, “§ 53 Allgemeine Nebenpflichten des Arbeitnehmers” in Günter Schaub (ed), Arbeitsrechts Handbuch (18. Baskı, C.H.Beck 2019) 549, 562-563. Başkaları hakkında çevrimiçi ortamda karalayıcı ifadelerde bulunma özgürlüğü olmadığı, Facebook’un genel olarak erişilebilir olması nedeniyle, işverenin müşterileri veya ortakları gibi üçüncü şahısların işçinin sosyal medya paylaşımından haberdar olma olasılığının her zaman mevcut olduğu yönünde bkz LAG Hamm, 3 Sa 644/12, 10.10.2012 (Juris).

⁶⁶ Fuhlrott ve Oltmanns (n 22) 785. Örneğin Twitter gizlilik politikası olarak, Twitter’ın herkese açık olduğunu, Tweet’lerin (bu uygulamada paylaşılan mesajların) dünyanın her yerinden herkes tarafından anında görüntülenebileceğini, “direkt mesajlar (DM)” kısmında herkese açık olmayan bir biçimde iletişim kurma imkanının bulunduğunu belirtmiştir. <<https://twitter.com/en/privacy>> Erişim Tarihi 9 Şubat 2022.

⁶⁷ Göktaş (n 17) 34; Bilen (n 3) 77; Jobst-Hubertus Bauer ve Jens Günther, ‘Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook Vertrauliche Kommunikation unter Freunden?’ (2013) (2) NZA 67, 68; Steffen Burr, ‘Kündigung wegen unternehmensschädlichen Facebook-Postings’ (2015) (3) NZA-Beilage 115; Fuhlrott ve Oltmanns (n 22) 787.

güvence altına alındığı, dolayısıyla beyanlarının dış dünya ile paylaşılmayacağına güvenen işçinin bu güveninin korunması gerektiği görülmektedir⁶⁸. Bu anlamda Yüksek Mahkeme, işçiye korunan bir alan tanır.

Fesih sebebi olarak işçinin sosyal medya kullanımlarının ileri sürülmesi halinde, her somut olay bakımından kullanılan sosyal ağın, işçinin sosyal medya kullanımının (paylaşım, beğeni, yorum veya özel mesaj gibi) kimler tarafından görülebildiğinin, “genel olarak erişilebilir” olup olmadığını, diğer bir deyişle ulaştığı çevrenin belirlenmesi gerekir⁶⁹. Çünkü muhatap, söylemde bulunan işçiden ne kadar uzaklaşırsa ya da muhatap kişi sayısı ne kadar artarsa gizlilik derecesi de o kadar azalır⁷⁰. “Herkes açık” olarak paylaşılan bir gönderi ile sadece işyerindeki diğer işçilerin bulunduğu küçük bir gruptaki bir yazı, aynı içeriğe sahip olsa dahi, iş ilişkisini aynı derecede etkilemeyecektir. Söz gelimi, WhatsApp uygulamasında bir kişiyle özel olarak iletişim kurulabileceği gibi grup kurularak yüzlerce kişiye aynı anda ulaşılabilir. Facebook uygulamasında da hem özel olarak sohbet kısmından iletişim kurulabilir hem de her kullanıcı “duvar” denilen kendi sayfasındaki paylaşımları bakımından gizliliği düzenleyerek, “arkadaşlar”, “herkes açık”, “belirli arkadaşlar” gibi seçenekler arasından seçim yapabilir. Dolayısıyla özel mesajlaşmalar genellikle bir veya çok sınırlı bir alıcıya ulaştığında gizli olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, içeriği suç oluşturmayan eleştiri niteliğindeki “genel olarak erişilebilir olmayan” paylaşımların, işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığı kabul edilmelidir⁷¹. Örneğin iş arkadaşları arasında, üstler hakkında eleştiri niteliğinde uygunsuz görüşler belirtilmesinin, işveren bakımından haklı veya geçerli bir fesih nedeni oluşturmadığı savunulabilir. Yargıtay’ın önüne gelen bir olayda, işçi sosyal medya üzerinden yalnızca kendi arkadaşlarının görebileceği şekilde işyerinde kendisi de dahil adam gibi adam olmadığı, herkesin kaypak, yalaka, taklacı olduğu yönünde paylaşımlarda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, işverenin doğrudan paylaşımın tarafı olmaması, paylaşımın işçinin arkadaşlarıyla sınırlı olması ve kendisi de dahil herkes hakkında genel birtakım sözler söylenmiş olmasından hareketle eylemin sataşma niteliğinde olmadığı yönünde karar vermiştir⁷².

⁶⁸ BAG, 2 AZR 534/08, 10.12.2009, (2010) (12) NZA 698-701.

⁶⁹ Bilen (n 3) 99; Savaş Kutsal ve Kolan (n 59) 503. Sosyal medya paylaşımlarına erişim izni ile kişisel verilerin korunması arasındaki ilişkiye dair inceleme için bkz Azize Velioglu, *Sosyal Medya Özelinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 230.

⁷⁰ Bayreuther ve Stark (n 36) 474.

⁷¹ Bkz Gaye Burcu Yıldız, ‘İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi’ (2018) 39 Sicil İş Hukuku Dergisi 105, 111. Aynı yönde bkz Fuhlrott ve Oltmanns (n 22) 787. Bununla birlikte paylaşım yapılan grubun çok sayıda üyesi olması halinde gizlilik bakımından makul bir beklentinin mevcut olacağını kabul etmek güçtür (Nurşen Caniklioğlu, ‘İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 185, 265-266).

⁷² Yargıtay 9 HD, 2635/12272, 23.05.2016 (Karar ve karar incelemesi için bkz: Kübra Doğan Yenisey, ‘İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 387, 502-504. Kararı isabetli bulan görüş için bkz Savaş Kutsal ve Kolan (n 59) 542.

2. Sosyal Medya Kullanımının İçeriği

İşçinin sosyal medya kullanımının, diğer bir deyişle paylaşılan yazı, fotoğraf ya da videonun, beğeni yapılan içeriğin, bir gönderinin altına yapılan yorumun ya da özel bir mesajın içeriğinin tespiti de feshin değerlendirilmesinde oldukça önemlidir.

İşçinin sosyal medya kullanımının hakaret, iftira, cinsel taciz gibi bir suç oluşturması halinde, doğrudan iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin gerektiği düşünülmemelidir. Bu kapsamda, öncelikle ilgili suçun kime karşı işlendiği değerlendirilmelidir. Söz konusu suçun mağdurunun iş ilişkisinin devamına etki edebilecek kişilerden biri (işveren, işverenin aile üyeleri, diğer işçiler, müşteriler veya iş ortakları gibi) olup olmadığına bakılmalıdır. Suçun mağduru bu kişilerden biri ise fesih hakkının doğduğu, ancak fesih türünün eylemin ağırlığına göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir. Suçun mağduru bu kişilerden biri değilse, üçüncü bir kişiye karşı işlenen suçtan ötürü fesih, ancak iş ilişkisinin olumsuz yönde etkilendiğinin işveren tarafından kanıtlanması halinde mümkündür. İşK m.25'te buna ilişkin iki karine bulunmaktadır. Mağdur üçüncü bir kişi olsa dahi, işverinde işlenen suçun yedi günden fazla hapsi gerektirmesi ve cezanın ertelenmemesi veya işçinin gözaltı veya tutukluluk süresinin bildirim süresini aşması halinde, iş ilişkisinin devamının dürüstlük kuralına göre taraflardan beklenemeyeceği kanunen kabul edilmiştir. Bu hallerin varlığı halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Buna göre işçinin salt üçüncü bir kişiye karşı suç işlemiş olması, fesih için yeterli değildir, iş ilişkisinin olumsuz yönde etkilenip etkilenmediği ve bu etkinin ağırlığı her somut olayda değerlendirilmelidir.

İşçiler işveren ve çalışma koşulları hakkında nesnel eleştiriler yapabilirler ve bu paylaşımlar ifade özgürlüğü hakkı kapsamında korunur⁷³. Eleştiri sınırları içerisinde kalan sosyal medya paylaşımları nedeniyle işçinin iş sözleşmesi feshedilemez. İşçilerin fazla çalışma ücretlerinin ödenmediği, yasal sınırın üzerinde fazla çalışma yaptırıldığı, ücretlerinin zamanında ve tam olarak ödenmediği gibi gerçek durumu yansıtan ve eleştiri sınırları içerisinde kalan söylemlerinin, sadakat borcuna aykırı olmadığı kabul edilmelidir⁷⁴.

⁷³ Bayreuther ve Stark (n 36) 476; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Baskı, On İki Levha 2021) 604; Bilen (n 3) 175; Savaş Kutsal ve Kolan (n 59) 541-542.

⁷⁴ Yıldız (n 71) 110; Yargıtay 22 HD, 8023/13598, 05.05.2016 (Lexpera): “*Eleştiri; örgütsel, işletmesel, bilimsel, siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik, sanatsal veya edebi alanla ilgili olabilir. Eleştirinin sınırları da bu alanlara, eleştirilen kişiye, eleştirinin yer, zaman, konu, neden ve durum ile eleştiren kişinin amacına göre değişiklik gösterir. Şüphesiz düşünce ve ifade özgürlüğünün bir görünümü olan eleştiri hakkı ve özgürlüğü sınırsız değildir. Söz konusu sınır, sözü edilen nedenlerden dolayı esnek ve değişken özellik gösterir. Eleştirinin sınırları; eleştiren ile eleştirilen arasında sözleşmesel, akdi, yasal, örgütsel, kurumsal veya hiyerarşik bir ilişkinin varlığı halinde dar, yokluğu halinde geniş yorumlanması gerekir. Bu bağlamda işçinin işverene, memurun amirine, astın üstüne, öğrencinin öğreticisine karşı eleştirisi ağır, kırıcı, incitici ve tahkir edici olamaz. Bununla birlikte her düzeydeki eleştiriyi eşit veya benzer ölçüdeki bir yaptırıma bağlamak da hakkaniyete uygun düşmez. Eleştiride objektif gerçeklik ve doğruluk payının bulunması gerektiği gibi, kullanılan kelime ve üslubun da ölçülü olması zorunludur. Burada tam bir doğruluk veya gerçeklik gerekli değildir. Doğruluk ve gerçeklik içermeyen söz ve davranış; yerine göre itham veya suçlama, yerine göre de iftira, karalama, tahkir, tezyif veya hakaret olabilir. Eleştirilerde, sarfedilen sözler ve eleştirilen olay ve olgular arasında uygun bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır.... Eleştirinin amacı doğru olmayan, istenilmeyen, rahatsız eden veya hoş gitmeyen söz, tutum, davranış, uygulama veya sonuçları ortadan kaldırmaktır. Bu nedenle belli ölçülerde rahatsız edici veya incitici ya da düşündürücü özellik taşırlar. Eleştiri; tasvip etmemenin, doğru bulmamanın veya beğenmemenin dile getirilmesinin ötesinde bir durumdur ve böyle de olmak zorundadır.*” Eleştiri hakkının işçinin işverene meydan okuması ya da işverenin otoritesine yönelik söz ve eylemlerde bulunmasını kapsamadığı yönünde bkz Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 604.

Yargıtay kararına konu olayda, işyerindeki grev sonrasında işçilik haklarındaki iyileştirmeyi az bulan bir işçinin Facebook hesabından yaptığı “20 TL’ye SA-TIL-DIK” şeklindeki paylaşımı nedeniyle iş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilmiştir. Yargıtay işçinin söyleminin feshi gerektirecek nitelikte olmadığı, eleştiri sınırını aşmadığı, feshin haklı veya geçerli nedene dayanmadığı yönünde karar vermiştir⁷⁵.

Diğer bir olayda 8 yıldır ürün temsilcisi olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, sosyal medya hesabı üzerinden “...Bize bunları yaşatan, destek veren, imkan tanıyan her kim ise sizler bizim ve evlatlarımızın rızıyla oynadınız. Dilerim Rabbim’den sizlerde bunları yaşamadan can veremezsiniz. Şu mübarek günde eğer ki toplu işçinin ucu kadar hakkım geçtiyse bile asla ve asla helal etmiyorum...” şeklindeki paylaşımı üzerine işveren tarafından feshedilmiştir. İşçi işverenin herkese prim vereceğini bildirmesine rağmen, aylarca prim alamadıkları için böyle bir paylaşım yaptığını, söz konusu paylaşımı daha sonra sildiğini ifade etmiştir. Yargıtay, davacı işçi tarafından yapılan paylaşımın hakaret ve sataşma niteliğinde olmadığı, paylaştığı yorum ile hislerini, düşüncelerini ve eleştirilerini açıkladığı, söz konusu paylaşımların haklı veya geçerli nedenle fesih imkânı vermeyeceği sonucuna varmıştır⁷⁶. Yargıtay, işçi tarafından yapılan sosyal medya paylaşımlarının iş ilişkisinin devamına etkisinin, bu paylaşımlar nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görüp görmediğinin ve çalışma düzeninin bozulduğuna ilişkin bir delil bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ve eleştiri sınırları içerisinde kalan ifadeler nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğini ifade etmiştir.

Berlin Brandenburg Bölge İş Mahkemesi konuya ilişkin verdiği bir kararda, somut olayın özelliklerine göre, ifade özgürlüğü ile korunan hukuki menfaat ile hakkın kısıtlanmasındaki menfaatin tartılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁷. Çalışanın görev dışı davranışı nedeniyle feshi için, iş ilişkisinin devamının beklenip beklenemeyeceği değerlendirilmelidir. Dava konusu olayda, işçinin iş saatleri dışında, bir internet forumunda, doğrudan veya dolaylı olarak işverenin adı geçmeksizin B şirketinden gelen yeni tıbbi cihazların eleştirisini yapması ve bu cihazları ilk kez kullanırken yaşadığı deneyimleri açıklamasının suç oluşturmadığı, işverenin itibarını zedelemeye yönelik herhangi bir saldırı unsuru içermediği gerekçeleriyle ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı kanaatine varılmıştır.

Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesince verilen başka bir kararda, teknisyen olarak çalışan işçi, herkese açık bir Facebook grubunda yol yapım safhalarına ilişkin fotoğraf ve videolar paylaşmış, 12 saatlik vardiya süresinin “leş gibi” ve “çok uzun” olduğunu yazmıştır. İşveren, herkese açık olarak paylaşılan fotoğraflarda, inşaatın adımlarının, işveren şirkete ait araç ve gereçler ile diğer çalışanların iş kıyafeti ile gösterildiği

⁷⁵ Yargıtay 9 HD, 18298/27819, 07.10.2015 (Lexpera).

⁷⁶ Yargıtay 9 HD, 1405/14318, 26.06.2019 (Lexpera).

⁷⁷ LAG Berlin-Brandenburg, 10 TaBV 885/08, 18.08.2008 (Juris).

gerekçesiyle yazılı olarak uyarıda bulunmuş ve söz konusu fotoğraf ve videoların silinmesini istemiştir. Ayrıca işveren, işçinin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği, ticari sırları yayınladığı, uyarıya rağmen uzun bir süre bu paylaşımları silmediğini iddia ederek, işçinin iş sözleşmesini sona erdirmiştir. Mahkeme işçinin özen yükümlülüğü ile sır saklama yükümlülüğünü sözleşmenin devamının beklenemeyeceği derecede ağır olarak ihlal etmediği, paylaşımların geç de olsa silindiği, işçinin işvereni ve çalışma koşullarını eleştirme hakkı olduğu, işçinin iş ilişkisinin devamına ilişkin menfaatinin, davalı işverenin iş sözleşmesinin feshedilmesindeki menfaatinden fazla olduğu yönünde karar vermiştir⁷⁸.

3. İşverene veya İşyerine İlişkin Bilgilerin Kullanılması

İşverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenen işçi, işverenin adını, itibarını ve sırlarını korumak ve işverenin haklı menfaatlerine zarar verecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Söz gelimi, işçinin çok sayıda kişinin erişebileceği şekilde sosyal medya hesabında, işverene ait logo, işyeri, konum bilgisi gibi ayırt edici unsurların yer aldığı bir fotoğraf paylaşarak işverenin itibarını zedelemesi, iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle feshine yol açabilir.

Yargıtay kararına konu bir olayda, hemşire olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, “*hasta gelmesin diye dua ederken biz*” başlığını atarak, hasta yatağı üzerinde dua ederken görüldüğü, hastane isminin ve logosunun da yer aldığı bir fotoğrafı Facebook hesabında paylaşması üzerine, işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiştir. Yerel Mahkemece fesih, söz konusu paylaşımın aynı meslek grubundaki arkadaşlarının bulunduğu bir grupta yapıldığı, espri mahiyetinde olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay, fotoğrafın yayınlandığı grubun yaklaşık 13.102 üyesi olduğunu, ilgili fotoğrafın 1285 beğeni ve 52 yorum aldığını da göz önüne alarak, çalışma saatleri içerisinde çekilen fotoğrafın sosyal medyada yayınlanmasının, işyerindeki düzeni, iş akışını olumsuz etkileyecek nitelikte olduğu ve işverenden davacı işçi ile çalışmaya devam etmesinin beklenemeyeceği gerekçesiyle, fesih için haklı olmasa da, geçerli bir nedenin bulunduğunu kabul etmiştir⁷⁹. Kanaatimizce Yargıtay kararı yerindedir. Çalışma saatleri içerisinde, hastanenin adı da paylaşılarak, hastalara iş yükü olarak bakıldığı, orada çalışanların hasta gelmesini istemediği, hatta bu konunun dalga konusu yapıldığı ve muhatap kitlenin oldukça geniş olduğu olayda, haklı neden ağırlığında bir durum olmamakla birlikte, işverenin itibarının zedelendiği ve iş ilişkisinin devamının beklenmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

⁷⁸ LAG Rheinland-Pfalz, 7 Sa 39/19, 25.09.2019 (Juris).

⁷⁹ Yargıtay 7 HD, 46017/11591, 26.05.2016 (Lexpera).

4. İşçiye İlişkin Özellikler

İşçinin sosyal medya kullanımlarının işveren bakımından bir fesih nedeni oluşturup oluşturmadığı, özellikle de sadakat ve özen borcuna aykırılık teşkil edip etmediği incelenirken, işçinin işinin niteliği, işyerindeki konumu ve kıdemi gibi hususlar da dikkate alınmalıdır⁸⁰. Söz gelimi, işyerinde üst düzey pozisyonda yer alan ve bu nedenle kendisinden beklenen özenin derecesi artan bir işçinin, sosyal medya hesabında iş koşullarını ya da başka bir şirket ile yapılan yeni bir iş anlaşmasını eleştiren bir paylaşım yapmasının, iş ilişkisini daha ağır ve olumsuz bir biçimde etkilediği kabul edilebilir.

İşçinin işyerindeki konumu, işyerindeki düzenin, çalışma huzurunun ve iş akışının olumsuz yönde etkilenip etkilenmediğinin tespitinde önem arz eder. Örneğin ekip şefi olan bir işçinin sosyal medya hesabı ya da bir sohbet grubundaki rahatsız edici söylemleri ve paylaşımları, işyerindeki diğer işçilerin birlikte çalışmak istememesine neden olabilir, iş akışını bozabilir.

İşçinin kıdemi, uzun süredir aynı işyerinde herhangi bir sorun yaşamadan çalışmaya devam ediyor olması gibi hususların işverenin fesih hakkına etkisi olacağı muhakkaktır. Dessau-Roßlau İş Mahkemesi kararına konu olayda, Sparkasse isimli bankada 25 yıldır çalışan bir işçinin, Facebook üzerinden açıkça isim verilmeden, sadece isimlerinin ilk harfi belirtilerek banka müdürleri hakkında hakaret teşkil eden ifadeler yer alan bir paylaşımı “beğen”diği tespit edilmiştir⁸¹. Mahkemece, 25 yıllık kıdemi bulunan işçinin “beğen” tuşuna basma şeklindeki sadece bir defaya mahsus eyleminin fesih bakımından haklı neden teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır⁸².

Fesih, son çare olarak başvurulması gereken bir hukuki yoldur. Bu nedenle işçinin sosyal medya kullanımlarının, iş ilişkisinden doğan yükümlülükleri ihlal edip etmediği ve ihlalin ağırlığının belirlenmesinde, her somut olay bakımından işçiye ilişkin özellikler de göz önüne alınmalıdır.

5. Sosyal Medya Kullanımlarının İş İlişisini Olumsuz Etkilemesi Unsuru

İşçinin sosyal medya aracılığı ile yaptığı paylaşım, beğeni, yorum veya gönderdiği özel mesajın işyerindeki düzen, çalışma huzuru ve iş bölümünü ne ölçüde etkilediği gözetilmesi gereken hususlardan biridir. İşçinin söz ve davranışları, iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlaline yol açabilir. İşyerinde ve iş saatleri içerisinde uzun süre sosyal medyada gezinmek, iş görme borcunun ihlaline bir örnektir. İşçinin özel

⁸⁰ Savaş Kutsal ve Kolan (n 59) 508; Birben (n 32) 162; Bilen (n 3) 106.

⁸¹ ArbG Dessau-Roßlau, I Ca 148/11, 21.3.2012 bkz (2013) 4 ArbRB, 108, 108-109.

⁸² AİHM, bir içeriğin paylaşılması ile sadece “beğen” butonuna tıklanmasının aynı ağırlığa sahip olmadığı görüşünden hareketle, Facebook’ta siyasi içerikli bir gönderi bakımından “beğen” butonuna tıklayan sözleşmeli personelin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin, işçinin kıdemi ve yaşı göz önüne alındığında son derece ağır olduğuna, başvurucu işçinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile meşru amaç arasında makul bir orantı bulunmadığından, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz Melike v Turkey App no 35786/19 (ECHR, 15 July 2021).

hayatındaki davranışları nedeniyle, kural olarak iş sözleşmesi sona erdirilemez, ancak bu davranışlar aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık teşkil ediyorsa, fesih hakkının doğmasına neden olabilir⁸³. Satış müdürü olarak çalışan ve çevreci bir kuruluşa üye olan işçinin, sosyal medya hesabında çalıştığı şirkete ait bir ürünün üretilmemesi, satılmaması gerektiğine ilişkin açıklamalar yapması, sadakat borcuna aykırıdır ve işveren bakımından haklı fesih sebebi oluşturur⁸⁴.

İş sözleşmesinden doğan borçların ihlali söz konusu olmasa dahi, işçinin söz ve davranışlarının, iş ilişkisini olumsuz olarak etkilemesi ve işyerinde olumsuzluklara yol açması da mümkündür. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemiyor olması halinde, işçinin iş sözleşmesi feshedilebilir⁸⁵. Söz gelimi, işçinin sosyal medya hesabı aracılığı ile belirli bir ırka, dine veya siyasi görüşe mensup kişi veya kişiler hakkında nefret söylemlerinde bulunması, ayrımcı ifadeler kullanması veya genel ahlaka aykırı içerikler paylaşması fesih nedeni oluşturabilir. Yine sosyal medya kullanımları nedeniyle iş arkadaşlarının tepki göstermesi sonucu o kişi ile birlikte ekip çalışması yapılmak istenmemesi işyerindeki huzuru bozabilir ve iş akışını olumsuz etkileyebilir. Paylaşımlardan haberdar olan mevcut veya potansiyel müşteriler ya da iş ortakları da paylaşımlara tepki gösterebilir ve bu durum ticari ilişkilerin olumsuz etkilenmesine ve işverenin itibarının zarar görmesine yol açabilir.

Netice olarak fesih hakkının varlığı ve niteliğinin tespiti bakımından, işçinin sosyal medya kullanımının iş ilişkisi üzerindeki olumsuz etkisi, bu etkinin ağırlığı, iş ilişkisinin devamının beklenip beklenemeyeceği, somut olayda işverenin gerçekten bir zarara uğrayıp uğramadığı, işyerindeki düzenin bozulup bozulmadığı incelenmelidir. İşçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu ve iş ilişkisinin çekilmez hal aldığı ispat yükü işverenin üzerindedir. Yargıtay, işçinin sosyal medya hesabı aracılığı ile işyerinde eskiden çalışan birinin paylaşımının altına yazdığı yorumun eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığından işveren tarafından kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır⁸⁶. İlgili karara göre, işveren ispat yükünü yerine getirirken öncelikle feshin şekli koşullara uyduğunu, ikinci olarak içerik yönünden feshin geçerli veya haklı bir nedene dayandığını kanıtlamalıdır.

⁸³ Sedef Koç, 'İşçinin Suç Teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi', Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. II (Beta 2011) 1437.

⁸⁴ Bayreuther ve Stark (n 36) 473.

⁸⁵ Yargıtay 9 HD, 1756/19995, 08.11.2018 (Lexpera).

⁸⁶ Yargıtay 9 HD, 34334/752, 22.01.2018 (Lexpera).

6. İşçinin Sosyal Medya Kullanımlarına Erişim Yöntemi

İşçinin sosyal medya kullanımları nedeniyle işveren tarafından iş ilişkisi sona erdirildiğinde, feshe konu verilerin ne şekilde elde edildiği, verilerin elde ediliş biçiminin hukuka uygunluğu, karara esas alınıp alınamayacağı gibi hususlar da incelenmelidir.

Öncelikle işverenin, işçinin herkese açık veya genel olarak erişilebilir olmayan bir paylaşımına doğrudan erişimi bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Gerçek kişi işveren, kendi adına hesap açarak sosyal medya kullanabilir veya tüzel kişi işveren adına bir sosyal medya hesabı açılmış olabilir. Üyelik aranmaksızın ulaşılabilen herkese açık paylaşımlar da söz konusu olabilir. Gizlilik ayarının “sadece arkadaşlar” olduğu veya sınırlı kişinin bulunduğu bir sohbet grubunda yer alan genel olarak erişilebilir olmayan paylaşımlar, beğeniler, yorumlar ve özel mesajlar bakımından ise, işverenin söz konusu sınırlı grup içerisinde yer alıp almadığına bakılmalıdır. Önemli olan, işverenin işçinin sosyal medya paylaşımlarına erişirken “gizli bir müdahale”de bulunmamış olmasıdır.

İşverenin doğrudan erişimi olmaksızın, işçinin kısıtlı alanına erişim sağlamak için gerçek kimliğini ve bilgilerini kullanmaksızın oluşturduğu sahte bir hesap aracılığı ile işçinin ağına katılarak veya diğer bir işçi aracılığı ile yahut işçinin rızası olmaksızın feshe konu olguları öğrenmesi gibi işveren tarafından gerçekleştirilen “gizli müdahaleler” hukuka aykırıdır⁸⁷. İşçinin sınırlı bir çevrede yaptığı açıklamanın dış dünyaya ulaşmayacağına dair güveninin korunması gerekir. Keza Yargıtay, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçiyi elektronik ortamda izlemesinin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edildiğini açıkça ortaya koysa dahi, bu izlemenin gizlice yapılması halinde, elde edilen verilerin hukuka aykırı olduğu görüşündedir⁸⁸.

Anayasa m.38/6 uyarınca, “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”. İlgili hüküm her ne kadar suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığı altında düzenlenmiş olsa da “*madde kenar başlıkları, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterir. Bu başlıklar, Anayasa metninden sayılmaz.*” şeklindeki Anayasa m.176/2 gözetilerek, bu hükmün özel hukuk bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir⁸⁹.

⁸⁷ Gizli müdahalelerin veri koruma hukuku ve kişilik hakları bakımından genellikle kabul edilemeyeceği yönünde bkz Thomas Kania, ‘Beendigung des Arbeitsverhältnisses’ in Wolf Dieter Küttner ve Jürgen Röller (eds), *Personalbuch* (28. Baskı, C.H. Beck 2021) [7]. <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2FKuettnerHdb_28%2Fcont%2FKuettne rHdb.SozialeNetzwerke.gIA.gI4.htm> Erişim Tarihi 16 Şubat 2022; Bayreuther ve Stark (n 36) 487-488, 492; Fuhlrott ve Oltmanns (n 22) 787; Michael Kort, ‘Kündigungrechtliche Fragen bei Äußerungen des Arbeitnehmers im Internet’ (2012) (23) NZA 1321, 1323; Okur, ‘Yeni Teknoloji’ (n 53) 13.

⁸⁸ Yargıtay 22 HD, 21857/9884, 07.05.2019 (Lexpera).

⁸⁹ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt: II* iç Hakan Pekcanitez ve diğerleri (ed) (15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 1596; Süha Tanrıver, ‘Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdeelenmesi’ (2006) (65) TBB Dergisi 368, 371.

Keza 6100 sayılı HMK m.189/2 uyarınca, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz⁹⁰.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır, ancak kanunun 9.maddesi uyarınca “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde 6100 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.*”. Bu çerçevede, HMK m.189/2 hükmü ve Ceza Hukukunda uygulanan zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olduğu ilkesi, iş hukuku bakımından da uygulama alanı bulur⁹¹. İşveren tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen bilgiler, işçi aleyhine delil olarak kullanılamaz. Öte yandan bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmediğinin tespiti güç olabilmektedir. Bu hususta, somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralları esas alınmalıdır⁹².

Anayasa Mahkemesi kararına konu bir olayda, işçinin işyerindeki bilgisayar üzerinden WhatsApp aracılığı ile diğer işçilerin bulunduğu bir sohbet grubunda yaptığı işyeri ve diğer işçiler hakkında küçük düşürücü ifadeler içeren yazışmaları, bilgisayarın açık bırakılması sonucu, sorumlu amir tarafından öğrenilmiş ve işveren hakkında hakaret içerikli söylemlerde bulunduğu gerekçesiyle, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiştir. Anayasa Mahkemesi, yargılama sürecinde işyerindeki bilgisayarların denetlenebileceğine ilişkin açık bir bilgilendirme yapıp yapılmadığının tartışılmadığı, işçinin özel yazışmalarına erişilmesinin, işçinin özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasına ilişkin makul beklentisine aykırı olduğu gerekçesiyle özel hayata saygı hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁹³.

Yargıtay, WhatsApp'ın, internet aracılığı ile kişi veya kişilerin grup kurarak iletişime geçebildiği, kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir sistem olduğunu, dolayısı ile iş akışını bozmadığı ve işçilerin çalışmalarını etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmalarının yasak olmadığını, işçilerin WhatsApp konuşmalarının gizlilik içeren kişisel veri niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁹⁴. Kararda, nasıl temin edildiği anlaşılamayan yazışmalara dayanılarak iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğu, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Diğer bir Yargıtay kararına göre,

⁹⁰ Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku* (2. Baskı, Yetkin 2021) 645; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından resen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde, diğer tarafta bir itiraz ileri sürülmesi dahi, mahkemece karara esas alınmaması gerektiği görüşündedir. HGK, 1183/960, 26.11.2014 (Lexpera).

⁹¹ Okur, ‘Yeni Teknoloji’ (n 53) 13.

⁹² Atalay, (n 89) 1596; Ramazan Arslan ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021) 417-418. Menfaatlerin tartışılması ve ölçülülük ilkesi için ayrıca bkz Evren Kılıçoğlu, *Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller* (On İki Levha 2021) 502-508; Tanrıver, (n 89) 368 vd.

⁹³ Anayasa Mahkemesi, 2018/34548, 28.12.2021, RG 11.02.2022, No 31747. Makul mahremiyet beklentisi ve buna ilişkin değerlendirmeler için bkz Savaş Kutsal ve Kolan (n 59) 498 vd.

⁹⁴ Yargıtay 9 HD, 10718/559, 10.01.2019 (Lexpera).

satış temsilcisi olarak çalışan davacı ve aynı konumdaki diğer çalışanlar, WhatsApp sistemi içinde grup kurarak, genel olarak mesai saatleri dışında, çalışma koşullarının olumsuzluğu, yöneticilerin mobbing niteliğindeki tutum ve davranışları hakkında yorumlarda bulunmuşlardır⁹⁵. Bu yazışmaların, aynı grup içinde yer alan diğer bir işçi tarafından işverene iletilmesi üzerine, işveren grupta yer alan işçilerin savunmasını alarak, iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiş, bilgi veren işçiyi korumuştur. İşverenin gizli kalması gereken verileri hukuka aykırı bir şekilde elde ettiği, söz konusu yazışmaların içeriğinin işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olduğu, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılmasının doğru olmadığı, işverenin haklı veya geçerli bir fesih sebebi bulunduğunu kanıtlayamadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

Alman usul hukukunda ise, hukuka aykırı delillerin kullanımına ilişkin mutlak bir yasak bulunmamakta ve hukuka aykırı delillerin yargılamaya esas alınmamasını öngören “zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı” ilkesi kabul edilmemektedir⁹⁶. Dolayısıyla her uyuşmazlıkta, yasa dışı yollarla elde edilen delillerin kullanımının, işçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarını ihlalinin ağırlığı, işverenin ispat ihtiyacı ve anayasal güvence altına alınan kişiliğini özgürce geliştirme hakkı açısından değerlendirilmesi gerekir. Alman Federal İş Mahkemesi de hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılamaz olmadığı, gizlice elde edilen kişisel verilerin kullanımının ilgili kişinin kişilik haklarıyla bağdaşıp bağdaşmadığının, ihlal edilen hukuk normunun koruma amacı dikkate alınarak incelenmesi gerektiği, ilgili kanun ihlaline rağmen, delilleri kullanma menfaatinin verilerin korunması menfaatinde ağır basması halinde, hukuka aykırı olarak elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılabileceği görüşündedir⁹⁷.

B. İşveren Bakımından Fesih Nedeni Teşkil Edebilecek Haller

İşçinin sosyal medya kullanımları, somut olaya göre haklı veya geçerli fesih nedeni oluşturabileceği gibi çeşitli hukuki talepler de gündeme gelebilir. İşveren, işçinin sosyal medya hesabında yayınladığı itibarını zedeleyen, haklı menfaatlerini ihlal eden paylaşımların kaldırılmasını isteyebilir⁹⁸. Müşteri ilişkilerinin zarar görmesi, siparişlerin iptal edilmesi gibi sonuçların doğması halinde işveren işçinin sosyal medya paylaşımları nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilir⁹⁹. Hatta paylaşımın içeriğine göre işçi hakkında suç duyurusunda bulunabilir. Çalışmamız kapsamında, fesih dışındaki yaptırımlara ve taleplere yer verilmeyecek; işçilerin

⁹⁵ Yargıtay 9 HD, 14206/9527, 01.06.2017 (Lexpera).

⁹⁶ Fuhlrott ve Oltmanns (n 22) 788-789; Kort (n 87) 1325.

⁹⁷ BAG, 2 AZR 546/12, 20.06.2013 (Juris).

⁹⁸ TMK m. 25/1: “Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.”

⁹⁹ Fuhlrott ve Oltmanns (n 22) 790.

sosyal medya kullanımlarının hangi hallerde işveren bakımından fesih nedeni oluşturabileceği hususu incelenecektir.

İşçinin iş güvencesine tabi olması halinde, sosyal medya kullanımı bakımından İşK m.18 uyarınca, işçinin verimi veya davranışları nedeniyle işveren bakımından fesih hakkı doğabilir. Söz konusu davranış, iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerin kusurlu olarak önemli ölçüde ihlal edildiği, iş ilişkisinin bozulduğu, başka bir iş için makul bir olasılık bulunmayan ve iş ilişkisinin sona erdirilmesinin makul ve uygun görüldüğü bir davranıştır¹⁰⁰. Diğer bir deyişle, “işverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu’nun 25. maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen” hallerdir¹⁰¹.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih üç aşamada incelenmelidir¹⁰². Öncelikle işçinin kusurlu davranışı tespit edilmelidir. Diğer bir deyişle, sözleşmeye aykırı davranış işçinin kusuruna dayanmalıdır¹⁰³. Zira kastının veya ihmalinin bulunmadığı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemez. Feshe konu olan kusurlu davranış, gelecekte de iş ilişkisi bakımından belirli aksamalara yol açacak nitelikte olmalıdır (olumsuz öngörü ilkesi)¹⁰⁴. Bu anlamda, iş ilişkisinin sürdürülmesi, işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmemelidir. Son olarak, menfaatler dengesi bakımından inceleme yapılmalıdır. Feshin amacı cezalandırmak veya yaptırım uygulamak değil, sözleşmenin ihlaline devam edilmesini önlemek, tekrarlanması olasılığından kaçınmaktır.

İş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından feshe son çare olarak başvurulmalıdır. İşçinin sosyal medya kullanımlarının iş ilişkisine etkisi göz önüne alınarak mümkünse önce uyarıda bulunma¹⁰⁵, disiplin cezası uygulama gibi

¹⁰⁰ BAG, 2 AZR 257/08, 10.09.2009; BAG, 2 AZR 200/06, 31.05.2007 (Juris); ArbG Duisburg, 5 Ca 949/12, 26.09.2012 bkz (2013) 1 NZA-RR (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs Report) 18, 18-20.

¹⁰¹ Yargıtay 22 HD, 32439/23194, 04.11.2013; Yargıtay 9 HD, 3737/27673, 20.10.2008 (Lexpera).

¹⁰² Yargıtay 9 HD, 10576/7110, 24.04.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 14655/10166, 12.06.2017 (Lexpera). ArbG Duisburg, 5 Ca 949/12, 26.09.2012 bkz (2013) 1 NZA-RR (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs Report) 18, 18-20.

¹⁰³ Yargıtay 9 HD, 3737/27673, 20.10.2008 (Lexpera): “Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlak kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez.”

¹⁰⁴ Olumsuz öngörü ilkesi uyarınca, fesih ileriye etkili olarak hüküm ifade eden yasal bir kurumdur. Bu anlamda, geçmişte olanlar bakımından bir tepki, yaptırım veya cezalandırma aracı değildir. Fesih ancak gelecekte iş ilişkisinin kesintiye uğramasını veya bozulmasını önlemeye hizmet eder. Bu anlamda, herhangi bir fesih için ön koşul, iş ilişkisinin sona erdirilmesini haklı çıkaracak ölçüde gelecekte zarar göreceğine dair bir tahmindir. Bkz BAG, 2 AZR 103/08, 23.06.2009 (Juris). Ayrıca bkz Roman F. Adam, ‘Sanktion, Prognoseprinzip und Vertragsstörung bei der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht’ (1998) (6) NZA 284, 284-287. Bu konuda bkz Doğan Yenisey, (n 72) 397, 478 vd.

¹⁰⁵ Yargıtay 9 HD, 37499/13785, 02.06.2008 (Lexpera): “İşçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibarıyla, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir... İhtar işçiyi ciddi bir şekilde uyarmalı, açıkça ortaya konan kusurlu davranışını tekrarlamamasını talep etmeli, tekrarı halinde, iş ilişkisinin mevcudiyeti ve içeriği açısından aleyhe bir takım sonuçların doğacağı tehdidinde bulunmalıdır.”

feshe alternatif yöntemler tercih edilmeli ve kanunun gerektirdiği hallerde işçinin savunması alınmalıdır.

İşçinin iş güvencesine tabi olmaması halinde ise işveren iş ilişkisini herhangi bir neden göstermeksizin, bildirim sürelerine uyarak sona erdirebilir. Ancak fesih hakkının kötüye kullanılmaması gerekir.

İş sözleşmesinin feshinde haklı sebep kavramı TBK m.435/2’de “*sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar*” şeklinde tanımlanmıştır. İşçi iş güvencesine tabi olsun veya olmasın, dürüstlük kuralı gereği iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği ölçüde ağır ihlallerin varlığı halinde işveren önceden bildirimde bulunmaksızın derhal iş sözleşmesini sona erdirebilir. İşveren bakımından haklı fesih sebebi doğuran haller İŞK m.25’te düzenlenmiş ancak sınırlı olarak sayılmamıştır. Bu anlamda ilgili maddede açıkça sayılmamış fakat iş ilişkisinin devamının dürüstlük kurallarına göre beklenemeyeceği bir hal mevcut olduğunda, iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilmesi mümkündür. Haklı fesih, fesih hakkına sahip olan taraf için kaçınılmaz olmalı ve son önlem olarak uygulanmalıdır¹⁰⁶.

Haklı ve geçerli feshin sonuçları arasında önemli farklılıklar vardır. Fesih türünün tespitinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin ne ölçüde zedelendiği ölçüt olarak kullanılabilir. İşçi ve işveren arasındaki güven ilişkisi temelinden çökmüşse işçinin davranışının haklı nedenle fesih sebebi oluşturduğu; bu ağırlıkta olmamakla birlikte taraflar arasındaki güven ilişkisi sarsılmış ve işverenden iş sözleşmesine devam etmesi makul sınırlar içerisinde beklenemiyorsa işçinin davranışının geçerli fesih sebebi oluşturduğu kabul edilmelidir¹⁰⁷.

1. İş Görme Borcuna Aykırılık Hali

TBK m. 393 ve İŞK m.8 uyarınca, işçi iş sözleşmesi ile işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmektedir¹⁰⁸. İşin görülmesi, işçinin asli borcudur. İşçi, yüklediği işi yerine getirirken kendisinden beklenen gerekli özeni göstermek zorundadır (TBK m.396). Özen borcu kapsamında işçi tüm dikkatini vererek, mesleki bilgisini ve sahip olduğu yetenekleri kullanarak iş görme borcunu yerine getirmelidir¹⁰⁹. Ancak özen borcunun her olaya uygulanabilecek belirgin sınırları yoktur. Bu nedenle işçinin

¹⁰⁶ ArbG Hagen, 3 Ca 2597/11, 16.5.2012 bkz (2012) 12 ArbRB (Arbeits Rechtsberater) 365, 365-366.

¹⁰⁷ Yargıtay 9 HD, 39707/32637, 05.11.2014 (Lexpera).

¹⁰⁸ Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 353; Çelik ve diğerleri (n 6) 315; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 579; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 116; Senyen Kaplan (n 7) 155; Bilen (n 3) 114.

¹⁰⁹ Çelik ve diğerleri (n 6) 318; Recep Makas, ‘Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları’ (2012) 16(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 151-152; Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 356; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 118; Senyen Kaplan (n 7) 160; Akyiğit (n 7) 181-182.

göstermesi gereken özenin derecesi, somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir¹¹⁰. Geniş anlamda özen borcu, dürüstlük kuralının iş sözleşmelerindeki yansımadır¹¹¹. Bu nedenle özen borcu, yalnız işin görülmesi değil, sadakat borcu gibi sözleşmeden doğan diğer borçların ifasında da dikkate alınmalıdır¹¹².

İş görme borcuna aykırılık, işçinin yapmakla yükümlü olduğu işi hiç yerine getirmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi şeklinde gerçekleşebilir. İş görme borcuna aykırılık halinde, işveren somut olayın özelliklerine göre, iş sözleşmesini haklı veya geçerli sebebe dayanarak feshedebilir. Söz gelimi “*İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*” hali İŞK m. 25/2-h bendinde haklı fesih sebebi olarak sayılmıştır. Yine İŞK m. 25/2-ı bendinde yer alan “*işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi*” ile “*işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması*” halleri de iş görme borcuna aykırılığın haklı fesih sebebi sayılacağı hallerdendir.

İş görme borcuna aykırılık, haklı fesih ağırlığına ulaşmamakla birlikte, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından geçerli fesih sebebi oluşturabilir. Örneğin işin eksik, kötü, yetersiz görülmesi veya işçinin özen borcuna aykırı hareket ederek işvereni 30 günlük ücret tutarını aşmayacak ölçüde zarara uğratması geçerli fesih kapsamında görülebilir.

Çalışanların iş saatleri içinde kendilerine veya işverene ait telefon ya da bilgisayar gibi çeşitli araçlar yoluyla, özel amaçlı olarak, sosyal medya ile ilgilenmeleri hali öğretide “*sanal kaytarma*” olarak adlandırılmaktadır¹¹³. İşyerinde ve çalışma saatleri içerisinde sanal kaytarma olgusunun gerçekleşmesi, iş görme borcuna aykırılık oluşturur¹¹⁴. Sanal kaytarma, farklı görünümlemlerle de karşımıza çıkabilir. İnternet üzerinde haber sitelerinde vakit geçirilmesi ya da şahsi e-posta gönderilerinin gerçekleştirilmesi bunlara örnek olabilir¹¹⁵. Sanal kaytarma olgusundan söz edebilmek

¹¹⁰ Makas (n 109) 155; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 586; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 118; Senyen Kaplan (n 7) 160; Akyiğit (n 7) 182; Yargıtay HGK, 1201/373, 19.03.2014 (Lexpera): “*İşçinin özen borcu, iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan bir yükümlülüktür. Özen derecesinin belirlenmesinde, her şeyden önce, iş akdi esas alınır. İş akdinde bu konuda açık veya örtülü herhangi bir hüküm yer almıyorsa, bu takdirde işçinin dahil olduğu meslek dalında veya faaliyet alanında bir işin görülmesi için geçerli olan kurallara uygun olarak iş görme borcunu yerine getirmesi gerekecektir. Diğer deyimle işçi, her somut olayın özelliğine göre, yaptığı işin niteliğine uygun bir özen göstermelidir. Ayrıca özenin derecesinin saptanmasında söz konusu işle ilgili mesleki gelenekler veya işyerindeki uygulamalar da dikkate alınır.*”

¹¹¹ Makas (n 109) 151.

¹¹² Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 586. Özen borcunu sadakat borcunun kapsamına alan görüş için bkz Kudret Ertaş, *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, (1982) 29.

¹¹³ Fatih Karcıoğlu ve Ceyhan Serçemeli, ‘İşyerindeki Sanal Kaytarma Davranışları Hakkında Hukuki Bir Değerlendirme’ (2018) (86) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 322, 324; Bilen (n 3) 116.

¹¹⁴ Vahap Ünlü, ‘Çalışanların Mesai Saati İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?’ (2011) 6(22) Sicil İş Hukuku Dergisi 209, 215.

¹¹⁵ Vivien K. G. Lim, ‘The IT Way of Loafing on the Job: Cyberloafing, Neutralizing and Organizational Justice’ (2002) 23(5) Journal of Organizational Behavior 675, 675–694.

için işçinin çalışma süreleri içinde yapmakla görevli olduğu işle ilgili olmaksızın sanal ortamda vakit geçirmesi yeterlidir. İşçinin sosyal medya kullanımları da bu kapsamdadır.

İşçinin iş görme borcuna aykırı davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi değerlendirilirken özel amaçlı internet kullanımına ilişkin sınırlamaların varlığı ve içeriği araştırılmalıdır. İşçinin sosyal medya kullanımlarının yasaklanmamış olması durumunda, suç teşkil etmeyen, özellikle süresi ve şekli bakımından makul sınırlar içerisinde kalan kullanımlar nedeniyle iş sözleşmesi sona erdirilememelidir. İşverenin sosyal medya kullanımları nedeniyle işini aksatan işçiyi uyarması gerekir¹¹⁶. Bu uyarıya rağmen, sosyal medya kullanımlarına devam ederek, hatırlatıldığı halde iş görme borcunu yerine getirmeyen işçinin iş sözleşmesi feshedilebilir. Yargıtay önceden uyarılmasına rağmen, mesai saatleri içinde bahis sitelerine girdiği ve özel amaçlı internet kullanımlarının bazı günler birkaç saati bulduğu tespit edilen işçinin davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir¹¹⁷.

İnternetin özel amaçla kullanıldığıın tespiti, haklı fesih için yeterli değildir. İşçinin sosyal medya kullanımının süresine de bakılmalıdır. Keza Yargıtay, feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı değerlendirilirken, internet kullanım süreleri ve iş saatlerinin çakıştığı sürelerin, denetime elverişli şekilde tespit edilmesi gerektiği görüşündedir¹¹⁸. Herhangi bir yasak olmasa dahi, uzun süre özel amaçlı internet kullanımı iş görme borcuna aykırılık oluşturur.

Öte yandan internette geçirilen süre uzun olmasa bile, birçok defa özel amaçlarla çeşitli platformlardan büyük boyutlu dosyalar indirilerek işyerindeki bağlantının yavaşlatılması, riskli sitelere girilmesi, işverene ait kurumsal sosyal medya hesabı aracılığı ile kullanım amacına aykırı biçimde üçüncü kişilerle şahsi konuşmalar yapılması veya uygunsuz paylaşımlar yapılarak işverenin itibarına zarar verilmesi de işin özenle görülmesi borcuna aykırıdır. Bu nedenle, kullanım süresinin uzunluğunun yanı sıra sosyal medyanın ne şekilde kullanıldığı ve bu kullanımların iş ilişkisi üzerindeki olumsuz etkisi de incelenmelidir.

2. Talimatlara Uyuma Borcuna Aykırılık Hali

İşçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de işverenin emir ve talimatlarına uyuma borcudur¹¹⁹. TBK m.399 uyarınca işveren, işin görülmesine veya işyerinde işçilerin davranışlarına ilişkin genel düzenlemeler yapabilir veya özel

¹¹⁶ Bilen (n 3) 169.

¹¹⁷ Yargıtay 9.HD, 19150/26792, 10.10.2006 (Kazancı).

¹¹⁸ Yargıtay 22 HD, 248/5281, 14.03.2017 (Lexpera).

¹¹⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 591; Çelik ve diğerleri (n 6) 325; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 130; Senyen Kaplan (n 7) 161; Akyiğit (n 7) 182; Bilen (n 3) 115.

talimatlar verebilir¹²⁰. Bu borç gereği, işçi işverenin gerek işin görülmesi gerekse işyeri düzenine ilişkin talimatlarına uymak durumundadır. Esasen bu borç, işverenin yönetim hakkının karşılığıdır¹²¹.

Özel amaçlı internet kullanımı açıkça yasaklanmış olmasına rağmen, işçi bu yasağa uymayarak işyerinde ve iş saatleri içerisinde, örneğin sosyal medyada uzun süre gezinerek ve arkadaşlarıyla mesajlaşarak iş görme borcunu önemli ölçüde ihmal etmişse, iş sözleşmesi haklı nedenle feshedebilir¹²². Ancak işçinin işveren tarafından uyarılması gerekir¹²³.

İşçinin işverenin talimatlarına uymaması durumunda, işverenin önemli bir zarara uğrayıp uğramadığına da bakılmalıdır. Zarar, fesih için gerekli bir unsur olmamakla birlikte, işçinin davranışının iş ilişkisi üzerindeki olumsuz etkisinin tespitinde dikkate alınmalıdır. İşçinin talimatlara uyma borcuna aykırı davranışının işvereni önemli bir zarara uğratması halinde, haklı nedenle fesih mümkün iken, zararın önemsiz olması veya hiç oluşmamış olması halinde geçerli fesih gündeme gelebilecektir. Yargıtay açıkça yasaklanmış olmasına rağmen, bir yıl içinde 6 kez yarım saat ve 6 kez de bir saatin üzerinde bir süreyle alışveriş ve oyun sitelerine girerek, işyerinde iş saatleri içerisinde interneti özel amaçlı kullanan işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı sonucuna varmıştır¹²⁴. Kararda işçi üstlenmiş olduğu işi yetiştirmiş olsa ve işveren bakımından zarar oluşmamış olsa dahi, işyerindeki internetin iş sözleşmesinin eki niteliğindeki banka etik kurallarına aykırı olarak kullanılması ve iş saatleri içerisindeki bu zamanın iş görme edimine harcanmamış olması fesih sebebi olarak değerlendirilmiştir.

İşçinin işyeri dışındaki davranışları ya da yaşam tarzı hakkında, işverenin talimat verme hakkı bulunmamaktadır. İşveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez ve özel hayatına müdahalede bulunamaz¹²⁵. Örneğin işçinin sosyal medya hesabı bulunması, işyeri dışında sosyal medya kullanması, yıllık izinde iken sosyal medya hesabı üzerinden tatil fotoğrafları paylaşması yasaklanamaz. İşveren böyle

¹²⁰ “İşverenin koyduğu genel düzenlemeler bütün işçiler ve işyeri için bağlayıcı düzenlemeler olduğu hâlde, özel talimat, ancak iş için özelliği gerektirdiği ölçüde konulabilen ve sadece muhataplarının bilgisine ulaştırıldığı takdirde bağlayıcı olabilen düzenlemelerdir.” Bkz TBK m.399’un gerekçesi, TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=60358&pkanunnumarasi=6098>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2022.

¹²¹ Çelik ve diğerleri (n 6) 326; Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 359; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 131; Senyen Kaplan (n 7) 160.

¹²² “Açık ya da dolaylı bir biçimde daha önceden çalışma saatleri içerisinde yoğun bir biçimde özel amaçlı internet kullanımı derhal fesih için neden oluşturabilir. Bu durum özellikle; özel amaçlı internet kullanımının kesin olarak yasak olması halinde, özel amaçlı internet kullanımı nedeniyle iş görme borcunun önemli oranda ihmal edilmesi halinde, internette çok yoğun olarak dosyaların veya verilerin indirilmesi halinde, özel amaçlı kullanım nedeniyle önemli bir maliyet kaleminin ortaya çıkması halinde geçerlilik kazanmaktadır.” Schleswig Holstein Eyalet İş Mahkemesi, 5 Sa 49/06, 27.6.2006 için bkz Alpay Hekimler (tr), ‘Alman Federal Mahkeme Kararları’ (2007) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi 363, 364. Kararın incelenmesi için bkz Hozar (n 16) 199-207.

¹²³ Göktaş (n 17) 33; Kreitner (n 30) [13]; LAG Köln, 2 Sa 816/03, 15.12.2003 (Juris).

¹²⁴ Yargıtay 9 HD, 36305/12393, 04.05.2009, (2009) 4 (23) Çalışma ve Toplum, 272-276. Kararın incelenmesi için bkz. Yıldız (n 71) 110-119. Ayrıca bkz Köseoğlu (n 26) 234-235.

¹²⁵ Yargıtay 9 HD, 3669/20770, 25.11.2019 (Lexpera).

bir yasağın varlığını ileri sürse dahi, işçinin özel hayatına haksız müdahale oluşturan talimatlara uymaması, fesih nedeni olarak kabul edilemez¹²⁶.

3. Sadakat Borcuna Aykırılık Hali

İşverenin işçiyi gözetme borcunun karşılığı olan sadakat borcu, iş sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümlülüğüdür¹²⁷. İş sözleşmesi taraflar arasında kişisel bir ilişki yaratır ve bunun sonucu olarak tarafların birbirlerinin menfaatlerini gözetme yükümlülüğü doğar¹²⁸. TBK m. 396’da yer alan düzenlemeye göre işçi, işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Öğretide sadakat borcu işçinin, işverenin hukuken korunmaya değer menfaatlerini, dürüstlük ilkesinin ve aralarındaki güven ilişkisinin gerektirdiği şekilde ve işverenin kendisinden bekleyebileceği düzeyde koruması, kendi davranışlarıyla bu menfaatlara zarar vermektan kaçınması şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere sadakat borcu olumlu ve olumsuz davranış yükümlülükleri oluşturur. Sadakat borcu gereği, işçi bazı davranışlardan kaçınmak bazı davranışları ise yerine getirmek yükümlülüğü altındadır¹³⁰.

Sadakat borcuna aykırılık bakımından işverene zarar verebilecek bir davranışın gerçekleştirilmesi yeterlidir. Zararın doğması ya da ilgili davranışın ceza hukuku anlamında suç teşkil ediyor olması aranmaz¹³¹. Bu yönüyle sadakat borcunun sınırlarını net şekilde belirlemek zordur. Kaldı ki işçi ve işveren arasındaki ilişki ve işçinin işyerindeki pozisyonuna göre sadakat borcunun kapsamı da değişebilir¹³². Bu nedenle her olayı kendi koşulları içinde değerlendirmek gerekir. Hatta kanun ya da sözleşme hükümlerinde düzenleme yoksa örf ve adet kurallarının da dikkate alınabileceği belirtilmektedir¹³³.

Sadakat borcunu somutlaştırmak için işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmaması, itibarını zedelememesi, işyerindeki düzeni bozmaması, işverenle

¹²⁶ Göktaş (n 17) 19.

¹²⁷ Gülsevil Alpagut, ‘İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler’ (2012) 7(25) Sicil İş Hukuku Dergisi 23, 23; Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 357; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 601; Hasan Kayırgan, ‘İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirilmesi’(2014) 20 (1) Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi 459, 460.

¹²⁸ Alpagut (n 127) 23; Çelik ve diğerleri (n 6) 330; Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 360; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 600; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 133; Senyen Kaplan (n 7) 163; Kayırgan (n 127) 460.

¹²⁹ Alpagut (n 127) 24; Arzu Arslan Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (On İki Levha Yayıncılık, 2010) 144; Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 360; Sevimli, (n 47) 89; Akyiğit (n 7) 183.

¹³⁰ Alpagut (n 127) 24; Çelik ve diğerleri (n 6) 331; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 602; Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 357; ‘Okur, Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü’ (n 60) 57. Kayırgan (n 127) 462; Arslan Ertürk (n 129) 148.

¹³¹ Çelik ve diğerleri (n 6) 332; Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 359.

¹³² Ertürk (n 35) 115.

¹³³ Kayırgan (n 127) 462.

rekabet etmemesi örnekleri verilebilir¹³⁴. Keza basına yansıyan bir olayda görüldüğü üzere, salça üretim tesisinde çalışan bir işçinin “TikTok” isimli sosyal medya uygulamasına, domatesleri ayaklarıyla ezerek dans ettiği bir video yüklemesi eyleminin haklı fesih sebebi oluşturduğu, işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı tartışmasızdır¹³⁵. Söz konusu video nedeniyle işverene idari para cezası uygulanmış ve tonlarca ürün imha edilmiştir. Dolayısıyla işçinin söz konusu eylemi ve bu eylemine ilişkin sosyal medya paylaşımı, işverenin itibarının zedelenmesine ve maddi olarak önemli zararlara uğramasına neden olmuştur.

Sadakat borcunun kapsamı belirlenirken işçinin temel hakları da dikkate alınır¹³⁶. İşçi ifade özgürlüğü kapsamında işvereni, iş koşullarını, işyerini eleştirebilir. Bu durum sadakat borcuna aykırılık oluşturmaz. Ancak işçinin işverenin ekonomik varlığını tehdit eden, itibarını zedeleyen gerçeğe aykırı açıklamalarda bulunması ifade özgürlüğü kapsamında korunmaz. Bu nedenle işçinin sosyal medya paylaşımlarının sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı ve eleştiri sınırlarını geçip geçmediğinin değerlendirilmesi gerekir¹³⁷.

Sadakat borcuna aykırılık oluşturabilecek bazı halleri alt başlıklar halinde değerlendirmek mümkündür. Bu bağlamda işçinin (i) şeref ve namusa dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, (ii) işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması, (iii) işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması ve (iv) doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması gibi eylemlerin sosyal medya kullanımı yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin ihtimaller aşağıda incelenmiştir.

i. İşçinin Şeref ve Namusa Dokunacak Sözler Sarf Etmesi veya Davranışlarda Bulunması

İşK m. 25/II-(b) uyarınca, “işçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması” haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Bu söz veya davranışların Türk Ceza Kanunu¹³⁸ anlamında hakaret suçunu oluşturması halinde, işveren lehine fesih hakkı doğduğu tartışmasızdır. Öte yandan işçinin söylemleri ve eylemleri suç niteliğinde olmasa dahi, iş sözleşmesinin feshine yol açabilir. Bu anlamda, söz konusu söz veya davranışların

¹³⁴ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 602; Astarlı (n 57) 313; Velioglu (n 69) 224. Hatta sadakat borcunun geniş anlamda sözleşmeden doğan tüm borçları kapsayan bir borç olduğu yönünde bkz Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 7) 603.

¹³⁵ TRT Haber, ‘Domatesleri ayaklarıyla ezen kişinin çalıştığı firmanın faaliyetleri durduruldu’ (2020) <<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/domatesleri-ayaklariyla-ezen-kisinin-calistigi-firmanin-faaliyetleri-durduruldu-511958.html>> Erişim Tarihi 1 Mart 2022.

¹³⁶ Ertürk (n 35) 116.

¹³⁷ Göktaş (n 17) 31-32; Ertürk (n 35) 122; Bilen (n 3) 104.

¹³⁸ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

suç niteliğinde olması ya da kovuşturulması fesih hakkının doğması bakımından zorunlu değildir.

TCK m.125/1 uyarınca “bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak” hakaret suçunu oluşturur ve TCK m.126’ya göre, “hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.”. TCK’da yer alan düzenlemeler de dikkate alındığında işçi, işverenin ya da işveren vekilinin adını açıkça vermese dahi, “... şubesi müdürü”, “... şirketi sahibi”, “...Şirketi” gibi kime yönelik olduğu belli veya belirlenebilir bir şekilde, hakaret içerikli paylaşımlar yapması halinde, bu suçun oluştuğu kabul edilir. Nitekim Yargıtay, davacı işçinin “iki kelimeyi bir araya getirip cümle kuramayan adamlar müdür olursa basit bir resmi yazıya cevap yazmayan gerizekalılar şef olur...’de iş hayatı saçma sapan ilerliyor” şeklindeki paylaşımının işverene haklı fesih imkanı verdiği yönünde karar vermiştir¹³⁹. Diğer bir kararda, ambulans şoförü olarak çalışan işçinin sosyal medya hesabı üzerinden, isim vermeden işveren ve aynı işyerindeki diğer işçiler hakkında onur kırıcı, aşağılayıcı paylaşımları, haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁴⁰.

İşçinin sosyal medya hesabı üzerinden, işveren ya da diğer işçilere dair hakaret niteliğinde veya suç niteliğinde olmasa dahi, kişilik haklarını ihlal eden söylemler paylaşması halinde, işveren bakımından haklı fesih nedeni doğduğu kabul edilmelidir. Söz konusu paylaşım “herkese açık” olarak değil sınırlı bir çevre ile paylaşılmış da olsa, işverenin hukuka uygun yollardan öğrenmesi kaydıyla, haklı fesih hakkının doğduğu savunulabilir¹⁴¹.

Duisburg İş Mahkemesi kararına konu olayda, perakende memuru olarak çalışan işçi çalışma arkadaşlarının kendisi hakkında dedikodu yaptığını ileri sürerek, hakaret oluşturan söylemlerde bulunmuştur¹⁴². Mahkemeye göre işçinin, işverene veya çalışma arkadaşlarına hakaret teşkil eden söylemlerde bulunması halinde, uyarıda bulunmaksızın, iş sözleşmesi bildirimlessiz olarak feshedilebilir. Bu durum, Facebook üzerinden sadece arkadaşlar veya sadece arkadaşının arkadaşları gibi “herkese açık” olmayan bir şekilde paylaşım yapılması halinde de geçerlidir.

¹³⁹ Yargıtay 9 HD, 27643/7929, 31.03.2016 (Kazanıcı).

¹⁴⁰ Yargıtay 9 HD, 2778/422, 23.01.2017 (Lexpera).

¹⁴¹ Söz konusu söylemler geniş kitlelere ulaşmasa dahi kişilik haklarının ihlaline yol açabilir. Zira TCK m.125’te açıkça ifade edildiği üzere, “mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılması için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir”.

¹⁴² ArbG Duisburg, 5 Ca 949/12, 26.09.2012 bkz (2013) 1 NZA-RR (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs Report) 18, 18-20.

Yargıtay, işçinin kişi belirtmeksizin Facebook üzerinden “Allah belalarını versin” şeklindeki paylaşımın hakaret niteliğinde olduğu, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği kanaatine varmıştır¹⁴³. Söz konusu ifade, hakaret suçunu oluşturmamakla birlikte¹⁴⁴, işverenin kişilik haklarını ihlal edebilecek bir niteliktedir¹⁴⁵. Öte yandan işçi tarafından paylaşımın içeriği kadar, kime yöneltildiği, belirli veya belirlenebilir bir kişiye mi yönelik olduğu hususu da önem arz etmektedir. Ancak söz konusu söylemin işverene veya işveren yetkililerine yönelik olduğu sonucuna nasıl varıldığı karardan anlaşılammaktadır. Kararda, işçinin söz konusu sosyal medya paylaşımında kişi belirtilmediği hususu açıkça yer almaktadır. Şayet söz konusu ifadenin haklı feshe konu edilebilecek birine karşı söylendiği anlaşılamiyorsa karar yerinde değildir¹⁴⁶.

Hagen İş Mahkemesi kararına konu olayda, 32 yıllık kıdemi bulunan bir işçi Facebook’ta kendi duvarında (ilgili sosyal medya hesabındaki arkadaşlarının erişebileceği bir alanda) başka bir işçi ile konuşup, amiri hakkında isim de belirterek, hakaret içerikli paylaşımlar yapmış ve kendisine üç ay içerisinde iki defa uyarı verdiğini söyleyerek eleştirmiştir¹⁴⁷. Bunu öğrenen işveren derhal iş sözleşmesini feshetmiştir. İşçi söz konusu yazışmaları, sohbet kısmında özel olarak yapmak isterken yanlışlıkla panosunda paylaştığını ileri sürmüştür. Cezai anlamda hakaret niteliğindeki söylemlerin kamuya açık olarak paylaşımı, ifade özgürlüğü kapsamında olmadığından, Mahkemece feshin haklı nedene dayandığı sonucuna varılmıştır.

İşçinin işveren hakkındaki hakaret içerikli bir paylaşım bakımından “beğen” butonuna basması da somut olaya göre fesih nedeni olarak değerlendirilebilir. Dessau-Roßlau İş Mahkemesi kararına konu olayda, Sparkasse isimli bankada 25 yıldır çalışan bir işçinin kocasının, Facebook üzerinden açıkça isim vermeden, sadece isimlerinin ilk harfini belirterek banka müdürleri hakkında hakaret teşkil eden ifadeler kullandığı ve işçinin bu paylaşım için “beğen” tuşuna bastığı tespit edilmiştir¹⁴⁸. Bu paylaşım sadece paylaşımı yapanın arkadaş grubu tarafından görülebilmektedir (155 kişi). Bu paylaşımın işveren tarafından öğrenilmesi üzerine, işçinin açıklama yapması istenilmiştir. Bunun üzerine söz konusu paylaşımlar kaldırılmış, işçi beğen tuşuna kendisinin değil, kocasının bastığını ileri sürerek, bir daha bu veya bunun benzeri paylaşımlar yayınlanmayacağına dair güvence vermiştir. Ancak işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından bildirimizsiz olarak sona erdirilmiştir. Mahkemece, işçinin kocasının

¹⁴³ Yargıtay, 9 HD, 2244/22331, 19.12.2016 (Lexpera).

¹⁴⁴ Yargıtay Ceza Daireleri “Allah belanı versin” şeklindeki söylemlerin beddua niteliğinde olduğu, hakaret suçunun unsurlarını taşımadığı görüşündedir. Bkz Yargıtay 18.CD, 23504/6679, 08.06.2020; Yargıtay 4.CD, 1752/8474, 19.03.2014; Yargıtay 2.CD, 19185/9084, 10.04.2012 (Lexpera).

¹⁴⁵ Hukuk Genel Kurulu “Allah belanızı versin” ifadesinin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. HGK, 1687/427, 09.04.2019 (Lexpera).

¹⁴⁶ Aynı yönde: Savaş Kutsal ve Kolan (n 59) 539.

¹⁴⁷ ArbG Hagen, 3 Ca 2597/11, 16.5.2012, (2012) 12 ArbRB (Arbeits Rechtsberater) 365, 365-366.

¹⁴⁸ ArbG Dessau-Roßlau, 1 Ca 148/11, 21.3.2012 bkz (2013) 4 ArbRB, 108, 108-109.

paylaşımları nedeniyle herhangi bir sorumluluk taşımadığı, 25 yıllık kıdemi bulunan işçinin “beğen” tuşuna kocası değil, kendi basmış olsa dahi, sadece bir defaya mahsus bu eylemin fesih bakımından haklı neden teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bir görüşe göre “beğen” butonunun etkinleştirilmesi, önemli bir değere sahip değildir ve her durumda işçinin söz konusu görüş beyanını tam olarak benimsediği anlamına gelmez ve genellikle fazla dikkate alınmadan hızlı bir şekilde yapılır¹⁴⁹. Bu nedenle salt “Beğen” butonuna tıklanması, ilgili içeriğin doğru bulunduğu sonucuna varılması için yeterli olmaz¹⁵⁰. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, “Beğen” butonuna basmak, “söylediklerini beğendim” demekle aynı açıklayıcı değere sahiptir¹⁵¹. Hatta sözlü olarak yapılan bir görüş beyanının aksine, kimin bir gönderi veya yorumu beğendiği, ilgili gönderiye erişimi olan herkes tarafından görülebilir ve “beğenme” eylemi ispat edilebilir. Bu nedenle somut olaya göre “beğen” butonuna tıklanmış olması kişilik haklarının ihlaline ve iş ilişkisinin olumsuz olarak etkilenmesine yol açabilir. Ancak işveren hakkında hakaret içerikli bir gönderi paylaşılması ile bu gönderi bakımından “beğen” butonuna tıklanması aynı ağırlıkta değildir¹⁵². Salt “beğeni” butonuna tıklanması haklı değil, geçerli fesih nedeni oluşturabilir.

Yargıtay kararına konu diğer bir olayda, yerel mahkeme işçinin, hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilmiş olmasına rağmen, üyesi olduğu sendika tarafından yapılan ... şirketi ürünlerinin tüketilmemesi yönündeki boykot çağrısını Facebook’ta “beğen”mesi eyleminin tek başına sadakat ve özen yükümüne aykırılık oluşturmadığı, fesih bakımından haklı veya geçerli bir neden teşkil bulunmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Yargıtay işçinin “beğen”me eyleminin sadakat borcunun ihlali niteliğinde olduğu ve feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir¹⁵³. Kanaatimizce, işçinin sendika tarafından yapılan bir boykot çağrısına ilişkin ilanı salt beğenmesi, iş ilişkisinin devamının önemli ölçüde olumsuz olarak etkilendiği, işyeri düzeninin bozulduğu sonucuna varılması için yeterli değildir. Feshe son çare olarak başvurulması, bu anlamda işçinin uyarılması, savunmasının alınması, daha hafif yaptırımların uygulanması gerekir. Bu nedenle, somut olay bakımından, işçinin eyleminin geçerli bir fesih sebebi oluşturmayacağına ilişkin yerel mahkeme kararına katılıyoruz.

¹⁴⁹ “Beğen” butonuna basmanın, sadakat borcunun ihlali olarak görülebileceği, “beğeni” sayısının söz konusu gönderiyi haber akışında üste çıkarttığı, beğenmenin, beğeni yapıldıktan sonra uzun bir süre görünmeye devam edebildiği, ihlalin ağırlığının artmasına yol açabildiği yönünde bkz Gunther, Lenz ve Lutz (n 5) 407. Aynı yönde bkz Bauer ve Günther (n 67) 70-71.

¹⁵⁰ Bkz Bayreuther ve Stark (n 36) 459, 478; Burr (n 67), 116.

¹⁵¹ Fuhlrott ve Oltmanns (n 35) 785, 787; Bilen (n 3) 198.

¹⁵² Yargıtay 4.Ceza Dairesi de hakaret içerikli bir sosyal medya paylaşımının sadece beğenilmesi eyleminin hakaret suçunu oluşturmadığına karar vermiştir. Yargıtay 4 CD, 5598/33171, 17.11.2014 (Lexpera).

¹⁵³ Yargıtay 9 HD, 18603/26061, 17.09.2015 (Lexpera).

Üçüncü bir kişi tarafından yapılan küçük düşürücü nitelikteki bir açıklamanın paylaşılması da kişilik haklarını ihlal edebilir¹⁵⁴. Öğretideki bir görüşe göre, herhangi bir yorum yapılmaksızın, üçüncü bir kişi tarafından paylaşılan içeriğin yeniden paylaşılması, “beğen” butonuna tıklama ile kıyaslandığında nötr bir ifade biçimidir. Sadece paylaşım yapılması o görüşün desteklenmesi değil, eleştirilmesi için de kullanılabilir¹⁵⁵. Bu nedenle “paylaş” işlevinin onaylayıcı bir metin eklenerek kullanılıp kullanılmadığı da dikkate alınmalıdır.

İşçinin söylemlerini kime yönelttiğine dikkat edilmelidir. İşçinin sosyal medya aracılığıyla işverenin şeref, namus ve onuruna dokunacak sözler kullanmış olması, aynı zamanda sadakat borcuna aykırı bir davranış oluşturur ve kanunda haklı fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. İşverenin aile üyeleri hakkındaki şeref ve haysiyeti ihlal edecek nitelikteki söylemler nedeniyle de iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir¹⁵⁶. Ancak söz konusu söylemler değerlendirilirken bunların hangi platformda gerçekleştirildiği, içeriğe kimlerin erişimi olduğu, bu içerik nedeniyle iş ilişkisinin sona erdirilmesinin ifade özgürlüğüne aşırı bir müdahale oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmelidir. İşçinin sosyal medya hesabı üzerinden yayınlamış olduğu söylemlerinin iş akışını olumsuz olarak etkilemesi ve işveren ile arasındaki güven ilişkisini sarsıcı nitelikte olması halinde işveren iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilir¹⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi, belediyede sosyolog olarak çalışan işçinin WhatsApp aracılığıyla bir sohbet grubunda paylaştığı Belediye Başkanı'nın eşine yönelik söylemleri nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin, işçinin ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği, bu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı ve Anayasa m. 26'nın ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵⁸. İlgili bendin kapsamı kural olarak işveren ve aile üyeleridir. Ancak işçinin, aile üyelerinden olmasa da işverenin yakını veya farklı bir iş nedeniyle ortaklık ilişkisi bulunan kişilere hakaret etmesi, bu kişiler hakkında asılsız isnatlarda bulunması, özellikle işverenin şahsının önem arz ettiği küçük işletmeler bakımından geçerli fesih nedeni oluşturabilir¹⁵⁹.

Ayrıca işçinin işyerindeyken, işverene ya da üçüncü bir kişiye hakaret teşkil eden söylemlerde bulunması nedeniyle yedi günden fazla hapisle cezalandırılması ve

¹⁵⁴ Hamburg Bölge Mahkemesi (LG Hamburg), 312 O 85/98, 12.05.1998 için bkz (1998) (49) NJW-Neue Juristische Wochenschrift 3650, 3650-3651.

¹⁵⁵ Gunther, Lenz ve Lutz (n 5) 405-406.

¹⁵⁶ Aile üyeleri kavramı sadece aynı evde birlikte yaşayan kişileri değil, yakın ilişki içinde olunan diğer aile üyelerini de kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanır. Bkz Fatma Burcu Savaş, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi* (Beta 2012) 72.

¹⁵⁷ Yargıtay 22 HD, 10658/10130, 28.04.2014 (Lexpera).

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, 2018/33476, 07.10.2021, RG 30.12.2020, No 31705.

¹⁵⁹ Yargıtay 9 HD, 2244/22331, 19.12.2016; Yargıtay 9 HD, 2778/422, 23.01.2017 (Lexpera); Sarper Süzek, ‘İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih’ iç Mehmet Uçum (ed), *Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan* (Legal Yayınları 2005) 565, 581; Okur, ‘Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü’ (n 60) 62.

cezasının da ertelenmemesi veya diğer bir hal olarak gözaltı ya da tutukluluk süresinin bildirim süresini aşması halinde işveren bakımından haklı fesih nedeni doğar.

Öte yandan objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili yapıcı eleştiriler ya da işletmedeki bozukluk ve uygunsuzluklara ilişkin gerçeğe uygun eleştiriler geçerli fesih sebebi oluşturmaz¹⁶⁰. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi kararına konu bir olayda, yerel mahkeme, makine operatörü olarak çalışan işçinin, sadece söz konusu işyerindeki işçilerin yer aldığı kapalı bir Facebook grubunda “*Haram zift katran olsun benim hakkım bunlardan umudum olmadı olmaz. Beyin değişmedikçe hep aynı olur.*”, “*Ben de zehir zikkim ediyorum.*” ve “*Millet alacağını bekliyor. Hiç kimse keyfinden çalışmıyor.*” şeklindeki paylaşımlarının belli bir grup içerisinde yapıldığı, doğrudan somut kişileri hedef almadığı, ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli neden oluşturmadığı yönünde karar vermiş, istinaf mahkemesi de işçinin sosyal medyadaki ifadelerinin eleştiri sınırları içerisinde kaldığı gerekçesiyle davalı işverenin istinaf başvurusunu reddetmiştir¹⁶¹.

İşçinin, işveren hakkında “*şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması*” da haklı fesih hallerinden biridir. İşçinin asılsız ihbar ve isnatları, somut olaya göre iftira suçunu oluşturabilir¹⁶². İftira niteliğindeki söylemler, işveren bakımından haklı fesih nedenidir. Söz konusu isnatlar, herhangi bir suç oluşturmaya dahi, şeref ve haysiyet kırıcı nitelikte ve asılsız olmaları halinde, İşK m.25/II-(b) kapsamında iş sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilebilir. Ancak söz konusu isnatların gerçeğe uygun olması ve eleştiri hakkı sınırları içerisinde kalması halinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli veya haklı nedenle feshedilemeyeceği kabul edilmelidir.

Yargıtay kararına konu olayda, işçinin sosyal medya hesabında “*peki arkadaşlar devletin kestiği fazla mesaiyi cezalarını birçok banka çalışanlarına ödeyerek atlatırken bizim bankamız da bize ödeme şansı varken, devlete ödeyerek atlattığını biliyor muydunuz*” ve “*soranlara aldığı maaşı söylemekten utanan kaç kişiyiz? Bu yorumu beğenenlerden sayalım*” şeklinde paylaşımlarda bulunması ve bir arkadaşının yazmış olduğu “*Yeni bomba. Herkesin bildiği üzere tüm şube müdürlerine araç veriliyor. Kiralama firmalarından biri olan.... otomotivin yetkililerinden biri de..... Belki rastlantıdır ama ben pek öyle sanmıyorum. Resmen siz eşşek gibi çalışın siz ağlayıp sızlayın umurumuzda değilsiniz üst düzey yöneticiler olarak sizleri sömürmeye devam edicez deniyor*” şeklindeki paylaşıma “*Dostum iddian tamamıyla doğruymuş www.....com.tr 'ye girip hakkımızda bölümünden üst yönetim*

¹⁶⁰ Yargıtay 9 HD, 2244/22331, 19.12.2016 (Lexpera).

¹⁶¹ Gaziantep BAM, 8 HD, 3318/154, 01.02.2018 (Lexpera).

¹⁶² TCK m.267 uyarınca, yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmek iftira suçunu oluşturur.

bölümü seçilince yöneticiler arasında ismi ve resmi mevcut kendisini, inanmayanlar bakabilir” şeklinde yorum yapması nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmiştir¹⁶³. Bu yazışmaların belli bir grup içerisinde yapıldığı, ağır eleştiri niteliğinde olmakla birlikte, ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle feshin geçersiz olduğu kanaatine varılmıştır.

Sadece işveren hakkında değil, diğer işçiler, müşteriler gibi üçüncü kişiler hakkında şeref ve namusa dokunan gerçeğe aykırı iddialarda bulunulması da somut olaya göre haklı fesih sebebi olarak kabul edilebilir. Yargıtay, yönetim kurulu başkanı, diğer şirket çalışanı ile müvekkil firmanın üst düzey yöneticileri hakkında “*hırsızlık, rüşvet verme, ayıplı mal satma, şirkette çalışan bayanlarla ilişki kurma*” gibi gerçeğe aykırı iddialarda bulunulmasının İşK m.25/II-(b) uyarınca haklı fesih sebebi oluşturduğu yönünde karar vermiştir¹⁶⁴.

Baden-Württemberg Bölge İş Mahkemesine göre, bir işçinin, başka bir işçinin itibarını önemli ölçüde zedeleyebilecek gerçeğe aykırı bir iddiada bulunarak, (söz konusu kararda tecavüz suçundan ötürü hüküm giydiği yönünde) bu iddiayı Whatsapp aracılığı ile başka bir işçiye göndermesi, işçinin itibarının zedelenmesinin yanı sıra, şirketin itibarını zedelediği ve işyerindeki huzuru kalıcı olarak bozduğundan, haklı fesih sebebidir¹⁶⁵. İşçiler, işverenlerini, üstlerini, şirket koşullarını kamuoyunda da eleştirebilir. Ancak gerçeğe aykırı ağır isnadlarda bulunulması durumunda, ifade özgürlüğü hakkı ileri sürülemez.

ii. İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

Cinsel taciz kavramı¹⁶⁶, “*ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, tedirginlik ve sıkıntı verme*”¹⁶⁷ anlamına gelmektedir. Türk Ceza Kanunu anlamında cinsel taciz ile İş Kanunu’ndaki cinsel taciz kavramları içerik itibarıyla farklılık arz etmektedir. Bir kimsenin cinsel amaçlı olarak taciz edilmesi TCK m.105 anlamında cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır. Bu suçun aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi ağırlaştırıcı sebep niteliğindedir. Türk Ceza Kanunu bakımından cinsel taciz, vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğinde olmayan, mağdura yönelik cinsel amaçlı rahatsız edici söz ve eylemleri ifade etmektedir. Cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali

¹⁶³ Yargıtay 22 HD, 16290/17802, 14.06.2016 (Lexpera).

¹⁶⁴ Yargıtay 22 HD, 34583/918, 22.01.2015 (Lexpera).

¹⁶⁵ LAG Baden-Württemberg, 17 Sa 52/18, 14.03.2019 (Juris); Ayrıca bkz BAG, 2 AZR 534/08, 10.12.2009; BAG, 2 AZR 646/11, 27.09.2012 (Juris).

¹⁶⁶ 2002/73 sayılı Avrupa Birliği Direktifi uyarınca, cinsel taciz kavramının tanımı, “*bir kişinin onurunu ihlal etme amacıyla veya buna yol açan, özellikle göz korkutucu, düşmanca, omur kırıcı, aşağılayıcı veya saldırgan bir ortam yaratan, istenilmeyen her türlü sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel davranış*” şeklinde yapılmıştır. Bu konuda bkz Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0073>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

¹⁶⁷ TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

hali ise TCK m.102 uyarınca “cinsel saldırı” suçunu oluşturmaktadır. İş Kanunu bakımından cinsel taciz ise, sözlü, yazılı, görsel, fiziki yani cinsellik içeren, rahatsız edici her türlü söz ve eylemi kapsamaktadır. Bu çerçevede, İş Kanunu anlamında cinsel taciz, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların tamamını karşılamak üzere daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır.

Sataşmanın özel bir hali olarak kabul edilen cinsel taciz niteliğindeki söz veya eylemler 4857 sayılı Kanun m. 25/II’de ayrı bir bent olarak düzenlenmiştir¹⁶⁸. İşK m.25/II-(c) bendi uyarınca, “*bir işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması*”, haklı fesih sebebidir. Nitekim işverenin insan onuruna yaraşır bir işyeri düzeni kurma borcu, cinsel tacizi önleme noktasında da gündeme gelir¹⁶⁹. Cinsel tacizin işyerinde gerçekleşmesi zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁷⁰. Cinsel taciz teşkil eden söz ve davranışların sosyal medya aracılığı ile gerçekleştirilmesi de mümkündür. TCK m.105 uyarınca cinsel taciz suçunun kovuşturulması mağdurun şikâyetinde bulunmasına bağlıdır. Ancak, söz konusu fiilleri gerçekleştiren işçinin iş sözleşmesi, eylemin mağduru olan işçi şikâyetinde bulunmasa veya sonradan şikâyetini geri alsa dahi işveren tarafından haklı nedenle sona erdirilebilir. İşveren iş sözleşmesini feshetmek için ceza yargılamasının sonucunu beklemek zorunda da değildir.

Her ne kadar kanun metninde işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması hali açıkça düzenlenmişse de aynı davranışın işverene ya da işyerindeki bir başka kişiye, örneğin müşteriye yapılması halinde de sözleşme haklı nedenle feshedilebilir¹⁷¹. Benzer şekilde diğer bir işçinin veya işverenin bir müşterisinin sosyal medya üzerinden cinsel tacize maruz bırakılması halinde de aynı durum söz konusudur.

İşçinin sosyal medya üzerinden gerçekleştireceği mesaj ya da paylaşımların içeriğinin cinsel taciz niteliğinde olup olmadığının her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bir işçinin diğer bir işçiye “*kendimi tanıtmayı unuttum, kusura bakma az önce konuştuk seninle, danışma görevlisiyim ...’ta, çok cici ve tatlı birisin ve sıcak kanlısın, seni kardeşim gibi görüyorum ve arkadaş olmak isterim seninle, yanlış anlama senin yaşında kızım var*” şeklinde mesaj gönderdiği ve mesajı alan işçinin konuyla ilgili işverene şikâyetinde bulunması üzerine iş sözleşmesinin sona erdirildiği olayda, ilk derece mahkemesi haklı veya geçerli bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesiyle işe iade davasının kabulüne karar vermiştir. İlk derece mahkemesi, kullanıcıların kendisine mesaj gönderen kişi veya kişileri site üzerinden engelleyebileceğine ve istemediği kişi ve kişilerden mesaj almanın önüne geçebileceğine de vurgu yapmıştır. Ancak Yargıtay, davacı işçinin “*aynı işyerinde*

¹⁶⁸ Abbas Bilgili, ‘İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz’, (2011) (22) Sicil İş Hukuku Dergisi 63, 64.

¹⁶⁹ Gaye Baycık, ‘İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’, iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha 2018) 7, 256.

¹⁷⁰ Bilgili (n 168) 77-78; Çelik (n 59) 159.

¹⁷¹ Çelik (n 59) 159.

çalışmak dışında hiçbir sosyal bir münasebeti bulunmadığı belirlenen kadın işçiye” gönderdiği mesajın muhatabını taciz edici ve işçinin işverenin başka bir işçisine sataşması niteliğinde olduğunu belirterek feshi haklı kabul etmiştir¹⁷². Bu bakımdan Yargıtay sosyal medya platformlarındaki engelleme özelliğinin tek başına eylemin taciz niteliğini ortadan kaldırmayacağı yönünde değerlendirme yapmıştır¹⁷³.

Cinsel taciz niteliğinde olmayan taciz eylemleri ise sataşma kapsamında değerlendirilebilecektir. Yargıtay bir işçinin, aynı işyerinde çalışan ve sosyal medya platformunda arkadaş olmadığı bir başka işçinin sosyal medyada yer alan bir fotoğrafının altına “*çok sade ve güzelsin*” şeklinde yaptığı yorumu cinsel taciz olarak kabul etmese de bu yorumun sataşma niteliğinde olduğuna hükmetmiş ve fakat “*olayın işyerine yansdığı ve iş akışının bozulduğu*” gerekçesine dayanarak fesih için geçerli bir nedenin bulunduğu yönünde karar vermiştir¹⁷⁴. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, sataşma özü itibarıyla bir saldırı içerdiği için Facebook aracılığı ile “*çok sade ve güzelsin*” şeklindeki yorum ancak uygunsuz bir davranış olarak değerlendirilebilir¹⁷⁵. Bu nedenle söz konusu paylaşım sataşma ağırlığında değildir ve sosyal medyadaki mesajlaşmanın tonu ve biçimi düşünüldüğünde “ortak arkadaş olmama” olgusu geçerli bir fesih sebebi olarak da kabul edilmemelidir. Bu anlamda cinsel taciz niteliğinde olmasa da işçi tarafından gerçekleştirilen uygunsuz davranışın fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığı, bu davranışın algılanış biçimi ve etkileri dikkate alınmalıdır¹⁷⁶. Bu hususta işçinin uyarılması ve savunmasının da alınması gerekir. İşçinin buna rağmen bu tür uygunsuz ve rahatsız edici nitelikte söz ve eylemlere devam etmesinin ise geçerli fesih sebebi oluşturacağı savunulabilir.

iii. İşçinin Sataşması

İşK m.25/II-(d) uyarınca, “*işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması*” haklı fesih nedenidir. Sataşmak kelimesi, “*bir kimseyi rahatsız edecek davranışta bulunmak*” ve “*sarkıntılık etmek*” anlamlarına gelmektedir¹⁷⁷. Sataşma teşkil eden eylemlerin Türk Ceza Kanunu anlamında suç oluşturması şart değildir¹⁷⁸. Feshe konu olan sataşma eylemi işyerinde, işyeri dışında veya sosyal medya üzerinden gerçekleşebilir. Eylemin iş saatleri dışında gerçekleşmiş olmasının da feshe etkisi yoktur¹⁷⁹.

¹⁷² Yargıtay 9 HD, 20326/28093, 12.10.2015 (Lexpera).

¹⁷³ Çelik (n 59) 161.

¹⁷⁴ İlk derece mahkemesi ise söz konusu yorumu iltifat olarak değerlendirerek feshin geçersiz olduğu yönünde hüküm kurmuştur (Yargıtay 7 HD, 43589/6048, 10.03.2016 (Lexpera)). İlgili yorumun sataşma boyutunda dahi olmadığı görüşü için bkz Çelik (n 59) 145.

¹⁷⁵ Doğan Yenisey (n 72) 517.

¹⁷⁶ Doğan Yenisey (n 72) 518; Savaş, ‘Haklı Neden’ (n 156) 80.

¹⁷⁷ TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 15.02.2022.

¹⁷⁸ Yargıtay 9 HD, 1772/16488, 11.06.2009 (Lexpera).

¹⁷⁹ Çelik (n 59) 161; Savaş, ‘Haklı Neden’ (n 156) 89; Doğan Yenisey (n 72) 504.

İşçinin sosyal medya üzerinden bir diğer işçiyi işaret ederek “onu vuracağım” şeklinde yaptığı paylaşım Yargıtay tarafından sataşma kabul edilmiş ve işveren feshinin haklı fesih niteliğinde olduğuna karar verilmiştir¹⁸⁰. Benzer şekilde işçinin sosyal medya hesabı üzerinden kimliğini açıkça belirterek veya isim verilmesi dahi kimliği belirlenebilir bir şekilde diğer işçiler hakkında aşağılayıcı ifadeler kullanması da haklı fesih nedenidir. Yargıtay da isim verilmemiş olsa dahi diğer çalışanlar hakkında sosyal medya aracılığı ile aşağılayıcı nitelikte paylaşımlar yapan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmiştir¹⁸¹. Bir başka kararında ise Yargıtay, işçilerin bulunduğu Whatsapp grubuna sinkaflı mesaj gönderen işçinin mesajının kime yönelik atıldığının tespit edilememiş olmasından hareketle feshin haklı değil ancak geçerli nedene dayandığı yönünde hüküm kurmuştur¹⁸².

İşçinin işveren veya diğer işçiler aleyhine kullandığı ifadeler, haklı fesih ağırlığında değilse ve fakat yine de çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır¹⁸³. Yargıtay bir işçinin diğer işçilerle sürekli ve gereksiz tartışmaya girmesini ya da ciddi geçimsizlik göstermesini geçerli fesih nedeni olarak değerlendirmektedir¹⁸⁴. Yine hakaret veya sataşma boyutuna ulaşmayan fakat paylaşımlarda uygunsuz sözlere yer veren işçinin iş sözleşmesi de geçerli nedenle feshedilebilir. Yargıtay’ın önüne gelen bir olayda işçinin işverenin Facebook sayfasına yaptığı “*kan ter içinde çalışıyoruz*”, “*bayram paralarımızı, primlerimizi dahi vermediler*”, “*paraya doymadınız*”, “*... Senin bayramın kutlu olmasın*” ve “*kendi terimizle duş alıyoruz ona rağmen bayramda parasız bıraktılar, ayrıca sistemin şakşakçılarının değil emeğin yanında ol*” şeklindeki yorumları, Yüksek Mahkeme hakaret olarak kabul etmemiştir. Ancak bu yorumların uygunsuz söz ve davranış niteliğinde olduğu ve hareketle işyerinde olumsuzluklara yol açtığından hareketle geçerli fesih sebebi teşkil ettiği yönünde karar vermiştir¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Yargıtay 22 HD, 19137/23097, 08.09.2014 (Lexpera).

¹⁸¹ İşçinin Twitter hesabını takip edenler arasında işten arkadaşlarının bulunmadığı, paylaşımlarının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmesine rağmen, Yargıtay işçinin Twitter hesabı üzerinden somut kimlik bilgisi vermeden “*-sabah 6.25te bindiğim servise 6.20de bin 5dk.dan bir şey olmaz dedi saat 6.50de binen mahluk. Nasıl küfür etmedim kendime şaştım. -arkadaşlar patroncu bir İK personeli olacaksınız yapmayın o mesleği, çıldırtmayın insanı -aaa pardon ben İK yi insan kaynakları olarak biliyordum. Oysa ki siz patroncular işveren koruma departmanı yapmış onu. -İK yatırımı fuzuli gören, çalışanların kullandığı pc kalitesini önemsemeyen vizyonsuz işverenler derneği kurmak lazım.*” Gibi paylaşımlar yapmasının sataşma niteliğinde olduğu gerekçesiyle, haklı fesih sebebi bulunduğu sonucuna varmıştır. Bkz Yargıtay 9 HD, 22368/14208, 26.09.2017 (Lexpera).

¹⁸² Yargıtay 9. HD, 7066/357, 15.01.2020 (Lexpera).

¹⁸³ Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, bir fiziksel saldırı veya hakaret söz konusu olmaksızın işçinin, “*amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermesi, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmesi*” gibi davranışlarda bulunması, işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, geçerli bir fesih nedenidir. Bkz Yargıtay 9 HD, 13272/8406, 11.05.2017 (Lexpera). Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmenin, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermenin geçerli fesih nedeni sayılacağı yönünde bkz Yargıtay 9 HD, 2778/422, 23.01.2017 (Lexpera).

¹⁸⁴ Yargıtay 9 HD, 2778/422, 23.01.2017; Yargıtay 9 HD, 2244/22331, 19.12.2016 (Lexpera).

¹⁸⁵ Yargıtay 9 HD, 5823/2609, 04.02.2019.

iv. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması

Sadakat borcuna aykırılığının bir diğer görünümü işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmasıdır. Zira sadakat borcu gereği işçi, işverenin meşru menfaatlerini korumak durumundadır. İŞK m. 25/II-(e) bendinde yer alan hüküm gereği işçinin sosyal medya kullanımlarının doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturması halinde, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Söz konusu madde bendinde “işverenin güvenini kötüye kullanmak”, “hırsızlık yapmak” ve “işverenin meslek sırlarını ortaya atmak” halleri örnek olarak sayılmışsa da doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışların sınırlarını net bir şekilde çizmek güçtür¹⁸⁶. Bu nedenle her somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir¹⁸⁷.

İşyerini su basması üzerine bir işçinin kendi Facebook sayfasında “...gelecek tüm hasta ya da hasta yakınlarının dikkatine! Gelirken yanınızda can yeleği, Zodyak bot, çizme, yağmurluk, şnorkel, yüzme bilmiyorsanız simit, makarna, kolluk, ya da bu işi keyfe çevirmek istiyorsanız mayo getirmeniz önerilir” şeklinde paylaşım yaptığı olayda ilk derece mahkemesi, paylaşımın hakaret değil, espri amaçlı olduğu ve işçi ile işveren arasındaki güven ilişkisini ve davalı şirketin ticari itibarını sarsmadığını belirtmiştir. Buradan hareketle ilk derece mahkemesi su basma olayının sabit olması karşısında işçinin gerçek dışı ve kötüleme amacı olmayan bir durumu paylaşmasının ne haklı ne de geçerli fesih sebebi sayılamayacağına karar vermiştir. Buna karşın Yargıtay, söz konusu paylaşımı küçük düşürücü ve aşağılayıcı nitelikte bulmuş, espri niteliğinde sayılmayacağını ifade etmiş ve paylaşımı “doğruluk ve dürüstlikle bağdaşmayan hareket” olarak nitelendirerek feshin haklı olduğuna karar vermiştir¹⁸⁸. Davaya konu paylaşımın içeriği değerlendirildiğinde, işçi tarafından yapılan paylaşımın kimler tarafından görülebileceği, “genel olarak erişilebilir” olup olmadığı, ilgili içerikte işverene ait isim, logo, konum bilgisi gibi unsurların yer alıp almadığı, işçiye uyarıda bulunulup bulunulmadığı değerlendirilmemiştir. Üstelik rahatsız edici, hoşta gitmeyen ifadeler de eleştiri hakkı kapsamında yer almaktadır¹⁸⁹. Kanaatimizce söz konusu ifadeler gerçeğe aykırı nitelikte de olmayıp, eleştiri niteliğindedir. Bu nedenle, ilgili paylaşımın haklı veya geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceği yönündeki ilk derece mahkemesi kararına katılıyoruz.

İşçi, işverenin meşru menfaatlerine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak ve iş ilişkisinin devamı sürecinde edindiği sırları sadakat borcunun bir gereği olarak saklamakla yükümlüdür. İşverenin haklı menfaatleri doğrultusunda sır saklama borcu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eder¹⁹⁰. İşçinin sır saklama

¹⁸⁶ Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 713; Savaş, ‘Haklı Neden’ (n 156) 96.

¹⁸⁷ Çelik (n 59) 163.

¹⁸⁸ Yargıtay 7 HD, 37679/3462, 17.02.2016 (Lexpera).

¹⁸⁹ Yargıtay 22 HD, 8023/13598, 05.05.2016 (Lexpera).

¹⁹⁰ Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 361; Senyen Kaplan (n 7) 164.

yükümlülüğü herkes tarafından bilinen veya kolayca öğrenilecek bilgiler değil, gizli tutulması gereken bilgilerle sınırlıdır¹⁹¹. Sır kavramına yalnız açıklandığı zaman işverene zarar verebilecek hususlar değil, işverenin açıklanmasını istemediği her türlü bilgi girer¹⁹². Bu sırlar ticari sır¹⁹³ veya kişisel sır niteliğinde olabilir.

İşçinin özellikle üretim ve iş sırlarını, sosyal medyada kasten veya ihmalen yayması işverene önemli ölçüde zarar verebilecek niteliktedir ve bu davranış sadakat borcunu ihlal eder. Söz konusu eylemin kasten gerçekleştirilmesi haklı fesih nedeni oluşturur. Bu davranışın kasten gerçekleştirilmesi aynı zamanda suç da oluşturabilir¹⁹⁴. Kastı ve amacı sırların paylaşılması olmayan bir işçi, yanlışlıkla sosyal medya hesabına yüklediği bir fotoğraf veya video aracılığı ile işverene özgü yeni bir tekniğin, tedarik sürecine veya müşterilere ilişkin bilgilerin, iş koşullarına ve işyeri düzenine ilişkin bilgilerin yayılmasına da yol açabilir. Somut olayın özelliklerine göre, ihmali davranışla gerçekleşen ve esasen özen borcuna aykırılık teşkil eden böyle bir eylemin işverene fesih hakkı vereceği savunulabilir¹⁹⁵.

Yargıtay kararına konu bir olayda, bankada destek personeli olarak çalışan bir işçi, genel müdürün odasının önündeki kutuları görüp, genel müdürün işten ayrılacağı düşüncesiyle güvenlik kamerasındaki görüntünün fotoğrafını çekmiş ve aynı bankada müfettiş olan bir işçiye göndermiştir. Müfettiş olan işçinin ilgili fotoğrafı WhatsApp'ta bir sohbet grubunda paylaştığının öğrenilmesi üzerine iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Yargıtay bu görüntünün kurum dışına sızmasının işveren bakımından ekonomik sakıncalar doğuracağı, işçinin bu hareketinin iş ilişkisindeki güven ilişkisini ortadan kaldırdığı, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olduğu, işyerine ait bir sırrın açıklanması niteliği taşıdığı gerekçesiyle, İşK m.25/II-(e) uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği kanaatine varmıştır¹⁹⁶. Karşı oy yazısında, işyerinde uzun yıllar çalışmış, hakkında daha önce herhangi bir olumsuzluk kaydı bulunmayan davacı işçinin başka bir çalışan tarafından çekilip kendisine gönderilen bir fotoğrafı, sadece kendisi gibi müfettiş olan mesai arkadaşlarının dâhil olduğu, herkese açık olmayan bir sohbet grubunda paylaşmasının, haklı fesih nedeni olarak yorumlanmasının isabetli olmadığı,

¹⁹¹ Alpagut (n 127) 28.

¹⁹² Ekmekçi ve Yiğit (n 73) 360.

¹⁹³ Ticari sırlar, kamuya açık olmayan, yalnızca sınırlı bir grup insan tarafından erişilebilen ve işverenin ifşa edilmemesi hususunda meşru menfaati bulunan, işle ilgili gerçekler, koşullar ve süreçlerdir. Burr (n 67) 115.

¹⁹⁴ Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçuna ilişkin TCK m.239 uyarınca, "Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

¹⁹⁵ Yargıtay 9 HD, 3669/20770, 25.11.2019 (Lexpera): "Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şartı değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelemesinde rol oynayacaktır."

¹⁹⁶ Yargıtay 22 HD, 2198/5732, 25.02.2016 (Lexpera). Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz Yıldız (n 71) 112.

hatta söz konusu eylemin geçerli fesih nedeni dahi sayılmaması gerektiği ifade edilmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi ilgili olay bakımından, Daire kararının gerekçesinin yeterli olmadığı, başvurunun paylaşımının sadakat borcuna hangi yönden aykırı olduğu ve feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığı hususlarında yeterli değerlendirme yapılmadığı, başvurunun ifade özgürlüğü ile sadakat borcu arasında denge kurulmaya çalışılmadığı gerekçesiyle işçinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁹⁷. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararı ve Yargıtay kararında yer alan karşı oy yazısındaki görüş isabetlidir. İşçi sadece aynı işyerinde çalışan ve kendisi gibi müfettiş olarak görev yapmakta olan kişilerin bulunduğu kapalı bir sohbet grubunda paylaşım yapmış, üçüncü kişilerle paylaşmamış, bu bilgi kurum dışına çıkarılmamıştır. Bu nedenle işverenin önemli derecede zararına sebep olabilecek nitelikte bir davranış olduğunun kabulü güçtür.

Normal şartlar altında ifade özgürlüğü kapsamında yer alan bazı görüşleri, işçinin sosyal medya hesabı üzerinden paylaşması, işyerindeki pozisyonu veya işyerinin özellikleri de dikkate alındığında işyeri barışını bozacak derecede olumsuzluğa yol açabilir. Bu durumda, sadakat borcunun ihlal edildiği sonucuna varılabilir¹⁹⁸. Alkol bağımlılığıyla mücadele eden bir kurumda işçinin alkolü öven açıklamalar yapması bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁹⁹.

İşçinin, sosyal medya aracılığı ile işveren aleyhine yapmış olduğu, doğruluk ve bağlılığa aykırı nitelikteki paylaşımlar, yorumlar, beğeniler de iş sözleşmesinin feshine yol açabilir. Nitekim Yargıtay işçinin sosyal medya hesabı üzerinden işvereni hedef alarak “*F...adalet dağıtma bankası değildir, çünkü sadece torpillilerin, yalakaların bankası olmuş*” şeklindeki paylaşımının işverenin itibarını zedeleyici nitelikte olduğu, eleştiri sınırlarını aştığı, doğruluk ve bağlılığa aykırı olduğu ve feshin haklı nedene dayandığı sonucuna varmıştır²⁰⁰.

İşçinin sosyal medya kullanımları işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisini olumsuz etkilemişse ve bu olumsuzluk iş ilişkisinin devamının makul sınırlar içerisinde beklenememesine yol açmışsa işçinin davranışı geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmelidir²⁰¹. Yargıtay kararına konu bir olayda, ücret artışını yetersiz bulan işçinin Facebook hesabında, “*bu işin peşini bırakmayacağız*”, “*başlarına çorap örecekler*”, “*ben çok istiyorum çıkartılmayı, daraldım, burada ya*”, “*kapatın fabrikayı gitsin*” şeklinde işveren aleyhine yorumlar yapmıştır. Yüksek Mahkeme

¹⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, 2017/35488, 07.04.2021 < <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35488> > Erişim Tarihi 24 Nisan 2022.

¹⁹⁸ Çelik (n 59) 42.

¹⁹⁹ Okur, ‘Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü’ (n 60) 57; Astarlı (n 57) 314.

²⁰⁰ Yargıtay 9 HD, 11621/28293, 25.09.2014 (Lexpera).

²⁰¹ Yıldız (n 71) 109.

söz konusu söylemlerin haklı fesih nedeni oluşturmadığı, ancak işveren açısından iş ilişkisinin devamı makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceğinden feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varmıştır²⁰².

İşçinin sosyal medyadaki faaliyetlerinin rekabet etmeme borcu bakımından da değerlendirilmesi gerekir. İş ilişkisinin devamında işveren ile rekabet etmeme borcu, sadakat borcunun içinde yer alan bir yükümlülüktür²⁰³. TBK m.393/3 uyarınca işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz. İşveren tarafından herhangi bir sınırlama getirilmemiş olsa dahi, işçinin sadakat borcuna aykırı olacak şekilde başka bir (ek) işte çalışması halinde iş sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilebilir. Sadakat borcunu ihlalin ağırlığı değerlendirilirken, işçinin iş saatleri dışında yaptığı iş nedeniyle işverenin zarara uğradığı veya işyerindeki düzenin bozulduğu yahut işçinin veriminin düştüğü gibi hususlar gözetilmelidir²⁰⁴.

Diğer bir ihtimal olarak, işveren tarafından işçinin yan bir işte çalışması açıkça yasaklanmış olabilir. Bu hususta işveren tarafından getirilen sınırlamanın hukuka uygunluğu da incelenmelidir. İşçinin rekabet etmeme borcuna aykırı olmayan, asıl işteki verimini düşürmeyen, iş ilişkisinin devamına olumsuz etkisi olmayan bir şekilde yan bir işte çalışması yasaklanmamalıdır.

Yargıtay, bu yasağa rağmen Facebook üzerinden yaptığı paylaşımlardan yan bir işte çalıştığı tespit edilen işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçerli nedene dayandığı görüşündedir. Yüksek Mahkeme, soğuk meze aşçısı olarak çalışan işçinin, ek iş olarak dövmecilik yapması halinde iş ilişkisinin devamının makul sınırlar içerisinde beklenemeyeceğine karar vermiştir²⁰⁵. Diğer bir kararda ürün danışmanı olarak çalışan işçinin, iş sözleşmesinde başka bir işverene ait işyerinde veya kendi nam ve hesabına ücretli veya ücretsiz olarak çalışması açıkça yasaklanmış olmasına rağmen, boş vakitlerinde ticari kazanç getirecek şekilde fotoğrafçılık yapmasını, geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilmiştir²⁰⁶.

Sosyal medya platformları kullanılarak özellikle kozmetik, giyim, gıda takviyesi gibi ürünlerin reklam, tanıtım ve satışlarının yapılması karşılaşılabilen durumlardır. Yan işte çalışma yasağı yoksa, söz konusu faaliyetler çalışma saatlerinde gerçekleştirilmiyorsa ve işçinin sosyal medya üzerindeki bu tür faaliyetleri iş performansı üzerinde bir etkiye sahip değilse, kanaatimizce fesih sebebi teşkil etmemelidir. Buna karşın işçinin reklam, tanıtım veya satışını yaptığı ürünler, işverenin kendi ticari faaliyetleri bakımından rakip durumda ise sadakat borcuna

²⁰² Yargıtay 9 HD, 10576/7110, 24.04.2017 (Legalbank).

²⁰³ Süzek, *İş Hukuku* (n 6) 362; Eyrenci ve diğerleri (n 6) 134.

²⁰⁴ Yargıtay 7 HD, 4567/12025, 15.06.2015 (Lexpera).

²⁰⁵ Yargıtay 9 HD, 14956/9595, 05.06.2017 (Lexpera).

²⁰⁶ Yargıtay 22 HD, 146/2939, 12.02.2018 (Lexpera).

aykırılık meydana gelir. Bu halde faaliyetlerin boyutuna ve yoğunluğuna göre sosyal medya kullanımı haklı veya geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilir.

Değerlendirilebilecek bir diğer ihtimal ise işçinin sosyal medya platformları üzerinden işverenin adını kullanarak ticaret yapmasıdır. Yargıtay, sosyal medya platformu üzerinden olmasa da işverenin adını kullanarak ticaret yapan bir işçinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin bir olayda işçinin davranışının sadakat borcuna aykırı olduğunu ifade ederek sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğine hükmetmiştir²⁰⁷. Benzer bir eylemin sosyal medya platformu aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde de ulaşılabilecek sonucun aynı olacağını belirtmek gerekir.

İşçi ifade özgürlüğünün bir görünümü olarak işyerinde gördüğü hukuka veya etik ilkelere aykırı hususları ifşa edebilir²⁰⁸. İfşa hakkı (*whistleblowing*) demokratik toplumlarda şeffaflık, yolsuzlukla mücadele, hesap verilebilirlik ve kamusal denetim bakımından son derece önemlidir²⁰⁹. Kimyasal atıkların nehre boşaltıldığı bir fabrikada durumun kamuoyuyla paylaşılması buna bir örnektir²¹⁰.

Anayasa m.40 uyarınca, “*anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*” Keza Anayasa md.74 uyarınca, kişiler kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara başvurma hakkına sahiptir. İfşa hakkının medya üzerinden kamuoyu ile paylaşım yoluyla kullanılması da mümkündür²¹¹. Günümüzde sosyal medya kanalıyla içeriklerin hızla yayılabilmesi nedeniyle sosyal medya platformları da ifşa hakkının kullanıldığı yerler haline gelmiştir²¹². Ancak bu hakkın dürüstlük kurallarına ve ölçülülük ilkesine uygun bir biçimde kullanılmalıdır. Aksi halde ifşa edilen hususlar nedeniyle işçinin sadakat borcunun ihlali gündeme gelir²¹³.

AİHM işçinin işvereni ihbar etmesinin, ifşa hakkına ilişkin olduğu ve bu nedenle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğu görüşündedir²¹⁴. AİHM ifşa hakkının hukuka uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığını değerlendirirken şu kriterlere göre hareket etmektedir: (i) İfşada kamu yararının

²⁰⁷ Yargıtay 9. HD, 6664/10925, 28.06.2021 (Lexpera).

²⁰⁸ Ufuk Aydın, ‘İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)’ (2002) 2(2) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 79, 81; Bilen (n 3) 128. Whistleblowing kavramının karşılığı olarak ihbar veya ifşa hakkı ifadelerinin kullanılabilceği görüşü için bkz Mustafa Alp, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü’ (2013) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 385, 391.

²⁰⁹ Gülsevil Alpagut, ‘İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları’ iç Alpay Hekimler (ed), Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı (Legal 2021) 3; Alp (n 208) 414; Bilen (n 3) 128.

²¹⁰ Bilen (n 3) 127.

²¹¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 7) 606.

²¹² Bilen (n 3) 125.

²¹³ Çelik ve diğerleri (n 6) 333; Aydın (n 208) 84.

²¹⁴ Alp (n 208) 399.

bulunması, (ii) bilginin doğru olması, (iii) işverene verilen zararla ifşadaki menfaat arasında denge, (iv) ifşaya alternatif yolların mevcudiyeti ve etkinliği, (v) ifşada ifşacının asıl amacı ve (vi) yaptırımın ağırlığının otosansür etkisi²¹⁵.

İşçinin işyerinde fark ettiği hukuka ya da etik kurallara aykırılığı veya işleyişteki sorunları, herkese açık veya geniş bir kitleye ulaşacak şekilde doğrudan sosyal medya aracılığıyla paylaşması isabetli olmaz. İfşa hakkının çözüm getirecek makamla sınırlı olarak kullanılması gerekir²¹⁶. İşçiden beklenen, durumun özelliklerine göre sonuç elde etmesi de mümkünse öncelikle işverenden söz konusu durumun düzeltilmesini istemesidir. Bu yolun yararsız, imkânsız ya da zaman kaybı olması halinde işçi resmi kurumlara başvurmalı; ancak bu yollar denendikten sonra kamuoyuyla paylaşmalıdır²¹⁷. Ayrıca suç teşkil eden bir hal söz konusu ise, “suçu bildirmeme” suçunun (TCK m.278) varlığı gözetilerek, işçinin ifşa hakkını “kullanmasının sır saklama borcuna aykırı olmadığı kabul edilmelidir.

4. İş Sözleşmesinden Doğan Borçlara Aykırılık Dışındaki Bazı Haller

Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız üzere, işçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarını ihlal eden sosyal medya kullanımları nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi mümkündür. Ancak işçinin borca aykırılık teşkil etmeyen sosyal medya kullanımlarının iş sözleşmesinin feshine yol açıp açmayacağı incelenmesi gereken diğer bir konudur.

İşverenin, diğer işçilerin veya üçüncü bir kişinin suçun mağduru olması arasında ayırım yapılmaksızın işçinin işyerinde hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi (İşK m.25/II-(f)) veya suç işyerinde işlenmiş olsun veya olmasın gözaltı veya tutukluluk nedeniyle bildirim süresini aşacak uzunlukta devamsızlık yapması (İşK m.25/IV) halinde, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ancak işçinin eyleminin İşK m.25’te sayılan fesih hallerinden birine girmemesi halinde işverenin fesih hakkı bakımından işçinin suç teşkil eden fiilinin işyeri düzenini bozup bozmadığı, iş ilişkisinin devamını ne ölçüde etkilediği değerlendirilmelidir. Bu anlamda işçinin salt suç işlemiş olması olgusu, fesih için yeterli bir sebep değildir.

Bu çerçevede, işçinin sosyal medya hesabından bir arkadaşına yönelik hakaret içerikli paylaşımlar yapmasının, iş ilişkisinin devamını olumsuz olarak etkilemediği, iş ilişkisinin sona erdirilmesi için geçerli veya haklı bir fesih nedeni oluşturmadığı kabul edilebilir. Öte yandan, işçinin söz veya davranışı işyerindeki düzeni, huzuru ve

²¹⁵ Bkz Heinisch v. Germany 2011 – 28274/08; Guja v. Moldova 2008 – 14277/04. Kararlara ilişkin değerlendirmeler için bkz Alpagut (n 209) 9 vd; Alp (n 208) 385-422.

²¹⁶ Mustafa Alp, *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi – Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırı İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (Beta 2013) 110-111, 134.

²¹⁷ Çelik (n 59) 41; Çelik ve diğerleri (n 6) 334; Savaş Kutsal ve Kolan (n 59) 514-515; Velioglu (n 69) 225; Bilen (n 3) 128. AİHM kararlarında da kamuya ifşa etme son çare olarak görülmüştür Alpagut (n 209) 19.

iş akışını doğrudan olumsuz yönde etkiliyorsa, haklı neden olmasa da geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilir.

İşçinin suç niteliğinde olmayan işyeri dışındaki davranışları bakımından da yine işyerindeki düzenin, hiyerarşinin, iş bölümünün olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği değerlendirilmelidir. İşverenin fesih hakkının suç niteliğinde olmayan davranışlar bakımından çok daha sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Zira işçinin işyeri dışındaki davranışları onun özel hayatının parçasını oluşturur ve anayasal güvence altındadır. İlke olarak işçi özel hayatını yapılandırırken işverenin çıkarlarını dikkate almak ve davranışlarını buna göre düzenlemek zorunda değildir. İşçinin özel hayatı, işverenin yetki alanının dışındadır²¹⁸. İşçinin işyeri dışındaki yaşamını işverenin ahlaki değerlerine, siyasi görüşüne veya dini inancına uygun olarak sürdürmek gibi bir yükümlülüğünden söz edilemez.

Nitekim İşK m.18'in gerekçesine göre, “işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz”, ancak iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul edilebilir²¹⁹.

Bu anlamda işçinin işyeri dışındaki davranışlarının, işverenin hatta toplumun ahlak anlayışı ile uyum sağlamaması halinde dahi bu durum işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini, işyeri düzenini ve iş akışını önemli ölçüde olumsuz olarak etkilemedikçe, işveren iş sözleşmesini haklı veya geçerli nedenle feshedemeyecektir²²⁰. İşçinin sosyal medya hesabı ile paylaştığı siyasi görüşü, dini inancı, cinsel eğilimi, aile hayatı, giyim tarzı bu kapsamda değerlendirilebilir. Genel ahlaka aykırı görüntü, yazı veya sözlerin sosyal medyada paylaşılması, işçinin yaptığı işin, işyerinin niteliği göz önüne alınarak iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini gündeme getirebilir. Bu halde işyerindeki çalışma düzeninin olumsuz yönde etkilenip etkilenmediği değerlendirilmelidir.

Diğer bir örnek olarak, bir işçinin sosyal medya hesabında, bir kişiye veya belirli bir gruba yönelik ırk, dil, din, mezhep gibi nedenlerden ötürü nefret söyleminde bulunması, söz konusu söylemler suç teşkil etmese dahi fesih sebebi olarak görülebilir²²¹. Ancak bu feshin haklı veya geçerli neden oluşturup oluşturmadığının tespitinde, yapılan sosyal medya paylaşımının gizlilik ayarlarının dikkate alınarak

²¹⁸ LAG Thüringen, 6 Sa 204/18, 14.11.2018 (Juris).

²¹⁹ Feshin geçerli sebebe dayandırılmasına ilişkin İşK m.18'in gerekçesi için bkz TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23596&pkanunnumarasi=4857>> Erişim Tarihi 24 Şubat 2022. Ayrıca bkz Koç (n 83) 1444; Yargıtay 9 HD, 27583/5294, 17.03.2008 (Lexpera).

²²⁰ Birben (n 32) 139. Ayrıca bkz Sevimli (n 47) 617.

²²¹ Söz konusu nefret söylemlerinin, halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması halini oluşturması durumunda, TCK m.216 uyarınca, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturması da mümkündür.

“herkese açık” olup olmadığı, iş ilişkisinin devamı bakımından olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Sonuç

Teknolojinin gelişmesi ve sosyal medya kullanımının giderek yaygınlaşması, iş ilişkilerini önemli ölçüde etkilemektedir. Bu durum, mevzuatımızda açıkça düzenlenmeyen bazı hususların değerlendirilmesinde, yeni zorluklar yaratmaktadır. İşçilerin anayasal güvence altına alınan kişilik haklarının korunması ile işverenin girişim özgürlüğü ve meşru menfaatleri arasındaki adil dengenin korunması gerekmektedir. Bu dengenin korunmasında işverenin işçilerin sosyal medya kullanımlarını düzenlerken ölçülülük ilkesini gözetmesi önemlidir.

Uygulamadan doğabilecek sorunların önüne geçmek adına işverenlerin, işçilerin işyerindeki sosyal medya kullanımları bakımından, zaman, yer ve girilebilen siteler gibi konularda getirmek istedikleri yasak ve sınırlamaları açık ve net olarak düzenlemeleri önemlidir. Yine, işçilerin işyeri dışındaki sosyal medya kullanımları açısından ise işçilere iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerin ihlalinin olası sonuçlarını hatırlatan uyarı ve bilgilendirmelerde bulunmaları; hatta mümkünse bu hususta eğitim vermeleri gelecekte doğabilecek bazı hukuki uyumsuzlukları engelleme noktasında faydalı olacaktır.

İşçinin sosyal medya kullanımlarının işveren bakımından fesih nedeni oluşturması mümkündür. Ancak fesih hakkının varlığı ve feshin türü değerlendirilirken, işçinin kullandığı sosyal ağ ve özellikleri, her kullanımın aynı etkiye sahip olmadığı (örneğin paylaşım ve beğeni), söz konusu sosyal medya kullanımının ulaştığı çevre (kişi yönünden kapsam), paylaşımın içeriği (iş sözleşmesinden doğan borçları ihlal edip etmediği, suç oluşturup oluşturmadığı, eleştiri sınırları içerisinde kalıp kalmadığı vs.), işverene ilişkin bilgilere yer verilip verilmediği (isim, logo, konum bilgisi gibi), işçinin temel hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı bir müdahalede bulunulup bulunulmadığı (ifade özgürlüğü, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği gibi), delillerin hukuka uygun yollardan elde edilip edilmediği, işçiye ilişkin özellikler (işyerindeki konumu, işinin niteliği, kıdem süresi gibi), işverenin mevcut veya potansiyel bir zararı bulunup bulunmadığı, iş ilişkisinin olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği hususlarının incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamız kapsamında incelenen yargı kararlarının önemli bir kısmında sayılan hususlar hakkında yeterli inceleme yapılmamış olduğu görülmüştür.

Söz konusu unsurlar bakımından yapılacak değerlendirmede, işçinin iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmenin işveren açısından çekilmez hale geldiği anlaşılırsa işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple derhal fesih hakkı bulunduğu sonucuna ulaşılır. Ancak işçinin söz veya davranışı,

iş ilişkisinin devamını tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte işin normal işleyişini bozmuş, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkilemiş ve bu nedenle işverenin iş ilişkisine devamı makul sınırlar içerisinde beklenemiyorsa işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih hakkı doğar. Bununla birlikte iş güvencesi uygulamasında feshe son çare olarak başvurulması gerektiğinden, önce işçinin bu hususta uyarılması ve mümkünse savunmasının alınması gerekir. Bu bağlamda daha hafif önlemlerin uygulanma imkânı bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. İşçinin ilgili paylaşımı, yorumu ya da beğeniyi kaldırması, silmesi talep edilebilir; eylemin ağırlığına göre disiplin cezası uygulanabilir veya başka bir işte çalıştırılabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: A.Ç.Y., Ö.U.; Veri Toplama: A.Ç.Y., Ö.U.; Veri Analizi /Yorumlama: A.Ç.Y., Ö.U.; Yazı Taslağı: A.Ç.Y., Ö.U.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: A.Ç.Y., Ö.U.; Son Onay ve Sorumluluk: A.Ç.Y., Ö.U.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: A.Ç.Y., Ö.U.; Data Acquisition: A.Ç.Y., Ö.U.; Data Analysis/Interpretation: A.Ç.Y., Ö.U.; Drafting Manuscript: A.Ç.Y., Ö.U.; Critical Revision of Manuscript: A.Ç.Y., Ö.U.; Final Approval and Accountability: A.Ç.Y., Ö.U.

Bibliyografya/Bibliography

Basılı Kaynaklar/Printed Resources

- Adam RF, 'Sanktion, Prognoseprinzip und Vertragsstörung bei der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht' (1998) 6 NZA 284-287.
- Aichner T ve others, 'Twenty-Five Years of Social Media: A Review of Social Media Applications and Definitions from 1994 to 2019' (2021) 21(4) *Cyberpsychology, Behavior, And Social Networking* 215-223.
- Akyiğit E, *İş Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2021)
- Alp M, *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi – Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırı İşşa Hakkı ve İhbar Borcu* (Beta 2013).
- Alp M, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İşşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü' (2013) 15 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 385-422.
- Alpagut G, 'İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler' (2012) 7(25) *Sicil İş Hukuku Dergisi* 23-32.
- Alpagut G, 'İşşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları' iç Alpay Hekimler (ed), *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı* (Legal 2021).
- Arslan Durmuş S, 'İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkisine Etkisi' (2020) 25 (42) *DÜHFD* 135-168.
- Arslan Ertürk A, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (On İki Levha Yayıncılık 2010).

- Arslan R ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021).
- Astarlı M, 'İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015* (On İki Levha 2017) 211-384.
- Atalay O, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt: II iç Hakan Pekcanitez ve diğerleri (ed) (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (9. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).
- Aydın U, 'İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)' (2002) 2(2) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 79-100.
- Bauer JH ve Günther J, 'Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook Vertrauliche Kommunikation unter Freunden?'(2013) (2) NZA s.67-73.
- Baycık G, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha 2018) 7-356.
- Bayreuther F ve Stark E, 'Arbeitsrechtliche Aspekte der Social Media', *Rechtshandbuch Social Media* (2. Baskı, Springer 2021) 459-505.
- Bilen E, *Sosyal Medya Kullanımının İş Hukuku Bakımından Etkileri ve Sonuçları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019)
- Bilgili A, 'İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz', (2011) (22) Sicil İş Hukuku Dergisi 63-90.
- Birben E, 'İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi' in Prof. Dr. Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar-II* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 135-170.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, 'The Effects of Utilization of Social Media by Workers on Labor Law' (2018) 7 (1) PressAcademia Procedia 372-375.
- Brown M ve Dent C, 'Privacy concerns over employer access to employee social media' (2017) 43(3) Monash University Law Review 796-827.
- Burr S, 'Kündigung wegen unternehmensschädlichen Facebook-Postings' (2015) (3) NZA-Beilage 114-117.
- Caniklioğlu N, 'İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 185-368,
- Çelik KD, *Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi* (On İki Levha 2019).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraça E, *İş Hukuku Dersleri* (34. Baskı, Beta 2021).
- Doğan, S, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru* (Seçkin 2016).
- Doğan Yenisey K, 'İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' iç İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed), *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 387-582.
- Dural M ve Ögüz T, *Kişiler Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2021).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Baskı, On İki Levha 2021).
- Erdoğan C, 'İşçilerin E-posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine' (2017) 14 (55) İSGHD 1351-1386.
- Ertaş K, *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1982).

- Ertürk Ş, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin, 2002).
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Baskı, Beta 2020).
- Fuhlrott M ve Oltmanns S, ‘Social Media im Arbeitsverhältnis – Der schmale Grat zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung’ (2016) (13) NZA 785-791.
- Göktaş S, ‘Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu’ (2021) 38 (2) Anayasa Yargısı 1-55.
- Gunnlaugsdottir J, ‘Employee Use of Social Media for Private Affairs During Working Hours’ (2016) 5(3) The Journal of Social Media in Society 121-150.
- Gunther J, Lenz F ve Lutz G, ‘Liken, Posten, Teilen – Kündigungsrechtliche Einordnung Social Media-spezifischer Ausdrucksformen’ (2020) 16 ArbAktuell 405-408.
- Gürsel İ, ‘Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri’ (2016) 13(50) İSGHD 763- 848.
- Güzel A, ‘İş Hukukunda “Yetki” ve “Özgürlük” (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-126.
- Güzel A ve Ugan Çatakaya D, ‘İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük Kuralının İşlevi Üzerine’ (2014) 20(1) MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan) 17-66.
- Hatemi, H, *Kişiler Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha 2020).
- Hekimler A (tr), ‘Alman Federal Mahkeme Kararları’ (2007) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi 359-368.
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (9. Bası, Legal Yayıncılık, 2021).
- Hozar NN, ‘Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi’, (2007) 2(7) Sicil İş Hukuku Dergisi 199-207.
- Karacıoğlu F ve Serçemeli C, ‘İşyerindeki Sanal Kaytarma Davranışları Hakkında Hukuki Bir Değerlendirme’ (2018) 6 (86) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 322-331.
- Kayırhan H, ‘İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirilmesi’ (2014) 20(1) MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan) 459-478.
- Kılıçoğlu AM, *Medeni Hukuk* (Turhan Kitabevi 2016).
- Kılıçoğlu E, *Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller* (On İki Levha 2021).
- Koç S, ‘İşçinin Suç Teşkil Eden Fiillerinin İş Sözleşmesine Etkisi’, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. II (Beta 2011).
- Korkmaz A, ‘İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması’ (2014) 16 KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 99-103.
- Kort M, ‘Kündigungsrechtliche Fragen bei Äußerungen des Arbeitnehmers im Internet’ (2012) (23) NZA 1321-1326.
- Köseoğlu AC, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi* (Beta 2011).
- Kramer S, ‘Internetnutzung als Kündigungsgrund’ (2004) (9) NZA 457-463.
- Kuru B ve Aydın B, *Medeni Usul Hukuku* (2. Baskı, Yetkin 2021).
- Lim KGV, ‘The IT Way of Loafing on the Job: Cyberloafing, Neutralizing and Organizational Justice’ (2002) 23(5) Journal of Organizational Behavior 675–694.
- Linck R, ‘§ 53 Allgemeine Nebenpflichten des Arbeitnehmers’ in Günter Schaub (ed), *Arbeitsrechts Handbuch* (18. Baskı C.H.Beck 2019) 549-567.

- Makas, R, 'Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları' (2012) 16(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-180.
- Manav AE, 'İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerini Korunması' (2015) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95-136.
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi, 2014).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Dersleri*, Cilt 1 (5. Baskı, Lykeion 2021).
- Okur Z, 'İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkinde Etkisi' (2005) 8(2) Kamu-İş 47-75 (Özel Amaçlı Kullanım).
- Okur Z, 'Yeni Teknoloji ve İş Hukuku' (2006) 20 (3) Çimento İşveren Dergisi 4-19 (Yeni Teknoloji).
- Okur Z, 'İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü' (2006) 8 (4) Kamu İş 41-88 (Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü).
- Öktem Songu S, 'İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme' Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. I (Beta 2011).
- Özdemir E, 'İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkinde Etkileri Üzerine' (2008) 10 Sicil Dergisi 13-24.
- Savaş FB, 'İş Hukukunda "Siber Gözetim"' (2009) (22) Çalışma ve Toplum 97-132.
- Savaş FB, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi* (Beta 2012).
- Savaş Kutsal FB ve Kolan Ş, 'Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme' (2019) 16(62) İSGHD 491-562.
- Serozan R, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku (6. Baskı, Vedat Kitabevi 2015).
- Sevimli KA, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları* (Legal Yayınevi 2006).
- Süzek S, 'İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih' iç Mehmet Uçum (ed), Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan (Legal Yayınları 2005) 565-586.
- Süzek S, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta 2021).
- Tanrıver S, 'Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi' (2006) (65) TBB Dergisi 368-377.
- Tuncay C, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (Fakülteler Matbaası, 1982).
- Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (11. Baskı, Gazi 2020)
- Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (8. Baskı, Beta, 2016).
- Ugan Çataalkaya D, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Beta 2019).
- Uncular, S 'Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme' (2020) 3 Çalışma ve Toplum 1673-1700.
- Ünlü V, 'Çalışanların Mesai Saati İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?' (2011) 6(22) Sicil İş Hukuku Dergisi 209-219.
- Velioğlu A, *Sosyal Medya Özelinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019)
- Yıldız FZ ve Öztürk DG, 'Bir İşten Çıkarma Sebebi Olarak Sosyal Medya: Örnek Olay Çalışması' (2020) 11(27) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi 555-572.
- Yıldız GB, 'İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' (2018) 39 Sicil İş Hukuku Dergisi 105-112.
- Zevkliler A ve diğerleri, *Medeni Hukuk* (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2018).

Elektronik Kaynaklar/ Electronic Resources

<https://sozluk.gov.tr>

https://www.luther-lawfirm.com/uploads/tx_fwluther/2007_Private_Internetnutzung_01.pdf

<https://twitter.com/en/privacy>

<https://faq.whatsapp.com/kaios/chats/how-to-create-a-group/?lang=en>

<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/2-ca14320-arbeitsg-osnabrueck-kuendigung-selfie-corona-verhalten-freizeit/>

https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2FKuettnerHdb_28%2Fcont%2FKuettnerHdb.SozialeNetzwerke.gIA.gI4.htm

https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Flex%2FKuettnerHdb_28%2Fcont%2FKuettnerHdb%2EInternet-Telefonnutzung%2EgIA%2EgII%2Ehtm

https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FAuerReinsdorffConradHdbITDSR_3%2Fcont%2FAuerReinsdorffConradHdbITDSR%2EgIsect37%2EgIVIII%2EgI3%2EgIc%2Ehtm

<https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20040014>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23596&pkanunnumarası=4857>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=60358&pkanunnumarası=6098>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0073>

<https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-uk>

<https://td-sa.net/index.php/td/article/view/909>

<http://www.asayis.pol.tr/2022-yili-idari-para-cezalari>

<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/domatesleri-ayaklariyla-ezen-kisinin-calistigi-firmanin-faaliyetleri-durduruldu-511958.html>

https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav#__bgb1__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb121s0441.pdf%27%5D__1645743067214

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://www.juris.de/jportal/nav/index.jsp#/>

<https://legalbank.net/arama>



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 21.11.2021
İlk revizyon: 17.04.2022
Son revizyon: 05.06.2022
Kabul: 07.09.2022

Roma Hukukunda Mirasçılık Vasfının Şartları

Nilgün Dinçer Araz*

Öz

Hiç kimsenin hakimiyeti altında olmayan bir roma vatandaşı öldüğünde, bu kimsenin mirasçıları terekeye sahip olurdu. Tereke, intikal edebilen bütün hak ve borçlardan oluşmaktaydı. Hatta mirasçı(lar) ilk zamanlarda, mirasbırakanın şahsiyetini ve dini geleneklerini de devam ettirirdi. Roma hukukunda mirasçılık vasfı taşımanın en önemli sonuçlarından bir diğerini de, tereke alacaklılarına karşı sorumluluk oluştururdu. Zira mirasın kabulüyle birlikte mirasçının kendi malvarlığıyla mirasbırakanın malvarlığı birbirine karışırdı ve mirasçı, tereke alacaklılarına karşı bütün malvarlığıyla sorumlu olurdu. Terekenin mirasçısız kalması çok önemli sonuçlar doğurduğu için mirasçı sıfatıyla mirası kimlerin elde edebileceği bu araştırmanın konusunu oluşturmaktadır. Roma'da sadece hak ehliyetine sahip olmak mirasçılık vasfını da beraberinde getirmezdi. Bir kimsenin mirasçı vasfına sahip olabilmesi için belli şartların da gerçekleşmiş olması gerekirdi. Mirasçı atamaya ehliyetli bir kimse öldükten sonra, vasiyetnamesinde mirasçı olarak atadığı kimse(ler); vasiyetname yapmadan öldüğü takdirde de kanunun belirlediği belirli bazı kimseler mirasçı olmaya hak kazanırlardı. Zira Roma hukukuna göre, hiç kimse kısmen mirasçı naspederek, kısmen de etmeyerek ölemezdi. Mirasçı vasfını elde edebilmek için vasiyetname aracılığıyla veya vasiyetname olmadığı takdirde kanunen mirasa çağrılmak gerekse de aile dışı mirasçılar için ayrıca mirasın kabul edilmesi de gerekirdi. Aile dışı mirasçılar, hane halkı veya aile üyesi olmayan mirasçılardı. Bunlara ek olarak, bir kimsenin mirasçı vasfını taşıyabilmesi için mirasçı olabilme ehliyetine de sahip olması gerekirdi. Ancak vasiyetname aracılığıyla mirasın kazanılabilmesi dolayısıyla da mirasçı vasfının elde edilebilmesi için İmparator *Augustus* tarafından çıkarılan *lex Iulia et Papia*'da belirlenen koşulların da sağlanmış olması gerekirdi. Bu kanunlarla belirlenen şartlara sahip kimseler, mirası " mirasçı olabilirdi. Buna karşılık mirastan yoksunluk, mirasçı vasfının kaybına neden olmayıp sadece kazanılan mirasa devlet tarafından el konulmasına yol açardı.

Anahtar Kelimeler

Roma Miras Hukuku, Mirasçılık Ehliyeti, Mirası Kazanabilme Yeteneği, Mirastan Yoksunluk

Employee's Use of Social Media as a Reason for Termination by Employer

Abstract

When a Roman citizen not under the control of anyone died, that person's heirs would possess the estate. The heir(s) continued the personality and worship previously done by the legator in the early times. Another critical consequence of carrying out the inheritance qualification in Roman law was the responsibility to the estate's creditors. The subject of this research relates to who was able to obtain inheritance as an heir under Roman law, since the inheritance of the estate has very important consequences. After a person who is qualified to be a legator died, certain persons appointed by them, or certain persons designated by law if they died without making a will, were eligible to become heirs. In order to be able to qualify as inheritor, although it was necessary to be called into the inheritance through or without a will, by law, it was also required to accept the inheritance for extraneous heirs (*extranei heredes*). Extraneous heirs, were heirs who were not members of the household or familia. In addition to these, it was necessary to have a license to be an heir to carry the qualification of inheritor. However, in order for the inheritance to be acquired through a will, and therefore the quality of inheritance to be obtained, the conditions set out in the *lex Iulia et Papia* extracted by Emperor *Augustus* were also to

* Sorumlu Yazar: Nilgün Dinçer Araz (Arş. Gör. Dr.), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: nilgun.dincer@deu.edu.tr ORCID: 0000-0003-1522-3971

Atf: Dincer Araz N, "Roma Hukukunda Mirasçılık Vasfının Şartları" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1223. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0005>



be met. In contrast, deprivation of inheritance would not have caused the loss of the right to inherit, but only meant confiscation of the acquired inheritance by the state.

Keywords

Roman Inheritance Law, Inheritance License, Ability to Obtain an Inheritance, Deprivation of Inheritance

Extended Summary

The subject of the present study is the question of who would obtain the estate as an inheritor with the death of a person who is not under the paternal power (*sui iuris*) in Roman law. According to Roman law, the death of a Roman *sui iuris* citizen had to take place in order for someone to become an heir. Then, inheritance was done by legal inheritors through the will of the legator (*ex testamento*) or by calling into inheritance (*delatio*) by law (*ab intestato*), even if the heir was not appointed by anyone or there was no will. In addition, if the will made was invalid, the heirs appointed by the will did not accept the inheritance, or did not have the ability to obtain the inheritance, the legal inheritance would have found a field of application. Otherwise, as a rule of Roman law, inheritance by will and legal inheritance would not coexist. Inheritors (*sui heredes*) who would become *sui iuris* with the death of the head of a family, consisted of his wife, their children born in a marital union (or at least being fetuses), and their grandchildren from a previously deceased male child. In addition, until the reign of *Iustinianus*, the slaves appointed by the legator as heirs by freeing in their will would also obtain the inheritance as a domestic heir spontaneously, without any acceptance process upon the death of the legator. These people were considered the mandatory heir according to the *ius civile* since they could not be prevented from obtaining the inheritance. However, thanks to the privilege of power to be able to decline an inheritance for *sui heredes* (*beneficium abstinendi*), these people would not be responsible for the debts of the estate, even if they still had the right to inherit. In order to prevent the unfair consequences of the term on slaves as mandatory heirs because of the situation in which passives exceeds the actives, *praetor* stepped in and gave them the “privilege of keeping their own goods separate from the estate (*beneficium separationis*).” Thus, although the slaves appointed as heirs bore the qualification of inheritors, the *peculium* (or the assets) acquired by the legator were protected from the intervention of creditors after their death. Everyone except domestic heirs had to accept the inheritance as an external heir (*heredes extranei*) after being called to the inheritance. Since these people also had the opportunity to not accept the inheritance, they were also counted as the discretionary heir (*voluntarii heredes*). First granted to these persons, during the reign of *Iustinianus*, the privilege of “bookkeeping or inventory” (*beneficium inventarii*) enabled liability against creditors within the scope of all the goods that

made up the estate. Acceptance of inheritance was carried out by a legal process (*cretio*) depending on the form, which usually consisted of 100 days in the Classical Legal Period or behavior showing the desire to be heir, that is, by acting as if he were the heir (*pro herede gestio*). However, in the reign of *Iustinianus*, there remained only the concept of *aditio* for accepting the inheritance with an ordinary statement and without any formal procedures after the abolishment of *cretio*. Those who could not become an inheritor according to *ius civile*, could demand *praetor* inheritance (*bonorum possessio*) within a period of 100 days or one year that was granted to them. This person could apply for the property protection granted by praetor for lawsuits against estate creditors, and they could obtain *ius civile* possession of estate assets at the end of acquisitive prescription period. According to Roman law, the last condition necessary to obtain the qualification of an heir was a license to inherit. For domestic heirs, it was enough to have inheritance licenses at the time of the death of the legator. However, at the time of the bequest in the acquisition of the inheritance through the will, if there were external heirs, there had to be an inheritance license at the time of the acquisition of the inheritance. There were no restrictions on the inheritance license of a *sui iuris* Roman citizen. In contrast, the inheritance licenses of women, family sons, and slaves were restricted. In addition to this, if it was desired to appoint a family child under the dominance of another father or slave belonging to a third person as an heir, the acquisition of the inheritance would have occurred for the benefit of the people who control this family child or slave. For this reason, the father of the family child appointed as the heir or the master of the slave also had to have an inheritance license. The ability to obtain inheritance (*caducitas*) and the inheritance license are different concepts. A person might not have had the ability to obtain an inheritance even if they had an inheritance license. Likewise, the ability to obtain inheritance was only true in the case of being called to the inheritance through a will. At the same time, the scope of inheritance was determined by the laws enacted by Emperor *Augustus*. By these laws, men between the ages of 25 and 60 and women between 20 and 50 were required to marry and have children. Anyone who was unmarried in this age range (*caelibes*) or who had not made a marriage suitable for their class would not receive their share of the inheritance bequeathed to them by will. If they did not fulfill their obligation to have children despite being married within this age range (*orbi*), they obtained half of the share of the inheritance left to them. However, those who did not have children in this age range could bequeath to their spouses only one-tenth of their assets through a will. Finally, a person who lacked an inheritance (*indignus*), would acquire the inheritance and bear the qualification of an heir. However, since it was not considered appropriate in some cases for this person to earn an inheritance, the assets they obtained were taken from them by *aerarium* or *fiscus*.

Giriş

Roma hukukunda bir başkasının hakimiyetinde olmayan kimsenin (*sui iuris*) ölmesiyle malvarlığının hangi mirasçılara (*heres*) ne şartlar altında ait olacağıyla ve alacaklıların kimlere başvurabileceğiyle miras hukuku ilgilenirdi. Roma miras hukuku, karmaşık bir yapıya sahip gibi görülse de kendi toplum yapısına uygun kurallar barındırmaktaydı. İlk Roma hukukunda *ius civile* kurallarının yetmediği yerlerde beliren *praetor* hukukunun miras hukukuna yansması olarak, *ius civile* mirasçılığının tamamlanması ve bu kuralları doğrulama ihtiyacıyla, *praetor*¹ mirasçılığı bir başka deyişle malların zilyetliğinin verilmesi (*bonorum possessio*) kavramı bulunmuştu. Buna ek olarak vasiyetlerle ilgili kuralların, birçok istisnasına asker vasiyetlerinde rastlanmaktaydı. Roma hukukunda mirasbırakan vasiyetname yaptıysa, kanuni mirasçılık hükümleri de uygulama alanı bulmazdı. Bazı mirasçılar için istisnai kuralların da varlığı, Roma miras hukukunun karmaşık yapısını gözler önüne sermekteydi. Ancak bu karmaşık yapıda, hukukçuların belirttikleri çözümlenmeleri, toplum yapılarına uygun şekilde çıkarılan kanunlar ve *praetor*'lerin hakkaniyeti sağlama çabaları, günümüze hala ışık tutmaktadır. Bu çerçevede Roma'da “miras” kavramı Latince “*hereditas*” terimine karşılık gelmekteydi. Ancak *hereditas* kavramı, hem ölen kimsenin mallarının mirasçılar tarafından elde edilmesi olarak terekeyi, hem de *ius civile* kapsamında ölen kimsenin bütün hukuki ilişkilerine halef olma anlamında mirası içermekteydi. Ölen bir Roma vatandaşının borç ve alacaklarıyla birlikte bütün hukuki ilişkilerine halef olunması anlamındaki *hereditas*, Roma hukukunda külli halefiyet (*successio per universitatem*) hallerinden sadece bir tanesini göstermekteydi².

Aile babasının ölümüyle kanunen veya vasiyetname gereğince onun yerine geçen kimse, mirasbırakanın aile içindeki durumunun aynısını kazanırdı ve bu nedenle de malvarlığını elde ederdi. Mirasçı, mirasbırakanın aile ocağını ve ibadetlerini (*sacra*) devam ettirirdi. Buna ek olarak belirli mal bırakılan kimsenin malvarlığıyla değil de,

¹ *Praetor*: Ordunun önünde giden (*praeire*) kumandan olmaları nedeniyle *consullere* verilen bu isim, sürekli savaşlar sonucunda Roma şehrinde *imperium*a sahip bir *magistranın* bulunma zorunluluğu kapsamında M.Ö. 367'de ihdas edilen üçüncü *consulü* ifade eder olmuştur. Bir uyumsuzluk çıktığında ilk önce *praetor* önüne gelirdi ve o hangi hukuk kuralının uygulanacağını belirlerdi. Ancak uyumsuzluğu kendisi çözmez, hakime (*iudex*) gönderirdi. Roma vatandaşları arasındaki uyumsuzlukların düzenlenmesi için şehir *praetoru* (*praetor urbanus*) yetkiliyken, yabancılarla olan uyumsuzlukların düzenlenmesi amacıyla M.Ö. 242'de yabancılar *praetorluğu* (*praetor peregrinus*) kurulmuştu. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lüğati* (Fakülter Matbaası 1975) 165; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (The American Philosophical Society 1953) 647; Ziya Umur, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Meşhumlar-Hakların Himayesi* (Fakülter Matbaası 1974) 202 ff; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması* (13. Bası, Yetkin 2008) 44.

² Roma hukukunda külli halefiyet sonucunu doğuran diğer olaylar, malların zilyetliğinin (*bonorum possessio*) elde edilmesi, mallarına el konulan borçlunun bütün mallarının satın alınması (*bonorum emptio*), *sui iuris* bir kimsenin başka bir aile babası tarafından evlat edinilmesi (*adrogatio*) ve *sui iuris* bir kadının *manus* işlemiyle evlenmesinden (*conventio in manum*) meydana gelirdi. *Gai.* 2.97-98; *I.* 2.9.6. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde külli halefiyet olarak *bonorum possessio*, azatlığın kendisini azat eden efendisine hizmet etme ve ona sadık kalma yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle tekrar köle olması hali ve satış bedelini paylaşmak üzere özgür bir kimsenin kendisini köle gibi sattırması durumları kalmıştı. Bunlara ek olarak vasiyetnameyle gerçekleşen azat etmeleri korumak için, hazinenin de el koymadığı bir terenkin alacaklılara teminat verilmesi şartıyla azat edilen kölelerden birine verilmesi de söz konusuydu. Karş. *I.* 3.10.2; *3.11 pr.* Salvatore Di Marzo (Çev: Ziya Umur), *Roma Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1959) 495 ff.

mirasçının malvarlığıyla mirasbırakanınki birbirine karıştırdı ve mirasçı, *Iustinianus* Dönemi'ne kadar mirasbırakanın bütün borçlarından tüm malvarlığıyla sorumlu olurdu. Bu nedenle Roma'da mirasçılık vasfını taşıyabilmek çok önemliydi ve ancak belirli şartlara sahip olan bir kimse bu sıfatı elde edebilirdi. Roma hukukuna göre hak ehliyetine sahip olabilen herkes, mirasçı olamazdı. İlk olarak mirasçı sahibi olmaya ehliyetli birinin ölmesi gerekirdi. Sonrasında da vasiyetname veya kanunen mirasa çağrılmanın (*delatio hereditatis*) gerçekleşmesi gerekirdi. Bunun yanında mirasçılardan mirasçılık ehliyetine sahip olması ve zorunlu mirasçılar (*heredes necessarii*) dışındaki kimseler için de mirasın kabul edilmesi gerekirdi³. Biz de bu çalışmamızda, Roma hukukuna göre kimlerin mirasbırakanın hukuki ilişkilerinde onun yerine geçip mirasçı olabileceğini belirtilen şartlar altında açıklayacağız.

Mirasçı Sahibi Olmaya Ehliyetli Bir Kimsenin Ölmesi

Roma hukukunda *ius civile*'ye uygun şekilde mirasçı (*heres*) olabilmek ya da *praetor*'den malların zilyetliğini (*bonorum possessio*) elde etmek amacıyla bir talepte bulunabilmek için, ilk olarak Roma vatandaşı *sui iuris* bir kimsenin ölmesi gerekirdi⁴:

D. 29.2.19 (*Paulus 59 ad ed.*)

“*Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet defunctum esse testatorem.*”

“Kim bir mirası elde etmek veya terekenin zilyetliğini talep etmek isterse, mirasbırakanın öldüğünden emin olmak zorundadır.”

³ ibid 502; Fritz Schwind, *Römisches Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes* (1. Aufl, Springer 1950) 351-352. UMUR bu şartları, “mirasın tahakkuk edebilmesi” olarak incelemiştir. Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku* (3. Bası, Beta 1999) 504 ff.

⁴ *Pomp. D. 29.2.27; Ulp. D. 29.2.32 pr.; Pomp. D. 18.4.1.* Di Marzo (n 1) 502-503; Umur, *Ders Notları* (n 3) 504.

O halde ancak ölmüş bir kimsenin mirasçısı olabilirdi⁵. Buna karşılık yabancılar⁶, köleler⁷ ve kendi malvarlıkları olmadığı için kız (*filia familia*) ya da erkek (*filius familias*) aile evlatları⁸ ölmüş olsalar da mirasbırakan olamazlardı. Bunun tek istisnasını İmparator *Augustus*'tan (M.Ö.27-M.S.14)⁹ itibaren erkek aile evlatlarının (*filius familias*) askerlik görevini yaparken elde ettikleri ücret veya ganimetler

⁵ Klasik Hukuk Dönemi'nde birbirine mirasçı olma hakkına sahip birden çok kimse aynı olay neticesinde ve hangisinin daha önce gerçekleştiği anlaşılmeden öldüğü takdirde, bu ölümlerin aynı anda meydana geldiği kabul edilirdi. Ayrıca bu kimseler birbirlerine mirasçı olamazdı. Buna karşılık *Iustinianus* Dönemi'nde aynı durum için bazı birbirinden önce ölmüş olma kriterleri kabul edilerek, bu kimselerin birbirine mirasçı olabilmeleri sağlandı. Di Marzo (n 2) 503.

⁶ *UE 20.14*: “*Latinus Iunianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.*” “Aynı şekilde bir *Latinus Iunianus*, hakimiyet altında olana benzer bir kimse gibi vasiyetname yapamaz. Zira bir Latin, açıkça *lex Iunia* aracılığıyla yasaklandığından (vasiyetname yapamazken); hakimiyet altında olana benzeyen kimse de ne Roma vatandaşı gibi ne de vatandaşlık durumu belirsiz yabancı (*peregrinus*) olduğundan son arzuları üzerinde tasarruf edebilirdi. (Belirli bir devletin vatandaşlığına sahip olsaydı) kendi devletinin yasalarına göre, son arzuları üzerinde tasarruf edebilirdi.” Roma hukukunda yabancılar (*peregrini*), Roma vatandaşlığına sahip olmadıklarından hak ehliyetine sahip değildi. Dolayısıyla da sadece Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk kuralları (*ius civile*) yabancılarla uygulanmazdı. Metnin son cümlesinde de görüldüğü üzere, yabancılar *ius civile* kuralları kapsamında değil de kendi milli hukukları kapsamında vasiyetname düzenleyebilirlerdi. Latinlere (*Latini*) sadece sağlararası hukuki işlemlerde bulunma hakkı (*ius commercium*) ve evlenme hakkı (*ius connubium*) tanındığından, bu kimseler de vasiyetname düzenleyemezdi. Buna karşılık hukuki durumları Latinlere benzeyen *praetor* azatlıları (*Latini Iuniani*) metinde de ifade edildiği üzere *lex Iunia* tarafından

açıkça yasaklandığı için vasiyetname düzenleyemezdi. Umur, *Roma Hukuku* (n 1) 379 ff. Yukarıdaki metnin alındığı eser, *Ulpiani Liber Singularis Regularum* (“*Ulpianus*'un kaidelere dair tek kitabı”) veya *Epitome Ulpiani* (*UE*) olarak adlandırılmaktadır. Bu eser metni el yazması şeklinde bulunmuş ve ilk kez 1549 yılında yayımlanmıştı. Söz konusu eserdeki ayırım *Gaius*'un *Institutiones*'ine uygun olup kişisel hukuku, miras ve borçlar hukukunun dahil olduğu malvarlığı hukuku ve davalar hukukundan oluşmaktaydı. Ancak bu metin, tam ve eksiksiz bir şekilde bulunmamıştı. Bu metnin uzun bir süre boyunca *Ulpianus*'un *Regulae* eserinden alınmış olduğu sanılsa da artık günümüzde *Ulpianus Domitius*'tan kaynaklanmadığı belirtilmektedir. Hatta bu metnin M.S. 180 veya biraz daha geç bir zamanda kaleme alındığına ve Roma miras hukukunda, Klasik Hukuk Dönemi görüşünü yansıtan özel ve önemli bir metin olduğuna vurgu yapılmaktadır. Çalışmamızda bu metne yapılan atıflarda şu eserden faydalanılmıştır: Martin Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung* (1. Aufl, Wallstein 2005). Bu eser hakkında ayrıca bkz. Umur, *Lügat* (n 1) 206; Umur, *Roma Hukuku* (n 1) 244.

⁷ *D. 28.1.16 pr* (Pomponius libro singulari regularum): “*Filius familias et servus alienus et postumus et surdus testamenti factionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel aliis acquirere possunt.*” “Söylenildiği gibi, aile evladı, başkasına ait bir köle, babası öldükten sonra doğan ve sağır olanın mirasçılık ehliyeti vardır. Her ne kadar onlar vasiyetname yapamasalar da, bir vasiyetnmeden kendileri veya başkaları için kazımda bulunabilirler.” Çalışmamızda *Digesta* çevirileri için şu kaynaklardan yararlanılmıştır: Okko Behrends, Rolf Knüttel, Berthold Kupisch ve Hans Hermann Seiler: *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung II Digesten 1-10* (C. F. Müller 1995); *III Digesten 11-20* (C. F. Müller 1999); *IV Digesten 21-27* (C. F. Müller 2005); *V Digesten 28-34* (C. F. Müller 2012).

⁸ *Gai. D. 28.1.6 pr.; I. 2.12 pr.*

⁹ Çalışmamızda belirtilen İmparatorların hüküm sürdükleri dönemlerin tarihleri için şu eserden yararlanılmıştır: Dietmar Kienast, *Römische Kaisertabelle, Grundzüge einer römischen Kaiserchronologie* (2. Aufl, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1996).

(*peculium castrense*)¹⁰ üzerinde mirasçılarının olabilmesi oluşturmaktaydı^{11 12}.

II. Mirasa Çağırılma (*Delatio*)¹³

Roma hukukunda bir kimsenin mirasçı (*heres*) veya *praetor* mirasçısı (*bonorum possessor*)¹⁴ olmaya çağırılması¹⁵, belirli bir nedene dayanarak ona mirası kazanabilme yetkisinin hukuken verilmesiydi¹⁶. Roma hukukunda mirasa çağırılma (*delatio*), sadece mirasçı olabileme imkanı sağlardı¹⁷. Bu çerçevede aile içi mirasçılar dışındaki mirasa çağırılan kimsenin, mirası kabul etmesi de gerekirdi¹⁸.

Romalılara göre, sadece iki tür mirasa çağırılma nedeni mevcuttu¹⁹. Şöyle ki: bir kimseye mirası iktisap edebilme yetkisi ya vasiyetname aracılığıyla (*ex testamento*)

¹⁰ *Peculium castrense*: “Ordugah *peculiumu*” olarak çevrilen bu malvarlığının içerisine genel çerçevesiyle bir erkek aile evladının (*filii familias*) askerlik görevi sırasında kazandığı ve elde ettiği her şey dahildi. “Az miktarda para veya küçük mamalek” anlamındaki *peculium* kelimesinin, önceleri küçükbaş hayvan, sonraları basılmış parayı da ifade eden “*pecus*” kelimesinden türediği varsayılmaktadır. Buna karşılık *peculium* hukuki anlamda, aile babasının aile evladına veya efendinin kölesine bağımsız bir şekilde yönetmesi veya işletmesi için verdiği malvarlığını ifade etmekteydi. Köle veya aile evladı, bu malvarlığını kullanarak geliştirmeli ve arttırmalıydı. Bu kapsamda *peculium*, bir miktar paradan, değerli bir eşyadan veya ekonomik değer taşıyan haktan oluşabilirdi. Tarım ekonomisiyle geçinen Roma toplumunda aile malvarlığının tek sahibi olan aile babasının dış ilişkileri de sınırlı olduğu için malvarlığı ile tasarrufu da herhangi bir zorluk çıkarmamaktaydı. Ancak zamanla ticaret ilişkilerinin gelişmesiyle aile babasının dış ilişkileri artmış ve bütün işlerini kendisi göremez hale gelmişti. Aile babası, evlatlarına ve kölelerine aile malvarlığının belirli bir kısmıyla sınırlı olmak üzere hukuki işlem yapma yetkisi verdikten sonra *praetor*, bu malvarlığıyla sınırlı olacak şekilde, aile babasına dava açılarak onun sorumlu olabilmesini sağlamıştı. Hatta açılabilen bu davaların temelinde yatan neden de hakimiyet (*potestas*) ilişkisiydi. Ordugah *peculiumu* *peculium*’un yeni bir türü olarak ilkin *Augustus* Dönemi’nde (M.Ö.27-M.S.14) görülmekle birlikte, bu malların mülkiyeti aile evlatlarına ait sayılmaktaydı ve bu mallar hem sağlararası hukuki işlemlerin hem de ölüme bağlı tasarrufların konusunu oluşturabilmekteydi. Aile evladı vasiyetname yapmadan öldüyse bu malların mülkiyeti, M.S. 3. yüzyılın başından *Iustinianus* Dönemi’ne kadar aile babasına geçmekteydi. Ancak söz konusu malların mülkiyeti, *Iustinianus* Dönemi’nde aile evladının çocukları veya kardeşleri olmak üzere kanuni mirasçılara geçirdi. Bu yakınlıkta kanuni mirasçıların olmaması halinde söz konusu *peculium*, aile babasına ait olurdu. Bu belirtilenlere ek olarak *Iustinianus* Dönemi’nden itibaren aile evlatlarının “ordugah *peculiumu* benzeri (*peculium quasi castrense*)” üzerinde de mirasçısı olabiliirdi. Ordugah *peculiumu* benzeri (*peculium quasi castrense*), ilkin sarayda aile evladı konumundaki memurların maaşlarından arttırdıklarından meydana gelmekle birlikte, bizzat imparator tarafından iyilik olsun diye verilen şeylerden de oluşmaktaydı. Ancak İmparatorluğun ikinci yarısında aile evlatlarının yerine getirdikleri memurluk görevlerinin artmasından itibaren her memurun ve bir mesleği olan aile evladının kazancı da bu kapsamda değerlendirilmeye başlandı. Söz konusu malvarlığının hukuki statüsü ordugah *peculiumu*yla aynı olduğu için, bu malvarlığının tamamen aile evladına ait olduğu kabul edilmişti (Özcan Karadeniz, ‘Roma Hukukunda ‘Peculium’ Müessesesi’ (1968) 25(3-4) AÜHF 179, 179, 190 ff; Berger (n1) 624; Umur, *Lügat* (n 1) 152; Gökçe Türkoğlu Özdemir, ‘Roma Hukukunda Actio De Peculio’ (2005) 7 (2) DEÜHF 103, 109 ff

¹¹ *UE 20.10*: “*Filius Familiae testamentum facere non potest. Quoniam nihil suum habet, ut testatide eo possit. Sed divis Augustus constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.*” “Vasiyetname düzenleyebileceği malvarlığına sahip olmadığı için bir erkek aile evladı vasiyet edemez. Ancak ilahi *Augustus* belirledi ki, asker olarak bir aile evladı, görevde elde ettiği özel malvarlığı üzerinde vasiyetname düzenleyebilir.”

¹² *I. 2.12 pr.* Max Kaser, *Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, erster Abschnitt* (2. Aufl., C. H. Beck 1971) 672; Di Marzo (n 1) 503; Ziya Umur, ‘Roma Miras Hukuku’nun Ana Hatları’, (1965) 31(1-4) İÜHF 159, 162; Umur, *Ders Notları* (n 3) 504; Umur, *Lügat* (n 61) 152; Erkan Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)* (1. Bası, Yetkin 2007) 106 ff

¹³ Koschaker/Ayiter, “*delatio*” kavramını “mirasın düşmesi” olarak belirtmiştir. Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Yeni Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1993) 348.

¹⁴ *Praetor* mirasçısı (*bonorum possessor*) için bkz. aşa. III, B.

¹⁵ Mirasçı veya *bonorum possessor* olmaya çağırılma için “*vocari ad hereditatem*” veya “*vocari ad bona*” ifadelerinin kullanıldığına rastlanılmaktadır. Kaser, *RP I* (n 12) 676-677.

¹⁶ İbid 676; Di Marzo (n 2) 452; Umur, *Lügat* (n 1) 80; Umur, *Ders Notları* (n 3) 504.

¹⁷ Umur, *Ders Notları* (n 3) 505.

¹⁸ Bu hususta bkz. aşa. III, A, 2, a.

¹⁹ *I. 2.9.6.*

ya da vasiyetname olmadan -“kanunen”- (*ab intestato*) verilirdi²⁰. Bir başka deyişle mansup veya kanuni olmak üzere iki tür mirasçılık vardı²¹. Burada belirtmek gerekir ki, vasiyetname olmadan gerçekleşen *ab intestato* mirasa, Ortaçağ hukukçularından itibaren “kanuni miras” denmekteydi. Yoksa kanuni mirasçılık, kelime anlamıyla aslında “*legitima hereditas*” kullanımına karşılık gelmektedir. Romalılar “*legitima hereditas*”²² kavramını, vasiyetnamesiz ölme halinde *ius civile*’nin koyduğu kurallar aracılığıyla mirasçının mirası kazanması anlamında kullanmışlardı²³.

Kanuni (*ab intestato*) mirasçılık, XII Levha Kanunu başta olmak üzere kanunlara, *senatus* kararlarına, İmparatorluk Dönemi hukukuna ve *praetor*’lerin *edictum*’larında getirdiği kurallara dayanmaktaydı²⁴. Her ne kadar hukuki gelişim süreci içerisinde kanuni mirasçılık vasiyetname aracılığıyla kazanılan mirasçılıktan daha önce uygulanmış olsa da vasiyetname yoluyla mirasın kazanılması uygulanmaya başlandıktan itibaren artık bu mirasçılığın kanuni mirasçılığa üstün

²⁰ İmparatorluk Dönemi’nin başlarına doğru yeni bir mirasçılık türü ortaya çıkmıştı. Bu kapsamda mirasbırakanın vasiyetnamede hiç dikkate almadığı veya terekeden yeteri kadar yararlandırmadığı bazı kimselere de mirası iktisap edebilme yeteneği tanındı. Bu mirasçılık şekline Ortaçağ hukukçuları tarafından “vasiyetname hilafına kanuni miras (*bonorum possessio contra tabulas*)” adı verilmiştir. Di Marzo (n 1) 503-504; Umur, *Miras* (n 12) 162; Umur, *Ders Notları* (n 3) 504; Max Kaser, Rolf Knütel ve Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht* (21. Aufl., C. H. Beck 2017) 390.

²¹ Roma hukukuna göre, mirasbırakanın sözleşmenin diğer tarafını mirasçı atama yükümlülüğü altına girdiği ya da mirasçı olacakların müstakbel tereke üzerinde anlaşmalarından oluşan miras sözleşmeleri hükümsüzdü. Yaşayan bir kimsenin gelecekteki mirası veya mirastan feragati hakkında yapılan sözleşmeler, ahlaka aykırılık (*contra bonos mores*) nedeniyle hükümsüz sayılmaktaydı. Buna karşılık Romalılar ölüm sebebiyle bağışı (*donatio mortis causa*) kabul etmekteydi. Kaser, *RP I* (n 12) 677-678; Umur, *Ders Notları* (n 3) 509; Koschaker ve Ayiter (n 13) 359; ibid 390.

²² Ancak UMUR’a göre bu kavramın “hukuki miras” olarak kullanılması daha yerinde bir kullanım olacaktır. Umur, ‘Miras’ (n 12) 162, 181.

²³ Berger (n 1) 456; Umur, *Lügat* (n 1) 80; Nadi Günel, ‘Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras’ (1995) 44(1) AÜHFD 425, 427. *Di Marzo*’ya göre kanuni miras (*legitima hereditas*), XII Levha Kanunu’yla düzenlenmiş olan ve yine bu sistemi *ius civile* kurallarıyla düzenleyen *senatus* kararlarını içeren mirastı. Di Marzo (n 2) 503 dn 18.

²⁴ Paul Jörs, Wolfgang Kunkel ve Leopold Wenger (neu bearb. von Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly ve Walter Selb), *Römisches Recht* (4. Aufl., Springer 1987) 440; Kaser, *RP I* (n 12) 674.

geldiği görülmektedir²⁵. Bununla ifade edilmek istenen, bir kimse vasiyetname yapmamış olduğunda kanuni mirasçılığa başvuru olanağının bulunmasıydı. Ancak kanuni mirasçılığa başvuru, bu olasılıkla sınırlı değildi. Bazen de belirlenen şekilde vasiyetname yapılmamışsa, yapılan vasiyetname hükümsüzse ya da mirasçı olarak atananların hiçbiri mirasçı ol(a)madıysa kanuni mirasçılık (*ab intestato*) söz konusu olurdu²⁶. Bu son olasılık, mirasbırakanın vasiyetle mirasçı olarak atadığı kimse, mirastan feragat ettiğinde veyahut da başka bir sebeple mirası kazanabilme yeteneğini kaybetmişse gerçekleşirdi²⁷.

Mirasa çağrılmanın gerçekleşmesi için mirasçı, mirasbırakan öldüğünde en azından cenin (*nasciturus*) olarak mevcut olmalıydı²⁸. Vasiyetnamenin hükümsüz olması halinde mirasa çağrılma, hükümsüzlüğün anlaşılmasıyla gerçekleşirdi²⁹. Vasiyetnamedeki mirasçı atama geciktirici şarta bağlandıysa şartın gerçekleşmesi de

²⁵ Bir aile babasının (*paternfamilias*) ölümüyle, *manus* aracılığıyla evlendiği eşi, çocukları veya torunları *sui iuris* hale gelecek kendiliğinden mirasçı olurlardı. Ancak bir aile babasının ölümüyle *sui iuris* hale gelecek *manus* aracılığıyla evlendiği eşi, çocuğu veya torunu yoksa aile babası, *comitia curiata* denilen halk meclisi önünde *adrogatio* aracılığıyla evlat edindiğinde, ölümüyle *sui iuris* haline gelecek bir kimsesi olurdu. Böylece bu kimse, ölü kültürüne yerine getirmeyi taahhüt eden bir mirasçı kazanabilirdi. Ölü kültürüne mezara gömülme, kurbanların sunulmasını ve her yıl bu kimse için yapılan anma törenlerini içerirdi. Hem vakit isteyen hem de ekonomik bir yükümlülük gerektiren ölü kültürüne yerine getirmeyi çoğu kimse istemezdi. İşte bu durum da vasiyetnamenin kökenini teşkil eden mirasçı atamayı oluşturmaktaydı. *Comitia curiata* denilen halk meclisi önünde yapılmasının nedeni de, bir vatandaşın söz konusu hukuki durumuna müdahalenin çok önemli görülerek sadece yasayla gerçekleştirilebilmesiydi. Bir aile babasının alt soyunun bulunmaması şartıyla *adrogatio* işlemi şu şekilde gerçekleşirdi: Evlat edinme talebi rahip heyeti tarafından onay almışsa *comitia curiata* halk meclisine başkanlık eden kimse “*L. Valerius’un L. Titius’a bu babadan ve eşinden doğmuş gibi hukuka ve kanuna uygun şekilde oğul olduğunu ve bir babanın oğlu üzerinde olduğu gibi onun yaşamı ve ölümü üzerinde hakimiyet sahibi olduğunu istiyorsunuz ve emrediyorsunuz. Romalı vatandaşlar, söylediğim gibi bunu size soruyorum*” şeklinde vatandaşlara soru sorardı. Bu soruya vatandaşlar sadece “*evet*” veya “*hayır*” diye cevap verirdi. Söz konusu yasa sorusunun onaylanmasıyla birlikte şehir halkı bir aile kaybetmiş olurdu. Baba egemenliğinde olmayan *L. Valerius*, belki de aile babası olarak sadece kendisi bir aile teşkil ediyordu veyahut bizzat ondan kaynaklanan birçok aile üyesi vardı. Evlat edinmeden sonra *L. Valerius, L. Titius’un* aile evladi olarak, *L. Titius Valerianus* şeklinde adlandırılırdı ve eski aile artık sona ererdi. O halde ancak ve ancak başka bir ailenin devamını sağlamak amacıyla, eski ailenin yok olmasına izin verilmekteydi. *Adrogatio* usulüyle evlat edinilen kimse, *sui iuris* statüsünden *alieni iuris* statüsüne geçerek evlat edinmenin ölü kültürüne gerçekleştirecek gelecekteki müstakbel mirasçısı haline gelirdi. Doktrinde en eski vasiyetnamenin, “ölüm olayına ertelenen bir *adrogatio*” olduğunu savunan görüş mevcuttur. Şöyle ki: Eski Hukuk Dönemi’nde olağan zamanlarda yılda iki kez halk meclisleri önünde yapılan *testamentum calatis comitiis* ile vasiyetnameyi düzenleyen, mirasçısını evlat edinmekteydi. *Testamentum calatis comitiis* ile *adrogatio* aynı şekilde yapılıp aynı sonuca hizmet ettiğinden, ikisinin aynı işlem olduğu da savunulmaktadır. Her ne kadar meclisin bu vasiyetnameyi kabul tarzı hakkında yeterli bilgi olmasa da muhtemelen Krallık Dönemi’nde ilk kez uygulanan vasiyetnamenin bu şekilde evlat edinme, ancak vasiyette bulunanın ölümüyle hüküm doğururdu. Ulrich Manthe, *Geschichte des römischen Rechts* (4. Aufl., C. H. Beck 2011) 32 ff; Di Marzo (n 2) 540; Umur, *Ders Notları* (n 3) 523; Koschaker ve Ayiter (n 13) 361; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 125; Güzide Burcu Günveren, *Roma Hukukunda Evlat Edinme (Adoptio) ve Türk Hukukunda Etikileri* (1. Bası, On İki Levha 2020) 20 ff; Sevgi Kayak, ‘Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri’ (2021) 27(1) MÜHF-HAD 543, 549 ff.

²⁶ Di Marzo (n 2) 540; Umur, *Ders Notları* (n 3) 523. *I.3.1.pr.* Roma hukukunda vasiyetnamenin en önemli unsurunu mirasçı atama oluşturduğu için, mirasçı atama hiç yapılmamışsa veya yapılmış olduğu halde geçersiz vasiyetname baştan itibaren hükümsüz olurdu. Buna ek olarak şekle uygun düzenlenmeme, vasiyetname düzenleme ehliyetinden yoksun olma hallerinde de baştan itibaren hükümsüzlük söz konusu olurdu. Ancak vasiyetname sonradan da hükümsüz hale gelebilirdi. Mirasbırakan sonradan *capitis deminutio*’ya uğradığında, mirasçı olarak atananlar mirasbırakandan önce öldüğünde veya mirası kabul etmediğinde, ölümünden evvel ana rahmine düşmüş olmakla birlikte vasiyetnamenin düzenlenmesinden sonra dünyaya gelen çocuğun (*postumus suus*) mirasçı olarak atanmaması veya mirastan mahrum edilmemesi halinde vasiyetname sonradan hükümsüz hale gelmiş olurdu. Keza yeni vasiyetnamenin düzenlenmesiyle eski vasiyetnameden dönüldüğü için yine sonradan hükümsüzlük meydana gelirdi. Kaser, *RP I* (n 12) 690 ff, Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 100, 150 ff.

²⁷ Kaser, *RP I* (n 12) 677.

²⁸ *Iul. D. 1.5.26.* Koschaker ve Ayiter (n 13) 389; Kunkel ve Honsell (n 24) 441.

²⁹ Umur, *Lügat* (n 1) 80.

gerekirdi³⁰. Bununla beraber “bir defa mirasçı olan daima mirasçı olur; belirli süreli mirasçılık mümkün değildir³¹ (*semel heres semper heres*)” kuralı nedeniyle mirasa çağrılma (*delatio*), daimi mirasçılığa neden olurdu. Bu kural, mirasçılık sıfatının bir kez kazanıldıktan sonra ne sebeple olursa olsun yitirilemediğini ifade etmekteydi. Bu ilkenin hukuki sonucunu da Roma hukukunda bozucu şarta veya belirli vadeye bağlı mirasçı atamalarına cevaz verilmemesi oluşturmaktaydı³².

Roma hukukunda iradi mirasçılıkla kanuni mirasçılık yanyana bulunmazdı. Romalılar bu kuralı şu şekilde ifade etmekteydi: “hiç kimse kısmen vasiyetnameli, kısmen vasiyetnamesiz ölemez” (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*)³³ ³⁴. İlk bakışta anlamsız gibi görünen bu kuralın kökeni tartışmalıdır. Bu kapsamda mirasın bölünmeden sayıca az tutulan kimselere veya mirasçı olarak atanan bir kimseye intikal etmesi isteğinden ortaya çıkmış olabileceği düşünülmektedir³⁵. Kanatimizce kapalı bir tarım toplumunun şekle bağlılığının yansıması olan bu kuralla, mirasbırakana ait olan arazilerin birden çok kimsenin eline geçerek parçalanmasının önüne geçilmiş ve mirasbırakanın belirlediği kimse tarafından aile kültürünün devamı da sağlanmış olurdu. Bu kuralın etkisi, mirasbırakanın terekenin belirli bir oranını elde etmesi için mirasçı ataması halinde görülmektedir³⁶. Böyle bir durumda terekenin ortakalan kısmı, kanuni mirasçı tarafından değil de atanmış mirasçı tarafından elde edilirdi.

III. Mirasın Kazanılması (*Acquisitio*)

A. *Ius Civile*'ye Göre Mirasın Kazanılması

Roma hukukuna göre mirasa çağrılma (*delatio*) sadece mirasçı olabilme imkanı sağladığı için gerekliydi ancak mirasçı olabilmek bakımından yeterli değildi. Bu kimsenin ayrıca mirasçı olma isteğini de göstermesi gerekirdi³⁷. Belirtmek gerekir

³⁰ I. 2.14.9. Mirasçı atama, geciktirici şarta veya belirsiz vadeye bağlı olarak yapılabilirdi. Buna karşılık belirli vadeye veya bozucu şarta bağlı olarak gerçekleştirilemezdi. Mirasçı atamaya yine de bozucu şart veya belirli vade eklenmişse, bu şart veya belirli vade yazılmamış (*pro non scripto*) sayılırdı. Kunkel ve Honsell (n 24) 441; Günal (n 23) 436; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 167.

³¹ Belgin Erdoğan, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler* (2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2008) 135.

³² Kunkel ve Honsell (n 24) 441; Di Marzo (n 2) 526; Richard Honig (Çev: Şemseddin Talip), *Roma Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1938) 380; Koschaker ve Ayiter (n13) 368; Şakir Berki ‘Roma Miras Hukuku’ (1953) 10(1) AÜHFD 542, 548; Sevgi Kayak, *Roma Hukukunda İkame (Substitutio) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi* (1. Bası, Filiz 2019) 317, 323.

³³ Klasik Hukuk Dönemi’nde asker vasiyetlerinin bu kurala istisna oluşturması hakkında bkz. Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 391; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 141.

³⁴ Di Marzo (n 2) 504; Umur, ‘Miras’ (n 12) 162.

³⁵ Kaser, *RP I* (n 12) 677; Koschaker ve Ayiter (n 13) 349; Berki (n 32) 542.

³⁶ Umur, *Ders Notları* (n 3) 504.

³⁷ Lehine belirli mal bırakılan kimse, mirası kabul işlemi yapmazdı. Bu kimse, mirasçı atanan kimsenin mirası kabulüyle birlikte vasiyetin türüne göre ya malın mülkiyetine sahip olurdu ya da borcun yerine getirilmesi bakımından şahsi talep hakkına sahip olurdu. Belirli mal bırakılan kimse, yükümlülük altındaki kimseyle bir ibra anlaşması yaparsa veya dava açmazsa, belirli mal bırakmayı reddederdi. Erkan Küçükgüngör, ‘Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti’ (1996) 45(1) AÜHFD 505, 526-527.

ki Roma hukukunda aile içi mirasçılarının (*heredes domesticici*) ve aile dışı mirasçılarının (*extranei heredes*)³⁸ mirası kazanması farklılık göstermekteydi. Aile içi mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle birlikte başka hiçbir işleme gerek olmadan kendiliğinden mirası kazanırken; aile dışı mirasçılarının ayrıca mirası kabul etmesi gerekirdi. Bir başka deyişle aile içi mirasçılar (*heredes domesticici*) bakımından, mirasa çağrılmayla (*delatio*) mirasın kazanılması aynı ana denk gelirken; aile dışı mirasçılar (*extranei heredes*) bakımından mirasa çağrılmayla (*delatio*) mirasın kazanılması farklı anlara denk gelirdi³⁹.

Mirasın kazanılmasıyla birlikte mirasçının malvarlığı, terekeyle kaynaşarak (*confusio bonorum*) tek bir malvarlığı haline gelirdi ve mirasbırakanla mirasçı arasında mevcut olan borçlar da sona ererdi. Ancak mirasbırakanın intifa hakkı (*ususfructus*), vasiliği (*tutela*) veya baba egemenliği (*patria potestas*) miras yoluyla intikal etmezdi⁴⁰. Roma hukukunda mirasçının mirası kazanmasının en önemli sonucu, mirasbırakanın bütün borçlarından sınırsız bir şekilde sorumluluğunun ortaya çıkmasıydı⁴¹. Bu nedenle aile dışı mirasçılarının mirası kabulü, mirasın veya miras payının tamamına ilişkin olmalıydı. Kısmi kabulle miras kazanılmış olmazdı⁴².

1. Aile İçi Mirasçılarının (*Heredes Domesticici*) Mirası Kazanması

Aile içi mirasçılar (*heredes domesticici*), kanunen veya vasiyetname aracılığıyla mirasçı olup olmamalarına bakılmaksızın *sui heredes*'lerden ve mirasbırakanın vasiyetnamesinde hem azat ettiği (*cum libertate*) hem de mirasçı olarak atadığı kölelerden oluşmaktaydı⁴³. Kölenin vasiyetnamede doğrudan doğruya değil de geciktirici şarta veya vadeye bağlı bir şekilde azat edilmesi de söz konusu olabilirdi. Ölüm olayının meydana gelmesinden sonra şart gerçekleşene veya vade gelene

³⁸ Günal "extranei heredes" kavramını "harici mirasçılar" olarak kullanmıştır. Günal (n 23) 428-429. Honig'in eserinde "domesticici heredes" kavramı, "kanuni varisler"; "extranei heredes" ise "yabancı varisler" olarak belirtilmiştir. Honig (n 32) 364.

³⁹ Umur, "Miras" (n 12) s. 163. Mirasa çağrılarak mirasın kazanılmasını ifade etmek için "*deferri hereditatem*", buna karşılık vasiyetname aracılığıyla mirasa çağrılarak mirasın kazanılması için "*adquirere, accipere hereditatem*" kavramları kullanılırdı. Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 413.

⁴⁰ Peter Apathy, Georg Klingenberg ve Martin Pennitz, *Einführung in das Römische Recht* (5. Aufl, Böhlau 2012) 66; Berki (n 32) 560.

⁴¹ Her ne kadar mirasçı, mirasbırakanın borçlarından tüm malvarlığıyla ve sınırsız bir şekilde sorumlu olsa da mevcudu borcuna yetmeyen mirasçı karşısında tereke alacaklıları Klasik Hukuk Dönemi'nde korunmuştu. Bu kapsamda mirasçıya karşı önceden bir icra takibi başlatılmışsa *praetor*, tereke alacaklılarının talebi üzerine terekenin mirasçının mallarından ayrılmasını (*separatio bonorum*) sağlardı. Terekeyle mirasçının kişisel malvarlığı ayrıldıktan sonra, tereke alacaklıları sadece terekeye, mirasçının alacaklıları da sadece mirasçının kişisel malvarlığına başvurabilirdi. Buna karşılık borca batık terekenin varlığı durumunda ise mirasçı *Iustinianus* Dönemi'nde defter tutma veya envanter imtiyazıyla (*beneficium inventarii*) terekenin içerdiği mallar nisbetinde sorumlu tutularak korunmaktaydı. Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 424. Ayrıca bu hususta bkz. aşağıda 78 ve IV, C, 2.

⁴² Koschaker ve Ayiter (n 13) 396; Berki (n 32) 558.

⁴³ Kunkel ve Honsell (n 24) 469; Honig (n 32) 364-365. *Gai. 2.186*: "*Sed noster servus simu et liber et heres esse iuberi debet, i dest hoc modo: "Stichus servus meus liber heresque esto", vel: "heres liberque esto."*" "Ancak bir kölemiz aynı zamanda azat edilip mirasçı atanmalıydı ve şu şekilde olurdu: "kölem Stichus özgür ve mirasçım olsun" veya "mirasçım ve özgür olsun." Çalışmamızda *Gaius*'un *Institutiones* eserinin çevirisinde şu kaynaktan yararlanılmıştır: Ulrich Manthe, *Gaius Institutiones, Institutionen des Gaius* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2004).

kadar olan dönemde *statuliber* olarak kabul edilen köle beklenen hak sahibiydi ve bu dönemde korunmuştu⁴⁴. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde kölenin azat edilmeksizin (*sine libertate*) sırf mirasçı olarak atanmasıyla hürriyetini de kazandığı kabul edilmişti⁴⁵.

Sui heredes kavramı ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle baba hakimiyetinden çıkacak olan öz ya da evlat edinilmiş⁴⁶ kız⁴⁷ veya erkek aile evlatlarından⁴⁸ oluşmaktaydı⁴⁹. Bunlara ek olarak, *manus* ile evlenilen eş (*uxor in manu*) ve ölmüş ya da *emancipatio*⁵⁰ aracılığıyla egemenlikten çıkarılan erkek çocuklarına ait torunlar da bu kapsamda değerlendirilmekteydi⁵¹. Ancak evli kızların erkek çocukları, mirasbırakanın *agnat*'i⁵² olmadığı için *sui heredes* kavramının içine girmezdi⁵³.

Aile içi mirasçılar (*heredes domestici*), mirası *ius civile*'ye göre ölümle birlikte kendiliğinden (*ipso iure*), herhangi bir kabul işlemine gerek olmadan kazanırdı⁵⁴. Aile birliği içinde yer alan bu kimselerin aile babası ölmeden sadece mirası kazanma beklentisi vardı. Bu beklenti nedeniyle mirasa yabancı bir kimsenin el atması

⁴⁴ Güzide Burcu Günveren, 'Roma Hukukunda Statuliber' (2016) 22(3) MÜHFHAD 1241, 1246.

⁴⁵ Di Marzo (n 2) 516; Umur, *Ders Notları* (n 3) 505; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 188.

⁴⁶ Roma hukukunda *Iustinianus* Dönemi'ne kadar evlat edinilenin çifte mirasçılığı söz konusu olmadığından, evlat edinme ilişkisiyle birlikte evlat edinilen sadece evlat edinen aile babasına (*pater familias*) mirasçı olurdu. Evlat edinilenin yeni aile babasının eşine veya eski aile babasına *ius civile* gereğince mirasçılığı söz konusu değildi. Buna karşılık evlat edinilenin eski aile babasına mirasçı olabilmesi, *praetor* aracılığıyla sağlanmıştı. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde eksik evlat edinme (*adoptio minus plena*) halinde, evlat edinilenin hem kendisini evlatlık veren babasına hem de evlat edinen aile babasına mirasçılığı söz konusu olabilirdi. Bir başka anlatımla evlat edinilenin çifte mirasçılığı söz konusuydu. Evlat edinenin de, vasiyetnamesinde evlat edindiği kimseyi mirastan mahrum etmesi mümkündü. Günveren, *Adoptio* (n 25) 114 ff.

⁴⁷ Kanuni mirasçılıkta kızlar, erkeklerle eşit haklara sahipti. Jean Gaudemet (Çev.: Bülent Tahiroğlu), 'Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu' (1972) 6(9) MHAD 205, 225-226; Seldağ Güneş Ceylan, *Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku* (1. Bası, Yetkin 2004) 68.

⁴⁸ *Ulp. D. 38.16.1.2*.

⁴⁹ Vasiyetnâme kız ve erkek çocuklarla, erkek çocuklardan olan kız ve erkek torunların mutlaka mirasçı olarak belirtilmeleri; mirasçılıktan çıkarılmak isteniyorsa da ismen belirtilmeleri gerekliydi. Günal (n 23) 428-429.

⁵⁰ *Emancipatio*: Aile evlatlarının aile babasının isteğiyle ve onun tarafından baba hakimiyetinden çıkarılması işlemiydi. XII Levha Kanunu'nda erkek aile evlatlarının üç defa satıldığı takdirde özgürlüklerini elde edecekleri kuralından esinlenerek ortaya çıkmıştı. Zira kız veya torun sadece bir kez *mancipatio* aracılığıyla satılmakla, erkek aile evladı ise ilk ikisi azat etme işlemiyle sonuçlanan üç defa *mancipatio* ile güvenilir bir kimsese satılmakla *sui iuris* hale gelirdi. Zira bu aile evladı her bir azat etme işleminden sonra, tekrar eski babalarının egemenliği altına dönerdi. Bazen de alıcı, üç kez *remancipatio* işlemi yapardı. Bu olasılıkla artık aile babası hakimiyeti altına dönüş söz konusu olmamakla birlikte, aile evladı *persona in mancipio* olurdu. Bu durumda da *manumissio* aracılığıyla *sui iuris* konumuna gelirdi. Eğer *remancipatio* yapılmışsa kendi aile babasının, *remancipatio* yapılmamışsa onu azat eden alıcı konumundaki aile babasının aile evladına karşı bir miras hakkı vardı. Genellikle aile babası bir çocuğu dışında diğer çocuklarını *emancipatio*'ya tabi tutarak aile mallarının ve özellikle tarımsal arazilerin parçalanmamasını sağlamış olurdu. Kudret Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku* (2. Bası, Ankara Üniversitesi 1963) 62 ff; Berger (n 1) 451; Umur, *Lügat* (n 1) 63.

⁵¹ Kaser, *RP I* (n 12) 714.

⁵² *Agnatio*: *Ius civile*'nin tanımı olduğu hakimiyet esasına dayalı bu hısımlık, sağ veya ölmüş bir aile babasından bir başka deyişle ortak atadan gelen kimseler arasında kurulurdu ve bu kimselerin tümü *gens*'i oluştururdu. *Agnatio* ölümle sona ermezdi. Aynı babadan doğan erkek kardeş, bu kardeşin oğluyla torunu ya da amca ile amcanın oğlu ve torunu gibi daha uzak hısımlara kadar *agnatio* hısımlığı belirli derecelere ayrılırdı. Ayrıca evlenmeyle *manus* altına giren kadınlar ve evlat edinme de *agnatio* hısımlığını oluştururdu. Ayiter (n 50) 1-2; Nurcan İpek, 'Roma Hukukunda Hısımlık' (2015) 21(1) MÜHF-HAD 167, 168 ff.

⁵³ Koschaker ve Ayiter (n 13) 349.

⁵⁴ Honig (n 32) 364.

önlenmek istenirdi⁵⁵.

Aile içi mirasçılar (*heredes domesticici*), mirası kendiliğinden (*ipso iure*) mirasbırakanın ölümüyle kazandıkları için, mirasa çağrılmayla (*delatio*) mirasın kazanılması (*acquisitio*) da gerçekleşmiş olurdu⁵⁶. Bu nedenle aile içi mirasçı, mirasa çağrıldıktan sonra, fakat mirası fiilen elde etmeden önce ölecek olursa miras, kendi mirasçılarına intikal ederdi⁵⁷.

Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde aile içi mirasçıların mirası kazanmaları için ayrıca mirası kabul etmeleri de gerekirdi. Buna karşılık *Iustinianus* Dönemi'nde aile içi mirasçılarla aile dışı mirasçıların mirası kazanmaları bakımından gerçekleşen fark korunmuştu⁵⁸.

Aile içi mirasçılar, mirası hiçbir kabul işlemine gerek olmadan kendiliğinden kazandıklarından, mirası reddedemezlerdi. Mirası reddedemeyen bu kimselerin *ius civile*'ye göre mirası kazanmaları engellenemediği için, zorunlu mirasçı (*heres necessarius*) olarak da kabul edilmişlerdi⁵⁹. Ancak *praetor*, terekenin borca batık olması halinde vasiyetnamede azat edilip (*cum libertate*) mirasçı atanan kölelerin değil de⁶⁰, *sui heredes*'in korunması amacıyla “kabulden imtina etmek imtiyazı (*beneficium abstinendi*)” tanımıştı⁶¹. Aile içi mirasçının tereke borçlarından kurtulup tereke mallarına el sürmeden mirastan mahrum edilmesi, kabulden imtina etmek imtiyazı (*beneficium abstinendi*) sayesinde gerçekleştirdi⁶². Bu imtiyazı kullanan kimse hala *ius civile* mirasçısı olduğu için vasiyetnamedeki köleleri azat etmek

⁵⁵ Bazen de mirasbırakan, aile içi mirasçının mirası kazanmasını bir şarta bağlayabilirdi. “Eğer isterse (*si volet*)...” diye başlayan bu şartla mirasçı iradesini açıklayana kadar mirası kazanmazdı. Ayrıca mirasbırakan ilk olarak aile dışı mirasçı atamışsa, önce bu mirasçının mirası reddetmesiyle aile içi mirasçı mirası kazanabilirdi Kaser, *RP I* (n 12) 714.

⁵⁶ Koschaker ve Ayiter (n 13) 349.

⁵⁷ Umur, *Ders Notları* (n 3) 506.

⁵⁸ Max Kaser, *Das römische Privatrecht, Die nachklassischen Entwicklungen, zweiter Abschnitt* (2. Aufl, C. H. Beck 1975) 524-525.

⁵⁹ *Gai. 2. 152-156*. Zorunlu ve ihtiyari mirasçı ayrımı, mirasın intikalinde önem kazanırdı. Zorunlu mirasçı, mirası fiilen elde etmeden ölümlerinde elde etmesi gereken miras payı kendi mirasçılarına intikal ederdi. Buna karşılık ihtiyari mirasçı, ancak mirası kabul ettikten sonra ölümlerinde miras payı kendi mirasçılarına intikal ederdi. Günel (n 23) 430.

⁶⁰ *Gai. 2. 155; I. 2.19.1*. *Iustinianus* Dönemi'nden önce vasiyetnamede azat edilen veya *Iustinianus* Dönemi'nde azat edilmemiş olsa bile mirasçı olarak atanan köleler, her ne kadar zorunlu mirasçı (*heres necessarius*) sayılırsalar da, kendilerine “mirası kabulden imtina etmek imtiyazı (*beneficium abstinendi*)” tanımazdı. *Praetor*, bu kölelere “kendi mallarını terekeden ayrı tutma imtiyazı (*beneficium separationis*)” tanımaktaydı. Bu imtiyaz hakkında bkz. aşağıya, IV, C, 2.

⁶¹ *UE 22.24; Gai. 2. 158-160, 163; Gai. D. 29. 2. 57 pr*. Koschaker ve Ayiter (n 13) 350; Umur, *Lügat* (n 1) 28; Umur, ‘Miras’ (n 12) 190; Di Marzo (n 2) 555-556; Honig (n 32) 365; Kaser, *RP II* (n 58) 524; Schwind (n 3) 355; Kunkel ve Honsell (n 25) 469.

⁶² Umur, *Lügat* (n 1) s. 28.

(*manumissio*)⁶³ gibi tasarrufları yerine getirmek zorunda olsa da⁶⁴ *praetor*, o kimseye sanki mirasçı değilmiş gibi davranırdı. Bu kapsamda *praetor*, bu imtiyazı kullanan *suus heres*'in bizzat kendisinin veya *suus heres*'e karşı alacaklıların dava açmasına izin vermezdi⁶⁵. Mirasçı mirası kabulden imtina etmek imtiyazını (*beneficium abstinendi*) kullanmadığında⁶⁶, sanki mirası kabul etmiş gibi terekenin bütün borçlarından sınırsız sorumlu olurdu ve terekeye dahil olan mallar satıldığında da şerefsizlikle (*infamis*)⁶⁷ lekelenirdi⁶⁸. O halde bu imtiyaz sayesinde zorunlu mirasçılar (*heredes necessari*), mirası kabul etmek mecburiyetinden kurtulmuştu⁶⁹ ve mirasçı olarak kaldıkları halde tereke borçlarından sorumlu olmazlardı⁷⁰.

2. Aile Dışı Mirasçıların (*Heredes Extranei*) Mirası Kazanması

a. Genel Olarak

Sui heredes 'lerin ve vasiyetnamede azat edilerek mirasçı olarak atanan kölelerin dışındaki herkes, aile dışı mirasçı (*heredes extranei*)⁷¹ kabul edilirdi. Aile dışı mirasçılar, vasiyetname aracılığıyla (*ex testamento*) mirasçı olmaya çağrıldıklarında doğrudan doğruya mirası iktisap edemezlerdi. Sadece mirasçı olabilme imkanı elde ederlerdi. Tereke, mirasçıya “teklif edilmiş” sayıldığından (*hereditas delata*)⁷², aile dışı mirasçılarının mirasçı olmak istemeleri halinde, ayrıca mirası kabul etmeleri (*adire*

⁶³ Tek taraflı bir tasarruf işlemi olan azat etmeyle (*manumissio*), özgürlük ve ona bağlı olarak da Roma vatandaşlığı kazanılırdı. *Ius civile*'ye göre azat etme biçimleri değnekle azat etme (*manumissio vindicta*), sayım yoluyla azat etme (*manumissio censu*) ve vasiyetname yoluyla azat etme (*manumissio testamento*) idi. Bu üç yolun ortak noktası, yeni bir vatandaşın devlete katılması nedeniyle devlet otoritesini temsil eden bir organın azat etme işlemine müdahalesinin gerekmesiydi. *Ius praetorium*'a göre azat etme biçimleri dostlar önünde azat etme (*manumissio inter amicos*), mektupla azat etme (*manumissio per epistulam*), sofrada azat etme (*manumissio per mensam*) idi. Belirtmek gerekir ki *ius praetorium*'a göre yapılan azat etmelerde köle, *ius civile* nazarında köle kalmaya devam etmekle birlikte, *praetor*'un himaye vasıtalarıyla korunurdu (Güzide Burcu Günveren, 'Ius Civile'nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları' (2018) 76(2) İÜHFM 529, 542; Baha Yiğit Sayın, *Roma'da Köle ve Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2020) 537 ff.

⁶⁴ *Ulp. D. 40.4.32*; Schwind (n 3) 355; Di Marzo (n 2) 556; Umur, 'Miras' (n 12) 190.

⁶⁵ *Gai. D. 29.2.57 pr.*

⁶⁶ Ancak *suus heres*, terekeyi elinde tutmak istediğini belirten (*se immiscere hereditati*) bir harekette bulunursa veya bunu açıkça beyan ederse, kabulden imtina etmek imtiyazından (*beneficium abstinendi*) vazgeçmiş olurdu. Belirtmek gerekir ki bu durumda *heredes sui et necessari*'nin baliğ olup olmadığı hususunda bir ayrım yapılmaktaydı. Zira baliğ olmayan *heredes suus et necessari*, miras mallarını kendi mallarına karıştırarak mirasçı gibi hareket etmekle, kabulden imtina etmek imtiyazını (*beneficium abstinendi*) kullanmaktan vazgeçmiş sayılmazdı. Di Marzo (n 2) 556; Schwind (n 3) 355. *D. 29.2.11 (Pomponius 3 ad sab.)*: “*Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas fit, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.*” “Baliğ olmayan çocuklar onlara düşen mirası her zaman reddetme olanağına sahiptirler. Ama baliğ çocuklar, miras işlerine karşılamaları şartıyla bu olanağa sahiptirler.” Aynı yönde bkz. *Gai. D. 29.2.57 pr.*

⁶⁷ *Infamia*: Şerefsizlik. Bir kişinin toplumdaki saygınlığını yitirmesi ya devletin yetkili organlarınca belirli bazı davalar sonucunda verilen mahkumiyet kararıyla ya da sürdürülen belirli hayat biçimleri nedeniyle kınanmalarıyla meydana gelirdi. Şerefsiz sayılan bu kimseler seçme ve seçilme hakkını yitirdikleri gibi kamu hizmetlerinde de görev alamazlardı. Özel hukuk alanında mahkemelerde dava açamaz, başkalarını temsil edemezler veya tanık olarak dinlenmezlerdi. Gökkçe Türkoğlu Özdemir, *Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)* (1. Bası, Seçkin 2008) 17 ff.

⁶⁸ *C. 6.30.22.13-14.*

⁶⁹ *Iustinianus* Dönemi'nde kabul edildiği üzere, alacaklılar terekeyi satışı çıkartmadıysa, mirasçı bu imtiyazı kullandıktan sonra üç yıl içinde mirası tekrar kabul edebilirdi. *C. 6.31.6.* Di Marzo (n2) 556.

⁷⁰ Honig (n 32) 365.

⁷¹ *Gai. 2. 161.*

⁷² Honig (n 32) 364.

hereditatem) de gerekirdi. Klasik Hukuk Dönemi'ne göre aile dışı mirasçılardan mirasın kabulü, şekle bağlı bir hukuki işlemle (*cretio*) veya mirasçı gibi hareket etmekle (*pro herede gestio*) gerçekleşirdi⁷³.

Aile dışı mirasçılar, mirası kabul ettikleri takdirde (*aditio hereditatis*) mirasçı olacakları için⁷⁴, aynı zamanda ihtiyari mirasçı da (*voluntarii heredes*) sayılırlardı⁷⁵. Ancak hakimiyet altında bulunan ihtiyari mirasçının, hakimiyetinde bulunduğu kişinin de mirasçı olabilme ehliyetine sahip olması gerekirdi⁷⁶. Aile dışı mirasçı borca batık terekeyi istemediği takdirde, kabul de etmeyebilirdi. İlk kez⁷⁷ *Iustinianus Dönemi*'nde “defter tutma veya envanter imtiyazı (*beneficium inventarii*)” tanınmıştı⁷⁸. Böylece pasifi aktifinden çok terekenin mirasçılarının talebiyle terekeye ait bulunan bütün malların envanteri çıkarılırdı ve tereke borçlarından bu envanterin değeriyle (*pro viribus hereditatis*) değil de, terekeyi oluşturan mallarla (*cum viribus hereditatis*)⁷⁹ sorumluluk sağlanırdı⁸⁰.

Aile dışı mirasçı bütün miras için çağrıldıysa mirasın tümünü, ancak mirasın belli bir payı için çağrıldıysa sadece bu payı kabul edebilirdi. Mirasın kabulü, herhangi bir şarta bağlanamazdı⁸¹.

Mirasın kabulü, şahsen gerçekleştirilmeliydi. Ancak aile evladı veya köle söz konusuysa, aile babasının veya efendinin bu işleme izniyle ya da onayıyla (*iussum*)⁸² mirasın kazanılması gerçekleşebilirdi. Ayrıca Roma'da on dört yaşına kadar olanlara

⁷³ Di Marzo (n 2) 557; Umur, ‘Miras’ (n 12) 190. *Gai. 2. 167*'deki metinde mirasın kazanılmasının, mirasın şekle bağlı kabulüyle (*cretio*), mirasçı gibi hareket etmekle (*pro herede gestio*) veya yalnız istekle (*nuda voluntas*) olmak üzere üç farklı şekilde yerine getirilebileceği izlenimi uyanmaktadır. Ancak “*cretio*” ile “*pro herede gestio*” kavramları birbirine “*aut* (veya)” bağlacıyla bağlandığından mirasın iki farklı türde kazanılması söz konusudur. Fakat “*nuda voluntas*” ile “*pro herede gestio*” kavramı birbirine “*vel etiam* (hatta)” kelimesiyle bağlı olduğundan *pro herede gestio*, yalnız istek (*nuda voluntas*) örneği verilerek açıklanmıştır. Kaser, *RP I* (n 12) 718 dn 44; Kunkel ve Honsell (n 24) 470-471 dn.14.

⁷⁴ *Gai. 2. 161 ff; I. 2.19.5.*

⁷⁵ *Ulp. D. 28. 6. 18 pr.; Ulp. D. 28.5.6.3.*

⁷⁶ Günel (n 23) 430.

⁷⁷ Ancak *Iustinianus Dönemi*'nden önce İmparator *Gordianus* (M.S. 238), askerlerin mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunu terekeyle sınırlı tutmuştu. Di Marzo (n 2) 565; Schwind (n 3) 356; Umur, ‘Miras’ (n 12) 192.

⁷⁸ Umur, ‘Miras’ (n 12) 192; Umur, *Lügat* (n 1) s. 28. Mirasçı defter tutma veya envanter imtiyazını (*beneficium inventarii*) vasiyetnamenin açılmasından veya mirasa çağrılarak haberdar olmasından sonraki otuz gün içinde talep edebilirdi. Envanter tutma işlemi, *tabularius* ve diğer kimselerin şahitliğinde altmış gün içinde tamamlandıktan sonra, kötünüyetle hiçbir malın alıkonulmadığına dair beyanla imzalanmalıydı. Envanter tutma işlemi için gereken sürenin geçmesinden önce tereke borçlarıyla ilgili olarak bir dava açılamazdı. Mirasçı, alacaklılara veya lehine mal vasiyet edilen kimselere, yaptıkları başvuru sırasına göre ve terekenin aktif tükenene kadar ödeme yapardı. Ancak terekeden bazı değerler beklenmeyen hal nedeniyle telef olursa, zarara tereke alacaklıları katlanırdı. Di Marzo (n 1) 465; Berki (n 32) 563; Honig (n 32) 405-406; Koschaker ve Ayiter (n13) 397; Kaser, Knütel ve Lohsse, (n 21) 424.

⁷⁹ Bu imtiyazla birlikte aile dışı mirasçılardan sorumlulukları, envantere yazılan terekeyle konu bakımından sınırlanmıştı. Yoksa terekenin değeri miktarınca bir sorumluluk söz konusu değildi. Koschaker ve Ayiter (n 13) 397; Kaser, *RP II* (n 58) 543; Schwind (n 3) 356.

⁸⁰ *C. 6.30.22; I. 2.19.6.*

⁸¹ *D. 29.2.51.2 (Africanus 4 quaest.)*: “*Sed et si quis ita dixerit: ‘si solvendo hereditas est, adeo hereditatem’, nulla aditio est.*” “Aynı şekilde bir kimse ‘terekenin pasifi aktifinden çok değilse mirası kabul ediyorum’ dediğinde, mirasın kabulü hükümsüzdür.”

⁸² *D. 29.2.6 pr.(Ulpianus 6 ad sab.)*: “*Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.*” “Her kim bir başkasının hakimiyeti altındaysa, onun rızasıyla bağlantılı olmadan, aile babası terekenin borçlarından sorumlu olmasın diye kendisine mirası kazandıramaz.”

bir başka deyişle baliğ olmayan *sui iuris* küçüklere (*impubes*) ve kadınlara vasi (*tutor*)⁸³ tayin edildiği için, bu kimseler vasinin *auctoritası* aracılığıyla (*auctoritas tutoris*)⁸⁴ mirası kazanabilirdi. Mirasın kabulüyle, mirasbırakanın borçlarından sınırsız sorumluluk doğacağından, vasinin *auctoritası*yla birlikte mirasın kabulü anında bütün hak ve borçlar küçüğe veya kadına ait olurdu⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki, yedi yaşından küçük *sui iuris* çocuklara (*infans*) hukuki işlemlerini yapmaları için vasi atansa da vasi bu hukuki işlemleri küçüğün hesabına ve fakat kendi adına yaptığından, hukuki işlemlerin sonuçları da vasiye ait olurdu. Bu nedenle yedi yaşına kadar olan bir çocuk (*infans*) için vasinin mirası kabul işlemini gerçekleştirmesi tasvip edilmezdi. Genellikle mirasın kabulü için ya küçüğün yedi yaşını doldurması beklenirdi ya da bu işlem sırasında vasinin yanında küçüğün bir kölesi hazır bekletilirdi. Böylece kölenin elde ettikleri, doğrudan doğruya küçüğe ait olurdu. Ancak Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde artık vasi, yedi yaşına kadar olan çocuğun ad ve hesabına mirası kabul edebilir hale gelmişti⁸⁶.

Baliğ küçüklerin (*puberes minores*) hukuki işlem ehliyetlerinin önceleri tam olduğu kabul edilse de, aldatıldıkları veya zarar gördükleri hukuki işlemler için koruma yollarından yararlandırılarak ticaret hayatında itibarlarını yitirmeye başlamışlardı. *Iustinianus* Dönemi'nde ise bütün tasarruf ve taahhüt işlemlerini kayyımlarının rızasıyla yapabilir hale gelmişlerdi⁸⁷. O halde *Iustinianus* Dönemi'nde yirmi beş yaşından küçük bir kimsenin mirası kabul edebilmesi için ayrıca kayyımın rızasına (*consensus curatoris*) da ihtiyaç vardı⁸⁸.

Akıl hastaları (*firiosus*) hukuki işlem ehliyetleri olmadığından mirası bizzat kabul edemezlerdi⁸⁹. Buna karşılık Klasik Hukuk Dönemi'nde, köleleri veya

⁸³ *Tutor*: Vasi. Roma hukukunda on dört yaşına kadar olan çocuğa ve kadınlara hukuki işlemlerini gerçekleştirebilmeleri amacıyla vasi (*tutor*) atanırdı. Eğer çocuk *sui iuris* ise kendisine, aile babasının (*pater familias*) vasiyetnamesinde tayin ettiği vasi, bu yoksa kanunen en yakın erkek *agnat*'ı vasi tayin edilirdi. Ayiter (n 50) 66 ff; Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 63 ff.

⁸⁴ *Auctoritas tutoris*: Vesayet altında bulunan on dört yaşına kadar olan erkek çocuğun veya kadınların hukuki işlem yapacakları sırada vasinin yanlarında bulunarak bu hukuki işleme katılmaları ve onların eksik olan iradelerinin tamamlanması anlamına gelmekteydi. Eğer vasi bizzat bu hukuki işlemin yapılmasına katılmazsa, vesayet altında olan için geçerli olmazdı. Umur, *Lügat* (n 1) 27.

⁸⁵ Umur, *Roma Hukuku* (n 1) 470.

⁸⁶ ibid 469-470. Vasinin *praetor* mirasçılığını vesayet altındaki küçük adına kazanabilmesine karşılık, *ius civile* mirasçılığını İmparatorluk Dönemi sonuna kadar kazanamaması hakkında bkz. Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 105.

⁸⁷ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (n 1) 194 ff.

⁸⁸ C. 5.37.26.1. Karş. *Gai.* 2. 163.

⁸⁹ Karş. I. 3.1.3.

aile evlatları aracılığıyla mirası kazanabilmekteydiler⁹⁰. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise, hastalığın seyrinde normal oldukları zamanlarda mirası bizzat kabul edebilirlerken⁹¹, hastalığın diğer zamanlarında köleler ve aile evlatları aracılığıyla mirası kazanabilirlerdi⁹².

Klasik Hukuk Dönemi'nde müsrifler (*prodigus*) *ab intestato* elde ettikleri mirası israf edip malvarlıklarını tehlikeye düşürdükleri için kendilerine kayyım atanırdı. Buna karşılık vasiyetnameyle mirasçı olarak atanmışlarsa, mirası kazanabilirlerdi. Belirtmek gerekir ki müsrifi borç altına sokan işlemler için kayyımın rızası veya icazeti gerekirdi. Mirasın kazanılmasıyla birlikte, mirasbırakanın borçlarından da sorumluluk doğacağından ayrıca kayyımın rızasına ihtiyaç olmalıydı. Müsrifler hakkındaki bu uygulama Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde de devam etmişti⁹³.

Mirasa çağrılan aile dışı mirasçı, mirası kabul etmeden önce ölmüşse bu mirası kabul hakkı, mirasçılara geçmezdi⁹⁴. Mirasbırakanın ölümüyle mirasın kabulü arasındaki zamanda tereke muallakta kalırdı. Aynı durum aile içi mirasçının mirası reddetmesi halinde de söz konusuydu. Buna “terekenin askıda olması veya beklemesi (*hereditas iacens*)” denirdi⁹⁵. Terekeye dahil olan mallar bu süre aralığında sahipsiz (*res nullius*) sayıldığı için, bir kimse terekedeki malları kötüniyetle kullansa bile kazandırıcı zamanaşımı aracılığıyla mirasçı olabilirdi⁹⁶. Şöyle ki: Bir kimse mirasçı olmadığını bilerek askıda terekeyi elinde bulundurduğunda ve mirasçı yerine (*pro herede*) ona zilyet olduğunda, mirasçılık sıfatını kazandırıcı zamanaşımı aracılığıyla (*usucapio pro herede*) kazanırdı. *Usucapio pro herede* için iyiniyet aranmamakla birlikte terekeye dahil olan taşınırlar ve taşınmazlar için bir yılın geçmesi yeterli görülmüştü⁹⁷. Terekenin askıda olduğu bu sürede, terekeye dahil mallarda semere

⁹⁰ D. 29.2.63 (*In libro singulari regularum Pomponii Marcellus notat*): “*Furiosus adquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat: per alium autem adquire ei potest, veluti per servum vel eum quem in potestate habet.*” “Bir akıl hastası vasiyetname aracılığıyla mirasta yer alan menfaati kendi gücüyle elde edemez. Meğerki kendi aile babasının veya malikinin zorunlu mirasçısı olsun. Ancak örneğin bir köle veya kendi aile hakimiyeti altındaki üçüncü bir kimse aracılığıyla mirası kazanabilirdi.”

D. 29.2.9 (*Paulus 2 ad sab.*): “*Pupillus si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam adquirendae hereditatis non intellegat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer (neque enim scire neque discernere talis aetas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest: hoc enim favorabiliter eis praestatur.*” “Konusabilme yeteneğine sahip vesayet altında bulunan (*sui iuris* baliğ olmayan) küçük (*pupillus*), mirasın kazanılmasından hiçbir şey anlayamayacak yaşta bulunuyorsa, yine de vasinin şekli onayıyla mirası kazanabilir. Söz konusu yaştaki oğlan çocukları tecrübesiz olsa da, bu kabul edilmek zorundadır (Çünkü bu yaşta tıpkı bir akıl hastasının olduğu gibi, hiçbir şey bilinmez ve hiçbir şey karar verilemez). Bir başka anlatımla vesayet altındakiler ayrıcalıklı olarak görülmüştür.”

⁹¹ C. 5.70.6.

⁹² Kaser, *RP II* (n 58) 529.

⁹³ *Ulp. D. 29.2.5.1.* Ibid 529; Umur, *Lügat* (n 1) 169.

⁹⁴ Umur, *Ders Notları* (n 3) 506.

⁹⁵ Kunkel ve Honsell (n 24) 471; Honig (n 32) 364; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 76; Ulrike Babusiaux, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht* (1. Aufl, Böhlau 2015) 92, 94-96.

⁹⁶ Kaser, *Knütel* ve Lohsse (n 20) 417.

⁹⁷ *Usucapio pro herede* için aranan sürenin kısa olmasının nedeni, ölü kültünü yerine getirecek ve alacaklıların taleplerini yönetebilecekleri bir kimsenin bulunmuş olmasıydı. Ancak ilk kez İmparator *Hadrianus* Dönemi'nde (M.S. 117-138) mirasın bu şekilde kolayca mirasın elde edilme şekli yürürlükten kaldırdı. Zira *ius praetorium* tereke alacaklılarına başka yollar sağladıkça *usucapio pro herede*'ye duyulan ihtiyaç da ortadan kalkmıştı. *Gai. 2.52-57.* Ibid 418; Babusiaux (n 95) 94 ff; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 77.

artışı olabileceği gibi köleler aracılığıyla malvarlığında bir artış veya onlar tarafından işlenen haksız fiiller aracılığıyla maddi zarar da gerçekleştirebilir⁹⁸. Roma hukukunda askıda terekeye tanınmayan tüzel kişilik, ancak Ortak Hukuk Dönemi'nde tanınabilmişti⁹⁹.

b. Mirasçı gibi Hareket Etmek (*Pro Herede Gestio*)

Aile dışı mirasçı, mirasçı olma isteğini gösteren ve herhangi bir şekilde bağlı olmayan davranışla da mirası kazanabilirdi. Terekeye ait bir malın satılması ya da kullanılması, mirasla ilgili hakların talep edilmesi, mirasbırakanın alacaklıları tarafından açılan davaların kabul edilmesi, terekeye ait malların nasıl yönetileceğiyle ilgili tespitler yapılması, kölelerin azat edilmesi veya borçların ödenmesi, mirasçı gibi hareket ederek mirasın kazanılmasına örnek teşkil ederdi¹⁰⁰.

Eski Hukuk Dönemi'nde miras, maddi şeylerin somut topluluğundan oluştuğundan sadece mirası kazanma iradesi önemsizdi. Mirasın kazanılması için, mirasın veya ona ait başlıca eşyaların zilyetliğinin kazanılması gerekirdi¹⁰¹. Ancak mirasın hukuki bir bütün olarak kavranmasından sonra mirasın kazanılmasına yönelik iradeyi belirten zımni irade beyanı yeterli görüldü¹⁰². Mirasçı mirası kazanmayı istemezse, sadece bundan kaçınması yeterliydi. Bir başka deyişle mirası kabul etmek istemeyen (*repudiare, omittere hereditatem*) aile dışı mirasçı, bu iradesini terekenin zilyetliğini elde etmeksizin pasif bir hareketle gerçekleştirebilirdi¹⁰³. Ancak aile dışı mirasçı mirası reddettikten sonra fikir değiştirip mirası kazanamazdı¹⁰⁴.

Belirtmek gerekir ki mirasın şekle bağlı kabulü (*cretio*)¹⁰⁵ söz konusu değilse, hangi süre içerisinde mirasın kabul edileceğine karar verme, mirasa çağrılan kimseye bağlıydı. Bununla beraber söz konusu durumun tereke alacaklılarına zarar verdiğini gören *praetor*, onları korumak için bazı olanaklar getirmişti. *Praetor*, tereke alacaklılarının talebi üzerine mirasçılık silsilesinde sırayla çağırıldığı kimselere mirasçı olmak isteyip istemediklerini sorardı (*ius deliberandi*). Eğer mirasçı hemen karar vermezse, *praetor* kendisine bir düşünme süresi (*tempus ad deliberandum*) verirdi. Genellikle yüz günden oluşan¹⁰⁶ bu süre içerisinde mirası kabul etmeye çağrılan kimse, kesin kararını vermezse mirası kabul etme olanağı nihai olarak son bulurdu. Bu durumda bir sonraki sırada bulunan kimse çağrılırdı. Ancak böyle bir mirasçı

⁹⁸ Paul. D.5.3.14.

⁹⁹ Apathy, Klingenberg ve Pennitz (n 40) 84.

¹⁰⁰ Kaser, *RP I* (n 12) 718 dn. 42; Kunkel ve Honsell (n 24) 471; Honig (n 32) 366, Berki (n 32) 558.

¹⁰¹ *Gai. 2.166*. Koschaker ve Ayiter (n13) 351.

¹⁰² *UE 22, 26; Gai. 2.167-169; I. 2.19.7.*

¹⁰³ *Gai. 2.169.*

¹⁰⁴ Kunkel ve Honsell (n 24) 471; Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 414.

¹⁰⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı III, A, 2, c.

¹⁰⁶ Umur, *Lügat* (n 1) 197.

yoksa, alacaklılar terekenin satılmasını talep ederdi (*venditio bonorum defuncti*)¹⁰⁷.

Iustinianus Dönemi'nde mirasın kabulü için, sadece mirasın şekilsiz kabulü demek olan “*aditio*” işlemi kalmıştı. *Aditio*, mirasın şekilsiz alelade bir beyanla kabul edilmesiydi¹⁰⁸. Mirasçı olma iradesini göstermeye yarayacak durumlar, mirasçı olma iradesinin açıkça belirtilmesi veya zımni bir beyan da bu kapsamda değerlendirilmekteydi. Mirasçı gibi hareket etme (*pro herede gestio*), *Iustinianus* Dönemi'nde *aditio* işleminin şekle bağlı olmayan ancak zımni irade beyanı anlamına da gelmeyen kullanımlarında onunla yer değiştirmişti¹⁰⁹. *Aditio*, şarta ve vadeye tabi tutulmadığı gibi, terekenin bütününe ilişkin olmalıydı. *Aditio* için herhangi bir süre aranmasa da, alacaklılar veya ilgililer, *praetor*'den muhtemel mirasçının mirası kabul etmesi hususunda genellikle yüz günden oluşan uygun bir düşünme süresini talep edebilirdi. Bununla beraber Klasik Hukuk Dönemi'nin aksine *Iustinianus* Dönemi'nde bu sürenin geçmesine tam tersi bir anlam verilmişti. Zira artık bu süre içerisinde miras reddedilmezse, kabul edilmiş sayılırdı. Böylece alacaklıların talebi üzerine terekenin iflası da önlenmiş olurdu¹¹⁰.

c. Mirasın Şekle Bağlı Kabulü (*Cretio*)

Aile dışı mirasçıların mirası kabul etme şekillerinden bir diğeri de, mirasçı gibi hareket etmekten (*pro herede gestio*) muhtemelen daha yeni olan *cretio* idi¹¹¹. Bir vasiyetnamenin varlığı halinde şartsız, şekle bağlı sözlü bir beyanla¹¹² yapılan mirasın kabulü anlamındaki *cretio* şu şekilde gerçekleşirdi: “*Madem ki P. Maeuius vasiyetnameyle beni mirasçı nasbetti, kararımı veriyor ve bu mirası kabul ediyorum (quod me P. Maeuius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque)*”¹¹³. Görüldüğü üzere *cretio*, mirası iktisap etme isteğinin şekle bağlı sözlerle bildirilmesiydi¹¹⁴.

Mirasın şekle bağlı sözlerle kabulü, esas olarak vasiyetname aracılığıyla mirasa çağrılmada söz konusu olurdu. Mirasbırakan, mirasçıların mirası şekle bağlı olarak kabul etmesini isterse, bunu vasiyetnamesinde açıkça düzenlemeliydi. Mirasın şekle bağlı kabulünün (*cretio*) gerçekleşmesi için şahit gösterme gerekli değilse de ispat nedeniyle tavsiye edilen yaygın bir uygulamaydı¹¹⁵.

¹⁰⁷ *Gai. 2.167*. Schwind (n 3) 354; Koschaker ve Ayiter (n 13) 352.

¹⁰⁸ Umur, ‘Miras’ (n 12) 191.

¹⁰⁹ Schwind (n 3) 354.

¹¹⁰ *C. 6.30.22.13a-14b*. ibid 355; Honig (n 32) 404; Umur, ‘Miras’ (n 12) 191; Koschaker ve Ayiter (n 13) 352.

¹¹¹ Koschaker ve Ayiter (n 13) 351; Kunkel ve Honsell (n 24) 471.

¹¹² Schwind (n 3) 353.

¹¹³ *Gai. 2.166*. Di Marzo (n 2) 557; Honig (n 32) 366.

¹¹⁴ *Gai. 2.164-173*.

¹¹⁵ Kaser, *RP I* (n 12) 717; Kunkel ve Honsell (n 24) 470.

Mirasın şekle bağlı kabulü (*cretio*) süresi genellikle yüz gün olarak belirlenirdi¹¹⁶ ve bu süre içerisinde mirası kabul etmeyen mirasçı, mirası sonradan kabul edemezdi¹¹⁷. Mirasbırakanın vasiyetname yoluyla mirasçılığın sonuçlarının hızlıca mirasçılar üzerinde doğmasını istemesi mirasın şekle bağlı kabulünün pratik faydasını oluşturmaktaydı. M.S. 5. yüzyılda yürürlükten kaldırılan bu uygulama, *Iustinianus Dönemi*'nde kaynaklardan nihai olarak silinmişti¹¹⁸.

Mirasın şekle bağlı kabulü (*cretio*); kendi içerisinde mirasın tam şekle bağlı kabulü (*cretio perfecta*), mirasın eksik şekle bağlı kabulü (*cretio imperfecta*), mirasın olağan şekle bağlı kabulü (*cretio vulgaris*) ve mirasın devamlı belirli günler sayılarak şekle bağlı kabulü (*cretio certorum dierum continua*) olmak üzere farklı türlere ayrılmaktaydı¹¹⁹.

aa. Mirasın Tam Şekle Bağlı Kabulü (*Cretio Perfecta*)

Mirasbırakan vasiyetnamesinde, birinci mirasçı olarak atadığı kimseyi şekle bağlı kabulü (*cretio*) gerçekleştirmediği takdirde mirasçılıktan çıkardıktan sonra açıkça yerine yedek mirasçının (*substitutus*) geçeceğini de düzenlemişse söz konusu olurdu. Bu şekle bağlı kabul beyanının “tam (*perfecta*)” olarak adlandırılmasının nedeni, şekle bağlı kabul beyanının gerçekleşmemesi durumunda mirasçılıktan çıkarma yaptırımının uygulanmasıydı¹²⁰:

Gai. 2.174

“*Interdum duos pluresue gradus heredum facimus, hoc modo: L. TITIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM PROXIMIS, QUIBUS SCIENS POTERISQUE. QUOD NI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. TUM MEVIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM et reliqua; et deinceps in quantum uelimus, substituere possumus.*”

“Bazen şu şekilde iki veya daha çok derecede mirasçı atarız: Sen *L. Titius* mirasçım ol. Bildiğin ve öğrendiğin sürece gelecek (önümüzdeki) yüz gün içinde karar vermelisin. Bu şekilde karar vermezsen, mirasçılığımın çıkacaksın. Sonrasında *Maevius*, sen mirasçım ol ve sen gelecek yüz gün içinde karar vermezsen vs. Bundan sonra istediğimiz sıklıkta mirasçı atayabiliriz.”

Yukarıdaki metinde mirasın tam şekle bağlı kabulünün neyi ifade ettiği gösterilmişti. Ancak belirtmek gerekir ki mirasçı olarak atanan kimse, şekle bağlı kabulü (*cretio*) gerçekleştirmezsiniz sadece mirasçı gibi hareket etmişse (*pro herede gestio*) de, yedek mirasçı (*substitutus*) onun yerine geçirdi¹²¹.

¹¹⁶ *Gai. 2.170.*

¹¹⁷ *Gai. 2.168.*

¹¹⁸ *C. 6.30.7.* Kaser, *RP I* (n 12) 717 dn. 25; Kaser, *RP II* (n 58) 526; Schwind (n 3) 354; Umur, ‘Miras’ (n 12) 190-191; Koschaker ve Ayiter (n 13) 351.

¹¹⁹ Di Marzo (n 2) 558; Schwind (n 3) 353-354.

¹²⁰ Avenarius (n 6) 432; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 194.

¹²¹ Di Marzo (n 2) 533, 558; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 194; Schwind (n 3) 353. Aynı yönde *UE 22.33.*

bb. Mirasın Eksik Şekle Bağlı Kabulü (*Cretio Imperfecta*)

Mirasbırakan, vasiyetnamesinde mirasçı olarak atadığı kimsenin, şekle bağlı kabulü (*cretio*) gerçekleştirmediği takdirde mirasçılıktan çıkarılacağını açıkça düzenlememişse, mirasın eksik şekle bağlı kabulü söz konusu olurdu. Bir başka deyişle vasiyetnamede “*kabul beyanında bulunmazsan, o zaman Maevius mirasçım olsun (si non creveris tum Maevius heres esto)*” ifadesi varsa, mirasın eksik şekle bağlı kabulü (*cretio imperfecta*) mevcuttu. Bu nedenle birinci sırada mirasçı atanan kimse, mirasçı gibi hareket edecek olursa, yedek mirasçıyla eşit hisselerle¹²² mirasçı olurdu¹²³:

UE 22.34

“*Si sub imperfecta cretione heres institutus sit, id est non adiectis his verbis: ›si non creveris, exheres esto‹, sed si ita: ›si non creveris, tunc Mevius heres esto‹, cernendo quidem superior inferiorem excludit; non cernendo autem, sed pro herede gerendo in partem admittit substitutum: sed postea divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres. quodsi neque creverit, neque pro herede gesserit, ipse excluditur, et substitutus ex asse fit heres.*”

“Eğer eksik şekle bağlı kabul beyanıyla”, mirasçı atandıysa, bir başka deyişle şöyle ifadeler eklenmemişse: ‘Şekle bağlı olarak kabul etmezsen, mirasçılığımдан çıkarılmış olursun’, bilakis şu şekildeyse: ‘şekle bağlı olarak kabul etmezsen, *Maevius* mirasçı olsun’. İlk çağrılanın mirası kabulü, ikinci çağrılanı engel olur. Bununla birlikte mirası kabul etmeyip mirasçı gibi hareket ederse, yedek mirasçının bir hisse almasına izin verilir. Ancak sonradan ilahi *Marcus* belirledi ki: mirasçı gibi hareket etse de, bütün miras onun olur. Ancak ne şekle bağlı bir kabulü gerçekleştirmişse ne de mirasçı gibi hareket etmişse, bizzat kendisi mirasçı olarak kabul edilmez ve hepsinin mirasçısı, yedek mirasçı olur.”

Yukarıda görüldüğü üzere İmparator *Marcus Aurelius*’tan (M.S.161-180) sonra, mirasçı gibi hareket ederek (*pro herede gestio*) mirasın kabul edilmesi, mirasın şekle bağlı kabulünün (*cretio*) yerine geçmişti. Böylece ilk mirasçı atanan (*institutus*) kimse, mirası şekle bağlı değil de sadece mirasçı gibi hareket ederek (*pro herede gestio*) kabul etmişse, kayıtsız şartsız tek mirasçı haline gelirdi. Bunun nedeni mirasçı gibi hareket etmenin de, aslında mirasçının mirası kabul etme iradesini göstermesiydi. Zira mirasçı gibi hareket etmek, vasiyetnameyi yapanın isteğine uygunluğu ifade ederdi. Böylece İmparator *Marcus Aurelius*’tan sonra ilk sırada mirasçı atanan kimse, şekle bağlı kabulü gerçekleştirmeden sadece mirasçı gibi hareket etse de mirasın tamamına sahip olmalıydı¹²⁴.

¹²² *Gai. 2.177.*

¹²³ Di Marzo (n 2) 533, 558; Schwind (n 3) 353.

¹²⁴ Avenarius (n 6) 431; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 195.

cc. Mirasın Olağan Şekle Bağlı Kabulü (*Cretio Vulgaris*)

Esasen terekenin borçlu olup olmadığının bilinmesine bağlı olarak, mirasın kabul edilmesine karar verilir. Terekenin borçlu olup olmadığı derhal tespit edilemeyeceğinden, mirasın şekle bağlı kabulü (*cretio*) aslında mirasçı olarak atanan kimseye düşünme süresi de sağlamış olurdu:

Gai. 2.165

“*Cum ergo ita scriptum sit: HERES TITIVS ESTO, adicere debemus: CERNITOQVE IN CENTVM DIEBVS PROXVMIS, QVIBVS SCIES POTERISQVE. QVOD NI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO.*”

“Şu suretle yazıldıysa: “*Titius* mirasçım olsun, şunu eklemek zorundayız: bildiğin ve öğrendiğin müddetçe önümüzdeki yüz gün içinde karar vermelisin. Eğer bu şekilde karar vermezsen, mirasçılığımın çıkarılmış olursun.”

Mirasçı olarak atandığının bilinmesinden başlayarak sayılan yüz günlük süre, mirasın şekle bağlı kabulünün fiilen gerçekleştirilebileceği günlerin sayımından oluştuğunda, mirasın olağan şekle bağlı kabulü (*cretio vulgaris*) söz konusu olurdu¹²⁵.

dd. Mirasın Geçen Günler Sayılarak Şekle Bağlı Kabulü (*Cretio Certorum Dierum Continua*)

Eğer vasiyetnameye “mirasçı olarak atandığının bilinmesinden itibaren (*quibus sciet poteritque*)” şeklindeki bir ifade eklenmemişse, mirasbırakanın ölümünden itibaren mirasın şekle bağlı kabulünün yapılabilmesinin mümkün olup olmadığına bakılmaksızın geçen her gün kabul süresi içinde sayılırdı¹²⁶. Bu şekilde yapılan *cretio*’ya, mirasın geçen günler sayılarak şekle bağlı kabulü (*cretio dierum continua*) denirdi¹²⁷.

B. Praetor Mirasçılığının Talep Üzerine Verilmesi (*Agnitio Bonorum Possessionis*)

1. Kavram

Bonorum possessio, kelime anlamıyla “malların zilyetliği” anlamına gelse de, *ius civile*’ye göre mirasçı olamayan kimselere, *praetor*’un mirasçılık vasfı tanınması nedeniyle bu kavrama “*praetor mirasçılığı*” adı verilmektedir¹²⁸.

¹²⁵ *Gai. 2.172. Di Marzo (n 2) 558, Schwind (n 3) 354.*

¹²⁶ *Gai. 2.173.*

¹²⁷ *Di Marzo (n 2) 558, Schwind (n 3) 354.*

¹²⁸ *Umur, Ders Nottarı (n 3) 502-503; Küçükgüngör, Testamentum (n 12) s. 79.*

2. Şartlar

Praetor mirasçılığında, mirasa ilişkin eşyanın zilyetliği çeşitli kimselere verilirdi. *Praetor* mirasçısı olabilmek, hiçbir zaman kendiliğinden gerçekleşmezdi. Bir kimse, *praetor*'lerin beyannamelerinde belirlenen sınıflardan birine giriyorsa talepte (*agnitio*) bulunmalıydı. Mirasbırakana daha yakın hak sahibi çıkmadığı takdirde, ayrıntılı bir inceleme söz konusu olmadan mirasçı olduğu izlenimi uyandıran kişiye *praetor* mirasçılığı verilirdi¹²⁹.

3. Fayda

Praetor mirasçılığı, *ius civile* miras sistemini düzeltme ve tamamlama amacına sahipti¹³⁰. Bu sayede *ius civile* kapsamında mirasçı olamayan *emancipatio* işlemine maruz kalmış aile evladı veya eşlerin birbirine mirasçı olması sağlanırdı. Yine *praetor* mirasçılığı aracılığıyla terekenin uzun süre mirasçısız kalması ve bu sayede mirasbırakanın alacaklılarının menfaatlerinin zedelenmesi engellenirdi. Zira aile dışı mirasçı, mirası kabul konusunda pasif kalırsa ve üçüncü bir kişi de kazandırıcı zamanaşımı yoluyla (*usucapio pro herede*) mirası elde etmezse, terekenin mirasçısız kalma durumu ortaya çıkabilirdi¹³¹. Böyle bir durumda *praetor* mirasçılığı, mirasçısız kalan tereke alacaklılarının hukuki güvenliğini sağlamış olurdu¹³².

4. Hukuki Sonucu

Praetor, *ius civile* mirasçılığı ihdas edemezdi. Bir başka anlatımla *praetor*'un tanıdığı mirasçılık sistemi, mirasçıya *ius civile* mirasçılığını sağlamazdı. Bununla beraber *praetor* mirasçısı (*bonorum possessor*), terekeye ait malların zilyetliğini elinde bulundururdu. *Bonorum possessor*, *praetor*'un sağlamış olduğu zilyetlik korumalarından yararlanarak kazandırıcı zamanaşımı süresi sonunda tereke mallarının *ius civile* mülkiyetini elde ederdi¹³³. *Praetor* mirasçısı, gerektiğinde bu malların zilyetliğini sağlamak amacıyla *interdictum quorum bonorum*'a¹³⁴ başvurabilirdi¹³⁵. Ancak *praetor* mirasçısı bir yıl sürecek olan kazandırıcı zamanaşımı (*usucapio pro herede*) aracılığıyla *ius civile* mirasçılığını elde edene kadar, mirasbırakanın alacaklılarına karşı dava da açabilirdi. Şöyle ki: *praetor* mirasçılığı verilen kimse (*bonorum possessor*), *ius civile*'ye göre mirasçı olsaydı hangi davaları açabilecekse, *praetor*'un *formula*'ya bir varsayım (faraziye) eklemesiyle bu

¹²⁹ Kaser, *RPI* (n 12) 719.

¹³⁰ Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 87.

¹³¹ Koschaker ve Ayiter (n 13) 356.

¹³² Babusiaux (n 95) 96 ff.

¹³³ Günal (n 23) 430-431.

¹³⁴ *Interdictum quorum bonorum*: *Interdictum* ile tarafların ileri sürebileceği bütün nedenler incelenmeden, *ius civile*'nin düzenlemediği bazı hukuki durumların hızlıca korunması sağlanırdı. *Interdictum quorum bonorum* ise, terekeye ait malların zilyetliğini elde etmek amacıyla kullanılırdı. Umur, *Lügat* (n 1) 89, 92.

¹³⁵ Schwind (n 3) 358; Koschaker ve Ayiter (n 13) 358; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 81.

davalara başvurabilirdi. Bir başka deyişle *praetor, formula*'nın *intentio* bölümüne, o kimsenin mirasçı olduğu varsayımını (*fictio*)¹³⁶ eklerdi. Keza tereke alacaklıları da, alacaklarını *praetor* mirasçısından almak için aynı yola başvurabilirdi¹³⁷. Görüldüğü üzere, mirasbırakanın hakları ve borçları, *praetor* mirasçısına (*bonorum possessor*) kendiliğinden geçmezdi¹³⁸. Hakim karar verirken o kimsenin gerçekten mirasçı olup olmadığını araştırmaya gerek duymadan, sanki o kimse *ius civile* mirasçısıymış (*heres*) gibi karar verirdi. Böylece aslında *ius civile* mirasçısıyla *praetor* mirasçısı (*bonorum possessor*) birbirine denk tutulmuş olurdu¹³⁹. O halde *praetor* mirasçılığının “verilmesiyle (ita edilmesiyle)” terekenin zilyetliği geçici veya kesin süreyle elde edilirdi. Keza onu hukuki yollarla onu elde etme veya zilyetliğinde tutma bu kapsamda değerlendirilirdi¹⁴⁰. Bir *praetor* mirasçısı (*bonorum possessor*), ancak kazandırıcı zamanaşımı süresinin sonunda malların *ius civile* maliki haline gelebilirdi¹⁴¹.

Iustinianus Dönemi'nde *praetor* mirasçılığı, *ius civile*'yi kapsar şekilde onunla kaynaşmış olsa da¹⁴², *praetor* mirasçılığı üç sınıfa, bu sınıflar da belirli derecelere ayrılırdı¹⁴³. Bunlar “vasiyetnameye aykırı *bonorum possessio*” (*bonorum possessio contra tabulas testamenti*), “vasiyetnameye uygun *bonorum possessio*” (*bonorum possessio secundum tabulas testamenti*) ve “vasiyetnamesiz *bonorum possessio*” (*bonorum possessio sine tabulis* veya *intestati*) idi¹⁴⁴.

Vasiyetnameye aykırı *praetor* mirasçılığında (*bonorum possessio contra tabulas testamenti*), bir vasiyetnamede mirasçı atanması gerektiği halde mirasçı atanmamış veya mirasçılıktan çıkarılmış olan çocuklar yer alırdı. Yine *emancipatio* işlemine maruz kalan aile evlatları da bu sınıf içerisinde yer alırdı. Bu *praetor* mirasçısı sınıfında yer alanların, diğer sınıflara önceliği bulunurdu. Bu sınıfta hiç kimse bulunmuyorsa veya *praetor* mirasçılığını talep süresi sona ermişse, diğer sınıfta yer alanlar başvuruda bulunabilirdi. İkinci sınıf olan vasiyetnameye uygun *praetor* mirasçılığında (*bonorum possessio secundum tabulas testamenti*), vasiyetnameyi düzenleyen sonradan akıl sağlığını kaybetmişse ya da vasiyetnameyi düzenleme ve ölme anları dışında mirasçılık ehliyetini yitirmişse vasiyetname *ius civile*'ye göre hükümsüz olsa da, vasiyetnamede atanan mirasçılara *praetor* mirasçılığı tanınırdı¹⁴⁵.

¹³⁶ Faraziye (*fictio*), bir iddianın doğru veya gerçek olmadığını bilinmesine rağmen gerçek gibi tasavvur edilmesidir. Roma hukukunda *praetor*'un tanıdığı *actiones ficticiae* ile *ius civile* kapsamında korunması için şart olan ancak olayda mevcut olmayan bir unsur var sayılarak himaye sağlanırdı. Umur, *Lügat* (n 1) 14; Fulya İçin Gönenç, ‘Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler’(2008) 12(1-2) EÜHFD 137, 140.

¹³⁷ *Gai. 4.34.*

¹³⁸ Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 30.

¹³⁹ Kaser, *RPI* (n 12) 719; Kunkel ve Honsell (n 24) 475-476; Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 414-415; Babusiaux (n 95) 96 ff.

¹⁴⁰ Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 414-415.

¹⁴¹ Umur, *Ders Notları* (n 3) 507.

¹⁴² Schwind (n 3) 360; Di Marzo (n 2) 511-512; ibid 506.

¹⁴³ Kunkel ve Honsell (n 24) 439-440, 475.

¹⁴⁴ Umur, *Ders Notları* (n 3) 507-508.

¹⁴⁵ Babusiaux (n 95) 167.

Şayet belirtilen bu iki sınıf mevcut değilse veya bu sınıfta yer alan kimseler için süreler sona ermişse, üçüncü sınıf olan vasiyetsiz *praetor* mirasçılığı (*bonorum possessio sine tabulis* veya *intestati*) söz konusu olabilirdi. Kan hısımları ve sağ kalan eş bu sınıfta¹⁴⁶ yer almakla birlikte, ancak bir kimsenin vasiyetname yapmadan ölmesi halinde kendilerine *praetor* mirasçılığı verilebilirdi¹⁴⁷.

Yukarıda belirtilen gruplarda yer alan kimseler, mirasa çağrıldıklarının öğrendikleri andan itibaren *praetor* mirasçısı olmak isterlerse talepte (*agnitio*) bulunabilirlerdi. Bir kanuna veya ona denk tutulan başka bir nedene dayanarak mirasçılık ehliyeti olmayan kimse, *ius civile*'ye göre mirasçı (*heres*) olamadığı gibi *praetor* mirasçılığını da talep edemezdi¹⁴⁸. Keza ölüm cezasına mahkum edilen kimse¹⁴⁹ gibi vasiyetname yapmaya hileli bir şekilde engel olan veya mirasbırakanı buna zorlayan kimse de *praetor* mirasçısı olamazdı¹⁵⁰. Aile evladı için aile babası, *sui iuris infans* için vasisi¹⁵¹, akıl hastası için de kayyım, *praetor* mirasçılığı talebinde bulunabilirdi¹⁵². *Praetor* mirasçılığını talep süresi, her bir sınıf için yüz gündü¹⁵³. Ancak *praetor* mirasçılığı sınıflarında yer alan mirasbırakanın ebeveynleri (*parentes*) ve çocukları (*liberi*) için bu süre yüz gün değil de bir seneydi¹⁵⁴.

IV. Mirasçılık Ehliyeti

A. Genel Olarak

Mirasçılık ehliyeti, mirası kazanabilmeyi ve mirasçı olarak hakları kullanabilmeyi sağlayan hak ve fiil ehliyetini ifade etmektedir. *Ius civile*'ye göre, *sui iuris* Roma vatandaşlarının mirasçılık ehliyetlerinde bir sınırlama söz konusu olmamakla birlikte kadınların, aile evlatlarının ve kölelerin mirasçılık ehliyetleri sınırlanmıştı. *Iustinianus* Dönemi'ne kadar köleler, vasiyetnamede azat edildikleri (*cum libertate*) takdirde mirasçı olarak atanabilirdi. Fakat başka birine ait köleler veya başka bir aile babası hakimiyeti altındaki aile evlatları mirasçı olarak atanmak isteniyorsa, bu miras

¹⁴⁶ Vasiyetnamesiz *praetor* mirasçılığı (*bonorum possessio intestati*), dört sınıftan oluşmaktaydı: “*Unde liberi*” adı altındaki ilk sınıf, *sui heredes*’ten, baba hakimiyetinden çıkarılan çocuklardan ve bunların fîruundan oluşmaktaydı. “*Unde legitimi*” adı altındaki ikinci sınıf, *ius civile*’nin çocukları, bunlar yoksa da agnatik hısımlarından oluşurdu. “*Unde cognati*” adı verilen üçüncü sınıf, daha önceki sınıflarda mirasçı olabilecek herhangi bir kimse yoksa, altıncı dereceye kadar kan hısımlarından oluşmaktaydı. Daha önceki sınıflarda hiçbir kimsenin bulunmaması halinde dördüncü ve sonuncu “*unde vir et uxor*” sınıfı, *manus* ile evlenmiş olup olmasına bakılmaksızın sağ kalan eşten oluşmaktaydı. Di Marzo (n 2) 543-544; Umur, *Ders Notları* (n 3) 524-525.

¹⁴⁷ Schwind (n 3) 358 ff.

¹⁴⁸ *Ulp. D. 37.1.12.1.*

¹⁴⁹ *Afr. D. 37.1.13.*

¹⁵⁰ *Iul. D. 38.13.1; C. 6.34.1.*

¹⁵¹ *Ulp. D. 37.1.7.2.*

¹⁵² Kaser, *RP I* (n 12) 719.

¹⁵³ *Ulp. D. 38.9.1.9.*

¹⁵⁴ *Ulp. D. 38.9.1.12.* Kaser, *RP I* (n 12) 719; Di Marzo (n 2) 511; Kunkel ve Honsell (n 24) 475.

kölenin efendisine (*patronus*) veya aile babasına ait olurdu¹⁵⁵.

Klasik Hukuk Dönemi'nin sonuna kadar kişi topluluklarının¹⁵⁶ ve yabancıların mirasçılık ehliyeti bulunmamaktaydı¹⁵⁷.

Burada belirtmek gerekir ki Romalılar için “*testamenti factio*” kavramı, hem mirasçılık ehliyetini hem de vasiyetname yapabilmeyi veya yapılmasına şahit olabilmeyi içerirdi¹⁵⁸. Mirasbırakanın vasiyetname yapma ehliyeti için kullanılan “*testamenti factio activa*” kavramıyla lehine belirli mal bırakılan kimselerin ve mirasçılardan mirasçılık ehliyeti bakımından kullanılan “*testamenti factio passiva*” ayrımı, Ortak Hukuk Dönemi'nde yapılmış bir ayrımdı¹⁵⁹.

Aile içi mirasçılar mirası, mirasbırakanın ölümüyle kendiliğinden kazandıklarından, mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık ehliyetlerinin olması gerekirdi. Ancak belirtmek gerekir ki vasiyetname yoluyla mirasın kazanılması halinde, vasiyetin yapıldığı, ölümün gerçekleştiği ve aile dışı mirasçılar için de mirasın kazanıldığı anda mirasçılık ehliyetinin varlığı gerekirdi¹⁶⁰:

D. 28.5.50.1 (Florentibus 10 inst.)

“In extraneis heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus.”

“Aile dışı mirasçılar konusunda dikkat edilmelidir ki, onları veya hakimiyeti altındakileri mirasçı olarak atamak istediklerinde, mirasbırakanla olan ilişkilerinde *testamenti factio*'ya sahip olmalıydılar. Bu, mirasçı atamanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda vasiyetnamenin yapıldığı an ve mirasçı atamanın geçerli olup olmadığı hususunda mirasbırakanın ölüm anı olmak üzere, iki zaman için tetkik edilir. Şartsız veya şarta bağlı olarak mirasçı atanmak istendiğinde, buna ek olarak mirasçı mirası elde ettiğinde *testamenti*

¹⁵⁵ Babusiaux (n 95) 105.

¹⁵⁶ Her ne kadar Roma hukukunda çok geç doğan tüzel kişilik kavramı bir sistem olarak gelişmemiş olsa da, bir takım kişi topluluklarının (*universitates personarum*) ve mal topluluklarının (*universitates bonorum/ rerum*) var olduğu bilinmektedir. Hatta mal toplulukları, Klasik Hukuk Dönemi'nde henüz bilinmediğinden, dipnotun ait olduğu cümlede tüzel kişi ifadesi yerine kişi topluluğu ifadesi tercih edilmiştir. Roma'da kişi topluluklarını *populus Romanus* (Roma Devleti), *civitates* (şehirler, siteler), *coloniae* (koloniler), *municipio* (özerk şehirler, belediyeler, eyaletler), *ager publicus* (toprakların işlenmesi ve vergilerin toplanmasıyla yükümlü idari birlikler), *collegium* ve *sodalitas* (mesleki ve dini amaçlarla bir araya gelen insan toplulukları) oluşturmaktaydı. Ayrıca bu kişi toplulukları, belirsiz kimseler (*personae incertae*) olarak görülür ve mirasçı atanamazlardı. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *civitates* ile birlikte bazı kişi toplulukları, *personae incertae* sayılmamaktaydı. İmparator *Diocletianus* da ancak özel bir imtiyaz verilen derneklerin mirası kazanabilmesine izin vermişti. Kaser, *RP II* (n 58) 487-488; Eşref Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu* (1. Bası, Yetkin 2006) 35-36, 107.

¹⁵⁷ Umur, ‘Miras’ (n 12) 162, 171; Küçükgüngör, ‘Muayyen Mal Vasiyeti’ (n 37) 509.

¹⁵⁸ Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 103-104. I. 2.19.4.

¹⁵⁹ Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 405. *Gai.2.114*.

¹⁶⁰ İbid 405; Günal (n 23) 430.

factio verilmiş olmalıdır. Çünkü mirasçıların hukuki durumu, mirası kabul ettikleri an için bilhassa tetkik edilmelidir. Vasiyetnamenin yapılmasıyla mirasbırakanın ölümünün veya mirasçı atama için şartın gerçekleştiği zaman arasında, hukuki durumunun değişmesi mirasçıya zarar vermez. Çünkü -söylediğim gibi- sadece üç zaman üzerinde dururuz.”¹⁶¹

Yukarıdaki metinde vasiyetname yoluyla mirasın kazanılmasında, mirasçılık ehliyeti bakımından önemli olan zamanlar üzerinde durulmuştu. Eğer belirtilen zamanlarda mirasçılık ehliyetine sahip olmayan bir kimse söz konusuysa, mirasçı olarak çağrılma da gerçekleşmezdi. O halde Roma hukukuna göre mirasçılık ehliyetine sahip olmama, mirasa çağrılmayı (*delatio*) engelledi¹⁶².

B. Mirasçılık Ehliyeti Bakımından Kadınlar Üzerindeki Vesayet

Kadınların mirasçılık ehliyetlerinin kısıtlanması, fiil ehliyetlerinin kısıtlanmasının bir sonucuydu¹⁶³. *Ius civile*'ye göre aile babalarının veya kocalarının egemenliğinde olmayan yaşı ne olursa olsun bütün kadınlar, *sui iuris* olup da henüz buluş çağına ulaşmamış, bir başka deyişle on dört yaşına kadar olan erkek çocuklar (*pupilli*) gibi vesayet altındaydı (*tutela*). Vesayet ile ifade edilmek istenen, borç yükleyen bütün hukuki işlemlerde vasiinin de hazır bulunması zorunluluğuydu (*auctoritas*)¹⁶⁴. Vasi, borç doğuran hukuki işlem sırasında bizzat kadının yanında hazır bulunurdu ve onun eksik olan iradesini tamamlardı. Roma hukukuna göre mirasın kabulüyle, terekenin borçlarından sorumlu hale gelindiğinden, mirasçı olarak çağrılan kadının yanında mutlaka vasisinin (*tutor mulieris*) de yer alması ve kadının eksik olan iradesini tamamlaması gerekirdi. O halde mirasçı olarak kadının mirası kazanabilmesi için, mutlaka vasiinin *auctoritas*'ı gerekirdi¹⁶⁵. Önceden, sonradan veya mektupla verilen *auctoritas* geçerli değildi¹⁶⁶.

Roma hukukunda bir kadının miras kazanabilmesi için gerekli olan vesayetin Cumhuriyet Dönemi boyunca değişime uğradığı görülmektedir. Bu değişim, baba tarafından en yakın akrabasının (*agnatus proximus*) kanunen vasi tayin edilmesinden, kadınların talebi üzerine *magistra*'nın vasi belirlemesine doğru gerçekleşmişti¹⁶⁷. Vasiyetnamede kadının vasisi belirlenmezse (*tutela testamentaria*), kendisine kanuni vasi tayin edilirdi (*tutela legitima*). Bu kapsamda kadının baba egemenliğine dayanan en yakın akrabası, bir başka deyişle en yakın *agnat*'ı (*agnatus proximus*) vasi olurdu. Böyle bir *agnat*'ın olmaması halinde, *gens* içinde kendisine en yakın

¹⁶¹ Aynı yönde *I. 2.19.4*.

¹⁶² Apathy, Klingenberg ve Pennitz (n 40) 83.

¹⁶³ Babusiaux (n 95) 105.

¹⁶⁴ Aile babalarının veya kocalarının hakimiyetinde olmayan kadınlara vasi (*tutor*) atanmasının nedeni, mallarının aile dışına çıkmasının engellenmesi isteğiydi. Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 69.

¹⁶⁵ *I. 1.21.1*.

¹⁶⁶ Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 63, 69, 109, 113, 115.

¹⁶⁷ Babusiaux (n 95) 107-108.

kimse vasi tayin edilirdi. Ancak *lex Claudia*¹⁶⁸, kadınlar hakkında *agnatların* kanuni vasi olmasını kaldırmaktaydı¹⁶⁹. O halde *lex Claudia*'dan sonra, kadınlar üzerinde vesayet kurulmasıyla ilgili olarak ya aile babasının vasiyetnamesinde bir vasiyi belirlemesi ya da kadının talebiyle *magistra*'nın vasi belirleme (*tutela dativa*)¹⁷⁰ seçeneği kalmaktaydı¹⁷¹. *Magistra*'nın vasi tayin etme olasılığı, hali hazırdaki vasinin ortada olmaması halinde veya vasinin hazır bulunmasına engel çıktığında söz konusu olurdu¹⁷². O halde kadının vasisi ortada yoksa veya vasinin gelmesine bir engel söz konusuysa kadın, mirası kazanmak için gerekli olan vasi onayı hakkında başka bir vasinin tayin edilmesini talep edebilirdi. Bir başka anlatımla *magistra*'nın bir vasi tayin etmesi, aile babasının vasiyetnamesinde bir vasi belirlememesi veya belirlediği vasinin görevini icra etmemesi halinde söz konusu olurdu¹⁷³.

İmparatorluk Dönemi'nde, toplumdaki değişim kadın üzerindeki vesayete de etki etmişti. Bu dönemde toplum yapısını şekillendirmek amacıyla evlenmek ve çocuk sahibi olmak teşvik edildiğinden belirli sayıda çocuk sahibi olmak, kadınların üzerindeki vesayeti de ortadan kaldırırdı¹⁷⁴:

Gai. 1.194

“*Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure [...]*”

“Özgür doğan kadınlar üç çocuk hakkı nedeniyle vesayet altında değildirlir [...]

Görüldüğü üzere İmparatorluk Dönemi'nde en az üç çocuk doğuran özgür bir kadın, malvarlığını kendi yönetebildiğinden artık vesayet basit bir formalite haline gelmişti. O halde bu dönemde çıkarılan kanunlar bekar, dul ve çocuğu olmayan kadınların mirasçılık ehliyetini sınırlamaktaydı. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde, artık kadınların vesayet altına alınması ortadan kalkmıştı¹⁷⁵.

¹⁶⁸ *Lex Claudia De Tutela Mulierum*: İmparator *Claudius*'un (M.S.41-54) teklifi üzerine, on iki yaşını tamamlayan kadınlara en yakın agnatik akrabalarının kanuni vasi atanmasını yasaklayan ve M.S. 41-45 aralığında çıkarıldığı düşünülen kanundur. Umur, *Lügat* (n1) 115.

¹⁶⁹ Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 69, 71. *Gai. 1.157*: “*Sed olim quædam, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed post lex Claudia lata est, quæ, quod ad feminas attinet, <tutelas> sustulit; [...]*” “Yine de eski zamanlarda XII Levha Kanunu kadınların agnatlarının vasi olmasıyla ilgilenirdi. Ancak sonradan *lex Claudia* çıkar ve kadınlarla ilgili olarak o vasileri yürürlükten kaldırır [...]

¹⁷⁰ Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 69.

¹⁷¹ *Gai. 1.185*: “*Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a prætore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a præsidibus provinciarum lege Iulia et Titia.*” “Bir kimsenin hiçbir vasisi olmadığında, Roma’da *lex Atilia*’ya göre *praetor urbanus* ve *tribunus plebis*’in çoğunluğuna göre vasi tayin edilirdi; ancak, eyaletlerde *lex Iulia* et *Titia*’ya göre eyalet valisi aracılığıyla tayin edilirdi.”

¹⁷² *Gai. 1.176*: “*Sed aliquando etiam [...]* permittitur tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.” “Ancak bazen de bir mirası elde etmekte olduğu gibi, bir vasi tayinini talep etmeye izin verilmektedir.”

¹⁷³ Babusiaux (n 95) 107; Gaudemet (n 47) 208 ff.

¹⁷⁴ Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 72; Diler Tamer Güven, ‘Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı’ (1999) 57(1-2) İÜHF 225, 236. *Ius liberorum*, çocuklarının sonradan yaşayıp yaşamamalarına bakılmaksızın, özgür doğan üç çocuklu veya azat edilmiş dört çocuklu kadınların üzerindeki vesayeti kaldırın imtiyazı ifade ederdi. Umur, *Lügat* (n1) 101.

¹⁷⁵ Babusiaux (n 95) 108; Güneş Ceylan, *Velayet* (n 47) 72.

Kadınların miras kazanabilmesi için gerekli olan vesayetin yukarıda belirtilen değişimine ek olarak, mirasçı olarak atanmalarına da *lex Voconia*¹⁷⁶ aracılığıyla sınırlama getirilmişti¹⁷⁷. Söz konusu sınırlama büyük malvarlığı sahiplerinin, kadınları mirasçı olarak atamalarını yasaklama yönündeydi. Bu kural, büyük malvarlıklarının kadınların elinde bulunmasını engellemek amacıyla çıkarılmıştı. Dikkat edilmelidir ki bu sınırlama, sadece vasiyetname yoluyla kadınların mirasçı atanamayacağını göstermekteydi. Ancak kanuni (*ab intestato*) mirasçılıkta uygulanmamaktaydı. Kanuni (*ab intestato*) mirasçılıkta bir kadın mirası kanuni vasisi, bir başka deyişle en yakın *agnatus* aracılığıyla elde ederdi ve ailenin devamlılığıyla birlikte ölü kültü yine aynı aileye mensup erkek üyeler aracılığıyla sağlanırdı¹⁷⁸. *Lex Voconia*'da getirilen büyük malvarlığı sahiplerinin, kadınları mirasçı atayamayacaklarına ilişkin kural, M.S.73/74'te servet sayımlarının yapılmamasıyla birlikte¹⁷⁹ anlamını yitirmekteydi¹⁸⁰.

Örneğin tek kız çocuğu olan bir kimse, kadınların mirasçı olarak atanmasını yasaklayan *lex Voconia* nedeniyle vasiyetname yapmaktan kaçınırdı ve kızı onun kanuni mirasçısı olurdu. Fakat bu kimsenin, kızına baba tarafından en yakın akrabasının (*agnatus proximus*) vasi tayin edilmesini istemediğini ve yine kölelerinden birini azat ederek bir arkadaşına da belirli miktar malvarlığı bırakmak istediğini düşünelim. İşte böyle bir durumda kızını sırf cinsiyeti nedeniyle *lex Voconia* kapsamında mirasçı olarak atayamazdı. Yapması gereken, bu isteklerini gerçekleştireceğine güvendiği başka birini mirasçı olarak atadıktan sonra, bu kimseden terekeyi kızına devretmesini rica etmektir¹⁸¹.

¹⁷⁶ *Lex Voconia*: M.Ö. 169'da yayımlanan bu kanuna göre, en fazla terekenin yarısı oranında bir miktar belirli mal bırakmaya konu olabilirdi. Zira bu şekilde diğer yarısı da atanmış mirasçıya kalırdı. Eğer mirasbırakan kasten veya yanlışlıkla daha fazla bir miktarı belirli mal olarak vasiyet ederse, bunlar kendi payları oranında azaltılırdı. Ayrıca yüz bin sesters üzerinde malvarlığına sahip kimse, bir kadını mirasçı atayamazken, yüksek sınıfa mensup bir kimse de malvarlığının yarısından fazlasını bir kadına bırakamazdı. Umur, *Lügat* (n1) 124; Manthe (n 25) 78; Tamer Güven (n 174) 228; Fulya İlçin Göneç, *Roma Hukukunda Kadın* (1. Bası, On İki Levha 2010) 144-145; Emine Mındız, *Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa)* (2. Bası, Der Yayınları 2018) 79-80.

¹⁷⁷ Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 121.

¹⁷⁸ Manthe (n 25) 78-79.

¹⁷⁹ Kaser, *Knütel ve Lohsse* (n 20) 405.

¹⁸⁰ *ibid* 405; Gaudemet (n 47) 226.

¹⁸¹ Mirasbırakanın mirasçılara yönelik terekeden belli bir şeyin üçüncü bir kişiye verilmesine veya yapılmasına yönelik sözlü bir ricasından oluşan *fideicommissum*, böyle bir durumda mirasbırakanın imdadına yetişmekteydi. Ancak *fideicommissum*, ilk olarak İmparator *Augustus* Dönemi'nde (M.Ö.27-M.S.14) yaptırıma kavuşmuştu. Bu nedenle *lex Voconia*'nın M.Ö. 169'da çıkarılmasından, İmparator *Augustus* Dönemi'nde *fideicommissum*'un yaptırıma kavuşmasına kadar olan süreçte mirasbırakanın söz konusu ricaları henüz örf ve adet aracılığıyla korunmaktaydı. Mirasbırakanın yukarıdaki örnekte belirtilen ricalarının müeyyidesi olmadığı için, ricada bulunulan kimsenin sadece dürüstlüğüne ve şerefine güvenilirdi. Bu nedenle, kendisinden ricada bulunulan kimse, *fideicommissum*'u gerçekleştirmeye zorlanamazdı. Manthe (n 25) 78, 82, 103.

C. Mirasçılık Ehliyeti Bakımından Aile Evlatları ve Köleler

1. Aile Evlatları

Aile evladı, kendi aile babasının ölümüyle baba egemenliğinden çıkarak *sui iuris* olurdu ve vasiyetname yoluyla ya da kanunen (*ab intestato*) mirası elde edebilirdi. Aile evladının başka bir aile babasından mirası elde edebilmesi, kendi aile babasının kararıyla gerçekleşirdi. Zira mirasın kabulüyle birlikte borçlardan da sorumluluk doğacağından, bazen başka bir aile evladına bırakılan mirasın kazanılması gerçekleşmezdi¹⁸²:

D.29.2.6 pr. (Ulpianus 6 ad Sabinum)

“*Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum in cuius potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.*”

“Kim yabancı birinin hakimiyetinde bulunuyorsa, hakimiyetinde bulunduğu kimsenin iradesine aykırı olarak, aile babasını yabancı borçlarla yüklemek için mirası kabul etmeyebilir.”

O halde başka bir aile babasının aile evladına bıraktığı mirasın kabulü, *ius civile*'ye göre geçerli olarak, ancak aile evladının kendi babasının kararıyla gerçekleşirdi. Buna karşılık bizzat aile evladı *praetor* mirasçılığının (*bonorum possessio*) verilmesini talep edebilirdi¹⁸³. Ancak böyle bir durumda askıda geçersiz olan işlem aile babasının icazet vermesiyle geçerli hale gelirdi¹⁸⁴.

2. Köleler

Roma hukukunda köle, özgürlük statüsü (*status libertatis*) bulunmadığından hak ehliyetine sahip değildi ve efendisinin malı sayılırdı. Hiçbir yakını bulunmayan efendi, Klasik Hukuk Dönemi'nde azat ederek (*cum libertate*), *Iustinianus* Dönemi'nde de özgürlüğünü vermeksizin (*sine libertate*) kendi kölesini mirasçı atayarak, terekesinin mirasçısız kalmasını engellemiş olurdu. Böylece ölü kültürünü de yerine getirecek birini bulmuş olurdu¹⁸⁵. Ancak başka birine ait köle mirasçı olarak atandığında¹⁸⁶,

¹⁸² Babusiaux (n 95) 109. *Iustinianus* Dönemi'nde aile evlatlarının mirasçılık ehliyetine sahip olması hakkında bkz. *I. 2.9.1. Di Marzo* (n 2) 505; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 58.

¹⁸³ *D.29.2.6.1 (Ulpianus 6 ad Sabinum)*: “*Sed in bonorum possessione placuit ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem adgnovit is qui potestati subiectus est.*” “Ancak *praetor* mirasçılığı (*bonorum possessio*) bakımından, yabancı birinin hakimiyeti altında bulunan birinin, aile babasının onayı bulunmadan (*bonorum possessio*'ya) başurması tasvip edilebilir.”

¹⁸⁴ Babusiaux (n 95) 110.

¹⁸⁵ *Gai. 2.153*: “*Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia siue uelit siue nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est.*” “Bir köle aynı zamanda azat edildiğinde ve mirasçı atandığında ‘zorunlu mirasçı’dır. Her durumda o istese de istemese de, mirasbırakan öldükten sonra doğrudan özgür ve mirasçı olacağı için bu şekilde adlandırılırdı.”

¹⁸⁶ *D. 28.5.31 pr. (Gaius 17 ad edictum provinciale)*: “*Non minus servos quam liberos heredes instituere possumus, si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus, cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est.*” “Köleleri özgürlerden daha az mirasçı olarak atamayız. Yeter ki bu köleler, mirasçı atayabildiğimiz kişilerle ait olsun. Çünkü kölelerin mirasçılık ehliyetleri, kendi efendilerinin statülerinden gelir.”

bu kölenin efendisi mirası kazanırdı. Böylece mirasçı olarak atanan kölenin efendisi mirasbırakandan önce ölse dahi vasiyetname hükümsüz hale gelmezdi. Zira artık ölen efendinin mirasçıları kölenin yeni malikleri olarak vasiyetin yerine getirilmesini talep ederlerdi¹⁸⁷.

Köleler konusunda bahsedilmesi gereken önemli bir husus da borca batık terekenin satılarak (*venditio bonorum*) mirasbırakanın şerefsizlikle (*infamia*) lekelenmemesi amacıyla kölesini mirasçı olarak atamasıydı. Zira Roma'da borca batık terekenin tereke alacaklılarının talebiyle satılması, mirasbırakan için çok aşağılayıcı bir durumdu. Mirasbırakan, terekenin borca batık olmasıyla meydana gelen sonuçlardan kaçınmak amacıyla genellikle kendi kölelerinden birini mirasçı olarak atardı. Köle mirasçı olarak atandığında, mirası reddetme olanağı da olmadığından zorunlu mirasçı olarak görülürdü ve diğer zorunlu mirasçılardan olan aile evlatlarından farklı olarak, mirası reddetme yetkisi (*beneficium abstinendi*)¹⁸⁸ verilmezdi. Bu nedenle de *Iustinianus* Dönemi'ne kadar mirasbırakan bir kölesini azat ederek birinci ya da sonraki derecede olmak üzere mirasçı olarak atardı. Böylece köle hem özgürlüğünü elde ederdi hem de malvarlığı üzerinde icra uygulandığında şerefsiz (*infamis*) hale gelirdi. Bununla beraber mirasbırakanın şerefi lekelenmemiş olurdu¹⁸⁹. Kölelerin şerefsiz olma sonucunu doğuran hakkaniyete aykırı bu durum için *praetor*, “kendi mallarını terekeden ayrı tutma imtiyazı (*beneficium separationis*)” tanıdı. Bu imtiyazla kölelerin mirasbırakanın ölümünden sonra elde ettiği malvarlığı veya köleye önceden verilmiş *peculium* terekeden ayrılarak tereke alacaklılarının bu mallara el atması önlenmiş oldu. Alacaklılar, icra yoluyla terekeden alacaklarını alamadıklarında bu mallar, icra işleminin dışında kaldığından, korunmuş olurdu. O halde mirasçı olarak atanan kölelerin bu imtiyazı elde etmesiyle birlikte, alacaklıların alacak hakları da sadece tereke mallarıyla sınırlanmış oluyordu. Malvarlıklarının ayrılmasıyla sadece mirasbırakanın malvarlığıyla sınırlı sorumluluk doğduğu için kölelerin şerefsiz (*infamis*) ilan edilmesi de gerçekleşmezdi¹⁹⁰.

D. Mirası Kazanabilme Yeteneği (*Caducitas*)

1. Genel Olarak

Roma hukukuna göre bazı kimseler mirasçılık ehliyetine sahip olmasına rağmen mirası kazanabilme yeteneğine (*caducitas*) sahip olmadıkları için, kendilerine vasiyetname yoluyla bırakılan mirası elde edemezlerdi¹⁹¹. Mirası kazanabilme

¹⁸⁷ Babusiaux (n 95) 110; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 186 ff.

¹⁸⁸ *Beneficium abstinendi* için bkz. yuk. III, A, 1.

¹⁸⁹ Türkoğlu Özdemir, *Infamia* (n 67) 187-188.

¹⁹⁰ Babusiaux (n 95) 100-105; Schwind (n 3) 356; Di Marzo (n 2) 556-557, 564; Kaser, *RP I* (n 12) 714-715; Honig (n 32) 405; Umut, *Lügat* (n 1) 192; Umut, ‘Miras’ (n 12) 190; ibid 188.

¹⁹¹ *Paul. D. 34.3.29; Pap. D. 28.5.81 (80); Gai. D. 31.55.1*. Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 415.

yeteneğinin bulunmaması, mirasa çağrılmayı (*delatio*) değil de, mirasın kazanılmasını (*acquisitio*) engellemektedir. Bu nedenle mirası kazanabilme yeteneği, mirasın kazanılması anında mevcut olmalıydı¹⁹².

Roma hukukuna göre, bir kimsenin kendisine vasiyetname yoluyla (*ex testamento*) bırakılan mirası elde edebilmesi için mirasçılık ehliyetine ek olarak “mirası kazanabilme yeteneğine (*caducitas*)” de sahip olması gerekirdi. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mirası kazanabilme yeteneğinin sadece vasiyetname yoluyla (*ex testamento*) mirasa çağrılma halinde uygulama alanı bulmasıydı. Yoksa bu kimselerin vasiyetname olmadan kanun gereği (*ab intestato*) mirası iktisap edebilmelerinde herhangi bir engel söz konusu değildi¹⁹³.

2. Lex Iulia et Papia

Mirası kazanabilme yeteneğinin (*caducitas*) kapsamını, bazı kanunlar belirlemekteydi. Bu kapsamda İmparator *Augustus* (M.Ö.27-M.S.14) tarafından çıkarılan kanunlar, belirli kimselerin kendilerine vasiyetnameyle bırakılan mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmadığını (*incapaces*) göstermekteydi. İmparator *Augustus*'un çıkardığı bu kanunlarla mirası kazanabilmek için mirasçının bütün yaşamını ahlaklı bir şekilde geçirmesi kriter olarak kabul edilmişti. Bu kanunların ortak amacı, Roma vatandaşlarının evli ve çocuklu olmasını sağlamakla birlikte, evlilik dışı veyahut da sınıfına uymayan ilişkilerin kaybolmasını sağlamaktı¹⁹⁴.

¹⁹² Honig (n 32) 402; Koschaker ve Ayiter (n 13) 368; Apathy, Klingenberg ve Pennitz (n 40) 83.

¹⁹³ Unutulmamalıdır ki bu sınırlamalar sadece vasiyetname yoluyla mirasa çağrılmada geçerliydi. O halde mirasbırakan *fideicommissum* ile söz konusu yasağı delerek terekeden üçüncü kişilere bu kazandırmaları sağlayabilirdi. Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 416.

¹⁹⁴ Roma tarım toplumunda evlenme, ata kültürünün (*sacra*) ve ailenin devamına hizmet ederdi. Çocuk sahibi olmama ata kültürünün (*sacra*) devam etmemesi anlamına geleceğinden iyi karşılanmamaktaydı. Ancak Roma, tarım toplumu olmaktan çıktıktan sonra, halk arasında farklı sosyal sınıflar oluşmuştu ve eski ata kültürünün devam etmesi düşüncesinden uzaklaşmıştı. Ayrıca toplumda başkasının evliliğine saygı gösterilmemesiyle birlikte zinalar da artmıştı. *Augustus* çıkardığı kanunlarla doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Roma devletinin üst tabakasında Cumhuriyet Dönemi'nin sonundaki iç savaşlarda görülen yozlaşmanın üstesinden gelmeyi istemişti. Yüksek sınıfa mensup insanların sorumsuz hayatları neticesinde var olan evlenmeme veya çocuk sahibi olmamanın önüne geçmeye çalışıp, üst sınıfın devamı ve artmasıyla ilgilenmişti. Sosyal hiyerarşi ve toplumsal yapı bu şekilde devam etmeliydi. Kunkel ve Honsell (n 24) 391; Koschaker ve Ayiter (n 13) 314; Seldağ Güneş Ceylan, *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)* (1. Bası, Yetkin 2010) 128 ff; Gönenç, *Kadın* (n 176) 131 ff; Mindz (n 176) 84 ff.

Mirası kazanabilme yeteneğinin dayanağı olan İmparator *Augustus* Dönemi'nde çıkarılan *lex Iulia de maritandis ordinibus*¹⁹⁵ ve *lex Papia Poppaea*¹⁹⁶, insanları evlilik yükümlülüğü altına sokan ve birtakım evlilik yasakları getiren hükümler içermektedir. Bu kanunlardan *lex Iulia de maritandis ordinibus* ile yirmi beş ile altmış yaşındaki erkeklere ve yirmiye elli yaş aralığındaki kadınlara evlenme yükümlülüğü getirmişti. Bu yaş aralığındaki kimselerin evlilikleri ölüm veya boşanmayla sona erdiyse, tekrardan evlenme yükümlülükleri vardı. Kadınlar için evlenme yükümlülüğü getiren bu süre, kocalarının ölümünden itibaren iki yıl veya boşanmadan itibaren bir buçuk seneydi¹⁹⁷. Ancak özgür doğan ebeveynler üç çocukluysa veya sonradan özgür olan ebeveynlerin dört çocuğu varsa, bu yükümlülükten söz edilmezdi. Bu ayrıcalığa çocuk hakkı (*ius liberorum*) denirdi. Evlenen herkesin çocuk yapma mecburiyeti söz konusuysa, çocuk sahibi ol(a)mama elinde olmayan, irade dışı nedenlerden kaynaklanıyorsa, tekrar evlenme yükümlülüğünden söz edilemezdi¹⁹⁸.

İmparator *Augustus* tarafından çıkarılan *lex Iulia de maritandis ordinibus* ve *lex Papia Poppaea* daha Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları tarafından bir birlik arz edecek şekilde "*lex Iulia et Papia*" olarak ifade edilmekteydi. *Lex Iulia et Papia*, yukarıda belirtilen evlenme ve çocuk sahibi olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kimselerin vasiyetname yoluyla mirası kazanabilmeleriyle ilgilenmişti. Böylece evli olmayan (*caelibes*) veya evli olup da çocuğu olmayan (*orbi*) kimselere, vasiyetname aracılığıyla mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmama (*caducitas*) şeklinde yeni bir yaptırım gelmişti¹⁹⁹. Sınıfına uygun evlilik yapmayan kimseler de, evli olmayan kimselerle aynı yaptırıma tabi tutulmaktaydı. O halde *lex Iulia et Papia* nedeniyle evli olmayan kimseler bir başka deyişle bekarlar (*caelibes*), mirasçı olarak atandıkları

¹⁹⁵ *Lex Iulia de maritandis ordinibus*: M.Ö. 18 yılında İmparator *Augustus* (M.Ö.27-M.S.14) tarafından çıkarılan bu kanun, Roma vatandaşlarına evlenme yasakları ve yükümlülükleri getirmektedir. Yirmi beş ile altmış yaş aralığındaki erkeklerle, yirmiye elli yaş aralığındaki kadınlar için evlenme yükümlülüğü vardı. Bu yaş aralığındaki dul veya boşanmış kimseler, tekrar evlenmek zorundaydı. Ancak bu yaş aralığındaki özgür doğan erkek ve kadının üç çocuğu varsa *ius (trium) liberorum* (üç çocuk hakkı) nedeniyle evlenme yükümlülüğüyle bağlı değildi. Azatlılardan ise dört çocuğa sahip olma (*ius quattuor liberorum*) beklenirdi. *Senatus* ve İmparator, üç çocuk hakkını sonradan imtiyaz olarak da tanımıştı. Yine bu kanunla bazı durumlarda aile babasının malvarlığına müdahale edilebilirdi. Ayrıca bir aile babasının kızının veya kız torununun evlenmesine hiçbir sebep olmadan itiraz etmesi de yasaklanmıştı. Özgür doğan Roma vatandaşlarının, *senatus* üyelerinin ve altoyularının kötü şöhretli kadınlarla evlenmesi yasaktı. *Senatus* üyelerinin ve torununun oğluna kadar altoyularının azatlılarla, aktrislerle ve aktrislerin kızlarıyla evlenmesi yasaktı. Aynı durum *senatus* üyesinin kadın altoyuları için de geçerliydi. Azatlının, eski karısıyla, eski efendisinin karısıyla veya altoyuyla da evlenmesi yasaktı. Evlilik yasaklarına aykırı hareket, evlenmenin hükümsüzlüğüne neden olmazdı. Bilakis Roma hukukuna uygun bir evlilik söz konusuysa (*matrimonium iustum*). *Augustus*'un evlenmeme ve çocuk sahibi olmamaya bağladığı sonuçlar bu evlilikler için de geçerliydi. Ancak sonradan çıkarılan bir *senatus* kararıyla *senatus* üyesi makamındakilerle azatlılar arasındaki evlilikler hükümsüz sayılmıştı. Kunkel ve Honsell (n 24) 391-392; Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 350-351; Güneş Ceylan, *Matrimonium* (n 194) 130 ff; Umut, *Lügat* (n 1) 118.

¹⁹⁶ *Lex Papia Poppaea*: M.S. 9 yılında İmparator *Augustus* tarafından çıkarılan bu kanunla, doğum oranının yükseltilebil nüfusun artırılması amaçlanmaktaydı. Ayrıca *lex Iulia de maritandis ordinibus*'un getirdiği bazı kurallar değiştirilmiş ve yasaklar hafifletilmişti. Bu kapsamda evli olup da çocuğu olmayan kimselerin (*orbi*) miras hukukundaki sınırlamalar kapsamına gireceği kabul edilmişti. Bu kanunla *senatus* üyeleri ve çocukları dışında, doğuştan özgür erkekler azatlı kadınlarla evlenebilirdi. Umut, *Lügat* (n 1) 121; Güneş Ceylan, *Matrimonium* (n 194) 132 ff.

¹⁹⁷ Honig (n 32) 170.

¹⁹⁸ Babusiaux (n 95) 111.

¹⁹⁹ Bu yaptırım atanan aile dışı mirasçının (*heres extraneus*) vasiyetin açılmasından ya da mirasbırakandan önce ölmesi veyahut da mirası reddetmesi halinde de uygulanırdı. Kaser, *RP I* (n 12) 725.

kendilerine bildirildikten sonra yüz gün içinde evlenmezlerse²⁰⁰ vasiyetname yoluyla mirası elde edemezdi (*caelebs nihil capit*)²⁰¹. Aynı kanun nedeniyle evli, ancak çocuğu olmayan kimseler (*orbi*), vasiyetname aracılığıyla kendilerine düşen mirasın veya miras payının yarısını elde ederdi (*orbus dimidium capit*)²⁰². Söz konusu sınırlamalar, *praetor* mirasçılığı (*bonorum possessio*) verilen kimseye de uygulanırdı (*bonorum possessio secundum tabulas*)²⁰³.

Mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmayan kimsenin varlığı, vasiyetnameyi hükümsüz kılmazdı²⁰⁴. Vasiyetname yoluyla mirasın elde edilemeyen kısmı, kadük pay (*caduca*) olarak kalırdı²⁰⁵. Buna karşılık vasiyetnamede mirası kazanabilme yeteneğine sahip olanların ve olmayanların yer alması durumunda, mirası kazanabilme yeteneği olmayan kimsenin alması gereken pay (*bona caduca*), en az bir çocuğu olup vasiyetnamede mirasçı atanan diğer kimselere (*heredes patres*) veya lehine belirli mal bırakılanlara (*legatarii patres*) geçerdi²⁰⁶. O halde mirası kazanabilme yeteneğine sahip *ius civile*'ye uygun geçerli bir şekilde evlenen ve çocuğu olan kimsenin miras payı²⁰⁷, evli ancak çocuğu olmayan kimsenin (*orbi*) miras payına düşenin yarısı kadar, buna karşılık bekar kimseye (*caelibes*) düşen miras payının tamamı kadar artardı²⁰⁸. Vasiyetname aracılığıyla mirasın kazanılmasında, mirası kazanabilme yeteneğine sahip herhangi bir kimse bulunmadığı takdirde, kadük pay (*caduca*) devlete intikal ederdi²⁰⁹.

²⁰⁰ İbid 724; Honig (n 32) 402.

²⁰¹ *Gai. 2.111; 286; 286 a.*

²⁰² Evlat edinme (*adoptio*) aracılığıyla çocuk sahibi olma yeterli sayılmamaktaydı. Kaser, *RP I* (n 12) 724 dn 7.

²⁰³ ibid 724 dn 5; Babusiaux (n 95) 112. *D.50.16.138 (Paulus 4 ad legem Iuliam et Papiam): "Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur."* "Miras ifadesi, *bonorum possessio* 'yu da kapsar."

²⁰⁴ Kaser, *RP I* (n 12) 724 dn 19.

²⁰⁵ *Caduca*: Mirasçı atanan veya belirli mal bırakılan kimsenin bekar veya çocuksuz evli biri olması nedeniyle tam olarak kazanamadığı payın "kadük pay" olduğu belirtilmektedir. Kadük pay, hak sahibi tarafından *vindicatio caducorum* ile talep edilirdi. Vasiyetnamede çocuklu evli kimseyle, bekar veya çocuksuz evli kimselerin yer alması durumunda, çocuklu evli kimsenin miras payı, bekar kimsenin elde edemediği miras payının tamamıyla birlikte çocuksuz evli kimsenin alması gereken miras payının yarısı kadar artardı. Bununla birlikte vasiyetnamede mirası kazanabilme yeteneğine sahip herhangi bir kimsenin olmaması durumunda kadük pay devlete geçerdi. Kayak, *Substitutio* (n 32) 52 dn 142; Umur, *Lügat* (n 1) 31. *Koschaker/Ayiter "caduca"* kavramını, "serbest kalan kısım" olarak belirtmektedir. Koschaker ve Ayiter (n 13) 392. Buse Aksaray Erkman, 'Roma Hukukunda Devletin Mirasçılığı' (2021) 12(1) İnÜHFD 182, 187.

²⁰⁶ *Gai. 2.206*. Koschaker ve Ayiter (n 13) 315, 392; Küçükgüngör, *Testamentum* (n 12) 181; Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 351, 416.

²⁰⁷ *Ius civile*'ye uygun bir evlilikten en az bir çocuğu olan kimseye eklenen bu miras payı reddedilemezdi. Kaser, *RP I* (n 12) 725.

²⁰⁸ Babusiaux (n 95) 113.

²⁰⁹ Di Marzo (n 2) 561. Devletin mirasçılığıyla ifade edilmek istenen İmparator *Augustus*'tan (M.Ö.27-M.S.14) itibaren Roma halkıyken (*aerarium populi Romani*), İmparator *Caracalla*'dan (M.S.211-217) itibaren hazineydi (*fiscus*). O halde böyle bir durumda hükümsüz olan pay, İmparator *Caracalla*'ya kadar Roma halkına (*caducum ad populum*); İmparator *Caracalla*'dan itibaren de hazineye ait olurdu (*caducum ad fiscum*). *Gai. 2.150*. Honig (n 32) 409; Aksaray Erkman (n 205) 185 ff.

Kadük pay (*bona caduca*), *vindicatio caducorum*²¹⁰ davasıyla talep edilirdi²¹¹. Hatta *lex Papia Poppaea*, mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmayan kimseye bu durumunu, *praefectus aerarius*'a²¹² bildirme yükümlülüğü getirmişti. Ancak bu yükümlülük, herhangi biri tarafından da gerçekleştirilebilirdi. Bildirimi yapana da, kadük payın yarısı kadar ödül verilirdi²¹³.

Mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmayan kimseye düşen miras hakkında belirtilen sonuçların, mirasbırakanın ebeveynleriyle çocukları için üçüncü dereceye kadar, muhtemelen de altıncı dereceye kadar kan bağıyla bağlı olduğu (*cognatio*) akrabaları ve diğer kardeşin çocuğunun çocukları hakkında uygulanmaması kabul edilmişti (*personae exceptae*)²¹⁴. Bir başka anlatımla vasiyet edenin üçüncü dereceye kadar olan ebeveynlerinin (*parentes*) ve hakimiyet altında olup olmamasının bir önemi olmadan tüm çocuklarının (*liberi*) tam olarak mirası kazanabilme yeteneği bulunmaktaydı²¹⁵. O halde *lex Iulia et Papia* kapsamında mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmayan kimsenin miras payı hakkında belirtilen sonuçlar, istisnaen bu kimseler hakkında uygulanmazdı²¹⁶. Örneğin 1 000 000'luk malvarlığına sahip mirasbırakanın, her biri terekenin yarısını elde etmesi amacıyla amcasının oğlu *Titius*'u ve sekizinci dereceden akrabası *Maevius*'u birlikte mirasçı olarak atadığını düşünelim. *Titius*'un, akraba olmayan belirli mal vasiyeti alacaklısı *Seius*'a 1 000 vermesi de vasiyet edilmiş olsun. *Titius*'un evli olmamasına (*caelibes*) karşılık, *Maevius* evli ve çocuksuz (*orbi*), *Seius* ise evli ve çocuklu olsun. Bu bilgiler ışığında evli olmayan *Titius*, mirası kazanabilme yeteneği olmamasına rağmen, dördüncü dereceden akraba olduğu için bu kural ona uygulanmazdı. O *Titius*, terekenin yarısı olacak şekilde 500 000'i kazanırdı. Ancak *Titius*, belirli mal vasiyeti alacaklısı *Seius*'a 1 000 vermeliydi. *Maevius* evli ve çocuksuz (*orbi*) olduğu için mirası kazanabilme yeteneğine sahip değildi ve bu yüzden kendisine bırakılan miras payının yarısı olan 250 000'i elde ederdi. Belirli mal vasiyeti alacaklısı *Seius*, mirası kazanabilme yeteneği olduğu için *Titius*'un verdiği 1 000'i elde ederdi. Buna ek olarak çocuğu da olduğundan *Maevius*'un elde edemediği ve kadük payı (*caduca*) oluşturan 250 000'i

²¹⁰ *Vindicatio caducorum*: *Lex Iulia et Papia* kapsamında mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmadığından mirasçısız kalan payın (*caduca*), sistem dışı yargılama usulüyle (*cognitio extra ordinem*) talep edilmesine yarayan davaydı. Eğer bu kimselerle birlikte mirasçı atanan veya belirli mal bırakılan kimse sıfatıyla başka bir çocuklu aile babası varsa o talep ederdi. Yoksa önceleri Roma halkına (*aerarium*), sonra da İmparator hazinesine (*fiscus*) ait olurdu. Umur, *Lügat* (n 1) 31.

²¹¹ Kaser, *RP I* (n 12) 725.

²¹² *Praefectus aerarii*: Vergi işleriyle ilgili olan *magistra* idi. İmparatorluğun başında *praetor*'lar sonradan da *quaestor*'lar arasından, önceleri *senatus* tarafından sonradan da İmparator tarafından seçilirdi. Umur, *Lügat* (n 1) 163.

²¹³ Manthe (n 25) 103. İmparator *Nero* (M.S.54-68) bu ödülü, bildirim yapılan kısmın dörtte birine sınırlamıştı. Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 416.

²¹⁴ Kaser, *RP I* (n 12) 724; Honig (n 32) 402; Manthe (n25) 102.

²¹⁵ Di Marzo (n2) 561; Honig (n 32) 409. *UE 18*: “*Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia ius antiquum dedit, ut hereditibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut totum aut ex parte, prout pertinere possit.*” “Aynı şekilde *lex Papia* vasiyet edenin üçüncü dereceye kadar olan altsoy ve üstsoylarına eski hukuku verir. Öyle ki onlar mirasçı olarak atandıklarında, onların hissesine düşebilirdi kadarın kısmen veya tamamı, vasiyetten hiçbir şey kabul edemeyen herhangi birine ait olur.”

²¹⁶ Söz konusu istisnaların muğlak ve karmaşık olması hakkında bkz. Kaser, *RP I* (n 12) 724; Di Marzo (n 2) 560-561.

de kazanırdı. Şayet mirasbırakan vasiyetnamesinde mirası kazanabilme yeteneğine sahip evli ve çocuklu *Seius*'tan hiç bahsetmeseydi, kadük payı (*caduca*) oluşturan 250 000'lik kısım devlete geçerdi²¹⁷.

Belirtmek gerekir ki, *lex Iulia et Papia* Roma'da hukukçular tarafından şiddetle eleştirilmekteydi. Sonuçta devletin kasası da zenginleştiğinden, İmparatorlar bu kanunu yürürlükten kaldırmak istememişti. Hatta bu kanuna karşı hile yapılabilen durumları ortadan kaldırmak amacıyla, söz konusu kanunun uygulama alanını genişletmişlerdi. Söz konusu kanunlar İmparator *I. Constantinus* (M.S.306-337) tarafından kısmen²¹⁸, *Iustinianus* tarafından da M.S. 533'de tamamen yürürlükten kaldırılmıştı²¹⁹. Bunun nedeni Hristiyanlıkla birlikte sosyal ilişkilerin de değişmesiydi. Zira Hristiyanlık evli olmamayı, bekareti ve bekarlığı teşvik etmekteydi²²⁰. Ayrıca ahlaki bozukluğu olmayan yeni sınıflar da devletin yönetiminde söz sahibi olmuştu. İmparator *Augustus*'un yürürlüğe soktuğu kanunlar, artık halkın ihtiyacına uygun olmadığından yürürlükten kaldırılmıştı²²¹.

3. Eşlerin Birbirine Mirasçılığı

Eşlerin birbirine kanuni (*ab intestato*) mirasçılığı, ancak *manuslu*²²² evliliklerde söz konusu olabilmekteydi. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren *manus*'suz evlilikler artmış olsa da, eşlerin birbirine kanuni mirasçılığı (*ab intestato*) söz konusu olamamaktaydı. Hakkaniyete aykırı olan bu durumun engellenmesi amacıyla *praetor* devreye girip sağ kalan eşe, kendi sırası gelebildiği takdirde *praetor* mirasçılığını (*bonorum possessio ab intestato*) talep hakkı vermişti. Bu nedenle Roma hukukunda sağ kalan eş çoğunlukla, vasiyetname aracılığıyla mirasçı olarak atanırdı veya kendisine belirli mal bırakılırdı (*legatum*)²²³.

Buna karşılık eşlerin vasiyetname yoluyla mirası kazanabilmeleri konusunda *lex Iulia et Papia* ile bazı sınırlamalar getirilmişti. Bu kapsamda *lex Iulia et Papia*'nın yasakladığı evlilikleri gerçekleştiren eşler, birbirlerini vasiyetname aracılığıyla mirasçı atayamazlardı veya birbirlerine miras payı bırakamazlardı²²⁴:

²¹⁷ Manthe (n 25) 102-103; Kaser, Küntel ve Lohsse (n 20) 351, 416.

²¹⁸ Di Marzo (n 2) 562.

²¹⁹ C. 6.51.1.1b.

²²⁰ Honig (n 32) 171; Gönenç, *Kadın* (n 176) 136.

²²¹ Manthe (n 25) 103.

²²² *Manus*: Evlenen kadının kocasının veya kocasının aile babasının egemenliği altına girmesiydi. Evlilikle birlikte *manusun* tesis edilmesi birlikte, kadının yeni ailesiyle ve kendi çocuklarıyla hukuki bağı kurulurdu. *Sui iuris* kadının malvarlığı, *manusun* tesisinden sonra kocasına veya kocasının aile babasına ait olurdu. *Manus* işlemi kadının farazi satışı şeklinde (*coemptio*), belirli şekilde yapılan dini bir törenle (*confarreatio*) veya kesintisiz bir yıllık süreyle kocanın evinde kalma (*usus*) aracılığıyla gerçekleştirilirdi. Duygu Tahan Orhan, *Roma Hukukunda Manus Kurumu* (1. Bası, On İki Levha 2018) 27 ff.

²²³ Babusiaux (n 95) 67, 115.

²²⁴ ibid 116.

UE 16.2

“*Aliquando nihil inter se capiunt: i dest, si contra legem Iuliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonum, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.*”

“Örneğin bir kimse kötü şöhretli bir kadını veya bir *senatus* üyesi bir azatlıyı kendine eş olarak kabul ettiğinde, bir başka deyişle [eşler] *lex Iulia et Papia Poppaea*’ya aykırı olarak evlendiklerinde (olduğu gibi) bazen birbirlerine hiç mirasçı olamazlar.”

Eşler *lex Iulia et Papia*’nın yasaklamış olduğu bir evlilik yapmamış, ancak çocuk sahibi de olmamışlarsa (*orbi*), mirası kazanabilme yetenekleri sınırlıydı. Bu durumda eşler birbirlerine vasiyetname yoluyla, malvarlıklarının ancak onda birini bırakabilirdi²²⁵. Ancak eşler *ius civile*’ye uygun evliliklerinde bir de çocuk sahibi olmuşlarsa, söz konusu sınırlama sağ kalan eşe uygulanmazdı. Bir başka anlatımla bu durumda sağ kalan eş, vasiyetle bırakılan mirası veya miras payını tamamen elde ederdi²²⁶. Buna karşılık sağ kalan eşin eski evliliğinden de çocuğu veya çocukları bulunuyorsa, her bir çocuk için onda bir oranında fazla olmak üzere miras payına sahip olurdu²²⁷:

UE 15.1

“*Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt. Quod si ex alio matrimonio liberos superstites habeant, praeter decimam quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas pro numero liberorum accipiunt.*”

“Kadın veya adam evlilik nedendiyle birbirlerine onda bir oranında mirasçı olurlar. Ancak diğer evliliklerinden yaşayan çocuklara sahiplerse onda birin üzerinde elde ederler. Diğer onda bir oranları çocuk sayısına uygun olmak üzere, evlilik nedeniyle elde ederler.”

Daha önce de belirtildiği üzere²²⁸, *lex Iulia et Papia* kanunu belirli yaştaki kadın ve erkeği çocuk sahibi olma yükümlülüğü altında tutmuştu. Bu kanuna göre erkek eş yirmi beş ile altmış, kadın eş ise yirmiye elli yaş aralığındaysa çocuk sahibi olma yükümlülüğü altındaydı. O halde bu yaş aralığındaki çocuk sahibi altında olma yükümlülüğü altında olup da çocukları olmayan eşler, tam olarak mirası kazanabilme yeteneğine (*caducitas*) sahip değildi²²⁹:

²²⁵ Kaser, *RP I* (n 12) 724; Di Marzo (n 2) 562; Avenarius (n 6) 333 ff.

²²⁶ UE 15.2: “*Item communis filius filiave post nominum diem amissus amissave unam decimam adicit; duo autem post nominum diem amissi duas decimas adiciunt.*” “Aynı şekilde ortak sahip olunan ve ad koyma gününden sonra ölen erkek veya kız çocuk onda bir daha ekler. Ancak ad koyma gününden sonra ölen iki çocuk, iki tane onda bir fazlalığı ekler.”

²²⁷ Kaser, *RP I* (n 12) 724; Di Marzo (n 2) 562; Avenarius (n 6) 333; Babusiaux (n 95) 116.

²²⁸ Bkz. yuk. IV, D, 2.

²²⁹ Babusiaux (n 95) 116.

UE 16.1

“*Aliquando vir et uxor inter se solidum capere possunt, velut si uterque vel alteruter eorum nondum eius aetatis sunt, a qua lex liberos exigit, id est si vir minor annorum XXV sit aut uxor annorum XX minor; item si utriusque lege Papia finitos annos in matrimonio excesserint, id est si vir LX annos, uxor L; item si cognati inter se coierint usque ad sextum gradum, aut si vir absit et donec abest et intra annum, postquam abesse desierit.*”

“Örneğin kadın ve adamın ikisi de veya ikisinden biri henüz kanunun çocuk talep ettiği yaşta değilse, yani erkek yirmi beş veya kadın yirmi yaşında değilse; aynı şekilde her ikisi için mevcut evlilikte *lex Papia* aracılığıyla belirlenen yaş aşıldıysa, yani erkek altmış, kadın elli yaşındaysa, erkek ve kadın eş birbirlerinden bütün kapsamı kabul edebilirdi. Altıncı dereceye kadar kan akrabaları birbiriyle evlendiklerinde veya erkek gaip olduğunda hem gaiplik süresi boyunca hem de dönüşünden sonraki bir yıl için aynı şey geçerlidir.”

Yukarıdaki metinde işaret edildiği üzere eşlerin çocuk sahibi olma yükümlülüğü altındaki yaş aralığında olmaması da, birbirlerinden vasiyetname aracılığıyla tam olarak mirası kazanabilme yeteneğine sahip olduklarını gösterirdi. Aslında burada da eşlerin belirli yaşlarda olmamaları sebebiyle, birbirlerinden vasiyetname aracılığıyla bırakılan mirasın tamamını kazanabilmeleri için bir istisna tanınmıştı. Belirli yaşa ek olarak, yakın derecedeki hısımların evlilikleri veya gaiplik de mirası kazanabilme yeteneğinin tam olduğunu gösterirdi. Burada bir parantez açarak belirtmek gerekir ki, İmparator *Augustus* Dönemi’nde dördüncü derecedeki akrabalar arasında evliliğe izin verilmekteydi²³⁰. Buna karşılık yukarıdaki metinde görüldüğü üzere altıncı dereceye kadar olan kan hısımlarının evlenmeleri halinde, vasiyetname aracılığıyla birbirlerinden mirası kazanabilme yeteneği tanınmıştı. Çünkü eski hukuka göre bu dereceye kadar olan evlilikler ensest (*incestum*) suçunu oluşturduğundan, yakın derecedeki akrabaların evlenmesinden kaynaklanacak çocuk doğumları teşvik edilmek istenmemekteydi²³¹. Zira İmparator *Augustus* böylece eski hukukun koruyucusu olmak istemiş olmalıydı²³².

²³⁰ Roma’da akrabalık, evlenme engellerinden birini teşkil etmekteydi. Yakın akrabalar arasındaki bu yasaklar, örf ve adet hukukuna dayanmaktaydı. Yaşadıkları cinsel ilişkiler ise ensest (*incestum*) suçuyla cezalandırılmaktaydı. Üstsoy ile altsoy arasında hangi dereceden olursa olsun evlenme yasağı bulunurken; yansoy akrabaları arasında önceleri altıncı dereceye kadar evlenme yasağı vardı. Ancak henüz Klasik Hukuk Dönemi’nden önce bu yasak sadece dördüncü dereceye kadar kabul edildiğinden yumuşatılmıştı. Klasik Hukuk Dönemi’nde ise üçüncü dereceye kadar akrabalar arasında evlenme yasağı kabul edilmişti. Bu nedenle de İmparator *Claudius*’un (M.S. 41-54), kardeşi *Germanicus*’un kızı *Agrippina* ile evlenmesi M.S. 49’da çıkarılan *senatus* kararıyla mümkün olmuştu. Hristiyanlığın kabulüyle birlikte evlenme yasağı sonradan yine genişletilmişti. Bu akrabalık ilişkilerine ek olarak, evlat edinen ile evlatlık arasında evlenme engeli mevcuttken; evlat edinimle meydana gelen kardeşlik, baba hakimiyetinden çıkarılmakla evlenmeye engel teşkil etmezdi. Kaser, *RP I* (n 12) 316; Kaser, Knüttel ve Lohsse (n 20) 348; Gönenç, *Kadın* (n 176) 97-98; Güneş Ceylan, *Matrimonium* (n194) 112 ff; Diler Tamer, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, (1. Bası, Homer 2007) 212; İpek (n 52) 193 ff.

²³¹ Belirli derecedeki akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler, ensest (*incestum*) suçu sayılırdı. Ancak Roma hukukunda ensest (*incestum*) suçu, zina (*adulterium*) suçu kapsamında değerlendirilip cezalandırılırdı. İmparator *Augustus* Dönemi’nde toplumun ahlakını korumak ve zinaları önlemek amacıyla, muhtemelen M.Ö. 17’de çıkarılan *lex Iulia Adulteriis coercendis* bu fiilleri cezalandırmaktaydı. Bu ceza çoğunlukla ölüm bazen de adaya sürgün olmaktadır, kadınlara daha hafif uygulanmaktaydı. Tamer (n 230) 209 ff; Güneş Ceylan, *Matrimonium* (n 194) 135 ff; Gönenç, *Kadın* (n176) 150-151; Halide Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza* (2. Bası, Seçkin 2017) 69.

²³² Avenarius (n 6) 338-339.

UE 16.1a

“*Libera inter eos testamenti factio est, si ius liberorum a principe inpetraverint; aut si filium filiamve communem habeant, aut quattuordecim annorum filium vel filiam duodecima amiserint; vel si duos trimos, vel tres post nominum diem amiserint, ut intra annum tamen et sex menses etiam unus cuiuscumque aetatis inpubes amissus solidi capiendi ius praestet. item si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo perpererit, solidum ex bonis eius capit.*”

“İmparator tarafından çocuk hakkı elde ettiklerinde veya ortak bir oğlan ya da kız çocuğuna sahip olduklarında veya on dört yaşındaki oğlan çocuğunu ya da on iki yaşındaki kız çocuğunu kaybettiklerinde veya iki tane üç yaşında çocuk ya da üç tane çocuklarını ad konulması gününden sonra kaybettiklerinde, (eşlerin) aralarında vasiyetten yararlanma (mirasçılık) ehliyeti bulunurdu. Bunun yanında (evliliğin bitmesinden sonraki) bir yıl ve altı ay (onsekiz ay) içinde herhangi bir yaşta reşit olmayan bir çocuğun kaybı, mirasın tamamını kabul hakkını verirdi. Aynı şekilde kadın, erkeğin ölümünden sonra on ay içinde ondan bir çocuk dünyaya getirdiyse, kendisine ayrılan mirasın tamamını elde ederdi.”

Yukarıda belirtildiği üzere, eşlerin çocuk sahibi olamaması iradeleri dışındaki bir nedene dayanıyorsa veya küçük çocuklarının ölümü söz konusuysa, İmparator tarafından kendilerine çocuk hakkı (*ius liberorum*) imtiyazı tanınabilirdi²³³.

4. Latini Iuniani

Latini Iuniani, ius civile'ye göre azat edilmedikleri için hukuken özgür olamasalar da, fiilen özgür gibi yaşayan ve *praetor*'un hukuki koruma vasıtaları aracılığıyla yardım ettiği azatlılardan oluşurdu²³⁴. Öldüklerinde malvarlıkları, kendilerini azat etmiş efendilerine geçerdi ve “hür gibi yaşadıkları halde, son nefesleriyle birlikte hürriyetlerini de kaybederlerdi”.²³⁵ Bu kimseler ilk kez, *lex Iunia*²³⁶ aracılığıyla mirası kazanabilme yeteneğinden (*caducitas*) yoksun bırakıldılar. Fakat tıpkı bekarların, kendilerine mirasçı olarak atandıklarının bildirilmesinden itibaren yüz gün içinde evlenmelerinde olduğu gibi²³⁷, *Latini Iuniani* de mirasbırakanın ölümünden²³⁸ sonra veya mirasçı olarak atanmaları kendilerine bildirildikten sonra yüz gün içinde Roma vatandaşlığını elde ederse, mirası kazanabilme yeteneğine sahip olurdu²³⁹.

²³³ İbid 340-341; Babusiaux (n 95) 117.

²³⁴ Ancak farklı sebeplerle de gitgide *Latini Iuniani* grubunun genişlemesi ve örnekler hakkında bkz. Sayın (n 63) 573-574.

²³⁵ Umut, *Lugat* (n 1) 106.

²³⁶ *Lex Iunia: Iustinianus*'un *Institutiones*'i'ne göre M.S. 19'da çıkarıldığı belirtilse de, bu tarih konusunda hukukçuların farklı fikirleri bulunmaktadır. Kanun, azat etme işlemlerini düzenlemiş ve *Latini Iuniani* olarak adlandırılan *commercium* hakkına sahip, fakat *ius civile* mülkiyetine sahip olamayan yeni bir azatlı sınıfının çıkmasına neden olmuştu. ibid 119; Günveren, *Adoptio* (n 25) 98; Sayın (n 63) 574.

²³⁷ Bkz. yuk. IV, D, 2.

²³⁸ UE 22.3.

²³⁹ UE 17.1. Kaser, *RP I* (n 12) 725; Avenarius (n 6) 346; Sayın (n 63) 574; Mindız (n 176) 87 ff.

E. Mirastan Yoksunluk (*Indignitas*)

Mirastan yoksunluk veya mahrumiyet (*indignitas*)²⁴⁰, mirasçı olarak kazanılan mirastan belirli nedenlerle devlet²⁴¹ tarafından geri alınmasıydı. Bir başka anlatımla mirastan yoksunluk (*indignitas*), mirasa çağrılmayı (*delatio*) ya da mirastan kazanılmasını (*acquisitio*) engellemezd²⁴². O halde bu kimse mirasçı sıfatına ve mirası kazanabilme yeteneğine sahip olduğu halde, mirastan yoksunluğun tespitiyle kazanmış olduğu miras (*bona ereptoria*)²⁴³ kendisinden geri alınır²⁴⁴. Ancak bu kıstaslar, mirası elde edebilme yeteneğini (*capacitas*) bakımından kanunla belirlenirken, mirastan yoksunluk (*indignitas*) halinde olaydan olaya değişerek belirlenirdi. Bu nedenle de sistematik bütünlük arz etmezdi. Çoğunlukla ceza hukuku aracılığıyla müsaderesi mümkün olmayan terekenin devlet tarafından geri alınmasına karar verilir²⁴⁵. O halde mirastan yoksun kimse (*indignus*), mirasçı olmaya çağrılabilir ve mirası kazanabilirdi. Ancak mirastan yoksun kimsenin elde etmesi gereken pay kendisinden hakim kararıyla geri alınır²⁴⁵.

Mirastan yoksunluk (*indignitas*) nedenleri, olaydan olaya değiştiği için sistematik birlik arz etmezdi. Örneğin mirasbırakanı kasten veya taksirle öldürme²⁴⁶ ya da haksız yere bir suçla isnat etme, vasiyetnamede atanan mirasçılara karşı bir suç işleme, mirasbırakanı vasiyetnameyi düzenlerken²⁴⁷ veya değiştirirken engelleme, mirası kazanabilme yeteneğinden yoksunluk nedeniyle ortaya çıkan hukuki sonuçların *fideicommissum*²⁴⁸ aracılığıyla ortadan kaldırılması, bir erkeğin vesayeti altında

²⁴⁰ Koschaker ve Ayiter (n 13) 368.

²⁴¹ Bu hususta bkz. yuk. dn 209.

²⁴² Koschaker ve Ayiter (n 13) 368.

²⁴³ *Bona ereptoria*'da kullanılan *eripere*, "almak, elinden almak, yoksun etmek, kapıp gitmek" anlamındaydı. Koschaker ve Ayiter (n 13) 368; Sina Kabaağaç ve Erdal Alova, *Latince Türkçe Sözlük* (1. Bası, Sosyal 1995) 207.

²⁴⁴ Di Marzo (n 2) 563; Kaser, Knütel ve Lohsse (n 20) 417.

²⁴⁵ Mirastan yoksun kimseye düşen pay ilkin *aerarium*, sonradan da *fiscus* tarafından *vindicatio caducarum* aracılığıyla sistem dışı yargılamada (*cognitio extra ordinem*) talep edilirdi. Kaser, *RP I* (n 12) 726-727; Kunkel ve Honsell (n 24) 474 dn 39; Babusiaux (n 95) 117-119; Aksaray Erkman (n 205) 189-190.

²⁴⁶ *D. 34.9.3 (Marcianus 5 decretorum)*: "*Indignum esse divus pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per neglegentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moretur.*" "*Digesta*'sının on ikinci kitabında *Marcellus*'un karar verdiği gibi İmparator *Antoninus Pius*, mirasçı tayin edildiği kadının ölümüne ihmalkarlığı ve kusuruyla sebebiyet veren kimsenin suçu açıkça ispat edildiğinde, (bu kimsenin) mirastan yoksun olduğuna karar verir."

²⁴⁷ Koschaker ve Ayiter (n 13) 368.

²⁴⁸ *Fideicommissum* için bkz. yuk. dn 181.

bulunan kadınla evlenmesi ya da mirasbırakanın kendi davranışı²⁴⁹ gibi durumlar mirastan yoksunluk (*indignitas*) nedenlerini oluşturmaktaydı²⁵⁰.

Sonuç

Roma hukukunda hem *ius civile*'ye göre mirasçı olabilmek hem de *praetor* mirasçılığını ifade eden malların zilyetliğini (*bonorum possessio*) elde edebilmek için, ilk olarak *sui iuris* bir Roma vatandaşının ölmesi gerekirdi. Ancak İmparator *Augustus*'tan itibaren erkek aile evlatlarının askerlik yaptıkları sırada kazandığı malvarlıkları üzerinde mirasçılığı olabilmekteydi. Bir kimse öldükten sonra mirası elde etme yetkisi, mirasa çağrılmayla (*delatio*) verilirdi. Mirasa çağrılma, vasiyetname aracılığıyla (*ex testamento*) veya vasiyetnamenin olmaması veyahut da vasiyetnamenin hükümsüz olması gibi mirasçı olarak atanan kimselerin mirasçı ol(a)mamaları halinde de kanunen (*ab intestato*) gerçekleşirdi. Roma hukukunda *manus* ile evlenilen eş, baba hakimiyetinde bulunan öz ya da evlat edinilmiş kız ve erkek evlatlarla, ölmüş ya da *emnacipatio*'ya maruz kalmış erkek evlatlardan olma torunlar aile içi mirasçılardan sayılırdı. Bu kimselerin vasiyetname aracılığıyla veya vasiyetname olmadan kanunen mirası kazanabilmeleri, mirasbırakanın ölümüyle birlikte başka hiçbir kabul işlemine gerek duymadan kendiliğinden gerçekleşirdi. Ancak aile içi mirasçıların dışındaki herkes aile dışı mirasçı sayılırdı ve bu kimselerin mirasçı olabilmeleri için ayrıca mirası kabul etmeleri de gerekliydi. Mirası kabul etme, mirasçı gibi hareket etme (*pro herede gestio*) veya şekle bağlı bir kabul (*cretio*) gerçekleşirdi. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde mirasın şekle bağlı kabulünün ortadan kalkmasına paralel olarak, sadece mirasın şekle bağlı olmadan kabulü (*aditio*) kalmıştı. Bu belirtilenlere ek olarak, *praetor* mirasçılığının verilmesi veya *praetor*'un malların zilyetliğini tanıması için, mirasa çağrılmanın gerçekleşmesinden sonra mutlaka *praetor*'a süresi içinde bir talepte bulunulması (*agnitio*) gerekirdi.

Roma hukukunda mirasçılık vasfını kazanabilmek için, mirasçılık ehliyetine de sahip olmak gerekirdi. *Sui iuris* bir Roma vatandaşı, mirasçılık ehliyetine sahipti. Mirasçılık ehliyetinin aile içi mirasçılar için mirasbırakanın ölümü anında,

²⁴⁹ D. 34.9.12 *Papinianus ibroli16 quaestionum* “Cum quidam scripsisset heredes quos instituire non poterat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem. [...]” “Vasiyetmede mirasçı atanan kimsenin mirasçı olarak atanamayacağı durumunda, mirasçı ataması geçersiz olsa ve [bu yüzden] eski vasiyetname bozulmamış gibi sayılsa da, çok uzun zamandan beri *senatus* [ilk vasiyetnameye göre], mirasçılığa uygun olmama nedeniyle mirasçının elinden mirası alırdı. Çünkü (bu durum) mirasbırakanın son arzusuna dayan(a)mazdı [...]” Bu metinde mirasbırakan, şekle uygun olarak yaptığı iki vasiyetnamede farklı mirasçıları mirasçı olarak atadığında, ikinci vasiyetname birincisini ortadan kaldırırdı. Ancak ikinci vasiyetnamede mirasçı atanalar, mirasçı olarak atanabilecek kimselerden olmadığında miras ne ilk vasiyetnamede ne de ikinci vasiyetnamede mirasçı olarak atanan kimseye verilirdi. Böyle bir durumda bizzat mirasbırakanın kendi davranışından dolayı terekenin *fiscus*'a geçmesi söz konusu olurdu. Çünkü mirasbırakan ikinci vasiyetnameyle, ilk vasiyetnamede mirasçı olarak atadığı kimselerin aslında mirasçı olmasını istememekteydi. Bir başka anlatımla ilk vasiyetnamede mirasçı olarak atanan kimseler mirasçı olarak çağrıldığında, ikinci vasiyetname yapıldığı ve hükümsüz sayıldığı için, mirasbırakanın iradesine uygun davranılmış olmazdı. Bu nedenle ilk vasiyetnamede mirasçı olarak atanan kimselerden, mirasın *fiscus* tarafından geri alınabileceğine karar verilmişti. Babusiaux (n 95) 119.

²⁵⁰ Kaser, *RP I* (n 12) 726; Aksaray Erkmán (n 205) 190.

buna ek olarak vasiyetname aracılığıyla mirasın kazanılmasında vasiyetnamenin düzenlendiği anda; aile dışı mirasçılar için ise, ayrıca mirasın kazanılması anında var olması gerekirdi. Buna karşılık köle ve aile evladı bir vasiyetnamede mirasçı olarak atanmışsa, söz konusu mirası efendisi veya aile babası elde edeceğinden, efendinin veya aile babasının mirasçılık ehliyetine sahip olması gerekirdi. Kadınlar, Roma hukukunda erkeklerle eşit oranda miras kazanırdı. Ancak kadınların, fiil ehliyetlerinin kısıtlanmasına paralel olarak, mirasçılık ehliyetleri de kısıtlanmıştı. Kocasının veya aile babasının egemenliği altında olmayan bütün kadınlara bir vasi (*tutor*) atanırdı ve kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri yapmaları için vasinin de o hukuki işlemi yaparken orada bulunması gerekirdi. Mirasın kazanılmasıyla birlikte mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından sınırsız sorumluluğa sahip olduklarından kadınların mirası kazanabilmeleri ancak vasinin *auctoritas*'ı aracılığıyla gerçekleşirdi. Aile babası genellikle vasiyetnamesinde hakimiyeti altındaki kadının vasisinin kim olacağını belirlerdi. Ancak belirlememişse, en yakın *agnati* kendine kanuni vasi olarak atanırdı. Ancak bu son olasılık kaldırıldıktan sonra, kadınların haklı talepleri üzerine kendilerine vasi tayin edilmesi de söz konusu olmuştu. İmparatorluk Dönemi'nde en az üç çocuk doğuran kadınların, *Iustinianus* Dönemi'nde ise bütün kadınlar üzerinde vesayet ortadan kalkmıştı.

Roma hukukunda vasiyetname aracılığıyla mirasın kazanılabilmesi için mirasçılık ehliyetine ek olarak, mirası kazanabilme yeteneğine (*caducitas*) de sahip olmak gerekirdi. İmparator *Augustus* tarafından çıkarılan kanunlarla, Roma toplumundaki evlilik dışı ya da sınıflarına uymayan ilişkiler yasaklanmıştı. Ayrıca Roma vatandaşlarının evli ve çocuklu olmaları amaçlanmıştı. Bu nedenle istisnalar haricindeki yirmi beş ile altmış yaşları arasındaki erkeklerle yirmiye elli yaşları arasındaki kadınlar, evlenme ve çocuk sahibi olma yükümlülüklerini yerine getirmezlerse, vasiyetname aracılığıyla mirası kazanabilme yeteneğine sahip olmama şeklinde bir yaptırıma tabi tutulmuşlardı. Keza sınıfına uygun bir evlilik yapmayan eşler, birbirlerini vasiyetname yoluyla mirasçı atayamazken; çocuk sahibi olmayan eşler, birbirlerine ancak malvarlıklarının onda biri oranında mirasçı olabilirlerdi. Ayrıca çocuğu olmayan evli bir kimse, vasiyetname aracılığıyla kazanacağı miras payının yarısını elde edebilirken; bekarlar, evlilik şartını yerine getirmediği için vasiyetname aracılığıyla kendilerine düşecek miras payını elde edemezlerdi. Kadük pay (*caduca*), mirası kazanabilme yeteneği ve en az bir çocuğu olan mirasçılara veya lehine belirli mal bırakılanlara geçerdi. Ancak vasiyetnamede mirası kazanabilme yeteneğine sahip ve en az bir çocuğu olan mirasçı veya belirli mal bırakılan kimse yoksa, kadük pay devlete intikal ederdi. Mirası kazanabilme yeteneğiyle ilgili olan bu kanunlar şiddetle eleştirilse de, sonuç olarak devletin kasası zenginleştiğinden, ancak *Iustinianus* Dönemi'nde yürürlükten kaldırılabilmişti. Mirasçılarının bazı davranışları mirasçılık vasıflarının kaybolmasına neden olmazdı, ancak kazandıkları mirasın ellerinden alınmasına neden olurdu. Mirastan yoksunluk (*indignitas*) olarak

adlandırılan bu nedenler, sistematik bir bütünlük teşkil etmediği gibi, olaydan olaya değişen ve genellikle de müsaderesi mümkün olmayan terekenin devlete geçmesine neden olurdu.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aksaray Erkman B, 'Roma Hukukunda Devletin Mirasçılığı' (2021) 12(1) İnÜHFD 182-192.
- Apathy P, Klingenberg G ve Pennitz M, *Einführung in das Römische Recht* (5. Aufl, Böhlau 2012).
- Avenarius M, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung* (1. Aufl, Wallstein 2005).
- Ayiter K, *Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku* (2. Bası, Ankara Üniversitesi 1963).
- Babusiaux U, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht* (1. Aufl, Böhlau 2015).
- Behrends O, Knütel R, Kupisch B, Seiler HH: *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung II Digesten 1-10* (C.F. Müller 1995); *III Digesten 11-20* (C.F. Müller 1999); *IV Digesten 21-27* (C.F. Müller 2005); *V Digesten 28-34* (C.F. Müller 2012).
- Berger A, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (The American Philosophical Society 1953).
- Berki Ş, 'Roma Miras Hukuku' (1953) 10(1) AÜHFD 542-576.
- Di Marzo S (Çev: Umur Z), *Roma Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1959).
- Erdoğan B, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük* (2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2008).
- Gaudemet J (Çev: Tahiroğlu B), 'Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu' (1972) 6(9) MHAD 205-230.
- Gönenç Fİ, 'Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler' (2008) 12(1-2) EÜHFD 137-155.
- Gönenç Fİ, *Roma Hukukunda Kadın* (1. Bası, On İki Levha 2010).
- Günel N, 'Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras' (1995) 44(1) AÜHFD 425-442.
- Güneş Ceylan S, *Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku* (1. Bası, Yetkin 2004).
- Güneş Ceylan S, *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)* (1. Bası, Yetkin 2010).
- Günveren GB, 'Roma Hukukunda Statuliber' (2016) 22(3) MÜHFHAD 1241-1256.
- Günveren GB, 'Ius Civile'nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları' (2018) 76(2) İÜHF 529-557.
- Günveren GB, *Roma Hukukunda Evlat Edinme (Adoptio) ve Türk Hukukuna Etkileri* (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Honig R (Çev: Talip Ş), *Roma Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1938).
- İpek N, 'Roma Hukukunda Hısımlık' (2015) 21(1) MÜHF-HAD 167-203. (n51)

- Jörs P, Kunkel W ve Wenger L (neu bearb. von Honsell H, Mayer-Maly T ve Selb W), *Römisches Recht* (4. Aufl, Springer 1987).
- Kabaağaç S ve Alova E, *Latince Türkçe Sözlük* (1. Bası, Sosyal 1995).
- Karadeniz Ö, 'Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi' (1968) 25(3-4) AÜHFD 179-194.
- Karadeniz Çelebican Ö, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması* (13. Bası, Yetkin 2008).
- Kaser M, *Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, erster Abschnitt* (2. Aufl, C. H. Beck 1971).
- Kaser M, *Das römische Privatrecht, Die nachklassischen Entwicklungen, zweiter Abschnitt* (2. Aufl, C.H. Beck 1975).
- Kaser M, Knütel R ve Lohsse S, *Römisches Privatrecht* (21. Aufl, C. H. Beck 2017).
- Kayak S, *Roma Hukukunda İkame (Substitutio) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi* (1. Bası, Filiz 2019).
- Kayak S, 'Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri' (2021) 27(1) MÜHF-HAD 543-565.
- Kienast D, *Römische Kaisertabelle, Grundzüge einer römischen Kaiserchronologie* (2. Aufl, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1996).
- Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Yeni Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1993).
- Küçük E, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu* (1. Bası, Yetkin 2006).
- Küçükgüngör E, 'Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti' (1996) 45(1) AÜHFD 505-531.
- Küçükgüngör E, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)* (1. Bası, Yetkin 2007).
- Manthe U, *Gaius Institutiones, Institutionen des Gaius* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2004).
- Manthe U, *Geschichte des römischen Rechts* (4. Aufl, C. H. Beck 2011).
- Mındız E, *Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa)* (2. Bası, Der Yayınları 2018).
- Oğuzoğlu HC, *Roma Hukuku* (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1959).
- Sayın BY, *Roma'da Köle ve Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Schwind F, *Römisches Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes* (1. Aufl, Springer 1950).
- Tahan Orhan D, *Roma Hukukunda Manus Kurumu* (1. Bası, On İki Levha 2018).
- Tamer Güven D, 'Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı' (1999) 57(1-2) İÜHF 225-240.
- Tamer D, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis* (1. Bası, Homer 2007).
- Türkoğlu Özdemir G, 'Roma Hukukunda Actio De Peculio' (2005) 7(2) DEÜHFD 103-136.
- Türkoğlu Özdemir G, *Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)* (1. Bası, Seçkin 2008).
- Türkoğlu HG, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza* (2. Bası, Seçkin 2017).
- Umur Z, 'Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları', (1965) 31(1-4) İÜHF 159-195.
- Umur Z, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi* (Fakülteler Matbaası 1974).
- Umur Z, *Roma Hukuku Lüğatı* (Fakülteler Matbaası 1975).
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku* (3. Bası, Beta 1999).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 17.08.2021
Revizyon Talebi: 06.02.2022
Son Revizyon Tarihi: 03.03.2022
Kabul: 17.05.2022
Online Yayın: 08.12.2022

Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunulabilir Mi?

Aslı Açıköz*

Öz

Şok zarar, ağır bedensel zararlar neticelenen kaza benzeri olaylarda doğrudan haksız fiile uğrayan kişi dışında üçüncü kişilerin, aynı fiil dolayısıyla uğradıkları travmaya bağlı ruhsal çöküntü, ağır psikolojik rahatsızlık geçirmeleri nedeniyle uğradıkları zarar ifade eder. Bu zarar, doğrudan bir zarar olduğu gibi kişinin ruhsal bütünlüğü ve dolayısıyla mutlak haklardan kişilik hakkını ilgilendirir. Şok zarar hakkında mevzuatımızda özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle tazmininin söz konusu olamayacağı düşünülebilir. Bu yönde bir yorum, zarar görenin korunması amacını güden tazminat hukukunun genel ilkelerine ters düşecektir. Yabancı hukuk sistemlerinde de şok zarar kavramının benimsenmeyle birlikte hakkında farklı görüşler, hukuki düzenlemeler ve uygulamaların mevcut olduğu görülür. Bugün Türk hukukunda gelinen son noktada modern hukuk anlayışıyla paralel şekilde, ilk zarar görenden bağımsız şekilde üçüncü kişilerin de aynı haksız fiile bağlı olarak kişilik haklarının ihlale uğramasından ötürü kendilerinde tezahür eden bu zararı ileri sürebilecekleri kabul edilmiştir. Şu hâlde haksız fiil hukuku kapsamında göreceli yeni bir kavram olarak karşımıza çıkan şok zararın yabancı hukuk sistemlerindeki hukuki dayanağı, hukuki niteliği ve şartlarının (bu kapsamda özellikle de yakın bir diğer kavram olan yansıma zararlarla karşılaştırılarak sınırlarının) net olarak belirlenmesi, hangi tazminat türü kapsamında talep edileceğinin ortaya konulması önem arz eder. Nitekim çalışmamızda da belirtilen bu hususlarla birlikte Türk hukukunda ilgili kuruma duyulan ihtiyaç üzerine bunun uygulamadaki kabulünün tarihi gelişimi, başvuru hukümler ve özellikle de şok zararın doğrudan zarar olma niteliği üzerinde durulmuştur. Bu itibarla ölen ya da ağır yaralanan kişinin yakını olmayan üçüncü kişiler bakımından da söz konusu olabileceğinin kabulüyle birlikte bunun beraberinde getirebileceği sorumluluk kapsamının aşırı biçimde genişletilebileceği riskine de dikkat çekilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Şok Zarar, Doğrudan Zarar, Yansıma Zarar, Kişilik Hakkı, Tazminat Hukuku

Can One Claim Compensation for Nervous Shock?

Abstract

Injury from nervous shock refer to the damage resulting from a person's mental breakdown or psychological disorder rather than the victim being directly injured in an accident. These types of injuries are directly related to one's mental integrity and therefore to one's personality rights, which are considered absolute rights. The lack of any special provision for injury from nervous shock in Turkish law may be interpreted as this being a non-compensable injury. However, such a misinterpretation would be contradictory to the general principles of Compensation Law, which seeks merely to protect victims who have been personally injured. Injury from nervous shock is legally recognized by foreign legal systems, although different legal opinions and regulations still occur in this regard. In accordance with modern legal understanding under current Turkish law, one closely related to the victim of a tort is also entitled to claim compensation for damage that has arisen due to a violation of their personal rights independent of the primary victim of the tort. Given the scope of injury from nervous shock, its legal nature and conditions (along with a detailed comparison with Damage by Reflection) shall be broadly examined in order to fully comprehend this fairly new term entered in Tort Law. This study focuses on

* **Sorumlu Yazar:** Aslı Açıköz (Dr. Öğr. Üyesi), Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye. E-posta: aacikgoz@uludag.edu.tr ORCID: 0000-0001-8381-6627

Atf: Acikgoz A, "Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunulabilir Mi?" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1267. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0006>



these matters, as well as the historical development and the related provisions of its recognition in Swiss and Turkish legal systems, in addition to its nature as a form of direct injury and the ability of those not related to the victim to claim compensation for injury from nervous shock in Tort Law.

Keywords

Nervous Shock, Direct Injury, Damage by Reflection, Personal Rights, Compensation Law

Extended Summary

Injury from nervous shock (*Schockschaden*) refers to the types of damage caused by the mental breakdown or psychological disorder of a person other than the victim who'd been directly injured or died in an accident. One of the most striking examples of nervous shock is the mental depression of a mother who'd witnessed an accident where her son's legs had been amputated by a train. Examples of these kinds of injuries can easily be counted, as these cases are very common in daily life. Although injury from nervous shock is legally recognized by foreign legal systems, they still have different legal opinions and regulations regarding this field and therefore the subject remains open to discussion.

In Turkish law, injury from nervous shock is a fairly new term, and thus no legal regulations nor comprehensive definition exist for it other than some brief mentions in the legal doctrine. The lack of any specific provisions regarding injury from nervous shock may lead one to interpret these types of injuries to be non-compensable. However, such a misinterpretation would clearly be contradictory to the general principles of compensation law, which merely seeks to protect victims that have been personally injured. In this regard, these specific types of injuries require the immediate attention of Turkish legislators and authorities.

The injuries caused by nervous shock relate to the legal liability of the tortfeasor in Tort Law. The nature of these types of injuries are very similar to the concept of Damage by Reflection, as also regulated in the Tort Law of the Turkish legal system. However, these two types of injuries have different meanings and therefore shall be distinguished from one another. Damage by Reflection is the damage that occurs from a breach of contract or the tortious act of a legal entity that violates the personal rights of a person other than the direct victim who'd been subjected to this breach of contract or tortious act. Because Damage by Reflection aims to provide legal protection to persons other than the victim who'd been directly damaged, these types of damages can only be claimed if relevant special provisions exist that can be applied. A typical example of such damage occurs in the Turkish Code of Obligations regarding the loss of support of the victim's relatives. However, injury from nervous shock only involves people who have a close relationship with the victim or who witnessed an accident where the victim had been heavily injured or died as a result of

a tortious act. The main feature of injury from nervous shock pertains to the types of damages only derived from being a relative of the victim or witness to the accident itself, not because of indirectly being a victim. Subsequently, injury from nervous shock cannot be referred to as indirect damages. This type of injury is a direct form of damage regarding one's mental integrity. In other words, it involves personality rights, which are considered absolute rights. A compensation claim in this regard therefore has a nature independent of a claim for loss of support as in Damage by Reflection.

Injury from nervous shock can only be claimed if the case possesses the elements of proper causal link and illegality. The persons who are entitled to be claimants are only limited to very close relatives of a victim who has been directly injured or died or to one who witnessed the accident. Broad interpretation of the scope of the term "close relatives" is to be avoided but should instead only include parents and immediate family. In addition, the claimant should be seen to have suffered severe emotional distress or a psychological breakdown that leads to a breach of mental integrity. The compensation for injury from nervous shock as ruled by the court may be pecuniary as well as nonpecuniary.

The most common cases of claims of injury from nervous shock in Turkish courts have been made by the relatives of those injured in traffic accidents. Previous decisions of the Turkish Supreme Court showed reluctance to acknowledge injury from nervous shock and rejected any claims thereof due to the lack of legal precedence. However, the Court's view has changed over the course of time. Since its 1995 benchmark decision, the Court's position has fully transformed to allow for injury from nervous shock to be claimed without requiring the claimant to fulfill the heavy burden of proof. However, the Court should also be noted to have avoided using the phrase of "injury from nervous shock" in its decisions.

As a result, injury from nervous shock has a direct link to a breach of personal rights, which holds great significance in Tort Law. In accordance with the modern approaches in foreign legal systems, the Turkish legal system also recognizes the principle that a witness to or a close relative of a victim in an accident is entitled to claim compensation for injuries resulting from nervous shock. The legal liability derived from the violation of personal rights is independent from being the primary victim of the tortious act. This principle shall be moved forward both in Turkish as well as all other legal systems, wherein the scope of protection shall be interpreted broadly to include all those whose personal rights have been directly violated.

Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunulabilir Mi?

Giriş

Şok zarar genel olarak, haksız fiile bağlı fiziksel zarar gören veya ölenlerin haricindeki üçüncü kişilerin aynı fiil nedeniyle ruhsal bütünlüklerinin bozulmasına bağlı olarak uğradıkları doğrudan zararı ifade eder¹. Bilindiği üzere hukukumuzda üçüncü kişilerin ancak dolaylı bir zarar türü olan yansıma zararın söz konusu olduğu istisnai hâllerde tazminat isteminde bulunabileceğine izin verilmiştir. Şok zarar kavramı ise yansıma zarardan bütünüyle farklı bir kavramdır. Her ne kadar şok zarar kavramına hukukumuzda yer verilme de yabancı hukuk sistemlerindeki gelişmeler de göz önünde bulundurularak Türk Borçlar Kanunu'nda aynı amaca hizmet eden düzenlemeler bulunmaktadır. Böylece hukukumuzda en azından ölen veya ağır yaralananın yakınlarıyla sınırlı olmak üzere bu kişilere, ruhsal dünyalarının sarsılmasından dolayı uğradıkları doğrudan zararı asıl olarak manevi tazminat şeklinde ileri sürmelerine hak tanınmıştır.

I. Şok Zarar Kavramı

A. Genel Olarak

Şok zarar (*Schockschaden*)² kavramı uzun süredir hem ülkemiz hem de yabancı hukuk öğretisinde tartışmalı bir hususu oluşturmaktadır. Her ne kadar mevzuatımızda özel olarak yer almasa da bu zarar türüyle uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır³. Şok zararın söz konusu olduğu çarpıcı bir örnek, bir çocuğun bacaklarının tramvay tarafından kesildiğini gören annenin asabi bir buhran, sarsıntı geçirmesidir. Bu olayda oğluna tramvay çarpmasına bağlı olarak annenin uğradığı doğrudan zarar onun uğradığı şok zararı ifade eder. Benzer şekilde babanın, çocuğunun bir otomobilin altında kaldığı haberini almakla uğradığı şok neticesinde kalp krizi geçirerek işinden erken emekli olmak zorunda kalması veya hamile bir annenin çocuğunun kazaya uğradığına tanık olmakla erken doğum yaparak yetersiz gelişmiş bir bebek dünyaya getirmesi de şok zarara örnektir. Şok zarar aile bireyleri dışında üçüncü kişilerde de söz konusu olabilir. Özellikle feci bir ölüme neticelenen kaza yerinde bulunmakla yaşadığı ölüm korkusu neticesinde travma sonrası stres bozukluğu yaşayan üçüncü kişiler açısından durum böyledir.

¹ Bkz. 1, 2.

² Literatürde bazı yazarlarca "şok zararı" olarak da çevrilmekle birlikte biz çalışmamızda şok zarar ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz. Şok zararı kavramını tercih eden yazarlar için bkz. Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (3. Bası, 2021), 257 ff; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt V/1, 2 (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019) N. 1055, s. 260, Rona Serozan <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Kitaplar/doc/SUNGURBEY20142.pdf> (Erişim Tarihi: 3.3.2022).

³ Erlüle'ye göre özellikle günümüzde kitlesel afetler, terör saldırıları, trafik ve iş kazaları nedeniyle bu tür zararlar daha çok karşılaşılmaktadır. Bkz Fulya Erlüle, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi' (2011) Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: II MÜHFHAD (Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan), 141, 144.

B. Tanımı

Kavram hakkında öğretilerde yapılan açıklamalar doğrultusunda şok zarar, kişinin bir yakının, ağır bedensel zarara yol açan bir olaya tanıklık etmesi veya ölüm ya da ölüm tehlikesi yaratan bir olaydaki yaralanmadan haberdar olması nedeniyle uğradığı ruhsal çöküntü, psikolojisinin hastalık derecesinde bozulması olarak tanımlanmıştır⁴.

Öğretilerdeki farklı tanımlarda kullanılan ifadelerle ayrıntılı bakıldığında, bu tür zararın oluştuğundan bahsedebilmek için zarar gören kişinin “yakın” sıfatına sahip olması ve “şok” ifadelerine muhakkak yer verilmiştir⁵. Zararın özellikle “*bizzat şahit olmanın*” neticesinde oluşmasına ayrıca değinilmiştir⁶. Şu hâlde şok zarar için, ölümcül veya ağır yaralanmaya sebep olan hukuka aykırı bir fiil söz konusu olduğunda, buna muhatap olan mağdurun değil de bu fiile tanık olan veya bunu sonradan öğrenen üçüncü kişilerin yaşadıkları şoktan dolayı uğradıkları manevi zarar şeklinde bir tanımlama yapmak doğru olur.

C. Hukuki Niteliği

Şok zarar, haksız fiil sorumluluğu kapsamında kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar bakımından gündeme gelir. Üzücü olaylar karşısında herkesten fazla acı çekmesinden ötürü tıbben saptanabilecek düzeyde ağır zarara uğrayan kişi tarafından talep edilebilir⁷.

Şok zarar ile duygu zararının her ikisi de manevi tazminat sorumluluğunun şartlarından olmakla birlikte birbirinden farklı kavramlardır. Duygu zararının söz konusu olduğu hâllerde zarar görenin psikolojisi, hastalık tanısı konacak derecede bozulmaz⁸. Kişinin yaşadığı ruhsal çöküntü tıbbi bir tedaviye gerek kalmaksızın bir süre sonra kendiliğinden iyileşir⁹. Şok zarar için ise zarar görenin sinir hastalığı veya çok ağır ve aşikâr üzüntü derecesinde herkesin çektiği acıdan fazlasını çekmesi ve bu nedenle tıbben saptanabilecek ağır bir manevi zarara uğraması gerekir.

⁴ Seda İrem Çakırca, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı* (Vedat 2012) 199, 208; Emre Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Seçkin 2004) 69-70; Erlüle, “Beden Bütünlüğü” (n 1) 144. Atamer, hastalık derecesinde bozulmayı “*tıbben kanıtlanabilir bir ruhsal çöküntü geçirme*” şeklinde ifade etmiştir. Bkz Yeşim Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (Beta 1996) 93. Yine şok zarar, uğranılan zararın öğrenilmesi veya buna tanıklık edilmesi dolayısıyla oluşan zarardan farklı olarak depresyon, kamu içinde küçük düşmek gibi sebeplerle psikolojik olarak kişinin şoka girmesi nedeniyle uğranılan zarar anlamında da kullanılır. Bkz Emre Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Seçkin 2004) 70.

⁵ Çakırca (n 3) 208.

⁶ Gökyayla (n 3) 70.

⁷ Atamer (n 3) 94. Atamer, şok zararın “engellenmek istenen zararlar” arasında yer alabileceğini ileri sürmüştür. Ayrıca yazar eserinde şok zarara yakın ancak farklı bir zarar türü olan “*nevroz zararları (Neuroseschäden)*” kavramına da değinmiştir.

⁸ Erlüle duygu zararlarını tanımlarken, bir yakını ölen veya ağır şekilde yaralanan kişinin bu olaya bağlı olarak hissettiği acı, keder, üzüntü, endişe, çaresizlik, şaşkınlık, tükenmişlik gibi duyguların oluşmasına sebebiyet veren manevi zararlar şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Erlüle, *Bedensel Bütünlük* 350.

⁹ Erlüle (n 1) 144.

Yaşanılan üzüntünün derecesi buna bağlı manevi tazminat talep edilmesinde ve hesaplanmasında önem taşır¹⁰.

Şok zarar, mağdurun yakınlarının veya şok zararın tazmini isteminde bulunabilecek diğer kişilerin ruhi ve asabi bütünlüğüne yapılan bir ihlalin neticesinde söz konusu olduğundan, kişinin sahip olduğu mutlak varlıklarından vücut bütünlüğünü yakından ilgilendirir. Bu aynı zamanda kişinin varlığına ve bu varlığı teşkil eden maddi ve manevi öğelerin toplamı olan kişiliğe de yöneltilmiş bir saldırıyı oluşturmakla şok zarar, asıl olarak kişilik hakkı ve dolayısıyla da kişinin mutlak hakkına yönelik bir zarar niteliğindedir.

Şok zarar, hukuka aykırı fiili neticesinde ağır bedensel zarar gören veya ölen kişiden değil de bu kişinin yakını olan veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği olaya tanık olmak suretiyle zarar gören üçüncü kişinin kendisinde tezahür eder¹¹. Şok zarar kapsamında sözü edilen zarar dolaylı zarar olmadığı gibi, zarar gören kişi de dolaylı olarak zarar gören kişi değildir¹². Burada kişilerin herkese karşı hukuken korunan mutlak haklarından olan kişilik hakkını ilgilendiren doğrudan doğruya oluşan bir zarar söz konusudur. Bu yönüyle şok zarar yansıma zarardan farklı, ondan bağımsız nitelikte bir talebi oluşturur¹³.

D. Şartları

1. Genel Olarak

Şok zarara bağlı tazminat talebinin hukuken haklı görülebilmesi için, bu kurumun asıl olarak manevi ve ayrıca varsa kişinin maddi zararını ilgilendirmesi dolayısıyla¹⁴ talep edilen tazminat türüne göre bunun gerektirdiği genel şartları (kusur veya kusursuz sorumluluk, hukuka aykırı fiil, vb) taşıması gerekir. Söz konusu bu genel şartlar hakkında öğreti ve uygulamada yer alan açıklamalar burada da geçerli olmakla birlikte bununla yetinilecektir. Konumuz bakımından asıl önem taşıyan, özel bir zarar olması itibarıyla şok zarar hakkında ayrıca aranan, yine öğreti ve uygulamanın üzerinde birleştiği kendine özgü şartlar üzerinde durulacaktır.

¹⁰ Çakırca (n 3) 208; Atamer (n 3) 94. Mağdurda oluşan zararın belli bir ölçüde olması şartına uygulamada özel bir önem verilmiş ve zararın özel bir ağırlık göstermediğinin tespit edildiği hâllerde bu gerekçeyle yöneltilen tazminat talepleri reddedilmiştir. Uygulamadan örnekler için bkz III, 3.

¹¹ Çakırca (n 3) 209. Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususa değinmiştir. Bkz III, 3.

¹² Oluşan zararın dolaylı bir zarar olmadığı yönünde ayrıntılı bilgi için bkz Çakırca (n 3) 208.

¹³ Yansıma zararlarla karşılaştırma için bkz. II, 2.

¹⁴ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. II, 1.

2. Konusunun Doğrudan Üçüncü Kişiyi İlgilendirmesi

Şok zararın konusunu, bedensel zarara uğrayarak ağır şekilde yaralanan veya ölen kişilerin haricinde zarara uğrayan üçüncü kişiler oluşturur. Bu kişiler hukuka aykırı fiilden ilk ve doğrudan zarar gören kişinin yakını olabileceği gibi şok zarara bağlı tazminat talebinde bulunabilmek için mutlaka yakın olmak şartı aranmaz¹⁵. Şok zarar, ilgili olayda ilk zarar görenle aynı fiile bağlı olarak şahsında doğrudan doğruya zarara uğrayan üçüncü kişileri ilgilendirir. Şu hâlde bir olayda, aynı fiilden kaynaklı olarak birden fazla kişinin mutlak haklarının doğrudan ihlal edilmesi söz konusu olur¹⁶.

3. Ruhsal Bütünlüğün Hastalık Derecesinde Bozulması

Şok zararın söz konusu olabilmesi için tanımında da belirtildiği üzere¹⁷ üçüncü kişide oluşan zarar, hukuka aykırı fiil neticesinde ruhsal bütünlüğünün bozulmasına varacak derecede ağır sarsıntı, dayanılmaz bir acı ve ruhsal çöküntü şeklinde varlığını göstermelidir. Burada kişinin tıbben belirlenebilir derecede alışılmış ölçülerin dışında bir psikolojik zarar görmesi şartı aranır. Nitekim bu yönüyle şok zarar, duygu zararından da ayrılarak kişide daha şiddetli ve hastalık derecesine varan bir zararın doğması hâlinde söz konusu olur¹⁸.

4. Uygun Nedensellik ve Hukuka Aykırılık Bağının Bulunması

Şok zararın oluştuğundan bahsedebilmek için somut olaydaki hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağı ve mağdurun zarara uğraması ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağının bulunması şarttır.

Şok zararın oluşmasına yol açan kaza ve benzeri olaylar genel olarak nitelikleri gereği bu tür zararı meydana getirmeye elverişlidir. Örneğin çalışmanın başında bahsedilen çocuğun bacaklarının tramvay tarafından kesilmesi olayında olduğu gibi¹⁹, bu tür bir olaya tanık olmakla (veya sonradan haberini almakla) mağdurun ailesinin, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre asabi şok yaşamaları, duygu dünyalarının derinden sarsılması kendilerinden beklenebilecek doğal bir sonuçtur²⁰.

¹⁵ Tazminat talebinde bulunabilecek kişiler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. I, 6.

¹⁶ Fikret Eren, 'Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi' (1975) AÜHFY (Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70inci Yaş Armağanı) 481; Haluk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini* (Ajans-Türk Matbaası 1963) 6-8.

¹⁷ Bkz. I, 2.

¹⁸ Duygu zararları ile karşılaştırma için bkz. I, 3.

¹⁹ Bkz. I, 1.

²⁰ Aynı söylemde bkz Eren, 481-482; Tandoğan, 6-7.

Karşılaşılan bir olayda şok zarar ile sorumluluğu doğuran fiil arasında uygun nedensellik bağı araştırılırken, illiyet bağının dolaylı veya doğrudan (zarar) şeklinde ayrımlanarak bir hükme varılması doğru olmayacaktır. Bunun yerine dolaylı veya dolaysız olmasından bağımsız olarak, oluşan zararın, sorumluluğu doğuran olayla uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve buna verilecek cevaba göre şok zararın doğup doğmayacağı hakkında yargıya varılmalıdır. Nitekim bahsedilen yanılığa düşerek şok zarara bağlı tazminat talebinin, olayda illiyet bağının bulunmadığı gerekçesiyle reddedildiği geçmiş bir mahkeme kararı da öğretilerdeki yazarlarca haklı olarak eleştirilmiştir²¹.

E. Hukuki Dayanağı

1. Türk Hukukunda

Şok zarara dair mevzuatımızda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretilerdeki bir grup yazar²², şok zararın özel bir zarar türü olup hukuka aykırı fiille zarar verenin tazminat yükümlülüğünün bulunduğunu savunur. Bu yazarlar hukuka aykırı fiille maruz kalanın yakınlarının (veya şok zarar isteminde bulunabilecek diğer kişilerin) hukuken korunan varlıklarının da doğrudan doğruya zarara uğradığı nedeniyle yöneltecekleri tazminat taleplerinin hukuken yerinde olduğu üzerinde birleşirler. Yukarıda annenin gözleri önünde çocuğunun bacaklarının tramvay tarafından kesilmesi olayını örnek aldığımızda²³, annenin geçireceği sinir bozukluğu veya sinir hastalığı, bedensel zarar kavramına dâhil olan ruhsal bütünlüğünün ihlali anlamına geldiğinden, bu durum onun doğrudan doğruya zarar gören kişi sıfatıyla tazminata hak kazanmasını imkânlı kılar.

Şok zarara bağlı tazminat isteminde bulunmak için hangi hükme başvurulacağı konusunda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, doğrudan eBK (“eski Türk Borçlar Kanunu”) madde (m) 46 hükmünün uygulanması gerektiğini²⁴ savunurken, ilk zarar görenin tazminat talebinden bağımsız olarak TBK (“Türk Borçlar Kanunu”) m 56/II uyarınca manevi tazminat biçiminde şok zararın talep edilmesi gerektiğini ileri süren bir görüş de mevcuttur²⁵. Ayrıca aileye bağlılık kavramının kişilik değerleri içerisine dahil edilerek eBK m 49 (TBK m 58) uyarınca şok zarar nedeniyle manevi tazminat istenebileceği²⁶ de savunulan görüşler arasındadır. Bir diğer görüşe göre ise somut olaydaki koşulların gerektirmesi ve yakının ölmesi hâlinde TBK m 56, ağır

²¹ Özellikle bu yöndeki 1942 tarihli Yargıtay kararı öğretilerdeki yazarlar tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz Eren (n 11) 480, 482; Tandoğan (n 11) 7-8.

²² Tandoğan (n 11) 6-8; Gökyayla (n 3) 70.

²³ Bkz I, 1.

²⁴ Tandoğan (n 11) 6-7.

²⁵ Antalya (n 9) 260.

²⁶ Haluk Burcuoğlu, Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman ve Haluk Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 1993) 659, dn 3c. Ayrıca bkz Gediz Kocabaş, ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları’ (2014) 20(3) MÜHFAD, 283.

yaralanması hâlinde ise TBK m 58'e başvurulması gerektiği şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır²⁷.

Özellikle belirtilmelidir ki eBK'dan farklı olarak TBK m 56/II'de yapılan düzenlemeyle açıkça, ölen veya yaralanan kişilerin yakınlarına uygun bir miktar para şeklinde manevi tazminat ödenmesi imkânı tanınmıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere öğreti ve uygulamadaki gelişmeler göz önünde bulundurularak yapılan bu yeni düzenleme, şok zararın tazmini bakımından oldukça büyük bir gelişme olarak nitelendirilmelidir.

Yargıtay'ın 1995 tarihinde konuyla ilgili verdiği bir kararda, bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin yakınları tarafından eBK m 47 (TBK m 56) hükmüne dayanılarak manevi tazminat istenebilmesinin yolu ilk kez olarak açılmıştır²⁸. 1998 tarihli kararında ise –her ne kadar dava neticesinde olumsuz yönde karar verilmişse de– yöneltilen tazminat istemi değerlendirilirken eBK m 49 kapsamında korunan duygusal değerlerin ihlal edildiği belirtilmiştir²⁹. 2004 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında, TBK 56 ve 58'inci maddelerinin bir bütünlük içinde değerlendirilmesi gerektiğinden hareketle, somut olayda oluşan zararın doğrudan doğruya zarar kapsamında olduğu ifade edilmiştir³⁰. Yine mahkeme tarafından pek çok sayıdaki kararda da kişilik hakları kavramına değinilmiş ve yakınların manevi zarara uğradığının aşikâr olduğu kabul edilerek gerek 56 gerekse 58 hükmü uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir³¹.

2. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukuku öğretisinde şok zarar kavramının (aşırı kan kaybına uğramak veya bir yolcunun yaralanması olaylarında olduğu gibi) doğrudan bir etki olarak kendini gösteren şoktan çok, başkasının yaralanması veya öldürülmesi neticesinde kişinin yaşadığı zihinsel şoku ifade ettiği açıklamasında bulunulmuştur³².

İsviçre hukuk öğretisinde şok zarara bağlı tazminat yükümlülüğünün bulunduğu ilke olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) ölen veya ağır yaralanan kişinin yakınlarına manevi tazminat hakkının tanındığı m 47 ile kişilik hakkı zarar görene manevi tazminat hakkının tanındığı m 49 önem

²⁷ Çakırca (n 3) 208.

²⁸ Yargıtay HGK, 11-122/430, 26.4.1995.

²⁹ Yargıtay HGK, 4-251/265, 01.04.1998.

³⁰ İlgili kararda mahkeme, kişilik hakkının ihlaline bağlı manevi tazminat talebinin yansımaya zarar uğrayanların dışındaki kişilere de tanınması gerekip gerekmediği tartışmasının uzun süredir gündemde olduğunu, ancak İsviçre Federal Mahkemesinin konu ile ilgili görüşleri de göz önüne alındığında burada bir yansımaya zarar olmadığını belirtmiştir. Yargıtay HGK, 25.2.2004, 13-61/110.

³¹ Yargıtay HGK, 17.2.2010, 4-77/82; Yargıtay 17 HD, 2016/10068, 2019/4045, 3.4.2019; Yargıtay 17 HD, 2015/8109, 2018/1446, 28.2.2018; Yargıtay 17 HD, 2016/4918, 2019/489, 22.1.2019; Yargıtay 17 HD, 2013/16605, 2015/5202, 31.3.2015; Yargıtay 17 HD, 2013/3737, 2014/5469, 10.4.2014.

³² Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthes 2002) N 116.

kazanmaktadır. Her iki hüküm arasında paralellik bulunduğu belirtilmekle birlikte tazminat istemi bakımından hangisine özel olarak başvurulması gerektiği arasında bir fark gözetilmemiştir³³. İBK m 47’de düzenlenen özel zararlar (ölüm ve ağır yaralanma), kuşkusuz kişilik hakkının da ihlaline yol açtığından son merhalede m 49’a başvurulması gerekeceği savunulmuştur³⁴. Bu hükümler dışında ayrıca özel kanunlarda da (Karayolları Trafik Kanunu, Havacılık Kanunu, Patlayıcı Madde Kanunu) şok zarara dayalı tazminat istemi kabul edilmektedir.

Mevzuatta aynı soruna yönelik birden fazla hukuki düzenleme bulunmasının yarattığı belirsizliği gidererek tek tip bir uygulama sağlamak amacıyla İsviçre Federal Konseyi 1988’de kapsamlı bir revizyon yapma çalışmalarına başlamıştır³⁵. Böylece Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı’nı hazırlamıştır³⁶. İlgili düzenlemede İBK m 47 ve 49, 45e maddesinde birleştirilmiştir. Böylece 45e maddesinin bir ve ikinci fıkrasında özellikle kişinin ağır bedensel veya zihinsel zarara uğraması neticesinde kişilik hakkının ihlale uğramasıyla mahkemenin uygun bulacağı miktarda nakdi veya aynı yolla manevi tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında ölüm veya ağır bedensel yaralanma hâllerinde ilk zarar görenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

Tasarının gerekçesinde, sorumluluk hukukunun temelinde bugün manevi tazminat kurumunun söz konusu olduğu ve bunun (tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi) açık bir hüküm şeklinde düzenlenmesi ihtiyacına dikkat çekilmiştir³⁷. Ayrıca uğranılan psikolojik ve fiziksel zararlar bakımından mahkemelerce tazminatın hesaplamasında şeffaf olunmayışı, belirsizliğin hakim olması ve mağdurların yeterince tatmin olmadığı nedeniyle bu konunun somutlaştırılması gerektiği yönünde eleştiride bulunulmuştur³⁸.

Her ne kadar İsviçre’deki akademik çevreler tarafından hukuki bir standardizasyonu sağlamayı amaçlayan bu girişim desteklense de yürütülen istişare sürecinin neticesinde bir uzlaşmaya varılamamış ve güncel gelişmeleri de kapsamadığı gerekçesiyle ilgili düzenleme kanunlaşmamıştır. Uygulamada ise sorumluluk hukuku alanında içtihat hukukuna başvurmakla çözüm bulunmuştur³⁹.

³³ Klaus Hütte and Hardy Landolt, *Genugtuungsrecht, Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung, inkl. CD. Band 1: Hütte: Genugtuung als Folge von Tötung oder Sexualdelikten. Band 2: Landolt, Genugtuung bei Körperverletzung* (Dike 2013) N 547; Hardy Landolt, ‘Immaterielle Unbill nach Verkehrsunfall. Unter besonderer Berücksichtigung von Schockschäden’ (2011) Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 42, 94; Landolt, *Pflegerecht - Band II: Schweizerisches Pflegerecht* (Stämpfli 2002) N 764.

³⁴ <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-d.pdf> (Erişim Tarihi: 3.3.2022).

³⁵ <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-d.pdf> (Erişim Tarihi: 3.3.2022).

³⁶ <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html> (Erişim Tarihi: 14.8.2021).

³⁷ <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-d.pdf> (Erişim Tarihi: 3.3.2022).

³⁸ Isabelle Wildhaber and Revital Ludewig, ‘Werden die Bedürfnisse von Opfern durch das Recht gedeckt?’ (2015) HAVE 206, 211; Landolt, ‘Immaterielle’ (n 25) 93.

³⁹ <https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2009/2009-01-21.html> (Erişim Tarihi: 3.3.2022).

İsviçre hukuku öğretisinde konuyla ilgili bir görüşe göre şok zarar sahte yansıma zarar olarak nitelendirilmiştir⁴⁰. Bu görüşe göre hukuka aykırı fiil neticesinde fiziksel zarar gören mağdurun dışında, bu fiziksel zarar dolayısıyla psikolojik zarara uğrayarak kişiliği ihlale uğrayan ayrı bir de mağdur vardır. Burada hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki bağ aşıkârdır. Eğer hukuka aykırı fiilden zarar gören ile şok zarara uğrayan kişi arasında yakın bir ilişki varsa, o hâlde hukuka aykırı fiilin yer aldığı olayla, şok zarara uğrayan kimse arasında da nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmelidir⁴¹.

İsviçre öğretisinde benimsendiği üzere şok zarar hâlinde, hukuka aykırı şekilde doğrudan doğruya kişilik hakkı ihlale uğradığından burada doğrudan zarar söz konusu olur. Doğrudan zararın oluştuğundan bahsedebilmek için belirleyici unsur, yansıma zarar veya nedensellik bağının uzunluğundan bağımsız olarak hukuka aykırı zararın doğup doğmadığıdır⁴².

Şok zarar kapsamında tazminat isteminde bulunabilecek kişiler (yakınlar) kapsamına çekirdek aile üyeleri, eş, nişanlı girmektedir. Ayrıca zarar görene yakından bağlı olmak kaydıyla akrabalar (örneğin büyükanne-büyükbaba) ve evlilik dışı birlikte yaşadığı (hem cinsi de dahil olmak üzere) hayat arkadaşı da aynı koruma kapsamındadır⁴³. Sayılan kişilerde oluşan zarar, hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar gören kişinin yanında, aynı olaya tanık olmakla veya olayın haberini sonradan almakla şoka uğranması şeklinde gerçekleşir⁴⁴.

Her ne kadar İsviçre hukukunda yakınlar dışındaki üçüncü kişilerin şok zarara bağlı tazminat isteminde bulunup bulunamayacağı tartışma konusu yapılmışsa da günümüzde (doğrudan psikopatolojik semptomları tetikleyen) bir kazaya tanık olan veya zarar görenleri kurtarmak amacıyla olay yerine gelen üçüncü kişiler bakımından da şok zararın söz konusu olabileceği kabul edilmiştir⁴⁵. Bu kabul, şok zararlar buna yol açan kaza arasında uygun nedensellik bağı kurulduğu sürece, üçüncü kişilerin de şok zarara bağlı tazminat isteminde bulunabilmesi, yani talepte bulunabilecek kişiler çemberinin büyümesi riskini de beraberinde getirir. Bu nedenle öğretilerde bunun bir kural hâline getirilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. İlgili olayda takdir edilecek tazminat tutarı rutin bir tazminat değil, ancak psikolojik bir etki, aşıkâr ve dayanılmaz bir zararın söz konusu olduğu hâllerde ileri sürülebilir bir tazminat olmalıdır⁴⁶.

⁴⁰ Roland Brehm, 'OR 46/I.-II. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht' (2013) 4. überarbeitete auflage (BK-Berner Kommentar) N 24.

⁴¹ Rolf H. Weber, 'OR 97, Art. 97 / IV. - VI., Die folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen' (2000) Band Nr. VI/1/5 (BK-Berner Kommentar) N 238.

⁴² Willi Fischer, *Vorbemerkungen zu Art. 41–61 OR, Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (Dike 2016) N 48.

⁴³ Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthes 2002) N 118; Landolt, 'Immaterielle' (n 25) 74.

⁴⁴ Roberto (n 35) N 120.

⁴⁵ Hardy Landolt, 'Art. 49 / H. Vertragsverletzung' (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage 2007) Band/Nr. V/1c/2 ZK - Zürcher Kommentar (Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45–49, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) N 139.

⁴⁶ Brehm Roland, 'OR 47 Art. 47/IV.-V. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht' (2013) 4. überarbeitete auflage (BK- Berner Kommentar) N 147b.

İsviçre hukuku öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre⁴⁷, zarar gören üçüncü kişiler açısından şok zarara bağlı koruma alanının sınırlarını belirlemede, hukuka aykırı fiil ile şok zarar arasındaki uygun nedensellik bağı, daha açıkça, olayların normal akışı ve genel hayat tecrübelerine göre hukuka aykırı fiilin yol açtığı ilk zararın, tek başına üçüncü kişiyi şoka uğratmada yeterli olup olmadığı ve şu üç faktör önem taşır: üçüncü kişinin ilk zarar görenle yakınlık derecesi, hukuka aykırı fiile bağlı olarak doğan ilk zararın ağırlığı ve niteliği ile üçüncü kişinin kaza olayıyla ilgisi (doğrudan kazaya tanık olması veya olayla ilgisi olmayan bir dış kaynaktan haberi öğrenmesi⁴⁸). Sayılan faktörlerin olaydaki etkisi birlikte (kümülatif olarak) ele alınmalıdır. Böylece son unsurdaki gibi, üçüncü kişinin kazaya yakınlığı oldukça az da olsa, örneğin yakının ölüm haberini doktor veya polisten öğrense bile, diğer faktörlerin olayda etkili olması hâlinde şok zararın doğduğu kabul edilmelidir⁴⁹.

İsviçre sorumluluk hukukunca korunmaya değer bir şoktan bahsedebilmek için bunun yol açtığı rahatsızlığın kişide hastalık derecesine ulaşması gerekir⁵⁰. Bu bakımdan sorumluluğun, yakını kaybederek şok geçirmesinin ardından alkol veya diğer bağımlılıkların kurbanı olan kişileri de kapsayıp kapsamadığı öğretide ayrıca tartışma konusu olmuştur⁵¹. Şok zararın varlığının kabul edilebilmesi için zarar görende post travmatik bozukluklar, anksiyete, panik, uykusuzluk, güvensizlik hissi, iştah kaybı ve melankoli gibi rahatsızlıkların oluşması aranır⁵². Bu rahatsızlıklar ilk zarar görenin uğradığı hukuka aykırı fiil neticesinde felç, beyin hasarı, koma, feci şekil bozuklukları, tehlikeli bir hastalık enfeksiyonu (HIV), omurgada travma, cinsel isteksizlik ve dış dünyayla iletişim kuramama şeklinde kendini gösterebilir⁵³. Ayrıca öğretide şok zararın uzman bir psikiyatrist veya nörolojist tarafından (aile doktoru bu kapsamda kabul edilmez) verilecek raporla ispat edilmesi gerektiği de savunulan görüşler arasındadır⁵⁴.

İBK m 43/1^{bis}'de ev ve süs hayvanlarının yaralanması veya ölümü hâlinde bu yüzden sahibinin uğradığı manevi acının şok zarar adı altında tazmin edilebileceği özel olarak düzenlenmiştir. Böylece kendisi için büyük manevi değer taşıyan hayvanın

⁴⁷ ibid 33.

⁴⁸ Burada ilgili görüşe göre habercinin de şok zarara meydan verecek veya bunu büyütecek şekilde haberi dikkatsizce vermesi de göz önüne alınması gereken bir unsurdur. Bkz Thomas Probst, *Die Behandlung von „Reflexschäden“ und Schockschäden“ im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht/V. Die Widerrechtlichkeit von Sekundärschäden Drittgeshädigter, Strassenverkehrsrechts-Tagung (Stämpfli 2012) 36.*

⁴⁹ ibid 33.

⁵⁰ Roberto (n 35) N 117, Schneider Kayasseh E, 'Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres-unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts' (2009) Band/Nr. 215 ZStP-Zürcher Studien zum Privatrecht, 176.

⁵¹ Roberto (n 35) N 117.

⁵² Landolt, 'Art. 49' (n 37) N 139.

⁵³ Landolt, 'Immaterielle' (n 25) 84.

⁵⁴ ibid 72.

sahibine, uğradığı manevi zararını yükümlüsünden isteyebilme imkânı tanınmıştır⁵⁵. Bir hayvan işkencecisi tarafından gaz dökülerek ateşe verilen kedisini ağır yaralı hâlde bularak psikolojisi bozulan kişinin manevi tazminat talebinde bulunması buna örnektir⁵⁶.

3. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi, üye devletlerin hukuklarında ağır yaralanma veya ölüm olaylarına bağlı olarak kişilerin yakınlarında oluşan zararlar bakımından tazminat istemine ilişkin yeknesak bir uygulama getirmek üzere 1975 tarihinde bir tavsiye karar vermiştir⁵⁷. İlgili kararda uğradığı hukuka aykırı fiilden fiziksel veya ruhen zarar gören kişinin aile bireylerinin (anne, baba, çocuk, eş, nişanlı) onun ağır şekilde yaralanması (m 13) ve ölümüne bağlı olarak (m 19) manevi tazminat hakkına sahip oldukları açıkça belirtilmiştir. Burada sözü geçen acı deyimiyle, istisnai türde bir duygusal acı kastedilmiş olup belirtilen kişilerin ancak ölüm tarihinde, ölenle aralarında oldukça yakın bir ilişkinin bulunması şartıyla tazminat istemine bulunabilecekleri belirtilmiştir.

1975 tarihli Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı vasıtasıyla, her ne kadar yabancı hukuk sistemlerinde ilgili sorumluluğun düzenlendiği özel bir hüküm yer almasa da yakınların şok zarara uğramaları hâlinde, bundan doğan zararlarını manevi tazminat yoluna başvurarak giderebilecekleri açıklığa kavuşturulmuştur⁵⁸.

F. Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Şok zarara uğrayan kişiler, bir kaza olayında haksız fiile maruz kalan kişiden bağımsız olarak ilgili olaya tanıklık etmek veya sonradan haberdar olmakla bundan doğrudan etkilenen kişilerdir⁵⁹. Bu kişiler kapsamına ilke olarak üçüncü kişiler ana, baba, eş, çocuk, kardeş gibi yakın aile bireyleri girer. Nişanlı da bu kapsama dahil olmakla birlikte arkadaş, tanıdık, vb kişiler ilgili koruma kapsamında değildir⁶⁰. Öğretide şok zarar sebebiyle tazminat isteyebilecek kişilerin özellikle haksız fiile maruz kalan kişinin yakınlarıyla sınırlı tutulması gerektiği savunulur.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz Serdar Nart, 'Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi' (2020) 22 (1) DEÜHFD 123, 138, dn 42.

⁵⁶ Eveline Schneider Kayasseh, 'Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres - unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts' (2009) Band/Nr. 215 ZStP-Zürcher Studien zum Privatrecht 174, 176.

⁵⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (75) 7 Bedensel Bütünlüğün İhlali ve Ölüm Halinde Tazminat, Toplantı No 243, 14.3.1975, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804f2a17 (Erişim Tarihi: 09.11.2020).

⁵⁸ Erlüle, ilgili düzenlemeyle esasen duygu zararlarının tazmininin kastedildiğini, bu tür zararlarla kişinin ruh sağlığının bozulması şartı aranmaması karşısında şok zararların evleviyetle ilgili kapsama girdiğini ifade eder. Bkz Erlüle, "Beden Bütünlüğü" (n 1) 145-146.

⁵⁹ Gökyayla (n 3) 70; Antalya (n 9) 260.

⁶⁰ Gökyayla (n 3) 71.

Zira yakın kavramının geniş tutulması, sorumluluk kapsamının sınırlarının belirsizleşmesi ve uygulamada ağır bir tazminat yükü ile karşılaşılması riskini de beraberinde getirir⁶¹.

Şok zarara bağlı tazminat talebinde bulunabilecek kişiler kapsamına ilke olarak ilk zarar görenin yakınları girmekle birlikte, konuyla ilgili Yargıtayın yakınlar dışındaki kişileri de koruyan yönde bir kararı bulunmaktadır. Yargıtay bu kararında otobüsteki bir yolcunun trafik kazasında diğer yolcuların yaralanmalarından ağır biçimde etkilendiği gerekçesiyle yönelttiği şok zarara dayalı tazminat istemini kabul etmiştir. Buradan hareketle, yakın sıfatına sahip olmasalar dahi kazaya tanık olmakla ağır psikolojik sarsıntı geçiren üçüncü kişilerin de tazminat talebinde bulunabileceği neticesine varılır⁶².

Şok zarar isteminde bulunabilmek için yalnızca yakın sıfatına sahip olmak veya haksız fiilin gerçekleştiği olaya tanık olmak yeterli değildir. Bu kişilerin aynı zamanda meydana gelen olaydan ağır şekilde etkilenmeleri, asabi şok ve buna bağlı ruhsal çöküntü yaşamaları neticesinde ruhsal bütünlüklerinin zarar görmesi şarttır. Yapılan ihlal, yukarıda da belirtildiği üzere kişilerin psikolojilerinin hastalık derecesinde bozulmasına yol açar ağırlıkta olmalıdır⁶³.

II. İlgilendirdiği Tazminat Türü

A. Genel Olarak

Şok zarar, hem maddi hem de manevi zarar şeklinde kendini gösterebilir⁶⁴. Bununla birlikte olayların çoğunluğunda manevi zarara ilişkin olup nadiren maddi zarara da konu olmaktadır. Bir olayda şok zararın varlığından bahsedebilmek için zarara uğrayan kişide oluşan acı ve üzüntü manevi zararı, bu acı ve üzüntüyü gidermek için yapılan tedavi masrafları ise maddi zararı oluşturur⁶⁵.

Öğretideki bir görüşe göre⁶⁶, şok geçiren kişinin uğradığı zarar, onun ruhsal bütünlüğünü ilgilendirdiğinden ve bu da dolayısıyla bedensel zarara yol açtığından TBK m 54 uyarınca istenecek maddi tazminatın kapsamına, yapılan tedavi masrafları ve gerekiyorsa çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar da girmelidir. Diğer bir görüşe göre⁶⁷, TBK m 56/II'ye dayalı manevi tazminata yol

⁶¹ Tandoğan (n 11) 8-9.

⁶² Yargıtay 4. HD, 2007/11865, 2008/10360, 16.9.2008.

⁶³ Bkz I, 2, 3 ve 4, C.

⁶⁴ Tandoğan (n 11) 8; Çakırca n (3) 199; Eren (n 11) 481; Atamer (n 3) 93.

⁶⁵ Çakırca n (3) 199; Gökyayla (n 3) 70-71.

⁶⁶ Tandoğan (n 11) 6-7.

⁶⁷ Bu görüşe göre TBK m 56/II' de geçen manevi tazminatı gerektiren manevi zarar ifadesiyle duygu zararları değil, sadece şok zarar kastedilmektedir. Bkz Antalya (n 9) 260.

açan zarar ile sadece şok zarar kastedilmektedir. Yine farklı bir görüşe göre ise⁶⁸, ölüm hâlinde TBK m 56, ağır yaralanma hâlinde ise TBK m 58 uygulanarak bu hükümler uyarınca gerekli koşulların varlığı hâlinde manevi tazminat isteminde bulunulmalıdır⁶⁹.

B. Destekten Yoksun Kalma Tazminatıyla Karşılaştırma

Şok zarar kavramı, ilk zarar görenin dışındaki kişilerde doğan zararın giderilmesi yönüyle yansıma zarara benzerlik gösterir. Yansıma zarar (“*Reflexschaden*”), sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil neticesinde, kişi varlığının ihlal edilmesine bağlı olarak yalnızca kanunda belirtilen sınırlı hâllerde ve ihlalin yöneldiği kişiler dışındaki üçüncü kişilerin uğradığı kabul edilen zarar türüdür⁷⁰. Yansıma zararın kanun koyucu tarafından özel olarak açıkça kabul edildiği zarar biçimi destekten yoksun kalma zararıdır⁷¹.

Destekten yoksun kalma ve şok zarar kavramları, yalnızca istisnai hâllerde uygulanan özel nitelikte zararlar olmaları⁷², zarar ile zarar veren fiil arasında uygun nedensellik bağı⁷³ ve hukuka aykırılık bağı unsurlarını taşımaları⁷⁴, hem maddi hem de manevi zararları kapsamaları⁷⁵ ve yalnızca gerçek kişiler bakımından söz konusu olmaları⁷⁶ yönleriyle birbirine benzerlik gösterirler.

Sayılan benzerliklerin dışında iki zarar türü de birbirinden oldukça farklıdır. Bu kavramlar arasındaki başlıca fark, her ne kadar iki zarar türünde de tazminat talebinde bulunabilecek kişiler (ilk zarar görenden bağımsız olarak) doğrudan doğruya hak sahibi olsa da⁷⁷ şok zarara bağlı tazminat hakkı esasen kişinin kendisinden kaynaklanır. Bu durum “*zararın uzak etkisi*” olarak da ifade edilir⁷⁸. Şok zarara uğrayan kişinin kazanın doğrudan muhatabı olmaması (kazada bizzat haksız fiile uğramaması) yansıma yoluyla zarara uğradığı anlamına gelmez⁷⁹.

⁶⁸ Çakırca n (3) 208.

⁶⁹ Konuya ilişkin görüşümüz için bkz. IV, 2.

⁷⁰ Kumru Kılıçoğlu, *Yansıma Yoluyla Zarar* (Turhan 2012) 24. Ayrıca yansıma zarar hakkında ayrıntılı bilgiye eserden ulaşılabilir.

⁷¹ Destekten yoksun kalma tazminatıyla ilgili ayrıntılı eser için bkz Çakırca n (3) 165 ff.

⁷² Gökyayla (n 3) 71.

⁷³ Hakan Özgür Çavuş, ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu’ (2020) 10(1) Sosyal Güvenlik Dergisi 41, 51.

⁷⁴ Bkz I, 4, D ve Çakırca n (3) 69. Esasen yansıma zarar için aranan bu unsurlardan hukuka aykırılık bağının, destekten yoksun kalma tazminatının kanunda düzenlenmesi ile kurulmuş olduğu söylemi için bkz Kocabaş (n 17) 275.

⁷⁵ Şok zarar bakımından bkz II, 1.

⁷⁶ Gökyayla (n 3) 71.

⁷⁷ Çakırca n (3) 209; Gökyayla (n 3) 71. Destekten yoksun kalma tazminatının bağımsız olma özelliği bakımından ayrıntılı bilgi için bkz Kocabaş (n 17) 280-282.

⁷⁸ Çakırca n (3) 199, 209; Eren (n 11) 480-481; Gökyayla (n 3) 70.

⁷⁹ Gökyayla (n 3) 70.

İki zarar türü arasındaki diğer bir fark ise destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi ölüm olayının gerçekleşmesi şartına bağlıyken (TBK m 53, b 3) şok zararın haksız fiile maruz kalan kişinin sadece ölmesi değil, ağır yaralanması hâlinde de talep edilebilmesidir⁸⁰. Ayrıca şok zarara bağlı tazminat hakkının konusunu, kazada haksız fiile uğrayan kişinin yakınları veya (tartışmalı olmakla birlikte) kazaya tanıklık eden üçüncü kişiler oluştururken, destekten yoksun kalma tazminatında kural olarak yakınlık ilişkisinden ziyade haksız fiile uğrayan kişi ile tazminat isteminde bulunan kişi arasındaki destek ilişkisinin varlığı önem taşır⁸¹.

Türk hukuk öğretisinde ve Yargıtay'ın pek çok kararında da kabul edildiği üzere şok zarar destekten yoksun kalma zararının kapsamına girmez⁸². Bununla birlikte bir kişinin aynı anda hem destek gören hem de şok zarar mağduru olması mümkündür. Böyle bir durumda ise zarara uğrayan kişinin yükümlüsüne karşı her iki zarara da bağlı tazminat talebinde bulunmasının önünde bir engel yoktur⁸³. Zira burada da açıklandığı üzere her iki zarar türü de birbirinden amaç ve istenebilme şartları bakımından oldukça farklıdır.

III. Uygulamada Şok Zarar

A. İsviçre Hukukunda

Günümüzde İsviçre Federal Mahkemesi'nce şok zarar ve kaza benzeri olaylara tanık olmakla veya sonradan haberini almakla haksız fiile uğrayanın yakınlarının veya üçüncü kişilerin maruz kaldıkları şoka bağlı maddi ve manevi tazminat hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. Burada söz konusu doğrudan bir zarar olup buna bağlı sorumluluk da ilk zarar görenden ayrı bir sorumluluk esasına dayandırılmıştır⁸⁴.

Başkası üzerinden kişilik hakkının zarar görmesi ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceğinden İsviçre Federal Mahkemesi'nin şok zarar sorumluluğunu makul bir seviyede tutma eğiliminde olduğu görülür. Konuyla ilgili kararlarında mahkeme, her somut olay bakımından ağır, belli bir yoğunluğa ulaşan bir ihlalin varlığını aramıştır. Şok zarara bağlı sorumluluğun sınırlarını kesin ve detaylı biçimde

⁸⁰ ibid 71; Çakırca n (3) 199, 209.

⁸¹ Gökyayla (n 3) 71. Destekten yoksun kalma tazminatının unsurlarından olan destek ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kocabaş (n 17) 286-296.

⁸² Gökyayla (n 3) 70-72. Aynı fiil sebebiyle vücut bütünlüğü zarar görenin yakınlarının da (eş, anne, baba, çocuk gibi) hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün ağır bir ihlale uğraması durumunda burada artık yansıma değil, doğrudan doğruya zararın söz konusu olduğu söyleminin yer aldığı kararlar için bkz Yargıtay 17 HD, 2015/8109, 2018/1446, 28.2.2018. Ayrıca Yargıtay 4 HD, 1088/14222, 28.12.2005; Yargıtay 4 HD, 2007/11865, 2008/10360, 16.9.2008; Yargıtay HGK, 3.4.2019, 11-122/430, 3.4.2019; Yargıtay 17 HD, 2016/10068, 2019/4045, 3.4.2019; Yargıtay 17 HD, 2016/8149, 2019/3985, 2.4.2019; Yargıtay 17 HD, 2016/4918, 2019/489, 22.1.2019; Yargıtay 17 HD, 2014/116, 2015/8087, 2.6.2015; Yargıtay 17 HD, 2013/16605, 2015/5202, 31.3.2015; Yargıtay 17 HD, 2013/3737, 2014/5469, 10.4.2014; Yargıtay HGK, 4-77/82, 17.2.2010; Yargıtay HGK, 2013/21-2219, 2014/411, 28.3.2014.

⁸³ Gökyayla (n 3) 72.

⁸⁴ Florence M. Robert, 'Werkstattgespräche Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Motorfahrzeughalters' (2013) 3 Strassenverkehr 21, 26.

açıklamamakla beraber konuyu öğretideki uygun nedensellik bağı teorisi kapsamında ele almıştır. Bu kapsamda şok zarar mağdurunun ilk zarar görene yakınlık derecesi, duyduğu endişenin boyutu ve şok yaratan olayla bağlantısı (olaya tanık olması veya medyadan öğrenmesi gibi) unsurlara da önem vermiştir⁸⁵.

Mahkemenin konuyla ilgili ilke kararlarından *Hunter Kararı*'nda, Hunter tipi askeri uçağın düşmesi neticesinde iki çocuğunun ölümü, üçüncü çocuğunun ve eşinin yaralandığı haberini alması üzerine sinir krizi geçirerek %50 iş göremez hâle gelen babanın mahkemeye yönelttiği maddi ve manevi tazminat talebi, kişisel bütünlük (mutlak) hakkının doğrudan ihlal edildiği gerekçesiyle kabul edilmiştir⁸⁶.

Mahkeme başka bir kararında, yaya geçidinde yürüdüğü esnada bir motorsiklet tarafından ağır yaralanan kadının kocasının İBK m 47 ve m 49 uyarınca yönelttiği manevi tazminat talebini, kocanın eski hayatının alt üst olup sürekli karısının bakımıyla ilgilenmek zorunda kaldığı ve çiftin artık çocuk yapma imkânlarının ortadan kalkarak evlilik hayatlarının yıkıldığı gerekçesiyle olumlu karşılamıştır. İlgili kararın açıklamasında İBK m 47'nin 49'a göre özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olduğu ve m 49'da öngörülen kişisel varlıklar kapsamındaki aile bağına verilen ciddi bir zararın, kişilik alanına da ağır bir etkide bulunacağı ifade edilmiştir⁸⁷. Mahkeme aynı zamanda başka bir karara atıfta bulunarak, maruz kaldığı haksız fiil neticesinde bilincini kaybeden kızlarına bakmak zorunda kalan ailenin zararları bakımından talepte bulunmalarına rağmen manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Mahkeme, uğradığı hukuka aykırı fiil neticesinde ağır yaralanan kişinin yakınlarının, muhtemelen onun ölümünde yaşayacaklarından daha fazla acı çekerek psikolojik olarak etkilenecekleri yorumunda bulunmuş ve İBK m 47'de öngörülen tazminat hakkından faydalanmaları gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁸.

Görüleceği üzere İsviçre uygulamasında ağır yaralanmaya bağlı şok zararın söz konusu olabilmesi için ilk zarar görenin ölüm tehdidi veya sürekli bakımını gerektiren somut bir tehlike altında olması gibi ağır bir zarara uğraması gereklidir⁸⁹. Buna karşılık şok zarara uğradığını ileri süren kişide, bir kaza haberini öğrenmekle beklenebilecek olağan etkileri aşan ağırlıktaki semptomlar, ciddi ve kalıcı rahatsızlıklar doğmalıdır. Mahkeme bir kararında yalnızca birkaç aysürene geçici somatik rahatsızlığın bulunmasını yeterli görmeyerek şok zarar sorumluluğunun oluşmadığına hükmetmiştir⁹⁰.

⁸⁵ Brehm, 'OR 47' (n 38) N 24 b; BGE 138 III 276.

⁸⁶ BGE 112 II 118.

⁸⁷ BGE 112 II 220.

⁸⁸ BGE 108 II 433.

⁸⁹ Hardy Landolt and Iris Herzog-Zwitter, *Arzt haftungsrecht, Handbuch zum Arzt haftungsrecht und elektronische Datenbank mit ca. 1400 Arzt haftungsentscheidungen, frei recherchierbar nach Stichworten*, (Dike 2015) N 355.

⁹⁰ BGE 4A_637/2015.

Benzer şekilde akut stres reaksiyonları, adaptasyon sorunları, uyku bozukluğu, geçici depresyon da yalnızca geçici şok zarara yol açar⁹¹.

İsviçre Federal Mahkemesi karşılaştığı her olayda şok zarara bağlı sorumluluk şartlarını kapsamlı bir incelemeye tabi tutma eğilimindedir. İBK m 49'a dayanılarak açılan bir davada, olayda söz konusu olan ihlalin ağırlığının özellikle kişilik hakkına zarar verecek düzeyde olup olmadığını incelerken, geçirdiği kaza neticesinde kocanın iktidarsızlık sorunu olduğu iddiası üzerine eşlerin yaşları, cinsel birlikteliğin evliliklerindeki önemi, ileride çocuk sahibi olmak isteyip istemediklerini araştırma konusu yapmıştır⁹². Kararda ayrıca ihlalin özel bir ağırlık taşıyıp taşımadığı değerlendirilirken 1975 tarihli Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı m 13'ün de göz önünde bulundurulması gerektiği hatırlatılmıştır⁹³.

Mahkeme bir diğer kararına konu olayda, otoyolda gerçekleşen trafik kazası nedeniyle çocuklarının ölüm haberini onun arkadaşlarından almaları karşısında şok yaşadıkları ve sürekli bir depresyona girerek çalışamaz hâle geldiklerini ileri süren davacıların bu iddialarını haklı bulmuştur. Karardaki tartışmalar, İsviçre Karayolları Trafik Kanunu m 58'in yalnızca trafikte motorlu araçların çalıştırılmasından dolayı doğrudan zarar gören kişilerle sınırlı olarak uygulanmasına rağmen, olayda uğranılan zararın bu kanun kapsamında (m 58 ve 65) tazmin edilmesi gerektiği mi, yoksa ortada tazmin edilmeyi gerektirmeyen bir yansıma zararını mı olduğu üzerinde yoğunlaşmıştır. Mahkeme, olayda hukuka aykırılığın bulunduğunu, yaşadıkları korkunç deneyim nedeniyle aile üyelerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin ihlale uğradığını, mutlak haklarının zarar gördüğünü ve bu olgular karşısında özel bir hükme başvurulmasının aranmasına lüzum olmadığını belirtmiştir. Somut olaydaki uygun nedensellik bağı ne kadar uzun olursa olsun (ihlal doğrudan kazadan da doğsa, kazadan doğrudan etkilenen kişiyle olan bağlantı nedeniyle de doğsa) sorumluluk hukuku ilkelerince vücut bütünlüğü zarar gören ve mutlak hakkı ihlal edilen kişinin hukuka aykırı fiile bağlı doğrudan zarara uğrayacağı açıklanmıştır⁹⁴.

Mahkemece şok zararını yalnızca yakınlar tarafından değil, üçüncü kişilerce de ihlale yol açan davranıştan doğrudan etkilendikleri gerekçesiyle ileri sürülebileceği kabul edilmiştir⁹⁵. Özellikle mahkemenin, meydana gelen kazaya yalnızca tanık olmakla üçüncü kişide de şok zararının oluştuğu yönünde görüş belirttiği şu karar dikkat çekicidir. Karar konu olan dikkatsiz sollama yüzünden iki aracın çarpışması

⁹¹ Landolt, 'Immaterielle' (n 25) 84; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Juristische Medien 2003) N 31.

⁹² BGE 112 II 226.

⁹³ Bkz I, 5, C.

⁹⁴ BGE 138 III 276. Nedensellik bağının uzunluğunun önem ifade etmediği benzer yönde diğer karar için bkz BGE 112 II 118.

⁹⁵ Makinistin intihar eden bir kişinin üzerinden geçmesi ve çığ düşmesi sonucu iki meslektaşın öldürülmesine tanık olmak da şok zarar kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz Landolt, 'Immaterielle' (n 25) 69-70. Yine cinsel istismara uğrayan çocukların ana, baba, kardeşleri, istismar sonucu doğan çocuk ve tecavüze uğrayan kadının evlilik dışı birlikte yaşadığı erkek arkadaşı da ilgili kapsama dahil edilmiştir. Bkz Erlüle, "Beden Bütünlüğü" (n 1) 155.

olayında, kazaya karışmayan ancak çarpışma tehdidi altında araçta bulunan davacı, ölüm korkusu geçirmesinin ardından sinir krizine girmiştir. Kazadan sonra bir süre hayatını yatağa bağlı olarak geçiren ve sonrasında çeşitli kalıcı sağlık sorunları oluşan kadını mahkeme, özellikle geçirdiği ölüm korkusu nedeniyle doğrudan mağdur olarak değerlendirmiştir⁹⁶.

Şok zarara bağlı sorumluluğun söz konusu olduğunun tespit edildiği hâllerde hangi tür tazminata hükmedilmesi gerektiği bakımından ilgili kararlarında mahkeme, şok zararın kapsamında yalnızca manevi tazminatın değil; bunun yanında ve bundan mahsup edilmemek üzere tedavi giderleri, kazanç kaybı, ev geçimine verilen zararlar gibi ekonomik kayıpların bulunması hâlinde bunların da tazmin edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁹⁷.

B. Yabancı Hukuk Sistemleri

Yabancı hukuk sistemlerinde şok zarar sorumluluğuna ilişkin uyumsuzlukların çözümü bakımından Alman Federal Mahkemesinin yerleşmiş uygulaması dikkat çekmektedir. Mahkeme ilgili kararlarında şok zarardan doğan tazminat sorumluluğunu dar yorumlayarak bunun ancak sınırlı hâllerde tazmin edilebilmesine izin vermiştir⁹⁸. Mahkemenin örnek kararlarından olmak üzere, eşinin ölümüne yol açan motorlu bir taşıtın çarpması olayında ölüm nedeniyle şok zarardan doğan tazminat talep eden kişinin bu talebi reddedilmiştir. Mahkeme, şok zarara bağlı tazminat talebinde bulunmak için bir kazada ölen veya ağır yaralananların yakını olmak ve olay nedeniyle yastan öte, kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığının bozulmasına sebebiyet verecek derecede tıbben nevroz ve hatta psikoza varan bir bulgunun varlığını aramıştır⁹⁹.

Yine şok zarara bağlı tazminat sorumluluğu bakımından güncel kararlardan olmak üzere, İngiltere’de televizyonda canlı yayınlanan bir futbol maçında stadyumda yaşanan ve 95 ölüm ve 766 yaralıyla sonuçlanan bir facianın ardından oluşan tazminat talepleri her ne kadar Lordlar Kamarası tarafından reddedildiyse de yargılama esnasında şok zararın varlığı tartışma konusu yapılmıştır. Verilen kararda şok zararın oluşabilmesi ilk zarar görenin yakını olmak, olay anında veya hemen sonrasında olaya tanık olmak (sonradan öğrenmemiş olmak) ve yeterince şok edici bir olaydan kaynaklanan psikiyatrik bir zararın doğması şartlarına bağlanmıştır¹⁰⁰.

⁹⁶ BGE 51 II 73/79; Brehm, ‘OR 46’ (n 32) N 5b.

⁹⁷ BGE 138 III 276; Landolt and Herzog-Zwitter (n 78) N 354; Manuel Jaun, ‘Die haftpflicht- und privatversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012’ (2014) 150 ZBJV, 749, 756 ff.

⁹⁸ Alman hukukundaki uygulaması hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, *Bedensell Bütünlük* 258, Atamer 94, Gökyayla 70, Çakırcı n (3) 200-203.

⁹⁹ BGHZ 56, 163 VI, NJW 1971.

¹⁰⁰ *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 1 AC 310.

Bahsedilen uygulamalara karşılık, Avustralya hukukunda kaza anında orada bulunmamasına rağmen üzücü haberinin (televizyon, telefon görüşmesi, vb yollarla) alınmasına bağlı olarak oluşan şok zararın tazmin edilebileceği yönünde görüş benimsenmiştir. Konuya ilişkin örnek kararda dikkatsiz araç kullanmaya bağlı olarak çarpma neticesinde gerçekleşen bir ağır yaralanma olayında, haberi hastanede öğrenen ve yaralı eşinin durumunu gören kişiyi, anksiyete ve depresyonla karakterize bir psikiyatrik hastalık mağduru olduğu gerekçesiyle Avustralya Yüksek Mahkemesi haklı görmüştür¹⁰¹.

Avusturya hukuku uygulamasında yer alan güncel kararlara bakıldığında da şok zarara bağlı maddi ve manevi tazminat istemlerine yönelik olumlu bir bakış açısına sahip olduğu görülür¹⁰². Yakın tarihli kararlara göre, ölen kişinin yakın akrabalarının, tıbben şok zarar olarak nitelendirilebilecek derecede acı ve üzüntü duymalarıyla fiziksel bütünlüklerinin ihlal edilmesinden dolayı uğradıkları doğrudan zararın tazminini isteyebilecekleri¹⁰³ kabul edilmiştir. Hatta Yüksek Mahkeme örnek bir kararında, aralarında akrabalık ilişkisi bulunmayan ve yalnızca birlikte yaşayan kişilerin de şok zarara bağlı tazminat isteklerinin karşılanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁰⁴. Ayrıca Avusturya hukuku uygulamasında şok zarara bağlı tazminat talebinde bulunmak için ilgili kazaya bizzat tanık olma şartı aranmamaktadır¹⁰⁵.

C. Türk Yargıtayı

Türk hukuk uygulamasına bakıldığında genellikle şok zarar, trafik kazasında yaralanan kişilerin yakınlarının mahkemeye yönelttikleri manevi tazminat şeklinde karşımıza çıkar. Trafik kazaları dışında haksız fiile dayalı olaylar da (annesinin gözü önünde oğlunun kasten adam öldürme derecesinde dövülerek etkisiz hâle getirilmesi, kişinin iskele ile gemi arasında sıkışarak vefat etmesi, köpek ısırması neticesinde çocuğun yüzünde kalıcı iz kalması, belediye lojmanının bahçesinde kesilen kavak ağacının eşin üzerine düşmesi, tren kazası, iş kazası, vb) ¹⁰⁶ şok zarara bağlı tazminat istemlerine konu olmuştur. Ayrıca belirtilmelidir ki Yargıtay söz konusu kararlarında şok zarar deyimine hiç yer vermemiş, yalnızca bir kararında “*aracın sel suları sonucu uğradığı zararın ve bu olay sonucu meydana gelen zarar şok zarar (manevi tazminat) ...*” ifadelerini kullanmıştır¹⁰⁷.

¹⁰¹ *Jaensch v Coffey* [1984] 155 CLR 549.

¹⁰² Avusturya hukuku uygulaması hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Çakırca n (3) 203-204.

¹⁰³ OGH 21.05.2003, 2 Ob 120/02i.

¹⁰⁴ OGH 14.06.2007 2 Ob 15/07f.

¹⁰⁵ <https://www.rechtsanwalt-flatz.at/wann-steht-mir-ein-trauerschmerzengeld-zu/> (Erişim Tarihi: 3.3.2022).

¹⁰⁶ Yargıtay 4 HD, 2009/7547, 2010/2134, 2.3.2010; Yargıtay 11 HD, 2017/186, 2018/6207, 10.10.2018; Yargıtay 4 HD, 2015/15123, 2016/2281, 23.2.2016; Yargıtay HGK, 4-77/82, 17.2.2010; Yargıtay HGK, 2013/21-2219, 2014/411, 28.3.2014; Yargıtay 3 HD, 2016/6392, 2017/2766, 8.3.2017.

¹⁰⁷ Yargıtay 4 HD, 209/871, 30.1.2001.

Geçmiş tarihli birçok kararında Yargıtay, şok zararın varlığını kısmen de olsa kabul etmiş, ancak zararın tazmini bakımından gerekli koşulların somut olayda sağlanmadığı gerekçesiyle yöneltilen tazminat taleplerini reddetmiştir.

Mahkeme, 1976 tarihli kararında PTT'ye ait bir triportörün çarptığı çocuğun uğradığı bedensel zarar nedeniyle davacı anne ve babanın yönelttiği manevi tazminat taleplerini değerlendirmiştir¹⁰⁸. Kararda, benzer olaylarda anne ve babanın şüphesiz az veya çok üzüntü ve acı duyacağı olgusuna rağmen hâlen üçüncü kişi konumunda oldukları ve sırf doğrudan zarar görenin ailesinden olmanın tazminata hak kazanmak için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Mahkemeye göre, yakınların tazminat talebinde bulunmaları, yaralanma olayından ötürü kişisel yararları ve haklarının gerçekten, doğrudan doğruya ağır biçimde ihlale uğramasına ve bu yüzden büyük bir üzüntü duymaları koşullarına bağlıdır. Bu ise çocuğa karşı işlenmiş haksız fiilin, aynı zamanda yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramalarına neden olmasıyla mümkündür. İlgili duruma örnek olarak mahkeme, bir çocuğun beden bütünlüğünün zarar gördüğü bir olayın etkisiyle anne, baba veya kardeşinin asabi bir buhran, ruhi bir sarsıntı geçirerek hastalanması, ruh bütünlüğünü geçici ya da devamlı olarak kaybetmesinin rapor, vb delillerle kanıtlanmasını vermiştir. Söz konusu olayda ise davacıların belirtilen türde bir zarara uğradıkları sabit olmadığı gibi, bu yönde bir iddia da ileri sürmedikleri gerekçesiyle tazminat istemleri reddedilmiştir. Yargıtay, bunu takip eden diğer birçok kararında da benzer yönde ifadelerde bulunarak yöneltilen iddiaları yeterli bulmamıştır¹⁰⁹.

1987 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına konu olayda, çocuğunun yaralanmasına bağlı olarak şok geçiren, ruhsal sağlığı ağır şekilde bozulan ve tedavi olmak zorunda kalan babanın doğrudan zarar gördüğü nedeniyle TBK m 56 (eBK m 47) uyarınca manevi tazminat isteyebileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık mahkeme, somut olayda bir zarara maruz kalındığı iddia ve ispat edilemediği gerekçesiyle geçmiş kararlarıyla benzer şekilde manevi tazminata hükmetmemiştir. İlgili kararda ayrıca bedensel zarar kavramının vücut bütünlüğünü ihlal eden tüm zararları kapsadığı itibarıyla fiziki olduğu kadar ruhsal bütünlüğü de içerdiği ifade edilmiştir¹¹⁰.

1994 tarihli Yargıtay kararında ise bir tren-otomobil çarpışmasında felç geçiren ve sürekli bakıma muhtaç kalan kadının bu durumu karşısında eş ve çocuklarının şoka girmesi, ruhsal dengelerinin bozularak bedeni ve akli rahatsızlıklarının

¹⁰⁸ Yargıtay 4 HD, 6958/10448, 30.11.1976.

¹⁰⁹ Yargıtay 4 HD, 1987/9373, 1988/1629, 22.12.1988; Yargıtay HGK, 4-214/894, 2.12.1987; Yargıtay 4 HD, 4317/5371, 13.6.1989; Yargıtay 4 HD, 5877/6987, 16.6.1977; Yargıtay 19 HD, 4871/100, 13.4.1994; Yargıtay 21 HD, 6111/6174, 7.10.1997; Yargıtay 21 HD, 217/427, 27.1.2003; Yargıtay 4 HD, 4012/8028, 17.9.2001; Yargıtay 19 HD, 4871/100, 13.4.1994; Yargıtay 13 HD, 2014/11239, 2015/6979, 9.3.2015; Yargıtay 3 HD, 3646/6259, 14.4.2015; Yargıtay 3 HD, 2016/6392, 2017/2766, 8.3.2017.

¹¹⁰ YHGK, 4-214/894, 2.11.1987; Yargıtay 19 HD, 4871/100, 13.4.1994.

oluşması üzerine manevi tazminat hakkının doğduğu kabul edilmiştir¹¹¹. Bu kabulle birlikte mevcut olayda, davacılar tarafından mahkemeye yönelik bahsedilen türde bir bedensel zarar iddiasında bulunulmadığı gerekçesiyle manevi tazminata yer olmadığına hükmedilmiştir. Söz konusu kararın karşı oy gerekçesinde ise mahkemenin davacılarından bu yönde bir iddia ve ispatta bulunmasını araması eleştirilmiştir. Bunun yerine, bilinen objektif ölçüler çerçevesinde, doğrudan bedensel zarara uğrayanın yakınlarının doğal olarak (asabi) şoka girecekleri, ruh sağlıklarının ağır biçimde bozularak sarsılacağı karine olarak kabul edilmeli ve davacıların şoka girdiklerini ispatlamak yerine, bunun tersini ileri süren tarafın bu iddiasını kanıtlama yükümlülüğünde olmasının yaşam gerçeklerine daha uygun düşeceği belirtilmiştir.

Elbette ki karşılaşılan olaylarda haksız fiil neticesinde uğranılan bedensel zarar nedeniyle yakınların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerinin ağır şekilde bozulması olgusu da ayrı bir önem taşır. Yargıtay “ağır” ölçü olarak kocanın iktidarsız kalmasını veya yakınların %80, %100 işgöremez olmalarını örnek göstermiştir. Söz konusu kararda, iş kazası geçiren çocuğunun %5.1 oranında işgöremezliğe uğradığı itibariyle davacı babanın tazminat talebi reddedilmiştir¹¹². Buna karşılık 25 yaşında ve henüz 2 yıllık evli çiftten kocanın geçirdiği iş kazası neticesinde, %100 işgöremez hâle gelerek hayatı boyunca başkasının bakımına muhtaç yatalak kalması, ayrıca olayın davacı eşinin gözlerin önünde vuku bulması olayında, ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır biçimde ihlal edildiğinden manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir¹¹³.

Buraya kadar mahkemenin konuyla ilgili kararlarında geçen “*bu takdirde eylemle uygun neden sonuç bağı var demektir*” ifadesi ile haksız fiil ile yakınların da doğrudan doğruya zarara uğradığı nedeniyle uygun nedensellik bağının varlığını açıkça kabul etmektedir¹¹⁴. Böylece mahkeme, yansıma zarardan bağımsız olduğunu vurguladığı şok zarar sorumluluğunu kısmen de olsa tanımıştır¹¹⁵. Bu kapsamda oluşan zararın TBK m 56 uyarınca manevi tazminat şeklinde istenebilmesi için ise mahkeme, yakınların ruhsal açıdan bedensel bütünlüklerinin bozularak uğradıkları manevi zararın (bayılma, şok, sürekli fenalık geçirme şeklinde) kanıtlanması koşulunu aramıştır. İlgili koşulun eksikliği, uygun nedensellik bağının bulunmasına rağmen manevi tazminata hükmedilmesine engel sayılmıştır¹¹⁶.

¹¹¹ Yargıtay 19 HD, 1893/10300, 2.11.1994.

¹¹² Yargıtay 21 HD, 9485/9701, 01.12.2003.

¹¹³ Yargıtay 21 HD, 8067/8106, 08.12.1997. İş kazaları bakımından şok zararın incelendiği çalışma için bkz Aslı Naneci Arıcı, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverinin Sorumluluğu’ (2010) V(1-2) EÜHFD 97, 149, 138 ff.

¹¹⁴ Yargıtay 4 HD, 6958/10448, 30.11.1976; Yargıtay 21 HD, 9485/9701, 01.12.2003; YHGK, 4-214/894, 2.11.1987.

¹¹⁵ Yargıtay HGK, 4-214/894, 2.12.1987; Yargıtay 4 HD, 1088/14222, 28.12.2005; Yargıtay 4 HD, 2007/11865, 2008/10360, 16.9.2008; Yargıtay 11 HD, 2005/4361, 2006/4140, 17.4.2006; Yargıtay 3 HD, 2016/6392, 2017/2766, 8.3.2017.

¹¹⁶ Benzer yöndeki karşı oy yazıları için bkz Yargıtay 19 HD, 2096/10275, 1.11.1994; Yargıtay 19 HD, 4871/100, 13.4.1994; Yargıtay 19 HD, 2622/6691, 12.17.1992; Yargıtay 19 HD, 3936/10739, 7.12.1995; Yargıtay 17 HD, 2014/12300, 2016/10184, 7.11.2016; Yargıtay 21 HD, 2018/919, 2019/1149, 19.2.2019; Yargıtay 4 HD, 4317/5371, 13.6.1989.

1995 tarihli kararından itibaren bunu takip eden birçok kararında Yargıtay'ın görüş değiştirerek davacıdan beklenen, zararı iddia ve ispat etmesi koşullarını aramadığı görülür¹¹⁷. 1995 tarihli Yargıtay kararına konu olan olayda, birlikte seyahat ettikleri sırada geçirdikleri trafik kazasında davacıların sekiz aylık oğulları onların gözleri önünde ağır şekilde yaralanarak tedavi edilmesine rağmen iyileşememiş ve defalarca ameliyat geçirmesi gerekmiştir¹¹⁸. Mahkeme, ağır yaralanma olaylarında (çocuğun trafik kazasında malul kalacak şekilde yaralanması¹¹⁹, oğulun kasten adam öldürme derecesinde dövülmesi¹²⁰, babanın iş kazasında el ve kollarının yanarak işlevlerini kaybetmesi¹²¹ gibi) doğrudan zarar gören kişinin yakınlarının üzüntü duymasının, ruhsal ve sinirsel sarsıntı geçirmelerinin hayatın olağan koşulları gereği olduğu ve manevi tazminat istemi için gerekli koşulların doğrudan oluştuğunun ilke olarak benimsenmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir.

Yargıtay'ın günümüze yakın tarihli kararlarında daha da ileri giderek şok zararın duygusal kişilik değerlerini ihlal ettiğinden hareketle kendisine yöneltilen şok zarara bağlı tazminat istemlerine olumlu bir yaklaşım sergilediği görülür. İlgili kararlarında duygusal kişilik değerlerini *“kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklar”* şeklinde tanımlayarak aile hukuku içinde saymıştır. Ağır yaralanma olaylarındaki gibi somut durumun ağırlığının kanıtlandığı hâllerde, kaza anının yarattığı şoktan ötürü kişinin yakınlarının (eş, oğul, vb) duygusal değerlerinin saldırıya uğrayarak ruhsal bütünlüklerinin bozulduğunu kabul etmiştir. Buna bağlı olarak mahkeme, eBK m 49 (TBK m 58) uyarınca aile birliği içinde korunması gereken gönül bağılılığı zarar gördüğünden yakınlarla manevi tazminat hakkının tanınması gerektiği görüşünü benimsemiştir¹²². Yine zararın esasen kişilik hakkını hedef aldığını kabul ettiğini, Yargıtay'ın, ruhsal sarsıntıya bağlı zarar kavramının dar anlamda yorumlanmaması gerektiği, zararın doğrudan mağdurun kişiliğinde doğduğu ve önemli olanın hukuka aykırılık neticesinde oluşan zararın giderilmesi olduğu ifadelerinden anlaşılmaktadır¹²³.

¹¹⁷ Yargıtay 4 HD, 1088/14222, 28.12.2005; Yargıtay 11 HD, 2005/4361, 2006/4140, 17.4.2006; Yargıtay 11 HD, 2004/12164, 2005/11432, 24.11.2005; Yargıtay 4 HD, 2009/7547, 2010/2134, 2.3.2010; Yargıtay 11 HD, 2017/186, 2018/6207, 10.10.2018; Yargıtay 4 HD, 2015/15123, 2016/2281, 23.2.2016; Yargıtay 17 HD, 13.9.2017, E. 2015/12465, K. 2017/7712; 17. HD, 7.5.2018, E. 2018/4641, K. 2015/10149 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹¹⁸ Yargıtay HGK, 26.4.1995, E. 1995/11-122, K. 1995/430 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹¹⁹ Yargıtay 11. HD, 8.5.2012, 5208/7296 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹²⁰ Yargıtay 4. HD, 2.3.2010, E. 2009/7547, K. 2010/2134 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²¹ Yargıtay HGK, 28.3.2014, E. 2013/21-2219, K. 2014/411 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹²² Yargıtay HGK, 17.2.2010, 4-77/82; Yargıtay 4. HD, 16.10.2008, 956/12055; Yargıtay HGK, 25.2.2004, 13-61/110; Yargıtay 17 HD, 2015/8109, 2018/1446, 28.2.2018; Yargıtay 17 HD, 2016/10068, 2019/4045, 3.4.2019; Yargıtay 17 HD, 2016/8149, 2019/3985, 2.4.2019; Yargıtay 17 HD, 2016/4918, 2019/489, 22.1.2019; Yargıtay 17 HD, 2013/16605, 2015/5202, 31.3.2015; Yargıtay 17 HD, 2013/16583, 2014/9350, 10.6.2014; Yargıtay 17 HD, 2013/3737, 2014/5469, 10.4.2014; Yargıtay 17 HD, 2013/3421, 2014/9938, 25.6.2013.

¹²³ Yargıtay HGK, 4-214/894, 2.12.1987; Yargıtay 4 HD, 1088/14222, 28.12.2005; Yargıtay 4 HD, 2007/11865, 2008/10360, 16.9.2008; Yargıtay 11 HD, 2005/4361, 2006/4140, 17.4.2006; Yargıtay 3 HD, 2016/6392, 2017/2766, 8.3.2017.

Mahkemenin ilke kararlarından olmak üzere, olayda köpek ısırması nedeniyle yüzünde sabit iz kalacak şekilde yaralanan çocuğun, kimi geceler onu uyutmayacak derecede sürekli bir acıya maruz kalması söz konusu olmuştur. Çocuklarının bu durumuna tanık olmakla ruhsal dengelerinin bozulduğunu ileri süren davacı ana ve baba, Yargıtay tarafından haklı bulunmuştur. Mahkeme kararında ayrıntılı şekilde ana ve babanın duyduğu manevi acı ile yasaca korunan duygu yaşantılarının ve dolayısıyla kişisel değerlerinin ihlal edilerek kişilik haklarının saldırıya uğramış olduğu açıklanmıştır¹²⁴.

Yargıtay, paralel yöndeki bir kararında, davacının sürücüsü olduğu araçla yaptığı kaza esnasında yaşadığı korku ve araçta bulunan eşi ve çocuklarının yaralanması nedeniyle uğradığı ağır şok ve buna bağlı manevi zararın doğrudan onun kişiliğinde doğduğunu ifade etmiştir¹²⁵. Diğer bir kararında, oğullarının hayati tehlike geçirmesine bağlı olarak davacı anne babanın TBK m 56 uyarınca buldukları manevi tazminat istemleri ve yaptıkları masraflar için maddi tazminat istemlerini haklı görmüştür¹²⁶.

2004 tarihli kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, o güne kadar verdiği kararlarından farklı olarak haksız fiile uğrayan kişinin yakınının doğrudan zarara uğradığı neticesine, TBK m 56 ve 58'in bir bütünlük içinde değerlendirilerek ulaşılabileceğini belirtmiştir¹²⁷. Bunu takip eden birçok kararında da aynı fiil nedeniyle yakınlar bakımından gerek bedensel zararın düzenlendiği TBK m 56 gerekse kişilik hakkının korunduğu TBK m 58 uyarınca manevi tazminat hakkının doğduğu yönünde hüküm vermiştir¹²⁸.

Yargıtay, ilk zarar görenin yakınları dışında üçüncü kişilerin de şok zarara bağlı tazminat isteminde bulunup bulunamayacakları sorusuna örnek bir kararında olumlu yönde yanıt vermiştir¹²⁹. Dava konusu olayda davacı, meydana gelen otobüs kazası sırasında yanındaki yolcuların yaralanması ve üzerine kan sıçramasına bağlı olarak şok yaşadığını ve oluşan otobüs yolculuğu korkusu nedeniyle bir süre uçakla yolculuk etmek zorunda kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, kendisi yaralanmamasına rağmen davacının yönelttiği tedavi, giyim eşyası ve uçak biletleri bedelini kapsayan maddi ve ayrıca manevi tazminat istemini haklı bulmuştur. Kararda, kişinin olay üzerine yaşadığı korku ve acının yarattığı şok etkisiyle bedensel zarara uğradığı açıkça belirtilmiştir.

¹²⁴ Yargıtay HGK, 4-77/82, 17.2.2010.

¹²⁵ Yargıtay 4 HD, 2007/11865, 2008/10360, 16.9.2008.

¹²⁶ Yargıtay 17 HD, 982/2916, 3.3.2014.

¹²⁷ Yargıtay HGK, 13-61/110, 25.2.2004. Ayrıca bkz I, 5, A.

¹²⁸ Yargıtay 17 HD, 2015/8109, 2018/1446, 28.2.2018.

¹²⁹ Yargıtay 11 HD, 6555/6825, 24.6.2003.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

A. Hukuk Düzeninde Şok Zarar Kurumuna Duyulan İhtiyaç

Yaralanma ve hatta ölümle sonuçlanan kaza ve benzeri olayların, bu olaylarda bedensel zarara uğrayan kişiler kadar onların yakınlarını da olumsuz yönde etkileyerek sarsması doğal karşılanabilecek bir durumdur. Nitekim bu hususa Yargıtay da ilgili kararında, anne ve babanın çocuklarının bir iğne olması karşısında dahi derinden etkilendiğini belirterek değinmiştir¹³⁰. Hâl böyleyken, mağdurla aralarında güçlü bir duygusal bağ bulunan yakınlarının, feci bir kaza ve benzeri olayın gözleri önünde cereyan etmesi veya sonradan haberini almakla şok geçirmeleri, alışılmışın dışında, dayanılmaz bir acıyla karşı karşıya kalmaları da beklenebilecek bir neticedir.

Böyle durumlarda malul kalacak derecede zarar gören kişinin yakınlarının belki de onun ölümünün vereceğinden daha derin bir acı duyacağı uygulamada kabul edilmiş olup, bu acının ortaya konması için ispat araçlarına başvurmaya (beden bütünlüğünün bozulması, bayılma, şok, sürekli fenalık geçirme, vb) lüzum görülmemektedir¹³¹. Zira ilgili olaylarda acı, elem ve ızdırap duyarak ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi zarara uğramış olduğu sabittir.

Bilindiği üzere kişilik hakkına kişisel varlıklardan kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruhsal bütünlüğünün tümü girmektedir. Özellikle Yargıtay kararlarında sıkça değinildiği üzere, kişinin duygu yaşantısı da bu varlıklardan olup ayrıca ruhsal denge, yakınlarla olan gönül bağlılığı ve aile birliğini de kapsar. Üçüncü kişilerin yol açtığı manevi bir acıya maruz kalmakla yasayla korunan bu varlıklara saldırılmış olunacağından, bundan kişinin ruhsal varlığı ve nihayetinde onun kişilik hakkı da zarar görür¹³².

Şu hâlde ölüm veya ağır yaralanma olaylarında haksız fiile bağlı oluşan zararın haricinde, bundan bağımsız olarak, kişisel değerlerin ihlali nedeniyle doğrudan bir zarar karşımıza çıkar. İşte şok zarar kavramıyla kastedilen de bu zarardır. Öğreti ve uygulamada da sık sık üzerinde durulduğu üzere burada yansına yoluyla değil, doğrudan doğruya kişinin kendisinde tezahür eden bir zarar söz konusu olur. Bu zararın ise şok zarar adı altında özel bir zarar türü olarak ileri sürülebilmesine imkân veren özel bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç olduğu tabiidir.

¹³⁰ Açıklamanın devamında çocuğun kişilik hakkına yapılan bir saldırının, anne babasının kişilik haklarının saldırıya uğraması anlamına geleceği belirtilmiştir. Bkz Yargıtay HGK, 4-77/82, 17.2.2010.

¹³¹ Yargıtay HGK, 4-77/82, 17.2.2010.

¹³² Yargıtay HGK, 4-77/82, 17.2.2010.

B. Hangi Tazminat Kapsamında Talep Edileceği Sorunu

Mevzuatımızda özel bir hukuki düzenlemenin yer almaması şok zarara bağlı tazminat isteminde bulunmak için mevcut düzenlemelere başvurulmasını zorunlu kılar. Yargıtay, şok zarara bağlı manevi tazminat taleplerinin karşılanmasında buna dayanarak olarak TBK m 56 ve m 58 hükümlerinin uygulanması arasında bir fark gözetmemiştir. Mahkemenin, zarar görenin yakınlarının gerek ağır bedensel zarara gerek kişilik hakkının zedelenmesine bağlı tazminat istemlerine çoğunlukla olumlu yönde cevap vermesi bu yönde yerleşmiş bir uygulamanın olduğunu gösterir. İlgili davalarda genellikle manevi tazminat isteminde bulunulmakla birlikte, mahkemenin maddi tazminat istemini de haklı bulduğu karardan, şok zarar kapsamında manevi tazminatla birlikte TBK m 54'e dayanarak maddi tazminat istenmesinin de önünün açık olduğu anlaşılmaktadır¹³³.

Elbette ki tazminata dayalı her davada olduğu gibi, şok zarara bağlı hükmedilecek tazminat tutarının da tazminat hukuku kuralları çerçevesinde tarafların sosyoekonomik durumlarına, hakkaniyete uygun, adil, zenginleşmeye yol açmayacak bir tutar olarak belirlenmesine özen gösterilmelidir¹³⁴. Nitekim TBK m 56/II'de de ölenin yakınlarına "uygun" miktarda manevi tazminat ödenmesi ifadesine yer verilmiştir. Bu noktada özellikle karşılaşılan ihlalin ağırlığı ve duyulan manevi acının ne boyutta olduğu önem taşımaktadır.

Esasen Yargıtay'ın şok zararlarla ilgili günümüzdeki görüşü, uzun ve tartışmalı bir dönemin neticesinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulamasından da esinlenerek oluşmuştur. Özellikle Federal Mahkeme'nin kararlarında şok zararın talep edildiği olaylarda yansıma zarar değil de doğrudan zararın varlığını kabul etmesi Türk hukuku uygulamasına da etkiye bulunmuştur. Federal Mahkeme tarafından ilgili sonuca TBK m 56 ve 58'e karşılık gelen İBK m 47 ve 49'un bütünlük içinde değerlendirilmesi ile ulaşılmıştır.

Kanaatimizce de Yargıtay'ın bir kısıtlamaya gitmeksizin bu uygulaması yerindedir. Hukukumuzda şok zararın tazmini bakımından özel bir düzenlemenin bulunmaması, eBK'dan farklı biçimde özel olarak ölüm ve ağır bedensel zarardan doğan manevi zararın yakınlar tarafından istenebilmesini düzenleyen TBK m 56/II ve yine şok zararın kişinin vücut bütünlüğüne yönelik doğrudan bir ihlal niteliği taşıması itibariyle kişilik hakkının ihlali hâlinde istenebilecek TBK m 58 çerçevesinde değerlendirilmesi isabetlidir. Bununla birlikte TBK m 56/II'nin dayanak gösterilmesi hâlinde bunun, şok zararın yansıma yoluyla kişinin yakınlarının uğradıkları zarar niteliğinde olduğu anlamına gelmediği de unutulmamalıdır.

¹³³ Bkz. III, 3.

¹³⁴ Yargıtay 17 HD, 2016/4918, 2019/489, 22.1.2019; Yargıtay 17 HD, 2015/8109, 2018/1446, 28.2.2018.

Her ne kadar şok zarar sorumluluğunun asıl olarak manevi zararı kapsadığı kabul edilse de yine şok zarara bağlı oluşabilecek tedavi masrafları ve çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıpların da TBK m 54'e dayanılarak maddi zarar kapsamında istenmesi isabetlidir.

C. Yakınlar Dışında Üçüncü Kişiler Tarafından Talep Edilip Edilemeyeceği ve Talep Edilmesine Bağlı Olarak Sorumluluğun Aşırı Biçimde Genişletilebileceği Sorunu

Çalışmamızda açıklanan şartlar dahilinde haksız fiile doğrudan maruz kalan kişinin ağır yaralanması veya ölümü neticesinde bundan derin şekilde etkilenerek ruhi ve asabi bütünlüğü ihlale uğrayan yakınlarının, uğradıkları bu zararı şok zarar kapsamında isteyebilecekleri hususu tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Burada asıl tartışma, ilk zarar görenle arasında yakın bir bağ bulunmayan üçüncü kişilerin de tazminat isteyip isteyemeyeceği hususundadır. Nitekim şok zarara bağlı tazminat isteminde bulunmak için, haksız fiile maruz kalan kişiyle olan yakınlık derecesi önem arz ederken, böyle bir yakınlık bulunmayan ve yalnızca kaza olayına tanık olmak veya sonradan haber almakla bundan derinden etkilenen kişilerin korunup korunmayacağı hakkında Türk ve yabancı hukuk doktrin ve uygulamasında farklı görüşler bulunur.

Her şeyden önce öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, şok zarara dayalı tazminat istemiyle ilgili düzenlemeler bir ülkede uygulanan hukuk politikasına ilişkin değer yargısına bağlıdır. Zira ölümcül bir kazada sırf ilgi ve merakından dolayı olay yerine gelen çok sayıda kişi ile iki yakın arkadaştan birinin kazaya uğraması neticesinde diğerinin yaşadığı ruhsal çöküntü karşılaştırıldığında, her ne kadar iki hâlde de uygun nedensellik bağı bulunsa da ilk hâlde şok zarara bağlı sorumluluktan bahsedilemez¹³⁵. Karşılaşılan her olayda şok zararın var olup olmadığının tayininde dikkat edilmesi gereken husus normun koruma amacıdır. Bu olaylarda tazminat sorumluluğunun kapsamı belirlenirken ilgili normla korunan amacın kapsamının genişlemesi riskinden her zaman kaçınılarak yalnızca hukuken makul sayılabilen hâllerde sorumluluğa başvurulması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır¹³⁶.

Her ne kadar ilk zarar görenle aralarında bir yakınlık bağı bulunmasa da ağır yaralanma veya ölümlerin yaşandığı, hatta facia olarak nitelendirilebilecek kazaların kendileri yaşamışçasına gözleri önünde gerçekleşmesi, üçüncü kişilerin de doğal olarak bundan etkilenmesine yol açar. Bu tür kazaların oluş şekli ve şiddetine bağlı olarak üçüncü kişilerin de ağır bir şok yaşamaları, alışılmış ölçülerin dışında ruhsal sarsıntı geçirerek kişilik değerleri içinde yer alan ruh bütünlüklerinin bozulması muhtemeldir.

¹³⁵ Atamer (n 3) 94; Çakırca n (3) 209-210.

¹³⁶ Nitekim yaşamda kazalarla karşılaşmak oldukça doğal olup ve bu riski herkes kendi başına taşımak zorundadır. Atamer bu durumu "genel yaşam riski (*Allgemeines Lebensrisiko*)" olarak eserinde belirtmiştir. Bkz Atamer (n 3) 94.

Nasıl ki Türk hukukunda ağır yaralanma veya ölümlerin yaşandığı olaylarda kazalara yol açan kişilerin, olayın mağdurlarının yakınlarına karşı şok zarara bağlı tazminat yükümlülüğünün bulunduğu yerleşmiş uygulamayla benimsenmişse, aynı olaya tanık olmakla üçüncü kişilere karşı da pekala aynı tazminat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Kaza olayına tanık olmakla üçüncü kişilerin de tıpkı yakınların hissettiği yoğunlukta bir manevi acı duyması, ruh dünyalarının sarsıldığı örneklerine uygulamada ender de olsa rastlanabilir. Şu hâlde üçüncü kişilerin menfaatleri de hukuken korunmaya layık olup uğradıkları zararları şok zarar kapsamında buna yol açan kişilere karşı ileri sürebilmelidir.

Kanaatimizce aksi yönde bir yaklaşım, yani sırf ilk zarar görenle ailevi bir bağının bulunmadığı gerekçesiyle, mutlak hakkı doğrudan ihlale uğrayan üçüncü kişilerin bu zararlarını ileri sürememesi, hukuken adil bir sonuç doğurmayacağı gibi sorumluluk hukukunun ilkeleriyle de bağdaşmaz. Şok zararın kişilik değerlerinden olan kişinin ruhi ve asabi bütünlüğünü ve dolayısıyla temel haklardan olan kişilik hakkını doğrudan ilgilendirdiği göz önüne alındığında, üçüncü kişilerin de tanık oldukları travmatik olaylar karşısında yaşadıkları acının bunu haklı ve makul kılması hâlinde şok zarara bağlı manevi ve maddi tazminat isteminde bulunmasına hukuken imkân tanınmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın da ilgili bir kararında, üçüncü kişinin kaza anında uğradığı şok ve sonrasında yaşadığı korku ve acı nedeniyle kendisine yönelttiği tazminat talebine olumlu cevap vermesi bu yönde bir eğilimin olduğu şeklinde yorumlanmalıdır¹³⁷.

Savunduğumuz görüş daha da ileri götürülerek, kitlesel facialar veya gelişen teknolojiye bağlı olarak yaşanan ölümcül kazalarda, toplum fertlerinin duyduğu derin üzüntüye bağlı olarak ruh sağlıklarının bozulduğu gerekçesiyle şok zarar kapsamında tazminat isteminde bulunup bulunamayacakları sorusu gündeme gelir. Bu durum şok zarar sorumluluğunun üçüncü kişiler bakımından kapsamının aşırı şekilde genişlemesi riskini de beraberinde getirir¹³⁸.

İlgili riskin bertaraf edilmesinde kanatimizce şok zararın şartlarından olan uygun nedensellik bağı önemli bir rol oynar. Buna göre olayla zarar arasında aranan, olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre söz konusu hukuka aykırı fiilin, “yaşam koşullarını radikal bir biçimde değişikliğe uğratacak”¹³⁹ derecede bir zarara yol açmasına elverişli olması şartı sıkı bir şekilde denetlenmelidir. Şok zararın üçüncü kişiler tarafından talep edilebilmesi ancak, hukuka aykırı fiil nedeniyle kişinin ruhsal bütünlüğünün ağır bir sarsıntıya uğrayacağı öngörülebilir olması; bu sonucun makul, beklenebilir ve ölçülü bir sonuç olduğunun genel olarak kabul edilebilmesine bağlı olmalıdır.

¹³⁷ Yargıtay 11 HD, 2003/6825, 24.6.2003.

¹³⁸ İsviçre hukukunda sorunun çözümü için bkz. I, 5, B.

¹³⁹ Erlüle, “Beden Bütünlüğü” 149.

Uygulanacak denetim bakımından ise her somut olayın özel şartları ele alınmalıdır. Örneğin feci bir kazaya tanık olan sade bir vatandaş ile deneyimli bir polis memuru veya mesleği icabı olay yerinde bulunan görevli bir kişi (ambulans görevlileri, vb) bakımından kazanın etkileri aynı olmamalıdır¹⁴⁰. Yine yukarıda örneği verilen kitlesel facialar veya teknolojiye bağlı olarak yaşanan ölümcül kazalarda, özellikle bundan dolayı olarak (örneğin sosyal medya araçları vasıtasıyla sonradan) haberi olmakla vatandaşların, hukuka aykırı fiile bağlı doğrudan zarar görme ihtimali oldukça zayıf gözüktüğünden bu kişilerin tazminat istemleri kabul edilmemelidir. Elbette somut olayın şartlarını inceleyerek değerlendirmek bakımından uygulamada hakime önemli bir rol düşmektedir.

Gelinen noktada üçüncü kişiler tarafından yöneltilebilecek tazminat istemlerinin haklılığı, yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi tartışmaya açık olsa da bu tür istemlere olumlu cevap verilmesi, sorumluluk hukuku bakımından doğrudan zarar gören kişinin zararını giderme amacının aşılması ve tazminat sorumluluğunun alanının genişlemesi riskini de beraberinde getireceğinden, karşılaşılan olaylarda yalnızca şok zarar için gerekli şartların ve şok zararlarla korunmak istenen amacın gözetilerek, ilgili şartların esnetilmeden ve makul sınırlar çerçevesinde yapılan bir değerlendirme neticesinde hükme varılması isabetli bir çözüm olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt V/1, 2 (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin 2019).
- Atamer Y, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (Beta 1996).
- Brehm R, 'OR 46/I.-II. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht' (2013) 4. überarbeitete auflage (BK- Berner Kommentar) 421-444.
- Brehm Roland, 'OR 47 Art. 47/IV.-V. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht' (2013) 4. überarbeitete auflage (BK- Berner Kommentar) 555-577.
- Burcuoğlu H, Selahattin ST, Akman S ve Altop H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 1993).

¹⁴⁰ Nitekim Alman Federal Mahkemesi de polis memuru bakımından tazminata hükmedilemeyeceği yönünde hükme varmıştır. İlgili karar için bkz. BGH, Urteil vom 17. April 2018 - VI ZR 237/17 - OLG Zweibrücken.

- Çakırca Sİ, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı* (Vedat 2012).
- Çavuş HÖ, 'Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu' (2020) 10(1) Sosyal Güvenlik Dergisi 41-58.
- Eren F, 'Hukuka Aykırılık Bağlı veya Normun Koruma Amacı Teorisi' (1975) AÜHFY Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70inci Yaş Armağanı 461- 491.
- Erlüle F, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (3. Bası, On İki Levha 2021).
- Erlüle F, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi' Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No: II Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan 141-203.
- Eveline Schneider Kayasseh, 'Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres - unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts' (2009) Band/Nr. 215 ZStP-Zürcher Studien zum Privatrecht 174, 176.
- Fischer W, *Vorbemerkungen zu Art. 41-61 OR, Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (Dike 2016).
- Gökyayla E, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Seçkin 2004)
- Honsell H, Isenring B and Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Juristische Medien 2003).
- Hütte K and Landolt H, *Genugtuungsrecht, Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. inkl. CD. Band 1: Hütte: Genugtuung als Folge von Tötung oder Sexualdelikten. Band 2: Landolt, Genugtuung bei Körperverletzung* (Dike 2013).
- Jaun M, 'Die haftpflicht- und privatversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012' (2014) 150 ZBJV, 749-765.
- Schneider Kayasseh E, 'Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres-unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts' (2009) Band/Nr. 215 ZStP-Zürcher Studien zum Privatrecht 174-182.
- Kılıçoğlu K, *Yansıma Yolıyla Zarar* (Turhan 2012).
- Kocabaş G, 'Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Un3surları' (2014) 20(3) MÜHFHAD 273-302.
- Landolt H, 'Art. 49 / H. Vertragsverletzung' (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage 2007) Band/ Nr. V/1c/2 ZK - Zürcher Kommentar (Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)) 872-894.
- Hardy Landolt, *Immaterielle Unbill nach Verkehrsunfall. Unter besonderer Berücksichtigung von Schockschäden* (2011) Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 67-109.
- Landolt H, *Pflegerecht - Band II: Schweizerisches Pflegerecht* (Stämpfli 2002).
- Landolt H and Herzog-Zwitter I, *Arzthaftungsrecht, Handbuch zum Arzthaftungsrecht und elektronische Datenbank mit ca. 1400 Arzthaftungsentscheiden, frei recherchierbar nach Stichworten* (Dike 2015).
- Naneci Arıcı A, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverinin Sorumluluğu' (2010) V(1-2) EÜHFD 97-149.
- Nart S, 'Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi' (2020) 22 (1) DEÜHFD 123-170.

- Probst T, *Die Behandlung von „Reflexschäden“ und Schockschäden“ im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht/V. Die Widerrechtlichkeit von Sekundärschäden Drittgeschädigter, Strassenverkehrsrechts-Tagung* (Stämpfli 2012) 18-44.
- Robert FM, ‘Werkstattgespräche Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Motorfahrzeughalters’ (2013) 3 Strassenverkehr 21-26.
- Roberto V, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthes 2002).
- Tandoğan H, *Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini* (Ajans-Türk Matbaası 1963).
- Weber RH, *OR 97, Art. 97/IV-VI., “Die folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen”, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/5* (Stämpfli 2000)
- Weber RH, ‘OR 97, Art. 97 / IV. - VI., Die folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen’ (2000) Band Nr. VI/1/5 (BK-Berner Kommentar) 114-133.
- Wildhaber I and Ludewig R, ‘Werden die Bedürfnisse von Opfern durch das Recht gedeckt?’ (2015) HAVE 427-464.

Elektronik Kaynaklar

- www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-d.pdf (Erişim Tarihi: 3.3.2022).
- www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-d.pdf. (Erişim Tarihi: 3.3.2022).
- www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html (Erişim Tarihi: 3.3.2022).
- www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-d.pdf. (Erişim Tarihi: 3.3.2022).
- www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2009/2009-01-21.html
- www.kazanci.com.tr
- www.legalbank.net
- www.lexpera.com.tr
- www.rechtsanwalt-flatz.at/wann-steht-mir-ein-trauerschmerzensgeld-zu/
- search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804f2a17
- www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Kitaplar/doc/SUNGURBEY20142.pdf



İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 17.12.2021
Revision Requested: 25.04.2022
Last Revision Received: 12.06.2022
Accepted: 05.08.2022

The Approach of The Court of Justice of the European Union Towards the Protection of Three-Dimensional Marks*

Alptekin Köksal**

Abstract

Three-dimensional shapes are the most common type of non-traditional marks becoming widespread. Especially in the last two decades, trade mark applications regarding the protection of three-dimensional shapes have increased significantly. Assessment for the registration of three-dimensional shape marks is no different from other marks types, as the Court of Justice of the European Union suggests. However, in addition to standard trade mark protection requirements, three-dimensional shapes must fulfil additional criteria. The EU Trade Mark Regulation and the EU Trade Mark Directive include special provisions for three-dimensional marks. According to the law, three-dimensional shapes which result from the nature of the goods, are necessary to obtain a technical result, or give substantial value to the goods, are excluded from trade mark protection in the EU.

The Court of Justice of the European Union is quite strict in interpreting the abovementioned criteria for three-dimensional shape marks. As an inherent result, obtaining trade mark protection for three-dimensional shapes becomes increasingly difficult for proprietors. The CJEU gives particular importance to the public interest clause and ensures that common shapes keep open for competition in the market since shapes are finite and certain shapes are in common use. The CJEU justifies the conduct by claiming that time-restricted intellectual property rights such as patent or design rights should not be extended through the trade mark route for specific products. The first and second subsections of the exclusion seem to be appropriate. However, the third exclusion is problematic due to its wording and interpretation by the CJEU. Thus, this study suggests that narrowing the scope of the third subsection would fit the purposes of trade mark protection regarding three-dimensional shapes.

Keywords

Trade Mark, Three-Dimensional Shape, Non-Traditional Mark, Distinctiveness, Nature of Goods, Technical Result, EU Trade Mark Directive, EU Trade Mark Regulation, The Court of Justice of the European Union Case Law

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Üç Boyutlu İşaretlerin Korunmasına Yaklaşımı

Öz

Üç boyutlu şekiller, giderek yaygınlaşan yeni tip işaretlerin en yaygın türüdür. Özellikle son yirmi yılda üç boyutlu şekillerin marka olarak korunmasına yönelik başvurular oldukça artmıştır. Üç boyutlu şekil işaretlerinin tescili için değerlendirme, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın da belirttiği gibi diğer işaret türlerinden farklı olmamakla birlikte, üç boyutlu şekiller için ticari marka olmanın genel koşullarına ek olarak ayrıca ek kriterler bulunmaktadır. Bu doğrultuda, AB Ticari Marka Yönetmeliği ve AB Ticari Marka Direktifi, üç boyutlu markaların tescili için özel hükümler içermektedir. Yasaya göre, malların doğasından kaynaklanan, teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan veya mallara önemli bir değer kazandıran üç boyutlu şekiller, AB'de ticari marka korumasının dışındadır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, üç boyutlu şekil işaretleri için yukarıda belirtilen kriterleri yorumlamada oldukça katıdır. Doğal bir sonuç olarak, üç boyutlu şekiller için ticari marka koruması elde etmek, marka sahipleri için giderek daha zor hale gelmektedir. ABAD, kamu yararı şartına özel önem verdiği için ve ortak şekillerin piyasada rekabete açık kalmasını

* An earlier version of this paper was submitted to University of Exeter.

** **Corresponding author:** Alptekin Köksal (Lecturer Dr.), İstanbul Medeniyet University, Faculty of Law, İstanbul.
E-mail: alptekinkoksal@hotmail.com ORCID: 0000-0002-8055-4251

To cite this article: Köksal A, "The Approach of The Court of Justice of the European Union Towards the Protection of Three-Dimensional Marks" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1299. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0007>



sağlamaya çalıştığı için, ortak kullanımda olan belli başlı şekiller ticari marka olamamaktadır. Buna ek olarak, ABAD, patent veya tasarım hakları gibi belirli bir zaman sınırı olan fikri mülkiyet haklarının ticari marka koruması ile genişletilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu sebeple ek kriterin birinci ve ikinci alt başlıkları kanunun amacına uygun görünmektedir. Bununla birlikte, üçüncü istisna, yazımının açık uçlu olması ve ABAD tarafından katı yorumlanması nedeniyle sorunludur. Bu nedenle, makale, üçüncü alt başlığın kapsamının daraltılmasının, üç boyutlu şekillere ilişkin marka koruma amaçlarına daha uygun olacağını ileri sürmektedir.

Anahtar Kelimeler

Ticari Marka, Üç Boyutlu Şekil, Geleneksel Olmayan Marka, Ayırt Edicilik, Malların Niteliği, Teknik Sonuç, AB Ticari Marka Direktifi, AB Ticari Marka Yönetmeliği, Avrupa Adalet Divanı İçtihatları

Extended Summary

According to the practice, there are two types of signs sought registration for: traditional and non-traditional marks. Traditional marks can be listed non-exhaustively as words, logos, slogans, a combination of words, logos and slogans, pictures or drawings. On the other hand, many non-traditional (non-conventional) marks are more widely accepted due to the expansion of trade mark law. These can be listed as single colour marks, hologram marks, shape marks (three-dimensional or 3D) and sound, scent and taste marks. The three-dimensional mark is the most common type of non-traditional mark. In the EU, three-dimensional marks take up to 5 per cent of all trade marks.

Although the assessment for three-dimensional marks should not be different from any other mark during the registration process, as the Court of Justice states, being a sign and having a distinctive character are not the only requirements for three-dimensional shapes to fulfil the protection criteria, a three-dimensional shape needs to overcome other absolute grounds for refusal indicated in the EU Trade Mark Regulation 2017/1001 and the EU Trade Mark Directive 2015/2436/EU. Special provisions regarding shapes or other characteristics indicate that shape marks need to fulfil three additional criteria. Article 4(1)(e) of the EU Trade Mark Directive and Article 7(1)(e) of the EU Trade Mark Regulation exclude shape marks that result from the nature of the goods themselves, which are necessary to obtain a technical result, or which give substantial value to the goods, from trade mark protection in the EU. On top of that, the Court of Justice of the European Union and EU Intellectual Property Office, to some extent, tend to be extremely strict in interpreting the law regulating the protection of three-dimensional shape marks. As a result, obtaining trade mark protection for three-dimensional shapes becomes increasingly difficult for proprietors.

There are several policy considerations behind the conduct of courts and intellectual property offices alongside lawmakers' intention in the EU regarding why they seem to be rather unwilling to grant trade mark protection to three-dimensional shapes. Three-dimensional shapes as indicators of origin generally suffer from two main problems

regarding trade mark protection. The first problem is the distinctiveness criterion which is the same for all types of marks, and there are no special requirements for three-dimensional shapes to fulfil. However, common shapes or cheap packaging shapes (cheap in terms of production costs and R&D) usually lack distinctive character. As they have rather common and obvious shapes, they cannot become indicators of origin. Also, consumers do not necessarily distinguish products for daily-life use. In other words, common shapes are not as indicative as figures, logos or words in the eyes of consumers. On top of that, the CJEU gives particular importance to the public interest clause and ensures that common shapes keep open for competition in the market since shapes are finite and certain shapes are in common use.

The second problem regarding three-dimensional shapes is the special provisions: Article 4(1)(e) of the EU Trade Mark Directive and Article 7(1)(e) of the EU Trade Mark Regulation. Established case law indicates that if a product is protectable by other intellectual property rights such as patents or designs, additional trade mark protection should not be an option since trade mark protection gives indefinite monopoly rights to use the mark, subject to renewal. The CJEU justifies the conduct by claiming that time-restricted intellectual property rights, such as patents and designs, should not be extended by granting trade mark protection to such products. As the first exclusion dictates, shapes exclusively resulting from the nature of goods cannot be registered. It means that functional shapes that a specific design is necessary for the product itself, then these shapes cannot be registered to ensure healthy competition in the market even if they have some distinctive character. In addition, the second exclusion dictates that shapes necessary to obtain a technical result are also kept out of trade mark protection. The same concerns and reasoning apply to this provision. In this sense, the approach of the CJEU to three-dimensional on the grounds of the first and second subsections of the provision is appropriate.

However, as this study suggests, the third exclusion is problematic due to its wording and interpretation by the CJEU. The clause indicates that shapes that give substantial value to products cannot be registered as trade marks. This clause is open-ended and allows for wide interpretations, which could completely exclude three-dimensional shapes that give a value or a character from trade mark protection. Three-dimensional shapes with distinctive character, unique, not a result of a technical function or nature, and giving pure aesthetic value should be registrable since they can function as commercial trade marks and indicate the origin of products. Nevertheless, the purpose of lawmakers is to maintain a distinction between trade marks and other intellectual property rights. Thus, abolishing the third exclusion completely might not be a good consideration, but narrowing its scope is needed for the purposes of trade mark protection regarding three-dimensional shapes.

The Approach of The Court of Justice of the European Union Towards the Protection of Three-Dimensional Marks

I. Introduction

Trade marks are not limited to only logos or words; any identification indicating the origin of a product may well obtain trade mark protection, such as colours, tastes, smells, sounds, shapes and holograms marks.¹ The crucial point here is that a trade mark must be a “sign” to benefit from protection. In the European Union (EU), the EU Trade Mark Regulation (hereinafter referred as to “the Regulation” or “EUTMR”) Article 4² and the EU Trade Mark Directive (hereinafter referred as to “the Directive or “TMD”) Article 3³ explicitly state the requirement for being a “sign” and leave the door open for many different kinds of marks as long as they are graphically represented.

There are two categories of marks in the scope of trade mark protection: “traditional” and “non-traditional” marks. Shape marks which are “non-traditional” are no different to other marks in terms of eligibility for registration. It is explicitly stated in the wording of the law that “the shape of goods or their packaging”⁴ can obtain trade mark protection. Additionally, in its judgment, the European Court of Justice stated that:

“...the criteria for assessing the distinctive character of three-dimensional shape-of-products marks are no different from those applicable to other categories of trade mark.”⁵

However, being a sign and having a distinctive character are not the only requirements. A three-dimensional shape mark must overcome all absolute grounds for refusal in the Regulation or the Directive to become an EU or a national trade mark in the EU. Although the European Court of Justice expressed that there is no difference between trade mark applications while determining eligibility, beyond doubt, the real situation is not even before the IP offices and courts.⁶ This is because the legislative scheme consists of additional requirements for shape marks. Moreover, courts tend to be extremely strict while interpreting the law.

¹ Controversy continues on taste and scent marks.

² Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification) (Text with EEA relevance), Article 4.

³ Directive 2015/2436/EU of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks, Article 3.

⁴ Ibid.

⁵ Joined Cases C-456/01 P and C-457/01 P Henkel KGaA v OHIM [2004] ECLI:EU:C: 2004:258, para 38; and C-136/02 P Mag Instrument Inc. v OHIM [2004] ECLI:EU:C: 2004:592, para 30.

⁶ Selma Toplu Unlu and Ceren Aral, A Comparative Study on Three-Dimensional Marks in the European and Turkish Practice (2011) 1 Available at < <http://www.mondaq.com/turkey/x/119442/Trade+mark/A+Comparative+Study+on+Three+Dimensional+Shape+Marks+in+the+European+and+Turkish+Practice>>.

Unfortunately, obtaining a shape trade mark is a troublesome issue for proprietors. Legislation and courts in Europe seem to be unwilling to grant registration for three-dimensional shape marks with ease. There are several policy considerations behind this situation which is examined below. In brief, an exclusive three-dimensional shape may be protected through design laws, copyright laws or unfair competition. Although copyright laws or general rules regulating unfair commercial practices is not suitable for the protection of three-dimensional marks, lawmakers and courts favour design law protection instead of trade mark protection in the context of three-dimensional marks. This can be seen in the special provisions regarding the protection of three-dimensional marks as well as the case law. However, the strict application of special provisions regarding shape marks seems to be changing due to the expansion of trade mark protection for shape marks. Although shape marks are regarded as non-conventional marks in the previous decades, they are becoming more common and increasing number of proprietors are sought trade mark registration for their shape marks today as indicators of origin and commerce.

Therefore, the purpose of this study is to evaluate the approach of the European Court of Justice on three-dimensional trade mark protection. In order to criticise the approach, clarification on three-dimensional marks must be made in the first place. Then, the legal requirements in the EU and the policy considerations which shape the Court of Justice's adjudications are discussed. Understanding the objectives underlying the purpose of protecting three-dimensional marks is crucial. After providing information on the legal background, it would become possible to analyse the approach on a case-by-case basis. Controversial and vague points found during the analysis of the rulings of the Court is underlined for clarification purposes. Ideas and recommendations from the commentary are also considered. Lastly, changes brought by the EU trade mark law reforms and their effects on the current situation are explained. As an outcome of the paper, in light of decisions made, the future conduct of the Court is discussed.

II. Three-Dimensional Marks

A. General Provisions

An analysis must be conducted to decide whether a sign is excluded from trade mark protection.⁷ Thus, the first step would be to identify the sign. None of the Trade Mark Directive 2015 or EU Trade Mark Regulation 2017 define what is meant by a sign. A sign can be a figurative mark, word, a colour mark or even a three-dimensional mark (and many more). However, descriptive, non-distinctive and customary signs are all excluded from trade mark registration unless it can be proved that they have

⁷ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (4th ed., Oxford University Press 2014), 930.

acquired distinctive through commercial use.⁸ For the application of trade mark protection, signs are refused for descriptiveness if it is in descriptive use for more than one trader for the related goods and services. Similarly, signs are excluded from trade mark protection if they become customary in the relevant language regarding commercial use.⁹ In this sense, the perception of consumers regarding relevant goods and services are quite important.

To be distinctive, a sign must function as an indicator of origin for the goods or services it represents in the eyes of the average consumer. Although the distinctiveness test should be the same for all types of marks, it is rather harder for some marks such as colours or shapes to be inherently distinctive. The Court of Justice of European Union's assumption is that consumers tend not to perceive pure colour marks or shapes marks as indicators of origin.¹⁰ As the CJEU underlines, the primary function of trade marks is that of an indicator of origin and hence as a guarantee of quality for the consumers.¹¹ The requirement for being a sign have a limiting effect. The purpose is identified by the CJEU as being to prevent the abuse of trade mark law to obtain an unfair competitive advantage. The *Dyson* Case demonstrates that not every sign applied for trade mark protection is successfully pass the requirement and constitute a trade mark.¹² It must be capable of distinguishing of one undertakings goods or services of other undertakings. The previous directive had a narrower approach that the sign must also be capable of graphic representation in a way that allows authorities to define the clear and precise subject matter sought for the registration.¹³ Although the requirement of "graphic representation" has been abolished in the 2015 reform package, the requirement which enables the authorities to determine the clear and precise subject matter through representation is not changed.¹⁴

B. Identification of Shape Marks

That said, the identification of a word or figurative mark which are all regarded as "conventional/traditional" and is rather straightforward. However, they are out of scope of this paper. The relevant discussion here is for three-dimensional shape marks. Shape marks are in the "non-traditional" category of trade marks, as mentioned before, and such shapes consist of two-dimensional and three-dimensional shapes. The General Court (of the CJEU) stated in its judgment that there is no distinction

⁸ Hector MacQueen, Charlotte Waelde, Graeme Laurie and Abbe Brown, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy* (2nd ed., Oxford University Press, 2011), 572.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.


¹¹ Tanya Aplin and Jennifer Davis, *Intellectual Property Law: Texts, Cases, and Materials* (3rd ed., Oxford University Press, 2017), 359.

¹² Case C-321/03 *Dyson Ltd v Registrar of Trade Marks* [2007] EU:C:2007:51.

¹³ Waelde et al (n 8) 557.

¹⁴ Waelde et al (n 8) 557.

between two- or three-dimensional marks when considering absolute grounds for refusal on shape marks.¹⁵ However, trade mark applicants must indicate that their marks are either two- or three-dimensional when applying for registration. In European Union regulation, the Commission Implementing Regulation Rule 3(c) states that if an applicant desires to apply for a three-dimensional mark, they have to state explicitly that their mark is three-dimensional in the application form.¹⁶ Additionally, they have to provide up to six different representations of their mark in the form in terms of perspective.¹⁷ In order to prevent any confusion, it should be stated that when a trade mark is referred to as a shape mark in this paper, it is meant they are three-dimensional shapes or at least two-dimensional representations of three-dimensional shapes.

“Three-dimensional shape” is a broad term that can take various forms.¹⁸ One of the potential forms of a three-dimensional shape is the shape of the goods themselves. For instance, the shape of a biscuit or a bar of chocolate can be an indicator of origin as a trade mark. A well-known chocolate, Toblerone, is the most obvious example of a three-dimensional product that has already obtained protection.  ¹⁹ Another form of a three-dimensional mark is the shape of the packaging, which is not determined by the product’s own shape.²⁰ For instance, there is no direct relationship between perfumes and their bottles in terms of consuming the perfume product.

Nevertheless, many assorted designs for perfume bottles appear in markets, and proprietors seek trade mark protection for their marks. There is no doubt that the packaging of perfumes is as important as the fragrance of perfumes when it comes to advertising. It is worth mentioning that, in some instances, the difference between them may not be that clear.²¹ A bottle might have a packaging-trade-dress purpose in terms of storing a liquid, but at the same time, the bottle itself can also have a distinctive character that deserves trade mark protection.²² Further discussions on this issue will be avoided due to the irrelevance of trade-dress to the topic.

Moreover, a part of a product or packaging can be a three-dimensional mark.²³ A car manufacturer, Daimler-Chrysler, applied a part of a car for trade mark

¹⁵ Case T-416/10 *Yoshida Metal Industry v OHMI – Pi-Design and Others* [2012] ECLI:EU:T:2012:222, GC, para 24.

¹⁶ Commission Implementing Regulation (EU) 2018/626 of 5 March 2018 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark, and repealing Implementing Regulation (EU) 2017/1431, Rule 3(c).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Sigrid Asschenfeldt, *Protection of Shapes as Trade marks* (2003) 14 IIP Bulletin 102, 102; Available at: < https://www.iip.or.jp/e/e_summary/pdf/detail2002/e14_14.pdf>.


¹⁹ Toblerone trade mark.

²⁰ *Ibid.*

²¹ V.K. Ahuja, *Non-traditional trade marks: new dimension of the trade marks law* (2010) EIPR 575, 580.

²² *Ibid.*

²³ Asschenfeldt (n 18) 102.

registration. The issue came before the court, and the court eventually accepted their application.²⁴ The subject of the registration was a vehicle grill which helps the ventilation of the engine. ²⁵ However, this three-dimensional shape, which is an essential part of a car but at the same time is independent of the car itself, has managed to overcome all absolute grounds for refusal and gained trade mark protection. The judgment proves that any kind of three-dimensional object which is physically related to the product or packaging is conceptually independent and can be a trade mark.²⁶

The most notable event occurred after the ruling of the CJEU in response to requests from the German *Bundespategericht* (Federal Patent Court of Germany) when the understanding of what is meant by “shapes of packaging” was clarified.²⁷ Mainly, the Court allowed the appearance of a retail shop to gain trade mark protection. It also expanded the capability for businesses to protect their specific qualifications.²⁸ Briefly, the German Court asked: is it possible to extend the interpretation of “shapes of packaging”?²⁹ In response, the CJEU stated that associating the shape of packaging with the relevant design is unnecessary and added that if a sign has a distinctive representation that alone can satisfy the conditions of requirement only by virtue of it being a sign, then it can be registered as a three-dimensional mark.³⁰ According to Mirza, the decision was revolutionary. It brought clarification to the TMD Article 3 (article 2 of the old Directive), opening the door to a new area of intellectual property rights.³¹ He adds that this ruling is very well welcomed since all integral parts of businesses could need separate legal protection alongside their products.³²

Differentiating and clarifying the types of three-dimensional marks is helpful when analysing the cases that made their way to the CJEU. Briefly, the approach of the Court is not the same when it comes to shapes of goods and shapes of packaging. The difference becomes distinguishable on the grounds of distinctive character. Expecting the same distinctiveness level from simple packaging of beverages or high-end products is not logical. For instance, a simple bottle of drinking water packaging cannot obtain trade mark protection easily due to the distinctiveness test.³³ Water

²⁴ Case T-128/01 Daimler Chrysler v OHIM [2003] ECLI:EU:T :2003:62, CFI.

²⁵ Daimler-Chrysler Jeep Vehicle Grill trade mark.

²⁶ Asschenfeldt (n 18) 102.

²⁷ Case C-421/13 Apple Inc. v Deutsches Patent und Markenamt (DPMA) [2014] ECLI:EU:C: 2014:2070, The Court of Justice of the European Union.

²⁸ Jose Tizon Mirza, ‘CJEU expands trade mark law to include the design of a store layout’ (2014) EIPR 813, 813.

²⁹ Apple Case (n 27) para 14.

³⁰ Apple Case (n 27) para 15-27.

³¹ Mirza (n 28) 816.

³² Mirza (n 28) 817.

³³ Gordon Humphreys, Non-conventional trade marks: an overview of some of the leading case law of the Boards of Appeal (2010) EIPR 437, 441.

does not have an inherent shape and is usually packed in cheap, ‘obviously’ shaped plastic bottles. Also, drinking water is considered one of the cheapest products in a supermarket. As a result, consumers do not spend much time deciding on the brand of water they would like to buy. On the other hand, electrical or mechanical equipment with inherent, distinctive and inventive shapes can pass the distinctiveness test much more easily since the product’s shape or packaging is not identifiable to the nature of the product. In the following section, all of these requirements are mentioned briefly, and the conduct of the CJEU and the points underlined for consideration is scrutinised.

III. Requirements for Protection and the CJEU Rulings

A. Distinctiveness Test

All of the examples highlighted in the previous section are rare instances that could have managed to be granted protection. When it comes to protecting three-dimensional shapes in the European Union, the law limits registration exclusively for them. As mentioned above, in addition to the fundamental requirements for all trade marks, shapes must satisfy three important grounds independent from each other in order to gain protection. The Regulation (EU) 2017/1001, “EUTMR”³⁴ which replaced the Community Trade Mark Regulation (EC) No 207/2009³⁵, regulates the trade mark system in the EU, for European Union (EU) trade marks, and Directive 2015/2436/EU of the European Parliament and Council “TMD”³⁶, which replaced the EC Trade Mark Directive 2008/95/EC³⁷ harmonises national trade mark laws of the Member States, is responsible for the regulation of the national trade mark systems in Europe. They are co-existent, and their respective rules for registration requirements are the same. The European Union Intellectual Property Office (EUIPO) (formerly the Office for Harmonisation in the Internal Market, OHIM) is the authority for the EU trade marks. For national trade marks, the authority is the relevant intellectual property office.

In the European Union, a three-step test has been devised for the protection of three-dimensional marks (3D marks).³⁸ Article 3 of the TMD (now 4) and Article 7 of the CTMR (now EUTMR) have an extensive list of requirements called absolute grounds for refusal. To be more consistent, all of the requirements are grouped

³⁴ Council Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification) (Text with EEA relevance).

³⁵ Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community Trade Mark.

³⁶ Directive 2015/2436/EU of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks.

³⁷ Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks

³⁸ Asschenfeldt (n 18) 107.

into three main categories, allowing the three-step test operation. The subsections of Article 4 of the TMD and Article 7 of the EUTMR can be separated into three categories: the first is in subsections (b) to (d); the second in subsection (e); and last is in subsections (f) onwards. Examiners go through every single step independently in order to find whether or not a three-dimensional representation fulfils the requirement of being a trade mark.³⁹ The third category consists of general considerations such as morality, *ordre public* and descriptiveness, which will not be a part of the discussion in this paper. The first two categories of absolute grounds for refusal will be examined closely with relevant case law.

The first step of the examination is whether or not the sign fulfils the criteria of being an indicator of origin and having distinctiveness.⁴⁰ Shape marks can obtain protection if they “are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings”, just like other types of signs.⁴¹ The exclusion of “devoid of distinctive character” is an important aspect of shape marks, and this exclusion is considered frequently by the CJEU. As a result, there is now an established and operational case law in the European Union.

C. The approach of the European Court of Justice

In an early shape mark case, the CJEU set its principal standards. The *Philips v Remington Case*⁴² from the UK court made its way to the CJEU. The Court of Appeal of England and Wales referred to the CJEU for a preliminary ruling (Article 267 TFEU). The Court, in response, examined the provision of distinctiveness and set its standards as follows:

- Trade marks desire to ensure undistorted competition and offer protection to signs which exactly indicate their origins.⁴³
- There is no specific category of mark treated specially in terms of distinctive character. Three-dimensional marks are no different from other marks in this sense.⁴⁴
- Signs consisting of shapes must be assessed through the average consumer’s perception in a market.⁴⁵

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Article 7(b)-(d) of the EUTMR and Article 4(b)-(d) of the TMD.

⁴¹ Article 7(b) of the EUTMR and Article 4(b) of the TMD.



⁴² Philips Electronics NV v Remington Consumer Products [1999] R.P.C. 283.

⁴³ Ibid, para 30.

⁴⁴ Case C-299/99 Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd. [2002] ECLI:EU:C: 2002:377, para 48.

⁴⁵ Ibid, para 63.

All of these were considered carefully in every case after the Philips case. Later, in the *Linde and Others Case*,⁴⁶ the CJEU answered several questions about inherent distinctiveness in shape marks.⁴⁷ The German Court referred to the CJEU whether there is a stricter test for shape marks while assessing distinctive character.⁴⁸ In response, the Court ruled that the only place where shapes get more attention is in Article 4(e) of the TMD (Article 3(e) at the time).⁴⁹ Besides the clause, the Court repeated its ruling from the *Philips* case and stated that the test that applies to three-dimensional (shape) marks is the same as other marks.⁵⁰ However, it could be understood from the practice of the Court that the same test would be unlikely to end with identical results.⁵¹ The reason behind this is the average consumer's perception. It would not be wrong to state that shapes have natural drawbacks in terms of distinctive character. The average consumer would be unlikely to link the shape of a product with the product itself to distinguish products since the level of attention paid by consumers to shapes is crucially low, especially in cheap products or services.⁵² In this context, the term "average consumer" reflects a reasonably well informed and reasonably observant and circumspect consumer.⁵³

While assessing the inherent distinctiveness of shapes in another case, the CJEU confirmed its main principle, which was already set out in the *Philips* and *Linde* cases. The Court is well aware of the practical difficulty of registering basic shape marks due to the relevant public perception.⁵⁴ Henkel applied to the OHIM for the Community trade mark registration of several washing tablets. These tablets all have a three-dimensional rectangular shape with red ⁵⁵ or green ⁵⁶ layers on them. The OHIM examiner refused all applications on the grounds of the lack of distinctive character.⁵⁷ Later on, these cases came before the Third Board of Appeal of the OHIM, then the Court of First Instance, and finally before the Court of Justice. The CJEU emphasised its standard again and brought clarity to the issue. The Court expressed that, in principle, all signs which consist of a three-dimensional shape can be registrable.⁵⁸ From the ruling, the inference is that the CJEU insists that they do

⁴⁶ Cases C-53/01 to C-55/01 *Linde and Others* [2003] ECLI:EU:C:2003:206.

⁴⁷ Jenny Bergquist and Duncan Curley, *Shape trade marks and fast-moving consumer goods* (2008) EIPR 17, 19.

⁴⁸ *Linde Case* (n 46) para 28.

⁴⁹ *Linde Case* (n 46) para 43.

⁵⁰ *Philips Case* (n 44) para 48; *Linde Case* (n 46) para 42.

⁵¹ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (4th ed., Oxford University Press 2014), 936.

⁵² *Bergquist and Curley* (n 47) 21.

⁵³ *Philips Case* (n 44) para 63; Cases C-469/01 P to C-472/01 P *Procter & Gamble v OHIM* [2004] ECLI:EU:C:2004:259, para 33.

⁵⁴ *Bergquist and Curley* (n 47) 21.

⁵⁵ Red washing tablets: Case T-335/99.

⁵⁶ Green washing tablet: Case T-336/99.

⁵⁷ Cases C-456/01 and C-457/01 *Henkel KGaA v. OHIM* [2004] ECLI:EU:C: 2004:258, para 5-7.

⁵⁸ *Ibid.*, para 31.

not differentiate three-dimensional marks from other marks in this aspect. Also, the Court added that:

“Only a trade mark which departs significantly from the norm or customs of the sector and thereby fulfils its essential function of indicating origin, is not devoid of any distinctive character for the purposes of that provision.”⁵⁹

Under the examination of the Court, the common-shaped dishwasher tablets could not obtain trade mark protection. However, according to MacQueen, Waelde, Laurie and Brown, this does not mean that the shapes of dishwashing tablets are completely out of the scope of protection.⁶⁰ This also does not mean that every three-dimensional mark which significantly departs from the norms and customs of the sector can be registered as a trade mark.⁶¹ Additionally, Procter & Gamble had significant difficulties when proving that the overall impression of their washing tablets was enough to attract consumers’ attention.⁶²

The Court repeated its established standard for distinctive character and indicator of origin several times in the *Procter & Gamble v OHIM* case,⁶³ the *Mag Instrument v OHIM* case,⁶⁴ the *August Storck KG v OHIM* case,⁶⁵ and the *Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG v OHIM* case⁶⁶, and repeated its average consumer’s perception standard in the *Henkel*,⁶⁷ *Mag Instrument*,⁶⁸ *Develey*,⁶⁹ and *Deutsche SiSi-Werke*⁷⁰ cases.

However, these findings do not indicate that three-dimensional marks cannot pass the distinctiveness test. Like all other types of marks, consumers can perceive three-dimensional marks as an indicator of origin, thus acquiring distinctiveness through use over an adequate period of time and proving the distinctive character’s existence prior to the application would be enough for a three-dimensional mark to pass the distinctiveness test. Evidence of acquired distinctiveness as listed by the Court of Justice in the *Windsurfing Chiemsee* Case includes the market share of the product, long-standing and intensive use, how much it is widespread geographically speaking,

⁵⁹ Ibid, para 39.

⁶⁰ Hector MacQueen, Charlotte Waelde, Graeme Laurie and Abbe Brown, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy* (2nd ed., Oxford University Press, 2011), 617.

⁶¹ Ibid.

⁶² Cases C-469/01 P to C-472/01 P *Procter & Gamble v OHIM* [2004] ECLI:EU:C:2004:259.

⁶³ Ibid, para 37.

⁶⁴ Case C-136/02 P *Mag Instrument Inc. v OHIM* [2004] ECLI:EU:C: 2004:592, para 31.

⁶⁵ Case C-24/05 P *August Storck KG v OHIM* [2006] ECLI:EU:C: 2006:421, para 26

⁶⁶ Case C-173/04 P *Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG v OHIM* [2006] ECLI:EU:C: 2006:20, para 31.

⁶⁷ *Henkel* Case (n 57) para 38.


⁶⁸ *Mag Instrument* Case (n 64) para 30.

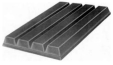
⁶⁹ Case C-238/06 P *Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG v OHIM* [2007] ECLI:EU:C:2007:635, para 80.

⁷⁰ *Deutsche SiSi-Werke* Case (n 66) para 28-30.

investments in the product, relevant public attention and statements from trade associations.⁷¹

In a more recent case, Lindt applied for a golden bunny with red bows to be

registered ⁷², which is the shape of its chocolate packaging. The Court of Justice estimated that the shape is fairly common for the decoration of chocolate; thus, Lindt's bunny lacks inherent distinctiveness.⁷³ However, Lindt counterclaimed the fact before the Court that their Easter bunny has acquired distinctiveness in Germany (for Community (EU) trade marks, a sign must obtain acquired distinctiveness throughout the European Union).⁷⁴ However, in this case, Lindt's Easter bunny is not well known outside of Germany.⁷⁵ The Court of Justice correctly settled that acquired distinctiveness in individual Member States is insufficient and cannot be a basis for argument.⁷⁶ As a result, Lindt could not register its three-dimensional mark in the European Union.

Acquired distinctiveness was also discussed quite recently in the *Nestlé v Cadbury* case.⁷⁷ Nestlé attempted to register the Kit-Kat's four-fingered shape  in the UK. The application was first accepted by the Office, but Cadbury opposed the application on the grounds of distinctiveness. The dispute came before the High Court. Mr Justice Arnold from the High Court noted that the Kit-Kat lacks inherent and acquired distinctiveness. Mr Justice Arnold also suggested that Nestlé should put their "word" mark on each finger of the product in order to create a clear recognition of the shape in the eyes of consumers.⁷⁸ However, the idea from the commentary emphasises that this suggestion presumably went too far.⁷⁹

However, Mr Justice Arnold also found that the European trade mark law rules are quite unclear in some aspects of shape mark registration⁸⁰. Is public recognition of a mark enough or does an applicant have to prove that the public relies on the mark as an indicator of origin to obtain acquired distinctiveness? Thereby, the High

⁷¹ Cases C-108/97 and C-109/97 Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) and others [1999] ECLI:EU:C: 1999:230, para 51.

⁷² Lindt's golden easter bunny chocolate.

⁷³ Case C-98/11 P Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v OHIM [2012] ECLI:EU:C: 2012:307, para 15-16.

⁷⁴ Ibid, para 21.

⁷⁵ Ibid, para 23.

⁷⁶ Ibid, para 62.

⁷⁷ Case C-215/14 Société de Produits Nestlé SA v Cadbury UK Ltd [2015] ECLI:EU:C: 2015:604.

⁷⁸ Joseph Jones, 'Have a break... have a CJEU Kit Kar reference; clarification sought in what circumstances the shape of a product can be registered as a trade mark' (2014) EIPR 733, 735.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid, 733.

Court of England and Wales decided to seek clarification from the CJEU about the acquired distinctiveness and shapes necessary to obtain a technical result.⁸¹ Nestlé did not challenge the decision that Kit-Kat's shape lacks distinctive character in terms of the chocolate products, but relied on Kit-Kat's high sales, advertising and mark recognition in order to prove acquired distinctiveness.⁸² The Court of Justice held that Nestlé could not show the relevant consumer perception of the chocolate design of the three-dimensional mark as an indicator of origin.⁸³ According to commentary, the Court of Justice created ambiguities and left doubts behind after this case since the Court did not directly answer Judge Arnold's question and ruled in its own way.⁸⁴ If the chosen path was clear over public recognition or public reliance, then the puzzle box of acquired distinctiveness would have been solved to some extent.

D. Implications from the CJEU Rulings

There is no doubt that the distinctiveness criterion is the same for all trade marks, and there is no special requirement for three-dimensional marks. However, a considerable number of three-dimensional marks cannot fulfil the distinctiveness criterion. There are two prominent disadvantages three-dimensional shapes suffer from in general.⁸⁵ First, consumers are not in the habit of distinguishing the origin of a product from its packaging or product shape. Second, from a public policy point of view, shapes are not finite. Thus many shapes are in common use in markets.⁸⁶ In other words, common or banal shapes cannot obtain protection due to their lack of distinctive character, and the average consumer's attention is on the words or labels of a product instead of its packaging in this sense. Therefore, the structures of markets and consumer habits in these specific markets are important aspects that must be explained in detail.

First, the level of distinctiveness differs between product markets. For expensive and extraordinary products, consumers' attention in distinguishing between products of different sources is at a higher level than for ordinary products.⁸⁷ The primary example of such products could be vehicles, expensive watches, or perfumes. Consumers definitely consider the shape of product or packaging before buying the product itself alongside other characteristics. However, when it comes to products for daily use, a three-dimensional mark must have a seriously exceptional (distinctive)

⁸¹ Ibid, 733.

⁸² Nestle Case (n 77) para 22-24.

⁸³ Nestle Case (n 77) para 67.

⁸⁴ Joseph Jones, 'Chocolate wars: The Kit Kat awakens -acquired distinctiveness not put to bed by the courts' (2016) EIPR 307, 312.

⁸⁵ Madeleine Heal, 'Shape Marks and the Misshapen Monopoly' (2005) 15, Available at: <<http://www.5rb.com/article/shape-marks-and-the-misshapen-monopoly/>>

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

character in order to be remembered by consumers. This applies to commonly used products such as bottled drinking water, toothpaste or other supermarket products.

The second difficulty regarding the protection of shapes is the nature of shapes. Forms of shapes are finite, especially commonly used ones such as cubes, spheres or prisms. Thus unexceptional, common ones cannot be protected by trade mark law in favour of competitors in the market. It should not be forgotten that there is always the risk of monopolisation in these situations.⁸⁸ For instance, a shape of a toothpaste product or its packaging must be quite unusual and must have a striking impact on consumers in order to achieve protection. One cannot obtain trade mark protection for the three-dimensional shape of a regular toothpaste tube. On the other hand, an apple-shaped toothpaste packaging could obtain trade mark protection if it has a distinctive character and fulfils other requirements.⁸⁹

To sum up, the rulings of the Court of Justice show that, in practice, case law is established more strictly for shape marks than traditional trade mark types.⁹⁰ The Court interprets provisions as safeguards for competition also. Therefore, the total number of registered three-dimensional marks is no more than 5 per cent of the overall number of trade marks,⁹¹ and the number of registered EU trade marks based on acquired distinctiveness is even lower, at less than 4 per cent.⁹² The Court of Justice and the EUIPO (OHIM) tendency is to keep common shapes open for competition. Nevertheless, it is unarguably an inherent result of three-dimensional marks. Words, logos, or other figurative marks are common when creating a brand and consumer perception. Moreover, the stance of the courts and intellectual property offices are also feasible, as protection for three-dimensional shapes could result in problematic situations in terms of lawful competition such as patent protection.

Nevertheless, the main complexity and the double standard for three-dimensional marks do not occur in the interpretation of the CJEU or EUIPO. Instead, they occur in Article 7(1)(e) of the EUTMR and Article 4(1)(e) of the TMD, a problem created by law and policymakers.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Other requirements such as Article 4(1)(e) of the TMD and Article 7(1)(e) of the EUTMR.

⁹⁰ Trevor Cook, 'Three Dimensional Trade marks in the European Union' (2014) 19 *Journal of Intellectual Property Rights* 423, 424.

⁹¹ Humphreys (n 33) 437.

⁹² Alexander R. Klett, 'Three-Dimensional Trade marks before the European Court of Justice- A Lost vcause?' (2007) 62(8) *INTA Bulletin*, Available at: <[http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Three-DimensionalTrade marksBeforetheEuropeanCourtOfJustice%E2%80%94A%20LostCause.aspx](http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Three-DimensionalTrade%20marksBeforetheEuropeanCourtOfJustice%E2%80%94A%20LostCause.aspx)>.

IV. Special Provisions regarding the Protection of Three-Dimensional Marks

The second step of the trade mark examination is actually the strictest point leading to refusal of three-dimensional marks, and the main problem proprietors have with Article 4(1)(e) of the TMD and Article 7(1)(e) of the EUTMR. Most concerns related to the protection of shape marks are derived from these provisions. Arguably, the self-acknowledged equal treatment of the Court of Justice in its assessment while determining distinctive character completely collapses when the subject matter relates to these provisions, and it leaves no doubt behind about the disadvantageous position of three-dimensional marks. These provisions state that a shape cannot be registered as a trade mark if:

“It consists exclusively of:

- (i) The shape, or another characteristic, which results from the nature of the goods themselves,
- (ii) The shape, or another characteristic, of goods which is necessary to obtain a technical result, or
- (iii) The shape, or another characteristic, which gives substantial value to the goods.”⁹³

These requirements directly derive from the expansion of law regarding the protection of trade marks and intellectual property in general.⁹⁴ The scope of protection of trade marks is much broader than in the past. Today, regulations allow for the protection of non-traditional marks which might once have come under the protection umbrella of other intellectual property rights such as patents, designs or copyrights. Formerly patented products or formerly protected products under design laws are relevant examples here. Owners of these expired intellectual property rights desire to continue their monopoly/power on their products. Thus they attempt to register them as trade marks. The reason behind this is that patent protection only lasts for 20 years.⁹⁵ When a patent expires, the protection will be no more. Also, design law offers protection for a maximum of 25 years in Europe.⁹⁶ On the other hand, trade mark registration gives extreme value for rights holders since its protection gives a total monopoly on a shape for an almost infinite period of time if used in the relevant market.⁹⁷ The only requirement is that trade marks are subject

⁹³ Article 4(1)(e) of the TMD and Article 7(1)(e) of the EUTMR.

⁹⁴ Paul Torremans, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, (8th ed., Oxford University Press, 2016), 449.

⁹⁵ Patents Act 1977 Article 25(2), European Patent Convention 2000 Article 63(1).

⁹⁶ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs, Article 12.

⁹⁷ Heal (n 85), 1.

to regular renewal.⁹⁸ Therefore, courts and intellectual property offices assess three-dimensional shape marks in light of the abovementioned situation. Thus, it is the main reason why registering a possibly distinctive three-dimensional shape as a trade mark is extremely difficult.⁹⁹

In the early applications before the EUIPO (OHIM at that time), it can be seen that these specific criteria¹⁰⁰ were not applied in a strict sense to shape mark applications at the Office. The protectability of shape marks was not affected by the presence of other types of intellectual property that are also applicable to specific shapes. The OHIM mainly examined the registrability of shape marks only on the grounds of distinctiveness and descriptiveness, and the approach of the Office to the application of Article 7(1)(e) EUTMR (was CTMR) was quite hesitant back then.¹⁰¹ However, the situation changed slightly with a decision from the OHIM Board of Appeals. In the *Milan Ferragamo* decisions,¹⁰² the Board expressed that a trade mark, related to a woman's shoes consisted of ornamental designs, and the registration was rejected due to the protection of these ornaments by design law.¹⁰³ The Board added that the subject matter should not be protected by trade mark law if it is also the subject of another intellectual property right, in this case, design law.¹⁰⁴ This decision was a preamble example of examining a shape's eligibility for trade mark protection on the grounds of the nature of the goods, their technical function, or their substantial value, and has become a landmark decision since then.¹⁰⁵

In later cases, the European Court of Justice set tough standards in its rulings for the protection of shape marks in the context of Articles 7(1)(e) EUTMR and 4(1)(e) TMD. According to Lionel Bently and Brad Sherman, although the precise scope of the Court's standards on these exclusions is unclear, exclusions have four main characteristics in common.¹⁰⁶ First is that these tough standards only apply to shapes.¹⁰⁷ However, this was changed by the new legislation that came into force a few years back and is not relevant now. The new wording says shapes and other characteristics.¹⁰⁸ The second common characteristic of tough standards is that shapes

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Article 4(1)(e) of the TMD and Article 7(1)(e) of the EUTMR.

¹⁰¹ Selma Toplu Unlu and Ceren Aral, A Comparative Study on Three-Dimensional Marks in the European and Turkish Practice (2011) 1 Available at <[http://www.mondaq.com/turkey/x/119442/Trade mark/A+Comparative+Study+on+Three+Dimensional+Shape+Marks+in+the+European+and+Turkish+Practice](http://www.mondaq.com/turkey/x/119442/Trade+mark/A+Comparative+Study+on+Three+Dimensional+Shape+Marks+in+the+European+and+Turkish+Practice)>.

¹⁰² Cases R-395/199-3, R-272/199-3, OHIM Board of Appeal, Milan Ferragamo Decisions.

¹⁰³ Christopher Heath and Anselm Kamperman Sanders (editors), *New Frontiers of Intellectual Property Law* (1st ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005), 197.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Unlu and Aral (n 101) 1.

¹⁰⁶ Bently and Sherman (n 51) 914.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ See, Section V for more information.

exclusively have a natural, technical or ornamental function in the first place in order to be rejected on the grounds of Articles 7(1)(e) EUTMR and 4(1)(e) TMD.¹⁰⁹

The third common characteristic in applying these tough standards is competition concerns, as mentioned previously. All three abovementioned exclusions result from the nature of the goods themselves, from a technical result or from giving substantial value to the goods.¹¹⁰ In the *Philips v. Remington* case, the Court of Justice ruled that the exclusions were intended to protect competition and prevent the proprietor of a mark from gaining a monopoly position over the technical functions of a trade mark.¹¹¹ As Advocate General Colomer mentioned in his opinion, if a shape has natural, functional or ornamental characteristics, then the test will not be a search for distinctive elements of these characteristics. Instead, the test should focus on healthy competition to prevent proprietors from extending their monopolies.¹¹² It is worth mentioning that the Max Planck Institute has argued that competition policy can explain the policy on the nature of goods and their technical function. However, exclusion on the grounds of substantial value seems quite problematic.¹¹³

The fourth common feature of these tough standards is wholly independent of the distinctiveness test.¹¹⁴ The distinctive character cannot ensure registration for a three-dimensional mark. For instance, a G-star company designs and manufactures jeans with unique characteristics and has registered two distinctive shapes situated on its jeans.¹¹⁵ When Benetton started to manufacture similar jeans with similar shapes, G-star brought an action against Benetton.¹¹⁶ In response, Benetton challenged G-star's application of the shapes on the grounds of Article 1 of the Benelux Trade Mark Law on trade marks, which is the equivalent of Article 4(1)(e) of the Directive.¹¹⁷ In its ruling, the European Court of Justice underlined the fact that Article 4(1)(e) contains "preliminary" obstacles for shapes. If a shape mark has a substantial value regardless of being inherently distinctive or having acquired distinctiveness, the application will be rejected and cannot be registered as a trade mark.¹¹⁸

¹⁰⁹ Bently and Sherman (n 51) 915.

¹¹⁰ Bently and Sherman (n 51) 914.

¹¹¹ Case C-299/99 Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd. [2002] ECLI:EU:C: 2002:377, para 78.

¹¹² Case C-299/99 Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer [2001] ECLI:EU: 2001:52, para 16.

¹¹³ Further discussions will be made on this issue in the following section. Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System (2011) 72, Available at: <http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/20110308_allensbach-study_en.pdf>.

¹¹⁴ Bently and Sherman (n 51) 917.

¹¹⁵ Case C-371/06 Benetton Group SpA v G-Star International BV. [2007] ECLI:EU:C: 2007:542, para 7-8.

¹¹⁶ Ibid, para 10.

¹¹⁷ Ibid, para 11.

¹¹⁸ Ibid, para 26.

To sum up, all four characteristics underline the objectives behind these provisions. Consequently, a shape mark cannot be registered if it cannot pass the examination regarding subsections (i), (ii) and (iii) of these provisions.¹¹⁹ It is crucial to mention that only one of these grounds is enough for a mark to be refused from registration if those particular grounds are “fully” applicable.¹²⁰ Therefore, it is inconsequential whether a mark is addressed by more than one subsection.¹²¹ It is clear that they are examined independently and related to different aspects of a mark. The rulings of the European Court of Justice on these subsections are now examined in turn, respectively.

A. Shapes Exclusively Resulting from the Nature of Goods

The first subsection of the provision prohibits the registration of signs whose shape exclusively results from the nature of goods themselves. The general view of this exclusion is that it was designed straightforwardly.¹²² For example, registering the spherical shape for soccer balls is impossible. If an undertaking registers the spherical shape for soccer balls, it will not leave any space for competitors to manufacture soccer balls. For this reason, as the Court of Justice gives particular importance to the public interest, undistorted competition becomes the main aim. In the *Philips v Remington* case, Aldous LJ expressed that the examination for the first exclusion is based on preventing undertakings from monopolising¹²³ and added that shapes that are indispensable to the product’s function could not be registered unless they contain some addition that may add significance to the mark.¹²⁴

However, in another instance, the Dutch Supreme Court referred to the Court of Justice for a preliminary ruling and asked, “Does the first exclusion refer to a shape which is indispensable to the function of a product, or can it refer to one or more substantial inherent characteristics which consumers may seek in a competitor’s product?”¹²⁵ The interpretation of the Court brought light to the issue. The Court ruled that Article 4(1)(e)(i) should apply to a sign which consists of a shape having one or more inherent essential characteristics for its generic function.¹²⁶ Moreover, essential functions should be determined on a case-by-case basis, and the overall impression of the product also becomes crucial when assessing each component that may have essential functions since it directly affects the consumers’ choice.¹²⁷

¹¹⁹ Torremans (n 94) 449.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² Bently and Sherman (n 51) 918.

¹²³ *Philips Electronics NV v Remington Consumer Products* [1999] RPC 116 (23): 809, 820.

¹²⁴ Ibid, 818.

¹²⁵ Case C-205/13 *Hauck GmbH & Co. KG v Stokke A/S and Others* [2014] ECLI:EU:C: 2014:2233, para 14.

¹²⁶ Ibid, para 27.

¹²⁷ Ibid, para 27.

The interpretation here is rather straightforward. Precisely, what this stand for is that such absolute grounds for refusal should not be interpreted narrowly. For instance, it should not include the exclusion of apple shapes for apples or spherical shapes for balls only but should also include shapes that have essential characteristics forming the main function of a product since consumers would be likely to seek these characteristics in competing products.¹²⁸ In other words, not only the whole shape of a product but also some additional characteristics that are an essential part of a product cannot also be registered. In this sense, the Court's interpretation raised the threshold to a higher point and reduced the chances of registering three-dimensional marks. It is also worth mentioning the relationship between other exclusions and the first exclusion. In this sense, if a sign consists of another aspect (functional or aesthetic, sections (ii) and (iii)), then refusal based on the first exclusion cannot apply to the sign because its characteristics would not be inherent to its generic function and would be likely to give a technical or decorative element to the sign.¹²⁹ In such a case, the second or third exclusions become fully applicable to the shape that sought registration for.

E. Shapes Necessary to Obtain a Technical Result

According to the second restriction, it is not possible to register any three-dimensional mark consisting of functions necessary to obtain a technical result. Two similar rulings from the Court of Justice shed light on the practical implementation of this provision and defined thresholds. Before the Court's preliminary ruling in the *Philips* case, the situation was quite vague in subsection (e)(ii). The case was about a three-headed shaver that Philips had been producing for a long time under trade mark protection. Later, Remington Ltd. started to manufacture a similar shaver, and Philips sued them for trade mark infringement. Remington's counterclaim was that the mark was devoid of distinctive character. The UK court decided to refer seven questions to the European Court of Justice to express its doubts on appeal. One of them was rather important due to the lack of clarification in the area. The UK court asked if a "technical result" exclusion could be overcome by proving the existence of some other shapes that can give the same technical result.¹³⁰ Before the decision, the EUIPO (OHIM) generally did not reject three-dimensional shape applications with functions required to achieve a technical result if other shapes give the same technical result. However, after the Court of Justice's ruling on this case, the OHIM changed its practice the same way as the Court. The Court of Justice ruled that any essential functional characteristics necessary to obtain a technical result will be excluded from registration, regardless of the existence of other shapes giving the same result.¹³¹

¹²⁸ Sara Balice, 'Tripp Trapp Case: The Court of Justice on 3D trade marks' (2015) EIPR 807, 810.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Philips Case* (n 111) para 16.

¹³¹ *Philips Case* (n 111) para 83.

It is crucial to note that the Court does not necessarily handle the provision narrowly or give a mandatory meaning only, but it broadly interprets a causal relationship between a shape and its technical result.¹³² Additionally, the Court does not limit “technical results” as in patent law, and any functional aspect which gives technicality to a shape will be included in the exclusion.¹³³ Also, due to broad interpretation, adding some non-essential characteristics without giving any technical result will not help the shape avoid the second exclusion, as long as the shape contains some functional characteristic.¹³⁴ Overall, the Court’s intended approach was to protect public interest since there would likely be a finite number of ways to achieve the same technical result, and trade mark registration of essential characteristics may distort competition. The court’s purpose is notable since the Court tries not to burden trade mark offices to deal with competition issues and instead tries to put competition concerns under the umbrella of public interest.¹³⁵

The Court’s attitude to additional functionality to shapes in determining the exact function of a specific shape is neutral. According to the Court, their existence will not affect the conclusion of a case in which a shape is seeking registration, and every component of a shape will be examined independently on a case-by-case basis.¹³⁶ In other words, the existence of other functional but non-essential shapes would not affect the outcome of the assessment. However, commentary argues that the Court’s reasoning is insufficient. According to Gonzales, the immateriality of other available shapes can overbalance the thin line between goodwill - the labour of the proprietor, and undistorted competition - the public interest, if a three-dimensional mark is rejected regardless.¹³⁷

The Court of Justice had a second chance in the *Lego Juris* Case to determine once again the functionality exclusion.¹³⁸ The Court repeated its public interest and competition concerns, identical to the *Philips* case.¹³⁹ *Lego Juris* Case re-established the ruling of *Philips* case, indicating that trade mark protection must be assessed broadly by considering other intellectual property rights not to contradict other rights and competition concerns. However, competition concerns must be internalised within the public interest and functionality provisions, and trade mark offices and courts should not deal with additional competition questions. With regards to functional and non-functional characteristics, the Court of Justice expressed that a

¹³² Bently and Sherman (n 51) 921.

¹³³ Bently and Sherman (n 51) 920.

¹³⁴ Mark Shillito and Heather Newton, ‘EU: trade marks – shape marks’ (2009) EIPR N25, N26.

¹³⁵ Vlotina Liakatou and Spyros Maniatis, ‘Lego – building a European concept of functionality’ (2010) EIPR 653, 656.

¹³⁶ Like in the Nestle Case (n 77).

¹³⁷ Lennin Hernandez Gonzales, ‘Functional Shape Marks Conditions for the exclusion of protection and limits thereof’, LL.M. dissertation 2009-2010 Katholieke Universiteit Leuven Faculty of Law, 12.

¹³⁸ Liakatou and Maniatis (n 135) 653.

¹³⁹ Case C-48/09 *Lego Juris A/S v OHIM* [2010] ECLI:EU:C:2010:516, para 44-45.

shape can be registered if it has a major non-functional element, but the existence of some minor arbitrary functional characteristics which offer technical solutions in a shape will cause a three-dimensional mark to be refused on the grounds of the second restriction.¹⁴⁰ The Court then repeated the immateriality of other alternative functional shapes in determining the registrability of a three-dimensional shape mark. Nevertheless, the Court recalled that the passing-off law pathway that examines unfair competition rules is open for slavish copies of a product.¹⁴¹

It is obvious that essential characteristics must be identified one by one in terms of whether they are essential and then whether they are functional. From the *Philips* and *Lego* cases, it is understood that if essential characteristics are non-functional, then registration doors will open for three-dimensional marks. As paragraph 72 of *Lego* Case emphasises:

“Article 7(1)(e)(ii) ... cannot be applicable where the application for registration as a trade mark relates to a shape of goods in which a non-functional element, such as a decorative or imaginative element, plays an important role.”¹⁴²

According to Liakatou and Maniatis, determining essential characteristics is the main point in the assessment.¹⁴³ Such future cases would definitely focus on identifying essential characteristics, and proprietors will try to prove that their product’s essential characteristics are not functional in the first place.¹⁴⁴ At this point, Newton suggests that experts should support the assessment of essential characteristics rather than consumers.¹⁴⁵

In brief, the approach of the European Court of Justice is straightforward and strict in terms of obtaining a technical result. Regarding *Lego*’s prior patents for the subject matter of trade mark registration,¹⁴⁶ it is clear that three-dimensional marks that are eligible for patent protection cannot be protected by trade mark law to short-circuit the 20-year protection rule and obtain infinite protection. However, national courts and the Court of Justice have had difficulties interpreting the second restriction, and the CJEU has always tried to rely on public interest.

The policy concerns of the Court are plausible, and further clarifications on technicality issues are given in the long-lasting *Rubik’s Brand* Case.¹⁴⁷ By its appeal,

¹⁴⁰ Ibid, para 52.

¹⁴¹ Ibid, para 61.

¹⁴² Ibid, para 70.

¹⁴³ Liakatou and Maniatis (n 135) 656.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Shillito and Newton (n 134) n26.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Case C-936/19 P *Rubik’s Brand Ltd v European Union Intellectual Property Office (EUIPO)* [2020] ECLI:EU:C:2020:286.

Rubik's Brand asks the CJEU to set aside the judgment of the General Court,¹⁴⁸ which General Court dismissed the appellant's action for annulment of the decision of the First Board of Appeal of the EUIPO concerning invalidity proceedings between



Simba Toys and Rubik's Brand. The Rubik's Cube was first registered by Seven Towns as a three-dimensional mark in the EU in 1999 and was renewed in 2006.¹⁴⁹ In 2006, a German company, Simba Toys, applied to the EUIPO, claiming that the Cube contains a technical function, and that function can only be registered as a patent, not a trade mark. Upon the rejection of the cancellation application by the EUIPO, Simba Toys took the relevant decision to the General Court.

In 2014, the General Court dismissed the case on the grounds that the Rubik's Cube did not contain a technical function stating that the technical function of the Cube was not as a result of its shape, but rather stemming from an invisible mechanism located within the cube.¹⁵⁰ As a result, Simba Toys appealed the case, and this time the request of Simba was found relevant, which claims that the three-dimensional shape includes a technical function, including an invisible functional element of the product, such as the rotation capability presented in shape in question. As a result, the First Board of Appeal of EUIPO cancelled the registration of the trade mark, believing that basic characteristics of the cube's three-dimensional shape were necessary to achieve the technical result consisting of fulfilling the rotation function, and therefore it could not be registered as a trade mark.¹⁵¹ Although Rubik's Brand has requested an annulment of the decision, the technical result was relevant to the three-dimensional shape and was ruled that the three-dimensional shape of Rubik Cube cannot be registered as a trade mark in 2020.¹⁵² These decisions on the Cube clearly show that the CJEU and the EUIPO are quite strict on the registrability of three-dimensional marks, which can initially be protected as patents.

F. Shapes Having a Substantial Value

A three-dimensional sign that is an indicator of origin, has an inherent or acquired distinctive character, and consists of major non-functional (for its technical results) and non-inherent essential characteristics could still be rejected during the application process. The third exclusion applies to shapes that give substantial value to the goods. The main reason behind this is to exclude matters that originally belonged to design law from trade mark protection by broadly interpreting the provisions mentioned

¹⁴⁸ Case T-601/17, *Rubik's Brand v EUIPO — Simba Toys (Shape of a cube with surfaces having a grid structure)* [2019] EU:T:2019:765.

¹⁴⁹ *Ibid.*, para 5.

¹⁵⁰ *Ibid.*, para 13-14.

¹⁵¹ *Ibid.*, para 25.

¹⁵² Case C-936/19 P *Rubik's Brand Ltd v European Union Intellectual Property Office (EUIPO)* [2020] ECLI:EU:C:2020:286.

in the previous section. However, the lack of a sufficient number of decisions and the nature of the wording makes this exclusion and its scope quite complicated and incomprehensible. The most notable examples of decisions about this exclusion are the *Bang & Olufsen* and *Hauck* cases.

Bang & Olufsen sought registration of a pencil-shaped speaker. The General Court (eighth chamber) rejected Bang & Olufsen's application (T-508/08) on the grounds of section (iii). The General Court ruled that the aesthetic design of the speaker is as important as its other characteristics, such as sound quality and performance, and gives substantial value to the speakers.¹⁵³ Even if consumers of Bang & Olufsen will look for sound quality and performance in speakers, the speaker's design still adds substantial value to the products and can be important and decisive for consumers.¹⁵⁴ In this sense, the essential elements of speakers can be sought in competing products by consumers and are thus excluded from trade mark protection. Briefly, quality characteristics will add value to goods, but this should not be in terms of their aesthetic shapes only.¹⁵⁵ Trade marks are indicators of origin, and when they give substantial value just because of their futuristic or beautiful shapes, their primary objective would be lost.¹⁵⁶ For instance, as mentioned in the previous section, Daimler-Chrysler's registered vehicle-grill does not add substantial value to the product itself since its ventilating function is not worthy of note regarding the vehicle's functioning, nor does it have an artistic shape. It is purely a badge of the commercial origin of the product in the eyes of consumers.

Assessment of whether a shape gives substantial value to a product can be performed by comparing the prices of competing products that do not have that shape. However, any compared products would definitely have different characteristics, such as differences in production materials and quality. These different characteristics could affect the overall price and cannot be easily separated in terms of value.¹⁵⁷ In other words, the main problem with this exclusion is that it is highly subjective. For instance, evaluating the technical necessity or nature of a product is materially objective.¹⁵⁸ However, assessment of substantial value in commercial activity highly depends on the consumer, and the habits of consumers tend to change rapidly in time, especially for high-technology products. These evaluations definitely change from time to time and place to place in terms of their impact on competitiveness. In

¹⁵³ Case T-508/08 *Bang & Olufsen A/S v Office for Harmonisation in the Internal Market (OHIM)* [2011] ECLI:EU:T:2011:575, para 75-77.

¹⁵⁴ *Bently and Sherman* (n 51) 923.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Bently and Sherman* (n 51) 924.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System (2011) 73, Available at: <http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/20110308_allensbach-study_en.pdf>.

light of these concerns, the Max Planck Institute has suggested abolishing the third exclusion.¹⁵⁹

According to Balice, the exclusion on the grounds of substantial value remains unclear¹⁶⁰ since there are two current interpretations of the term “substantial value”.¹⁶¹ The first approach (the approach of German courts) excludes shapes where the aesthetic function is significant.¹⁶² It happens when the economic value of the product is mainly based on its aesthetic appearance and where the indication of origin function completely loses its relevance, such as artworks.¹⁶³ However, for the second approach, the case-law of the CJEU, the exclusion covers:

“All other practical objects in respect of which design is one of the fundamental elements which determine their attractiveness, and thus the market success of the goods concerned.”¹⁶⁴

The Court of Justice explicitly ruled in response to the question referred to them regarding the ‘Tripp Trapp’ chair case: substantial value cannot be limited to products that only have aesthetic value.¹⁶⁵ Otherwise, products that consist of other characteristics such as comfort or quality in addition to aesthetic value will be out of the scope of the exclusion, and if a monopoly is granted on the essential characteristics of such a product, it would be contrary to the purpose of the provision.¹⁶⁶

Kur argues that the third exclusion is an unfortunate example of European law-making.¹⁶⁷ Refusing ornamental shapes without any determination of their message is an inappropriate move.¹⁶⁸ Any aesthetic appeal may become inferior and lose its attraction to some extent. Thus, it can include messages of a brand’s origin (what this refers to is the aesthetic appeal of a shape primarily serving as a badge of origin), and consumers would be likely to buy the product, not for the design but the brand’s overall reputation.¹⁶⁹ On the other hand, Gielen argues the necessity for keeping the decorative aspects out of the scope of trade mark protection.¹⁷⁰ In other words,

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Balice (n 128) 812.

¹⁶¹ Case C-205/13, Opinion of Advocate General Szpunar, delivered on 14 May 2014, [2014] ECLI:EU:C: 2014:322.

¹⁶² Ibid, para 77.

¹⁶³ Ibid, para 77.

¹⁶⁴ Ibid, para 81.

¹⁶⁵ Cases C-205/13 Hauck GmbH & Co. KG v Stokke A/S and Others [2014] ECLI:EU:C: 2014:2233, para 32.

¹⁶⁶ Annette Kur, ‘Too Pretty to Protect? Trade Mark Law and the Enigma of Aesthetic Functionality’ (2011) Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-16, 3, Available at: <<https://ssrn.com/abstract=1935289>> 3.

¹⁶⁷ Ibid, 21.

¹⁶⁸ Ibid, 18.

¹⁶⁹ Ibid, 18.

¹⁷⁰ Charles Gielen, “Substantial value rule: How it came into being and why it should be abolished?” (2014) EIPR 164.

maintaining the distinction between design and trade mark law is also an important aspect, and the CJEU does not seem to skip over this issue.¹⁷¹

However, suppose a three-dimensional shape departs significantly from the norms and customs of the sector. In that case, it probably adds some value to the product -or not if it lacks distinctive character.¹⁷² As a result, the thin line between distinctiveness, technical function and aesthetic function does not leave any room for three-dimensional shapes to be granted protection. In one way or another, the application will be rejected on the grounds of distinctiveness or under subsections (i), (ii) or (iii). In most instances, a three-dimensional shape giving a non-essential function would likely have an aesthetic function. Otherwise, there would be no meaning attributed to the shape, other than shapes resulting from the nature of goods, which is also an exclusion provision. A three-dimensional shape must give non-essential functions, must be non-essential itself, and must not give substantial value in order to enjoy trade mark protection. In other words, lawmakers, the CJEU and the EUIPO implicitly leave three-dimensional out of trade mark protection in favour of design laws.

V. Recent Reforms and Implications regarding the Protection

The trade mark system in Europe has undergone significant changes recently. Trade mark regulation in the EU, CTMR, has been amended and has become the EUTMR,¹⁷³ and the Directive has also changed.¹⁷⁴ They introduced several changes to the law.¹⁷⁵ First, “the graphic representation” requirement is now gone. Instead, seven criteria must be proved by signs that seek registration.¹⁷⁶ This change was not a severe one in the context of three-dimensional marks. Although some exceptions exist, three-dimensional marks are generally represented graphically with ease due to their nature. Under the new laws, the position on three-dimensional marks would be unlikely to change in terms of graphic representation.

The second change is in the specific requirements of shapes – covered by sections (i), (ii), (iii) – which were examined in detail in the previous chapter. All three exclusions now begin with “shape or another characteristic ...” instead of just “shapes”. According to Fields and Muller, the addition of the phrase “*another*

¹⁷¹ Kur (n 166) 21.

¹⁷² Kur (n 166) 21.

¹⁷³ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification) (Text with EEA relevance).

¹⁷⁴ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks.

¹⁷⁵ Desiree Fields and Alasdair Muller, ‘Going against tradition: the effect of eliminating the requirement of representing a trade mark graphically on applications for non-traditional trade marks’ (2017) 238, 238.

¹⁷⁶ Sieckmann Criteria, Case C-273/00 Ralf Sieckmann v Deutsches Patent und Markenamt [2002] ECLI:EU:C:2002:748, para 55.

characteristic” looks like a counterbalancing move for the abolition of the graphic representation requirement.¹⁷⁷ However, changes in the provision would not affect three-dimensional marks in this sense. Instead, other non-traditional marks such as taste, scent or sound will suffer from this strict provision, which forces them out of trade mark protection.¹⁷⁸ Hereby, the approach of the Court of Justice towards other marks is awaited with interest.

In brief, new laws would not affect the assessment method of three-dimensional shape marks. However, the precedent of the CJEU and the EUIPO implicitly leave three-dimensional shapes out of trade mark protection in favour of patent and design laws. Although the CJEU expresses that registration of three-dimensional shapes should be no different from other marks, strict and broad interpretation of trade mark provisions makes them harder to be protected as trade marks. In order to obtain protection, a three-dimensional shape should depart significantly from the commons of the sector and obtain a distinctive character which is the standard requirement. However, three special provisions, within Article 4(1)(e) of the TMD and Article 7(1)(e) of the EUTMR, makes the registration of three-dimensional shapes extremely difficult as trade marks.

Taking into account the public interest, including fair competition goals and the broad interpretation of trade mark laws in the world of intellectual property rights, is the correct move and the approach of the CJEU to three-dimensional marks on the grounds of the first and second exclusions is appropriate and necessary. However, the third exclusion seems to be extremely expendable, which results in losing its original aim to foster and ensure healthy competition in the market.¹⁷⁹ As seen above, the CJEU tries to draw a framework and create a distinction between design and trade mark laws in applying the third exclusion. However, the interpretation of the CJEU moves away from the main goal of the provision, which is to address public interest and competition goals in the market. Aesthetic value stemming from the three-dimensional shape and overall attractiveness of goods as a reason for the exclusion misses the crucial point. Thus, the exclusion loses its goal completely.

The wording of the third exclusion is also problematic since it allows wide interpretations, which are often quite strict. As the provision is expendable to most three-dimensional shape applications, the situation could leave three-dimensional shapes out of trade mark protection completely. Nevertheless, the recommendation is not to abolish the third exclusion completely. It seems to be an overreacting move since the idea behind the special provision can be executed rather narrowly by the CJEU. In other words, registration of a three-dimensional shape that initially provides

¹⁷⁷ Fields and Muller (n 175) 242.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Kur (n 166) 21.


some artistic value to the product/or packaging should be allowed by the trade mark offices and courts. Although design laws and design protection are a fact, spread of three-dimensional shapes as indicators of origin in the last couple of decades makes it necessary to apply specific trade mark law provisions rather narrowly. Today, three-dimensional shapes appear more common as signs and indicators of origin due to the rapid development in high technology, and proprietors seek protection for their three-dimensional signs more than ever. Therefore, the CJEU needs to create precedent that allows the registration of unique, distinctive, non-essential, non-functional three-dimensional shapes as trade marks, focusing on distinctiveness and the first two exclusions closer.

VI. Conclusion

Signs are not registerable if they consist exclusively of a shape or other characteristic that is necessary to achieve a technical result, results from the nature of the goods themselves, or gives substantial value to the goods pursuant to Article 4(1)(e) Trade Mark Directive 2015 and Article 7(1)(e) of EU Trade Mark Regulation. This is a result of an intention to avoid unfair competition and hence trade mark monopolies. The reason can be clearly seen in relation to technical functionality.¹⁸⁰ The idea of protecting shapes through design laws is another intention here. As a consequence, the proof of acquired distinctiveness, non-descriptiveness and not being customary are not enough to overcome these special objections which makes registration much more troublesome for shape marks compared to traditional marks such as words, logos, or figurative marks.

However, three-dimensional mark is the most common type of “non-traditional mark” today and in the near future, they may even become more common and be regarded as a traditional mark along with logos and words due to the expansion of trade mark protection and the development in the technology that enables new techniques, creates new types of products and new marketing strategies. The proliferation of 3D printers will lead to new and unique creations. In fact, three-dimensional shapes are becoming standalone products themselves due to three-dimensional printers. However, due to their unique characteristics and special provisions in trade mark laws not applicable to other traditional marks, three-dimensional marks suffer two main problems with trade mark protection. The first main problem generally occurs within the distinctiveness requirement. Cheap products and common packaging of products generally lack distinctive character. Additionally, having common and obvious shapes, three-dimensional shapes can hardly be badges of origin in consumers’ views. Consumers do not see them as particularly indicative, and they mostly rely

¹⁸⁰ Hector MacQueen, Charlotte Waelde, Graeme Laurie and Abbe Brown, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy* (2nd ed., Oxford University Press, 2011), 587.

on figurative signs or words. The exception for this is three-dimensional shapes that have acquired distinctiveness, such as the glass bottle of Coca-Cola . Furthermore, the Court of Justice gives particular importance to the public interest and ensures that common shapes are open to free competition.

The second obstacle for the registration of three-dimensional marks is the once specific requirements for three-dimensional marks. The CJEU has a strict and broad interpretation of this provision. The case law has already established that if a product is protectable by other IP rights, it should remain as it is. Unarguably, trade mark protection means a never-ending (subject to renewal) monopoly right for undertakings. It would be crucially dangerous for healthy competition if the time-restricted intellectual property rights were expanded to be infinite. Functional shapes or shapes where their design is at the forefront of a product cannot be registered as a trade mark, even if they have a distinctive character.

The approach of the CJEU to three-dimensional marks on the grounds of the first and second exclusions of the special provisions is adequate. However, the same cannot be said for the third exclusion. Due to its wording and purpose, the third exclusion is excessively expendable, leaving three-dimensional shapes out of trade mark protection completely. There should not be any problems in registering a three-dimensional shape if it simply gives value to a product, functions as a trade mark and indicates the commercial origin of a product. On the other hand, the attitude of the Court of Justice of European Union seems to be plausible in terms of the relationship between trade mark and other intellectual property rights such as patents and designs. Therefore, abolishing the third exclusion might be an overreacting move, but narrowing the scope of the exclusion should be conducted through case law in the EU.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Primary Sources

Cases C-108/97 and C-109/97 Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) and others [1999] ECLI:EU:C: 1999:230

Case C-299/99 Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd. [2002] ECLI:EU:C: 2002:377

- Case C-299/99 Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer [2001] ECLI:EU: 2001:52
- Cases C-53/01 to C-55/01 Linde and Others [2003] ECLI:EU:C:2003:206
- Cases C-456/01 P and C-457/01 P Henkel KGaA v OHIM [2004] ECLI:EU:C: 2004:258
- Case C-136/02 P Mag Instrument Inc. v OHIM [2004] ECLI:EU:C: 2004:592
- Cases C-469/01 P to C-472/01 P Procter & Gamble v OHIM [2004] ECLI:EU:C:2004:259
- Case C-24/05 P August Storck KG v OHIM [2006] ECLI:EU:C: 2006:421
- Case C-173/04 P Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG v OHIM [2006] ECLI:EU:C: 2006:20
- Case C-238/06 P Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG v OHIM [2007] ECLI:EU:C:2007:635
- Case C-321/03 Dyson Ltd v Registrar of Trade Marks [2007] ECLI:EU:C:2007:51
- Case C-371/06 Benetton Group SpA v G-Star International BV. [2007] ECLI:EU:C: 2007:542
- Case C-48/09 Lego Juris A/S v OHIM [2010] ECLI:EU:C:2010:516
- Case C-98/11 P Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v OHIM [2012] ECLI:EU:C: 2012:307
- Case C-205/13 Hauck GmbH & Co. KG v Stokke A/S and Others [2014] ECLI:EU:C: 2014:2233
- Case C-205/13, Opinion of Advocate General Szpunar, delivered on 14 May 2014, [2014] ECLI:EU:C: 2014:322
- Case C-215/14 Société de Produits Nestlé SA v Cadbury UK Ltd [2015] ECLI:EU:C: 2015:604
- Case C-421/13 Apple Inc. v Deutsches Patent und Markenamt (DPMA) [2014] ECLI:EU:C: 2014:2070
- Case C-273/00 Ralf Sieckmann v Deutsches Patent und Markenamt [2002] ECLI:EU:C:2002:748
- Case C-936/19 P Rubik's Brand Ltd v European Union Intellectual Property Office (EUIPO) [2020] ECLI:EU:C:2020:286
- Case T-601/17, Rubik's Brand v EUIPO — Simba Toys (Shape of a cube with surfaces having a grid structure) [2019] EU:T:2019:765
- Case T-508/08 Bang & Olufsen A/S v Office for Harmonisation in the Internal Market (OHIM) [2011] ECLI:EU:T:2011:575
- Case T-416/10 Yoshida Metal Industry v OHMI – Pi-Design and Others [2012] ECLI:EU:T:2012:222
- Case T-128/01 Daimler Chrysler v OHIM [2003] ECLI:EU:T:2003:62
- Cases R-395/199-3, R-272/199-3, OHIM Board of Appeal, Milan Ferragamo Decisions
- Case Philips Electronics NV v Remington Consumer Products [1999] RPC 116 (23) 809
- Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community Trade Mark
- Commission Regulation (EC) No 2868/95 of 13 December 1995 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community Trade Mark
- Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs
- Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)
- Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification) (Text with EEA relevance)

Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks

Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks

Patents Act 1977 (UK)

European Patent Convention 2000

Secondary Sources

Ahuja V K, 'Non-traditional trade marks: new dimension of the trade marks law' (2010) EIPR 575

Aplin T and Davis J, *Intellectual Property Law: Texts, Cases, and Materials* (3rd ed., Oxford University Press, 2017)

Asschenfeldt S, 'Protection of Shapes as Trade marks' (2003) 14 IIP Bulletin 102

Balice S, 'Tripp Trapp Case: the Court of Justice on 3D trade marks' (2015) EIPR 807

Bently L and Sherman B, *Intellectual Property Law* (4th ed., Oxford University Press 2014)

Bergquist J and Curley D, 'Shape trade marks and fast-moving consumer goods' (2008) EIPR 17

Cook T, 'Three Dimensional Trade marks in the European Union' (2014) 19 Journal of Intellectual Property Rights 423

Fields D and Muller A, 'Going against tradition: the effect of eliminating the requirement of representing a trade mark graphically on applications for non-traditional trade marks' (2017) EIPR 238

Gielen C, "Substantial value rule: How it came into being and why it should be abolished?" (2014) EIPR 164

Gonzales L H, 'Functional Shape Marks Conditions for the exclusion of protection and limits thereof', Dissertation 2009-2010 Katholieke Universiteit Leuven Faculty of Law

Heal M, 'Shape Marks and the Misshapen Monopoly' (2005), <<http://www.5rb.com/article/shape-marks-and-the-misshapen-monopoly/>>

Heath C and Anselm Sanders A K (editors), *New Frontiers of Intellectual Property Law* (1st ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005)

Humphreys G, 'Non-conventional trade marks: an overview of some of the leading case law of the Boards of Appeal' (2010) EIPR 437

Jones J, 'Have a break... have a CJEU Kit Kat reference; clarification sought in what circumstances the shape of a product can be registered as a trade mark' (2014) EIPR 733

Jones J, 'Chocolate wars: the Kit Kat awakens -acquired distinctiveness not put to bed by the courts' (2016) EIPR 307

Klett A, 'Three-Dimensional Trade marks before the European Court of Justice- A Lost cause?' (2007) 62(8) INTA Bulletin, Available at: <[http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Three-DimensionalTrade marksBeforetheEuropeanCourtofJustice%E2%80%94A%20LostCause.aspx](http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Three-DimensionalTrade%20marksBeforetheEuropeanCourtofJustice%E2%80%94A%20LostCause.aspx)>

Kur A, 'Too Pretty to Protect? Trade Mark Law and the Enigma of Aesthetic Functionality' (2011) Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-16

Liakatou V and Maniatis S, 'Lego – building a European concept of functionality' (2010) EIPR 653

Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System (2011)

MacQueen H, Waelde C, Laurie G and Brown A, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy* (2nd ed., Oxford University Press, 2011)

Mirza J T, 'CJEU expands trade mark law to include the design of a store layout' (2014) EIPR 813

Shillito M and Newton H, 'EU: trade marks – shape marks' (2009) EIPR N25

Torremans P, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, (8th ed., Oxford University Press, 2016)

Unlu S and Aral C, 'A Comparative Study on Three-Dimensional Marks in the European and Turkish Practice' (2011), [http://www.mondaq.com/turkey/x/119442/Trade mark/A+Comparati+ve+Study+on+Three+Dimensional+Shape+Marks+in+the+European+and+Turkish+Practice](http://www.mondaq.com/turkey/x/119442/Trade+mark/A+Comparati+ve+Study+on+Three+Dimensional+Shape+Marks+in+the+European+and+Turkish+Practice)>



Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk

Fatih Birtek*

Öz

20 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla istinaf kanun yolu fiilen uygulamaya girmiştir. Bu değişiklikle birlikte Türk ceza muhakemesi sistemi üç dereceli bir muhakeme sistemine dönüşmüştür. İlk ve ikinci derece yargılamada, cezai uyuşmazlığın maddi vakıa (ispat) ve hukuki mesele yönü hakkında bir karar verilmekte iken; “hukuk derece” olarak kabul edilen temyiz yargılamasında kural olarak sadece hukuka aykırılık (hukuki mesele) incelenmekte ve bu konuda bir karar verilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, temyiz kanun yolu bakımından “sebeplere gösterme zorunluluğu” ve “başvuruda gösterilen sebeplerle sınırlı inceleme” kuralları benimsenmiştir. Bu sebeple, temyiz başvurusunun kararın bozulmasını gerektiren sebepleri içerecek şekilde yapılması veya temyiz sebeplerine ilişkin gerekçeyi içeren ek bir dilekçenin sunulması gerekmektedir. Aksi halde, temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

Temyiz isteminde bulunan süje tarafından somut bir sebep gösterilmeksizin, “hükümün hukuka aykırı olduğu”, “hükümün hukuka ve usule aykırı olduğu” biçimindeki bir ifadenin “soyut temyiz başvurusu” olarak kabulü mümkün ise de somut temyiz sebeplerinin/ gerekçelerinin gösterildiği bir başvuru olarak kabulü mümkün değildir. Bu sebeple Yargıtay’ın yakın tarihli kararlarında, temyiz kanun yolu başvurularında yer alan “hükümün hukuka ve usule aykırı olduğu” ifadesinin temyiz sebebinin bildirilmesi olarak kabul edilmesi; CMK m 294 hükmünde yer alan açık düzenlemenin “yorum adı altında” daraltılması/ anlamının değiştirilmesi veya diğer bir deyişle kanun hükmünün uygulanmaması anlamına gelmektedir.

Bu çalışmada, temyiz kanun yolunun özellikleri, mahkemeye erişim hürriyeti ve adil yargılanma hakkı bakımından önemi, temyiz başvurusunda sebep gösterme zorunluluğu (zorluğu), temyiz sebeplerinin gösterilmesi gereken zaman dilimi ve temyiz sebeplerinin gösterilmemesine bağlanan yaptırımlar, teoride ve uygulamada öne sürülen görüşler doğrultusunda ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Mahkemeye Erişim Hakkı, Temyiz, Temyiz Başvurusu, Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesi, Temyiz İsteminin Reddi

Difficulties Regarding the Requirement of Indicating the Reason for Appeal in Criminal Procedural Law

Abstract

The Turkish Court of Cassation began functioning on July 20, 2016. With this legal step, the Turkish Criminal Procedures (TCP) system transformed into a three-tier criminal justice system. First- and second-degree criminal procedures involve two aspects of judicial review: point of law and point of proof. However, the scope of judicial review of Turkish Court of Cassation includes only reviews points of law. The Court of Cassation only rules on the issue of point of law in material cases. The rules pertaining to the obligations for reason submittal and *ultra petita* have been adopted with regard to remedying legal appeals in the Turkish Criminal Procedure Code (TCCP). Therefore, the appeal must be made in a way that includes the whole reasons and also appellant can submit an additional petition which includes reasons of appeal. Although an application may be accepted as a request of appeal without showing a certain reason for the request, it

* **Sorumlu Yazar:** Fatih Birtek (Doç. Dr.), Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Sivas, Türkiye. E-posta: fatihbirtek@cumhuriyet.edu.tr ORCID: 0000-0001-7019-0653

Atf: Birtek F, “Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk” (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1331. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0008>



cannot be accepted strictly as an appeal application. Therefore, the recent practices of the Court of Cassation have not been within the letter of the law.

This study provides a detailed discussion of the characteristics of an appeal request, their importance in terms of the freedom of access to justice and the right to a fair trial, the obligation to indicate the reasons for appeal in the appellate brief, the deadline for indicating reasons, and the legal results related to neglecting these requirements in line with theory and practice.

Keywords

Right of Access To Justice, Appellate, Appellate Brief, Indicating The Reason of Appeal, Rejection of Appeal

Extended Summary

Turkish Criminal Procedure System (TCPS) has been transformed into a three-tier structure, with the Courts of Cassation becoming operational on July 20, 2016. First- and second-degree criminal procedures involve two aspects of judicial review: point of law and point of proof. Notwithstanding, the third level of criminal procedure is cassation and only includes point of law regarding judicial review. Therefore, the level of cassation (judicial review in the Court of Cassation) is referred to as the “*judicial review*”.

In accordance with case law for the ECHR and the Turkish Supreme Court, the rules for applying a judicial review (appeal) are not violated as long as they have been previously regulated by the law and do not approach or exceed upon the essence of the right of access to justice and the right to a fair trial. The violation of a legal rule (unlawfulness) constitutes the reason, subject, and outline of an appeal (application to the Court of Cassation) in terms of the a judicial review of the level of law within the three-tier structure. The appellate brief (petition of appeal) should include the appellant’s reason for cassation. Nonetheless the point of absolute unlawfulness (TCPA, Art. 289) is not mandatory for an appellate brief. The absence of any reasons for (merits of) cassation on the appellate brief are legally sanctioned as grounds for the Criminal Circuit of the Court of Cassation to reject an appeal. Therefore, having the appellant indicate the reason(s) for cassation on the appellate brief is essential for it to be subjected to a judicial review from the Turkish Court of Cassation.

Articles 296/1 and 298 of the TCPC are incompatible with one another. Therefore, the indicating the reasons for (merits of) cassation on the appellate brief may have been previously submitted to a judicial review of the criminal circuit of the Court of Cassation, especially if a judgement is rendered without an opinion. Articles 296/1 and 298 of the TCPC must be amended by taking into account the principle of *ultra petita* regarding judicial reviews in the Court of Cassation. The essential problem with regard to indicating the merits of cassation arises for judgements that have been rendered without an opinion. When focusing on the legal arrangements in the TCPC within this situation, the first petition (i.e., appellate brief) is the first document filed

for revealing the reason(s) for cassation regarding judgements rendered without an opinion. The second document involves the merits of cassation and is referred to as an additional petition.

The applicant must submit an appellate brief (first petition) within a certain legal timeframe after the judgment (Court of Cassation judgment) has been delivered to the applicant. Afterward the applicant may submit an additional petition that includes the merits of cassation. Submitting an appellate brief that contains reasons such as “we oppose to the judgement,” “we do not accept the judgement,” “we submit an appeal,” or “we make an appeal” are unacceptable as valid appeal reasons for judgements that have been rendered without an opinion. However, indicating a reason for (merits of) cassation on the appellate becomes difficult and especially challenging for appeals to the criminal circuit of the Court of Cassations regarding rulings stated as “formulated judgement,” particularly when taking into account the absence of the obligation of indicating the merits of cassation regarding appeals from parties apart from the public prosecutor, as the application for cassation (application brief) cannot include the merits of cassation by nature of the ruling in this process.

A valid application of cassation (application brief) includes a brief summary of the merits of the application (substantive law and/ or procedural law aspects) as long as the judgement has been rendered without an opinion. Afterward, the merits of the application can be submitted at the latest after the initial judicial review of the criminal circuit of the Court of Cassation using a second additional petition. Otherwise, the criminal circuit of the Court of Cassation will be able to make judicial review limited by the specific reason as determined in Article 289 of the TCPC.

The TCPC regulates the obligation of indicating the reason(s) for (i.e., merits of) cassation. The Code has clearly and precisely adopted in principle the rule of *ultra petita* with regard to cassation. However, the Turkish Court of Cassation does accept a valid application cassation regarding substantive criminal law for appellants who declare a judgement to be unlawful in terms of “law and procedure” by law of analogy despite analogy already having been prohibited in terms of clearly and precisely.

The statements (i.e., declarations) in the petition of cassation must be clear and require no interpretation in terms of the parties being represented by a lawyer. Otherwise, the application of cassation must be rejected. However, for parties who are not represented by a lawyer, the statements (i.e., declarations) on the petition of cassation must be interpreted as broadly as possible by taking into account the right of access to justice and the right to a fair trial. In this case, the merits of (i.e., reasons for) cassation should be revealed using an interpreter.

Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk

Giriş

Suçun işlendiği izlenimini veren bir hâlin soruşturma işlemlerini yapmaya yetkili merciler tarafından öğrenilmesiyle başlayan ve mahkeme tarafından verilen hükmün “kesinleşmesiyle” sona eren süreç, ceza muhakemesini oluşturmaktadır (Karş CMK m 2/1-e,f ve m 160/1). Bu süreçte yer alan muhakeme süjelerinin delillerle doğrudan doğruya temas ederek edindikleri kanaatleri, soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin ilerlemesinde ve sonuçlandırılmasında belirleyici bir rol oynamaktadır. Basit şüpheden (başlangıç şüphesinden) kesin hükme kadar uzanan muhakeme süreci bir bütün olarak ve baskın bir şekilde muhakeme süjelerinin “kanaatlerine” dayandığından ve yanılma insana has bir özellik (ve hâkimler de insan) olduğundan, bu süreçte adli hataların ortaya çıkması da muhtemeldir. Zira “*hata, insana mahsustur*” (errare humanum est)¹.

Muhakeme sürecinin sonucunda verilen hükümdeki hata ihtimali “*kaçınılmaz bir gerçeklik*”² ve hukuksal bir olgu olarak karşımıza çıktığından³, adli hata iddialarının/ şüphelerinin kural olarak başka⁴ ve üst bir yargı merci tarafından (dikey/ derece mahkemeleri usulüyle) denetlenmesi ve bu şekilde adalet mekanizmasına güvenin (hukuk güvenliğinin) sağlanması gerekmektedir⁵.

Kanun yolu denetiminin bulunmaması, mahkemeler tarafından tesis olunan hükme ilişkin olarak tarafların (veya toplumun) adli hata ihtimaline dair kanaatlerine, o hükmün tarafları ikna etmesine ve adalet mekanizmasına karşı duyduğu güvene doğrudan olumsuz bir şekilde etki etmektedir. “*Sosyal hayatta, mahkeme aracılığı ile bir insanın uğradığı haksızlıktan daha ağır ve daha derin yaralar açan hiçbir*

¹ Latin Atasözü.

² Ali Rıza Çınar, *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf* (Adalet 2010), 9.

³ Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (Adalet 2019), 17.

⁴ Ceza muhakemesinde hatalı karar veya hükümler, mahkemeler tarafından tesis olunduktan sonra –kural olarak kendiliğinden düzilemez ve ortadan kaldırılamaz. Serap Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık* (Alfa, İstanbul 1997), 2. Bu sebeple, kanun yolu denetiminin başka (ve kural olarak üst) bir merci tarafından gerçekleştirilmesi aynı zamanda bir zorunluluktur. Yargıtay’a göre “*aksine yasal bir düzenleme bulunmadıkça mahkemenin karar verdikten sonra dosyayı yeniden ele alarak yargılamaya yapması, yasal olanak bulunmadığı halde kendi kararını kaldırması, sonradan benzer ya da değişik karar vermesi usul yasasına aykırı olup bu şekildeki bir karar, hukuki dayanaktan yoksun, hukuken geçersiz ve yok hükmündedir*”. Yargıtay CGK, 10-244/240, 07.10.2003. (Bu çalışmada kullanılan ve ayrı bir kaynak belirtilmeyen kararlara <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/adresinden> ulaşılmıştır. Erişim Tarihi 23 Temmuz 2021).

⁵ Öztürk vd (n 1), 656. Öğretide kanun yolu denetiminin amaçları arasında “*hukukun gelişmesini sağlamak*”, “*adli hata riskini azaltmak*”, “*hukuki gerçeğe ulaşmak*”, “*maddi gerçeğe ulaşmak*”, “*yanılmaların arınmış saf bir sonucun ve doğru bir kararın elde edilmesini sağlamak*”, “*toplumu tatmin etmek*” ve “*ilk derece mahkemesinin kararından emin olmak*” da sayılmaktadır. Söz konusu görüşler için bkz Birtek, İstinaf (n 4), 42, 43.

haksızlık düşünülemez”⁶. İşte bu sebeple kanun yolu denetiminin (mahkeme kararlarının gözden geçirilmesinin) adalet mekanizmasına güven bakımından temel bir ilke (ve insan hakkı) olduğu kabul edilmektedir⁷.

Türk hukukunda olağan kanun yolu denetimi⁸, “*ilk derece*” mahkemesinin kararındaki maddi ve hukuki meselenin denetlenip denetlenmemesine göre “*ikinci derece*” ve “*hukuk derece*” olmak üzere üç basamaklı bir şekilde sınıflandırılmıştır⁹. Bu sınıflandırma bakımından temyiz kanun yolu, maddi vakıaya ilişkin denetim “*dosya/ gerekçeli karar*” üzerinden ve “*delillerle doğrudan doğruya temas edilmeksizin*” yapılan bir denetimi ifade ettiğinden, teknik anlamda “*derece*” olarak kabul edilmemekte ve bu sebeple de “*hukuk derece*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰.

Temyiz kanun yolundaki denetimin temel amacı, aynı kanun hükmünün bütün ülkede tek düze/ yeknesak bir şekilde uygulanmasını temin etmek ve bu yolla “*hukuk/ içtihat birliğini*” sağlamak¹¹ olduğundan temyiz mercii olan Yargıtay “*tek*”tir¹². Temyiz incelemesinin konusu, herhangi bir maddi vakıanın sübut bulup bulmadığı değil; sübut konusunda karar verilirken uygulanan usul hükümleri ile

⁶ A. Recai Seçkin, *Yargıtay, Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi*, (Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1967), 3. Adli hata, yargı sisteminin bir sorunu olup, bu sorunun da yargı sistemi içerisinde yer alan “*hukuki çareler*” aracılığıyla çözümlenmesi ve adli hata nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetin ceza adalet sistemi tarafından giderilmesi gerekmektedir. “*Adalet, yarıldığını anlayınca geri veremeyeceğini baştan almamalıdır*” Özdeyiş için bkz Faruk Erem, *Bir Ceza Avukatının Anıları* (Üçüncü Baskı, Kuzey Yayınları, Ankara 1984) 19.

⁷ Öztekin Tosun, *Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C II (2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976), 443, 444. Kanun yoluna başvurma hakkının adil yargılamanın bir gereği olduğu hususunda bkz Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet 2021), 686.

⁸ Kara Avrupası’nda olağan- olağanüstü kanun yolu ayrımı farklı esaslara dayanabilmektedir. Örneğin; Fransa’da olağan kanun yolu deyiminden, maddi meselenin ve hukuki meselenin incelenmesi (istinaf incelemesi) anlaşılmaktadır. Olağanüstü kanun yolu ise sadece hukuki meselenin incelendiği kanun yolu denetimi olan “*temyiz*”dir. Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu* (İstanbul Üniversitesi Yayını, Fakülteler Matbaası 1979), 49.

⁹ Soruşturma aşamasını sonuçlandırılan bir kısım kararlara karşı (Örneğin CMK m 172/1) benimsenen “*itiraz*” usulünün, ceza uyumsuzluğunu sona erdiren (yargılaştırın) bir mahkeme ya da hâkim karar olmadığından teknik anlamda konun yolu olan “*itiraz*” içerisinde değerlendirilebilmesinin mümkün olmadığı hususunda bkz Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (Onsekizinci Baskı, Beta 2010), 1673; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, (11. Baskı, Seçkin 2021); Birtek, İstinaf (n 4), 46.

¹⁰ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 10), 1647; Doğan Soyaşlan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2018), 575, 576; Ali Rıza Çınar, *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu* (Turhan Kitabevi 2006), 14 vd

¹¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Beta 2020), 920; Gökçen vd (n 8), 688. Yenisey’e göre “*temyiz hukukundaki gelişme, temyiz’in maddi meseleyi de denetleyebilecek şekilde genişletilmesi yönündedir*”. Feridun Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları* (İkinci Baskı, Beta 1990), 189. Keskin’e göre temyiz’in amacı yalnız içtihatlarında birliği sağlamak olmayıp, aynı zamanda somut olayda adaletin bulunmasına hizmet etmektedir. Açıklama için bkz Keskin, *Temyiz* (n 5), 60. Yazarın atf yapılan düşüncesi, istinaf kanun yolunun mevcut olmadığı bir döneme ilişkin olmakla birlikte, istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlanması sonrasında da yazar, “*temyiz mahkemesinin, önceden olduğu gibi, somut temyiz denetiminin elverdiği ölçüde maddi soruna girmesine engel oluşturmayaacağı*” düşüncesini sürdürmektedir. Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Temyiz Yasayoluna İlişkin Değişikliklere Bakış”, Birinci Yılında İstinaf ve Temyizde Karşılaşılan Sorunlara Mukayeseli Hukukun Cevapları Sempozyumu, (2017) 12 (159- 160), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 179, 185.

¹² CMK m 302/3 hükmüne göre “*Hüküm, temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık hâlleri de ilâmda gösterilir*”. Bu hüküm Yargıtay’ın uygulama/ içtihat birliğini sağlama görevini açıkça ortaya koymaktadır. Bu tür bozma, öğretiler ve uygulamada “ *Kabul bozması*” olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay’a göre “ *kabul göre*” yapılan bozmalarda yerel mahkeme uygulamasının hatalı görülen yönüne, uyarma ve yol gösterme amacıyla değinmekten ibaret olup, direnmeye ve CMK m 308 hükmü kapsamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazına konu edilemez. Yargıtay CGK, 169/186, 30.06.2009; Yargıtay CGK, 2-297/22, 07.02.2012.

hukuki meselenin çözümünde dayanan hukuk kurallarının (maddi vakanın hukuki vasıflandırmasının) doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığıdır¹³,¹⁴.

¹³ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2018), 885; Birtek (n 4), 42. “Olay ve hüküm mahkemesi” ayrımı hakkında bkz Gökçen vd (n 8), 689 vd; “Yargıtay, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek eylemin varlığı veya yokluğu, kanutların inandırıcılığı ya da kesinliği gibi yargılarda bulunamaz, ancak maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığı, yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanutların tartışılıp tartışılmadığı, bu tartışma yapılırken doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığı yönlerinden hükmü inceleyerek olay yargılamasını sınırlı bir şekilde denetleyebilir”. Açıklama ve görüş için bkz Sami Selçuk, ‘Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/ Açmazları/ Tehlikeleri’, 2013, 19 (2) MÜHFAD, 319, 336. “Aradan geçmiş olan zamanın olumsuz etkilemediği oranda maddi meselenin incelenebileceği... esas mahkemesindeki hakim doğru olan doğruyalık ilkesinden kaynaklanan maddi meseleyi takdir etme yetkisi ortadan kaldırılmadan, dosyaya girdiği oranda maddi meseleyi –sadece hükmün gerekçelerine dayanarak- sınırlı bir şekilde inceleyebileceği” yönündeki düşünce için bkz Yenisey ve Nuhoglu (n 14), 1234. Şahin ve Göktürk’e göre de “Akla, mantık kurallarına, tecrübe kurallarına aykırılık hallerinde veya örneğin delillerin yanlış değerlendirilmesi suretiyle hatalı karar verilmesi halinde –gerekçeden hareketle- hükmün maddi yönüne de bakılabilir”. Açıklama için bkz Şahin ve Göktürk (n 10), 279, dn 463. Yargıtay’ın olaya müdahalesinin sadece “denetleme” şeklinde olması gerektiği hususunda bkz Gökçen vd (n 8), 694. Yargıtay’a göre de “ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinde yapılmakta olan yargılama sonucunda ulaşıma imkânı bulunan bütün deliller ele alınıp değerlendirilmeden karar verilmesi, maddi sorunun doğru olarak tespit edilmemesi, dosyada mevcut delillerle maddi soruna ilişkin tespitlerin uyumlu olmaması gibi nedenlerle yazılı hukuka, evrensel hukuki değerlere, akla, bilime ve tecrübe kurallarına aykırı olacak şekilde maddi olay değerlendirmesinin hatalı olarak belirlendiği hallerde adaletin tam olarak gerçekleşmesi amacı da gözetilerek Yargıtayın, hükmün hukuki yönüne ilişkin olan ve hükme etki eden maddi olay değerlendirmesinde hukuka aykırılıkları da temyiz yoluyla incelemesi gerek[ir].” Yargıtay CGK, 390/586, 10.10.2019. “...İstinaf sonrası temyiz incelemesi sebebe bağlı olup hukuksal denetimle sınırlıdır. Temyizde kural olarak maddi vaka denetimi, diğer bir ifadeyle sübut denetimi yapılamaz. Dairemize göre, ilk derece mahkemesi ve son tahlilde istinaf mahkemesinin maddi vaka konusundaki kabulü akla, mantığa, ilme ve fenne aykırı ise bu durumda istisnaen maddi vaka yani sübut konusuna girilebilir.

Bir örnekle açıklamak gerekirse; ilk derece mahkemesi ve istinaf, sanığın mağdurun kendisine “hödük” demesine kızarak ona karşı kasten yaralama suçunu işlediğini kabul etmiş, bu sebeple sanık hakkında haksız tahrik altında kasten nitelikli yaralama suçundan verilen cezada indirim yapılmış ve katılan da “Ben ... hödük demedim. O nedenle haksız tahrik indirim yapılmalıydı” biçiminde bir gerekçeyle hükmü temyiz olsun. İlk derece ve istinaf mahkemesince hödük denildiğinin kabul edilmesi konusunun irdelenmesi bir maddi vaka denetimi yani sübut denetimi olup, kural olarak temyiz denetiminde bu konuya girilmemelidir.

Ancak; “hödük” kelimesinin ne manaya geldiği, bu sözün haksız fiil teşkil edip etmediği, somut olayda tahrik hükümlerinin nasıl yorumlanıp, uygulandığı hususlarının denetlenmesi ise; hukuksal denetimdir ve temyizde yapılması gereken de budur. Mağdur temyiz dilekçesinde, “... doğuştan sağır dilsizim, bu sebeple hödük demem mümkün değil deyip, dilekçe ekinde de buna dair sağlık kurulu raporu ibraz etmiş ise, bu kabul; akla, mantığa, ilme ve fenne aykırı olacağından artık vaka denetimi yapılabileceği düşüncesindedir”. Yargıtay 6. CD, 11508/11934, 22.06.2021.

¹⁴ Öğretideki bir düşünceye göre “Eğer hukuki sorunun çözümü, maddi vakanın çözümüne zorunlu olarak bağlı ise (iki sorunun çözümü iç içe geçmiş ise) bu durumda “görünüşte hukuki sorun” söz konusu olup, bu sorunun çözümü hukuki sorunun (meselenin) çözümü olarak kabul edilemez. Bu sorun, esasında maddi vakanın ispatına ilişkin bir sorundur.” Fatih Birtek, *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (2. Baskı, Adalet 2017) 370, 635. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu’na göre de “Hukuki ve maddi meselelerin birbirinden ayrılması hüküm niteliğindeki hükmün mantığı bütünlüğüne aykırıdır; çok da güçtür; fakat imkânsız değildir. Bu ayırım kanunla kabul edildiği için ve ihtiyara bırakılmadığı için, mecburidir”. Görüş için bkz Kunter, Yenisey, Nuhoglu, *Muhakeme* (n 10), 1714. Yargıtay’a göre de “Yargıtayın, görevi olan hukuksal denetimi sağlıklı bir şekilde gerçekleştirebilmesi, somut olayın objektif bir bakış açısıyla, hukuksal açıdan duraksamaya yer bırakmayacak biçimde tespit edilmiş ve delil değerlendirmesinin hatasız şekilde gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Olay mahkemelerinin tespitinin, hukuksal denetim yapılmasına olanak sağlamayacak derecede eksik, belirsiz ve çelişkili olması ile bilimin yerleşmiş kuralları, genel tecrübe kaideleri, mantık ve deneyim kuralları ile çatışması durumunda, Yargıtayın olay tespiti ile olan bağlılığı da ortadan kalkacaktır. Hukuksal denetimin, olay mahkemelerince yapılan tespitlerin hukuk kuralının olaya uygulanması için yeterli olup olmadığının değerlendirilmesini de gerektirdiği, başka bir ifadeyle maddi sorun ile maddi hukuk normlarının ayrılmasız niteliğinden dolayı uygulanan maddi hukuk normlarının hatalı olduğu iddiasıyla yapılan temyiz başvurularında hükmün hukuki yönden denetiminin maddi sorundan ayrılmasının mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması sonucunda maddi sorunun da hatalı şekilde belirlendiği hallerde dosyaya yansayan tüm delillerle birlikte maddi sorun irdelenmeksizin hükmün hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi söz konusu olamayacaktır”. Yargıtay CGK, 292/194, 14.05.2020. Bununla birlikte kararda yer verilen “Kanun’da Yargıtay’ın temyiz denetimi sırasında maddi sorunu inceleyemeyeceğine ilişkin bir hükmün mevcut olmadığı” biçimindeki –genel- gerekçeye katılmıyoruz. Zira temyiz denetiminde maddi vaktaya ilişkin olarak yeni bir kanaat ortaya konulmasına ilişkin engel, temyiz denetiminin amacından, kapsamından ve ceza muhakemesinin temel ilkelerinden (doğrudanlık, yüz yüzelik, çelişmelilik ilkelerinden) kaynaklandığından, bu hususta ayrı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bu sebepledir ki; Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)¹⁵ m 288 hükmüne göre temyiz nedeni, “hukuka aykırılık”¹⁶ iddiasına dayanmalı ve hukuka aykırılık iddiasının ise “*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması*” olarak ortaya konulması gerekmektedir¹⁷. CMK m 294/2 hükmüne göre de “*Temyiz sebebi, ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir*”. Zira temyiz incelemesi, “*hükümde hukuka uygunluğu arayan*” bir denetim sürecini ifade etmektedir¹⁸.

Türk hukukunda istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte bir istisna (6706 sayılı Kanun’un¹⁹ m 18 hükmü kapsamında iade yargılamasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları) hariç, temyiz kanun yolu üçüncü derecede (hukuk derece olarak) ve sınırlı sayıdaki suçlar/ hükümler bakımından başvurulabilen bir kanun yolu haline gelmiştir.

İlk derece mahkemesince verilen hükümler bakımından herhangi bir istisnaya yer vermeden “*sınırsız*” bir istinaf imkânı bulunmadığı gibi bölge adliye mahkemelerince tesis olunan hükümler bakımından da “*sınırsız*” bir temyiz imkânı bulunmamaktadır. CMK m 272 hükmüyle bir kısım ilk derece mahkemesi hükümleri “*önemsiz*” kabul edilerek²⁰ bu hükümlere karşı istinaf kanun yolu kapatılmış ve CMK m 286 hükmüyle de istinaf incelemesinden geçen bazı “*suçlara*” ve “*hükümlere*” ilişkin olarak temyiz kanun yolu kapatılmıştır. Nitekim Kara Avrupası hukuk sistemlerinde de “*sınırsız istinaf*” veya “*sınırsız temyiz*” biçiminde bir kanun yolu denetimi bulunmamaktadır²¹.

Derece mahkemelerinin kararları bakımından “*sınırsız*” bir kanun yolu denetiminin kabul edilmesi, ceza adalet sistemini işlemez hale getireceğinden bir kısım kararların belli derecelerde “*kesinleşmesi*” ve “*yargı*” haline gelerek uyuşmazlığın nihayete kavuşturulması gerekmektedir. Zira sınırsız ve uzun zamana yayılmış bir kanun yolu denetimi, denetime konu kararın doğruluğunu garanti etmez ve derece

¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17/12/2004/ 25673

¹⁶ Mülga CMUK’taki ifadenin “kanuna aykırılık” olduğu ve CMK’nin daha geniş mahiyeteki “hukuka aykırılık” kavramını benimsemesinin daha isabetli olduğu hususunda bkz Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (4. Baskı, Adalet 2019), 887. Yazara göre maddi anlamda hukuka aykırılık “*olaysaldır*” ve beş duyu organı ile algılanabilen durumlardaki hatayı ifade eder. Şekli anlamda hukuka aykırılık ise maddi anlamda gerçekleşen bir olayın hukuki çerçeveye oturtulmasında hatayı ifade eder. İbid, 887. Hafizoğulları ve Feyzioglu’na göre “*hukuka aykırılıktan maksat, sadece yazılı hukuka aykırılık değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuka (örf ve adete) aykırılıktır. Hukuk normları içtihatlarla da yaratıldığından, içtihadta aykırılık da hukuk normuna aykırılıktır*”. Açıklama için bkz Zeki Hafizoğulları ve Metin Feyzioglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2008), 394. Aynı yönde bkz Yurtcan’a göre mantık kuralları, genel tecrübe kuralları ve bilimsel gerçek olarak kabul edilen ve ispata gerek duyulmayan olgulara aykırılıkların da “*hukuka aykırılık*” kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda “*kuşku*” bulunsa da bu hususlar her hâkimin “*düşünce faaliyeti*” içerisinde bulunduğundan bunların ihlalinin de “*hukuka aykırılık*” kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Düşünce için bkz Erdener Yurtcan, *CMK Şerhi C. II* (7. Baskı, Adalet 2015), 1326- 1327.

¹⁷ Temyiz nedeni olan hukuka aykırılığın, son karardaki hukuka aykırılık veya son karara temel olan kararlardaki hukuka aykırılık olarak anlaşılması gerekmektedir. Açıklama için bkz Fidan Balcı ve Seyithan Öztürk, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz* (Adalet 2019), 331.

¹⁸ Necati Meran, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz* (Adalet 2016), 235.

¹⁹ Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu, Kanun Numarası: 6706, Kabul Tarihi: 23.04.2016, RG 5.5.2016/29703

²⁰ Türk hukuku bakımından özel kanunlardaki hak yoksunlukları nazara alındığında “önemsiz” mahkûmiyet hükmününün olmadığı hususunda bkz Birtrek, *İstinaf* (n 4), 122.

²¹ Yenisey, *İstinaf* (n 9), 122.

mahkemelerince verilen her kararın sonsuza kadar denetimini yapmak da başlı başına hukuk güvenliğini sarsar²².

Sınırsız bir kanun yolu denetimi ceza adalet sistemini işlemez hale getireceğinden, her hukuk sisteminde kanun yolu (özellikle temyiz) denetimi bakımından bir kısım şekle (başvuru koşullarına) ve esasa (başvuru konusu hükme) ilişkin sınırlamalar getirilmiştir.

Başvuru şekline ilişkin sınırlamalar; kanun yolu başvurusunu yapabilecek sülhler, başvuru süresi, başvurunun yapılma şekli, başvuruda dayanılan sebepler (sebebe dayanma zorunluluğu vs) olarak karşımıza çıkmaktadır (CMK m 260, 273, 291,294, 298).

Esasa (incelemenin kapsam ve mahiyetine) ilişkin sınırlamalar ise başvuru konusu hükmün türü (mahkûmiyet, beraat veya hükmolunan ceza) veya ilişkili olduğu suç tipi esas alınarak yapılan belirlemelerdir (CMK m 272, 282/2,3).

Söz konusu sınırlamalar, temyiz kanun yolunun kabul edilmesindeki amaca ulaşılabilmesi için kabul edilen ve ceza muhakemesi sisteminde “*filtre*” görevi görerek muhakeme sistemini, denetim konusu uyumsuzlukların ilerleyen her derecede azaldığı bir tür “*huni*”ye dönüştüren (ceza adalet sisteminin etkinliğini/ verimliliğini teminat altına alan) yasal araçlar olarak kabul edilmelidir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere²³, herhangi bir ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın, verildiği anda kesin hüküm kabul edilmesi hukuk güvenliğini sarstığı gibi²⁴ kanun yolu denetiminde de maddi gerçeğe ulaşmak adına ilk veya ikinci derece mahkemeleri tarafından verilen hükmün sonsuza kadar (sınırsız bir şekilde) kontrolünü yapmak da hukuk güvenliğini aynı derecede sarsar²⁵. Sınırsız ve uzun zamana yayılmış bir kanun yolu denetimi de tek başına kararın doğruluğunu garanti etmez²⁶.

Çalışmamızda, temyiz kanun yoluna ilişkin olarak CMK m 294 hükmünde “*temyiz başvurusunun içeriği*” olarak tanımlanan “*temyiz kanun yolunda sebep gösterme*” konusu incelenecektir. Bu incelemede, temyizde sebep gösterme zorunluluğunun uygulamadaki görünümü, bu zorunluluğun hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı ile bağlantısına değinilecektir.

²² Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm* (Kazancı Hukuk Yayınları No. 57, 1987), 4. Anayasa Mahkemesi’ne göre “*Yasa yoluna ilişkin düzenlemeler, yargılama usulü kapsamında. Yargılamanın olabildiğince hızlı sonuçlanması ve suçluların bir an önce cezalandırılması gerektiğinden her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi gereği benimsenmektedir. Mahkemelerce verilen tüm kararlara karşı kanun yolunun açık tutulması, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirebilir*”. Anayasa Mahkemesi, 65/114, 23.07.2009.

²³ Birtek, *İstinaf* (n 4), 45.

²⁴ Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Seçkin 2012), 670.

²⁵ Yurtcan, *Kesin Hüküm* (n 23), 4.

²⁶ Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht* (2. Auflage, 1968, 383)’ten nakleden, Yurtcan, *Kesin Hüküm* (n 23), 4.

I. Temyiz Kanun Yolunun Özellikleri

Temyiz kanun yolu kural olarak bölge adliye mahkemelerinin bozma dışındaki kararlarına karşı başvurulabilen olağan bir kanun yoludur (CMK m 286/1)²⁷. İlk derece mahkemeleri tarafından verilip de (istinaf kanun yoluna başvurulmaksızın) temyiz başvurusuna konu edilebilen tek karar 6706 sayılı Kanun'un 18. maddesi kapsamında iade yargılaması sonucunda verilen karardır.

Temyiz kanun yolunun konusunu düzenleyen CMK m 286 hükmüne bakıldığında, bu hükmün “*temyiz edilebilirliğinin*” kuralı; “*temyiz edilemezliğinin*” ise istisna olarak düzenlendiği²⁸ ve maddedeki sınırlı sayma dışında kalan bütün bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararlarının temyiz edilebileceği anlaşılmaktadır.

Temyiz incelemesini yapacak merci, maddi vakianın sübut bulup bulmadığı hususunda karar verecek merci olmayıp; ilk veya ikinci derece mahkemeleri tarafından maddi vakia hakkında kurulan hükmün hukuka uygun olup olmadığı veya bir diğer deyişle hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı hakkında bir denetim muhakemesi yapmaktadır. “*Temyiz merci, sabit/ sübut bulmuş kabul edilen olayın hukuk normları karşısındaki durumunu ele alacak ve esas mahkemenin hükmünü bu açıdan inceleyerek, normun vasıta olarak kullanılmasında aykırılık olup olmadığını söyleyecektir*”²⁹. Bu yönüyle, temyiz incelemesini yapan hâkim maddi vakianın değil, maddi vakia hakkında kurulan “hükmün” hâkimidir³⁰. Temyiz incelemesinin konusu “*hukuki mesele*”nin denetlenmesiyle sınırlıdır. Aksinin kabulü, “*Yargıtay'ın*

²⁷ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un m 8 hükmüne göre bölge adliye mahkemeleri göreve başlamadan önce verilen kararlar bakımından, bu kararlar kesinleşinceye kadar 1412 sayılı CMUK'un temyize ilişkin (Kanun'da belirtilen) hükümleri uygulanacaktır. Bu sebeple 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilen kararlar bakımından (bu kararlar kesinleşinceye kadar) mülga CMUK'un temyize ilişkin 305-322 hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır.

²⁸ Birtok, *Istinaf* (n 4), 333.

²⁹ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (10), 1713. Yargıtay'a göre “*Sübut da denilen maddi sorun, geçmişte yaşanmış bir olayın nasıl meydana geldiğinin, ilk derece ve bölge adliye mahkemeleri tarafından sözlülük, yüz yüzelik ve doğrudan doğruyalık ilkeleri çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutularak ortaya konulmasıdır. Hukuki mesele ise olayın hukuk karşısındaki durumunu tespit etmek anlamına gelir. Fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği maddi sorunu oluştururken, sanık tarafından gerçekleştirilmiş fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, suç oluşturduğu kabul edilen fiile hangi cezanın verilmesi gerektiği, delillerin nasıl değerlendirildiği, nasıl yargılama yapıldığı, gerekçenin dosya kapsamına uygun olup olmadığı, hükmün doğru oluşturulup oluşturulmadığı gibi hususlar ise hukuki sorunu oluşturur*” Yargıtay CGK, 292/194, 14.05.2020.

³⁰ Sami Selçuk, ‘Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları’, (2001) 27 (1-2) Yargıtay Dergisi, 5, 20; Çınar (n 11), 85. Alman hukukunda “*delilerin değerlendirilmesindeki hataların bizzat hükümden anlaşılması gerektiği, hükmün dosya içeriğine aykırılığı itirazın/ sebebinin hukukten geçerli bir sebep olarak kabul edilmediği*” hususunda bkz Friedrich- Christian Schroeder ve Tarsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Çev Salih Oktar) (Yetkin, 2019), 236.

istinaflaşması” anlamı taşır^{31,32}. Nitekim CMK m 294/2 hükmüne göre temyiz sebebi sadece hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir.

Bir maddi vakianın sübut bulup bulmadığı hususundaki kanaat, ancak delillerle doğrudan doğruya temas kuran (veya kurabilme yetkisi bulunan), duruşma yapan ve delilleri toplayan ve tartışan ilk ve ikinci derece mahkemelerine aittir. Temyiz incelemesinde maddi vakianın sübut bulup bulmadığı hususunda öğrenme yargılaması yapılmaksızın “*dosya üzerinden*” maddi vakianın sübutu konusundaki vicdani kanaatin isabetli olup olmadığına karar verilebilmesi mümkün değildir³³. Aksi bir uygulama, temyiz kanun yolunun amacına ve mahiyetine aykırıdır³⁴. Bu sebeptendir ki; temyiz kanun yolu başvurusunda “*eylemin sübut bulup bulmadığı/ delillerin isabetli bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediği*” (vicdani kanaatin isabetli olup olmadığı) bir temyiz nedeni olarak öne sürülemez³⁵.

³¹ Gökçen vd göre Yargıtay, dosyadaki tutanaklardan hareketle delilleri değerlendirip takdir ederek maddi olayları çözmeye kalkışırsa “*artık ne istinaftan ne de temyizden bahsedilebilir*”. Açıklama için bkz Gökçen vd (n 8), 689. “*Yargıtay uygulamada, istinaf mahkemesi imiş gibi fakat onun kadar olmadan, yani öğrenme muhakemesi ve dolayısı ile duruşma yapılmadan, bunun sonucu olarak beyan delillerini ve bunlara karşı tarafların ileri sürdüklerini duymadan, bunların duruşma tutanağına, kabul etmek gerekir ki, eksik ve yanıltıcı olarak geçiş biçimine dayanarak, uyumsuzluğun maddi mesele yönünün de ele almakta ve olay mahkemesinin olayı belirlemesine karışmaktadır. Bazan o kadar ileri gitmektedir ki olayı kendisi belirleyip hukuki sonucu da çıkarmakta ve mesela beraat kararı vermese de verilmelidir diye bozmaktadır. Kanuna ve muhakeme hukukunun esaslarına aykırı olan bu hatalı uygulamanın nedenleri arasında, bizde sırf hukuki denetim için kanun yolu yargılaması geleneğinin bulunmaması, Yargıtay hakemlerinin olay mahkemesindeki alışkanlıklarından kolay kolay kurtulamaması gibi, istinaf mahkemelerinin bulunmaması da yer alsa gerektir. İyi niyetle de olsa Yargıtay’ın istinaf boşluğunu doldurmaya çalışması, onu Yargıtaylıktan çıkarıp istinaf mahkemesi yapmak demektir. O zaman da Yargıtay ihtiyacı yüzünden, sırf hukuki meseleler üzerinde durup içtihat yaratacak yeni bir Yargıtay kurmak gerekecektir*”. Açıklama için bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 10), 1714, 1715, dn 10. Sorunun kaynağının Yargıtay’ın uygulamaları olduğu hususunda bkz Gökçen vd (n 8), 690.

³² 20.07.2016 tarihinde faaliyetine başlayan istinaf kanun yoluna ilişkin beş yıllık uygulama tecrübesine ilişkin olarak, istinaf kanun yolunun amacı ve mahiyeti anlaşılmadığı ve “*istinaf mahkemelerinin Yargıtaylaştığı*” diğer bir deyişle Yargıtay’ın küçük şubelerine döndüğü (dönme tehlikesi taşıdığı) eleştirileri ifade edilmektedir. “*...sanık hazır bulunmaksızın ve sanığa sorgu yoluyla kendisini savunma hakkı tanınmaksızın –dosya üzerinden- öğrenme yargılamasının yapılabileceği sonucuna ulaşılır ki, bu durum Türk Hukuku’nda öteden beri eleştirilen ve istinaf kanun yolunun kabulüne ilişkin haklı ve zorlayıcı bir sebep olan “temyiz merciin dosya üzerinden öğrenme yargılaması yapması” yönündeki sakıncalı uygulamasının yeni bir görünümünü olarak karşımıza çıkar. Sanığın hazır bulunmasına ve sorgusuna gerek olmaksızın öğrenme yargılaması yapılarak ceza uyumsuzluğunun “yeniden” görülmesi yaygın uygulama haline gelir ise istinaf kanun yolundan beklenen faydalar elde edilemeyeceği gibi, bölge adliye mahkemeleri de Yargıtay’ı taklit eden küçük ve -bir kısım kararlarına karşı temyiz yolu kapalı olduğu için- sakıncalı şubeler haline gelir*”. Eleştiri için bkz Birtek, *Istinaf* (n 4) 287, 288.

³³ Aksi düşüncedeki Keskin’e göre “*...temyiz edilebilir alan ile temyiz edilemez alan arasındaki açık ve kesin bir sınır belirlemede mantığa uygun kavramsal bir ölçüt bulunamaz. Yasadaki, yasaya aykırılık kavramına getirilen açıklamadan ulaşılan fiili sorun- hukuki sorun veya fiili saptama- hukuki değerlendirme kavram ikililerinin sorunun çözümünde yeterli olmaz...Bizzat bu kavramlar arasında tartışmasız açık ve belirli bir ayırma gitmek olanaklı değildir*”. Açıklama için bkz Keskin, *Temyiz* (n 5) 60.

³⁴ Birtek, *Delil ve İspat* (n 15) 631.

³⁵ Birtek, *Istinaf* (n 4) 344.

Temyiz incelemesinde, ilk ve ikinci derece mahkemelerince kurulan hükmün “düzeltilmesi” değil, “bozulması” esastır^{36,37}.

“Yargıladığın kadar hüküm ver”³⁸ prensibi uyarınca, maddi vakianın sübut bulup bulmadığı hususunda, delil toplama ve toplanan delillerin tartışılması için duruşma yapma hak ve yetkisi bulunmayan³⁹ temyiz merciin, maddi vakianın sübutuna ilişkin hüküm verme veya verilen hükmü düzeltme değil hukuki meseleye yönelen “bozma” kararı verilme yetkisi esas olmalıdır⁴⁰. Bununla birlikte, hukuki meselenin denetlenmesinden anlaşılması gereken, sadece maddi ceza hukukuna ilişkin kurallar değil, aynı zamanda maddi vakianın çözülmesine ilişkin şekli ceza hukuku (ispat hukuku) kurallarıdır. Bu nedenledir ki; öğretilerde ispat kurallarına ilişkin temyiz sebepleri “*usulden temyiz*”; maddi ceza hukukuna ilişkin temyiz sebepleri de “*esastan temyiz*” olarak nitelendirilmektedir⁴¹.

³⁶ Selçuk, ‘Temyiz Yolunda’ (n 31) 359. Temyiz kanun yolunda temel kaide bozma olup, ıslah (düzeltme) istisnadır. Açıklama için bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Muhakeme* (n 10) 1713.

³⁷ Yargıtay tarafından CMK m 303 hükmü kapsamında hükmün bozulmasından sonra, “*davanın esasına hükmedilebilecek*” sınırlı hallerde, esas hakkında da karar verilmekle birlikte, öğretilerde bizim de katıldığımız üzere, bu düzenleme (özellikle CMK m 303/1 hükmünde sayılan hal) temyiz denetiminin amacı ve kapsamı ile uyumlu değildir. Görüşler için bkz Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (Seçkin 2017), 132, 133; Balcı ve Öztürk (n 18), 163, 165. CMK m 303 hükmü, istinaf kanun yolu bakımından “*bozma*” kararı verilmeden ve dosya üzerinden yapılacak incelemeyle uygulanabilmektedir (CMK m 280/1-a). Düşüncemize göre CMK m 303/1-a bendi kapsamında “*Olayın daha ziyade aydınlanması gerekip gerekmediği*” bir tür öğrenme yargılamasını gerektirir ve delillerle doğrudan doğruya temas etmeyen, öğrenme yargılaması yapma hak ve yetkisi bulunmayan Yargıtay’ın, maddi vakianın sübutuna ilişkin bu hususta –dosya üzerinden- bir kanaate ulaşması ve ilk veya ikinci derece mahkemesinin maddi vakıyaya ilişkin vicdani kanaatini denetleyip, başka bir kanaate ulaşması ispat hukukunun ilkelerine uygun değildir. Bununla birlikte CMK m 303/1-a bendi dışındaki haller bakımından, teknik anlamda maddi vakıyaya (sübuta) ilişkin bir denetimden ziyade, hukuk kurallarının zaman ve konu bakımından uygulanmasına, cezanın belirlenmesine veya hesaplama hatalarına ilişkin bir denetim söz konusu olduğundan gerek makul sürede yargılanma hakkı gerekse kanun yolu denetiminin etkinliği bakımından Yargıtay’ın hukuka aykırılıkları “*düzelterek onama*” kararı vermesinde bir sakınca bulunmadığını düşünmekteyiz.

³⁸ Yener Ünver, ‘Ceza Muhakemesinde İspat ve Uygulamamız’, (2006) (2), Ceza Hukuku Dergisi, 103, 104.

³⁹ CMK m 299 hükmüne göre “*On yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabilir*”. Bu hükmeye istinaden yapılan duruşma, delillerin tartışıldığı ve maddi vakıyaya ilişkin bir “*öğrenmenin*” yapıldığı bir usul işlemi olmayıp, temyiz istemi, temyiz istemine karşı verilen cevap ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin sözlü olarak Yargıtay’ın ilgili ceza dairesi önünde sunulduğu bir usul işlemidir. Nitekim CMK m 300/2 hükmüne göre “*Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya yerine görevlendirdiği Yargıtay Cumhuriyet savcısı, sanık, müdafii, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar. Temyizi istemiş olan tarafa önce söz verilir. Her hâlde son söz sanığındır*”. Yargıtay’a göre duruşma talebi, temyiz dilekçesi ile birlikte yapılmalıdır. Daha sonra yapılan talebin reddi gerekir. Yargıtay 7. CD, 6841/8615, 04.06.2002. Karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitay/yd100.htm> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2021. Duruşma talebinin süre tutum (gerekçesiz temyiz) dilekçesinde açıklama ve ayrıca belirtilmesi gerektiği hususunda bkz Centel ve Zafer (n 12), 925, dn 56.

⁴⁰ Temyiz mahkemesinin sadece muhakeme hukuku normlarının doğru uygulanıp uygulanmadığını değil, ayrıca olay mahkemesinin usulü bir norma dayanarak aldığı olguların doğru tespit edilip edilmediğini de araştırması gerektiği, bu durumu yargıcın keyfilikğine karşı sanığın korunmasına hizmet ettiği öne sürülmektedir. Düşünce için bkz Keskin, 62. Temyiz merciin maddi meseleye ilişkin olarak dosya üzerinden ilk veya ikinci derece mahkemesinin vicdani kanaatini/takdirini denetleyebileceği ve farklı bir delil takdirini yapabileceğini savunan bu düşünceye iştirak etmemekteyiz. Yargıtay’ın ilk defa temyiz aşamasında dosyaya giren delili -ilk eden- sübut aracı olarak takdir ettiği (sanığı ve müdafisine bu delile karşı savunma hakkı tanımaksızın ve CMK m 216 hükmü kapsamında bir tartışma yapılmaksızın sübut aracı olarak kabul ettiği) kararları bulunmaktadır. “*Sanıklar ... hakkında ayrıntılı ByLock tespit değerlendirme tutanağının dosyaya gelmesi beklenilmeden karar verilmesi, sanıklar ... yönünden ise sanıkların kullanıcısı olduğunu bildiren ayrıntılı ByLock tespit ve değerlendirme tutanağının dosyaya temyiz aşamasında gelmesi, tüm dosya kapsamı gözetilerek diğer delillerin atılı suçların sübutu için yeterli olduğu görülmekle bu hususlar sonuca etkili bulunmamıştır*”. Yargıtay 16. CD, 3584/1506, 22.02.2021.

⁴¹ Yenisey ve Nuhoglu (n 14), 885; Gökçen vd (n 8), 710, 711. Temyiz incelemesinin “*şekli hukuka*” da yönelik olduğu hususunda bkz Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü* (Kenan Matbaası 1945), 356; Çınar, Temyiz (n 11), 84; Özen (n 17), 888; Birtrek, *İstinaf* (n 4), 344. Keskin’e göre maddi hukuk ve muhakeme hukuku normlarının ihlali temyiz kanun yolu bakımından iki ayrı temyiz nedenini oluşturmaktadır. Açıklama için bkz Keskin Kızıroğlu, ‘Temyiz Yasayolu’ (n 12), 183.

Temyiz kanun yolu bakımından maddi ceza hukukuna aykırılığın (ve buna dair temyiz sebeplerinin) mevcudiyeti yeterli iken; muhakeme hukukuna ilişkin hukuka aykırılığın mutlak veya nispi olup olmadığının belirlenmesi ve buna göre temyiz incelemesinin yapılması gerekmektedir⁴².

İster usul isterse esas yönünden olsun, temyiz başvurusu hükmün hukuki yönüne ilişkin olmalıdır. Zira CMK m 288 hükmüne göre “*Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır*”⁴³. Temyiz nedeni olan “*hukuka aykırılık*” Kanun’da, “*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması*” olarak tanımlanmıştır (CMK m 288/2)⁴⁴.

“*Hukuk derece*” kanun yolu olarak kabul edilen ve içtihat birliğini sağlamayı amaçlayan temyiz kanun yolunun amacı, mahiyeti ve kapsamı itibarıyla istinaf kanun yolundan farklı olması nedeniyle, her iki kanun yolu bakımından farklı kurallara yer verilebilmektedir. Bu nedenledir ki; CMK’de kanun yoluna başvuru süresi, başvuru sebeplerinin (çelişme noktalarının) gösterilmesi zorunluluğu, temyiz incelemesinin kapsamı, usulü ve temyiz incelemesi sonucunda verilecek kararlar bakımından farklı kurallara yer verilmiştir.

II. Adil Yargılanma Hakkı (Ve Hak Arama Hürriyeti) Bakımından Temyiz Kanun Yolu

Adil yargılanma hakkı, hak arama hürriyetinin “etkililiğini” sağlayan/ güvence altına alan haklardan biri olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Bu sebeple, hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının kabul edilmesiyle, bireyler hakkında tesis olunan ceza hükümlerine karşı, kanun yoluna başvurma hak ve yetkisinin adil yargılanma hakkının doğal ve zorunlu bir sonucu olduğu kabul edilmelidir⁴⁶. Zira mahkemeye erişme hakkı, üst mahkemeye başvurma hakkını da içerir⁴⁷.

Kanun yoluna başvurmak, adil yargılanma hakkı içerisinde değerlendirilmesi gereken bir “hak”tır⁴⁸. Kanun yoluna başvurma hakkı, adil yargılanma hakkı ile bütünlük teşkil eden⁴⁹ ve hak arama hürriyetini tamamlayıcı⁵⁰ nitelikte (adil

⁴² Öztürk vd, (n 1), 741.

⁴³ Hukuka aykırılık halleri hakkında sınıflandırma ve detaylı açıklama için bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 10) 1725 vd; Keskin, *Temyiz* (n 5) 76 vd

⁴⁴ Maddede geçen “*hukuk kuralının uygulanmaması*” tarifinin, “*hiçbir ayırım yapılmadan, maddi meselelerde hâkimlerin yetkilerinin serbest olduğu, olayı belirlemelerinin Yargıtay mutlak olarak bağladığı sanılan devirlerin kalıntısı*” olarak görülmekte ve “*temyiz sebebinin aslında hukuk normuna aykırılıktan daha geniş*” bir anlam taşıdığı öne sürülmektedir. Açıklama için bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 10) 1722.

⁴⁵ İsmail Köküarı, ‘Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri’, (2011) XV (1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 163, 165.

⁴⁶ Anayasa’da kanun yoluna başvurma hakkının açıkça düzenlenmediği hususunda bkz Kaymaz (n 38), 19.

⁴⁷ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt (1. Baskı Şen Matbaa, Avrupa Konseyi- Yargıtay Başkanlığı Yayını 2012), 620.

⁴⁸ Mustafa Artuç ve Mehmet Tevfik Elmas, *Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf* (Adalet 2017), 355.

⁴⁹ Birtok, *İstinaf* (n 4) 101.

⁵⁰ Birtok, *İstinaf* (n 4) 44.

yargılanma hakkı ile hak arama hürriyeti arasındaki ilişkiyi kuran) bir haktır. Anayasa m 40/2 hükmüne göre yargı organları da tıpkı diğer bütün devlet organları gibi “...işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”⁵¹.

Öğretide ceza muhakemesi açısından kanun yolu denetiminin kabul edilmesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği⁵², adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz şartı ve bir “zorunluluk”⁵³ olduğu ifade edilmektedir⁵⁴. Buna karşın, herhangi bir kanun yolunun varlığının, çeşitliliğinin veya sayısının fazlalığının yargı mercilerinin kararlarının muhakkak adil olduğunu ispat bakımından yegâne gösterge olmadığı ve bilakis kanun yollarının fazlalığının dahi “bozuk düzen adliye çalışmasının” sonucu olabileceği haklı olarak dile getirilmektedir⁵⁵. Bu sebeptir ki; adil yargılanma hakkının zorunlu bir sonucu olan kanun yoluna başvurma hakkı bakımından, ceza mahkemesi tarafından verilen bir kararın üst dereceli bir mahkemede denetlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bizatihi bu zorunluluğun “şeklen” yerine getirilmiş olması yeterli olmayıp; kanun yolu denetiminde adil yargılanma hakkına ilişkin diğer güvencelerin hayata geçirilmesi gerekmektedir.

AIHS Ek 7 No’lu Protokol m 2’ye göre⁵⁶ “Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen herkes, mahkûmiyet veya ceza hükmünün daha yüksek bir merci tarafından denetlenmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hakkın gerekçesi ve kullanılış biçimi kanunla düzenlenir”⁵⁷.

Sözleşme, ceza uyumsuzlukları bakımından kanun yoluna başvurmayı açıkça bir “hak” olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte bu hakkın, hangi merci tarafından ve kaç dereceli bir şekilde hayata geçirileceği hususunda sınırlayıcı bir hükme yer vermemiş, adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin hayata geçirilmesi kaydıyla⁵⁸, âkit devletlere bu hususta takdir marjı tanımıştır.

⁵¹ Yargıtay’a göre “karara karşı başvurulacak kanun yolunun gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olması, karar tebliğ edilmiş olsa dahi tebliği geçersiz kalar, hükmün kesinleşmesini önler, kesinleşmeyen hüküm hakkında da yasa yararına bozma kanun yoluna başvurulamaz”. Yargıtay CGK, 16/11, 03.02.2009. Karar için bkz Çınar, *Temyiz* (n 11) 21.

⁵² Öztürk vd (n 1), 637; V. Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Adalet 2016), 800; M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf* (Seçkin 2010), 17.

⁵³ Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku* (4. Bası, AÜHF Yayınları 1973), 550.

⁵⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 10), 1643.

⁵⁵ Öztekin Tosun, ‘Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanun Yollarının Çeşitleri’, (1969) 35 (1-4), İÜHF, 8, 8-10.

⁵⁶ Protokol, Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmış olsa da TBMM tarafından 10.03.2016 tarihinde, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak 08.04.2016 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. Sözleşme Türkiye açısından 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁷ AIHS metni için HUDOC, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf Erişim Tarihi 23 Temmuz 2021.

⁵⁸ “Bir ülkede mahkemelerin ilk derece dışında istinaf mahkemesi ve temyiz mahkemesi gibi birden fazla dereceli olarak düzenlenmiş olması halinde bu mahkemelerin türü ve derecesi ne olursa olsun ilgili kişilerin her mahkeme ve derecede adil (veya dürüst) yargılanma hakkından yararlandırılması yükümlülüğü vardır”. Açıklama için bkz Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu* (Seçkin 2002), 226.

Öğretide, Ek 7 No’lu Protokol’ün, kanun yoluna başvurma hakkının mutlak surette iki dereceli (ilk derece ve ikinci derece) bir denetim mekanizması kurulmasını zorunlu kıлып kılmadığı tartışmalı olmakla birlikte⁵⁹, baskın düşünceye göre⁶⁰ iki dereceli bir kanun yolu denetimi kurulması zorunlu olmayıp, ilk derece mahkemesinin kararlarının hukuk derece mahkemesince (temyiz mercii tarafından) denetlenmesi suretiyle de Protokol’de tanımlanan gereklilik/ zorunluluk yerine getirilebilecektir.

AİHS’in 6. maddesinde düzenlenen “*adil yargılanma hakkı*” ve m 13’te düzenlenen “*etkili başvuru hakkı*” kapsamında bakıldığında, adil yargılanma hakkının mutlaka iki dereceli bir kanun yolu denetimini zorunlu kılmadığını, hukuk derecesi yoluyla dahi olsa kanun yolu denetiminin kabul edilmesinin ve bu denetim kapsamında adil yargılanma hakkı kapsamındaki temel teminatların hayata geçirilmesinin yeterli (ve gerekli) olduğunu söyleyebiliriz⁶¹.

AİHS, bir mahkûmiyet hükmünün üst bir merci tarafından yeniden incelenme hakkını güvence altına almakla birlikte, bu güvencenin mutlaka mahkeme kararının esasına ilişkin temyiz hakkı olarak hayata geçirilmesi zorunlu değildir. Ancak âkit bir devlet, bir karar veya hükme karşı temyiz hakkı tanıdıysa, adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceleri bu kanun yolu bakımından da hayata geçirmelidir⁶².

AİHM uygulamasında, kanun yoluna başvurma hakkı bakımından, kanun yolu başvurusunu değerlendiren üst dereceli mahkemenin maddi vakıa veya hukuki mesele denetimi (veya her ikisini) yapıp yapmadığı değil “*başvurucunun iddiaları kapsamında, adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelere uygun bir denetimin yapılıp yapılmadığı*” gözetilmektedir⁶³.

Delcourt/ Belçika kararına göre devletlerin temyiz mahkemesi kurmak gibi bir zorunluluğu bulunmamasıyla birlikte eğer bir temyiz mahkemesi kurulmuşsa bu mahkemelerde yapılacak yargılamalar yönünden de Sözleşme’nin 6. maddesindeki güvencelerin hayata geçirilmesi gerekir. Aksi bir düşünce, ciddi sonuçlar ortaya çıkaran tehlikeli bir duruma neden olur. Demokratik bir toplumda, adaletin hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülmesi hakkı, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının dar yorumunda ayırt edici bir konuma sahiptir⁶⁴.

⁵⁹ İki dereceli bir kanun yolu denetiminin mevcudiyetini zorunlu kabul eden görüşler için bkz Soyaslan (n 11), 564- 565; Ali Tanju Sangül, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2017), 29.

⁶⁰ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta 2002), 205; Erdem, (n 53) 18; Lars Wennerström, ‘*Uluslararası Standartlar Işığında Üç Dereceli Sistemin Gerekliliği*’ in *Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı*, 2–3 Mart 2006, Ankara 2006), 13; Ahmet Ekinci, ‘*Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı*’, (2014) XVIII (3-4), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 821, 827; Birtok, *İstinaf* (n 4), 102. “*İkinci derece yargılamasının düzenlenme şekli ve koşullarının ulusal mevzuata bırakıldığı*” hususunda bkz A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması* (9. Bası, Turhan 2011), 312.

⁶¹ Aynı yönde bkz Birtok, *İstinaf* (n 4) 95.

⁶² D. J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi* (Avrupa Konseyi Yayını, 2013), 776.

⁶³ Birtok, *İstinaf* (n 4) 103.

⁶⁴ *Delcourt v Belçika*, App No 2689/65 (ECHR 17 January 1970), par 25. Karar çevirisi için bkz Birtok, *İstinaf* (n 4) 103, dn 396.

Krombach/ Fransa kararına göre üst dereceli mahkemeye başvurma hakkının kapsamı maddi vakıanın denetimiyle ve/veya hukuki noktaların denetimini içerecek şekilde belirlenebilir. Bazı ülkelerde de üst dereceli mahkemeye başvurunun izne/ onaya bağlı tutulabilmesi de söz konusu olabilir. İç hukukta benimsenen üst dereceli mahkemeye başvuru hakkı, Sözleşme'nin 6. maddesiyle bir bütün olarak değerlendirilmelidir⁶⁵.

AİHM'e göre kanun yoluna başvurma hakkı bakımından “*etkili bir başvuru mekanizması olmalı*”dır⁶⁶. Bununla birlikte, kanun yolu mekanizmasında her durumda duruşma yapılması zorunlu olmadığı gibi⁶⁷ kanun yoluna ilişkin kararların dosya üzerinden verilerek de muhataplarına bildirilmesi mümkündür⁶⁸.

Galstyan/ Ermenistan kararına göre kararlara karşı kabul edilen kanun yolları (Sözleşme'nin 35. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek iç hukuk yolları) yeterli ve erişilebilir olmalıdır. Bununla birlikte “yeterlilik” sadece teorik bakımdan değil pratikte/ uygulamada kendisini göstermelidir. Aksi takdirde kanun yolu, erişilebilirlik ve etkililik unsurlarını karşılamaz⁶⁹.

Sjöo/ İsveç kararında (Komisyon) “*Âkit devletlerin, kanun yolu başvurusunun kullanılma biçimi bakımından takdir yetkisinin bulunduğu ve devletlerin, adaletin iyi bir şekilde yönetilmesi için kanun yolu incelemesini değişik yollarla düzenleyebileceği ve bu hususta takdir marjından yararlanabileceği, bununla birlikte devletlerin takdir marjı kapsamında belirlediği usulün (bu süreçte görev alanlar tarafından), kanun yoluna başvurma hakkının özüne zarar verecek, bu hakkı aşırı bir şekilde kısıtlayacak veya hakkın kullanımını azaltacak/ önemsizleştirecek şekilde anlaşılması*” gerektiğine değinilmiştir⁷⁰.

Bayar ve Gürbüz/ Türkiye kararına göre “*Mahkeme, bu bağlamda, AİHS'nin 6. maddesinin taraf devletlere istinaf mahkemeleri ya da temyiz mahkemeleri kurma konusunda zorunluluk getirmediğini tekrarlamaktadır. Bu mahkemelerin bulunması halinde, AİHS'nin 6. maddesinin sunduğu güvencelere riayet edilmeli, özellikle de devlet, davacıların cezai alanda kendilerine yöneltilen her türlü suçlamanın esasına ilişkin verilen kararlar hakkında mahkemeye erişim haklarını etkin bir biçimde güvence altına almalıdır. Şüphesiz, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafının belirli koşullarda uygulanma tarzı, söz konusu yargılamanın özel koşullarına bağlı olmaktadır. Ayrıca bu hükme saygı duyulup duyulmadığını değerlendirmek için iç*

⁶⁵ Krombach v France, App No 29731/96 (ECHR 13 February 2001), par 65, 66, 96.

⁶⁶ Gurepka v Ukraine, App No 61406/00 (ECHR 6 September 2005), par 59-60.

⁶⁷ Axen v Germany, App No 8273/78 A/72 (ECHR 8 December 1983), par 32.

⁶⁸ Sutter v Switzerland, App No 8209/78 (ECHR, 22 February 1984), par 34.

⁶⁹ Galstyan v Armenian, App No 26986/03 (ECHR 15 February 2008), par 38.

⁷⁰ Sjöo v Swiss, App No 37604/97 (ECHR 21 October 1998) (Inadmissibility decision). Karar için bkz https://www.stradalex.com/nl/sl_src_publ_jur_int/document/echr_37604-97 Erişim Tarihi 24 Temmuz 2021.

hukuk düzeninde yürütülen yargılamanın tamamı -somut olayda, Yargıtay'ın rolü ve istinaf başvurusuna ilişkin koşullardan daha katı olabilen bir temyiz başvurusunun kabul edilebilirlik koşulları dikkate alınmalıdır...Somut olayda, Anayasa Mahkemesi kararı ışığında, (yukarıdaki 15. paragraf) Yargıtay'ın pek önem arz etmeyen davalar sebebiyle iş yükünü artırmaktan kaçınmak için mahkemeye erişim hakkına getirilen kısıtlamayla izlenen amacın meşru olduğu kanısındadır”⁷¹.

Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/ Türkiye kararında AİHM mahkemeye erişim hakkına ilişkin temel ilkeyi ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre “*Mahkeme[ye erişim] hakkının, mutlak bir hak olmadığını ve özellikle bir başvurunun kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin sınırlamalar gibi bazı zımni sınırlamalara tabi olduğunu, zira bu hakkın niteliği gereği, bu alanda belli bir takdir yetkisine sahip olan devletin düzenlemesine tabi olduğunu hatırlatmaktadır. Bununla birlikte, getirilen kısıtlamalar, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememelidir. Öte yandan mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür kısıtlamalar, ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafına uygun olacaktır*”⁷².

Osu/ İtalya kararına göre “Temyize ilişkin kurallar şüphesiz adaletin usulüne uygun bir şekilde yönetilmesini ve özellikle yasal belirlilik ilkesine uyulmasını temin etmek için kabul edilmiştir ve ilgililerin de bu kurallara uyması beklenir. Bununla birlikte, söz konusu kurallar ve bu kuralların uygulanması, mevcut bir kanun yolunun ilgililerce kullanılmasını engellememelidir. Hukuki açıdan bir temyiz kabul edilebilirlik şartları, sıradan bir temyiz başvurusuna nazaran daha katı olabilir”⁷³.

Temyiz kanun yoluna başvuru koşulları ve temyiz başvurusuna ilişkin sebep gösterme zorunluluğu Anayasa Mahkemesi tarafından *Merge Polat* başvurusunda ayrıntılı bir şekilde değerlendirilerek, CMK'de yer verilen düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkı (ve adil yargılanma hakkı) bakımından bir ihlale neden olmadığı kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin *Merge Polat* kararına göre⁷⁴ “*Hukuki güvenlik ve hukuki istikrar ilkeleri Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerindedir. Bu ilkelerin sağlanması amacıyla adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirilebilir. Mahkemeye erişim hakkının doğası da kanun yolu denetiminde daha katı usul kurallarının getirilmesine imkân tanımaktadır. Bu çerçevede ciddiyet içermeyen ve niteliksiz başvuruların*

⁷¹ Gurbuz and Bayar v Turkey, App No 37569/06 (ECHR 27 November 2012), par 42, 43.

⁷² Sefer Yılmaz and Meryem Yılmaz v Turkey, App No 611/12 (ECHR 17 November 2015), par 59.

⁷³ Osu v İtalya, App No 36534/97 (ECHR 11 October 2002), par 32, 33.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, B No 2018/26121, 28/1/2021, par 45.

elenerek daha nitelikli başvurulara daha fazla zaman ayrılmasının sağlanması ve bu suretle Yargıtayın içtihat mahkemesi fonksiyonunu yerine getirmesi amacıyla temyiz sebepleri bildirilmeyen başvuruların reddedilmesine karar verilebileceği söylenebilir” (par 45) .

Yüksek Mahkeme’ye göre temyiz başvurusunda sebep bildirilmesi zorunluluğunun meşru amaçları vardır (par 46). Bununla birlikte, kanun yolu başvurusuna ilişkin sınırlamalar mahkemeye/ yargı mercilerine erişim hakkının özüne dokunmaması (bu hakkın kullanılmasını imkansız hale getirmesi veya aşırı bir şekilde zorlaştırmaması) gerekir (par 47).

Muhakeme sürecine ilişkin başvuruların bazı usul kurallarına tabi olması tek başına mahkemeye erişim hakkını zedelemese de yargı mercileri, bu usul kurallarını bireylerin yargı mercilerine erişimlerini engelleyecek veya erişimi zorlaştıracak bir “şekilcilik” düzenlemeler olarak yorumlamamalıdır (par 50).

Anayasa Mahkemesi’ne göre temyiz sebeplerini gösterme zorunluluğu Yargıtay’ın iş yükünün azaltılması ve içtihat mercii fonksiyonunu yerine getirme amacına ulaşmaya elverişli bir yasal düzenlemedir. Özellikle bölge adliye mahkemelerinin uygulamaya girmesiyle birlikte dereceli muhakeme sistemine geçilmesiyle birlikte Yargıtay incelemesinin kapsamı “hukukilik denetimiyle” sınırlanmış ve içtihat mahkemesi işlevi öne çıkmıştır (par 52). Temyiz kanun yoluna başvuranlardan, başvurularının gerekçelerini öne sürmesi için usuli düzenlemeler yapılması bu kanun yolunun doğasına (ve amacına) uygundur. Bu tür düzenlemeler Yargıtay’ın, içtihat mahkemesi olma görevini tam olarak ve zaman kaybına uğramaksızın yerine getirmesine hizmet etmektedir (par 53).

CMK’de temyiz kanun yoluna başvuru kurallarının, başvuru süresinin ayrıntılı temyiz gerekçelerinin bildirilmesi için öngörülen ek sürenin açıkça belirtildiği ve gerekçeli kararın tebliğinden sonra başvurucuya ayrıntılı bir dilekçe (ek dilekçe/ temyiz layihası) sunması imkânı sunulduğu nazara alındığında, söz konusu düzenlemelerin başvurucuya aşırı bir külfet yüklediği ve mahkemeye erişim hakkını engellemediği açıktır (par. 54). Davanın tarafı (ve bir muhakeme süjesi olan) başvurucudan beklenen, ilgili usul ve süre kuralları çerçevesinde temyiz başvurusunu yapmasıdır (par 54).

Yüksek Mahkeme’ye göre temyiz dilekçesini⁷⁵ verdikten sonra, Yargıtay’ın ilgili ceza dairesince yapılan incelemeye kadar geçen bir yıla yakın süre boyunca temyiz sebeplerine dair dilekçe sunmayan başvurucunun, başvurusunda Kanun’da öngörülen süreçte temyiz sebeplerini neden bildirmedicine dair makul bir izahta bulunmadığı, gecikmeyi açıklayacak bir neden de dile getirmediği nazara alınarak

⁷⁵ Karara konu olayda “Başvurucu müdafii 20/11/2017 tarihli duruşma talepli temyiz dilekçesinde kararın usul ve yasaya aykırı olduğunu ve ayrıntılı dilekçesini sunacağını” beyan etmiştir (par 13).

Yargıtay'ın temyiz istemini reddetmesinin mahkemeye erişim hakkını engelleyecek veya aşırı derecede zorlaştıracak ölçüde şekilci olduğu ve mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği söylenemez (par 55-59).

AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulara ilişkin içtihadı kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, kanun koyucunun temyiz kanun yolu bakımından daha katı şekil/ usul kuralları belirleyebileceği, kanun yolu başvurularının usulü, sebeplerin bildirilmesi, başvuru süresi ve başvuruya ilişkin koşulları açık bir şekilde kanun ile önceden belirlemesi ve bu koşulların mahkemeye erişim hakkını aşırı bir biçimde kısıtlamaması/ zorlaştırmaması ve ağırlaştırmaması kaydıyla, tek başına mahkemeye erişim (ve adil yargılanma) hakkını ihlal etmeyeceği söylenmelidir. Halihazırda yürürlükte bulunan CMK hükümlerinin mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediği (meşru temele dayandığı, yasal düzenlemenin öngörülebilir olduğu, söz konusu haklara ölçüsüz bir müdahale teşkil etmediği) sonucuna ulaşmaktayız.

III. Temyiz Başvurusunda Sebep Gösterme Zorunluluğu

CMK m 291 hükmüne göre temyiz istemi, hükmün tefhiminden veya tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde hükmü veren yargı mercisine bir dilekçe vermek⁷⁶, zabıt kâtibine beyanda bulunmak veya tutuklu bulunan sanık bakımından CMK m 263 hükmünde yer verilen mercilere beyanda bulunmak ya da dilekçe vermek suretiyle yapılabilir.

Hüküm gerekçesiyle birlikte açıklanmamış ise (duruşma tutanağında kısa karar suretiyle açıklanmışsa), hükme karşı temyiz isteminde bulunulması halinde, istinaf mahkemesince bu durumun öğrenilmesi üzerine yedi gün içinde gerekçeli kararın tebliğ edilmesi gerekmektedir (CMK m 293)⁷⁷.

CMK m 294 hükmüne göre “*Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır*”⁷⁸.

⁷⁶ Hukukumuzda CMK'de yer verilen istisnalar dışında müdafii zorunluluğu bulunmadığından, temyiz isteminin bizatihi muhakeme sülheleri tarafından sunulabilmesi mümkün olup, bu sülheler bakımından sunulan dilekçeler bakımından “*dilekçeyi verenin amacını anlatması*” yeterli görülmelidir. Düşünce için bkz Çınar (n 11), 45. Dilekçenin temyiz istemi niteliğinde olduğunun anlaşılmasının yeterli olduğu, “*temyiz*” sözcüğünün geçmesine dahi gerek olmadığı hususunda bkz Balcı ve Öztürk (n 18), 361.

⁷⁷ Yargıtay'a göre “*...temyiz nedenlerini bildirir ek dilekçe için öngörülen yedi günlük sürenin kararlarda gösterilmesi zorunlu olan, hükme karşı başvurulabilecek kanun yolu süresi olmadığı, bu sürenin ilgisine ayrıca bildirilmemesinin mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahale olarak görülemeyeceği ve dolayısıyla da bildirilmesi hususunda mahkemeye zorunluluk yüklenemeyeceği kabul edilmelidir*”. Yargıtay CGK, 355/596, 10.10.2019; Yargıtay CGK, 449/611, 17.10.2019; Yargıtay CGK, 513/450, 10.11.2020.

⁷⁸ Mülga CMUK m 314 hükmüne göre “*Temyiz dilekçesinde veya beyanında temyiz sebepleri gösterilmemişse temyiz dilekçesi için belirlenen sürenin bitmesinden yahut gerekçeli karar henüz tebliğ edilmemişse tebliğinden itibaren bir hafta içinde hükmü temyiz olunan mahkemeye bu sebepleri ihtiva eden bir layiha da verilebilir. Cumhuriyet savcısı temyiz dilekçesinde, temyiz sebeplerini göstermemiş ise; temyiz isteğinin sanığın lehinde veya aleyhinde olduğunu açıkça belirtmesi gerekir. Layihanın verilmemesi veya istida veya beyanda temyiz sebeplerinin gösterilmemesi temyiz tetkikatı yapılmasına mani değildir.*” Mülga CMUK'un bu hükmü, temyiz sebeplerine dair layihanın ihtiyari nitelikte olduğunu göstermektedir. Yürürlükteki CMK, ihtiyari mahiyetteki bu dilekçenin verilmesini zorunlu hale getirmiştir.

CMK m 295 hükmünde, istinaf isteminden (ve Mülga CMUK'ta benimsenen temyiz kurallarından) farklı olarak, temyiz nedenlerinin gösterilmesi zorunlu tutulmuştur⁷⁹. Maddeye göre “*Temyiz başvurusunda temyiz nedenleri gösterilmemişse temyiz başvurusu için belirlenen sürenin bitmesinden veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü temyiz olunan bölge adliye mahkemesine bu nedenleri içeren bir ek dilekçe verilir*”.

Gerekçeli karar duruşmada açıklanmış ise temyiz sebeplerinin temyiz süresi içerisinde bildirilmesi gerekirken; gerekçeli karar duruşmada açıklanmamış ise temyiz sebeplerinin kararın tebliğinden sonra ve her hâlükârda temyiz süresi içerisinde bildirilmesi gerekmektedir⁸⁰. Bununla birlikte, karar kanun yoluna başvurma hakkına sahip kimsenin hazır bulunduğu duruşmada gerekçesiz bir şekilde açıklanmış ise bu halde, duruşmada hazır bulunan tarafından yasal süre (onbeş gün) içinde temyiz isteminde bulunulması (süre tutum dilekçesi verilmesi) halinde gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden sonra da yedi gün içinde temyiz sebeplerine dair ek bir dilekçe verilmesi gerekir (CMK m 295/1). Anılan hükme göre süre tutum dilekçesiyle⁸¹ birlikte temyiz sebepleri gösterilmemiş ise sebeplere ilişkin dilekçenin gerekçeli kararın tebliğinden sonra bildirilmesi gerekmektedir⁸². Zira CMK m 295/1 hükmünde “*ek bir dilekçe verilir*” denilmek suretiyle, emredici bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Centel ve Zafer’in bizim de katıldığımız düşüncesine göre uygulamada “*süre tutum dilekçesi*” olarak nitelendirilen dilekçe, esasında “*gerekçesiz temyiz dilekçesi*”dir⁸³.

⁷⁹ Mülga 1219 sayılı CMUK'ta, “*temyiz ediyorum*” demenin bile yeterli olduğu, gerekçe göstermenin zorunlu olmadığı (1936 yılındaki değişiklikle kaldırıldığı) hususunda bkz. Tosun, Suç Muhakemesi (n 8) 218; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, Muhakeme (n 10) 1745, dn 108. CMK'nin, ihtiyari temyiz layihası usulünü düzenlemediği, temyiz sebeplerinin bildirilmesine dair dilekçe verilmesini zorunlu kıldığı hususunda bkz. Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (Beta 2015), 440.

⁸⁰ Son kararın tebliğ veya tefhiminden itibaren on beş günlük yasal süre içerisinde temyiz dilekçesi verilmemiş ise ek temyiz dilekçesi verilmesi hukukten mümkün değildir. Açıklama için bkz. Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku C. II* (I. Bası, Savaş 2014), 182.

⁸¹ Kanun yoluna ilişkin sürelerin hak düşürücü süre olduğu ve bu sürelerin mahiyeti itibarıyla “*tutulmasının*” mümkün olmadığı, uygulamada yer bulan “*süre tutum dilekçesinin*” esasında kanun yoluna başvuru dilekçesi olduğu, özellikle hükmün gerekçesiyle birlikte açıklanmadığı hallerde kanun yoluna başvuru sebeplerinin daha sonra (gerekçeli kararın tebliğinden sonra) bildirileceğine dair bir dilekçe olduğu hususunda açıklama için bkz. Birttek (n 4) 170; Metin Feyzioğlu, ‘Temyiz Başvurularında ‘Süre Tutum’ Konulu Bir Dilekçe Olamaz’, (Feyzioğlu, 20 Temmuz 2008) <http://www.feyzioglu.av.tr/temyiz-basvurularinda-sure-tutum-konulu-bir-dilekce-olamaz/> Erişim Tarihi 25 Temmuz 2021. Hukuk yargılamasına ilişkin olarak aynı tespit yapılmaktadır. Açıklama için bkz. Muhammet Özkes, ‘Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur’ in Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan (Adalet 2009), 389 vd

⁸² Esasında incelediğimiz konu bakımından temel sorunlardan birisi de hükmün gerekçesiyle birlikte açıklanmamasından kaynaklanmaktadır. CMK m 232/3 hükmüne göre “*Hükmün gerekçesi ve varsa karşı oy gerekçesi, tümiyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulur*”. CMK m 223/1 hükmüne göre “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir*”. Bu sebeple gerek ilk derece gerekse ikinci derece yargılamalarında “*duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra*” hüküm verilmesi zorunlu olduğu halde, bu zorunluluğun mutlak o duruşmada yerine getirilmesi kurala bağlanmamıştır. CMK m 223/1 hükmüne göre duruşmanın bittiği açıklandıktan sonra, farklı bir duruşma gününde hükmün, gerekçeli bir şekilde açıklanmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır. Nitekim öğretilerde “*Gerekçeli kararın, hükmün tefhim edildiği anda ‘hüküm ile birlikte açıklanmamasının, ‘kısa karar’ ve ‘süre tutum dilekçesi’ gibi uygulamaların ortaya çıkmasına neden olduğu*” ifade edilmiştir. Birttek, Delil ve İspat, 550. Kısa karar uygulamasının ve gerekçe ile kararın aynı anda açıklanmasının, süre tutum dilekçeleri ile yapılan temyiz istemlerinin (savunmanın temyiz sebeplerinin) niteliğini etkilediği hususunda bkz. İsa Başbüyük, ‘Yargının Etkinliğinin Artırılmasında ‘Gerekçe’nin Rolü’ in Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan C. II (Ankara Üniversitesi 2013), 1518 vd

⁸³ Açıklama için bkz. Centel ve Zafer (12) 925, dn 56.

Hükmün süresinde temyiz edilip edilmediği bu dilekçeye göre belirleneceğinden, bu dilekçede temyiz iradesinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekmektedir.

Öğretide ifade edildiği üzere ilk temyiz isteğinin açıklandığı dilekçe “*temyiz başvurusu*” iken; ikinci dilekçe “*temyiz gerekçesini gösteren*” ek “*dilekçe*”dir⁸⁴. Eğer bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararı gerekçeli bir şekilde açıklanmamış ise -duruşmada hazır bulunanlar bakımından- somut temyiz sebeplerinin (muhakeme hukukuna ilişkin temyiz sebebi açısından ise somut olguların) yazılması gereken belge, ek “*dilekçe*”dir (temyiz layihasıdır). CMK m 298 hükmü kapsamında temyiz isteminin reddine neden olan “*gerekçesizlik*” bu ek dilekçenin (temyiz layihasının) sunulmaması veya bu ek dilekçede temyiz sebeplerinin gösterilmemesidir.

Temyiz yoluna başvurma hakkı bulunan süjenin, hükmün açıklandığı duruşmada hazır bulunmamış ise temyiz başvurusuna ve temyiz sebeplerine ilişkin olarak tek bir dilekçeyi, gerekçeli kararın tebliğinden sonra on beş günlük yasal süre içerisinde sunması gerekmektedir.

İstinaf kanun yolunda, sadece Cumhuriyet savcısı bakımından istinaf sebeplerinin gösterilmesi zorunluluğu getirilmiş (CMK m 273/5), buna karşın bu zorunluluğun yerine getirilmemesine dair herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir⁸⁵. Bu sebeple istinaf kanun yolu bakımından, istinaf kanun yoluna başvurma iradesini gösteren bir dilekçe veya beyan verilmesi yeterlidir⁸⁶.

Temyiz kanun yolu bakımından ise temyiz dilekçesinde, temyiz başvurusuna konu son karardaki hukuka aykırılıkların “*temyiz sebebi*” olarak gösterilmesi gerekmektedir⁸⁷. Temyiz sebebi olan hukuka aykırılıklar usule (muhakeme hukukuna) ilişkin olabileceği gibi esasa (maddi ceza hukukuna) ilişkin de olabilir⁸⁸. Temyiz

⁸⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Muhakeme* (n 10) 1744. Kanun’da yer verilen “ek dilekçe”nin, daha önce (CMUK’ta) “*temyiz layihası*” olarak adlandırılan dilekçe olduğu hususunda bkz Balcı ve Öztürk (18) 355.

⁸⁵ Öğretideki azınlık düşünceye göre Cumhuriyet savcısının istinaf sebeplerini bildirmemesi halinde istinaf isteminin reddi gerekir. Düşünce için bkz Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku C. III* (15. Baskı, Adalet 2019), 1924, 1925; Karakehya (n 81), 173; Artuç ve Elmas (49), 389. CMK m 298 hükmünün istinaf kanun yolu bakımından kıyasen uygulanamayacağı, istinaf kanun yolu bakımından sebep bildirilmemesine açık bir yaptırımın öngörülmediği yönündeki düşünce ve tartışma için bkz Birtok, *İstinaf* (n 4) 183.

⁸⁶ İstinaf kanun yolu bakımından ister maddi meseleye isterse hukuki meseleye yönelik olsun, herhangi bir sūje tarafından gösterilen/ öne sürülen gerekçenin istinaf incelemesini “sınırlayıcı” bir etkisi bulunmamaktadır. Görüş için bkz Yenisey, *İstinaf* (n 9) 73.

⁸⁷ Temyiz kanun yoluna başvuran kimsenin hukuka aykırılık iddiasını, “*son karardaki olguların dışındaki başka olgulara*” dayandırabilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde temyiz başvurusu dikkate alınmaz. Açıklama için bkz Keskin, *Temyiz* (n 5) 61.

⁸⁸ Taner, Usul (n 42) 356; Keskin, *Temyiz* (n 5) 47, 110; Yenisey ve Nuhoglu (n 14) 885; Çınar, *Temyiz* (n 11) 84. Öğretide mutlak- nispi temyiz sebepleri ayrımına da yer verilse de bu ayrım temyiz sebeplerinin tamamını kapsayan bir ayrım değildir. Mutlak- nispi temyiz sebepleri ayrımı bütünüyle muhakeme hukukuna ilişkin temyiz sebeplerini tanımladığından, “temyiz sebepleri”nin tamamını kapsayan bir ayrım olarak kabul edilemez. Mutlak- nispi temyiz sebepleri ayrımı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz Keskin, *Temyiz* (n 5) 114 vd

gerekçesi ise temyiz sebebi olarak gösterilen hususlara ilişkin “nokta”ların⁸⁹ (çelişme noktalarının)⁹⁰ gösterilmesinden ibarettir⁹¹.

Temyizde sebep bildirme zorunluluğu kanun yoluna başvurma hak ve yetkisi olan bütün taraflar/ süjeler yönünden kabul edilmiş ve bu zorunluluğun yerine getirilmemesine de bir yaptırım bağlanmıştır. CMK m 298/1 hükmüne göre Yargıtay, “...*temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermediğini saptarsa, temyiz istemini reddeder*”.

CMK m 301 hükmüne göre de “*Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar*”.

Kanun yoluna başvuran süjeler tarafından bildirilen temyiz sebepleri doğrultusunda yapılan temyiz denetimi “*temyiz nedeniyle bağluluk (sınırlı inceleme) kuralı*” (ultra petita kuralı) olarak tanımlanmaktadır⁹². Temyiz kanun yolunda “*sınırlı inceleme ilkesi*” olarak adlandırılan bu durumun tek istisnasını CMK m 289 hükmünde düzenlenen “mutlak/ kesin” hukuka aykırılık nedenleri oluşturmaktadır⁹³.

Türk ceza muhakemesinde, temyiz nedenlerinin/ gerekçelerinin sunulması ve bildirilen temyiz sebepleriyle (ve temyiz nedenlerine ilişkin gerekçelerle) temyiz merciin bağlı olup olmadığı (*ultra petita* kuralının temyiz kanun yolunda uygulanması) hususunda farklı görüşler öne sürülmüştür.

Kunter/ Yenisey ve Nuhoğlu’na göre temyiz dilekçesinde gerekçe öne sürülmemişse daha sonra ek bir dilekçe ile temyiz nedenlerinin “*gerekçe*” olarak bildirilmesi zorunludur. Bununla birlikte, temyiz gerekçelerine ilişkin dilekçenin verilmemesi, temyiz isteminin istinaf mahkemesi ceza dairesince yapılacak ön incelemede dikkate

⁸⁹ “Nokta”; “*son kararın birbirinden ayrılabilip müstakil incelemeye konu teşkil edebilen parçalarını ifade etmektedir*”. Tanımlama için bkz Yenisey, *İstinaf* (n 9) 73. Yenisey ve Nuhoğlu’na göre CMK’de mutlak hukuk aykırılık (CMK m 289) sebepleri dışında, dava sınırı dışına çıkılması kabul edilmemiş ve temyiz sebeplerinin “nokta” halinde gösterilmesi mecburiyeti (*ultra petita kuralı*) kabul edilmiştir. Açıklama için bkz Yenisey ve Nuhoğlu (n 14) 884. Bu kuralın arzu ettiği sonuca ulaşıldığı hususunda “*önemli kuşkular*” bulunduğu yönündeki görüş için bkz Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (15. Baskı, Adalet 2018), 579.

⁹⁰ Çelişme noktası tanımlaması için bkz Birttek, *İstinaf* (n 4) 223. Yurtcan’a göre temyiz dilekçesinde “*temyiz davasının dayandığı noktalar*” gösterilmelidir. Açıklama için bkz Erdener Yurtcan, *CMK Şerhi C. II* (7. Baskı, Adalet 2015) 1387.

⁹¹ “*Hata ile verilen karar arasında nedensel bir ilişkiyi ortaya koyan normatif bir bağlantı noktasının bulunması gerektiği*” hususunda bkz Öztürk vd (n 1) 741; Schroeder ve Verrel (n 31) 235. Alman hukukunda “*Hukuka aykırılık bulunmasaydı hüküm başka şekilde verilebilecekti*” denilebiliyorsa hükümle hukuka aykırılık arasında bir bağlantı var kabul edilir (olası bir nedensellik). Schroeder ve Verrel (n 31) 235.

⁹² Keskin Kiziroğlu, ‘Temyiz Yasayolu’ (n 12) 183. Yargıtay’ın tüm hukuka aykırılıkları re’sen incelememesinin sistemin özü ile çeliştiği hususunda bkz Soyaslan (n 11) 582.

⁹³ Muhakeme engelleri ile muhakeme şartlarının yokluğunun temyiz mahkemesince re’sen denetleneyeceği hususunda bkz Schroeder/ Verrel (n 31) 235. Yargıtay’a göre CMK m 289 hükmünde belirtilen hususlarda inceleme yapılabilmesi için “*temyiz istemi/ başvurusu*” yeterlidir. Ayrıca temyiz sebeplerine ilişkin bir dilekçe/ layiha sunulmamış olsa dahi mutlak/ kesin bozma sebepleri yönünden inceleme yapılmalıdır. “*CMK’nin 289. maddesi, hükmü temyize hak ve yetkisi bulunanın, süresi içinde, temyiz edilebilir nitelikteki hükme ilişkin, usulüne uygun şekilde, temyiz iradesini açıkladığında, Yargıtay görevli dairesince temyiz dilekçesi veya beyanında temyize ilişkin bir sebep gösterilmemiş olsa bile hukuka kesin aykırılık hâlinin denetlenmesi gereğinin bir zorunluluk hâli olduğunu belirtmiştir. Bu hükme göre de; Daire, temyiz dilekçesi veya beyanında temyize ilişkin bir sebep gösterilmemiş olsa bile hukuka kesin aykırılık hâlini denetlenmesi gerekir*” Yargıtay CGK, 292/194, 14.05.2020.

alınacak hususlar (CMK m 296/1) içerisinde sayılmamıştır. Bu sebeple, temyiz gerekçesine ilişkin dilekçe Yargıtay'daki incelemeye kadar verilebilir. Kanun koyucu CMK m 296/1 hükmüyle, m 295/1 hükmündeki süreyi “*zımnen*” uzatmıştır⁹⁴. Temyiz nedenlerinin bildirilmesi bir tür “iddia” görevi olup, nedenlerin bildirilmesi aynı zamanda mantıki zorunluluktur⁹⁵. Temyiz davasını açan (temyiz yoluna başvuran) sùje, temyiz merciini ikna edebilmek için, kararın hangi yönden/ yönlerden hukuka aykırı bulunduğunu açıkça göstermelidir. Zira “...hiçbir sebep göstermeyen müdafî veya katılan vekili görevini yapmış sayılmaz. Hele bu iş için Devletten para alan savcının sebep göstermeyebilmesini havsala almaz”⁹⁶.

Keskin Kızıroğlu'na göre temyiz kanun yoluna başvuran, hükmü maddi ceza hukuku mu yoksa şekli ceza hukuku yönünden mi temyiz ettiğini somut bir şekilde açıklamalıdır. Son karar, sadece maddi hukuka aykırılık nedeniyle temyiz edilmişse Yargıtay hükmü -CMK m 289 kapsamındaki kesin hukuka aykırılık nedenleri hariç-muhakeme hukukuna aykırılık sebebiyle bozamayacaktır⁹⁷. Bununla birlikte, usule (muhakemeye) ilişkin aykırılıklar sebebiyle temyiz isteminde bulunulmuş ise CMK m 301 hükmü uyarınca temyiz edenin buna ilişkin olguları da göstermesi zorunlu olup, temyiz incelemesi de bu olgularla sınırlı yapılacaktır⁹⁸. Maddi hukuka aykırılık bakımından ise hükmü temyiz edenin maddi hukuka aykırılık nedeniyle temyiz kanun yoluna başvurduğunu ifade etmesi yeterli olup Yargıtay, maddi ceza hukuku normlarının tümünü nazara alıp değerlendirme yapmak zorundadır. “*Temyiz nedeninde maddi hukuk normunun birebir gösterilmesi zorunluluğu yoktur; aranamaz*”⁹⁹.

Yurtcan'a göre maddi hukuk ihlallerinde ihlalin neden doğduğunun belirtilmesi yeterli iken, yargılama hukuku ihlallerinde hangi olgularla hangi yargılama kurallarının çiğnendiğinin ve bu durumun son karara etkisinin açıkça belirtilmesi zorunludur¹⁰⁰.

⁹⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhuğlu, *Muhakeme* (n 10) 1744.

⁹⁵ Yenisey/ Nuhuğlu'na göre temyiz kanun yolunda istek kapsamında bir yargılama yapılır ve artık Yargıtay re'sen tespit ettiği hataları (CMK m 289 hükmündeki haller dışında) bozma nedeni yapamaz. Açıklama için bkz Yenisey ve Nuhuğlu (n 14) 884.

⁹⁶ Kunter, Yenisey ve Nuhuğlu, *Muhakeme* (n 10) 1745.

⁹⁷ Öğretide mutlak/ kesin hukuka aykırılık sebepleri yönünden de sebep bildirme zorunluluğunun mevcut olduğu öne sürülmektedir. Görüşler için bkz Karakehya (n 81) 635 vd; Fahri Gökçen Taner, ‘5271 sayılı CMK'nin Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar’, (2017) (4), Ankara Barosu Dergisi, 47, 66.

⁹⁸ CMK m 302/2 hükmüne göre “*Yargıtay, temyiz edilen hükmü, temyiz başvurusunda gösterilen, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozar*”. Yargılama hukukuna ilişkin temyiz nedenlerinin her zaman son kararın/ hükmün bozulması sonucunu doğurmayacağı, hükmü etkileyen yargılama hukukuna aykırılıkların hükmün bozulmasını gerektirdiği hususunda bkz Tosun, Muhakeme (n 8) 215; Kunter, Yenisey ve Nuhuğlu, *Muhakeme* (n 10) 1730; Çınar, *Temyiz* (n 11) 90. CMK m 289 hükmün sayılan kesin/ mutlak hukuka aykırılık sebepleri (m 289/1-h ve i bentleri hariç) CMK m 302/2 hükmü dışında olup, mutlak/ kesin hukuka aykırılık halleri bakımından, bu haller temyiz sebebi olarak gösterilmese dahi kanun koyucu tarafından hükme etki ettiği kesin olarak kabul edilen haller olup, bu hallerin varlığı tespit edildiğinde hükmün bozulması zorunludur. CMK m 289 hükmünde sayılan savunma hakkının kısıtlanması ve hukuka aykırı delile dayanılması bakımından, bu hukuka aykırılıkların son karara etki etmesi halinde mutlak/ kesin hukuka aykırılığın gerçekleştiiği kabul edilmektedir. Açıklama için bkz Balcı, Öztürk (n 18) 333. Muhakeme normları dışındaki (maddi ceza hukukuna ilişkin) hukuka aykırılık bakımından hükme tesir edip etmemesi önemli değildir. Bu tür bir hukuka aykırılık her durumda hükme tesir eder. Örneğin, hukuki nitelendirme hatası sebebiyle huzur ve sükünunu bozma suçı yerine cinsel taciz suçundan hüküm kurulması her durumda esasa etkili bir hukuka aykırılıktır. Zira gerek özel kanunlardaki hak yoksunlukları gerekse ilderde çıkarılabilecek bir lehe kanun (veya af kanunu) bakımından suçun türü önem taşımaktadır. Açıklama için bkz Kunter, Yenisey ve Nuhuğlu, *Muhakeme* (n 10) 1731.

⁹⁹ Keskin Kızıroğlu, ‘Temyiz Yasayolu’ (n 12) 183.

¹⁰⁰ Yurtcan, *Şerh* (n 90) 1362. Yazara göre muhakeme hukukuna ilişkin hukuka aykırılık son karara etki etmemiş ise “yok sayılır” ve karar bozulmaz. ibid, 1328.

Öztürk vd. göre temyiz dilekçesinde temyiz nedenleri gösterilmemişse temyiz sebeplerini gösteren ayrıntılı dilekçenin (temyiz layihasının) verilmesi ihtiyaridir¹⁰¹.

Özbek vd. ile Ünver ve Hakeri'ye göre temyiz kanun yolunda temyiz dilekçesi (başvurusu) dışında ayrıca temyiz sebeplerini gösteren temyiz layihasının da verilmesi zorunludur¹⁰².

Çınar'a göre temyiz edilen noktalarla bunların temyiz edilme gerekçelerinin temyiz başvurusunda gösterilmesi zorunludur¹⁰³. Selçuk/ Çınar'a göre kanun yolu davası ile doğan sonuçlardan birisinin de "kurulan hüküm ne oranda yasa yoluna götürülmüşse, o oranda inceleme yapılması"dır¹⁰⁴.

Erdem ve Kavlak'a göre "5271 sayılı CMK'nin 288. maddesi uyarınca temyiz sebebi olarak belirtilenler dışında kalan muhakeme hukukuna ilişkin diğer hukuka aykırılıklar bakımından Yargıtay'ın karar vermesine olanak bulunmadığı, buna karşılık, kararın hukuka aykırı olduğu ve bozulması gerektiği yönünde bir irade ortaya konulduğu sürece incelemenin maddi hukuka ilişkin tüm hukuka aykırılıklar yönünden yapılabileceği, bu bağlamda, Yargıtay'ın olayda meşru savunma koşullarının gerçekleştiği gerekçesiyle yapılan bir temyiz istemi karşısında bu istemi yerinde bulmasa bile haksız tahrikin koşullarının gerçekleştiği ve bu nedenle cezanın indirilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozabil[ir]"¹⁰⁵.

Kanaatimizce CMK m 291-298 hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bölge adliye mahkemesinin kararını gerekçeli olarak açıklaması (veya duruşmada hazır bulunmayanlara gerekçeli karar ile birlikte tebliğ edilmesi) halinde on beş günlük yasal süre içerisinde yapılacak temyiz başvurusunun temyiz nedenlerini de içerecek şekilde vermesi zorunludur¹⁰⁶.

Bölge adliye mahkemesinin kararının duruşmada (gerekçesi daha sonra açıklanmak üzere) verilmesi halinde ise on beş günlük süre içerisinde temyiz "başvurusu" yapılması zorunlu olup, bu "başvuru"da henüz kararın gerekçesi tam olarak bilinemediği için temyiz gerekçelerinin tam olarak bildirilebilmesi mümkün

¹⁰¹ Özbek vd, (n 53) 740.

¹⁰² Özbek vd, (n 53) 862, 863. Ünver ve Hakeri (n 85) 1958, 1959. Aynı yönde bkz Karakehya (n 81) 180.

¹⁰³ Çınar, *Temyiz* (n 11) 115.

¹⁰⁴ Sami Selçuk ve Ali Rıza Çınar, *Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırılmama Kuralı* (Yetkin 2014), 19.

¹⁰⁵ Mustafa Ruhan Erdem ve Cihan Kavlak, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları', (2018) 44 (4), *Yargıtay Dergisi*, 1419, 1434-1472. Benzer düşünceyi dile getiren Çetintürk'e göre "Muhakeme hukukuna ilişkin aykırılıklardan farklı olarak, maddi hukuka ilişkin denetimin, hükmün tüm yönleriyle incelenmesini gerektirdiği, maddi hukukun yanlış uygulandığına ilişkin genel bir ifade içeren temyiz dilekçesinde açıkça ileri sürülmemiş olsa dahi, dosyaya yansıyan delillere göre suçun unsurlarının oluşmaması, sanığın suçu işlediğinin sabit olmaması, suçun vafsinin yanlış belirlenmesi, suçun nitelikli hallerinde yapılan hata sonucu cezanın yanlış belirlenmesi veya teşebbüs, iştirak, içtima, haksız tahrik ve şahsi cezasızlık sebepleri gibi maddi hukuka ilişkin hükümlerin yanlış uygulanması sonucu sanığın ceza alması veya almaması ya da hak ettiğinden az veya çok ceza alması durumlarında Yargıtay'ın bu hukuka aykırılığı bozma nedeni yapabileceği" kabul edilmelidir. Görüş için bkz Ekrem Çetintürk, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolunda Maddi (Fiili) Sorunun İncelenmesi', (2019) 14 (151), *Terazi Hukuk Dergisi*, 466, 489.

¹⁰⁶ Öğretilen de haklı olarak ifade edildiği üzere, temyiz kanun yoluna başvuran süje tarafından bildirilen "gerekçe/ temyiz nedeni", "Yargıtay'ın hukuki denetimine imkân veren sebeptir". Açıklama için bkz Balcı ve Öztürk (n 18) 330-331.

değildir¹⁰⁷. Bu sebeple CMK m 295/1 hükmü uyarınca, gerekçeli kararın tebliğinden sonra, yedi gün içerisinde temyiz gerekçelerini içeren bir “*dilekçe*”nin (temyiz layihasının)¹⁰⁸ verilmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Kanun koyucu, CMK m 296/1 hükmünde, temyiz başvurusunun/ isteminin ilk derece mahkemesince yapılacak ön incelemesinde “*temyiz nedenlerinin bildirilmemesi*”ni red sebebi saymadığından (temyiz isteminde bulunulmasını/ temyiz başvurusuna dair beyanın sunulmasını yeterli gördüğünden) CMK m 295/1 hükmünde yer verilen yedi günlük sürenin hak düşürücü bir süre olmadığı ve bu sürenin aşılmasının temyiz isteminin ilk derece mahkemesince temyiz isteminin reddine karar verilemeyeceği kabul edilmelidir. CMK m 295 ve 296/1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde yedi günlük süre geçtikten sonra da temyiz nedenlerinin bildirilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte CMK m 298 hükmünde temyiz gerekçelerinin değil “sebeplerinin” bildirilmemesine açık bir yaptırım (temyiz isteminin reddi yaptırımı) bağlandığı nazara alındığında, temyiz sebeplerinin en geç Yargıtay’ın ilgili ceza dairesi tarafından yapılacak incelemeden önce bildirilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple biz, Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu’nun, kanun koyucunun CMK m 295/1 hükmünde yer verilen yedi günlük süreyi “*zımnen*” uzattığı düşüncesine iştirak etmekteyiz.

Yargıtay’ın ilgili ceza dairesince temyiz incelemesine başlanılmadan önce temyiz gerekçelerinin bildirilmesi mümkün olduğu gibi daha önce bildirilen gerekçelerin detaylandırıldığı yeni/ ek bir dilekçenin verilmesini de yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu ek/ yeni dilekçe ile daha önce bildirilen temyiz nedeninin genişletilebilmesi/ değiştirilebilmesi mümkün değildir¹¹⁰. Örneğin, temyiz başvurusunda sadece maddi ceza hukukuna ilişkin olarak temyiz kanun yoluna başvurulduğu halde ek dilekçe ile muhakeme hukukuna ilişkin temyiz sebeplerinin öne sürülebilmesi mümkün değildir. Ek/ yeni dilekçe ile ancak temyiz sebebine ilişkin “*ek gerekçeler*” sunulabilir.

Düşüncemize göre temyiz sebeplerinin ve gerekçelerinin bildirilmesi hususundaki esas tartışma ve açıklığa kavuşturulması gereken hususlar, “*temyiz sebeplerinin bildirilmesi ile temyiz gerekçelerinin bildirilmesinin aynı anlama gelip gelmediği*” ile

¹⁰⁷ Benzer gerekçe için bkz Karakehya (n 81) 182.

¹⁰⁸ Ünver ve Hakeri’ye göre “*Temyiz dilekçesi (başvurusu) ile temyiz layihası (temyiz gerekçelerini gösterir dilekçe) birbiriyile karıştırılmamalıdır. Bir temyiz incelemesi için ikisi de verilmesi gerekli dilekçelerdir...Temyiz isteminde kim bulunmuşsa, ek dilekçeyi (layihayı) da o imzalayarak verecektir*”. Ünver ve Hakeri (n 85) 1959-1960. Temyiz başvurusu ile temyiz layihasının farklı olduğu hususunda bkz Öztürk vd (n 1) 739.

¹⁰⁹ Özbek vd göre m 295/1 hükmünde yer alan “*verilir*” ifadesi, bu tür bir dilekçenin verilmesinin “*zorunlu*” olduğunu göstermektedir. Açıklama için bkz Özbek vd (n 53) 800. Yurtcan’a göre CMK temyiz isteminin açıklanmasını yeterli saymamış ve temyiz nedenlerini ve dayandığı hukuki ihlallerin bildirilmesini zorunlu kabul etmiştir ki bu durum bir “yeniliktir”. Açıklama için bkz Yurtcan, *Yargılama* (n 89) 578. Yargıtay’a göre “*Gerekçeli temyiz dilekçesi (ek dilekçe, temyiz layihası), temyiz nedenlerinin gösterildiği dilekçedir. Temyiz dilekçesinde ya da daha sonradan verilen ek dilekçesinde temyiz denetiminin kapsamının belirlenmesi bakımından dayandığı hukuka aykırılıkların gösterilmesi gerekir*”. Yargıtay CGK, 355/596, 10.10.2019.

¹¹⁰ Nitekim Yargıtay’a göre de “*temyiz dilekçesi ile süre tutum dilekçesinde olmadığı halde incelemenin duruşmalı yapılmasını isteme; kararda yer alan birden fazla hükümden temyiz edilmeyenin temyizi, sanık sıfatıyla temyizden sonra katılan sıfatıyla da talepte bulunulması mümkün değildir*”. Yargıtay 8. CD, 2141/20081, 25.06.2015.

“*temyiz gerekçelerinin bildirilmesinden ne anlaşılması gerektiği veya diğer bir deyişle temyiz sebeplerinin bildirildiği dilekçenin mahiyetinin nasıl olması gerektiği*”dir.

Yukarıda açıklandığı üzere, “*temyiz sebebi*” usule (muhakeme hukukuna) ve esasa (maddi ceza hukukuna) ilişkin olmak üzere iki tanedir. Bu sebeple “*temyiz sebebi/ nedeni*” ile “*temyiz sebebinin gerekçesi*” kavramları birbirinden farklıdır¹¹¹.

Temyiz sebebi, temyiz gerekçesinden daha üst bir kavram olup, hükmün temyiz edildiği yönü (usul mü yoksa esas yönünden mi temyiz edildiğini) ifade eder. *Temyiz gerekçesi* ise temyiz sebebinin noktalarını/ dayanaklarını gösteren ve son kararda yer verilen ve temyiz sebeplerinin mevcudiyetini ortaya koyan olguların, çalışma noktalarının bildirilmesidir. CMK m 298/1 hükmünde temyiz isteminin reddi yaptırımına tabi tutulan husus ise temyiz gerekçelerinin değil “*temyiz sebeplerinin*” bildirilmemesidir. Bu hükmün lafzı esas alındığında, temyiz sebepleri bildirilmiş ise ayrı bir temyiz gerekçesine ilişkin dilekçe sunulmamış olsa dahi temyiz istemi reddedilemez. Bununla birlikte CMK m 295 ve 298 hükümlerinde, “*temyiz nedeni*” ve “*temyiz gerekçesi*” kavramlarının, zikrettiğimiz farklılık gözetilerek kullanıldığını söyleyebilmek mümkün değildir. Ayrıca bu husustaki tartışmaların, CMK m 295, 296 ve 298 hükümlerinin ve bu hükümlerdeki ifadelerin açık ve birbiriyle uyumlu olmamasından kaynaklandığını da vurgulamak gerekmektedir.

Temyiz gerekçelerinin veya temyiz sebeplerinin bildirilmesinden ne anlaşılması gerektiği ve buna ilişkin dilekçenin mahiyetinin nasıl olması gerektiği hususunda ise isabetli bir değerlendirme yapabilmek için temyiz başvurusunu yapan süjenin/ süjelerin durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada hak arama hürriyeti bakımından makul ve hak ve nesafet ilkeleriyle uyumlu bir tespit ortaya koyabilmek için CMK’de öngörülen istisnalar dışında (CMK m 150/1,3 ve m 234/1-b.5) zorunlu müdafî veya vekilliğin bulunmadığının öncelikle dikkate alınması gerekmektedir.

Temyiz sebeplerinin bildirilmesi bakımından, temyiz isteminde/ başvurusunda gösterilen maddi ceza hukukuna ve/ veya muhakeme hukukuna ilişkin temyiz sebebine ilişkin gerekçelerin ayrıntılı bir şekilde “*çelişme noktalarını açıkça göstermek suretiyle*” ortaya konulması zorunlu görülür ve bu şekilde bir “*ayrıntılı*” bir gerekçe sunulmadığında CMK m 298/1 hükmü kapsamında temyiz isteminin reddi yaptırım

¹¹¹ TDK Sözlüğü’ne göre “*neden*”, “*bir olayı ve durumu gerektiren, doğuran başka olay veya durum, sebep*” olarak (neden ve sebep kelimeleri eş anlamlı olarak tanımlanmakta iken; “*gerekçe*”, “*gerekirici sebep, esbabı mucibe*” olarak tanımlanmaktadır. Tanımlama için bkz Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 24 Temmuz 2021. CMK’nin kullandığı terminolojide “*temyiz nedeni*”, “*temyiz sebebi*”, “*temyiz başvurusunda belirtilen hususlar (nokta)*”, “*temyiz gerekçesi*” ve “*bozma sebebi*” kavramlarının “*kesişen*” fakat ayrı içeriklere sahip kavramlar olduğu hususunda bkz Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 14) 884- 885. Yazarlara göre temyiz nedeni “*temyiz başvurusun sebebi*” ve temyiz başvurusunu haklı göstermek için ileri sürülen “*gerekçe*”dir. Temyiz nedeni, temyiz başvurusundaki “*sebeb*”tir. Açıklama için bkz İbid, 884. Düşüncemize göre kavram olarak “*temyiz nedeni*” ve “*temyiz sebebi*” aynı anlama karşılık gelir. “*Temyiz başvurusunda belirtilen hususlar*” ise temyiz isteminin dayanağı olan “*çelişme noktalarını*”; “*temyiz gerekçesi*” ise “*çelişme noktalarının*” temyize konu karar/ olay bağlamında ve bu olayla ilişkilendirilerek ortaya konulmasını ifade etmektedir. Çalışmamızda söz konusu kavramlar, yaptığımız bu ayrım temel alınarak kullanılmıştır.

uygulanır ise *bir müdafî veya vekil yardımından faydalanmayan sùjeler yönünden* hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkının kullanılmasını zorlaştıran, ölçüsüz ve hakkaniyete aykırı bir hâl ortaya çıkar¹¹².

Düşüncemize göre temyiz başvurusunda¹¹³ (veya en geç Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi tarafından incelemeye başlanmadan önce), *hangi sebeple hükmün temyiz edildiğinin (hangi temyiz sebebine dayanıldığıının) açıkça gösterilmesi* zorunludur. Son kararın/ hükmün, maddi ceza hukuku yönünden mi yoksa muhakeme hukuku yönünden mi (veya her ikisi yönünden mi) temyiz edildiğinin dilekçeden anlaşılması gerekmektedir¹¹⁴. Bu belirlemeyi yapmaya elverişli olmayan ve sadece “*hükmü temyiz ediyoruz(m), temyiz kanun yoluna başvuruyoruz (m), hüküm hatalıdır, hatalı hüküm kurulmuştur*” beyanlarını içeren bir dilekçenin, henüz gerçekli karar açıklanmadan –kısa karar sonrasında- sunulan temyiz başvurusu olarak kabul edilebilmesi mümkün ise de “*temyiz sebeplerini gösteren bir dilekçe*” olarak kabulü mümkün değildir. Bu türden bir dilekçe ise teknik olarak bir temyiz başvurusu olmadığından bu başvurunun usul veya esas yönünden (ve hatta CMK m 289 hükmünde sayılan sebepler yönünden) incelenemesi mümkün değildir^{115, 116}.

Nitekim Yargıtay'a göre “*CMK'nin 298. maddesi uyarınca temyiz dilekçesinin, örneğin; “Hükmü temyiz ediyorum.” şeklindeki dilekçede olduğu gibi herhangi bir temyiz sebebi içermemesi durumunda tıpkı başvurunun süresi içinde yapılmaması, hükmün temyiz edilemez olması ya da temyiz edenin buna hakkının bulunmaması hâllerinde olduğu üzere usulüne uygun açılmış bir temyiz davasından bahsedilemeyeceğinden temyiz isteminin reddi gerekecektir*”¹¹⁷.

Temyiz sebebi sadece muhakeme hukukuna ilişkin ise CMK m 289 hükmünde belirtilen ve tamamı muhakeme hukukuna ait mutlak/ kesin bozma sebepleri dışında, ancak temyiz sebebi olarak gösterilen hukuka aykırılıklarla sınırlı

¹¹² “*Mahkemeye başvurma hakkının, bazı koşul ve sürelerle bağlanması, bu sınırlamalar, hakkın kullanılmasını fiilen ortadan kaldırmadığı sürece AIHS'in ihlalini oluşturmaz*”. Görüş için bkz Tezcan, Erdem ve Sancakdar (n 59) 246.

¹¹³ Bu düşüncemizdeki “*temyiz başvurusu*”; gerekçesiz açıklanan kararlar bakımından uygulamada “*süre tutum*” olarak tanımlanan dilekçe; gerekçeli olarak açıklanan kararlar bakımından ise temyiz başvurusuna ilişkin dilekçe olarak anlaşılmalıdır.

¹¹⁴ “*...temyiz dilekçesi kapsamından muhakeme ve maddi hukuka ilişkin hangi normun ihlal edildiğinin anlaşılması veya en azından belirlenebilir olması gerekir.*” *Hüküm hukuka aykırıdır* “*“ Usul ve Yasaya aykırıdır.” Temyiz ediyoruz.*” “*Ceza fazladır, eksiktir.*” veya “*Re'sen dikkate alınacak sebeplerle hükmün bozulması gerekir*” şeklindeki soyut ve genel ifadeler içeren temyiz başvuruları kabul edilemez”. Yargıtay 20. CD, 5608/6015, 07.11.2019 (karşı oy).

¹¹⁵ Yargıtay'a göre “*sanıklar müdafîi Av. ...'in temyiz dilekçesinde hükmün hukuki yönüne ilişkin herhangi bir temyiz nedeni göstermediği anlaşıldığından, CMK'nin 289. maddesi uyarınca, aynı maddede belirtilen hukuka kesin aykırılık halleri ile sınırlı olarak*” inceleme yapılmalıdır. Yargıtay 20. CD, 5608/6015, 07.11.2019. Yargıtay'ın uygulamasına göre CMK m 289 hükmünde yer verilen sebepler, mutlak/ kesin hukuka aykırılık sebepleri olduğu için, yasal süre içerisinde sunulmuş –sebepler içermeyen- bir temyiz başvurusu/ dilekçesi söz konusu ise temyiz sebepleri yönünden bir inceleme yapılamasa dahi mutlak/ kesin hukuka aykırılık sebepleri yönünden inceleme yapılacaktır.

¹¹⁶ Yargıtay'ın bizim de katıldığımız kararına göre “*...Temyiz dilekçesinin, örneğin; “Hükmü temyiz ediyorum.” şeklindeki dilekçede olduğu gibi herhangi bir temyiz sebebi içermemesi durumunda tıpkı başvurunun süresi içinde yapılmaması, hükmün temyiz edilemez olması ya da temyiz edenin buna hakkının bulunmaması hâllerinde olduğu üzere usulüne uygun açılmış bir temyiz davasından bahsedilemeyeceğinden temyiz isteminin reddi gerekir*”. Yargıtay CGK, 390/586, 10.10.2019.

¹¹⁷ Yargıtay CGK, 355/596, 10.10.2019.

bir temyiz incelemesi yapılacağından (CMK m 302/2 hükmü uyarınca temyiz incelemesinin sınırını “*temyiz başvurusunda gösterilen, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar*” çizeceğinden) muhakeme hukukuna ilişkin hukuka aykırılıkların olgusal dayanakları ile (gerekçeleriyle) birlikte gösterilmesi gerekmektedir¹¹⁸. Bununla birlikte bu zorunluluk, mutlak anlamda kanun maddeleri ile olguların ilişkilendirilerek detaylandırılması biçiminde anlaşılmalıdır. Örneğin; son kararın/ hükmün taraflı tanık anlatımına dayandığı, tanığın usulüne uygun dinlenmediği, delillere ilişkin tartışmanın/ değerlendirmenin usulüne uygun yapılmadığı, delillerin çelişkili olduğu, lehe veya aleyhe delillerin değerlendirilmediği, belli bir delilin ikame edilmediği ve eksik inceleme ile hüküm kurulduğu, tevsi-i tahkikat taleplerinin usulüne aykırı bir şekilde reddedildiği, fiil sabit olmadığı halde hüküm kurulduğu¹¹⁹, hukuka aykırı delillere dayanıldığı, vicdani kanaatin dosyadaki delillere dayandırılmadığı, gerekçeli kararın çelişki içerdiği vs beyanların muhakeme hukukuna ilişkin sebeplerin bildirilmesi açısından yeterli görülmesi gerekir.

Temyiz sebebi sadece maddi ceza hukukuna ilişkin ise maddi ceza hukukuna ilişkin olarak dayanan her gerekçe mahiyeti itibarıyla önemli olacağından, temyiz nedeni bildirilirken olgusal dayanakların veya ayrıntılı bir gerekçenin bildirilmesi zorunlu değildir. Zira sadece suç vasfının hatalı olduğuna dair bir gerekçe dahi maddi ceza hukuku açısından önemli sonuçları olan bir husustur. Bu sebeple suç vasfında yanılığa düşüldüğü, suç tipinde yanıldığı, cezayı ağırlaştıran/ hafifleten nitelikli halde hata yapıldığı, etkin pişmanlık hükümlerinin hatalı uygulandığı, teşebbüs hükümlerinin uygulanmadığı, manevi unsurda hataya düşüldüğü, hukuka uygunluk sebebinin koşullarının gerçekleştiği ve sair hususlardaki bir dilekçe yeterli görülmelidir. “*Suçun oluşmadığı*” gerekçesi evleviyetle diğer maddi ceza hukuku müesseselerinin yasal koşullarının oluşmadığı iddiasını da içerir. Bu türden bir temyiz başvurusu sonucunda (evleviyet ilkesi gereğince) suçun özel görünüş biçimleri, kusurluluğu kaldıran/ azaltan sebepler vs yönünden bir hukuka aykırılık tespit edildiğinde, temyiz başvurusunun bu hukuka aykırılıkları da kapsadığı dikkate alınarak temyiz incelemesi yapılabilir.

Temyiz başvurusunda hem maddi ceza hukukuna hem de muhakeme hukukuna aykırılık sebeplerine yer verilmiş fakat muhakeme hukukuna ilişkin olarak olgusal dayanaklar (somut olgular/ gerekçeler, çelişme noktaları) *gösterilmemiş ise* maddi ceza hukukuna ilişkin temyiz incelemesi yapılmakla birlikte, muhakeme hukukuna ilişkin olarak sadece CMK m 289 hükmünde yer verilen mutlak/ kesin bozma

¹¹⁸ Alman uygulamasında da muhakeme hukukuna ilişkin temyiz sebeplerinin “*hata ile hüküm arasındaki somut ilişki ortaya konularak*” gösterilmesinin zorunlu kabul edildiği hususunda bkz Schroeder ve Verrel (n 31), 235.

¹¹⁹ Yargıtay’a göre “*sanık ...müdafinin temyiz dilekçesindeki sanığın 02.05.2015 tarihli suçu işlediğine ilişkin kesin ve inandırıcı delil bulunmadığına dair temyiz sebeplerinin hükmün hukuki yönüne ilişkin olduğu*” kabul edilmelidir. Yargıtay 20. CD, 5608/6015, 07.11.2019.

sebepleri yönünden temyiz incelemesi yapılabilir. Çünkü bu sebeplerin açıkça/olgularla ilişkilendirilerek gösterilmesine gerek yoktur.

Temyiz başvurusunun veya temyiz sebeplerine ilişkin dilekçenin sunulmasından sonra, yeni ortaya çıkan delillerin ilk defa temyiz merciine (Yargıtay'a) sunulabilmesi mümkün ise de bu delillerin ilk elden –sübut aracı olarak- Yargıtay tarafından takdir edilerek yeni/ ilk veya ikinci derece mahkemesinden farklı bir vicdani kanaate ulaşılabilmesi mümkün değildir.

Son kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan ve temyiz merciine sunulan bir delilin, ilk elden temyiz mercii tarafından takdir edilip sübut aracı olarak kullanılması ve maddi vakiya ilişkin “yeni” bir öğrenme yargılaması yapılabilmesi mümkün değildir. Temyiz mercii, kendisine sunulan delili CMK m 206 hükmü kapsamında inceleyerek yeni delilin “*hükümün ilk derece mahkemesi tarafından yeniden bir karar verilmesini gerektirip gerektirmediği*” konusunda bir karar verecektir¹²⁰. Bu sebeple, temyiz aşamasında sunulan delilden hareketle yeni bir öğrenme yargılaması yapılamasa da “*son kararlar tespit olunan olgularda bir değişikliğe neden olup olmayacağı*” değerlendirilebilecek ve yeni ortaya çıkan delilin olgularda (maddi vakianın sübutunda) farklı bir kanaate ulaşılması söz konusu olacak ise bozma kararı verilerek yeni bir öğrenme yargılamasının yapılması gerektiğine karar verilecektir¹²¹.

Dosyada bulunduğu halde ilk veya ikinci derece mahkemesince ele alınmayan, duruşmada tartışılarak kolektif hale getirilmeyen bir delilin ilk elden temyiz kanun yolunda değerlendirilip takdir edilmesi mümkün olmadığı¹²² gibi beyan delillerinin de “tutanak üzerinden” takdir edilerek¹²³ olay mahkemesinin kanaatinden farklı bir kanaate ulaşılabilmesi de mümkün olmamalıdır.

Temyiz başvuru dilekçesiyle veya temyiz sebeplerinin bildirildiği bir dilekçe ile CMK m 67/6 hükmü kapsamında alınan “uzman mütalaasının” sunulabilmesi de mümkündür. Zira bu mütalaa yeni/ ilk defa sunulan bir “*delil değerlendirme aracı*”dır. Bununla birlikte, bu mütalaanın ispat aracı olarak ilk elden Yargıtay tarafından

¹²⁰ Birtek, *Delil ve İspat* (n 15) 553.

¹²¹ Yeni delilin, hüküm kesinleştikten (temyiz incelemesi tamamlandıktan sonra) ortaya çıkması halinde ise bu durum CMK m 311/1-e hükmü kapsamında yargılamanın yenilenmesi açısından değerlendirilmelidir. Yargıtay'a göre de “*Hükümden sonra ortaya çıkan veya hüküm verinceye kadar mahkemenin bilgisine sunulmayıp, sonradan bildirilen nedenlere dayanılarak yasa yararına bozma istenemez. Sonradan ortaya çıkan yeni olaylara dayanılarak CMK'nin 311. Maddesinin (e) fıkrası uyarınca “Yargılamanın Yenilenmesi” yasa yoluna gidilebilir*”. Yargıtay 11. CD, 9295/10869, 11.11.2005. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitay/yd106.htm> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2021.

¹²² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 10) 1723.

¹²³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu'na göre “...*beyan delillerinin tutanağına geçirilmiş olması, onları yazılı delil haline getirmek. Beyanların tutanağına aynen yazılması hemen hemen imkânsızdır. Hele sözle birlikte yapılan ve stijenin psikolojik durumunu açığa vurup beyanın değerini kontrol imkânı veren jestlerin, yüz kızarması, terleme, kekeleme gibi fizyolojik belirtilerin tutanağına geçirilmesi hiç mümkün değildir*”. Açıklama için bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Muhakeme* (n 10) 1724, dn 28. “*Yargılamanın uzadığı, sürekli mahkeme heyetinin ya da hâkiminin değiştiği bir sistemde, tanığın beyanının gerçeği yansıtmıyorsa yansıtmadığının “dinlemeye ilişkin duruşma tutanağı üzerinden” anlaşılabilmesi mümkün olmadığı*” hususunda bkz Birtek, *Delil ve İspat* (n 15) 123.

değerlendirilip takdir edilerek, yeni ve farklı bir vicdani kanaate ulaşılabilmesi mümkün değildir. Yargıtay tarafından incelenen uzman mütalaasında belirtilen hususların, son kararlar tespit olunan olgularda bir değişikliğe neden olup olmayacağı değerlendirilebilecek ve yeni ortaya çıkan delilin olgularda (maddi vakıanın sübutunda) farklı bir kanaate ulaşılması söz konusu olacak ise bozma kararı verilerek yeni bir öğrenme yargılamasının yapılması gerektiğine karar verilebilecektir. Bozma kararından sonra yapılacak yargılamada ise uzman mütalaası duruşmada tartışılarak delil değeri ayrıca takdir edilecektir.

IV. Yargıtay’ın Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesi Zorunluluğuna Yaklaşımı

Temyiz sebeplerinin ve temyiz sebeplerine ilişkin gerekçelerin bildirilmesi bakımından Yargıtay ceza daireleri ile Genel Kurul’un yaklaşımları birbirinden farklıdır.

Ceza Genel Kurulu’nun bu husustaki kararları içtihadı birleştirme kararı gücünde “bağlayıcı” olmadığından¹²⁴, inceleme konumuz açısından hem ceza dairelerinin hem de genel kurulun uygulamasının ortaya konulması gerekmektedir.

A. Ceza Dairelerinin Yaklaşımı

1. Ceza Dairesi’ne göre “*sanığın dilekçesinde herhangi bir sebep göstermemesi*”¹²⁵ temyiz isteminin CMK m 298 hükmü uyarınca reddini gerektirir.

13. Ceza Dairesi’ne göre “*istinaf sonrası temyiz incelemesi sırasında temyiz isteminde bulunan kişilerin hükmün neden dolayı bozulmasını istediklerini temyiz başvurularında açıkça göstermeleri, aksi halde temyiz dilekçesinde herhangi bir sebep gösterilmemesi ya da ‘... re’sen tespit edilecek sair hususlar’ gibi muğlak ifadelerle yazılan temyiz dilekçelerinin sebep içermediklerinden reddedilmeleri gerekmektedir.*

...Sanık ...ise 26.12.2017 tarihli temyiz dilekçesinde “... hakkımda lehime olarak yasada belirtilen maddelerden yararlanmak suretiyle bu kararın temyiz edilmesini saygılarımla arz ve talep ederim.” ibaresine yer vermiş olup bu talebin de somut bir sebep içerdiğini kabul etmek mümkün değildir”¹²⁶.

¹²⁴ CMK m 307/4 hükmüne göre “*Direnme üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara karşı direnilemez*”. Bu düzenleme açısından bakıldığında, genel kurul kararlarının sadece karara konu olay bakımından Yargıtay’ın ilgili ceza dairesi ile ilk derece mahkemesini ve bölge adliye mahkemesinin ilgili ceza dairesini bağlayıcı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Oysa Yargıtay Kanunu’nun m 45/5 ve 5 hükümlerine göre “*İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. İçtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur*”. Bu sebeple, içtihadı birleştirme kararları, -benzer hukuki konularda- bütün ceza yargılama mercilerini bağlayıcı nitelik taşımaktadır.

¹²⁵ Yargıtay 1. CD, 1545/2436, 22.05.2018. Benzer kararlar için bkz Balcı ve Öztürk (n 18) 357, dn 573.

¹²⁶ Yargıtay 13. CD, 933/6505, 26.04.2018.

16. Ceza Dairesi'nin uygulamasına göre “*temyiz dilekçesinde temyiz nedenlerinin gösterilmediği*”¹²⁷ “*sanık müdafinin 21.05.2018 tarihinde tebliğ edilen hükmü 05.06.2018 tarihinde gerekçe göstermeden temyiz ettiği ve CMK'nin 295/1. maddesinde öngörülen yasal süresi içerisinde gerekçeli temyiz dilekçesi vermediği*”¹²⁸ durumlarda, temyiz isteminin CMK m 298/1 hükmü kapsamında reddedilmesi gerekmektedir.

Yargıtay 2., 3., 8., 10., 14., 17., 18. ve 20. CD'lerinin yaklaşımı da 16. ve 13. CD ile aynı yöndedir¹²⁹.

B. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Yaklaşımı

Genel Kurul'un 2019 yılındaki kararına konu olayda “*Sanığın dilekçesinde, henüz gerekçeli kararı tebliğ edilmeyen mahkûmiyet hükmünün temyizi için süre tutum talebinin Ceza Genel Kuruluna bildirilmesini talep ettiği, sanık müdafisinin dilekçesinde ise bu talebe ek olarak sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün “verilen karar yasaya ve usule açıkça aykırı olduğu” ibaresinin yer aldığı, her iki dilekçede sanık ve müdafisinin gerekçeli kararın kendilerine tebliğini ayrı ayrı talep ettikleri görülmektedir.*

Ceza Genel Kurulu'na göre “*Temyiz nedeni olan hukuka aykırılık, hâkimin olaya en uygun normu bulamaması veya balsa da yanlış değerlendirip uygulama yapmasıdır. Hukuka aykırılığa yol açan norm muhakeme hukuku normu olabileceği gibi (Örneğin, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan tanığa bu hakkının hatırlatılmaması, karar oturumunda hazır olan sanığa son söz hakkı verildikten sonra katılana da diyeceklerinin sorulması gibi.) maddi hukuk normu da olabilir. (Örneğin, sanığın eylemi suç teşkil etmediği hâlde mahkûmiyet hükmü kurulması, suçun niteliğinin hatalı belirlenmesi, eksik araştırmaya dayalı olarak karar verilmesi gibi.) Maddi hukuk normunun ihlâli hâlinde temyiz edenin sıfatı da dikkate alınarak kararın bozulması gerekmekte ise de muhakeme hukukuna ilişkin ihlallerde, ihlalin hükmü etkileyip etkilemediği gözetilmelidir.*

¹²⁷ Yargıtay 16. CD, 1568/5335, 04.11.2020.

¹²⁸ Yargıtay 16. CD, 9835/5983, 07.12.2020; Yargıtay 16. CD, 3737/1169, 18.04.2018. Son kararda yer alan karşı oya göre “*Sanığın temyiz dilekçesinde somut bir neden belirtilmeksizin “kanuna aykırı, hukuka aykırı, usule aykırı, yasaya aykırı, uluslararası hukuka aykırı, Yargıtay kararlarına aykırı, AİHS'e aykırı, AİHM'e aykırı, haksız yersiz, adalete aykırı mahkûmiyet kararını temyiz ediyorum, bazen de mahkûmiyet kararını temyiz ediyorum temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasını ve gerekçeli temyiz dilekçesini gerekçeli kararın tarafıma tebliğinden sonra sunacağım, beraat etmem gerekiyor bu sebeple kararı temyiz ediyorum.” şeklindeki temyiz dilekçeleri itikâl etmektedir. Bu durumda her dosyada temyiz incelemesi yapıp yapılmaması kavramın ne anlama geldiği tartışması yapılacak, bazıları kabul edilecek, bazı dilekçeler de kabul edilmeyecek. Bu da kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı hareket edildiği suçlamasını beraberinde getirecektir”.*

¹²⁹ Yargıtay 20. CD, 5608/6015, 07.11.2019. Kararda yer alan karşı oya göre ise “*davanın süjesi sanığın ya da müdafinin “hükmi temyiz ediyorum”, “karar hukuka aykırıdır”, veya “kanuna aykırıdır” şeklindeki temyize ilişkin beyanı, aslında bir nedendir ve bu beyan sanık hakkında verilen hükmünde ve hükmü oluşturan kararın bütününde hukuka ve kanuna aykırılıkların var olduğuna ilişkindir; bunun detaylarını istemek açıklama yapmayı istemektir, çoğun içinde az da vardır, artık bu aykırılıkların her birini sebepleri ile göster demek sanığa ya da katılana ispat yükü yüklemek gibidir. Kamu hukukunda kişi hak ve özgürlükleri anayasal teminatlıdır, aksi halde sanığın temyiz hakkı sınırlandırılmış olur.” Aynı yönde bkz Yargıtay 20. CD, 1194/1069, 21.02.2018; Yargıtay 10. CD, 862/5579, 09.07.2018. Diğer daire kararlarının künyeleri ve kararlar için bkz Balcı ve Öztürk (n 18) 357, dn 573.*

Bu kapsamda muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz nedeni olarak açıkça ileri sürülmesi gerekmektedir. Muhakeme hukukuna aykırılık iddiasına dayanan temyiz taleplerinde Yargıtay hem muhakeme normunun doğru uygulanıp uygulanmadığını hem de ilk derece veya bölge adliye mahkemelerince muhakeme normunun uygulandığı olayın doğru tespit edilip edilmediğini denetleyecektir. Temyiz dilekçesinde muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz sebebi olarak gösterilmemesi ya da gösterilmekle birlikte hükme etki edecek nitelikte olmadığını anlaşılması durumunda usul hükümlerine uygunluk bakımından sadece 5271 sayılı CMK'nin 289. Maddesi kapsamında hukuka kesin aykırılık hâllerıyla sınırlı bir temyiz incelemesi yapılacak, inceleme sırasında tespit edilen ancak hükmü etkilemeyen muhakeme hukukuna aykırılıklar Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmayarak kararda işaret edilmekle yetinilecektir”¹³⁰.

Karara konu olayda “...dilekçenin kapsamına göre, temyiz nedeninin maddi hukuka aykırılık iddiasına dayanması... ve temyiz talebinin, mevcut deliller karşısında ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yapan Özel Dairece mahkûmiyet sonucuna nasıl ulaşıldığı yönündeki gerekçeyi de içerdiği... dosyaya yansıyan tüm maddi hukuka aykırılıklar ile temyiz dilekçesinde muhakeme hukukuna aykırılık iddiasında bulunulmadığından usul hükümlerine uygunluk bakımından da 5271 sayılı CMK'nin 289. maddesinde yazılı bulunan hukuka kesin aykırılık hâllerinin mevcut olup olmadığı yönlerinden temyiz incelemesi yapılması gerektiği ve sanık müdafisinin temyiz dilekçesinde maddi hukuka aykırılığa ilişkin temyiz sebebi bulunduğu kabul edil[mesi]” gerektiğine karar verilmiştir.

Genel Kurul başka bir başvuruda sanığın, süre tutum dilekçesinde “mahkûmiyet kararını temyiz edeceğimden gerekçeli kararın tarafıma tebliğine kadar temyiz süresinin muhafazası” talebini içeren dilekçesi sonrasında, CMK m 295/1 hükmünde yer verilen ve gerekçeli kararın tebliğini takip eden yedi günlük yasal süre içerisinde gerekçeli temyiz dilekçesi (teyiz sebeplerine ilişkin dilekçeyi) sunmaması (bu süre geçtikten sonra dilekçenin sunulması) halinde “sanık ve müdafisince süresi içerisinde verilen temyiz dilekçelerinin temyiz sebeplerini içermemesi ve temyiz nedenlerini bildirir ek dilekçelerinin ise süresinden sonra verilmesi nedeniyle usulüne uygun açılmış bir temyiz davasından bahsedilemeyeceğinden, CMK'nin 298. maddesi uyarınca temyiz istemlerinin reddine” karar verilmiştir¹³¹. Karara konu süre tutum dilekçesinde, “hukuka aykırılık”, “usule aykırılık” vs herhangi bir ifadeye yer verilmediği anlaşılmaktadır.

¹³⁰ Yargıtay CGK, 390/586, 10.10.2019. Bu karara göre “Sanık müdafisinin temyiz dilekçesinde, kararın usul ve yasaya aykırı olarak verildiğini ileri sürüp sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün bozulmasını talep etmesi halinde... maddi sorunun isabetli bir şekilde tespit edilip edilmediği gibi dosyaya yansıyan tüm maddi hukuka aykırılıklar ile temyiz dilekçesinde muhakeme hukukuna aykırılık iddiasında bulunulmadığından usul hükümlerine uygunluk bakımından da 5271 sayılı CMK'nin 289. maddesinde yazılı bulunan hukuka kesin aykırılık hâllerinin mevcut olup olmadığı yönlerinden temyiz incelemesi yapılması gerektiği ve sanık müdafisinin temyiz dilekçesinde maddi hukuka aykırılığa ilişkin temyiz sebebi bulunduğu kabul edilmelidir”.

¹³¹ Yargıtay CGK, 355/596, 10.10.2019.

“Sanık ve müdafisinin temyiz dilekçelerinde mahkûmiyet hükmünü “temyiz ettikleri” şeklindeki beyanları dışında, temyiz denetiminin kapsamının belirlenmesi bakımından, bir hukuka aykırılığa dayanıldığına ilişkin neden gösterilmemesi sebebiyle temyiz dilekçelerinde temyiz nedeninin bulunmadığının kabulü zorunludur”¹³².

İnceleme konumuza ilişkin olarak ayrıntılı tartışmanın yapıldığı en kapsamlı kararlar 2020 yılında verilmiştir¹³³. Kararlardan birisine konu olayda “Sanığın süresi içerisinde sunduğu 13.12.2017 tarihli temyiz dilekçesinde ‘... suçsuzluğumun kanıtlanması adına Yargıtay’da dosyamın tekrar incelenmesini talep ediyorum, Yargıtay temyiz yolunu kullanmak isterim’, sanık müdafisinin ise 14.12.2017 günlü dilekçesinde ‘karar hukuka ve yasaya aykırıdır’ biçiminde ifadelere yer verilmiştir.

Bu karara göre temel ilke olarak “Temyiz dilekçesinde ya da daha sonradan verilen ek temyiz dilekçesinde temyiz denetiminin kapsamının belirlenmesi bakımından hangi hukuka aykırılıklara dayanıldığıının anlaşılır bir şekilde gösterilmesi gerekir”.

Bu kararlarda ortaya konulan tespitlere göre:

- “Hükmü temyiz ediyorum”, “Resen dikkate alınacak nedenlerle temyiz ediyorum”, “Hükmün bozulmasını istiyorum” şeklindeki ibarelere yer vermesine rağmen incelemenin kapsamını (maddi hukuka veya muhakeme hukukuna aykırılık) göstermeyen dilekçelerdeki temyiz isteminin, herhangi bir temyiz sebebi içermemesi nedeniyle tıpkı başvurunun süresi içinde yapılmaması, hükmün temyiz edilemez olması ya da temyiz edenin buna hakkının bulunmaması hâllerinde olduğu gibi usulüne uygun açılmış bir temyiz davası bulunmadığından 5271 sayılı CMK’nin 298. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi gerekir. Bu türden bir başvuru, hükmün kesinleşmesini engelleme ve CMK m 307/5 hükmü uyarınca aleyhe başvuru bulunmadığı hallerde cezanın ağırlaştırılması yasağından yararlanmanın ötesinde bir yarar sağlamayacaktır.

- Temyiz dilekçesinde, temyiz incelemesinin kapsamını gösteren “Hüküm kanuna ve usule aykırıdır”, “Karar yasaya aykırıdır” gibi ibarelere yer verilmiş olması durumunda sadece maddi hukuka aykırılığa ilişkin bir temyiz nedeninin gösterildiği kabul edilecek ve belirtilen kapsam doğrultusunda (ve CMK m 289 hükmünde sayılan hususlar re’sen gözetilerek) temyiz incelemesi yapılacaktır.

¹³² Yargıtay CGK, 449/611, 17.10.2019. “Katılan Bakanlık vekilinin temyiz dilekçesinde mahkûmiyet hükümlerini “temyiz ettiği” şeklindeki beyanı dışında, temyiz denetiminin kapsamının belirlenmesi bakımından, bir hukuka aykırılığa dayanıldığına ilişkin neden gösterilmemesi sebebiyle temyiz dilekçesinde temyiz nedeninin bulunmadığının kabulü zorunludur. Katılan Bakanlık vekilince süresi içerisinde verilen temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermemesi, ek dilekçesinin ise süresinden sonra verilmesi nedenleriyle usulüne uygun açılmış bir temyiz davasından bahsedilemeyeceğinden, CMK’nin 298. maddesi uyarınca katılan Bakanlık vekilinin temyiz istemlerinin reddine karar verilmesi ve sanık müdafisinin temyiz talebine hasren temyiz incelemesinin yapılması gerekmektedir”. Yargıtay CGK, 171/169, 10.03.2020.

¹³³ Yargıtay CGK, 292/194, 14.05.2020; Yargıtay CGK, 9-513/450, 10.11.2020.

Genel Kurul'a göre temyiz (başvuru) dilekçesinde yer verilen ifadelerin anlam ve kapsamının belirlenmesi temelde bir "yorum" meselesi olup, bu hususta yorum yapılırken "Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanmaları mümkün ise de kanunlarla getirilen düzenlemelerin bir temel hak ve özgürlük olan mahkemeye erişim hakkını daraltıcı şekilde yorumlanamayacağı, kanuni düzenlemeler yorumlanırken Anayasa ve uluslararası sözleşmeler gibi üst normların da gözetilmesi gerekir".

Yargıtay'a göre temyiz (başvuru) dilekçelerindeki yorumun, hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek tarzda "geniş" bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.

- *Temyiz dilekçesinde bir temyiz nedeninin var olmasına rağmen muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz sebebi olarak gösterilmemesi ya da gösterilmekle birlikte hükme etki edecek nitelikte olmadığına anlaşılması durumunda usul hükümlerine uygunluk bakımından sadece 5271 sayılı CMK'nin 289. maddesi kapsamında hukuka kesin aykırılık hâlleriyle sınırlı bir temyiz incelemesi yapılacak, inceleme sırasında tespit edilen ancak hükmü etkilemeyen muhakeme hukukuna aykırılıklar Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmayarak kararda bu aykırılıklara işaret edilmekle yetinilecektir.*

- *Temyiz nedeninin, maddi hukuka aykırılık iddiasına dayanması hâlinde ise maddi hukuka aykırılık nedeniyle hükmün temyiz edilmesi yeterli olup cezaî yaptırımların kişiler üzerindeki telafisi mümkün olmayan ağır sonuçları da gözetilerek somut olayda adaleti gerçekleştirme ve doğru bir hüküm oluşturma ile yükümlü olan Yargıtay tarafından dosyaya yansıyan tüm maddi hukuka aykırılıklar tespit edilip temyiz edenin sıfatı da dikkate alınmak suretiyle bozma nedeni yapılması gerekecektir*

- Kanun koyucunun "muhakeme hukukuna aykırılık" iddiası ve bunu belirten olayların temyiz nedeni olarak somutlaştırılması zorunluluğunu getirmesine rağmen, "maddi hukuka aykırılık" iddiası yönünden böyle bir düzenlemeye yer vermemiş olması nedeniyle süjelerin, "Dilekçe konusu, temyiz nedenleri ve istem sonucu" bölümünde yer verdiği "karar yasaya ve hukuka aykırıdır" ibaresinin, hükmün sadece maddi hukuka aykırılık iddiasını taşıdığı ve bu yönüyle temyiz başvurusunda bir temyiz nedeni bulunduğu kabul edilmelidir.

- *Temyiz dilekçesinde maddi hukuka aykırılık iddiasının ileri sürüldüğü hâllerde, temyiz nedeni olarak gösterilen maddi hukuka aykırılıkların yanında dilekçede açıklanmış olmasa dahi dosyaya yansıyan tüm maddi hukuka aykırılıkların temyiz denetiminde incelenmesi, ileri sürülen maddi hukuka aykırılık nedeniyle hüküm bozulduğunda, dilekçede gösterilmeyen ancak temyiz incelemesi sırasında saptanacak olan tüm maddi hukuka aykırılıklar nedeniyle de temyiz edenin sıfatı dikkate alınmak suretiyle bozma kararı verilmesi gerekir.*

- *Temyiz dilekçesinde muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının ileri sürüldüğü hâllerde* ise temyiz nedeni olarak gösterilen muhakeme hukukuna aykırılığın hükme etki edecek nitelikte bulunması durumunda, hükmün bu nedenle ve varsa mutlak (CMK m 289 hükmünde belirtilen) hukuka aykırılıklar nedeniyle bozulacağı; temyiz nedeni olarak gösterilen muhakeme hukukuna aykırılığın hükme etki edecek nitelikte bulunmaması ya da temyiz nedeni olarak ileri sürülmemekle birlikte inceleme sırasında saptanan ve mutlak hukuka aykırılıklar dışında kalan muhakeme kurallarına aykırılık bulunması durumunda ise bu hususun bozma nedeni yapılmayarak (öğretici mahiyette) ilamda gösterilmesiyle yetinilmesi gerekecektir.

C. Yargıtay'ın Yaklaşımının Değerlendirilmesi

Temyiz başvurusuna, temyiz sebeplerinin ve temyiz nedenlerine ilişkin gerekçelerin bildirilmesi hususunda Yargıtay'ın ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarının çeliştiği açıktır¹³⁴. Mezkûr çelişki, “*ceza daireleri arasında*” süreklilik arz eden bir çelişki olmadığından Yargıtay Kanunu m 45 hükmü uyarınca, içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Genel Kurul'un içtihadı birleştirme kurulu sıfatıyla toplanarak vermediği, direnme kararı üzerine tesis edilen –olaya özgü- kararlarının, “*benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini*” bağlayıcı olmadığı da açıktır.

Ceza Genel Kurulu istikrarlı bir şekilde, temyiz başvurusunda yer verilen “*kararın hukuka ve usule aykırı olduğu*” yönündeki beyanın/ ifadenin, sadece maddi ceza hukukuna ilişkin temyiz sebebi olarak kabul edileceğine ve muhakeme hukukuna ilişkin temyiz sebeplerinin açıkça gösterilmesi gerektiğinden bu türden bir temyiz başvurusunda maddi ceza hukukuna ilişkin denetim dışında ancak CMK m 289 hükmü kapsamında mutlak/ kesin bozma nedenleri yönünden inceleme yapılabileceğine karar vermektedir. Bu uygulama, CMK'de yer verilen yasal düzenlemelerle açıkça çelişmektedir.

Yukarıda açıkladığımız üzere, temyiz nedeni usule ve esasa ilişkin olabilir ve usule ilişkin temyiz sebeplerinin “somut sebepler” belirtilmek suretiyle gösterilmesi gerekir. Maddi hukuka ilişkin temyiz sebeplerinin gerekçeli olarak gösterilmesi

¹³⁴ Yargıtay Kanunu'nun Geçici Madde 16 ((Ek: 20/11/2017-KHK-696/45 md ; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/40 md) hükmüne göre “*Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulunun içtihadı birleştirme toplantılarına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, 31/12/2022 tarihine kadar bu kurulların oluşumu ve çalışma usulü hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır: a) Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu, her hukuk ve ceza dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Birinci Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen yirmişer üyeden oluşur. Bu kurullara, Birinci Başkan veya ilgili başkanvekili, bunların bulunmaması halinde kurulların en kıdemli üyesi başkanlık eder... b) Üyeler Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulunda sürekli olarak görev yaparlar. Ancak, iş durumu göz önüne alınmak suretiyle üyelerin daire çalışmalarına katılmalarına Büyük Genel Kurul tarafından karar verilebilir. c) Kurullarda toplantı ve görüşme yeter sayısı on beştir. Toplantıda bulunanların üçte ikisinin oyu ile karar verilir. Birinci toplantıda üçte iki oy çoğunluğu sağlanamazsa ikinci toplantıda bulunanların çoğunluğuyla karar verilir*”. Bu hüküm kapsamında bakıldığında, 31.12.2022 tarihine kadar –içtihadı birleştirme toplantıları- dışında, Ceza Genel Kurulu'nun 20 üyeden oluştuğu, 15 üyenin katılımıyla toplantı yapılabildiği ve 10 üyenin aynı yöndeki oyuyla karar alınabildiği görülmektedir. 10 üyenin katılımıyla alınan bir kararın “genel kurul” mantığına uygun olmadığı zahtan varededir.

yeterli iken; muhakeme hukukuna ilişkin temyiz sebeplerinin olgusal dayanaklarıyla birlikte ve kurulan hükme doğrudan etkisi gösterilmek suretiyle bildirilmesi gerekir.

Düşüncemize göre temyiz başvurusunda yer verilen “*kararın hukuka ve usule aykırı olduğu*” yönündeki ifade –en geç Yargıtay’ın ilgili ceza dairesince inceleme yapılmadan önce temyiz sebeplerine ilişkin bir dilekçe verilmedikçe- geçerli bir temyiz istemi/ başvurusu olarak kabul edilemez. Bu türden bir başvuru, kanun yoluna başvurmakla birlikte ortaya çıkan “*aktarma*” etkisini doğurur (CMK m 296 hükmünde temyiz sebeplerinin bildirilmemesinin bir red sebebi olarak öngörülmemesi nedeniyle) ve bu dilekçe üzerine ancak CMK m 289 hükmünde düzenlenen ve tamamı muhakeme hukukuna ilişkin olan mutlak/ kesin bozma sebepleri bağlamında bir temyiz incelemesi yapılabilir.

Temyiz kanun yoluna ilişkin CMK hükümleri, bu kanun yolunun özellikleri, Yargıtay’ın içtihat mahkemesi olarak fonksiyon ifa etmesine yönelik yarar nazara alındığında, “*hukuka ve usule aykırılık*” ifadesini içeren bir dilekçenin maddi ceza hukukuna ilişkin bir temyiz nedenini (somut ve belli bir nedeni) ihtiva ettiği söylenemez¹³⁵. Bu türden bir dilekçe, soyut ve yalın bir şekilde –genel mahiyetteki- temyiz nedenlerinden bahseden, temyiz istemine konu olay bakımından herhangi bir “somut” temyiz nedenini ortaya koymayan bir irade beyanından (ve CMK m 291 hükmü kapsamında temyiz başvurusundan) başka bir anlam taşımaz¹³⁶.

Yargıtay’ın hâlihazırdaki uygulaması, CMK m 294 hükmündeki “*Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır*” biçimindeki kuralın, yorum yoluyla değiştirilmesinden/ daraltılmasından ibarettir. Oysa bu derecede açık bir hüküm bakımından yoruma ihtiyaç bulunmamaktadır¹³⁷. Kanaatimizce Yargıtay, yorum adı altında 1936 yılından bu yana benimsediği uygulamayı sürdürmektedir. İçtihat yoluyla açık bir yasal düzenlemenin değiştirilmesi veya kapsamının genişletilebilmesi mümkün olmadığından, Yargıtay’ın bu yaklaşımının hukuki açıdan isabetli olduğu söylenemez¹³⁸.

¹³⁵ Yargıtay’ın bizim de katıldığımız düşüncesine göre “...müdafî ve sanık...’ın temyiz dilekçelerinde temyiz sebeplerinin nelerden ibaret olduğunu açıkça göstermedikleri, somut sebepler ileri sürmedikleri, ne kastedildiği belli olmayan genel ifadelerle yapılan temyiz isteklerinin ise usulüne uygun olmaması nedeniyle incelenmesi” mümkün değildir. Yargıtay 10. CD, 862/5579, 09.07.2018.

¹³⁶ Şen’e göre de bu türden bir başvuru “*somut hukuki sebep*” olarak nitelendirilemez. Yazara göre “*Temyiz kanun yolunda hukukilik denetimi ile sınırlı inceleme yapılırsa da Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku gibi önemli bir kamu hukuku alanında, en azından bir temyiz iradesini gösteren başvuru yapıldıktan sonra “sebeple sınırlılık” kuralını bu derece sert uygulayıp, Yargıtay’ın önüne giden dosyaları incelememesi, maddi hakikate ulaşılmışından öte “adalet” ve “hukuka uygunluk” kavramları açısından rahatsız edicidir. Ancak normatif anlayışın benimsendiği yazılı hukuk sisteminde, iki dereceli yargılama sistemine geçildikten sonra temyiz kanun yoluyla ilgili benimsenen yasal düzenleme tartışmasız biçimde temyiz sebebinin temyiz başvurusunda net bir şekilde gösterilmesini ve incelemenin de bu gösterilen sebeplerle sınırlı yapılmasını emretmektedir. Bu yasal düzenleme değişmedikçe, Anayasa m138/1 gereğince Kanunu göz ardı edebilmesi ve onun yerine geçmek suretiyle uygulama geliştirmesi kabul edilemez”* Düşünce için bkz Ersan Şen, ‘Temyizde Sebep Gösterme Zorunluluğu ve İstinafta Formül Karar’ (Hukukihaber, 14 Ocak 2019) <https://www.hukukihaber.net/temyizde-sebep-gosterme-zorunluluğu-ve-istinafta-formül-karar-makale,6395.html> Erişim Tarihi, 24 Temmuz 2021.

¹³⁷ Mecelle’ye göre “*Mevrid-i Nasta İctihada Mesağ Yoktur*” (İçtihat, ancak hakkında kesin hüküm bulunmayan konularda, konulan hükmün gerçek amacının ortaya çıkarılması bakımından başvurulabilen bir yoldur). Açıklama için bkz <https://www.mecelle.com/node/927> Erişim Tarihi 25 Temmuz 2021.

¹³⁸ Alman uygulamasının da Yargıtay uygulamasına benzer olduğu hususunda bkz Schroeder, Verrel (n 31) 235.

CMK'nin istinaf kanun yolunda sadece Cumhuriyet savcısı yönünden –yaptırımı olmayan- sebep bildirme yükümlülüğü yüklediği nazara alındığında, sanık veya müdafinin “*hükme karşı istinaf kanun yoluna başvuruyorum(z)*” veya “*hükümü istinaf ediyorum(z)*” biçimindeki bir ifadeyle istinaf kanun yolunun işletildiği ve istinaf incelemesi sonrasında da “*karar hukuka ve usule aykırıdır, temyiz ediyoruz*” ifadesini içeren bir dilekçenin de maddi hukuk yönünden temyiz talebini içerdiği (ve muhakeme hukukuna ilişkin talep içermese de CMK m 289 hükümleri yönünden inceleme yapılabileceği) kabul edildiğinde, temyiz kanun yolu bakımından CMK'nin benimsediği “*taleple sınırlı inceleme/ taleple bağlılık*” kuralının uygulandığı söylenemez. Bu türden bir temyiz isteminin “geçerli” bir temyiz istemi olarak kabul edilmesi 1936 yılından 2016 yılına kadar benimsenen uygulamanın devamı ve bir tür –sebepçe bağlı olmayan- “*re'sen temyiz incelemesi*” anlamına gelir. Bu uygulama, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesini yok sayan, ceza muhakemesinin temel ilkelerini ihlal eden ve Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olması yönündeki amaca ulaşılmasını imkânsız hale getirir.

Yurtcan'ın bizim de iştirak ettiğimiz düşüncesine göre CMK sistemi, “*sınırlı temyiz yargılama yöntemini*” getirmek isterken, çok sayıda istisna benimseyerek fiilen eski sistemin (temyiz incelemesinin istemle bağlı/ sınırlı olmadığı yönündeki uygulamanın) devamına neden olmuştur. CMK hazırlanırken ya mülga CMUK sisteminin korunması ya da temyiz yolunun hayata geçirildiği dikkate alınarak yeni bir sistem kurulması ve katı bir biçimde “*davasız yargı olmaz*” ilkesine dayanılarak, temyiz davası açanın, temyiz dilekçesinde ve layihasında tüm aykırılıkları belirtmekle yükümlü tutulması yolu benimsenebilirdi ve Yargıtay'ın da bu sınırların dışına çıkmasına engel olunurdu. Ancak bu türden bir sistemin (ikinci sistemin) ilk hareket noktası, kaçınılmaz bir şekilde, “*müdafisiz sanık olmaz*” ilkesi olmalı ve sistemin bu ilkenin üzerine oturtulması gerekir. “*Bu (ikinci) yöntem, temyiz isteminin bir hukukçu tarafından yapılmadığında, başarılı olamaz. Böyle bir şans yoktur*”¹³⁹.

¹³⁹ Yurtcan, *Yargılama* (n 89) 581. Yazar CMK bu yöntem tercihinin dikkate alınmamasını, “*yeni bir yöntem yaratılmak istenmesine*” bağlamakta ve bu yöntemin başarıya ulaşmadığını, “*yeni*” normların, temyiz yoluna serpiyen “*çakıltaşları*” olduğunu ifade etmiştir. Açıklama için bkz ibid, 581. Düşüncemize göre (özellikle çalışmamızda yer verilen ceza dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına neden olan temyiz başvurularının tamamına yakınının müdafii veya vekil tarafından yapıldığı nazara alındığında), her sanığın bir müdafisi veya her katılanın bir vekili bulunması zorunluluğuna yer verilse dahi sorunun çözülebilmesi mümkün değildir. Zira mevcut “*hukukçu*” kalitesi (“*hukukçu*” kavramına, hâkim, savcı, avukat ve Yargıtay üyeleri de dâhildir) nazara alındığında, hangi yöntem benimsenirse benimsensin maksadına uygun bir şekilde uygulanabilmesi mümkün değildir.

İnceleme konumuz açısından tartışılması gereken diğer bir husus ise bölge adliye mahkemesi tarafından “*formül karar*”¹⁴⁰ biçimindeki uygulama bakımından temyiz sebeplerinin “somut” olarak bildirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu uygulamada “karar” –teknik anlamda bir gerekçe içermediğinden- “doğrudan” bu türden kararlara yönelik olarak “*temyiz sebeplerinin*” bildirilebilmesi fiilen mümkün değildir. Bu türden bir karara yönelik olarak bildirilen temyiz sebepleri, esasında (varsa) istinaf başvurusunda belirtilen sebeplerin tekrarıdır ibaret olacaktır.^{141, 142} Bu sebeple, formül karar şeklinde tesis olunan bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararları bakımından eğer istinaf başvurusunda istinaf sebepleri ayrıntılı olarak gösterilmemiş ise temyiz sebeplerini açıkça ve somut bir şekilde gösteren bir dilekçenin/ başvurunun sunulması önem taşımaktadır. Bu tür durumlarda, temyiz başvurusunun aynı zamanda temyiz sebeplerini de içerecek şekilde (veya CMK m 295 hükmünde belirtilen yedi günlük süre içerisinde ya da Yargıtay’ın ilgili ceza dairesinde inceleme yapılmadan önce) bildirilmesi gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun muhakeme hukukuna ilişkin düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkını daraltıcı bir şekilde yorumlanamayacağı ve temyiz (başvuru) dilekçelerindeki yorumun, hak arama özgürlüğünü ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal etmeyecek tarzda “geniş” bir şekilde yorumlanması gerektiği yönündeki düşüncesine biz de kısmen katılmaktayız. Kanaatimizce bu düşünce, müdafî veya vekil yardımından faydalanmayan sùjeler açısından isabetlidir. Yukarıda açıkladığımız üzere, Türk hukukunda gerek ilk ve ikinci derece gerekse hukuk derece mahkemeleri bakımından birkaç yasal istisna dışında zorunlu müdafilik müessesesi bulunmadığından, bizzat sanık veya katılan tarafından sunulan bir temyiz başvurusunda yer alan ifadelerin mümkün olduğunca geniş yorumlanması ve hangi temyiz sebebine yönelik olduğunun yorum yoluyla belirlenmesi gerekmektedir¹⁴³.

¹⁴⁰ “*Vicdani kanının oluşturduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; Mahkemenin kararında usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde ve işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirilmesinde yerinde olduğu, eylemin doğru olarak nitelendirildiği ve kanunda öngörülen suç tipine uyduğu ve cezanın kanuni bağlamda uygulandığı anlaşılmalı, istinaf başvurusunda bulunan katılanlar vekili ve sanık müdafinin istinaf nedenleri yerinde görülmemeyerek 5271 sayılı CMK’nin 280/1-a maddesi uyarınca istinaf başvurusunun esastan reddine*”...Kayseri BAM, 3. CD, 561/776 (karar yayınlanmamıştır). Bu türden bir kararda, sùjeler tarafından öne sürülen sebeplerin incelenip incelenmediği, bu sebeplere neden itibar olunmadığı hususunda dosyaya ilişkin hususiyet içeren ve Anayasa m 141 ve CMK m 34 ve 230 hükümleri bağlamında “teknik anlamda” bir gerekçe mevcut olmayıp, görünürde “gizli” bir gerekçe bulunmaktadır. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere: “*Yargı kararlarının şeklen bir gerekçe içermekle beraber, bu gerekçelerin herhangi bir nedenle hukuk tekniği bakımından yetersiz kalması veya formül ifadelerden ibaret olmasıdır. Bu ve benzeri gerekçeler, aslında birer sözde (görünürde) gerekçedirler*” Mustafa Alp, ‘Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe’, (2001) (1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Tevfik Bırsel’e Armağan), 425, 426. Selçuk’a göre “*Gereksizlik ya da görünüşte gerekçe, adalete başvuranların adil yargılanma haklarını hile-i şeriyeyeyle yıkan bir gizli adalettir*”. Görüş için bkz Sami Selçuk, ‘Yargıtay’ın (Bozma Mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları’, (1992) 18 (1-2), Yargıtay Dergisi, 19, 37.

¹⁴¹ İkinci derece yargılama merci olan bölge adliye mahkemelerinin “*formül karar*” usulüyle karar vermesinin isabetli olmadığı hususunda bkz Şen, (n 134).

¹⁴² Anayasa Mahkemesi’ne göre “*Temyiz mercilerinin kararlarının tamamen gerekçeli olması zorunlu değildir. Temyiz mercinin, yargılamayı yapan mahkemenin kararıyla aynı fikirde olması ve bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da basit bir atıfta kararına yansıtması yeterlidir. Burada önemli olan husus, temyiz mercinin bir şekilde temyizde dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir*”. Anayasa Mahkemesi, B No 2013/5486, 4 Aralık 2013, par 57.

¹⁴³ Bu durumda bulunan kişiler yönünden dilekçe veya beyanda “*temyiz sözcüğünün geçmesine dahi gerek olmadığı*”, dilekçenin (dilekçede kullanılan ifadelerin) temyiz istemi mahiyetinde olduğunun anlaşılmasının yeterli olduğu yönündeki düşünceye biz de iştirak ediyoruz. Mezkûr düşünce için bkz Balcı ve Öztürk (n 18) 361.

Bununla birlikte ister ihtiyari isterse zorunlu olsun, bir müdafî veya vekil yardımından faydalanan sùjelerin kanun yolu başvurularında (veya bizzat müdafî veya vekil tarafından yapılan kanun yolu başvurularında) temyiz dilekçelerinde belirtilen ifadelerin geniş yorumlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Özellikle temyiz başvurusunun müdafî veya vekil tarafından yapılması halinde, avukatın özen yükümlülüğünü yerine getirerek¹⁴⁴, temyiz sebeplerini göstermesi ve hükmün hangi yönden/ yönlerden temyiz edildiğine dair somut gerekçeleri (ve muhakeme hukukuna yönelik bir başvuru var ise hukuka aykırılık iddiasına konu somut olguları), temyiz başvurusuyla birlikte göster(e)memiş olsa dahi en geç Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi tarafından inceleme yapılmadan önce ek bir dilekçe ile bildirmesi gerekmektedir. Aksi müdafîlik veya vekillik görevinin savsanması/ ihmali edilmesi anlamına gelir ve hukuki/ cezai sorumluluk gerektirir.

Bir müdafî veya vekil tarafından temsil edilen sanık veya katılan ile müdafî ya da vekil yardımından faydalanmayan sanık veya katılanın hukuken aynı konumda bulunmamaı nedeniyle, yukarıda zikrettiğimiz ayrımın (ve bu ayrıma bağlanan sonuçların) kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırı olmadığını düşünmekteyiz.

Sonuç

20 Temmuz 2016 tarihinde istinaf kanun yolunun fiilen hayata geçirilmesiyle birlikte Türk hukukunda, üç dereceli bir yargılama sistemi ortaya çıkmıştır. İlk ve ikinci derece yargılamada hem maddi vakıa (sübut) hem de hukuki mesele hakkında bir karar verilirken; “hukuk derece” olarak tanımlanan temyiz incelemesinde –kural olarak- sadece hukuki mesele (maddi ceza hukukuna ve muhakeme hukukuna ilişkin hukuka aykırılıklar) bakımından bir denetim yapılmakta/ karar verilmektedir.

Temyiz denetiminin konusunu ve kapsamını oluşturan hukuka aykırılık (veya hukuki mesele) maddi ceza hukukuna ilişkin olabileceği gibi muhakeme hukukuna ilişkin de olabilir.

Üç dereceli bir ceza muhakemesi sistemine geçilmesiyle birlikte kanun koyucu, temyiz kanun yolunun tam anlamıyla “hukuk derece” olabilmesi ve Yargıtay'ın bir içtihat mahkemesi olarak işlev görebilmesi için temyiz kanun yoluna ilişkin olarak 1936 yılından beri uygulanan bazı kuralları değiştirmiş ve temyiz incelemesine ilişkin koşulları katılaştırmıştır.

CMK m 294 hükmünde yer alan “*Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır*” biçimindeki düzenleme nazara alındığında, temyiz nedenlerinin “somut bir şekilde” gösterilmediği başvuruların

¹⁴⁴ Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre “*Avukatlar, yüklenikleri görevleri..özen..içinde yerine getirmek*”le yükümlüdür.

Yargıtay’ın ilgili ceza dairesi tarafından reddedilmesi gibi bir yargısal yaptırıma bağlandığı görülmektedir (Karş CMK m 298).

CMK m 296/1 hükmünde, temyiz başvurusunun/ isteminin ilk derece mahkemesince yapılacak ön incelemesinde “*temyiz nedenlerinin bildirilmemesi*”ni red sebebi saymadığından (temyiz isteminde bulunulmasını yeterli gördüğünden) CMK m 295/1 hükmünde yer verilen yedi günlük sürenin hak düşürücü bir süre olmadığı ve bu sürenin aşılmasının temyiz isteminin ilk derece mahkemesince reddine karar verilemeyeceği kabul edilmelidir. CMK m 295 ve 296/1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde yedi günlük süre geçtikten sonra da temyiz nedenlerinin bildirilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte CMK m 298 hükmünde –açıkça-temyiz gerekçelerinin değil “sebeplerinin” bildirilmemesine açık bir yaptırıma (temyiz isteminin reddi yaptırımı) bağlandığı nazara alındığında, temyiz sebeplerinin en geç Yargıtay’ın ilgili ceza dairesi tarafından yapılacak incelemeden önce bildirilmesinin zorunlu olduğu ve kanun koyucunun CMK m 296/1 hükmüyle, m 295/1 hükmündeki süreyi “*zımnen*” uzattığı kabul edilmelidir. CMK m 296/1 ve 298 hükümlerinin “*temyiz incelemesinin taleple bağlılığı (ultra petita)*” ilkesi dikkate alınarak birbiriyle uyumlu bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

CMK’nin açık hükümleri karşısında “*hükmü temyiz edeceğiz(m)*”, “*hükmü temyiz ediyoruz(m)*, *temyiz kanun yoluna başvuruyoruz (m)*, *hüküm hatalıdır, hatalı hüküm kurulmuştur*” beyanlarını içeren bir dilekçenin temyiz başvurusu olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Temyiz isteminde bulunan süje tarafından herhangi bir somut sebep gösterilmeksizin, soyut bir şekilde “*hükümün hukuka aykırı olduğu*”, “*hükümün hukuka ve usule aykırı olduğu*” biçimindeki bir ifadenin “soyut temyiz başvurusu” olarak kabulü mümkün ise de somut temyiz sebeplerinin/ gerekçelerinin gösterildiği bir başvuru olarak kabulü mümkün değildir. Bu türden bir başvuru bakımından en geç Yargıtay’ın ilgili ceza dairesince inceleme yapılmadan önce CMK m 295/1 hükmü doğrultusunda temyiz nedenlerine ilişkin bir dilekçe (ek dilekçe) sunulmadığı hallerde, sadece CMK m 289 hükmünde yer verilen mutlak/ kesin bozma nedenleriyle sınırlı bir inceleme yapılması ve temyiz isteminin reddi kararı verilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, “*hükümün hukuka ve usule aykırı olduğu*” ifadesini içeren bir başvurunun temyiz sebebinin bildirilmesi olarak kabul edilmesi; CMK m 294 hükmünde yer alan açık düzenlemenin “*yorum adı altında*” daraltılması/ anlamının değiştirilmesi veya diğer bir deyişle kanun hükmünün uygulanmaması anlamına gelmektedir.

İnceleme konumuz bakımından sorunun temel kaynağı, ilk derece veya ikinci derece mahkemelerinin kararlarını çoğu kez gereksiz bir şekilde açıklaması

ve bölge adliye mahkemelerinin “teknik anlamda gerekçe olarak kabulü mümkün olmayacak şekilde” formül karar usulüne başvurmasıdır.

Müdafî veya vekil tarafından yapılan temyiz başvuruları bakımından, temyiz başvurusuna ilişkin dilekçede temyiz sebeplerinin “somut” bir şekilde gösterilmesi veya en geç Yargıtay’ın ilgili ceza dairesince inceleme yapılmadan önce temyiz nedenlerine ilişkin gerekçelerin ek bir dilekçe ile gösterilmesi gerekmektedir. Bu süjeler tarafından yapılan temyiz istemlerinin “yoruma ihtiyaç olmaksızın” temyize konu hükmün hangi nedenden dolayı bozulması gerektiğini ortaya koyması gerekmektedir.

Müdafî veya vekil tarafından yapılmayan (bizzat katılan veya sanık tarafından yapılan) temyiz başvuruları bakımından ise başvuruda yer verilen ifadelerin yorumlanması, başvurunun hangi temyiz sebebine ilişkin olduğunun yorum yoluyla belirlenmesi ve bu yorumlama yapılırken de mahkemeye erişim hakkını ağır ve ölçsüz bir şekilde sınırlayacak bir yorum tarzından kaçınılması gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Alp M, ‘Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe’, (2001) (1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Tevfik Birsel’e Armağan) 425-441.
- Artuç M ve Elmas MT, *Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf* (Adalet 2017).
- Balcı F ve Öztürk S, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz* (Adalet 2019).
- Başbüyük İ, ‘Yargının Etkinliğinin Artırılmasında “Gerekçe”nin Rolü’, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan C. II (Ankara Üniversitesi 2013).
- Birtek F, AİHM, *Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (2. Baskı, Adalet 2017).
- Birtek, F, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (Adalet 2019).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Beta 2020).
- Çetintürk E, ‘Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolunda Maddi (Fiili) Sorunun İncelenmesi’, (2019) 14 (151), Terazi Hukuk Dergisi 466-489.
- Çınar A.R., *Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf* (Adalet 2010).
- Çınar AR, *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu* (Turhan Kitabevi 2006).
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt (1. Baskı Şen Matbaa, Avrupa Konseyi- Yargıtay Başkanlığı Yayını 2012).

- Donay S, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (Beta 2015).
- Ekinci A, 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı', (2014) XVIII (3-4), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 821-848.
- Erdem MR ve Kavlak C, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları', (2018) 44 (4), Yargıtay Dergisi, 1419-1478.
- Erdem MR, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf* (Seçkin 2010).
- Erem F, *Bir Ceza Avukatının Anıları* (Üçüncü Baskı, Kuzey Yayınları, Ankara 1984)
- Erem F, *Ceza Usulü Hukuku* (4. Bası, AÜHF Yayınları 1973).
- Eryılmaz MB, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Seçkin 2012).
- Feyzioğlu M, 'Temyiz Başvurularında 'Süre Tutum' Konulu Bir Dilekçe Olamaz', (Feyzioğlu, 20 Temmuz 2008) <http://www.feyzioglu.av.tr/temyiz-basvurularinda-sure-tutum-konulu-bir-dilekce-olamaz/> Erişim Tarihi 25 Temmuz 2021.
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet 2021).
- Gözübüyük AŞ ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (9. Bası, Turhan 2011).
- Hafizoğulları Z ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2008).
- Harris DJ, O'Boyle EP ve Buckley CM, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi (Avrupa Konseyi Yayını, 2013).
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta 2002).
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku C. II* (I. Bası, Savaş 2014).
- Kaymaz S, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (Seçkin 2017).
- Keskin Kızıroğlu S, 'Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Temyiz Yasayoluna İlişkin Değişikliklere Bakış', Birinci Yılında İstinaf ve Temyizde Karşılaşılan Sorunlara Mukayeseli Hukukun Cevapları Sempozyumu, (2017) 12 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179-185.
- Keskin S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık* (Alfa, İstanbul 1997).
- Köküsarı İ, 'Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri', (2011) XV (1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163-208.
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoglu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (Onsekizinci Bası, Beta 2010).
- Meran N, *Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz* (Adalet 2016).
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Adalet 2016).
- Özekes M, 'Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur', Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan (Adalet 2009).
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (4. Baskı, Adalet 2019).
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sezer Ö.S., Saygılar Kırtı, YF, Alan Akcan E, Özaydın, Ö, Tütüncü EE, Altınok Willemin, D ve Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12. Baskı, Seçkin 2018).
- Sarıgül AT, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2017).
- Schroeder FC ve Verrel T, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Çev Salih Oktar) (Yetkin, 2019).
- Seçkin AR, *Yargıtay, Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi*, (Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1967).

- Sełçuk S ve Çınar AR, *Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırılmama Kuralı* (Yetkin 2014).
- Sełçuk S, ‘Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/ Açmazları/ Tehlikeleri’, 2013, 19 (2) MÜHFHAD 319-361.
- Sełçuk S, ‘Yargıtay’ın (Bozma Mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları’, (1992) 18 (1-2), Yargıtay Dergisi 319-361.
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2018).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, (11. Bası, Seçkin 2021).
- Şen E, ‘Temyizde Sebep Gösterme Zorunluluğu ve İstinafta Formül Karar’ (Hukukihaber, 14 Ocak 2019) <https://www.hukukihaber.net/temyizde-sebep-gosterme-zorunluluğu-ve-istinafta-formul-karar-makale,6395.html> Erişim Tarihi, 24 Temmuz 2021.
- Taner FG, ‘5271 sayılı CMK’nin Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar’, (2017) (4), Ankara Barosu Dergisi 49-78.
- Taner T, *Ceza Muhakemeleri Usulü* (Kenan Matbaası 1945).
- Tezcan D, Erdem MR ve Sancakdar O, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu* (Seçkin 2002).
- Tosun Ö, ‘Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanun Yollarının Çeşitleri’, (1969) 35 (1-4), İÜHFHM 8-48.
- Tosun Ö, *Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. II (2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. III (15. Baskı, Adalet 2019).
- Ünver Y, ‘Ceza Muhakemesinde İspat ve Uygulamamız’, (2006) (2), Ceza Hukuku Dergisi 103-205.
- Wennerström L, ‘Uluslararası Standartlar Işığında Üç Dereceli Sistemin Gerekliği’ in Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, 2-3 Mart 2006, (Ankara 2006)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2018).
- Yenisey F, *Duruşma ve Kanun Yolları* (İkinci Baskı, Beta 1990).
- Yenisey, F, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu* (İstanbul Üniversitesi Yayını, Fakülteler Matbaası 1979).
- Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (15. Baskı, Adalet 2018).
- Yurtcan E, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm* (Kazancı Hukuk Yayınları No. 57, 1987).
- Yurtcan E, *CMK Şerhi*, C. II (7. Baskı, Adalet 2015).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 30.08.2022
Revizyon Talebi: 13.11.2022
Son Revizyon Tarihi: 15.11.2022
Kabul: 13.11.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İnsan Hakları Eğitimi: Tarihsel, Yöntemsel ve Eleştirel Bir Çözümleme

Muharrem Kılıç^{1B}

Öz

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde insan hakları aktivizminin yükselişi, insan haklarının kurumsal yapılanma yönlü gelişim serüvenine pozitif bir ivme kazandırarak insan haklarını modern çağın bir söylemi haline getirmiştir. Normatif bir kurgu üzerinden yapılandırılan insan haklarının toplumları dönüştürme potansiyeli, uluslararası kurum/kuruluşların odaklandığı temel bir konu olmuştur. İnsan haklarına yönelik böyle bir kurumsal yapılanma pratiği insan haklarının bildirgesel, kavramsal ve kuramsal çerçevesine ilişkin bir içgörü kazandırılmasının gereğini ortaya koymuştur. Bir değer sistemi inşa etmek amacıyla insan hakları eğitimine odaklanma, kurumsal bir hedef haline gelmiştir. İdeolojik ve pedagojik bir strateji olarak haklar eğitimi, evrensel insan hakları rejimini yaygınlaştırma ve sistematikleştirme amacı doğrultusunda yapılandırılmıştır.

İnsan hakları eğitim metodolojisi, öğreten ile öğrenen arasında retoriksel ya da diyalektiksel değil; eylemsel bir süreç olarak işlemektedir. Aynı zamanda haklar bilgisine yönelik öğretim süreci, değerlerle yapılandırılmış ve içselleştirilmiş 'davranışsal bir form aktarımı' olarak tanımlanabilir. Farklı kuramsal perspektiflere ve eğilimlere bağlı biçimde birçok tanımlaması yapılan insan hakları eğitimi, globalleşen dünyada özcü yaklaşımlardan formalist ve eleştirel yaklaşımlara kadar uzanan geniş bir kuramsal ve kavramsal eleştiriye maruz kalmaktadır. Söz konusu eleştirilerin odak noktası insan haklarının hukuka indirgenmesiyle regülatif bir insan hakları pratiği ortaya çıkmasına yöneliktir. İnsan hakları eğitiminin neo-liberal politikaların üzerine kurulu dünyanın sosyal adaletsizliği derinleştiren yok edici etkisi altında yurttaşlık, demokrasi ve insan haklarının erozyonunu odağına almak zorunda olduğu değerlendirilmektedir. Haklar eğitiminin kuramsal yönlü gelişim dinamiği çok paydaşlı ve çok aktörlü katılımcı bir perspektifi gerekli kılmaktadır. Bundan ötürü kurumsal bir aktör olarak ulusal insan hakları kurumlarının haklar eğitimine daha fazla dahil edilmesinin gereği ortadadır.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları, Hak Öğretimi, Haklar Eğitimi, Kültüre Dayalı Pedagoji, İçselleştirilmiş Hak Öğretim Metodu, Değer Felsefesi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları

Human Rights Education: A Historical, Methodological and Critical Analysis

Abstract

The rise of human rights activism in the last quarter of the 20th century has turned human rights into a discourse of the modern age by giving a positive acceleration to the evolution of human rights towards an institutional structuring. The potential of human rights, which are structured through a normative construct, to transform societies has become a main focus of international institutions/organizations. Such an institutional structuring practice for human rights has revealed the need to gain insight into the declarative, conceptual and institutional framework of human rights. Focusing on human rights education for building a value system has become an institutional goal. Rights education as an ideological and pedagogical strategy is structured with the aim of disseminating and systematizing the universal human rights regime.

The methodology of human rights education is not rhetorical or dialectical between trainer and trainee; it can be viewed

* **Sorumlu Yazar:** Muharrem Kılıç (Prof. Dr.), Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara, Türkiye.
E-posta: muharrem.kilic@tihek.gov.tr ORCID: 0000-0002-7937-3998

Atf: Kılıç M, "İnsan Hakları Eğitimi: Tarihsel, Yöntemsel ve Eleştirel Bir Çözümleme" (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1373.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0009>



as an operational process. At the same time, the teaching process for the knowledge of rights can be defined as a behavioral form transfer structured and internalized with values. Human rights education, which has many definitions based on different theoretical perspectives and tendencies, is exposed to a wide range of theoretical and conceptual criticism ranging from essentialist approaches to formalist and critical approaches in the globalizing world. The focus of these criticisms is towards the emergence of a regulatory human rights practice with the reduction of human rights to law. It is considered that human rights education has to focus on the erosion of citizenship, democracy and human rights under the devastating effect of deepening social injustice in the world built on neo-liberal policies. The theoretical development dynamics of the rights education makes a participatory perspective with multi-stakeholders and multi-actors essential. It is therefore clear that the national human rights institutions should be more involved in the rights education as an institutional actor.

Keywords

Human Rights, Rights Education, Cultural Pedagogy, Internalized Rights Teaching Method, Philosophy of Values, National Human Rights Institutions

Extended Summary

The rise of human rights activism in the last quarter of the 20th century has turned human rights into a discourse of the modern age by giving a positive acceleration to the evolution of human rights towards an institutional structuring. The potential of human rights, which are structured through a normative construct, to transform societies has become a main focus of international institutions/organizations. The declarative normative framework of human rights education was initially regulated in Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR; United Nations General Assembly, 1948). Expressing the normative framework determined by the Declaration regarding the right to education, the principle of “*everyone has the right to education.*” (UDHR; art. 26/1) has put forth the subject of the right to education. The transformation of human rights education into a global movement corresponds to the end of the Cold War in the early 1990s. The United Nations World Conference on Human Rights (UN, 1993), held in Vienna, represents a turning point for human rights education. In fact, the Vienna Declaration and Programme of Action (UN, 1993, para. 78) which has been adopted as an output of this Conference emphasizes that “*human rights education, training and public information is essential for the promotion and achievement of stable and harmonious relations among communities and for fostering mutual understanding, tolerance and peace.*”

Within the framework of national and supranational documents, the human rights education has shown a dynamic of gradual development. The first phase (prior to 1948) discusses the historical roots of human rights education in regards to the relationality between the basic educational theories and the morals education from Plato to John Dewey (1859-1952). The second phase (1948–1994) focuses on the institutionalization of the human rights education as an educational activity that aims at legitimizing the values and principles of universal human rights. The third phase (1995-2010), which corresponds to the transformation of human rights education into

a global movement, begins with the declaration of the UN Decade for Human Rights Education. As a result of these gradual developmental phases, the rights education has become a global activism that aim to raise awareness on the rights granted and registered in the human rights treaties.

The theoretical development dynamics of the rights education makes a participatory perspective with multi-stakeholders and multi-actors essential. It is therefore clear that the national human rights institutions should be more involved in the rights education as an institutional actor. In fact, such institutional structures play a significant role in systematically monitoring and reporting the pedagogies related to the human rights education and their impacts and putting awareness-raising activities into practice.

The methodological approaches to the human rights education are characterized as a quest for a “fusion of horizons” (Hans Georg Gadamer, *Truth and Method*, Bloomsbury Academic, 2004) that brings forth an intercultural consensus in the field of human rights. However, the envisaged consensus is not based on a notion of transcendent idealism or moral realism. It is more of a consensus that is affirmed and conceptualized in many cultural structures. The educational models developed for the human rights education in the last quarter of the 20th century have generated a number of schemas to theorize the emergence, conceptualization and exercising of human rights. Although there are many methodological approaches to the human rights education, it can be stated that there is a general consensus on some basic components. First of all, the human rights education should cover both content and learning processes. Secondly, the human rights education should include relevant objectives related to cognitive (*content*), attitudinal or emotional (*values/skills*) and action-oriented components.

While the main focus in the current human rights education paradigm is “education on human rights”, the relational hermeneutic/interpretive paradigm focuses on “education for the realization of human rights and their equivalents”. In the hermeneutic paradigm, the main focus is the dissemination of the rights knowledge by means of the cultural epistemology. On the other hand, the dissemination of the rights knowledge by means of the Western conceptualization of the human rights appears as the main focus in the modern human rights education paradigm. The foundation of human rights education in the relational hermeneutic epistemology will make it possible to eliminate the tension between the educational orthodoxy and Universalist-Relativist trends.

Therefore, it is necessary to address the human rights education through the perspective of hermeneutics which has turned into a philosophy of interpretation in the modern period. Unlike the structured education models, the hermeneutics which reflects the multi-faceted dialectic between the comprehensor and interpreter makes

it possible to construct a “subject”. In fact, a subject-centered methodology is not regarded in the structuralist education models. However, education is the construction of a semantic world. Similarly, the human rights also appear as a pluralistic dynamic cultural universe, as they address the dynamism of life as well as the rights and freedoms. Therefore, the human rights education should be addressed through a hermeneutic perspective, not a structuralist/constructed perspective.

It should be noted that there are a number of critical perspectives focusing on the ‘effectiveness of human rights education, learning methodologies, pedagogical strategies and human rights discourse’. The human rights education has been criticized for many aspects, ranging from the transformation of human rights education into a global movement, human rights education turning into a political commitment, the literature focusing on purely pedagogical and methodological issues, the declarative nature of education and the colonization of rights education. These criticisms reveal the tense relationship between the modern theory of human rights notion and the cultural relativism. Furthermore, it is seen that the human rights education is organized around a human rights discourse specific to Western culture. In this context, it is emphasized that the human rights education is based on a Western-centered pedagogy of human rights rather than a culture-based pedagogy.

Constructed as the institutional entity of producing and teaching knowledge, the existential essence of the rights education is inherent in the spirit of universal principles and values. The existential tension between theory and practice, tradition and modernity, value and interest affects the pedagogical philosophy of the rights education. Considering all these critical perspectives, it is quite important to develop methodological pedagogies that enable to build a universal language, spiritual texture and culture specific to the teaching of rights, and to examine the forms of methods produced for the rights education through the paradoxical relationship between socio-economic and socio-political reality. All these exploratory efforts are critical for the identification of the organic structural problems that human rights education has been facing.

İnsan Hakları Eğitimi: Tarihsel, Yöntemsel ve Eleştirel Bir Çözümleme

Giriş

İnsan hakları, modern aklın rasyonalize edici, yapılandırıcı ve bürokratikleştirici onto-epistemolojisine uygun biçimde hem maddi hukuk hem de usul hukuku açısından normatif bir forma bürünmüştür. Deklarasyonlara ve uluslararası sözleşmelere referansla dizgeleşen ya da uluslararası kurumsal yapılanmalara ve/ya mekanizmalara dönüşen insan haklarının temelde bir aksiyolojik değer alanına tekabül ettiği düşüncesi ıskalanmaktadır. Özgün yapısal inşalar ve/ya mekanizmalar üzerinden üretilen insan hakları müktesebatının ortaya çıkarmış olduğu hak-özgürlük tasavvurunun teknokratik doğası, derin bir zihinsel yabancılaşmaya (*alienation*) yol açmaktadır. İdealite ile realite arasındaki ontik kopuşu deyimleyen bu yabancılaşma, insan haklarının bir değerler dizgesi olarak içselleştirilmesini olanaksız kılmaktadır. Bu yabancılaşma çok yönlü bir çözümlenmeye konu edilebilecek esaslı bir sorun alanına tekabül etmektedir. Söz konusu sorun alanlarının başında ise insan haklarının bir eğitim-öğretim-öğrenim¹ konusu olarak üretimi gelmektedir. İnsan haklarının bir bilgi nesnesi olarak üretimi ve aktarımının ‘felsefesi, epistemolojisi, metodolojisi ve pedagojisi’ kendi özgül bağlamında sorunsallaştırmayı gerekli kılan bir alan olarak karşımızda durmaktadır.

Bir bilgi nesnesi ve öğrenim konusu olarak insan haklarının için değerler dizgesinin aktarımı, kökeninde ‘bilgi-bilinç-eylem’ üçlemesi üzerine kurulu bir diyalektiği öngörmektedir. Varoluşsal anlamda bireyin kendisini gerçekleştirme olanaklarının çok katmanlı doğası, öğrenim süreçlerinin ‘bilişsel, duyuşsal ve eylemsel’ düzlemleri kapsayacak şekilde daha sofistike biçimde kurgulanmasını gerekli kılmaktadır. Tam da bu noktada somut biçimde insan hakları eğitiminin tekil öznesi olarak bireyin ‘değerler, tutumlar ve kültürleri’ içselleştirmek suretiyle özgül bir hak bilinci kazanması hedeflenmektedir. Söz konusu hak bilinci, eylemselleşen bir değer/ler içerimini ve aktarımını ifade etmektedir. İoanna Kuçuradi’nin de ifade ettiği üzere insan hakları eğitimi; “bilinç uyandırma” amacına matuf biçimde hak ihlalleri karşısında “bir şeyler yapma” ya da bireysel bir aksiyon alma isteğini açığa çıkarmaktadır.² Değer merkezli bu eylemsel istek, yalnızca birey açısından geliştirilmesi gereken bir *habitus* değil, kamusal bir *modus operandi*’ye dönüşümü hedeflenen toplumsal bir ‘bilinç yaratma’ düşüncesine dayanmaktadır.

Farklı kuramsal perspektiflere ve eğilimlere bağlı biçimde birçok tanımlaması yapılan insan hakları eğitimi, globalleşen dünyada özcü yaklaşımlardan formalist ve

¹ Bu çalışmada ‘eğitim, öğretim ve öğrenim’ terimleri, kavramsal art alanlarına ilişkin ayrımlar ve/ya anlamsal nüanslar paranteze alınarak kullanılmıştır.

² İoanna Kuçuradi, ‘İnsan Hakları Eğitimi ve Dayanışma İçin Eğitim: Eğiticilerin Eğitimi’ iç *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, (Türkiye Felsefe Kurumu 2011) 259; İoanna Kuçuradi, ‘İnsan Haklarının Etik Eğitimi’ iç İoanna Kuçuradi ve Harun Tepe (edr) *Türkiye’de ve Dünyada İnsan Hakları Eğitimi*, (Türkiye Felsefe Kurumu 2020) 21.

eleştirel yaklaşımlara kadar uzanan kapsamlı bir eleştirel zemine konu olmaktadır. Söz konusu eleştiriler tahlil edildiğinde insan hakları eğitiminin odağının “kültür endüstrisine” doğru evrildiği ifade edilebilir. Öyle ki eğitimin konusunun ve kavramsal çerçevesinin belirlenmesi çoğu zaman reel insan hakları gerçekliğini paranteze alan bir kültürel endüstriye dönüşmüştür. Söz konusu kültür endüstrisi çerçevesinde biçimlenen insan hakları eğitimi, kimi zaman üstenci elitist ve kolonyalist gündemler üzerinden kendi epistemelerini kurmakta, müfredat ve pedagojisini geliştirmektedir.

Tümleyici bir çerçevede deyimlenecek olursa, insan hakları eğitiminin üç temel sorunsal alanı bulunduğu ifade edilebilir. Söz konusu alanlardan ilki; insan hakları eğitiminin ontolojik zeminine ilişkin bir sorgulamayı içermektedir. Bu kapsamda ‘insan hakları eğitiminin felsefi temelleri, kavramsal kökleri ve amaçsal hedefleri’ ilgili sorunsal alana dair temel konuları oluşturmaktadır. Bunlardan ikincisi; bir bilgi ve öğrenim nesnesi olarak insan hakları eğitiminin epistemolojik zeminine ve metodolojik çerçevesine ilişkin bir çözümlemedir. Üçüncüsü ise bir değerler dizgesi aktarımı olarak insan hakları eğitiminin aksiyolojik bir temelde sorgulanmasını içermektedir. Bu kapsamda insan hakları eğitimi aynı zamanda bir etik eğitimi niteliğine sahip olması yönüyle çözümlemeye konu edilmektedir. Tüm bu sorun alanlarına ilişkin bütünlüklü bir analiz yapıldığında insan hakları eğitimi, anlam-değer bağlamında özgün bir kavramsal zeminde çözümlenebilme imkanına kavuşmaktadır.

İnsan hakları eğitimi, ‘anlama-yorumlama-uygulama’ üçlemesi olarak tanımlayabileceğimiz hermeneutik/yorumsamacı döngü üzerinden sorunsallaştırmayı gerekli kılan bir alandır. Ancak çoğunlukla modern haklar eğitimi pratiklerinin bu yorumsamacı döngü çerçevesinde geliştirici bir öğrenimsel dinamik yaratamadığı kaydedilmelidir. Bundan ötürü insan hakları eğitiminin bütünsel bir paradigmatik tutumla ‘radikal bir pedagoji’ üzerinden yeniden üretimi bir gereklilik arz etmektedir. Zira haklar eğitimine ilişkin geliştirilen yerleşik metodolojik yaklaşımlar, başta dijital teknolojik alanda yaşanan hızlı dönüşüm karşısında güncelliğini kaybetmektedir. Öyle ki eğitim artık platformlara taşınmakta, eğitsel faaliyetler için ‘dijital pedagoji’ benimsenmektedir. İçinde bulunduğumuz yüzyılın bütün dönüştürücü dinamikleri karşısında kaçınılmaz biçimde insan hakları eğitiminin; temel felsefesi, aksiyolojik temelleri, metodolojisi ve pedagojisi açısından yeniden çözümlenmesi gerekmektedir.

Sözü edilen bu gerçeklik doğrultusunda çalışmamız, insan hakları eğitimi bütünsel bir çerçevede çözümleyebilmeyi olanaklı kılacak farklı perspektifler sunmaktadır. Akış şeması çerçevesinde öncelikle tarihsel perspektiften haklar eğitiminin kuramsallaşma yönlü gelişim dinamiği konu edilmektedir. Ardından haklar eğitimi, özgün metodolojik perspektifler üzerinden açılanmaktadır. Daha sonra farklı kuramsal yaklaşımları dikkate alarak eleştirel perspektiften haklar eğitimi sorgulamaya konu edilmektedir. Son olarak insan hakları eğitimi, kurumsal

bir perspektif üzerinden ulusal insan hakları kurumlarının işlevi, etkinliği ve alansal kuşatıcılığı açılarından ele alınmaktadır. Tüm bu çok yönlü perspektifle insan hakları eğitimine ilişkin imkân ve sorun alanlarının boyutlandırılarak serimlenmesi hedeflenmektedir.

I. Tarihsel Perspektif: Haklar Eğitiminin Kuramsallaşma Dinamiği

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde insan hakları aktivizminin yükselişi, insan haklarının kurumsal yapılanma yönlü gelişim serüvenine pozitif bir ivme kazandırarak insan haklarını modern çağın bir söylemi haline getirmiştir. Normatif bir kurgu üzerinden yapılandırılan insan haklarının toplumları dönüştürme potansiyeli, uluslararası kurum ya da kuruluşların odaklandığı temel bir konu olmuştur. Böylelikle insan hakları, ulusal sınırları aşan uluslarüstü bir söylem haline gelmiştir. Kurumsal yapılanma yönlü gelişim dinamiği, insan haklarının her bir yurttaşa koruma ve geliştirme talep etme yetkisi veren bütünleştirici bir ‘ahlaki güç’ olarak tanınmasını olanaklı hale getirmiştir.³

İnsan haklarına yönelik bu kurumsal yapılanma pratiği insan haklarının bildirgesel, kavramsal ve kurumsal çerçevesine ilişkin bir içgörü kazandırılmasının önemini ortaya koymaktadır. Nitekim insan hakları aşağıdaki grafikte de yer aldığı üzere; ‘eğitimde çatışma çözümü, hukuk eğitimi, kalkınma eğitimi, barış eğitimi, önyargıyla mücadele eğitimi, çokkültürlü eğitim ve küresel eğitim’ gibi birçok yeni eğilimin kesişim noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu eğilimlerde görüldüğü üzere insan hakları da giderek standartlaştırılmış kurallara indirgenmekte ve bütünsel öğrenmeyi yadsıyan “temellere dönüş” (*back-to-basics*) eğilimi üzerinden yapılandırılan bir müfredatla marjinalize edilmektedir. Ancak yine de insan hakları, çoğunlukla bütünlüklü biçimde tüm alanları etkileyen ve sistemsel dönüşüme katkıda bulunan bir değer sistemi olarak görülmeye devam etmektedir.⁴

³ Nancy Flowers, Marcia Bernbaum, Kristi Rudelius-Palmer and Joel Tolman, *The Human Rights Education Handbook: Effective Practices for Learning, Action, and Change* (Human Rights Resource Center, University of Minnesota 2000) 7.

⁴ Flowers, Bernbaum, Rudelius-Palmer and Tolman (n 3) 35.



Grafik. İnsan Hakları Eğitimi'nin Kavramsal Çerçevesi⁵

Bir değer sistemi inşa etmek amacıyla insan hakları eğitimine odaklanma, kurumsal bir hedef haline gelmiştir. Ancak yine de insan hakları eğitiminin yalnızca değer verme ya da saygı duyma üzerine kurulu olmadığı; aynı zamanda bu koşulları güvence altına almak amacıyla savunuculuk yapmakla da ilişkili bir ideoloji olduğu ifade edilmelidir.⁶ Bundan ötürü insan hakları eğitimi, insan hakları aktivizmini desteklemek için stratejik bir “*ideolojik aygıt*” olarak kabul edilmektedir. İnsan hakları eğitimi⁷ demokratikleşmeyi ve aktif yurttaşlığı kolaylaştırma noktasında hem ideolojik hem de pedagojik bir strateji olarak görülmektedir.⁸ Politik bir strateji olarak insan hakları eğitimi; tekil anlamda bireylere, yerleşik toplumsal alandan dışlananlara (*ötekiler*) ya da kırılgan gruplara yönelik eğitsel ve öğrenimsel faaliyetleri ifade etmektedir.⁹

Literatürde insan hakları eğitimi, “evrensel insan hakları rejimini yaygınlaştırma ve sistematikleştirme aracı” olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda hegemonik söylem düzeneği tarafından oluşturulan hem uluslararası hem de yerel/ulusal hukuk sistemlerine dahil edilen insan hakları normları ve kurumsal yapıları, insan hakları eğitimi açısından ortak bir referans alanı üretmektedir. Söz konusu normlar bütünü, insan hakları eğitimini evrensel insan hakları rejimini yaygınlaştırma noktasında

⁵ Grafik, Nancy Flowers, *COMPASITO: Manual on Human Rights Education for Children* (2nd edn, Council of Europe 2007) kaynağı referans alınarak hazırlanmıştır.

⁶ Felisa Tibbitts, ‘Understanding What We Do: Emerging Models For Human Rights Education’ (2002) 48 IRE, 162.

⁷ İnsan hakları eğitiminin önemine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., M. Arthur Diakité, ‘The Importance Of An Education In Human Rights’ in Jonas Grimheden and Rolf Ring (eds), *Human Rights Law: From Dissemination To Application* (Martinus Nijhoff Publishers 2006) 25.

⁸ Monisha Bajaj, ‘Human Rights Education: Ideology, Location, and Approaches’ (2011) 33(2) HRQ, 483.

⁹ A. Kayum Ahmed ‘Human Rights Education’ (2021) OREOE <<https://oxfordre.com/education/view/10.1093/acrefore/9780190264093.001.0001/acrefore-9780190264093-e-1573>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

en önemli araç olarak kabul etmektedir.¹⁰ Böylelikle insan hakları eğitimi, “etik ve pedagojik bir yapı” olarak konumlandırılmaktadır. Söz konusu yapı, epistemolojik temellerin sosyal bağlam içerisinde kabul edilmesi durumuna tekabül etmektedir. Etik bir perspektiften, insan haklarını oluşturan erdem ve değerlerin yanı sıra bunların üzerine inşa edilen etik temellerin de göz önüne alınması gerekmektedir. Aristotelyen etiğe¹¹ referansla eğitsel faaliyetler açısından temel erdemler (*adalet, cesaret, ölçülülük, cömertlik*) ile pratik bilgeliği (*phronesis*) içselleştiren pedagojik bir yaklaşıma gereksinim bulunmaktadır. İnsan haklarının etik ve pedagojik doğası, öğrenen özne ile öğreten arasındaki yorumsal bağlamı şekillendirmektedir. Bundan ötürü “ben” ile “öteki” arasındaki ilişkinin önceliklendirilmesini gerektirmektedir.¹²

Doğal haklar felsefesine referansla bir etik eğitimi olarak haklar öğretiminin metodolojik özgülüğünün dikkate alınması gerekmektedir. Bu noktada özellikle haklar öğretimi, bünyesinde sorumluluk duygusunu içselleştirmeyi olanaklı kılacak bir değerler eğitimine dönüşmelidir. Haklar öğretiminin değerler eğitimine dönüşmesini sağlamak için eğitim ile insan hakları arasındaki ilişkiselliği ortaya koyacak biçimde “insan hakları hakkında eğitim (bilişsel), insan hakları yoluyla eğitim (aktif yurttaşlık için beceri temelli katılımcı yöntemler) ve insan hakları için eğitim (öğrencilerin adaletsizlikler karşısında sesini yükseltme ve eyleme geçme becerilerinin geliştirilmesi)” olmak üzere üçlü bir tipoloji belirlenmektedir.¹³

İnsan hakları eğitiminin bildirgesel normatif çerçevesi ilkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 26. maddesinde düzenlemeye konu olmuştur. Bildirgenin, eğitim hakkına ilişkin belirlemiş olduğu normatif çerçeveyi ifade eden “*her şahsın öğrenim hakkı vardır.*” (md. 26/1) ilkesi, eğitim hakkının öznesini ortaya koymuştur. Bildirgenin 26/2. maddesi ise eğitimi, hümanist bir ideoloji ekseninde tanımlamıştır.¹⁴ İlgili maddeye göre “*eğitim insan şahsiyetinin tam gelişmesini ve insan haklarıyla ana hürriyetlerine saygının kuvvetlenmesini istihdaf etmelidir. Bütün milletler, ırk ve din grupları arasında anlayışlı, hoşgörü ve dostluğu teşvik etmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışın idamesi yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.*”¹⁵ Tarihsel olarak insan hakları eğitiminin global bir harekete dönüşümü, 1990’lı yılların başında Soğuk Savaş’ın sonlarına tekabül etmektedir. Viyana’da düzenlenen Birleşmiş Milletler (BM) Dünya İnsan Hakları Konferansı (1993), insan hakları eğitimi açısından bir

¹⁰ A. Kayum Ahmed, J. Paul Martin and Sameera Uddin, ‘Human Rights Education 1995–2017: Wrestling with Ideology, Universality, and Agency’ (2020) 42(1) HRQ 196.

¹¹ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (2. Bası, BilgeSu Yayıncılık 2009).

¹² Comelia Roux, ‘A Social Justice and Human Rights Education Project: A Search for Caring and Safe Spaces’ in Comelia Roux (ed) *Safe Spaces: Human Rights Education in Diverse Contexts* (Sense Publishers 2012) 41.

¹³ Bajaj (n 8) 483.

¹⁴ Muharrem Kılıç, ‘Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları’ (2021) 11(1) YD, 27.

¹⁵ Universal Declaration of Human Rights (1948) <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf> Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.

dönüm noktasını oluşturmuştur.¹⁶ Öyle ki bu konferansın bir çıktısı olarak kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı, “*toplumlar arasında istikrarlı ve uyumlu ilişkilerin geliştirilmesi ve sağlanması ve karşılıklı anlayış, hoşgörü ve barışın teşvik edilmesi için insan hakları eğitimi, öğretimi ve kamuoyunu bilgilendirmenin gerekli olduğunu*” vurgulamıştır.¹⁷

BM, Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT) başta olmak üzere çeşitlenen uluslararası kuruluşlar tarafından kabul edilen sözleşmeler ve belgelerde bir insan hakkı olarak eğitim hakkına ve bizatihi insan hakları eğitimine ayrı bir önem verilmiştir.¹⁸ Öyle ki İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası örgütlerin ve sözleşmelerin de insan hakları eğitiminin kavramsal ve kuramsal gelişim dinamiğine önemli katkılar sağladığı görülmektedir. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin üzerinde anlaştığı temel bir metin olan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (AİHS, 1950) ve bu sözleşmenin tamamlayıcısı niteliğini taşıyan “Avrupa Sosyal Şartı” (1965) gibi uluslararası metinler, haklar eğitiminin ilkelerine ve temellerine yönelik kavramsal bir çerçeve oluşturmaktadır.¹⁹ Adalet, özgürlük, insan hakları ve barışın tesisi ve sürekliliğinin sağlanması amacıyla herkesin eğitimini sağlamak için hükümetleri teşvik etme ve destekleme taahhüdü olarak kabul edilen “*Uluslararası Anlayış, İş birliği ve Barış için Eğitim ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerle ilgili Eğitime ilişkin UNESCO Tavsiyesi*” (1974); insan hakları eğitimine yönelik kavramsal çerçeve sunan bir diğer metin olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰

İnsan hakları eğitimi teşvik etme çabaları, BM İnsan Hakları Eğitimi On Yılı (1995–2004) da dahil olmak üzere bir dizi girişimin merkezinde yer almaktadır. Bu kapsamda BM Genel Kurulu 10 Aralık 2004 tarihinde tüm sektörlerde insan hakları eğitimi programlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla “İnsan Hakları Eğitimi Dünya Programını” deklare etmiştir.²¹ BM İnsan Hakları Eğitimi On Yılı’nın kazanımları üzerine inşa edilen Dünya Programı’nın amacı, insan hakları eğitiminin temel ilkesel değerleri ve eğitsel metodolojileri açısından ortak bir anlayışı teşvik etmek için bir çerçeve sunmak olarak belirlenmiştir. Dünya Programı, ulusal insan hakları eğitimi metodolojisinin belirli sektörlere/konulara daha fazla odaklanmasını sağlamak amacıyla birbirini takip eden aşamalar halinde yapılandırılmıştır. İlk

¹⁶ Monisha Bajaj, *Introduction in Human Rights Education: Theory, Research, Praxis* Monisha Bajaj (ed), (University of Pennsylvania Press 2017) 3.

¹⁷ Vienna Declaration and Programme of Action (1993) < <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action> > Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.

¹⁸ İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi, *İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi 2000 Yılı Çalışmaları* (İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi 2001) 5.

¹⁹ Hülya Kendir, *Türkiye’de İnsan Hakları Eğitimi Araştırma Raporu*, (İnsan Hakları Eğitimi Ağı, 2021) 13.

²⁰ ‘Recommendation Concerning Education for International Understanding, Co-operation and Peace and Education relating to Human Rights and Fundamental Freedoms’ (1974) < http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13088&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html > Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.

²¹ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, *Human Rights Education: A Manual for National Human Rights Institutions* (2nd edn, Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions 2019) 9.

aşama (2005-2009), ilk ve ortaokul düzeyinde insan hakları eğitimine odaklanırken; ikinci aşama (2010-2014) yükseköğretim kurumları, öğretmenler, eğitimciler, kamu görevlileri, kolluk görevlileri ve askeri personel için insan hakları eğitim programları geliştirmeye odaklanmıştır. Üçüncü aşama (2015-2019), ilk iki aşamanın uygulanmasını güçlendirme ve basın mensupları için insan hakları eğitimini teşvik etmek amacıyla faaliyetler öngörmüştür. Halen devam etmekte olan İnsan Hakları Eğitimi Dünya Programının dördüncü aşaması (2020-2024) ise gençlikle ilgili konulara odaklanmaktadır.²²

BM, ‘on yıl pedagojisi’ doğrultusunda insan hakları eğitimine odaklanan ulusal komitelerin kurulma prosedürüne ilişkin tavsiyelerde bulunmuştur. Böylelikle ulusal ölçekte insan hakları eğitiminin durumuna ilişkin kapsamlı bir inceleme yapılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda Türkiye’de de 1998 yılında “İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi” kurulmuştur. Ulusal Komite “*Ulusal Program hazırlamak, bu program dahilinde yürütülecek çalışmaları izlemek ve değerlendirmekle*” görevlendirilmiştir.²³ 2 Mart 2021 tarihinde politik bir taahhüt olarak yayımlanan İnsan Hakları Eylem Planı’nda insan hakları eğitimi ayrı bir hedef olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda insan hakları bilincinin artırılması amacıyla insan hakları eğitiminin tüm eğitim kademelerinde yaygınlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir.²⁴

Tüm bu ulusal ve uluslararası belgeler²⁵ çerçevesinde insan hakları eğitiminin aşamalı bir gelişim seyrinin olduğu görülmektedir. İlk aşama (1948 öncesi) Platon’dan John Dewey’e (1859-1952) kadar temel eğitim teorileri ile etik eğitimi arasındaki ilişkisellik çerçevesinde insan hakları eğitiminin tarihsel köklerini ele almaktadır. İkinci aşama (1948–1994) evrensel insan hakları değer ve ilkelerini meşrulaştırmayı amaçlayan eğitsel faaliyet olarak insan hakları eğitiminin kurumsallaştırılmasına odaklanmaktadır. Söz konusu süreç, uluslararası normların oluşturulmasıyla ilişkili standart belirleme aşamalarının bir çıktısı olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan hakları eğitiminin global bir harekete dönüşmesine tekabül eden üçüncü aşama (1995–2010) ise BM İnsan Hakları Eğitimi On Yılı’nın deklare edilmesiyle başlamaktadır. On yıl pedagojisi, insan hakları eğitimini meşru ve haklı bir pedagojik formasyona dönüştürmek ve insan hakları eğitimi için yapılandırılmış kavramsal bir çerçeve

²² ‘World Programme for Human Rights Education (2005-ongoing)’ <<https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/world-programme-human-rights-education>> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.

²³ İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi (n 18) 11.

²⁴ ‘Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Eylem Planı’ (2021) <https://insanhaklarieylemplanı.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1_Eylem_Plan%C4%B1_ve_Uygulama_Takvimi.pdf> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2022.

²⁵ İnsan hakları eğitimi, başta İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi olmak üzere “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, (madde 7); Ekonomik Sözleşme, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, (madde 13), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, (madde 10), İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamelelere Karşı Sözleşme veya Ceza, (madde 10), Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, (madde 29), Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, (madde 33), Engellilerin Haklarına Dair Sözleşme, (madde 4 ve 8) ve BM Yerli Halkların Hakları Bildirgesi, (madde 14 ve 15)” olmak üzere bir dizi uluslararası insan hakları belgesinde düzenlenmektedir. Bkz., Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 9.

sağlamak amacıyla uluslararası toplum tarafından desteklenmiştir. Global insan hakları söyleminin meşruiyet krizi derinleşerek tam bir karşı hegemonik güvensizliğe dönüşürken, Genel Kurul BM İnsan Hakları Eğitimi ve Öğretimi Bildirgesi’ni (*UN Declaration on Human Rights Education and Training, 2011*) kabul etmiştir.²⁶

BM İnsan Hakları Eğitimi ve Öğretimi Bildirgesi, insan hakları eğitimi “*insan hakları ihlallerinin ve suistimallerinin önlenmesine katkıda bulunan tüm eğitim, öğretim, bilgi ve öğrenme faaliyetleri*”²⁷ olarak tanımlamaktadır. Bildirge; toplumdaki her bireyin, topluluğun ve grupların temel hak ve özgürlüklerini koruma ve geliştirmenin bizatihi eğitsel faaliyetlerle gerçekleştirilmesinin yaşamsal rolünü vurgulamaktadır. Eğitime yüklenen bu yaşamsal rol doğrultusunda insan haklarına yönelik evrensel bir saygı, kültür ve anlayışı geliştirebilmek amacıyla üye devletlere ‘insan hakları eğitimi’ vermeyi tavsiye etmektedir.²⁸

İnsan hakları eğitiminin teşvik edildiği diğer bir evrensel eylem çağırısı, BM Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları (*UN Sustainable Development Goals*) olarak karşımıza çıkmaktadır. Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları, nitelikli eğitimi içeren Amaç 4.7’nin belirli bir hedefi olarak insan hakları eğitimi teşvik etmektedir. İlgili hedef şu şekilde düzenlenmiştir: “*2030’a kadar, sürdürülebilir kalkınma ve sürdürülebilir yaşam tarzları için eğitim, insan hakları, toplumsal cinsiyet eşitliği, barış ve şiddete başvurmama kültürünün geliştirilmesi, dünya vatandaşlığı ve kültürel çeşitliliğin ve kültürün sürdürülebilir kalkınmaya katkısının takdiri yoluyla bütün öğrenciler tarafından sürdürülebilir kalkınmanın ilerletilmesi için gereken bilgi ve becerinin kazanımının sağlanması.*”²⁹

Sonuç olarak; insan hakları eğitimi, insan haklarının kendinden menkul değerleri ve içkin ideolojileri tarafından yönlendirilen ‘alışkanlığa dönüşen bir eylem’ (*habituated action*) olarak varlık bulmaktadır. İnsan hakları eğitimi, bir hak öznesi inşa etmeyi amaçlaması yönüyle söylemsel bir niteliğe sahiptir.³⁰ Global bir aktivizm olarak insan hakları eğitimi, insan hakları sözleşmeleri tarafından dizgeleştirilen haklar ve hakların ihlalinin bertaraf edilmesi amacıyla mevcut prosedürler hakkında farkındalığı artırmaya odaklanmıştır. BM, bağlı kuruluşlar, uluslararası politika yapıcılar, bölgesel ve ulusal insan hakları kuruluşları tarafından geliştirilen çok

²⁶ Michalinos Zembylas and André Keet, *Critical Human Rights Education: Advancing Social-Justice-Oriented Educational Praxes* (Springer Nature Switzerland AG 2019) 20.

²⁷ United Nations Declaration on Human Rights Education and Training (2011) A/RES/66/137.

²⁸ The Danish Institute for Human Rights, *Guide to A Strategic Approach to Human Rights Education* (The Danish Institute for Human Rights 2017) 18.

²⁹ ‘Global Initiatives for Human Rights Education’ <<https://www.powerhumanrightseducation.org/exhibition/global-initiatives/>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2022.

³⁰ André Keet, ‘Discourse, Betrayal, Critique: The Renewal of Human Rights Education’ in Cornelia Roux (ed), *Safe Spaces: Human Rights Education in Diverse Contexts* (Sense Publishers 2012) 21.

sayıda politika belgesi insan hakları eğitimine atıfta bulunarak özellikle insan hakları temalarının okullarda ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır.³¹

II. Metodolojik Perspektif: Haklar Eğitimine İlişkin Yöntemsel Araçlar

Eğitim hem kendi başına bir insan hakkı hem de diğer insan haklarını gerçekleştirmenin vazgeçilmez bir aracı olarak nitelendirilmektedir.³² Aynı zamanda eğitsel faaliyetlerin bireyleri güçlendirme ve toplumun aktif ve sorumlu üyeleri olmaya teşvik etme potansiyeli bulunmaktadır. Benzer biçimde bu durum insan hakları eğitimi açısından da geçerlilik arz etmektedir. İnsan hakları eğitiminin toplumsal düzenin korunmasını sağlayan faaliyetler gerçekleştirmesi için insan hakları ihlallerine yol açan uygulamaları ve bu ihlallerin sistematikleşmesine neden olan koşulları bertaraf etmesi gerekmektedir. Sistemik hale gelen ihlalleri izale eden insan hakları eğitimi perspektifi, bütünlükçü biçimde tüm sektörler açısından olumlu bir değişimi mümkün hale getirmektedir. Bu kapsamda güçlendirici ve dönüştürücü eğitim anlayışı perspektifi geliştirme noktasında alan yazınında birtakım kavramlar üretilmiştir. Üretilen bu kavramların bir kısmı, eğitimi yoksul ve marjinalleştirilmiş kişilerin yaşam koşullarını iyileştirmek amacıyla benimsenen “popüler eğitim” (*educação popula*) hareketinden esinlenmektedir.³³

Eğitime kavramsal ve kuramsal temel sağlayan kavramlardan birisi eğitim felsefecisi Paulo Freire'nin geleneksel eğitim sistemini tanımlamak ve eleştirmek amacıyla geliştirdiği “Bankacılık Eğitim Modelidir” (*Banking Education*). ‘Bankacılık eğitimi’ esas alan eğitim metodolojisinde eğitimler tek yöntem olarak bilgi aktarımına odaklanmaktadır. Söz konusu eğitim metodolojisinde eğitmen, “bilginin otoritesi” olarak kabul edilmektedir.³⁴ Bu eğitsel modelde öğreten ile öğrenen arasındaki ilişkinin bir ‘anlatı’ niteliğinde olduğu görülmektedir. Bu ilişkisellik anlatan bir özne (*öğretmen*) ve sabırla dinleyen nesnelere (*öğrenciler*) oluşmaktadır. Fierre, anlatılan şeylerin ister değerler isterse de gerçekliğin ampirik boyutları olsun anlatılma sürecinde “cansızlaşma” ve “taşlaşma” eğiliminde olduğunu ifade etmektedir. Öyle ki ona göre “*eğitim, anlatım hastalığından mustarıptir.*” Ayrıca anlatının, öğrencilerin anlatılan şeyi mekanik olarak ezberlemelerine yol açacağını ifade etmektedir. Hatta çarpıcı bir biçimde ona göre anlatı öğrencileri öğretmenler tarafından doldurulması gereken ‘bidonlara’ ve ‘kaplara’ dönüştürmektedir. Böylece eğitim bir “tasarruf yatırımı” haline gelmektedir.³⁵

³¹ Felisa Tibbitts and Peter Fritzsche, ‘Editorial: International Perspectives of Human Rights Education (HRE)’ in Felisa Tibbitts and Peter Fritzsche (eds), *International Perspectives of Human Rights Education (HRE)* (Special issue of Journal of Social Science Education 2006) 1.

³² Kılıç (n 14) 28.

³³ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 32.

³⁴ *ibid* 32, 33.

³⁵ Paulo Freire, *Ezilenlerin Pedagojisi* (8. Bası, Ayrıntı Yayınları 2011) 50, 51.

Üretilen diğer bir kavram, aşağıdan yukarıya/yukarıdan aşağıya (*top down/bottom-up approach*) perspektifidir. Aşağıdan yukarıya/yukarıdan aşağıya perspektifi, bireylerin ya da grupların fikirlerini diğer bir bireye ya da gruba empoze etme davranışı olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu metodolojik yaklaşımda bireyler ya da gruplar arasındaki ilişkinin hiyerarşik biçimde ve güç temelinde yapılandırıldığı görülmektedir.³⁶ Diğer bir üretilen eğitim metodolojisi olarak eleştirel pedagoji, dünyayı ve toplulukları etkisi altına alan olayları derinlemesine anlamlandırmayı teşvik etmeyi kapsamaktadır.³⁷ Diyaloğa dayalı eğitim metodolojisi ise gerçek öğrenim sürecinin insanların farklı görüş, düşünce ve deneyimlerle temasa geçtiğinde ya da dinlediğinde gerçekleşeceği fikrine dayanmaktadır. Söz konusu metodolojik yaklaşıma göre; öğrenci ile öğretmen arasındaki iletişimsel gerilimi çözümlen gerçek bir diyalogla, tekil anlamda her birey öğrenme yetisi kazanabilecektir. Bu kapsamda insan hakları eğitimcisinin rolü, eğitimci dahil ilgili kişilerin birbirlerinden öğrenebilecekleri gerçek bir “öğrenme topluluğu” yaratmaktır. Böylelikle hem haklar eğitiminin içeriği hem de öğrenim süreci bireysel ve kolektif güçlendirme ve dönüşümle sonuçlanmaktadır.³⁸

İnsan hakları eğitimine ilişkin bir çerçeve oluşturan bu kavramlar doğrultusunda biçimlenen metodolojik yaklaşımlar, holistik bir perspektif sunmaktadır. İnsan hakları ve eğitimin metodolojik temellendirimi Amerikalı akademisyen Paul Healy tarafından çerçevelendirilmiştir. Healy, uygulanabilir bir insan hakları rejiminin küresel uygulamasını kültüre özgü farklılıkların muhafaza edilmesiyle orantılı biçimde geliştirebilmek amacıyla “hermeneutik” ilkelerin referans alınmasını öngörmektedir. Evrensel insan hakları fikrinin tahakkuk ettirilmesi adına geliştirilen metodolojik yaklaşımın sunmuş olduğu epistemolojik perspektif, evrenselcilik ile kültürel görecelik arasındaki tartışmanın doğasında içkin olan ikircikliği aşma noktasında yapıcı bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan hakları eğitimine ilişkin metodolojik yaklaşımlar, insan hakları alanında kültürlerarası oydışmayı doğuran bir “ufukların kaynaşması” (*fusion of horizons*)³⁹ arayışı olarak nitelendirilmektedir. Öngörülen oydışma aşkın idealizm ya da ahlaki bir gerçekçilik düşüncesine dayanmamaktadır. Daha ziyade bu oydışma birçok kültürel yapı içerisinde onanmakta ve kavramsallaştırılmaktadır.⁴⁰

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde insan hakları eğitimine ilişkin geliştirilen eğitim-öğretim modelleri; insan haklarının tarihsel köklerini, kuramlaştırılmasını

³⁶ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 32, 33.

³⁷ Freire (n 35) 160.

³⁸ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 32, 33.

³⁹ Hans Georg Gadamer, *Truth and Method* (Bloomsbury Academic 2004).

⁴⁰ Paul Healy, ‘Human Rights and Intercultural Relations: A Hermeneutico-dialogical Approach’ (2006) 32 PSC, Fuad Al-Daraweesh and Dale T. Snauwaert, *Human Rights Education Beyond Universalism and Relativism: A Relational Hermeneutic for Global Justice* (Palgrave Macmillan 2015) 48.

ve uygulanmasını teorize etmek için birtakım şemalar üretmektedir.⁴¹ İnsan hakları eğitimine yönelik birçok metodolojik yaklaşım söz konusu olmakla birlikte birtakım temel bileşenler üzerinde genel bir fikir birliğinin bulunduğu ifade edilebilir. Bu temel bileşenlerin ilki insan hakları eğitiminin hem içerik hem de öğrenim süreçlerini kapsaması gerektiğine yöneliktir. İkincisi, insan hakları eğitiminin bilişsel (*içerik*), tutumsal ya da duygusal (*değerler/beceriler*) ve eylem odaklı bileşenlere yönelik ilgili hedefleri içermesine ilişkindir.⁴² Nitekim insan hakları eğitimi bireylere bilgi, beceri ve anlayış kazandırmak ve onların tutum ve davranışlarını geliştirmek suretiyle evrensel bir insan hakları kültürünün inşasına ve geliştirilmesine katkıda bulunmayı teşvik etmektedir. Bilgi, beceri ve tutum geliştirme üçlemesi üzerinden yapılandırılan eğitim metodolojisinin⁴³ insan hakları eğitim modelleriyle bütünleşik hale getirilmesi önem arz etmektedir. Zira öğrenim görenlerin insan haklarına ilişkin içsel farkındalığı yeterlilik arz etmemektedir. Ayrıca edindikleri bilgi düzeyinde sınırlanması ve bu doğrultuda eylemsellik göstermeleri, haklarını kullanma ve başkalarının haklarına saygı gösterme noktasında davranışsal tutum geliştirmeleri de gerekmektedir.⁴⁴

İnsan hakları eğitimi modellerine ilişkin ilk nitelikli araştırmanın, Felisa Tibbitts'in Yükselen İnsan Hakları Eğitimi Modelleri üzerine yaptığı çalışma olduğu görülmektedir. Tibbitts, "değerler ile farkındalık, hesap verebilirlik ve dönüşüm modelleri" arasında ayırım yapmaktadır.⁴⁵ Öyle ki insan hakları eğitimi, üçlü tipoloji üzerinden farklılaştırılmış içerik ve hedef kitlelerden oluşan piramit biçiminde bütünlükçü olarak karakterize edilen bir model olarak ortaya konulmaktadır.⁴⁶ Tibbitts'in 2002 yılında geliştirdiği "*Dönüşüm için İnsan Hakları Eğitim Modeli*", çoğunlukla öğrenenleri sosyo-politik ve sosyo-psikolojik gerçeklere ilişkin eleştirelilik kazandırmaya ve adaletsizlik karşısında 'eylemsellik' göstermeye teşvik etmek için tasarlanmış "dönüştürücü ve özgürleştirici öğrenme süreci" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷ Tibbitts, söz konusu öğrenme sürecinin baskılanmayı içselleştirmiş olanlar açısından dönüştürücü olabileceğini öne sürmektedir. Ayrıca ona göre özgürleştirici ve dönüştürücü öğrenme süreçlerini bütünlükçü hale getirmek, öğrencilerin etkin bir rol üstlenerek değişim ve dönüşüm paradigmasının bir aktörü haline gelmesini mümkün kılmaktadır. Dönüşüm teorisi hem kişisel dönüşümü hem

⁴¹ İnsan hakları eğitimi alanında etkin bir epistemik topluluk olarak nitelendirilen Amerika Birleşik Devletleri merkezli İnsan Hakları Eğitimi Birliği (*Human Rights Education Associates, HREA*) birtakım çevrimiçi hizmet koordine etmektedir. Akademisyen David Suárez'in de kaydettiği üzere söz konusu birlik, 170'ten fazla ülkeden 16.000'den fazla üyesiyle "söylem ve aktif yansıma yoluyla" insan hakları eğitimini uygulama, müzakere etme, iyileştirme ve şekillendirme" misyonu ile faaliyet göstermektedir. Bkz Bajaj (n 16) 6.

⁴² ibid 3.

⁴³ Bloom taksonomisi için bkz., Benjamin Bloom, *Taxonomy of Educational Objectives: The Classification of Educational Goals* (Addison-Wesley Longman 1969).

⁴⁴ The Danish Institute for Human Rights (n 28) 18.

⁴⁵ Tibbitts (n 6) 163.

⁴⁶ Bajaj (n 8) 486.

⁴⁷ Ahmed, Martin and Uddin (n 10) 207.

de insan hakları ihlallerini bertaraf etmek amacıyla eylemsel/davranışsal tutumları içermektedir.⁴⁸

Söz konusu dönüşüm modeli, 2017 yılında “aktivizm” boyutunu da içerecek biçimde revize edilmiştir. Dönüştürücü eğitim metodolojisine “aktivizm” boyutunun dahil edilmesinin arkasındaki temel düşünce, ilkin insan hakları değerlerinin içselleştirilmesine ve eleştirel perspektifin kazandırılmasına yöneliktir. Böylelikle bu metodolojide insan haklarına ilişkin aktivist söylemler ve sosyal değişim amaçlanmıştır. Revize edilen söz konusu dönüşüm modelinde öğrenciler, eşitsizliklere ilişkin farkındalık kazanmak ve aktivist kampanyalara kişisel olarak katılmak gibi kendi yaşamlarında olumlu birtakım davranışsal tutumlara teşvik edilmektedir.⁴⁹

Tibbitts tarafından geliştirilen üçlemenin ilki olarak değerler ve farkındalık modelinde (*the values and awareness model*) insan hakları eğitiminin odak noktası, insan hakları alanına ilişkin temel bilgileri aktarma ve bunların toplumsal değerlerle bütünleşik hale getirilmesine yöneliktir. İnsan hakları eğitimine yönelik bu aktarım modelinin amacının Evrensel Bildirge’de ve diğer önemli belgelerde ortaya konulan normatif hedeflere ilişkin farkındalık ve bağlılık yoluyla insan haklarına saygılı bir dünyanın önünü açmak olduğu ifade edilebilir. Söz konusu modelde ‘insan haklarının tarihi, insan hakları koruma mekanizmalarına ilişkin bilgilendirmeler ve uluslararası insan haklarına yönelik sorun alanlarına (çocuk işçiliği, insan ticareti ve soykırım gibi)’ yönelik bir perspektif ortaya konulmaktadır. Değerler ve Farkındalık Modelini dikkat çekici kılan en önemli pedagojik strateji, insan haklarına ilişkin konular hakkında eylemsellik temelli öğrenci katılımını teşvik etmesidir. Söz konusu metodolojik yaklaşım bir yandan öğrencilere eleştirel düşünme becerisi kazandırırken; diğer yandan insan haklarına ilişkin problematik alanlara insan hakları perspektifinden yaklaşma becerisini de teşvik etmektedir. Böylece söz konusu metodolojik yaklaşımla öğrenenler insan haklarının “kritik tüketicileri” (*critical consumers*) olarak kabul edilmektedir.⁵⁰

Tablo 1: İnsan Hakları Eğitim Modeli⁵¹

Genel Bakış	Felsefi-tarihsel yaklaşım
Araçlar	Örgün Eğitim ve Kamuoyu Bilinçlendirme Kampanyaları
Odaklanılan Konular	İnsan Hakları Tarihi, Temel İnsan Hakları Belgeleri, Uluslararası Mahkeme Sistemi, Global İnsan Hakları Sorunları
Hedef Kitle	Kamuoyu, Okullar
Strateji	Sosyalleşme, Kültürel Uzlaşma, Sosyal Değişim

⁴⁸ ibid. 207.

⁴⁹ ibid. 207.

⁵⁰ Tibbitts (n 6) 6.

⁵¹ İnsan hakları eğitim modellerine ilişkin tablolar, Felisa Tibbitts’in makalesi referans alınarak hazırlanmıştır. ibid 6.

Üçlemenin ikinci modeli olarak hesap verebilirlik modeliyle (*the accountability model*), öğrencilerin mesleki rolleri aracılığıyla insan haklarının temel ilkesel değerleriyle doğrudan ve/ya dolaylı olarak ilişki kurması amaçlanmaktadır. Söz konusu modelde insan hakları eğitimi, ‘insan hakları ihlallerini doğrudan izleme ve insan hakları savunuculuğu yapma, kırılgan grupların/toplulukların haklarını koruma’ yönünde bir metodolojik yaklaşıma sahiptir. Ancak söz konusu modelde kişisel değişim ve dönüşüm sarif bir hedef değildir. Nitekim bu metodolojik yaklaşım toplumsal değişimin gereğini vurgulamaktadır. Bundan ötürü bu metodolojik yaklaşımda insan haklarına ilişkin reform gerçekleştirebilmek amacıyla toplum temelli ulusal ve/ya bölgesel hedefler belirlenmektedir.⁵²

Tablo 2: İnsan Hakları Eğitim Modeli

Genel Bakış	Yasal-siyasal yaklaşım
Araçlar	Eğitimler ve/ya Ağ Oluşturma
Konular	İzleme Prosedürleri, Dava Takibi, Etik Kurallar, Medya ile İlişkiler, Kamuoyu Farkındalığı
Hedef Kitle	Avukatlar, İnsan Hakları Savunucuları ve Gözlemciler, Kırılgan Gruplarla Çalışan Profesyoneller, Kamu Çalışanları, Tıp Uzmanları, Basın Mensupları
Strateji	İnsan Hakları Müktesebatı, Sosyal Adalet ve Sosyal Değişim, Liderliği Teşvik Etme ve Güçlendirme

Üçlemenin son modeli olarak dönüşüm modelinde (*the transformational model*) insan hakları eğitim metodolojisi, bireyin hem insan hakları ihlallerini tanımlayabilmesi hem de bu ihlalleri bertaraf etmeye yönelik içsel farkındalığını artırmaya yöneliktir. Söz konusu modelin hedef kitlesi yalnızca bireyler değil, bütünlükçü biçimde tüm toplumsal yapılardır. Dönüşüm modelinin en etkili pedagojik stratejisi, öğrencilerin mensubu oldukları topluluğun insan hakları portrelerine ilişkin düşünmeyi sağlamasıdır.⁵³

Tablo 3: İnsan Hakları Eğitim Modeli

Genel Bakış	Psikolojik-sosyolojik yaklaşım
Araçlar	Yaygın ve Popüler Eğitim ve Kendi Kendine Yardım
Konular	Kadın Gelişimi, Topluluk Gelişimi, Ekonomik Kalkınma ve Azınlık Haklarının Bir Parçası Olarak İnsan Hakları
Hedef Kitle	Kırılgan Topluluklar, İstismar ve Travma Mağdurları, Çatışma Sonrası Topluluklar
Strateji	Değişim için Aktivizme Yol Açan Bireysel Güçlendirme, İnsan Hakları Aktivisti Yetiştirme, Liderlik Gelişimi

Tibbitts tarafından geliştirilen üçlü tipolojiyi esas alan akademisyen Monisha Bajaj, insan hakları eğitimine ilişkin üçlü bir ideolojik sınıflandırma önermektedir.⁵⁴ Bajaj tarafından geliştirilen modellerin ilki, “küresel yurttaşlık için insan hakları

⁵² ibid 8.

⁵³ ibid 9.

⁵⁴ Bajaj (n 8) 489.

eğitimidir” (*HRE for global citizenship*).⁵⁵ Söz konusu model öğrenenleri yalnızca ulusal yurttaşlar olarak değil; aynı zamanda global bir topluluğun üyeleri olarak yeniden konumlandırarak uluslararası bir standart üretmektedir. Bu metodolojik yaklaşım; insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları, ulusal ve uluslararası girişimlerin uygulamalarını ve insan haklarının tarihsel dinamiğini içermektedir.⁵⁶

Söz konusu eğitim metodolojisini esas alan kuruluşa örnek olarak Hindistan İnsan Hakları Enstitüsü (*The Indian Institute of Human Rights, IIHR, 1999*) zikredilebilir. İnsan Hakları Enstitüsü’nün misyonu, global ölçekte lisans ve yüksek lisans düzeyinde iki yıllık uzaktan eğitim kursu aracılığıyla insan hakları alanına ilişkin eğitsel faaliyetler yürütmektir. Enstitü, insan hakları kurslarının yanı sıra insan haklarıyla ilgili periyodik olarak konferanslar ve çalıştaylar düzenlemektedir.⁵⁷ People’s Watch⁵⁸ da yasal ve savunuculuk çalışmalarının bir tamamlayıcısı olan İnsan Hakları Eğitimi Enstitüsü aracılığıyla Hindistan’da ulusal ölçekte insan hakları eğitimine öncülük etmektedir. Bu kapsamda insan haklarına yönelik sorun alanlarının belirlenmesi ve buna ilişkin farkındalık kazandırmak amacıyla projeler geliştirilmektedir. Yürütülen insan hakları eğitimi projesinin ilk zamanları okul müdürleri, öğretmenler ve öğrencilerin eğitim kurumlarında sistematikleşen kast ayırımlarını halen sürdürdükleri gözlemlenmiştir. Örneğin; Dalit (*önceden “dokunulmaz” olarak adlandırılan en düşük kast*) öğrencilerin okul etkinliklerine katılmalarının yasaklandığı ya da okulu temizlemeleri yönünde birtakım insan onuruyla bağdaşmayan olayların yaşandığı ifade edilmektedir. Ancak insan hakları eğitimi programıyla birlikte öğrencilerin hem okul içerisinde hem de okul dışında kast sistemine ilişkin dogmatik tutumlarının değişime uğradığı gözlemlenmiştir.⁵⁹

Tam da bu noktada ulusal ve/ya uluslararası politika reformunu biçimlendiren ideolojik çeşitliliğin,⁶⁰ insan hakları eğitim metodolojilerinin geliştirilmesi noktasında önemli bir rol oynadığı ifade edilebilir. Nitekim yukarıda zikredilen ulusal politika ve yerel ve/ya uluslararası uygulama düzeyinde insan hakları eğitimine ilişkin kuruluşların faaliyetleri, insan hakları girişimlerinin insan onuru ile ilişkili temel değerler üzerinde önemli bir etkiye sahip olabileceğini ortaya koymaktadır.⁶¹

⁵⁵ Charl C. Wolhuter, ‘The Intersection Between Human Rights Education and Global Citizenship Education’ in J.P. Rossouw and Elda de Waal (eds), *Human Rights in Diverse Education Contexts* (AOSIS 2019) 63.

⁵⁶ Bajaj, (n 8) 490.

⁵⁷ ibid 495.

⁵⁸ 1995 yılında Hindistan’ın Tamil Nadu eyaletinde kurulmuş bir insan hakları örgütüdür.

⁵⁹ Monisha Bajaj, Beniamino Cislighi and Gerry Mackie, *Advancing Transformative Human Rights Education* (OpenBook Publishers 2016) 32, 37.

⁶⁰ OHCHR and Equitas, *Bridging Our Diversities: A Compendium of Good Practices in Human Rights Education* (United Nations 2022).

⁶¹ Monisha Bajaj, *Schooling for Social Change: The Rise and Impact of Human Rights Education in India* (Continuum International Publishing Group 2012) 151.

Bajaj'ın öngördüğü üçlemenin ikinci modeli, “birlikte yaşam için insan hakları eğitimidir” (*HRE for Coexistence*). Söz konusu model, şiddet olaylarını tarihsel perspektiften yeniden incelemek amacıyla genellikle çatışma sonrası toplumlardaki “ötekileştirilmiş” gruplara yönelik bir portre ortaya koymaktadır. Bu metodolojik yaklaşım, insan haklarının bir parçası olarak azınlık haklarının ve çoğulcu insan hakları metodolojisinin rolünü vurgulamaktadır.⁶² Söz konusu eğitim metodolojisini esas alan Sosyal Adalet Merkezi (*The Centre For Social Justice, CSJ*), 1994 yılında kırılğan toplulukların temsiliyeti ve savunuculuk yoluyla adli yardım sağlamak amacıyla kurulmuştur. Gujarat'ta 2002 yılında Müslümanlar ve Hindular arasındaki toplumsal ayaklanmaların ardından Merkez, okul temelli “İnsan Hakları Eğitimi” programı yürütmeye başlamıştır. Merkezin İnsan Hakları Eğitimi programı ‘kültürel çeşitlilik, saygınlık, eşitlik ve adalet’ değer ve ilkelerini referans almaktadır. Eğitim modüllerinde ‘cinsiyet eşitliği, çoğulculuk, kültürel çeşitlilik, yurttaşlık ve barışa’ odaklanan hikayeler yer almaktadır. Örneğin; modülde yer alan bir hikayede, toplulukları arasında ortaya çıkan farklılıklara rağmen bir Hindu ve Müslüman çocuğun insanlık yetilerine vurgu yapılmaktadır. Diğer hikayeler toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri, kast ayrımcılığı ve diğer sosyal dışlanma biçimlerini ele almaktadır. Her hikayenin ardından, statükoyu inceleyen ve öğrencileri stereotiplere ve ayrımcılığa alternatif düşünmeye teşvik eden yansıma soruları bulunmaktadır.⁶³

Tüm bu örneklerde de görüldüğü üzere birçok toplum temelli insan hakları eğitimi modeli, sosyal dışlanma ve şiddet biçimlerini ele almak amacıyla eğitsel faaliyetler öngörmektedir. Söz konusu toplum temelli modeller çoğunlukla Latin Amerika, Asya ve Afrika'nın kırsal alanlarında metodolojik bir yaklaşım olarak referans alınmaktadır.⁶⁴

Üçlü tipolojinin son modeli “dönüştürücü eylem için insan hakları eğitimi” (*HRE for Transformative Action*), ideal ile gerçeklik arasında insan haklarına ilişkin eylemsel bir yaklaşımdır.⁶⁵ Söz konusu modelin en temel amacı, toplumsal sorun alanlarının belirlenmesi ve buna ilişkin eleştirel düşünme ve diyalog geliştirmektir. Bu modelde eğitimler bilgiyi öğrencilerin zihnine “depolamakta” ve daha sonra öğrencileri bu bilgiler üzerinden sınava tabi tutmaktadır. Dönüşüm modeli hem bireysel hem de sosyal eylemsellik yoluyla bireyleri insan hakları konusunda bilinçlendirmeyi amaçlamaktadır.⁶⁶

İnsan hakları eğitimine bütüncül yaklaşım (*whole approach*) olarak nitelendirilen diğer bir eğitim metodolojisi, insan haklarının eş zamanlı biçimde eğitimin

⁶² Bajaj (n 8) 493.

⁶³ ibid 499.

⁶⁴ Bajaj, Cislighi and Mackie (n 59) 13.

⁶⁵ Bajaj (n 8) 493.

⁶⁶ Bajaj, Cislighi and Mackie (n 59) 19.

tüm kademelerinde öğrenilmesi ve uygulanması gerektiği düşüncesini referans almaktadır. Söz konusu metodolojik yaklaşım, 1980’li yıllardan günümüze insan hakları eğitimine ilişkin üretilen uluslararası söylemlerle tutarlılık arz etmektedir.⁶⁷ Bütüncül okul yaklaşımına örnek olarak 2008 yılında Portekiz’de bir okulda yürütülmüş “*Bir okulu insan hakları yoluyla dönüştürmek*” projesi zikredilebilir. İlgili proje yaşları 5 ile 18 arasında değişen yaklaşık 650 çocuğun bulunduğu mahalle okulunda gerçekleştirilmiştir. Proje için belirlenen mahalle düşük akademik başarı ve yüksek düzeyde şiddet eylemleriyle kamuoyunda dikkat çekmektedir. İlgili projede insan hakları eğitimine ilişkin bütüncül okul yaklaşımı, eğitim metodolojisi olarak belirlenmiştir. Söz konusu metodoloji, insan haklarının evrensel değerlerinin salt müfredata değil; okul politikalarına, karar verme süreçlerine, yerel toplulukla ilişkilere, öğretim metodlarına ve hatta fiziksel çevreye varıncaya kadar bütünlükçü biçimde okul yaşamının tüm yönlerine entegre etmeye yöneliktir. Bütüncül okul yaklaşımına dayalı söz konusu vizyon, okulun öğrencilerin daha fazla sorumluluk aldığı, anti-sosyal davranışların minimal düzeye indirildiği ve öğrenme çıktılarının iyileştirildiği iyi uygulama modeline dönüşmesini mümkün hale getirmiştir.⁶⁸

Dünya kafesi metodu (*world cafe method*), insan hakları eğitiminde uygulama alanı bulan diğer bir eğitim metodolojisidir. Söz konusu metodoloji “*iş birlikçi diyalogu kolaylaştırmak, canlı bir konuşma ve eylem ağı oluşturmak amacıyla bilgi ve fikirleri paylaşmak için yaratıcı bir öğrenim süreci*”⁶⁹ olarak tanımlanmaktadır. Bu öğrenim sürecinde masa etrafında küçük gruplar halinde katılımcıların bir soru ve/ya konuyu tartıştığı kafe ortamı oluşturulmaktadır. Katılımcılar düzenli aralıklarla farklı konuları farklı perspektiften tartışmak amacıyla yeni bir masaya geçmektedir. Sürecin sonunda, ana fikirler genel bir oturumda özetlenmekte ve bunlara ilişkin tartışma ortamı yaratılmaktadır.⁷⁰

Hikayeleştirme suretiyle insan hakları eğitimi global ölçekte yaygın biçimde kullanılan diğer bir eğitim metodolojisidir. Hikayeleştirme, “deneyimlerin birtakım önemli olaylar çerçevesinde organize edilme süreci” olarak tanımlanmaktadır.⁷¹ Hikayeleştirici eğitim metodolojisi, bireylerin davranışsal tutumlarını yansıtmaktan ziyade bu davranışları biçimlendirmektedir. Söz konusu metodoloji davranışları biçimlendirme perspektifinden ötürü eğitsel faaliyetlerde giderek artan biçimde

⁶⁷ Bütüncül okul yaklaşımı (*whole school approach*) açısından uluslararası söylemin en yeni ve ilgili örneği, Birinci Aşama Eylem Planında eğitimde insan haklarını içeren ve “*bütünsel, hak temelli bir yaklaşım*” çağrısında bulunan devam etmekte olan BM İnsan Hakları Eğitimi Dünya Programıdır. Bkz., Sam Mejias and Hugh Starkey, ‘Critical Citizens or Neo-Liberal Consumers? Utopian Visions and Pragmatic Uses of Human Rights Education in A Secondary School in England’ in Richard C. Mitchell and Shannon A. Moore (eds), *Transdisciplinary Approaches to Critical Citizenship in the Classroom and Community* (Sense Publishers 2012) 124.

⁶⁸ ‘Success Stories’ <<https://www.power-humanrights-education.org/exhibition/success-stories/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.

⁶⁹ The World Café Community Foundation, A Quick Reference Guide for Hosting World Café (2015) <<https://theworldcafe.com/wp-content/uploads/2015/07/Cafe-To-Go-Revised.pdf>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2022.

⁷⁰ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 158.

⁷¹ ibid. 158.

uygulama alanı bulmaktadır.⁷² İnsan haklarının hikayeleştirilmek suretiyle bir anlatıya dönüştürülmesi, haklar eğitiminin teşvik edici ve etik değer ve ilkeler temelinde katılım süreçlerini mümkün hale getirmektedir. Zira söz konusu metodolojik yaklaşım salt bir ders verme eyleminden ziyade tutumsal ve/ya davranışsal değişimle ilişkili bir süreç olarak değerlendirilmektedir.⁷³

Sonuç olarak, bizatihi bir hak dizgesi olarak insan hakları eğitiminin gerek bireyler gerekse de toplumlar açısından pozitif yönlü gelişimi olanaklı hale getirdiği kaçınılmaz bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Nitekim hak öğrenimine ilişkin eğitsel faaliyetler değerler düzeyinde bireysel vicdanı biçimlendirmektedir. Siyasal düzlemde ise, toplumdaki kırılğan grupların hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi noktasında aktivizm boyutunda faaliyetler yürütmeyi mümkün hale getirmektedir.⁷⁴ Bundan ötürü eğitsel faaliyetlerin beceri, tutum, değer ve eylemleri içerecek biçimde gerçeklere dayalı içeriğin ötesine geçmesi için “hiyerarşik” değil “yatay” bir eğitim yapısı gerekmektedir.⁷⁵

III. Eleştirel Perspektif: Haklar Eğitiminin Eleştirel Çözümlemesi

İnsan hakları eğitimi giderek artan biçimde parçalanmış ve globalleşmiş bir dünyayı bütünleşik hale getirmenin en etkili yolu olarak görülmektedir.⁷⁶ Ancak yine de insan hakları eğitiminin ‘etkililiği, öğretim metodolojileri, pedagojik stratejileri ve insan hakları söylemi’ çerçevesinde yoğunlaşan birtakım eleştirel perspektiflerin olduğu ifade edilmelidir. Bu kapsamda insan hakları eğitime ilişkin yöneltilen eleştirel yaklaşımları; ‘modern insan hakları söylemi eleştirisi, insan hakları eğitiminin ilkesel değerlerine yabancılaştırılarak reklamları küresel bir gösteriye dönüşmesi, insan hakları eğitiminin devletler tarafından benimsenmesinin arkasındaki temel düşünce, BM’nin insan haklarını kurumsallaştırmak suretiyle devletler üzerinde kontrol mekanizması inşa etmesi, insan hakları eğitime ilişkin alan yazınının salt pedagojik ve metodolojik sorunlara odaklanması, insan hakları eğitiminin deklarasyoncu nitelikte olması, insan hakları eğitiminin sömürgeleştirilmesi, insan hakları eğitiminin üçlü ortodoksluğa yol açması ve kültüre dayalı eğitim pedagojisinin noksanlığı’ olarak sıralayabiliriz.

Söz konusu eleştirilerin temel argümanı, insan haklarının hukuka indirgenmesiyle regülatif bir insan hakları pratiği ortaya çıkmasına yöneliktir. İnsan hakları eğitiminin merkezinde yer alan insan hakları eleştirilerine olan ilgi, bu türden eleştirilerin insan hakları eğitiminin piyasalaşmasına karşı bir direnç göstereceği düşüncesine

⁷² Al-Daraweesh and Snauwaert (n 40) 169.

⁷³ Joanne Coysh, *Human Rights Education and the Politics of Knowledge*, (1st edn, Routledge 2017) 147.

⁷⁴ Tibbitts and Fritzsche (n 31) 5.

⁷⁵ Flowers, Bernbaum, Rudelius-Palmer and Tolman (n 3) 59.

⁷⁶ UNESCO, *Contemporary Issues in Human Rights Education* (UNESCO Publishing 2011) 12.

dayanmaktadır. Bu kapsamda, insan haklarının sermaye haklarına dönüştürülmesi sorunsalı ele alınmaktadır. Tam da bu noktada insan hakları eğitiminin neo-liberal politikaların üzerine kurulu dünyanın sosyal adaletsizliği derinleştiren yok edici etkisi altında ‘yurttaşlık, demokrasi ve insan haklarının erozyonunu’ odağına almak zorunda olduğu değerlendirilmektedir.⁷⁷

Neo-realist yaklaşım perspektifinden, devletler tarafından insan hakları eğitiminin iki yüzlü biçimde benimsendiği ve bu eğitsel faaliyetleri yürütmenin uluslararası yararlarına odaklanıldığı öne sürülmektedir. Nitekim insan hakları eğitimini benimsemenin hem çoğunluğu hem de azınlık gruplarını içeren bir dizi ortak değer ve norm oluşturmak suretiyle istikrarlı demokrasiye katkıda bulunabileceği değerlendirilmektedir.⁷⁸ Ancak yine de bir idealite olarak kavramsallaştırılmış olan ‘insan hakları’ söylemi, eğitimin insan hakları dostu toplumlar ve demokratik yurttaşlık inşa etmenin bir kurgusu olarak benimsenmesinin devletlerin çıkarına olma nedenini izah etme noktasında bir kısıt yaratmaktadır. Tam da bu noktada Monisha Bajaj “*dönüştürücü bir vizyon içersin ya da içermesin ulus-devletlerin ve politika yapıcılarının insan hakları eğitimini desteklemek için çeşitlenen nedenleri olduğumu, devletlerarası düzeyde bir retorik konsensüse rağmen, bu nitelikteki eğitimin ulus-devletlerin çıkarına olduğunun söylenemeyeceğini*”⁷⁹ ifade etmektedir.

İnsan hakları eğitime yöneltilen diğer bir eleştiri, insan hakları eğitiminin değer perspektifinden ele alarak evrensel ilke ve değerlerden uzaklaştığını öne sürmektedir. Söz konusu eleştirilere göre; insan hakları eğitimi, kendi temel ilkesel değerlerine yabancılaşmıştır. Hatta öyle ki global ölçekte sayısız kurs, program, seminer ve eğitim materyalleri üretilmek suretiyle insan hakları eğitiminin “reklamlaştırılan bir ideoloji” haline geldiği değerlendirilmektedir. İnsan hakları eğitiminin reklamlaştırılmak suretiyle yaygınlaştırılması, insan haklarının temel paradigmatik ilkelerine yabancılaşmasına yol açmıştır. Bu durum insan hakları eğitiminin “küresel bir gösteriye” dönüştürülmesi olarak tasvir edilmektedir.⁸⁰

İnsan hakları eğitime ilişkin yöneltilen en çarpıcı eleştirinin BM’nin insan haklarının kurumsallaştırılması ideolojisine yönelik olduğu ifade edilebilir. Öyle ki BM’nin insan haklarını kademeli biçimde kurumsallaştırarak ve merkezileştirerek insan hakları eğitimi söylemi üzerinde giderek daha fazla otorite kurduğu öne sürülmektedir.⁸¹ Nitekim BM’nin kurumsal yapıları, ulusal hükümetlerin kapsamlı insan hakları içeriği ve pedagojisini bağımsız olarak benimsemesi noktasında olumlu bir görüşe sahip olsa da Sonia Cardenas gibi bazı akademisyenler, devletlerin insan

⁷⁷ Zembylas and Keet (n 26) 10.

⁷⁸ Knut Vesterdal, ‘Championing Human Rights Close to Home and Far Away: Human Rights Education in the Light of National Identity Construction and Foreign Policy in Norway’ (2019) 2(1) HRER, 11.

⁷⁹ Bajaj (n 16) 8.

⁸⁰ André Keet, ‘Does Human Rights Education Exist?’ (2017) 1(1) IJSR, 9.

⁸¹ Joanne Coysh, ‘The Dominant Discourse of Human Rights Education: A Critique’ (2014) 6(1) JHRP, 92, 93.

hakları eğitimini geliştirme noktasındaki rolünü daha kuşkucu bir perspektiften ele almaktadır.⁸² BM bünyesinde oluşturulan sözleşme ve sözleşmesel yükümlülükler göz önüne alındığında insan hakları eğitiminin global ölçekte eğitim sistemleri açısından pozitif etkileri olmasına rağmen eğitsel faaliyetlerin yaygınlaşması, paradoksal olarak sürdürülebilir ve anlamlı bir çözümlemeyi olanaklı kılmamaktadır.⁸³ Ancak bu türden eğitsel çabaların bir devlet açısından potansiyel olarak maliyetli olabilme riski bulunmaktadır. Nitekim Cardenas, “*insan hakları eğitiminin doğası gereği devrimci olduğunu, etkili biçimde uygulanması durumunda artan adalet ve hesap verebilirlik taleplerinin yanı sıra toplumsal muhalefet yaratma potansiyeline sahip*” olduğunu vurgulamaktadır.⁸⁴

Tüm bu eleştiriler doğrultusunda BM'nin mali kaynaklarını ve politik etkisini, uluslararası insan haklarını ulusal hükümetlere kıyasla daha fazla bireylere/topluma/topluluklara nüfuz edebilecek bir insan hakları eğitimi çerçevesi oluşturmak amacıyla kullandığı değerlendirilmektedir. Michel Foucault'un kurumların toplumsal yapıları düzenlemek adına söylem oluşumunu kontrol ettiği ve söylemin “*bir hakikat ekonomisi üretmek ve sürdürmek için tasarlanmış bir dizi dilsel, polemik ve stratejik gerçekler*”⁸⁵ olduğu fikrinden hareketle insan hakları eğitimi söyleminin üretimini kontrol etmenin, BM'nin insan haklarının bireyler ve topluluklar açısından benimsenme biçimini ve yönetimini kolaylaştırdığı öne sürülmektedir.⁸⁶ Nitekim gücün bilgiyi üretme biçimi, insan hakları eğitimi söyleminin üretimini ve farklı söylemsel yönelimlerin sistematikleşen mücadele ilişkilerinde bir arada var olma yollarını anlamlandırmak için kritik bir öneme sahiptir. Her bir üretim biçimi, herhangi bir zamanda insan hakları eğitimi alanını belirlemektedir. Ayrıca meşruiyet ile gayrimeşruluk, mücadele ile boyun eğme arasındaki gerilimin temelini oluşturmaktadır. Bu kapsamda insan hakları eğitimi söylemi, çoklu iktidar ilişkilerinin işlev gördüğü bilgi mücadelesinin merkezi bir parçası olarak görülmektedir.⁸⁷

Bundan ötürü global bir insan hakları eğitimi söyleminin inşası, birtakım bilgi türlerinin boyun eğdirilmesine dayanmıştır. Bu durumun “insan hakları eğitiminin kurumsallaştırılması ve resmileştirilmesi ve tarihsel bilgilerin gömülmesi ve/ya maskelenmesi” yoluyla gerçekleştiği öne sürülmektedir. İnsan hakları eğitimi düşüncesinin önceden var olan her türlü bilgiyi, söylemi ve insan hakları eğitimine yönelik yaklaşımları ortadan kaldıran BM Sözleşmesi'nin bir parçası olarak ortaya çıktığı

⁸² Bajaj (n 8) 488.

⁸³ Keet (n 30) 7.

⁸⁴ Bajaj (n 8) 488.

⁸⁵ Michel Foucault, *Power* (The New Press 2001) 3.

⁸⁶ Coysh, ‘The Dominant Discourse of Human Rights Education: A Critique’ (n 81) 94.

⁸⁷ ibid. 94.

değerlendirilmektedir.⁸⁸ Hatta öyle ki insan hakları eğitiminin,⁸⁹ değer ve davranışları Evrensel Bildirge tarafından belirlenen değerlere doğru kaydırmak ve değiştirmek amacıyla kurgulandığı öne sürülmektedir.⁹⁰ Bu kapsamda insan hakları eğitimi “yükselen global eğitim felsefesinin operasyonel planları” olarak tanımlanmıştır.⁹¹

İnsan hakları eğitimine ilişkin diğer bir eleştiri; alan yazınının çoğunlukla pedagojik ve metodolojik konulara dönüştürülmesine yöneliktir. Böylelikle insan hakları eğitim metodolojisinin çoğunlukla müfredat⁹² temelli bir yaklaşıma evrildiği ifade edilmektedir.⁹³ Bu kapsamda insan hakları eğitiminin nihai amacı, insan haklarının temel eğitim sistemlerine ve uygulamalarına entegrasyonu olarak belirlenmektedir. Haklar eğitimine ilişkin kuramsal çalışmaların, insan hakları eleştirilerinin insan hakları eğitimine entegre edilmesini engelleyen deklarasyoncu, muhafazakar ve eleştirel olmayan bir çerçeveye inşa ettiği öne sürülmektedir. Bundan ötürü insan haklarının dönüştürücü radikalliğini kolaylaştırmak yerine bu yaklaşımın egemenliğinin insan hakları eğitiminin pedagojik değerleri açısından bir kısıt yarattığı değerlendirilmektedir.⁹⁴ İnsan hakları eğitimine ilişkin ‘deklarasyoncu, muhafazakar ve eleştirel’ parçalı yaklaşımlar kimi zaman toplumsal gerçeklikten soyutlanmış “düzensiz bir insan hakları eğitimi doktrini” yaratmaktadır. Öyle ki bu doktrin yalnızca belirli eğitsel alanlara, kültürel ve/ya bireysel değerlere yönelen inhisari bir metodoloji öngörmektedir. Söz konusu doktrin, çeşitliliği ve çokkültürlülüğü yadsıyan tek yönlü bir ahlaki dizgeyi empoze etmektedir.⁹⁵

İnsan hakları eğitimine ilişkin diğer bir çarpıcı eleştiri, insan hakları eğitiminin deklarasyoncu nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. İnsan hakları eğitimi metodolojisine ilişkin çarpıcı eleştirileri bulunan Güney Afrikalı insan hakları araştırmacısı André Keet, insan hakları eğitimi uygulamasının halen siyasi okuryazarlık ve/ya yasal uyumluluğa odaklanan, katılımcı sosyal değişimi yadsıyan “deklarasyoncu” (*declarationist*) nitelikte olduğunu öne sürmektedir.⁹⁶ Zira ona göre insan hakları eğitimi kendisini tüm insan hakları gerçekliklerinin deklarasyonlar ve sözleşmeler gibi insan hakları belgelerinde üretildiği ve tamamlandığı yönündeki dogmatik inanç etrafında yapılandırmaktadır.⁹⁷

⁸⁸ ibid 94. Bkz., Michel Foucault, *Toplumunu Savunmak Gerekir* (6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları 2013); Michel Foucault, *Society Must Be Defended* (Picador 2003).

⁸⁹ Ülke örnekleri için bkz., Carole Hahn, ‘Human Rights Teaching: Snapshots From Four Countries’ (2020) 3(1) HRER.

⁹⁰ Anne Becker, ‘Decolonial Human Rights Education: Changing the Terms and Content of Conversations on Human Rights’ (2021) 4(2) HRER, 52.

⁹¹ Keet (n 30) 8.

⁹² Cecilia Decara, Carol Rask and Felisa Tibbitts, *Guide On Human Rights Education Curriculum Development: Furthering SDG Target 4.7 in Primary and Secondary Schools* (The Danish Institute for Human Rights 2021) 2.

⁹³ Coysh, *Human Rights Education and the Politics of Knowledge* (n 73) 75.

⁹⁴ Keet (n 30) 7.

⁹⁵ Gloria Ramirez, ‘Emerging Rights: A Topic of HRE’ (2006) 5(1) JSSE, 17, 18.

⁹⁶ Keet (n 30) 7.

⁹⁷ Zembylas and Keet (n 26) 19.

Böylelikle insan hakları eğitiminin sömürgeci düzenin bir parçası haline geldiği öne sürülmektedir. İnsan hakları eğitimi sömürgeci zihniyetten kurtarmak için Avrupa merkezli düşünceyi izale eden ve insan hakları eğitimi teorisini ve pedagojik pratiğini sömürgeciliğin tarihsel ufkunda yeniden bağlamsallaştıran ciddi bir stratejik perspektif geliştirilmesi icap etmektedir. İnsan hakları eğitiminin daha ‘eleştirel’ ve ‘dönüştürücü’ olabilmesi için hegemonik insan hakları rejiminin özünde var olan epistemolojik ve ontolojik temelin ötesine geçilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda sömürgeci zihin dünyasını bertaraf eden pedagojilere, insan hakları ve haklar eğitiminin öncüllerini sorunsallaştıran müfredata gereksinim bulunmaktadır.⁹⁸

Ayrıca üretilen sömürgeci zihinsel inşaların ve varsayımlarının izale edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kolonyal hegemonyayı yapıbozumuna uğratma ve çoğulcu bilgi ve anlayış temelli eğitim sistemleri inşa etmenin farklı metodolojiler olduğu değerlendirilmektedir. Söz konusu metodolojik yaklaşımlardan birisi de insan haklarının öncülü olarak önerilen Ubuntu felsefesidir.⁹⁹ İnsan hakları eğitiminin sömürgeleştirilmesine yönelik böyle bir direnişin acıların, mücadelelerin, çatışmaların ve yeniden uyanışların insan hakları bilgisine dahil edilmesi noktasında imkanlar yaratacağı değerlendirilmektedir. Sistematik ve ilişkisel bir onto-epistemolojik dekolonyal süreç, insan hakları eğitimi söyleminin hem kavramsal yapısını hem de içeriğini değiştirebilecektir.¹⁰⁰

İnsan haklarını ve haklar eğitimi sömürgesizleştirme stratejileri kaçınılmaz biçimde eğitim ve bilgiyi sömürgesizleştirme görevinin bir parçası olarak işlev görmektedir. Tam da bu noktada üçlü bir strateji ortaya konulmaktadır. İlk dekolonyal strateji, insan haklarının ve insan hakları eğitiminin yeniden bağlamsallaştırılmasıdır. Söz konusu strateji, José-Manuel Barreto’nun¹⁰¹ insan haklarının ‘yeniden bağlamsallaştırılması’ olarak adlandırdığı ve insan haklarının tarihini ve bağlamını Avrupa sınırlarının ötesine genişletme gerekliliğini içeren yaklaşımdır. Bu kapsamda Batı epistemolojisinin diğer kültürleri sömürgeleştirdiği değerlendirilmektedir. Hegemonik insan hakları teorisinin modern/sömürge coğrafyası ve tarihinin maddi koşullarında yeniden bağlamsallaştırılması insan hakları coğrafyasını ve tarihini yeniden yazmayı mümkün hale getirmektedir.¹⁰²

⁹⁸ ibid 132.

⁹⁹ Ubuntu, bir grup içindeki ortak bağların, herhangi bir bireysel tartışma ve bölünmeden daha önemli olduğuna inanmak anlamına gelmektedir. Kenyalı edebiyat bilgini James Ogude, ubuntu’nun modern dünyada çok yaygın olan bireyciliğe karşı bir denge ağırlığı olarak hizmet edebileceğine inanmaktadır. Steve Paulson, ‘I Am Because We Are’: The African Philosophy of Ubuntu’ (2019) <<https://www.ttbook.org/interview/i-am-because-we-are-african-philosophy-ubuntu>> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022.

¹⁰⁰ Becker (n 90) 63.

¹⁰¹ Bkz *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law* in José-Manuel Barreto (ed) (Cambridge Scholars Publishing 2013).

¹⁰² Zembylas and Keet (n 26) 139.

İkinci dekolonyal strateji, eleştirel teorinin ve pedagojinin eleştirisidir. Akademisyen Sabine Broeck eleştirel teorinin, emperyalizmin ürettiği şiddeti hesaba katmak için değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰³ Üçüncü dekolonyal strateji, bir insan hakları ve insan hakları eğimi etiği olarak ‘duygular etiğinin’ benimsenmesidir.¹⁰⁴ İnsan hakları eğitimine yönelik dekolonizasyon pedagojisinin eleştirel pedagojinin ötesine geçmesi gerekmektedir. Dekolonizasyon pedagojisi, naif ve duygusal bir anlatı üretmek yerine eleştirel bir perspektife dayalı insan hakları söylemine odaklanmalıdır.¹⁰⁵

İnsan hakları eğitimine ilişkin diğer bir eleştirel yaklaşım; insan hakları eğitiminin ‘cennet-cehennem ikiliği, tek yönlü trafik paradigması ve kölelik karşıtı paradigma’ olmak üzere üçlü ortodoksluğa yol açmasına yöneliktir. İnsan hakları eğitimine ilişkin ilk ortodoksluk olan cennet-cehennem ikiliği (*the hell and heaven binary*) dünyayı temelde “cennet-cehennem” olmak üzere iki tür metaforik toplumsal tipolojiye bölmektedir. İnsan haklarına saygılı ülkeler “cennet” metaforuyla tanımlanırken; insan haklarını ihlal/suiistimal eden ülkeler “cehennem” metaforu üzerinden açıklanmaktadır. Cennet-cehennem metaforuyla tasvir edilen söz konusu devlet tipolojisi, Batı toplumlarını mecazi anlamda cennet olarak nitelendirir; 3. Dünya ülkelerini insan hakları ihlallerinin yoğunluğundan ötürü aralıksız salgınlardan oluşan “cehennem” olarak nitelendirmektedir.¹⁰⁶ Çoğunlukla fikri mülkiyeti, ‘Modern Batı Dünyasına’ özgülünen ‘insan hakları’ söyleminin, kurumsal yapılanma yönlü gelişim serüveniyle modern çağın ilham verici bir mitine dönüştüğü dikkate alındığında bir tür inanç/dogma (*credo; corpus*) üretildiği görülmektedir.¹⁰⁷ Dolayısıyla bu türden dogmatik inançların insan hakları eğitimine de sirayet edeceği noktasında kuşku bulunmamaktadır.

Modern insan hakları eğitimi uygulamalarından kaynaklanan ikinci ortodoksluk, tek yönlü trafik paradigmasıdır (*the one-way traffic paradigm*). Tek yönlü paradigma, insan haklarını tek bir geleneğe ya da Batı merkezci insan hakları düşüncesine indirgemenin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. İnsan hakları eğitimi, Batı’nın insan hakları kavramsallaştırmasında kendini gösteren bu paradigmayı referans almaktadır. Üçüncü ortodoksluk, kölelik karşıtı paradigmadır (*the abolitionist paradigm*). İnsan hakları eğitimi ile ilgili tek bir kavramsallaştırmaya dayanmanın bir sonucu olarak teorisyenler “uluslararası insan hakları hukukunun gereklerine aykırı olan yerel uygulamaların kaldırılmasını” talep etmektedir.¹⁰⁸

¹⁰³ Sabine Broeck, ‘The Legacy of Slavery: White Humanities and Its Subject’ in José-Manuel Barreto (ed.), *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law* (Cambridge Scholars Publishing 2013) 102.

¹⁰⁴ Zembylas and Keet (n 26) 140.

¹⁰⁵ Michalinos Zembylas, ‘Re-contextualising Human Rights Education: Some Decolonial Strategies and Pedagogical/Curricular Possibilities’ (2017) 25(4) PCS, 2.

¹⁰⁶ Al-Daraweesh and Snauwaert (n 40) 142.

¹⁰⁷ Muharrem Kılıç, ‘Mit ile Gerçeklik Arasında İnsan Hakları Anlatısı’ iç *İnsan Haklarını Yeniden Düşünmek Bildiriler Kitabı* (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2018) 214.

¹⁰⁸ Al-Daraweesh and Snauwaert (n 40) 142, 146.

Modern insan hakları eğitim paradigması, çoğunlukla Batı merkezci insan hakları söylemine referansla haklar bilgisinin aktarımını sağlamaktadır. İnsan hakları eğitiminin ilişkisel hermeneutik epistemolojide temellendirimi, eğitimsel ortodoksları ve Evrenselci-Rölativist gerilimini bertaraf etmeyi mümkün hale getirecektir. Batı merkezci insan hakları düşüncesine dayanan haklar eğitiminin, bankacılık modeline dayalı bir eğitim oluşturacağı ifade edilmektedir. Tam da bu noktada modern dönemde yorum felsefesine dönüşen hermeneutik perspektifiyle insan hakları eğitiminin ele alınması icap etmektedir. Nitekim mevcut insan hakları eğitimi paradigması “insan haklarına ilişkin eğitime” odaklanırken, ilişkisel hermeneutik/yorumsamacı paradigma, “insan haklarının ve eşdeğerlerinin gerçekleştirilmesi için eğitime” odaklanmaktadır. Hermeneutik paradigmada odak noktası kültürel epistemolojinin kullanılarak haklara ilişkin bilginin yayılmasına yöneliktir.¹⁰⁹

Anlayan/yorumlayan ile metin arasındaki çok yönlü diyalektiği yansıtan hermeneutik, yapılandırılmış eğitim modellerinin aksine “özne” inşasını mümkün hale getirmektedir. Öyle ki yapısalcı eğitim modellerinde özne merkezli bir metodolojinin gözetilmediği görülmektedir. Oysaki eğitim süreçleri diyalektik bir anlam dünyası inşasıdır. Eğitime konu olan haklar bilgisi de çoğulcu ve dinamik bir kültür evreninde varlık bulmaktadır. Bundan ötürü insan hakları eğitiminin yapısalcı bir modellemeyle değil hermeneutik bir perspektifle ele alınması gerekmektedir. Aksi takdirde özne, modernitenin öngördüğü paradigmatik çerçeveye uygun biçimde tümüyle ait olduğu onto-epistemolojik evrenden ayıramayacaktır. Hermeneutik perspektif, öznenin ait olduğu onto-sosyolojik aidiyet evreninde yurt edinmesini olanaklı kılacaktır.¹¹⁰

Bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini olanaklı hale getirmeyi amaçlayan insan hakları eğitiminin ilişkisel bir epistemolojiyi referans alması gerekmektedir. Doğası gereği ilişkisel epistemolojiyi referans alan insan hakları eğitimi, kültürler arasında anlam inşa etmeye yönelik kavramsal bir çerçeve üretmektedir. Üretilen bu kavramsal çerçeve, kültürlerin insan haklarının normatif dizgesiyle bağdaşık olmayan yönlerini dönüştürme potansiyelini de beraberinde getirmektedir. Eğitimdeki mevcut uygulamaların büyük bir kısmının bilgiyi üretme ve içselleştirme kapasitelerinin geliştirilmesinden ziyade bilgi aktarımına odaklandığı, bu yüzden statükonun pedagojileri ve politikaları için mekanizmalar olarak kaldığı ifade edilmektedir.¹¹¹ Tam da bu noktada insan hakları eğitimi uygulamasını geliştirmenin en etkili yolunun, herhangi bir resmi kurumsal mekanizmadan ziyade ‘diyalojik’ temelli insan hakları yapıları ve sistemleri inşa etmek olduğu vurgulanmaktadır. Böylelikle haklar eğitiminin farklı formlarını anlamlandırmayı olanaklı kılan öz-

¹⁰⁹ ibid 48.

¹¹⁰ Muharrem Kılıç, ‘Anlamın İnşası ve Anlama Etkinliği Bağlamında Geleneğin Sorunsallaştırılması’ (2010) 22 SDÜ SBD, 125.

¹¹¹ Al-Daraweesh and Snauwaert (n 40) 160.

düşünümsel bir öğrenme süreci geliştirilmesi mümkün olacaktır. Öyle ki ona göre insan hakları eğitimi insan hakları mücadelelerinin bir başka boyutuna tekabül etmektedir.¹¹²

Sonuç olarak, bütünlükçü biçimde insan hakları eğitimine ilişkin eleştirel perspektifler çözümlendiğinde global insan hakları eğitiminde gereksinim duyulan paradigma değişikliğinin kültüre duyarlı bir pedagoji olduğu sonucuna varılmaktadır.¹¹³ Ayrıca öğrenme sürecine ilişkin üçlemenin (*bilgi, beceri ve tutum*) bütünlükçü yönetsel yapısı esas alınmalıdır. Söz konusu yapı üzerinden geliştirilen ve dışsallaştırmayı değil içselleştirmeyi esas alan metodların üretilmesi önem arz etmektedir. Nitekim insan hakları eğitim metodolojisi, öğreten ile öğrenen arasında retoriksel¹¹⁴ ya da diyalektiksel değil; eylemsel bir süreç olarak işlemektedir. Aynı zamanda insan hakları öğretim süreci, değerlerle yapılandırılmış ve içselleştirilmiş ‘*davranışsal bir form aktarımı*’ olarak tanımlanabilir. Tam da bu noktada doğal haklar kuramının üzerine yapılandırılmış hak dizgelerine uyarlı biçimde haklar öğreniminin içselleştirilmesi önem arz etmektedir. Hakların harici bir eğitim materyali olarak aktarımı değil; öğrenme sürecine ilişkin üçleme temelli hak öğreniminin geliştirilmesi icap etmektedir. Tüm bu nedenlerden ötürü insan hakları eğitimine ilişkin ‘içselleştirilmiş hak öğrenim metodolojisinin’ geliştirilmesi gerekmektedir.

IV. Kurumsal Perspektif: Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve Haklar Eğitimi

İnsan haklarını koruma ve geliştirme düşüncesine dayanan kurumsal yapılanma pratiği, dönemsel olarak değişen jeo-politik ve jeo-stratejik dinamiklerle ve daha temelde ideolojik koşullanmışlıklarla şekillenen global siyasetin gölgesinde biçim kazanmıştır. Ulusal insan hakları kurumları olarak yapılandırılan bu mekanizmalar taraf olunan kurucu insan hakları sözleşmelerinin ulusal uygulanmasını izleme ve denetleme misyonu çerçevesinde ulusal pratik ile uluslararası dinamik arasında bir ‘köprü’ görevi ifa etmektedir.¹¹⁵ Devletlerin insan haklarını koruma, saygı gösterme ve yerine getirme yükümlülüklerine ulusal ölçekte uyumun sağlanmasını temin edecek ‘yerel yapılanma’ gerekliliği uluslararası yetkililer ve sivil toplum kuruluşları tarafından giderek daha fazla vurgulanmaktadır.¹¹⁶ Öyle ki bu türden kurumsal yapıların kurulması, uluslararası insan hakları standartlarının ulusal yasalara ve uygulamalara ne ölçüde dahil edildiğine yönelik somut bir gösterge sunmaktadır. Söz konusu kurumsal yapılar global insan hakları normlarının yerel

¹¹² Coysh, *Human Rights Education and the Politics of Knowledge* (n 73) 75.

¹¹³ Al-Daraweesh and Snauwaert (n 40) 169.

¹¹⁴ Audrey Osler and Jon Arne Skarra, ‘The Rhetoric and Reality of Human Rights Education: Policy Frameworks and Teacher Perspectives’ (2021) 13(3) MER, 207.

¹¹⁵ Muharrem Kılıç, ‘İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları’ (2022) 5(8) TİHEK AD, 17, 18.

¹¹⁶ Jeong-Woo Koo and Francisco O. Ramirez, ‘National Incorporation of Global Human Rights: Worldwide Expansion of National Human Rights Institutions, 1966-2004’ (2009) 87(3) SF, 1324.

bir bağlamda yerleşik hale gelmesi noktasında “alıcı alanlar” (*receptor sites*) olarak işlev görmektedir.¹¹⁷

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin (CESCR) 10 No’lu Genel Yorumu’nda “*çok farklı hukuk kültürlerine sahip devletlerde ve ekonomik durumlarından bağımsız olarak*” kurulmuş yapılar olarak tanımlanan ulusal insan hakları kurumları, bizatihi insan haklarını korumak ve geliştirmekle görevli yerel kurumsal mekanizmalar olarak yapılandırılmaktadır. Bu kurumsal yapılar, başta “*şikâyetleri ele alma, tavsiyeler yayınlama, raporlama faaliyetleri, eğitsel faaliyetler ve farkındalık artırıcı aktiviteler*” olmak üzere kurumsal yetki alanı çerçevesinde faaliyetler icra etmektedir.¹¹⁸

Global ölçekte ulusal insan hakları kurumlarının görev alanları değişkenlik arz etmekle birlikte, çoğu kurumsal yapının insan hakları eğitimine ilişkin doğrudan ya da dolaylı olarak çalışmalar gerçekleştirdiği görülmektedir. Bu türden kurumsal yapılar çoğunlukla farkındalık artırma stratejisi olarak insan hakları eğitime odaklanmaktadır. Ulusal İnsan Hakları Kurumları İnsan Hakları Eğitimi Ağı’nın¹¹⁹ deneyimlerinde insan hakları eğitimi, genellikle farkındalık artırıcı kampanyalar, insan haklarının temel alanları hakkında bilgilendirici faaliyetler ve/ya el ilanlarının dağıtılması dahil olmak üzere ‘tanıtım faaliyetleri’ olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, İnsan Hakları Eğitimi ve Öğretimi Uluslararası Bildirgesi’nde yer alan insan hakları eğitimi tanımına uygun olarak insan hakları eğitimi; kişilere bilgi, beceri ve tutum kazandıran ve eğitimin didaktik ilkelerine dayanan bir süreç olarak işlev görmektedir.¹²⁰

Tam da bu noktada Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü’nün (*The Danish Institute for Human Rights*) 2014 yılında akran ulusal insan hakları kurumları ve insan hakları eğitimi uzmanları arasında insan hakları eğitimi çalışmaları hakkında gerçekleştirdiği anket zikredilebilir. Söz konusu anket, ulusal insan hakları kurumlarının insan hakları eğitimiyle ilgili olarak kurumsal rolleri ve sorumlulukları noktasında ortak bir anlayışa ve vizyona sahip olmadığını ortaya koymuştur. Anket sonuçlarına göre, ulusal insan hakları kurumları insan hakları eğitime ilişkin ortak standart ve yönergelerden yoksundur. Ayrıca insan hakları eğitime yönelik stratejik yaklaşımlar noktasında bir bilgi açığı bulunmaktadır. Anketin bir diğer sonucu ise, ulusal insan hakları kurumlarının genellikle yüz yüze eğitim faaliyetlerine odaklanması ve insan hakları eğitimi girişimlerinin ve programlarının bütünsel bir yapıda

¹¹⁷ Susan Garnett Russell and David F. Suárez, ‘Symbol and Substance: Human Rights Education as an Emergent Global Institution’ in Monisha Bajaj (ed), *Human Rights Education: Theory, Research, Praxis* (University of Pennsylvania Press 2017) 27.

¹¹⁸ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 10: The Role of National Human Rights Institutions in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/25.

¹¹⁹ <<https://www.humanrights.dk/projects/nhri-network-human-rights-education>> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022.

¹²⁰ The Danish Institute for Human Rights (n 28) 23.

olmamasına yöneliktir.¹²¹ Her ne kadar söz konusu anketin çıktıları insan hakları eğitimine ilişkin dağınık bir pedagojinin olduğunu ortaya koysa da ulusal insan hakları kurumlarının “haklar eğitimi aracılığıyla eylemsel söylem oluşturmak, insan hakları eğitim programlarını etkileme yoluyla öğrenmeyi dahil etmek, insan hakları projeleri geliştirilmesine destek olmak ve öğrenilen bilgilerin yaşama geçirilmesini desteklemek” suretiyle bireyleri insan hakları için harekete geçirmeyi teşvik edebilme potansiyeli bulunmaktadır.¹²²

Ulusal insan hakları kurumlarının insan hakları eğitimi açısından kurumsal görevlerini ifa etme noktasında karşılaştığı birtakım zorluklar ya da kısıtların bulunduğu ifade edilmelidir. Söz konusu zorluklar, “ulusal politika düzeyinde insan hakları eğitimi stratejilerinin bulunmaması ya da geliştirilmemesi; insan hakları eğitiminin ulusal insan hakları kurumları açısından öncelikli bir alan olarak belirlenmemiş olması; insan hakları eğitiminin uzun vadeli bir projeksiyonla düzenlenmesinin gerekliliği ve insan hakları eğitiminin çok sayıda beceri setini gerektirmesinden ötürü yeterli bütçe ve beşeri sermayenin bulunmasının gerekliliği” olarak sıralanabilir.¹²³

Dünya İnsan Hakları Eğitimi Programının ikinci aşaması için belirlenen Eylem Planı (2010-2014),¹²⁴ insan hakları kurumlarının ulusal insan hakları eğitim planlarının kapsamının belirlenmesi, planlanması, uygulanması ve değerlendirilmesi noktasında devlet kurumlarıyla iş birliği içerisinde çalışması için bir çerçeve ortaya koymaktadır. Ulusal insan hakları kurumları, kamu otoriteleriyle birlikte ulusal insan hakları eğitim planlarının gelişimini izleme ve bu gelişimleri raporlama görevini haizdir. Ayrıca insan hakları eğitim programlarının çıktılarına dair her türlü bilgiyi insan hakları raporlama mekanizmaları aracılığıyla BM mekanizmalarına bildirim görevi de bulunmaktadır. Bu kapsamda bu türden kurumsal yapıların her bir çalışma alanına yönelik içermeci eğitsel faaliyetler öngörülmektedir. İnsan hakları ihlallerine ilişkin “ulusal araştırmalar, izleme ve raporlama” gibi birtakım faaliyetler, insan hakları eğitiminin temel metodolojilerinden biri olarak kabul edilmektedir.¹²⁵

Öyleki haklar eğitiminin uygulanmasının izlenmesi, devletlerin uluslararası normlar dizgesinde yer alan sözleşmesel yükümlülüklerin ve taahhütlerin yerine getirilmesine ilişkin bir perspektif sunmaktadır. Nitekim eğitsel faaliyetlerin çıktılarının sistematik biçimde izlenmesi; bu türden taahhütlerin yalnızca kağıt üzerinde kalmamasını, aynı

¹²¹ ibid. 8.

¹²² Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 21.

¹²³ FRA, ‘Strong and Effective National Human Rights Institutions: Challenges, Promising, Practices and Opportunities’ (European Union Agency for Fundamental Rights, 2020) 59.

¹²⁴ United Nations, World Programme For Human Rights Education: Second Phase, (United Nations 2012).

¹²⁵ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 20.

zamanda eyleme ve uygulamaya dönüştürülmesini olanaklı hale getirmektedir.¹²⁶ Tüm bu kurumsal faaliyetler çerçevesinde insan hakları eğitimine ilişkin insan hakları kurumları tarafından geliştirilen iyi uygulama örnekleri zikredilebilir.

Örneğin; Malezya Ulusal İnsan Hakları Kurumu'nun (*The Human Rights Commission of Malaysia, SUHAKAM*)¹²⁷ insan hakları eğitimine ilişkin geliştirdiği metodolojiler dikkat çekicidir. Malezya'da iki yıllık bir insan hakları eğitimi girişimi olan “*SUHAKAM Monash ile Dijitalleşiyor*” (2015-2017) projesi insan hakları eğitimi açısından dikkat çekici bir metodolojik örnek sunmaktadır. Bu kapsamda SUHAKAM hakkında bilgi verme ve Akıllı Soru-Cevap ile Çocuk Hakları Sözleşmelerini hem Malayca hem de İngilizce olarak tanıtmak amacıyla bir “Robot Aktivist” tasarlanmıştır. Söz konusu yapay zeka tabanlı eğitim metodolojisinde öğrencilerle etkileşimli bir oyun oturumu olarak “*SimonSays*” bulunmaktadır. SUKAHAM ile Monash Üniversitesi iş birliğinde geliştirilen inovatif metodoloji, Robot Aktivist'i ni Malezya'daki tüm okullara getirmeyi amaçlamıştır.¹²⁸

Finlandiya'nın İnsan Hakları Merkezi (*The Human Rights Centre*) de 2014 yılında insan hakları eğitimi hakkında bir “temel çalışma” yayınlamıştır. İlgili çalışma, insan hakları eğitiminin temel bileşenlerinin eğitim sektöründe benimsenme düzeyini araştırmakta ve insan hakları eğitimine yönelik iyileştirmeler için çeşitlenen öneriler sunmaktadır. Bu kapsamda geliştirilen öneriler arasında “insan hakları eğitimi ve öğretimi için bir eylem planının hazırlanması; insan haklarının eğitsel faaliyetlerin tüm kademelerine dahil edilmesi ve eğitimcilerin insan hakları bilgi ve beceri düzeylerinin artırılması” yer almaktadır.¹²⁹

Bir diğer iyi uygulama örneği olarak Avustralya İnsan Hakları Komisyonu'nun (*Australian Human Rights Commission*) insan hakları eğitimi programı; evde, okulda, işte ve toplumsal alanda haklara anlayış ve saygı gösterilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Avustralya Hükümeti'nin İnsan Hakları Çerçevesi kapsamında Komisyona, toplum temelli eğitimi ve katılımcı rolünü genişletmek adına dört yıllık bir fon (2010–2014) tahsis edilmiştir.¹³⁰ Bu kapsamda;

¹²⁶ Human Rights Education Associates, ‘Human Rights Education Indicator Framework: Key Indicators to Monitor and Assess the Implementation of Human Rights Education and Training’ (HRE 2020) 1.

¹²⁷ İnsan haklarına dair farkındalığı artırmak, insan hakları eğitim faaliyetleri yürütmek ve Malezya Hükümetine tavsiyelerde bulunmak gibi birtakım kurumsal yetkileri haiz bir kurum olarak 597 sayılı Malezya İnsan Hakları Komisyonu Yasası kapsamında kurulan SUKAHAM, insan haklarına ilişkin eğitim kısıtlarını ve Malezya'da temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi noktasında karşılaştığı zorlukları raporlamaktadır. Bkz., Eysin Chew, Umer Sikander Khan and Pei Hsi Lee, ‘Designing a Novel Robot Activist Model for Interactive Child Rights Education’ (2021) 13 IJSR, 1641.

¹²⁸ Chew, Khan and Lee (n 127)1641.

¹²⁹ The Human Rights Centre, ‘Human Rights Education in Finland’ (Helsinki 2014) 24.

¹³⁰ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 27.

- ◆ “Yeni bir ulusal müfredatın geliştirilmesinin bir parçası olarak okullarda insan hakları eğitiminin entegrasyonunu teşvik etmenin yanı sıra öğretmenler için haklar öğretimi kaynakları ve öğrenciler için insan hakları bilgileri sağlamak,
- ◆ Eylemsellik temelli insan hakları tartışmalarına Avustralya topluluğunu dahil etmek adına sosyal medyayı etkin biçimde kullanmak,
- ◆ İnsan haklarının evrensel ilkelerini faaliyetlerinin günlük bir parçası olarak tanıtmak adına iş dünyası ve endüstri ile etkileşim kurmak,
- ◆ İşyerinde ayrımcılığı önlemek adına işverenlerle iş birliği içerisinde çalışmak,
- ◆ Kapsayıcı, güvenli ve adil sporu teşvik eden kurallara göre milli sporu desteklemek” (Asia Pacific Forum of National Human Rights Educations, 24)

gibi faaliyetler gerçekleştirilmiştir.

Avusturya Ombudsman Kurulu’nun (*The Austrian Ombudsman Board*) hazırlamış olduğu *Bürgeranwalt (Advocate for the People)* adlı haftalık TV programı zikredilmesi gereken diğer bir iyi uygulama örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Yayın, Ombudsman Kuruluna yapılan gerçek yaşamdan şikayetleri ve bunlara ilişkin çözüm önerilerini içermektedir. Böyle bir programla Kurul, çalışmalarını yurttaşların ilgisine sunarak kurumsal farkındalığı ve görünürlüğü artırmayı amaçlamaktadır. Ayrıca gerçek yaşamdan kesitlerin ele alınması hak bilincinin artmasını da olanaklı hale getirmektedir.¹³¹

Polonya İnsan Hakları Komiserliği (*Republic of Poland and the Commissioner for Human Rights*) de insan hakları eğitimine ilişkin farklı metodolojik yaklaşımlar çerçevesinde eğitsel pratikler geliştirmiştir. Örneğin, Komiserlik, Polonya’da düzenlenen Pol’and’Rock müzik festivalinde bir “insan hakları çadırı” kurmuştur. Ayrıca prodüksiyonlar, gösteriler, masa oyunları, dans ve atölye çalışmaları aracılığıyla insan hakları konularını kamuoyunun ilgisine sunmuştur.¹³²

Asya Pasifik Forumu, 2017 yılında üyelerinden gelen geri bildirimler sonucunda Asya Pasifik Ulusal İnsan Hakları Forumu Kurumları Kolaylaştırıcılar Ağı’nı (*APF Facilitators Network*) kurmak amacıyla bir program başlatmıştır. Programın amacı, “yetişkin merkezli öğrenme ve insan hakları eğitimi ile ilgili katılımcıların kolaylaştırma anlayışını ve uygulamasını inşa etmek ve bölge çapında bir insan hakları kolaylaştırıcı ağı” oluşturmaktır. Forum, insan haklarına ilişkin ‘öğretmen/ eğitmen merkezli’ öğretim metodolojisi yerine ‘katılımcı merkezli’ insan hakları kapasite geliştirme pratiğini güçlendirerek insan hakları eğitiminin etkinliğini artırmayı amaçlamaktadır.¹³³

Türkiye’nin ulusal insan hakları kurumu olarak yapılandırılan Türkiye İnsan

¹³¹ FRA (n 123) 59.

¹³² ibid 59.

¹³³ Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (n 21) 27.

Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK);¹³⁴ insan haklarının korunması, geliştirilmesi, ayrımcılıkla mücadele ve ulusal önleme mekanizması görev ve yetkisi çerçevesinde eğitsel faaliyetler yürütmektedir. TİHEK'in insan hakları eğitimiyle ilgili görevleri, 6701 sayılı Kurum Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca şu şekilde düzenlemeye konu olmuştur:

- ◆ “İnsan hakları ve ayrımcılıkla mücadele konularında kitle iletişim araçlarını da kullanarak bilgilendirme ve eğitim yoluyla kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek,
- ◆ Millî eğitim müfredatında bulunan insan hakları ve ayrımcılık yasağıyla ilgili bölümlerin hazırlanmasına katkıda bulunmak,
- ◆ İnsan haklarının korunması, ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve toplumdaki eşitlik anlayışının geliştirilmesine yönelik olarak üniversiteler ile ortaklaşa faaliyetlerde bulunmak,
- ◆ Yükseköğretim Kurulunun eşgüdümünde üniversitelerin insan hakları ve eşitlik ile ilgili bölümlerinin kurulmasına ve insan hakları ve eşitlik öğretimine dair müfredatının belirlenmesine katkıda bulunmak,
- ◆ Kamu kurum ve kuruluşlarının meslek öncesi ve meslek içi insan hakları ve eşitlik eğitimi programlarının esaslarının belirlenmesine ve bu programların yürütülmesine katkıda bulunmak,
- ◆ İnsan haklarının korunması ve ayrımcılıkla mücadele kapsamında faaliyet yürüten kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, meslek kuruluşları ve üniversitelerle iş birliği yapmak.”¹³⁵

Bu kapsamda TİHEK'in insan hakları eğitimine ilişkin faaliyetleri aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

¹³⁴ 2012 yılında 6332 sayılı Kanun'la kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun (TİHK) yerini almak üzere, 20 Nisan 2016 tarihli 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile 'eşitlik ve insan hakları' kurumu olarak yapılandırılmıştır. Eşitlik ve insan hakları kurumu olmasının yanı sıra TİHEK, 'ulusal önleme mekanizması' görevini de haiz bir kurum olarak yasal yetkilerini icra etmektedir. Bkz., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu < <https://www.tihok.gov.tr/> > Erişim Tarihi 28 Ağustos 2022.

¹³⁵ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6.4.2016, RG 20.4.2016/29690.

Tablo 4: TİHEK'in 2021 yılında gerçekleştirdiği İnsan Hakları Eğitimleri.¹³⁶

Eğitim Talep Eden Kurum /Kuruluş	Eğitim Alan Grup	Eğitimin Konusu
Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı	Strateji ve Bütçe Uzman Yardımcıları	İnsan Hakları Alanındaki Çalışmalar ve Uygulamalar
İçişleri Bakanlığı	107. Dönem Kaymakam Adayları	İnsan Hakları Alanında Uluslararası Belgeler; Türkiye’de İnsan Haklarının Kurumsallaşma Süreci İnsan Hakları Kurumu ve Getirdiği Yenilikler; İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Çalışma Esasları ile İlgili Mevzuat; Uygulama Örnekleri
T.C. Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı	Aday Memurlar	İnsan Hakları Teorisi, Tarihsel Gelişimi, Ayrımcılıkla Mücadele, İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları
Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı	Aday Memurlar	İnsan Hakları Teorisi, Tarihsel Gelişimi, Ayrımcılıkla Mücadele İnsan Hakları Koruma Mekanizmaları
Göç İdaresi Genel Müdürlüğü	Göç Uzman Yardımcıları	İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Hak Arama Mekanizmaları, TİHEK’in Ayrımcılık Yasağına İlişkin Kararları, Ulusal Önleme Mekanizmasının Tarihsel Gelişimi ve İlkeleri
Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (<i>Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün Geri Gönderme Merkezleri Kapasitesini Uluslararası İnsan Hakları Standartları Çerçevesinde Güçlendirmesine Deşek Projesi Faz-IP*</i> projesi)	Geri Gönderme Merkezleri Müdürleri	İnsan Hakları Teorisi, Tarihsel Gelişimi, Ayrımcılıkla Mücadele, İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları
Arnavutköy İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü	Özel Eğitim Öğretmenleri	Eğitim- Öğretimde Engelli Hakları
Arnavutköy İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü	Özel eğitim ihtiyacı olan çocukların velileri	Özel Eğitim İhtiyacı Olan Çocukların Velileri, Yurtdışı Türkler ve Akrabalar satrında İnsan Hakları Alanında Çalışan STK’lar
Milli Güvenlik Kurulu	MGK Personeli	İnsan Hakları Kavramı ve Tarihsel Gelişimi, Hak Arama Mekanizmaları, TİHEK’in Ayrımcılık Yasağına İlişkin Kararları
Yurtdışı Türkler ve Akrabalar Başkanlığı	İnsan Hakları Alanında Çalışan STK’lar	İnsan Hakları Alanında Rapor Hazırlama
Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (Çocuk Yaşta, Erken ve Zorla Evliliklerin Önlenmesi Projesi)	İl Göç Uzman/ Uzman Yardımcıları	İnsan Hakları Teorisi, Tarihsel Gelişimi, Ayrımcılıkla Mücadele, İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları
Avrupa Tıp Öğrencileri Birliği- Türkiye	Tıp Öğrencileri	İnsan Hakları, Ayrımcılık Yasağı, Tıp ve İnsan Hakları

¹³⁶ TİHEK 2021 Yılı Faaliyet Raporu (2022) 94.

Sonuç olarak, insan haklarını koruma ve geliştirme görev ve yetkisini haiz ulusal insan hakları kurumları, insan hakları eğitimi yoluyla farkındalık kazandırma noktasında önemli bir rol üstlenmektedir. Ancak bu kurumsal yapıların salt farkındalık artırma stratejisi olarak değil; aynı zamanda ayrı bir görev alanı olarak insan hakları eğitimine odaklanması gerekmektedir. Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü'nün gerçekleştirmiş olduğu anket çıktıları göz önüne alındığında insan hakları eğitimine ilişkin ortak bir kavramsal çerçeve oluşturmanın gereği ortadadır. Bu kapsamda ulusal insan hakları kurumlarının haklar eğitimine yönelik bir Eylem Planı'nın oluşturulmasına öncülük etmesi ve Plan'da yer alan amaç ve hedeflere ilişkin öngörülen faaliyetleri izlemesi, haklar eğitiminin eylemselliğe dönüşmesine katkıda bulunacaktır. Ulusal insan hakları kurumlarının toplumsal alandaki konumu dikkate alındığında insan hakları eğitimine yönelik geliştirilen pedagojilerin sistematik biçimde izlenmesi, bu türden taahhütlerin eyleme ve uygulamaya dönüştürülmesini sağlama açısından önem arz etmektedir.

V. Sonuç Yerine

İnsan haklarının kurumsal yapılanma yönlü gelişim dinamiği, bu hakların bildirgesel, kavramsal ve kuramsal çerçevesine ilişkin bir içgörü kazandırılmasının gereğini ortaya koymuştur. Böylelikle çok boyutlu biçimde insan hakları eğitimine odaklanma, kurumsal bir hedef haline gelmiştir. İnsan hakları eğitiminin çok boyutluluğunu dikkate almak suretiyle kurumsal yapılar haklar öğretime odaklanmıştır. Tarihsel izlekte insan hakları eğitimi başta BM, Avrupa Konseyi ve AGİT olmak üzere çeşitlenen uluslararası kuruluşların girişimlerinin merkezinde yer almıştır. Öyle ki BM İnsan Hakları Eğitimi ve Öğretimi Bildirgesi, insan hakları eğitimini “*insan hakları ihlallerinin ve suistimallerinin önlenmesine katkıda bulunan tüm eğitim, öğretim, bilgi ve öğrenme faaliyetleri*” olarak tanımlamak suretiyle her bireyin, topluluğun ve grupların temel hak ve özgürlüklerini koruma ve geliştirmenin bizatihi eğitsel faaliyetlerle gerçekleştirilmesinin kritik rolünü vurgulamıştır.

Giderek artan bir biçimde insan hakları eğitimi küreselleşmiş ve parçalanmış bir dünyayı bütünleşik hale getirmenin en etkili yolu olarak kabul edilmektedir. Nitekim Mesut Gülmez'in isabetle ifade ettiği üzere “hak özneleri açısından insan hakları eğitimi öncelikle temel insan hakları bilgisi edinmek için gereklilik arz etmektedir. Bireyler, belgelerin kendisine salt insan olması nedeniyle tanıdığı hakları doğuştan bilememektedir.”¹³⁷ Bundan ötürü global bir aktivizm olarak insan hakları eğitimi, insan hakları sözleşmeleri tarafından dizgeleştirilen haklar ve hakların ihlalinin bertaraf edilmesi adına mevcut prosedürler hakkında farkındalığı artırmaya odaklanmıştır. Ancak küresel eğilimler üzerinden yapılandırılan insan hakları eğitimi, varoluşsal bir bunalımla yüzleşmektedir. Global eğilimleri canlandırmanın ötesinde,

¹³⁷ Mesut Gülmez, *İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik İnsanındır* (2. Bası, TODAİE Yayını 2001) 48.

insan haklarına ilişkin çoğulcu bir metodolojik perspektifle üretilmiş ve aksiyolojik temelde içselleştirilmiş bir değer anlayışının inşa edilmesi gerekmektedir.

İnsan hakları eğitiminin etkililiği, öğretim metodolojileri, pedagojik stratejileri ve insan hakları söylemi çerçevesinde yoğunlaşan birtakım eleştirel perspektiflerin olduğu ifade edilmelidir. Haklar öğretiminin; modern insan hakları söyleminden insan hakları eğitiminin küresel bir gösteriye dönüşmesine, insan hakları eğitiminin politik bir taahhüt haline gelmesinden alan yazınının salt pedagojik ve metodolojik sorunlara odaklanmasına, eğitimin deklarasyoncu nitelikte olmasından haklar eğitiminin sömürgeleştirilmesine varıncaya kadar çok boyutlu biçimde eleştiriye konu olduğu görülmektedir. Tüm bu eleştiriler, modern insan hakları teorisi ile kültürel görecelik arasındaki gerilimli ilişkiyi ortaya koymaktadır. Zira insan hakları eğitiminin Batı kültürüne özgülünen insan hakları söylemi etrafında yapılandırılması, kültüre dayalı pedagojiden ziyade Batı merkezci insan hakları pedagojisinin oluşturulmasına yol açmaktadır. Kültürel rölativizm ile insan hakları teorisi açısından gerilimi yansıtan bu pedagoji, insan haklarına yönelik kültür odaklı çözümleme yapılmasının gereğini ortaya koymaktadır. Tam da bu noktada kültüre dayalı insan hakları ve haklar eğitimi sorunsallaştıran müfredatlar oluşturulması gerekmektedir.

Haklar eğitiminin kuramsal yönlü gelişim dinamiği çok paydaşlı ve çok aktörlü katılımcı bir perspektifi gerekli kılmaktadır. Bundan ötürü kurumsal bir aktör olarak ulusal insan hakları kurumlarının haklar eğitimine daha fazla dahil edilmesinin gereği ortadadır. Ulusal insan hakları kurumlarının insan hakları eğitimine yönelik bir Eylem Planı'nın oluşturulmasına öncülük etmesi ve Plan'da yer alan amaç ve hedeflere ilişkin öngörülen faaliyetleri izlemesi, haklar eğitiminin eylemselliğe dönüşmesine katkıda bulunacaktır. Nitekim bu türden kurumsal yapılar, insan hakları eğitimine ilişkin geliştirilen pedagojileri sistematik biçimde izleme, raporlama ve farkındalık artırıcı faaliyetleri uygulamaya dönüştürme noktasında önemli bir rol üstlenmektedir. Giderek artan biçimde bu kurumsal yapılar haklar eğitiminde söz sahibi olmaya başlamaktadır.

Sonuç olarak, insan hakları bilgisinin üretimi için bilgi/bilinç/eylem odaklı tüm bu göstergeler, kaçınılmaz biçimde demografik, sosyolojik ve ekonomik dinamiklerin çerçevesinde bir form kazanmaktadır. Bilgi üretiminin ve öğretiminin kurumsal varlığı olarak inşa edilen haklar eğitiminin varoluşsal özü, evrensel ilke ve değer kavramlarının ruhunda mündemiçtir. Teori ile pratik, gelenek ile modernite ve değer ile çıkar arasında oluşan varoluşsal gerilim haklar eğitiminin pedagojik felsefesini etkilemektedir. Bundan ötürü insan hakları eğitiminin öz yitimine uğramaması adına eğitimin özünde empatik-sempati gelişimini destekleyici bir pedagojik anlayışın geliştirilmesi gerekmektedir. Metodolojik anlamda haklar öğretiminin pratik bilgelik kazandırılacak bir formda üretilmesi esas alınmalıdır. Ayrıca öğrenme sürecine ilişkin

üçlemenin (*bilgi, beceri ve tutum*) bütünlükçü yöntemsel yapısının esas alınması icap etmektedir.

Söz konusu yapı üzerinden geliştirilen ve dışsallaştırmayı değil içselleştirmeyi esas alan metodolojilerin üretilmesi önem arz etmektedir. Nitekim insan hakları eğitim metodolojisi, öğreten ile öğrenen arasında retoriksel ya da diyalektiksel değil; eylemsel bir süreç olarak işlemektedir. Aynı zamanda insan hakları öğretim süreci, değerlerle yapılandırılmış ve içselleştirilmiş davranışsal bir form aktarımıdır. Tam da bu noktada doğal haklar kuramının üzerine yapılandırılmış hak dizgelerine uyarlı biçimde, haklar öğreniminin içselleştirilmesinin kritik önemi haizdir. Hakların harici bir eğitim materyali olarak aktarımı değil; öğrenme sürecine ilişkin üçleme temelli hak öğreniminin geliştirilmesi icap etmektedir. Tüm bu nedenlerden ötürü insan hakları eğitimine ilişkin ‘içselleştirilmiş hak öğrenim metodolojisinin’ geliştirilmesi gerekmektedir. Haklar öğretimine ilişkin metodolojik yaklaşımların sosyo-ekonomik ve sosyo-politik gerçeklik üzerinden irdelenmesi icap etmektedir. Bütün bu irdeleyici çabalar, insan hakları eğitiminin yüzleşmekte olduğu yapısal sorunların tespiti ve çözümlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

- ‘Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Eylem Planı’ (2021) <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Eylem_Plan%C4%B1_ve_Uygulama_Takvimi.pdf> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2022.
- ‘Global Initiatives for Human Rights Education’ <<https://www.powerhumanrightseducation.org/exhibition/global-initiatives/>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2022.
- ‘Recommendation Concerning Education for International Understanding, Co-operation and Peace and Education relating to Human Rights and Fundamental Freedoms’ (1974)<http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=13088&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.
- ‘Success Stories’ <<https://www.power-humanrights-education.org/exhibition/success-stories/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.
- ‘World Programme for Human Rights Education (2005-ongoing)’ <<https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/world-programme-human-rights-education>> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.
- <<https://www.humanrights.dk/projects/nhri-network-human-rights-education>> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022.

- <<https://www.tihk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2022.
- Ahmed AK, 'Human Rights Education' (2021) OREOE <<https://oxfordre.com/education/view/10.1093/acrefore/9780190264093.001.0001/acrefore-9780190264093-e-1573>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2022.
- Ahmed AK, Martin JP and Uddin S, 'Human Rights Education 1995–2017: Wrestling with Ideology, Universality, and Agency' (2020) 42(1) HRQ 195-216.
- Al-Daraweesh F and Snauwaert DL, *Human Rights Education Beyond Universalism and Relativism: A Relational Hermeneutic for Global Justice*, (Palgrave Macmillan 2015).
- Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (2. Bası, BilgeSu Yayıncılık 2009).
- Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, *Human Rights Education: A Manual for National Human Rights Institutions* (2nd edn, Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions 2019).
- Bajaj M, 'Human Rights Education: Ideology, Location, and Approaches' (2011) 33(2) HRQ 481-508.
- Bajaj M, Cislaghi B and Mackie G, *Advancing Transformative Human Rights Education* (OpenBook Publishers 2016).
- Bajaj M, *Schooling for Social Change: The Rise and Impact of Human Rights Education in India* (Continuum International Publishing Group 2012).
- Becker A, 'Decolonial Human Rights Education: Changing the Terms and Content of Conversations on Human Rights' (2021) 4(2) HRER 50-70.
- Bloom B, *Taxonomy of Educational Objectives: The Classification of Educational Goals* (Addison-Wesley Longman 1969).
- Broeck S, 'The Legacy of Slavery: White Humanities and Its Subject' in José-Manuel Barreto (ed.), *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law* (Cambridge Scholars Publishing 2013).
- Chew E, Khan US and Lee PH, 'Designing a Novel Robot Activist Model for Interactive Child Rights Education' (2021) 13 IJSR 1641-1655.
- Coys J, 'The Dominant Discourse of Human Rights Education: A Critique' (2014) 6(1) JHRP 89-114.
- Coys J, *Human Rights Education and the Politics of Knowledge* (1st edn, Routledge 2017)
- Decara C, Rask C and Tibbitts F, *Guide On Human Rights Education Curriculum Development: Furthering SDG Target 4.7 in Primary and Secondary Schools* (The Danish Institute for Human Rights 2021).
- Diakité MA, 'The Importance Of An Education In Human Rights' in Jonas Grimheden and Rolf Ring (eds), *Human Rights Law: From Dissemination To Application* (Martinus Nijhoff Publishers 2006).
- Flowers N, Bernbaum M, Rudelius-Palmer K and Tolman J, *The Human Rights Education Handbook: Effective Practices for Learning, Action, and Change* (Human Rights Resource Center, University of Minnesota 2000).
- Flowers N, *COMPASITO: Manual on Human Rights Education for Children* (2nd edn, Council of Europe 2007).
- Foucault M, *Power* (The New Press 2001).
- Foucault M, *Society Must Be Defended* (Picador 2003).
- Foucault M, *Toplumu Savunmak Gerekir* (6. Bası, Yapı Kredi Yayınları 2013).

- FRA, 'Strong and Effective National Human Rights Institutions: Challenges, Promising, Practices and Opportunities' (European Union Agency for Fundamental Rights, 2020).
- Freire P, *Ezilenlerin Pedagojisi* (8. Bası, Ayrıntı Yayınları 2011).
- Gadamer HG, *Truth and Method* (Bloomsbury Academic 2004).
- Gülmez M, *İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik İnsanındır* (2. Bası, TODAİE Yayını 2001).
- Hahn C, 'Human Rights Teaching: Snapshots From Four Countries' (2020) 3(1) HRER 8-30.
- Healy P, 'Human Rights and Intercultural Relations: A Hermeneutico-dialogical Approach' (2006) 32 PSC 513-541.
- Human Rights Education Associates, 'Human Rights Education Indicator Framework: Key Indicators to Monitor and Assess the Implementation of Human Rights Education and Training' (HRE 2020).
- İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi, *İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi 2000 Yılı Çalışmaları* (İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi 2001).
- Keet A, 'Discourse, Betrayal, Critique: The Renewal of Human Rights Education' in Cornelia Roux (ed), *Safe Spaces: Human Rights Education in Diverse Contexts* (Sense Publishers 2012).
- Keet A, 'Does Human Rights Education Exist?' (2017) 1(1) IJSR 1-16.
- Keet A, 'It is time: Critical Human Rights Education in An Age of Counter-Hegemonic Distrust' (2015) 19 (3) EAC 46-64.
- Kendir H, *Türkiye'de İnsan Hakları Eğitimi Araştırma Raporu*, (İnsan Hakları Eğitimi Ağı, 2021).
- Kılıç M, 'Anlamların İnşası ve Anlama Etkinliği Bağlamında Geleneğin Sorunsallaştırılması' (2010) 22 SDÜ SBD 117-126.
- Kılıç M, 'İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları' (2022) 5(8) TİHEK AD 15-60.
- Kılıç M, 'Mit ile Gerçeklik Arasında İnsan Hakları Anlatısı' iç *İnsan Haklarını Yeniden Düşünmek Bildiriler Kitabı* (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2018).
- Kılıç M, 'Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları' (2021) 11(1) YD 25-37.
- Koo JW and Ramirez FO, 'National Incorporation of Global Human Rights: Worldwide Expansion of National Human Rights Institutions, 1966-2004' (2009) 87(3) SF 1321-1354.
- Kuçuradi İ, 'İnsan Hakları Eğitimi ve Dayanışma İçin Eğitim: Eğiticilerin Eğitimi' iç *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları* (Türkiye Felsefe Kurumu 2011).
- Kuçuradi İ, 'İnsan Haklarının Etik Eğitimi' iç İoanna Kuçuradi ve Harun Tepe (edr) *Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları Eğitimi* (Türkiye Felsefe Kurumu 2020).
- Mejias S and Starkey H, 'Critical Citizens or Neo-Liberal Consumers? Utopian Visions and Pragmatic Uses of Human Rights Education in A Secondary School in England' in Richard C. Mitchell and Shannon A. Moore (eds), *Transdisciplinary Approaches to Critical Citizenship in the Classroom and Community* (Sense Publishers 2012).
- OHCHR and Equitas, *Bridging Our Diversities: A Compendium of Good Practices in Human Rights Education* (United Nations 2022).
- Osler A and Skarra JA, 'The Rhetoric and Reality of Human Rights Education: Policy Frameworks and Teacher Perspectives' (2021) 13(3) MER 191-210.
- Paulson S, 'I Am Because We Are': The African Philosophy of Ubuntu' (2019) <<https://www.ttbook.org/interview/i-am-because-we-are-african-philosophy-ubuntu>> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022.

- Ramirez G, 'Emerging Rights: A Topic of HRE' (2006) 5(1) JSSE 1-15.
- Roux C, 'A Social Justice and Human Rights Education Project: A Search for Caring and Safe Spaces' in Cornelia Roux (ed), *Safe Spaces: Human Rights Education in Diverse Contexts* (Sense Publishers 2012).
- Russell SG and Suárez DF, 'Symbol and Substance: Human Rights Education as an Emergent Global Institution' in Monisha Bajaj (ed), *Human Rights Education: Theory, Research, Praxis* (University of Pennsylvania Press 2017) 27.
- The Danish Institute for Human Rights, *Guide to A Strategic Approach to Human Rights Education* (The Danish Institute for Human Rights 2017).
- The Human Rights Centre, 'Human Rights Education in Finland' (Helsinki 2014).
- The World Café Community Foundation, A Quick Reference Guide for Hosting World Café (2015) <<https://theworldcafe.com/wp-content/uploads/2015/07/Cafe-To-Go-Revised.pdf>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2022.
- Tibbitts F and Fritzsche P, 'Editorial: International Perspectives of Human Rights Education (HRE)' in Felisa Tibbitts and Peter Fritzsche (eds), *International Perspectives of Human Rights Education (HRE)* (Special issue of Journal of Social Science Education 2006).
- Tibbitts F, 'Understanding What We Do: Emerging Models For Human Rights Education' (2002) 48 IRE 159-171.
- TİHEK 2021 Yılı Faaliyet Raporu (2022).
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6. 4. 2016, RG 20. 4. 2016/29690.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 10: The Role of National Human Rights Institutions in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/25.
- UNESCO, Contemporary Issues in Human Rights Education (UNESCO Publishing 2011).
- United Nations Declaration on Human Rights Education and Training (2011) A/RES/66/137.
- United Nations, World Programme For Human Rights Education: Second Phase, (United Nations 2012).
- Universal Declaration of Human Rights (1948) <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf> Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.
- Vesterdal K, 'Championing Human Rights Close to Home and Far Away: Human Rights Education in the Light of National Identity Construction and Foreign Policy in Norway' (2019) 2(1) HRER 5-25.
- Vienna Declaration and Programme of Action (1993) < <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>> Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.
- Wolhuter CC, 'The Intersection Between Human Rights Education and Global Citizenship Education' in J.P. Rossouw and Elda de Waal (eds), *Human Rights in Diverse Education Contexts* (AOSIS 2019).
- Zembylas M and Keet A, *Critical Human Rights Education: Advancing Social-Justice-Oriented Educational Praxes* (Springer Nature Switzerland AG 2019).
- Zembylas M, 'Re-contextualising Human Rights Education: Some Decolonial Strategies and Pedagogical/Curricular Possibilities' (2017) 25(4) PCS 487-499.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 12.01.2022
İlk revizyon: 06.12.2022
Son revizyon: 08.12.2022
Kabul: 27.12.2022

Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Bir Hukuk Eğitimi Modeli Geliştirilmesi Çerçevesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizi*

Sevtap Metin **, Ülker Yükselbaba ***, Sevgi Kayak ****, Verda Neslihan Akün *****

Öz

Çalışmamızın amacı hukuk öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algısını ölçmek ve buradan yola çıkarak toplumsal cinsiyet eşitsizliğini hukuk eğitiminde ortadan kaldıracak araçlar ileri sürmektir. Hukuk, adaleti sağlamaya çalışan bir kurum olarak, toplumsal cinsiyete dayalı adaletsizlikleri de ortadan kaldırmalıdır ve "Eğer hukuk adaleti temsil ediyorsa, herkes için adil olmalıdır."¹ Hukuk ile toplumsal cinsiyet algısının, hukuk eğitimi ile bir ilgisinin olup olmadığı ise araştırılması gereken bir konudur. Hukuk eğitiminin ataerkil toplumsal cinsiyet anlayışını değiştirmek için bir uğraş vermesi söz konusu mudur yoksa bu alan tamamen hukukçuların kişisel tercihlerine mi kalmıştır? Başka deyişle hukuk eğitimi hukukçulara eşitlikçi bir toplumsal cinsiyet algısı kazandıracak düzeyde midir? Bu konuda Türkiye'de hukuk fakültelerinde hukuk öğrencileriyle yapılmış özgün bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuk fakültelerinde toplumsal cinsiyet algısına dair bir durum saptaması, toplumsal cinsiyete duyarlı eğitim modellerinin geliştirilmesinin ilk basamağıdır. Bu çalışmanın amacı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algılarını ölçmektir. Bu amaca yönelik olarak, bireylerin toplumsal cinsiyet algılarını belirlemek ve değerlendirmek üzere Altınova ve Duyan tarafından (2013) geliştirilmiş, geçerliliği ve güvenilirliği kanıtlanmış olan Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeği (TCAÖ) kullanılmıştır. Bu ölçek dâhilinde 25 soruluk (nicel) anketle birlikte tarafımızdan hukuk öğrencilerine özgülenmiş sekiz soruluk (8 nitel) anket hazırlanmıştır. Ardından toplamda 524 öğrenciden gönüllü katılımlarıyla (anket metninin başında "bilgilendirilmiş gönüllü onam formu" yer almaktadır) anket (nicel ve nitel olmak üzere) yapılmıştır. Nicel anketin sonucunda İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algısının olumlu yönde çok yüksek olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu sonuç nitel sorulara verilen cevaplarla da teyit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk, Hukuk Eğitimi, Hukuk Fakültesi Öğrencileri, Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Pozitif Ayrımcılık

* Bu çalışma 2018 Ekim-2021 Ekim tarihleri arasında İstanbul Ataşehir Belediyesi'nin işbirliğinde gerçekleştirilen Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Eğitim Modeli Geliştirilmesi konulu bir proje çalışmasının ürünüdür. Ataşehir Belediye Başkanı Battal İlgezdi'ye, Kadın ve Aile Hizmetleri Müdürlüğü'nden sorumlu Belediye Başkan Yardımcısı Orhan Çerkez'e ve Aile Hizmetleri Müdürü Şehnaz Yabar'a katkılarından dolayı ayrıca teşekkür ederiz.

** Sorumlu Yazar: Sevtap Metin (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: sevtapm@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-5961-5216

*** Ülker Yükselbaba (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ulkery@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1677-2382

**** Sevgi Kayak (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: sevgikayak@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-6147-6147

***** Verda Neslihan Akün (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: vnakun@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-5965-8454

Atf: Metin S, Yükselbaba U, Kayak S, Akun VN, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Bir Hukuk Eğitimi Modeli Geliştirilmesi Çerçevesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizi (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1413. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.4.0010>

¹ Patricia Smith, 'Feminist Jurisprudence', iç. Dennis Patterson (Ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (2. Ed., Wiley-Blackwell, 2010) 290-298.



Gender Perception Analysis of Istanbul University Law Faculty Students within the Framework of Developing a Law Education Model Based on Gender Equality

Abstract

Our study aims to measure the gender perception of law students and to propose tools that will eliminate gender inequality in law education. The law, as an institution that seeks to achieve justice, must also eliminate gender-based injustices, and "If law stands for justice, it must be justice for all."² Whether the perception of law and gender has anything to do with law education is an issue that needs to be surveyed. Is it possible for law education to try to change the patriarchal understanding of gender, or is this field entirely up to the personal preferences of the lawyers? In other words, is law education at the level that would provide lawyers with an egalitarian perception of gender? There is no original study on this subject involving students enrolled at law departments in Turkey. Therefore, determining the situation of gender perception in law departments is the first step in developing gender-sensitive education models. This study aims to measure the gender perceptions of Istanbul University Faculty of Law students. For this purpose, the Gender Perception Scale (GPS), developed and proven to be valid and reliable by Altınova and Duyan (2013), was used to determine and evaluate the gender perceptions of the respondents. In addition to the 25-question survey (quantitative), we prepared an eight-question survey (8 qualitative) specifically for law students. In this study, a survey (quantitative and qualitative) was conducted with the voluntary participation of 524 students (there was an "informed voluntary consent form" at the beginning of the survey text). As a result of the quantitative survey, it was concluded that the gender perception of law students at the Istanbul University Faculty of Law ranked quite high in a positive direction. This result was also confirmed by the answers received for the qualitative questions. .

Keywords

Law, Law Education, Law Students, Gender, Gender Equality, Positive Discrimination

Extended Summary

Our study aims to measure the gender perception of law students and to propose tools that will eliminate gender inequality in law education. As an institution that seeks to achieve justice, the law should also eliminate gender-based injustices. The answer to this need emerged in the 1980s as a feminist legal theory.

The main effort of feminist theories, which consider the law from the perspective of women, has not been to build the law in favor of women, but to try to prevent it from working against women. Of course, the main problem is the realization of gender equality.

For this reason, feminist theorists working on law have subjected law to a gender filter and have revealed the masculine nature of law. Another finding of these studies was that the known legal doctrines were developed by men in a male-dominated society. Although these doctrines may seem gender-neutral, they contain underlying basic male values, behaviors, expectations, and assumptions. Another finding is that those who make the codes on which the law is built are men and that the male point of view establishes the order by determining the standards and rules of the society. Even when it occasionally appears that arrangements are made in favor of women, especially in the laws and regulations regarding rape, obscenity, and abortion, upon a deeper inspection, a male domination is maintained through these laws. Although

² ibid 290-298.

legal rules appear formally fair and non-discriminatory, their practices reinforce, perpetuate, and justify inequalities. For this reason, one of the agenda items of women, who are largely excluded from law-making processes, is to take part in the reconstruction of the law, which has fostered the patriarchal order until now. Achieving gender equality in law is becoming possible with the increasing inclusion of women in the sphere of law, where masculine thought has prevailed until today. “If law stands for justice, it must be justice for all.”³

Another important point is related to the application of the law. It should not be forgotten that lawyers are also part of the society they live in. Stereotypes permeate both the investigation and trial processes, ultimately shaping court decisions, and can result in a sexist interpretation and application of laws. Although on paper, abstract and neutral rights rule on equal terms for everyone, these rule put women at a disadvantage with an underhanded gendered perspective.

Whether the gender perception of lawyers in the implementation of the law has anything to do with legal education is a matter of exploration. Is it possible for law education to try to change the patriarchal understanding of gender, or is this field entirely up to the personal preferences of the lawyers? In other words, is law education at the level that would provide lawyers with an egalitarian perception of gender?

The education of the “lawyer, who, due to his position, has a great share in the implementation and realization of justice” is of primary importance in the realization of gender equality across Turkey. Making the principle of equality in laws dominate all social life and, accordingly, breaking the traditionalist perception of gender through laws depends on the gender perception of those who are tasked with practicing the law.

Legal education should be at a level that will provide lawyers with an egalitarian perception of gender. Identifying the situation regarding gender perception will also be an important step for the development of gender-sensitive education models.

It is important for law students to have an egalitarian gender perspective in terms of reducing and eliminating the injustices and inequalities that women face, both in their professional and private lives. This study aims to measure the gender perceptions of students at the Istanbul University Faculty of Law. For this purpose, the Gender Perception Scale (GPS), developed and proven to be valid and reliable by Altınova and Duyan (2013), was used to determine and evaluate the gender perceptions of individuals. In addition to the 25-question survey (quantitative) of this scale, we prepared an eight-question survey (8 qualitative) specifically for law students.

In this study, a survey (quantitative and qualitative) was conducted with the

³ ibid 290-298.

voluntary participation of 524 students in total (there is an “informed voluntary consent form” at the beginning of the survey text). As a result of the quantitative survey, it was concluded that the gender perception of law students in Istanbul University Faculty of Law ranked quite high in a positive direction. This result was also confirmed by the answers received from the qualitative questions.

Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Bir Hukuk Eğitimi Modeli Geliştirilmesi Çerçevesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizi

I. Giriş: Vadedilmiş Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Topraklarında (Hukukta) Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği

A. Toplumsal Cinsiyete Dair Bazı Temel Açıklamalar

Ann Oakley 1972’de yayınladığı *Sex, Gender and Society* adlı kitabında toplumsal cinsiyet kavramını sosyolojiye kazandırmış ve cinsiyeti, biyolojik açıdan kadın-erkek diye bir ayrım çerçevesinde ele alırken; toplumsal cinsiyeti ise erkek ve kadın olmanın toplumda eşitsiz bölünmesi olarak nitelendirmiştir. Bir diğer tanıma göre ise toplumsal cinsiyet; kadın ve erkek olarak cinsiyetlerin toplum tarafından nasıl algılandığının temsillerini ifade eden bir kavramdır. Biyolojik farklılıklar “kadın” ve “erkek” cinsiyetini meydana getirirken, toplumsal farklılıklar “kadınlık” ve “erkeklik” adı verilen ve toplum tarafından kadına ve erkeğe verilmiş olan statü ve rolleri ifade etmektedir⁴. Cinsiyet ve toplumsal cinsiyetin aynı anlama geldiğine dair bir yanlış algıya göre; biyolojik cinsiyeti kadın olan birey kendiliğinden kadına uyan bir toplumsal cinsiyet geliştirir. Ancak durum böyle değildir. Toplumsal cinsiyet doğumla başlamaz, aksine birey büyüyüp geliştikçe ortaya çıkan ve toplumun bireyde görmeyi arzuladığı bir durumdur. “Kişi kadın doğmaz, kadın olur” ifadesi toplumsal cinsiyetin inşa edildiğini ifade etmektedir. Aynı durum erkek için de geçerlidir, çünkü toplum biyolojik cinsiyeti erkek olan bireyi erkeksi bir bireye dönüştürmektedir. Böylece toplumsal cinsiyet, cinsel kimliklerin kuruluşunun ve aralarındaki ilişkinin toplumsal ve kültürel olduğuna işaret eder. Bu bağlamda, erkekliğin ve kadınlığın toplumsal bir inşası olan toplumsal cinsiyet, sosyalleşme sürecinde toplumun dayattığı rollerin, kalıpların, davranış normlarının öğrenilmesi ile oluşur⁵.

⁴ Ancak bu tanıma, cinsel yönelimleri farklı olanları içermediği ve cinsiyeti sadece kadın ve erkek olarak belirlediği için yetersiz bulan görüş için bkz. Judith Butler, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, Çev. Başak Ertür, (2. Bası, Metis Yayınları 2010); Gülriz Uygur, ‘Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir’ (2015) 4 Ankara Barosu Dergisi 121, 132.

⁵ Simone de Beauvoir, *The Second Sex* (First Vintage Books Edition 2011); Ayşe Düzkan, ‘İkinci Dalga Feminizm’, *Amargi: Feminizm Tartışmaları* (S.S. Kadın Bilimsel Araştırma ve Dayanışma Yayıncılık Kooperatifi, Kasım 2011), 175, 192; Didem Müge Siyez, Yağmur Soylu, Gülce Demirgürz, ‘Üniversite Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısının Toplumsal Cinsiyet Rolü ve Cinsiyet Değişkenlerine Göre İncelenmesi’ (2017) 18 (1) E-Uluslararası Eğitim Araştırmaları dergisi 46, 63; Anthony Elliott, *Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş* (Dipnot Yayınları, 2016) 243, 244; Ann Oakley, *Sex, Gender and Society* (Ashgate 1985); Emine Meliha Kurttaş, Mehmet Tuncer, ‘Sosyal Bilgiler Öğretmenliği Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Algıları (İnönü Üniversitesi Örneği)’, (2020) 13 (35) Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 282, 321; Catharine A. MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (Metis Yayıncılık 2003) 22; Malcolm Waters, *Modern Sosyoloji kuramları*, Zafer Cihrioğlu (Ed.) (Gündoğan Yayınları, 2008) 378.

Toplumsal cinsiyeti oluşturan olgulardan bir tanesi, rol kavramıdır⁶. Toplumsal sistem içinde belirli statüdeki kişinin nasıl davranması gerektiğini belirten normlara rol denir ve toplumsal ve kültürel beklentiler, insanlara bu beklentilere uymaları konusunda baskı yapar. Toplumsal cinsiyet rolleri ise toplumun belirli cinsiyetteki üyelerine uygun olduğunu düşündüğü davranış ve sorumlulukların, toplumsal beklentilerin toplamını ifade eder. Bir başka ifadeyle; kadın ve erkekten toplumun beklediği davranış kalıpları toplumsal cinsiyet rolleridir. Kadınlık ve erkeklik rol ve davranışlarının toplumsal ilişkilerle inşa edilmesi aynı zamanda değiştirilebilir olduğunu da göstermektedir⁷.

Cinsiyet	Toplumsal Cinsiyet
<ul style="list-style-type: none"> • Cinsiyet doğaldır. • Cinsiyet biyolojiktir. Üreme organlarındaki görünür farklılıklara ve buna bağlı olarak üreme işlevindeki farklılıklara işaret eder. • Cinsiyet değişmez, her yerde aynıdır. 	<ul style="list-style-type: none"> • Toplumsal cinsiyet sosyo-kültürel, insan icadıdır. Toplumsal cinsiyet eril ve dişil niteliklere, davranış modellerine, rollere, sorumluluklara vs. işaret eder. • Toplumsal cinsiyet değişkendir, zamana, kültüre, hatta aileye göre değişiklik gösterir.

Sorun şu ki toplum ve kültür içinde kadın ve erkeğin rollerinin biyolojik cinsiyet esasında belirlendiği yönünde yaygın bir düşünce hala bulunmaktadır. Bu anlayış, kadının ve erkeğin biyolojik yapıları gereği yapması gereken bazı zorunlu davranışlar, bulunması gereken statüler, yerine getirmesi gereken roller olduğu yönündeki toplumsal cinsiyet kalıpyargıları (*stereotype*) olarak kendini gösterir⁸. Kadın ve erkeklerin farklılığına vurgu yapan bu yaklaşıma göre kadın ve erkeklerin biyolojik ve bedensel farklılığı bir takım statü ve rollerle birlikte doğal ve zorunlu ve bu nedenle de değişmez olarak nitelenen cinsiyete dayalı işbölümünü getirir⁹. Antik Yunan'dan itibaren gördüğümüz doğa-kültür ikiliğine dayanan bu yaklaşıma göre

⁶ Kate Millett'in kadın çalışmalarına katkılarında biri toplumsal cinsiyet ile rol kavramı arasında ilişkiyi sosyolojik olarak tanımlamış olmasıdır. Biyolojik olan cinsiyet (sex) ile sosyolojik olan rol terimini birleştirmiş ve birinin ötekini belirlediğini belirtmiştir. Toplumsal cinsiyeti ile birlikte anlamlı hale gelen rol kavramı, cinsiyetten bağımsız toplumsal olarak inşa edilen toplumsal cinsiyet kavramını göstermektedir. Waters (n 5) 399.

⁷ Gönül İçli, 'Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları Ve Küreselleşme' (2018) – (30) Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 133-143; Lutfiye Özdemir, Burcu Batga, Bekir Uçar, 'Öğrencilerin Toplumsal Cinsiyet Algılarını Etkileyen Demografik Niteliklerin Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma' (2019) 10 (24) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi 212-228; TC. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013," <https://www.bpwankara.org/cms-uploads/kadinin-statusu-gm-toplumsal-cinsiyet-esitligi-ulusal-eylem-planı.pdf> Erişim Tarihi 04 Haziran 2020; MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (n 5) 11-12; Duygu Vefikuluçay Yılmaz, Simge Zeyneloğlu, Semra Kocaöz, Sezer Kısa, Lale Taşkın, Kafeye Eroğlu, 'Üniversite Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Rollerine İlişkin Görüşleri' (2009) 6 (1) Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi 775, 792; Tuba Acar Erdol, 'Ortaöğretim Öğrencileri İçin Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Öğretim Programı İhtiyaç Analizi: (Bir Anadolu Lisesi Örneği)' (2017) 42 (190) Eğitim ve Bilim Dergisi 39, 65; Zehra Dökmen, *Toplumsal Cinsiyet*, (Sistem Yayınları 2006); Kamla Bhasin, *Toplumsal Cinsiyet*, Çev. Kader Ay, (Kadınlarla Dayanışma Vakfı Yayınları 2003) 7-8.

⁸ Vincent Yzerbyt, Georges Schadrin, 'Kalıpyargılar ve Sosyal Yargı/The Stereotype and The Social Judgement' Çev. İbrahim Iştan (2016) 5 (3) Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi 203, 206; Hasan Hüseyin Altınova ve Veli Duyan, 'Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeğinin Geçerlik Güvenirlik Çalışması' (2013) 24 (2) Toplum ve Sosyal Hizmet 10, 11; Doğan Cüceloğlu, *İnsan ve Davranışı* (22. Bs., Remzi Kitabevi, 2011) 391 vd.; Kate Millett, *Sexual Politics* (Avon Books, 1971), s. 23'ten aktaran Waters (n 5) 398.

⁹ Cinsiyete dayalı iş bölümünü Zillah Eisenstein, bir denetim ve erkeğin üstünlüğünü devam ettiren bir mekanizma olarak tanımlar. "Kadın işi" demek bir işin değersiz ve/veya daha az ücret ödenebilecek bir iş olarak sınıflandırmak demektir. Zillah R. Eisenstein, *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, (Monthly Review Press, 1979)'dan aktaran Ruth A. Wallace, Alison Wolf, *Çağdaş Sosyoloji Kuramları*, Çev. Leyla Elburuz, M. Rami Ayas, (3. Bs., Doğu Batı Yayınları, 2012) 565.

doğal ve biyolojik olarak kadın, çocuk doğurma ve büyütme ile ilgilidir. Ayrıca bu işler doğanın gereği olduğu için de değersizdir. Erkekler ise kendilerini bu doğal işlerden ayırarak tüm toplumun çıkarı adına faaliyette bulunurlar. Aynı düşüncenin bir başka yüzü olarak ev ile ilgili işlerin bir erkek tarafından yapılması “uygunsuz” olarak nitelenmiş ve buna karşılık kadının ev dışında bir yerde çalışması da aynı şekilde “uygunsuz” olarak görülmüştür¹⁰.

Bu işbölümü hem kadın ve erkeklerin statülerini, rollerini daha belirgin hale getirirken bir yandan da kadınların ve erkeklerin doğasından kaynaklanan özellikleri tanımlar. Kadın zarif, romantik, tek eşli, anne, duygusal, sıcakkanlı, yumuşak huylu, hamarat, düzenli, fedakâr, hassas, pasif, kararsız, kırılğan, bağımlı, itaatkâr, evi yapan dişi kuştur.¹¹ Atılgan, korkusuz, akılcı, güvenli, bağımsız, soğukkanlı, güçlü, katı, saldırgan gibi sıfatlar erkeklere yüklenmekte ve bunlar da erkeksi özellikler olarak görülmektedir. Toplum tarafından olumlanan değerler erkeklere atfedilir. Kadınların bağımlı ve zayıf, korunması gereken ve aynı bağlamda yetersiz varlıklar olduğu ideolojisi bu mekanizmalar aracılığıyla yeniden yeniden üretilir.¹²

İşte bütün bu mekanizmanın adı ataerkil sistemdir. MacKinnon’un bugüne kadar icat edilmiş en mükemmel ideoloji olarak adlandırdığı ataerkillik, erkeklerin kadınlar üzerinde sistematik otorite kurmasına dayalı örgütlenme düzenidir ve kadının ikincil olduğu bu hiyerarşik düzen her yerdedir¹³. Ataerkil düzenin ürettiği normlar erkeğin kamusal alanla bütünleşmesini sağlarken, kadına özel alanın zorunluluklarını yerine getirmek kalır. Özel alan erkek için özgürlük alanı iken; kadın için ise çocuk bakımı, ev işleri, kocanın taleplerini yerine getirmektir. Bu düzenin işleyişi ücretsiz kadın emeğine dayanır. Mübadele alanından dışlanmış kadının emeği de değersiz olarak görülür¹⁴. “Özel alan diğerkamılığın, vericiliğin, duyguların, kabullenilmiş bir eşitsizliğin, informel ilişkilerin; kamu alanı ise adaletin, rasyonelitenin, eşitliğin, formel ilişkilerin alanı” olarak görülmektedir¹⁵. Bu bağlamda özel alan kadınlara,

¹⁰ Will Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, Çev. Ebru Kılıç, (3. bs., Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016) 544. Charlotte P. Gilman, toplumsal cinsiyetle kadınlara yüklenen rollere farklı anlamlar yükledi: Kadınların birleştirici, barışsever ve duyarlı olduklarını ve bu nedenle de birleştirmek, bir araya getirmek, inşa etmek, bakım, besleme, tedbir, eğitim vb. işlerin kadına ait olduğunu söyledi. Cinsiyete bağlı olarak kadına atfedilen özelliklerin farklı bir okuması olarak değerlendirilebilecek Gilman’ın yorumu, aslında erkek egemen düşüncenin üstü örtük bir onaylanması gibi durmaktadır. Charlotte P. Gilman, *Kadınlar Ülkesi*, Çev. Seher Özbay, (Otonom Yayıncılık, 2007); Erving Goffman, *Gender Advertisements*, (Harper and Row, 1979), s.313’ten aktaran; Wallace, Wolf (n 8) 325; Serpil Sancar, *Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti: Erkekler Devlet, Kadınlar Aile Kurar*, (4. Bs., İletişim Yayınları, 2017), 24.

¹¹ Kadın ve erkekler arasındaki farklılıkları ve buna bağlı özelliklerini Olsen şu şekilde sıralar: Erkek; makul, aktif, düşünce, mantık, kültür, güç, nesnel, soyut. Kadına atfedilen özellikler şunlardır; mantıksız, pasif, duygulu, hissiyat, doğa, duyarlılık, öznel, bağlamsal. F. Olsen, ‘Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective’ (1990) 18 *International Journal of the Sociology of Law* 199’den aktaran Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak*, Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, (Astana Yayınları, 2017) 499.

¹² Cüceloğlu (n 8) 392; Omca Özdemir, ‘Tecavüzü, Hegemonik Erkeklik Zemininden Kavramak...’ (2010) 2 *Feminizm Dergisi* 75,90 <<http://cins.ankara.edu.tr/tecavuz.html>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2015; Belkis Kümbetoğlu, ‘Değersizleştirme: Kadın Bedeninin Maruz Kaldığı Şiddet’ iç. *Kadın ve Bedeni* (Ayrıntı Yayınları, 2010) 37-61.

¹³ Smith (n 1) 290-298.

¹⁴ Serpil Çakır, ‘Feminizm; Ataerki İktidarın Eleştirisi’ iç. *19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler*, (4. Bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010) 452, 453, 459 vd.

¹⁵ Aksu Bora, ‘Kamusal Alan/Özel Alan: Mahrumiyet-Özgürleşme İkileminin Ötesi’ (1997) – (75) *Toplum ve Bilim* 85,93.

kamusal alan ise erkeklere atfedilen niteliklerle tanımlanmıştır. Kamusal/ özel alan ayrımı ile cinsiyet ayrımcılığı üzerine kurulmuş bu düzen yeniden ve yeniden üretilerek sürekliliği sağlanır.

B. Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk

Hukuk, adaleti sağlamaya çalışan bir kurum olarak, toplumsal cinsiyete dayalı adaletsizlikleri de ortadan kaldırmalıdır¹⁶. Bu bağlamda hukukta da, toplumsal cinsiyete bağlı eşitsizliklerin, sorunların sorgulanması gereklidir. Bu ihtiyaca cevap 1980'lerden itibaren feminist hukuk kuramı olarak kendini göstermiştir¹⁷.

Hukuku kadınların penceresinden ele alan feminist kuramların başlıca çabası, hukuku kadınların lehine inşa etmek değil, kadınlar aleyhine işlemesini önlemeye çalışmak olmuştur¹⁸. Tabii ki temel sorunsal eşitliğin gerçekleştirilmesidir. Hukukun herkese yönelik eşit düzenlendiğini yasa metinlerindeki ifadelerden çıkarırız. Yasa metinleri birey, kişi kelimelerini kullanarak tüm toplum üyelerine, cinsiyeti fark etmeksizin eşit mesafede durduklarını göstermeye çalışır. Oysa feminist kurama göre buradaki soyut kişi denince aslında ve sadece erkeklere atıf yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle modern liberal hukuk haklar ve sorumluluklar konusunda yurttaşlara yönelik genel kurallar oluştururken, bu yurttaşlar sadece erkek yurttaşlardır ve kadınlar bu düzeyde görmezden gelinirler¹⁹.

Bu nedenle hukuk üzerine çalışan feminist kuramcılar hukuku, toplumsal cinsiyet filtresine tabi tutarlar ve hukukun eril niteliğini gözler önüne seren bir takım sonuçlara ulaşırlar: Bu sonuçlardan biri; bilinen hukuk doktrinlerinin, erkeklerin egemen olduğu toplumda erkekler tarafından geliştirildiğidir. Bu doktrinler her ne kadar cinsiyetlere karşı nötr gibi görünseler de temel erkek değerlerini, davranışlarını, beklentilerini ve varsayımlarını taşırlar²⁰. Sonuçlardan bir diğeri ise, hukukun üzerine inşa edildiği yasaları yapanların erkek oluşu ve erkek bakış açısının toplumun ölçü ve kurallarını saptayarak, kurulu düzeni meydana getirdiğidir. Yasalarla kadınlar lehine düzenleme yapılmıyormuş gibi görüldüğünde dahi -özellikle, tecavüz, müstehcenlik, kürtaj gibi yasalarda-, aslında derine bakıldığında bu yasalar aracılığıyla erkek egemenliğinin sürdürüldüğü görülür²¹. Hukuk kuralları biçimsel olarak adil ve cinsiyet ayrımı yapmaz görünmekle birlikte, bu pratikler eşitsizlikleri güçlendirirler, sürekli ve

¹⁶ Wacks (n 11) 491.

¹⁷ Smith (n 1) 290-298.

¹⁸ ibid.

¹⁹ J. W. Harris, *Legal Philosophies*, (2. Ed., Oxford University Press, 2004), 293-294; Catharine A. MacKinnon, 'Feminism in Legal Education' (1989) 1 (1) *Legal Education Review* 85 <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/LegEdRev/1989/7.html>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.

²⁰ MacKinnon *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (n 5) 22, 277 vd.; W. Harris ibid 293-294; Smith (n 1) 290-298.

²¹ MacKinnon *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (n 5) 271-284; MacKinnon, 'Feminism in Legal Education' (n 19)

meşru kılmaktadırlar²². Bu nedenle yasa yapıcılıktan da dışlanmış olan kadınların bir gündemi de, ataerkil düzeni besleyen hukukun yapımında yer almaktır²³. Hukukta toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, eril düşüncenin hâkim olduğu hukuka, kadınların da dâhil olmasıyla mümkündür. “Eğer hukuk adaleti temsil ediyorsa, herkes için adil olmalıdır.”²⁴

Üçüncüsü ise hukukun uygulanması ile ilgilidir. Hukuk norm aşamasında eşitlikçi olsa bile uygulama aşamasında gelenekselci olabilmektedir. Hukukçuların da yaşadıkları toplumun bir parçası oldukları ve orada toplumsallaştıkları unutulmamalıdır. Kalıp yargılar, hem soruşturma hem de yargılama süreçlerine nüfuz ederek nihayetinde mahkeme kararını şekillendirmekte, yasaların yanlış yorumlanması ve yanlış uygulanması ile sonuçlanabilmektedir. Soyut ve nötr haklar, her ne kadar kâğıt üzerinde herkes için eşit şartlara hükmetse de arkasında gizlediği toplumsal cinsiyetlendirilmiş bakış açısıyla gerçeklikte kadınları dezavantajlı klabilmektedir²⁵.

C. Yargıda Kadın Temsilinde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliklerinin İzini Sürmek

Toplumsal cinsiyet rolleri, kariyer gelişimi ve işe ilişkin davranışları da önemli ölçüde etkilemektedir. Mesleklerin de cinsiyetlendirildiği toplumsal düzende işler kadın işi ve erkek işi olarak sınıflandırılmıştır²⁶. Eğitimin yanı sıra evli olup olmama, çocuk gibi faktörler kadının çalışma hayatına katılıp katılmamasında belirleyici olabilmektedir²⁷. Ofis işleri, hizmet endüstrisi ve hemşirelik, öğretmenlik gibi kadınların hâkim olduğu hane dışı iş alanlarında da kadınlara atfedilen “bakım sorumlulukları” sürdürülür. Kadınlar daha düşük ücret teklifleri ile daha düşük statü içeren kariyerleri seçme eğilimindedirler²⁸. Yukarıda belirttiğimiz genellikle cinsiyete dayandırılan kadınlar ve erkekler arasındaki işbölümü, çalışma hayatında da belirleyicidir. Hem kadının ne tür işlerde çalışabileceğine, hem de kadınların doğal (!) özelliklerine dair bir takım kalıpyargılar burada da etkilidir. Bu kalıpyargılar “...kadınları az otorite sahibi olacakları, vasıfsız işlere yönelten karmaşık mekanizmalar şeklindedir.”²⁹ Bu

²² Susan Müller Okin, Adalet, Cinsiyet ve Aile'den (*Justice, Gender and the Family*, 1989) aktaran Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, (2. Bs., Liberte yayınları, 2004), 209-212. Benzer görüşleri MacKinnon da ifade eder. MacKinnon 'Feminism in Legal Education' (n 19)

²³ Necla Arat, 'Feminist Hukuk' (2006) – (9) İUKAD 53,61.

²⁴ Smith (n 1) 290-298.

²⁵ Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, 'Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi 1' iç. *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, (Seçkin Yayınları, 2018) 57-92.

²⁶ Sancar (n 11) 24.

²⁷ F. Ülkü Selçuk, Şule Erdem Tuzlukaya, 'Çalışma Yaşamı ve Kadın' iç. Lerzan Gültekin (Ed.), *Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları* (Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013) 6.

²⁸ Özdemir, Batga, Uçar (n 7) 212-228; Ayla Korkmaz, Mürtüvvet Başer, 'Toplumsal Cinsiyet Rollerini Bağlamında Ataerkillik ve İktidar İlişkileri' (2019) 28 (1) STED 71,76.

²⁹ Waters (n 5) 416.

düzenin mekanizmaları içinde kadınlara sürekli olarak yetersiz oldukları öğretilir; buna bağlı olarak kadınlar iş hayatında güvensiz, yetersiz vb. hissettikleri için kariyer basamaklarında kolay ilerleyemezler, zaten erkeklerle eşit başvurma imkânlarına da sahip değildirlir³⁰. Bunlar kadınların iş hayatında yükselmesinin önündeki engellerden bir kısmıdır ve bu engellere cam tavan denir. 1980'lerin ortalarında kullanılmaya başlayan bu kavram, kadınların iş dünyasında yükselmesi önündeki görünmez ve yapay engelleri tanımlar. Kadınlar yükseldikçe bu engellerin arttığı, engellerin hiyerarşik olduğu ve aşılamaz olduğu düşünülmektedir³¹. Kısaca özetlersek kadının ev içi çalışması, piyasa mekanizması içinde görülmediği ve ücretlendirilmediği için sadece kadının ev dışı yaptığı işler, kadının çalışması olarak görülmektedir. Ataerkil toplum yapısı ve toplumsal cinsiyete dair kalıp yargılar, kadınları düşük gelirli, kadın işi olarak görülen işlere yönlendirmiş ve düşük ücretlere razı olmasını sağlamıştır³².

Bu girişten sonra şimdi de kadının, hukuk mesleğinde ve yargıda temsiline toplumsal cinsiyet penceresinden bakalım.

2012 yılı verilerine göre Türkiye genelinde toplam 12201 hâkim ve savcı bulunmakta ve toplam 7853 hâkimin oranları; % 65,5 (5147 kişi) erkek, %34,5 (2706 kişi) kadınlar şeklinde dağılım göstermekteydi. Yine aynı tarihli istatistiklere göre de Türkiye geneli toplam 4348 savcının oranları; % 92,8'si erkek ve sadece % 7,2 kadınlar olarak bir görünüm sergilemekteydi. 2016 yılına gelindiğinde Türkiye geneli toplam 10.240 hâkimin % 63,07'i erkek, % 36,93'ü kadındı. Aynı tarihte Türkiye geneli toplam 5.064 savcı, cinsiyete göre oranlandığında; 2012 yılı verileriyle hemen hemen paralel olarak % 92,81 erkek ve %7,19 kadın şeklindeydi.

2021 yılı verilerine gelindiğinde; Türkiye geneli toplam 15326 hâkim bulunduğu ve bunun % 53,74'si (8236 kişi) erkek, % 46,26'ı (7090 kişi) kadın şeklinde dağıldığı görülmektedir. Türkiye genelinde toplam 7494 savcının % 83,76'ı (6277 kişi) erkek, % 16,24'sı (1217 kişi) kadındır. Genel hâkim-savcı toplamı ise 22820 olup; % 63,60 erkek, % 36,40 kadındır. Yargıtay Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı kadro durumuna bakıldığında; Yargıtay'da toplam 861 hâkimin % 67,25'i kadın, %32,75'i erkektir. Toplam 203 Yargıtay Savcısının ise % 84,73'i erkek, % 15,27'si kadınlardan oluşmaktadır. Danıştay hâkimlerinde kadın ve erkek oranları %50 ile dağılım göstermektedir. Anayasa Mahkemesi hâkim sınıfından toplam 12 raportörün % 25 kadın, % 75 erkektir. Bölge Adliye Mahkemeleri'nde hâkim oranı da % 63,75 erkek, buna karşılık % 36,25 kadın şeklindedir³³. Hâkimler ve Savcılar Kurulunda (HSK) kadın temsili ise % 6,79 ile sınırlı kalmaktadır.

³⁰ R. M. Kanter, *Men and Women of the Corporation* (Basic, 1977) 250-253'ten aktaran Waters (n 5) 421.

³¹ Karen S. Boyd, 'Glass Ceiling' in Thousand Oaks (Ed.) *Encyclopedia of Race, Ethnicity, and Society* (CA: SAGE, 2008) 549-52 <https://edge.sagepub.com/system/files/15_GlassCeiling.pdf 05/10/2020> Erişim Tarihi 01 Mart 2021

³² Selçuk, Erdem Tuzlukaya, (n 27) 13.

³³ <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a062014e-6b7b-4ff7-bc47-4ba6a4478b6b.pdf>> Erişim Tarihi 07 Şubat 2020

Türkiye Barolar Birliği'nin 31.12.2021 tarihli verilerine göre; Türkiye genelinde barolara kayıtlı avukat sayısı toplamı 160.651'dir. Aynı veriye göre bu sayının 85.262 kişisini erkek, 73.687'ünü kadınlar oluşturmaktadır³⁴.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; ilk derece ve hatta yüksek mahkemeler düzeyinde Türkiye'de son yıllarda yaşanan nicel iyileşme açıktır. Dolayısıyla 2010-2019 yılları arasında kadın hâkim ve savcı temsili açısından iyileşme gözlemlenmektedir. Artma oranı hâkim ve savcı alımının yoğun biçimde yapıldığı son iki yılda yaşanmıştır. Ancak 2019 yılında kadın hâkimler bakımından görülen iyileşme, savcılık bakımından sağlanamamıştır. Kadınlar, savcılık gibi cinsiyete dayalı sosyo-kültürel algının etkisiyle erkeklere daha uygun olduğu düşünülen yargısal görevlerde önemli ölçüde az temsil edilmektedir. Gözetim ve denetim yetkisine sahip olduğu için lider pozisyon sayılması gereken "başsavcı" konumunda kadınların oranı %2'dir³⁵. Aile hayatı ile en ciddi şekilde çelişen mesleklerin başında gelen savcılık mesleğindeki kadın sayısının, avukatlık ve hâkimliğe kıyasla oldukça az olması düşündürücüdür. Mesai saatlerinin belirsizliğine binaen kadının aile içi rollerine engel olduğu düşünülen savcılık gibi, ağır ceza hâkimliği de kadınların daha az temsil edildiği alanlardır. Ağır ceza mahkemelerinde görev yapan kadınların sayısının diğer hâkimlik görevlerine kıyasla daha az olması da, ceza vermenin genel olarak erkeksi özellikler gerektirdiğine ilişkin yerleşik bir kanı üzerinden okunabilmektedir. Ülkemizde savcılık mesleğine kadınların yönelmemelerinin sebebi olarak, onlara yüklenen cinsiyet rollerinin yanı sıra toplumsal olarak kadına hasredilmiş aile içi rollerin hukukçu kadınlar arasında da içselleştirilmiş olduğu şeklinde yorumlanmaktadır³⁶. Avrupa ülkelerinde ise bu tür bir oransızlığın olmaması, bunun ülkemize özgü bir problem olduğu kanısını güçlendirmektedir³⁷.

Yukarıda son yıllarda hâkim alımları ve kuraya katılan adayların sayıları bakımından kadınların temsilinde ciddi bir yükselişin olduğuna dikkat çekilmişti. Fakat Adalet Bakanlığının faaliyet raporlarında ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunun dönemsel istatistiklerinde, cinsiyete göre ayrılmış bu gibi verilere yer verilmekle birlikte bunlar yeterli ayrıntı içermediği için mevcut durumdaki mahkemelerde, mahkeme başkanlıklarında ya da üst mahkemelerin dairelerindeki cinsiyet oranlarının

³⁴ 2019 Avukat Sayıları (31.12.2019)- Türkiye Barolar Birliği, < <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2019-avukat-sayilari-31122019-81078> > Erişim Tarihi 17 Şubat 2020

³⁵ Bertil Emrah Oder, 'Yargıda Kadın Temsili ve Türkiye' (2019) TESEV Değerlendirme Raporları <https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/Bertil.Oder_yargida.kadin_temsili.ve_turkiye.pdf> Erişim Tarihi 9 Nisan 2020

³⁶ "2006 yılında hâkim ve savcı adaylarının görev dağılımını belirlemek için Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen kurada, toplam 572 stajyer içinden 102 kadın adaydan gönüllü olarak savcılığı seçen iki kadın aday dışında, kadın adayların tamamı kura çekilmeden hâkimliğe atanmak üzere ayrılmıştır. Kadın adayların kurasız hâkimliğe atanmasında "savcılarının gerektiğinde geceleri de görev yapması, soruşturma ve yer gösterme işlemlerinin zorluğunun" etkili olduğu belirtilmiştir. Bu durumun kadın adaylar tarafından memnuniyetle karşılandığı ancak hâkim olmak isterken savcı olarak atanan erkek stajyerler tarafından eleştirildiği, hatta uygulamanın bazı adaylar tarafından eşitlik ilkesine aykırı görüldüğü ileri sürülmüştür". Bkz. Seda Kalem Berk, 'Toplumsal Cinsiyet ve Profesyonelleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği' (2013) 16 (1) Sosyoloji Araştırmaları Dergisi 74, 90.

³⁷ Uygur, Özdemir (n 25) 57-93; Kalem Berk, ibid 75-103.

dağılımı gibi tüm resmin görebileceği sayısal bilgilere ulaşamamaktadır. Ayrıca sayısal gelişmeye rağmen üst derece mahkemelerinde kadın temsili açısından bazı sorunlar göze çarpmaktadır. Bilindiği üzere cam tavan olgusu, kadınların belli bir meslek alanında çalışma fırsatı elde ettikleri durumlarda dahi üst düzey ve yönetici pozisyonlarda erkeklere oranla çok daha az yer almalarıyla da görünür olmaktadır. Örneğin Yargıtay, kadın üye sayısı ile Yüksek Mahkemeler arasında gözle görülür bir fark yaratmakla beraber Cumhuriyet tarihi boyunca hiç kadın Yargıtay başkanı olmamıştır. Buna karşın ceza dairesi başkanı kadın üye bulunmaktadır. Danıştay'ın ise bugüne kadar üç kadın başkanı olmuştur³⁸. Anayasa Mahkemesinde bugüne değin görev yapan 113 anayasa yargıcından sadece 5 tanesinin kadın olması ve 2005-2007 yılları arasında Anayasa Mahkemesi başkanlığını yapan Tülay Tuğcu dışında tarihinde kadın başkanı olmaması da, kadınların yargının işleyişinde üst düzey pozisyonlardaki varlıklarının sınırlı kaldığını göstermektedir. Oysa liyakate dayalı hukuk devletinin, açık ya da örtülü biçimde dışlayıcı atama ve yükseltme politikaları ile sağlanabilmesi mümkün olmayacaktır³⁹.

Yine Türkiye'nin ve hatta artık dünyanın en büyük barosu olan haline gelen İstanbul Barosu'na, kurulduğu tarihten bu yana henüz 2022 yılına gelinceye değin hiç kadın başkan olmamıştır⁴⁰. Türkiye'de kadın avukatların iş ilanlarında bazen karşılaştıkları "bayan avukat aranıyor" ibaresi, kadın avukatların erkek meslektaşlarına kıyasla daha az ücret alacaklarına ya da kadın avukatların mesleki görevlerinin dışında da bazı ofis işlerini erkeklere göre daha sorunsuz şekilde yapacaklarına dair bir ön kabule işaret edebilmektedir.

Şüphesiz kadınların genel olarak hukuk mesleğinde ve özel olarak da yargının içerisinde daha fazla yer almaları ile hukuk ve hukuk uygulamaları alanındaki toplumsal cinsiyet temelli eşitsizliklerin kendiliğinden ortadan kalkacağı sonucuna varamayız. Zira hâkimlik, savcılık ya da avukatlık yapan kadınlar da, yetiştikleri toplumun hâkim zihniyet kalıplarından, anlam şemalarından, kültüründen tamamen bağımsız olarak hareket edemeyebilmektedir. Böyle de olsa kadınların hukuk mesleği içerisinde giderek daha fazla ve üst kademelerde daha etkin şekilde yer almaları, kadının toplumsal rollerini ve var olan iktidar yapılarını sorgulamayı da içinde barındıracaktır.

³⁸ Seda Kalem Berk, 'Hukuk Mesleğinde Kadın' (2012) 2 Güncel Hukuk Dergisi 98 <<http://www.guncelhukuk.com.tr/calisma-yasami/hukuk-mesleğinde-kadin.html>> Erişim Tarihi 11 Mart 2020

³⁹ Kalem Berk, 'Toplumsal Cinsiyet ve Profesyonelleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği' (n 36); Oder, (n 35).

⁴⁰ Cumhuriyet tarihinde ilk defa bir kadının baro başkanı olması için kuruluşun itibaren elli yıla yakın bir süre geçmesi gerekmiş ve ilk kadın baro başkanı olan Av. Nermin Özkaya 1972-1979 yılları arasında Elazığ Barosu Başkanı olarak görev yapmıştır. Kalem Berk, 'Toplumsal Cinsiyet ve Profesyonelleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği' (n 36) 75-103.

D. Toplumsal Cinsiyet Anlayışını Dönüştürmeye Odaklı Başlıca İnsan Hakları Belgeleri

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, “*bir insan hakları sorunu ve aynı zamanda eşitlik, kalkınma ve barışın vazgeçilmez önkoşulu olarak kabul edilmektedir.*” Toplumun kadınlık ve erkeklığe verdiği anlamların kadın ve erkekler arasındaki hiyerarşik ilişkilere neden olduğu ve iktidar ve hak dağılımını etkilediği, bir insan hakları sorunsalı olarak uluslararası sözleşmelerde de karşılığını bulmaktadır. 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılan ve 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe giren “*Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*” ya da kısa adıyla *İstanbul Sözleşmesi*’nin⁴¹ en önemli özelliklerinin başında kadına yönelik şiddeti bir insan hakkı ihlali ve bir ayrımcılık türü kabul etmesi gelir. Bunun yanında, toplumsal cinsiyetin tanımını yapan ilk uluslararası anlaşma olarak, bir dönemeç noktasıdır diyebiliriz⁴². Bu Sözleşmenin 3. maddesinde toplumsal cinsiyet kavramı, “herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler” olarak tanımlanmaktadır.

Kadın sünneti, zorla evlendirme, taciz, kürtaja ve kısırlaştırmaya zorlama gibi olguların bir suç olarak düzenlenmesini ve cezalandırılmasını öngören İstanbul Sözleşmesi, taraf devletlere önemli görevler yüklemektedir. Bunlar:

1. Önleme: Kadınlara yönelik şiddetin kabullenilmesine neden olan tutumların, toplumsal cinsiyet rollerinin ve klişelerin değiştirilmesi; mağdurlar üzerinde çalışan profesyonel kadroların eğitilmesi; farklı şiddet türleri ve bunların travma yaratıcı özellikleri hakkında farkındalık yaratılması; eğitimin her kademesinde, eşitliği ele alan konuların ders müfredatına dahil edilmesi,

2. Koruma: Mağdurlara ve çocuklarına psikolojik ve hukuki danışmanlığın yanı sıra tıbbi yardım dâhil özelleşmiş destek hizmetlerinin düzenlenmesi; yeterli sayıda sığınma evi ve günün her saati kullanılabilecek ücretsiz telefon yardım hatları sağlanması.

3. Yargılama: Gelenek, töre, din, ya da “namus” gerekçelerinin, herhangi bir şiddet eyleminin bahanesi olarak kabul edilmemesi; soruşturma ve yargılama sürecinde mağdurların özel koruma tedbirlerinden yararlanmalarının sağlanması; kolluk kuvvetlerinin yardım isteyenlere anında yardıma gidebilmelerinin ve tehlikeli durumlara yetkinlikle müdahale etmelerinin sağlanması gerekir.

⁴¹ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120308M1-1.htm>> Erişim Tarihi 02 Mayıs 2020.

⁴² Kadriye Bakırcı, ‘İstanbul Sözleşmesi’ (2015) 4 Ankara Barosu Dergisi 133,204. <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf>> Erişim Tarihi 09 Nisan 2020

Taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirirken uyması gereken ilkeler Sözleşme içinde belirtilmiştir: Buna göre taraf devletler “toplumsal cinsiyete duyarlı”⁴³ davranacaklar, “kadınların güçlendirilmesi”⁴⁴ yönünde etkili politikalar geliştirecekler ve “kapsamlı, eşgüdümlü ve bütüncül politikalar” izleyeceklerdir. Ayrıca “yeterli mali ve beşeri kaynaklar tahsis etme”, “hükümet dışı kuruluşlarla, sivil toplumla ve erkeklerle işbirliği” yapma, “özel sektör ve medya ile işbirliği” geliştirme, “araştırma, veri toplama ve bulguları paylaşma”, “koordinasyon birimi kurma”, “azami dikkat ve özen gösterme” devletlerin izlemesi gereken diğer ilkelerdir⁴⁵.

Birleşmiş Milletler nezdinde 1979 yılında imzalanan ve Türkiye’de 1986’da yürürlüğe giren “Kadınlara Yönelik Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi”nin (CEDAW/ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) en önemli özelliği ise, kadınlara yönelik cinsiyete dayalı ayrıma karşı, taraf devletlere önlem alma yükümlülüğü getirmesidir. İşbu Sözleşmeye göre “kadınlara karşı ayırım” deyimi kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın erkek eşitliğine dayalı olarak siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelmektedir.

Sözleşmenin 2. maddesi “Hukuki alanda tedbirler alma yükümlülüğü” başlığını taşır. Bu hukuki tedbirlerden bazıları;

- Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve gerektiği takdirde yaptırımlar getiren gerekli mevzuatı çıkarmak ve diğer tedbirleri almak;
- Kadınların haklarını erkeklerle eşit bir biçimde koruyacak hukuki mekanizmalar kurmak ve yetkili ulusal yargı yerleri ile diğer kamu kurumları vasıtasıyla her hangi bir ayrımcılık karşısında kadınların etkili bir biçimde korunmasını sağlamak;
- Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasaları, hukuki düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak;
- Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal cezai hükümleri yürürlükten kaldırmaktır⁴⁶.

⁴³ Sözleşmenin ilgili maddeleri 3/c, 6, 18/3 (1), 49/2, 60/1, 60/3 maddeleri, Bakırcı (n 42) 160.

⁴⁴ Sözleşmenin ilgili maddeleri 1/1, 6, 18/3 (3), 20/1, 62/4. Bakırcı (n 42) 161.

⁴⁵ Bkz. Bakırcı (n 42) 159-167.

⁴⁶ Veysel Dinler, ‘Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk’ <<http://veyseldinler.com/wp-content/uploads/2018/09/Toplumsal-Cinsiyet-Eşitliği-ve-Hukuk-8.-hafta.pdf>> Erişim Tarihi 02 Mayıs 2020.

CEDAW'ın 5. maddesi ile taraf devletlere, “her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla, kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek ödevi” yüklenmektedir. Bu yüküm dâhilinde ise devletlerin başta medya olmak üzere bütün kurumlarında toplumsal cinsiyet farkındalığını yansıtmaları ve uygulayıcılara bu yönde eğitim vermeleri gerekmektedir.

CEDAW madde 10'da “Eğitim hakkı”nı düzenler ve bu maddede eğitim alanında “Erkeklerin ve kadınların kalıplaşmış rolleriyle ilgili kavramların eğitimin her düzeyinden ve biçiminden tasfiye edilmesi” “ve özellikle okul kitapları ve ders programların gözden geçiril(mesi)” gerektiği belirtilir⁴⁷. Ayrıca toplumsal cinsiyet eşitsizliğine kaynak oluşturan sosyal ve kültürel davranışların ortadan kaldırılması ödevi yüklenen taraf devlet, bunun için başta medya olmak üzere bütün kurumlarda toplumsal cinsiyet farkındalığını yansıtmalı ve uygulayıcılara bu yönde eğitim vermelidir⁴⁸.

CEDAW Komitesinin 28 sayılı Tavsiye Kararında sözleşmede yer alan cinsiyete dayalı ayrımcılığın, biyolojik farklılıkla ilgili olduğu, ancak sözleşmenin toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığı da içerdiği vurgulanır.

CEDAW Komitesi 33 sayılı Tavsiye Kararında, adalet sisteminde kalıp yargılar ve cinsiyet yanlılığının, kadınların insan haklarından tam olarak faydalanmasını geniş ölçüde etkileyen sonuçlar doğurduğuna işaret edilmektedir.

“Kalıp yargılar; algıları çarpıtarak gerçekler yerine peşin hükümlü inanç ve söylencelere dayalı kararlar alınmasına neden olmaktadır. Hâkimler sıklıkla, kadınlar için hangi davranışın uygun olacağı hakkında katı standartlar benimsemekte ve bu kalıp yargılara uygun davranmayan kadınları cezalandırmaktadır. Bu kalıp yargılar, kadınların taraf veya tanık olarak sözlerinin, iddialarının ve şahitliklerinin güvenilirliğini de etkilemektedir. Kalıp yargılar; hâkimlerin kanunları yanlış yorumlamasına ve yanlış uygulamasına neden olabilmektedir. Bu ise, geniş ölçekli etkiler doğurmaktadır; sözgelimi ceza hukukunda faillerin kadın hakkı ihlalden yasal olarak sorumlu tutulmayarak bir dokunulmazlık kültürünün desteklenmesi gibi. Hukukun bütün alanlarında kalıp yargılar, tarafsızlıktan ve adalet sisteminin dürüstlüğünden ödünler verilmekte; dönüşümlü olarak da, şikâyette bulunanın tekrar mağdur edilmesi dâhil olmak üzere, adli hatalara yol açabilmektedir.

Adalet sisteminde kalıp yargıları uygulayan, pekiştiren ve sürekli kılan yalnızca yargıçlar değildir. Savcılar, kolluk yetkilileri ve diğer aktörler de kalıp yargılarının, bilhassa toplumsal cinsiyete dayalı şiddet vakalarında olmak üzere soruşturma ve yargılama süreçlerini etkilemesine, mağdur ve kurbanın iddialarını zayıflatmasına ve aynı anda şüphelilerin ileri sürdüğü savunmayı güçlendirmesine sıklıkla izin vermektedirler. Dolayısıyla kalıp yargılar,

⁴⁷ Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye edilmesine Dair Sözleşme <<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/cedaw.pdf>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2020

⁴⁸ Uygur (n 4) 130.

*hem soruşturma hem de yargılama süreçlerine nüfuz ederek nihayetinde mahkeme kararını şekillendirmektedir*⁴⁹.”

Yine Komitenin 33 sayılı Tavsiye Kararında devletlere “adalet sisteminin bütün aktörleri ve hukuk öğrencileri için farkındalık ve kapasite artırıcı tedbirler dâhil olmak üzere tedbir alınması”nı tavsiye etmektedir.

Her iki Sözleşme (1 Temmuz 2021 itibariyle İstanbul Sözleşmesi’nden çekilmemiz neticesinde bu sözleşme artık iç hukukumuzda yürürlükte değildir.), Anayasamız uyarınca Türk kanunları ile eşit değerdedir. 2004 yılında yapılan ekleme ile Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkra hükmüne göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Dolayısıyla, milletlerarası antlaşmaların toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması yolunda Türkiye’ye uluslararası mükellefiyetler yaratmasının yanı sıra, Anayasamız da, Türk hâkimine, önüne gelen davalarda Türk Hukuku’nda toplumsal cinsiyet eşitliğinin görmezden gelinerek farklı şekilde düzenlenmiş olduğu durumlarda bu sözleşme hükümlerini uygulama yükümünü yüklemektedir.

E. Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Eğitimi

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması konusunda hukukçuların sorumluluğu, alanları itibariyle büyük bir anlam ve önem taşımaktadır. Mesleklerini yerine getirmelerinin “sonuçlarının yaşamsal önemi, bireylerden ulusa değin her alanı katı bir biçimde ilgilendiren bir etki”ye sahiptir. “Konumu gereği, adaletin yaşama geçmesinde ve gerçekleşmesinde büyük payı olan hukukçunun” eğitimi, tüm ülkede adaletin gerçekleşmesinde birincil nitelikte bir önem arz eder⁵⁰. Yasalardaki eşitlik ilkesinin tüm toplumsal yaşantıya hâkim kılınması ve buna bağlı olarak gelenekselci toplumsal cinsiyet algısının yasalar yoluyla kırılması, hukuku uygulamak durumunda olan kişilerin sahip oldukları toplumsal cinsiyet algısına da bağlıdır.

Toplumsal cinsiyet algısının ise hukuk eğitimi aşaması ile yakından bir ilgisi bulunmaktadır. Hukuk eğitiminin hukukçulara eşitlikçi bir toplumsal cinsiyet algısı kazandıracak düzeyde olması gereklidir. Literatürde de toplumsal cinsiyet algısı ve rollerine ilişkin eşitlikçi bakış açısının kazanılabilmesi için öncelikle toplumsal cinsiyete dair tutumun belirlenmesinin önemli olduğu vurgulanmaktadır. Bu konuda ülkemizde farklı branşlarda okuyan öğrencilerle yapılan çalışmalar bulunmasına rağmen, hukuk fakülteleri öğrencileri ile yapılmış genel veya özel herhangi bir araştırma mevcut değildir. Bu sebeple bu konuda bilimsel bir araştırmaya ihtiyaç olduğu açıktır. Dolayısıyla bu bağlamda konuya bir katkısı olacağı düşünülerek bu

⁴⁹ CEDAW Komitesi 33 no.lu tavsiye kararı/26. ve 27. paragraflar.

⁵⁰ Yekta Güngör Özden, ‘Hukukçunun Sorumluluğu’ (2013) 1 Ankara Barosu Dergisi 371,380.

anket ve içerik analizi çalışması uygulanmıştır. Toplumsal cinsiyet algısına dair bir durum saptaması, toplumsal cinsiyet duyarlı eğitim modellerinin geliştirilmesi için de önemli bir basamak olabilecektir⁵¹.

Hukuk öğrencilerinin daha eşitlikçi toplumsal cinsiyet rollerini benimsedikleri bir bakış açısına sahip olmaları, kadınların gerek meslek gerekse özel hayatlarında karşılaştıkları adaletsizliklerin ve eşitsizliklerin azaltılması ve ortadan kaldırılmasında etkili olacaktır. Bunun için de geleneksel cinsiyet rol ve kalıplarının eşitlikçi bir yöne dönüşmesi sürecinde eğitimin katkısı yadsınamaz⁵². Bu salt bir öngörü veya varsayıma dayalı bir argüman olmaktan öte, üniversite eğitiminde müfredata dahil edildiği takdirde cinsiyet eşitliğini konu alan derslerin somut katkı ve yararlarını gösteren çalışmalar bulunmaktadır. Bu sonuçlar doğrultusunda toplumsal cinsiyete yönelik verilen eğitimlerin bireylerin konu hakkında bilgi sahibi olmalarını sağladığı, farkındalıklarını arttırdığı ve toplumsal cinsiyet algılarını olumlu yönde etkilediği görülmektedir⁵³.

Hukuk eğitiminde yer alan akademisyenler arasında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığı, eşitlikçi hukuk eğitiminin bir başka boyutunu oluşturur. Yabancı kaynaklarda hukuk akademisyenlerinin toplumsal cinsiyet eşitsizliğine maruz kaldıklarını gösteren çok sayıda araştırma yapılmıştır. Türkiye'deki akademisyenlerin durumu toplumsal cinsiyet eşitliği filtresinden incelendiğinde şu sonuçlara ulaşıyoruz: Devlet ve vakıf olmak üzere tüm hukuk fakültelerinde Aralık 2021 itibariyle erkek profesör sayısı 360 iken kadın profesör sayısı 126'dır; erkek doçent sayısı 152, kadın doçent sayısı ise 87'dir. Erkek doktor öğretim üyesi 459'dir, kadın doktor öğretim üyesi 440'dir. Bu istatistikten başlangıç aşamasında kadın ve erkek akademisyenlerin sayılarının birbirine çok yakın olduğunu ama

⁵¹ Uygur (n 4) 121-132.

⁵² Özdemir, Batga, Uçar (n 7) 212-228.

⁵³ Araştırmanın evrenini Ankara'da bulunan bir devlet üniversitesinin ebelik bölümünde 2017-2018 eğitim öğretim döneminde üçüncü sınıfta öğrenim görmekte olan öğrenciler oluşturmuştur. Üçüncü sınıfların seçilme nedeni ilgili sınıfta "Toplumsal Cinsiyet" dersinin seçmeli ders olarak 14 hafta boyunca haftada 2 saat teorik olarak veriliyor olmasıdır. Bu dersin kapsamında; toplumsal cinsiyetin tanımı, toplumsal cinsiyetle ilgili temel kavramlar ve kuramlar, toplumsal cinsiyet kalıp yargıları ve cinsiyet ayrımcılığı, toplumsal cinsiyet ve kültür, medya ve toplumsal cinsiyet, toplumsal cinsiyetin kadına, erkeğe, aileye ve topluma yansımaları, toplumsal cinsiyetin sağlık/ üreme sağlığına etkileri, toplumsal cinsiyetle ilgili sorunlara çözüm önerileri teorik olarak işlenmekte ayrıca konuya ilişkin filmler izletilmekte ve öğrencilere konular ile ilişkili kitaplar önerilmektedir. 2017-2018 eğitim ve öğretim yılı güz döneminde üçüncü sınıfa kayıtlı 89 öğrenci bulunmaktadır. Bu öğrencilerden 39'u yani %42.7'si toplumsal cinsiyet dersi almış, 50'si dersi almamıştır. Söz konusu bu araştırmada da Altunova/Duyan'ın Toplumsal Cinsiyet Algı Ölçeği kullanılmış ve toplumsal cinsiyet dersini alanlar ile almayan öğrencilerin toplumsal cinsiyet algı puanlarının karşılaştırılması yapılmıştır. Toplumsal cinsiyet dersi alan öğrencilerin toplumsal cinsiyet algı ölçeği puan ortalaması 114,63+12,39, ders almayan öğrencilerin 107,60+13,60'dır. Puanlar arasında dersi alan öğrenciler lehine görülen fark istatistiksel olarak anlamlıdır (p=0,014). Bir diğer deyişle toplumsal cinsiyet dersinin konulması, öğrencilerin toplumsal cinsiyet eşitliği algılarının yükselmesine olumlu katkıda bulunduğu kanıtlanmıştır.

Esen'in yaptığı bir başka çalışma sonucunda, toplumsal cinsiyet konusundaki sistematik olarak verilen eğitimin ardından öğretmen adaylarının geleneksel değer yargılarını sorgulamaya başladıkları, kendi yaşamlarından başlayan bir değişim/dönüşüm motivasyonu kazandıkları ortaya konmuştur. Bkz. İlknur Münevver Gönenç, Şenay Topuz, Neslihan Yılmaz Sezer, Serkan Yılmaz, Nuriye Büyükkayacı Duman, 'Toplumsal Cinsiyet Dersinin Toplumsal Cinsiyet Algısına Etkisi' (2018) 7 (1) Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi 22, 29; Yasemin Esen, 'Hizmet Öncesi Öğretmen Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Duyarlılığını Geliştirme Amaçlı Bir Çalışma' (2013) 38 (169) Eğitim ve Bilim 280,295.

akademinin üst basamaklarına çıkdıkça kadın akademisyenlerin sayısının azaldığı gözlemlenmektedir⁵⁴.

2019- 2020 Yükseköğretim İstatistiklerine göre sadece yükseköğretimde öğrenci sayısı toplam 7.940.133'dir. Bu öğrencilerin 4.108.571'si erkek, 3.831.562'si ise kadındır⁵⁵. Yine YÖK istatistiklerine göre faal 80 tane hukuk fakültesi bulunmaktadır. Bu fakültelere bu yıl yeni kayıt yaptıranların 7.898 erkek, 8.926 tanesi ise kadın olmak üzere toplam 16.824 kişidir. Halen hukuk fakültelerinde okuyan toplam öğrenci sayısı 82.203'tür. Bunlardan 40.966'sı erkek, 41.237'si ise kadındır⁵⁶. Bu sayılar göstermektedir ki hukuk eğitimi alan kadın öğrenci sayısı erkeklerden daha fazladır.

2019-2020 Öğretim Yılı Yüksek Öğretim İstatistiklerine Göre İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrenci Sayısı: ⁵⁷			Aynı Dönem İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İkinci Öğretim Öğrenci Sayıları: ⁵⁸		
	Kayıtlı Öğrenci Sayısı	% Oran		Kayıtlı Öğrenci Sayısı	% Oran
Toplam	4496	% 100	Toplam	2173	% 100
Kadın	1746	% 38,8	Kadın	899	% 41,4
Erkek	2750	% 61,2	Erkek	1274	% 58,6

Sonuç olarak hukukta farklı sesi duymak için hem normlarda, hem de hukuk uygulayıcıların bakış açısında toplumsal cinsiyet eşitliğine dayalı bakış açısının yansıtılması zorunludur⁵⁹.

II. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizinde Amaç ve Yöntem

A. Amaç ve Yöntem

Bu çalışmanın amacı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algılarını ölçmektir. Bu amaca yönelik olarak, bireylerin toplumsal cinsiyet algılarını belirlemek ve değerlendirmek üzere tasarlanmış bulunan *Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeği* (bundan sonra TCAÖ olarak kısaltılacaktır) kullanılmıştır. Altınova ve Duyan tarafından (2013) geliştirilmiş, geçerliliği ve güvenilirliği kanıtlanmış olan TCAÖ'nin Cronbach Alpha güvenirlik katsayısı 0,872'dir. 25 maddeden oluşan, tek boyutlu ve beşli Likert tipindeki TCAÖ'de: "Evlilik,

⁵⁴ <<https://istatistik.yok.gov.tr>> Erişim Tarihi 18.11.2021; Bkz. Ann C. McGinley, 'Reproducing Gender on Law School Faculties' (2009) 172 Scholarly Works <<https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=facpub>> (99-155) Erişim Tarihi 10 Nisan 2020

⁵⁵ <<https://istatistik.yok.gov.tr/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2021

⁵⁶ <<https://istatistik.yok.gov.tr/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2021

⁵⁷ <<https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans.php?y=105610501>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2020

⁵⁸ <<https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans.php?y=105630092>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2020

⁵⁹ Uygur (n 4) 121-132.

kadının çalışmasına engel olmaz.”, “Çalışan kadın da çocuklarına yeterince zaman ayırabilir.” gibi olumlu maddelerin (10 madde) yanı sıra “Kocasız izin vermiyorsa kadın çalışmamalıdır.”, “Kocasız kadın sahipsiz eve benzer.” gibi tersten puanlanan olumsuz maddeler de (15 madde) yer almaktadır. Ölçeğe göre her bir anket 25 ile 125 aralığında bir puana ulaşabilmektedir. Alınan yüksek puanlar “olumlu” toplumsal cinsiyet algısını, düşük puanlar ise “olumsuz” toplumsal cinsiyet algısını ifade etmektedir⁶⁰.

Bunun yanı sıra sekiz (8) adet açık uçlu nitel soru ise tarafımızdan hazırlanmış ve 25 soruluk anketle birlikte öğrencilere yöneltilmiştir.

İlk aşamada araştırmanın örneklem büyüklüğü hesaplanmıştır. Araştırma evrenini ise İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yaklaşık 7100 olan tüm öğrencileri oluşturmaktadır. Buna göre; örneklem büyüklüğü hesaplama programından yararlanılarak, %95 güven düzeyinde ve 5 güven aralığında uygun örneklem büyüklüğü 364 olarak bulunmuştur. 83090 sayılı ve 2019/179 dosya numaralı “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısının Ölçülmesi, Araştırılması ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Geliştirilmesi” başlıklı başvurumuz, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Etik Kurulu Başkanlığı'nın, 02.12.2019 tarihli 11 sayılı toplantısında görüşülerek etik yönden uygun görülmüştür. Bu kararın ardından İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'ndan alınan izin ile 21 Şubat- 31 Mart 2020 tarihleri arasında öğrencilerin gönüllü katılımına dayalı veri toplanmaya başlanmıştır. Ancak yeni Covid 19 pandemisi nedeniyle yüz yüze eğitime ara verilmesi üzerine anket çalışması online yapılmak suretiyle tamamlanabilmiştir. Böylece anket çalışmasında toplamda 524 öğrencinin gönüllü katılımlarıyla anket (nicel ve nitel olmak üzere) yapılmıştır. Nicel ankete katılan **524 öğrenci verilerinden, güvenilir bulunmayan/ sorumlu/ hatalı olduğu düşünülen 34 anket değerlendirmeye alınmamış ve nicel anketin istatistik analizleri 490 cevap esas alınarak gerçekleştirilmiştir.**

Nicel anketle birlikte **hukuk öğrencilerine özgülenmiş açık uçlu sorulardan oluşan nitel anket yapılmış ve bunlardan ise toplam ankete katılanların 502'si değerlendirmeye tabi tutulmuştur.** Tutarsızlık, güvenilmezlik, çelişki gibi sorunları olduğu saptanan 22 anket, anket analizinde değerlendirme dışı bırakılmıştır.

Açık uçlu sorular ile araştırmaya katılan hukuk öğrencilerinin “görüşlerini belirlemek, durumu değerlendirmek ve (y.n. başka hukuk fakülteleri öğrencileriyle) karşılaştırmalar yapmak” mümkün olabilecektir. Bu çalışma öğrencilerin “analiz ve sentez düzeyinde görüşlerine” ulaşmak için kullanılmaktadır⁶¹. Soruların açık uçlu

⁶⁰ Altınova, Duyan (n 8) 9-22.

⁶¹ Jale Balaban Saltı, ‘Verilerin Toplanması’ iç. Ali Şimşek (Ed.) *Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri* (Anadolu Üniversitesi Yayını 2018) 136.

olması yani kendi ifadeleriyle kendi görüşlerini yazmaları; tek bir doğruya ulaşmak değil, görüşlere, algılara ulaşmak çabası; araştırmanın doğal ortama bağlı şekilde düzenlenmesi (soruların hukuk öğrencilerine yönelik olması ve hukuk eğitim ortamı nedeniyle doğal ortam diyebileceğimiz bağlamsal şekilde ele alma) ve neden sonuç ilişkisinin koşullarla birlikte analizinin mümkün olması; tümevarımcı bir yaklaşım benimsenmesi; nitel araştırmacının amacının az bilinen bir sorun olarak hukuk öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algısının incelenmesi ve anlaşılmasına yönelik olması; öğrencilerin söylediklerinin anlamına yoğunlaşılması gibi nedenlerle yapılandırılmamış (açık uçlu sorulu) anket çalışması nitel araştırma yöntemlerinin birçok özelliğini barındırmaktadır⁶².

Açık uçlu soruların olduğu nitel anket bölümünde yukarıda belirttiğimiz gibi tümevarım yöntemi kullanılmıştır. Öğrencilerden gelen cevaplar incelenerek her bir soru için ayrı ayrı kategoriler oluşturulmuş ve sonrasında ise cevaplar bu kategorilere yerleştirilerek, yorum ve analiz için gerekli altyapıyı sağlanmıştır.

B. İstatiksel Metot

Çalışmanın istatistiki incelemeleri 490 kişinin anket verileri ile tamamlanmıştır. Veri analizi, IBM SPSS Statistic 26 paket programında gerçekleştirilmiştir. Anket güvenilirliği Cronbach Alpha analizine göre değerlendirilmiş, verileri özetlemek için tanımlayıcı istatistikler (frekanslar, oranlar ve ortalamalar) kullanılmıştır. Katılımcıların demografik özelliklerine göre toplumsal cinsiyet ile ilgili bilgi ve tutum farklılıkları ki-kare testi ile analiz edilmiştir. Tüm analizlerde değerlendirmeler “En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi” bulguları referans alınarak gerçekleştirilmiştir. Anlamli fark görülen çoklu karşılaştırmalarda post hoc test olarak, SPSS programındaki Bonferroni düzeltmeli z oran testi yapılmış ve tespit edilen ilişkilerde etki büyüklüğü Cramer’s V katsayısı ile yorumlanmıştır. Tüm analizlerde anlamlılık düzeyi 0,05 olarak kabul edilmiştir.

C. Araştırmanın Kısıtları

Bilimsel bir araştırma için hedef ve ulaşılabilir evren ayrımı yapılır. Bu bağlamda hedef evren, ideal ama ulaşılması hemen hemen olanaksız olan evrendir. Hukuk fakültesinde fiilen kayıtlı 7100 öğrenci sayısı hedef evren olup; ulaşılabilir evren olarak derste amfilerde o an için mevcut ve ulaşılabilirliği mümkün 2500 öğrenci tasarlanmıştır. Örneklem büyüklüğü ise makalenin giriş bölümünde de açıklanan yöntem ve hesaplama ile % 95 ve 5 güvenlik aralığı ile 364 bulunmuş, anket 524 öğrencinin katılımı ile gerçekleştirilmiştir. Ancak pandemi sürecinin de etkisiyle,

⁶² Ali Şimşek, ‘Araştırma Modelleri’ iç. Ali Şimşek (Ed.) *Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri* (Anadolu Üniversitesi Yayını, 2018), 88-91.

katılımcı sayısının daha fazlaya ulaşmaması, çalışmanın hipotezlerindeki genellemeler açısından bir kısıt olarak değerlendirilebilir. Ancak bu kısıtın, başta t testi ve güvenilirlik testleri ile iç tutarlılık denetlenerek aşıldığı düşünülmektedir.

Hukukçu olacılara hukuk eğitimlerinde ve ileride mesleki uygulamalarında açığa çıkabilecek yeni ölçek sorularıyla yapılacak yeni çalışmalar da faydalı olabilecektir. Gerçekleştirilecek toplumsal cinsiyet eğitimi, farkındalığı gibi etkinliklerden önce ve sonra yapılacak uygulamalar ile grupların toplumsal cinsiyet algı düzeylerinde oluşabilecek farklar araştırılabilir.

Bir diğer kısıt olarak nitel ve nicel yöntemin bir arada kullanılmasından da bahsedilebilir. Metot olarak nicel ve nitel araştırma yöntemlerinin bütünleştirilemeyeceği ve birlikte kullanılmayacağına dair görüşler bulunmaktadır. Bununla birlikte; bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre; nicel ve nitel yöntem birbirleriyle birçok noktada çelişse de, sosyolojide birlikte kullanılmaları oldukça yaygındır. Çok sayıda araştırmacı, nicel veya nitel yöntemlerden birini öncelikli olarak benimsemekte, ancak bulgularını desteklemek için diğer yöntemin veri toplama tekniklerini de kullanmaktadır. Her iki yöntemden de faydalanma, yöntemsel çoğulculuk, nirengi ya da üçgenleme olarak adlandırılmaktadır. Böylece nicel veriler, nitel çalışmalarla elde edilmiş verilerin, nitel veriler de nicel çalışmalarla elde edilmiş verilerin doğruluğunun kontrol edilmesi amacıyla kullanılabilirler. Çalışılan sosyal grup hakkında daha bütüncül bir görüşe sahip olabilmek üzere; araştırma konusunun genel özellikleri için nicel, özgül özellikleri için nitel yöntem bir arada kullanılabilir⁶³.

III. Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısını Ölçme İçin Yapılan Nicel Anket Analizi

A. Nicel Anket Çalışmasının Hipotezleri

Hipotezler

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algıları olumlu düzeydedir. (H1)

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algıları;

- *cinsiyetlerine (H2),*
- *fakültede devam ettikleri sınıflarına (H3),*
- *ailelerinin ortalama gelir düzeylerine (H4),*

⁶³ Sosyolojide-Nicel-ve-Nitel-Arastırma-Yöntemleri.pdf <http://www.bingol.edu.tr/media/204988/sayt-bolum8-Sosyolojide-Nicel-ve-Nitel-Arastırma-Yöntemleri.pdf> Mayıs 2021

- *anne-babanın eğitim durumlarına (H5),*
- *annenin ev dışında çalışıyor olup/olmamasına(H6),*
- *daha önce toplumsal cinsiyet ile ilgili bir ders alıp-almadıklarına (H7) göre, istatistiksel olarak anlamlı ölçüde farklılaşmaktadır.*

ANALİZLER

Tablo 1. Demografik İstatistikler Tablosu

N=490		n	%
Cinsiyet	Kadın	309	63,1
	Erkek	181	36,9
Sınıf Seviyesi	I.Sınıf	200	40,8
	II.Sınıf	113	23,1
	III.Sınıf	105	21,4
	IV.Sınıf	72	14,7
Aylık Gelir Düzeyi (TL)	2000 – 4000	138	28,2
	4001- 6000	142	29,0
	6001 ve üzeri	191	39,0
	Diğer	14	2,9
Annenin Eğitim Seviyesi	Okur-Yazar	16	3,3
	İlkokul	148	30,8
	Ortaokul	57	11,9
	Lise	113	23,5
	Yüksekokul/Önlisans/Lisans	126	26,2
	Yüksek Lisans/Doktora	21	4,4
Babanın Eğitim Seviyesi	Okur-Yazar	6	1,2
	İlkokul	82	16,9
	Ortaokul	58	12,0
	Lise	127	26,2
	Yüksekokul/Önlisans/Lisans	172	35,5
	Yüksek Lisans/Doktora	39	8,1
Annenin Çalışma Durumu	Çalışmıyor	263	56,7
	Emekli/Çalışıyor	201	43,3

Öğrencilerin geldikleri şehirler	İstanbul	172	35,3
	İzmir	20	4,1
	Bursa	19	3,9
	Antalya	18	3,7
	Ankara	14	2,9
	Konya	12	2,5
	Adana	11	2,3
	Erzurum	11	2,3

		n	%
Şehir	Balıkesir	10	2,1
	Kocaeli	10	2,1
	Mersin	8	1,6
	Ordu	8	1,6
	Rize	8	1,6
	Samsun	8	1,6
	Tekirdağ	8	1,6
	Aydın	7	1,4
	Kayseri	7	1,4
	Sakarya	7	1,4
	Adıyaman	6	1,2
	Kırklareli	6	1,2
	Kahramanmaraş	6	1,2
	Denizli	5	1,0
	Gaziantep	5	1,0
	Manisa	5	1,0
	Trabzon	5	1,0
	Burdur	4	,8
	Diyarbakır	4	,8
	Isparta	4	,8
	Muğla	4	,8
	Tokat	4	,8
	Düzce	4	,8
	Afyonkarahisar	3	,6
	Amasya	3	,6
	Edirne	3	,6
	Elazığ	3	,6
	Erzincan	3	,6
	Hatay	3	,6
	Kütahya	3	,6
	Malatya	3	,6
	Zonguldak	3	,6

		n	%
Şehir	Osmaniye	3	,6
	Çanakkale	2	,4
	Giresun	2	,4
	Gümüşhane	2	,4
	Kırşehir	2	,4
	Mardin	2	,4
	Nevşehir	2	,4
	Niğde	2	,4
	Siirt	2	,4
	Sivas	2	,4
	Şanlıurfa	2	,4
	Uşak	2	,4
	Şırnak	2	,4
	Karabük	2	,4
	Bolu	1	,2
	Çorum	1	,2
	Eskişehir	1	,2
	Kastamonu	1	,2
	Tunceli	1	,2
	Van	1	,2
	Aksaray	1	,2
	Karaman	1	,2
	Batman	1	,2
Yalova	1	,2	
Bakü	1	,2	

Katılımcı 490 öğrencinin cinsiyet dağılımına bakıldığında; % 63.1'i (309 kişi) kadın, %36.9'u (181 kişi) erkek öğrencidir.



Katılımcı öğrencilerin % 40.8'i (200 öğrenci) I. sınıf, % 23.1'i (113 kişi) II. sınıf, % 21.4'ü (105) III. sınıf ve %14.7'si (72 kişi) ise IV. sınıf öğrencisidir. Böylece en fazla katılımın % 40.8 ile I. sınıf öğrencilerinden; en düşük katılımın ise %14.7 ile IV. sınıf öğrencilerinden geldiği görülmektedir.

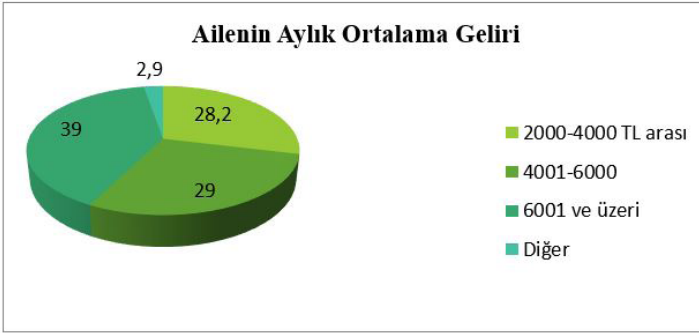
Ailenin aylık ortalama geliri: (Anket sorularının hazırlandığı 2019 yılında asgari ücret brüt 2558 TL idi.)

2000-4000 TL arası %28.2, (138 katılımcı)

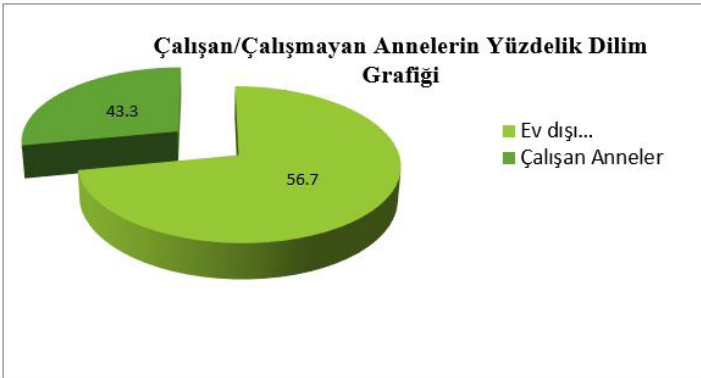
4001-6000 TL arası %29, (142 katılımcı)

6000 TL üzeri %39, (191 katılımcı)

Diğer bu aylık gelir dilimlerinin dışında kalan diğer olasılıkları işaretleyenlerin oranı ise %2.9'dur (14 kişi).



Ebeveynlerden çalışan annelerin genel oranı; % 43.3 (201 anne) olup, emekliliği hak eden anneler de çalışan grup içerisinde kabul edilmiştir. Ev harici çalışmayan annelerin oranı ise % 56.7 (263 anne) ile oldukça yüksektir.



Tablo 2. Ölçek Maddelerine Verilen Cevaplara Ait Tanımlayıcı İstatistikler

Madde	Kesinlikle Katılmıyorum		Katılmıyorum		Kararsızım		Katılıyorum		Kesinlikle Katılıyorum		Ortalama Puan
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	
Evlilik, kadının çalışmasına engel olmaz.	17	3,47	25	5,10	6	1,22	69	14,08	373	76,12	4,54
Kadın sadece ailesinin ekonomik sıkıntısı varsa çalışmalıdır	410	83,67	29	5,92	9	1,84	19	3,88	23	4,69	4,60
Çalışan kadın da çocuklarına yeterince zaman ayırabilir.	19	3,88	53	10,82	44	8,98	138	28,16	236	48,16	4,06
Kadınlar anne olduktan sonra çalışmamalıdır.	354	72,24	54	11,02	20	4,08	42	8,57	20	4,08	4,39
Kadın siyasetçiler de başarılı olabilir.	21	4,29	4	0,82	13	2,65	26	5,31	426	86,94	4,70
Kadınlar evlendikten sonra çalışmamalıdır.	430	87,76	20	4,08	10	2,04	9	1,84	21	4,29	4,69
Çalışma hayatı kadının ev işlerini aksatmasına neden olmaz.	30	6,12	65	13,27	60	12,24	136	27,76	199	40,61	3,83
Çalışan bir kadın hayattan daha çok zevk alır.	20	4,08	24	4,90	69	14,08	117	23,88	260	53,06	4,17
Kadınlar erkekler tarafından her zaman korunmalıdır.	238	48,57	116	23,67	35	7,14	59	12,04	42	8,57	3,92
Kocası izin vermiyorsa kadın çalışmamalıdır.	401	81,84	37	7,55	12	2,45	17	3,47	23	4,69	4,58
Kadınlar yönetici olabilir.	14	2,86	6	1,22	9	1,84	24	4,90	437	89,18	4,76
Çalışan bir kadın kazandığı geliri eşine vermemelidir.	372	75,92	69	14,08	21	4,29	20	4,08	8	1,63	4,59
Çalışan bir kadın çocuklarına daha iyi anne olur.	43	8,78	54	11,02	123	25,10	125	25,51	145	29,59	3,56
Erkekler de çamaşır bulaşık gibi ev işlerini yapmalıdır.	15	3,06	8	1,63	9	1,84	39	7,96	419	85,51	4,71
Kocasız kadın sahipsiz eve benzer.	440	89,80	17	3,47	7	1,43	16	3,27	10	2,04	4,76
Bir ailenin gelirini erkekler sağlamalıdır.	353	72,04	52	10,61	16	3,27	39	7,96	30	6,12	4,34
Kadınlar kendi başına ticarethane gibi yerler açmamalıdır.	431	87,96	25	5,10	10	2,04	7	1,43	17	3,47	4,73
Kadınların birinci görevi ev işlerini üstlenmektir.	415	84,69	23	4,69	12	2,45	25	5,10	15	3,06	4,63
Bir kadın kocasından fazla para kazanmamalıdır.	426	86,94	22	4,49	9	1,84	17	3,47	16	3,27	4,68
Erkek her zaman evin reisi olmalıdır.	376	76,73	35	7,14	22	4,49	27	5,51	30	6,12	4,43
Toplumun liderliği genellikle erkeklerin elinde olmalıdır.	386	78,78	43	8,78	15	3,06	24	4,90	22	4,49	4,52

Tablo 2. Devamı

Madde	Kesinlikle Katılmıyor		Katılmıyor		Kararsız		Katılıyor		Kesinlikle Katılıyor		Ortalama Puan
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	
Kız çocuklarına da erkek çocuklar kadar özgürlük verilmelidir.	15	3,06	12	2,45	10	2,04	34	6,94	419	85,51	4,69
Bir kadın kendi haklarına sahip olabilmesi için gerekirse kocasına karşı çıkabilmelidir.	24	4,90	8	1,63	16	3,27	51	10,41	391	79,80	4,59
Kadın kocasından yaş olarak daha küçük olmalıdır.	277	56,53	79	16,12	57	11,63	57	11,63	20	4,08	4,09
Ailedeki önemli kararları erkekler vermeli.	416	84,90	28	5,71	11	2,24	21	4,29	14	2,86	4,66

B. Nicel Anketlerin Toplam Puanı Ve Sonuç

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algısını ölçmek üzere Altınova/Duyan'ın "Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeği"ni kullandığımızı daha önce de belirtmiştik. Söz konusu bu ölçekten 25 ile 125 aralığında puan alınabilmekte ve alınan yüksek puanlar "olumlu" toplumsal cinsiyet algısını, düşük puanlar ise "olumsuz" toplumsal cinsiyet algısını ifade etmekteydi. Ölçekte 2., 4., 6., 9., 10., 12., 15., 16., 17.,18., 19., 20., 21., 24. ve 25. maddeler tersine çevrilerek toplam puan bulunmaktadır. Puanlamada daha detaylı bir değerlendirme yapabilmek için Tekin'in (2017) puan aralıkları kullanılmaktadır. Buna göre bu ölçme sonucu alınabilecek puanların nasıl değerlendirilebileceğine ilişkin tablo şu şekildedir⁶⁴;

Puan Aralıkları ve Anlamları	Puan	Anlamı
(1.00 - 1,80) x 25	25-45	Çok olumsuz toplumsal cinsiyet algısı
(1.81 - 2,60) x 25	46-65	Olumsuz toplumsal cinsiyet algısı
(2.61 - 3,40) x 25	65-85	Orta derecede olumlu toplumsal cinsiyet algısı
(3.41 - 4,20) x 25	85-105	Olumlu toplumsal cinsiyet algısı
(4.21 - 5,00) x 25	105-125	Çok olumlu toplumsal cinsiyet algısı

H1 Hipotezine İlişkin Test Sonuçları		
N	Toplam Puan	Standart Sapma
Toplumsal Cinsiyet Algısı	111.23	+/- 16,48

*Beşli Likert ile cevaplanacak 25 sorudan meydana gelen anketimize, katılımcıların verdiği cevapların nicel değerlendirmesi ve hesaplanması sonucu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinde toplumsal cinsiyet algı skoru, "111.23" bulunmuştur. Yukarıda gösterilen tablodan da anlaşılacağı üzere; **İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRENCİLERİNDE ÇOK OLUMLU TOPLUMSAL CİNSİYET ALGISI** sonucu çıkmaktadır.*

C. Güvenilirliğe İlişkin Bulgular

Tablo 3. Ölçeğin Güvenilirlik Analizine İlişkin Alfa Katsayısı

Ölçek Kullanılan Ölçekler	Madde Sayısı	CA Katsayısı
Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeği	25	0,937

⁶⁴ Beşli Likert sisteminde puanlar arasında 4 Aralık olduğu için her bir puan arasında eşit boşluk bırakarak deha detaylı bir değerlendirme yapabilmek için 4/5: 0,8 Aralık katsayısı kullanılmıştır. Tablo için bkz. Ömer Akgün Tekin, "Turizm Sektöründe Toplumsal Cinsiyet Algısı: Beş Yıldızlı Otel Çalışanları Üzerine Bir Araştırma", (2017) 4 (12) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 675; Ramazan Alabaş, Halil İbrahim Akyüz, Selman Tunay Kamer, "Üniversite Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Algılarının Belirlenmesi," 2019) 16 (44) *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 433-434.

Cronbach Alpha değeri 0,90'ın üzerinden olan ölçek verileri güvenilirliği "mükemmel" olarak kabul edilir. 25 maddelik ölçeğe ait verilerin CA katsayısı yaklaşık 0,94 olarak bulunmuştur dolayısıyla güvenilir ve istatistiki analize uygun olduğu söylenebilir.

Demografik Faktörlerin Bireylerin Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkilerinin İncelenmesi

Bu bölümde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algılarının; cinsiyet, sınıf seviyesi, ailenin ortalama gelir düzeyi, anne-babanın eğitim durumu, annenin ev dışında çalışıyor olup/olmaması ve toplumsal cinsiyet üzerine eğitim alma faktörlerine göre değişim gösterdiği araştırılacaktır.

Cinsiyetin Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi

H₂: Cinsiyet faktörü ile toplumsal cinsiyet algısı arasında anlamlı bir ilişki vardır.

Toplumsal Cinsiyet Algısı	Cinsiyet		En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi			Cramer's V
	Erkek	Kadın	Test Değeri	sd	p	Etki Büyüklüğü
	n (%)	n (%)				
Çok Olumsuz	2 (1,1) _a	1 (0,3) _a	48,923	4	,000	0,319
Olumsuz	12 (6,6) _a	2 (0,6) _b				
Orta Derecede Olumlu	19 (10,5) _a	7 (2,3) _b				
Olumlu	32 (17,7) _a	23 (7,4) _b				
Çok Olumlu	116 (64,1) _a	276 (89,3) _b				

Farklı harflendirmelerin bulunduğu satırlarda cinsiyetler arası oran farkı 0,05 düzeyinde anlamlıdır.

Tablo 4'te sonuçları paylaşılan ki-kare testine göre ($\chi^2 = 48,923$, $p=0,000$) H₂ hipotezi kabul edilmektedir. Öğrencilerin cinsiyeti ile toplumsal cinsiyet algıları arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki görülmektedir.

Bonferroni düzeltmeli z testi ile sütun karşılaştırma tekniği kullanılarak ikili karşılaştırmalar yapıldığında, erkek ve kadın öğrencilerin sadece çok olumsuz algı seviyesinde farklılaşmadığı görülmektedir. Olumsuz algıya sahip erkek öğrencilerin oranı (%6,6) kadın öğrencilerin oranından (%0,6) çok daha yüksektir. Orta derecede olumlu algıya sahip erkek öğrencilerin oranı (%10,5) kadın öğrencilerin oranından (%2,3) daha yüksektir. Olumlu algıya sahip erkek öğrencilerin oranı (%17,7) kadın öğrencilerin oranından (%7,4) daha yüksektir. Son olarak, çok olumlu algıya sahip erkek öğrencilerin oranı ise (%64,1) kadın öğrencilerin oranından (%89,3)

daha düşüktür. Buna göre; olumsuz, orta derecede olumlu ve olumlu toplumsal cinsiyet algısı seviyelerinde erkek cinsi oransal üstünlük sağlarken, çok olumlu algı seviyesinde ise kadın öğrenciler erkeklere göre daha yüksek orana sahiptirler.

İki değişken arasında ilişkinin etki düzeyi 0,319 bulunmuştur. Buna göre iki değişken arasındaki ilişkinin çok güçlü olduğu söylenebilir.⁶⁵ Diğer bir ifadeyle hukuk öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algıları cinsiyetlerine göre farklılaşmaktadır.

Sınıf Seviyesinin Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi

H₃: Sınıf seviyesi ile toplumsal cinsiyet algısı arasında anlamlı bir ilişki vardır.

Tablo 5. Katılımcılara Ait Algı Seviyelerinin Sınıf Seviyesine Göre Karşılaştırılması

Toplumsal Cinsiyet Algısı	Sınıf Seviyesi				En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi		
	I. Sınıf	II. Sınıf	III. Sınıf	IV. Sınıf	Test Değeri	sd	p
	n (%)	n (%)	n (%)	n (%)			
Çok Olumsuz	3 (1,5)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	13,422	12	,339
Olumsuz	7 (3,5)	3 (2,65)	1 (0,95)	3 (4,17)			
Orta Derecede Olumlu	11 (5,5)	4 (3,54)	5 (4,76)	6 (8,33)			
Olumlu	27 (13,5)	10 (8,85)	9 (8,57)	9 (12,5)			
Çok Olumlu	152 (76)	96 (84,96)	90 (85,71)	54 (75)			

Tablo 5'te sonuçları paylaşılan ki-kare testine göre ($\chi^2 = 13,422$, $p=0,339$) H₂ hipotezi reddedilir. **Öğrencilerin buldukları sınıf seviyesi ile toplumsal cinsiyet algıları arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki görülmemektedir.** Bu iki değişken birbirinden bağımsızdır.

Gelir Seviyesinin Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi

H₄: Gelir seviyesi ile toplumsal cinsiyet algısı arasında anlamlı bir ilişki vardır.

Tablo 6. Katılımcılara Ait Algı Seviyelerinin Aile Gelir Seviyesine Göre Karşılaştırılması

Toplumsal Cinsiyet Algısı	Ailenin Aylık Gelir Seviyesi (TL)			En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi		
	I.Gelir Dilimi	II.Gelir Dilimi	III.Gelir Dilimi	Test Değeri	sd	p
	n (%)	n (%)	n (%)			
Çok Olumsuz	1 (0,72)	2 (1,41)	0 (0,00)	8,744	8	,364
Olumsuz	3 (2,17)	3 (2,11)	6 (3,14)			
Orta Derecede Olumlu	9 (6,52)	3 (2,11)	12 (6,28)			
Olumlu	15 (10,87)	15 (10,56)	24 (12,57)			
Çok Olumlu	110 (79,71)	119 (83,8)	149 (78,01)			

⁶⁵ Haldun Akoğlu, 'User's Guide to Correlation Cüefficients' (2018) 18 (3) Turkish Journal of Emergency, 91,93 < <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2452247318302164?via%3Dihub> > Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020

Tablo 6’da sonuçları paylaşılan ki-kare testine göre ($\chi^2 = 8,744$, $p=0,364$) H_4 hipotezi reddedilir. Öğrencilerin sahip oldukları gelir seviyesi ile toplumsal cinsiyet algıları arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki görülmemektedir. Bu iki değişken birbirinden bağımsızdır.

Ebeveynlerin Eğitim Seviyesinin Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi:

Annenin Eğitim Seviyesinin Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi

H_5 : Annenin eğitim seviyesi ile öğrencinin toplumsal cinsiyet algısı arasında anlamlı bir ilişki vardır.

Tablo 7. Katılımcılara Ait Algı Seviyelerinin Annelerinin Eğitim Seviyesine Göre Karşılaştırılması

Annenin Eğitim Seviyesi	Toplumsal Cinsiyet Algısı					En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi		
	Çok Olumsuz	Olumsuz	Orta Derecede Olumlu	Olumlu	Çok Olumlu	Test Değeri	sd	p
	n (%)	n (%)	n (%)	n (%)	n (%)			
Okuryazar	0 (0)	0 (0)	1 (6,25)	3 (18,75)	12 (75)	20,453	20	,430
İlkokul	2 (1,35)	5 (3,38)	6 (4,05)	18 (12,16)	117 (79,05)			
Ortaokul	1 (1,75)	2 (3,51)	5 (8,77)	5 (8,77)	44 (77,19)			
Lise	0 (0)	4 (3,54)	7 (6,19)	15 (13,27)	87 (76,99)			
Yüksekokul/Önlisans/Lisans	0 (0)	1 (0,79)	6 (4,76)	9 (7,14)	110 (87,3)			
Yüksek Lisans/h Doktora	0 (0)	1 (4,76)	0 (0)	5 (23,81)	15 (71,43)			

Tablo 7’de sonuçları paylaşılan ki-kare testine göre ($\chi^2 = 20,453$, $p=,430$) H_5 hipotezi reddedilir. Öğrencilerin annelerinin sahip olduğu eğitim seviyesi ile sahip oldukları toplumsal cinsiyet algı durumu arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki görülmemektedir. Bu iki değişken birbirinden bağımsızdır.

Babanın Eğitim Seviyesinin Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi

H₅: Babanın eğitim seviyesi ile öğrencinin toplumsal cinsiyet algısı arasında anlamlı bir ilişki vardır.

Tablo 8. Katılımcılara Ait Algı Seviyelerinin Babalarının Eğitim Seviyesine Göre Karşılaştırılması

Babanın Eğitim Seviyesi	Toplumsal Cinsiyet Algısı					En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi		
	Çok Olumsuz	Olumsuz	Orta Derecede Olumlu	Olumlu	Çok Olumlu	Test Değeri	sd	p
	n (%)	n (%)	n (%)	n (%)	n (%)			
Okuryazar	0 (0)	0 (0)	1 (16,67)	1 (16,67)	4 (66,67)	16,460	20	,688
İlkokul	0 (0)	3 (3,66)	4 (4,88)	10 (12,2)	65 (79,27)			
Ortaokul	0 (0)	1 (1,72)	6 (10,34)	6 (10,34)	45 (77,59)			
Lise	3 (2,36)	4 (3,15)	6 (4,72)	12 (9,45)	102 (80,31)			
Yüksekokul/Önlisans/Lisans	0 (0)	5 (2,91)	8 (4,65)	18 (10,47)	141 (81,98)			
Yüksek Lisans/Doktora	0 (0)	1 (2,56)	1 (2,56)	8 (20,51)	29 (74,36)			

Tablo 8’de sonuçları paylaşılan ki-kare testine göre ($\chi^2 = 16,460$, $p=,688$) H₅ hipotezi reddedilir. Öğrencilerin babalarının sahip olduğu eğitim seviyesi ile sahip oldukları toplumsal cinsiyet algı durumu arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki görülmemektedir. Bu iki değişken birbirinden bağımsızdır.

Annenin İstihdam Durumunun Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi

H₆ : Annenin istihdam durumu ile öğrencinin toplumsal cinsiyet algısı arasında anlamlı bir ilişki vardır.

Tablo 9. Katılımcılara Ait Algı Seviyelerinin Annenin Çalışma Durumuna Göre Karşılaştırılması

Toplumsal Cinsiyet Algısı	Annenin İstihdam Durumu		En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi		
	Çalışmıyor	Çalışıyor/Emekli	Test Değeri	sd	p
	n (%)	n (%)			
Çok Olumsuz	1 (0,38)	2 (1,00)	7,746	4	,101
Olumsuz	10 (3,8)	3 (1,49)			
Orta Derecede Olumlu	18 (6,84)	6 (2,99)			
Olumlu	33 (12,55)	21 (10,45)			
Çok Olumlu	201 (76,43)	169 (84,08)			

Tablo 9’da sonuçları paylaşılan ki-kare testine göre ($\chi^2 = 7,746$, $p=,101$) H_0 hipotezi reddedilir. Öğrencilerin annelerinin çalışma durumu ile sahip oldukları toplumsal cinsiyet algı durumu arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki görülmemektedir. Bu iki değişken birbirinden bağımsızdır.

Toplumsal Cinsiyet Eğitimi Almanın Toplumsal Cinsiyet Algısı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi

H_7 : Toplumsal cinsiyet eğitimi ile toplumsal cinsiyet algısı arasında anlamlı bir ilişki vardır.

Tablo 10. Katılımcılara Ait Algı Seviyelerinin Toplumsal Cinsiyet Eğitimi Alma Durumlarına Göre Karşılaştırılması

Toplumsal Cinsiyet Algısı	Toplumsal Cinsiyet Eğitimi		En Çok Olabilirlik Oranı Ki-Kare Testi			Cramer's V
	Almamış	Almış	Test Değeri	sd	p	
	n (%)	n (%)				Etki Büyüklüğü
Çok Olumsuz	3 (0,8) _a	0 (0,00) _a	11,050	4	,026	0,138
Olumsuz	13 (3,6) _a	2 (0,9) _a				
Orta Derecede Olumlu	18 (5,0) _a	7 (3,4) _a				
Olumlu	47 (13,0) _a	23 (6,0) _b				
Çok Olumlu	281 (77,6) _a	276 (89,7) _b				

Farklı harflendirilmelerin bulunduğu satırlarda cinsiyetler arası oran farkı 0,05 düzeyinde anlamlıdır.

Tablo 10’da sonuçları paylaşılan ki-kare testine göre ($\chi^2 = 11,050$, $p=0,026$) H_1 hipotezi kabul edilmektedir. Öğrencilerin toplumsal cinsiyet üzerinde almış oldukları eğitimler ile toplumsal cinsiyet algıları arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki görülmektedir.

Bonferroni düzeltmeli z testi ile sütun karşılaştırma tekniği kullanılarak ikili karşılaştırmalar yapıldığında, eğitim almamış öğrencilerin içinde olumlu algıya sahiplerin oranı (%13,0) eğitim almış öğrencilerin içinde olumlu algıya sahiplerin oranından (%6) daha yüksektir. Eğitim almamış öğrencilerin içinde çok olumlu algıya sahiplerin oranı %77,6 iken eğitim almış öğrencilerin içinde çok olumlu algıya sahiplerin oranı %89,7’dir. Buna göre; öğrencilerin almış oldukları eğitimler, katılımcılardaki olumlu ve çok olumlu algıya sahip bireylerin oranları üzerinde etkiye sahip olduğu yorumu yapılabilir.

İki değişken arasından ilişkin etki düzeyi 0,138 bulunmuştur. Buna göre iki değişken arasındaki ilişkinin orta seviyede bir güce sahip olduğu söylenebilir⁶⁶.

⁶⁶ Ibid.

D. Nicel Ankete Dair Bulgular

Yapılan analizlerde çalışmaya katılan öğrencilerin toplumsal cinsiyet algıları üzerinde cinsiyetlerinin ve geçmişte bu konuda eğitim almış olmalarının etkili olduğu görülmüştür.

Kadın öğrenciler %89,3 gibi çok yüksek bir oranda toplumsal cinsiyete çok olumlu bir algıya sahipken bu oran erkeklerde %64,1'de kalmaktadır. Diğer yandan erkek öğrenciler içerisinde ise olumsuz, orta derecede olumlu ve olumlu algıya sahip olan oranlarının kadınlara göre daha yüksek olduğu görülmüştür. İki değişken arasındaki ilişkinin çok güçlü olmasına da dayanarak, kadın olmanın toplumsal cinsiyet olgusuna çok yüksek oranda pozitif bir bakış açısına sahip olmaya tek başına bile önemli bir faktör olduğu görülebilmektedir. Bu farkın oluşmasında, kadınların doğuştan getirdikleri biyolojik özellikler ve/veya erkek ve kadın cinslerinin sosyal yaşam içindeki konumları gibi faktörlerin ne derecede etkili olup olmadıkları araştırılabilir.

Ayrıca eğitim almamış bireylerde toplumsal cinsiyet hakkında çok olumlu bir algıya sahip öğrencilerin oranı %77,6 iken bu oran eğitim aldığını bildiren öğrencilerde %89,7'ye çıkmıştır. Eğitim almış bireylerde diğer algı durumlarının değişimi incelendiğinde sadece olumlu algıya sahip bireylerde anlamlı bir düşüş gözükümüştür. Yani öğrencilerin almış oldukları eğitimlerin, sadece hali hazırda olumlu bir algıya sahip olan bireylerin algılarında olumlu bir etkiye sahipken, olumsuz ya da orta derece olumlu algıya sahip öğrencilerin düşüncelerinde anlamlı bir değişikliğe sebep olmadığı yorumu yapılabilir.

Diğer taraftan çalışmaya katılan öğrencilerin toplumsal cinsiyet algısının; sınıf seviyeleri, annelerinin eğitim seviyeleri ve çalışma durumları, babalarının eğitim seviyeleri ve ailelerinin gelir durumlarına bağlı olarak farklılaşmadığı görülmüştür.

IV. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Toplumsal Cinsiyet Algısı Anketinin Nitel Bölümü Analizi

A. Nitel Anket Analizi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Toplumsal Cinsiyet Algısı Anketi'nin C Bölümü 8 nitel sorudan oluşmaktadır. Anket çalışmasının bu bölümü Hukuk Fakültesi öğrencilerine yönelik olarak düzenlenmiş olup, kağıt üzerinde ve online olmak üzere toplam 524 öğrencinin katıldığı anket çalışmamızda, 502 öğrencinin nitel anketi değerlendirmeye alınmıştır. 22 anket ise tutarsızlık, güvenilmezlik ve çelişkileri dolayısıyla analiz dışı bırakılmıştır. Çalışmaya katılan öğrencilerden 314'ü kadın, 188'i ise erkek öğrencidir. Buna göre katılımcıların yaklaşık %63'ü kadın, % 37'si erkek öğrencilerden oluşmaktadır. Katılımcıların sınıflara göre dağılımı aşağıdaki

tabloda yer almaktadır. Katılımcıların %43'ü I. sınıf, % 21'i II. sınıf, % 20'si III. sınıf, % 16'sı ise IV. sınıf öğrencileridir. Buna göre en fazla katılım yaklaşık % 43 (214 öğrenci ile) I. sınıf, en az katılım yaklaşık % 16 (79 öğrenci ile) IV. sınıftandır. Bu durum, üst sınıflara çıkıldıkça ankete katılım oranının düştüğünü göstermektedir.

I. Sınıf Erkek	68 + 10 (Online)
I. Sınıf Kadın	116 + 20 (Online)
II. Sınıf Erkek	28 + 19 (Online)
II. Sınıf Kadın	38 + 22 (Online)
III. Sınıf Erkek	18 + 14 (Online)
III. Sınıf Kadın	38 + 32 (Online)
IV. Sınıf Erkek	12 + 19 (Online)
IV. Sınıf Kadın	17+ 31 (Online)
Toplam:	502

Nitel anketin 1. sorusu olan “**Toplumsal cinsiyet sizce ne demektir?**” sorusuna yanıt veren öğrencilerin 185'inin (%37) *toplumsal cinsiyet kavramını literatürdeki tanımlara paralel bir biçimde açıkladıkları* ve bu tür çalışmalarda kullanılan kavram setlerini kullanarak tanımlarını yaptıklarını görülmektedir. Bu doğrultuda da belirtilen öğrencilerin konu hakkında bilgi ve farkındalık sahibi oldukları anlaşılmaktadır. Tanımlarda *ataerkil, roller, kalıplar, toplumsal baskı gibi yerli yerinde kullanılan sözcüklere yer verilmiştir*. Toplumsal cinsiyet farkındalığına sahip öğrenciler arasındaki ortak ifadelerden yola çıkıp, şöyle bir tanıma ulaşmaktayız: “Toplumsal cinsiyet, toplumun cinsiyetlere dayattığı rollerdir.” Yapılan tanımlamalarda toplumun biyolojik cinsiyetlere yönelik baskısının, dayattığı kuralların, kalıpların kaynakları olarak gelenekler, örf ve adetler, din, yüzyıllardır gelişen önyargılar gösterilmiştir. Öğrencilerin yazdığı doğru noktalara işaret eden bazı tanımlardan örnekler verirsek;

Toplumsal cinsiyet;

“*Kişilerin biyolojik cinslerinin üzerinden onlara belirli kalıplar ve kurallar atfedilmesidir.*”

“*Toplumun cinsiyetlere biçtiği çeşitli rollerdir.*”

“*Toplumsal beklenti, örf, adet, değerler, inanç sistemleri gibi etmenlerin birey üzerindeki baskılarıdır.*”

“*Toplumun yüzyıllarca ürettiği yargılar etrafında şekillenen ve insanları kalıplara sokan bir olgudur.*”

“*Kadın ve erkeklerin beklentilerini, toplumdaki imajlarını, değerlerini, davranışlarını belirten fikirlerin tamamıdır*”

Toplumsal cinsiyet kavramı hakkında sınırlı bilgi sahibi olan öğrencilerin sayısı 107'dir. (%21.5) Bu öğrencilerin, *konu hakkında bazı şeyler duymuş ve dolayısıyla farkındalıkları bulunmakla birlikte konuya tam olarak hâkim olmadıkları* söylenebilir. “*Bir cinsiyetin diğerinden üstün görünmesi / baskın (egemen) cinsiyet /toplumsal önyargı / toplumun cinsiyet algısı / eşitsizlik*” gibi tabir ve terimlerle konuyu ifade etmeye çalışan bu öğrenciler toplumsal cinsiyet hakkında yeterli bir donanıma sahip değildir.

Bilmeyenler olarak kabul ettiğimiz toplam 210 kişiden toplumsal cinsiyet kavramını yanlış ifade eden öğrenciler 141 kişidir ve bilmediğinin farkında olan ve bunu açık seçik ifade eden öğrenci sayısı ise 69'dur. Kavramı kulaktan dolma bilgilere dayalı biçimde ne olduğunu bilmeden açıklamaya çalışmışlardır. Bu duruma dair anketlerden aynen alınma birkaç örnek şöyledir:

“*Bireylerin toplumda kadın-erkek kimliği ötesinde karakterinin öne çıkmasıdır.*”

“*Bence toplumsal cinsiyet, toplumun, herhangi bir durumda karar vermesi, bir işi yapması veya bir gruba öncülük etmesi için ehil gördüğü kişiyi ifade eder.*”

“*Toplumsal cinsiyet, toplumu oluşturan unsurlar arasındaki herhangi bir eşitsizliği göz ardı etmemek ve kadın-erkek arasındaki eşitlik anlayışına gölge düşürmemek amacıyla ortaya çıkmış bir kavramdır.*”

“*Kadın ve erkek olarak unsurları ayırmaktansa bir bütün olarak ele alıp ortak bir amaca yönelim sağlamak istenmiştir.*”

Sonuç olarak bir genelleme yaparsak, toplam 502 öğrenciden

- **292'sinin toplumsal cinsiyet kavramını bildiği, bu konuda farkındalığa sahip olduğu söylenebilir.**
- **Bunun karşısında 210 öğrenci bilmiyor, yanlış biliyor ve yanlış bilgilere sahip olduğu gibi yanlış fikirlere de sahiptir.**

1. Sorunun cevap dağılım tablosu: “Toplumsal cinsiyet sizce ne demektir?”

	Toplumsal Cinsiyet Kavramını Hiç Bilmiyor / Yanlış Kullanıyor	Bilmiyor Fakat Bazı Kavramları Duymuş ve Yanlış Kullanıyor	Kavramı Biliyor ve Yeri Yerinde Kullanıyor	Toplumsal Cinsiyet Konusunda Farkındalığı Var Fakat Bilgisi Sınırlı	Bilgim Yok / Boş
I. Sınıf Erkek	22	13	4	18	21
I. Sınıf Kadın	15	18	37	32	34
II. Sınıf Erkek	9	11	9	14	4
II. Sınıf Kadın	4	8	33	14	1
III. Sınıf Erkek	4	1	16	10	1
III. Sınıf Kadın	4	7	42	14	3
IV. Sınıf Erkek	9	2	14	4	2
IV. Sınıf Kadın	11	3	30	1	3
Toplam:	78	63	185	107	69

Nitel anketin 2. sorusu olan “Hukukun cinsiyetlere yönelik olarak eşit düzenlenmesi gerektiğini düşünüyor musunuz?” sorusuna yanıt veren **502 öğrenciden 290’ı buna olumlu yanıt** vermişlerdir. **Hukukun cinsiyetlere göre eşit düzenlenmemesi** gerektiğini düşünenler ise **21** kişidir. **Hukukun cinsiyetlere göre adil düzenlenmesi** gerektiğini düşünenlerin sayısı **30**’dur. **Pozitif ayrımcılık yapılması gerektiğini ve bunun insan haklarının bir gereği** olduğunu belirten ve bu bağlamda düzenlemeler talep eden **84 öğrencidir**. Pozitif ayrımcılık taraftarı olanlar, herhangi bir gruba/azınlığa öncelik vermeyip ezilen, zayıf olan kim olursa olsun hukuk düzenince desteklenmesi gereğini ifade etmişlerdir.

Pozitif ayrımcılığın kadın lehine yapılması gerektiğini ileri süren ve kadınları korunması gereken öncelikli grup olarak tasnifleyen bir başka yaklaşım daha bulunmaktadır. Bu görüşü ileri süren öğrenci sayısı **38**’dir. Bu gruptakiler kadınların toplumda ezildiğini, kadınların ve erkeklerin sadece doğaları gereği farklı olduğunu ve fakat hukuken eşit olmaları gereğini belirtmişlerdir. Ayrıca bu başlık altında pozitif ayrımcılığı savunanlar, kadın erkek eşitliğinin sadece bu sayede sağlanacağını düşünmektedirler. **Tasnifleyemediğimiz bir düşünce ileri süren öğrenci sayısı diğer başlığı altında toplanmış olup 23 kişidir**. Bu konuda fikri olmayanların sayısı **16**’dır.

Şu halde bu soruda; **hukukun cinsiyetlere göre eşit düzenlenmesi gerektiğini** düşünenlerin sayısı **290** kişidir. **Eşitlik yerine pozitif ayrımcılık yaparak bir düzenleme yapılması gerektiğini savunanların sayısı 173** kişidir. Pozitif ayrımcılık taraftarı öğrenciler arasında 84 tanesi bunun kadın veya erkek lehine değil, dezavantajlı tüm cinsiyetler için gerekli görmekte idiler.

2. Sorunun cevap dağılım tablosu: “Hukukun cinsiyetlere yönelik olarak eşit düzenlenmesi gerektiğini düşünüyor musunuz?”

Sınıflara ve Cinsiyete Göre Dağılım	Evet, Eşit Düzenlenmeli.	Hayır, Eşit Düzenlenmemeli.	Hayır, Adil Olmalı.	Pozitif Ayrımcılık Yapılmalı/ İnsan Hakları.	Kadın Lehine Ayrımcılık Yapılmalı.	Diğer.	Bilmiyorum/ Boş/ Kararsız.
I. Sınıf Erkek	36	4	8	14	4	9	2
I. Sınıf Kadın	85	2	7	21	9	7	6
II. Sınıf Erkek	23	4	1	8	6	2	3
II. Sınıf Kadın	34	2	1	13	8	2	0
III. Sınıf Erk.	13	4	0	9	2	2	2
III. Sınıf Kd.	49	2	5	7	7	0	0
IV. Sınıf Erk.	19	2	2	4	2	0	2
IV. Sınıf Kd.	31	1	6	8	0	1	1
Toplam:	290	21	30	84	38	23	16

Nitel anketin 3. sorusu olan **“Hukukun toplumsal cinsiyete göre eşit düzenlendiğini düşünüyor musunuz? Eşitse neden? Değilse neden?”** sorusuna cevap veren 502 öğrenciden, **hukukun eşit bir düzenleme yaptığını düşünenlerin sayısı 53 öğrenci ile yaklaşık % 10’a** tekabül etmektedir. Bu soruya olumsuz yanıt veren, yani **hukukun eşit bir düzenleme yapmadığını düşünenlerin sayısı 335 öğrenci ile yaklaşık %65** civarındadır. Hukukun eşit düzenleme yapmadığını savunanlar ağırlıklı olarak yasal ya da uygulama anlamında bir eşitliğin olmadığını düşünmektedirler. Yasal eşitlik bulunmadığını söyleyenlerin oranı %21, uygulamada eşitlik olmadığını düşünenlerin oranı % 26’tir. Diğer öğrencilerin ise bu soruya ilişkin fikri ya da kayda değer bir cevapları yoktur.

Bu cevapların bizi ulaştırdığı sonuç, toplumsal cinsiyet açısından hukukun hem düzenlemeleri hem de uygulamaları açısından sorunlu olarak görüldüğüdür. Ancak şunu belirtmekte fayda var; “diğer” kategorisi altında toplanan cevaplardan yola çıkıldığında sorunun tam anlaşılmadığı da söylenebilir. Toplumsal cinsiyete göre eşit düzenlenme birbirinden farklı şekillerde algılanmaktadır. Fikri olmayanlar ile diğer seçeneği de toplamda (114/502) neredeyse tüm öğrencilerin ¼’ünü oluşturmaktadır. Bu alan gri bir alan olarak bırakıldığında öğrencilerin görüşü menfi yönde ağır basmaktadır. Olumlu görüş çok düşük bir seviyede kalmaktadır. Bu sonucu kadın ve erkek öğrencilere göre değerlendirecek olursak, olumlu görüşü yansıtan 53 cevabın 28’i kadın, 25’i erkek öğrencilere aittir. Bu da cinsiyete göre anlamlı bir farklılık ortaya çıkmadığını bize göstermektedir.

Sonuç hukukun toplumsal cinsiyetlere yönelik olarak eşit düzenlenmediği yönünde çıkmaktadır. Toplamda 335 menfi görüşün 212’sinin kadın 123’ünün erkek öğrencilere ait olduğu dikkate alındığında bu sayılar cinsiyete göre anlamlı bir fark yaratmaktadır (%63 kadın).

3. Sorunun cevap dağılım tablosu: “Hukukun toplumsal cinsiyete göre eşit düzenlendiğini düşünüyor musunuz? Eşitse neden, değilse neden?”

	Evet, Hukukun Toplumsal Cinsiyetlere Göre Eşit Düzenlendiğini Düşünüyorum	Hayır, Hukukun Toplumsal Cinsiyetlere Göre Eşit Düzenlenmediğini Düşünüyorum	Hayır, Yasal Eşitlik Yok	Hayır, Uygulamada Eşitlik Yok	Hayır, Pozitif Ayrımcılık Var	Bilmiyorum/ Boş/ Kararsızım	Diğer
I E	8	8	10	16	8	14	14
I K	11	8	32	48	7	22	8
II E	9	6	8	12	1	4	7
II K	6	12	13	13	1	6	9
III E	2	7	5	7	1	4	6
III K	7	14	16	22	2	1	8
IV E	6	9	6	5	1	4	0
IV K	4	15	16	3	3	2	5
Toplam	53	79	106	126	24	57	57

Nitel anketin 4. sorusu olan **“Hukuk eğitimi toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde yapılıyor mu? Evetse nasıl? Hayırsa nasıl?”** sorusu, fakültede aldıkları eğitimin toplumsal cinsiyet meselelerine duyarlılıklarını arttıracak ve eleştirel bakış kazandıracak çıktıları olup olmadığı hakkında öğrencilerin görüşlerine müracaat amacı ile yöneltilmiştir. Anket ile yapılan geri bildirimlerin içeriği analiz edildiğinde şu sonuçlara varılmıştır:

I. sınıfların pandemi dönemi de dikkate alındığında bir dönem yüz yüze eğitim sürecindeki deneyimleri ile kazanımlarının kanaat oluşturmak açısından yeterli olmayacağı göz önüne de alınması gereken bir husustur. Bununla birlikte I. sınıflarda katılımcıların %48’i aldıkları eğitim-öğretimin toplumsal cinsiyete duyarlı olduğunu belirtmişler ve olumlu bir değerlendirme yapmışlardır(34 erkek ve 68 kadın öğrenci). Buna karşın %10’u eğitimin, toplumsal cinsiyete duyarlı yapılmadığını düşünmektedir. %13’lük bir kesim (20 kadın 8 erkek) ise toplumsal cinsiyete şeklen duyarlı bir eğitim verildiğini düşünmektedir. Hiçbir fikri olmayanların sayısı 53 olup, bu da %25’i bulmaktadır. II. sınıflarda da bu oranlar fazla değişim göstermemekte ve **“Evet, hukuk eğitimi toplumsal cinsiyete duyarlı yapılıyor”** diyenlerin oranı %53’ü bulmaktadır. Tam olarak olumsuz düşünenlerin oranı %18’dir. Şeklen ve kısmi bir

duyarlılıkla toplumsal cinsiyet eğitimi veriliyor diyenler yine I. sınıflarda olduğu gibi %13'tür. Ancak III. ve IV. sınıflarda ise olumlu ve olumsuz görüşlerin birbirine yaklaştığını, aradaki farkın kapandığını hatta olumlu görüşü geçtiğini (kısmen duyarlı olanlarla birlikte hesaplandığında) görmekteyiz. III. sınıflarda tam olumlu görüş beyan edenlerin oranı %35 (107 kişiden 37 kişi), IV. sınıflarda %40'tir (32 kişi)'tir. Hayır diyenler III. sınıflarda 34 kişi, IV. sınıflarda 30 kişidir.

Bu soruya hayır diyerek toplumsal cinsiyete duyarlı yapılmadığı yanıtını verenlerin sınıflara göre dağılımından anlaşılmaktadır ki II. sınıf öğrencileri toplumsal cinsiyete daha duyarlı bir hukuk eğitimi yapıldığını düşünmekte, bu sayı bir üst sınıfa geçildikçe düşmektedir. Bu durumda gerek kadın, gerek erkek öğrenciler yarı yarıya toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı bir eğitim verilmediğini düşünmektedirler. Bunun nedeni, başlangıçta hukukun biçimci eşitliğinin anlatıldığı derslerle karşılaşan alt sınıf öğrencilerinin eğitimin eşitlikçi bir eğitim olduğu konusundaki algılamalarıdır. Ancak üst sınıflara çıkıldıkça eşitlik anlayışı konusunda daha bilinçlendikleri ve buna bağlı olarak hukuk eğitiminin yeterince eşitlikçi yapılmadığını belirtmektedirler.

Bu noktada öğrencilerin kendi ifadeleriyle eğitimin içeriğine dair memnuniyet ve eksiklikleri konusunda her iki görüşe örnek olabilecek ifadelerinden alıntılar yapalım:

“Toplumsal cinsiyete duyarlı olarak yapıldığını düşünüyorum. Örnek vermek gerekirse kadın öğrenciler de fakültede eğitim alabiliyor, derslere katılabiliyor, söz alabiliyor, fakülte imkânlarından faydalanabiliyor... Fakültede herhangi bir konuda kadın erkek ayrımı yapılmıyor.” (IV. sınıf/Kadın öğrenci)

“Aldığım kısa süreli hukuk eğitimde cinsiyetin herhangi bir ayrımcılık nedeni teşkil ettiğine tanık olmadım. Hukukçu olmak için alınan eğitim, hukukçu sıfatının cinsiyetten bağımsız olması nedeniyle toplumsal cinsiyete duyarlı yapılmasını da makul bulmuyorum. Türkan Rado, Süreyya Ağaoğlu gibi kadın hukukçuları yetiştirmiş hukuk eğitiminin, bu tür kavramlara duyarlı bir şekilde yürütülmesi de kabul edilebilir nitelikte değildir.” (II. sınıf kadın öğrenci)

“Aslında bu fakülteden fakülteye değişiyor denilebilir. En göz önünde olan duruma bakılması gerekirse İÜHF’de kadın ve erkek hocalarımızın sayısı arasında oldukça büyük fark yok. Bu tabii ki bizler için iyi örnek oluyor. Ancak derslerde konu kadın haklarına geldiğinde mutlaka bir münakaşayla karşı karşıyayız. “Bu mevzuya girersek çıkamayız” deyip konuyu değiştiren hocalarımızın sayısı da azımsanamaz. Yine de objektif bir bakış açısının aşılınmaya çalışıldığını söyleyebiliriz.” (III. sınıf kadın öğrenci)

“Bu durumun üniversite veya fakülteden ziyade akademisyenlerin insiyatifine bırakılmış olması toplumsal cinsiyete duyarlı bir eğitimin olmadığını göstermektedir. Duyarlı akademisyenler öğrencilere gerçeklerden bahsederken bu konuya girmek

istemeyen akademisyenler de vardır. Kadın cinayetleri, trans cinayetleri bu kadar belirginken fakültemizde yalnızca bir dönemlik seçmeli ders olarak kadın hakları dersi verilmektedir”. (III. Sınıf kadın öğrenci)

“Ufak tefek detaylar gibi gelse bile karşımıza çıkan her örnekte, pratikte; evi geçindiren, suç işleyen, borç altına giren, tacir olan hep erkek olmakta kadınlar ise aile konutlarında oturmaktadır. Dilin toplum üzerinde yadsınamaz bir etkisi bulunmaktadır. Bizim gözümüzde önemsiz olan dilimizdeki bu kalıpların değişmesiyle sandığımızdan daha çok şeyin değişebileceğini düşünmekteyim. Bu sebebiyle hukuk eğitiminin toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde yapıldığını düşünmüyorum.”

“Bazı hocalarımızın kullandıkları dil bakımından çok dikkatli olmadığını, yerleşmiş birtakım cinsiyetçi tabirleri kullanmaktan çekinmediğini söyleyebilirim. Asıl bunun yanı sıra hukuk fakültesinde cinsiyet eşitliği veya kadın haklarına yönelik hiçbir ders yok (sanırım bu yıl bir sınıfa seçimlik olarak sunulan kadın haklarına ilişkin ders dışında). Bunun çok büyük bir eksiklik olduğunu düşünüyorum, arkadaşlarımla da zaman zaman bu eksiklik hakkında konuşuyoruz.”

“Hukuk eğitiminin birkaç seçmeli ders dışında toplumsal cinsiyetle hiçbir ilgisi yok. O seçmeli dersler de sadece birkaç okulda mevcut. Eğitim hayatım boyunca okulumda bu konuda herhangi bir tartışma ortamı yaratıldığını görmedim. Medeni Hukuk, İş hukuku gibi birkaç derste ilgili maddelerde kısaca bahsedildiğini anımsıyorum. Sadece bu konuda değil pek çok sosyal konuda farkındalık yaratmak, en azından tartışma ortamı sağlamak, öğrencilerinin her alandan güncel, sosyal konulara ilgi duymasını sağlayacak ortamı yaratmak konusunda hukuk programları çok yetersiz.” (IV. sınıf erkek öğrenci)

4. Sorunun cevap dağılım tablosu: “Hukuk eğitimi “toplumsal cinsiyete” duyarlı bir şekilde yapıyor mu? Evetse, nasıl? Hayırsa, nasıl?”

	Evet, Duyarlı.	Hayır, Duyarlı Değil.	Şeklen Duyarlı / Yeterince Duyarlı Değil / Kısmen Duyarlı	Diğer	Bilmiyorum/ Boş/ Fikrim Yok
I E	34	7	8	2	27
I K	68	14	20	8	26
II E	28	7	4	6	2
II K	28	12	10	6	4
III E	12	10	3	0	7
III K	25	24	11	5	5
IV E	13	12	2	0	4
IV K	19	18	4	0	7
TOPLAM	227	104	62	27	82

Nitel anketin 5. sorusu olan “*Hukuk fakültesi mezunu kadınların hâkim, savcı gibi karar verici konumlarda yer alması gerektiği konusunda ne düşünüyorsunuz?*” sorusuna yanıt veren 502 öğrenciden, 300’ü (yaklaşık % 60’ı) meslekte cinsiyet ayrımı olmaması gerektiğinin altını çizerek, bu soruya olumlu yanıt vermişlerdir. Hukukun bu alanlarında kadınların daha fazla yer alması gerektiğini düşünenlerin oranı ise % 25 civarındadır. Kadınların bu mesleklerde başarılı olamayacağını düşünenlerin oranı %4’tür. Bu konuda fikri olmayanlar ise % 11 civarındadır.

Şu halde bu soruda meslek seçimi ve mesleği icra etme bakımından herhangi bir cinsiyet ayrımı gözetilmemesi yönünde baskın hatta ezici bir çoğunluğun olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu ezici çoğunluğun 196’sı kadın, 104’ü erkek öğrencidir. Bu noktada kadın öğrencilerin ileride bu mesleğe seçilip atanmada herhangi bir cinsiyet ayrımcılığına maruz kalmak istemedikleri sonucuna varılabilir. Mesela anketlerden alınma bir örnekte “Kadın erkek fark etmez bu konumlarda bulunan kişilerin sıkıntıları olmaması gerekir. Kadın için bu ayrı bir önem taşır. Özellikle çocukluysa işini yaparken çocuğunu düşünmemesi için hukuk ona imkânlar sağlamalıdır”. Bu mesleklerde âdeta kadına yönelik bir pozitif ayrımcılığı benimseyenler tüm cevapların %25’lik bir çoğunluğunu oluşturmaktadır. Bu öğrencilerin verdikleri cevaplardan birkaç örnek;

“Kesinlikle yer almak da onların birer hakkıdır ve olmalıdır. Bir kadın konulara erkeklere göre daha detaycı, daha titiz bakabilir.”

“Kadınlara hâkimlik ve savcılık tavsiye edilmiyor. Eğer edilseydi bence adalet sistemimiz daha iyi olabilirdi.”

Bu soruda dikkat çekici cevap kategorisi de kadınları bu pozisyonlarda görmek istemeyen bir grubun varlığıdır. Azınlıkta kalan bu görüşün sahiplerinin sadece 6’sı kadın iken, 16’sı erkek öğrencidir. Bu 16 erkek öğrenciden 11’i de I. sınıf öğrencisidir. Bu fikrin hukuk öğrenimi sürecinde kayda değer biçimde düştüğünü görüyoruz. Bu fikri savunan erkek öğrencilerin sayısı II. ve III. sınıflarda 2’ye düşerken son sınıfta sadece 1’dir. Bu yolda düşünen öğrencilerin gerekçelerine ilişkin anketlerden alınma birkaç örnek bu yoldaki düşüncenin sebebini anlamada yol göstericidir:

“Kısmen olmalılar, yani mümkün merteye azınlıkta olmalılar. İdarecilik kabiliyetleri zayıf, annelik duyguları baskın, kadınlar duyguları mantığın önüne geçen, dedikodusu yüksek bireylere dönüştükleri için kısmen olmalılar (Aile, çocuk vs. mah.) (içinde olduğum için yazıyorum.)”

Sonuç olarak, profesyonel hukukçular arasında cinsiyete dayalı bir ayırım öğrencilerimiz tarafından kabul görmemektedir.

5. Sorunun cevap dağılım tablosu: “Hukuk fakültesi mezunu kadınların hâkim, savcı gibi karar verici konumlarda yer alması konusunda ne düşünüyorsunuz?”

	Cinsiyet ayrımı olmamalı.	Kadınlar daha fazla yer almalı/ olması gereken/kadınlar lehine görüş.	Kadınlar aleyhine görüş/ kadınlar duygusaldır/ erkekler bu işi yapmalı.	Bilmiyorum/ boş/ kararsız.	Diğer.
I ERKEK	46	11	11	3	7
I KADIN	98	21	3	7	7
II ERKEK	20	22	2	2	1
II KADIN	31	25	1	2	1
III ERKEK	16	3	2	4	7
III KADIN	34	28	1	3	4
IV ERKEK	22	2	1	4	2
IV KADIN	33	12	1	1	1
TOPLAM	300	124	22	26	30

Nitel anketin 6. sorusu olan, “*Hukukta kadınlar lehine işleyen pozitif ayrımcılık yapılması konusunda ne düşünüyorsunuz? (Yapılmalı çünkü... veya yapılmamalı çünkü...)*” sorusuna cevap veren 502 öğrenciden 200’ü pozitif ayrımcılık yapılmasından; 104’ü yapılmamasından; 139’u da sınırlı olarak yapılmasından yana olmuşlardır. Diğer öğrenciler bu konuda bir fikirlerinin olmadığını beyan etmişler veya ilgisiz yanıt vermişlerdir.

Kadınların zayıf olduklarını ve bu sebeple pozitif ayrımcılık yapılması gerektiğini savunan öğrenciler (42 öğrenci, toplamın % 8’i), bu bakış açılarıyla toplumsal cinsiyet eşitsizliğini yeniden üretmekteydiler. Aynı zamanda bu yaklaşım (erkeklerin üstünlüğüne dayanan) üstten bir bakışı da içermektedir. Aşağıdaki örnekler bu yaklaşıma dairdir:

“*Yapılmalı çünkü insan tabiatı gereği erkeklerin kadınlardan farklılıkları bulunduğu gibi kadınların da erkeklerden farklılıkları ve toplumsal düzende zora sokacak durumlar mevcut bu durumlar kişiyi daha rahat yaşaması için gerekli.*”

“*Yapılmalı, analar insandır biz insanoğlu.*”

“*Kadın ve erkek hiçbir zaman %100 eşit olamaz bu yalnızca kadınların erkeklere eşit olmaya çalışması bakımından değil hiçbir erkek de kadınlara tam eşit değildir.*”

Verilen cevaplar göstermektedir ki öğrenciler biyolojik cinsiyet ile toplumsal cinsiyeti halen eş düzeyde tutmaktadırlar. Kadın ve erkeğin biyolojik olarak birbirinden farklı olduğu kesin olmakla birlikte bu farklılığın kadını ve erkeği asla eşit kılmayacağı algısı toplumsal cinsiyet algısıdır. Zira kadın ve erkek biyolojik

olarak farklı olsa da bu durum % 100 eşit olmalarına bir engel teşkil etmez; bunu sağlamak ise hukukun eşitliği sağlamaya yönelik düzenlemeler yapmasıyla mümkün olabilecektir.

Öğrencilerin kafasını karıştıran, sosyolojik, ekonomik, siyasal değerlendirme gerektiren pozitif ayrımcılık konusunda aldığımız cevapları genelleştirerek şu sonuçlara ulaşıyoruz:

Bir kısmının çeşitli kısıtlar koyarak yapılması gerektiğini söylediği pozitif ayrımcılık yapılmalı görüşüne 339 öğrenci katılmaktadır ve bu kesim toplamın % 67'sini oluşturur. Toplamın % 21'ini oluşturan 104 öğrenci ise pozitif ayrımcılık yapılmaması taraftarıdır. Boş bırakanlar (30 kişi) ve görüşleri sınıflandırılmayanlar ise (29 kişi), toplamda % 11'lik bir orana ulaşmaktadır.

6. Sorunun cevap dağılımı tablosu: “Hukukta kadınlar lehine işleyen pozitif ayrımcılık yapılması konusunda ne düşünüyorsunuz?(Yapılmalı, çünkü... Veya yapılmamalı çünkü ...)”

	Pozitif ayrımcılık Yapılmalı.	Pozitif ayrımcılık Yapılmamalı.	Sınırlı yapılmalı.	Yapılmalı, ama eşitlik, adalet vb. sağlamak için yapılmalı.	Yapılmalı, toplumsal yapı değişmeli.	Yapılmalı, çünkü kadınlar zayıftır.	Yapılmamalı, çünkü kadınlar bunu sömürür/ kötüye kullanırlar.	Yapılmamalı, çünkü hukuk güvenliği sarsılır.	Bilmiyorum / boş.	Diğer.
I E	7	11	11	6	12	10	6	0	6	9
I K	22	21	23	7	27	19	0	2	8	7
II E	8	14	6	4	8	4	1	0	1	1
II K	11	6	10	13	14	2	0	0	2	2
III. E	6	11	5	3	1	0	0	0	5	1
III. K	10	10	8	16	15	2	0	0	4	5
IV. E	4	8	5	2	2	2	1	0	2	1
IV. K	3	0	1	6	1	1	3	0	2	3
T	76	89	78	61	82	42	12	3	30	29

Nitel anketin 7. sorusu olan “*Sizce bu konuyla ilgili sorulması gerektiğini düşündüğünüz bir soru olur muydu?*” Öğrenciler şu soruları yöneltmişlerdir;

“*Kadınlara pozitif ayrımcılık yapılması onlar için dezavantaj oluşturabilir mi?*”

“*Pozitif ayrımcılıkta orantınlık aşımını nasıl tespit edebiliriz?*”

“*Çalışan kadın ile çalışmayan kadınların evlenme ve boşanmaları hallerinde kanunlar sizce pozitif ayrımcılık yapmalı mı? (birbirinden farklı olarak) neden?*”

“*Pozitif ayrımcılık toplumsal cinsiyeti arttırabilir mi?*”

“*Toplumsal cinsiyet eşitliği mutlak bir eşitlik anlayışıyla mı sağlanmalı?*”

Öğrencilerin hazırladıkları sorulardan anlaşıldığı üzere öğrencilerin ağırlık olarak pozitif ayrımcılığın sınırları konusunda endişeleri bulunmaktadır. Öğrencilerin ifadelerinden pozitif ayrımcılık konusunda ölçülülük ilkesine dayalı bir adaleti gözettikleri söylenebilir.

Öğrenciler, ayrıca, daha önce cinsiyetçi bir yaklaşıma maruz kalıp kalmadıkları sorusunun da kendilerine yöneltilmesini istemişlerdir. Buna işaret eden bazı soru örnekleri aşağıdadır;

“*Okulda cinsiyet açısından ayrımcı davranışlara maruz kaldınız mı-şahit oldunuz mu gibi bir soru görmeyi beklemiştim. Çünkü öğrenciler, öğrenci kulüpleri tarafından birçok kez böyle davranışlara maruz bırakıldım.*”

“*Neler yaşıyorsunuz? Cinsiyetçilik her yerde!*”

“*Hukuk sıralarında ve arkadaş çevrenizde cinsiyetinizden dolayı farklı muameleye maruz kaldınız mı?*”,

“*Toplumsal cinsiyetin ailedeki varlığı ve aile içindeki bu varlığının hukuk üzerindeki yansımaları ile ilgili düşüncelerim*” gibidir.

Öğrencilerin bu görüşleri ele alındığında, halen toplumsal cinsiyet eşitsizliğine maruz kaldıkları ve bunun gündeme getirilmesini istedikleri gibi bir değerlendirme yapabiliriz. Bu konuda bazı öğrenciler adeta yakınma ile karışık duygularla bu durumu ifade etmişlerdir.

Yine öğrencilerin bazı ilginç soru kurgularına da rastlanır; mesela “*Bir paralel evren olsaydı erkek olarak kadınlarla sosyal durumlarında yer değiştirmek ister miydiniz?*” gibi. Bu tür bir soru önerilmesi, kadınların sosyal durumları ile erkeklerin sosyal durumlarının aynı olmadığını vurgulayan çarpıcı ve ironik bir cevaptır.

Toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin toplumsal yapıdan kaynaklandığına yönelik endişeler de dile getirilmiştir; “*Toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlayamamamızın temelindeki sosyolojik ve tarihi sorunlar nelerdir? Bu sorunun içine, temeline inip kökünden çözüm bulmamız gerekir*”.

Yine toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin toplumsal yapıdan kaynaklandığına dair çarpıcı gözlem bir öğrenci tarafından şu şekilde bir soru kalıbına dökülmüştür ki, bu düşünce azınlıkta kalsa da, bu yönde bir endişenin açıkça dile getirilmesi bakımından son derece önemlidir;

“*Dini cemaat ve tarikatların toplumsal cinsiyet eşitsizliğini tetikleyen veya çoğaltan söz ya da davranışları olduğunu düşünüyor musunuz?*”

8. soru: “Kadın haklarını konu alan hukuki düzenlemeler (mevzuat, uluslararası sözleşmeler, hukuki ilkeler vb.) hakkında bilgi sahibi misiniz? Bunlardan bildiklerinizin isimlerini yazınız.”

Bu soruya verilen cevaplar çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir. İlk sınıflandırma 1 tane dahi bilenlerle, hiç bilmeyenler veya boş bırakanlar arasında yapılmıştır. Buna göre:

- Bilenler: (268/502) %53
- Bilmeyenler: (234/502) %47

İkinci sınıflandırma ise yazılan düzenlemelerin niteliğine göre yapılmıştır:

- *İç Hukuk Düzenlemeleri:* (17/502)

Anayasa: (9/502)

6284 sayılı kanun : (8/502)

- *Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri:* (104/502)

CEDAW: (52/502)

İstanbul Sözleşmesi: (52/502)

- *Birden Fazla Düzenlemeyi Bilenler:* (147/502)
- *Hiç Bilmeyenler:* (234/502)

Çarpıcı sonuç ankete katılanların yarıya yakın kısmının gerek ulusal gerek uluslararası olsun bu yöndeki mevzuattan tamamen bihaber olmasıdır (%47 diyebiliriz). Hiç bilgisi olmayan bu grubun en yüksek oranını I. sınıf öğrencileri oluşturmakta, bu oran II. sınıftan itibaren sert bir düşüşe geçmektedir. Bilmeyenler cevap grubunu oluşturan öğrencilerin 133’ü kadın,101 ise erkek öğrencilerden oluşmaktadır.

Diğer bir şartıcı sonuç, öğrencilerin Türk hukukundan ziyade uluslararası antlaşmaları biliyor olmasıdır. CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi eşit sayıda öğrenci tarafından bilinmektedir. Birden fazla hukuk kaynağını belirten öğrenciler ise %30'luk bir kısmı yansıtmaktadır. Bu oran bilenler içinde %51 civarına çıkmaktadır. Genelde en az bir kaynak bilen öğrenciler içinde kadınlar her sınıfta sayıca daha fazladır.

Sonuç olarak ankete katılan yarıya yakın öğrenci hukuki düzenlemelerden tamamen bihaberdir. En az bir düzenleme belirten ve bilen kategorisine aldığımız tüm öğrenciler içinde %53'lük yer tutan kesim ise kendi içinde ezici bir çoğunlukla uluslararası sözleşmeleri bilmesine karşı, kendi iç hukuk düzenlemeleri konusunda bir bilgiye sahip değildirlir. Ancak bu noktada şu sonuca varılabilir: CEDAW doğrudan kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik özel bir sözleşme olduğu için hem Milletlerarası hukuk dersinde, hem de İnsan Hakları Hukuku dersinde ele alınırken, 6284 sayılı kanun gibi aileyi ve kadına karşı şiddete karşı düzenleme getiren sözleşme ancak Ceza Hukuku (Özel Hükümler) dersinde ve/veya Kadın Hakları dersine özgülenmiş olarak kalabilir. Fakat Anayasa'nın ayrımcılığın önüne geçen, eşitlik ilkesini düzenleyen hükmünün akla gelmemesi hatta neredeyse sadece I. sınıf öğrencileri tarafından telaffuz ediliyorken, diğer sınıflarda akla gelmemesi ilginç bir sonuçtur. İstanbul Sözleşmesi'nin bilgisi, eğitimden ziyade sosyal medyadaki sözleşmenin lehine ve/veya aleyhine tartışmalara dayandırılabilir. Çünkü sınıflar arasındaki sonuçlarda anlamlı bir yükselme gözlenmemektedir.

8.Sorunun cevap dağılımı tablosu: “Kadın Haklarını konu alan hukuki düzenlemeler (mevzuat, uluslararası sözleşmeler, hukuki ilkeler vb.) hakkında bilgi sahibi misiniz? Bunlardan bildiklerinizin isimlerini yazınız.”

	Anayasa 10. Md.	CE-DAW	İstanbul Sözleşmesi	Birden Çok	Bilmiyorum/ Boş	6284 Sayılı Yasa
I E	3	11	6	4	54	0
I K	3	14	9	14	96	0
II E	1	1	4	20	18	3
II K	0	5	3	40	11	1
III E	0	1	6	9	16	0
III K	1	11	6	38	13	1
IV E	0	3	9	6	13	0
IV K	1	6	9	16	13	3
T	9	52	52	147	234	8

V. Nihai Değerlendirme

Ülkemizin mevzuatına baktığımızda **1982 Anayasası**'nın 5, 10, 12, 17, 19 ve 41. maddeleri ile ayrımcılığın her türlü süsünün reddedildiği ve ırk, din, cinsiyet açısından eşitliğin temel ilke ve kural kabul edildiği görülmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu **Kadınlara karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme (CEDAW)** ülkemize toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması yönünde bazı yükümlülükler getirmektedir. Bunların arasında toplumsal yaşamın her alanında kadın-erkek eşitliğini sağlamak ve bunun için de kalıplaşmış kadın-erkek rollerine dayalı önyargıları, geleneksel ve benzer tüm ayrımcılık içeren uygulamaları ortadan kaldırmak; bütün kurumlarda toplumsal cinsiyet farkındalığı yaratmak ve uygulayıcılara bu yönde eğitim vermek sayılabilir.

“Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Bir Hukuk Eğitimi Modeli Geliştirilmesi Çerçevesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizi” adlı bu çalışmamızda toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda salt farkındalık değil bunun ötesinde bir bilinç sahibi olması gereken ve eşitliğin gerçekleşmesinde önemli roller oynayacak, sonrasında avukatlık, hâkimlik, savcılık gibi meslekleri ifa edecek olan hukuk öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algısı nicel sorularla tespit edilmiştir. Bunun için hukuk öğrencilerine, ilk aşamada, bireylerin toplumsal cinsiyet algılarını belirlemek ve değerlendirmek üzere tasarlanmış bulunan Altınova ve Duyan tarafından (2013) geliştirilerek geçerliliği ve güvenilirliği kanıtlanmış olan 25 maddeden oluşan, tek boyutlu ve beşli Likert tipindeki *Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeği* uygulanmıştır. Ölçeğin Cronbach Alpha güvenilirlik katsayısı 0,872'dir. İkinci aşamada hukuk alanının özelliklerini dikkate alarak proje ekibi tarafından hazırlanmış açık uçlu sorularla nitel yöntem uygulanmıştır. Veriler İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine kayıtlı öğrencilerden 21 Şubat- 31 Mart 2020 tarihleri arasında onların gönüllü katılımı ile toplanmıştır. Ancak Covid-19 pandemisi nedeniyle kesilen eğitim faaliyetlerinden dolayı yüz yüze anket çalışması yapılamamış ve bundan sonra online üzerinden devam edilmiştir. Nicel çalışmaya toplamda 524 öğrenci katılmıştır. Ankete katılan 524 öğrenciden yapılandırılmış anketin istatistik analizleri, hatalı anket formlarının elenmesi sonrası, 490 cevap esas alınarak gerçekleştirilmiştir. Bu anketle birlikte hukuk öğrencilerine özgülenmiş açık uçlu sorular içeren yapılandırılmamış anket yapılmış ve bunların ise 502'si değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Katılımcıların verdiği cevapların nicel değerlendirmesi ve hesaplanması sonucu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinde toplumsal cinsiyet algı skoru, (toplam maximum 125 üzerinden) “111.23” olarak bulunmuştur. Bundan çıkan sonuç, **İstanbul Üniversitesi hukuk fakültesi öğrencilerinde çok olumlu toplumsal cinsiyet algısının mevcut olduğudur.** Kadın öğrenciler %89,3 gibi çok yüksek bir oranda toplumsal cinsiyet konusunda çok olumlu bir algıya sahipken, bu oran

erkeklerde %64,1’de kalmaktadır. Türkiye koşullarında ve aynı zamanda kadının eğitilmiş olduğu bir durumda farkındalığın ve bilinçliliğin yüksek olması beklenen bir durumdur. Anket verilerinden bu konuda eğitim almış bireylerde farkındalığın daha yüksek olduğu gözlemlenmiştir. Fakat öğrencilerin almış oldukları eğitimlerin sadece hali hazırda olumlu bir algıya sahip olan bireylerin algılarında olumlu bir etkiye sahipken, olumsuz ya da orta derece olumlu algıya sahip öğrencilerin düşüncelerinde anlamlı bir değişikliğe sebep olmadığı yorumu yapılabilir. Diğer taraftan çalışmaya katılan öğrencilerin sınıf seviyeleri, annelerinin eğitim seviyeleri ve çalışma durumları, babalarının eğitim seviyeleri ve ailelerinin gelir durumlarına bağlı olarak toplumsal cinsiyet algısının farklılaşmadığı görülmüştür.

Sekiz açık uçlu sorudan oluşan diğer bölümden elde ettiğimiz veriler yapılandırılmış anketi doğrulamakla birlikte toplumsal cinsiyet algıları konusunda hukuk öğrencilerini daha iyi tanımamızı sağlamıştır. İlk soruda toplumsal cinsiyetin ne demek olduğunu sorduk. Toplam 502 öğrenciden **292’sinin toplumsal cinsiyet kavramını bildiği, bu konuda farkındalığa sahip olduğu ve bunun karşısında 210 öğrencinin konu ile ya hiç bilgiye sahip olmadığı ya da yalan yanlış bilgilere sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır.** Yapılandırılmış ankette hazır cevaplar arasından “olması gerekeni” seçebilen hukuk öğrencilerinin doğrudan toplumsal cinsiyet kavramı sorulduğunda, yaklaşık %42’sinin konuyla ilgili olmadıkları ortaya çıkmıştır.

Pozitif ayrımcılık gibi toplumsal cinsiyet eşitliğinde önemli bir rol üstlenebilecek hukuk kavramı sorulduğunda öğrencilerin cevaplarında “*hukukun herkese eşit mesafede olması*” vurgusunun ağırlık kazandığını görülmektedir. Fakat daha sonraki sorularda öğrencilerin %65’inin yaptığı durum değerlendirmesi mevcut koşullarda “*hukukun kadın ve erkeğe yönelik eşit düzenleme yapmadığı*” yönündedir. Hukuk öğrencileri toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda hukuku, hem düzenlemeleri hem de uygulamaları açısından sorunlu görmektedirler. Çeşitli kısıtlar koyanlar olmasına rağmen toplamın %67’si pozitif ayrımcılık yapılması gerektiği görüşündedir. Fakat sorun şu ki pozitif ayrımcılığı onaylayan bir grup bunu kadınların yapı itibariyle zayıf oldukları gerekçesine bağlamışlardır. Bir kısmı ise daha kapsamlı bir bakış açısıyla sosyolojik koşulları ele alıp toplumsal yapının değişmesi için pozitif ayrımcılığı olumlu görmüşlerdir. Kadın lehine pozitif ayrımcılığın sınırlı ölçüde yapılması ve bu sınırın ise adil düzenlemelerle ortaya çıkması gerektiğini ileri süren öğrencilerin sayısı 61’dir. Buradan anlaşılmaktadır ki hukukun, kadın ve erkeğe göre değil, kadın erkek fark etmeksizin tüm toplumda zayıf görülen kişiye yönelik düzenleme yapması ve bu suretle zayıf olanı koruması gerektiğine yönelik algı oldukça zayıftır. Bundan çıkan sonuç, öğrencilerin kadın lehine pozitif ayrımcılığı kuramsal olarak benimsedikleri ve fakat sosyolojik anlamda içselleştiremedikleridir. Öğrenciler ağırlıklı olarak kadın lehine pozitif ayrımcılığın, her tür durumda kadın erkek arasındaki eşitliği sağlayabileceği algısına sahiptirler. **Şu halde, İstanbul Üniversitesi Hukuk**

Fakültesindeki eğitim modelinin sosyolojik olarak temellendirilmiş bir eşitlik anlayışını geliştirici düzenlemeye ihtiyacı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Ankete katılanların %60'ı, hâkimlik ve savcılık gibi mesleklerde kadınların da eşit şekilde yer alması ve herhangi bir cinsiyet ayrımı olmaması gerektiğini düşünmektedirler. Ama hemen hemen her soruda karşılaştığımız azınlık bir grup toplumsal cinsiyet eşitliğine olumsuz yaklaşmaktadır.

Her soruda karşılaştığımız bu toplumsal cinsiyet eşitliği algısı çok olumsuz olan grup bizi asıl endişelendiren kesimi oluşturmaktadır ve her bir soruda bu oran yaklaşık %4 ile 7 arasında değişmektedir. Hukuk alanında yer alacak bu öğrencilerin kadın erkeklerle eşit görmediği gibi, kadın aleyhine yapılanmış bir algıları da bulunmaktadır. Sayıları az da olsa hukukta bu kişilerin etkisi ne olabilir değerlendirilmelidir.

Bir başka ulaştığımız tespit, hukuk eğitimi gören öğrenciler olarak ankete katılanların kadın haklarını konu alan hukuki düzenlemeler (mevzuat, uluslararası sözleşmeler, hukuki ilkeler vb.) hakkında bilgi sahibi olanların %53 ile sınırlı olmasıdır. Geri kalan kesimin ise tek bir mevzuat adı dahi belirtememiş olması hukuk eğitiminde ciddi bir gedik olduğu anlamına gelmektedir. Ayrıca mevzuat ismi bilenlerin çoğunluğu CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi'nden bahsetmiş olup kendi iç hukuk düzenlemelerinden habersizdiler.

Özetle; hukuk fakültesi öğrencilerinde toplumsal cinsiyet algısının hem nicel hem de nitel anket sonuçlarına göre olumlu olduğu görülmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlılık gösteren öğrenci oranı çok yüksek olsa da, eğitimde boşluklar olduğu da gözlemlenmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin karşısında yer alan ve hatta kadın aleyhine argümanlar ileri sürenler az da olsa bulunmaktadır. Toplam öğrencilerin yaklaşık % 47'sinin hukuk fakültesinde öğrenci olmalarına rağmen ilgili mevzuatı bilmemeleri veya boş bırakmaları oldukça sorunlu bir durumu işaret etmektedir.

- Geleceğin hukukçuları olarak öğrencilerin farkındalığının ve bilinçliliğinin artırılması toplumsal cinsiyet eşitliği sağlamada büyük öneme sahiptir. Buna yönelik olarak hukuk alanında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması için önerilerimiz;
- Öğrencilerde toplumsal cinsiyet eşitliği filtresinin yerleşik hale gelmesini ve hukuku bu şekilde okumalarını sağlayacak bir eğitim düzeni inşa edilmelidir. Bu açıdan toplumsal cinsiyet eşitliği ile ilgili ders sayısında artış olmalı ve bunlardan en az bir tanesi zorunlu ders olarak işlenmelidir.
- Toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik olarak düzenlenecek derslerde teori ve pratik bütünlüğü sağlanmasına özen gösterilmelidir. En az teori kadar pratik

örnekler de incelenmeli ve bu alanda çalışan deneyimli hukukçular derslere dâhil edilmelidir.

- Toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda hukuk klinikleri yapılmalıdır.
- Tüm dersler işlenirken akademisyenler toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmeli, buna uygun bir dil kullanımına özen göstermelidir. (Akademisyenlerin de toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda farkındalıkları en üst düzeye çıkarılmalı, toplumsal cinsiyet konulu bir eğiticinin eğitimi yapılmalıdır.)
- Derslerde konu edilen mevzuat toplumsal cinsiyet eşitliği filtresinden geçirilmeli ve bu açıdan olumlu olumsuz yönleri ele alınmalıdır. Hatta mevzuatın toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik nasıl değiştirilmesi gerektiği tartışılmalıdır.
- Öğrencilerin mevzuatı iyi bilmelerinin yanında özellikle toplumu anlaması, değerlendirebilmesi ve bunları da göz önüne alarak hukuku muhakeme edebilmesine yönelik ek çaba gösterilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Acar Erdol T, 'Ortaöğretim Öğrencileri İçin Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Öğretim Programı İhtiyaç Analizi: (Bir Anadolu Lisesi Örneği)' (2017) 42 (190) *Eğitim ve Bilim Dergisi* 39-65.
- Alabaş R, Akyüz Hİ, Kamer ST, 'Üniversite Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Algılarının Belirlenmesi' (2019) 16 (44) *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 433-434.
- Altınova HH, Duyan V, 'Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeğinin Geçerlik Güvenirlik Çalışması' (2013) 24 (2) *Toplum ve Sosyal Hizmet* 9-22.
- Arat N, 'Feminist Hukuk' (2006) 9 *İUKAD* 53-65.
- Baer JA., 'Feminist Theory and the Law' (ed) Robert E. Goodin, *The Oxford Handbook of Political Science* (Oxford University Press, 2015) 1-17.
- Bakırcı K, "İstanbul Sözleşmesi" (2015) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 133-204 <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf>> Erişim Tarihi 09 Nisan 2020.
- Balaban Salı J, "Verilerin Toplanması", *Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri*, Ed. Ali Şimşek (Anadolu Üniversitesi Yayını 2018), 136.
- Barry NP, *Modern Siyaset Teorisi* (Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin çevr, 2. Bası, Liberte Yayınları 2004).

- Beauvoir S, *The Second Sex*, (First Vintage Books Edition 2011).
- Berk SK, ‘Hukuk Mesleğinde Kadın’ (2012) 2 (98) *Güncel Hukuk Dergisi* < <http://www.guncelhukuk.com.tr/calisma-yasami/hukuk-mesleginde-kadin.html> > Erişim Tarihi Erişim Tarihi 11 Mart 2020
- Berk SK, ‘Toplumsal Cinsiyet ve Profesyoneleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği’ (2013) 16 (1) *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi* 74-103.
- Bhasin K, *Toplumsal Cinsiyet* (Çev. Kader Ay, Kadınlarla Dayanışma Vakfı Yayınları, 2003).
- Bora A, ‘Kamusal Alan/Özel Alan: Mahrumiyet-Özgürleşme İkileminin Ötesi’ (1997) 75 *Toplum ve Bilim* 85–93.
- Boyd KS, ‘Glass Ceiling’ (ed) Thousand Oaks *Encyclopedia of Race, Ethnicity, and Society* 549-552, < https://edge.sagepub.com/system/files/15_GlassCeiling.pdf 05/10/2020 > Erişim Tarihi 01 Mart 2021
- Butler J, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi* (Başak Ertür çev, 2. Bası, Metis Yayınları, 2010).
- Cüceloğlu D, *İnsan ve Davranışı* (22. Bası, Remzi Kitabevi, 2011).
- Çakır S, ‘Feminizm; Ataerki İktidarın Eleştirisi’ 19. *Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler* (4. Bası, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010).
- Dinler V, ‘Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk’ < <http://veyseldinler.com/wp-content/uploads/2018/09/Toplumsal-Cinsiyet-Eşitliği-ve-Hukuk-8.-hafta.pdf> > Erişim Tarihi 02 Mayıs 2020.
- Dökmen Z. Y, *Toplumsal Cinsiyet* (Sistem Yayınları, 2006).
- Düzkan A, “İkinci Dalga Feminizm,” *Amargi: Feminizm Tartışmaları*, (S.S. Kadın Bilimsel Araştırma ve Dayanışma Yayıncılık Kooperatifi, Kasım 2011), 175-192.
- Elliott A, *Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş* (Dipnot Yayınları, 2016).
- Esen Y, ‘Hizmet Öncesi Öğretmen Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Duyarlılığını Geliştirme Amaçlı Bir Çalışma’ (2013) 38 (169) *Eğitim ve Bilim* 280-295.
- Charlotte PG, *Kadınlar Ülkesi* (Seher Özbay çev, Otonom Yayıncılık, 2007).
- Gönenç İK, Topuz Ş, Yılmaz Sezer N, Yılmaz S, Büyükkayacı Duman N, ‘Toplumsal Cinsiyet Dersinin Toplumsal Cinsiyet Algısına Etkisi’ (2018) 7 (1) *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi* 22-29.
- Harris J. W., ‘Legal Philosophies’ (2. Bası, Oxford University Press, 2004). <https://istatistik.yok.gov.tr/> Erişim Tarihi 12 Mart 2021.
- <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a062014e-6b7b-4ff7-bc47-4ba6a4478b6b.pdf> Erişim Tarihi 07 Şubat 2020.
- Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120308M1-1.htm>> Erişim Tarihi 02 Mayıs 2020.
- <https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans.php?y=105610501> Erişim Tarihi 12 Kasım 2020.
- <https://yokatlas.yok.gov.tr/lisans.php?y=105630092> Erişim Tarihi 12 Kasım 2020.
- İçli G, ‘Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları Ve Küreselleşme’ (2018) 30 *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 133-143.
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye edilmesine Dair Sözleşme <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/cedaw.pdf>. Erişim Tarihi 5 Haziran 2020.

- Korkmaz A, Başer M, 'Toplumsal Cinsiyet Rollerini Bağlamında Ataerkillik ve İktidar İlişkileri' (2019) 28 (1) *STED* 71-76.
- Kurtdaş EM, Tuncer M, 'Sosyal Bilgiler Öğretmenliği Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Algıları (İnönü Üniversitesi Örneği)' (2020) 35 *Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 282-321.
- Kümbetoğlu B, 'Değersizleştirme: Kadın Bedeninin Maruz Kaldığı Şiddet' *Kadın ve Bedeni* (Ayrıntı Yayınları, 2010) 37-61.
- Kymlicka W, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, (Çev. Ebru Kılıç, 3. Bası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016).
- MacKinnon CA, 'Feminism in Legal Education' (1989) 85 (1) *Legal Education* < <http://www.austlii.edu.au/au/journals/LegEdRev/1989/7.html> > Erişim Tarihi 15 Şubat 2021
- MacKinnon CA, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (Çev. Türkan Yöney, Metis Yayıncılık, 2003).
- McGinley AC, "Reproducing Gender on Law School Faculties", *Scholarly Works*, 2009, 172, <<https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=facpub>> (99-155) Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- Oakley A, *Sex, Gender and Society* (Ashgate 1985).
- Oder BE, 'Yargıda Kadın Temsili ve Türkiye' (2019) *TESEV Değerlendirme Raporları* < https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/Bertil.Oder._yargida.kadin_.temsili.ve_.turkiye.pdf > Erişim Tarihi 9 Nisan 2020.
- Özdemir L, Batga B, Uçar B, 'Öğrencilerin Toplumsal Cinsiyet Algılarını Etkileyen Demografik Niteliklerin Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma' (2019) 10 (24) *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi* 212-228.
- Özdemir O, 'Tecavüzü, Hegemonik Erkeklik Zemininden Kavramak...' (2010) 2 *Fe Dergi* 75-90 < <http://cins.ankara.edu.tr/tecavuz.html> > Erişim Tarihi 15 Mayıs 2015.
- Özden YG, 'Hukukçunun Sorumluluğu' (2013) 1 *Ankara Barosu Dergisi* 371-380.
- Rousseau JJ, *Emile Ya da Eğitim Üzerine* (Çev. Yaşar Avunç, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2009).
- Sancar S, *Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti: Erkekler Devlet, Kadınlar Aile Kurar* (4. Bası, İletişim Yayınları 2017).
- Selçuk FÜ, Tuzlukaya ŞE, 'Çalışma Yaşamı ve Kadın', Ed. Lerzan Gültekin vd (Atılım Üniversitesi Yayınları 2013) *Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları* 4-16.
- Siyez DM, Soylu Y, Demirgürz G, 'Üniversite Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısının Toplumsal Cinsiyet Rolü ve Cinsiyet Değişkenlerine Göre İncelenmesi' (2017) 18 (1) *E-Uluslararası Eğitim Araştırmaları Dergisi* 46-63.
- Smith P, 'Feminist Jurisprudence' ed. Dennis Patterson *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2. Bası, Wiley-Blackwell, 2010) 290-298.
- Şimşek A, "Araştırma Modelleri", *Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri*, Ed. Ali Şimşek (Anadolu Üniversitesi Yayını, 2018), 80-107.
- TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, 'Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013' < <https://www.bpwanakara.org/cms-uploads/kadinin-statusu-gm-toplumsal-cinsiyet-esitligi-ulusal-eylem-planı.pdf> > Erişim Tarihi 04 Haziran 2020.
- Tekin ÖA, 'Turizm Sektöründe Toplumsal Cinsiyet Algısı: Beş Yıldızlı Otel Çalışanları Üzerine Bir Araştırma' (2017) 4 (12) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 675.

- Uygur G, 'Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir' (2015) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 121-132.
- Uygur G, Özdemir N, 'Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi I' *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin Yayınları, 2018). 57-92.
- Vefikuluçay Yılmaz D, Zeyneloğlu S, Kocaöz S, Kısa S, Taşkın L, Eroğlu K, 'Üniversite Öğrencilerinin Toplumsal Cinsiyet Rollerine İlişkin Görüşleri' (2009) 6 (1) *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi* 775-792.
- Wacks R, *Hukuk Kuramını Anlamak* (Fatma Süzgün, Şahin Ünver çevr, Astana Yayınları, 2017).
- Wallace RA, Wolf A, *Çağdaş Sosyoloji Kuramları* (Leyla Elburuz, M. Rami Ayas çevr, 3. Bası, Doğu Batı Yayınları, 2012).
- Waters M, *Modern Sosyoloji Kuramları* (Zafer Cirhinlioğlu çev, Gündoğan Yayınları, 2008).
- Yzerbyt V, Schadron G, 'Kalıpyargılar ve Sosyal Yargı/The Stereotype and The Social Judgement' (2016) 5 (3) Çev. İbrahim Işıtan, *Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi* 203-243.
- 2019 Avukat Sayıları (31.12.2019)- Türkiye Barolar Birliği, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2019-avukat-sayilari-31122019-81078> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020

EK 1

BİLGİLENDİRİLMİŞ GÖNÜLLÜ ONAM FORMU

Sizi Doç. Dr. Ülker Yükselbaba tarafından yürütülen “İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRENCİLERİNDE TOPLUMSAL CİNSİYET ALGISININ ÖLÇÜLMESİ, ARAŞTIRILMASI VE TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ” başlıklı Ataşehir Belediyesi tarafından desteklenen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı’ndan alınan izin ile gerçekleştirilen bilimsel araştırmaya katılmaya davet ediyoruz. Bu araştırmanın, amacı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algısını ölçmek ve buradan yola çıkarak toplumsal cinsiyet eşitsizliğini fakülte eğitiminde ortadan kaldıracak araçlar yaratmaktır. Araştırmada sizden en fazla 30-40 dakika ayırmanız istenmektedir. Araştırmaya sizin dışınızda tahminen 2500 kişi katılacaktır. Bu çalışmaya katılmak tamamen **gönüllülük** esasına dayanmaktadır. Çalışmanın amacına ulaşması için sizden beklenen, bütün soruları eksiksiz, kimsenin baskısı veya telkini altında olmadan, size en uygun gelen cevapları içtenlikle verecek şekilde cevaplamanızdır. Bu formu okuyup onaylamanız, araştırmaya katılmayı kabul ettiğiniz anlamına gelecektir. Ancak, çalışmaya katılmama veya katıldıktan sonra herhangi bir anda çalışmayı bırakma hakkına da sahiptir. Bu çalışmadan elde edilecek bilgiler tamamen araştırma amacı ile kullanılacak olup kişisel bilgileriniz **gizli tutulacaktır**; ancak verileriniz bilimsel yayın amacı ile kullanılabilir. Eğer araştırmanın amacı ile ilgili verilen bu bilgiler dışında şimdi veya sonra daha fazla bilgiye ihtiyaç duyarsanız araştırmacıya şimdi sorabilir veya ulkery@istanbul.edu.tr e-posta adresi ve 0 530 202 91 87 numaralı telefondan ulaşabilirsiniz. Araştırma tamamlandığında genel/size özel sonuçların sizinle paylaşılmasını istiyorsanız lütfen araştırmacıya iletiniz.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ TOPLUMSAL CİNSİYET ALGISI ANKETİ

A. Lütfen aşağıdaki soruları cevaplayınız.

1. Kaçınıcı sınıftasınız:
2. Cinsiyetiniz:
3. Yaşınız:
4. Hangi ilden üniversiteye okumaya geldiniz ?
5. Anne ve babanızın eğitim durumu: (Okuryazar, ilkokul, ortaokul, lise, lisans, yüksek lisans, doktora)

Anne:

Baba:

6. Ailede anneniz çalışıyor mu?

7. Ailenin aylık ortalama geliri?

2000 – 4000 TL arası

4000 – 6000 TL arası

6000 – üstü

Diğer (Miktarı belirtiniz.)

8. Daha önce “toplumsal cinsiyetle” ders/seminer vb. gibi bir eğitim aldınız mı? Aldınızsa nereden? (lisede ders/sivil toplum kurumlarında bir toplantıya katılmak vs. ...)

B. Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeği Aşağıda yer alan ifadelere ne derece katıldığınızı “Kesinlikle katılmıyorum”, “Kısmen katılmıyorum”, “Kararsızım”, “Kısmen katılıyorum”, “Kesinlikle katılıyorum” seçeneklerinden birini (x) işareti ile belirtiniz. Lütfen hiçbir soruyu cevapsız bırakmayınız.	Kesinlikle katılmıyorum	Kısmen Katılmıyorum	Kararsızım	Kısmen Katılıyorum	Kesinlikle katılıyorum
1. Evlilik, kadının çalışmasına engel olmaz.					
2. Kadın sadece ailesinin ekonomik sıkıntısı varsa çalışmalıdır					
3. Çalışan kadın da çocuklarına yeterince zaman ayırabilir.					
4. Kadınlar anne olduktan sonra çalışmamalıdır.					
5. Kadın siyasetçiler de başarılı olabilir.					
6. Kadınlar evlendikten sonra çalışmamalıdır.					
7. Çalışma hayatı kadının ev işlerini aksatmasına neden olmaz.					
8. Çalışan bir kadın hayattan daha çok zevk alır.					
9. Kadınlar erkekler tarafından her zaman korunmalıdır.					
10. Kocasını izin vermiyorsa kadın çalışmamalıdır.					
11. Kadınlar yönetici olabilir.					
12. Çalışan bir kadının kazandığı geliri eşine vermemelidir.					
13. Çalışan bir kadının çocuklarına daha iyi anne olur.					
14. Erkekler de çamaşır bulaşık gibi ev işlerini yapmalıdır.					
15. Kocasız kadın sahipsiz eve benzer.					
16. Bir ailenin gelirini erkekler sağlamalıdır.					
17. Kadınlar kendi başına ticarethane gibi yerler (kafe, market, emlakçı gibi) açmamalıdır.					
18. Kadınların birinci görevi ev işlerini üstlenmektir.					
19. Bir kadının kocasından fazla para kazanmamalıdır.					

20. Erkek her zaman evin reisi olmalıdır.					
21. Toplumun liderliği genellikle erkeklerin elinde olmalıdır.					
22. Kız çocuklarına da erkek çocuklar kadar özgürlük verilmelidir.					
23. Bir kadın kendi haklarına sahip olabilmesi için gerekirse kocasına karşı çıkabilmelidir.					
24. Kadın kocasından yaş olarak daha küçük olmalıdır.					
25. Ailedeki önemli kararları erkekler vermelidir.					

C. Lütfen aşağıdaki soruları cevaplayınız.

1. Size “toplumsal cinsiyet” ne demek?
2. Hukukun cinsiyetlere yönelik olarak eşit düzenlenmesi gerektiğini düşünüyor musunuz?
3. Hukukun toplumsal cinsiyete göre eşit düzenlendiğini düşünüyor musunuz? Eşitse neden, değilse neden?
4. Hukuk eğitimi “toplumsal cinsiyete” duyarlı bir şekilde yapılıyor mu? Evetse, nasıl? Hayırsa nasıl?
5. Hukuk fakültesi mezunu kadınların hâkim, savcı gibi karar verici konumlarda yer alması konusunda ne düşünüyorsunuz?
6. Hukukta kadınlar lehine işleyen pozitif ayrımcılık yapılması konusunda ne düşünüyorsunuz? (Yapılmalı, çünkü Veya yapılmamalı çünkü ...)
7. Size bu konuyla ilgili sorulması gerektiğini düşündüğünüz bir soru olur muydu? Varsa yazınız.
8. Kadın haklarını konu alan hukuki düzenlemeler (mevzuat, uluslararası sözleşmeler, hukuki ilkeler vb.) hakkında bilgi sahibi misiniz? Bunlardan bildiklerinizin isimlerini yazınız.

EK II

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ REKTÖRLÜĞÜ

Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Etik Kurulu Başkanlığı

Sayı :35980450-663.05-83090

İlgi :22/11/2019 tarihli, 83090 sayılı yazı

Sorumlu araştırmacılığını üstlendiğiniz 2019/179

Sorumlu araştırmacılığını üstlendiğiniz 2019/179 dosya numaralı “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısının Ölçülmesi, Araştırılması ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Geliştirilmesi” başlıklı çalışma Kurulumuzun 02.12.2019 tarih 11 sayılı toplantısında görüşülerek etik yönden uygun bulunmuş olup, karar ekte sunulmuştur.

Bilgilerinizi rica ederim.

e-İmzalı

Prof. Dr. N. Tolga SARUÇ

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevini) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözетerek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.