

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 81 Sayı Number 2 Yıl Year 2023 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 81, Sayı 2, 2023

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. Fethi GEDİKLİ

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

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

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/ihtm>

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 dağıtımını 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

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

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

Dr. Öğr. Üyesi. 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.ahioğlu@istanbul.edu.tr

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

Arş. Gör. Zeynep TANYERİ, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Yağmur ALTAY, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye - y.altay@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Rachel Elana KRISS, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- rachel.kriss@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. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@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 - oezgenc@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcanitez@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.bajakic@pravo.hr



İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

Araştırma makalesi/Research article

Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Azil Yetkisinin Sınırlandırılması

Limitation of the General Assembly's Authority to Dismiss the Members of the Board of Directors 301

Veliye Yanlı, Cem Veziroğlu

Araştırma makalesi/Research article

**Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
(CEDAW) m 2/f Işığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki Cinsiyetçi İfadelerin
Değiştirilmesi Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme**

An Evaluation of the Necessity to Modify Sexist Expressions in the Turkish Commercial Code No. 6102 in Light of Art. 2/f of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women..... 349

Sevda Bora Çınar

Araştırma makalesi/Research article

**Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunması ve İsviçre Medeni
Kanunu'nda Yapılan İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi**

Protections for the Portion Reserved Against Marital Property Agreements and an Evaluation of the Amendments Relevant to the Swiss Civil Code 377

Kemal Erdoğan

Araştırma makalesi/Research article

Mirastan İvazlı Feragat Edenin ve Mirasçılarının Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu

Responsibility of the Onerous Inheritance Waiver and Its Heirs Against the Inheritance Creditors 411

Doruk Gönen

Research article/Araştırma makalesi

A Critique of the Concerns on the Proprio Motu Powers of the ICC Prosecutor

Uluslararası Ceza Divanı Savcısının Re'sen Kullandığı Yetkilere Dair İtirazların Eleştirel Bir Değerlendirmesi 437

Şehmus Kurtuluş

Araştırma makalesi/Research article

Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda İddia Pazarlığı Kurumu

Plea-Bargaining in German Criminal Procedure Law 457

Ali Emrah Bozbayındır

Araştırma makalesi/Research article

Anarko-Bireyci Bir Doğal Hukuk Yorumu: Lysander Spooner ve Hukuk Teorisi

An Anarcho-Individualistic Remark on Natural Law: Lysander Spooner and
His Theory of Law 507

Muzaffer Dülger

Araştırma makalesi/Research article

**İptal Davasına Konu İmar Planının Dava Devam Ederken Değiştirilmesinin
İptal Davasına Etkisi**

The Effect of Subjecting Zoning Plan Changes to Annulment During an
Active Lawsuit 531

Halil Altındağ

Araştırma makalesi/Research article

Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri

Reasons For Criminal Disinheritance 547

Hatice Kübra Ercoşkun Şenol

Araştırma makalesi/Research article

Fransa'da Çocuk Hakları

Children Rights in France 589

Mehmet Rıfat Tınç

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

Ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2023 yılındaki ikinci sayısını, gecikmeli olarak da olsa siz değerli okuyucularımızla buluşturuyoruz.

Uluslararası bir dergi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nda gerek yurt içi gerek yurt dışından yayımlanmak üzere gelen makale başvurusu sayısı her geçen gün artmaktadır. Bu talep yoğunluğu da yayıma kabul süreçlerinin uzamasına yol açabilmektedir. Bundan dolayı çok kıymetli yazarlarımızın sabrı bizim açımızdan çok değerli. Bilhassa akademik yükselme noktasında İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayın yapabilmek çok önemli bir rol oynamakta, birçok Üniversite/Fakülte Mecmuası'yı takip etmektedir. Fakültemizin ülkemizdeki hukuk eğitiminde bulunduğu öncü role uygun bir işlev, süreli hukuk yayıncılığında da Mecmuası'nda vücut bulmuştur. Bu durum, biz editör ekibi açısından olduğu kadar Fakültemiz açısından da gurur vesilesidir.

Öte yandan Mecmuası'nın oynadığı bu kritik rol, biz editör ekibine çok daha büyük bir yük yüklemekte; bilimsel kalite ve etik kurallara uygunluk kadar, hakkaniyet esasına riayet de yayıncılıkta ayrı bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte tam bu noktada Fakülte ve Üniversite yönetiminin editör ekibine sağladığı objektif olabilme hürriyeti, her türlü takdirin üzerindedir.

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 devam edilmiş ve bu kapsamda kamu hukuku alanında beş, özel hukuk alanında beş makale ile yayına çıkmaktadır.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanındaki makalelerden ilkinde; doğal hukukçu ve bireyci bir anarşist olan Lysander Spooner'ın "hukuk nedir" sorusuna cevabı ve bununla bağlantılı olarak suç ve mülkiyet kavramlarına yaklaşımı ele alınmıştır. Kamu hukuku alanındaki ikinci makalede, idari yargılama hukukundaki önemli meselelerden birisi olan dava devam ederken dava konusu idari işlemin değişmesinin imar planları özelindeki durumu incelenmektedir. Devamında, Fransa'da çocuk hakları, tarihsel süreç ve mevcut durum açıklanarak değerlendirilmiştir. Kamu hukuku alanındaki bir diğer makalede Uluslararası Ceza Divanı ve kurucu belgesi Roma Statüsünde yer alan Divan Savcısının önemli yetkilerine ve bununla ilgili tartışmalara değinilmiştir. Kamu hukuku alanındaki son

makalede ise, Alman Ceza Muhakemesi hukukunda oldukça tartışmalı bir konu olan iddia pazarlığı Alman yargı kararları ve yapılan saha araştırmaları ışığında derinlemesine ele alınmıştır.

Özel hukuk başlığı altında bulunan makalelere geldiğinde ise öncelikle kamu hukukunu da ilgilendiren bir konu olarak devlet tarafından ulusal mevzuatta yer alan ayrımcı ve cinsiyetçi ifadelerin değiştirilmesi ve kaldırılmasını öngören Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) m. 2/f hükmü çerçevesinde Türk Ticaret Kanunu'nu değerlendiren bir eser yer almaktadır. Buna ek olarak miras hukukunda feragatin hukuki sonuçları bakımından önemli bir çalışma olan "Mirastan İvazlı Feragat Edenin ve Mirasçılarının Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu" isimli çalışma da bu sayımızda yer almaktadır. Yine miras hukukunda murisin mirasçılara yönelik tasarruflarından cezai mirasçılıktan çıkarma sebepleri (TMK m. 510) ayrıca sayımızda yer alan başka bir makalede incelenmiştir. Bir diğer makalede ise mal rejimi sözleşmelerine karşı saklı payın korunması konusu incelenmiş, mal rejimi sözleşmeleriyle saklı payın korunması arasındaki ilişki ve İsviçre Medenî Kanunu'nda konuya ilişkin yapılan değişiklikler değerlendirilmiştir. Özel hukuk başlığı altında son olarak, esas sözleşmedeki bir düzenlemeyle, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azil yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığını inceleyen ticaret hukukuna ilişkin önemli bir makaleye yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, bu sayımızda da önceki sayılarımızda olduğu gibi yayımlanan çalışmaların çeşitliliği ve orijinalliği göz önünde tutularak İstanbul Hukuk Mecmuası'nın hukuk dünyasındaki fonksiyonunun devamına çalışılmıştır.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği yanında Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Değerli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, Mecmuamızın en önemli etmenleridir. Hepsine katkılarından ötürü teşekkür ederiz.

Cumhuriyetimizin kuruluşunun 100. yılı olan 2023 yılı, ölkemiz için üzücü hadiselerle başlamış olsa da gelecek sayılarımızın daha güzel günlerde yayımlanması ümidiyle, bu sayımızın tüm hukuk dünyasına faydalı olmasını dileriz.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 12.12.2022
Revizyon Talebi: 24.07.2023
Son Revizyon Tarihi: 28.07.2023
Kabul: 02.10.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Azil Yetkisinin Sınırlandırılması

Veliye Yanlı* , Cem Veziroğlu** 

Öz

Yönetim kurulu üyelerinin azlini zorlaştıran düzenlemeler, bir taraftan farklı bağlamlarda şirket tüzel kişiliğinin, azınlık pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerinin korunmasına hizmet edebilmekte; ayrıca ülkemizdeki gibi blok pay sahipliği yapısının yaygın olduğu hukuk sistemlerinde, çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasında kontrol paylaşımını da mümkün kılmaktadır. Diğer taraftan ise, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma konusundaki mutlak ve devredilemez yetkisini sınırlandırmakta; böylelikle yönetim kurulu üyesi ve şirket arasındaki güvenin sarsıldığı durumlarda ilgili üyelerin görevine son verilebilmesi imkânını daraltmaktadır. Öte yandan Türk Hukukunda, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azil yetkisini sınırlandıran düzenlemelerin ortaklık düzeninde geçerli olup olmadığı hususunda bir belirsizlik vardır. Bu çalışmada esas sözleşmedeki bir düzenlemeyle, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda iki soruya cevap aranmıştır: Bunlardan biri, böyle bir kararın alınmasının belirli bir süreye yahut haklı sebeplerin veya bazı şartların varlığına bağlanıp bağlanamayacağı; diğeri ise, genel kurul toplantısı ve kararı açısından, özel yetersayılar aranıp aranmayacağıdır. İlk soruya öğretilerde genellikle olumsuz cevap verilmesine karşılık, ikinci soruya verilen cevap ise olumlu yöndedir. Çalışmada savunduğumuz görüş çerçevesinde, yönetim kurulu üyelerinin azil imkânının haklı sebep, koşul, süre veya yaptırım gibi düzenlemelerle sınırlandırılması mümkün olmamalıdır. Benzer şekilde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması hususunda toplantı ve/veya karar yetersayılarının da kanuna göre ağırlaştırılması imkân dahilinde olmamalıdır. Anılan türdeki düzenlemelerin esas sözleşmeye eklenmesi hâlinde ise, bunların bâtil olacağı kabulü gerekir.

Anahtar Kelimeler

Anonim şirket, Yönetim kurulu üyesi, Azil, Görevden alma, Esas sözleşme

Limitation of the General Assembly's Authority to Dismiss the Members of the Board of Directors

Abstract

Provisions that restrict the dismissal of board members can serve to protect the interests of a company's legal personality, minority shareholders, and board members in various contexts. It also enables control to be shared between majority and minority shareholders in legal systems where the block shareholding structure is the prevailing model, such as in Türkiye. However, these types of provisions limit the absolute and inalienable power of the general assembly to dismiss members from the board of directors. Thus, in cases where the trust has been broken between a board member and the company, these provisions limit the ability to dismiss the relevant member from duty. Nevertheless, an uncertainty exists within Turkish Law regarding whether the arrangements limiting the dismissal of board members are valid within the corporate structure. This study seeks answers to the following two questions about the possibility of limiting the general assembly's authority to dismiss board members through a regulation in the articles of association: Can such a decision be tied to a certain period or to the presence of justified reasons or of certain conditions, and can special quorums be called for in a general assembly meeting regarding such a decision. While the answer to the first question in the existing doctrine is generally negative, the answer to the second question is positive. In accordance with the opinion adopted in this study, limiting the dismissal of members of the board of directors should not be possible through regulations such as just cause, conditions, time, or sanctions. Similarly, increasing the meeting and/or decision quorums should also not be possible regarding the dismissal of members from a board of directors.

Keywords

Joint stock company, Board of directors, Board member, Removal, Dismissal, Articles of association

* **Sorumlu Yazar:** Veliye Yanlı (Prof. Dr.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: veliye.yanlı@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0002-3404-9975

** Cem Veziroğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cveziroglu@ku.edu.tr ORCID: 0000-0001-5776-5846

Atf: Yanlı V, Veziroglu C, "Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Azil Yetkisinin Sınırlandırılması" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 301. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0001>



Extended Summary

Restricting the general assembly's power to dismiss members from the board of directors may have considerable functions, especially for the company itself. However, these regulations also have effects that may damage the absolute and inalienable nature of such power, block the decision-making process in a company, and limit the ability to terminate the trust-based legal relationship between the company and a board member, thus resulting in negative consequences. Under Turkish Law, the validity of provisions in the articles of association limiting the dismissal of board members is unclear. This paper seeks to answer to the questions of (i) whether the removal of board members can be tied to a certain period or the presence of justified reasons or certain conditions, and (ii) whether special quorums can be sought regarding a general assembly meeting and this type of decision. While the answer to the first question is generally negative in existing doctrine, the answer to the second question is positive.

The paper first conducts a comparative study using a functional perspective. Hence, the research provides the responses and alternative solutions found in various legal systems to the questions at hand. In comparative law, the authority of the general assembly to dismiss members from the board of directors directly or indirectly (e.g., through a supervisory board as in German law) is understood to not be able to be limited as a rule. In this context, the authority of the general assembly to dismiss members from the supervisory board cannot be limited in German Law. However, the ability to aggravate quorums or to anticipate certain conditions regarding the decision-making procedure is accepted. In US law, the State of Delaware has the mandatory rule that, with two exceptions, board members can be removed from office without cause. In French law, the general assembly's power to dismiss members from the board of directors is absolute: the use of this authority cannot be conditional, and the existence of any reason cannot be sought. Even though not as strict as French law, the United Kingdom regulates shareholders' authority to dismiss members from a board of directors as a mandate. However, the procedural rules that are to be followed in terms of the general assembly's decision to dismiss board members and the contractual rights granted to the members constitute the limits of their freedom in this matter.

The purpose as well as the wording of Article 408/2(b) of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102) and TCC 364 do not allow provisions to articles of association that limit the general assembly's authority to dismiss members from a board of directors. Therefore, such regulations are concluded to constitute a legal deviation and are not explicitly allowed within the meaning of TCC 340. Provisions to the articles of association that limit the general assembly's authority to dismiss board members, such as for just cause, additional conditions, time, or sanctions, would

infringe upon shareholders' right to supervise [TCC 447/1(b)], deter the basic structure of the company [TCC 447/1(c)], and violate TCC 364. Thus, these types of provisions should be accepted as null and void. A heavier quorum should not be included in the articles of association with regard to dismissing members from the board of directors. The articles of association that require a quorum higher than what is legally stipulated for dismissing board members should be deemed invalid. This conclusion is not generally applicable to all general assembly resolutions; due to its importance, however, it does apply to decisions about dismissing members from the board of directors.

I. Sorunun Ortaya Konulması

Anonim şirketlerde, payların çoğunluğunun bir veya birkaç kişide toplanması ya da çoğunluk paylarına sahip kişilerin değişmesi, şirketin bu kişiler tarafından kontrol edilmesi sonucunu doğurabilir. Kontrolün böylece el değiştirmesi durumunda, yönetim kurulu üyelerinin, görev yapmak üzere seçildikleri sürenin bitmesinden önce görevden alınmaları ve yerine şirketin kontrolünü ele geçiren pay sahiplerinin seçeceği kişilerin gelmesi, şirket yönetimindeki istikrarı bozabilir ve bu da diğer pay sahiplerinin ve şirketin menfaatlerinin zarara uğramasına sebebiyet verebilir.

Şirketin hâkimiyetini (kontrolünü) ele geçirdikten sonra mevcut yönetim kurulu üyelerini değiştirmek isteyen pay sahiplerine karşı, şirketin ve diğer pay sahiplerinin korunmasına yönelik olarak tedbir mahiyetinde çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Bu yöntemlerden bir tanesi de, yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisini münhasıran elinde bulunduran genel kurulun bu konuda karar almasını zorlaştırmak amacıyla, esas sözleşmede düzenleme yapılmasıdır¹. Esas sözleşmeye konulan bu yöndeki hükümlere mukayeseli hukukta, Türkçe'ye "hareket serbestisini daraltan hükümler" olarak çevirebileceğimiz, «*Lock-up-Klauseln*»² denilmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin azlini zorlaştıran düzenlemelerin farklı bağlamlardaki işlevlerine³ bakılacak olursa, bunların bir yandan azınlık pay sahiplerinin, şirketin ve yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçladığı; ayrıca ortaklık düzenini şekillendirme, başka bir anlatımla, ortaklığı kanuni tipten uzaklaştırarak pay sahiplerinin beklentilerine göre biçimlendirme ihtiyacına cevap verdiği görülmektedir. Diğer yandan, bu tür düzenlemelerin genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma konusundaki yetkisini sınırlandırdığı da ortadadır.

Bu çalışmanın konusu, Türk Hukukunun bu tür düzenlemelerin anonim ortaklık esas sözleşmesinde⁴ yer almasına imkân tanıyıp tanımadığının incelenmesidir.

Esas sözleşmedeki bir düzenlemeyle, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda aşağıdaki iki soruya cevap aranmıştır: Bunlardan biri, böyle bir kararın alınmasının belirli bir süreye yahut haklı sebeplerin veya diğer bazı şartların varlığına bağlanıp bağlanamayacağı; diğeri ise, genel kurul toplantısı ve kararı açısından, özel yetersayılar aranıp aranmayacağıdır.

¹ Christian J Meier-Schatz, 'Rechtliche Betrachtungen zu neueren Entwicklungen in der schweizerischen "Takeover-Szene"' (1991) 87 SJZ 57, 62.

² Brigitte Tanner, *Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Bası, Schulthess 2016) Art 705, 730.

³ Bkz II. başlığın altındaki açıklamalar.

⁴ Pay sahiplerinin bu amaçla kendi aralarında akdettikleri -ve kimi zaman şirketin de taraf kıldığı- borçlar hukuku sözleşmelerinde öngörülen mekanizmalar bu çalışmanın kapsamının dışında bırakılmıştır.

Bu kapsamda ulaşılabilecek sonuçlar, hem çalışmamızda ortaya koyulan araştırma soruları hakkındaki hukuki belirsizlikleri gidermeye katkı sağlayabilecek hem de genel kurulun başkaca devredilmez nitelikteki yetkilerinin sınırlandırılmasına yahut farklı hususlarda toplantı/karar nisaplarının ağırlaştırılmasına dair tartışmalara ışık tutabilecektir.

II. Azli Zorlaştıran Esas Sözleşmesel Düzenlemelerin Amacı ve Etkisi

Ortaklığın hâkimiyetini ele geçiren kişinin, mevcut yönetim kurulu üyelerini derhâl görevden almasını engelleyen veya zorlaştıran bu tür düzenlemelerin bir işlevi, kontrol değişikliğinin doğrudan şirket üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin azaltılmasıdır. Bunların başında ise şirketin stratejik kararlarının sürdürülmesi ve kurumsal hafızasının korunması gelmektedir. Örneğin, ABD’de ve Birleşik Krallık’ta yaygın olarak uygulanan kademeli üye seçim sistemi (“*staggered board*” veya “*classified board*”) çerçevesinde, her yıl yönetim kurulu üyelerinin yalnızca belirli bir kısmının (tipik olarak her yıl üçte birinin) değiştirilebilmesi mümkündür⁵. Böylelikle yönetim kurulunun kompozisyonu, pay sahipliği yapısındaki değişimden hemen ve tamamen etkilenmemekte; kontrol değişikliği sonrasında şirket için bir geçiş süreci yaratılmış olmaktadır. Önceki ve yeni kontrol sahiplerinin belirledikleri üyelerin bu kademeli geçiş sürecinde birlikte çalışması, şirketin önemli stratejik kararlarının ve kurumsal hafızasının devamlılığı açısından olumlu karşılanmaktadır⁶.

Diğer taraftan söz konusu mekanizma, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisini sınırladığı ölçüde ortaklık üzerindeki kontrol değişikliği imkânını da daraltmaktadır. Nitekim muhtemel bir alıcı, genel kurulda oy haklarının çoğunluğunu ele geçirmesine rağmen -belirli bir süre içinde veya koşullar altında- yönetim kurulunu kendi istediği üyelerden oluşturamayacak ise, kontrol değişikliğini sağlayacak işlemi hiç gerçekleştirmemeyi dahi tercih edebilir. Bu durumda muhtemel bir kontrol değişikliği sonrasında yönetim kurulu üyelerinin değiştirilmesinin zorlaştırılması, esasında şirketin kontrolünün el değiştirmesini baştan itibaren (*ex ante*) sınırlayan bir mekanizma işlevi görecektir. Bu türden düzenlemeler kontrol değişikliğini engelleyici veya yavaşlatıcı önlemler (*anti-takeover defenses*) arasında sayılmaktadır⁷.

⁵ Kademeli üye seçim sistemi hakkında ABD için bkz dn 74’e bağlı açıklamalar ve Birleşik Krallık için bkz dn 96’ya bağlı açıklamalar.

⁶ Martin Lipton, ‘Pills, Polls, and Professors Redux’ 2002 69(3) The University of Chicago Law Review 1037, 1041; Zohar Goshen ve Richard Squire, ‘Principal Costs, A New Theory for Corporate Law and Governance’ (2017) 117 Colum L Rev 767, 818. Karş Lucian A Bebchuk, John C Coates IV ve Guhan Subramanian, ‘The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence & Policy’ (2002) 54 Stanford Law Review 887, 896-898.

⁷ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (4. Bası, Schultess 2009) 1565 N 63; Bebchuk, Coates IV ve Subramanian (n 6) 899; Goshen ve Squire (n 6) 818; Rivka Weil, ‘Declassifying The Classified’ (2006) 31 Delaware Journal of Corporate Law 891, 922.

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını zorlaştıran düzenlemelerin bir başka amacı ise, belirli bir kontrol sahibinin bulunmadığı ortaklıklarda yönetim kurulunun, genel kurulun değişken iradesinin etkisi altında kalmasının ve üyeler üzerindeki, Demokles'in kılıcına benzer bir sürekli azil tehdidinin engellenmesidir. Nitekim herhangi bir pay sahibinin tek başına çoğunluk oylarına sahip olmadığı bir şirkette, geçici ittifakların kurulması neticesinde genel kurula hâkim olan irade de değişebilmektedir. Bu durum ise, yeni seçilen yönetim kurulu üyelerinin örneğin, sermaye artırımını yahut önemli bir malvarlığının satışına izin verilmesi için birkaç ay sonra gerçekleştirilecek olağanüstü genel kurul toplantısında, hissedarlar arasındaki ittifakın bu defa değişmesi sebebiyle azledilmeleri riskini de beraberinde getirmektedir. Söz konusu azil tehdidi, yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülebilirliği azalttığı gibi; daha önemlisi, yönetim kurulunun, şirketin uzun vadeli menfaatlerini incelemesini de güçleştirmektedir⁸. Zira bu koşullar, yönetim kurulu üyelerini şirketin menfaatleri yerine kontrol sahibinin menfaatleri ekseninde hareket etmeye teşvik etmektedir⁹. Hâlbuki yönetim kurulu üyelerinin azlını belirli bir süreye, sebebe, şarta veya ağırlaştırılmış nisaba bağlamayı öngören düzenlemeler, bu bağlamda ortaya çıkabilecek riskleri de bertaraf edebilmektedir.

Yukarıda açıklanan işlevlerine ek olarak, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasının sınırlandırılması, özellikle Türkiye'deki -payların çoğunluğunun bir veya birkaç hissedarın yahut bir ailenin elinde toplandığı- tipik pay sahipliği yapısının söz konusu olduğu şirketlerde, çoğunluk ve azınlık arasındaki kontrol paylaşımını sağlayan bir çözüm olarak da düşünülebilir.

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azil yetkisinin çeşitli şekillerde sınırlandırılmasının, özellikle şirketin kendisi açısından olumlu karşılanabilecek bu işlevleri yanında, anılan yetkinin mutlak niteliğine hâlel getirebilecek ve şirkette karar alma sürecini kilitleyebilecek, dolayısıyla olumsuz sonuçlara yol açabilecek etkileri de bulunmaktadır. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasının zorlaştırılması, hem genel kurulun dilediği zaman kullanabileceği bu devredilemez nitelikli yetkisine ket vuracak hem de yönetim kurulu üyesi ve şirket arasındaki güvene dayalı hukuki ilişkinin, söz konusu güvenin sarsıldığı durumlarda sona erdirilebilmesi imkânını sınırlayacaktır.

Son olarak, azli zorlaştıran düzenlemelerin, yönetim kurulunun rızası hilafına gerçekleştirilecek kontrol değişikliklerini (*hostile takeovers*) engelleyici bir önlem

⁸ Azledilen yönetim kurulu üyesinin menfaatlerinin tazminat talebi yoluyla korunması mümkün olduğundan (TTK 364/2), burada odaklanılması gereken husus, üyelerin üzerindeki sürekli azil tehdidinin ortaklık düzeni bakımından doğurduğu sonuçlardır.

⁹ Lipton (n 6) 1041; Weil (n 7) 914. Yönetim kurulunun şirketin uzun vadeli menfaatleri yerine, (pay sahiplerinin) kısa vadeli menfaatlere odaklanması "*short-termism*" (kısa vadedicilik) olarak kavramsallaştırılmaktadır. Kavram ve sorunun neden olduğu sakıncalar hakkında topluca bkz Goshen ve Squire (n 6) 804.

olarak kullanılmasının, şirket tüzel kişiliği ve diğer menfaat sahipleri bakımından muhtemel sakıncalarına da değinmek gerekir. ABD hukukunda yaygın olarak kabul gören “ortaklığın kontrolü pazarı teorisi”ne (*market for corporate control*¹⁰) göre, şirket kontrolünün bu şekilde el değiştirmesi, çoğu zaman potansiyel alıcıların hedef şirketi daha verimli yönetme saikiyle açıklanmaktadır. Nitekim verimsiz yönetildiği için hisselerinin fiyatı nispeten düşük performans gösteren şirketler kolay birer hedef haline gelir. Şirketin değerini daha başarılı bir yönetimle yükseltebileceğini düşünen alıcılar ise, söz konusu şirketleri devralmaya yönelirler. Hisse değeri ile kontrol değişikliği arasında kurulan bu ilişki, yöneticileri daha üstün bir performans sergilemeye yönlendirir. Üstelik açıklanan bu mekanizmanın işlemesi için ilgili şirketin devralma işlemine konu olması dahi gerekmeyp, söz konusu tehdidin yeterli işlevi gördüğü ileri sürülmektedir¹¹. Şirketin kontrolünün -yönetim kurulunun rızası hilafına- el değiştirebilmesi ihtimalinin, bizzat şirketin, azınlık pay sahiplerinin ve daha geniş bir ilgililer çevresinin menfaatlerine hizmet ettiğinden hareketle, azli zorlaştıran araçlara da karşı çıkmaktadır.

III. Yönetim Kurulu Üyelerinin Konumu

Anonim şirketlerde, zorunlu organ statüsündeki [6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) 359/1] yönetim kurulu, şirketin kanunî yönetim ve temsil organı olarak (TTK 365), şirkette âdetâ iş sahibi konumunda olup¹²; esas sözleşmeyle atanmış (TTK 339/3) veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla gerçek veya tüzel kişiden (TTK 359/2) oluşur.

Yönetim kurulu üyeliği, üye olan kişi ile şirket arasında karşılıklı bir güven ilişkisine dayanmaktadır¹³. Yönetim kurulu, şirketin, diğer bir ifadeyle üçüncü bir şahsın malvarlığını (*fremdes Vermögen*) yönetmektedir¹⁴. Böylece kendisine şirketin malvarlığı, dolayısıyla pay sahiplerinin, nemalandırılmak üzere şirkete getirdikleri sermaye ve alacaklıların ise haklarının tek güvencesi emanet edilmektedir¹⁵. Zira, yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir (TTK 374). Bu hüküm ile,

¹⁰ Teori hakkında bilgi için bkz Henry Manne, ‘Mergers and the Market for Corporate Control’ 1965 73(2) The Journal of Political Economy 110, 110 ff.

¹¹ Birçoğu yerine bkz Lucian A Bechuk, ‘Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments’ (1989) 102(8) Harvard Law Review 1820, 1843.

¹² Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (4. Bası, Yasa 1989) 206.

¹³ İmregün (n 12) 231; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C II (4. Bası, Adalet 2022) § 35 N 266; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2. Baskı, Vedat 2016) 61; Nuri Erdem, ‘Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyesinin Azli’ (2018) 76(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 503, 506. Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin bu yöndeki kararına göre de “[y]önetim kurulu üyeliği güvene dayalı olduğundan bu güvenin sarsılması halinde genel kurulun ilgili üyeyi azletmesi mümkündür. Genel kurulun azil yetkisi devredilemeyen görev ve yetkilerden olup ana sözleşme ile de sınırlanmaz.” 8.1.2020, E 479/2017, K 23/2020.

¹⁴ Holger Fleischer, *beck-online.Grosskommentar, Aktienrecht*, Band 1 (5. Bası, CH Beck 2022) § 84 N 144.

¹⁵ Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (3. Bası, Vedat 2010) 2.

diğer organlara kanun veya esas sözleşme ile tanınmayan tüm yetkilerin yönetim kuruluna ait olduğu konusu açıklığa kavuşturulmuştur¹⁶.

IV. Yönetim Kurulu Üyelerinin Azline İlişkin Özellikler

A. Her Zaman Kullanılabilen Bir Yetki Olması ve İstisnaları

Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında karşılıklı bir güven ilişkisi bulunması nedeniyle, üyenin her zaman görevden alınması (ya da üyenin her zaman görevi bırakması) mümkündür¹⁷. Nitekim TTK 364 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin, gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabileceğini öngörmektedir. Bu imkân, sadece herhangi bir üyenin azlı açısından değil, üyelerin tamamının topluca görevden alınması bakımından da söz konusudur¹⁸.

Yönetim kurulu üyesinin azlı kararı tek taraflı ve hemen sonuç doğurmaya başlayan bir işlemdir¹⁹. Karar anından itibaren, görevden alınan kişilerin yönetim kurulu üyeliği son bulur²⁰.

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alma yetkisi, temelini oluşturan güven ilişkisinin sarsıldığı her durumda, verilen temsil yetkisinin geri alınabileceğine ilişkin temel kurala dayanmaktadır²¹. Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında, kural olarak, kurulan vekalet ilişkisi de bu durumu teyit etmektedir.

¹⁶ Esra Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (On İki Levha 2019) 492.

İsv BK 698 ve 716a hükümlerinden hareketle İsviçre’de de hâkim görüş bu yöndedir [Dieter Dubs ve Roland Truffer, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II* (5. Bası, Schultess 2016) Art 698 N 8b].

Öte yandan Alman hukukunda *Holz Müller* kararı sonrasında geliştirilen “genel kurulun yazılı olmayan yetkileri doktrini” İsviçre ve Türk hukukunda da kabul görmeye başlamıştır. Anılan yaklaşım uyarınca, TTK 374 ve 408 hükümlerine rağmen, genel kurulun kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yetkilerinin de bulunduğu savunulmaktadır. Doktrin hakkında bilgi için bkz Kaşak (n 16) 259-264; Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha 2021) 445-447.

¹⁷ Wolfhart F Bürgi, *Zürcher Kommentar, V. Band: Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft* (Schultess 1969), Art 705 N 4; Dubs ve Truffer (n 16) Art 705, N 5, 6; Brigitte Tanner, *Zürcher Kommentar* (3. Bası, Schultess 2018) Art 705 N 22; Tanner (n 2) Art 705, 730; Roland von Büren, Walter Stoffel ve Rolf H Weber, *Grundriss des Aktienrechts* (3. Bası, Schultess 2011) 127.

¹⁸ Böckli (n 7) 1564 N 61.

¹⁹ Tanner, ‘*Handkommentar*’ (n 2) Art 705, 730; Jean N Druey, Eva J Druey ve Lukas Glanzmann, *Gesellschafts- und Handelsrecht* (12. Bası, Schultess 2021) 249. Üyenin görevden alınması her zaman mümkün olduğu için, bu konudaki kararın sonuçlarını doğurmaya başlaması için, kararın üyeye bildirilmiş olması gerekmemektedir, BGE 111 II 480, 483.

²⁰ Bürgi (n 17) Art 705 N 9, 10. Esasen, yönetim kurulu üyeliğinin genel kurul kararı anında derhâl sona ereceği, fakat iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından, bu hususun yönetim kurulu üyeliğine dair kaydın sicilden silindiğinin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilanından sonra sonuç doğuracağı kabul edilmelidir, bkz İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1 (BTHAE 2013) 472. Azlin sonuç doğuracağı bağlamındaki farklı görüşler hakkında bkz Ali Paşlı ve Zehra Seyis, ‘Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Azlı’ iç İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ed), *Ticaret Kürsüsü Tartışıyor: Kürsü Seminerleri -I- (Tebliğler – Tartışmalar)* (On İki Levha 2022) 7; Sercan Uçar, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Azlı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022) 167-168.

²¹ BGE 80 II 118, 121; Tanner, ‘*Zürcher Kommentar*’ (n 17) Art 705 N 22; Tanner, ‘*Handkommentar*’ (n 2) Art 705, 730; Patrick Sommer, *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, (3. Bası, Orell Füssli 2016) Art 705 N 2; Bruno Frick ve Thomas Stäheli, *Aktienrecht Kommentar* (Orell Füssli 2016) Art 705 N 2.

Nitekim vekalet sözleşmesine ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 512. maddesi, vekâlet verenin ve vekilin, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceğini öngörmektedir. Bu itibarla yönetim kurulu üyesi ve şirket arasındaki güvene dayalı hukuki ilişkinin her zaman sona erdirilebileceğine dair TTK 364 hükmü ile TBK 512 arasında yakın bir bağlantı mevcuttur²².

Ayrıca şirketin yönetiminin, üyeleri pay sahipleri tarafından belirlenen bir organın sorumluluğuna bırakılmış olması (*delegated management*), pek çok hukuk sisteminde anonim şirketin temel özelliklerinden biri olarak sayılmaktadır²³. Bu olgu, yönetim organı üyelerini atama ve görevden alma yetkisini, yönetimi kontrol altında tutma açısından kilit stratejilerden biri haline getirmektedir. Pay sahiplerinin bu yetkisi, onların sadece şirket yönetimi ile ilişkilerinde değil, -bazı ülke hukuklarında- aynı zamanda azınlık pay sahiplerinin çoğunluk pay sahipleri ve şirket çalışanlarının pay sahipleri ile ilişkilerinde de, asil - vekil ilişkisinden kaynaklanan problemler açısından büyük önem arz etmektedir²⁴. Bu durum, kurumsal yönetimin temel esasları arasında yer almaktadır²⁵.

Kanımızca, TTK 364'deki "her zaman" ifadesinin iki anlamı içerdiği söylenebilir: Bunlardan bir tanesi, üyelerin görevden alınabilmesi için haklı bir sebebin gerekmemesi²⁶; diğeri ise, pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırma hakkı nedeniyle, bu yetkiyi istedikleri zaman kullanma imkânının bulunmasıdır²⁷.

Üyelerin görevden alınmasının herhangi bir sebebe dayanması ve gerekçelendirilmesi gerekmediği gibi²⁸, yönetim kurulunun, genel kurulu toplantıya çağırmaktan kaçınarak, böyle bir kararın alınmasını engellemesi de mümkün değildir. Ayrıca, aşağıda açıklanacağı üzere, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçiminin yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılacağını öngören TTK 413/3 hükmü de, genel kurula, yönetim kurulu üyelerini her olağan genel kurul toplantısında, ayrıca gündemde yer almasa ya da haklı bir sebep bulunmasa da (TTK 364) azledebilme olanağı tanımaktadır.

²² Tanner, 'Zürcher Kommentar' (n 17) Art 705, N 22; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin 2022) 364-365.

²³ John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman ve Mariana Pargendler, *The Anatomy of Corporate Law* (3. Bası, OUP 2017) 1, 5 ve 12 ff.

²⁴ Armour, Enriques, Hansmann ve Kraakman (n 23) 51 ve 55 ff.

²⁵ Armour, Hansmann ve Kraakman (n 23) 37.

²⁶ Ömer Teoman, 'Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi -Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Nedeniyle-' Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-, Cilt I, 1971 – 1982 (Beta 2000) 483 vd; Fahiman Ömer, *Anonim Şirketler Hukuku* (2. Bası, Alkım 1998) 291; Feyzan Hayal Şehirali Çelik, *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler* (BTHAE 2008) 314.

²⁷ TTK 411 ve 412 uyarınca, asgari oranda bir paya sahip hissedarların, genel kurulun toplantıya çağırılmasını ya da gündeme madde eklenmesini mahkemeden talep hakları bulunmaktadır. Ayrıca, TTK 410/2'de, bazı hallerde (yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması), tek bir pay sahibinin dahi mahkemenin izniyle, genel kurulu toplantıya çağırabileceği öngörülmüştür.

²⁸ Dubs ve Truffer (n 16) Art 705 N 6.

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisini her zaman kullanabileceğini açıkça ifade eden TTK 364 uyarınca, genel kurulun bu yetkisinin sadece devredilemez değil [TTK 408/2(b)], aynı zamanda mutlak nitelikte olduğu belirtilmektedir²⁹.

Bununla birlikte, öğreti ve mahkeme kararlarında, yönetim kurulu üyelerini azil yetkisinin, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında bulunduğu ifade edilmekte, ancak bu yasağın ihlali hâlinde tek sonucun tazminata hükmedilmesi olacağı ileri sürülmektedir^{30,31}.

İsviçre Federal Mahkemesinin incelediği bir olayda³², alt mahkeme, yönetim kurulu üyesinin görevden alınması kararının, haklı bir gerekçeye dayanmayan ve keyfi, ancak geçerli bir karar olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, herhangi bir haklı sebebe dayanması gerekmediği için, anılan karar ne kanuna ne de esas sözleşmeye aykırı olduğundan, İsviçre Borçlar Kanunu (“İsv BK”) 706 uyarınca iptali talep edilemez; sadece tazminat davasına hak kazandırır. Federal Mahkeme de, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azil yetkisini düzenleyen İsv BK’nın 705. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması açısından, genel kurulun toplanması ve gündem kurallarına uymasının, bu konuda geçerli bir karar alması açısından yeterli olduğunu belirterek, yönetim kurulu üyelerinin herhangi bir sebep olmadan her zaman azledilebileceğini³³ ifade etmiş ve alt mahkemenin kararını onamıştır.

Türk öğretisinde de, genel kurulun bu konudaki yetkisi mutlak olduğu için, bu yetkinin kötüye kullanıldığı iddiasıyla, üyenin, görevinin devamlılığını sağlamak üzere bu yönde bir dava açamayacağı belirtilmektedir³⁴. Yönetim kurulu üyelerinin azli bağlamında hangi hâllerin hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği hususunda hükümde bir açıklık yoktur. Ancak TTK 364’ün gerekçesinde, yönetim kurulu üyesinin yalnızca politik bir sebeple görevden alınmasının hakkın kötüye kullanılması oluşturabileceği ifade edilmiştir. Buna ek olarak, toplumsal cinsiyet eşitliğine aykırı veya dini inanca yahut ideolojik yönelime dayalı kararlar da örnek gösterilebilir.

²⁹ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020) N 12-25; Pulaşlı (n 13) § 35 N 266; Özge Karaege, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364)’ (2014) 1 Ankara Barosu Dergisi 69, 77.

³⁰ Tanner, ‘Zürcher Kommentar’ (n 17) Art 705 N 27; Sommer (n 21) Art 705, 1787 N 2.

³¹ *Bürgi*, genel kurulun kanundan doğan, yönetim kurulu üyelerini azil yetkisinin ne esas sözleşme ne de herhangi bir anlaşma ile de önceden kaldırılmasının mümkün olduğunu ifade etmekte, sadece, şirketin değil de çoğunluğun menfaatleri doğrultusunda alınan bir azil kararının sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağını belirtmektedir [Bürgi (n 17) Art 705 N 6].

³² BGE 80 II 118 vd.

³³ “*L’amministratore può essere rimosso dalla sua carica in ogni tempo e per qualunque motivo*” (“Yönetici, her zaman ve herhangi bir sebeple görevden alınabilir.”), BGE 80 II 121.

³⁴ Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler; II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller* (Fakülteler Matbaası 1960) 204; Pulaşlı (n 13) § 35 N 266; Karaege (n 29) 101. *Kırca* da, gündemde görevden alma ile ilgili bir madde bulunması hâlinde, azil kararının haklı bir nedene dayanmamasının, kararın iptaline yol açmayacağını belirtmektedir [Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 20) 463].

Özetle, gerek mehz İsviçre Hukukunda gerekse Türk Hukukunda, -gündem, nisap gibi usul kurallarına uyulması şartıyla- herhangi bir haklı sebep ortaya konamasa da, hatta tamamen keyfi de olsa, başka bir deyişle hakkın kötüye kullanılması yasağı ihlal de edilse, genel kurulca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabileceği, bu durumda, üyenin sadece tazminat talebinde bulunabileceği sonucuna varılmaktadır³⁵.

1. TTK 360 Çerçevesinde Seçilen Üyenin Görevden Alınması

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alma yetkisinin istisnaları bağlamında ilk olarak, TTK 360 uyarınca, genel kurul tarafından belirli grupların temsilcisi olarak seçilen yönetim kurulu üyelerinin durumuna değinmek gerekir. Bu üyeler, esas sözleşmede öngörölmek şartı ile, belirli pay grupları, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri veya azlığın arasından ya da bunların önerdiği adaylar arasından seçilirler. Bu üyelerin seçilmesinde olduğu gibi, görevden alınması da genel kurulun münhasır yetkisindedir.

Bununla birlikte, TTK 364'ün bu üyeler hakkında uygulanması, ancak haklı sebeplerin varlığında söz konusu olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bu üyeler, gündemde bir madde yer alsa dahi, genel kurul tarafından, herhangi bir haklı sebep bulunmaksızın her zaman görevden alnamamalıdır. Aksi durumda, ilgili gruptaki hissedarların yönetim kurulunda temsil edilme haklarının bir anlamı kalmayacaktır. Nitekim, TTK 360'ta da, yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Böylece, genel kurulun bu kişileri seçmesi gibi, görevden alması hakkındaki yetkisinin de sınırlı olduğu, ancak haklı sebeplerin varlığında bu yetkiyi kullanabileceği kabul edilmelidir³⁶.

2. Kamu Tüzel Kişisinin Yönetim Kurulunda Temsili Hâlinde

Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından her zaman görevden alınabilmesinin bir başka istisnası, işletme konusu kamu hizmeti olan şirketlerde gözlenmektedir. Nitekim TTK 334/1 uyarınca, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerde, kamu tüzel kişilerine yönetim kurulunda temsilci bulundurma

³⁵ Aynı sonucun Fransız hukukunda da kabul edildiği belirtilmelidir. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesi hakkın kötüye kullanıldığı, örneğin, ilgili üyenin itibarının zedelenerek görevden alındığı durumlarda tazminata hükmetmektedir. Örnekler için bkz Bruno Dondero, *Droit des Sociétés* (7. Bası, Dalloz 2021) N 836; Maurice Cozian, Alain Viandier ve Florence Deboissy, *Droit des Sociétés* (32. Bası, Lexis Nexis 2019) N 865 ff.

³⁶ Candemir Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı* (On İki Levha 2019) 375 ff; Fatih Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha 2021) 280 ff. Anılan üyeleri görevden alma açısından aranan haklı sebeplerin neler olabileceği konusunda esnek davranılması gerektiği yönünde bkz Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli 1996) 284 N 38 vd.

hakkının esas sözleşmeyle tanınabileceği öngörülmüştür³⁷. Anılan maddenin ikinci fıkrası, “pay sahibi olan” kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin ancak bunlar tarafından görevden alınabileceğini düzenlemektedir. Öte yandan, öğretide, pay sahibi olmayan kamu tüzel kişileri tarafından bu çerçevede seçilen yönetim kurulu üyelerinin de, yalnızca ilgili kamu tüzel kişisi tarafından görevden alınabileceği savunulmaktadır³⁸. Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alabileceğini öngören TTK 364’ün ikinci fıkrası da 334. maddeyi saklı tutmaktadır.

Söz konusu düzenleme ilgili kamu tüzel kişisine, çoğunluk pay sahibinden/ sahiplerinden bağımsız olarak yönetim kurulu üyesini tayin etme ve azletme imkânı sağlamakta; böylelikle devletin anonim ortaklıklar üzerindeki gözetim yetkilerini güçlendirmektedir. Kamu tüzel kişilerine sağlanan bu imkân, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma hususundaki devredilmez ve mutlak yetkisinin bir başka istisnasını teşkil etmektedir. Zira, görüldüğü üzere, kamu tüzel kişilerinin TTK 334/1 uyarınca seçilen yönetim kurulundaki temsilcisi, yalnızca ilgili kamu tüzel kişisi tarafından görevden alınabilmekte ve bu hususta genel kurulun yetkisi bulunmamaktadır³⁹.

B. Gündemde Yer Alması Şartı ve İstisnası

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması, kural olarak, genel kurul toplantı gündeminde ilgili bir maddenin bulunmasına bağlıdır. Nitekim TTK 364/1, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabilmesi için, gündemde ilgili bir maddenin bulunmasını veya haklı bir sebebin varlığını aramaktadır. Bu itibarla yönetim kurulu üyelerinin azlinin, gündeme bağlılık kuralının (TTK 413/2) kapsamında kaldığı söylenebilir. Öte yandan bu kuralın yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması bağlamında bizzat kanun tarafından esnetildiği; ayrıca Yargıtay ve öğreti tarafından da katı bir şekilde yorumlanmadığı görülmektedir.

İlk olarak gündeme bağlılık kuralını öngören 413. maddenin 3. fıkrası çerçevesinde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yılsonu finansal tablolarının

³⁷ Hüküm hakkında geniş bilgi için bkz Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Temsili* (BTHAE 1965) 47 ff; Hülya Coştan, ‘Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği’ (2013) 29(1) BATİDER 117, 117-137; Anlam Altay, ‘Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu’ iç Ercüment Erdem et al (edr), Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan (On İki Levha 2017), 1-27; Abdurrahman Kayıklık, ‘Kamu Tüzel Kişilerinin Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili (TK m. 334)’ (2020) 2 GSÜHFD 1587, 1587-1620.

³⁸ Tekinalp, ‘Tüzel’ (n 37) 103-104; Coştan (n 37) 134; Altay (n 37) 20-24; Kayıklık (n 37) 1610; Paşlı ve Seyis (n 20) 4.

³⁹ Azil için haklı sebepler bulunmasına rağmen, ilgili kamu tüzel kişisinin temsilcisini azletmemesi durumunda, şirketin azil için mahkemeye başvurabileceği kabul edilmektedir [Tekinalp (n 37) 105; Kirca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 20) 464; Altay (n 37) 22; Kayıklık (n 37) 1611]

müzakeresi maddesiyle “ilgili”⁴⁰ sayılmaktadır. O hâlde genel kurul toplantısının gündeminde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına ilişkin bir ibareye açıkça yer verilmemekle beraber yılsonu finansal tablolarının müzakeresi gündemde bulunuyorsa, üyelerin azlinin de gündemde olduğu kabul edilmektedir. Bu husus Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (“Yönetmelik”)⁴¹ 25/1(c) tarafından da teyit edilmektedir. Nitekim anılan düzenleme uyarınca “[y]önetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları [...], yıl sonu finansal tabloların müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır ve gündemde konuya ilişkin madde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın istem halinde doğrudan görüşülerek karar verilir”. Böylelikle TTK 408/2(d) ve 409/1 çerçevesinde her yıl finansal tabloların görüşüldüğü olağan genel kurul toplantılarında genel kurula yönetim kurulu üyelerini azletme imkânı verilmiştir⁴².

Yönetim kurulu üyelerinin azli bağlamında gündeme bağlılık kuralı, TTK 413/3 hükmüne paralel olarak, Yargıtay uygulamasında ve öğretide de katı bir şekilde yorumlanmamaktadır. Nitekim genel kurul gündeminde açıkça yönetim kurulu üyelerinin azline yer verilmemiş olsa da özel denetim raporunun⁴³, yıllık faaliyet raporunun ve ibranın⁴⁴ görüşülmesinin yönetim kurulu üyelerinin azliyle ilgili sayılması gerektiği savunulmaktadır. Yargıtay, ayrıca yeni yönetim kurulu üye seçimine ilişkin gündem maddesinin mevcut üyelerin azli ile ilgili olduğu yönünde karar vermiştir⁴⁵.

Gündeme bağlılık kuralının kanun tarafından esnetildiği bir başka durum ise, ilgili üyenin görevden alınması için haklı bir sebebin bulunmasıdır. TTK 364/1 uyarınca, gündemde ilgili bir madde bulunmasa dahi haklı bir sebebin varlığı hâlinde, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabileceği öngörülmektedir. Gündeme bağlılık kuralının devre dışı kalması nedeniyle, bu durumun kuralın gerçek anlamda bir istisnası olduğu söylenebilir. TTK 364/1’in gerekçesi, kuralın amacını “[g]enel kurulun güvenini yitiren, hakkında haklı bir sebep mevcut olan bir üyeyi genel kurulun sadece gündeme bağlılık ilkesi dolayısıyla ileriki gündeminde görevden alma bulunan bir toplantıya kadar yönetim kurulunda

⁴⁰ TTK 364/1, genel kurul toplantısının gündeminde yönetim kurulu üyelerinin azlinin açıkça yer almasını aramamış, bununla “ilgili” bir maddenin bulunmasını yeterli görmüştür. Bu sebeple TTK 364’ün, bir yandan TTK 413/2’de düzenlenen gündeme bağlılık ilkesini yönetim kurulu üyelerinin azli bağlamında teyit ederken, diğer yandan bunu esnettiği görülmektedir. Aynı yönde bkz Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 20) 458-459.

⁴¹ RG 28.11.2012/28481.

⁴² Bu düzenlemenin temelini oluşturan düşünce, yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun kalmayan, yönetim kurulunun icraatını beğenmeyen genel kurulun, yönetim kurulunu, süre endişesiyle görevde tutmaması ve dilediğinde değiştirebilmesidir, bkz TTK 413’ün Madde Gerekçesi.

⁴³ Şener (n 22) 367; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 20) 460; Reha Poroy, Ersin Çamoğlu ve Ünal Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat 2021) N 549.

⁴⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 43) N 549.

⁴⁵ Yargıtay 11. HD, 13.02.2020, E 4008/2018, K 1328/2018.

tutmak zorunda bırakılmasının, anılan ilkenin amacına aykırı” olacağı şeklinde açıklamaktadır.

Bu hususu düzenleyen Yönetmelik 25/1(ç) hükmü ise istisna hâllerini somutlaştırmaktadır. Buna göre “[g]ündemde madde bulunmasa bile yolsuzluk, yetersizlik, bağlılık yükümünün ihlali, birçok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması gibi haklı sebeplerin varlığı halinde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması [...] genel kurulda hazır bulunanların oy çokluğuyla gündeme alınır”⁴⁶. Anılan hüküm, yönetim kurulu üyesinin azlini gerektiren haklı sebepleri örneklendirmekte ve söz konusu olguların varlığı hâlinde, ilgili üyelerin görevden alınmasının toplantı gündemine eklenebileceğini öngörmektedir. Esasında TTK 364/1 hükmü, haklı bir sebebin bulunması hâlinde, ilgili üyenin “gündemde madde bulunmasa bile [...] genel kurul kararıyla her zaman” görevden alınabileceğini düzenlemektedir. Ancak yalnızca Yönetmelik’teki bu düzenlemenin lafzından hareketle, haklı sebeplerin varlığı hâlinde, yönetim kurulu üyesinin azlinin gündeme bağlılık kuralının istisnası olmadığını söylemek kanımızca isabetli olmaz. Zira gündeme bağlılık kuralı, pay sahiplerinin bilgilendirilmesi amacıyla ilgili konunun genel kurul toplantısının “ilan edilen” gündeminde yer almasını öngörür. Bu nedenle toplantı sırasında gündeme dâhil edilerek veya edilmeyerek doğrudan alınan azil kararı, her hâlükârda kuralın istisnası niteliğinde sayılmalıdır.

Tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin, kendi adına tescil edilmiş bulunan gerçek kişi temsilcisini her an değiştirebileceğini öngören TTK 364/2 hükmü ise söz konusu istisnalar arasında sayılmamalıdır. Zira burada, yönetim kurulu üyesinin görevden alınması söz konusu değildir. Görevden alınan kişi, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin temsilcisidir.

V. Azil Yetkisini Esas Sözleşmeyle Sınırlandırma İmkânı

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisini haklı sebepler, belirli bir süre, şart veya yaptırım gibi sınırlamalara veya ağırlaştırılmış yetersayılara tabi tutan düzenlemelerin ortaklık düzeninde geçerli olabilmesi, söz konusu kurallara esas sözleşmede yer verilebilmesine bağlıdır. Nitekim esas sözleşme dışında, örneğin, pay sahipleri sözleşmesinde yer alan bir hükmün, genel kurulun azil yetkisi üzerinde doğrudan etki doğurması mümkün değildir. Yalnızca taraflarını bağlayan ve borçlar

⁴⁶ TTK 364/1’in gerekçesinde örneklendirilen haklı sebepler şunlardır: “... yolsuzluk, yetersizlik, bağlılık yükümünün ihlali, birçok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması ...”. Görüldüğü üzere Yönetmelik, TTK 364’ün madde gerekçesinde sayılan haklı sebep hâllerini ikincil mevzuata aynen aktarmıştır. Haklı sebepler hakkında bilgi için bkz Paslı ve Seyis (n 20) 55-61.

⁴⁷ Yönetmelik 25/1(c) ise, yıl sonu finansal tablolarının müzakeresinin gündemde bulunduğu durumlarda, yönetim kurulu üyelerinin azlinin “gündemde konuya ilişkin madde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın” ve “doğrudan” oynanabileceğini öngörmektedir.

hukuku zemininde etki doğurabilen bu tür düzenlemelerin, pay sahipleri arasında oy sözleşmesi niteliğinde olabileceği; bu itibarla ortaklık düzeni üzerinde ancak dolaylı bir etki doğurabileceği vurgulanmalıdır⁴⁸.

Yukarıdaki açıklama ışığında aşağıda, esas sözleşmeyle, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına ilişkin yetkinin sınırlandırılmasının, diğer bir ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin azledilmelerini zorlaştıracak hükümler öngörülmesinin mümkün olup olmadığı sorunu iki açıdan incelenmektedir: Bunlardan bir tanesi, haklı sebeplerin, belirli sürelerin veya şartların varlığının aranıp aranmayacağı; diğeri ise, genel kurul toplantısı ve kararı için yetersayıların ağırlaştırılıp ağırlaştırılmayacağıdır.

Türk Hukuku açısından incelemeye ışık tutacağı düşüncesiyle, öncelikle mukayeseli hukuktaki durum ortaya konulmuştur.

A. Mukayeseli Hukuk

Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”), Fransa, İsviçre, İtalya, Japonya ve Brezilya gibi çok sayıda ülkede, çoğunluk oluşturan pay sahiplerine, sebebi ve atanma süresi ne olursa olsun, yönetim organı üyelerini her zaman görevden alma konusunda vazgeçilmez bir hak tanınmaktadır⁴⁹.

Almanya gibi bazı ülkelerde ise bu hak bu kadar güçlü değildir. Aşağıda Alman, ABD, Fransa ve Birleşik Krallık hukuklarındaki durum ortaya konulmuştur⁵⁰.

1. Alman Hukuku

Alman Hukukunda anonim şirketler, üyeleri gözetim kurulu tarafından belirlenen bir yönetim organı tarafından idare ve temsil edilmektedir.

Anglo-sakson ve bazı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, “sebepsiz görevden alma” anlamına gelen “azil serbestisi” ya da “derhâl azil” (*révocation ad nutum*) ilkesi hakimken⁵¹ Alman Hukuku ise, bu ülkelere nazaran, yönetim organına daha kuvvetli bir pozisyon sağlamaktadır. Bu durum, hem üyelerin atandıkları sürenin uzunluğu [üst sınır beş yıl, Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu (“APOK”) § 84/1] hem de görevden alınma şartları açısından söz konusudur.

⁴⁸ Pay sahipleri sözleşmelerinin hukuki etkileri ve ortaklık düzenindeki konumu hakkında bkz Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı 2004) 277-341; Veziroğlu (n 16) 160-164, 295-299.

⁴⁹ Armour, Enriques, Hansmann ve Kraakman (n 23) 55.

⁵⁰ Çalışmamızda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin azline dair TTK hükümlerine mehz teşkil eden İsviçre hukukuna ayrı bir başlık tahsis edilmemiştir. İsviçre hukukundaki ilgili normlara, öğretiyeye ve yargı kararlarına, Türk hukukuna dair açıklamalarımızın tamamında gerektiği ölçüde değinilmiştir.

⁵¹ Fleischer (n 14) § 84 N 4.

Alman Hukukunda yönetim organı üyelerini belirleme ve görevden alma yetkisi münhasıran⁵² gözetim kuruluna aittir (APOK § 84/1 ve 4).

Gözetim kurulu, yönetim kurulu üyesini, tayin edildiği sürenin sona ermesinden önce de görevden alabilir. Ancak bunun için önemli bir sebebin varlığı aranmaktadır. Böylece, yönetim organının, şirketi, bağımsız bir şekilde, kendi takdiri doğrultusunda yönetme görevini yerine getirebilmesi sağlanmak istenmektedir. Önemli sebep şartı, esas sözleşmeyle ya da genel kurul kararıyla kaldırılamayacağı gibi, üyelerin de bu şarttan vazgeçmeleri mümkün değildir⁵³.

Bu önemli (haklı) sebeplerin neler olabileceği APOK § 84/4'te, sınırlı olmayan bir şekilde sayılmıştır⁵⁴. Örnek sebepler arasında, genel kurulun yönetim organı üyesine olan güveninin kaybolması da gösterilmektedir⁵⁵. Böyle bir düzenlemenin temelinde yatan düşünce, yönetim organının şirketi idare etmesi işlevini ancak pay sahiplerinin güvenine mazhar ise yerine getirebileceğidir⁵⁶.

Bu hüküm, -yöneticiler karşısında üçüncü şahıs konumunda olan- şirketin malvarlığını yönetme yetkisinin serbestçe geri alınabilmesi ilkesine ilişkin bir düzenleme olarak görülmektedir⁵⁷.

Bu durumda, genel kurulda, ilgili yönetim organı üyesine olan güvenin artık söz konusu olmadığı yönünde alınan bir karara dayanarak, gözetim kurulu isterse bu üyeyi azledebilecektir. Buna karşılık, genel kurulun kararı bariz bir şekilde nesnel olmayan, sadece subjektif sebeplerle alınmışsa, o takdirde böyle bir karar, yönetim organı üyesini süresinden önce görevden almak açısından yeterli olmayacaktır⁵⁸. Böylece, APOK § 84/4'te, genel kurulun, yönetim organı üyesine güvenini kaybettiğine ilişkin kararının, gözetim kurulunun üyeyi görevden alması açısından önemli neden oluşturması hâline, -hakkın kötüye kullanılmasına engel olmak adına⁵⁹- bir istisna getirilmiştir. Buna göre, eğer genel kurulun, ilgili üyeye olan güvenini kaybettiği yönündeki kararı, açık bir şekilde öznel sebeplere dayanmaktaysa, gözetim kurulu böyle bir kararı, ilgili üyenin süresinden önce azledilmesi kararına dayanak gösteremeyecektir.

⁵² Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht* (24. Bası, CH Beck 2017) § 27 N 4 ve N 10; Fleischer (n 14) § 84 N 9 ve 127; Markus Weber, *Hölters/Weber, Aktiengesetz* (4. Bası, CH Beck 2022) § 84 N 5 ve 64 Barbara Dauner-Lieb, *Henssler/Sirohn Gesellschaftsrecht* (5. Bası, CH Beck 2021) § 84 N 1; Gerald Spindler, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5. Bası, CH Beck 2019) § 84 N 120.

⁵³ Dauner-Lieb (n 52) § 84 N 30; Spindler, 'Münchener' (n 52) § 84 N 128.

⁵⁴ Gregor Thüsing, *Fleischer Handbuch des Vorstandsrechts* (CH Beck 2006) § 5 N 8.

⁵⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Jens Koch, *Gesellschaftsrecht* (12. Bası, CH Beck 2021) § 30 N 18.

⁵⁶ Fleischer (n 52) § 84 N 141; Jens Koch, *Aktiengesetz* (16. Bası, CH Beck 2022) § 84 N 62; Christian Wentrup, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 4. Cilt (5. Bası, CH Beck 2020) § 20 N 58.

⁵⁷ Hans C Grigoleit, *Grigoleit, Aktiengesetz* (2. Bası, CH Beck 2020) § 84 N 46.

⁵⁸ Windbichler (n 52) § 27 N 10.

⁵⁹ Grigoleit (n 57) § 84 N 46.

Alman Federal Mahkemesi⁶⁰, somut olayda, yönetim organı üyesine güvenin kaybına yol açacak nesnel bir sebebin tespit edilememiş olmasını, APOK § 84/4 anlamında, görevden almayı engelleyen bir durum görmemiş; bunun için, güven kaybı yönündeki kararın açıkça nesnel olmayan sebeplere dayanması gerektiğini, bu konudaki ispat yükünün de azledilen üyede olduğunu belirtmiştir. Federal Mahkemeye göre, önemli bir sebepten söz edilebilmesi için, sadece güvenin kaybedilmiş olması yeterlidir. Güven kaybına yol açan sebebin isabetli olup olmaması önemli değildir. Zira, genel kurulun, güvenini kaybettiği yönündeki kararını dayandırdığı sebebin varlığını ispat edememiş olması, o sebebin bariz bir şekilde nesnel olmadığı ya da hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmez. Genel kurulun kararında, yönetim organı üyesine karşı objektif olmayan bazı sebeplere dayanılması, hatta onun, güven kaybına yol açtığı iddia edilen davranışının, objektif olarak bakıldığında haklı görülebilmesi dahi, genel kurul kararının bariz şekilde nesnel olmayan bir sebeple alındığı ve dolayısıyla, görevden alma açısından önemli sebep olarak kabul edilmemesi gerektiği sonucunu doğurmaz⁶¹.

“Bariz bir şekilde⁶² nesnel olmayan sebep” demek; keyfi, tutar yanı olmayan, dürüstlük kuralına veya ahlâka ya da herhangi bir biçimde hukuka aykırı sebep demektir⁶³. Böyle bir durum olmadığı sürece, sadece güvenin kaybedildiği yönündeki bir genel kurul kararının gerekçelendirilememiş olması, onun keyfi alınmış bir karar olduğu anlamına gelmez. Örneğin, şirkette payların çoğunluğunu edinen bir hissedarın, yönetim organı üyelerinin değişmesini sağlamak üzere, güven kaybına yönelik olarak genel kurulda bir karar alınmasını sağlaması hâlinde, böyle bir karar, gözetim kurulu açısından önemli bir sebep oluşturabilir. Zira yeni hissedar, şirketin bundan böyle kendisinin güvenilebileceği üyelerle yönetilmesini isteyebilir⁶⁴.

Bununla birlikte gözetim kurulu, yönetim organı üyesini azletme konusunda serbesttir. Genel kurulun kararına rağmen, ilgili üyenin görevde kalmasına karar verebilir. Zira şirketin menfaati böyle bir kararı gerekli kılabilir⁶⁵.

Gözetim kurulunun yönetim organı üyelerini görevden alması konusunda belirtilmesi gereken diğer bir husus da, yönetim organı üyelerinin herhangi bir önemli sebep olmaksızın her zaman azledebileceğine ilişkin bir kural getirilemeyeceği gibi; tersine, bu yetkinin kullanılmasının sadece belirli bazı önemli sebeplerin varlığı hâli ile de sınırlandırılmayacağıdır. Başka bir anlatımla, gözetim kurulunun yönetim

⁶⁰ BGH II ZR 217/15, DSrR 2017, 555 ff.

⁶¹ Fleischer (n 14) § 84 N 141; Koch, ‘*Gesellschaftsrecht*’ (n 55) § 84 N 63.

⁶² Nesnel olmadığı sadece tahmin edilebilen ya da nesnel olmadığı detaylı bir inceleme sonucunda anlaşılacak hallerde, genel kurulun güven kaybına ilişkin kararının önemli sebep oluşturmasına engel bir durumdan söz edilemez, BGH II ZR 217/15, DSrR 2017, 556.

⁶³ Hâkim pay sahibinin şirketin çıkarına aykırı bir talebine, görevinin gereği karşı çıkan üye hakkında güven kaybı yönünde alınan bir karar buna örnek gösterilmektedir, bkz Spindler, ‘*Münchener*’ (n 52) § 84 N 142.

⁶⁴ ibid § 84 N 142.

⁶⁵ ibid § 84 N 142.

organı üyelerini azil yetkisi mutlaktır (*Entschließungsfreiheit des Aufsichtsrats*); gözetim kurulunun bu yetkiyi ancak belirli bazı hâllerde kullanabileceği şeklinde bir sınırlandırma yapılamaz⁶⁶.

Gözetim kuruluna gelince; gözetim kurulu üyeleri, kural olarak genel kurul tarafından seçilir⁶⁷. Ancak, belirli hissedarlara ya da belirli payların sahiplerine, gözetim kuruluna üye gönderme hakkının tanındığı hâller ve belirli düzenlemeler uyarınca işçi temsilcilerinin de kurulda yer almasının öngörüldüğü durumlar söz konusu olabilir.

Önerilen herhangi bir adayı seçme yükümlülüğü bulunmayan hâllerde, genel kurul kendi belirlediği gözetim kurulu üyelerini, tamamen güven temeline dayalı bir seçim olduğu için⁶⁸, seçtikleri sürenin dolmasından önceki bir tarihte, diğer bir ifadeyle her zaman ve herhangi bir sebep göstermeksizin, tamamen kendi takdir yetkisini kullanarak⁶⁹ görevden alabilir⁷⁰. Ancak, böyle bir karar için özel bir yetersayı aranmaktadır (APOK § 103/1). Bu da, kullanılan oyların en az dörtte üçüdür. Böylece, genel kurulun güvenini kaybetmiş bir gözetim kurulu üyesi, anılan nisapla azledilebilecektir. Gözetim kuruluna üye gönderme hakkının tanındığı bir durumda, bu üyeler, kendilerini gönderen hissedarlar tarafından her zaman azledilebilirler ve yerlerine başka üyeler gönderilebilir. Eğer, gözetim kuruluna gönderilen üyeler açısından belirli şartlar aranmışsa ve bu şartlar artık mevcut değilse, o takdirde şartları düşen üyeler, genel kurul tarafından da görevden alınabilir. Bunun için, basit bir karar nisabı yeterli görülmektedir. Ayrıca, önemli bir sebebin varlığı hâlinde, gözetim kurulunun ya da gönderilen üyeler açısından, belirli tutardaki paya sahip hissedarların başvurusu üzerine, mahkemece de ilgili üye görevden alınabilir (APOK § 103/3). İşçi temsilcisi olarak seçilen üyelerin görevden alınmaları ise, ilgili düzenlemelere tabidir.

Gözetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından her zaman görevden alınabilmesi için aranan yetersayı düşürülebileceği gibi, artırılabilir de⁷¹. Bununla

⁶⁶ ibid § 84 N 129.

⁶⁷ Açıklama için bkz. Koch, '*Gesellschaftsrecht*' (n 55) § 30 N 25.

⁶⁸ Cornelius Simons, *Hölters/Weber, Aktiengesetz* (4. Bastı, CH Beck 2022) § 103 N 6.

⁶⁹ Spindler, genel kurulun gözetim kurulu üyelerini görevden alma konusundaki serbestisinin sınırını sadece, -istisnai hallerde devreye girebilen- pay sahiplerinin birbirlerine ve şirkete karşı olan sadakat yükümlülüğünün oluşturduğunu belirtmektedir. Spindler'e göre, örneğin, şirkete zarar verebileceğini düşündüğü bir işlemi reddeden önceki yönetimin yerine, böyle bir işlemi kabul edebilecek yeni bir yönetim organı belirlenmesi için, gözetim kurulu üyelerinin görevden alınması yönünde oy kullanan pay sahipleri, şirkete karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal etmektedir, Gerald Spindler, *beck-online.Grosskommentar, Aktienrecht*, Band 1 (5. Bastı, CH Beck 2022) § 103 N 7; aynı yönde Simons (n 68) § 103 N 15.

⁷⁰ Windbichler (n 52) § 28 N 5; Spindler, '*Münchener*' (n 52) § 103 N 6.

⁷¹ Nitekim APOK § 103/1'de esas sözleşmenin farklı bir yetersayı öngörebileceği açıkça düzenlenmektedir. Michael Hoffmann-Becking, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 4. Cilt (5. Bastı, CH Beck 2020) § 30 N 95; Spindler, '*Grosskommentar*' (n 69) § 103 N 14.

birlikte, hâkim öğretide, görevden alma işlemi için usule ilişkin ilave bazı koşullar⁷² aranabileceği, fakat böyle bir kararın önemli sebeplerin ya da belirli sebeplerin varlığına bağlanamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, genel kurulun gözetim kurulu üyelerinin azli konusunda, herhangi bir sebep göstermeksizin, tamamen kendi takdirine göre karar verme yetkisi, esas sözleşme ile de olsa sınırlandırılmaz⁷³.

Sonuç olarak Alman Hukukunda, gözetim kurulunun yönetim organı üyelerini görevden alabilmesi için önemli bir sebebin varlığı aranmakla birlikte, genel kurulun ilgili üyeye güvenini kaybetmesi, gözetim kurulunun bu üyeyi azletmesi açısından önemli sebep olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber genel kurul kararının, açıkça sadece öznel sebeplerle alınması, bu kararın önemli sebep olarak değerlendirilmesinin önünü kapatmaktadır. Ayrıca, şunu da belirtelim ki, gözetim kurulu, yönetim organı üyelerini görevden alma konusunda mutlak bir yetkiye sahip olduğu için, bu yetki, sadece belirli bazı sebeplerin varlığında kullanılacak şekilde sınırlandırılmaz.

Gözetim kurulu üyeleri açısından bakıldığında ise, görülmektedir ki, genel kurul, kendi belirlediği gözetim kurulu üyelerini her zaman ve herhangi bir sebep göstermeksizin azledebilmektedir. Bu bakımdan getirilen tek şart, kararın, kanunda belirtilmiş özel bir yetersayıyla alınmasıdır. Bunun dışında, bu yetkiye, esas sözleşmeyle de olsa, -usule ilişkin şartlar hariç- herhangi bir biçimde bir sınır getirilemez.

2. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

ABD’de eyalet düzenlemelerine örnek teşkil eden Model Business Corporation Act (“MBCA”) çerçevesinde, yönetim organı üyelerini herhangi bir sebep olmaksızın görevden alma hakkı tanınmakla beraber, bunun aksinin düzenlenmesi imkânı da bulunmaktadır; diğer bir ifadeyle, şirketin esas sözleşmesinde, yöneticilerin, sadece belirli sebepler nedeniyle görevden alınabileceğinin öngörülmesi mümkün kılınmıştır [MBCA § 8.08 (a)].

Bununla birlikte şirketlerin, tabi olmaları açısından genelde tercih ettikleri Delaware Hukukunda, üyelerden birinin veya üyelerin tamamının, herhangi bir sebep bulunmaksızın görevden alınabileceği kuralı vurgulanmış ve sadece iki hâlde bu duruma istisna getirilmiştir. Bunlardan biri, kademeli (“*staggered*”), zamana yayılmış üye seçim sistemi; diğeri ise, birikimli oy kullanılarak yapılan üye seçim sistemidir. Sadece bu hâllerde, üyelerin görevden alınması belirli şartlar altında haklı sebeplerin varlığına bağlanmıştır [Delaware General Corporation Law (“DGCL”) § 141 (k)].

⁷² APOK § 103/1’de “*weitere Erfordernisse*” olarak ifade edilen bu koşullara örnek olarak, kanunda düzenlenen daha ağır bir yetersayı öngörülmesi, görevden alma kararının ikinci bir karar ile onaylanması veya önceden ilgili üyenin dinlenmesi gibi şartlar gösterilmektedir. Bkz Mathias Habersack, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5. Bası, CH Beck 2019) § 103 N 18;

⁷³ Koch, ‘*Gesellschaftsrecht*’ (n 55) § 103 N 4; Habersack (n 72) § 103 N 18; Hans-Joachim Mertens ve Andreas Cahn, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/2, §§ 95-117* (3. Bası, Carl Heymanns 2013) § 103 N 17; Simons (n 68) § 103 N 9.

DGCL § 141 (k) uyarınca, üyelerin DGCL§ 141 (d)'de düzenlendiği şekilde sınıflandırıldığı, diğer bir deyişle, kademeli üye seçim sisteminin tercih edildiği bir şirkette, eğer esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmuyorsa, üyeler sadece haklı sebeplerin mevcudiyetinde azledilebilirler.

Yönetim organı üyelerinin kademeli seçim sistemi şöyle işlemektedir: Şirketin esas sözleşmesinde, yönetim organı üyeleri iki ya da üç gruba bölünerek, gruplarına göre üyelerin görev süreleri farklı belirlenir. Grup sayısına göre, her grup, toplam üye sayısının yarısından ya da üçte birinden oluşur. Birinci grupta yer alan üyelerin görev süresi, seçildikleri toplantıdan sonraki ilk yıllık genel kurul toplantısında; ikinci grupta yer alanlarınkı, seçildikleri toplantıdan sonraki ikinci yıllık genel kurul toplantısında; eğer varsa, üçüncü grupta yer alanlarınkı ise, seçildikleri toplantıdan sonraki üçüncü yıllık genel kurul toplantısında sona erer. Birbirini takip eden her yıllık genel kurul toplantılarında, süreleri dolanların yerine geçmek üzere, duruma göre iki ya da üç yıllık bir süre için üye seçimi yapılır⁷⁴. Bu durumda her yıl üyelerin sadece üçte biri için seçim yapılacak, diğer bir ifadeyle, her yıl sadece bir gruptaki üyeler için yeniden seçime gidilecek, diğer gruptakiler görevine devam edecektir⁷⁵.

Yönetim organı üyelerinin hepsinin bir anda değil de, yer aldıkları sınıfa göre kademeli olarak seçildikleri bu sistem, özellikle ABD'de, şirket ele geçirmelerine ("*hostile takeover*")⁷⁶ karşı bir önlem aracı olarak kullanılmaktadır⁷⁷. Böyle bir sistemde, şirkette oy çoğunluğuna ulaşan, diğer bir ifadeyle kontrolü ele geçiren hissedarlar, derhâl bir anda yönetim organı üyelerinin tamamını, hatta çoğunluğunu değiştirme imkânı bulamazlar. Böyle bir imkân, ancak, üyeleri görevden almak için haklı bir sebebin varlığında söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, Delaware Hukukunda, üyelerden biri ya da tamamı olsun, bunların herhangi bir sebep göstermeksizin görevden alınabilecekleri konusu emredici bir şekilde hükme bağlanmış ve bunun aksi, diğer bir deyişle, ancak bir sebep varsa azledilebilecekleri yönündeki sınırlama, sadece hükümde belirtilen istisnai hallere indirgenmiştir.

Delaware Mahkemesi'nin de bu yönde kararları mevcuttur. Gördüğü davalardan birinde⁷⁸ Mahkeme, DGCL § 141 (k) düzenlemesinin kural olduğunu ve sadece iki istisnai hal dışında, yöneticilerin pay sahipleri tarafından görevden alınmasının herhangi bir sebebin varlığına bağlanamayacağına hükmetmiştir.

⁷⁴ Ayrıca bkz MBCA § 8.06.

⁷⁵ Bebchuk, Coates IV ve Subramanian (n 6) 893 vd; Lucian A Bebchuk, Alma Kohen ve Allen Ferrell, 'What Matters in Corporate Governance?' (2009) 22(2), 783 ff.

⁷⁶ Kavram açısından bkz Şehirli Çelik (n 26) 51 vd.

⁷⁷ Bebchuk, Coates IV ve Subramanian (n 6) 887 vd.

⁷⁸ In re VAALCO Energy, Inc Stockholder Litigation, CA No 11775-VCL (Del Ch Dec 21, 2015).

Yine Delaware Mahkemesi başka bir kararında⁷⁹, DGCL § 141 (k) düzenlemesinin, sadece, yöneticilerin görevden alınmasının şarta bağlanmasını değil, aynı zamanda bu yöndeki bir kararın, -basit çoğunlukla alınması yeterli olduğu için- ağırlaştırılmış nisaba bağlanmasını da yasakladığını belirtmiştir. Bu karara konu olan olaydaki şirkette, yönetim organı üyelerinin azli için ağırlaştırılmış bir yetersayı öngörülmüştür. Davacı da böyle bir düzenlemenin DGCL § 141 (k) hükmüne aykırılık oluşturduğu iddiasını ileri sürmüştü, buna karşılık davalı, anılan hükmün, sadece hangi şartlar altında üyelerin sebepsiz olarak görevden alınabileceklerini düzenlediği, ancak, böyle bir karar için gerekli olan yetersayıya (oy yüzdesine) ilişkin bir kural içermediği savunmasında bulunmuştur. Davalıya göre, anılan düzenleme, üyelerin azli konusundaki yetersayı açısından şirketi serbest bırakmıştır. Eğer, kanun koyucu aksini isteseydi, bunu açıkça ifade eder, yetersayı konusunda basit çoğunluk kuralını emredici bir şekilde kaleme alırdı. Delaware Mahkemesi ise, DGCL § 141 (k) hükmünün bu şekilde yorumlanamayacağını, bunun, pay sahiplerine, basit bir çoğunlukla alacakları kararla, sebep göstermeksizin üyeleri azletme imkânı tanıyan bir düzenleme olduğunu belirtmiştir. Başka bir anlatımla, Mahkemeye göre, bu hüküm sadece, herhangi bir sebep bulunmasa da, üyelerin görevden alınmasının mümkün olduğunu ortaya koyan bir düzenlemedir. Eğer yetersayının ağırlaştırılabileceği kabul edilirse, o takdirde genel kurulun bu imkândan faydalanması da zorlaşır ki, DGCL § 141 (k) buna fırsat veren bir düzenleme değildir.

Sonuç olarak ABD Hukukunda, MBCA, kural olarak, yönetim organı üyelerinin herhangi bir sebep olmaksızın görevden alınabileceğini öngörmekle birlikte, aksine bir düzenlemenin de olabileceğine işaret etmektedir. Nitekim, bazı eyalet düzenlemeleri de bu yöndedir⁸⁰. Buna karşılık, şirketlere sağladığı imkânlar ve kolaylıklar nedeniyle tercih edilen Delaware Hukukunda, yönetim organı üyelerinin herhangi bir sebep bulunmaksızın görevden alınabilmesi kural, bunun aksi bir durum ise istisna olarak kabul edilmiştir ki, bunlar da sadece iki hâlden ibarettir.

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda “azil serbestisi” (*la libre révocabilité - révocation ad nutum*) ilkesine⁸¹ dair temel düzenleme Fransız Ticaret Kanunu (“FrTK”) L 225-18’dir. Anılan hükümde, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararıyla “her zaman” görevden alınabilecekleri düzenlenmiştir⁸². Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisi şarta bağlanamayacağı gibi, kararın herhangi bir sebebe

⁷⁹ Frechter v Zier, CA No 12038-VCG, 2017 WL 345142 (Del Ch Jan 24, 2017).

⁸⁰ Örneğin, bkz Washington Eyaleti açısından RCW 23B.08.080.

⁸¹ Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) içtihadında “azil serbestisi”nin anonim ortaklıklar hukukunun bir ilkesi olarak anıldığı ve “azil serbestisi ilkesi” (*le principe de libre révocation*) olarak kavramsallaştırıldığı gözlenmektedir. Karar için bkz Cour de cassation (“Cass”) Chambre Commerciale (“com”), 17 mars 2021, n° 19-10.350. İlke, “*révocation ad nutum*” olarak da anılmaktadır [Dondero (35) N 832; Cozian, Viandier ve Deboissy (n 35) N 811].

⁸² Aynı ilke yönetim kurulu tarafından atanan murahhas (*le directeur général*) bakımından da geçerlidir (FrTK L 225-55).

dayandırılmasına, konunun toplantı gündeminde bulundurulmasına veya ilgili üyeye önceden ihbar edilmesine⁸³ de ihtiyaç yoktur⁸⁴. Bu sebeple genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma hakkının “mutlak” karakteri vurgulanmaktadır⁸⁵.

Kanunun açıkça tazminat hakkı tanıdığı durumlar haricinde, azledilen kişinin tazminat hakkı dahi doğmamaktadır⁸⁶. Üstelik azil serbestisi ilkesinin, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında kurulan sözleşmede yer verilen tazminat hükümlerini de bertaraf edebileceği kabul edilmektedir⁸⁷. Bu kapsamda halka açık olmayan anonim ortaklıklarda, yönetim kurulu üyelerinin azline bağlı olarak şirkete ağır bir mali yükümlülük getiren ve genel kurulun azil yetkisini kullanmasına ket vuran sözleşmesel tazmin mekanizmaları (örneğin, *golden parachute*) geçersiz sayılabilmektedir. Azli zorlaştıran ağır tazminat hükümlerinin daha sık görüldüğü halka açık anonim ortaklıklarda ise bu sorun özel hükümlerle düzenlenmiş ve söz konusu haklar daha katı kurallara bağlanmıştır⁸⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, öğretide, azil serbesti ilkesinin emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin olduğu; bu nedenle ilkeye aykırı esas sözleşme yahut ortaklık düzeni dışındaki borçlar hukuku sözleşmelerinin kesin hükümsüz sayıldığı kabul edilmektedir⁸⁹. İlkenin kamu düzeniyle ilişkilendirilmesinin Fransız hukuku açısından özel bir anlamı vardır. Nitekim anonim şirketler hukukunun kamu düzenini ilgilendiren normları “kamusal ortaklık düzeni” (*ordre public sociétaire*) olarak anılır⁹⁰. Kamusal ortaklık düzenini ihlal eden hükümler ise, esas sözleşme dışında pay sahiplerinin kendi aralarındaki borçlar hukuku sözleşmelerinde öngörülmüş olsa dahi kesin hükümsüz sayılmaktadır⁹¹. Örneğin, Fransız Temyiz Mahkemesi’nin 7 Ocak 2004 tarihli kararında pay sahipleri arasındaki sözleşmelerin kamusal

⁸³ Ancak Temyiz Mahkemesi, adil yargılanma hakkına (*le principe de la contradiction*) istinaden ilgili üyeye genel kurulda kendisini savunma imkânı verilip verilmediği hususunda hassasiyet göstermektedir. Mahkemece, üyenin görevden alınmasına karar verilmeden önce genel kurulda azil sebebini öğrenmesinin altı çizilmektedir (Cass com, 10 mai 2006, n° 05-16.909; Cass com, 19 juillet 2012, n° 11-23.280). Öte yandan bu gerekliliğin, azil kararının “haklı” bir sebebe dayandırılması anlamına gelmediği vurgulanmalıdır. Fransız içtihat hukukundaki bu usuli koşulun, Birleşik Krallık hukukunda Companies Act 2006’ın 169. maddesinde düzenlenen usuli koruma mekanizmasıyla (bilgi için bkz aşağıda, D- Birleşik Krallık Hukuku) benzerlik gösterdiği söylenebilir.

⁸⁴ Philippe Pétel et al, *Code de Commerce 2014* (26. Bası, Dalloz 2014) 296; Dondero (n 35) N 832; Cozian, Viandier ve Deboissy (n 35) N 811; Philippe Merle ve Anne Fauchon, *Droit Commercial: Sociétés Commerciales* (22. Bası, Dalloz 2018) N 435.

⁸⁵ Carsten Gerner-Beuerle ve Michael A Schillig, *Comparative Company Law* (OUP 2019) 453.

⁸⁶ Dondero (n 35) N 834; Cozian, Viandier ve Deboissy (n 35) N 860. Öte yandan azil yetkisinin kullanımındaki hukuka aykırılıkların tazminata sebebiyet verebileceği yönünde bkz ibid N 836. Örneğin, azledilen üyenin elinden şirket kaşelerinin alınarak bu kişinin dürtüslüğü hususunda şüphe uyandırarak biçimde azil kararının bankaya veya müşterilere bildirilmesi hâlinde, ilgilinin itibarına zarar verilmesinin tazminata yol açabileceği ileri sürülmektedir. Örnekler için bkz Dondero (n 35) N 837; Cozian, Viandier ve Deboissy (n 35) N 856-859.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Dondero (n 35) N 839; Merle ve Fauchon (n 84) N 435.

⁸⁸ Bilgi için bkz ibid N 435; Gerner-Beuerle ve Schillig (n 85) 454.

⁸⁹ Pétel et al (n 84) 270; Dondero (n 35) N 833; Cozian, Viandier ve Deboissy (n 35) N 855; Merle ve Fauchon (n 84) N 435.

⁹⁰ Yves Guyon, ‘Liberté Contractuelle et Droit des Sociétés’ (2003) 1 Revue de Jurisprudence Commercial, Conférence Association de Droit et Commerce - Tribunal de Commerce de Paris - 27 Janvier 2003 1, 8; Sophie Schiller, *Les Limites de la Liberté Contractuelle en Droit des Sociétés: Les Connexions Radicales* (LGDJ 2002) 20-21.

⁹¹ Yves Guyon, *Les Sociétés: Aménagements Statutaires et Conventions Entre Associés* (5. Bası, LGDJ 2002) N 201.

ortaklık düzenine aykırı olmaması koşuluyla geçerli olabileceği belirtilmiştir⁹². Azil serbestisine özgü kararlarında ise Temyiz Mahkemesi, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisini engellemeyi veya kısıtlamayı amaçlayan yahut bu etkiyi doğuran her türlü düzenlemenin geçersiz olacağını ortaya koymuştur⁹³. Böylelikle Fransız anonim şirketler hukukunda azil serbestisi ilkesinin kamusal ortaklık düzenine ait olduğu, hem öğretide hem yargı kararlarında benimsendiği görülmektedir.

Fransız anonim ortaklıklar hukuku, yönetim modelinin seçimi hususunda pay sahiplerine geniş bir özgürlük alanı sağlamaktadır. Bu kapsamda, ülkemizdeki gibi, ayrı bir gözetim organının bulunmayıp yalnızca yönetim kurulunun mevcudiyetiyle yetinen tekli (monist) sistem benimsenebileceği gibi, Alman hukukuna benzer şekilde, yönetim organı dışında ayrı bir gözetim kurulunun (*le conseil de surveillance*) varlığına imkân tanıyan ikili (düalist) sisteme de izin verilmektedir (FrTK L 225-57 vd). İkili sistemin tercih edildiği ortaklıklarda gözetim kurulu üyelerinin olağan genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabileceği düzenlenmektedir (FrTK L 225-75). Böylelikle tekli sistemde yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülen kural, çift kurullu sistemde gözetim kurulu üyeleri için de kabul edilmiştir. Ayrıca ikili sistemin geçerli olduğu ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin⁹⁴ de genel kurul veya -esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla- gözetim kurulu tarafından görevden alınabileceği öngörülmektedir (FrTK L 225-61). Bununla birlikte Alman hukukunun aksine, ikili sistem çerçevesinde ne gözetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından ne yönetim kurulu üyelerinin genel kurul veya gözetim kurulu tarafından görevden alınmasında haklı sebep veya özel yetersayı aranmaktadır.

4. Birleşik Krallık Hukuku

Birleşik Krallık⁹⁵ hukukunda, anonim ortaklık (*public company*) pay sahiplerine şirketin organizasyonel yapısını şekillendirme konusunda geniş bir özgürlük tanınmıştır. Söz konusu örgütlenme serbestisine bağlı olarak, yönetim kurulu üyelerinin seçilmesinde kimin söz sahibi olacağı ve görev süreleri dahi emredici

⁹² Cass com, 07 janvier 2004, n° 00-11.692. Temyiz Mahkemesi, karara konu uyumsuzlukta pay sahipleri sözleşmesinin pay devir serbestisi ilkesi karşısında geçerli olup olmadığını incelemiştir.

⁹³ Cass com, 26 avril 2017, n° 15-12888: "... qu'est illicite toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la libre révocabilité de l'administrateur d'une société anonyme". ("Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin serbestçe azledilebilmesi imkânını kısıtlamayı amaçlayan veya bu etkiyi doğuran her türlü düzenleme hukuka aykırıdır."); Cass com, 17 mars 2021, n° 19-10.350: "[...] le principe de la libre révocabilité des mandataires sociaux, [...] s'oppose à toute stipulation ayant pour objet ou pour effet d'entraver ou de restreindre l'exercice du droit de révocation". ("Şirket yöneticilerinin serbestçe azledilebilmesi ilkesi, azil yetkisini kısıtlamayı amaçlayan yahut bu etkiyi doğuran her türlü düzenlemeye engel olur").

⁹⁴ FrTK L 225-58 ve L 225-59 uyarınca, ikili sistemi benimseyen ve sermayesi 150.000 EUR altında olan anonim şirketlerde icra kurulunun (*le directoire*) yetkilerinin tamamı bir kişiye devredilebilir. Bu durumda yönetim kurulunun yerine geçen ve organ sıfatıyla hareket eden kişi "tek yetkili yönetici" (*le directeur général unique*) olarak anılmaktadır.

⁹⁵ "Birleşik Krallık hukuku" teriminin "İngiliz hukuku"na nazaran şirketler hukuku bağlamında ilgili hukuk sisteminin uygulama alanını daha isabetli yansıtan bir kavram olduğu kanaatindeyiz. Nitekim şirketler hukukunu düzenleyen Companies Act 2006, yalnızca İngiltere'de değil, Birleşik Krallık'ın diğer unsurlarını teşkil eden Galler'de, Kuzey İrlanda'da ve -bazı değişikliklerle- İskoçya'da da uygulanma alanı bulmaktadır (Companies Act 2006 sec 1299).

hükümlerle düzenlenmemiştir. Yerleşik uygulama ise, ABD'deki kademeli üye seçim sisteminde⁹⁶ olduğu gibi, yönetim kurulu üyelerinin rotasyona tabi olarak üç yıllığına seçilmesi ve her yıl genel kurul toplantısında görev süresi dolan üyelerin yerine yenilerinin atanması şeklindedir⁹⁷. Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından seçilmesi yönündeki bu uygulama, kaynağını emredici bir normdan veya içtihat hukukundan değil, şirketlerin esas sözleşmelerinden almaktadır⁹⁸.

Anonim şirketler hukukunda pay sahiplerine tanınan bu geniş sözleşme ve örgütlenme özgürlüğüne rağmen genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisi emredici hükümlerle düzenlenmiştir⁹⁹. Genel kurulun azil serbestisini düzenleyen Companies Act 2006 (“CA”) 168 hükmü uyarınca, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından her zaman görevden alınabilir. Anılan hüküm, yönetim kurulu üyelerinin, görev süresi sona ermeden önce ve şirketle aralarındaki sözleşmeye bakılmaksızın, genel kurul toplantısında hazır bulunanların oy çoğunluğuyla azledilebileceğini emredici bir şekilde öngörmektedir. Genel kurulun yönetim kurulu üyesini görevden alma kararını herhangi bir haklı sebebe dayandırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹⁰⁰.

Öteyandan genel kurulun bu yetkisini kullanabilmesi, ilgili üyeye kendisini savunma imkânı tanınması amacıyla emredici nitelikteki usul kurallarına bağlanmıştır¹⁰¹. Bu kapsamda ilk olarak özel bir ihbar (*special notice*) yükümlülüğünden söz edilmelidir. CA 168/2 uyarınca, yönetim kurulu üyesinin azlinin görüleceği toplantıdan en az 28 gün önce (CA 312/1) azil önergesinin şirkete iletilmesi gerekmektedir. Söz konusu ihbar, azli görülecek olan üyeye ve pay sahiplerine de şirket tarafından tebliğ edilmelidir¹⁰². Ayrıca ilgili üye, genel kurul toplantısından önce hazırladığı

⁹⁶ Bkz yukarıda “B- Amerika Birleşik Devletleri Hukuku”.

⁹⁷ Paul Davies ve Sarah Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law* (10. Bası, Sweet & Maxwell 2016) N 14-24. Birleşik Krallık'ta yeni kurulan anonim şirketlerin esas sözleşmelerine model teşkil etmek üzere, *Companies House* tarafından esas sözleşme taslağı (*Model Articles for Public Companies*) yayımlanmaktadır. Şirketler kendi esas sözleşmelerinde aksini düzenlemedikleri hususlarda, *Model Articles for Public Companies*'deki kuralları benimsemiş sayılırlar (Companies Act 2006 sec 20). Yönetim kurulu üyelerinin seçimi bakımından yukarıda açıklanan yerleşik uygulama *Model Articles for Public Companies*'in 21/2-b maddesinden kaynaklanmaktadır. Halka açık anonim ortaklıklarda ise kurumsal yönetim kuralları çerçevesinde, yönetim kurulu üyelerinin seçiminin her yıl yapılması önerilmektedir [David Kershaw, *Company Law in Context* (2. Bası, OUP 2012) 221].

⁹⁸ Davies ve Worthington (n 97) N 14-24; Kershaw (n 97) 221; Gerner-Beuerle ve Schillig (n 85) 444. Esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin belirli bir pay grubu, borçlanma senedi sahipleri, yahut üçüncü bir kişi tarafından seçileceği dahi öngörülebilir. Esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerine, istifa eden veya azledilen diğer üyelerin yerine yenilerini seçebilme yetkisi de tanınabilir. Üstelik bu yetki, TTK 363'te düzenlenen, boşalan üyeliğin geçici olarak doldurulması (kooptasyon) kurumundan farklı olarak, sürekli bir nitelik arz edebilir.

⁹⁹ Öğretide ve yargı kararlarında CA 168-169'un emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir (Davies ve Worthington (n 97) N 14-49 dn 116; Kershaw (n 97) 223). Ancak Companies Act sec 2006'dan önce yürürlükte olan Companies Act 1985 sec 303'te azil yetkisinin emredici niteliğinin açıkça düzenlenmiş olmasına karşılık, CA 168'in bu yönde bir ifadeyi içermediği gerekçesiyle bu hususta çekincelerini ifade eden John Birds, *Boyle & Birds' Company Law* (9. Bası, Jordan 2014) 562.

¹⁰⁰ Kershaw (n 97) 222; Gerner-Beuerle ve Schillig (n 85) 448.

¹⁰¹ Davies ve Worthington (n 97) N 14-52; Sarah Worthington, *Sealy & Worthington's Text, Cases, and Materials in Company Law* (11. Bası, OUP 2016) 300.

¹⁰² Azil önergesini alan şirketin, genel kurul toplantısından en az 14 gün önce yapması gereken toplantı davetine bu önergeyi eklemesi gerekli ve yeterlidir [Davies ve Worthington (n 97) N 14-52].

savunmasının pay sahiplerine iletilmesini şirketten isteyebileceği gibi, genel kurul toplantısında¹⁰³ da kendisine söz hakkı verilmelidir (CA 169).

Kanunda öngörülen bu spesifik ve emredici usuli rejim nedeniyle Birleşik Krallık hukukunda anonim ortaklık genel kuruluna tanınan azil serbestisinin Fransa'daki kadar katı olmadığı söylenebilir. Bir başka gerekçe ise yönetim kurulu üyelerine tanınan sözleşmesel hakların azil serbestisi karşısındaki güçlü konumudur. Nitekim CA 168/5 hükmü, yönetim kurulu üyesinin azline bağlanan tazminat yükümlülüklerinin¹⁰⁴ saklı olduğunu öngörmektedir. Bu durumun temel sebebinin, Anglo-sakson hukuk geleneğinin sözleşme serbestisine ve onun altındaki irade özgürlüğüne biçtiği değer olduğu söylenebilir. Nitekim şirketin ilk aşamada yönetim kurulu üyesiyle arasındaki sözleşmenin içeriğini belirlerken özgür iradesiyle hareket etmesi, sözleşmesel yükümlülüklerin ayakta tutulmasını ön plana almaktadır¹⁰⁵. Bu nedenle, öğretilde, yönetim kurulu üyesinin azline tazminat hakkı tanınması bizatihi sakıncalı görülmemekte; fakat ilgili üyenin aynı zamanda pay sahibi olması durumunda sözleşmenin her iki tarafında da bulunmasının risklerine işaret edilmektedir¹⁰⁶. Zira yönetim kurulu üyesi, pay sahipliğinden kaynaklanan kontrol haklarını da kullanarak şirketi, kendisini azletmesi hâlinde, ağır bir yükümlülük altına sokabilir. Bu durum ise genel kurulun azil serbestisini sınırladığı olur. Diğer taraftan yönetim kurulu üyelerine tanınan azle bağlı tazminat hakkının fahiş derecede yüksek olması da benzer endişelere sebep olmaktadır. Hatta bu tür düzenlemelerin yalnızca genel kurulun azil serbestisini kısıtlamadığı, aynı zamanda “başarısızlığı ödüllendirmek” anlamına geldiği de vurgulanmaktadır¹⁰⁷.

Birleşik Krallık hukukunda anonim şirket genel kurulunun yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisi, pay sahiplerinin genel kurul toplantıya çağırma hakkıyla (CA 303) birlikte değerlendirildiğinde, esasında, azil serbestisinin oldukça güçlü olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan genel kurulun azil kararı alabilmesi için izlenmesi gereken usuli kurallar ile üyelere tanınan sözleşmesel hakların korunma derecesi, söz konusu azil serbestisinin sınırlarını oluşturmaktadır.

¹⁰³ Birleşik Krallık anonim ortaklıklar hukukunda, Türkiye’de limited şirketlerde olduğu gibi (TTK 617/4), toplantı yapmaksızın genel kurul kararı alabilme imkânı bulunmaktadır. Ancak yönetim kurulu üyesinin görevden alınabilmesi için genel kurul toplantısı yapılması şarttır (Worthington (n 101) 300; Brenda Hannigan, *Company Law* (4. Bası, OUP 2012) N 7-43).

¹⁰⁴ Payları borsada işlem gören anonim ortaklıklarda ise yönetim kurulu üyelerine bu tür menfaatlerin tanınabilmesi hakkında özel düzenlemeler mevcuttur [bkz Davies ve Worthington (n 97) N 14-53 dn 129].

¹⁰⁵ Yönetim kurulu üyesi ve şirket arasındaki sözleşmede üyeye azle bağlı tazminat hakkı tanınmışsa, azledilen kişi buna hak kazanabilecektir. Bu durumda genel kurul azil yetkisini serbestçe kullanabilecek, ancak şirket tazminat borcu altına girecektir (*Southern Foundries v Shirlow* [1940] AC 701 HL; *Shindler v Northern Raincoat Co Ltd* [1960] 1 WLR 1038. Ayrıca bkz Birds (n 99) 563; Kershaw (n 97) 222. Sözleşmede böyle bir hakkın tanınmamasına rağmen, üyenin belirli bir süreyle seçilmiş olması ve CA 169’daki usuli kurallara uyulmaması durumunda da şirketin tazminat sorumluluğunun doğacağı belirtilmektedir [Davies ve Worthington (n 97) N 14-55; Worthington (n 101) 304].

¹⁰⁶ Davies ve Worthington (n 97) N 14-54.

¹⁰⁷ Davies ve Worthington (n 97) N 14-56; Hannigan (n 103) N 13-12. Halka açık ve açık olmayan anonim ortaklıklarda yöneticilere tanınan menfaatlerin kamuya açıklanması ve genel kurulun onayına tabi olması gibi düzenlemeler hakkında bkz Davies ve Worthington (n 97) N 14-56 vd.

B. Türk Hukuku

1. Azlin Haklı Sebebe, Süreye, Şarta veya Yaptırıma Bağlanması

a. Öğreti

6762 sayılı mülga TTK (“eTTK”) dönemindeki görüşlerde, yönetim kurulu üyelerinin sadece haklı sebeplerin varlığında görevden alınabilecekleri şeklindeki bir esas sözleşme düzenlemesinin, emredici nitelikte olduğu ve genel kurula mutlak bir yetki tanıdığı kabul edilen¹⁰⁸ eTTK 316 (TTK 364)¹⁰⁹ karşısında sorun oluşturabileceği; esas sözleşmeye, yönetim kurulu üyelerinin ancak belli nedenlerin mevcudiyeti hâlinde azledilebilecekleri yönünde bir hüküm konmasının, genel kurulun bu konudaki mutlak yetkisini¹¹⁰ sınırlandırma ve emredici düzenlemeye aykırılık anlamına geleceği belirtilmiştir¹¹¹.

6102 sayılı TTK döneminde de, bu husustaki görüşler aynı yöndedir. Genel kurulun bu yetkisinin, görevden alma kararının haklı (önemli) sebeplere bağlanması suretiyle sınırlandırılmayacağı belirtilmekte¹¹²; ayrıca, görevden alma kararlarının, belli bazı grup payları elinde bulunduran hissedarların ya da üçüncü bir kişinin onayına tabi tutulması veya bu kişilere kararı veto etme hakkı tanınması da mümkün görünmemektedir¹¹³. Aynı şekilde, görevden alma kararının sonuçlarının bir süreye ya

¹⁰⁸ Arslanlı (n 34) 204; Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku* (6. Bası, Olgaç 1982) 102; Yadigar İzmirli, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları* (Nobel 2001) 64.

¹⁰⁹ Mülga TTK 316/1 hükmü şöyledir: “*İdare meclisi azaları esas mukavele ile tayin edilmiş olsalar dahi umumi heyet kararıyla azlolunabilirler. Azlolunan azanın tazminat talebine hakkı yoktur.*” Bu hüküm, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun muadil düzenlemesi olan 364. maddenin 1. fıkrasından biraz farklıdır. Burada, yönetim kurulu üyelerinin, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla azledilebilecekleri hükmüne bağlanmıştır. Madde Gerekçesi’nde, böyle bir düzenleme yapılmasının nedeninin, uygulamada sorun oluşturan ve Yargıtay kararlarında farklı zamanlarda değişik yönde sonuçlara bağlanmış bulunan, yönetim kurulu üyelerinin azledilmesinin gündeme bağlılık ilkesinin kapsamında yer alıp almadığı sorununu, menfaatler dengesine uygun bir biçimde çözüme kavuşturmak düşüncesi olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, bir üyenin görevden alınabilmesi için bu konunun gündemde yer alması kuralının öngörüldüğü; ancak, üyenin azlini gerektiren haklı sebeplerin varlığı hâlinde bu kurala istisna oluşturduğu belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, haklı bir sebebin mevcut olması hâlinde, gündemde madde bulunmasa dahi ilgili üyenin görevden alınmasına imkân tanınmıştır. Bunun nedeni de, genel kurulun güvenini kaybeden, hakkında haklı bir sebep bulunan bir üyeyi, sadece gündemde yer almadığı için, daha sonraki, gündeminde bu konunun yer aldığı bir toplantıya kadar yönetim kurulunda tutmak zorunluluğunun, anılan ilkenin amacı ile bağdaşmamasıdır. Ayrıca, maddeye, azil kararının “*her zaman*” alınabileceği şeklinde bir ifade de eklenmiştir. Bununla birlikte, görevden alınan üyenin tazminat hakkı açıkça saklı tutulmuştur.

¹¹⁰ Arslanlı (n 34) 204. Genel kurula bu konuda tam bir serbesti tanıdığı konusunda bkz İzmirli (n 108) 64.

¹¹¹ Şehirali Çelik (n 26) 312.

¹¹² Akdağ Güney (n 13) 61; Paşlı ve Seyis (n 20) 6. Nitekim Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin bu yöndeki kararına göre de “[g]enel kurulun azil yetkisi devredilemeyen görev ve yetkilerden olup ana sözleşme ile de sınırlandırılmaz.” 8.1.2020, E 479/2017, K 23/2020. Bununla birlikte, Akdağ Güney, azil nedenlerinin esas sözleşmeyle belirlenebileceği görüşündedir. Aynı yönde, Kaan M Yağcıoğlu, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi* (Adalet 2018) 126; Uçar (n 20) 75.

¹¹³ Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015) 151. Genel olarak, sadece oybirliğine bağlanması mümkün olan genel kurul kararları açısından veto hakkı tanınabileceği yönünde bkz Veziroğlu (n 16) 416. Bu çalışmada yönetim kurulu üyelerinin azlinin tabi olduğu yetersayıların artırılması mümkün görülmediğinden (bkz B- Ara Sonuç), bu hususta veto hakkının tanınması da evleviyetle mümkün olmamalıdır.

da cezai şarta bağlanması gibi, azil hakkını dolaylı olarak sınırlandıran düzenlemeler de kabul edilmemektedir^{114,115}.

b. Değerlendirme

aa. Emredici Hükümler İlkesi Açısından

Yönetim kurulu üyelerinin azlinin zorlaştırılması amacıyla esas sözleşmede öngörülebilecek sınırlamalara ilişkin geçerlilik incelemesinde, karşımıza ilk olarak emredici hükümler ilkesi (TTK 340) çıkmaktadır. Anılan norm uyarınca esas sözleşme, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. O hâlde yönetim kurulu üyelerinin azlini zorlaştıran esas sözleşme hükmünün emredici hükümler ilkesi karşısında geçerli olup olmadığını tespit etmek için, ilk aşamada, söz konusu düzenlemenin “kanundan sapma” teşkil edip etmediği araştırılmalıdır. İlgili esas sözleşme hükmünün kanundan saptığı sonucuna varılacak olursa, ikinci aşamada kanunun buna “açıkça izin” verip vermediğinin incelenmesi gerekir.

Emredici hükümler ilkesi yönünden yapılacak inceleme bağlamında yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarına ilişkin TTK 364/1 ve 408/2(b) hükümleri dikkate alınmalıdır.

Meseleye ilk olarak yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarını genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayan TTK 408/2(b) açısından bakılacak olursa, esas sözleşmenin, kural olarak, kanundan sapmadığı söylenebilir. Nitekim genel kurulun azil yetkisini belirli şartlara bağlamak, bu yetkiyi genel kuruldan alarak farklı bir organa veya kişiye devretmek anlamına gelmez¹¹⁶. Diğer bir ifadeyle, söz konusu yetki hâlen münhasıran genel kurulun uhdesinde kalmaktadır.

Bununla birlikte her ne kadar genel kurulun azil yetkisini sınırlandırmanın, TTK 408/2(b) hükmünden sapma oluşturmayacağı kural olarak kabul edilse de, esas sözleşmede öyle düzenlemeler öngörülebilir ki, bunlar azil yetkisinin kullanılmasını fiilen etkisiz kılabilir. Esasında bu durumlarda dahi hukuki anlamda bir yetki devri yoktur. Ancak genel kurulun yetkisini kullanmasını fiilen imkânsızlaştıracak

¹¹⁴ Bkz Yağcıoğlu (n 112) 111 ve 124.

¹¹⁵ Benzer bir tartışma vekâlet sözleşmesi bağlamında yapılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen hükümlerinden biri olan 512. maddede, vekâlet veren ve vekilin, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceği ifade edilmektedir. Böyle bir düzenlemenin temelinde yatan düşünce, vekâlet sözleşmesinin güvene dayalı bir ilişki kurmasıdır. Öğretide, bu ilişkiyi her zaman sona erdirmenin emredici nitelikte olup olmadığı, dolayısıyla bu hakkın kullanılmasının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ya da kullanılmasının şarta bağlanmasının veya hüküm doğuracağı bir süreye tabi tutulmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar ve literatür için bkz Öz Seçer, ‘Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi’ (2015) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 877, 878 ff.

¹¹⁶ Genel kurulun yönetim kurulu üyelerinin azil yetkisine getirilen sınırlamanın TTK 408/2(b) karşısında geçerliliğine dair ayrıntılı açıklama için bkz aşağıda bb- Azlin Genel Kurulun Devredilemez Yetkilerinden Olması Açısından.

düzenlemelerin anılan hükümden TTK 340 anlamında sapma teşkil edeceği ileri sürülebilir¹¹⁷. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin azli kararının oybirliğiyle verilmesi (hatta nisapların yalnızca ağırlaştırılması¹¹⁸), üyelerin asgari bir süreden önce görevden alınamamaları, yahut ancak belirli sebeplerle (örneğin, yolsuzluk) görevlerine son verilebilmesi yönündeki düzenlemeler, genel kurulun devredilmez yetkisini kullanmasını etkisizleştiren hükümlerdir. Başka bir anlatımla, söz konusu mekanizmalar genel kurulun bu yetkisini fiilen kullanılamaz hâle getirebileceğinden, kanaatimizce TTK 408/2(b)'den sapma teşkil edecektir.

Konuya genel kurulun yönetim kurulu üyelerini sebepsiz olarak her zaman görevden alabileceğini düzenleyen TTK 364 açısından bakılacak olursa, genel kurulun azil yetkisine esas sözleşmeyle getirilecek sınırlandırmaların her hâlükârda kanunda sapma teşkil edeceği söylenebilir. Zira TTK 364/1, genel kurulun azil yetkisinin yalnızca devredilemez değil, bu çalışmada müteaddit defa belirtildiği üzere, aynı zamanda mutlak nitelikte olduğunu da ifade etmektedir. Anılan hükmün, haklı sebeplerin varlığını yalnızca gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak öngörmesi bu sonucu teyit etmektedir.

Buraya kadar ilk aşamada yapılan açıklamalar ışığında, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisini sınırlayan esas sözleşmesel düzenlemelerin TTK 340 anlamında kanundan sapma teşkil edebileceği sonucuna varılmıştır. İki aşamada ise yapılması gereken, söz konusu sapmaya kanunun açıkça izin verip vermediğinin incelenmesidir.

TTK 340 anlamında kanundan sapmaya açıkça izin verilip verilmediğinin araştırılması, emredici hükümler ilkesinin en tartışmalı yönlerinden biridir. Başka bir anlatımla, kanundan sapmaya imkân veren iznin, ilgili hükmün lafzına bağlı kalınarak mı, yoksa *ratio legis*'i de dikkate alınarak mı tespit edilmesi gerektiği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu bağlamda öğretilerde ileri sürülen görüşlerin üçe ayrıldığı gözlemlenmektedir.

İlkenin esnetilmesi gerektiği yönündeki hâkim görüş çerçevesinde, açık iznin ilgili normların -bu bağlamda TTK 364 ve 408/2(b)- lafzına ek olarak, amacında da aranabileceği savunulmaktadır¹¹⁹. İlkenin, esas sözleşme hükümlerinin geçerliliği konusundaki belirsizlikleri azaltma amacını ve kanundan sapma izninin “açıkça” verilmiş olması gerektiğini dikkate alan aksi görüş ise, incelemenin ilgili hükmün

¹¹⁷ Bkz aşağıda bb- Azlin Genel Kurulun Devredilemez Yetkilerinden Olması Açısından.

¹¹⁸ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz aşağıda B- b- Ara Sonuç.

¹¹⁹ Türk hukukunda hâkim durumdaki bu görüşü destekleyen yazarlar için bkz Veziroğlu (n 16) 387 dn 207'de anılan yazarlar. Ayrıca bkz Karasu (n 113) 50-51; Pulaşlı (n 13) § 29 N 28. Alman hukukunda birçoğu yerine bkz Koch, 'Aktiengesetz' (56) § 23 N 35.

lafzıyla sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁰. Üçüncü bir yaklaşım ise, lafzın ötesine geçen emredicilik incelemesini yalnızca istisnai durumlara özgülemektedir¹²¹. Diğer bir ifadeyle, üçüncü yaklaşıma göre, kanundan sapmaya açıkça izin verilip verilmediğinin incelenmesinde, ilgili hükümlerin amacına sadece istisnai hallerde bakılmalıdır. Buna göre, yalnızca azınlık pay sahiplerinin, üçüncü kişilerin veya halka açık şirketlerde küçük yatırımcıların aleyhine sonuç doğurmayacak düzenlemeler bakımından amaçsal yoruma başvurulabilir. Başka bir anlatımla, esas sözleşmede öngörülen bir hüküm, örneğin, azınlığın menfaatine ise, kanundan sapmaya açıkça izin verilip vermediğinin tespitinde ilgili normun amacından da yararlanılabilir.

Açıklanan son yaklaşımı birinci ve ikinci görüşle karşılaştıracak olursak; ilk görüş çerçevesinde açık iznin tespit edilmesi için ilgili normun sadece lafzına değil, amacına da her durumda başvurulmalı iken, ikinci görüş, bu incelemeyi yalnızca lafzî yorumla sınırlandırmaktadır. Üçüncü görüş çerçevesinde ise, kural, ilgili normun lafzına bakılması; istisna ise, ortaklık ilişkisinde zayıf konumda olanların menfaatlerine aykırı olmayan düzenlemeler bakımından amaçsal yoruma da başvurulmasıdır. Böylelikle TTK 340 hükmünde yer verilen “açıkça” ibaresi her durumda daraltıcı yoruma tabi tutulmamaktadır. Bu yaklaşım doğrultusunda, anılan hükmün amaçlarına koşut olarak, ortaklık ilişkisinde zayıf konumda olanların menfaatlerini olumsuz yönde etkileyebilecek esas sözleşme hükümleri bakımından kanundan sapma izninin yalnızca ilgili normun lafzında aranması gerektiği benimsenmektedir.

Lafzın yanında amaçsal yoruma da başvurulabilen durumlarda, bütün bu yorum faaliyeti neticesinde, ilgili normun esas sözleşmede öngörülecek düzenlemeye açıkça izin verip vermediği hususunda hâlâ tereddüde düşülüyorsanız, ilgili hükmün emredici olduğu kabul edilmektedir¹²².

Buraya kadar açıklanan üç görüş değerlendirilecek olursa; kanaatimizce, birinci görüş, TTK 340’ın, kanundan sapma iznini “açık” izne bağlamış olmasıyla ve hükmün esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine dair davaları azaltma amacıyla bağdaşmamaktadır¹²³. Diğer taraftan ikinci görüş ise, yalnızca kanundan sapma izninin ilgili normun lafzında belirtilmesi hâlinde esas sözleşme hükümlerine imkân tanımaktadır. Hâlbuki TTK’da kanundan sapmaya açıkça izin veren veya açıkça yasaklayan hükümler olduğu gibi, bu hususta sessiz kalan hükümler de vardır.

¹²⁰ Türk hukukunda bkz Veziroğlu (n 16) 386 dn 206’ da anılan yazarlar. Alman hukukunda da azınlıkta kalan bu görüş için bkz Ulrich Eckardt, Ernst Gessler, Wolfgang Hefemehl and Erhard Bungeoth, *Aktiengesetz, C: I §§ 1-75* (Franz Vahlen 1984) § 23 N 108.

¹²¹ Veziroğlu (n 16) 382-395.

¹²² Karasu (n 113) 51; Veziroğlu (n 16) 388-389. Alman hukukunda aynı yönde, birçoğu yerine bkz Koch, ‘*Aktiengesetz*’ (n 56) § 23 N 35

¹²³ Nitekim, TTK 340’ın “açıkça” ifadesine rağmen kanunun açık izin konusunda sessiz kaldığı hükümlerin emredici olup olmadığının tespitinde, her durumda amaçsal yoruma başvurma, hükmün varoluş nedenini ortadan kaldıracığı yönündeki eleştiri için bkz Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 20) 161.

Bu tür hükümlerin TTK 340'ın öngördüğü tasarıma uygun olmaması nedeniyle, kanaatimizde üçüncü görüşe ağırlık verilmeli; bu itibarla yorum faaliyeti yapılırken, istisnâ olarak, kanunun sözüyle sınırlı kalınmaması ve bunun dışında amacının da dikkate alınması gerektiği kabul edilmelidir. Amaçsal yoruma başvuru istisnasının sınırını ise, TTK 340'ın ortaklık ilişkisinde zayıf konumda bulunanları koruma amacı belirlemelidir.

Konuya yönetim kurulu üyelerinin azlinin zorlaştırılması, diğer bir ifadeyle, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin sınırlandırılması özelinde bakıldığında; bu tür bir esas sözleşme hükmüne ne TTK 364 ne de 408/2(b)'nin lafzında açıkça izin verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, söz konusu sınırlamalara açıkça izin verilip verilmediğinin tespiti için, anılan normların amacına da başvurulması gerekip gerekmediği araştırılmalıdır. Bu amaçla, esas sözleşmede öngörülmek istenen sınırlamaların, ortaklık ilişkisinde “zayıf konumda” bulunan kişilerin, örneğin, azınlığın, menfaatleri üzerindeki etkisine bakılmalıdır. Zira anılan sınırlamaların, azınlığın menfaatlerini olumsuz yönde etkilemesi söz konusu ise, TTK 364 ve 408/2(b)'nin amacının dikkate alınması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, genel kurulun azil yetkisini sınırlandıran düzenlemelerin, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini olumsuz yönde etkilemeyeceği anlaşılırsa, bu defa ilgili normların amacının da incelenmesi gerekecektir. Bu inceleme neticesinde, anılan normların amacının esas sözleşmede bu tür hükümlere yer verilmesine izin verdiği tespit edilirse, bu takdirde söz konusu esas sözleşme hükümlerinin TTK 340 karşısında geçerli kabul edilmesi gerekecektir.

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını şarta, süreye, sebebe veya yaptırıma bağlayan esas sözleşme hükümlerinin, azınlığın menfaatlerini olumsuz yönde etkilemeyi hedeflemediği söylenebilir. Esasen söz konusu düzenlemelerin amacı, mevcut yönetim kurulu üyeleri -ve onları seçen pay sahipleri- karşısında, sonraki kontrol sahibini frenlemektir. Nitekim mevcut yönetim kurulu üyelerini azledebilecek olan kişi(ler) azınlık değil, kontrolü sonradan ele geçirmiş bulunan pay sahipleridir. Bu itibarla genel kurulun azil yetkisini sınırlandıran esas sözleşmesel düzenlemelerin, azınlığın değil, kontrol sahibinin menfaatlerini olumsuz yönde etkileyeceği söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, yönetim kurulu üyelerinin azlini sınırlandıran esas sözleşme hükümlerinin kanundan sapma teşkil edeceği; ancak bu hususta gereken iznin, lafzın ötesine geçerek ilgili hükümlerin amacında da aranabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bakımdan genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisini sınırlandıran esas sözleşmesel mekanizmalar, TTK 364/1 ve 408/2(b) hükümlerinin amaçları doğrultusunda aşağıdaki başlıklar altında incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

bb. Azlin Genel Kurulun Devredilemez Yetkilerinden Olması Açısından

TTK'da organlar arasında bir işlev ayırımına gidilmiştir. Böylece genel kurulun üst organ olduğuna ve bütün kararları alabilme yetkisi ile donatıldığına ilişkin yaklaşım reddedilmiştir. Bununla birlikte TTK 408/1'de genel kurulun, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülen hâllerde karar alabileceği ifade edilerek; 408/2'de, diğer hükümlerde düzenlenen yetkileri saklı kalmak üzere, devredilemez nitelikteki yetkilerine yer verilmiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları da genel kurulun devredilmez yetkileri arasında sayılmaktadır [TTK 408/2(b)]. Kanunda düzenlenen belirli istisnalar [örneğin, TTK 334/2, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 92/1(c), 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 134/2] haricinde, yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisi genel kurulun elinden alınamayacağı gibi, genel kurul da bu yetkisini farklı bir organa veya kişiye devredemez.

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını zorlaştıran bir düzenlemenin esas sözleşmeye eklenmesi ise, kural olarak, genel kurulun bu yetkisinin ortadan kaldırılması yahut farklı bir organa/kişiye devri anlamına gelmeyecektir. Genel kurulun devredilmez nitelikteki azil yetkisinin kullanımını zorlaştırmakla birlikte, esasen bu yetki hâlen genel kurulun uhdesinde bulunmaktadır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını haklı sebebe, şarta, süreye veya yaptırıma bağlayan esas sözleşme hükümleri, kural olarak, TTK 408/2(b)'de öngörülen prensibi ihlal etmeyecektir. Bununla birlikte söz konusu düzenlemelerin, yahut aşağıda ele alınan nitelikli yetersayı öngören hükümlerin, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisinin kullanımını fiilen imkânsız hâle getirmemesi gerekir. Nitekim İsviçre hukukunda, söz konusu mekanizmaların genel kurulun azil yetkisini "fiilen imkânsızlaştırmaması" gerektiği vurgulanırken bu yetkinin devredilmez niteliğine dayanılmaktadır¹²⁴.

O hâlde yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından görevden alınmasını zorlaştıran düzenlemeler, kategorik olarak TTK 408/2(b)'nin ihlâli anlamına gelmez. Öte yandan devredilmez bir yetkinin, yönetim kurulu üyelerinin ancak belirli bir süre sonra görevden alınabileceği, yahut sadece belirli sebeplerle görevlerine son verilebileceği şeklindeki düzenlemelerle aşırı daraltılmak suretiyle âdeta kullanılamaz hâle getirilmesi de mümkün olmamalıdır. Zira bu hâllerde anılan hüküm ihlal edilmiş olacaktır.

cc. Azlin Genel Kurulun Mutlak Bir Yetkisi Olması Açısından

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına ilişkin TTK 364'ün genel kurula sağladığı yetkinin mutlak niteliğini gösterebilme açısından, bu hükmü, hem eTTK'nın hem de İsv BK'nın ilgili düzenlemesiyle karşılaştırmak gerekir.

¹²⁴ Böckli (n 7) 1565 N 63. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 117 II 290.

TTK 364'ün metninde “*her zaman*” ifadesine yer verilmiş, böylece, genel kurulun bu konudaki gücüne özellikle vurgu yapılmıştır. Halbuki gerek eTTK 316’da gerekse İsv BK’nın muadil hükmü olan 705. maddede, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azil yetkisinin kuvvetini bu şekilde ortaya koyan bir ifade bulunmamaktadır. Buna rağmen, hem İsviçre’deki hem de eTTK dönemindeki öğreti ve uygulamada, bu yetkinin mutlak olduğu genel kabul gören bir sonuçtur.

6762 sayılı eTTK dönemindeki gerek Yargıtay uygulaması gerekse öğretideki görüşler şöyleydi:

Yargıtay, 865 sayılı ve 1926 tarihli Ticaret Kanunu ile bir karşılaştırma yapmış ve yönetim kurulu üyelerinin azlini düzenleyen bu Kanun’un 317. maddesinden¹²⁵ farklı olarak, eTTK’nın bu konuya ilişkin 316. maddesinde “gerekirse” anlamına gelen “indelicap”¹²⁶ ifadesine yer verilmediğine işaret etmiştir. Bu farklılıktan hareketle, Yüksek Mahkeme, bir gerekçe göstermeden dahi, eTTK 316’ya dayanılarak azlin mümkün olduğunu, şirket yönetim kurulu üyelerinin genel kurulca haklı bir neden ortaya koymaya gerek bulunmadan her zaman görevden alınabileceklerini belirtmiştir¹²⁷.

Gerçekten de, eTTK’nın 316. maddesinde, 6102 sayılı TTK’nın 364. maddesinin aksine, “her zaman” sözcüğüne yer verilmemesine rağmen, Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamasında, yönetim kurulu üyelerinin *her zaman* azlolunarak yerine yenilerinin seçilebileceğinin kabul edilip, benimsendiği ifade edilmiştir^{128*129}. Aynı şekilde, öğretide de, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından görevden alınması kararının “*ad nutum*”, diğer bir ifadeyle “sebebe ihtiyaç göstermeyen” bir işlem niteliğinde olduğu¹³⁰, yönetim kurulu üyeliğini bir güven mevki olarak gören kanun koyucunun, güvenini kaybeden genel kurula, güven duymadığı üyeleri bu görevden alma konusunda tam bir serbesti tanıdığı¹³¹, öyle ki, azil kararı tamamen keyfi ve dolayısıyla haksız da olsa, ilgili üyenin, görevinin devamını sağlamak için bir dava açamayacağı¹³² belirtilmiştir.

¹²⁵ “ÜÇ YÜZ ON YEDİNCİ MADDE — Meclisi idare azası şirketin mukavelesile tayin edilmiş olsalar dahi indelicap heyeti umumiye kararla azlolunabilirler. Azlolunan meclisi idare azasının tazminat talebine hakları yoktur.”

¹²⁶ Benzer veya aynı anlamdaki “ind-el-hace”, “ind-el-iktiza” veya “ind-el-lüzum” şeklindeki ifadeler için bkz Ferit Develioğlu and Neval Kılıçkını, *Osmanlıca-Türkçe Okul Sözlüğü* (Rafet Zaimler 1976).

¹²⁷ Anılan Karar’da, kanundaki “indelicap” ifadesi sehven “midelicap” şeklinde yazılmıştır. 11. HD, 08.10.1979, 3972/4547.

¹²⁸ Bkz 11. HD, 13.06.1985, 3969/3830 ve 11. HD, 24.09.1985, 3578/4774, Erdoğan Moroğlu ve Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (9. Bası, On İki Levha 2010) 263 vd.

¹²⁹ Yargıtay bazı kararlarında, hiçbir sebep gösterilmeksizin yönetim kurulu üyesinin azlinin mümkün olabileceği yönündeki bir esas sözleşme hükmünü TTK 316’ya paralel bir düzenleme olarak değerlendirmiştir. Bkz Yargıtay 11. HD, 12.03.2002, E 10462/2001, K 2258/2002; 11. HD, 19.12.2013, E 7052/2012, K 23223/2013.

¹³⁰ Fahiman Tekil, *Şirketler Hukuku, ikinci Cilt, Anonim Şirketler* (2. Bası, Otağ 1978) 244.

¹³¹ İzmirlî (n 108) 64.

¹³² Arslanlı (n 34) 204.

İsviçre Hukukuna gelince, benzer bir durum burada da söz konusudur. Gerek öğretide gerekse yargı uygulamasında, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma konusundaki bu yetkisinin esas sözleşmeyle kaldırılamayacağı gibi, ilave şartlara (örneğin, önemli sebep, belirli bir süre ya da sözleşme cezası) bağlanamayacağı ve sınırlandırılmayacağı ifade edilmekte¹³³ ve bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin ancak haklı (önemli) nedenlerin varlığında görevden alınabilecekleri yönünde genel bir sınırlamanın her hâlükârda kanuna aykırı olacağı belirtilmektedir¹³⁴. Bunun nedeni ise, şirket ve ilgili üye arasındaki güven ilişkisinin sona ermiş olması nedeniyle, her azil kararının altında yatan sebebin “haklı/önemli” sayılması gerektiği şeklinde açıklanmaktadır.

Yukarıdaki karşılaştırmadan ortaya çıkan sonuç şudur ki, TTK 364'teki kadar açık ve vurgulayıcı bir düzenleme bulunmayan hâlde dahi, genel kurulun yetkisinin mutlaklığından söz edilmekte ve bu yetki keyfi bir şekilde kullanılsa da, tek sonucun tazminat sorumluluğu olabileceği -hem eTTK hem de İsv BK bakımından- ifade edilmektedir.

Bu sonuç, her halükârda, açık düzenleme içeren TTK 364 için evleviyetle geçerli olmalıdır. Nitekim Yargıtay da anılan maddede öngörülen görevden alma yetkisini mutlak nitelikte kabul etmektedir¹³⁵. Yukarıda belirtildiği üzere, TTK 364 bağlamında ileri sürülen yeni Kanun dönemine ilişkin görüşler de bu yöndedir. Görevden alma yetkisinin keyfi bir şekilde kullanılması, diğer bir ifadeyle haksız olması hâlinde dahi, toplantı yapılması, yetersayılar ve gündeme bağlılık gibi usulüne uygun olarak alınmış bir azil kararına karşı bir iptal davası açılmayacağı, şartları mevcutsa sadece tazminat davasının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir¹³⁶.

Kanaatimizce, dolaylı da olsa sonuçta, sağladıkları sermayenin değerlendirilmesi ile oluşan şirket malvarlığının sahibi durumundaki hissedarların, bu malvarlığının yönetilmesi ve üzerinde tasarrufta bulunulması konusunda vekil tayin ettikleri yönetim kurulu üyelerinden bu gücü her zaman geri alabilmeleri yetkisi mutlak ve dolayısıyla sınırlandırılmamalıdır. Zira, yönetim kurulu üyelerine, adeta üçüncü bir şahsın malvarlığı¹³⁷ emanet edilmektedir¹³⁸ ve bu emanet her zaman geri alınabilmelidir.

¹³³ Bürgi (n 17) Art 705 N 2; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 36) 194 N 29 vd ve 283 vd N 33 ve 38 vd; Georg Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat* (2. Bası, Stämpfli 2005) N 436; Roland Müller, Lorenz Lipp ve Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, Band I (5. Bası, Schulthess 2021) 66; Tanner, 'Zürcher Kommentar' (n 17) Art 705 N 41.

¹³⁴ Böckli (n 7) 1565 N 63.

¹³⁵ Yargıtay, bir kararında, yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkilerinin kaldırılması ve kayyım atama yönündeki talepleri, “TTK'nun 364. maddesi uyarınca yönetim kurulunu azil yetkisinin genel kurulun mutlak yetkilerinden” olduğu gerekçesiyle reddetmiştir, Yargıtay 11. HD, 24.02.2015, E 4548/2014, K 2472/2015. Yargıtay ayrıca, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirdiği bir kararında, genel kurulun istediği zaman yönetim kurulu üyelerinin görevine son verebileceğine hükmetmiştir, 11. HD, 03.03.2014, E 14712/2013, K 39302014.

¹³⁶ Pulaşlı (n 13) § 35 N 266; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 20) 463; Karaege (n 29) 77.

¹³⁷ Fleischer (n 14) § 84 N 144.

¹³⁸ Çamoğlu (n 15) 2.

Ayrıca belirtelim ki, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin esas sözleşmede yapılacak bir düzenlemeyle bir biçimde sınırlandırılması, azil kararının geçersiz kılınmasını sağlama yolunu açacaktır. Şöyle ki, genel kurulun alacağı bir azil kararının, esas sözleşme hükümlerine aykırılığı nedeniyle iptali istenebilecektir. Bu durum özellikle, aynı zamanda hissedar olan yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması hâlinde gündeme gelecektir. Bu üyeler pay sahibi sıfatıyla TTK 445 vd uyarınca iptal davası açabilecek ve hatta TTK 449 uyarınca azil kararının uygulanmasını, belirli bir süreyle sınırlı da olsa engelleyebileceklerdir. Böyle bir sonuç da, genel kurulun, yönetim kurulu üyelerini istediği zaman değiştirebilme konusundaki mutlak gücü ile bağdaşır bir durum değildir.

dd. Ara Sonuç

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını zorlaştıran esas sözleşme hükümleri, TTK 364 hükmü karşısında, TTK 340 anlamında kanundan sapma teşkil eder. Aynı tespit, öngörülen düzenlemenin, genel kurulun bu yetkisini fiilen imkânsızlaştırması durumunda, TTK 408/2(b) bakımından da geçerlidir. Diğer yandan, bu tür bir esas sözleşme hükmü, ortaklık ilişkisinde zayıf konumda bulunanların durumunu kötüleştirmeyip, (sonraki) kontrol sahibinin gücünü frenlediğinden, söz konusu düzenlemelere TTK 340 anlamında açıkça izin verilip verilmediğinin, ilgili normların [TTK 408/2(b) ve 364] amaçları dikkate alınarak incelenmesi gerekir.

TTK'nın ortaya koyduğu yetki ayrışımı çerçevesinde, TTK 408/2 genel kurulun devredilemez yetki alanını belirlemektedir. Bu kapsamda genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin başka bir organa veya kişiye devri mümkün değildir. O hâlde esas sözleşmede öngörülecek ve genel kurulun azil yetkisini kullanmasını âdeta imkânsızlaştıracak bir düzenleme, TTK 408/2(b)'nin bu yetkiyi münhasıran genel kurulun uhdesinde tutma amacıyla bağdaşmayacaktır.

Benzer bir analiz TTK 364 çerçevesinde de yapılmalıdır. Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin karşılıklı güvene dayanması ve bu güvenin herhangi bir şekilde sarsılması hâlinde, genel kurulun yönetim kurulu üyesinin şirketi yönetme görevini her zaman sona erdirebilme hususundaki yetkisinin mutlaklığı, anılan hükmün varlık sebebini oluşturmaktadır. Bu itibarla yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını haklı sebeplere, belirli bir şarta, süreye veya yaptırıma bağlayarak, genel kurulun bu mutlak nitelikteki yetkisini sınırlamak TTK 364'ün bu varlık sebebiyle bağdaşmamaktadır.

Sonuç olarak, kanaatimizce, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisini sınırlandıran esas sözleşme hükümlerine, TTK 408/2(b) ve 364'ün yalnızca lafzı değil, amacı da imkân tanımamaktadır. Dolayısıyla kanundan sapma

teşkil eden bu tür düzenlemelere, TTK 340 anlamında açıkça izin verilmediği tespit edilmektedir¹³⁹.

Bu bağlamda esas sözleşme serbestisinin dışına taşan hükümlerin karşılaşıcağı yaptırım ise, ilgili hükmün ihlal ettiği normlardan hareketle tayin edilmelidir¹⁴⁰.

Yönetim kurulu üyelerinin azlinin anılan şekilde sınırlandırılması, aynı zamanda pay sahiplerinin yönetim kurulu üzerindeki [TTK 447/1(b) anlamında] *denetim hakkının* bir yansıması olarak kabul edilen¹⁴¹ yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alabilme imkânını kısıtlayacağı gibi, aynı maddenin (c) bendi anlamında *şirketin temel yapısına* da aykırılık¹⁴² teşkil edecektir.

O hâlde genel kurulun, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yetkisini esas sözleşmeye eklenecek haklı sebep, koşul, süre veya yaptırım gibi düzenlemelerle sınırlandıran hükümlerin, TTK 447/1(b) hükmünde öngörülen, pay sahiplerinin denetim hakkının ihlâli; TTK 447/1(c)'de düzenlenen, şirketin temel yapısının bozulması veya anılan maddeye (TTK 447) altlanması mümkün görülmeyecek olsa dahi, ilgili esas sözleşme hükmünün kanunun emredici hükmü olarak TTK 364'e aykırılık teşkil etmesi sebebiyle bâtil olacağı kabulü gerekir¹⁴³.

¹³⁹ Bu arada yukarıda incelenen maddi sınırlandırmalar dışında, azil yetkisinin usule ilişkin bazı koşullara bağlanıp bağlanamayacağı tartışma konusu yapılabilir. Kanaatimizce aşağıdaki iki örnekte olduğu gibi bir koşulun, TTK 364 ile bağdaşmaması nedeniyle, esas sözleşmede öngörülmesi mümkün değildir. Bunlardan bir tanesi, yönetim kurulu üyesinin görevden alınabilmesinin, haklı sebepler olsa dahi, gündemde yer alması zorunluluğuna tabi kılmasıdır. Bir diğeri ise, azledilecek üyenin yerine seçilecek adayın kim olacağına ilişkin yazılı bir önerenin, böyle bir kişiyi seçebilecek çoğunluktaki hissedar veya temsilcisi tarafından, azil oylamasının öncesinde toplantı başkanlığına sunulmuş olması şartıdır. Buna karşılık aşağıdaki hâller bakımından ise, avantajları ve dezavantajları düşünüldüğünde, ilk bakışta kesin bir yargıya varmanın mümkün olmadığı söylenebilir. Azle ilişkin gündemin iki haftadan daha uzun bir süre önce ilan edilmesi, azledilmesi düşünülen üyeye ayrıca bir ihbar yapılması veyahut ilgili üyeye müzakere esnasında savunma imkânı tanınması gereği bu durumlara örnek gösterilebilir. Bu tür düzenlemeler, bir taraftan ilgili üyenin azledilmesi sürecini uzatırken ve hatta çağrısız genel kurul imkânını ortadan kaldırırken; diğer taraftan ise, şirketin, azlolunan kişinin yerine geçecek uygun bir adayı araştırması imkânını ve pay sahiplerinin azil kararı bağlamında bilgi alma hakkını genişletir. Azlolunan üyenin bu süreçte yeni bir iş bulma imkânı daha da kolaylaşacağından, bu üyeye ödenmesi muhtemel olan tazminatın miktarı da azalabilecektir.

¹⁴⁰ TTK 340 bakımından yaptırım sorunu hakkındaki görüşler için bkz Veziroğlu (n 16) 420-428.

¹⁴¹ Peter Böckli ve Christoph B Bühler, "Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten" iç Nedinim P Vogt, Rolf Watter ve Max D Amstutz (edr), Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag (Dike 2008) 47 ff; Böckli (n 7) 1461 N 366; Dubs ve Truffer (n 16) Art 706b N 13a. Türk hukukunda bkz Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha 2020) 158-159; İsmail Kırcı, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Bası, On İki Levha 2022) 32; Ömer Korkut, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan 2012) 117 vd; Kaşak (n 16) 454.

¹⁴² TTK 408/2'de düzenlenen genel kurulun devredilemez yetkilerini sınırlandıran esas sözleşme hükümlerinin TTK 447/1(c) anlamında anonim şirketin temel yapısını bozan kararlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz Karasu, 77. Ayrıca bkz Kırcı (n 141) 37. Yazar, "[...] devredilemez görev ve yetkilerinin genel kurulun elinden alınması sonucunu doğuracak esas sözleşme [...]" hükümlerinin de anonim şirketin organasal yapısına aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir. Kanaatimizce genel kurulun azil yetkisini kullanmasının fiilen imkânsız hâle getirilmesi de, bu yetkisinin elinden alınması sonucunu doğuracağından aynı kapsamda değerlendirilmelidir.

¹⁴³ Bu bağlamda TTK 364'ün, kanunun mutlak ya da nisbi emredici hükmü olarak nitelendirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira kanunun esas sözleşme yoluyla sürekli şekilde ihlâl edilmesi durumunda, ilgili esas sözleşme hükmünün her hâlikârda bâtil olacağı vurgulanmalıdır. TTK ve eTTK dönemlerinde, genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bağlamında nisbi ve mutlak emredici hükümler ayrımı ve sürekli ihlâl durumuna ilişkin bkz Moroğlu (n 141) 68-75 ve 160-161; Kırcı (n 141) 55-64.

2. Yetersayıların ağırlaştırılması

Bilindiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması kararı münhasıran genel kurulun yetkisindedir [TTK 408/2(b)].

Genel kurul kararları bakımından esas sözleşmede veya kanunda daha ağır bir toplantı ve/veya karar nisabının öngörülmediği durumlarda adi yetersayılar uygulanır (TTK 418)¹⁴⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin azli konusunda ise kanunda özel bir yetersayı düzenlenmemiştir.

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisini sınırlandırma bağlamında tartışılan konulardan biri de, bu karara ilişkin toplantı veya karar yetersayılarının, esas sözleşmeye konacak bir hükümle ağırlaştırılıp, ağırlaştırılmayacağıdır. Bu yöndeki hükümler, sadece toplantı yetersayısı ya da karar yetersayısı ile ilgili olabileceği gibi, her ikisine birden de ilişkin olabilir.

a. Öğreti

Türk öğretisinde, yönetim kontrolünü ele geçiren hissedarlarca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarını güçleştirmek adına, bu konudaki genel kurul kararının ağırlaştırılmış (nitelikli) yetersayılara bağlanması genelde imkân dahilinde görülmekte¹⁴⁵; bununla birlikte, yetersayıların, görevden almayı fiilen imkânsızlaştıracak düzeye çıkarılmayacağı; bu konuda herhangi bir kişiye onay ya da veto yetkisi tanınmayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁶.

İsviçre Hukukunda da, yönetim kurulu üyelerinin azlinin ağırlaştırılmış toplantı veya karar yetersayılarına bağlanmasının mümkün olup olmadığı tartışması yapılmaktadır.

Federal Mahkeme, bir kararında (*Nestlé* kararı) -azil kararının oybirliğine bağlanması gibi- genel kurulun bu yetkisini kullanmasını imkânsızlaştırmamak kaydıyla, yetersayıların ağırlaştırılabileceğine işaret etmiştir¹⁴⁷. Karara konu olayda Federal Mahkeme, Nestlé SA'nın esas sözleşmesinin 15. maddesinde öngörülen, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması hususunda toplantı ve karar

¹⁴⁴ Öğretide, karar nisaplarının ve özellikle ikinci toplantı nisaplarının ağırlaştırılıp ağırlaştırılmayacağı; ayrıca, örneğin, yönetim kurulu üyelerinin seçimine, ibrasına, sorumluluk davası açılmasına ve özel denetim taleplerine dair kararlar açısından nisabın artırılıp artırılamayacağı konusundaki tartışmalar açısından bkz İbrahim Çağrı Zengin, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar* (On İki Levha 2020) 356-379.

¹⁴⁵ Çağlar Manavgat, *Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer – Takeover Bid)* (SPK 1997) 278; Şehirali Çelik (n 26) 312; Uçar (n 20) 139. Aksi görüş için bkz Zengin (n 144) 371.

¹⁴⁶ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 20) 463 vd; Akdağ Güney (n 13) 61; Yağcıoğlu (n 112) 126 vd; Erdem (n 13) 525. Onay veya veto yetkisi açısından, Karasu (n 113) 151.

¹⁴⁷ BGE 117 II 313, bu kararda Mahkeme, yetersayıların ne ölçüde artırılmasının mümkün olduğu sorusuna, somut olaydaki esas sözleşmesel düzenlemeleri ve şirket içi ilişkileri göz önüne alarak yanıt aramıştır.

yetersayılarını ağırlaştırılan düzenlemenin geçerliliğini, genel kurulun bu konudaki münhasır yetkisini düzenleyen İsv BK 705 hükmü karşısında değerlendirmiştir. Mahkeme, genel kurul toplantılarında karar nisabını düzenleyen TTK 418/2'nin muadili olan İsv BK'nın 703. maddesi karşısında, yönetim kurulu üyelerinin azli hususunda ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisaplarının öngörülebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte yetersayıların ağırlaştırılmasına, yönetim kurulu üyelerinin azli imkânsız kılmayacak ölçüde izin verilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, *obiter dictum*¹⁴⁸ olarak ortaya koyduğu bu kriter kapsamında iki önemli tespitte bulunmuştur. Bunlardan ilki; yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasının hiçbir şekilde oybirliğine bağlanamayacağıdır. İkincisi ise, yetersayıların ağırlaştırılması durumunda, genel kurulun azil yetkisini kullanmasının mümkün olup olmadığına somut olayın şartları çerçevesinde karar verilmesi gerektiğidir.

Nitekim Mahkeme, incelediği olayda; (i) davalı şirketin esas sözleşmesinde öngörülen ağırlaştırılmış yetersayıların, üyelerin 1/3'ünden fazlasının toplu olarak görevden alınmasına özgülendiğini, (ii) halka açık olan şirketin çok uluslu ve yaygın pay sahipliği yapısı nedeniyle, toplantı yetersayısı olan "sermayenin 2/3"ünün toplanmasının zor, fakat vekaleten katılım yoluyla bunun mümkün olduğunu, (iii) esas sözleşmenin 21. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin 1/5'inin her yıl yeniden seçilmesinin zorunlu olması ve -dava konusu- 15. maddesi çerçevesinde 1/3'ünün de basit çoğunlukla azledilebilmesi nedeniyle, genel kurulun her yıl yönetim kurulu üyelerinin yarısını görevden alma gücünü zaten elinde tuttuğunu göz önünde bulundurmuş ve dava konusu esas sözleşme hükmünün genel kurulun azil yetkisini kullanılamaz duruma getirmedeğini belirtmiştir.

Öğretideki genel kabule göre de, genel kurulun azil yetkisi, haklı sebep veya belirli bir şart gibi, maddi nitelikli sınırlamalara bağlanamasa da, -oybirliği öngörülmesi dışında- bu konudaki kararın toplantı veya karar yetersayılarının artırılması şeklinde usulî sınırlamalara tabi tutulması mümkündür¹⁴⁹. Yetersayıların ağırlaştırılması bağlamında benimsenen sınır, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasının imkânsız hâle getirilmemesidir. Başka bir anlatımla, yetersayıların yükseltilmesi yoluyla genel kurulun azil yetkisine getirilen sınırlama, söz konusu yetkinin kullanımını fiilen engellememelidir¹⁵⁰. Zira genel kurulun güvenini yitirmiş olan üyenin görevde kalmasının kabulü mümkün olmamalıdır¹⁵¹.

¹⁴⁸ Mahkemenin bu tespitlerine, *obiter dictum* vasfının ötesinde, kararı açısından önem arz eden bir değer biçilmesi anlamında bkz Böckli ve Bühler (n 141) 50.

¹⁴⁹ Sommer (n 21) Art 705, 1787 N 2; Frick ve Stäheli (n 21) Art 705, 330 N 3; Tanner, 'Zürcher Kommentar' (n 17) Art 705 N 42; Dubs ve Trüffer (n 16) Art 705 N 7. *Bürgi*, üst sınır olarak, sermayenin dörtte üçü oranına işaret etmektedir, Bürgi (n 17) Art 703, N 26.

¹⁵⁰ Krneta (n 133) N 437 vd; Böckli (n 7) 1565 N 64.

¹⁵¹ Dubs ve Trüffer (n 16) Art 705 N 7.

Bununla birlikte, bu konuda bazı yazarlarca çeşitli açılardan ayrımlar yapılmaktadır:

Bunlardan bir tanesi, yönetim kurulu üyelerinin azlını gerektiren haklı bir neden bulunması ile bulunmaması hâli arasındaki ayrımdır. Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına ilişkin yetersayıların ağırlaştırılabileceğinin kabul edilmesi durumunda dahi, genel kabul gören görüş, haklı bir sebebin mevcudiyeti hâlinde, söz konusu ağırlaştırılmış nisabın geçerli olmayacağı yönündedir. Aksi takdirde böyle bir düzenleme, pay sahiplerinin münhasır nitelikteki azil yetkisinin ihlâl edilmesi anlamına gelecektir¹⁵².

Bir başka ayırım ise, herhangi bir üyenin münferiden azli ile birden fazla üyenin ya da tamamının aynı anda birlikte görevden alınması hâli arasında yapılmaktadır. Bu konuda bazı yazarlar, genel olarak herhangi bir üyenin münferiden azli bakımından yetersayıların ağırlaştırılmasının kabulünün tartışılabilir¹⁵³ olduğunu ileri sürerken, bazı yazarlar ise, yukarıda özetlenen Federal Mahkeme kararına konu olayda gözlemlendiği gibi, aynı anda birden fazla üyenin topluca görevden alınması için ağırlaştırılmış yetersayılar aranmasını imkân dâhilinde görmekteyler¹⁵⁴. Böylece, şirketin yönetimi açısından, arzu edilmeyen ve sürpriz kontrol değişikliklerinin önüne geçilmesi kolaylaştırılabilmektedir¹⁵⁵.

b. Ara Sonuç

Yukarıda açıklandığı üzere, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasının sınırlandırılması bağlamında nisabın yükseltilmesi, özellikle Türkiye'deki tipik pay sahipliği yapısının söz konusu olduğu şirketlerde, çoğunluk ve azınlık arasındaki kontrol paylaşımını sağlayan bir çözüm olarak düşünülebilir. Bununla birlikte şirket üzerindeki kontrol yetkilerinin azınlığı koruyucu şekilde törpülenmesi, yahut söz konusu yetkilerin azınlıkla paylaşılması hususunda kanunda hâlihazırda öngörülmuş çeşitli mekanizmalar bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, belli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin TTK 360, birikimli oy kullanımına dair TTK 434/4 ve ilgili tebliğ, oy hakkında imtiyazı düzenleyen TTK 479 düzenlemeleri verilebilir. Dolayısıyla artık bunlara ilaveten, azınlığın korunması ya da güçlendirilmesi amacıyla, bir de yönetim kurulu üyelerini görevden almaya ilişkin yetersayıların ağırlaştırılmasına kanımızca gerek bulunmamaktadır. Aksi hâlde, böyle bir nisap yükseltilmesi neticesinde azil yetkisinin sınırlandırılmasının aşağıda açıklanan risklerinin, söz konusu mekanizmayla sağlanabilecek muhtemel faydalarına ağır basması muhtemeldir.

¹⁵² Bkz Böckli (n 7) 1565 N 65 ve dn 166'da anılan öğreti.

¹⁵³ Bkz Böckli (n 7) 1565 N 64; Dubs ve Truffer (n 16) Art 705 N 7. Bu ayırımın yol açabileceği hukuki belirsizlikler sebebiyle aksi görüşte bkz Tanner, 'Zürcher Kommentar' (n 17) Art 705 N 47.

¹⁵⁴ Bkz Müller, Lipp ve Plüss (n 133) 67. Böckli, Federal Mahkeme'nin BGE 117 II 313 numaralı kararında olduğu gibi, yönetim kurulu üyelerinin 1/3'ünden fazlasının aynı anda azledilmesi bakımından nisabı ağırlaştırılan düzenlemelerin geçerli olabileceği görüşündedir, Böckli (n 7) 1565 vd N 65.

¹⁵⁵ Böckli (n 7) 1565 vd N 65.

Bu tür bir düzenlemeye başvurulmasının bir başka sebebinin de, mevcut yönetim kurulu üyelerinin konumlarını sağlamlaştırmak ve muhtemel bir kontrol değişikliği hâlinde, derhâl azledilmelerinin önüne geçmek teşkil edebilir¹⁵⁶. Hatta yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarına ilişkin nisabı ağırlaştırılan bir hükmün esas sözleşmeye eklenmesi, bizzat yönetim kurulu üyelerinin çabalarının bir ürünü dahi olabilir. Örneğin, bugün payların çoğunluğuna sahip kişiler, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi bulunmaları durumunda, potansiyel bir pay devri neticesinde çoğunluk konumunu yitirecek olmalarına rağmen, en azından görev sürelerinin sonuna kadar görevde kalmayı amaçlayarak böyle bir hükmün esas sözleşmeye eklenmesini isteyebilirler. Ancak yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri sonuna kadar azledilememelerinin, üyelerin şahsi menfaatlerinin korunması mülahazasıyla meşru kılınması kanımızca mümkün olmamalıdır. Nitekim kanun koyucu da, yönetim kurulu üyelerinin şahsi menfaatlerini çeşitli düzenlemeler vasıtasıyla, şirket ve pay sahiplerinin menfaatleri karşısında geri plana itmiştir. Örneğin, TTK 559 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumluluklarının, tescil tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamayacağını öngörmekte; üstelik bu sürenin geçmesinden sonra dahi, azınlık pay sahiplerinin genel kurulun sulh ve ibra kararlarını engelleyebileceğini düzenlemektedir¹⁵⁷. Görüldüğü üzere, bizzat kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin şahsi menfaatlerini özel olarak korumazken, söz konusu menfaatlerin korunması uğruna üyelerin görevden alınmalarının sınırlandırılması da kabul edilmemelidir.

Yukarıda açıklanan gerekçelere ek olarak, yönetim kurulu üyelerinin azledilmelerinin ağırlaştırılmış yetersayılarla zorlaştırılmasının sebep olabileceği risklere de dikkat çekilmelidir. Bu bağlamda esas sözleşmede öngörülecek nitelikli nisapların, daha sonra ihtiyaç duyulduğunda, hafifletilmesi veya kaldırılması neredeyse imkânsız hâle gelebilir.

Nitekim İsviçre öğretisinde, *Alfred Siegwart* tarafından ortaya atılan ve bugün hemen hemen tartışmasız olarak kabul edilen bir kurala (“Siegwart kuralı”) göre, bir genel kurul kararının alınmasını ağırlaştırılmış yetersayılar yoluyla zorlaştıran düzenlemeler, sadece, yine aynı şekilde, bu düzenlemelerin öngördüğü çoğunlukla esas sözleşmeden çıkarılabilir^{158,159}.

¹⁵⁶ Bkz Böckli ve Böhler (n 141) 49.

¹⁵⁷ Bu bağlamda ayrıca, aynı zamanda pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağına ilişkin TTK 395/2, kazanç paylarının temettüden sonra ödenmesi gereğine ilişkin TTK 511 ve yönetim kuruluna ödenen meblağın şirketin iflasından sonra iadesinde iyi niyet kriterini devre dışı bırakan TTK 513 örnek verilebilir.

¹⁵⁸ Böckli (n 7) 1471 N 401; Böckli ve Böhler (n 141) 49; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 36) 227 N 51; Tanner, ‘Zürcher Kommentar’ (n 17) Art 704 N 93; Sommer (n 21) Art 704, 1785 N 3.

¹⁵⁹ İsviçre Hukukunda, esas sözleşmeyi değiştirerek, kanunda öngörülen yetersayıları ağırlaştırılan genel kurul kararlarının da aynı ağır yetersayıyla alınması gerekmektedir (İsv BK 704/2). Bu düzenleme, şirketin kontrolünü ele geçirmeye yönelik mevcut ya da muhtemel bir harekete karşı bir savunma tedbiri olarak, esas sözleşmeyle yetersayıların ağırlaştırılması uygulaması (“*Lock-up-Klausel*”) sebebiyle getirilmiştir. Türk hukukunda da açık bir hüküm bulunmamasına rağmen aynı sonucun geçerli olması gerekir gerekmediği konusundaki literatür için bkz Zengin (n 144) 405 ve 416 ff.

Benzer şekilde Türk hukukunda da aynı sonucun geçerli olması gerektiği yönünde görüşler¹⁶⁰ bulunduğu gibi, Yargıtay içtihadı da bu yönde müstakar hâle gelmiştir¹⁶¹.

Anılan bu kural, karar alınmasını zorlaştırmaya ilişkin esas sözleşme düzenlemesini muhafaza etmeye yönelik olmakla birlikte, aynı zamanda esas sözleşmeyi de katılaştırmakta, diğer bir ifadeyle, ilgili düzenlemeye bağlı olarak, onu âdeta dokunulmaz hâle getirmektedir. Zira böyle düzenlemelerin, örneğin, bir karar için sermayenin yüzde yetmiş beşi gibi ağırlaştırılmış yetersayıları öngören esas sözleşme hükümlerinin mevcudiyeti, sonradan, şirkette ihtiyaç duyulan bir zamanda, bu düzenlemelerin değiştirilmesini ve esnetilmesini imkânsız kılabılır¹⁶².

Meseleye yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları özelinde bakılacak olursa; söz konusu kararın alınması için kanunda aranan yetersayıları ağırlaştıran bir düzenlemenin esas sözleşmeye eklenmesi durumunda, pay sahipliği kompozisyonunun daha sonradan değişmesi, özellikle sermayenin tabana yayılarak payların atomize olması, yönetim kurulu üyelerinin her zaman görevden alınabilmesi kuralını (TTK 364) uygulanamaz hâle getirebilir. Zira yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları için öngörülen nitelikli yetersayıya ulaşılması, pay oranlarındaki dağılımın sonradan değişmesi nedeniyle mümkün olmayabilir. Esas sözleşmede düzenlenen nisaba uyulmadan alınan görevden alma kararları ise, kurucu unsur eksikliği sebebiyle, yok hükmünde sayılabilecektir¹⁶³. Üstelik bu durumda yetersayıların, pay sahipliği yapısının güncel durumuna uygun hâle getirilmek amacıyla hafifletilmesi ya da kaldırılması dahi sorun yaratabilir. Nitekim esas sözleşmeye bir defa eklenen ağırlaştırılmış yetersayı hükmünün değiştirilmesi de, en az öngörülmüş olan nisapta sermayeyi temsil eden pay sahibinin olumlu oyunu gerektirecektir. Görüldüğü üzere, ilgili nisabın ağırlaştırılması durumunda, yönetim kurulu üyelerinin azli için esas sözleşmede aranan nisaba ulaşılması imkânsız olabileceği gibi, söz konusu nisabın hafifletilememesi de şirketin bu konuda karar alabilme kabiliyetini (*Entscheidungsfähigkeit*) ve şirketin kendi kendisini yönetme kuralını (*Selbstverwaltungsprinzip*)¹⁶⁴ büyük ölçüde azaltacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, yönetim kurulu üyelerinin azline ilişkin yetersayıların ağırlaştırılması, kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Vardığımız bu sonuç, hem toplantı hem karar nisabı açısından geçerlidir. Azle ilişkin nisapların ağırlaştırılıp ağırlaştırılmayacağı hususunda, gerek İsviçre gerek Türk öğretisinde

¹⁶⁰ Bkz Oruç Hami Şener, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin 2018) 56; Zengin (n 144) 414. Bu husustaki tartışma ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü görüşü için bkz. ibid, 410 vd.

¹⁶¹ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz Zengin (n 144) 414-415'te dn 206 ve 207. Yargıtay'ın bu yöndeki güncel kararları için bkz 11. HD, 19.12.2019, E 2539/2018, K 8344/2019; 11. HD, 22.09.2020, E 533/2020, K 3554/2020.

¹⁶² Böckli (n 7) 1471 N 401 vd; Böckli ve Bühler (n 141) 49.

¹⁶³ Yargıtay'ın bu yöndeki yerleşik içtihadı ile öğretideki tartışma için bkz Kırcı (n 141) 8-9.

¹⁶⁴ "*Entscheidungsfähigkeit*" ve "*Selbstverwaltungsprinzip*" kavramları için bkz Böckli ve Bühler (n 141) 50-53.

genel olarak ileri sürülen görüşlere bakıldığında, “fiili imkânsızlık” kriterinin temel alındığı, dolayısıyla görevden almayı fiilen imkânsızlaştıracak düzeye varmadığı sürece nisapların artırılabilmesi savunulmaktadır. Bununla birlikte hangi andaki “fiili imkânsızlığın” esas alınması gerektiği konusuna açıklık getirilmiş değildir. Başka bir deyişle, ağırlaştırılan (nitelikli) nisabın, esas sözleşmeye eklendiği anda mı, azle ilişkin genel kurul kararının alındığı anda mı, yoksa bunların haricinde başka bir zamanda mı (örneğin, ilgili esas sözleşme hükmünün geçersizliğine ilişkin dava tarihi) genel kurulun bu yetkisini kullanmasını imkânsız hâle getirdiği konusunda bir belirsizlik mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, hangi andaki imkânsızlık, esas sözleşmenin nisabı ağırlaştırılan düzenlemesinin hükümsüzlüğüne yol açacaktır?

İsviçre Federal Mahkemesi, yukarıda aktarılan *Nestlé* kararında, esas sözleşmedeki ağırlaştırılmış yetersayının geçerli olup olmadığını belirlerken, söz konusu ağırlaştırmanın sınırı hakkında, kesinlikle oybirliği öngörülemediğini, ancak bunun dışında genel geçer bir tespit de yapılamayacağını; söz konusu sınırın ise olay bazında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶⁵. Federal Mahkeme, azle ilişkin yetersayıların ağırlaştırılmasının sınırını çizerken, uyuşmazlığa konu şirketin durumuna bakmış; bu bağlamda anılan kararda, özellikle, şirketin uluslararası niteliğini ve halka açık bir şirket olduğunu dikkate almış, ayrıca esas sözleşmesinin ilgili diğer hükümlerinin¹⁶⁶, genel kurulun azil imkânı üzerindeki etkilerini de göz önünde tutmuştur¹⁶⁷. Dolayısıyla Federal Mahkeme, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması hakkında, oybirliği öngörülemediğini belirtmesi dışında, “fiili imkânsızlık” testinin hangi anda uygulanacağına dair herhangi bir kural belirlememiştir.

Kanaatimizce, öğretilerde ileri sürülen görüşler ve Federal Mahkeme’nin yukarıda ele alınan kararı belirsizlik yaratmakta; dolayısıyla “fiili imkânsızlığın” anına ilişkin bir kriter ortaya koymamaktadır. Fiili imkânsızlık kriterinin uygulanması anına ilişkin bu belirsizlik, özellikle pay sahipliği dağılımının sonradan değişmesi hâlinde sorun oluşturacaktır. Bu durumu somutlaştırmak gerekirse; örneğin, esas sözleşmeye nisap ağırlaştırıcı hükmün konulduğu anda şirketin payları on tane pay sahibi arasında eşit biçimde dağılmış olsun ve yönetim kurulu üyelerinin azline ilişkin nisap da %60 olarak öngörülün. Böyle bir durumda %60’lık nisap, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma kararı açısından önemli bir engel oluşturmayacağından, başlangıçta makul bir yetersayı olarak değerlendirilebilir. Ancak daha sonra payların %55-%45 olarak iki pay sahibi tarafından edinilmesi durumunda, öngörülüş olan bu nisap âdeta oybirliği etkisi gösterecektir. Bu hâlde, ilk aşamada “fiili imkânsızlık” yokken,

¹⁶⁵ BGE 117 II 313: “Quant à la limite de cette aggravation, elle ne peut être fixée que de cas en cas, mais elle ne devrait jamais consacrer le principe de l’unanimité” (“Söz konusu ağırlaştırmanın sınırına gelince; bu sınır yalnızca olay bazında belirlenebilir, ancak oybirliği ilkesine asla yer verilmemelidir”).

¹⁶⁶ Örneğin, anılan şirketin esas sözleşmesinin bir başka maddesi uyarınca, genel kurul yönetim kurulu üyelerinin 1/5’ini her yıl değiştirmek zorundadır.

¹⁶⁷ BGE 117 II 313.

pay sahipliği aritmetiğinin değişmesi nedeniyle -ve hissedarların anlaşamaması ihtimalinde- genel kurul azil kararı alamaz duruma düşecektir. Sonuç olarak, kanunda öngörülen nisap aşırı ölçüde yükseltilmese dahi, herhangi bir zamanda ve herhangi bir sebeple yönetim kurulu üyelerinin azli imkânsız hâle gelebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanunda öngörülen nisabın artırılması, yetersayının hangi orana yükseltildiğinden bağımsız olarak, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görev süresinden önce azledememesi sonucunu doğurabilecektir.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyelerinin azlinde “fiili imkânsızlık” kriterinin esas alınması isabetlidir. Ancak bu imkânsızlığın yalnızca başlangıçta (ağırlaştırılmış nisabın esas sözleşmeye eklenmesi anı) veya genel kurulun görevden alma kararı anında aranmasının yerinde olmayacağını düşünüyoruz. Bu nedenle ağırlaştırılmış nisabın sebebiyet verebileceği “fiili imkânsızlık” testinin, yalnızca söz konusu nisabın esas sözleşmeye eklendiği an (başlangıçta) değil, ayrıca bu nisabın devreye girebileceği her aşama düşünülerek uygulanması gerekir. Başka bir anlatımla fiili imkansızlık olgusunun, yalnızca belirli bir aşamada değil, pay ve oy dağılımına dair muhtemel değişiklikler çerçevesinde her aşamada ortaya çıkabileceği düşünülmelidir. Bu nedenle de yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması bakımından, kanunda öngörülen nisabın herhangi bir şekilde arttırılamayacağı kanısındayız.

Aksi durumda nisapların herhangi bir şekilde ağırlaştırılması ise, pay sahiplerinin yönetim kurulu üzerindeki [TTK 447/1(b) bendi anlamında] denetim hakkının bir yansıması olarak kabul edilen¹⁶⁸ yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alabilme imkânını kısıtlayacaktır. Genel kurulun devredilemez yetkisini kullanmasını imkânsız hâle getirebilecek bu tür düzenlemeler, şirketin organsal yapısına aykırı olması sebebiyle TTK 447/1(c) uyarınca şirketin temel yapısının bozulması anlamına da gelebilecektir¹⁶⁹.

Bu çalışmada benimsenen görüşün aksi yönündeki bir düzenlemenin, diğer bir anlatımla, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını kanunda öngörülenden daha ağır bir nisaba bağlayan esas sözleşme hükmünün bâtil olacağını belirtmek isteriz. Zira pay sahiplerinin denetim hakkının kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandırılması ve şirketin temel yapısının bozulması genel kurul kararları bakımından butlan sebebi olarak öngörülmüştür. Ayrıca esas sözleşmedeki ağırlaştırılmış nisap, TTK 447 kapsamına sokulmasa dahi, bu sefer de yönetim kurulu üyelerinin her zaman görevden alınabileceğini öngören TTK 364’ün -esas sözleşme yoluyla sürekli olarak- ihlal edilmesi nedeniyle¹⁷⁰ bâtil olacağını kabulü gerekir.

¹⁶⁸ Bu yönde bkz dn 141’de anılan eserler.

¹⁶⁹ Bkz yukarıda b- Değerlendirme dd- Ara Sonuç.

¹⁷⁰ Moroğlu (n 141) 71-72; Karasu (n 113) 73; Korkut (n 141) 109; Kırcı (n 141) 64.

Bu aşamada önemle vurgulamak isteriz ki, nisapların ağırlaştırılmayacağına ilişkin kanaatimiz, tüm genel kurul kararları açısından geçerli ve genel olarak değil, önemine binaen, yönetim kurulu üyelerini görevden alma kararlarına özgü şekilde ortaya koyulmuştur. Bu sonuç, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarına ilişkin haklı bir sebebin mevcudiyetinden bağımsız olarak kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, ilgili üyenin görevden alınması için herhangi bir haklı sebep bulunmasa dahi, bu yöndeki karar ancak TTK 418’de öngörülen yetersayılarla alınabilecek ve esas sözleşmede daha yüksek bir nisap öngörülemez. Kanaatimizce bu sonuç, yönetim kurulu üyelerinin münferiden görevden alınmaları ile bir kısmının veya tamamının topluca görevden alınmaları bakımından bir fark gözetmemelidir. Zira Türk hukukunda bu şekilde bir ayırım yapmaya elverişli herhangi bir hukuki dayanak olmadığı gibi, bu ayırımın benimsenmesine, Türkiye’de bugüne kadarki uygulamaya bakıldığında ihtiyaç olup olmadığı da tartışılabilir.

VI. Sonuç

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin çeşitli şekillerde sınırlandırılmasının, özellikle şirketin kendisi açısından olumlu karşılanabilecek işlevleri yanında, anılan yetkinin mutlak ve devredilemez niteliğini zedeleyecek, şirkette karar alma sürecini bloke edebilecek ve şirket ile üye arasındaki güvene dayanan hukuk ilişkisini sona erdirmeye imkanını kısıtlayacak, dolayısıyla olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilecek etkileri de bulunmaktadır.

Mukayeseli hukukta da genel kurulun, doğrudan veya (Alman hukukunda olduğu gibi gözetim kurulu üzerinden) dolaylı olarak, güvenini kaybettiği yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin -kural olarak- sınırlandırılmayacağı kabul edilmektedir.

Bu çerçevede; Alman Hukukunda gözetim kurulunun, ancak, genel kurulun yönetim kurulu üyelerine olan güveninin kaybolması gibi önemli bir sebeple görevden alınmalarına ilişkin yetkisinin, sadece “belirli hâllerde” kullanılacağı gibi bir sınırlandırmaya tabi tutulamayacağı; genel kurulun da, gözetim kurulu üyelerinin azli konusunda, herhangi bir sebep göstermeksizin -ancak özel bir yetersayıyla- karar verme yetkisinin sınırlandırılmayacağı; buna karşılık, yetersayıların ağırlaştırılabileceği ya da karar alma usulüne ilişkin bazı koşulların öngörülebileceği ifade edilmektedir.

ABD’de, şirketlere sağladığı imkânlar ve kolaylıklar nedeniyle tercih edilen Delaware Hukukunda, -iki istisnai hâl dışında- yönetim organı üyelerinin herhangi bir sebep bulunmaksızın görevden alınabilmesi emredici bir kuraldır. Fransız hukukunda da, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisi mutlak nitelikte olup, bu yetkinin kullanılması şarta bağlanamayacağı gibi, herhangi bir

sebebin varlığı da aranamaz. Fransız hukukundaki kadar katı olmasa dahi Birleşik Krallık'ta da, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerini azil yetkisi emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma kararı açısından izlenmesi gereken usuli kurallar ile üyelere tanınan sözleşmesel haklar bu konudaki serbestinin sınırlarını oluşturmaktadır.

Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisini sınırlandıran esas sözleşme hükümlerine, TTK 408/2(b) ve 364'ün yalnızca lafzı değil, amacı da imkân tanımamaktadır. Dolayısıyla kanundan sapma teşkil eden bu tür düzenlemelere, TTK 340 anlamında açıkça izin verilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Genel kurulun, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yetkisini, haklı sebep, koşul, süre veya yaptırım gibi düzenlemelerle sınırlandıran esas sözleşme hükümleri, TTK 447/1(b) hükmünde öngörülen pay sahiplerinin denetim hakkının ihlali, TTK 447/1(c)'de düzenlenen şirketin temel yapısının bozulması ve TTK 364'e aykırılık teşkil etmesi sebebiyle bâtil kabul edilmelidir.

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması bakımından, kanunda öngörülenlerden daha ağır bir nisap, esas sözleşmeye konulmamalıdır. Aksi yöndeki bir düzenleme, diğer bir anlatımla, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını kanunda öngörülenden daha ağır bir nisaba bağlayan esas sözleşme hükmü bâtil sayılmalıdır. Bu sonuç, tüm genel kurul kararları açısından genel olarak geçerli değil; önemine binaen, yönetim kurulu üyelerini görevden alma kararlarına özgüdür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: V.Y., C.V.; Veri Toplama: V.Y., C.V.; Veri Analizi /Yorumlama: V.Y., C.V.; Yazı Taslağı: V.Y., C.V.; İçeriğin

Eleştirel İncelemesi: V.Y., C.V.; Son Onay ve Sorumluluk: V.Y., C.V.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of study: V.Y.; Data Acquisition: V.Y.; Data Analysis/Interpretation: V.Y.; Drafting Manuscript: V.Y.; Critical Revision of Manuscript: V.Y.; Final Approval and Accountability: V.Y.

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.

Bibliyografya/Bibliography

Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2. Baskı, Vedat 2016).

Altay A, 'Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu' iç Ercüment Erdem et al. (edr), Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (On İki Levha 2017), 1-27.

Ansay T, *Anonim Şirketler Hukuku* (6. Bası, Olgaç 1982).

- Armour J, Hansmann H, Kraakman R ve Pargendler M, *The Anatomy of Corporate Law* (3. Bası, OUP 2017).
- Arslanlı H, *Anonim Şirketler; II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller* (Fakülteler Matbaası 1960).
- Baltalı C, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı* (On İki Levha 2019).
- Bebchuk LA, 'Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments' (1989) 102(8) Harvard Law Review 1820-1860.
- Bebchuk LA, Coates IV JC ve Subramanian G, 'The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence & Policy' (2002) 54 Stanford Law Review 887-951.
- Bebchuk LA, Kohen A ve Ferrell A, 'What Matters in Corporate Governance?' (2009) 22(2) Review of Financial Studies 783-827.
- Birds J, *Boyle & Birds' Company Law* (9. Bası, Jordan 2014).
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht* (4. Bası, Schultess 2009).
- Böckli P ve Bühler CB, 'Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten' iç Nedin P Vogt, Rolf Watter ve Max D Amstutz (edr), Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag (Dike 2008) 38-47.
- von Büren R, Stoffel W ve Weber RH, *Grundriss des Aktienrechts* (3. Bası, Schultess 2011).
- Bürgi WF, *Zürcher Kommentar, V. Band: Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft* (Schultess 1969).
- Coştan H, 'Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği' (2013) 29(1) BATİDER 117-137.
- Cozian M, Viandier A ve Deboissy F, *Droit des Sociétés* (32. Bası, Lexis Nexis 2019).
- Çamoğlu E, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (3. Bası, Vedat 2010).
- Dauner-Lieb B, *Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht* (5. Bası, C.H. Beck 2021).
- Davies P ve Worthington S, *Gower's Principles of Modern Company Law* (10. Bası, Sweet & Maxwell 2016).
- Develioğlu F and Kılıçkını N, *Osmanlıca-Türkçe Okul Sözlüğü* (Rafet Zaimler 1976).
- Dondero B, *Droit des Sociétés* (7. Bası, Dalloz 2021) N. 836;
- Druey JN, Druey EJ ve Glanzmann L, *Gesellschafts- und Handelsrecht* (12. Bası, Schultess 2021).
- Dubs D ve Truffer R, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II* (5. Bası, Schultess 2016).
- Eckardt U, Gessler E, Hefermehl W and Bungeroth E, *Aktiengesetz, C: I §§ 1-75* (Franz Vahlen 1984).
- Erdem N, 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyesinin Azli' (2018) 76(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 503-528.
- Fleischer H, *beck-online.Grosskommentar, Aktienrecht, Band 1* (5. Bası, CH Beck 2022).
- Forstmoser P, Meier-Hayoz A ve Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli 1996).
- Frick B ve Stäheli T, *Aktienrecht Kommentar* (Orell Füssli 2016).
- Gerner-Beuerle C ve Schillig MA, *Comparative Company Law* (OUP 2019).
- Goshen Z ve Squire R, 'Principal Costs, A New Theory for Corporate Law and Governance' (2017) 117 Colum L Rev 767-829.
- Grigoleit HC, *Grigoleit, Aktiengesetz* (2. Bası, CH Beck 2020).

- Guyon Y, *Les Sociétés: Aménagements Statutaires et Conventions Entre Associés* (5. Bası, LGDJ 2002).
- Guyon Y, 'Liberté Contractuelle et Droit des Sociétés' (2003) 1 *Revue de Jurisprudence Commercial*, Conférence Association de Droit et Commerce - Tribunal de Commerce de Paris - 27 Janvier 2003 1-12.
- Habersack M, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5. Bası, CH Beck 2019).
- Hannigan B, *Company Law* (4. Bası, OUP 2012).
- Hoffmann-Becking M, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 4. Cilt (5. Bası, CH Beck 2020).
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar* (4. Bası, Yasa 1989).
- İzmirli Y, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları* (Nobel 2001).
- Karaege Ö, 'Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364)' (2014) 1 *Ankara Barosu Dergisi* 69-110.
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2. Bası, Yetkin 2015).
- Kaşak E, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar* (On İki Levha 2019).
- Kayıklık A, 'Kamu Tüzel Kişilerinin Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili (TK m. 334)' (2020) 2 *GSÜHFD* 1587-1620.
- Kershaw D, *Company Law in Context* (2. Bası, OUP 2012).
- Kırca İ, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Bası, On İki Levha 2022).
- Kırca İ, Şehirali Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1 (BTHAE 2013).
- Koch J, *Gesellschaftsrecht* (12. Bası, CH Beck 2021).
- Koch J, *Aktiengesetz* (16. Bası, CH Beck 2022).
- Korkut Ö, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan 2012).
- Krmeta G, *Praxiskommentar Verwaltungsrat* (2. Bası, Stämpfli 2005).
- Lipton M, 'Pills, Polls, and Professors Redux' 2002 69(3) *The University of Chicago Law Review* 1037-1065.
- Manavgat Ç, *Alenî Pay Alım Teklifi (Tender Offer – Takeover Bid)* (SPK 1997).
- Manne H, 'Mergers and the Market for Corporate Control' 1965 73(2) *The Journal of Political Economy* 110-120.
- Meier-Schatz CJ, 'Rechtliche Betrachtungen zu neueren Entwicklungen in der schweizerischen "Takeover-Szene"' (1991) 87 *SJZ* 57-68.
- Merle P ve Fauchon A, *Droit Commercial: Sociétés Commerciales* (22. Bası, Dalloz 2018).
- Mertens H ve Cahn A, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/2, §§ 95-117* (3. Bası, Carl Heymanns 2013).
- Moroğlu E ve Kendigelen A, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (9. Bası, On İki Levha 2010).
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha 2020).
- Müller R, Lipp L ve Plüss A, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, Band I (5. Bası, Schultess 2021).
- Okutan Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı 2004).
- Ölmez F, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha 2021).

- Paslı A ve Seyis Z, 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli' iç İstanbul Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ed), Ticaret Kürsüsü Tartışıyor: Kürsü Seminerleri -I- (Tebliğler – Tartışmalar) (On İki Levha 2022) 1-94.
- Pétel P et al., *Code de Commerce 2014* (26. Bası, Dalloz 2014).
- Poroy R, Çamoğlu E ve Tekinalp Ü, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat 2021).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi, C II* (4. Bası, Adalet 2022).
- Schiller S, *Les Limites de la Liberté Contractuelle en Droit des Sociétés: Les Connexions Radicales* (LGDJ 2002).
- Seçer Ö, 'Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi' (2015) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 877-944.
- Simons C, *Hölters/Weber, Aktiengesetz* (4. Bası, CH Beck 2022).
- Sommer P, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (3. Bası, Orell Füssli 2016).
- Spindler G, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5. Bası, CH Beck 2019).
- Spindler G, *beck-online.Grosskommentar, Aktienrecht*, Band 1 (5. Bası, CH Beck 2022).
- Şehirali Çelik FH, *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler* (BTHAE 2008).
- Şener OH, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin 2018).
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin 2022).
- Tanner B, *Personengesellschaften und Aktiengesellschaft -Vergütungsverordnung, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Bası, Schultess 2016).
- Tanner B, *Zürcher Kommentar* (3. Bası, Schultess 2018).
- Tekil F, *Şirketler Hukuku, ikinci Cilt, Anonim Şirketler* (2. Bası, Otağ 1978).
- Tekil F, *Anonim Şirketler Hukuku* (2. Bası, Alkım 1998).
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Temsili* (BTHAE 1965).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020).
- Teoman Ö, 'Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi İle İlişkisi -Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Nedeniyle-' Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-, Cilt I, 1971 – 1982 (Beta 2000) 473-487.
- Thüsing G, *Fleischer Handbuch des Vorstandsrechts* (CH Beck 2006).
- Uçar S, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli*, Yayımlanmamış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022).
- Veziroğlu C, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha 2021).
- Weber M, *Hölters/Weber, Aktiengesetz* (4. Bası, CH Beck 2022).
- Weil R, 'Declassifying The Classified' (2006) 31 Delaware Journal of Corporate Law 891-932.
- Wentrup C, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 4. Cilt (5. Bası, CH Beck 2020).
- Windbichler C, *Gesellschaftsrecht* (24. Bası, CH Beck 2017).
- Worthington S, *Sealy & Worthington's Text, Cases, and Materials in Company Law* (11. Bası, OUP 2016).
- Yağcıoğlu KM, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi* (Adalet 2018).
- Zengin İÇ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar* (On İki Levha 2020).



Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m 2/f Işığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki Cinsiyetçi İfadelerin Değiştirilmesi Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme

Sevda Bora Çınar*

Öz

Cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadına yönelik ayrımcılığa son verilmesi adına, ulusal ve uluslararası düzeyde pek çok çalışma ve hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Ayrımcılık ve fırsat eşitsizliği, dini, tarihi, sosyal, politik ve kültürel kökleri olan, önyargılarla kuşatılmış eril zihniyetin topluma dayattığı cinsiyet kalıplarından beslenmektedir. Öyle ki kadına yönelik ayrımcılığı normalleştiren zihniyet, kelimeler, deyimler, atasözleri, belli kavram ve uygulamalar yoluyla dilde yaşamakta, önyargı ve ayrımcılık içeren tutum ve davranışlar kelimelere aktarılarak, dile, kültüre ve dahası hukuk metinlerine kadar taşınabilmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu ve bir bakıma kadının insan haklarının düzenlendiği, Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m 2/f hükmünde, ayrımcılığın dilde başladığına vurgu yapılarak, taraf devletlerden, mevzuatlarındaki ayrımcılık ve cinsiyetçilik taşıyan ifadeleri değiştirmeleri ya da kaldırmaları, yerlerine eşitlikçi ve kapsayıcı bir dille kadın erkek eşitliğini koruyan ve güçlendiren düzenlemeler getirmeleri istenmektedir.

Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunu (TTK), CEDAW m 2/f ışığında inceleme konusu edilmektedir. Nitekim ticaret alanında, iş adamı, adam çalıştırma ve gemi adamı gibi kavramlar üzerine inşa edilmiş, kapsamlı bir ticari mevzuat ve hukuk uygulaması bulunmaktadır. Benzer şekilde Türk hukuk mevzuatı genel olarak incelendiğinde insan ya da kişi kavramı yerine cinsiyetçi bir söylem olan "adam" ifadesinin sıklıkla metinlerde kullanıldığı dikkat çekmektedir. Açıkça erkeği, örtülü olarak ise kadını işaret eden cinsiyetçi kavramlar yerine, kapsayıcı ve eşitlikçi kavramlar tercih edilmelidir. CEDAW'a taraf olunması ve sözleşme hükümlerinin TC Anayasası (AY) m 90/5 hükmü gereği kanun üstünde olması karşısında, Türk Ticaret Kanunu'nun cinsiyetçi söylemlerden arındırılması, anayasanın bir gereğidir. Eşitlikçi kavram önerilerini de içeren bu çalışmayla, küreselleşme ve dijitalleşmeyle dönüşen ve gelişen ticarete, TTK'nın yeri ve etkisinin güçlendirilmesi için kadın erkek eşitliğini vurgulayan ve fırsat eşitsizliğinin önüne geçmeyi hedefleyen düzenlemeler yapılması gerekliliği hatırlatılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Toplumsal Cinsiyet, Kadın Hakları, Fırsat Eşitliği, İş adamı Kararı İlkesi, Gemi Adamı, Ayrımcılık Yasağı

An Evaluation of the Necessity to Modify Sexist Expressions in the Turkish Commercial Code No. 6102 in Light of Art. 2/f of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

Abstract

To ensure gender equality and end the discrimination against women, many studies and legal arrangements are being made at the national and international levels. Discrimination and inequality of opportunity are fueled by gender stereotypes imposed on society by the masculine mentality, which is surrounded by prejudices with religious, historical,

* Sorumlu Yazar: Sevda Bora Çınar (Arş. Gör. Dr.), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye. E-posta: sevdabora@akdeniz.edu.tr ORCID: 0000-0002-1425-8227

Atf: Bora Çınar S, "Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m 2/f Işığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki Cinsiyetçi İfadelerin Değiştirilmesi Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 349. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0002>



social, political, and cultural roots. Thus, the mentality that normalizes discrimination against women is embedded in the language through words, idioms, proverbs, certain concepts, and practices. Moreover, attitudes and behaviors involving prejudice and discrimination can be transferred to language, culture, and even legal texts through words. Art. 2/f of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), to which Turkey is a party and which, in a sense, regulates the human rights of women, emphasizes that discrimination begins with language. It requires state parties to modify or abolish discriminatory and sexist expressions in their legislation and to replace them with regulations that protect and strengthen the equality of women and men with egalitarian and inclusive language.

In this study, the Turkish Commercial Code (TCC) is analyzed in the light of Art 2/f of CEDAW. This is because comprehensive commercial legislation and legal practices exist in the field of trade, which are built on concepts such as businessman and seaman. Similarly, when the Turkish legal legislation is analyzed in general, the frequency with which the sexist term “man” is substituted for the concepts of human being or person is notable. In lieu of such sexist concepts that refer explicitly to men and implicitly to women, inclusive and egalitarian concepts should be preferred. The TCC must be devoid of sexist language because Turkey is a signatory to CEDAW and Art. 90/5 of the Turkish Constitution places the convention’s provisions above the law. This study, which also includes proposals for egalitarian concepts, draws attention to the necessity of making regulations that emphasize the equality of women and men and aim to prevent inequality of opportunity in order to strengthen the place and impact of the TCC in trade, which is transforming and developing with globalization and digitalization.

Keywords

Gender, Women’s Rights, Equal Opportunity, Business Judgement Rule, Seaman, Nondiscrimination

Extended Summary

Behind every injustice and malpractice reflected in language and actions, there is an erroneous prejudice and a traditionalized cultural structure that make them sustainable. Likewise, egalitarian and fair practices. Discrimination starts with language, and the culture and social network shaped by language permeate the attitudes and behaviors of society. Unquestionably, legal texts are the most important texts that must be purified from sexist and discriminatory language. Art. 2/f of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) requires States Parties to the Convention to eliminate all words, concepts, expressions, and forms of expression that constitute discrimination against women in all types of legal regulations and legal practices, to replace them with concepts formulated in a more egalitarian and inclusive legal language, or to abolish such regulations altogether.

When the Turkish Commercial Code (TCC) is analyzed in terms of sexist expressions that foster discrimination against women and cause inequality of opportunity, a sexist conceptual preference that implicitly refers to human beings but explicitly emphasizes being a man, such as businessmen, seamen, and men employed, stands out. The emphasis on being a “man” as opposed to a human being or a person renders the language of the law, and thus the practice of law, sexist because it focuses on men and marginalizes women. However, in Turkish commercial practice,

women also manage companies, become merchants, work on ships, and engage in transportation. In lieu of masculine expressions such as businessman and seaman, expressions that are more egalitarian, inclusive, and inclusive should be preferred. In fact, considering the technological transformation and the development of trade, it may be prudent to consider that the framework concepts should not even refer to being human.

The language must observe equality; however, it is a grave error to think that a perfect legal language will immediately eliminate inequalities in practice. In addition to recognizing and protecting rights in an egalitarian language, equal opportunities for the exercise and functioning of these rights must be secured. In order for this to occur, a social transformation and a mentality shift must be fostered. The implementation of egalitarian language is a necessary and prioritized step in initiating this transformation. However, it must be followed up, and equality must be protected and strengthened through social policies and support, not only in the text of the law but also in the application of the law.

Sustainability, progress and development are only possible in societies where all individual traits are embraced with respect and understanding, and where differences can be carried without shame or pride, not as flaws but as wealth. A more just, egalitarian, and humane order must be agreed upon for not only women but also every element of society and the environment to be liberated and to receive their share of the culture of respect they deserve. Each member of society is responsible for contributing to the development of this egalitarian, mutually-respectful environment. Preferring egalitarian and fair concepts in language when speaking, focusing on the continuation of the activity without discriminating between men and women, and acting in a business-focused, not gender-focused, manner are important steps that can have a significant impact. The inclusion of women “as women” in the workforce, without masculinizing them, keeping them under pressure, or expecting them to behave like men, is crucial for the development of trade and society. The power of words for mindset transformation should not be ignored. Words should not be used to capitalize on women’s labor and productivity, but to emphasize the importance of equal representation and contribution of women and men, and to ensure respect for women’s differences. As activist Helen Todd emphasizes, “Bread for all, and Roses, too!”

I. Genel Olarak Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve CEDAW m 2/f Hükümü

Ayrımcılıkla mücadele edilmesi ve eşitliğin sağlanması adına, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Milletler Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yanında Birleşmiş Milletler ve uzman kuruluşların pek çok çalışma ve düzenlemeleri olmakla birlikte, kadına yönelik ayrımcılığın sistematik bir şekilde sürdürülmesi üzerine, doğrudan kadın haklarını odağına alan uluslararası bir sözleşme yapılması çalışmalarına başlanmıştır¹. Kadın haklarının uluslararası standardını belirleyen Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women/CEDAW)² 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilerek, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. CEDAW, kadın hakları açısından en önemli uluslararası hukuk düzenlemelerinin başında gelmektedir³. Bir başlangıç ve toplamda 30 maddelik 6 bölümden oluşan bu sözleşmede, temel insan haklarının kadına yönelik açık bir ifadesi olacak şekilde, kadın hakları, bu hakların korunması ve uygulamaya geçirilmesi için taraf devletlerin yükümlülükleri, sürecin izlenmesine yönelik komite oluşturulması ve sözleşmenin yorumlanma ilkeleri düzenleme altına alınmıştır. Sözleşmede düzenlenen ilkelerin hayata geçirilmesinin güvence altına alınması ve etkin denetiminin sağlanması amacıyla, CEDAW'a Ek İhtiyari Protokol⁴ hazırlanmış, bu protokol 6 Ekim 1999 tarihinde kabul edilerek, 22 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylelikle Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, sözleşme gereklerinin yerine getirilmesinde denetim mekanizması haline getirilmiştir⁵.

¹ Özel olarak kadınların insan haklarına ilişkin bir sözleşmenin ortaya çıkarılmasının kadına yönelik ayrımcılık sorununun gündemde kalması adına önemli ve itici bir güç olduğu yönünde bkz Nazan Moroğlu, *Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi 30. Yılında* (On İki Levha Yayıncılık 2009) 4.

² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) [18 December 1979] <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2023.

³ Kadınların insan hakları konusunda en kapsamlı ve Birleşmiş Milletler üyesi devletler tarafından en fazla onaylanmış sözleşme olduğu yönünde bkz Hamide Zafer, 'Kadının Türk Ceza Kanunundaki Serüveni' iç *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu* (Der Kitabevi 2015) 37, 62; Kadınların insan hakları sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz Moroğlu (n 1) xi; kadınların "insan hakları anayasası" niteliğinde olduğu yönünde bkz Canan Yılmaz, 'Medeni Hukuk'ta "Şiddet" Kavramı ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi' iç *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu* (Der Kitabevi 2015) 105, 107; Benzer yönde bkz Zehra Gönül Balkır, 'Kadının Karar Süreçlerinde Etkinliği İçin Haklarının Verilmesi Mi Yoksa Kendi Çabasıyla Alması Mı Daha Önemlidir?' iç Murat Bilhan (ed), *Kadının Karar Mekanizmalarında Temsilinin ve Gücünün Arttırılması Semineri* (TC İstanbul Kültür Üniversitesi 2011) 109, 120; Sözleşmenin kadın hakları konusunda bir bakıma uluslararası standartları belirleyen ilk sözleşme olduğu yönünde bkz Ömer Uğur Gençcan, *Kadın Hukuku* (Yetkin Yayınları 2020) 178.

⁴ Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [06 October 1999] <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-elimination-all-forms>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2023.

⁵ Moroğlu (n 1) 21.

Türkiye, 1985 yılında CEDAW'a, 2002 yılında ise CEDAW İhtiyari Protokole katılmıştır⁶. TC Anayasası⁷ m 90/5⁸ hükmü gereği, CEDAW üstün iç hukuk kuralı statüsündedir. Buna karşın CEDAW m 23⁹'e göre kadın erkek eşitliğinin sağlanması bakımından, ulusal ya da uluslararası fark etmeksizin hangi düzenleme daha elverişliyse o uygulama alanı bulacaktır. Görüldüğü üzere CEDAW'ın amacı, kadın haklarının asgari standardını belirlemek ve cinsiyet eşitliğinin sağlanması yolunda hem ulusal hem uluslararası boyutta daha ileri düzeyde düzenlemelerin yapılmasını ve uygulanmasının yolunu açmaktır¹⁰.

CEDAW m 1'e göre *kadınlara karşı ayrımcılık*, medeni durumlarına bakılmaksızın kadınların siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin, kadın ve erkek eşitliğine dayalı olarak tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını engelleme veya hükümsüz kılma sonucunu doğuran veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelmektedir. Bu tür ayrımcılık örnekleri modern toplumlarda her ne kadar sadece tutum ve davranışlarla sürdürülüyor sanılsa da ne yazık ki yasalara kadar işlemiş ve kalıplaşmış bir kadına yönelik ayrımcılık sorunuyla mücadele edilmektedir. CEDAW m 2 de bu gerçeği yansıtmakta, bu hükümle yalnızca yasalarda değil uygulamada da kadınlara karşı var olan tüm ayrımcılıkların kaldırılması istenmektedir¹¹. CEDAW m 2, genel olarak taraf devletlerin hukuki alanda kadına karşı her türlü ayrımcılığı yok edecek tedbirler alma yükümlülüğünü düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre taraf devletler, kadına yönelik ayrımcılığın her türlüşünü yasaklamalı, hiç vakit kaybetmeksizin her türlü vasıtayla, her türlü

⁶ Türkiye'nin CEDAW'a katılması, 11.6.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşme, Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanarak, 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY), Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

⁸ AY m 90/5 hükmüne göre: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."

⁹ CEDAW m 23: "Nothing in the present Convention shall affect any provisions that are more conducive to the achievement of equality between men and women which may be contained:

(a) In the legislation of a State Party; or

(b) In any other international convention, treaty or agreement in force for that State."

Hükümün çevirisi ise şu şekilde yapılabilir: "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, kadın ve erkek eşitliğinin sağlanma bakımından daha elverişli olabilecek aşağıda yer alan hükümleri etkilemeyecektir:

(a) Bir Taraf Devletin mevzuatında bulunan hükümleri veya

(b) Söz konusu Devlet bakımından yürürlükte bulunan diğer herhangi bir uluslararası sözleşme, anlaşma veya anlaşma hükümlerini."

¹⁰ CEDAW'ın, hangi düzenleme uygulanırsa uygulansın yeter ki kadın erkek eşitliği gerçekleşsin derdinde ve sevdasında olduğu yönünde bkz Gençcan (n 3) 177.

¹¹ Moroğlu (n 1) 17.

ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik politikalar izlemelidir¹². Çalışmamızda odak noktamızı oluşturan taahhüt ise CEDAW m 2/f’de yer alan “Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut kanunları, hukuki düzenlemeleri, gelenek ve uygulamaları değiştirmek veya yürürlükten kaldırmak için yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere tüm gerekli tedbirleri almak” yükümlülüğüdür. Bu düzenleme ile sözleşmeye taraf devletlerden, her türlü hukuki düzenleme ve hukuk uygulamasında, kadına yönelik ayrımcılık oluşturan her türlü kelime, kavram, ifade ve anlatım biçimlerinin mevzuattan temizlenmesi, yerlerine daha eşitlikçi ve kapsayıcı bir hukuk diliyle inşa edilmiş kavramların yerleştirilmesi ya da tamamen bu tür düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması istenmektedir.

II. Dildeki Ayrımcılık ve Türk Hukuk Mevzuatındaki Cinsiyetçi Söyleme Dair Kısa Bir Değerlendirme

A. Dildeki Ayrımcılık, Cinsiyetçi Söylem ve Toplumsal Cinsiyet

Kadına yönelik ayrımcılık sorunu tek bir sebepten kaynaklanmadığı gibi çözümü için de tek bir alanın bilgisi yeterli olmamaktadır. Nitekim sistematik bir şekilde kadının maruz bırakıldığı olumsuz tutum, davranış ve dayatmaların gerisinde, mitoloji, din, ekonomi, ticaret gibi daha pek çok alanda kökleri bulunabilen kalıplaşmış toplumsal kabuller, beklentiler, kültür ve alışkanlıklar bulunmaktadır¹³. Toplumun her yanını kuşatan kültür ve alışkanlıklar en çok da dile yansımakta, dil bir bakıma geçmiş alışkanlıkları sürdüren bir köprü vazifesi görmektedir¹⁴. Toplumda kadına yönelik ayrımcılık ve fırsat eşitsizliğinin dini, tarihi, sosyal, politik ve kültürel kökleri, kelimeler, deyimler, atasözleri, belli kavram ve uygulamalar

¹² Bu yükümlülükler CEDAW m 2’de şu şekilde sıralanmıştır:

“(a) To embody the principle of the equality of men and women in their national constitutions or other appropriate legislation if not yet incorporated therein and to ensure, through law and other appropriate means, the practical realization of this principle; (b) To adopt appropriate legislative and other measures, including sanctions where appropriate, prohibiting all discrimination against women; (c) To establish legal protection of the rights of women on an equal basis with men and to ensure through competent national tribunals and other public institutions the effective protection of women against any act of discrimination; (d) To refrain from engaging in any act or practice of discrimination against women and to ensure that public authorities and institutions shall act in conformity with this obligation; (e) To take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise; (f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women; (g) To repeal all national penal provisions which constitute discrimination against women.” Sözleşmenin ilgili bölümünün resmi gazetedeki çevirisi ise şu şekilde yapılmıştır: “a) Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi ulusal anayasalarına ve diğer ilgili yasalara, henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı, b) Kadınlara karşı her türlü ayrımcı hareketi yasaklayan ve gerekli yerlerde müeyyideler de ihtiva eden yasal ve diğer uygun önlemleri kabul etmeyi, c) Kadın haklarının erkeklerle eşit olarak yasal himayesini tesis etmeyi ve yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları aracılığıyla kadınların her türlü ayrıma karşı etkin himayesini sağlamayı, d) Kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılmasından veya uygulanmasından kaçınmayı ve kamu yetkilileri ile kuruluşlarının bu yükümlülüğe uyumlu olarak hareket etmelerini sağlamayı, e) Herhangi bir kişi, kuruluş veya teşebbüsün kadınlara karşı ayırım yapmasını önlemek için bütün uygun önlemleri almayı, f) Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, tadil veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı, g) Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden bütün ulusal cezai hükümleri ilga etmeyi.”

¹³ Detaylı değerlendirmeler için bkz Sevda Bora Çınar, ‘İlk Kadın Lilith’den Robot Sophia’ya Değişmeyen Kadın Mücadelesi: Teknoloji Çağında Kadın Olmak ve Kadın Olmaya Dair Özelliklerin Korunması’ iç Kadın Hakları Sempozyumu (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 09 Mart 2022) 241-264.

¹⁴ Ataerkil kültürün beraberinde ataerkil bir dili de getirdiği yönünde bkz Zafer (n 3) 39.

yoluyla dilde yaşamakta, kullanılan bazı kavramlar kadına yönelik olumsuz tutum ve davranışları beslemektedir¹⁵. Ayrımcılığın dildeki yansımalarını pek çok örnekte görmek mümkündür. Kelimelerle, belli bir cinsiyet yüceltilebilmekte¹⁶, belli işler ve durumlar belli bir cinsiyete özgülenebilmekte¹⁷, belli bir cinsiyet ise sistematik olarak aşağılanabilmektedir¹⁸. Örneğin, kadınların bilimsel faaliyetlerde bulunamayacağı önyargısı “bilim adamı”, “fen adamı”, “teknik adam”; siyasetle ilgilenemeyeceği önyargısı “siyaset adamı”, “devlet adamı”; hukuk ve adli işlerde yetkin olamayacağı önyargısı “kanun adamı”; ticari faaliyette bulunamayacağı önyargısı ise “iş adamı” gibi belli alan ve faaliyetlerin erkek olmaya bağlandığı cinsiyetçi kavramların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Kanaatimizce, cinsiyetçi kavramların gerisinde eğitime erişimi engellenen ve malvarlığı hakları uzunca bir süre ailesine özgülünen kadınların fiilen bu alanlara yönelmesinin imkânsızlığı ve bu sistemin pekiştirmiş olduğu toplumsal cinsiyet kalıpları yatmaktadır¹⁹. Toplumsal cinsiyet (*gender*) kavramı, toplum tarafından kadın ve erkek olmakla bütünleştirilen, toplumun bu cinsiyetteki kişilerden beklentileriyle tasarlanmış kalıpları ifade etmektedir²⁰. Bu toplumsal cinsiyet kalıpları sebebiyle kadının ayrımcılığa maruz kalmasından daha da kötü olan ise ne yazık ki kadınların da bu ayrımcılığı normalleştirebilmesidir. Kadınlar, erkek egemen iş alanlarında üst düzey görevler üstlenerek toplumsal cinsiyet kalıplarını kırmayı başarsalar bile özgüvenlerini koruyabilmek için sürekli neden bu masada bir koltuğu hakkettiklerini kendilerine hatırlatmak ve kendilerini cesaretlendirmek

¹⁵ Aynı fikirde bkz ibid 39.

¹⁶ Bu tür kelimelere “adam gibi”, “sözünün eri”, “erkek sözü”, “adam olmak”, “insanoğlu” gibi kelime grupları örnek olarak gösterilebilir. Diğer örnekler için bkz Bora Çınar, ‘Teknoloji Çağında Kadın’ (n 13) 254.

¹⁷ Uçuş görevlisi, sekreter, hemşire, temizlikçi gibi meslekler genellikle kadın cinsiyetiyle bütünleştirilmekte, benzer şekilde erkek cinsiyetiyle bütünleştirilen müdür, patron, pilot, doktor, avukat gibi meslekleri kadın icra ettiğinde başına “kadın” ifadesi konularak dilde algıdaki tezatlık vurgulanmaktadır. Emeğin cinsiyeti olmaz vurgusuyla bu dil kullanımının cinsiyetçilik taşıdığı yönünde benzer bir değerlendirme için bkz Senem Gençtürk Hızal, ‘Medyada toplumsal cinsiyet söylemi’ iç *Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri* (Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları 2020) 17, 21.

¹⁸ “Elinin hamuru”, “kadın başına”, “kız gibi” kelime grupları kadını zayıf görmenin, “kız almak”, “kız istemek”, “kız vermek” gibi kültür kabul edilen ancak kadının meta olarak görüldüğü dönemlerin izlerini taşıyan kavramlar ise kadını metalaştırmanın dildeki izleridir. “Kızımı dövmeyen dizini döver”, “kadının sırtından sopayı karnından sopayı eksik etmemek” gibi erkeğin kültüre dönüştüğü atasözleri kadına yönelik şiddeti normalize eden dil alışkanlıklarıdır. Detaylı değerlendirmeler için bkz Bora Çınar, ‘Teknoloji Çağında Kadın’ (n 13) 253 vd.

¹⁹ Türkiye örneğinde, kız çocuklarının ilk olarak 1924 yılında Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile erkek çocuklarıyla eşit şekilde eğitim almaya başladıkları, tıp eğitimini ilk olarak 1922 yılında (7 kişi), hukuk eğitimini ise ilk olarak 1920 yılında (1 kişi) almaya başladıkları düşünüldüğünde, eğitimde fırsat eşitsizliğinin boyutları oldukça dikkat çekicidir. Erkek egemen bir çevrede varlık mücadelesi vermek zorunda bırakılan kadının eğitim ve çalışma hayatında asıl potansiyelini göstermesinin ancak eşit katılımlı süreçte başlama ve sürdürme imkânı olduğunda söz konusu olabileceğine yönelik bkz. Cordelia Fine, *Toplumsal Cinsiyet Yanılsaması*, Kıvanç Tanrıyar (çev) (Sel Yayıncılık 2011) 63.

²⁰ Benzer yönde bkz Moroğlu (n 1) 4.

zorunda hissetmektedir²¹. Başarılı kadınların sürekli kendini eleştirmeye eğilimli olması, mükemmel olmaya, başkalarını memnun etmeye ve uzmanlaşmaya fazla enerji harcaması, başarısıyla değil potansiyeliyle değerlendirilmeye alıştırmış, başarıyı sahiplenip sorumluluğu ise başkasına atma eğiliminde olan erkeklere göre bambaşka çalışma kültürleri ortaya çıkarmaktadır²².

Kadının üst düzey alanlar söz konusu olduğunda görünmez olmasına karşın, emeğin değersizleştirildiği ve yoğun sömürünün egemen olduğu alanların ise doğrudan kadına özgülendiği ve faaliyetin bile kadın kimliği üzerine inşa edildiği görülebilmektedir. Örneğin toplumda, “ev kadını”, “hayat kadını” gibi kavramlar türetildiği halde bu tür faaliyetleri gerçekleştiren erkek bireyler için cinsiyetten türetilen benzer kavramların kullanılmadığı görülmektedir. Kaldı ki “kadın” kelimesinin cinsiyetten sonraki en yaygın kullanılan “analık veya ev yönetimi bakımından gereken erdemleri, becerileri olan” ve “hizmetçi bayan” anlamları sözlüklerdeki²³, “genel kadın” ifadesi ise kanunlardaki yerini alabilmektedir²⁴.

²¹ Meksika’da büyüyen ve California’daki mühendislik okuluna giden Anna, oradaki az sayıda kadından biri olarak, kadınlara mühendislik eğitimi vermenin zaman kaybı olduğunu açıkça beyan eden erkek bir profesörden eğitim almış, bu profesör sırf kadın erkek eşitliğinin şirketlere dayatılması sebebiyle iş bulacaklarını söyleyerek mezuniyet sonrası çalışma hayatlarını da en başından değersizleştirmiştir. Anna, gerçekten de kadınların aktif olarak işe alınması politikası izleyen bir şirkette işe başlaması üzerine, sürekli profesörün aşağılamalarını zihninde tekrarlamış, sırf kendini kanıtlamak için aşırı uzmanlaşma ve mükemmel performans sergilemek gerektiği baskısını sürekli iş yaşamında hissetmiştir. İşinde yükselmek gibi bir hedefi olmadığı gibi ne kadar başarılı olursa olsun mevcut pozisyonunu sürdürmesinin bile bir lütfü olduğu düşüncesini pekiştirmiştir. Gerçekte hakkı olan yüksek pozisyonlara yükselmesi ise eşini kaybetmesi üzerine, üç çocuğuyla baş başa kalması neticesinde olmuştur. Kadın yine kendisi için değil toplumun dayattığı toplumsal cinsiyet çerçevesi içerisinde sorumlulukları ağır bastığı ve mecbur kaldığı için liderleşmiştir. Bu anı ve benzer iş deneyimi örnekleri için bkz Sally Helgesen ve Marshall Goldsmith, *How Women Rise* (2018) (Türkçe çevirisi: *Kadınlar Nasıl Güçlenir? Başarıyı Engellenen 12 Kötü Alışkanlığı Bırakmak*, çev. Başak Gündüz (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2019)) 106 ff; Kadın meselesinin özünün “var olmak” ve “ait olmak” arasında bir mücadele olduğu yönündeki isabetli tespit için bkz Türkan Sancar, ‘Ceza Hukukunda Kadın’ iç Sema Taşpınar Ayvaz (ed), *Esin Konanç Sempozyumları* (Ankara Üniversitesi yayınları 2011) 99, 102; Kadını engellemek için tasarlanmış gibi duran çalışma alanlarında kadının “buraya ait değilim” duygusuna kapılmasının beklenebilir bir sonuç olduğu yönünde bkz Fine (n 19) 63 vd.

²² Helgesen ve Goldsmith (n 21) 18, 20 ve 46.

²³ Tanımlar için bkz Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

²⁴ Başlangıçta “umumi kadın” olarak yasaya taşınan ifade sonrasında “genel kadın” olarak güncellenmiştir. Öyle ki adında da genel kadın ifadesi geçen ilgili düzenleme “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü”dür (Mevzuat Numarası:5984, Kabul Tarihi: 30.03.1961, RG19.04.1961/10786). Bu düzenlemenin halen Türkiye’deki düzenleyici fuhuş mevzuatının temel hukuki aracı olduğu yönünde bkz İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, ‘Seks İşçileri ve Yasaların Seks İşçilerine Etkileri ve Öneriler’ iç *Seks İşçilerinin ve Transgender Bireylerin İnsan Haklarının Desteklenmesi Projesi, Seks İşçiliği Mevzuatı Çalışma Grubu Raporu* (2011) 64; İlgili raporda yasalarda “genel kadın” ifadesi yerine cinsiyeti etiketlemeyen ve daha kapsayıcı olan “seks işçisi” ya da “seks çalışanı” kavramının kullanılması önerilmektedir. Bu çalışmada da önerilen kavramın kullanılmasında tercih edilmiştir. Bunun yanında CEDAW m 6’ya göre: “*Taraf Devletler, her türlü kadın ticaretini ve kadınların fuhuş yoluyla sömürülmesini engellemek için mevzuat da dahil olmak üzere tüm uygun tedbirleri almak zorundadır*”. Türk hukuk mevzuatında fuhuşla değil de daha çok fuhuşla bulaşan hastalıklarla mücadele edilmesinin ve mali yükümlülüklerin çerçevesini düzenlediğini düşündüğümüz bu tüzükte CEDAW kapsamında değerlendirilebilecek tedbir ise m 20’de yer alan “*evvela bu kadını fuhuşa sürükleyen sebepler komisyonca araştırılır ve kendisinin tekrar namuslu bir hayata dönmelerini sağlayacak tedbirler düşünülür.*” kısmıdır. Kadın mücadelesinin bedenini korumak bir yana, kadın ve erkek olarak bedeni eril zihniyet tarafından istismar edilenler şeklinde birleşerek ortak bir sömürü kavramı arayışına yönlendirilmiş olması, kadın ve erkek hak ve özgürlüklerde değil ne yazık ki ayrımcılık ve sömürde eşitlenmesi bakımından oldukça üzüntü vericidir. Benzer şekilde kadını değil de aileyi korumayı öncül alan Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (Kanun Numarası: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239)’da söylem ve çerçeve bakımından eleştiriyeye açık bir düzenleme örneğidir. Kanunun değerlendirilmesi ve isimlendirme konusundaki eleştirileri için bkz Nur Centel, ‘6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Değerlendirilmesi’ iç *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu* (Der Kitabevi 2015) 15, 34 vd; Benzer yönde bkz Yılmaz (n 3) 112 vd.

Görüldüğü üzere zihniyet dile yansımakta, ayrımcılık öncelikle dilde başlamaktadır. Kadın ve erkek eşitliğini sağlama yolunda belki de bu sebeple işe öncelikle dili eşitlemekle başlanmalıdır. Ayrımcılığın dilde başladığına vurgu yapan ve cinsiyetçi kelimelerin kullanımını önlemeyi hedefleyen pek çok girişim bulunmaktadır²⁵. CEDAW m 5/a'ya göre de sözleşmeye taraf olan devletler, “*cinsiyetlerden birinin aşağılığı ya da üstünlüğü fikrine ya da kadın ve erkek için kalıplaşmış rollere dayanan önyarguların, geleneksel ve diğer tüm uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek*” için tüm uygun tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Bu çerçevede toplumsal cinsiyet eşitliği için ilkökul seviyelerine kadar kadın erkek eşitliğine yönelik dersler verilmesi, ders materyallerinin taranarak cinsiyetçi ifadelerden arındırılması, toplumsal cinsiyeti dayatan örtük öğrenmenin önüne geçilmesi gerektiği açıktır²⁶.

B. Türk Hukuk Mevzuatının Cinsiyetçi Söylem Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi

Önyargı ve ayrımcılık içeren tutum ve davranışlar kelimelere aktarılarak, dile, kültüre ve dahası hukuk metinlerine taşınmaktadır²⁷. Böyle bir düşünce taşımaya dahi örneğin dildeki kavramların başka bir dile aktarılmasında tercih edilen kelimeler, kişiden kişiye, zamandan zamana ve ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Örneğin CEDAW, “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi²⁸” başlığıyla Türkçeye çevrilerek 14 Ekim 1985 tarihinde resmi gazetede yayınlanmıştır. Genel olarak bakıldığında, bu çeviri yaygın olarak benimsense de “önleme” çevirisinde bir birlik yoktur²⁹. Orijinal metinde sözleşme başlığında geçen *Elimination* ifadesi eleme, kurtulma, saf dışı etme, tasfiye etme anlamına gelmektedir³⁰. Literatürde ise *elimination* ifadesinin Türkçe karşılığı olarak çoğunlukla “önlenmesi³¹” ifadesi

²⁵ Eşit sözlük hareketi için bkz Eşit Sözlük, <<http://esitsozluk.com/#/>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2022.

²⁶ Öneriler için bkz Suphi Vehit, Feyza Ak Akyol, Hazal Mintaş, Saliha Esen, Eda Tandoğdu ve Yakup Akyüz, ‘Toplumsal Cinsiyet ve Kadın’ iç Akasya Kansu Karabağ (rap). “*Herkes İçin Eşit Bir Dünyada Birlikte Var Olmak*” *Kadın ve Aile Çalıştay Raporları ve Sonuç Bildirileri* (Uluslararası Lions Çoğul Yönetim Çevresi 118 Konfederasyonu, İstanbul Çalıştay 12 Şubat 2017) 12; Moroğlu (n 1) 69 vd; Örtük öğrenmenin toplumsal cinsiyet kalıplarına etkisi için bkz Fine (n 19) 28 vd.

²⁷ Kanunların her toplumun kendi kültürünü yansıttığı, süreç içindeki değişikliklerle toplumun değer yargıları ve zihniyetini de benzer yönde etkileyerek değiştirdiğine yönelik değerlendirmeler için bkz Zafer (n 3) 37.

²⁸ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Karar Sayısı: 1985/9722, RG 14.10.1985/18898 <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>> Erişim Tarihi 24 Ocak 2023.

²⁹ TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması ve İhtiyari Protokol* (2010); Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, ‘Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi I’ iç Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin Yayıncılık 2018) 57, 57.

³⁰ Cambridge Dictionary, <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/elimination>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2023.

³¹ Centel (n 24) 15 vd; Zafer (n 3) 41; Balkır (n 3) 111; Damla Songur, ‘Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Ticaret Hukuku ve Uygulamasına Genel Bakış’, iç Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin Yayıncılık 2018) 413, 420; Özlem Yenerer Çakmut, Özge Üçel Dericiler, Sendi Yakuppur, Işık Özer ve Ferhat Yıldırım, ‘Türkiye’de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık’ (2021) 27 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 933, 936.

kullanılmakla birlikte “kaldırılması³²”, “ortadan kaldırılması³³”, “tasfiye edilmesi³⁴” gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramlar arasında, örneğin “ortadan kaldırılması” ifadesi, anlamı daha güçlü ve sorunun derinliğini vurgulaması bakımından daha isabetli bir çeviri olarak düşünülebilir. Ancak “ortadan kaldırmak” ifadesinin Türkçe anlamına bakıldığında, birinci anlamı “saklamak”, ikinci anlamı ise “yok etmek”tir³⁵. Kadına karşı ayrımcılık sorununun uzunca bir zamandır üstesinden gelinememiş olmasının, kanaatimizce en köklü sebebi, bu sorunun görmezden gelinmesi, çoğu hak ihlallerinin saklanması ve üstünün örtülmesidir. Bu sebeple birinci anlamı “saklamak” olan “ortadan kaldırmak” ifadesi yerine, birinci anlamı “ortadan kaldırmak” olan “yok etmek” ifadesinin kullanılması daha isabetli olabilir. Görüldüğü üzere yabancı dildeki bir ifadenin Türkçeye çevrilmesinde dahi birden fazla aynı ya da benzer anlamı ifade eden Türkçe kavram arasından hangisinin tercih edildiği, bir bakıma çeviri sahibinin ve aynı dili kullananların bir bütün olarak değer yargılarını, kalıplaşmış düşüncelerini ve zihniyet yapılarını ortaya koymaktadır. Sözleşmenin adının çevirisindeki tek bir kelimenin bile anlamı, derinliği, etkisi işte bu kadar karmaşık ve önemliyken, özellikle hukuk metinlerinde kullanılan her bir kelime tercihinin üzerinde detaylıca durulması gerektiği açıktır³⁶. Nitekim kelimelerin titizlikle seçilmesi, hukuk metnlerinin çerçevesinin doğru çizilmesi, doğru uygulanması ve düzenlenmelerine dayanak olan sorunların çözümü adına gerekli hassasiyetin gösterilmesinin sağlanması için atılması gereken ilk doğru adımdır. Bu noktada cinsiyetçi söylemin önüne geçmek, önemli bir ayrımcılıkla mücadele alanı olarak ortaya çıkmaktadır³⁷. Şüphesiz ki ayrımcılığı besleyen kelimelerden arındırılması gereken metinlerin başında hukuk metinleri gelmektedir³⁸.

Kanun önünde eşitlik başlıklı AY m 10/1 hükmüne göre: “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” *Herkes* ifadesinin içine elbette ki kadınlar da girmektedir. Ancak nötr kanun dili, uygulamada eşitliği sağlamak için yetersiz

³² Moroğlu (n 1) 1 vd; Gençcan (n 3) 177.

³³ Ayşe Güneş, ‘Keşisimsellik Yaklaşımı Bağlamında Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin CEDAW Komitesi Genel Tavsiye 35 Sayılı Kararı’nın Analizi’ (2021) 29 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1739, 1739 vd.

³⁴ Murat Bilhan (ed), *Kadının Karar Mekanizmalarında Temsilinin ve Gücünün Arttırılması Semineri* (TC İstanbul Kültür Üniversitesi 2011) 122; TBMM sayfasından alındığı bilgisiyle, Müge Sunal (haz), *Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri* (Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları 2020) 81.

³⁵ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

³⁶ Hukuk düzenlemelerinin isimlerinin uygulamayı yönlendirmekte etkili olduğu yönünde bkz Centel (n 24) 34.

³⁷ Gençtürk Hızal (n 17) 24.

³⁸ Sevdâ Bora Çınar, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun Kanun Dili ve Hukuk Uygulamasının Kadına Yönelik Ayrımcılık ve Fırsat Eşitsizliği Bağlamında Değerlendirilmesi’ iç *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi* (Adalet Yayınevi 2022) 791, 791; Ayrımcılığın asıl tehlikeli olduğunu alanın, ayrımcı dil, anlayış ve pratiklerin yasalara yansımış hali olduğu yönünde bkz Sancar (n 21) 102; Yasa ve yargı kararlarındaki ayrımcı dilin düzeltilmesi gerektiği yönünde bkz Şebnem Akipek, Gizay Dulkadir, Olcay Karacan, Nermin Perçin, Oya Şafak, Sema Evren, Suna Demirgöz ve Vildan Çiğdemoğlu, ‘Toplumsal Cinsiyet ve Kadın’ iç *Özlem Arslan* (rap), Aylin Görgün Baran (mod), “*Herkes İçin Eşit Bir Dünyada Birlikte Var Olmak*” *Kadın ve Aile Çalıştay Raporları ve Sonuç Bildirileri* (Uluslararası Lions Çoğul Yönetim Çevresi 118 Konfederasyonu, Ankara Çalıştay 15 Şubat 2017) 95.

kalmıştır ki 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı Kanun m 1 hükmü ile AY m 10'a ek bir fıkra eklenmiş, açıkça kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları vurgulanmış, devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunun altı çizilmiştir. Ulusal ve uluslararası düzeyde, en önemli hukuk metinlerinde, bu kadar güçlü olarak vurgulanması ve uzlaşılmasına rağmen, pratikte neden kadın ve erkek eşitliğinin hala gerçekleşemediğini anlamak güç olabilir. Ancak hukuk metinlerinin bütününe bakıldığında, cinsiyetçi söylem ve yaklaşımlar yasalara sızmaya devam etmektedir. Türk hukuk mevzuatı genel olarak incelendiğinde, insan ya da kişi kavramı yerine cinsiyetçi bir söylem olan “adam³⁹” kavramının sıklıkla kullanıldığı⁴⁰, şiddetin önlenmesine yönelik çoğu kanuni düzenlemede mağdur olarak peşinen kadının odağa alındığı⁴¹, kadına yönelik şiddetin en ağır şekli olan cinsel sömürünün ise hukuki düzenlemelerde kavramsal olarak dahi kadın kimliği üzerine inşa edildiği⁴², sosyal yardımlar, destekler ve cezalar bakımından da peşinen zayıf ve yardıma muhtaç

³⁹ Erkek olmaya referans veren adam kavramı Arapça kökenli olup Türk dilinde o kadar yaygın kullanılmaktadır ki TDK'ya göre kavramın birinci anlamı insan, ikinci anlamı ise Ademoğlu'dur. Kavramın daha da derinine inildiğinde ise kadının erkeğin bir kemiğinden yaratılmış olduğu mitine dayanılarak insan olmayı erkek olmakla özdeşleştiren, kadını ise insan değil insan'dan sayan ve hatta “kadın insan mıdır”, “kadının ruhu var mıdır” gibi bilimsel (?) etkinliklerde kadının yerini arayan ve her iki soruya da olumsuz cevap verebilen kültürlerin baskınlığı karşısında, kadının dolaylı olarak eril kavram içinde kendine bir yer bulmasının beklenmesine şaşırılmak gerekmektedir. Detaylı değerlendirme ve eleştiriler için bkz Bora Çınar, ‘Teknoloji Çağında Kadın’ 254 vd.

⁴⁰ Adında adam kavramı kullanılan kanun ve yönetmeliklerden bazıları şunlardır: “Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu, Kanun Numarası: 2629, Kabul Tarihi: 28.2.1982, RG 28.2.1982/17619(Mükerrer); Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği, Mevzuat Numarası: 24381, RG 10.02.2018/30328; Gemiadamı Yetiştirme Kursları Yönetmeliği, Mevzuat Numarası: 11271, RG 22.04.2007/26501; Profesyonel Sualtıadamları Yönetmeliği, Mevzuat Numarası: 5689, RG 22.09.1997/23098; Gemi Adamlarının İkamet Yerleri, Sağlık ve İşlerine Dair Yönetmelik, Mevzuat Numarası: 6227, RG 20.12.1989/20378; Elektrik ile İlgili Fen Adamlarının Yetki, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, Mevzuat Numarası: 4885, RG 11.11.1989/20339; İmar Kanununun 38 inci Maddesinde Sayılan Mühendisler, Mimarlar ve Şehir Plancıları Dışında Kalan Fen Adamlarının Yetki, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, Mevzuat Numarası: 4876, RG 02.11.1985/18916.”

İçerik olarak metinde adam kavramı kullanılan düzenleme örnekleri olarak ise şunları göstermek mümkündür: “Türk Borçlar Kanunu (TBK), Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836, m 66'da “adam çalıştırma” kavramı; Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5275, Kabul Tarihi: 13.12.2004, RG 29.12.2004/25685, m 44 ve 46'da “adam öldürme” kavramı; Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 3628, Kabul Tarihi: 19.04.1990, RG 04.05.1990/20508, m 3'te “devlet adamı” kavramı; Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 3289, Kabul Tarihi: 21.05.1986, RG 28.05.1986/19120, ek m 9'da “teknik adam” kavramı; İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, RG 09.05.1985/18749, m 5, 28, 38 ve 44'te “fen adamı” kavramı; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 2863, Kabul Tarihi: 21.07.1983, RG 23.07.1983/18113, m 35'te “bilim adamı” kavramı; Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 633, Kabul Tarihi: 22.06.1965, RG 02.07.1965/12038, m 19'da “bilim ve din adamı” kavramı; Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10705, m 131, 132, 143 ve 235'te “yetkili adam” ve “adam” kavramları geçmektedir.” Bu şekilde içeriğinde adam kavramı tercih edilen mevzuat sayısının ise yaklaşık olarak 550'yi geçtiği tahmin edilmektedir. Detaylı inceleme ve diğer örnekler için bkz TC Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi, <<https://www.mevzuat.gov.tr/aramasonuc>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

⁴¹ Odağına kadını alan ilgili düzenleme örnekleri ise şu şekildedir: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239; Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6112, Kabul Tarihi: 15.02.2011, RG 03.03.2011/27863, m 8 ve 9; Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 13.11.2004/25642, m 82, 86, 94, 96, 106 ve 233.”

⁴² Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, Mevzuat Numarası:5984, Kabul Tarihi: 30.03.1961, RG 19.04.1961/10786 ve ilgili mevzuat kadın kimliği üzerine fuhuş ve benzeri durumları inşa etmektedir.

olarak kadının işaret edildiği pek çok düzenleme örneği bulunmaktadır⁴³. Dildeki bu kalıplaşmış kullanım ve yargılar, *kendini gerçekleştiren kehanet*⁴⁴ gibi gerçekten de bu kuralların uygulama alanına kalıplaşmış kabulleri taşımakta, kanunun dili gibi hukuk uygulaması da belli cinsiyetleri belli durumlara özgülemektedir⁴⁵. Bu çalışmada, CEDAW m 2/f ışığında, cinsiyetçi bir söylem örneği olan “adam” kavramının yer aldığı, sadece TTK’daki hükümler inceleme konusu edilmektedir. TTK ile benzer durumda olan daha pek çok düzenleme bulunmaktadır. Tüm Türk hukuk mevzuatının CEDAW hükümleri ışığında yeniden ele alınması AY m 90/5 hükmü karşısında anayasanın bir gereğidir⁴⁶. Bu konuda yapılması gereken ivedi olarak bir hukuk komisyonu oluşturulması ve benzer şekilde içerisinde cinsiyetçi söylem barındıran tüm mevzuatın kapsayıcı bir dil çerçevesinde yeniden ele alınması ve mevzuatın cinsiyetçi kelimelerden arındırılmasının sağlanmasıdır⁴⁷. Bu önerimiz, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) üzerinden Adalet Bakanlığı’na da iletilmiş olup Adalet Bakanlığı Özel Hukuk Bürosu tarafından mevzuat değişikliğine ilişkin önerilerimizin, yapılacak mevzuat hazırlıkları kapsamında değerlendirilmek üzere not edildiği bilgisi verilmiştir⁴⁸. Bilindiği üzere, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı (2016-2020) çerçevesinde “İstanbul Sözleşmesi başta olmak üzere kadının insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve belgeler çerçevesinde Anayasa ve ilgili temel Kanunlarda değişiklik yapılacaktır.” notuyla, ilk sırada mevzuat iyileştirilmesi hedeflenmekteydi⁴⁹. Eylem planı hayata geçirilemediği gibi üzerine bir de 2021 yılında İstanbul Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti

⁴³ İlgili düzenleme örnekleri ise şunlardır: “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu, Kanun Numarası: 7245, Kabul Tarihi: 11.06.2020, RG 18.06.2020/31159, m 5; Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012/28460, m 28; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006/26200, m 16, 32, 34 ve 37; Tarım Kanunu, Kanun Numarası: 5488, Kabul Tarihi: 18.04.2006, RG 25.04.2006/26148, m 15; Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876, m 5; Belediye Kanunu, Kanun Numarası: 5393, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 13.07.2005/25875, m 14 ve 77; Engelliler Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5378, Kabul Tarihi: 01.07.2005, RG 07.07.2005/25868, m 4; İl Özel İdaresi Kanunu, Kanun Numarası: 5302, Kabul Tarihi: 22.05.2005, RG 04.03.2005/25745, m 65; Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611, m 82, 86, 94, 96, 106 ve 233.”

⁴⁴ Mitolojik bir hikâyeye göre, heykeltıraş Pygmalion, Galatea adını verdiği, fildişi kadın heykelini yaparak, çok beğendiği bu eserine âşık olmuş ve tanrıça Venüs’ün heykelini canlandırmasını dilemiştir. Bunun üzerine dileğini kabul eden Venüs, heykeli canlandırarak, heykeline kadınınmış gibi davranan Pygmalion’un heykelinin gerçekten de kadına dönüşmesini sağlamıştır. İşte bu hikâyeye, “Pygmalion etkisi” ya da “kendini gerçekleştiren kehanet” olarak da adlandırılan, “beklenti etkisi” olgusuna adını vermektedir. Beklenti etkisinin ise kişinin, bir süre sonra başkalarının kendisinden beklentilerine uyumlu olacak şekilde davranışlar sergilemesi olarak tanımlanması mümkündür. Beklenti etkisine benzer şekilde toplum tarafından oluşturulan olumsuz kalıp yargılar ve kaygılı düşüncelerle mücadele eden her zihnin psikolojik açıdan iyi durumda olmayacağı ve baskı yönünde davranış ve sonuçların doğmasının beklenebilir bir sey olduğu yönünde bkz Fine (n 19) 55.

⁴⁵ Ceza hukuku bakımından da erkeği fail, kadını ise mağdur konumuna sokan bir toplumsal tanım ortaya çıktığına yönelik bkz Zafer (n 3) 38.

⁴⁶ Benzer yönde bkz Balkır (n 3) 120.

⁴⁷ Yeniden düzenlenmesi gereken bazı hükümler ve değişiklik önerileri için bkz Moroğlu (n 1) 60 vd.

⁴⁸ Başvuru tarihi: 25.07.2022, Başvuru numarası: 2203295787, Cevaplanma Tarihi: 04.09.2022.

⁴⁹ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı (2016-2020)* (Uluslararası Pirreireis Kültür Ajansı 2016) 41, <<https://www.aile.gov.tr/uploads/kgsm/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-ulusal-eylem-planı-2016-2020-icin-tiklayiniz.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023.

bakımından feshedildiği ilan edildi⁵⁰. Buna rağmen, önerilerimizin not alınması yine de umut vericidir. Nitekim bu iletişimin mümkünlüğü bile kadının adalete, bilgiye ve kendini ilgilendiren mevzuat çalışmalarına dahil olmasına fırsat tanıdığı için CİMER sistemi, CEDAW Türkiye raporunda bir iyileştirme olarak gösterilmiştir⁵¹.

Mevzuatın kapsayıcı bir dille oluşturulması şart olmakla birlikte elbette ki tek başına yeterli değildir. Kanaatimizce toplumsal zihniyet iyileştirilemediği sürece hukuk uygulaması da iyileştirilemeyecektir. Toplumsal cinsiyet kalıplarının değiştirilmesinin uzun zaman alacağı gerçeğine rağmen, kadını geride tutmak için tasarlanmış, içselleşmiş inanç, düşünce, tutum, davranış ve kelimelere ve bunların yansıtıldığı hukuk metinlerine sahip olup olunmadığı konusunda düşünölmeye başlanması bile önemli bir ilerleme olarak kabul edilmelidir⁵². Nitekim mevzuatın, cinsiyetçi olan toplumsal zihniyeti yansıtmaya devam etmesi olasılığında, uygulamayı eşitlemek çok daha zorlu olacaktır. Mevzuat gibi toplumun da eşitliği içselleştirmesi için eğitim yoluyla farkındalığın artırılması gerekmektedir⁵³. Bu eşitliği içselleştirme eğitimi sadece çocuk eğitiminde değil hukuk fakültelerinde, hukuk uygulayıcıların meslek içi eğitimlerinde de yer almalı, hukuku uygulayanlar toplumsal cinsiyet konusunda bilgilendirilerek eril zihniyetin hukuk uygulamasına olumsuz yansımaları engellenmelidir⁵⁴. Nitekim hukuk metni eşitlikçi olsa bile kadını erkeğe nazaran daha önemsiz ve hakkı ihlal edilebilir olarak gören eril zihniyet, hukuku uygulayan konumunda olduğu sürece ayrımcılık sona ermeyecektir. Kadına yönelik şiddeti bir kültür ögesi olarak gören⁵⁵, ahlaklı ve namuslu olmayı sadece kadına özgü bir yükümlülük olarak değerlendiren⁵⁶, evlilik içindeki tecavüzü tecavüzden saymayan

⁵⁰ 20.03.2021 tarihli 31429 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 19.03.2021 tarihli 3718 sayılı Cumhurbaşkanî Kararı ile 11.05.2011 tarihinde ve ilk imzacı olarak imzalanan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine karar verilmiştir.

⁵¹ National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21 Turkey, B 43, 6 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/324/55/PDF/G1932455.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023.

⁵² Helgesen ve Goldsmith (n 21) 56.

⁵³ İlkokullardan başlanarak meselenin bir kadın hakkı ya da kadın sorunu değil insan hakkı ve insan sorunu olarak görülmesinin sağlanması gerektiği yönünde bkz Zafer (n 3) 64; benzer yönde öneriler için bkz Yılmaz (n 3) 131; Balkır (n 3) 120; Vehit, Ak Akyol, Mıntaş, Esen, Tandoğdu ve Akyüz (n 26) 12.

⁵⁴ Akipek, Dulkadir, Karacan, Perçin, Şafak, Evren, Demirgöz ve Çiğdemöglü (n 38) 94-95; Uygur ve Özdemir (n 29) 58 vd; Yenerer Çakmut, Yücel Dericiler, Yakuppur, Özer ve Yıldırım (n 31) 943.

⁵⁵ Örneğin bir yerel mahkeme hâkimi “karının sırtını sopasız, karnını sıpasız bırakmamak gerekir” deyimini kullanarak şiddeti evliliğinin rutini olarak gösteren talihsiz bir açıklamayla, şiddet gören kadının boşanma talebini reddedebilmiştir (Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesi, 179/254, 10.09.1985).

⁵⁶ Kadına nazaran erkeğin zina gerekçesiyle boşanma talebinde kolaylıkla ikna olunabilmesi, namus cinayeti adı altındaki bir dizi namussuzluğun indirim sebebi olarak değerlendirilebilmesi gibi geçmişten günümüze hukuk uygulaması örnekleri için bkz Ülker Gürkan, *Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği* (Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi 2003) 13 vd; Namus kavramının asimetrik cinsiyet konumunun bir görünümü ve her cinsiyet için farklı ahlak ve etik değerler türetildiğinin göstergesi olduğu yönünde bkz Serpil Üşür, *Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği* (Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi 2003) 17.

ya da seks işçileri cinsel suçlarının mağduru olduğunda daha az mağdur kabul eden⁵⁷ zihniyet yargı organlarının en kangrene dönüşmüş sorunlarından biridir. Oysaki karar verici konumunda olan her bir yargı mensubunun eşitlikçi, adil ve rasyonel kararlar vermesi, toplumdaki hatalı ve cinsiyetçi önyargılardan arınarak her bir somut olayı hukuki standartları çerçevesinde cinsiyet üstü bir yaklaşımla değerlendirmesi gerekmektedir.

III. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Cinsiyetçi İfadeler

Türk Ticaret Kanunu⁵⁸ (TTK), “adam” gibi cinsiyetçilik taşıyan ifadeler açısından değerlendirildiğinde, TTK m 18/2 hükmünde tacirlerin ve TTK m 286 hükmünde ise tasfiye memurlarının basiretli bir iş “adamı” gibi hareket etmesi gerektiği düzenlenmektedir. Benzer şekilde TTK’da taşıma işlerinin düzenlendiği bölümlerden, TTK m 879/1-a hükmünde taşıyanın ve yine TTK m 929/1-a hükmünde ise taşıma işleri komisyoncusunun çalıştırdığı kişiler kendi “adamları” olarak ifade edilmektedir. Deniz ticaretinin düzenlendiği bölümlerde de benzer şekilde TTK m 934 hükmüyle bir bütün olarak gemide çalıştırılan tüm kişiler gemi “adamı” olarak adlandırılmıştır. Kilit düzenlemeler bunlar olmakla birlikte TTK’da toplamda 66 kez insan, kişi, çalışan gibi kavramlara karşılık gelmek üzere “adam” kelimesi tercih edilmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemeler ışığında, Türk ticaret hukuku çerçevesinde, iş adamı, adam çalıştırma ve gemi adamı kavramları üzerine inşa edilen kapsamlı bir ticari mevzuat ve hukuk uygulaması bulunmaktadır.

Erkek olma referans veren adam kavramı, Arapça kökenli olup TDK’ya göre kavramın birinci anlamı insan, ikinci anlamı ise Ademoğlu’dur⁵⁹. Kavramın daha da derinine inildiğinde ise kadının erkeğin kaburga kemiğinden yaratılmış olduğu mitine dayanılarak insan olmayı erkek olmakla özdeşleştiren, kadını ise insan değil insan’dan sayan zihniyetin bir ürünü olarak günümüze taşınmıştır⁶⁰. Tarih boyunca kadına uygulanan sistematik yok sayma karşısında, kadının dolaylı olarak eril kavram içinde kendine bir yer bulmasının beklenmesine şaşırılmak gerekmektedir.

⁵⁷ Bu zihniyetin yasalardaki karşılığı olarak mülga Türk Ceza Kanunu (mTCK), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RG 13.03.1926/320, m 438 şu şekildeydi: “*Irza geçmek ve kaçırarak filleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir.*” Bu hükmün uygulanması gereken bir olayda, yerel mahkeme hâkimi adaletsiz ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle hükmü uygulamayı reddederek TCK m 438 hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi’nde başvuruda bulunmuştur. Ne yazık ki Anayasa Mahkemesi, seks işçisine tecavüz edilmesinin daha hafif ceza gerektirmesinin anayasaya aykırı olmadığına yönelik talihsiz bir karar vererek yerel mahkemenin anayasaya aykırılık itirazını kabul etmemiştir. Bu olay, mahkemenin hatasını yasamanın düzelttiği nadir olaylardan biri olarak, dönemin siyasi partilerinin girişimiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Değerlendirmeler için bkz Ahmet Mumcu, *Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği* (Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi 2003) 25 vd; Günümüzde ise hala seks işçisinin tecavüze uğraması halinde beden ve ruh sağlığının bozulmasının beklenemeyeceği şeklinde iddianameler hazırlandığına şahit olunmaktadır. Görüldüğü üzere zihniyeti değiştirmek kanun metinlerini değiştirmekten ne yazık ki çok daha zordur. Ceza hukukundaki diğer değiştirilen madde örnekleri için bkz Zafer (n 3) 42 vd; genel olarak mevzuattaki iyileştirme örnekleri için bkz Moroğlu (n 1) 35 vd.

⁵⁸ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/ 27846.

⁵⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2023.

⁶⁰ Detaylı değerlendirme ve eleştiriler için bkz Bora Çınar ‘Teknoloji Çağında Kadın’ 254 vd.

Gerçekten de dini ya da kültürel etkilerle erkeği üstün kabul eden toplumlarda kadın kavramı kendi varlığını kelime olarak bile erkek kavramından alabilmekte, nesnelere yönelik bile cinsiyetçi zamirler oluşturulabilmektedir. Akla öncelikle doğu kültürlerini getirirse de sözünü ettiğimiz dinler ve kültürler dünyanın her köşesinde kendine bir yer bulabilmektedir. Man- woman-human, male-female, he-she, er-es, die-der, mann, mensch gibi İngiliz ve Alman dillerindeki kavramları bu bakış açısıyla düşünmek, evrensel boyutta dünya üzerindeki dillerin cinsiyetçi bir yapısı olup olmadığı konusunda fikir verebilmektedir. Türk dilinde *kadın* ve *erkek* kavramlarının birbirinden bağımsız harf dizilimleriyle kodlanması, kadın ve erkek için ayrı bir isimlendirme yerine ortak bir “o” şahıs zamirinin olması, kadın ve erkeği kapsayan *insan* kavramının bağımsız bir harf diziliminden oluşması Türk dil yapısının eşitlikçi olduğunu göstermektedir. İşte bu sebeple hukuk metinlerinde adam kavramıyla erkeğin değil insanın kastedildiği şeklinde metnin normalize edilmesi ve bir sorun görülmemesi yerine, neden insan kastedildiği halde insan yerine adam kavramı kullanılmasında ısrar ediliyor şeklinde düşünülmesi gerekmektedir. Hukuk metinleri yazılanı anlamak üzerine inşa edilmeli, uygulayıcıların söylenmeyeni anlamak için çaba harcamasına lüzum bırakmamalıdır. Eşitlikçi bir kavram varken, cinsiyetçi bir kavramın kullanılıp, kullanılmasının savunması olarak da özünde kullanılmasından imtina edilen kavramın işaret edilmesi kanaatimizce cinsiyetçiliğin maskelenmesidir. Türk ticaret hukuku mevzuatı, özellikle kilit maddelerinde de yer alan toplamda 66 adam kelimesi kullanımıyla, ticaret uygulamasında merkezi figür olarak erkeği konumlandırmakta, kadını ise ötekileştirmektedir⁶¹.

A. İş Adanı Kavramı

1. İş Adanı Kavramının Geçtiği İlgili Madde ve Gereçekler

TTK lafzi olarak incelendiğinde, TTK m 18/2 ve TTK m 286 hükmünde “basiretli bir iş adanı gibi hareket etmek” kavramı açıkça geçmekte, aynı kavram TTK m 110/2 hükmünde “basiretli bir tacir gibi hareket etmek” şeklinde kullanılmakta, TTK m 202, 369, 928, 1073, 1088, 1141 ve 117 hükümlerinde ise tedbirli bir yönetici/tacir/donatan/kaptan/taşıyanın özenini göstermek şeklinde çeşitli düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Tüm bu düzenlemelerin uygulamasında yol gösterici olarak kabul edilebilecek, tedbirli yönetici ölçütü hakkında kapsamlı açıklamaların yer aldığı TTK m 369 hükmünün gerekçesinde ise tedbirli bir yönetici için *business judgement rule* kavramına işaret edilmektedir. *Bussiness Judgement Rule*, işletme veya şirket yönetimine dair yapılan işlem ve alınan kararların uygun ya da isabetli

⁶¹ Benzer yönde bkz Uygur ve Özdemir (n 29) 71; “Adam ifadesinin kullanımının, ayrımcı olduğu, kadınları ikincilleştirdiği ve kadınlara yönelik olumsuz önyargıları beslediği için, Türkiye’nin onaylamış olduğu kadın haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere ve AY m 10’a aykırı olduğu” yönünde bkz Kadriye Bakırcı, ‘İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açılarında ‘Adam’ Çalıştırmanın Sorumluluğu’ iç Sema Uçakhan Güleç ve Necdet, Basa (edr), *Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, Uluslararası Kongre (Türkiye Barolar Birliği 2018) 38, 45.*

olup olmadığı noktasında mahkemenin değil yönetimin değerlendirmesine üstünlük tanınması gerekliliğini ortaya koyan bir ilkedir. Bu kavram, olduğu gibi Türkçe'ye çevrilmek istendiğinde “iş kararı kuralı”, “ticari yargı kuralı”, “işletme muhakeme kuralı” gibi çeviriler yapılması mümkündür. Açıkça görüldüğü üzere, bu kavram işletmeyle ilgili bir kavramdır. Ticari olarak düşünüldüğünde, ticari işletmeyi işleten tacire ya da organizasyonu sevk ve idare eden kişilere yönelik bir gönderme dahi içerisinde barındırmamaktadır. Buna karşın, TTK m 369 gerekçesinde açıklanan bu ilkenin çevirisi olarak “iş adamı kararı ilkesi” tercih edilmiş, ticari faaliyette bulunan kişileri erkek olmakla özdeşleştirmenin bir yansıması olan iş adamı kavramı böylelikle Ticaret Hukuku doktrinindeki yerini güçlendirmiştir. Odağına işletmeyi (*business*) alan İngilizce kavramın, odağına işletmeyi işleteni (*businessman*) alan Türkçe karşılığı, Türk doktrininde geniş çapta kabul görmüştür. Ancak Türk kanun koyucunun “iş yargısı kuralı”, “işletme yargısı kuralı”, “iş muhakemesi kuralı” gibi nispeten daha orijinal olabilecek bir çeviri yapmak yerine, kavramın özü insana dahi gönderme yapmazken, “iş insanı kararı ilkesi” de demeyerek bilinçli bir şekilde ilkeyi neden “iş adamı” kavramı üzerine inşa ettiğini sorgulamak gerekmektedir. Hem kavramın felsefesi hem de iş “*adamı*” kavramının cinsiyetçi olduğu göz önüne alındığında, bu çevirinin tam olarak isabetli bir çeviri olup olmadığı dahi tartışılmaya değer bir konudur⁶². Gerçekten de neden “iş yargısı kuralı” yerine “iş adamı kararı ilkesi”nin tercih edildiğinin üzerinde uzun uzun düşünülmesi gerekmektedir. Bu ilkenin işlendiği bazı monografik çalışmalarda dahi cinsiyetçi söylem tercihi üzerinde yeterince durulmadığı görülmektedir⁶³. Ancak TTK özünde kadın ya da erkek olmaya vurgu yapmayan, eşitlikçi bir şekilde ve kişiyi de aşarak taciri değil çoğunlukla ticari işletmeyi esas alan modern bir çerçevede ticareti düzenlemek gayesindedir. Buna rağmen kanun metninde adam kavramı üzerine, örtülü olarak insan kavramının inşa edilmesi ve insan olmanın erkek olmakla özdeşleştirilmesi, kanun dilini eril ve cinsiyetçi bir hale getirmektedir⁶⁴.

2. Ticaret Uygulamasındaki Tepkiler ve Yeni Kavram Önerileri

Eril bir dil kullanımı olarak kabul edilen erkek olmaya referans veren “adam” gibi ifadelerin açıkça TTK düzenlemelerinde yer alması ve kritik alanlarda görev alan kişilerden iş “adamı” gibi hareket etmesinin beklenmesi, bu alanlarda görev alan kadınlar kadar erkekler açısından da rahatsızlık kaynağı olmuştur. Öyle ki iş insanlarından oluşan çeşitli organizasyonlar tarafından da gündeme getirilen bu rahatsızlık neticesinde örneğin başlangıçta adı “Türkiye Sanayiciler ve İş Adamları

⁶² “Bire bir çeviri yapılmış olsaydı daha isabetli olacağı, böylesinin hem kavramın daha iyi anlaşılması hem de cinsiyetçi bir söyleme yer verilmemesi bakımından uygun olacağı” yönünde bkz Yenerer Çakmut, Yücel Dericiler, Yakuppur, Özer ve Yıldırım (n 31) 963.

⁶³ Muhammet Emin Bingöl, *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi* (On İki Levha Yayıncılık 2018); Mine Karayalçın, ‘Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği’ Yayınlanmamış Doktora Tezi 2021.

⁶⁴ Aynı fikirde bkz Songur (n 31) 416; Yenerer Çakmut, Yücel Dericiler, Yakuppur, Özer ve Yıldırım (n 31) 957.

Derneği (TÜSİAD)” olan dernek, adındaki “iş adamları” ifadesini “iş insanları” olarak değiştirmiştir⁶⁵. “İş adamı” yerine “iş insanı” ifadesinin kullanımının özellikle vurgulanması sadece ticaret uygulamasında değil pek çok alanda karşılık bulmuş, örneğin “bilim adamı” yerine “bilim insanı” gibi ifadelerin kullanımına dikkat edilmesi, akademik ve bilimsel dil başta olmak üzere basın dilinde de titizlikle göz önüne alınmaya başlanmıştır. Nitekim cinsiyetçi ifadeler yerine eşitlikçi, kapsayıcı ve yapıcı bir dilin kullanılması, insan eşitliği ve ayrımcılık yasağına yönelik inşa edilmesi hedeflenen saygı ve hassasiyet kültürünün oluşması için olmazsa olmazdır⁶⁶. Örneğin Türkiye Gazeteciler Sendikası’nın 2019 yılında yayınladığı Etik Gazetecilik İçin Cinsiyet Eşitliği Rehberi⁶⁷, “Cinsiyetçiliği Yok Sayma, Yapmadığını Var Sayma” vurgusuyla haber dilinden, görsel seçimine, uzman görüşleri kapsamında eşit cinsiyet temsilinden bizzat kendi organizasyonundaki cinsiyet eşitsizliğiyle mücadeleye kadar pek çok etik kuralı ortaya koymuştur⁶⁸. Benzer şekilde Reklam Verenler Derneği de “reklamlar değişir, toplum değişir.” sloganıyla reklam metinlerinde ve hikayelerinde toplumsal cinsiyet kalıplarını tersyüz eden örneklemelerle cinsiyet eşitliği mücadelesine katkı sunmuştur⁶⁹. Görüldüğü üzere uygulamada, hatalı olduğu anlaşılan eril dil kullanımı terkedilmekte ve cinsiyet kalıplarını besleyen önyargılar yıkılmaya çalışılmaktadır. Cinsiyetçi ifade ve ayrımcılık taşıyan uygulamaları destekleyecek eril söylemlerin hukuk düzenlemelerinde de yeri olmadığı açıktır. Bu sebeple “basiretli iş adamı gibi hareket etmek” yerine “basiretli iş insanı gibi hareket etmek”, basiretli bir tacir gibi hareket etmek” ya da TTK m 369/1’de tercih edilene benzer şekilde “tedbirli bir tacir gibi hareket etmek” ifadesinin kullanılması üzerinde düşünülmelidir⁷⁰. Bunun yanında “iş adamı kararı ilkesi” yerine de

⁶⁵ Kısaltmanın markalaşması sebebiyle aynen korunduğu bu demek, 1971 yılında iş dünyasını temsil edecek bir sivil toplum örgütü olarak kurulurken “Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği” adını almıştır. 2007 yılında ilk kez bir kadın başkan seçildiğinde ise “iş adamı” yerine “iş insanı” deme gerekliliği tartışılmaya başlanmıştır. Tartışmalar neticesinde ancak 2018 yılına gelindiğinde, TÜSİAD Genel Kurul gündemi çerçevesinde TÜSİAD’ın açık isminin “Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği” olarak değiştirilmesine oy birliği ile karar verilmiştir. İlgili Genel Kurul gündeminde bu değişiklik önerisine ve gerekçesine ilişkin şu ifadelere yer verilmiştir: “Tüzüğümüzün 2. Maddesi’ndeki amaçlarımız arasında ‘kadın-erkek eşitliğini gözetmek’ amacı bulunmakta ve derneğimiz bu amaç doğrultusunda toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda çalışmalar yapmaktadır. Derneğimizin adında geçen ‘iş adamları’ kelimesinin, tüm üyelerimizi kapsayacak, dernek amaç ve faaliyetleri ile eşgüdümlü olacak ve 21. yüzyılın gerek ve ihtiyaçlarına hitap edecek şekilde ‘iş insanları’ olarak değiştirilmesi önerilmektedir. Bu isim değişikliği derneğimizin kısaltması olan TÜSİAD markasının kullanımında bir değişikliğe yol açmayacaktır.” İlgili açıklama için bkz ‘TÜSİAD Açılımlı İsim Değişikliği’ (TÜSİAD, 19 Ocak 2018) <<https://tusiad.org/tr/basin-bultenleri/item/9912-tusiad-acilimi-isim-degisikligi>> Erişim Tarihi 11 Ağustos 2022.

⁶⁶ Bora Çınar, ‘Fırsat Eşitsizliği’ (n 38) 792.

⁶⁷ Türkiye Gazeteciler Sendikası, Etik Gazetecilik İçin Cinsiyet Eşitliği Rehberi (2019) <<https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/TGS-KADIN-YOK-SAYMA-VAR-SAYMA.pdf>> Erişim Tarihi 27 Ocak 2023; uygulamada zaten kadının da erkeğin de toplumsal cinsiyet kalıplarının dışına çıkmaya başladığı ama medyanın bunu yansıtmakta geç bile kaldığı yönünde eleştiriler için Gençtürk Hızal (n 17) 23.

⁶⁸ Detaylı değerlendirmeler için bkz Gençtürk Hızal (n 17) 19 vd.

⁶⁹ “Bir erkek inatçı lekelerin hakkından gelir.”, “Bir kadın arazi aracıyla geçilmez denen yerlerden geçer.” gibi reklamlar ve alman ödüllerle ilgili bkz Reklam Verenler Derneği, 23 Ekim 2020 <<https://www.rvd.org.tr/haberler/reklamlar-degisir-toplum-degisir-kampanyamiza-bir-odul-daha>> Erişim Tarihi 27 Ocak 2023.

⁷⁰ Benzer öneriler için bkz Songur (n 31) 417; Yenerer Çakmut, Yücel Dericiler, Yakuppur, Özer ve Yıldırım (n 31) 957.

doğrudan “iş kararı ilkesi” ya da “işletmesel karar ilkesi”⁷¹,” “işletme yargısı ilkesi” gibi kavramların tercih edilmesi üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Doktrinde de *Business Judgment Rule* kavramının Türkçe karşılığı olarak “ticari takdir kuralı”⁷²,” “yöneticinin hukuka uygunluk kuralı”⁷³,” “ticari takdir ilkesi”⁷⁴,” “ticari takdir yetkisi”⁷⁵,” “ticari muhakeme kuralı”⁷⁶,” “basiretli (ticarete uygun) muhakeme yürütme kuralı”⁷⁷,” “iş insanı kararı ilkesi”⁷⁸” şeklinde çeşitli öneriler sunulmaktadır. Görüldüğü üzere cinsiyetçi söylemler yerine kullanılabilir ve daha eşitlikçi olabilecek daha pek çok kavram bulunmaktadır.

B. Adam Çalıştırma Kavramı

1. Adam Çalıştırma Kavramının Geçtiği İlgili Kanun Maddeleri

Adam çalıştırma kavramı, esas olarak Türk Borçlar Kanunu⁷⁹(TBK) m 66 hükmünde adam çalıştırmanın sorumluluğu başlığıyla düzenleme alanı bulmaktadır.⁸⁰ İlgili kavramın mülga Türk Borçlar Kanunu⁸¹’nda, “istihdam edenlerin mesuliyeti” olarak düzenlenmiş olması, esasında “iş sahibinin sorumluluğu” olarak dilin güncellenmesinin daha uygun olabileceğini düşündürmektedir.⁸² İş adamı kavramında olduğu gibi adam çalıştırma kavramında da kanun gerekçesinde neden cinsiyetçi söylem tercih edildiği üzerinde durulmamıştır. Ayrıca monografik eserlerde de

⁷¹ “İşletmesel karar ilkesi” iş hukuku alanında da kabul görmekte, işletmesel karar söz konusu olduğunda, mahkemece kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamayacağını; kısacası işletmesel kararların yerindelik denetimine tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. Bu yönüyle ticaret hukuku ve iş hukukunun kesişiminde benzer bir kavramsal gelişimin sağlanması açısından ortak bir kavram kullanılması faydalı olabilir.” şeklindeki görüş ilk olarak yer verdiğimiz bir çalışmamızın ilgili bölümü için bkz Florian Mösllein, ‘Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku’ (Sevda Bora Çınar çev, 2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 699, 669 ve 714.

⁷² Sevgi Bozkurt Yaşar, *Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması* (Beta, 2015) 3.

⁷³ Ali Bengi, ‘Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule’ Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, 70; Mutlucan Solak, ‘İşadamı Kararı İlkesinin Türk Hukuku’nda Uygulanması’ Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

⁷⁴ Kürşat Göktürk, ‘Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi’(2011) 2 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207, 210.

⁷⁵ İcel Çelik, ‘Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi ve Bundan Doğan Sorumluluğu’ Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, 67.

⁷⁶ Sibel Hacımahmutoglu, *Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın (Yönetim Kurulunun) Yetkilerinin Sınırlanırılammaması* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2016) 99; Solak (n 73) 6; Semih Sırrı Özdemir, *İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

⁷⁷ Ali Paşlı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004) 191.

⁷⁸ Solak (n 73) 6.

⁷⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁸⁰ “Adam çalıştırmanın sorumluluğu” başlıklı TBK m 66 hükmü şu şekildedir: “Adam çalıştırma, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırma, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştırma, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırma, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

⁸¹ Mülga Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 818, Kabul Tarihi: 22.04.1926, RG 08.05.1926/366.

⁸² Kavramın değerlendirilmesi ve öğretilere kullanım örnekleri için bkz Nazlı Hilal Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık 2017) 17 vd.

cinsiyetçi söylem çerçevesinde konuyu ele alan pek olmamıştır⁸³. Yine de “adam” kelimesinin, eril, cinsiyetçi ve ayrımcı bir algıya sebebiyet verdiği gerekçesiyle eleştirildiği çalışmalara da rastlanabilmektedir⁸⁴. Kavramın dayanağı olan TBK m 66 hükmü dışında, TBK’da adam kelimesinin geçtiği başka bir hüküm bulunmamaktadır. Hatta benzer bir kavram olarak TBK m 116 hükmünde “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” düzenlenmiş ancak maddede adam kavramı kullanılmamıştır. TBK’da sadece m 66 hükmünde “adam” çalıştırma kavramı kullanılsa da bu kavramın ticaretteki yansıması olarak, TTK’da pek çok düzenlemede acentenin adamları, taşıyanın adamları gibi belli kişilerin çalıştırdığı “adam”lardan söz edilmektedir. Bu şekilde adam çalıştırma kavramının geçtiği TTK’daki düzenlemeler ise sırasıyla TTK m 879, 929, 1179, 1182, 1183, 1187, 1190, 1191, 1208, 1256, 1257, 1258, 1265, 1266 ve 1267 hükümleridir.

3. Yeni Kavram Önerileri

TTK’nın ilgili düzenlemelerindeki cinsiyetçi bir söylem olan “adam” çalıştırma kavramının değiştirilmesi, bunun yerine daha kapsayıcı ve eşitlikçi bir kavramın tercih edilmesi gerekmektedir. Bu değişikliğin öncelikle kavramın kökeni olan TBK’da yapılması gerektiği açıktır. TTK gibi muhtemelen başka kanunlarda da yansıması olan adam çalıştıran kavramı yerine “insan çalıştıran”, “istihdam eden”, “kişi çalıştıran”, “iş yaptıran⁸⁵” kavramları; kişilerin “adamları” yerine “çalışanları”, “işçileri”, “görevlileri” gibi cinsiyetçilik taşımayan kavramların kullanılması gerekmektedir. Çalışma yaşamında kadın emeğini görünür kılmamanın en samimi adımı, adam kavramının hem erkek hem kadın çalışanlar için normalize edilmiş bir insan betimi olarak görülmesi yerine, cinsiyetçi söylemlerin hatalı bir tercih olduğu kabul edilerek, yerine eşitlikçi ve kapsayıcı ifadeler kullanılmalıdır.

C. Gemi Adamı Kavramı

1. Gemi Adamı Kavramının Geçtiği İlgili Maddeler

TTK m 934 hükmüne göre “gemi adamı” ifadesi “kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler” olarak tanımlanmaktadır. Tanım hükmünün gerekçesi incelendiğinde sadece 6762 sayılı Kanunun 821’inci maddesinden

⁸³ Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi (YÖKTEZ) üzerinden yaptığımız incelemede konuyu inceleyen bazı doktora tezlerinde cinsiyetçi söylem tartışmalarına rastlanmamıştır. İlginç bir şekilde konu başlığı adam çalıştırma olan hukuk tezleri çoğunlukla kadın araştırmacılar tarafından incelenmiş ve neredeyse çoğunda adam kavramının kadın kimliğini yutmasına yönelik tartışma ya da kavram eleştirisine yer verilmemiştir. İlgili çalışmalardan bazıları için bkz Seda Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu* (Turhan 2017); Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu* (n 82); Ayşe Nur Kılınç, *Adam Çalıştıranın Organizasyon Sorumluluğu* (Adalet 2018); Cinsiyetçi söylem tartışmalarına yer veren ancak adam kavramını insan anlamında kabul ederek kanuni kavramı benimseyen, (bir kimseyi) çalıştıran-çalışan kavramının ise daha eşitlikçi olduğuna da vurgu yapan yeni tarihli çalışmalardan biri için bkz Dila Okyar Karaosmanoğlu, ‘Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66)’, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, 5 vd.

⁸⁴ Bakırcı (n 61) 50.

⁸⁵ ibid 44.

alındığı belirtilmiş, cinsiyetçilik tartışması dahi yapılmamıştır. TTK'da gemi adamı kavramının geçtiği düzenlemeler ise sırasıyla TTK m 932, 934, 935, 1062, 1090, 1096, 1097, 1100, 1103, 1104, 1119, 1127, 1288, 1289, 1290, 1295, 1310, 1320, 1352, ve 1390 hükümleridir. Kanunun özüne bakıldığında, elbette ki gemi adamı ifadesi, deniz ticaretinde kadınların çalışmayacağı anlamını taşımamaktadır. Ancak adam kavramı kullanılarak, denizcilik faaliyetinin erkeklere özgü olduğunu kabul eden, örtülü ayrımcılık taşıyan bir zihniyet kanuna yansıtılmış olmaktadır⁸⁶.

4. Denizcilik Uygulamasındaki Tepkiler ve Yeni Kavram Önerileri

Her ne kadar denizcilik alanında kanun ve ilgili mevzuat bir bütün olarak adam olmak üzerine inşa edilmiş olsa da gemilerde çalışan pek çok kadın bulunmaktadır⁸⁷. Gemi adamı siciline kaydolun ve gemi adamı olarak kimliklendirilen kadınların bu isimlendirilmeden hoşnut olacağını düşünmek zordur⁸⁸. Kaldı ki sadece kadın denizciler için değil özellikle uluslararası denizcilik faaliyetlerinde kimlik kontrolünde *seaman* şeklindeki çeviriden dolayı Türkçe bilmeyen kontrol memurları tarafından dahi “Türkiye’de sadece erkekler denizcilik yapıyor” algısının oluşması, ülke imajı açısından oldukça rahatsız edicidir. Gemi adamı kavramı üzerine inşa edilen başta TTK olmak üzere ilgili tüm mevzuatın “gemi insanı”, “gemi çalışanı”, “gemici”, “gemi mürettebatı” ya da “denizci” şeklinde cinsiyetçilik barındırmayan bir kavram üzerinde yeniden inşa edilmesi gerekmektedir⁸⁹.

IV. Çeşitliliği Destekleyen Kapsayıcı Bir Hukuk Dilinin Ticaretin Sürdürülebilirliği Açısından Gerekliliği

A. Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Çerçevesinde Değerlendirme

Sürdürülebilir kalkınma, sadece mevcut toplum için değil gelecek nesiller açısından da yaşanabilir ve sürdürülebilir bir dünyada yaşamak için gerekli kaynakları korumayı ve mevcut kılmayı öncül kabul ederek, çevre, ekonomi ve sosyal alanlarda bir bütün olarak hem bugünü ve hem de yarını koruyan dengeli bir kalkınmayı hedeflemektedir. Bu doğrultuda, Birleşmiş Milletler, 2015 yılında 17 sürdürülebilir kalkınma hedefi belirleyerek, 2030 yılına kadar bu hedeflere ulaşılması için küresel

⁸⁶ Bu işlerle erkeklerin uğraşacağı yaklaşımını yansıttığı yönünde bkz Songur (n 31) 417.

⁸⁷ Kadın denizcilerin, erkek egemen bir faaliyet alanı olarak kabul edilen denizcilik alanında varlık gösterme mücadelesinin tarihsel sürecinin ele alındığı kapsamlı bir çalışma için bkz Selçuk Nas, ‘Profesyonel Türk Kadın Denizcilerinin Kısa Tarihsel Süreci Üzerine Bir Araştırma’ (2014) 2 (1) Beykoz Akademi Dergisi 29-53.

⁸⁸ Usta gemici Mehtap Karatepe, CİMER’e başvurarak gemi adamı şeklindeki kimliğinin gemi insanı olarak değiştirilmesi gerektiğini iletmış, WİSTA (Uluslararası Deniz Ticaretiyle İlgilenen Kadınlar) Türkiye Derneği de başvurusunu desteklemiştir. Bu başvuru üzerine gemi adamı kimliklerinde İngilizce olarak Seaman’s Book yerine Seafarer’s Book şeklinde kimlik içinde de olsa çeviride uluslararası yaygın kavramın işlenmesi sağlanmıştır. İlgili haber için bkz ‘Usta gemici Mehtap Karatepe: ‘Gemi Adamı’ değil ‘Gemi İnsanı’ (Milliyet, 2 Şubat 2022) <<https://www.milliyet.com.tr/gundem/usta-gemici-mehtap-karatepe-gemi-adami-degil-gemi-insani-6692398>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

⁸⁹ Benzer yönde bkz Yenerer Çakmut, Yücel Dericiler, Yakuppur, Özer ve Yıldırım (n 31) 968.

bir eylem çağrısında bulunmuştur. “Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması” hedefi, Birleşmiş Milletlerin 17 sürdürülebilir kalkınma hedefleri arasında 5’inci sırada yer almaktadır. Başka bir deyişle, gelecek açısından ivedilikle çözüme kavuşturulması gereken kritik sorunların en eskilerinden biri olarak, kadına yönelik ayrımcılık sorunu gündemde tutulmaya devam edilmektedir. Uluslararası düzenleme ve projelerde üzerinde hassasiyetle durulan kadın erkek eşitliğinin sağlanması sadece kadının menfaatinin gözetilmesi saikini taşıyan bir hedef değildir. Aksine kadın ve erkek eşitliği ve her alanda kadın ve erkek dayanışması sağlanamadığı sürece toplumların kalkınmasının mümkün olamayacağı realitesine dayanmaktadır⁹⁰. CEDAW başlangıç bölümünde de bu gerçeğe vurgu yapılmakta, aksi halde toplumun ve ailenin refah düzeyinin artamayacağı, yeni ekonomik düzenin sürdürülebilirliği için kadının gücü ve yeteneklerine ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Başka bir deyişle kadın yine kendi varlığı için değil başkalarının varlığının onun varlığına bağımlı olduğu anlaşıldığı için eşitlik çerçevesinde toplumda yer edinmeye davet edilmektedir. Amaç kadını güçlendirmek değil kadının gücüyle toplumu güçlendirmektir⁹¹.

Kadın işgücüne ve bakış açısına ihtiyaç duyulan ticaret uygulamasında, üst düzeyde yetkili ve görevli kişiler başta olmak üzere kritik görev üstlenenleri “iş adamı” ya da “adam” olarak, karada ve denizde çalıştırılan herkesi bir bütün halinde “adam” olarak kodlayan kanun metni, ticaretin düzenlendiği her alanda kadından ziyade erkeğin daha uygun görüldüğü pratiklerinin geliştirilmesini beslemekte, kadın emeği daha en başından ötekileştirilerek görünmez hale getirilip geri plana itilmektedir. Kanun diliyle desteklenen hukuk uygulamasının temel sorunları ise kadının karar mekanizmalarında temsilinde fırsat eşitsizliği yaşanması, sürdürülebilirlik ve çeşitlilik açısından kadın emeğinden olması gerektiği kadar faydalanılamamasıdır. CEDAW taraf devletlerden, hukuk düzenlemelerinde kadına yönelik ayrımcılık yapılmaması şeklinde negatif yükümlülük yanında kadının güçlendirilmesini sağlayacak gerekli önlemleri almak şeklinde olumlu ayrımcılık yapılması yükümlülüğünü de yerine getirmelerini beklemektedir (CEDAW m 3 ve 4). Özellikle siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda kadın temsilini güçlendirmeye yönelik kota uygulamaları önemli bir tedbir politikasıdır⁹². Mevzuattaki cinsiyetçi söylemleri temizlemek yanında, kadın temsilinin güçlendirilmesi hedefiyle mevzuata yansıtılması gereken kadın kimliği çerçevesi üzerinde de düşünülmesi gerekmektedir. TTK açısından henüz böyle bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte Sermaye Piyasası Kanunu⁹³ (SPK) kapsamında Kurumsal Yönetim Tebliği⁹⁴ (KYT) ile yönetim kurullarında en

⁹⁰ Gençcan (n 3) 178.

⁹¹ Sevda Bora Çınar, ‘Cinsiyet Eşitliği, Çeşitlilik, Kapsayıcılık ve Sürdürülebilirlik Bağlamında Şirket Yönetim Kurullarında Kadın Temsili’ iç Uluslararası Disiplinlerarası Bilimde Kadın Kongresi “Çeşitlilik, Kariyer, Disiplinlerarasılık” (İKSAD 13-14 Ocak 2023) 1 vd.

⁹² Songur (n 31) 420.

⁹³ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

⁹⁴ Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) RG 03.01.2014/28871.

az %25 kadın kotasına ilişkin *uy ya da açıkla (comply or explain)* niteliğinde pozitif ayrımcılık düzenlemesine yer verilmiştir (KYT 4.3.9⁹⁵). Ancak hükmün kapsamına oldukça sınırlı sayıda olan sadece halka açık şirketlerin girmesi ve hükmün zorlayıcı olmayan tavsiyeye yakın soft hukuk düzenlemesi niteliğinde olması, temsil açısından kritik eşik olarak vurgulanan %30 hedefine ulaşılmasını bile uzun bir zamana yayacak gibi görünmektedir⁹⁶.

B. Ticaretin Dijital Dönüşümü Çerçevesinde Değerlendirme

Teknolojinin gelişmesi, her dönem olduğu gibi günümüzde de kadın ve erkek olmaya bağlanan toplumsal cinsiyet kalıplarını eşitlikçi bir zemine doğru hızla taşımaya devam etmektedir⁹⁷. Uzunca bir süredir erkek egemenliğinde olan iş alanlarında, kadına özgülenen ve önemi göz ardı edilen empati, duygusal zekâ, detaycılık, mükemmeliyetçilik, fedakârlık, yaratıcılık gibi yetenekler gittikçe önem kazanmaya başlamaktadır. Özellikle elektronik ticaretin hızla yaygınlaşması, belli bir alana odaklanarak sürdürülen geleneksel yönetim algısının çok daha kapsamlı ve bütünsel bakış açısıyla ele alınmasını zorunlu kılan demokratik bir zemine doğru taşımaktadır. Ticaretin etki havuzunun standartlaşmadan gittikçe uzaklaşan çeşitlilik taşıyan taleplerle şekillenmesi, kadın ve erkek dayanışmasını, özellikle kadın katkısını zorunlu kılmaktadır. Çeşitlilik ve kapsayıcılığın organizasyonun işgücüne yansması artık işin bir gereği haline gelmektedir. Büyük verilerin doğru analiz edilmesi ve rekabetin sürdürülebilmesi için sadece erkek aklıyla işletilen bir organizasyon yapısının, varlığını ileriye taşıması mümkün görünmemektedir. Büyük verileri ustalıkla işleyecek sistemlerin tasarımında dahi kadın bakış açısının eksikliği, kadın gücünden faydalanmayı başaramayan eril sistemin var olanı otomatik hale getirmekten fazlasını yapamayacağını düşündürmektedir. Bunun yanında önyargılı verilerle beslenen sistemlerin kadına yönelik ayrımcılığı otomatik hale getirmekten öteye gidemeyeceğinden endişe edilmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin şirket yönetiminde aktif rol almasının etkilerinin tartışıldığı bir dönemde, şirket yönetimine dair düzenlemelerin insan olmaya gönderme yapmasının bile ticaretin gelişimi için gözden geçirilmesi gerektiği önerilirken, kanun dilinin insanı bile yeterince kapsamına alamayan cinsiyetçi bir yapıda olması kabul edilebilir bir durum değildir⁹⁸.

Şirket yönetiminin dijitalleşmesinde olduğu gibi gelişen teknolojiler ışığında pek çok çalışma alanında personelin dijital dönüşümü hızlanmaktadır. Bu sebeple cinsiyetçi bir söylem olan adam çalıştırma kavramı yerine kullanılması gereken

⁹⁵ İlgili hüküm şu şekildedir: “Şirket, yönetim kurulunda kadın üye oranı için %25’ten az olmamak kaydıyla bir hedef oran ve hedef zaman belirlir ve bu hedeflere ulaşmak için politika oluşturur. Yönetim kurulu bu hedeflere ulaşma hususunda sağlanan ilerlemeyi yıllık olarak değerlendirir.”

⁹⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz Bora Çınar, ‘Yönetim Kurullarında Kadın’ (n 91) 1vd.

⁹⁷ Benzer yönde bkz Zafer (n 3) 37.

⁹⁸ Konuya ilişkin gelişmeler ve detaylı bilgiler için bkz Sevda Bora Çınar, *Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Bir İnceleme: Şirket Yönetiminde Yapay Zekâ* (Seşkin Yayıncılık 2022).

kavramın sadece insanları değil dijitalleşen çalışma hayatının dinamiklerine uygun şekilde üstün teknoloji ürünlerini de kapsayan, çağın ihtiyaçlarına cevap veren bir çerçevede yeniden ele alınması gerekmektedir. Özellikle temsil teknolojileri geliştirildikçe, akıllı sözleşmeler ve robot asistanlar yoluyla pek çok iş ve hizmetin dijital olarak sunulması karşısında, çalıştırılan insanlar kadar algoritmaların da yeni bir anlayış ve kavrayışla hukuk metinlerine yansıtılması gerektiği düşünülmektedir⁹⁹. Benzer şekilde denizcilik alanındaki teknolojik gelişmeler, insansız deniz araçları ve dijital olarak sevk ve idare edilebilen benzeri teçhizatlar göz önüne alındığında, denizcilik alanında da geleceğin ihtiyaçları göz önüne alınarak insanı da aşan şekilde kapsayıcı kavramlar üzerinde düşünülmesi gerekecektir¹⁰⁰. Kanaatimizce modern ticaret hukuku sistematığı tacirden ziyade ticari işletmeyi esas olarak inşa edildiğinden ve ayrıca teknolojik gelişmeler de ticarete insan olmaya referans yapan kavramlar yerine daha kapsayıcı çatı kavramların geleceğin ticareti için gerekli olduğunu gösterdiğinden, cinsiyetçi ifadeler bir yana insan üstü kavramlar üzerinde de yoğunlaşılması gerekmektedir.

Sonuç

Dile ve eylemlere yansıyan her haksızlık ve kötü uygulamanın gerisinde hatalı bir önyargı ve bunları sürdürülebilir kılan gelenekselleşmiş bir kültür yapısı bulunmaktadır. Benzer şekilde eşitlikçi ve adil uygulama örneklerinin de gerisinde bir kültür ve zihin yapısı bulunmaktadır. Ayrımcılık dilde başlamakta, dille şekillenen kültür ve sosyal ağ, toplumun tutum ve davranışlarına sirayet etmektedir. Cinsiyetçi ve ayrımcı kelimelerden arındırılması gereken metinlerin başında ise kuşkusuz ki hukuk metinleri gelmektedir. CEDAW m 2/f hükmü de sözleşmeye taraf devletlerden, her türlü hukuki düzenleme ve hukuk uygulamasında kadına yönelik ayrımcılık oluşturan her türlü kelime, kavram, ifade ve anlatım biçimlerinin mevzuattan temizlenmesini, yerlerine daha eşitlikçi ve kapsayıcı bir hukuk diliyle inşa edilmiş kavramların yerleştirilmesini ya da tamamen bu tür düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasını istemektedir.

TTK, kadına yönelik ayrımcılık ve fırsat eşitsizliği bağlamında cinsiyetçi ifadeler açısından incelendiğinde, iş adamı, gemi adamı, çalıştırılan adamlar şeklinde özünde örtülü olarak insanı kasteden ancak açıkça erkek olmaya vurgu yapan cinsiyetçi bir kavram tercihi göze çarpmaktadır. İnsan ya da kişi yerine “adam” olmaya vurgu yapılması, kanun dilini ve dolayısıyla hukuk uygulamasını, odağına erkeği

⁹⁹ Örneğin Tekdüzen Hukuk Komisyonu (The Uniform Law Commission /ULC) tarafından elektronik imzaya ilişkin mevzuatın bir tamamlayıcısı olarak hazırlanan ve Amerika’da pek çok eyalet tarafından kabul edilen Tekdüzen Elektronik İşlemler Yasası (Uniform Electronic Transactions Act/UETA) act 14’te elektronik araçların eylemlerinden veya ortaya çıkan şartlar ve sözleşmelerden hiç kimse haberdar olmasa veya bunları incelememiş olsa bile, tarafların elektronik araçlarının etkileşimi ile otomatik olarak bir sözleşme oluşturulabileceği hüküm altına alınmaktadır.

¹⁰⁰ Denizcilik alanındaki teknolojik gelişmeler hakkında bilgi için bkz Fatih Yılmaz ve Mehmet Bilge Kağan Önaçan, ‘Otonom Gemi Teknolojisine Dair Gelişmeler ile Türk Denizcilik ve Gemi İnşa Sektörüne Etkileri Üzerine Nitel Bir Araştırma’ (2019) 11(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 57-86.

alan ve kadını ötekileştiren cinsiyetçi bir yapıya büründürmektedir. Ancak Türk ticaret uygulamasında kadınlar da şirketleri yönetmekte, tacir olmakta, denizcilik yapmakta ve taşıma işleriyle uğraşmaktadır. İş adamı, adam çalıştırma, gemi adamı gibi cinsiyetçi ifadeler yerine daha eşitlikçi, kapsayıcı ve kuşatıcı ifadeler tercih edilmesi gerekmektedir. Öyle ki teknolojik dönüşüm ve ticaretin gelişimi göz önüne alınarak belki de çatı kavramların insan olmaya bile referans vermemesi üzerinde düşünülmalıdır.

Dilin eşitliği gözetmesi önemlidir ancak mükemmel bir kanun dilinin, uygulamadaki eşitsizlikleri anında çözeceği düşüncesi de büyük bir yanılgıdır. Hakların eşitlikçi bir dille tanınması ve korunması kadar bu hakların kullanılması ve işler hale gelmesi için fırsat eşitliğinin sağlanması, bunun için de toplumsal bir dönüşüm ve zihniyet değişiminin desteklenmesi gerekmektedir. Dilin eşitlikçi olması bu dönüşümün başlatılması için öncelikli ve gerekli bir adımdır. Ancak devamının da getirilmesi, sosyal politikalar ve desteklerle hukuk metinlerinde olduğu kadar hukuk uygulamasında da eşitliğin korunması ve güçlendirilmesi gerekmektedir.

Sürdürülebilirlik, ilerleme ve gelişme ancak eşit, adil ve bireysel özelliklerin tümünün saygı ve anlayışla kucaklandığı, farklılıkların kusur olarak değil zenginlik olarak utanmadan ve övünmeden kimliğin bir parçası olarak taşınabildiği toplumlarda mümkün olabilmektedir. Sadece kadınların değil toplumun ve çevrenin her bir unsurunun özgürleşmesi ve hak ettiği saygı kültüründen nasibini alabilmesi için daha adil, eşitlikçi ve insani bir düzen çerçevesinde uzlaşılması gerekmektedir. Bu eşitlikçi ve birbirine saygı duyan, değer veren çevrenin inşasında toplumun her bir bireyine sorumluluklar düşmektedir. Konuşurken dilin eşitlikçi ve adil kavramlarının tercih edilmesi, çalışırken de kadın erkek ayrımı gözetilmeksizin faaliyetin sürdürülmesine odaklanılarak cinsiyet değil iş odaklı hareket edilmesi, büyük etki dalgaları yaratabilecek önemli adımlardır. Kadının iş gücüne erkekleştirilmeden, baskı altında tutulmadan, erkek gibi hareket etmesi beklenmeden, olduğu gibi “kadın olarak” dahil edilmesi ticaretin ve dahası toplumun gelişmesi için şarttır. Zihniyet dönüşümü için kelimelerin gücü göz ardı edilmemelidir. Kelimeler, kadın emeği ve üretkenliğini sömürmek için değil kadın ve erkeğin eşit temsil edilmesi ve katkı sunmasının önemini vurgulamak ve kadının farklılıklarına saygı duyulmasını sağlamak için kullanılmalıdır. Aktivist Helen Todd’un da vurguladığı gibi “İş ve ekmek istiyoruz, ama gül de istiyoruz!”

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

- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı (2016-2020)* (Uluslararası Pirireis Kültür Ajansı 2016) <<https://www.aile.gov.tr/uploads/ksqm/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-ulusal-eylem-planı-2016-2020-icin-tiklayiniz.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023.
- Akipek Ş, Dulkadir G, Karacan O, Perçin N, Şafak O, Evren S, Demirgöz S ve Çiğdemoğlu V, ‘Toplumsal Cinsiyet ve Kadın’ iç Özlem Arslan (rap), Aylin Görgün Baran (mod), “*Herkes İçin Eşit Bir Dünyada Birlikte Var Olmak*” *Kadın ve Aile Çalıştay Raporları ve Sonuç Bildirileri* (Uluslararası Lions Çoğul Yönetim Çevresi 118 Konfederasyonu, Ankara Çalıştayı 15 Şubat 2017) 93-95.
- Antalya Barosu Kadın Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Kurulu, *Kadın Hakları Mevzuatı* (Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Antalya Barosu)
- Bakırcı K, ‘İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açılırlarından ‘Adam’ Çalıştırmanın Sorumluluğu’ iç Sema Uçakhan Güleç ve Necdet, Basa (edr), *Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, Uluslararası Kongre* (Türkiye Barolar Birliği 2018) 38-50.
- Balkır ZG, ‘Kadının Karar Süreçlerinde Etkinliği İçin Haklarının Verilmesi Mi Yoksa Kendi Çabasıyla Alması Mi Daha Önemlidir?’ iç Murat Bilhan (ed), *Kadının Karar Mekanizmalarında Temsilinin ve Gücünün Arttırılması Semineri* (TC İstanbul Kültür Üniversitesi 2011) 109-121.
- Bengi A, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule.”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*. Ankara, 2009.
- Bilhan M (ed), *Kadının Karar Mekanizmalarında Temsilinin ve Gücünün Arttırılması Semineri* (TC İstanbul Kültür Üniversitesi 2011).
- Bingöl ME, *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Bora Çınar S, ‘Cinsiyet Eşitliği, Çeşitlilik, Kapsayıcılık ve Sürdürülebilirlik Bağlamında Şirket Yönetim Kurullarında Kadın Temsili’ iç Uluslararası Disiplinlerarası Bilimde Kadın Kongresi “Çeşitlilik, Kariyer, Disiplinlerarasılık” (İKSAD 13-14 Ocak 2023) (Yönetim Kurullarında Kadın).
- Bora Çınar S, ‘İlk Kadın Lilith’den Robot Sophia’ya Değişmeyen Kadın Mücadelesi: Teknoloji Çağında Kadın Olmak ve Kadın Olmaya Dair Özelliklerin Korunması’ iç *Kadın Hakları Sempozyumu* (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 09 Mart 2022) 241-264 (Teknoloji Çağında Kadın).
- Bora Çınar S, *Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Bir İnceleme: Şirket Yönetiminde Yapay Zekâ* (Seçkin Yayıncılık 2022) (Yapay Zekâ).
- Bora Çınar S, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun Kanun Dili ve Hukuk Uygulamasının Kadına Yönelik Ayrımcılık ve Fırsat Eşitsizliği Bağlamında Değerlendirilmesi’ iç *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi* (Adalet Yayınevi 2022) 791-794 (Fırsat Eşitsizliği).

- Bozkurt Yaşar S, *Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması* (Beta, 2015).
- Centel N, '6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Değerlendirilmesi' iç Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu (Der Kitabevi 2015) 15-36.
- Çelik İ, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi ve Bundan Doğan Sorumluluğu' *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2012.
- Çelik NH, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık 2017) (Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu).
- Fine C, *Toplumsal Cinsiyet Yanılsaması*, Kıvanç Tanrıyar (çev) (Sel Yayıncılık 2011).
- Gençcan ÖU, *Kadın Hukuku* (Yetkin Yayınları 2020).
- Gençtürk Hızal S, 'Medyada toplumsal cinsiyet söylemi' iç *Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri* (Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları 2020) 17-24.
- Göktürk K, 'Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi'(2011) 2 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207-247.
- Güneş A, 'Kesişimsellik Yaklaşımı Bağlamında Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin CEDAW Komitesi Genel Tavsiye 35 Sayılı Kararı'nın Analizi' (2021) 29 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1739-1771
- Gürkan Ü, *Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği* (Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi 2003) 9-15.
- Hacımahmutoğlu S, *Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın (Yönetim Kurulunun) Yetkilerinin Sınırlandırılmaması* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2016).
- Helgesen S ve Goldsmith M, *How Women Rise* (2018) (Türkçe çevirisi: *Kadınlar Nasıl Güçlenir? Başarıyı Engelleyen 12 Kötü Alışkanlığı Bırakmak*, çev. Başak Gündüz (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2019)).
- İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, 'Seks İşçileri ve Yasalar Türkiye'de Yasaların Seks İşçilerine Etkileri ve Öneriler' iç *Seks İşçilerinin ve Transgender Bireylerin İnsan Haklarının Desteklenmesi Projesi, Seks İşçiliği Mevzuatı Çalışma Grubu Raporu* (2011).
- Kara Kılıçarslan S, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu* (Turhan 2017).
- Karayalçın M, 'Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği' *Yayımlanmamış Doktora Tezi* 2021.
- Kılınç AN, *Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2018).
- Moroğlu N, *Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi 30. Yılında* (On İki Levha Yayıncılık 2009).
- Möslein F, 'Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku' (Sevda Bora Çınar çev, 2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 699-728.
- Mumcu A, *Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği* (Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi 2003) 21-28.
- Nas S, 'Profesyonel Türk Kadın Denizcilerinin Kısa Tarihsel Süreci Üzerine Bir Araştırma' (2014) 2 (1) Beykoz Akademi Dergisi 29-53.
- Okyar Karaosmanoğlu D, 'Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m. 66)' *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, 2019.
- Özdemir SS, *İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

- Paslı A, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004).
- Sancar T, 'Ceza Hukukunda Kadın' iç Sema Taşpınar Ayvaz (ed), *Esin Konanç Sempozyumları* (Ankara üniversitesi yayınları 2011) 99-109.
- Solak M, 'İşadamı Kararı İlkesinin Türk Hukuku'nda Uygulanması' Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Songur D, 'Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Ticaret Hukuku ve Uygulamasına Genel Bakış', iç Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin Yayıncılık 2018) 413-432.
- Sunal M (haz), *Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri* (Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları 2020).
- TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması ve İhtiyari Protokol* (2010).
- Uygur G ve Özdemir N, 'Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi I' iç Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (edr), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Seçkin Yayıncılık 2018) 57-92.
- Üşür S, *Türk Kadını ve Fırsat Eşitliği* (Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi 2003) 16-21.
- Vehit S, Ak Akyol F, Mintaş H, Esen S, Tandoğdu E ve Akyüz Y, 'Toplumsal Cinsiyet ve Kadın' iç Akasya Kansu Karabağ (rap), "*Herkes İçin Eşit Bir Dünyada Birlikte Var Olmak*" Kadın ve Aile Çalıştay Raporları ve Sonuç Bildirileri, (Uluslararası Lions Çoğul Yönetim Çevresi 118 Konfederasyonu, İstanbul Çalıştayı 12 Şubat 2017) 11-14.
- Yenerer Çakmut Ö, Yücel Dericiler Ö, Yakuppur S, Özer I ve Yıldırım F, 'Türkiye'de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık' (2021) 27 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 933-982.
- Yılmaz C, 'Medeni Hukuk'ta "Şiddet" Kavramı ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi' iç *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu* (Der Kitabevi 2015) 105-134.
- Yılmaz F ve Önaçan MBK, 'Otonom Gemi Teknolojisine Dair Gelişmeler ile Türk Denizcilik ve Gemi İnşa Sektörüne Etkileri Üzerine Nitel Bir Araştırma' (2019) 11(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 57-86.
- Zafer H, 'Kadının Türk Ceza Kanunundaki Serüveni' iç *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu* (Der Kitabevi 2015) 37-64.

Mevzuat

- Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) [18 December 1979] <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2023.
- Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, Mevzuat Numarası:5984, Kabul Tarihi: 30.03.1961, RG19.04.1961/10786.
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Karar Sayısı: 1985/9722, RG 14.10.1985/18898 <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>>Erişim Tarihi 24 Ocak 2023.

Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) RG 03.01.2014/28871.

National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21 Turkey, B 43, 6 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/324/55/PDF/G1932455.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023.

Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [06 October 1999] <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-elimination-all-forms>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2023.

Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

Türk Ticaret Kanunu (TTK), Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY), Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

Türkiye Gazeteciler Sendikası, Etik Gazetecilik İçin Cinsiyet Eşitliği Rehberi (2019) <<https://tgs.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/TGS-KADIN-YOK-SAYMA-VAR-SAYMA.pdf>> Erişim Tarihi 27 Ocak 2023

Web Siteleri

Cambridge Dictionary, <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/elimination>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2023.

Eşit Sözlük, <<http://esitsozluk.com/#/>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2022.

Reklam Verenler Derneği, 23 Ekim 2020 <<https://www.rvd.org.tr/haberler/reklamlar-degisir-toplum-degisir-kampanyamiza-bir-odul-daha>> Erişim Tarihi 27 Ocak 2023.

‘Usta gemici Mehtap Karatepe: ‘Gemi Adamı’ değil ‘Gemi İnsanı’ (Milliyet, 2 Şubat 2022) <<https://www.milliyet.com.tr/gundem/usta-gemici-mehtap-karatepe-gemi-adami-degil-gemi-insani-6692398>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

TC Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi, <<https://www.mevzuat.gov.tr/aramasonuc>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

‘TÜSİAD Açılımı İsim Değişikliği’ (TÜSİAD, 19 Ocak 2018) <<https://tusiad.org/tr/basimbultenleri/item/9912-tusiad-acilimi-isim-degisikligi>> Erişim Tarihi 11 Ağustos 2022.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 14.01.2023
Revizyon Talebi: 09.06.2023
Son Revizyon Tarihi: 24.06.2023
Kabul: 31.07.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunması ve İsviçre Medenî Kanunu'nda Yapılan İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Kemal Erdoğan*

Öz

Türk Medenî Kanunu'nun 202'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması esastır. Ne var ki, eşler evlenmeden önce veya sonra yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen mal rejimi türlerinden birisini kabul edebilecekleri gibi, sınırlı sayıda ki bu rejimlerin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklikler de yapabilirler (TMK m 203). Yapılan mal rejimi sözleşmelerinin terekenin belirlenmesine, dolayısıyla da mirasçılarının miras ve saklı paylarına, ciddi orada etkisi bulunmaktadır. Bu durumda, mal rejimi sözleşmesine mi yoksa saklı payın korunmasına mı öncelik verilmesi gerektiği gündeme gelmektedir. Türk kanun koyucusunun kabul ettiği temel ilke, eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmelerinin saklı paylı mirasçılarının menfaatlerinden önce gelmesidir. Temel ilke bu olmakla birlikte, iki istisnai hâlde (TMK m 237/II ve TMK m 276/III), mal rejimi sözleşmelerinin bazı mirasçılarının saklı payını zedeleyemeyeceği öngörülmüştür. TMK m 237/II hükmünde artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esasın kabul edildiği mal rejimi sözleşmelerine karşı ortak olmayan çocukların ve onların altoyullarının saklı payları koruma altına alınmıştır; TMK m 276/III hükmünde ortaklık mallarının farklı bir biçimde paylaşılmasına ilişkin mal rejimi sözleşmelerine karşı altoyul saklı payı koruma altına alınmıştır. Her iki hüküm de saklı paylı mirasçılar arasında eşitliği bozduğu gerekçesiyle öğretiler eleştirilmektedir. Öte yandan, İsviçre'de miras hukuku alanında bir revizyon yapılmış olup, bu hükümler 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Revizyon kapsamında değişiklik ve ek yapılan hükümler arasında ZGB Art 216 ve ZGB Art 241 hükümleri de bulunmaktadır. Bunlardan ZGB Art 216 hükmü, TMK m 237 hükmüne; ZGB Art 241 hükmü ise, TMK m 276 hükmüne karşılık gelmektedir. Bu değişiklikler ışığında konunun yeniden ele alınması zarureti doğmuştur.

Anahtar Kelimeler

Mal Rejimi Sözleşmesi, Saklı Payın Korunması, Tenkis Davası, Ortak Olmayan Çocuk, İsviçre Miras Hukuku Revizyonu

Protections for the Portion Reserved Against Marital Property Agreements and an Evaluation of the Amendments Relevant to the Swiss Civil Code

Abstract

According to Paragraph 1 from Article 202 of the Turkish Civil Code (TCC), the shared re-gime in acquired property is essential. However, spouses may accept one of the types of marital property regimes legally regulated through a marital property agreement, or they may make changes to the provisions of these limited number of regimes. In this case, the issue comes to the fore of whether priority should be given to the marital property agreement or to protecting the reserved portion. The basic principle accepted by Turkish legislation is that any marital property agreement concluded between spouses takes precedence over the interests of heirs with a reserved share. While Section II under Article 237 of the TCC protects the reserved share of non-common children and their descendants against marital property agreements in which a different principle regarding the shares of the residual value have been accepted, Section III under Article 276 of the TCC protects the offspring family's reserved shares against property regime agreements regarding any other

* Sorumlu Yazar: Kemal Erdoğan (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-Posta: kemalerdoganhukuk@gmail.com ORCID: 0000-0001-8648-1623

Atf: Erdoğan K, "Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunması ve İsviçre Medenî Kanunu'nda Yapılan İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 377. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0003>



manner of distributing a partnership property. Both provisions have been criticized doctrinally on the grounds that they disrupt equality among heirs with reserved shares. On the other hand, a revision was made in the field of inheritance law in Switzerland, and these provisions entered into force on January 1, 2023. The revision amends and supplements part of the provisions included in Article 216 and 241 of the Swiss Civil Code (SCC). In light of these changes, the need has arisen to reconsider the issue.

Keywords

Marital Property Agreement, Protections for Reserved Shares, Action in Abatement, Non-Common Child, Swiss Inheritance Law Revisions

Extended Summary

According to the Turkish Civil Code (TCC), a shared regime regarding acquired property is valid between spouses. However, spouses may also choose a different marital property regime regulated by law or make changes to the provisions of these regimes. The death of a spouse is one reason for terminating any type of marital property regime. In this case, the marital property regime that had been valid between spouses must be liquidated. Under Turkish Law, the surviving spouse can receive both the shared claim arising from the liquidation of the property regime as well as the inheritance right regarding the estate, which includes the remaining portion of the residual value in accordance with the characteristics of a tangible case. This is because the idea that the division of a property should be made only according to the provisions of the inheritance law in the event of the dissolution of a marriage by death is not accepted under Turkish Law. Therefore, both the choice of a different marital property regime and an amendment of the provisions of the existing marital property regime may affect the estate and thus the shares reserved for the heirs.

The basic principle accepted by Turkish legislation is that marital property agreements concluded between spouses take precedence over the interests of heirs with reserved shares. Although this is the basic principle, two exceptional cases in Section II from Article 237 of the TCC and Section III of Article 276 of the TCC stipulate that marital property agreements must not adversely affect the reserved shares of specific heirs. Both provisions have been doctrinally criticized on the grounds that they disrupt the equality among heirs with reserved shares.

Due to Swiss legislation having abolished parents' reserved shares, the criticism that no discrimination must occur among heirs with reserved shares became unfounded under Section III of Article 241 of the Swiss Civil Code (SCC) and related to Section III in Article 276 of the TCC. Within the scope of the revision, a new paragraph was added to Article 241 of the SCC, and this paragraph regulates that agreements on a different method of division do not apply in the case of the death of a spouse when divorce proceedings are pending that would result in the surviving spouse losing their right to claim the statutory entitlement.

On the other hand, the amendment to Article 216 of the SCC is incapable of finalizing any discussions doctrinally. The Draft Law stipulates an increase in the surviving spouse's share claim arising from a marital property agreement should be added to the hypothetical estate while calculating the reserved shares. Accordingly, the reserved shares of both the common and non-common children are to also be calculated over the same estate. However, legislation makes a distinction again in terms of the possibility of filing an action in abatement for children who are unable to obtain their reserved shares. This amendment could be stated to be fairer compared to the previous situation but to also still be inadequate compared to *de lege ferenda*. However, during the enactment of the provision, an amendment was made at the last moment that accepted a contribution of more than half of the residual value to not be added to the estate when calculating the reserved shares for the surviving spouse, common children, and their descendants. According to this final version of the provision, which is currently in force, the reserved shares are to be calculated over two different estates.

Moreover, legislation regarding Article 532 of the SCC counts an increase in the shares claim among *inter vivos* legal transactions and subjects it to abatement in the first place among the other *inter vivos* legal transactions. This situation is consistent with other legal regulations. On the other hand, recognizing the right to file an action in abatement against this acquisition for only certain persons would not be proper. While granting the right to file an action in abatement to non-common children against the same legal transaction, to deny this opportunity to one spouse's children would be inequitable. In order to protect the non-common children against their parents and the other spouse, increasing the percentage of their reserved share by making a somewhat positive discrimination would be more appropriate.

Giriş

Mirasbırakan mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında dilediği gibi tasarrufta bulunabilir (TMK m 505/I). Ne var ki, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü sınırsız olmayıp, başta mirasçılarının saklı paylarının ihlâl edilmemesi olmak üzere, kanunda öngörülen sınırlara (TBK m 27) uyulması gerekmektedir. Mirasbırakan tarafından yapılan tasarrufların tasarruf edilebilir kısmı aşması hâlinde, saklı payı ihlâl edilen mirasçılar bu tasarrufların saklı payı ihlâl eden kısmının etkisizleştirilmesini açacakları tenkis davasıyla talep edebilirler. Tasarruf edilebilir kısmın ve mirasçılarının saklı paylarının belirlenebilmesi için yapılması gereken ilk iş, varsayımsal (fiktif) terekenin tespit edilmesidir. Varsayımsal tereke ise, mirasbırakanın ölümü anında mevcut bulunan malvarlığı değerlerinden bazı kalemlerin çıkarılması ve bazı değerlerin eklenmesi neticesinde bulunur. Varsayımsal tereke miktarının belirlenebilmesi için, mirasbırakanla eşi arasında geçerli olan mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Zira ancak yapılacak olan tasfiye neticesinde mirasbırakanın mı yoksa sağ kalan eşin mi değer artış payı alacağı veya katılma alacağına sahip olduğu belirlenebilecektir. Sağ kalan eşin alacaklı olduğu durumda, bu değer terekenin tespitinde çıkarılacak bir borç olarak yer alacakken; mirasbırakanın alacaklı olduğu durumda, bu değer terekenin aktifinde yer alacaktır¹. O hâlde, eşler arasında geçerli olan mal rejiminin türü ve bu rejime ilişkin kanundan ayrılan anlaşmalar, varsayımsal terekeyi ve böylelikle saklı pay miktarlarını etkileyebilmektedir.

Türk Medenî Kanunu'na göre eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır (TMK m 202/I). Ne var ki, eşler evlenmeden önce veya sonra yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen mal rejimi türlerinden birini kabul edebilecekleri gibi, sınırlı sayıdaki bu rejimlerin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik de yapabilirler (TMK m 203). Yapılan mal rejimi sözleşmelerinin varsayımsal terekenin belirlenmesine, dolayısıyla da mirasçılarının miras ve saklı paylarına, ciddi oranda etkisi bulunmaktadır. Bu durumda, mal rejimi sözleşmesine mi yoksa saklı payın korunmasına mı öncelik verilmesi gerektiği gündeme gelmektedir.

¹ Alexandra Jungo A, 'Art 216-217 und 241 ZGB' in Breitschmid P und Jungo A (Hrsg), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - CHK, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG* (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 216-217, N 12; Daniel Steck und Roland Fankhauser, 'Art 216 ZGB' in Fankhauser R (Hrsg), *FamKommentar; Scheidung - Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage, Stämpfli 2022) Art 216, N 14; Faruk Acar, *Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi* (2. Baskı, Seçkin 2004) 153; Mehmet Akçaal, 'Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi' (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 231, 234 vd; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021) N 318; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020) 228 vd; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt 1* (2. Baskı, On İki Levha 2022) N 386, 1477; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (16. Baskı, Filiz 2022) N 1244; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2014) § 2, N 91; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katki-Katılma Alacağı* (3. Baskı, Turhan 2013) 143; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Turhan 2021) 229; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Der 2015) 237; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2022) § 3, N 23; Şükran Şıpka ve Hasan Ali Kaplan, '4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy'a Etkisi' iç Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan (Seçkin 2004) 263, 263; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (5. Baskı, Seçkin 2021) N 614. Mal rejimleri ile miras hukuku arasındaki ilişkiyi mukayeseli hukuk açısından inceleyen bir monografi için bkz Muammer Aksoy, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1964).

Kanun koyucu kural olarak bu etkiyi sıradan görmekte ve özellikle saklı payı azalan mirasçılara tenkis davasının sağladığı korumadan faydalanma imkanını burada tanımamaktadır. Öğretide de², saklı pay kurallarının eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmelerine karşı etkili olmadığı, diğer bir deyişle mal rejimi sözleşmelerinin karşısında saklı pay korumasının gündeme gelmeyeceği ifade edilmektedir. Ne var ki, iki hâlde kanun koyucu saklı payın korunması ilkesine üstünlük tanımakta ve mal rejimi sözleşmelerinin mirasçılarının saklı payını ihlâl edemeyeceğini kabul etmektedir. Saklı payın korunmasına öncelik verilen hâllerden ilki, TMK m 237/II hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma açısından farklı bir esasın benimsendiği anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez. İkinci istisna, TMK m 276/III hükmünde yer almaktadır. Buna göre, mal ortaklığı rejiminde farklı bir paylaşma oranının belirlendiği anlaşmalar, altsoyun saklı payını zedeleyemez. Her iki hükme de bakıldığı zaman, tüm saklı paylı mirasçıların değil, sadece bunlardan bir kısmının korunduğu görülmektedir.

İsviçre Medenî Kanunu'nda (ZGB) TMK m 237 hükmüne, ZGB Art 216 hükmü ve TMK m 276/III hükmüne ise, ZGB Art 241 hükmü karşılık gelmektedir. 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe giren Miras Hukuku Revizyonu kapsamında gerek ZGB Art 216 gerek ZGB Art 241 hükmü yer almaktadır. İsviçre kanun koyucusu, ZGB Art 216 hükmüne yeni bir ikinci fıkra eklemiş ve mevcut olan ikinci fıkrayı küçük değişikliklerle üçüncü fıkra olarak teselsül ettirmiştir. ZGB Art 241 hükmüne ise, yeni bir (dördüncü) fıkra eklenmiştir. Mevzu Kanun'da yapılan değişiklikler, konunun hâlen gündemde olduğunun göstergesidir ve anılan değişiklikler ışığında konunun yeniden ele alınması zarureti doğmuştur. Bu çalışmada mal rejimi sözleşmeleriyle saklı payın korunması arasındaki ilişki, bu iki kurum arasındaki öncelik meselesi, mal rejimi sözleşmelerinin tenkisi ve İsviçre Medenî Kanunu'nda konuya ilişkin yapılan değişiklikler incelenmiştir.

I. Mal Rejimi Sözleşmeleriyle Saklı Payın Korunması Arasındaki İlişki

Evlilik sadece eşlerin medenî durumları bakımından değil, malları bakımından da birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Kanun koyucu, eşlerin sahip olduğu mallara ilişkin yönetim, yararlanma, tasarrufta bulunma ve eşlerin sorumlulukları bakımından dört farklı mal rejimi kabul etmiştir. Bu rejimler, “*edinilmiş mallara katılma*”, “*mal ayrılığı*”, “*paylaşmalı mal ayrılığı*” ve “*mal ortaklığı*” şeklindedir. Eşlerin akdedecekleri mal rejimi sözleşmesiyle veya evlenme başvurusu sırasında yapacakları

² Mesut Serdar Çekin, ‘Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi’ (2017) 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189, 191.

bildirimle (TMK m 205/I) başka bir mal rejimi seçmemiş olmaları hâlinde³, kanun gereği tâbi olacakları yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi hâlinde tasfiye yapılması gerekmektedir. Öncelikle bu rejimde her bir eşin malları, “*edinilmiş mallar*” ve “*kişisel mallar*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Her eşin edinilmiş mallarının (eklenme ve denkleştirmeden elde edilenler de dahil olmak üzere) toplam değerinden bu mallara ilişkin olan borçlar çıkarıldıktan sonra “*artık değer*” bulunmaktadır (TMK m 231/I). TMK m 236/I hükmüne göre, her eş veya mirasçısı, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibidir. Eşlerin diğer eşin artık değeri üzerindeki bu karşılıklı alacakları, kanun gereği kendiliğinden takas edilmekte ve neticede (her iki eşin artık değere katılma alacağının eşit olması hâli hariç) bir eş diğerinden katılma alacağına sahip olmaktadır. Bununla birlikte, bir eşin kişisel malından diğer eşin kişisel malına veya bir eşin kişisel malından diğer eşin edinilmiş malına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkı yapılması durumunda artık değer alacağının yanı sıra bir değer artış payı alacağı söz konusu olabilmektedir (TMK m 227)⁴.

Öte yandan, eşler gerek evlenmeden önce gerek evlendikten sonra kanunda sınırlı bir şekilde sayılmış olan diğer mal rejimlerinden birini de tercih edebilirler. Bu rejimler de sona erdiği zaman kendine özgü hükümlere göre tasfiye edilmektedir. Seçimlik mal rejimlerinden *mal ayrılığında*, her eş kendi malvarlığı üzerinde hak sahibi olduğundan edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi bir katılma alacağı burada söz konusu olmamaktadır⁵.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, “*karının malvarlığı*” ve “*kocanın malvarlığı*” olmak üzere iki ayrı malvarlığı bulunmaktadır. Eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korumaktadır (TMK m 244). Mal rejiminin sona ermesi hâlinde her eş, diğer eşte

³ Bunun yanı sıra bazı hâllerde mevcut mal rejimi hâkim kararıyla veya kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşebilir. Buna “*olağanüstü mal rejimi*” denilmektedir. Detaylı bilgi için bkz Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta 2021) 148 vd; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 1) N 1028 vd; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 264 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2022) 248 vd; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015) 421 vd.

⁴ Bkz Nuri Aziz Midyat, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı* (On İki Levha 2017) 118-120. Buna karşılık, Dural/Öğüz/Gümüş’e göre, sadece bir eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına bir katkı yapılmışsa, katılma alacağı yanında veya katılma alacağı doğmamışsa tek başına değer artış payı alacağı doğacaktır. Diğer ihtimallerde değer artış payı alacağı artık değerinin hesaplanmasında bir unsur olarak yer alacaktır. Bkz Dural, Öğüz ve Gümüş (n 1) N 1167-1172.

⁵ Mal ayrılığı rejiminde bir eşin malvarlığı değerlerinden diğer eşin malvarlığı değerlerinde yönelik katkı yapılmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretilde TMK m 243 hükmünde yer alan yollamanın paylaşmalı mal ayrılığına ilişkin “Katkıdan doğan hak” başlıklı TMK m 249 hükmünü de kapsadığı kabul edilmektedir. Bkz Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Beşir 2007) 265, dn 2. Katkı payı alacağının mal ayrılığı rejiminde de geçerli olması gerektiği yönünde bkz Saibe Oktay Özdemir, ‘Yargıtay Kararları İşliğinde Katkı Payı Kavramı, Talep Koşulları ve Hesabı’ iç Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan (Filiz 2011) 597, 598-600.

Yargıtay ise, özellikle mal ayrılığının yasal mal rejimi olduğu dönemde, diğer eşe bağışlama kastı almaksızın katkı yapan eş lehine katkı alacağına hükmetmiştir. Bkz Yargıtay HGK, 2-56/40, 03.02.1999 (Dural, Öğüz ve Gümüş (n 1) N 1280, dn 146). Ayrıca bkz Şeref Ertaş, ‘Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar’ (2013) 15(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, Cilt 2) 915, 918 vd.

bulunan mallarını geri alacaktır (TMK m 248/I). Bununla birlikte TMK m 250'de aileye özgülenen mallardan söz edilmektedir. Hükmün birinci fırcasının ilk cümlesine göre, *“Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi hâlinde eşler arasında eşit olarak paylaşılır”*. Görüleceği üzere, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi anında eşlerin elbirliğiyle hak sahibi oldukları aileye özgülenen mallardan oluşan özel bir malvarlığı meydana gelmektedir. Eşlerin malvarlıklarından ayrı olan bu özel malvarlığı kurulduğu anda tasfiye aşamasına geçmekte ve kural olarak aynen paylaşma yoluyla tasfiye edilmektedir (TMK m 253)⁶. Her eş diğerine ait olup da paylaşım dışı kalan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedel de isteyebilmektedir (TMK m 249).

Mal ortaklığı rejiminde ise, rejimin eşlerden birinin ölümü sebebiyle sona ermesi hâlinde her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilmektedir. Ayrıca kişisel mallar ile ortaklık malları arasında denkleştirme (TMK m 273) yapılması mümkün olduğu gibi, değer artış payı da (TMK m 274) talep edilebilmektedir.

Eşlerden birinin ölümü, tüm mal rejimi türlerinde sona erme sebebidir (TMK m 225/I, 247/I, 271/I). O hâlde, ölüm hâlinde eşler arasında geçerli olan mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Tasfiye neticesinde ortaya çıkan gerek katılma alacağı (edinilmiş mallara katılma rejiminde) gerek değer artış payı alacağı (edinilmiş mallara katılma rejimi ve mal ortaklığı rejiminde) veya katkıdan doğan alacak (paylaşmalı mal ayrılığında), bir taraf bakımından borç, diğer taraf bakımından alacak niteliğindedir.

⁶ Bkz Dural, Ögütüz ve Gümüş (n 1) N 1276.

Tasfiye sonucunda tespit edilen bu alacaklar veya borçlar, ölen eşin terekesi içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle, varsayımsal terekenin, miras paylarının, saklı payların ve tasarruf edilebilir kısmın tespit edilebilmesi için, öncelikle eşler arasında geçerli olan mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir⁷.

Eşlerin farklı bir mal rejimi seçmeleri, terekeyi ve saklı pay miktarlarını etkileyebilir⁸. *Meselâ*, ev hanımı eşi (M)'nin önceki evliliğinden olan çocuğu (A)'nın kendi mirasından dolayı da olsa faydalanmasını istemeyen (E), eşi ile mal ayrılığı rejimini benimserler. (E) ve (M)'nin (B) adında ortak bir çocuğu dünyaya gelir. Bir müddet sonra (M) ölür ve ölümünde 100.000 TL değerinde kişisel malvarlığından başka hiçbir şeyi bulunmamaktadır. Tasfiye yapılırken, (E)'nin aslında 1 Milyon TL değerinde artık değerinin bulunduğu anlaşılır. Somut olayda mal ayrılığı rejimi benimsendiği için (E), 25.000 TL; (A), 37.500 TL ve (B), 37.500 TL miras payı almaktadır. Buna karşılık, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olsaydı, rejimin tasfiyesi neticesinde (M)'nin terekesi (100.000 TL + 500.000 TL) 600.000 TL olarak teşekkül edecek, böylelikle (E), 150.000 TL; (A), 225.000 TL ve (B), 225.000 TL miras payı alacaktı. Ortak çocuk olan (B)'nin ileride babası (E)'nin terekesinden daha fazla miras payı edinmesi mümkünken, ortak olmayan çocuk (A), yapılan mal rejimi sözleşmesi nedeniyle 187.500 TL daha az miras payı almaktadır.

⁷ Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin 2021) N 456; Akcaal (n 1) 237; Antalya (n 1) N 321; Çekin (n 2) 190; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1244; Şeref Ertaş, 'Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1365, 1366; Fatih Karamercan, *Katki- Değer Artışı Payı & Katılma Alacağı Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2022) 489 vd; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 23; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (On İki Levha 2011) 285; Şükran Şıpka ve Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (2. Baskı, On İki Levha 2017) 489; Şıpka ve Kaplan (n 1) 263; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku* (Yetkin 2022) 114; Zeytin (n 1) N 614. Sağ kalan eş, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda söz gelimi edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağını (kural olarak artık değer yarısını) almakta ve artık değer geri kalan kısmının da dahil olduğu tereke üzerinden miras hakkı elde etmektedir. Bkz M. Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1998) 131; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2021) N 1095, dn 693; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022) N 1096 vd; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2021) 90. Öğretide sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin farklı bir yaklaşım da bulunmaktadır. Şöyle ki, sağ kalan eş tek başına mirasçı ise, alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmiş olduğundan katılma alacağı ona ermektedir. Bkz Antalya (n 1) N 318; Ayan (n 1) 229; Zeytin (n 1) N 614. Buna karşılık, kendisinden başka mirasçılar da bulunmakta ise, sağ kalan eşin katılma alacağının kendi miras payı oranındaki kısmını terekeden isteyememesi gerekir. Zira bu kısım bakımından alacaklı ve borçlu sıfatı birleştiğinden, katılma alacağı sona ermiştir. Bkz Ayan (n 1) 229; Çabri (n 1) N 387 vd; Zeytin (n 1) N 614. Yargıtay'ın son uygulamasının bu yönde olduğu ve her ne kadar uygulamada bazı problemlere yol açabilecek nitelikte olsa da özellikle miras paylaşıldıktan sonra açılan mal rejimi davalarında sağ kalan eşin miras payı oranında katılma alacağından mahsup yapılmasının yerinde olduğu yönünde bkz Şıpka ve Özdoğan (n 5) 490 vd.

Öte yandan, sağ kalan eşin hem katılma alacağını alması hem de tereke üzerinde miras payına sahip olması, somut olay adaletine uygun olmayan sonuçlara yol açabileceği nedeniyle şiddetli bir şekilde eleştirilmektedir. Şöyle ki, çalışmayan ve bu nedenle herhangi bir artık değer de elde edemeyen sağ kalan eş, öncelikle ölen eşin ortak değerinin yarısı üzerinde alacak hakkı elde etmekte ve geri kalan artık değer ile ölen eşin kişisel mallarından oluşan terekeden de miras hakkı kazanmaktadır. Her ne kadar bu sonuç kadının korunması gayesiyle kabullenilebilir gibi gözükse de çalışmayan ve kısımsın elde ettiği gelirle geçinen erkek sağ kalan eş de karısının kendisinden önce ölümü hâlinde bu imkândan faydalanabilecektir. Bu nedenle, öğretide Türk Medeni Kanunu'ndaki mal rejimi düzenlemelerinin somut olay adaletini sağlayacak şekilde yeniden gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz Hatemi (n 1) § 2, N 91. Ayrıca bkz Tuba Birinci Uzun, 'Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi' (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 123; Ertaş, *Tasfiye* (n 5) 1365 vd. Alman Hukuku'nda evliliğin ölümle sona ermesi hâlinde mal rejiminin tasfiyesi, miras hukuku aracılığıyla, yani sağ kalan eşin miras payına dörtte birlik bir payın eklenmesi suretiyle, gerçekleştirilmektedir. Bu konuda bkz Acabey (n 5) 131; Çekin (n 2) 203 vd.

⁸ Çekin (n 2) 191 vd.

Ancak saklı paylı mirasçılar, yasal mal rejiminden farklı bir mal rejiminin seçilmesine karşı korunmamışlardır.

Öte yandan, eşler mevcut mal rejiminin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik yaparak da terekeyi ve miras paylarını etkileyebilirler⁹. *Meselâ*, TMK m 221 hükmüyle edinilmiş mallara katılma rejiminde bazı malların mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal sayılmasına olanak tanınmıştır. Buna göre, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri ile kişisel malların gelirlerinin kişisel mal sayılacağı kararlaştırılabilir¹⁰. Ayrıca TMK m 227/III hükmü uyarınca, yazılı bir anlaşmayla değer artış payı almaktan vazgeçilebileceği gibi, pay oranı (normalde tasfiye sırasında söz konusu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında) da değiştirilebilir¹¹. Benzer şekilde, eşler artık değere katılma bakımından da mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenenden farklı bir esas, meselâ artık değere katılmaya ilişkin farklı bir oran¹² kararlaştırabilirler (TMK m 237/I)¹³. Ancak mahkemeye evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmaların geçerli olabilmesi için, mal rejimi sözleşmesinde bu hâllere ilişkin olarak uygulanacak oranın açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir (TMK m 238). Mal ortaklığı rejiminde ise rejimin sona ermesi hâlinde ortaklık mallarının paylaşılmasına ilişkin olarak kanunda öngörülen esastan (yarı yarıya paylaşma) farklı bir paylaşma biçimi kabul edilebilir (TMK m 276/II). Ancak boşanma veya evliliğin

⁹ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 450; Birinci Uzun (n 5) 109; Çekin (n 2) 192; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016) 30; Öztan, *Miras* (n 5) 174.

¹⁰ Bu konuda verilen bir örnek için bkz Çekin (n 2) 192. TMK m 237/II hükmünün TMK m 221 hükmü kapsamında yapılan mal rejimi sözleşmelerine uygulanmayacağı yönünde bkz İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi* (On İki Levha 2018) 52; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281) (Vedat 2008) 271 vd; Sarı, (n 8) 182; Zeytin (n 1) N 737.

¹¹ Öğretide TMK m 237/II hükmünün kıyasen değer artış payı alacağından feragat edilmesi hâlinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Ortak olmayan altsoyun saklı payı bakımından TMK m 237/II hükmünün kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz Midyat, (n 9) 52.

¹² Jungo (n 1) Art 216-217, N 4; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 449; Antalya (n 1) N 1298; Birinci Uzun (n 5) 108; Çabri (n 1) N 1477; Ayтуğ Ceyhan Çakır, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı* (On İki Levha 2018) 228; Şamil Demir, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması' (2014) (1) Ankara Barosu Dergisi 246, 265; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1232; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 314; Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2017) 1328 vd; Kılıçoğlu, *Katki-Katılma Alacağı* (n 1) 90 ve 153; Nar, *Tenkis* (n 7) 29; Demet Özdamar, Ali Gümrak Tokar, Ferhat Kayış, Burcu Yağcıoğlu ve Aliye Akgün Tokar, *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi* (7. Baskı, Seçkin 2022) 121; Öztan, *Aile* (n 3) 537; Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri* (3. Baskı, Seçkin 2006) 69; Sarı (n 8) 234; Şıpka (n 5) 277; Şıpka ve Kaplan (n 1) 269; Zeytin (n 1) N 736.

¹³ TMK m 237 hükmünde "başka bir esas" ifadesi kullanıldığından, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma oranı dışında farklı esaslar da kabul edilecekleri yönünde bkz Heinz Hausheer und Regina Aebi-Müller, 'Art 181-251 ZGB' in Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 216, N 16 ff; Dominique Jakob, 'Art 196-220 ZGB' in Andrea Büchler und Dominique Jakob (Hrsg), *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 216/217, N 7; Isabelle Nuspiger, 'Art 216 ZGB' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) Art 216, N 1; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 10; Stephan Wolf und Andrea Dorjee-Good, in Stephan Wolf (Hrsg), *Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht* (Stämpfli 2022) N 55; Öztan, *Aile* (n 3) 538 vd; Şıpka (n 5) 280; Zeytin (n 1) N 736. Eşlerin paylaşmaya ilişkin yapabilecekleri düzenlemeler hakkında bkz Jungo (n 1) Art 216-217, N 4; Aldemir (n 8) 74 vd; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1232; Gümüş (n 8) 382 vd; Sarı (n 8) 234 vd; Zeytin (n 1) N 742.

iptali sebebiyle ya da kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçiş hâllerinde, yasal paylaşmanın değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların geçerli olabilmesi için, mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir (TMK m 277/III). Tüm bu hâller, varsayımsal terekeyi, böylelikle yasal mirasçılarının haklarını önemli ölçüde etkilemeye elverişli durumlardır.

II. Saklı Payın Korunması ile Mal Rejimi Sözleşmesi Arasındaki Öncelik Meselesi

A. Temel İlke: Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunmaması

Mirasçılarının saklı payını olumsuz yönde etkileyen mal rejimi sözleşmelerinin tenkisinin mümkün olup olmadığı meselesi oldukça önemlidir. Bu meselenin temelinde mal rejimi sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf mu yoksa sağlararası kazandırma mı olduğu hususu yatmaktadır. Zira ölüme bağlı tasarrufların tamamı tenkise tâbi tutulmuşken; sağlararası kazandırmaların sadece belirli bir kısmı tenkise tâbidir.

İsviçre Federal Mahkemesi, ilk zamanlar mal rejimi sözleşmelerini sağlararası işlem olarak nitelendirmiştir. Şöyle ki, 1988 yılına kadar İsviçre’de yasal mal rejimi olarak mal birliği rejimi (Güterverbindung) kabul edilmişti. TMK m 237/II hükmünün temelini teşkil eden eski ZGB Art 214/III hükmüne göre, bu rejimde kocanın artık değerinin ne şekilde paylaşılacağı yönünde mal rejimi sözleşmelerinin yapılabilmesi mümkündü. Ne var ki, kararlaştırılan paylaşma usulünün mirasçılarının saklı paylarını ihlâl etmesi hâlinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştı. Federal Mahkeme’ye göre¹⁴, eşlerden birinin ölümü, sözleşmeden doğan borç bakımından zorunlu kanunî şart olmayıp, sadece borcun ifa edileceği zaman bakımından önem taşımaktaydı. Bu nedenle mal rejimi sözleşmeleri, sağlararası hukukî işlem olarak değerlendirilmeliydi. Bu sonuca ulaşan Federal Mahkeme, mal rejimi sözleşmelerinin bağışlama (ZGB Art 527/I-3; TMK m 565/I-3) veya saklı payı azaltma kastıyla yapılan kazandırma (ZGB Art 527/I-4; TMK m 565/I-4) olarak kabul edilemeyeceğine ve bu nedenle sağlararası hukukî işlem olarak da tenkis edilemeyeceğine hükmetmişti. Zira Federal Mahkeme’ye göre, bu nitelikteki mal rejimi sözleşmelerine kanun koyucu açıkça izin vermekte ve Kanun’da bu tür anlaşmalara karşı saklı payları korucuyu bir hüküm de bulunmamaktaydı. O hâlde, mal rejimi sözleşmelerinin saklı payı azaltma kastı ile yapıldığından bahisle tenkis edilmesi de mümkün değildi¹⁵.

¹⁴ Zarife Şenocak, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejimince Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi’ (2009) 58(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 377, 397, dn 67’de belirtilen Federal Mahkeme kararları: BGE 58 II 1; BGE 82 II 477.

¹⁵ Heinz Hausheer, Ruth Reusser und Thomas Geiser, *Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband, Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB* (Stämpfli 1992) N 3; Çekin (n 2) 194; Şenocak (n 12) 397.

Ne var ki, İsviçre Federal Mahkemesi, 1976 yılında verdiği ve “Nobel Olayı” olarak bilinen bir kararıyla¹⁶ içtihat değişikliğine gitmiştir. Bu kararında Federal Mahkeme, mal rejimi sözleşmesinde yapılan paylaşım ile artık değerın yasal olarak paylaşılması arasındaki farkın “yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama” niteliğinde olduğunu ve bu nedenle ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkis edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ancak bu koruma, sadece ölen eşin altsoyu ile sınırlı tutulmuş ve saklı paylı mirasçı olmasına rağmen ölen eşin ana ve babasının bu korumadan faydalanamayacağı ifade edilmiştir¹⁷.

Federal Mahkeme'nin bu kararından sonra 1979 yılında sunulan Federal Komisyon Tasarısı'nda (Tasarı 1979)¹⁸ edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değerın paylaşılmasına yönelik anlaşmaların mirasçılarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceği öngörülmüş ve hatta saklı paylı mirasçılar arasında da herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Diğer bir deyişle, gerek herhangi bir ayırım olmaksızın tüm altsoyun gerek ana ve babanın saklı payının mal rejimi sözleşmelerine karşı korunacağı öngörülmüştür¹⁹. Ne var ki, yaşanan yoğun tartışmalar neticesinde yasalaşma aşamasında hükümde değişiklik yapılarak, sadece eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları korumaya layık görülmüştür. Diğer bir deyişle, mal rejimi sözleşmelerine karşı kural olarak saklı pay korunmamıştır²⁰.

Türk kanun koyucusunun kabul ettiği temel ilke de eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmelerinin saklı paylı mirasçılarının menfaatlerinden önce gelmesidir. Diğer bir deyişle, eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmeleri terekeyi ve böylelikle saklı pay oranlarını azaltmış olsa dahi, bu sözleşmelere kural olarak itiraz edilemez²¹. Temel ilke bu olmakla birlikte, aşağıda açıklanacak olan iki istisnai hâlde (TMK m 237/II ve TMK m 276/III), mal rejimi sözleşmelerinin bazı mirasçılarının saklı paylarını zedeleyemeyeceğini öngörülmüştür.

¹⁶ BGE 102 II 313.

¹⁷ Paul Eitel, ‘Familienbilder und das neue Erbrecht’ in *Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie Planungsmöglichkeiten - II. Symposium zum Familienrecht 2021* (Schulthess 2022) 31, 47; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 3; Nuspliger (n 11) Art 216, N 5; Çekin (n 2) 195; Şenocak (n 12) 397. Bu karara 1979 yılında sunulan Federal Komisyon Tasarısı'nda da değinilmiştir. Bkz Tasarı 1979, 1322.

¹⁸ Bkz Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), vom 11. Juli 1979, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10047828&action=open> (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

¹⁹ Bkz Tasarı 1979, 1323. Ayrıca bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 27; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 5; Jungo (n 1) Art 216-217, N 8.

²⁰ Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 350.

²¹ Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 9; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 60; Çakır (n 10) 229, dn 913; Çekin (n 2) 191; İmre ve Erman (n 1) 238, yazarlar açık olarak bu ilkeye değinmeseler de mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının tamamının sağ kalan eşe kalacağına ilişkin anlaşmalara karşı TMK m 276/III hükmüyle korunmayan altsoy dışındaki saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açamayacağını belirtmektedirler; Şıpka (n 5) 278 vd.

B. Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunduğu İstisnai Hâller

1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma Alacağı Bakımından Kanunda Öngörülenden Farklı Bir Esasın Benimsenmesine Karşı Ortak Olmayan Çocukların ve Onların Altsoylarının Korunması (TMK m 237/II)

Mal rejimi sözleşmelerine karşı saklı payın korunduğu ilk hâl, TMK m 217/II hükmünde düzenlenmiştir. Gerçekten, kanun koyucu TMK m 237 (ZGB Art 216²²) hükmünün ilk fıkrasında edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin artık değere katılma konusunda kanunda öngörülenden farklı bir esas belirleyebilmelerine imkân tanımış; ancak ikinci fıkrada bu tür anlaşmaların²³ eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının²⁴ saklı payını zedeleyemeyeceğini öngörmüştür. O hâlde, burada eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun saklı payı, mal rejimi sözleşmesi serbestisine nazaran üstün tutulmuştur²⁵. Ortak olmayan çocuklarla, eşlerden sadece birisiyle arasında soybağı bulunan çocuklar kastedilmektedir²⁶.

²² Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vorschlag vereinbart werden (Abs 1). Solche Vereinbarungen dürfen die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen (Abs 2)”. Bu hüküm Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: “Evlilik sözleşmesiyle artık değere farklı bir katılmaya kararlaşırılabilir (f 1). Bu tür anlaşmalar, ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez (f 2)”.

²³ TMK m 237 hükmünde kanunda öngörülenden başka bir esasın kabul edilmesinden söz edildiğinden, TMK m 237/II hükmü sadece artık değere katılma bakımından farklı bir oranın kararlaştırıldığı hâllerde değil, aynı zamanda bunun dışında farklı bir esasın kararlaştırılması hâlinde de uygulama alanı bulmalıdır. Bkz Zeytin (n 1) N 748, dn 828.

²⁴ Kanunda “ortak olmayan altsoy” yerine, “ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının” ifadesinin kullanılmasına gerekçe olarak gerek karının gerek kocanın evlilik öncesinde doğan çocuklarının altsoyunun söz konusu eşlerin ortak altsoyu olacağı gösterilmektedir. Bkz Jungo (n 1) Art 216-217, N 9.

²⁵ Cyril Hegnauer und Peter Breitschmid, *Grundriss des Eherechts* (4. Auflage, Stämpfli 2000) N 26.79; Jakob (n 11) Art 216/217, N 9; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 4; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 454; Akıntürk ve Ateş (n 3) 172; Ebru Ceylan, ‘Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk’ in Yasemin Güllüoğlu Altun (ed), *Arabuluculuk Zirvesi- II* (On İki Levha 2020) 181, 203; Gençcan (n 10) 1330; Öztan, *Aile* (n 3) 540; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 24; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 259. TMK m 237/II hükmü, edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik tarihinden itibaren başlatılması halinde de uygulama alanı bulmalıdır. Bkz Muzaffer Şeker, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıyat Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular* (On İki Levha 2022) 19.

²⁶ Jakob (n 11) Art 216/217, N 9; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 16; Çakır (n 10) 228; Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 349; Sarı (n 8) 242; Zeytin (n 1) N 751.

Buna karşılık, ortak olan altsoyun²⁷ ve diğer saklı paylı mirasçıların (ana ve baba) saklı payları bu hüküm kapsamında korunmamıştır²⁸.

Hükümde bu yönde bir değişiklik yapılmasının temelinde, edinilmiş malların evlilik birliğinin devamı sürecince eşlerin ortak çabalarıyla edinilmesi, artık değerlerin tamamının sağ kalan eşe bırakılması hâlinde²⁹ dahi onun malvarlığının ölümü neticesinde ortak çocuğa intikal edeceği, bu zamanın ortak çocuk tarafından beklenilebilir olduğu; buna karşılık, artık değere katılma oranının sağ kalan eş lehine arttırıldığı hâllerde ortak olmayan çocuğun aleyhine bir durumun ortaya çıkacağı, nitekim ortak olmayan çocuğun bu kişiye yasal mirasçı olmadığı, yapılan bu tür anlaşmaların aile huzurunu bozabileceği gibi düşünceler etkili olmuştur³⁰.

2. Mal Ortaklığı Rejiminde Ortaklık Malları Bakımından Kanunda Öngörülenden Farklı Bir Paylaşma Biçiminin Benimsenmesine Karşı Altsoyun Korunması (TMK m 276/III)

Mal ortaklığı rejiminde, “karının kişisel malları”, “kocanın kişisel malları” ve “ortaklık malları” olmak üzere üç ayrı malvarlığı bulunmaktadır. Bunlardan kişisel mallar, eşlerden birinin ölümü hâlinde bütünüyle onun terekesine dahil olmaktadır. Buna karşılık, mal ortaklığının (ölüm veya başka bir mal rejiminin kabulü suretiyle) sona ermesi hâlinde her eş veya mirasçıları ortaklık mallarının yarısını almaktadır (TMK m 276/I). Diğer bir deyişle, ortaklık malları öncelikle kural olarak yarı yarıya bölüşülmekte ve ölen eşe kalan yarı terekeye eklenerek miras hukuku hükümlerine göre paylaşılmaktadır. Terekeye eklenen bu kısım üzerinde sağ kalan eşin de miras

²⁷ TMK m 307/II hükmüne göre bir eşin tek başına evlât edinmesi hâlinde evlâtlık, ortak olmayan altsoy olarak kabul edilmeli iken; TMK m 306/I hükmüne göre eşlerin birlikte evlât edinmesi ya da TMK m 306/III hükmüne göre bir eşin diğer eşin çocuğunu evlât edinmesi hâllerinde, evlâtlık ortak altsoy olarak kabul edilmelidir. Bkz Sarı (n 8) 242; Şıpka (n 5) 277 vd; Şıpka ve Kaplan (n 1) 270; Zeytin (n 1) N 751.

²⁸ Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 34; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 36; Jakob (n 11) Art 216/217, N 9; Jungo (n 1) Art 216-217, N 10; Nuspliger (n 11) Art 216, N 4; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 16; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (12. Auflage, Schulthess 2002) 321; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 460; Aldemir (n 8) 80 vd; Birinci Uzun (n 5) 109; Çakır (n 10) 228; Dural ve Öz (n 5) N 1091; Gençcan (n 10) 1330; Gümüş (n 8) 386; Midyat (n 9) 51; Nar, *Tenkis* (n 7) 29 vd; Öztan, *Aile* (n 3) 542; Sarı (n 8) 241; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 24; Şıpka (n 5) 278 ve 283; Şıpka ve Kaplan (n 1) 271; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 259; Zeytin (n 1) N 754-755. Eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyu dışındaki saklı paylı mirasçılar, saklı paylarının korunmasını ancak miras hukuku hükümlerine göre talep edebilirler. Diğer bir deyişle, bu saklı paylı mirasçılar, her ne kadar artık değere ilişkin fazla kazandırmanın tenkisini (gerek TMK m 237/II hükmüne gerek miras hukuku hükümlerine göre) talep edemezlerse de mirasbırakmanın tenkise tâbi diğer kazandırmalarına yönelik (miras hukuku hükümlerine göre) tenkis davası açabilirler. Bkz Roland Fankhauser und Alexandra Jungo, ‘Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick’ (2019) recht 1, 6; Nar, *Tenkis* (n 7) 31; Sarı (n 8) 241; Şıpka ve Kaplan (n 1) 271 vd; Zeytin (n 1) N 755; krş. Birinci Uzun (n 5) 122 vd; Midyat (n 9) 51.

²⁹ Bkz Birinci Uzun (n 5) 108; Zeytin (n 1) N 742.

³⁰ Jakob (n 11) Art 216/217, N 3; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 466; Birinci Uzun (n 5) 128; Çakır (n 10) 228; Çekin (n 2) 195; Arzu Genç Andemir, ‘Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu’ in Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Andemir (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları I* (On İki Levha 2017) 139, 143; Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 350; Midyat (n 9) 51; Nar, *Tenkis* (n 7) 31; Sarı (n 8) 241; Şenocak (n 12) 381 ve 396; Şıpka (n 5) 278; Şıpka ve Kaplan (n 1) 271.

payı bulunmaktadır. Sağ kalan eşe giden yarı ise, terekeye eklenmemekte, bundan sadece sağ kalan eş faydalanmaktadır³¹.

TMK m 276/I hükmü emredici nitelikte olmayıp, eşlerin bu konuda başka bir paylaşma biçimi belirlemeleri mümkündür (TMK m 276/II). Böylelikle eşler sağ kalan eşe yarından daha fazla mal özgüleyebilecekleri gibi, tüm ortaklık mallarının ona kalacağını da kararlaştırabilirler³². Bu durumda ölen eşin terekesi sadece kişisel mallarından oluşacağından, diğer bir deyişle sağ kalan eşe giden malvarlığı terekede bulunmayacağından, ölen eşin diğer mirasçıları bu anlaşmadan zarar görecektir. Bu durumda kanun koyucu, söz konusu anlaşmadan zarar gören ya tüm saklı paylı mirasçıları ya da bunlardan sadece bir kısmını koruma altına almayı tercih edebilir.

Mülga Medenî Kanun'da kanun koyucu sadece altsoyu korumayı tercih etmiş ve bu tür anlaşmalara karşı onlara özel bir saklı pay tanımıştı. Buna göre, söz konusu mukavele ile evvel vefat eden karı veya kocanın altsoyu ölüm anında mevcut bulunan malların dörtte birinden hiçbir şekilde mahrum edilemezdi. Kanun koyucu, eskiden altsoy dışındaki saklı paylı mirasçıları korumadığı gibi, altsoyun da saklı payının tamamını değil, sadece ortaklık mallarının 1/4'üyle sınırlı bir kısmını korumaktaydı³³.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu'nun 276'nı maddesinin üçüncü fıkrasında kanun koyucu, yine sadece altsoyu korumayı tercih etmiş, ancak mülga Kanun'dan farklı olarak altsoyun saklı payının tamamı koruma altına alınmıştır. TMK m 237/II hükmünden farklı olarak burada ortak olmayan altsoy ve ortak altsoy ayrımı yapılmamıştır³⁴. Buna karşılık, ana ve babanın saklı payı, bu tür anlaşmalara karşı korunmamıştır. Dolayısıyla, eşler (tüm ortaklık mallarının sağ kalan eşe kalacağı şeklinde) farklı bir paylaşma esasını benimseyerek ikinci zümredeki mirasçıları, saklı paylarından yoksun bırakabilirler. Anılan paylaşım tarzı kanuna ve hukuka uygundur³⁵. Bu durumda, sağ kalan eş tek başına mirasçı olmakta ve altsoy dışındaki saklı paylı mirasçılar (ana ve baba) sağ kalan eşe karşı tenkis davası açamamaktadır³⁶.

³¹ Dural ve Öz (n 5) N 1096.

³² Martin Eggel, 'Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod' (2019) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 90, 93; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 241, N 11; Jungo (n 1) Art 241, N 4; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 55; Ömer Arbek, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi* (Yetkin 2013) 50; Dural ve Öz (n 5) N 1096; Yılmaz (n 5) 114.

³³ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 451; Dural ve Öz (n 5) N 1096.

³⁴ Eitel (n 15) 48; Gian Sandro Genna, 'Art 241 ZGB' in Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M und Fankhauser R (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) Art 241, N 3; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 241, N 15; Hegnauer und Breitschmid (n 22) N 28.45; Jungo (n 1) Art 241, N 6; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 61; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Antalya (n 1) N 1494; Çakır (n 10) 230; Nar, *Tenkis* (n 7) 32; Öztan, *Aile* (n 3) 558; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 24; Şıpka (n 5) 278; Şıpka ve Kaplan (n 1) 270. Edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak, burada altsoy arasında ortak olmayan-ortak altsoy ayrımı yapılmamasının gerekçesi için bkz Jungo (n 1) Art 241, N 6; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 466; Çakır (n 10) 230 vd; Şıpka ve Kaplan (n 1) 270 vd.

³⁵ İmre ve Erman (n 1) 281, dn 41; Arbek (n 29) 50.

³⁶ Arbek (n 29) 50; Birinci Uzun (n 5) 109, 123; Dural ve Öz (n 5) N 1096; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021) N 728; Zahit İmre, 'Mirasın Taksimi Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri' iç *Onar Armağanı* (Fakülteler 1977) 395, 422; İmre ve Erman (n 1) 237; İnan, Ertuş ve Albaş (n 5) N 1104; Yılmaz (n 5) 114 vd.

Altsoy dışındaki saklı paylı mirasçılarının korunmaması, öğretide eleştirilmektedir³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi³⁸, ortaklık mallarının eşlerden birinin saklı paylı mirasçılara zarar vermek kastıyla farklı bir şekilde paylaşılmasına yönelik anlaşmaları, hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle geçersiz saymaktadır. Bu durumda, ortaklık mallarının yasal paylaşma biçimine uygun olarak yarı yarıya paylaşılması ve buna göre miras paylarının tespit edilmesi gerekmektedir³⁹. Ne var ki Yargıtay'a göre⁴⁰, ortaklık mallarının farklı bir usulde paylaşılmasına yönelik mal rejimi sözleşmeleri TMK m 2/II hükmüne istinaden geçersiz sayılmamalıdır⁴¹.

III. Mal Rejimi Sözleşmesinin Tenkisi

A. Genel Olarak

Mal rejimi sözleşmesiyle saklı payın ihlâl edilmesi ve ilgili saklı paylı mirasçılarının kanunda korunan kişilerden olması hâlinde, bu sözleşmeyle yapılan kazandırmanın tenkis edilmesi gerekmektedir. Ne var ki, mal rejimi sözleşmesinin tenkis edilmesi, bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların temelinde yine, mal rejimi sözleşmesinin sağlararası hukukî işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu tartışması yatmaktadır. Zira gerek varsayımsal terekenin tespiti gerek mal rejimi sözleşmesinin tenkis edileceği sıra, bu kazandırmanın sağlararası işlem veya ölüme bağlı tasarruf olmasına göre farklılaşmaktadır. TMK m 237/II ve 276/III hükümlerinde mal rejimi sözleşmesinin sağlararası bir hukukî işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu belirtilmeyerek, bu konunun çözümü öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. O hâlde yapılması gereken ilk iş, mal rejimi sözleşmesinin hukukî niteliğini tespit etmektir.

³⁷ Eren ve Yücer Aktürk (n 33) N 728.

³⁸ BGE 112 II 390.

³⁹ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen bu görüşünün artık değere katılma bakımından farklı bir oranın kararlaştırıldığı mal rejimi sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceği yönünde bkz Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 20; Gümüş (n 8) 386; Şıpka (n 5) 285; Şıpka ve Kaplan (n 1) 269; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 263. Bir malvarlığı değerinin edinilmiş mallardan çıkarılarak kişisel mal hâlinde getirilmesine ilişkin mal rejimi sözleşmelerinin (TMK m 221) salt saklı paylı mirasçılara zarar verme amacıyla yapılması hâlinde dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması gerektiği yönünde bkz Özge Kuru, 'Bir Mesleğin İlerası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme ile Kişisel Mal Haline Getirilmesi (TMK 221/1)' (2016) 2(3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 128. *Acar* ise, tenkis davasının saklı pay sahiplerine karşı da açılabilirliğini, diğer bir deyişle saklı pay sahiplerinin diğer saklı pay sahipleri lehine yapılan tasarruflara karşı da korunduğunu, mal rejimi sözleşmeleri vastasıyla saklı pay ihlâlinin hedeflenmesi hâlinde, ortak altsoyun ya da ana veya babanın TMK m 237/II hükmüyle bağlı olmaksızın sağ kalan eşe karşı tenkis davası açmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz *Acar*, *Mal Rejimleri* (n 5) N 468.

⁴⁰ Yargıtay 2 HD, 7867/9356, 27.10.1986 (Dural ve Öz (n 5) N 1096, dn 698).

⁴¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın kararları hakkında yapılan bir değerlendirme için bkz Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap (Filiz 1992) 22 vd.

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre⁴², mal rejimi sözleşmesiyle sağ kalan eş lehine yapılan kazandırmalar, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı ivazsız bir kazandırma niteliğindedir. Nitekim artık değere katılmaya ilişkin anlaşmaların ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceğine ilişkin TMK m 237/II (ZGB Art 216 Abs 2) hükmü, bu kazandırmanın örtülü ivazsız bir kazandırma olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla mal rejimi sözleşmeleri de ölüme bağlı tasarrufların tâbi olduğu usule göre tenkis edilmelidir. Hâl böyle olunca, sağ kalan eş lehine artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar, TBK m 565 (ZGB Art 527) kapsamına giren sağlararası kazandırmalardan önce tenkise tâbi tutulmalıdır⁴³.

Buna karşılık, mal rejiminin ölüm dışında başka bir sebeple sona ermesi hâli için belirli bir eş lehine yapılan mal rejimi sözleşmeleri ise, sağlararası kazandırma niteliğindedir. Zira ilk hâlden farklı olarak burada mal rejimi sözleşmesi, kazandırmada bulunanın sağlığında hüküm ve sonuçlarını meydana getirmektedir. Mal rejimi sözleşmesinin nitelendirilmesi bakımından önemli olan husus da kazandırmanın sonuçlarını yükümlü hayattayken mi yoksa ölümünde mi doğuracağıdır. Bu bağlamda, ölen eşe yapılan artık değere ilişkin kazandırmalar yükümlü eşin hayatında hüküm ve sonuçlarını doğuracağından sağlararası işlem olarak değerlendirilmelidir⁴⁴. Bu görüşte olan yazarlara göre⁴⁵, söz konusu mal rejimi sözleşmeleri, ölüme bağlı tasarruflardan sonra, ancak en yeni tarihli sağlararası işlem sayılarak diğer tüm sağlararası işlemlerden önce tenkis edilmelidir.

Öğretide ileri sürülen aksi görüşe göre⁴⁶, mal rejimi sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde yapılan anlaşmanın hangi sona erme sebebi için öngörüldüğü önem taşımamalı ve her hâlükârda mal rejimi sözleşmesi sağlararası hukukî işlem olarak kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, terekenin belirlenebilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Zira mal rejimi tasfiye edilerek katılma alacağı hesaplanmadan terekenin belirlenebilmesi mümkün değildir.

⁴² Rolando Forni and Giorgio Piatti, 'Vor Art 522-533 ZGB' in Thomas Geiser und Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2019) Art 532, N 2; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 28 ff; Jakob (n 11) Art 216/217, N 2; Nuspliger (n 11) Art 216, N 5; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 456; Aldemir (n 8) 81; Birinci Uzun (n 5) 111 vd; Gümüş (n 8) 385; Nar, *Tenkis* (n 7) 29; Öztan, *Aile* (n 3) 540; Öztan, *Miras* (n 5) 173; Sarı (n 8) 240; Şıpka (n 5) 280 vd; Zeytin (n 1) N 750.

⁴³ Nar, *Tenkis* (n 7) 30; Öztan, *Aile* (n 3) 540; Öztan, *Miras* (n 5) 173; Şıpka (n 5) 283; Zeytin (n 1) N 753. Ancak bu nitelikteki mal rejimi sözleşmeleri bakımından ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil şartlarına uyulması zorunlu olmayıp, mal rejimi sözleşmeleri için öngörülen şekil şartlarına uyulması yeterli görülmektedir. Bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 10; Öztan, *Miras* (n 5) 173; Zeytin (n 1) N 749. Bir görüşe göre, bu tür anlaşmalar, miras hukukundaki diğer ölüme bağlı tasarruflardan daha önce tenkis edilmelidir. Bkz Şıpka (n 5) 285; Zeytin (n 1) N 753. Bir başka görüşe göre ise, diğer ölüme bağlı tasarruflarla birlikte orantılı olarak (TMK m 561) tenkise tâbi tutulmalıdır. bkz Aldemir (n 8) 81; Sarı (n 8) 242.

⁴⁴ Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 28 ff; Nuspliger (n 11) Art 216, N 5; Aldemir (n 8) 81 vd; Gümüş (n 8) 385; Nar, *Tenkis* (n 7) 29 vd; Sarı (n 8) 240 ve 243; Şıpka (n 5) 280 vd ve 283, dn 326; Zeytin (n 1) N 750.

⁴⁵ Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 35; Jungo (n 1) Art 216-217, N 15; Şenocak (n 12) 401; Zeytin (n 1) N 753; Şıpka, Öztan, *Miras* (n 5) 173 vd; Sarı (n 8) 243.

⁴⁶ Çabri (n 1) N 1479; Şenocak (n 12) 400 vd. Bu görüş hakkında açıklama için ayrıca bkz Jakob (n 11) Art 216/217, N 2; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 455; Aldemir (n 8) 82; Birinci Uzun (n 5) 111. Sağ kalan eşe TMK m 237 ve 276 hükümleri çerçevesinde yasal paylaşma oranından fazlasını ölüme bağlı olarak kazandırmanın sağlararası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırma niteliğinde olduğu yönünde bkz Serozan ve Engin (n 1) § 4, N 43.

Hesaplanan katılma alacağı terekenin aktifinde veya pasifinde yer alacak olup, terekenin hesaplanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Sağ kalan eş lehine artık değer alacağının ortaya çıkması hâlinde gerek mal rejiminin sona ermesi gerek terekenin teşekkülü mirasbırakanın ölümüyle birlikte aynı anda meydana gelse bile, mal rejiminin tasfiyesi ve artık değer belirlenmesi en azından mantıksal olarak mirasın geçişinden önce hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Öte yandan, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızasıyla mal rejimi sözleşmesi yapılabilmesi (TMK m 204/II), mal rejimi sözleşmesinin noterde onaylama biçiminde de yapılabilmesi (TMK m 205/I), mal rejimi sözleşmesinin ancak bir mal rejimi sözleşmesiyle ortadan kaldırılabilmesi (TMK m 203), katılma alacağı ve değer artış payının ödenmesi bakımından özel hükümlerin bulunması (TMK m 239-241) gibi özellikler, mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruflardan farklı olduğunu göstermektedir. Sağ kalan eş lehine yapılan artık değere katılma anlaşmalarının diğer mal rejimi sözleşmelerinden farklı olarak ölüme bağlı tasarruf sayılarak ilk sırada tenkise tâbi tutulmasını haklı gösterecek bir özel neden de bulunmamaktadır. Bu nedenle, artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmelerinin ölümle veya diğer bir sebeple sona ermesi arasında ayırım yapılmamalıdır.

TMK m 237/II hükmünde yer alan düzenlemenin bu tartışmayı bir ölçüde etkilediği ifade edilebilir. Zira artık değere katılma anlaşmasının eşlerin ortak olmayan çocuklarının saklı payını zedeleyip zedelediğini tespit edebilmek için, sağ kalan eşe yapılan kazandırmanın terekeye farazi olarak eklenmesi şarttır. Bu bağlamda, TMK m 237/II hükmü, TMK m 508 hükmünün uygulanması bakımından yol gösterici niteliktedir. Söz konusu kazandırmanın terekeye eklenmesi demek, bu kazandırmanın sağlararası bir hukukî işlem olmasını gerektirmektedir⁴⁷. Bu eklemenin yapılabilmesi için, artık değere ilişkin kazandırmanın TMK m 565/I-b.3 ve b.4'te düzenlenen unsurları bünyesinde taşıması da gerekli değildir. Zira TMK m 237/II hükmü, TMK m 565 hükmüne nazaran özel bir hükümdür⁴⁸. Özel bir hüküm olan TMK m 237/II hükmü, artık değere ilişkin fazla kazandırmanın tenkise tâbi olması (terekeye eklenmesi) bakımından TMK m 565 hükmünde öngörülen sınırlamaları içermemektedir⁴⁹.

B. Artık Değere Katılma Alacağına İlişkin Mal Rejimi Sözleşmelerinin Tenkisi

TMK m 237/II hükmü, mirasçılarının saklı pay miktarını da etkilemektedir. Şöyle ki, bu hükmün olmaması hâlinde artık değere ilişkin olarak sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma ölen eşin terekesine eklenmeyecek, aksine bu kazandırma tereke

⁴⁷ Bkz Fankhauser und Jungo (n 25) 5.

⁴⁸ Öztan, *Aile* (n 3) 541; Şenocak (n 12) 403; Zeytin (n 1) N 754.

⁴⁹ Jungo (n 1) Art 216-217, N 9; Şenocak (n 12) 403.

bakımından bir borç niteliğinde olacağından terekeden çıkarılacak, böylelikle de tüm mirasçılarının miras payları ve saklı payları azalacaktır. TMK m 237/II hükmünün uygulanabilmesi için, mal rejimi sözleşmesiyle yapılan kazandırmanın terekeye eklenmesi gerekmektedir. Ne var ki, hükümde sadece eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları korunmuştur. Dolayısıyla sağ kalan eşe yapılan ek kazandırma, sadece bu mirasçılarının saklı payları hesaplanırken terekeye eklenmelidir. Bu konuda öğretide kabul edilen hesaplama yöntemi şu şekildedir: Öncelikle sanki eşler arasında hiç mal rejimi sözleşmesi yapılmamış ve artık değer yasal orana (1/2'ye) göre paylaşılıyormuş gibi tereke ve ortak olmayan çocuğun (veya onun altsoyunun) saklı payı belirlenmelidir. Daha sonra, mal rejiminin yapılan anlaşma uyarınca tasfiye edilmesi dikkate alınarak tereke ve ortak olmayan çocuğun (veya onun altsoyunun) miras payı bulunmalıdır. Şayet ortak olmayan çocuğun (veya onun altsoyunun) eşler arasındaki sözleşme neticesinde aldığı miras payı, farazi yasal paylaşma neticesinde alması gereken saklı pay miktarından düşük kalıyorsa, saklı payın ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁰. Bu durumda, yapılan mal rejimi sözleşmesi geçerliliğini korumakta; ancak saklı payı ihlâl edilen ortak olmayan çocuk (veya onun altsoyu), tenkis davası açarak zedelenen saklı payını talep edebilmektedir⁵¹.

Olay: Önceki eşinden (A) adında bir çocuğu olan (M), sonradan (E) ile evlenir. Daha sonra (M) ile (E)'nin (B) isminde bir çocuğu dünyaya gelir. Taraflarca yapılan mal rejimi sözleşmesinde (M)'nin artık değerinin tümünün (E)'ye ait olduğu kararlaştırılır⁵². Bir müddet sonra (M) ölür. (M)'nin ölümünde 1.200.000 TL değerinde artık değeri ve 200.000 TL değerinde kişisel malı bulunmakta iken; (E)'nin artık değeri bulunmamaktadır.

Cözüm: Bu olayda ortak olmayan çocuk (A)'nın saklı payının ihlâl edilmediğini tespit edebilmek için;

Öncelikle, artık değer yasal orana göre paylaşılmış gibi farazi bir hesaplama yapılmalı ve (A)'nın saklı payı bulunmalıdır:

⁵⁰ Fankhauser und Jungo (n 25) 6; Jungo (n 1) Art 216-217, N 13 ff; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo (n 25) 321 ff; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 461 vd; Aldemir (n 8) 82; Çabri (n 1) N 1478; Çakır (n 10) 229 vd; Çekin (n 2) 195 vd; Dural ve Öz (n 5) N 1092; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 315; Karamercan (n 5) 504; Öztan, *Aile* (n 3) 541 vd; Sarı (n 8) 242; Şenocak (n 12) 405; Şıpka (n 5) 283 vd; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 261 vd; Zeytin (n 1) N 752.

⁵¹ Christian Brückner, Thomas Weibel and Francesca Pesenti, *Die erbrechtlichen Klagen* (4. Auflage, Schulthess 2022) N 60c; Forni und Piatti (n 39) Vor Art 522-533 ZGB, N 3; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 43; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 32; Jungo (n 1) Art 216-217, N 14; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 18; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 454, 460; Aldemir (n 8) 81; Antalya (n 1) N 1496; Çabri (n 1) N 1477; Çakır (n 10) 230; Demir (n 10) 265 vd; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1233; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 315; Gençcan (n 10) 1331; Gümüş (n 8) 385; Karamercan (n 5) 504; Nar, *Tenkis* (n 7) 31; Öztan, *Aile* (n 3) 541; Sarı (n 8) 241, 243; Şıpka (n 5) 277 ve 282; Şıpka ve Kaplan (n 1) 272; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 261; Zeytin (n 1) N 753.

⁵² Bu içerikte bir mal rejimi sözleşmesi yapılabileceği hakkında bkz Eggel (n 29) 93; Fankhauser und Jungo (n 25) 5; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 18; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 26a; Jakob (n 11) Art 216/217, N 7; Jungo (n 1) Art 216-217, N 3; Öztan, *Aile* (n 3) 538, 540; Öztan, *Miras* (n 5) 90; Şıpka (n 5) 277. İsviçre uygulamasında bu içerikte mal rejimi sözleşmelerinin oldukça sık görüldüğü hakkında bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 26a; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 55; Zeytin (n 1) N 742.

(M)'nin farazi terekesi : 200.000 TL (kişisel mal) + 600.000 TL (artık değerın yarısı)
: 800.000 TL

(A)'nın saklı payı : Farazi tereke . 3/16 (saklı pay oranı)
: 800.000 TL . 3/16
: **150.000 TL**

Daha sonra, artık değerin sözleşmeye göre paylaşımı dikkate alınarak tereke hesaplanmalı ve (A)'nın miras payı bulunmalıdır:

(M)'nin terekesi : 200.000 TL (kişisel mal)
(A)'nın miras payı : Tereke . 3/8 (miras payı oranı)
: 200.000 TL . 3/8
: **75.000 TL**

Sonuç olarak, (A)'nın saklı payı **150.000 TL - 75.000 TL = 75.000 TL** tutarında ihlâl edilmiştir.

Peki, yukarıdaki olayda ortak çocuk (B)'nin saklı payı hangi tereke dikkate alınarak hesaplanacaktır? Bu konuda öğretide iki tane görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre⁵³, TMK m 237/II hükmüyle sadece ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı payı koruma altına alındığından, ortak çocuğun saklı payı, artık değerin yasal orana göre paylaşılmasına binaen belirlenen farazi terekeye göre hesaplanmamalı; aksine mal rejimi sözleşmesine binaen belirlenen terekeye göre hesaplanmalıdır. Diğer bir deyişle, bu iki altsoyun saklı payı farklı terekeler üzerinden hesaplanmalıdır. Ortak olmayan çocuğun saklı payı hesaplanırken sağ kalan eşe yapılan artık değer kazandırması terekeye farazi olarak eklenirken; ortak çocuğun saklı payının hesaplandığı terekeye bu değer eklenmemelidir.

Cözüm: Bu görüşe göre, yukarıdaki olayda geçen ortak çocuk (B)'nin saklı payı şu şekilde hesaplanmalıdır:

(M)'nin terekesi : 200.000 TL (kişisel mal)
(B)'nin saklı payı : Tereke . 3/16 (saklı pay oranı)
: 200.000 TL . 3/16
: **37.500 TL**

⁵³ Jakob (n 11) Art 216/217, N 11; Jungo (n 1) Art 216-217, N 13; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 463; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) N 1101. Bu görüş hakkında ayrıca bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 37; Nuspliger (n 11) Art 216, N 6; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo (n 25) 322, Fn 46; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 57; Gümüş (n 8) 386; Şenocak (n 12) 405; Zeytin (n 1) N 756. Mirasbrakanın tasarruf edebileceği kısmın ortak ve ortak olmayan altsoy açısından farklı değerlendirilmelere tâbi tutulması İsviçre kanun koyucusunun açık iradesi olduğu yönünde bkz Çekin (n 2) 196.

Öğretide kabul edilen diğer görüşe göre ise⁵⁴, gerek ortak olmayan gerek ortak çocuğun saklı payı, artık değerın yasal orana göre paylaşılması ihtimaline binaen belirlenen farazi tereke üzerinden hesaplanmalıdır. Diğer bir deyişle, sağ kalan eşe yapılan artık değer kazandırması her iki altsoyun saklı payı hesaplanırken de terekeye eklenmelidir. Bunların arasındaki fark, ortak çocuğun sağ kalan eşe yapılan artık değer kazandırmasına karşı tenkis davası açamamasıdır. Zira bu hak, TMK m 237/II hükmünde sadece ortak olmayan çocuklara ve onların altsoylarına tanınmıştır. Ortak altsoyun saklı payından eksik kalan miktar, sağ kalan eşin terekeden aldığı miras payından karşılanabilir.

Cözüm: Bu görüşe göre, yukarıdaki olayda geçen ortak çocuk (B)'nin saklı payı şu şekilde hesaplanmalıdır:

(M)'nin farazi terekesi : 200.000 TL (kişisel mal) + 600.000 TL (artık değerın yarısı)
: 800.000 TL

(B)'nin saklı payı : Farazi tereke . 3/16 (saklı pay oranı)
: 800.000 TL . 3/16
: **150.000 TL**

C. Ortaklık Mallarının Paylaşılmasına İlişkin Mal Rejimi Sözleşmelerinin Tenkisi

TMK m 276/III hükmü, mirasçılardan saklı pay miktarını da etkilemektedir. Şöyle ki, bu hükmün olmaması hâlinde ortaklık mallarına ilişkin olarak sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma ölen eşin terekesine eklenmeyecek, aksine bu kazandırma tereke bakımından bir borç niteliğinde olacağından terekeden çıkarılacak, böylelikle de tüm mirasçılardan miras payları ve saklı payları azalacaktır. TMK m 276/III hükmünün uygulanabilmesi için, mal rejimi sözleşmesiyle yapılan kazandırmanın terekeye eklenmesi gerekir. Ne var ki, hükümde sadece altsoy korunduğundan bu ekleme, onların saklı paylarının ihlâl edilip edilmediği tespit edilirken yapılmalıdır. Diğer bir deyişle, mirasın ikinci zümreye kalması durumunda sağ kalan eşe yapılan kazandırma terekeye eklenmeyecektir. Bu konuda öğretilde kabul edilen hesaplama yöntemi şu şekildedir: Öncelikle sanki eşler arasında hiç mal rejimi sözleşmesi yapılmamış ve ortaklık malları yarı yarıya paylaşılıyormuş gibi tereke ve altsoyun saklı payı belirlenmelidir. Daha sonra, mal rejiminin yapılan anlaşma uyarınca tasfiye edilmesi dikkate alınarak tereke ve altsoyun miras payı bulunmalıdır. Şayet altsoyun eşler arasındaki sözleşme neticesinde aldığı miras payı, farazi yasal paylaşma neticesinde alması gereken saklı

⁵⁴ Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 38. Bu görüş hakkında bkz Nuspliger (n 11) Art 216, N 6; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo (n 25) 322, Fn 46; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 57; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 464, dn 428; Gümüş (n 8) 386; Şenocak (n 12) 405; Zeytin (n 1) N 756 vd.

pay miktarından düşük kalyorsa, saklı payın ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁵.

Olay: (M)'nin ölümünde eşi (E) ve çocuğu (A) hayattadır. (M) ve (E), akdettikleri mal rejimi sözleşmesiyle aralarında mal ortaklığı rejiminin uygulanacağını ve ortaklık mallarının tümünün (E)'ye ait olduğunu⁵⁶ kabul ederler. (M)'nin ölümünde 200.000 TL değerinde kişisel malı bulunmakta ve ortaklık mallarının toplam değeri 1.200.000 TL'dir.

Cözüm: Bu olayda altsoy (A)'nın saklı paylarının ihlâl edilip edilmediğini tespit edebilmek için;

Öncelikle, ortaklık malları yarı yarıya paylaşılmış gibi farazi bir hesaplama yapılmalı ve altsoyun saklı payı bulunmalıdır:

(M)'nin farazi terekesi : 200.000 TL (kişisel mal) + 600.000 TL (ortak malların yarısı)
: 800.000 TL

(A)'nın saklı payı : Farazi tereke . 3/8 (saklı pay oranı)
: 800.000 TL . 3/8
: **300.000 TL**

Daha sonra, ortaklık mallarının sözleşmeye göre paylaşılması göz önünde bulundurularak, altsoyun miras payı bulunmalıdır:

(M)'nin terekesi : 200.000 TL (kişisel mal)

(A)'nın miras payı : Tereke . 3/4 (miras payı oranı)
: 200.000 TL . 3/4
: **150.000 TL**

Sonuç olarak, (A)'nın saklı payı **300.000 TL – 150.000 TL = 150.000 TL** tutarında ihlâl edilmiştir. Bu kısım sağlanıncaya kadar, sağ kalan eşe bırakılan ortaklık mallarının tenkisi talep edilebilecektir⁵⁷.

⁵⁵ Dural ve Öz (n 5) N 1096.

⁵⁶ Eggel (n 29) 93; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 241, N 11; Jungo (n 1) Art 241, N 4; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 55; İnan, Ertuş ve Albaş (n 5) N 1104.

⁵⁷ Bu talebin tenkis davasının bir türü olduğu hakkında bkz Brückner, Weibel und Pesenti (n 48) N 60c; Forni und Piatti (n 39) Vor Art 522-533 ZGB, N 3; Çakır (n 10) 230; Eren ve Yücer Aktürk (n 33) N 728; Nar, *Tenkis* (n 7) 32.

IV. İsviçre Medenî Kanunu'nda Yapılan İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

A. Tasarıda Bulunan İlgili Değişiklik Önerilerinin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

İsviçre Medenî Kanunu'nun miras hukuku kitabı, diğer kısımların aksine 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra çok az revize edilmiştir. Ne var ki, miras hukukunun dayandığı sosyal gerçekler, İsviçre Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden yüz yıl gibi oldukça uzun bir süre sonra, oldukça değişmiş ve bu nedenle miras hukuku kitabında bu son gelişmeleri dikkate alan bir revizyona ihtiyaç duyulmuştur⁵⁸. Nitekim 4 Mart 2016 tarihinde Öntasarı⁵⁹ ve Açıklayıcı Rapor⁶⁰ yayınlanmıştır. Açıklanan bu Öntasarıya yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak 29 Ağustos 2018 tarihinde bir Tasarı (Tasarı 2018)⁶¹ ve Açıklayıcı Rapor⁶² hazırlanmıştır. Tasarıda birçok hükme ilişkin değişiklik önerisi bulunmasına karşın, konumuz bakımından ZGB Art 216 ve ZGB Art 241 hükümlerinde yapılması önerilen değişiklikler önem arz etmektedir.

2. E-ZGB Art 216 Hükümü

Tasarıda ZGB Art 216'ya ikinci ve dördüncü fıkralar olmak üzere iki tane yeni fıkra eklenmesi ve eski ikinci fıkrada küçük bir değişiklik yapılarak üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilmesi öngörülmüştür. E-ZGB (Entwurf-ZGB) Art 216 Abs 2⁶³ hükmüne göre, eşlerin artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas benimsemelerine ilişkin anlaşma, sağ kalan eşin lehine olduğu ölçüde saklı payın hesaplanmasında dikkate alınır. Diğer bir deyişle, saklı pay hesaplanırken sağ kalan eşe kalan tüm katılma alacağı değil, sadece yasal orana göre paylaşım yapılması hâlinde elde edilecek miktarın üzerinde kalan kısım, yani mal rejimi sözleşmesi vesilesiyle katılma alacağına ortaya çıkan artış varsayımsal terekeye eklenmelidir. Bu kurala göre hem ortak hem de ortak olmayan çocuğun saklı payı hesaplanırken sağ kalan eşin katılma alacağına meydana gelen artışın eklendiği farazi tereke dikkate alınmalıdır⁶⁴. Tasarıda eşler dışında sadece altsoya saklı pay tanındığından,

⁵⁸ Fankhauser und Jungo (n 25) 1.

⁵⁹ Bkz <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf> (Erişim Tarihi: 8.11.2022).

⁶⁰ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), <https://bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.11.2022).

⁶¹ Bkz BBI 2018 5905, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2132/de> (Erişim Tarihi: 8.11.2022).

⁶² Bkz BBI 2018 5813, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de> (Erişim Tarihi: 8.11.2022).

⁶³ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: "Eine solche Vereinbarung wird bei der Berechnung von Pflichtteilen berücksichtigt, soweit sie den überlebenden Ehegatten begünstigt".

⁶⁴ Fankhauser und Jungo (n 25) 5; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 19; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 58 ff. Sağ kalan eşin katılma alacağına meydana gelen artışın terekeye eklenmesi, sağlararası bir işlemin var olduğu anlamına gelmektedir. Bkz Fankhauser und Jungo (n 25) 5.

ana ve babanın katılma alacağına meydana gelen artış nedeniyle tenkis talebinde bulunması mümkün değildir⁶⁵.

Tenkis talebinde bulunma bakımından tasarıda altsoy arasında bir ayırma gidilmiştir. Ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının tenkis talebi, üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilen mevcut ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Fıkrada mevcut hâline göre çok küçük değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki, “*Solche Vereinbarungen dürfen*” yerine “*Sie darf*” ibaresi kullanılmış ve devamında “*und*” bağlacından hemen sonra “*von*” edatı eklenmiştir. Yapılan bu değişikliklerin anlam üzerinde çok büyük bir etkisi yoktur. Neticede E-ZGB Art 216 Abs 3'te⁶⁶ bu tür anlaşmaların ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceği düzenlenmiştir. Bunun anlamı, sağ kalan eşin katılma alacağına mal rejimi sözleşmesiyle meydana gelen artış nedeniyle saklı payı ihlâl edilen ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının, bu artışa karşı tenkis talebinde bulunabileceğidir⁶⁷.

Buna karşılık, tasarıda eşlerin ortak çocuklarına ve bunların altsoylarına katılma alacağına gerçekleşen artışa karşı tenkis davası açma hakkı kural olarak tanınmamıştır⁶⁸. Ortak çocukların ve onların altsoylarının bu artışa karşı tenkis davası açabilecekleri hâller, E-ZGB Art 216 Abs 4'te⁶⁹ sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Buna göre, ortak çocuklar ve onların altsoyları, sağ kalan eşin yeniden evlenmesi veya kayıtlı birlikteliğe⁷⁰ girmesi hâlinde, ona sağlanan faydanın tenkisini talep edebilirler. Bu değişikliğin yapılmasına gerekçe olarak, altsoyun saklı pay oranının zaten tasarıda azaltılmış olduğu ve bu nedenle mal rejimi sözleşmeleriyle onun alabileceği saklı pay miktarının daha da azaltılmasının kısmen önlenmek istendiği

⁶⁵ Ahmet Nar, ‘İsviçre’deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları’ (2019) 14(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333, 353 vd.

⁶⁶ Hükümün Almanca metni şu şekildedir: “*Sie darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und von deren Nachkommen nicht beeinträchtigen*”.

⁶⁷ Fankhauser und Jungo (n 25) 5 ff; Nar, *Revizyon* (n 62) 354.

⁶⁸ Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 19. E-ZGB Art 216 hükümünün uygulanmasına dair örnek olay çözümü için bkz Fankhauser und Jungo (n 25) 6 ff.

⁶⁹ Hükümün Almanca metni şu şekildedir: “*Gemeinsame Kinder und deren Nachkommen können eine Herabsetzung der Begünstigung des überlebenden Ehegatten verlangen, wenn dieser wieder heiratet oder eine eingetragene Partnerschaft begründet*”.

⁷⁰ İsviçre’de eşinsel hayat ortaklığı ilk kez 18 Haziran 2004 tarihli Eşinsel Çiftlerin Kayıtlı Birlikteliklerine İlişkin Federal Kanun’la (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, PartG) düzenlenmiştir. 1 Temmuz 2022 tarihinde yürürlükten kalkan PartG Art 2’ye göre eşinsel kişiler hayat ortaklıklarını tescil ettirebilmekte ve tescil işleminin yapılmasıyla birlikte taraflar arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran bir yaşam birliği meydana gelmektedir. Detaylı bilgi için bkz Mustafa Dural, ‘İsviçre’de Eşinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi’ (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 927 vd. Ne var ki, “*Herkes için evlilik (Ehe für alle)*” şeklinde isimlendirilen Parlamento Girişimi’nin referandumda halk tarafından kabul edilmesi neticesinde İsviçre’de eşinsellere 1 Temmuz 2022 tarihinden itibaren evlenme hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda İsviçre Medenî Kanunu (ZGB), Eşinsel Çiftlerin Kayıtlı Birlikteliklerine İlişkin Federal Kanun (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, PartG) ve Uluslararası Özel Hukuka İlişkin Federal Kanun’da (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG) birtakım değişiklikler yapılmıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, Partnerschaftsgesetz (PartG)’in 4a. Bölümünde kayıtlı birlikteliğin evliliğe dönüştürülmesi düzenlenmiştir. Buna göre, kayıtlı çiftler her zaman herhangi bir nüfus memuru önünde kayıtlı birlikteliklerini evliliğe dönüştürmek istediklerini beyan edebilecekler (PartG Art 35 Abs 1) ve dönüşüm beyanında bulunulur bulunulmaz kayıtlı çiftler evli olarak kabul edileceklerdir (PartG Art 35a Abs 1).

gösterilmektedir⁷¹. Ortak çocuk ile ortak olmayan çocuk arasında yapılan ayrımın öğretide şiddetli bir şekilde eleştirilmesi de bu düzenlemenin yapılmasının nedenleri arasındadır. Şöyle ki, ortak olmayan altsoyun korunmasının temelinde, bunların sağ kalan eşe mirasçı olmaması ve bu nedenle sağ kalan eşe kalan fazlalıktan sadece ortak altsoyun faydalanacağı fikri yatmaktadır⁷². Ne var ki, bu durum ortak çocuk ve altsoyu aleyhine de bazı sonuçlara yol açabilmektedir. Öncelikle altsoy arasında bu şekilde bir ayrım yapılması eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira ortak olmayan çocuğun saklı payı daha yüksek hesaplanmakta iken; ortak çocuğun saklı payı daha düşük hesaplanmaktadır. Ayrıca ortak olmayan çocuk ve altsoyu, saklı payını hemen elde etmekte ve bununla yatırımlar yapmakta iken; ortak çocuk ve altsoyu, ölen ebeveyninin terekesinden tam anlamıyla faydalanabilmek için sağ kalan diğer ebeveyninin ölümü beklemek zorundadır. Diğer bir deyişle, ortak çocuk ve altsoyu, sağ kalan eşin söz konusu mallar üzerinde yaptığı tasarruflara katılmak zorundadır⁷³. Sağ kalan eşin ölümünde katılma alacağına ortaya çıkan artış terekesinde bulunmuyorsa, ortak çocuk ve altsoyunun (sınırlı hâllerde tenkis davası açmak gibi istisnai olanaklar dışında) kural olarak başvurabileceği herhangi bir imkân yoktur. Bununla birlikte, ortak çocuğun sağ olmama, mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksunluk gibi nedenlerle sağ kalan eşe mirasçı olamaması da her zaman ihtimal dahilindedir⁷⁴. Öte yandan, sağ kalan eş, bu artış üzerinde hiçbir tasarrufta bulunmasa bile, yeniden evlenebilir. Sağ kalan eşin yeniden evlenmesi, ortak çocuğun menfaatlerini olumsuz olarak etkilemeye elverişlidir. *Meselâ*, sağ kalan eşin yeniden evlenmesi ve bir müddet sonra ölmesi hâlinde, ortak çocuk ile birlikte yeni evlilikteki eş de mirasçı olacaktır. Dolayısıyla üzerinde hiçbir tasarrufta bulunulmamış olsa bile, katılma alacağındaki artış sonradan ölen ebeveynin terekesinde yer alacak ve böylelikle yeni eş de bundan faydalanabilecektir⁷⁵. Bu durumda ortak çocuğun nasıl olsa sağ kalan eşe mirasçı olacak düşüncesiyle korunmaması, onu ortak olmayan çocuktan daha dezavantajlı bir duruma düşürebilecek niteliktedir. Netice olarak, bu düzenleme ile söz konusu eleştirilere çözüm bulmak amaçlanmıştır⁷⁶.

Tasarıda ayrıca katılma alacağına meydana gelen artışın hangi sırada tenkis edileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Tenkiste sıraya ilişkin E-ZGB Art 532 hükmünde mevcut düzenlemeye nazaran önemli değişiklikler yapılmış olup, tenkiste sıra daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fırcasının

⁷¹ Nar, *Revizyon* (n 62) 354.

⁷² Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Birinci Uzun (n 5) 128; Çekin (n 2) 196; Nar, *Revizyon* (n 62) 356; Sarı (n 8) 241; Şenocak (n 12) 396.

⁷³ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Birinci Uzun (n 5) 128; Çakır (n 10) 231; Çekin (n 2) 196.

⁷⁴ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Çakır (n 10) 231.

⁷⁵ Nar, *Revizyon* (n 62) 356 vd.

⁷⁶ Türk Hukuku'nda TMK m 237/II hükmü bakımından gerçek olmayan kanun boşluğunun bulunduğu, kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılması gerektiği ve bu düzenleme yapılırken artmirasçı atamaya ilişkin hükümlerden yararlanılabileceği yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. Bkz Birinci Uzun (n 5) 127 vd.

birinci bendine göre, katılma alacağına meydana gelen artış sağlararası kazandırma olarak değerlendirilmekte ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk sırada tenkis edilmektedir⁷⁷.

3. E-ZGB Art 241 Hükümü

Tasarıda ZGB Art 241'e yeni bir fıkra (dördüncü fıkra) eklenmesi öngörülmüştür. E-ZGB Art 241 Abs 4⁷⁸ hükmüne göre, mal rejimi sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmaması koşuluyla, farklı bir paylaşımın kararlaştırıldığı hükümler, ölümün sağ kalan eşin saklı pay talebinin ortadan kalkmasına neden olan boşanma davası derdest iken gerçekleşmesi hâlinde geçerli değildir. Bu hükmün kabul edildiği hâl ile tasarıdaki metin arasında çok küçük dilbilgisel farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, tasarıda *“die Bestimmungen, mit denen eine andere Teilung vereinbart wird, im Todesfall nicht,”* şeklinde kullanılan kalıp; kabul edilen metinde *“die Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall nicht,”* şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, tasarıda *“farklı bir paylaşımın kararlaştırıldığı hükümler”* denilmekteyken, hükmün yürürlüğe giren hâlinde *“farklı bir paylaşımına ilişkin anlaşmalar”* ifadesi kullanılmıştır. Kabul edilen hükmün tasarıdaki metne oldukça benzemesi nedeniyle, konu aşağıda⁷⁹ incelenmiştir.

B. 1 Ocak 2023 Tarihinde Yürürlüğe Giren İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

1. ZGB Art 216 Hükümü

29 Ağustos 2018 tarihinde yayınlanan tasarı, bazı değişiklikler yapılarak 18 Aralık 2020 tarihinde kabul edilmiş ve söz konusu değişikliklerin 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. Yapılan değişiklikler, mirasbırakanın 1 Ocak 2023 tarihinde veya daha sonra ölümü hâlinde uygulama alanı bulacaktır⁸⁰.

ZGB Art 216 hükmüne sadece bir fıkra tasarıdan çok farklı bir içerikte ikinci fıkra olarak eklenmiş ve mevcut ikinci fıkra çok küçük bir değişiklikle üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilmiştir. Tasarıdan oldukça farklı bir şekilde yasalaşan ZGB Art 216 Abs 2 hükmüne göre⁸¹, artık değere yarıdan fazla katılım; sağ kalan eşin, ortak çocukların

⁷⁷ Fankhauser und Jungo (n 25) 5; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 18; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 61 ff.

⁷⁸ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: *“Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag gelten die Bestimmungen, mit denen eine andere Teilung vereinbart wird, im Todesfall nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt.”*

⁷⁹ Bkz aşağıda IV-B-2.

⁸⁰ Eitel (n 15) 33.

⁸¹ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: *“Die über die Hälfte hinaus zugewiesene Beteiligung am Vorschlag wird bei der Berechnung der Pflichtteile des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners, der gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht hinzugerechnet.”* Hüküm yasalaşırken sonradan metne “nicht” kelimesi eklenmiş ve metin dilbilimsel olarak revize edilmiştir. Bkz Nuspliger (n 11) Art 216, N 7.

ve onların altsoylarının saklı payları hesaplanırken eklenmez. ZGB Art 216 Abs 3'te ise, artık değere katılma bakımından farklı bir esasın benimsendiği mal rejimi anlaşmalarının ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceği düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada hükmün eski hâlinde sadece özne ve yüklem tekil hâle getirilmesi ile yetinilmiştir⁸². Tenkiste sıraya ilişkin ZGB Art 532 hükmü ise, küçük değişikliklerle tasarıda olduğu gibi yasalaşmıştır.

İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle şu sonuca varmak mümkündür. Öncelikle kanun koyucu, katılma alacağında artış meydana getiren mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruf mu yoksa sağlararası hukukî işlem mi olduğu yönünde öğretide yapılan tartışmalarda tarafını belli etmiştir. Gerçekten ZGB Art 532 hükmünde mal rejimi sözleşmeleriyle katılma alacağında meydana gelen artışın sağlararası kazandırma sayılması ve bu artışın sağlararası kazandırmalar arasında da ilk sırada tenkis edileceğinin düzenlenmesiyle konu açıklığa kavuşturulmuştur⁸³.

Peki mirasçılardan miras payları veya saklı payları belirlenirken, hangi tereke esas alınacaktır? Yukarıda da değinildiği üzere konu daha önce öğretide tartışmalı olup, bir görüşe göre gerek ortak gerek ortak olmayan altsoyun saklı payı tespit edilirken katılma alacağında meydana gelen artışın da eklendiği farazi tereke göz önünde bulundurulmalıdır. Ne var ki, ZGB Art 216 Abs 2'de bu görüş kabul edilmemiş ve katılma alacağında meydana gelen artışın sağ kalan eşin, ortak çocukların ve onların altsoylarının saklı payları hesaplanırken eklenmeyeceği düzenlenmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında, eski düzenlemede olduğu gibi, ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarının zedelenmeyeceği öngörülmüştür. O hâlde, bu kişilerin saklı paylarının belirlenmesinde katılma alacağında meydana gelen artışın eklendiği farazi terekenin dikkate alınması gerekmektedir. Böylece altsoyun saklı payı iki farklı tereke üzerinden hesaplanacak ve ortak olmayan çocuğun saklı pay miktarı, ortak çocuğun saklı pay miktarından daha fazla olacaktır⁸⁴. Ayrıca sağ kalan eşe karşı sadece ortak olmayan çocuk ve altsoyu, tenkis davası açabilecektir⁸⁵. Neticede kanun koyucu, tasarıda yapılan öneriden yasalaştırma aşamasında vazgeçerek, ortak çocuk ile ortak olmayan çocuk arasındaki eşitsizliği devam ettirmiş, hatta ortak çocuk lehine geliştirilen her iki altsoyun da saklı payının aynı farazi tereke üzerinden hesaplanmasına yönelik görüşü de açık bir düzenleme ile reddetmiştir. Kanaatimizce tasarıda yer alan değişiklik önerisi, İsviçre Medenî Kanunu'nda hâlihazırda yapılan değişikliğe göre somut olay adaletini daha iyi sağlayabilecek niteliktedir ve taraf menfaatleri arasında uygun bir

⁸² Hükmün Almanca metni şu şekildedir: "Eine solche Vereinbarung darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen".

⁸³ Nuspliger (n 11) Art 216, N 7; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 15a; Stephan Wolf, 'Das neue Erbrecht – eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen' (2022) 158 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 417, 431.

⁸⁴ Eitel (n 15) 46; Nuspliger (n 11) Art 216, N 7.

⁸⁵ Nuspliger (n 11) Art 216, N 7.

denge tesis etmektedir. Ne var ki, bu önerinin Kanun'da kendine yer bulamaması nedeniyle öğretilerdeki eleştiriler⁸⁶ gelecekte de devam edecektir.

2. ZGB Art 241 Hükümü

Mal ortaklığına ilişkin ZGB Art 241 hükmüne yeni bir fıkra (dördüncü fıkra)⁸⁷ eklenmiş olup, mevcut ilk üç firkada herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Hükme eklenen dördüncü fıkraya göre, ortaklık mallarının farklı bir biçimde paylaşılmasına ilişkin anlaşmalar, sağ kalan eşin saklı pay talebinin ortadan kalkmasına yol açan boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü hâlinde geçerli değildir. Yapılan düzenleme emredici nitelikte olmayıp, mal rejimi sözleşmesinde aksine bir düzenleme yapılmasına da olanak sağlanmıştır.

ZGB Art 241 Abs 4'te yapılan bu düzenleme, aslında boşanmanın mal rejimi ve miras hukukuna ilişkin sonuçlarının düzenlendiği ZGB Art 120'de yapılan değişiklikle de yakından ilişkilidir. Revizyon kapsamında ZGB Art 120 Abs 2'de değişiklik yapılmış ve maddeye yeni bir fıkra (üçüncü fıkra) eklenmiştir. Hükümün ikinci fıkrasına göre, boşanan eşlerin birbirlerine karşı yasal miras hakkı yoktur. Maddeye yeni eklenen üçüncü fıkranın ikinci bendine göre ise, aksine bir anlaşma yapılmadıkça, saklı pay talebinin ortadan kalkmasına yol açan boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü sağ kalan eşin saklı paydan kaynaklanan haklarını sona erdirmektedir.

Peki saklı payın kalmasına yol açan boşanma davasından kasıt nedir? Bu konu, ZGB Art 472 Abs 1 ve Abs 2'de düzenlenmiştir. Buna göre, mirasbırakanın ölümü anında boşanma davası derdest ise, sağ kalan eş, şu durumlarda saklı paydan kaynaklanan haklarını kaybetmektedir: 1) Boşanma davası ortak talep üzerine açılmış veya ortak talep üzerine boşanma hükümlerine göre yargılamaya devam edilmişse; 2) Eşler en az iki yıldır ayrı yaşıyorlarsa. *Meselâ*, eşlerin anlaşarak birlikte açtıkları boşanma davası (anlaşmalı boşanma) derdest iken eşlerden birisi ölümü, diğerinin saklı paydan kaynaklanan haklarının ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Ancak eşlerden birisi tarafından açılan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı (TMK m 166/I) boşanma davası devam ederken, eşlerden birisi ölürse ve eşler en az iki yıldır ayrı da yaşamıyorlarsa, boşanma davasının derdest olması diğer eşin saklı payından kaynaklanan haklarını etkilemeyecektir⁸⁸.

⁸⁶ Nitekim Türk Hukuku'nda TMK m 237/II hükmüyle getirilen korumadan, önceki evlilikten doğan ortak olmayan çocuk yanında, ölüm ile sona eren evlilikten doğan ortak çocuğun da yararlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Çakır (n 10) 231 vd ve 270; ayrıca bkz Dural ve Öz (n 5) N 1091; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) N 1101; Midyat (n 9) 51, dn 124; Özdamar, Toker, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün Toker (n 10) 121, dn 174; krş. Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 350.

⁸⁷ Hükümün Almanca metni şu şekildedir: "Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag gelten die Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt".

⁸⁸ Bkz Nar, *Revizyon* (n 62) 350.

Yapılan bu açıklamalardan hareketle, ZGB Art 472 Abs 1 ve Abs 2’de sayılan hâllerde boşanma davası devam ederken eşlerden birisinin ölmesi, sağ kalan eşin saklı payından kaynaklanan haklarını ortadan kaldıracak gibi, ortaklık mallarının farklı bir şekilde paylaşılmasına yönelik yapılan mal rejimi sözleşmelerini de geçersiz kılacaktır.

Sonuç

Türk Medenî Kanunu’na göre, eşler arasında kural olarak edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Bununla birlikte eşler, evlenmeden önce veya sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen mal rejimi türlerinden birini seçebilecekleri gibi, sınırlı sayıdaki bu rejimlerin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik de yapabilirler. Gerek farklı bir mal rejiminin seçilmesi gerek mevcut mal rejiminin hükümlerinde değişiklik yapılması, varsayımsal terekeyi ve böylece mirasçılarının saklı paylarını etkileyebilir. Nitekim evliliğin ölümle sona ermesi hâlinde paylaşımın sadece miras hukuku hükümlerine göre yapılması fikri, Türk Hukuku’nda kabul edilmemiştir. Diğer bir deyişle, sağ kalan eş somut olayın özelliklerine göre hem mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan katılma alacağını hem de artık değerini geri kalan kısmının da dahil olduğu tereke üzerinden miras hakkını alabilmektedir. Bu durum somut olay adaletine uygun olmayan sonuçlara yol açabileceği düşüncesiyle öğretilde eleştirilmektedir.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle birbirlerine yapacakları kazandırmaların miras hukuku açısından ne şekilde yorumlanacağı, önem arz etmektedir. Zira mal rejimi sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi hâlinde, tenkise tâbi olması gerekirken; sağlararası kazandırma olarak nitelendirilmesi hâlinde, tenkise tâbi tutulabilmesi için Kanun’da sayılan sınırlı hâllerden birine girmesi gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, ilk başlarda mal rejimi sözleşmesinin sağlararası hukukî işlem niteliğinde olduğunu ve Kanun’da sayılan sınırlı hâllerin şartları oluşmadığından tenkis edilemeyeceğini belirtmiştir. Ne var ki Federal Mahkeme 1976 yılında verdiği “Nobel Olayı” olarak bilinen kararıyla bu içtihadından dönmüş ve mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbi tutulması gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme’nin bu kararından sonra saklı payı ihlâl eden mal rejimi sözleşmelerine karşı sadece ortak olmayan çocuk ve altsoyu, Kanun’la koruma altına alınmıştır (ZGB Art 216 Abs 2; TMK m 237/II). Öte yandan, mal ortaklığı rejiminde kanunî paylaşma biçiminden sapan mal rejimi sözleşmeleri açısından da benzer bir hüküm (ZGB Art 241 Abs 3; TMK m 276/III) bulunmaktadır. Ne var ki edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak bu hükümde tüm altsoy korunmaktadır. Kanun koyucunun saklı paylı mirasçılar arasında ayırım yapması, Anayasa’da düzenlenen eşitlik ilkesini (AY m 10) ihlâl etmektedir. Şöyle ki, ortak çocuk ile ortak olmayan çocuğun saklı payları farklı terekeler üzerinden hesaplanmakta, sağ kalan eşe yapılan

fazla kazandırmanın tenkisini sadece ortak olmayan çocuk talep edebilmekte, ortak olmayan çocuk miras menfaatine hemen kavuşmakta iken ortak çocuk sağ kalan eşin tasarruflarına katlanmak zorunda kalmakta ve hatta sağ kalan eşin yeniden evlenmesi hâlinde beklediği menfaati tam olarak elde edememe ihtimaliyle karşılaşmaktadır.

Kanaatimizce ortak çocukların korunmamasına gerekçe olarak sağ kalan eşin ileride ölümü hâlinde zaten fazla kazandırmanın ortak çocuğa intikal edeceğini ve bu zamanın ortak çocuk tarafından beklenilebilir olduğunu ileri sürmek de bu ayrımcılığı haklı göstermemektedir. Kanun koyucu tarafından bir mirasçının saklı payı tam olarak korunurken; diğer mirasçının saklı payının aynı tasarrufa karşı korumasız bırakılması gerek hukuk tekniğine gerek hukukun genel ilkelerine aykırıdır.

İsviçre kanun koyucusu ana ve babanın saklı payını kaldırdığından, saklı paylı mirasçılar arasında ayrımcılık yapılmaması gerektiğine yönelik eleştiri, mal ortaklığına ilişkin ZGB Art 241 Abs 3 (TMK m 276/III) hükmü bakımından temelsiz hâle gelmiştir. Revizyon kapsamında ZGB Art 241 hükmüne yeni bir fıkra eklenmiş olup; bu hükümde, sağ kalan eşin saklı pay talebinin ortadan kalkmasına neden olan boşanma davası derdest iken eşlerden birinin ölümü hâlinde farklı paylaşımına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

Buna karşılık, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin ZGB Art 216 hükmünde yapılan değişiklik, öğretideki tartışmaları nihayete erdirebilecek nitelikte değildir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, tasarıda saklı pay hesaplanırken mal rejimi sözleşmesi vesilesiyle sağ kalan eşin katılma alacağına ortaya çıkan artışın varsayımsal terekeye ekleneceğini öngörmüştü. Buna göre, gerek ortak olmayan gerek ortak çocuğun saklı payı aynı tereke üzerinden hesaplanacaktı. Ne var ki kanun koyucu, saklı payını elde edemeyen çocukların tenkis davası açma imkânları bakımından yine bir ayrıma gitmişti. Buna göre, ortak olmayan çocuk her hâlde saklı payını elde edebilmek için sağ kalan eşe yapılan kazandırmanın tenkisini talep edebilirken; ortak çocukların bu kazandırmanın tenkisini bazı sınırlı hâllerde (sağ kalan eşin yeniden evlenmesi veya kayıtlı birlikteliğe girmesi) isteyebileceği öngörülmüştü. Yapılan bu değişikliğin eski duruma nazaran daha adil, ama olması gereken hukuka nazaran hâlâ yetersiz olduğu ifade edilebilirdi. Ne var ki, hüküm yasalaşırken son anda bir değişiklik yapılarak, artık değere yarım fazla katılımın sağ kalan eşin, ortak çocukların ve onların altsoylarının saklı payları hesaplanırken terekeye eklenmeyeceği kabul edilmiştir. Hükmün kabul edilen ve hâli hazırda yürürlükte olan bu nihai hâline göre, ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarının belirlenmesinde katılma alacağına meydana gelen artışın da eklendiği farazi tereke esas alınmalı; buna karşılık, sağ kalan eş ile ortak çocuk ve altsoyunun saklı payı belirlenirken bu artış terekeye eklenmemelidir. Diğer bir deyişle, yine saklı paylar iki farklı tereke üzerinden hesaplanmalıdır. Kanun koyucu bu düzenleme ile, hükmün önceki hâlinde

öğretide ortak çocukların ve altsoylarının korunması amacıyla ileri sürülen ve gerek ortak çocuğun gerek ortak olmayan çocuğun saklı paylarının katılma alacağına meydana gelen artışın da eklendiği farazi tereke üzerinden hesaplanmasına yönelik görüşü de açıkça reddetmiştir. O hâlde, söz konusu hükmün eski hükümde ortak olan çocuk lehine ileri sürülen görüşü de dayanaksız hâle getirerek somut olay adaletinden daha da uzaklaştığı ifade edilebilir.

Öte yandan değişiklikle birlikte tenkiste sıranın daha detaylı bir şekilde düzenlendiği ZGB Art 532 hükmünde katılma alacağına meydana gelen artış, sağlararası kazandırmalar arasında sayılmış ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk sırada tenkise tâbi tutulmuştur. Bu düzenleme ile kanun koyucu, katılma alacağına artış meydana getiren mal rejimi sözleşmelerinin sağlararası hukukî işlem olduğunu kabul etmiştir. Bu durum, kanunda yer alan diğer düzenlemelerle uyumludur. Zira katılma alacağına meydana gelen artışın bazı hâllerde terekeye eklenmesi ve bazı saklı paylı mirasçılardan bu artışa karşı tenkis talebinde bulunamaması, bu sonucun kabulünü gerektirir. Şayet sağ kalan eşin katılma alacağına artış meydana getiren anlaşmalar ölümüne bağlı tasarruf olarak kabul edilseydi, bu artışın terekeye bazı mirasçılar bakımından eklenmesi ve ortak olan çocukların bu anlaşmalara karşı tenkis davası açamaması açıklanamazdı. Öte yandan, mal rejimi sözleşmelerinin ehliyet, şekil ve sona erme bakımından ölümüne bağlı tasarruflardan ayrılması, sağlararası kazandırma olarak nitelendirilmesine dayanak teşkil etmektedir.

Kanaatimizce katılma alacağına artış meydana getiren mal rejimi sözleşmelerinin sağlararası hukukî işlem olarak kabulü yerinde olsa da, bu kazandırmaya karşı tenkis davası açma hakkının sadece bazı kişilere tanınması doğru olmamıştır. Aynı hukukî işleme karşı ortak olmayan çocuklara tenkis davası açma hakkı verirken, ortak çocukların elinden bu imkân alınarak hakkaniyet sağlanamaz. Bunun yerine, tüm mirasçılardan saklı paylarının bu tür kazandırmalara karşı korunması olması gereken hukuk açısından en doğru yoldur. Ne var ki, ortak olmayan çocuklar, ana ve babalarının yeniden evlenmeleri hâlinde her iki ailede de sosyal olarak dışlanma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bazı eşler, bu çocukları dışlayarak gerek sadece kendilerinin gerek diğer eşle ortak çocuklarının menfaatinin üstün tutabilmektedirler. Velâyeti kendisine bırakılan ana veya babası tarafından diğer ebeveynle kişisel ilişki kurması dahi uygulamada (doğrudan veya psikolojik olarak) engellenebilen ya da sınırlı olarak onlarla kişisel ilişki kurabilen, ana ve babasının boşanması nedeniyle psikolojik sıkıntılar yaşamaya muhtemel olan, kendini ne babasının ne de anasının evine ait hissederek boşluğa düşmesi ihtimal dahilinde olan ortak olmayan çocukların daha fazla korunmaya muhtaç olduğu da yadsınamaz. Zira bu çocukların hem gerçek ananın hem de gerçek babanın yeni evliliklerinde sosyal ve ekonomik açıdan dışlanması muhtemeldir. Ancak ortak olmayan çocukların korunması gagesiyle, ortak çocukların tenkis imkânına da saldırılmamalıdır. Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından gerek ortak çocukların gerek ortak olmayan çocukların saklı

payları, sağ kalan eşe yapılan fazla kazandırmanın da eklendiği aynı farazi tereke üzerinden hesaplanmalı ve her iki çocuk da saklı payını ihlal eden kısım bakımından bu kazandırmanın tenkisini talep edebilmelidir. Ortak olmayan çocukların gerek kendi ana ve babasına gerek diğer eşe karşı korunması amacıyla pozitif bir ayrımcılık yaparak onların saklı pay oranlarının bir miktar artırılması daha doğru bir yöntemdir. Bu sayede hem ortak olmayan çocuklar daha fazla korunmuş olmakta hem de ortak çocuğun tenkis davası açma imkânı elinden alınmamış olmaktadır.

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

- Acabey MB, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1998).
- Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin 2021).
- Acar F, *Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi* (2. Baskı, Seçkin 2004).
- Akçaal M, 'Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi' (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 231-247.
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta 2021).
- Aksoy M, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1964).
- Aldemir İB, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi* (On İki Levha 2018).
- Antalya OG, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021).
- Arbek Ö, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi* (Yetkin 2013).
- Ayan M, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020).
- Birinci Uzun T, 'Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medenî Hukuk Anomalisi' (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-132.
- Brückner C, Weibel T und Pesenti F, *Die erbrechtlichen Klagen* (4. Auflage, Schulthess 2022).
- Ceylan E, 'Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk' in Güllüoğlu Altun Y (ed), *Arabuluculuk Zirvesi- II* (On İki Levha 2020) 181-182.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I* (2. Baskı, On İki Levha 2022).
- Çakır AC, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı* (On İki Levha 2018).
- Çekin, MS, 'Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi' (2017) 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189-207.
- Demir Ş, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması' (2014) (1) Ankara Barosu Dergisi 246-269.

- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2021).
- Dural M, 'İsviçre'de Eşçinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 927-936.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (16. Baskı, Filiz 2022).
- Eggel M, 'Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod' (2019) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 90-102.
- Eitel P, 'Familienbilder und das neue Erbrecht' in *Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie Planungsmöglichkeiten - 11. Symposium zum Familienrecht 2021* (Schulthess 2022) 31-62.
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021).
- Ertuş Ş, 'Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1365-1367.
- Ertuş Ş, 'Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar' (2013) 2(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, Cilt 2) 915-932.
- Fankhauser R und Jungo A, 'Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick' (2019) recht 1-11.
- Forni R und Piatti G, 'Vor Art. 522-533 ZGB' in Geiser T und Wolf S (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2019).
- Genç Arıdemir A, 'Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu' in Elçin EG ve Genç Arıdemir A (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları I* (On İki Levha 2017) 139-154.
- Gençcan ÖU, *Mal Rejimleri Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2017).
- Genna GS, 'Art. 241 ZGB' in Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M und Fankhauser R (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021).
- Gümüş MA, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)* (Vedat 2008).
- Hatem H, *Miras Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2014).
- Hausheer H und Aebi-Müller R, 'Art. 181-251 ZGB' in Geiser T und Fountoulakis C (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018).
- Hausheer H, Reusser R und Geiser T, *Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband, Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB* (Stämpfli 1992).
- Hegnauer C und Breitschmid P, *Grundriss des Eherechts* (4. Auflage, Stämpfli 2000).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Der 2015).
- İmre Z, 'Mirasın Taksimi Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri' iç *Onar Armağanı* (Fakülteler 1977) 395-435.
- İnan AN, Ertuş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022).
- Jakob D, 'Art. 196-220 ZGB' in Büchler A und Jakob D (Hrsg), *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018).

- Jungo A, 'Art. 216-217 und 241 ZGB' in Breitschmid P und Jungo A (Hrsg), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - CHK, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG* (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Karamercan F, *Katkı- Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2022).
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2022).
- Kılıçoğlu AM, *Katkı-Katılma Alacağı* (3. Baskı, Turhan 2013).
- Kılıçoğlu AM, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Turhan 2021).
- Kocayusufoğlu N, *Miras Hukuku, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap* (Filiz 1992).
- Kuru Ö, 'Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme ile Kişisel Mal Haline Getirilmesi (TMK 221/1)' (2016) 2(3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-136.
- Midyat NA, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı* (On İki Levha 2017).
- Nar A, 'İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları' (2019) 14(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-370.
- Nar A, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016).
- Nuspliger I, 'Art. 216 ZGB' in Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M und Fankhauser R (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021).
- Oktay Özdemir S, 'Yargıtay Kararları Işığında Katkı Payı Kavramı, Talep Koşulları ve Hesabı' iç *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan* (Filiz 2011) 597-618.
- Özdamar D, Tokar AG, Kayış F, Yağcıoğlu B ve Akgün Tokar A, *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi* (7. Baskı, Seçkin 2022).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015).
- Öztan B, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2021).
- Özüğür Aİ, *Mal Rejimleri* (3. Baskı, Seçkin 2006).
- Sarı S, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Beşir 2007).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2022).
- Steck D und Fankhauser R, 'Art. 216 ZGB' in Fankhauser R (Hrsg), *FamKommentar, Scheidung - Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage, Stämpfli 2022).
- Şeker M, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular* (On İki Levha 2022).
- Şenocak Z, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejimince Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi' (2009) 58(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 377-411.
- Şıpka Ş ve Kaplan HA, '4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy'a Etkisi' iç *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan* (Seçkin 2004) 263-274.
- Şıpka Ş ve Özdoğan A, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (2. Baskı, On İki Levha 2017).
- Şıpka Ş, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (On İki Levha 2011).
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J und Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (12. Auflage, Schulthess 2002).

Wolf S und Dorjee-Good A, ‘V. Die einzelnen, insbesondere die Rechtsgeschäftsplanung betreffenden Punkte der ersten Revisionsetappe / E. - G.’ in Wolf S (Hrsg), *Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht* (Stämpfli 2022).

Wolf S, ‘Das neue Erbrecht – eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen’ (2022) 158 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 417-443.

Yılmaz S, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku* (Yetkin 2022).

Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (5. Baskı, Seçkin 2021).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 31.03.2023
Revizyon Talebi: 29.05.2023
Son Revizyon Tarihi: 17.06.2023
Kabul: 13.06.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ/RESEARCH ARTICLE

Mirastan İvazlı Feragat Edenin ve Mirasçılarının Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu

Doruk Gönen*

Öz

Mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile muhtemel mirasçısı arasında yapılan ve muhtemel mirasçının miras hakkından kısmen ya da tamamen vazgeçmesini konu edinen sözleşmedir. Mirastan feragat sözleşmesi yaparak miras hakkından vazgeçen tarafın bunun karşılığında bir ivaz alması halinde, mirastan ivazlı feragat sözleşmesi kurulur. Bu sözleşme, mirasın açılması anında tereke borçlarının terekeden karşılanamıyor olması halinde alacaklıların zarara uğramasına sebep olabilir. İşte TMK m 530 düzenlemesi, tereke alacaklılarının zararına olan bu durumu ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Hükme göre, mirasın açılması anında tereke borçları terekeden karşılanamıyor ve borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa, feragat eden ve mirasçısı, tereke alacaklılarına karşı, feragat karşılığında mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde almış oldukları değerden, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludurlar. Görüldüğü üzere, TMK m 530'un uygulanması için öncelikle mirasın açılması anından tekenin borçları karşılayamıyor olması gerekir. Hükümün uygulanmasının ikinci şartı, terekeden karşılanamayan borçların, mirasçılar tarafından da ödenmiyor olmasıdır. Tereke alacaklıları, alacaklarının yasal veya atanmış mirasçılar ya da üçüncü kişi tarafından ödeniyor olması halinde, feragat edene başvuramaz. Hükümün uygulanmasının üçüncü şartı, mirastan ivazlı feragat edene, miras bırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde feragat sözleşmesi gereği bir kazandırmada bulunmuş olmasıdır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde, öncelikle feragat eden kişinin, onun hayatta olmaması halinde ise mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğu doğar. Ancak tereke alacaklılarına karşı olan bu sorumluluk sınırlıdır. Öncelikle, tereke alacaklıları, alacaklarının terekeden ve diğer mirasçılardan karşılanmayan kısmı için talepte bulunma hakkına sahiptir. Ayrıca, feragat edenin ve mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğu, feragat için mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları karşılığın malvarlıklarında yarattığı ve mirasın açılması anında halen mevcut zenginleşmeleri ile sınırlıdır. Sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

Anahtar Kelimeler

Mirastan İvazlı Feragat Sözleşmesi, Mirastan Feragatin Hükümü, Tereke Alacaklıları, Tereke Alacaklılarının Korunması, Feragat Edenin Tereke Borçlarından Sorumluluğu

Responsibility of the Onerous Inheritance Waiver and Its Heirs Against the Inheritance Creditors

Abstract

An inheritance waiver agreement is a contract between the deceased and the probable heir and deals with the partial or complete renunciation of the inheritance right of the presumptive heir. If the party waiving their inheritance right receives a benefit in return for making a waiver agreement, this contract may cause creditors to suffer losses if the debts of the estate cannot be met from the estate. Article 530 of the Turkish Civil Code aims to eliminate this detriment to the creditors of such an estate. According to the article, if the debts of an estate cannot be met by the estate at the time the inheritance proceedings begin and the debts are not paid by the heirs, the waiver and heirs become liable to the creditors of the estate to the amount of their enrichment at the time the inheritance proceedings begin regarding the wealth they

* **Sorumlu Yazar:** Doruk Gönen (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: dgonen@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-3656-3556

Atf: Gonen D, "Mirastan İvazlı Feragat Edenin ve Mirasçılarının Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 411. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0004>



had received in the five years prior to the death of the deceased in return for the waiver. As can be seen, in order to implement Article 530 of the Turkish Civil Code, the estate must first of all be unable to meet the debts at the time the inheritance proceedings begin. Secondly, any debt that cannot be met from the estate must also not be paid by the heirs. The third condition for implementing the provision of Article 530 is that a gain must have been made by the person renouncing the inheritance in accordance with the waiver agreement and within five years prior to the death of the deceased.

Keywords

Inheritance Waiver, Renunciation of Inheritance, Inheritance Creditors, Protections for Estate Creditors, Inheritance Waiver Responsibilities

Extended Summary

A renunciation of inheritance agreement is a contract between the deceased and the deceased's presumptive heir that deals with the partial or complete renunciation of the presumptive heir's inheritance rights.

In the event that a party waives their inheritance right by making a waiver agreement while also receiving some advantage in return for the waiver, the onerous inheritance waiver agreement comes into effect. An inheritance renunciation contract has positive aspects such as ensuring the liquidation of the presumptive heir's inheritance rights while the heir is still alive. However, the inability of the estate to meet its debts at the time the inheritance proceedings begin may cause losses to creditors, for when the onerous waiver agreement has not yet been concluded, the agreed-upon benefit will remain in the estate instead of being used to pay the debts of the estate. However, concluding an onerous waiver agreement both eliminates the responsibility of the one waiving their inheritance from the debts of the estate and ensures that this individual still gains benefit from an estate that is unable to cover its debts.

Thus, Article 530 of the Turkish Civil Code aims to eliminate this situation, which exists to the detriment of estate creditors. According to the provision, if the debts of the estate cannot be met by the estate at the time the inheritance proceedings begin and the debts are not paid by the heirs, the individual who has waived the inheritance right and that individual's heirs become responsible to the creditors of the estate for the amount they had received within five years prior to the death of the deceased in exchange for the renunciation, as well as for the amount of wealth they receive at the time the inheritance proceedings begin.

Accordingly, the conditions for applying Article 530 of the Turkish Civil Code and its results can be summarized as follows:

- At the time the inheritance proceedings begin, the estate must be unable to meet its debts. This situation often arises due to the liabilities of the estate being greater than its assets. However, the condition should be accepted as being fulfilled

when debts are not met from the estate for any reason (if the estate is performing weakly), regardless of estate's assets being greater than its liabilities.

- The debts that are unable to be met from the estate must also not be paid by the heirs.
- A gain must have been left to the person who had onerously waived the inheritance in accordance with the waiver agreement and within five years prior to the death of the deceased. This acquisition can have occurred by means of transferring movable, immovable, or receivables; by giving some sum of money; and/or by paying the debts of the one waiving their inheritance rights.
- In the event these conditions are realized and the one who waived their inheritance is no longer alive, their heirs will become liable to the creditors of the estate.
- These persons have limited liability to the creditors of the estate: 1) The creditors of the estate have the right to demand from these persons the part of their receivables that are unable to be met from the estate and from the heirs. 2) The responsibility of the one who waived their inheritance rights as well as of that person's heirs to the creditors of the estate is limited to the wealth that is gained at the time the inheritance proceeding begin, as well as the wealth that person had received from the deceased for renouncing inheritance rights within the five years prior the death of the deceased. Thus, the protections provided to creditors by Article 530 of the Turkish Civil Code are seen to not be absolute. This is because even if some amount was found to have been received within the five years prior to the start of the inheritance proceedings, if a gain in wealth no longer occurred based on what was received from this contract regarding the assets at the time the inheritance proceedings began, then neither the one who signed the onerous waiver nor their heirs will be liable for the debts of the estate.
- Unjust enrichment provisions are applied when determining the context of liability. However, the issue here is not a case of unjust enrichment. Within the context of renouncing a valid contract, any received benefits must be returned as per Article 530 of the Turkish Civil Code. A claim can be made against the one who renounced their inheritance rights and that individual's heirs based on the benefits or revenues they have received and limited to the amount remaining in their hands at the time the inheritance proceedings begin.

Mirastan İvazlı Feragat Edenin ve Mirasçılarının Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu

Giriş

Türk Medeni Kanunu'nun¹ (kısaca, TMK) 528-530 maddeleri arasında düzenlenen mirastan feragat sözleşmesi (pactum de non succedendo, pacte de renonciation), mirasbırakan ile muhtemel mirasçısı arasında yapılan ve muhtemel mirasçının miras hakkından kısmen ya da tamamen vazgeçmesini konu edinen sözleşmedir². Mirasbırakanın sözleşmenin diğer tarafı ya da üçüncü kişi lehine kazandırmada bulunduğu miras sözleşmelerinden farklı olarak, mirastan feragat sözleşmesinde mirasçı olacağı düşünülen bir kişinin muhtemel miras hakkının ortadan kaldırılması amaçlandığı için, mirastan feragat sözleşmesinin doktrinde olumsuz miras sözleşmesi olarak isimlendirildiği de görülmektedir³. Mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakanın sağlığında muhtemel mirasçısıyla yaptığı bir sözleşme olması itibarıyla, mirasçının mirasın açılmasından sonra tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirebildiği mirasın reddinden (TMK m 605 vd) farklıdır.

Mirastan feragat sözleşmesi gerçek anlamda hukuki etkisini, saklı paylı bir mirasçıyla yapılması ve saklı paylı mirasçının saklı pay hakkına da müdahale edecek şekilde miras hakkının azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması halinde

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

² Çeşitli tanımlar için, bkz M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995) 132 ve 164-165; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2022) 387; Baki İlkay Engin, 'Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatinin Altsoya Etkisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı)', iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Altop (edr), *Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan* (Filiz 2020) 347; Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987) 301; O. Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (Alkım 1999) 28-29; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (9. Baskı, XII Levha 2021) 84 ve 109; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (15. Basım, Der 2021) 196; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (18. Bası, Filiz 2022) 197; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (10. Bası, Turhan 2019) 159; Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005) 117; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2020) 253-254; Aydın Aybay, *Miras Hukuku Dersleri* (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2002) 47-48; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi* (TMK m. 495-574) Cilt-1 (2. Baskı, On İki Levha 2022) 501; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (11. Bası, Seçkin 2022) 289; Hasan İsgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Yetkin 2019) 81; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021) 190; Sendi Yakuppur, 'Yargı Kararları Işığında Mirastan Feragat Sözleşmesine İlişkin Değerlendirmeler', iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (edr), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri* (XII Levha 2019) 489; Levent Bıçkacı, *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (Vedat 1999) 2-3; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020) 167; Ali İhsan Özüoğlu, *Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt 2* (4. Baskı, Seçkin 2016) 1183; Hasan Özkan, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması 5. Cilt Miras Hukuku* (Legal 2017) 2941; Özlem Sarı Fidan, 'Mirasçılık Sifatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı İle İlişkileri', (2015) 19 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155; Neslihan Akça, *İvazlı Miras Sözleşmeleri*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi (Ankara 2020) 20-21; Seher Serap Dinçer, *Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2009) 2; Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2016) 414; Erhan Günay, *Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2019) 199; Pierre Tuor, *Le code civil suisse* (Éditions polygraphiques, Zürich 1942) 339; Paul Piotet, *Traité de droit privé suisse Tome IV Droit successoral* (Éditions Universitaires Fribourg 1975) 169; Jean Guinand ve Martin Stettler, *Droit civil: Successions (art. 457-640 CC)* (Cinquième édition, Éditions Universitaires Fribourg 2003) 110; Stéphane Abbet, *Commentaire romand, Pichonnaz - Foëx - Piotet (Éditeurs), Code civil II Art. 457 - 977 CC - Art. 1 - 61 Tit. fin. CC* (Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016) 289.

³ Kocayusufoğlu (n 2) 301; Oğuzman (n 2) 132; Antalya (n 2) 52; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2019) 187; Bıçkacı (n 2) 2-3; Kılıçoğlu (n 2) 159; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) 289; Aybay (n 2) 48; İmre ve Erman (n 2) 181; Yakuppur (n 2) 489 ve 493; Ayan (n 2) 166-167; Çabri (n 2) 501; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 190; Gençcan (n 2) 414; Günay (n 2) 200; Tuor (n 2) 339; Piotet (n 2) 169; Paul Piotet, *Précis de droit successoral* (Deuxième édition, Stämpfli 1988) 48.

gösterir. Zira saklı pay hakkına sahip olmayan bir yasal mirasçının miras hakkının kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması ya da saklı paylı bir mirasçının miras hakkının saklı payına müdahale etmeyecek ölçüde azaltılması için, mirasbırakanın bu kişilerin de katılımıyla bir mirastan feragat sözleşmesi yapmasına gerek yoktur. Çünkü mirasbırakan bu sonucu, tek taraflı olarak düzenlediği bir vasiyetnameyle de kolaylıkla sağlayabilir. Aynı şekilde, vasiyetnameyle atanan bir atanmış mirasçının miras hakkını azaltmak ya da ortadan kaldırmak için de, mirastan feragat sözleşmesi yapmaya gerek yoktur. Çünkü vasiyetçi herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın tek taraflı olarak bu vasiyetnamesinden dönmek veya vasiyetnamesinin içeriğini değiştirmek hakkına sahiptir. Miras sözleşmesiyle atanan bir atanmış mirasçının miras hakkını azaltmak ya da ortadan kaldırmak için de mirastan feragat sözleşmesi yapmaya ihtiyaç yoktur. Çünkü mirasçı atamaya ilişkin bu miras sözleşmesi, tarafların adi yazılı şekilde yapacakları bir anlaşmayla her zaman ortadan kaldırılabilir (TMK m 546/1)⁴. İşte açıklanan bu sebeplerle, mirastan feragat sözleşmeleri kendisinden beklenen asıl hukuki fonksiyonu, saklı paylı bir yasal mirasçıyla, saklı pay hakkına da müdahale edecek şekilde yapılması halinde gösterir. Bununla birlikte, hukuken gerekli olmayan diğer durumlarda da mirastan feragat sözleşmesi yapılmasına bir engel yoktur⁵.

Feragat sözleşmesinin uygulamada istisnaen karşılaşılan hali, sözleşmenin taraflarının karşılıklı olarak birbirlerinin mirasından feragat etmesine ilişkindir. Bu iki taraflı mirastan feragat sözleşmeleri, sözleşmenin her iki tarafı bakımından da ölüme bağlı tasarruf niteliği taşır. Mirastan feragat sözleşmesinin uygulamada sıklıkla karşılaşılan hali ise, muhtemel mirasçının mirastan feragat etmesi, mirasbırakanın ise muhtemel mirasçısının bu feragatini kabul etmesine ilişkindir. Bu sözleşme mirasbırakan bakımından bir ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olduğu halde, muhtemel miras hakkından vazgeçen taraf bakımından sağlararası bir işlem niteliğindedir⁶.

Mirastan feragat sözleşmesi yaparak muhtemel miras hakkından vazgeçen taraf, bunun karşılığında bir ivaz almıyor ya da alıyor olabilir (TMK m 528/1). İlk ihtimalde mirastan ivazsız feragat, ikincisinde ise mirastan ivazlı feragat sözleşmesi kurulur. Mirastan ivazsız feragatte, muhtemel mirasçının herhangi bir karşılık almadığı halde böyle bir sözleşme yapmayı kabul etmesi, çoğu zaman, mirasbırakanla ailevi bağlarının kopmuş olması, ekonomik durumunun iyi olması, ekonomik

⁴ İstisnai bir durum olarak, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan kişi sözleşmenin karşı tarafı değil de üçüncü kişi ise, bu kişinin mirasçı sıfatına son verebilmek için mirastan feragat sözleşmesi yapılmasının zorunlu olabileceği yönünde, bkz Dural ve Öz (n 2) 198-199; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 192.

⁵ Engin (n 2) 349; Oğuzman (n 2) 165; Ayan (n 2) 167; Özüğür (n 2) 1183; Gençcan (n 2) 416.

⁶ Hatemi (n 2) 84; Oğuzman (n 2) 165; İmre ve Erman (n 2) 196; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 190-191; Çabri (n 2) 503-504. Ölüme bağlı tasarruf kavramı mutlak olarak düşünülecek olursa, mirastan feragat sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olmaması gerektiği, çünkü bu sözleşmede mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmaksızın karşı tarafın mirastan feragat ettiğine ilişkin iradesini kabul ettiği; buna rağmen feragat sonucunda tereke üzerindeki tasarruf imkanının genişlemesi, yani yasal mirasçılığı değiştirebilmesi ve buna bağlı olarak da bir (beklenen) miras hakkına son vermesi nedeniyle, mirasbırakan yönünden ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin uygulandığı yönünde, bkz Dural ve Öz (n 2) 197.

durumu kötü olan diğer muhtemel mirasçılara destek olma isteği gibi sebeplere dayanır. Bu durumda feragati mukabilinde kendisine bir karşılık verilmediği için, taraflar arasında kurulan sözleşme, mirastan ivazsız feragat sözleşmesidir. Ancak uygulamada daha sık karşılaşılan ihtimal, muhtemel mirasçının kendisine sağlanan bir menfaat karşılığında miras hakkında vazgeçmesidir. Bu durumda ise taraflar arasında, mirastan ivazlı feragat sözleşmesi kurulur. Böylelikle feragat edenin miras payı, mirasbırakan tarafından adeta “satın alınmış” olmaktadır⁷. Muhtemel mirasçı ise, belirsiz bir gelecekte hak etmeyi umduğu beklenen miras hakkından vazgeçmesi mukabilinde, feragat sözleşmesi kurulurken sağlararası bir işlemle kendisine verilen veya verileceği borçlanılan bir karşılığa hızlı bir şekilde kavuşmaktadır. Ortaya çıkan bu sonuç dikkate alındığında, ivazlı feragat sözleşmesiyle mirasbırakanın sağlığında miras hakkının tasfiye edildiği söylenebilir⁸.

Mirastan feragat sözleşmesi, ölüme bağlı tasarruf yönü itibariyle hükümlerini, mirasbırakanın ölümüyle birlikte doğurur. Mirasbırakanın ölümünde, mirastan tam feragat edenin miras hakkını ve mirasçı sıfatını ortadan kaldırır (TMK m 528/2)⁹. Feragatin ivazlı ya da ivazsız olması bu sonucu değiştirmez. Diğer yandan feragatin ivazlı olması ve sözleşmede aksinin kararlaştırılmamış olması halinde, ivazlı feragat sözleşmesi feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur (TMK m 528/3)¹⁰. Bu durumda feragat sözleşmesi, feragat edenin altsoyunun da miras hakkı kazanmasını ve mirasçılık sıfatının doğmasını engeller. Mirastan feragat sözleşmesi mirasçılık sıfatını sona erdirmeye yönelik sonuçlarını mirasbırakanın ölümüyle birlikte doğurmasına rağmen, mirastan ivazlı feragatte feragat eden lehine sonuçlarını sözleşmenin kurulmasıyla birlikte derhal doğurur. Böylelikle mirastan ivazlı feragat eden kişi, feragat sözleşmesi kurulurken sağlararası bir işlemle feragatinin ivazlı olan karşılığa kavuşur veya kendisine borçlanılan bu karşılığın alacaklısı haline gelir.

Mirastan ivazlı feragat sözleşmesinin mirasbırakanın sağlığında feragat eden mirasçının hissesinin tasfiyesini sağlama fonksiyonu dikkate alındığında, feragat eden lehine olan sonuçlarını sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğurması anlaşılabilir bir durumdur. Bunun birlikte, mirastan feragat eden lehine olan bu durum, bazı hallerde tereke alacaklılarının zarara uğramasına sebep olabilir. Özellikle mirasın açılması anında terekenin borçları karşılayamıyor olması halinde adil olmayan bir sonuç ortaya çıkar. Şöyle ki, ivazlı feragat sözleşmesi yapılmıyorsa, ivaz olarak terekeden çıkan değer varsayımsal olarak hala tereke mevcudunda olacak ve mirasbırakanın

⁷ Ayan (n 2) 168; Tuor (n 2) 339.

⁸ İmre ve Erman (n 2) 197; Çabri (n 2) 502.

⁹ Tam feragatten farklı olarak kısmi feragat halinde ise, miras hakkının feragat edilmeyen kısmı bakımından mirasçılık sıfatının doğması mümkündür. Bu durumda mirasçılık sıfatı korunduğu için, kısmi feragat eden mirasçının tereke borçlarından kişisel ve mütessesil sorumluluğu devam eder.

¹⁰ Mehaz İsviçre Medeni Kanunu m 495/3’de ise farklı bir düzenlemeye yer verilmiş, mirastan feragat sözleşmesinin ivazlı ya da ivazsız yapılması bakımından bir ayrım gözetilmeksizin, aksi kararlaştırılmadığı takdirde feragat sözleşmesinin feragat edenin alt soyu bakımından da etkili olacağı kabul edilmiştir.

borçlarının ödenmesinde kullanılabilir. Ayrıca bu sözleşme yapılmamış olsaydı, muhtemelen, feragat eden kişi ya da altsoyu mirasçı sıfatını kazanacak ve tereke borçlarından şahsi malvarlığı da dahil sorumlu hale gelecektir. Oysa mirastan ivazlı feragat sözleşmesi yapmakla, hem kendisinin ve altsoyunun mirasçı sıfatını ortadan kaldırarak tereke borçlarından sorumluluğunu engellemekte hem de açıldığı an itibariyle borçları karşılayamadığı anlaşılan mirastan az ya da çok bir menfaat elde etmiş olmaktadır. Bu ihtimali dikkate alan kanun koyucu, tereke alacaklılarına mirastan ivazlı feragat eden kişiden ve mirasçılardan belirli koşullarla alacaklarını talep hakkı tanımıştır. Bu çalışmada, TMK m 530 hükmüyle tereke alacaklılarına tanınan bu hakkın kullanılmasının şartları ve sonuçları, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararları da dikkate alınarak incelenmektedir.

I. Genel Olarak

Mirastan ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunu düzenleyen, *Tereke alacaklılarının hakları* başlıklı TMK m 530'a göre,

“Mirasın açılması anında tereke, borçları karşılayamıyorsa ve borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa, feragat eden ve mirasçıları, alacaklılara karşı feragat için ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları karşılıktan, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludurlar.”

Görüldüğü üzere hükümde sırasıyla, tereke alacaklılarının talepte bulunabilme şartları, tereke alacaklılarına karşı sorumlu olan kişiler ve sorumluluklarının kapsamı düzenleme altına alınmıştır. İncelememizde de hükmün kaleme alınışına uygun olarak, öncelikle tereke alacaklılarının talepte bulunabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar, devamında ise bu talebin yöneltilebileceği kişiler ve bu kişilerin sorumluluğunun kapsamı konuları ele alınmaktadır. Ancak bunun öncesinde, konuyla ilgili bazı noktaların netleştirilmesinde fayda bulunmaktadır.

İlk olarak, TMK m 530'un uygulama alanı bulabilmesi için, mirastan ivazlı feragat sözleşmesinin hüküm doğurması gerekir. Eğer feragat sözleşmesi herhangi bir sebeple hüküm doğurmazsa, bu sözleşmeye bağlı olarak feragat sonucu ortaya çıkmayacağı için, sözleşmeye taraf olan kişinin mirasçılık sıfatı, dolayısıyla tereke borçlarından kişisel malvarlığı da dahil müteselsil sorumluluğu devam eder. Bu ihtimalde, tereke alacaklılarının TMK m 530'a dayalı talepte bulunabilmesinin şartları gerçekleşmeyeceği gibi, alacaklılar zaten kişisel malvarlığı da dahil olmak üzere mirasçıya başvurabilir durumdadır.

Diğer yandan, alacaklıların TMK m 530'a dayalı olarak talepte bulunabilmesi için, mirastan feragatin kısmi değil, tam feragat olması gerekir¹¹. Kısmi feragatte feragati

¹¹ Baygın (n 2) 121; Dinçer (n 2) 58.

yapan mirasçının miras hakkı miras payının feragat etmediği bölümü bakımından devam ettiği ve böylelikle mirasçı sıfatını koruduğu için, tereke borçlarından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil ve tüm malvarlığıyla sorumluluğu da devam eder. Bu nedenle, ivazlı olsun ya da olmasın, kısmi feragat halinde TMK m 530'un uygulanma yeri ve ihtiyacı yoktur. TMK m 530'un ancak, feragatin tüm miras payı bakımından yapıldığı tam feragat hallerinde uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.

Önemli bir diğer nokta olarak belirtmek gerekir ki, TMK m 530'un uygulama alanı bulabilmesi için, mirastan ivazlı feragat sözleşmesinin tarafları olan mirasbırakan ve/veya muhtemel mirasçısının kötüniyetli olması şartı aranmamalıdır¹². Mirasbırakan ve/veya muhtemel mirasçı ivazlı feragat sözleşmesini tereke alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla yapmış olsun ya da olmasın, tereke alacaklıları TMK m 530'a dayalı talep hakkına sahip olabilir. Zira TMK m 530'un ratio legis'i, mirastan feragat sözleşmesi yapma hakkının tereke alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla kötüye kullanılmasını önlemek/cezalandırmak değil, bu hakkın kullanılmasının bilerek ya da bilmeyerek alacaklıların zararına bir sonuç doğurmasını engellemektir. Nitekim ivazlı feragat sözleşmesinin mirasbırakanın ekonomik durumunun çok iyi olduğu, hiç borcunun bulunmadığı bir anda yapılması halinde de, eğer mirasın açılması anında tereke borçları karşılamıyorsa, TMK m 530 uygulama alanı bulabilir. Mirasbırakan ve/veya muhtemel mirasçının feragat sözleşmesini tereke alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla yapmış olması ise, özellikle iki noktada hukuki etkiye sahip olabilir. Bunlardan ilki, TMK m 530'a göre talepte bulunma şartları gerçekleştiyse, feragat eden ve mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunun kapsamının belirlenmesidir. Bu konu çalışmanın devamında kapsamlı olarak incelenecektir. İkincisi ise, tereke alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla yapılan ivazlı feragat sözleşmesinin, İcra ve İflas Kanunu'nun¹³ (kısaca, İİK) 280. maddesine göre tasarrufun iptali davasına (actio pauliana) konu edilebilir hale gelmesi ihtimalidir¹⁴. Bu davanın şartları ve ivazlı feragat sözleşmesinin İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen tasarrufun iptali davası yoluyla iptaline bağlanacak sonuçlar ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak hacimde olduğu için, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

¹² Baygın (n 2) 121; Çabri (n 2) 530; Dinçer (n 2) 59. Mirastan ivazlı feragat sözleşmesinin sırf mirasbırakanın alacaklılarının zararlandırılması, bir mirasçının kayırılması, taksim sırasında çıkması mümkün olan uyuşmazlıkların önlenmesi ve daha başka birçok düşüncelerle yapılmış olabileceği, sözleşme hangi amaca yönelik olursa olsun mirasbırakandan alacağı olanların haklarının güvence altına alınması için mülga Medeni Kanun m 477 (TMK m 530) ile tedbir alındığı yönünde, bkz Esat Şener, 'Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması', (1977) 3 (1) Yargıtay Dergisi 126; TMK m 530'un uygulanmasının, mirastan feragat sözleşmesinin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılması durumunda gündeme geleceği yönündeki farklı görüş için, bkz Kılıçoğlu (n 2) 165.

¹³ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 9.6.1932, RG 19.6.1932/2128.

¹⁴ Tuor (n 2) 340; Piotet (n 2) 170; İİK m 497'de (TMK m 530) tanınan dava hakkının her durumda İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen tasarrufun iptali davasının tamamlayıcısı olarak görülemeyeceği, her iki davanın şartlarının gerçekleşmesi halinde davalar arasında bir yarışmanın varlığının kabul edilmesi gerektiği ve alacaklının somut olay koşullarında daha lehe gördüğü davayı açmak yoluna gidebileceği yönünde, bkz Abbet (n 2) 296; İvazlı feragatin sırf alacaklıları zarara sokmak amacıyla yapılmış olabileceği, bu durumda icra ve iflas hukukundaki iptal davalarıyla alacaklıların haklarının korunmasının sağlanabileceği, ancak bu tür iptal davalarının başarıya ulaşması için kazandırmanın bağışlama karakteri taşıması veya zarar verme kastının ispatlanması gerektiği, işte bu nedenle yasa koyucunun tereke alacaklılarını ivazlı feragat edene karşı korumak amacıyla TMK m 530 hükmünü sevk ettiği yönünde, bkz Baygın (n 2) 118.

Son olarak, mirasbırakanın alacaklılarının alacakları yanında, mirasın geçmesinden doğan alacakların da TMK m 530'un kapsamına girdiği gözden kaçırılmamalıdır. Benzer düzenlemeler olan TMK m 618 ve 633'de mirasbırakanın alacaklıları ifadesine yer veren kanun koyucu, TMK m 530'da tereke alacaklıları ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle, mirasbırakanın alacaklıları gibi, mirasın geçmesinden doğan borçların alacaklılarının da TMK m 530'a dayalı talepte bulunabileceğini kabul etmek gerekir¹⁵.

II. Tereke Alacaklılarının Talepte Bulunabilmesinin Şartları

A. Terekenin Borçları Karşılıyıyor Olması

Tereke alacaklılarının mirastan ivazlı feragat etmiş kişiden ve onun mirasçılarından talepte bulunabilmesinin ilk şartı, mirasın açılması anında terekenin borçları karşılıyıyor olmasıdır. Bu şart bakımından denilebilir ki, terekenin borçları karşılıyıyor (ve tereke borçlarının mirasçılar tarafından da ödenmiyor) oluşu, feragat sözleşmesi yaparak mirasçılık sıfatını ortadan kaldıran, dolayısıyla miras ortaklığına da dahil olmayan, bu nedenle esasen terekeyle bağı kalmamış bir kişiden, tereke alacaklılarının talepte bulunabilmesini haklı kılan sebeptir.

TMK m 530'da bu şart, “*Mirasın açılması anında tereke, borçları karşılıyamyorsa*” şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla mirasbırakanın malvarlığının borçlarını karşılıyıp karşılımadığının tespiti, mirasın açılması anındaki durum dikkate alınarak belirlenmelidir¹⁶. Bu nedenle, örneğin ivazlı feragat sözleşmesinin kurulma anında mirasbırakanın malvarlığı çok iyi durumda olsa da, eğer mirasın açılması anı itibariyle tereke borçları karşılıyamyorsa, alacaklıları TMK m 530'a dayanarak talepte bulunulabilir. Bununla birlikte terekenin borçları karşılıyamyıyor olması hali geçici bir durum değil, süreklilik taşıyor nitelikte olmalı¹⁷, en azından alacaklıların tahammül etmelerinin beklenebileceği süreyi aşmalıdır.

Bu şart bakımından cevaplanması gereken asıl soru, düzenlemede yer alan “*Mirasın açılması anında tereke, borçları karşılıyamyorsa*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Daha açık anlatımla, bu ifadeyle kastedilen, TMK m 636 anlamında tereke mevcudunun borçları ödemeye yetmiyor (tereke aktiflerinin pasifleri karşılıyamyor) oluşu mudur, yoksa TMK m 636'daki hali de kapsamına alan, ancak bununla sınırlı olmayan daha geniş bir durum mu kastedilmektedir?

Doktrinde baskın görüş, TMK m 530'daki “*Mirasın açılması anında tereke, borçları karşılıyamyorsa*” ifadesini dar olarak anlamakta ve burada, terekenin pasiflerinin

¹⁵ Baygın (n 2) 119.

¹⁶ Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 198.

¹⁷ Antalya (n 2) 199.

aktiflerinden fazla olması halinin kastedildiğini kabul etmektedir¹⁸. Diğer yandan bazı yazarlar, TMK m 530'un uygulanabilmesi için terekenin borca batık olmasının şart olmadığını, herhangi bir sebeple borçların terekeden karşılanamamasının feragat edene başvurmak için yeterli olduğunu savunmaktadır¹⁹.

Mülga Medeni Kanun'un TMK m 530'a karşılık gelen 477. maddesine bakıldığında, “*Mirasın açılması anında tereke, borçları karşılayamıyorsa*” şartının, “*Tereke açıldığı zamanda borcu mevcudundan ziyade olupta*” şeklinde ifade edildiği görülmektedir. TMK m 530'un gerekçesinde, mülga Medeni Kanun m 477'nin dilinin arılaştırıldığı ancak herhangi bir hüküm değişikliği olmadığı ifade edilmektedir. Her iki düzenlemenin, özellikle de mülga Medeni Kanun m 477'nin sözü, uygulama alanı bulabilmeleri için, tereke aktiflerinin pasifleri karşılamıyor olması gerektiği şeklinde anlaşılmalı uygundur.

Oysa TMK m 530'un gerekçesinde belirtilen bir diğer husus, hükmün, TMK m 530'a karşılık gelen İsviçre Medeni Kanunu'nun 497. maddesi esas alınarak yazıldığıdır. İsviçre Medeni Kanunu'nun (kısaca, İMK) 497. maddesinin Fransızca metninde ise düzenlemenin uygulanma koşulu, “*si la succession est insolvable*”, yani terekenin ifa güçsüzlüğü içinde olması şeklinde belirtilmektedir. Kavramsal olarak ifa güçsüzlüğü, ekonomik durumun borçları ifa edemeyecek ölçüde bozuk olmasıdır. Ekonomik durumun borçları ifaya yeterli olmadığı aciz vesikası veya iflas kararı ile resmen tespit edilmişse, ifa güçsüzlüğü şüphesiz gerçekleşmiştir. Ancak aciz vesikası veya iflas kararı alınmış olmaksızın da ifa güçsüzlüğü hali ortaya çıkabilir. Özellikle, aktifler pasiflerden fazla olmasına rağmen, içinde bulunulan malvarlıksal koşulların borcun ifasına imkan vermediği hallerde de, örneğin terekenin nakit sıkıntısı içinde olması nedeniyle para borcunun ödenemiyor olması durumunda, ifa

¹⁸ Aktiflerin yetersizliği (malvarlığının borçları karşılamaya yetmemesi) olgusu ile borç ödemedi aciz (borçlunun ödeme vasıtalarından devamlı olarak yoksun olması nedeni ile muaccel para borçlarını ifa edebilecek durumda bulunmaması) halinin birbirinden farklı olduğu, TMK m 530'da ifade edilmek istenenin, mirasbırakanın TBK m 98 anlamında borç ödemedi aciz hali değil, mirasbırakanın borçlarının tereke aktifinden fazla olması, yani aktiflerin yetersizliği (Überschuldung) hali olduğu; örneğin, ölümünden kısa süre önce mirasbırakan hakkında yapılan icra takibi haczedilebilir nitelikte malı bulunmadığı için sonuçsuz kalmış (borç ödemedi aciz hali gerçekleşmiş) olsa da, mirasbırakanın ölümüyle birlikte haczedilemez nitelikteki bazı mallarının terekeye dahil olarak haczedilebilir hale gelebileceği, böylelikle tereke aktifinin borçları karşılar durumda olabileceği yönünde, bkz Baygın (n 2) 120; Mirasbırakanın borçlarının karşılığı olduğu halde nakit sıkıntısı içinde olmasının yeterli olmadığı, borçların tereke değerinden fazla olduğunun mirasbırakan hakkındaki alınmış bir iflas kararı veya aciz vesikası ile tespit edilmiş olması gerektiği, oysa İsviçre Medeni Kanunu m 497'de mutlaka pasifin aktiften fazla olmasının değil, mirasbırakanın mirasın açılması anında ödeme güçlüğü içinde olmasının yeterli sayıldığı yönünde, bkz Bıçakcı (n 2) 65; Burada arananın, terekenin borca batık olması, tereke pasiflerinin aktiflerinden fazla olması hali olduğu yönünde, bkz Kılıçoğlu (n 2) 166; TMK m 530'daki borçları karşılayamıyorsa ifadesinin, tereke borçlarını ödemekten aciz ise şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde, bkz Gençcan (n 2) 420 dn 582; Terekenin borçları karşılamak için yeterli aktife sahip olmaması gerektiği, alacaklıların alacağını herhangi bir sebeple terekeden veya mirasçılardan alamaması halinde doğrudan feragat edene başvurabileceğini kabul etmenin, feragatin mirasçılık sıfatını sona erdirmeye niteliğiyle bağdaşmayacağı, alacaklıların öncelikle terekeye ve mirasçılara başvurarak takip hukukunun gereklerini yerine getirmekle yükümlü oldukları yönünde, bkz. Çabri (n 2) 531; Tereke aktifinin tereke pasifinden daha az miktarda olmasının, borçları karşılayamama bakımından yeterli olduğu, bununla birlikte terekenin borca batık olduğunun resmen tespit edilmiş olmasının gerekmediği yönünde, bkz Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 198.

¹⁹ Dural ve Öz (n 2) 203; Akça (n 2) 98. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu m 497'nin Almanca metninde, terekenin borçları ödeme kabiliyetinin bulunmamasının (Zahlungsunfähigkeit) yeterli kabul edildiği, bununla kastedilenin TBK m 98 anlamında ödemekten acizlik hali olduğu, sonuç olarak iflas ya da haczin sonuçsuz kalması şartı aranmaksızın TMK m 530'un uygulama alanı bulabileceği yönünde, bkz Antalya (n 2) 198-199.

güçsüzlüğü gerçekleşmiş demektir. Dolayısıyla, İMK m 497’de hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, -pasiflerin aktiflerden fazla olması şartı aranmaksızın- mirasın açılması anında terekenin Türk Borçlar Kanunu’nun²⁰ (kısaca, TBK) 98. maddesi anlamında ifa güçsüzlüğü içinde olması yeterli kabul edilmiştir²¹.

Kanımcıa TMK m 530’un mehoz kanuna uygun olarak anlaşılması ve sadece terekenin borca batık olması sebebiyle değil, hangi sebeple olursa olsun borçların terekeden karşılanamıyor olduğu hallerde alacaklıların TMK m 530’a dayalı talep haklarının doğduğunu kabul etmek daha adil olur. Zira TMK m 530’un amacı, alacaklıların terekeden elde etme imkanı bulamayan alacaklıların korunmasıdır. Alacaklıların bu korumaya duyduğu ihtiyaç, alacağını terekeden karşılayamamasının terekenin borca batık olmasından veya terekenin ifa güçsüzlüğü içinde olmasından kaynaklanmasına bağlı olarak değişmemektedir. Bu nedenle TMK m 530’un mehoz kanuna uygun olarak yorumlanması ve hangi sebeple olursa olsun alacaklıların terekeden elde etme imkanı bulamayan tereke alacaklılarının, ivazlı feragat edenden ve mirasçılarında talepte bulunabileceğini kabul etmek uygun olur. TMK m 530’un sözü de bu yorumun yapılmasına elverişlidir. Eğer hükmün uygulanması için aranan şart mutlaka tereke pasiflerinin aktiflerinden fazla olması olsaydı, bu durumun, örneğin TMK m 636’da olduğu gibi, daha net ifadelerle belirtilmesi beklenirdi. Oysa düzenlemede daha genel bir ifadeyle, terekenin borçları karşılayamıyor oluşundan bahsedilmiştir. Sonuç olarak tüm bu sebeplerle, tereke pasiflerinin aktiflerinden fazla olması şartını aramaksızın, hangi sebeple olursa olsun borçların terekeden karşılanamaması halinde tereke alacaklılarının TMK m 530’a göre talepte bulunabileceğini kabul etmek gerekir.

B. Tereke Borçlarının Mirasçılar Tarafından Ödenmiyor Olması

Tereke alacaklılarının mirastan ivazlı feragat etmiş kişiden ve onun mirasçılarında talepte bulunabilmesinin diğer şartı, tereke borçlarının mirasçılar tarafından da ödenmiyor olmasıdır. Zira aksi durumda, yani mirasbırakanın borçlarının tereke mevcuduyla karşılanamayan kısmının mirasçılar tarafından ödeniyor olması halinde, tereke alacaklılarının, mirastan feragat ederek mirasçılık sıfatını sona erdirmiş kişiden talepte bulunabilmesinin makul gerekçesi de ortadan kalkmış olur.

Görüldüğü üzere, mirastan ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının tereke borçlarından sorumluluğu ikincil niteliktedir²². Bu sorumluluğun doğması için,

²⁰ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, RG 4/2/2011/ 27836.

²¹ Bununla birlikte, İMK m 497 düzenlemesinde açıkça “*si la succession est insolvable au moment où elle s’ouvre*” deniyor olsa da, İsviçre hukukunda hükmün uygulama alanı bulabilmesi için tereke aktiflerinin pasiflerini karşılamaması şartının aranması gerektiğini, *insolvabilité* (ifa güçsüzlüğü) halinin yeterli kabul edilemeyeceğini, bu durumda alacaklıların esasen terekenin resmi tasfiyesini isteyebileceklerini kabul eden bir görüş de bulunmaktadır, bkz Abbet (n 2) 296.

²² Kocayusufpaşaoğlu (n 2) 305; Dural ve Öz (n 2) 203; İmre ve Erman (n 2) 203; Antalya (n 3) 99; Baygın (n 2) 123; Çabri (n 2) 532; Günay (n 2) 199; Akça (n 2) 102; Sarı Fidan (n 2) 157; Dinçer (n 2) 60; Piotet (n 3) 49.

mirasbırakanın borçlarının terekeden karşılanamayan kısmının mirasçılar tarafından da ödenmiyor olması gerekir. Kanunda bu konuda bir ayrıma da gidilmediğine göre, mirasçılar ifadesinin, yasal mirasçılar yanında atanmış mirasçılar da kapsadığını kabul etmek uygun olur. Hatta düzenlemede bakiye borçların mirasçılar tarafından ödenmiyor olmasından bahsedilmekle birlikte, mirasçılar dışındaki herhangi bir kişinin herhangi bir sebeple bu borçları ödüyor olması halinde de, alacaklılar, feragat edene ve mirasçılara başvuramamalıdır.

Burada açıklığı kavuşturulması gereken önemli nokta, “*borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu şartın gerçekleşmesi için mirasçılardan bakiye borcu ödemiyor olması mı, ödeyemiyor olması mı aranacaktır? Diğer bir ifadeyle, bakiye borçların ödenmesi konusunda mirasçılardan herhangi bir şekilde talepte bulunularak olumsuz cevap alınması yeterli midir yoksa mirasçılara karşı bir takibin başlatılması ve bu takibin semeresiz kalması şart mıdır?

Doktrinde bazı yazarlar, ancak mirasçılar aleyhine takibin başlatılmış ve bu takibin semeresiz kalmış olması halinde, TMK m 530’un uygulanma şartının gerçekleşeceğini kabul etmektedir²³. Tereke alacaklılarının alacaklarının terekeden karşılanmayan kısmı bakımından mirasçılar aleyhine bir takip başlatmış ve bu takibin semeresiz kalmış olması halinde, tereke borçlarının mirasçılar tarafından da ödenmiyor olması şartının gerçekleşeceğine şüphe yoktur. Hatta tereke alacaklıları dışındaki alacaklılar, yani mirasçılardan kendi alacaklıları tarafından başkaca borçları nedeniyle başlatılan takip sonucunda mirasçılardan ödemedi aczinin resmen tespit edilmiş olması halinde de, TMK m 530’un uygulanma koşullarının oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bunun yanında, mirasçılardan mirası reddetmesi veya resmi tasfiye talebinde bulunması halinde de aynı sonuca ulaşılmalıdır²⁴.

Diğer yandan, doktrinde savunulan ve kanımca daha makul olan fikre göre, mirasçılardan sadece borçları ödeyemiyor olması halinde değil, kendilerinden talepte bulunulmasına rağmen ödemiyor olmaları halinde de TMK m 530’un

²³ Mirasçılardan ret veya acizleri sebebiyle tereke borçlarını ödememeleri halinde bu şartın gerçekleşeceği yönünde, bkz İnan, Ertiş ve Albaş (n 2) 293; Mirasbırakanın mirasçılarını yönünden takip hukuku da dahil bilinen bütün sorumluluk yollarının tüketilmesi gerektiği, mirasçılardan sadece borçları ödemekten kaçınmalarının feragat edene başvurmak için yeterli sebep olmayacağı yönünde, bkz Baygın (n 2) 123; Alacaklıların diğer mirasçılardan borçlarını tahsil etme olanağının bulunmaması gerektiği, bu nedenle alacaklıların mirasçılardan talepte bulunarak, başlattığı takibin semeresiz kalması ve borç ödemedi aciz halinin gerçekleşmesi gerektiği yönünde, bkz Kılıçoğlu (n 2) 166; Feragat eden mirasçının mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunun tali olduğu, bunun için mirasçılardan yönünden takip hukuku da dahil olmak üzere bilinen tüm sorumluluk yollarının tüketilmiş olması gerektiği, nasıl ki adi kefil aciz sebebiyle asıl borçlu tarafından ödeme imkanı olmadığında taahhüt ettiği miktar kadar sorumluydu, feragat edenin de beş yıl içinde aldığı edimle sorumlu olduğu yönünde, bkz Antalya (n 2) 200; Alacaklıların feragat edene başvurabilmesi için öncelikle, takip hukuku da dahil olmak üzere, mirasbırakanın mirasçılarını yönünden bilinen tüm sorumluluk yollarını tüketmesi gerektiği, mirasçılardan borçları ödememesinin, tek başına feragat edene başvurmak için yeterli olmadığı; bununla birlikte tereke alacaklılarının mirasçılara başvurmadan feragat edene başvurması halinde hakim bu resen dikkate alamayacağı, mirasçılara karşı takip hukukuna ilişkin tüm yolların tüketilmediğinin feragat eden tarafından defli olarak ileri sürülmesi gerektiği yönünde, bkz Çabri (n 2) 532.

²⁴ Ayan (n 2) 172; Şener (n 12) 126; Antalya (n 2) 199; Bıçkacı (n 2) 66; Baygın (n 2) 123; Çabri (n 2) 532; Akça (n 2) 98; Dinçer (n 2) 61; Abbet (n 2) 297.

uygulanabileceğini kabul edilmelidir²⁵. Öncelikle hükmün kaleme alınışı, bu sonuca ulaşılmasını gerektirmektedir. Zira düzenlemede sadece “*borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa*” denilmiş, bunun ötesinde mirasçılara karşı takip başlatılması gibi hukuki yollara da başvurulmasının aranmasını gerektirecek bir ifadeye yer verilmemiştir. Ayrıca adil olan da budur. Mirasbırakan hayatını kaybetmiş ve ardında, borçlarını karşılamayan bir tereke bırakmıştır. Tereke borçlarının terekeden karşılanamayan kısmı için önce mirasçıların şahsi malvarlığına mı, esasen borca batık durumdaki bir terekenin mirasçısı olmamak karşılığında alınan ivaza mı başvurulmalıdır? İvazlı feragat sözleşmesi yaparak hem mirasbırakanın malvarlığından bir değer elde eden hem de mirasçılık sıfatını ortadan kaldırarak tereke borçlarından şahsi malvarlığıyla sorumluluğunun doğmasını engelleyen bir kişiye aldığı ivazın iadesi talebiyle başvurulabilmesi için, öncelikle mirasçılarının malvarlığının tüketilmiş olması şartını aramak makul değildir. Nitekim uygulamada Yargıtay da düzenlemeyi bu şekilde anlıyor gözükmektedir²⁶.

Diğer yandan, tereke alacaklılarının feragat edene ve mirasçılara başvurabilmesi için, alacaklılarının terekeden karşılanamayan kısmı bakımından mirasbırakanın tüm mirasçılara başvurmuş, buna rağmen alacaklılarını elde edememiş olmaları gerekir. Terekenin, mirasın en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddedilmesi (TMK m 612) veya tereke mevcudunun borçlarını ödemeye yetmemesi (TMK m 636) nedeniyle iflas hükümlerine göre tasfiye ediliyor olması halinde ise, alacaklıların öncelikle iflas masasına başvurmaları beklenir.

Devletin mirasçılığının söz konusu olması halinde ise, tereke borçlarının terekeden karşılanamayan kısmı bakımından ivazlı feragat edene ve mirasçılara başvurulabilmesi için öncelikle mirasçı sıfatıyla devlete başvurulması şartı aranmamalıdır. Çünkü devletin tereke borçlarından sorumluluğu zaten miras yoluyla edindiği değerlerle sınırlıdır (TMK m 631/2). Bu nedenle devletin mirasçılığı halinde, tereke alacaklıları terekeden karşılayamadıkları alacakları için devletten talepte bulunmaksızın, feragat edene ve mirasçılara başvurulabilmelidir.

²⁵ İmre ve Erman (n 2) 203. Mirasbırakanın mirasçılarının mirası reddetmesi halinde, borçları ödememe durumunun gerçekleşeceği yönünde, bkz Öztan (n 3) 255. Bazı yazarlar ise bu konuda açık bir görüş belirtmemekle birlikte, mirasçılara karşı başlatılan takibin semeresiz kalması gerektiği yönünde bir ifadeye de yer vermemektedir: Alacaklıların önce diğer mirasçılara başvurup da alacaklarını elde edememiş olması gerektiği yönünde, bkz Dural ve Öz (n 2) 203; Alacaklıların ancak terekeden ve mirasçılardan alacaklarını elde edemezlerse, ivazlı feragat etmiş olana ve mirasçılara başvurabileceği yönünde, bkz Oğuzman (n 2) 167.

²⁶ Yargıtay 2 HD, 2597/4205, 15.03.2007, Gençcan (n 2) 420: “... Mirastan feragat eden mirasçı, tereke ile ilişkisini tüm olarak kesmiş sayılmaz. Miras açıldığında terekenin borcu alacaklılarından çok olup ta mirasçı olanlar bunu ödemeye yanaşmazsa, mirastan feragat eden kişi önceki beş yıl içinde miras bırakandan feragatin ivazı (karşılığı) olarak aldığı şeyi ve semeresinden elinde kalanları geri vermekle yükümlüdür.”; Yargıtay 2 HD, 2065/3033, 19.03.1997, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Miras açıldığında (MK.m.539) terekenin borcu alacaklılarından çok olup da miras alan bunu ödemeye yanaşmazsa, mirastan feragat eden kişi ölümden önceki beş yıl içinde miras bırakandan feragatin ivazı (karşılığı) olarak aldığı şeyi ve semeresinden elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür (MK.m.477).”; Aynı yönde diğer kararlar için, bkz Yargıtay 2 HD, 10178/11733, 3.11.1998; Yargıtay 2 HD, 14536/15192, 10.11.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

C. İvazın Mirasbırakanın Ölümünden Önceki Beş Yıl İçinde Verilmiş Olması

Mirastan ivazlı feragat edenden ve mirasçılarında tereke alacaklılarının talepte bulunabilmesi için gerçekleşmesi gereken bir diğer şart, bu kişilere, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde, ivazlı feragat sözleşmesi gereği verilmesi gereken ivaz kapsamında bir kazandırmada bulunmuş olmasıdır. Bu kazandırma uygulamada çoğu zaman feragat edene taşınmaz devri yapılması şeklinde karşımıza çıksa da, malvarlığına ilişkin her türlü sağlararası kazandırma, örneğin bir taşınırın veya alacak hakkının devri, bir miktar para verilmesi, mirasbırakana olan borcundan ibra edilmesi veya feragat edenin üçüncü kişilere olan borcunun ödenmesi gibi yollarla da gerçekleşebilir²⁷.

Madde metninde açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, kazandırmanın mirasbırakan tarafından yapılmış olması da aranmalıdır. İvazlı feragat sözleşmesi gereği yapılması gereken kazandırmanın üçüncü kişi, örneğin diğer bir mirasçı tarafından yapılması ve bu nedenle, yapılan kazandırmanın mirasbırakanın malvarlığında herhangi bir azalmaya sebep olmaması halinde, tereke alacaklıları ivazlı feragat edenden ve mirasçılarında talepte bulunamamalıdır. Çünkü bu durumda, feragatin ivazlı olmasının terekenin borçları karşılayamıyor oluşuna herhangi bir olumsuz etkisi bulunmamaktadır.

Görüldüğü gibi TMK m 530'un uygulama alanı bulması için kanun koyucu, mirastan feragatin ivazlı olmasını yeterli görmemiş, ivazlı feragat sözleşmesinde kararlaştırılan karşılığın mirasbırakanın ölümünden önceki son beş yıl içinde alınmış olması şartını da aramıştır. Doktrinde bu şartın, mirasbırakanın ölümünden önceki son beş yıl içinde gerçekleşebilecek mal kaçırma olasılığı dikkate alınarak getirildiği, zira kişilerin genellikle mirasın açılmasına yakın tarihlerde muvazaalı, hileli işlemlere giriştikleri şeklinde açıklandığı görülmektedir²⁸. Ancak bu gerekçe, şartın amacını açıklamak bakımından her durumda yeterli kabul edilemez. Zira mirasbırakanın ve/veya ivazlı feragat edenin tereke alacaklılarından mal kaçırma kastı olmasa da, örneğin mirasbırakanın ekonomik durumunun çok iyi olduğu bir anda mirastan feragat sözleşmesi yapılmış olsa da, TMK m 530 uygulama alanı bulabilir. Bu nedenle, böyle bir şartın aranmasının öncelikli sebebinin, feragat eden veya mirasçılar tarafından mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıldan daha önce alınmış ivazlar bakımından, mirasbırakanın malvarlığından bu ivazın çıkması ile terekesinin borçları karşılayamaması arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin ortadan kalkmış olması şeklinde açıklamak daha uygun olur.

²⁷ Baygın (n 2) 121.

²⁸ Kılıçoğlu (n 2) 166.

Her ne kadar madde metni “ölümünden önceki beş yıl içinde” şeklinde kaleme alınmış olsa da, kanundaki bu ifadeyi, düzenlemenin kalanına da uygun olarak, mirasın açılmasından önceki beş yıl olarak anlamak gerekir. Zira mirasın, ölüm dışında, kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi nedeniyle açılması halinde de ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacaktır (TMK m 35/1). Bu durumda ivazın verilmiş olması gereken beş yıllık süre hesaplanırken, gaiplik kararının alındığı sebebe göre, gaip hakkında ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya gaipten son haberin alındığı gün dikkate alınmalıdır (TMK m 35/2).

Düzenlemede beş yıllık sürenin belirlenmesinde, feragat edenin karşılığı aldığı tarihin gözetileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, feragat sözleşmesinde kararlaştırılan ivaz fiilen hangi günde verilmişse (feragat edenin eline somut olarak hangi tarihte geçmişse), o günün esas alınması gerekir²⁹. Beş yıllık sürenin belirlenmesinde başka bir tarih, örneğin feragat sözleşmesinin yapıldığı tarih³⁰ veya feragat sözleşmesine göre karşılığın verilmesi gereken tarih dikkate alınmamalıdır. Feragat nedeniyle verilen karşılığın, feragat edene intifa hakkı tanınması örneğinde olduğu gibi süreklilik taşıyor olması halinde veya feragat edene düzenli gelir (irat) sağlanması gibi dönemsel edimler içermesi halinde, feragat edenin mirasın açılmasından önceki beş yıl içinde bir kazanım elde etmiş olması TMK m 530’un uygulanması için yeterli kabul edilmelidir. Ancak bu durumda feragat edenin ve mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, verilen karşılığın tamamı değil, mirasın açılmasından önceki beş yıl içinde alınan kısmı hesaba katılmalıdır.

Feragat sözleşmesi ivazlı yapılmış olsa bile, yukarıda açıklanan kıstaslara göre yapılan incelemede mirasın açılmasından önceki beş yıl içinde alınan herhangi bir karşılığın olmadığı sonucuna ulaşırsa, tereke alacaklıları TMK m 530’a dayalı talepte bulunamazlar. Dolayısıyla, mirasın açılmasından önceki beş yıldan daha eski tarihte alınmış karşılığa dayalı zenginleşmenin mirasın açılmasından beş yıl önce veya mirasın açılması anında hala mevcut olması halinde de, aynı sonuca ulaşmak gerekir.

III. Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumlu Olanlar

A. Mirastan İvazlı Feragat Eden

Mirastan feragat sözleşmesi ile usulüne uygun olarak mirastan feragat eden kişinin mirasın açılmasında mirasçılık sıfatı doğmayacağı için, tereke borçlarından da sorumluluğu söz konusu olmaz. Bununla birlikte TMK m 530’da, ivazlı feragatte bulunan kişinin yukarıda belirtilen şartlarda ve aşağıda açıklanan kapsamla sınırlı olmak üzere tereke borçlarından sorumluluğu kabul edilmiştir.

²⁹ Bıçakçı (n 2) 66; Akça (n 2) 98; Dinçer (n 2) 62.

³⁰ Baygın (n 2) 122; Çabri (n 2) 533; Akça (n 2) 98; Abbet (n 2) 297.

Ancak dikkat etmek gerekir ki, feragatin feragat edenin mirasçılık sıfatını, dolayısıyla tereke borçlarından sorumluluğunu ortadan kaldırması, buna rağmen TMK m 530'un uygulama alanı bularak feragat edenin sorumluluğunun doğabilmesi için, feragatin tam feragat olması, yani miras hakkının tamamından feragat edilmiş olması gerekir. Feragatin kısmi olması halinde ise, mirasın açılmasında miras hakkının feragat edilmeyen kısmı bakımından feragat edenin mirasçılık sıfatı doğmaktadır. Bu durumda kısmi feragat edenin tereke borçlarından tüm kişisel malvarlığı da dahil müteselsil sorumluluğu ortaya çıktığı için, TMK m 530 uygulanmasına yer yoktur.

B. Mirastan İvazlı Feragat Edenin Mirasçıları

TMK m 530 hükmü tereke alacaklılarına, ivazlı feragat edenin mirasçılarından da talepte bulunma hakkı tanımıştır. Ancak şüphesiz bu hakkın doğumu, ivazlı feragat eden kişinin mirasının açılmış ve mirasçılarının belirli hale gelmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle ivazlı feragat edenin mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunun, ivazlı feragatte bulunan kişiye göre ikincil olduğu söylenebilir.

Madde metninde herhangi bir ayrıma gitmeksizin ivazlı feragat edenin mirasçılarından bahsedildiği için, gerek yasal gerek atanmış mirasçılar bakımından sorumluluğun doğmasını mümkün kabul etmek gerekir. Ancak elbette lehine mal vasiyeti yapılan kişiler (musalehler) bakımından böyle bir sorumluluk doğmaz. Bununla birlikte, feragat edenin mirasçıları, mal vasiyeti lehtarlarına karşı olan vasiyet borcunun yerine getirilmesinden önce, TMK m 530'a dayalı olarak kendilerinden ifası talep edilen borçları yerine getirmelidir (TMK m 603/1). Zira TMK m 530 kapsamında doğan borç, esas itibarıyla mirastan feragat edenin borcu olup, tereke kapsamında mirasçılarına intikal etmiştir.

Düzenlemede TMK m 530'a göre sorumluluğun doğması bakımından feragat edenin mirasçısı olma şartı arandığı için, feragat edenin mirasçısı olması beklenen bir kişinin mirası ret³¹, mirasçılıktan çıkarma veya mirastan yoksunluk gibi sebeplerle mirasçı sıfatını kazanmaması halinde, TMK m 530'a dayalı sorumluluğu da doğmaz. Bu noktada ilginç bir ihtimal olarak karşımıza, mirastan ivazlı feragat edenin mirasçısının da feragat edenin mirasından ivazlı olarak feragat etmiş olması çıkabilir. Bu ihtimalde, mirastan ivazlı feragat edenin mirasçılarına TMK m 530'a dayalı olarak yöneltilen talep, ivazlı feragat edenin terekesi borcu niteliğinde olduğu için, terekesinin bu borcu karşılamaya yeterli gelmemesi ve bu borcun diğer mirasçılar tarafından da ödenmemesi durumunda, TMK m 530'un bir kez daha uygulanması yoluyla ivazlı feragat edenin mirasından ivazlı feragat eden kişiden de TMK m 530 kapsamında talepte bulunulabileceği söylenebilir.

³¹ İmre ve Erman (n 2) 203; Baygın (n 2) 124.

Mirastan ivazlı feragat edenin mirasçılarının TMK m 530 kapsamında sorumluluğunun doğması hali ile mirastan feragatin TMK m 528/3 gereği feragat edenin altsoyuna da etkili olması halinin birbirinden farklı hukuki durumlar olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. TMK m 530'a dayalı olarak sorumluluğun doğması için belirleyici olan, ivazlı feragat edenin mirasçısı sıfatına sahip olmaktır. Bu nedenle, ivazlı feragat edenin altsoyu feragatin kendileri bakımından da etkili olması nedeniyle mirasbırakanın mirasçısı olamıyor olsalar da, ivazlı feragat edenin mirasçısı olmaları TMK m 530 kapsamında sorumluluklarının doğması için yeterlidir. İvazlı feragatin, feragat sözleşmesinde özel olarak kararlaştırılmış olması nedeniyle, feragat edenin altsoyu dışındaki mirasçılarının miras hakkını ortadan kaldırması halinde de aynı sonuca ulaşmak gerekir.

Karşılaşılabilecek bir diğer ihtimal, ivazlı feragat sözleşmesinde TMK m 528/3'ün aksinin kararlaştırılması ve ivazlı feragat edenin altsoyunun feragat edenin miras payı bakımından mirasbırakanın mirasçısı olması halidir. Bu durumda feragat edenin altsoyu zaten mirasbırakanın mirasçısı sıfatıyla tereke borçlarından kişisel malvarlıkları da dahil müteselsilen sorumlu olacakları için, TMK m 530'un uygulanmasına yer yoktur. Ancak bu kişilerin mirası ret, yoksunluk gibi bir sebeple mirasbırakanın mirasçısı olmamaları halinde, ivazlı feragat edenin mirasçısı olmaları şartıyla TMK m 530'a dayalı olarak kendilerinden talepte bulunulabilir.

Sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi halinde, feragat edenin mirasçılarının TMK m 530'a dayalı sorumluluğu müteselsildir. Zira bu sorumluluk, feragat edenin terekesi kapsamında mirasçılara intikal etmiş bir borca ilişkindir.

IV. Tereke Alacaklılarına Karşı Sorumluluğun Kapsamı

Yukarıda açıklandığı üzere, ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının tereke borçlarından sorumluluğu ancak, bu borcun terekeden ve mirasçılardan karşılanamaması şartıyla ve karşılanmadığı ölçüde doğar. Tereke alacaklıları, alacaklarının terekeden ve diğer mirasçılardan karşılanmayan kısmı için talepte bulunma hakkına sahiptir³². Zira alacağın terekeden veya mirasçılardan karşılanan kısmı bakımından, alacak hakkı ifa nedeniyle sona ermiş demektir. Diğer yandan, tereke alacaklılarının terekeden ve mirasçılardan elde edemedikleri alacaklarının tamamı için feragat edenden veya mirasçılarından talepte bulunması mümkün olmayabilir.

TMK m 530, ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının tereke borçlarından sorumluluğunu, feragat için mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde

³² Terekenin resmi defterinin tutulması ve mirasçılardan mirası tutulan deftere göre kabul etmesi halinde, mirasçılardan tereke borçlarından sorumluluğunun sınırlı olacağı, mirasçılardan bu sınırlı sorumluluğu nedeniyle alacaklarına kavuşamayan alacaklıların feragat edenden ve mirasçılardan talepte bulunabileceği, zira tutulan defterin ancak mirasçılardan sorumluluğunu sınırlayacağı, feragat edenin ve mirasçılarının ise deftere kayıtlı olmayan borçlardan da sorumlu olacağı yönünde, bkz Antalya (n 2) 200; Baygın (n 2) 122; Akça (n 2) 98.

mirasbırakandan almış oldukları karşılığın malvarlıklarında yarattığı ve mirasın açılması anında halen mevcut zenginleşmeleri ile sınırlamıştır³³. Bu sınırlama dikkate alındığında, kanun koyucunun TMK m 530 ile alacaklılara sağladığı korumanın mutlak olmadığı söylenebilir³⁴. Çünkü karşılığın mirasın açılmasından önceki beş yıldan daha eski bir tarihte alınmış olması veya mirasın açılmasından önceki beş yıl içinde alınmış bir karşılık olsa bile, mirasın açılması anında malvarlıklarında bu karşılığın alınmasına dayalı bir zenginleşmenin artık mevcut olmaması halinde, ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının tereke borçlarından sorumlulukları söz konusu olmaz.

Görüldüğü üzere, düzenlemede aranan şartların gerçekleşmesi halinde TMK m 530'un tereke alacaklılarına tanıdığı hak, ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının feragat mukabili aldıkları karşılığın mirasın açılması anında malvarlıklarında yarattığı zenginleşmeyi talep etmekten ibarettir³⁵. Alacaklılara, feragat sözleşmesi karşılığında ivaz olarak örneğin bir taşınmaz verilmişse, bu taşınmaza ilişkin olarak tapu iptali ve tescil davası açma gibi aynı hakka ilişkin bir talepte bulunma veya feragat sözleşmesinin iptalini sağlama gibi bir hak tanınmış değildir³⁶. Bu nedenle feragat karşılığı verilen ivazın niteliği ne olursa olsun, tereke alacaklıları ancak kendilerine bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir³⁷. Tereke alacaklılarının feragat sözleşmesinin iptaliyle feragat edenin mirasçılık sıfatını kazanmasını sağlaması da söz konusu olmadığı için, TMK m 530'un aradığı şartlar gerçekleşse de, feragat edenin veya mirasçılarının tereke borçlarından tüm kişisel malvarlıklarıyla sorumluluğu gündeme gelmez.

Düzenlemede aranan şartların gerçekleşmesi halinde sorumluluğun kapsamının, ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan alınmış olan karşılığın, mirasın açılması anında mevcut zenginleşme ile sınırlı olmasından, yasa koyucunun feragat edenin ve mirasçılarının sorumluluğunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tuttuğu anlaşılmaktadır³⁸. Ancak TMK m 530 bakımından sebepsiz zenginleşme

³³ TMK m 530'a karşılık gelen mülga Medeni Kanun m 477'de "*elyevm yedlerinde bulunan miktar nispetinde*" ifadesine yer verilmekteydi. Elyevm kelimesi, bugün, bugünkü günde, hâlâ gibi anlamlara geldiği için, mirasın açılması anının mi, talebin yöneltildiği anın mı kastedildiği konusunda tereddüt yaratabilecek nitelikteydi. Nitekim mülga Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, İsviçre Medeni Kanunu m 497'de mirasın açıldığı anda denildiği halde, bizim hukukumuzdaki hüküm farklılığı nedeniyle feragat edenin takibe uğradığı anda elinde kalanlarla sorumlu olduğu (bkz Baygın (n 2) 125; Bıçakçı (n 2) 66), feragat edenin sorumluluğunun sınırı ve şartları sebepsiz zenginleşme kurallarına göre çözümleneceği için, bizim hukukumuzdaki düzenlemenin daha yerinde olduğu yönünde bir görüş bulunmaktaydı (Bkz Bıçakçı (n 2) 66). Diğer yandan, mülga Medeni Kanun m 477'deki ifadeyi, İsviçre Medeni Kanunu m 497'ye uygun olarak anlayan ve sorumluluğun, mirasın açılması anındaki zenginleşmeye göre belirleneceğini kabul eden görüşün savunulduğu da görülmekteydi (Antalya (n 2) 201-202). TMK m 530'da "*mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri*" ifadesine yer verilerek, hem hükmün ne şekilde anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşmuş hem de mehz İsviçre Medeni Kanunu m 497'in Fransızca metninde yer alan "*lors de la dévolution*" ifadesiyle uyum sağlanmıştır.

³⁴ Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 197.

³⁵ 11.11.1994 tarihli içtihadı birleştirme kararı dikkate alındığında, feragat karşılığında alınan ivazın talep tarihindeki değerinin esas alınmasının hakkaniyete uygun olacağı yönünde, bkz İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) 293.

³⁶ Kılıçoğlu (n 2) 167; Dinçer (n 2) 59-60.

³⁷ Abbet (n 2) 298.

³⁸ Oğuzman (n 2) 167; Kılıçoğlu (n 2) 166; İmre ve Erman (n 2) 203; Antalya (n 2) 202.

hükümlerinin uygulanması, sadece sorumluluğun kapsamının belirlenmesi yönündendir. Diğer bir ifadeyle, burada TBK m 77'ye dayalı bir sebepsiz zenginleşme davası söz konusu değildir³⁹. Çünkü burada TBK m 77/2 anlamında geçerli olmayan veya sona ermiş nedenle gerçekleşen bir sebepsiz zenginleşme hali değil, zenginleşme için geçerli sebep olan ve TMK m 530'un şartlarının gerçekleşmesi sonrasında da geçerliliğini koruyan mirastan feragat sözleşmesi gereği alınanların, yasal düzenleme gereği iade edilmesi söz konusudur. Bu nedenle, örneğin, tereke alacaklılarının TMK m 530'a dayalı taleplerinin, TBK m 82'de düzenlenen sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı sürelerine tabi olmadığı kabul edilmelidir⁴⁰.

TMK m 530'da sorumluluğun kapsamı, alınan ivaza dayalı olarak gerçekleşen ve mirastan açılması anında halen varlığını sürdüren zenginleşme ile sınırlandırıldığı için, feragat edenden ve mirasçılardan, aldıkları ivazdan veya hasılatından⁴¹ mirastan açıldığı sırada ellerinde kalan miktarla sınırlı olarak talepte bulunulabilir⁴². Feragat karşılığı alınan ivazın harcanmış ve tüketilmiş olan kısmı bakımından ise talepte bulunulamaz⁴³. Bununla birlikte, sorumluluğun kapsamı, mirastan açılması anındaki zenginleşme dikkate alınarak belirlendiği için, mirastan açılmasından sonra ancak talebin yöneltilmesinden önce ivaz olarak verilen şeyin değer kaybetmesi, örneğin feragat karşılığı verilen aracın mirasbırakanın ölümü sonrasında kazaya karışması, feragat edenin ve mirasçılarının sorumluluğunda bir azalmaya sebep olmaz⁴⁴.

İvazlı feragat edenin ve mirasçılarının iyiniyetli olması durumunda iade borcunun kapsamı belirlenirken yukarıdaki esasların uygulanacağına şüphe yoktur. Aksi iddia eden tarafından ispatlanmadıkça da, asıl olan iyiniyetin varlığıdır (TMK m 3). Diğer yandan, düzenlemede bu noktada bir ayrıma gidilmiş olmamakla birlikte, ivazlı feragat eden veya mirasçılarının kötüniyetli olması, yani ivaz olarak yapılan kazandırmayı iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışlarsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceklerini hesaba katmaları gerekiyorsa⁴⁵ (TBK m

³⁹ Mirasbırakanın hakkını dava yoluyla talep etmesi gerektiği, bu davanın bir tür sebepsiz zenginleşme davası (une action subsidiaire en enrichissement / die subsidiaire Berichtigungsklage) olduğu yönünde, bkz Tuor (n 2) 340; Antalya (n 2) 198; Baygın (n 2) 125.

⁴⁰ Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 198. Tereke alacaklılarının talep hakkını sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresi içinde ileri sürmesi gerektiği yönünde farklı görüş için, bkz Antalya (n 2) 204; Baygın (n 2) 127; Çabri (n 2) 534-535.

⁴¹ Mülga Medeni Kanun m 477'de yer alan "hasılat" kelimesine TMK m 530'da yer verilmemiş olmasının ifadenin sadeleştirilmesi bakımından yerinde olduğu, zira bu kelimenin madde metninden çıkarılmasının sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde bir farklılık yaramayacağı, alınan ivazın getirdiği hasılatın zenginleşme tutarının belirlenmesinde zaten dikkate alınacağı yönünde, bkz Baygın (n 2) 126.

⁴² Kocayusufoğlu (n 2) 305; Oğuzman (n 2) 167; Antalya (n 2) 203; Bıçakçı (n 2) 67; Akça (n 2) 100; Abbet (n 2) 297.

⁴³ İmre ve Erman (n 2) 203; Ayan (n 2) 173; Baygın (n 2) 125; Bıçakçı (n 2) 67; Abbet (n 2) 297.

⁴⁴ Baygın (n 2) 125; Çabri (n 2) 534.

⁴⁵ Feragat edenin feragat sözleşmesi ile mirasbırakanın alacaklılarının haklarını ihlal ettiğini bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse iyiniyetli, örneğin mirasbırakanın sırf alacaklılarını zarara uğratmak için kendisi ile feragat sözleşmesi yaptığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kötüniyetli olduğu, feragat edenin kötüniyetinin sözleşmenin yapılmasından sonra da ortaya çıkabileceği, örneğin mirasçılarının feragat edeni bu konuda uyarılmış olabileceği, kötüniyetin sonradan iyiniyete dönüşmesinin de mümkün olduğu, örneğin mirasbırakanın malvarlığının feragat sözleşmesi yapıldıktan sonra artması ve feragat edenin bu artış nedeniyle alacaklıların haklarını elde edebilecekleri düşüncesine sahip olması halinde kötüniyetin ortadan kalkmış olacağı yönünde, bkz Bıçakçı (n 2) 267-68.

79/2), farklı bir sonuca ulaşmak daha adil olabilir⁴⁶. Nitekim doktrinde, feragat eden ve mirasçuları iyiniyetli ise ellerinde bulunanlarla sorumlu olacakları, ancak ivaz olarak aldıklarını elden çıkarmada kötü niyetli iseler, elden çıkardıkları malların gerçek değeriyle sorumlu olacakları belirtilmektedir⁴⁷. Gerçekten de, ivazlı feragat edenin ya da mirasçılarının kötünüyetli olması, yani gelecekte terekenin borçları karşılamakta yetersiz kalabileceğini ve kendilerinden TMK m 530 kapsamında talepte bulunulup aldıkları ivazı iade edebileceklerini biliyor ya da bilebilecek durumda olmaları halinde, iade borcunun kapsamının kötünüyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcuna ilişkin TBK m 79/2'ye göre belirlenmesi adil olur. Bu durumda tereke alacaklıları, sadece mirasın açılması anındaki mevcut zenginleşmeyi değil, feragat karşılığı verilen ivazın tamamının, hatta elde edilmesi ihmal edilen semerelerin verilmesini talep edebilmelidir.

Feragat eden ve mirasçılarının feragat karşılığında verilen ivazı başka bir şey ile değiştirmiş olmaları halinde ise, bu yolla elde ettikleri ikame değerle sorumlu olurlar⁴⁸. Örneğin, ivaz olarak verilen şeyin satılması veya kamulaştırılması nedeniyle ödenen bedel, yok olması ya da hasara uğratılması nedeniyle üçüncü kişi tarafından ödenen tazminat veya sigorta bedeli, ivazın yerini alan ikame değerlerdir⁴⁹.

Doktrinde, feragat edenin ve mirasçılarının tereke borçlarından TMK m 530'a dayalı sorumluluğunun diğer mirasçılarla birlikte müteselsil, ancak TMK m 530'da çizilen çerçeveye sınırlı olduğu belirtilmektedir⁵⁰. Bu durumda, yukarıda ifade edildiği üzere, mirasbırakanın mirasçılarının sadece borçları ödeyemiyor olması halinde değil, kendilerinden talepte bulunulmasına rağmen ödemiyor olmaları halinde de TMK m 530'un uygulanabileceği kabul edilirse, tereke alacaklıları alacaklarının tamamı için tek bir takip başlatarak, bu takibi hem mirasbırakanın mirasçılara hem de feragat eden ve mirasçılara yöneltecek, mirasbırakanın mirasçılarının ödeme yapmaması halinde, TMK m 530'a dayalı sorumlulukla sınırlı olarak feragat edene ve mirasçılara başvurabileceklerdir.

TMK m 530'da feragat edenin ve mirasçılarının ivaz olarak aldıkları şey için yaptıkları giderleri talep hakkı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla

⁴⁶ TMK m 530'da mirasçılar açısından iyiniyetli veya kötünüyetli ayrımının yapılmadığı, kötünüyetli mirasçılardan aldıkları ivazın tamamıyla değil, mirasın geçişi anındaki zenginleşmeleriyle sınırlı olarak sorumlu oldukları, düzenlemede mirasçılarının kötünüyetli olmasına farklı sonuç bağlanmamasının sebebinin, mirastan feragatin yapıldığı zamanda bazı hususların öngörülemezliklerinden kaynaklanmış olabileceği, zira mirastan feragat edenin, mirasbırakanın ölümünde terekenin değerinin azalıp azalmayacağını, diğer mirasçılardan mirasçı olup olmayacağını ve kendi miras payının artıp artmayacağını öngöremeyeceği, dolayısıyla mirastan feragatin mirasbırakanın alacaklılarına zarar vermek amacıyla yapıldığının tespit edilemeyeceği yönünde farklı görüş için, bkz Akça (n 2) 99-100.

⁴⁷ Bıçakcı (n 2) 67-68; Özkan (n 2) 2947.

⁴⁸ Antalya (n 2) 202; Çabri (n 2) 534; Baygın (n 2) 126; Özkan (n 2) 2947.

⁴⁹ Baygın (n 2) 126; Antalya (n 2) 202.

⁵⁰ Kılıçoğlu (n 2) 167; Çabri (n 2) 534; İMK m 497'ye (TMK m 530) dayalı olarak talepte bulunulabilecek birden fazla ivazlı feragat eden olması halinde, bunlar arasında kısmi teselsül bulunduğu, tereke alacaklılarının feragat edenlerin herhangi birinden, kendi sorumluluk sınırı içinde kalmak kaydıyla talepte bulunabileceği yönünde, bkz Abbet (n 2) 297.

birlikte, mademki sorumluluğun kapsamının belirlenmesi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı buluyor, kapsamın belirlenmesinde giderlerin talep edilmesine ilişkin sebepsiz zenginleşme hükümleri de dikkate alınmalıdır. Böylelikle feragat eden ve mirasçuları, feragatin ivazı olarak verilen şey için yaptıkları giderleri, iyiniyetli veya kötünüyetli olmaları da gözetilerek TBK m 80 kapsamında isteyebilirler.

Tereke alacaklılarının TMK m 530'a dayalı olarak ivazlı feragat edene ve mirasçılarına yöneltecekleri talebin tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından doktrinde çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu noktada ilk akla gelen ihtimaller, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin, alacağın kendi zamanaşımı süresinin veya mirasın açılmasından itibaren 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasıdır. Nitekim bazı yazarlar, burada söz konusu olanın bir sebepsiz zenginleşme davası olduğu düşüncesinden hareketle olsa gerek, tereke alacaklılarının taleplerini sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süreleri içinde ileri sürmeleri gerektiğini kabul etmektedir⁵¹. İsviçre doktrinindeki baskın görüş ve Federal Mahkeme'nin uygulaması ise, TMK m 530'a dayalı olarak ivazlı feragat edene veya mirasçılarına karşı sahip olunan alacak hakkının, asıl alacağın kendi zamanaşımı süresine tabi olduğu yönündedir⁵². Diğer bir ifadeyle, alacak hakkı mirasbırakana ve mirasçılarına karşı ileri sürülürken hangi zamanaşımı süresine tabi ise, TMK m 530 kapsamında ivazlı feragat edene veya mirasçılarına karşı da aynı zamanaşımı süresine tabi olmalıdır.

TMK m 530'a dayalı talepler bakımından asıl alacağın zamanaşımı süresinin dikkate alınması yönündeki ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Öncelikle, yukarıda da açıklandığı üzere, TMK m 530'daki "*mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında*" ifadesinden yola çıkarak, bu maddeye dayalı olarak açılan davaların sebepsiz zenginleşme davası olduğu söylenememelidir⁵³. Zira ivazlı feragat edenin veya mirasçılarının TMK m 530'a göre sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi, geçerli feragat sözleşmesinin geçersiz hale gelmesi sonucunu doğurmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda dahi, ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının zenginleşmesi, geçerli bir sebebe dayanmayı sürdürmektedir. Ancak TMK m 530'un şartlarının gerçekleşmesi, tereke alacaklılarına, bu şartların gerçekleşmesi sonrasında da geçerliliğini koruyan feragat sözleşmesi kapsamında alınmış olan ivazın, TMK m 530 gereği ve burada belirtilenle sınırlı olarak kendilerine verilmesini talep hakkı sağlamaktadır. Böylelikle, TMK m 530'a dayalı sorumluluğun şartlarının

⁵¹ Antalya (n 2) 204; Baygın (n 2) 127; Çabri (n 2) 534-535; Zenginleşmenin kapsamının sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere göre tespit edilip, sorumluluğun süresi bakımından farklı hükümlerin uygulanmasının tutarlı olmayacağı, bu nedenle sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımının uygulanması gerektiği yönünde, bkz Akça (n 2) 103.

⁵² Abbet (n 2) 298 ve aynı sayfa dn 18'de atıfta bulunulan diğer yazarlar.

⁵³ Tereke alacaklılarının hakkını dava yoluyla talep etmesi gerektiği, bu davanın bir tür sebepsiz zenginleşme davası (une action subsidiaire en enrichissement / die subsidiaire Berichtigungsklage) olduğu yönünde aksi görüş için, bkz Tuor (n 2) 340; Antalya (n 2) 198; Baygın (n 2) 125.

gerçekleşmesi ne ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının zenginleşmesini sebepsiz hale getirmekte ne de TMK m 530'a dayalı, asıl alacaktan bağımsız yeni bir alacak hakkının doğmasını sağlamaktadır. Bu nedenle, TMK m 530'daki "*mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında*" ifadesinin, sadece ivazlı feragat eden ve mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi yönüyle uygulanacağı, bu kişilere karşı yöneltilen talebi sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talep haline getirmeyeceği kabul edilmelidir. Kaldı ki aksi çözümün kabulü, tereke alacaklılarının mirasçılara yöneltecekleri talebin asıl alacağın zamanaşımı süresine tabi olması, TMK m 530'a dayalı olarak ivazlı feragat edene veya mirasçılara yöneltecekleri talebin ise sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabi olması gibi bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olacaktır ki, bu sonucun feragat eden ve mirasçılarının TMK m 530'dan doğan sorumluluğunun ikincil olma karakteriyle bağdaşmayacağı açıktır. Zira bu görüşün kabul edilmesi halinde, örneğin, tereke alacaklılarının alacaklarının mirasçılar bakımından zamanaşımına uğraması, ivazlı feragat eden ve mirasçılar bakımından ise zamanaşımına uğramaması gibi bir durumla karşılaşılabılır. Sonuç olarak, tereke alacaklılarının alacaklarını TMK m 530'a göre ivazlı feragat edenden veya mirasçılardan talep etmesinin, asıl alacağın zamanaşımı süresine tabi olduğu, hem mirasbırakanın mirasçılarını hem de feragat eden ve mirasçılarını için aynı zamanaşımı süresinin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç

Mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile muhtemel mirasçısı arasında yapılan ve muhtemel mirasçının miras hakkından kısmen ya da tamamen vazgeçmesini konu edinen sözleşmedir. Mirastan feragat sözleşmesi yaparak miras hakkından vazgeçen tarafın, vazgeçmesi karşılığında bir ivaz almış olması halinde, taraflar arasında mirastan ivazlı feragat sözleşmesi kurulur. Mirasbırakan bu sözleşmeyle adeta feragat edenin miras payını satın almış olmaktadır. Zira ivazlı feragat sözleşmesi, feragat eden lehine olan sonuçlarını, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğurur. Böylelikle feragat eden kişi, sözleşme kurulurken sağlararası bir işlemle feragatinin ivazı olan karşılığa kavuşur veya kendisine borçlanılan bu karşılığın alacaklısı haline gelir.

Mirastan ivazlı feragat sözleşmesinin, mirasbırakan hayattayken muhtemel mirasçısının miras hakkının tasfiyesini sağlaması gibi olumlu yönleri bulunmaktadır. Ancak ivazlı feragat sözleşmeleri, mirasın açılması anında tereke borçlarının terekeden karşılanamıyor olması halinde alacaklıların zarara uğramasına sebep olabilir. Çünkü ivazlı feragat sözleşmesi yapılmıyaydı, verilen ivaz muhtemelen terekede kalacak ve tereke borçlarının ödenmesinde kullanılacaktır. Oysa ivazlı feragat sözleşmesinin yapılması, hem feragat edenin tereke borçlarından sorumluluğunu ortadan kaldırmakta hem de borçlarını karşılayamaz durumdaki terekeden menfaat elde etmesini sağlamaktadır.

İşte TMK m 530 düzenlemesinin amacı, tereke alacaklılarının zararına olan bu durumu ortadan kaldırmaktır. Hükme göre, mirasın açılması anında tereke borçları terekeden karşılanamıyor ve borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa, feragat eden ve mirasçuları, tereke alacaklılarına karşı, feragat karşılığında mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde almış oldukları değerden, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK m 530'un uygulama alanı bulabilmesi için, miras hakkının tamamına ilişkin (tam feragat) bir ivazlı feragat sözleşmesi yapılmış olmalıdır. Feragat sözleşmesinin hüküm doğurmaması veya feragatin kısmi olması hallerinde, sözleşmeye taraf olan kişinin mirasçılık sıfatı ve dolayısıyla tereke borçlarından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil sorumluluğu devam edeceği için, TMK m 530'a dayalı bir talepte bulunmaya gerek yoktur.

Diğer yandan, TMK m 530'un uygulama alanı bulabilmesi için, mirastan ivazlı feragat sözleşmesinin mirasbırakanın alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla kötüniyetli olarak yapılmış olması şartı aranmamalıdır. Çünkü düzenlemenin amacı, mirastan feragat sözleşmesi yapılmasının, isteyerek ya da istemeden, alacaklıların zararına sonuç doğurmasını engellemektir.

TMK m 530'un kendine özgü uygulanma koşulları ise üç başlık altında toplanabilir.

Bunlardan ilki, mirasın açılması anında terekenin, borçları karşılayamıyor olmasıdır. Bu durum çoğu zaman, terekenin pasiflerinin aktiflerinden fazla olması nedeniyle ortaya çıkar. Bununla birlikte, tereke aktifleri pasiflerinden fazla olmasına rağmen, herhangi bir sebeple borçların terekeden karşılanamaması (terekenin ifa güçsüzlüğü içinde olması) halinde de şartın gerçekleştiğini kabul etmek, düzenlemenin amacına uygun olur.

Hükmün uygulanmasının ikinci koşulu, terekeden karşılanamayan borçların, mirasçılar tarafından da ödenmiyor olmasıdır. Tereke alacaklıları, alacaklarının yasal veya atanmış mirasçılar, hatta herhangi bir üçüncü kişi tarafından ödeniyor olması halinde, feragat edene başvuramaz. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, borçların mirasçılar tarafından ödenmediğinin söylenebilmesi için, kendilerinden talepte bulunulmasına rağmen ödemiyor olmaları yeterli kabul edilmelidir. Bu nedenle, mirasçılara karşı bir icra takibi başlatılması ve bu takibin sonuçsuz kalması aranmamalıdır.

Hükmün uygulanmasının son koşulu ise, mirastan ivazlı feragat edene, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde feragat sözleşmesi gereği bir kazandırmada bulunulmuş olmasıdır. Bu kazandırma, taşınır, taşınmaz veya alacak devri, bir miktar para verilmesi, feragat edenin borçlarının ödenmesi gibi yollarla yapılmış olabilir. Beş yıllık sürenin belirlenmesinde, feragat sözleşmesinin kurulduğu tarih değil, ivazın feragat edene fiilen verildiği gün dikkate alınır.

Bu şartların gerçekleşmiş olması halinde, öncelikle feragat eden kişinin, onun hayatta olmaması halinde ise mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğu doğar. Ancak bu sorumluluk iki yönden sınırlanmış bir sorumluluktur.

Öncelikle, tereke alacaklıları, alacaklarının terekeden ve diğer mirasçılardan karşılanmayan kısmı için talepte bulunma hakkına sahiptir. Zira alacağın terekeden veya mirasçılardan karşılanan kısmı bakımından, ortada ifası talep edilebilecek bir alacak kalmamış demektir.

Asıl önemli sınırlama ise, TMK m 530'da, feragat edenin ve mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunun, feragat için mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları karşılığın malvarlıklarında yarattığı ve mirasın açılması anında halen mevcut zenginleşmeleri ile sınırlanmış olmasıdır. Böylece TMK m 530 ile alacaklılara sağlanan korumanın mutlak olmadığı anlaşılmaktadır. Mirasın açılmasından önceki beş yıl içinde alınmış bir karşılık olsa bile, mirasın açılması anında malvarlıklarında bu karşılığın alınmasına dayalı bir zenginleşmenin artık mevcut olmaması halinde, ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının tereke borçlarından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde alınmış olan karşılığın mirasın açılması anında malvarlığında zenginlik yaratıp yaratmadığı ve yaratıyorsa miktarı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tespit edilir. Bu şekilde tespit edilen zenginleşme miktarı, ivazlı feragat edenin ve mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunun üst sınırını oluşturur. Ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması, sadece sorumluluğun kapsamının belirlenmesi bakımındandır. Burada söz konusu olan bir sebepsiz zenginleşme davası değildir. Geçerli bir mirastan feragat sözleşmesi kapsamında alınanların, TMK m 530 gereği iadesi söz konusudur.

TMK m 530'da açıkça ifade edilmiş olmamakla birlikte, ivazlı feragat eden veya mirasçılarının kötüniyetli olması halinde, iade borcunun kapsamının kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcuna ilişkin TBK m 79/2'ye göre belirlenmesi adil olur. Bu durumda tereke alacaklıları, sadece mirasın açılması anındaki mevcut zenginleşmeyi değil, feragat karşılığı verilen ivazın tamamının, hatta elde edilmesi ihmal edilen semerelerin verilmesini talep edebilmelidir.

Tereke alacaklılarının TMK m 530'a dayalı olarak ivazlı feragat edene ve mirasçılarına yöneltecekleri talebin tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Kanımca, tereke alacaklılarının alacaklarını TMK m 530'a göre ivazlı feragat edenden veya mirasçılardan talep etmesinin, asıl alacağın zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmelidir. Böylelikle, hem mirasbırakanın mirasçıları hem de feragat eden ve mirasçıları için aynı zamanaşımı süresi geçerli olur.

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

- Abbet S, *Commentaire romand, Pichonnaz - Foëx - Piotet (Éditeurs), Code civil II Art. 457 - 977 CC - Art. 1 - 61 Tit. fin. CC* (Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016).
- Akça N, *İvazlı Miras Sözleşmeleri*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi (Ankara 2020).
- Antalya O G, *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (Alkım 1999).
- Antalya G, *Miras Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2019).
- Ayan M, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020).
- Aybay A, *Miras Hukuku Dersleri* (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2002).
- Baygın C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005).
- Bıçakçı L, *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (Vedat 1999).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (2. Baskı, On İki Levha 2022).
- Diñçer S S, *Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2009).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (18. Bası, Filiz, İstanbul 2022).
- Engin B İ, 'Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatin Altsoya Etkisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı)', iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim ve Atilla Alttop (edr), *Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan* (Filiz 2020) 347-370.
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021).
- Gençcan Ö U, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2016).
- Guinand J ve Stettler M, *Droit civil: Successions (art. 457-640 CC)* (Cinquième édition, Éditions Universitaires Fribourg 2003).
- Günay E, *Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2019).
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (9. Baskı, XII Levha 2021).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (13. Bası, Der, İstanbul 2017).
- İnan A N, Ertaş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (11. Bası, Seçkin 2022).
- İşgüzar H, Demir M ve Yılmaz S, *Miras Hukuku* (Yetkin 2019).
- Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (10. Bası, Turhan 2019).
- Kocayusufoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987).
- Oğuzman M K, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995).
- Özkan H, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması 5. Cilt Miras Hukuku* (Legal 2017).
- Öztan B, *Miras Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2020).

- Özüğür A İ, *Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt 2* (4. Baskı, Seçkin 2016).
- Piotet P, *Traité de droit privé suisse Tome IV Droit successoral* (Éditions Universitaires Fribourg 1975).
- Piotet P, *Précis de droit successoral* (Deuxième édition, Stämpfli 1988).
- Sarı Fidan Ö, ‘Mirasçılık Sifatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı İle İlişkileri’, (2015) 19 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-164.
- Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2022).
- Şener E, ‘Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması’, (1977) 3 (1) Yargıtay Dergisi 115-134.
- Tuor P, *Le code civil suisse* (Éditions polygraphiques, Zürich 1942).
- Yakuppur S, ‘Yargı Kararları Işığında Mirastan Feragat Sözleşmesine İlişkin Değerlendirmeler’, iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (edr), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri* (XII Levha 2019) 489-504.

Elektronik Kaynakça

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası



A Critique of the Concerns on the *Proprio Motu* Powers of the ICC Prosecutor

Şehmus Kurtuluş^{*}

Abstract

During the Rome Diplomatic Conference of Plenipotentiaries where the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) was drafted, the ICC Prosecutor's powers were a matter of dispute. It was particularly the Prosecutor's authority to investigate complaints without any referral from a State Party or the Security Council which led to serious debates among participating States. Though there was wide support for the empowerment of the Prosecutor to activate the trigger mechanism of the ICC *proprio motu* (on his/her own initiative), there was also strong opposition. Some States described the prosecutorial powers granted to the Prosecutor as 'unacceptable' due to fears such as facing politically motivated prosecutions. Though the previous two prosecutorial terms showed that fears of politicized prosecutions were far-fetched, the process of selecting the third Prosecutor of the ICC for a nine-year term commencing 16 June 2021 once again put a spotlight on the prosecutorial powers as well as on the challenges the new Prosecutor would face. The present study will first draw attention to the judicial scrutiny of the chambers of the ICC and the filtering mechanism of the Rome Statute in an attempt to allay fears that the Prosecutor's powers may lead to politicized prosecutions. The study will then explain, in light of recent developments, why the ICC Prosecutor's power to act *proprio motu* is crucial for the effective operation of the Court. In so doing, the study will mainly benefit from primary sources such as the Rome Statute of the International Criminal Court, Official Records of the Rome Conference, Reports of the Office of the Prosecutor on Preliminary Examination Activities, Decisions of the Pre-Trial Chambers, as well as the comments made by scholars thereon.

Keywords

International Criminal Court, Rome Statute, ICC, ICC Prosecutor, Powers of the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, Karim Khan

Uluslararası Ceza Divanı Savcısının *Re'sen* Kullandığı Yetkilere Dair İtirazların Eleştirel Bir Değerlendirmesi

Öz

Uluslararası Ceza Divanını kuran Roma Statüsünün görüşülüp oynandığı Roma Diplomatik Konferansında, Divan Savcısının yetkileri, en önemli ihtilaf konularından birini teşkil etmişti. Özellikle de savcının *re'sen* (bir taraf devlet başvurusu ya da Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın) soruşturma başlatabilme yetkisi konferansa katılan devletler arasında ciddi fikir ayrılıklarının doğmasına neden olmuştu. Bazı devletler, Uluslararası Ceza Divanı Savcısına tanınan yetkilerin politik motivasyonlu yargılamalara yol açabileceği gibi korkular dolayısıyla, bu yetkileri 'kabul edilemez' olarak nitelendirmişlerdi. Her ne kadar Uluslararası Ceza Divanının kuruluşundan bu yana geçen iki savcılık dönemi politik motivasyonlu yargılama gibi korkuların yersiz olduğunu göstermiş olsa da, 16 Haziran 2021'den başlayarak dokuz yıllık bir dönem için Divanın yeni (üçüncü) savcısının seçilmesi süreci, Divan Savcısının yetkileri konusunu tekrar gündeme getirmiştir. Bu çalışma, Divan Savcısının yetkilerini sınırlandıran ve kararlarını denetlenebilir kılan Roma Statüsü tedbirlerine dikkat çekerek, devletlerin siyasi motivasyonlu suçlamalarla karşı karşıya kalmak gibi endişelerinin giderilmesine katkı sunmayı amaçlamaktadır.

* **Corresponding author:** Şehmus Kurtuluş (Asst. Prof. Dr.), Munzur University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Legal Sciences, Tunceli, Türkiye. E-mail: skurtulus@munzur.edu.tr ORCID: 0000-0003-3898-4458

To cite this article: Kurtuluş S, "A Critique of the Concerns on the *Proprio Motu* Powers of the ICC Prosecutor" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 437. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0005>



Çalışma aynı zamanda, Divan Savcısının re'sen soruşturma başlatabilme yetkisinin Divanın etkin ve verimli işleyişi için neden elzem olduğunu güncel gelişmeler ışığında açıklamayı hedeflemektedir. Çalışmada, ağırlıklı olarak Uluslararası Ceza Mahkemesini Kuran Roma Statüsü, Roma Diplomatik Konferansı Resmi Kayıtları, Savcılık Bürosu tarafından yayımlanan Ön İnceleme Faaliyet Raporları, Ön İnceleme Daireleri Kararları gibi birincil kaynaklardan faydalanılmış olmakla beraber, başka yazarların görüş ve değerlendirmelerine de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Ceza Divanı, Roma Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi, UCD, UCM, Uluslararası Ceza Divanı Savcısı, Uluslararası Ceza Divanı Savcısının Yetkileri, Fatou Bensouda, Karim Khan

Extended Summary

It is the task of the ICC Prosecutor to conduct an initial examination of the available information to determine whether a given situation meets the threshold to warrant a formal ICC investigation. This preliminary examination process may be initiated by a) State Party referral; b) United Nations Security Council referral; or c) the ICC Prosecutor acting *proprio motu* (without a referral from a State Party or the Security Council). The focus of this study is the Prosecutor's authority to open a preliminary examination into a situation and to seek the initiation of an investigation based on information on crimes that fall within the jurisdiction of the ICC.

This study will first suggest that prosecutorial powers, including the authority to investigate crimes without a referral from a State Party or the Security Council, are not placed in the hands of the ICC Prosecutor without judicial checks. Article 15 of the Rome Statute provides some procedural safeguards such as the requirement to seek authorization from the Pre-Trial Chamber. The judicial scrutiny of the chambers of the Court ensures that the decisions of the ICC Prosecutor are subject to the high threshold criteria set out in the Rome Statute. Safeguards set out in the Rome Statute make it nearly impossible for unfounded or politically motivated accusations to reach the trial stage.

The study will then draw attention to the political restraints placed on the ICC Prosecutor by the States whose cooperation is crucial in terms of gathering evidence, arrest of suspects, and accessing witnesses and defendants. As the effective functioning of the Court relies heavily on cooperation with the members of the international community, any reluctance on the part of the States to cooperate with the Office of the Prosecutor limits the ability of the Prosecutor to bring charges against the perpetrators. Consequently, the study will submit that the legal and political restraints placed on the Prosecutor should allay States' fears about frivolous or political complaints. In this regard, the challenges the new ICC Prosecutor Karim Khan is facing (or is likely to face) will be studied accordingly.

This study will claim that the ICC Prosecutor's ability to initiate investigations *proprio motu* is in fact a requisite to ensure that the Court is truly effective and free

from political interference. The prosecution of the most serious crimes committed in six situations, into which a formal ICC investigation was initiated by the ICC Prosecutor without any referral from a State Party or the Security Council, was possible thanks to the Prosecutor's authority to act *proprio motu*. Furthermore, the Prosecutor's authority to investigate crimes on her own initiative has been instrumental in encouraging national prosecutions. The procedure of examination of national proceedings by a Prosecutor who has the power to investigate complaints *proprio motu* often serves as an incentive for national authorities to investigate crimes more carefully and competently.

Finally, this study will argue that the ICC Prosecutor's authority to decide whether or not there is a reasonable basis to proceed with an investigation, in fact, serves as an early filtering mechanism against politically motivated referrals and against referrals that fail to meet the high threshold of the Rome Statute. The role given to the Prosecutor under the Rome Statute thus prevents any politically motivated State Party or Security Council referrals from turning into formal investigations.

Introduction

In order for a case to be considered as meeting the legal criteria to warrant a formal ICC investigation, it must 1) fall within the Court's jurisdiction -which requires consideration of the subject matter, temporal, and either territorial or personal jurisdiction-;¹ 2) 'be admissible in terms of complementarity and gravity' criteria;² and 3) 'serve the interests of justice.'³ It is the task of the Prosecutor to conduct an initial examination of the available information to determine whether a given situation meets these legal criteria; and thus whether or not 'there is a reasonable basis to proceed with an investigation' in a given situation.⁴ This initial process, in which the available evidence and information are analyzed by the Prosecutor with a view to determining whether they constitute reasonable grounds to initiate a formal investigation, is called 'preliminary examination'.⁵

Pursuant to Article 13 of the Rome Statute, a preliminary examination process may be initiated by a) State Party referral;⁶ b) United Nations Security Council referral;⁷ or c) the Prosecutor of the ICC acting *proprio motu* based on the information on the alleged crimes that fall within the jurisdiction of the Court.⁸ That is to say, the jurisdiction of the ICC may be triggered not only as a result of a referral of a situation to the ICC by a State Party or the Security Council, but also by the Prosecutor *proprio motu*. The focus of this study is the Prosecutor's authority to open a preliminary examination into a situation and to seek the initiation of an investigation without a referral from a State Party or the Security Council. In other words, this study does not focus on the process of 'case selection'⁹ for investigation and prosecution, but on the authority to trigger this process.

During the Rome negotiations, the ICC Prosecutor's right to investigate complaints without any referral from a State Party or from the Security Council was a matter of dispute. While more than 85 States made statements in favor of the Prosecutor having

¹ See 'Preconditions to the exercise of jurisdiction' under article 12 of the Rome Statute: Rome Statute of the International Criminal Court (17 July 1998) art 12, U.N. Doc. A/CONF.183/9 [hereinafter Rome Statute].

² International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Policy Paper on Case Selection and Prioritisation' (15 Sept 2016) 9, para 24 [hereinafter the OTP Policy Paper].

³ Rome Statute (n 1) Art 53 (1) (c).

⁴ *ibid* Art 15 (4).

⁵ *ibid* Art 15 (6).

⁶ *ibid* Art 13 (a).

⁷ *ibid* Art 13 (b).

⁸ *ibid* Art 13 (c).

⁹ The OTP Policy Paper (n 2) 1.

the power to activate the trigger mechanism,¹⁰ around 30 States expressly opposed such power.¹¹ Moreover, three of the P5 members of the Security Council (namely the United States, China and Russia) were, and still are, among the opposing States. There were also some hesitant States, such as Jamaica¹² or Slovakia,¹³ which doubted whether the ICC Prosecutor's power to act *proprio motu* would yield the anticipated benefits, yet they were 'prepared to join in any consensus on the issue.'¹⁴

Among those that opposed the Prosecutor's right to activate the trigger mechanism of the Rome Statute, some States, such as Israel, believed that the ICC Prosecutor, if entitled to the right to act *proprio motu*, would be overburdened by frivolous or political complaints, which could 'adversely affect the Prosecutor's independence and standing.'¹⁵ Representatives of Turkey, another opposing state, claimed that '[t]he right to lodge a complaint should be reserved for States and the Security Council' because, they believed, granting the ICC Prosecutor the authority to initiate an investigation on his own initiative would risk 'submerging him with information concerning charges of a political, rather than a juridical nature.'¹⁶ The Turkish delegation at the Rome Conference, therefore, considered the prosecutorial authority granted to the ICC Prosecutor to be 'unacceptable.'¹⁷ Similarly, Malaysia feared 'the danger of ... possible accusations of bias.' Representatives of some states, such as Japan, drew attention to the need for a 'proper balance' between the ICC's jurisdictional powers and the States Parties' legitimate interests regarding the trigger mechanism of the Court's activities.¹⁸

This study will first point out that the filtering mechanism, judicial checks, and high threshold of the Rome Statute should allay the opposing States' fears over politicized prosecution because these limitations on the prosecutorial powers avert

¹⁰ Portugal, Italy, Togo, Sierra Leone, the Philippines, Namibia, Guinea, Sierra Leone, Hungary, the Netherlands, Samoa, Niger, Malta, Belarus, Cyprus, Lesotho, Thailand, Jordan, Mexico, Costa Rica, Venezuela, Ireland, Senegal, Czech Republic, Romania, Australia, Uganda, New Zealand, Belgium, Trinidad and Tobago, Netherlands, Norway, South Africa, Brazil, Denmark, Madagascar, Andorra, Germany, Sweden, Slovenia, Greece, Canada, Chile, Switzerland, Burkina Faso, Namibia, Poland, Argentina, Liechtenstein, Gabon, Mali, Guinea-Bissau, Austria, Ukraine, Cote d'Ivoire, Benin, Finland, Djibouti, Spain, Botswana, Togo, Ecuador, Kuwait, Congo, Armenia, Ethiopia, San Marino, Croatia, Hungary, Croatia, Lithuania, the Republic of Korea, Mozambique, Estonia, Swaziland, Peru, Solomon Islands, Angola, Bosnia and Herzegovina, Egypt, Tanzania, Lithuania, Kyrgyzstan, The Former Yugoslav Republic of Macedonia (with its new name North Macedonia), Morocco. See generally, Official Records of the U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an Int'l Criminal Court, 7th plen. mtg., U.N. Doc. A/CONE 183/SR.7 [hereinafter Official Records of the Rome Conference].

¹¹ The United States, Turkey, Cuba, China, Japan, Vietnam, Russia, Algeria, Israel, Bangladesh, India, Malaysia, Indonesia, Uruguay, Iraq, Yemen, Kenya, Libya, Nigeria, Oman, Pakistan, Qatar, Saudi Arabia, the United Arab Emirates, Tunisia, Sudan, Iran, Sri Lanka. See generally *ibid.*

¹² *ibid* 306, para 15.

¹³ *ibid* 308, para 47.

¹⁴ *ibid* 306, para 15.

¹⁵ *ibid* 201, para 111.

¹⁶ *ibid* 124, para 44.

¹⁷ *ibid* 211, para 3.

¹⁸ *ibid* 67, para 46.

the possibility of the Prosecutor bringing arbitrary charges. The judicial scrutiny of the chambers of the Court ensures that the decisions of the ICC Prosecutor are subject to the high threshold criteria set out in the Rome Statute. The study will then draw attention to the political restraints placed on the Office of the Prosecutor (OTP) by the States whose cooperation is needed in order to access the defendants and the evidence. It will submit that the legal and political restraints placed on the Prosecutor should allay States' fears about frivolous or political complaints.

This study will then explain why the Prosecutor's ability to initiate investigations *proprio motu* is essential for the effective functioning of the ICC. It will argue that the Prosecutor's authority to act *proprio motu* is in fact a requisite to ensure that the Court is truly effective and free from political interference. The study will further argue that the Prosecutor's authority to investigate crimes on her own motion has been instrumental in encouraging national prosecutions. Referring to the Prosecutor's recent decisions to decline to initiate an investigation, this study will finally argue that, in contrast to the concerns that the powers of the ICC Prosecutor could result in politicized prosecutions, the role given to the Prosecutor under the Rome Statute actually serves as an early filtering mechanism against politically motivated referrals and against referrals that do not meet the high threshold of the Rome Statute.

I. States' Concerns on the Prosecutor's Powers *versus* Rome Statute's Sufficient Safeguards

According to Article 13 of the Rome Statute, an ICC investigation could be triggered either by a State Party or Security Council referral, or by the Prosecutor *proprio motu*:

"The Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 in accordance with the provisions of this Statute if:

(a) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by a State Party in accordance with article 14;

(b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; or

(c) The Prosecutor has initiated an investigation in respect of such a crime in accordance with article 15."¹⁹

Accordingly, the ICC Prosecutor can commence an investigation *proprio motu* only "in accordance with article 15" of the Rome Statute,²⁰ which provides some

¹⁹ Rome Statute (n 1) Art 13.

²⁰ *ibid* Art 13 (c).

procedural safeguards such as the requirement to seek authorization from the Pre-Trial Chamber.²¹ Unlike the trigger mechanisms of a State Party or Security Council referral, Article 15 of the Statute requires the Prosecutor to request authorization from the Pre-Trial Chamber in order to initiate a formal investigation *proprio motu*.²² The Prosecutor needs to provide his/her analysis of the seriousness of the information collected from reliable sources, and convince the Pre-Trial Chamber that “a reasonable basis to proceed with an investigation” does exist.²³ The Pre-Trial Chamber will examine the request and the supporting material, and reject the request for authorization if the situation in question does not appear “to fall within the jurisdiction of the Court.”²⁴

The Pre-Trial Chamber II’s rejection of the Prosecutor’s request for the authorization of an investigation into the situation in Afghanistan on 12 April 2019 is an example showing that the Prosecutor’s *proprio motu* powers are subject to the judicial scrutiny of the chambers of the Court. The rejection decision, which will be discussed further below, proves that in contrast to the claims brought by some States -such as Sudan- during the Rome Conference,²⁵ the role assigned to the ICC Prosecutor by the Rome Statute is not beyond the control of the chambers of the Court. As clearly stated in Article 15(3) of the Rome Statute, the Pre-Trial Chamber must consent to an investigation when the jurisdiction of the Court is exercised by the Prosecutor *proprio motu*.

The judicial scrutiny of the chambers of the Court ensures that the decisions of the ICC Prosecutor are subject to the high threshold criteria set out in the Rome Statute. The Prosecutor will not seek authorization to proceed with an investigation and the Pre-Trial Chamber will not grant such authorization if the situation in question does not appear to 1) fall within the Court’s jurisdiction -which requires consideration of the subject matter,²⁶ temporal,²⁷ and either territorial or personal jurisdiction²⁸-; 2) be admissible in terms of complementarity²⁹ and gravity³⁰ criteria; and 3) ‘serve the interests of justice.’³¹ In fact, the safeguards set out in the Rome Statute, such as the complementarity principle and high gravity threshold, constitute the main restraints

²¹ *ibid* Art 15 (c).

²² *ibid* Art 15 (3). During the Rome negotiations, the proposal requiring the Prosecutor to seek the authorization of the Pre-Trial Chamber if s/he concludes that ‘there is a reasonable basis to proceed with an investigation’ was introduced by Argentina and Germany. See, Official Records of the Rome Conference (n 10) 183, para 38.

²³ Rome Statute (n 1) Art 15 (4).

²⁴ *ibid* Art 15 (4).

²⁵ Official Records of the Rome Conference (n 10)126, para 77.

²⁶ Rome Statute (n 1) Art 5.

²⁷ *ibid* Art 11.

²⁸ *ibid* Art 12 (2).

²⁹ *ibid* Art 17 (1) (a).

³⁰ *ibid* Art 17 (1) (d).

³¹ *ibid* Art 53 (1) (c).

on the discretion of the Prosecutor. The Pre-Trial Chamber will authorize the commencement of an investigation only if the crimes in question do appear to be “of sufficient gravity to justify further action by the Court”³² and only if national courts appear to be “unwilling or unable genuinely” to prosecute the crimes in question.³³ Furthermore, the Pre-Trial Chamber’s ruling to authorize an investigation can be appealed to the Appeals Chamber, and admissibility of the case can be challenged by relevant states on the grounds that they are investigating or have investigated the same crimes in question.³⁴

As of December 31, 2020, the OTP has received 14,881 communications on crimes allegedly within the jurisdiction of the Court, calling the Prosecutor to seek an investigation on his/her own initiative.³⁵ However, the number of the situations, into which a formal ICC investigation has been initiated by the Prosecutor *proprio motu*, remained only six: the situations in Kenya (2010), Côte d’Ivoire (2013), Georgia (2016), Burundi (2017), Myanmar/Bangladesh (2019), and Afghanistan (2020).³⁶ The overwhelming majority of the communications received by the Office of the Prosecutor are determined to fall manifestly outside the jurisdiction of the ICC, which proves the ICC Prosecutor’s cautiousness and prudence in selecting cases. The safeguards/high thresholds set out in the Rome Statute ensure that unfounded or politically motivated accusations will not reach the trial stage.

Depriving the Prosecutor of the authority to act *proprio motu* could, in fact, affect his/her independence adversely. An ICC Prosecutor without the power to initiate investigations *proprio motu* would need to convince States Parties or the members of the Security Council to refer cases to the Court, as a result of which some concessions or guarantees could be sought from the Prosecutor. A member of the Security Council, for example, could attempt to influence or direct the Prosecutor on determining the specific crimes to be investigated or specific individuals to be indicted in exchange for its support for the referral of a situation to the Court. Of course, the filtering mechanism of the ICC would not allow such attempts to yield results, but the confinement of the role of the ICC Prosecutor to receiving complaints from the

³² *ibid* Art 17 (1) (d).

³³ *ibid* Art 17 (1) (a).

³⁴ *ibid* Art 18 (4).

³⁵ As the reports published in 2019 and 2020 have not declared the up-to-date total number of communications, the current total number has been calculated by addition of the communications received in the last two years to the then-current total number declared in the 2018 report. International Criminal Court - Office of the Prosecutor, ‘Report on Preliminary Examination Activities 2018’ (5 December 2018) 9, para 18, available at <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>>accessed 1 March 2021; International Criminal Court - Office of the Prosecutor, ‘Report on Preliminary Examination Activities 2019’ (5 December 2019) 8, para 23, available at <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>>accessed 1 March 2021; International Criminal Court - Office of the Prosecutor, ‘Report on Preliminary Examination Activities 2020’ (14 December 2020) 10, para 30, available at <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>>accessed 10 March 2021.

³⁶ See generally International Criminal Court, ‘Situations under investigation’, <<https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>> accessed 1 March 2021.

States Parties or from the Security Council would make the Prosecutor ‘dependent’ on the consent of the States and could consequently undermine the effectiveness and credibility of the Court.

Another Rome Statute based safeguard on the powers of the ICC Prosecutor is the right of the Security Council to defer the commencement of an investigation for a period of 12 months under Article 16 of the Statute.³⁷ Moreover, the ICC Prosecutor’s subjection to the managerial oversight by the Assembly of States Parties under Article 112(2)(b) of the Rome Statute makes the overall “institutional” restraints on the Prosecutor of the ICC exceed those on the prosecutors of *ad hoc* tribunals such as the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.³⁸

The ICC prosecutors are elected by secret ballots of States Parties with equally weighted votes. States’ fear of politicized prosecution is less meaningful when considering the judicial checks in the Rome Statute and the democratic structure of the Assembly of States Parties. As noted by the Prosecutors of the ICC on many occasions, the ICC will use its limited resources to address only “the most serious crimes of international concern” when the national authorities are unable or unwilling to conduct effective prosecutions, and the OTP will not act based on mere “speculation or suspicion.”³⁹

A. The Situation in Afghanistan: The Most Recent Example of the Strict Scrutiny by the Chambers of the Court

The Pre-Trial Chamber’s rejection, on 12 April 2019, of the Prosecutor’s request for the authorization of an investigation into the situation in Afghanistan⁴⁰ (hereinafter the ‘Request’ or the ‘Request for Authorization’) is a clear example showing that the Prosecutor’s *proprio motu* powers are not beyond the control of the Chambers of the Court. The request was rejected by the Pre-Trial Chamber II on the ground that such investigation “at this stage would not serve the interests of justice.”⁴¹ Though this decision was amended by the Appeals Chamber, which “decided unanimously to authorise the Prosecutor to commence an investigation into” the Afghanistan situation on 5 March 2020,⁴² it is a reminder that chambers of the Court have the final say on whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation.

³⁷ Rome Statute (n 1) Art 16.

³⁸ Mark D. Kielsgard, *Reluctant Engagement: U.S. Policy and the International Criminal Court* (Koninklijke Brill NV 2010) 125.

³⁹ International Criminal Court - Office of the Prosecutor, ‘Report on Preliminary Examination Activities 2014’ (2 December 2014) 56, para 236.

⁴⁰ International Criminal Court - Pre-Trial Chamber II, ‘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan’ (12 Apr. 2019) 3, para 1, available at <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF> accessed 1 December 2019 [hereinafter the Pre-Trial Chamber II’s Decision on the Request].

⁴¹ *ibid* 32, para 97.

⁴² International Criminal Court, ‘Afghanistan: ICC Appeals Chamber authorises the opening of an investigation’, (5 March 2020), available at <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516> accessed 10 March 2021.

The Request for Authorization was submitted on 20 November 2017, nearly eleven years after the opening of the preliminary examination in 2006.⁴³ The Request addressed the crimes allegedly committed in the situation in Afghanistan since 1 May 2003 (date of the entry into force of the Rome Statute for Afghanistan) in four categories separately: 1) alleged crimes by the Taliban and other anti-government armed groups⁴⁴ 2) alleged crimes by the Afghan National Security Forces⁴⁵ 3) alleged crimes by the US Forces and the CIA⁴⁶ 4) “other acts” by members of the other international forces deployed in Afghanistan.⁴⁷ The Request, while submitting that there was a reasonable basis to believe that crimes falling within the jurisdiction of the Court had been committed by the Taliban and other armed groups,⁴⁸ by the Afghan Forces⁴⁹ and by the US armed forces and the CIA,⁵⁰ noted that the information available was not sufficient to make a determination “at this stage” as to whether or not there were reasonable grounds to believe that members of other international armed forces had committed a crime within the jurisdiction of the Court.⁵¹

In its rejection decision, the Pre-Trial Chamber II concluded that though “there is a reasonable basis to believe that the contextual elements of both crimes against humanity and war crimes are satisfied in respect of the alleged events”,⁵² an investigation into the situation in Afghanistan would not, for the moment, be in the interests of justice⁵³ due to relevant circumstances that “make such investigation not feasible and inevitably doomed to failure.”⁵⁴ These relevant circumstances were summarized as: 1) the significant time elapsed between the commission of alleged crimes and the submission of the Request in 2017; 2) the lack of cooperation by the most relevant national authorities in respect of surrender of suspects and collection of evidence; 3) low possibility that relevant evidence and suspects would still be available after an eleven-year-long preliminary examination.⁵⁵ The Chamber’s rejection decision drew attention to the fact that the limited resources of the Court require it to focus only on situations where prospects for successful prosecutions appear promising.⁵⁶

⁴³ The Pre-Trial Chamber II’s Decision on the Request (n 41) 3, para 5.

⁴⁴ *ibid* 6.

⁴⁵ *ibid* 7.

⁴⁶ *ibid* 8.

⁴⁷ *ibid* 9.

⁴⁸ *ibid* 7, para 20.

⁴⁹ *ibid* 8, para 22.

⁵⁰ *ibid* 9, para 24.

⁵¹ *ibid* 9, para 25.

⁵² *ibid* 22, para 66.

⁵³ *ibid* 32.

⁵⁴ *ibid* 29, para 90.

⁵⁵ *ibid* 29, para 91.

⁵⁶ *ibid* 30, para 95.

The Appeals Chamber, however, found that when deciding on the Prosecutor's request for authorization to open an investigation, the Pre-Trial Chamber erred in considering the interests of justice factor: the Pre-Trial Chamber should have determined only whether or not there was a reasonable factual basis to believe that crimes within the jurisdiction of the Court had been committed and whether or not potential case(s) that would arise appeared to fall within the Court's jurisdiction.⁵⁷ The Appeals Chamber also warned that the Rome Statute did not require the Prosecutor to "affirmatively determine that an investigation would be in the interests of justice, as suggested by the Pre-Trial Chamber", because "article 53(1) of the Statute is formulated in the negative"⁵⁸; the Prosecutor would seek to initiate an investigation unless she determined that there were "substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice."⁵⁹ The Appeals Chamber's unanimous judgment to amend the Pre-Trial Chamber's decision not to authorize an investigation into the situation in Afghanistan did not change the fact that the Prosecutor's decisions and acts were subject to the strict judicial scrutiny of the chambers of the Court.

II. Political Restraints on the ICC Prosecutor

There are also political restraints placed on the ICC Prosecutor by the States whose cooperation is crucial in terms of gathering evidence, arresting suspects, and accessing the witnesses and defendants. As the effective functioning of the Court relies heavily on cooperation with the members of the international community, any reluctance on the part of the States to cooperate with the Office of the Prosecutor limits the ability of the Prosecutor to bring charges against the perpetrators. For example, in the case against Uhuru Muigai Kenyatta, then ICC Prosecutor Fatou Bensouda found herself obligated to withdraw the charges against Kenyatta, due to insufficient evidence, which was mainly caused by the "failure of the Government of Kenya to cooperate fully and effectively."⁶⁰ The Prosecutor Bensouda stressed that her actions could only be "guided by the law and the evidence," and that it was her professional responsibility "to withdraw the charges against the accused" if there is no "reasonable prospect of conviction at trial based on the evidence" available.⁶¹

⁵⁷ International Criminal Court – The Appeals Chamber, 'Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan' (5 March 2020) 15, para 34, available at <www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF> accessed 10 March 2020. [hereinafter the Appeals Chamber's Judgment on the Appeal].

⁵⁸ *ibid* 22, para 49.

⁵⁹ Rome Statute (n 1) Art 53(1).

⁶⁰ International Criminal Court, 'Press Release - Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uhuru Muigai Kenyatta', (12 December 2014), available at <www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-statement-05-12-2014-2.aspx> accessed 1 December 2019.

⁶¹ *ibid*.

Karim Khan (United Kingdom), who was elected by the Assembly of State Parties as the new prosecutor of the ICC, replaced his predecessor Fatou Bensouda (Gambia) on 16 June 2021 for the new prosecutorial term of 9 years.⁶² Though the new Prosecutor is left with well-established policies and manuals⁶³ for the investigation of the most serious crimes of international concern and a well-established office that has accrued the experience of two prosecutorial terms in building cases seeking to establish individual criminal responsibility for the atrocity crimes, he is nevertheless facing significant challenges such as the possibility of a mass withdrawal by African member states or criticisms over the low number of prosecutions and convictions.⁶⁴ There are concerns that if the new Prosecutor fails to chart a path that will enable the Court to meet those challenges, “the institution may never recover.”⁶⁵ The OTP is expected to improve the quality of its investigations and human resources and enhance its relationship with the judges of the Court to contribute to the efforts⁶⁶ aimed at improving the efficiency of the Court’s judicial work and expediting proceedings.

Some see the election of Karim Khan, a British barrister, to the position of Prosecutor of the ICC “as a diplomatic win for the UK after Brexit.”⁶⁷ Though this view is problematic especially given that the ICC Prosecutor can only represent the interests of justice and of his mandate of independently and impartiality selecting situations for investigation, I believe that the OTP may, nevertheless, enjoy some advantages of being headed by a Prosecutor whose country of nationality is a major global player, especially if that is going to promote greater and continuous support of the UK. The United Kingdom’s continuous, stronger support for the efforts of the OTP to bring the perpetrators of the most serious crimes to justice could absorb the negative effects of the hostile campaigns against the ICC such as the United States’ imposition of sanctions in 2020 on court officials engaged in efforts to investigate the situation in Afghanistan.⁶⁸ Revocation of the ICC Prosecutor’s US travel visa by the White House is an example of how hostile states can get in the face of formal investigation efforts. Greater British political support for the activities of the OTP could also decrease the number of such hostile acts.

⁶² International Criminal Court, ‘Election of Prosecutor (2020)’, (12 February 2020), available at <https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/elections/prosecutor/Pages/Prosecutor2020.aspx> accessed 10 March 2021.

⁶³ The International Federation for Human Rights (FIDH), ‘The Office of the Prosecutor of the ICC - 9 Years On Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011) Recommendations to the Next ICC Prosecutor’ (December 2011) 29, available at <www.fidh.org/IMG/pdf/cpiproc579ang.pdf> accessed 1 March 2021.

⁶⁴ Milena Sterio, ‘The International Criminal Court: Current Challenges and Prospect of Future Success’ (2020) 52 (1) Case Western Reserve Journal of International Law 468.

⁶⁵ Alex Whiting, ‘A Program for the Next ICC Prosecutor’ (2020) 52(1) Case Western Reserve Journal of International Law 480.

⁶⁶ International Criminal Court, ‘Press Release - ICC Judges Agree on Measures to Improve Efficiency of Criminal Process’, (22 June 2015), available at <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1121&ln=en> accessed 10 March 2021.

⁶⁷ BBC NEWS, ‘Karim Khan: UK lawyer elected chief prosecutor at ICC’, <www.bbc.com/news/uk-56051110> accessed 10 March 2021.

⁶⁸ Human Rights Watch, ‘US Sanctions on the International Criminal Court’ (14 December 2020), <www.hrw.org/news/2020/12/14/us-sanctions-international-criminal-court> accessed 10 March 2021.

In order to deal with current and future challenges and conduct his office's investigations effectively, the new Prosecutor needs, as did his predecessor, the cooperation and support not only of states but also -to a lesser extent- of non/inter/supra-governmental organizations.⁶⁹ Given the financial constraints and the limited resources of the OTP to gather evidence and intelligence, the support of states and non-governmental organizations is crucial for the effective functioning of the Court, and the lack of support of some opposing global powers (including three of the P5) constitutes a serious restraint on the powers of the ICC Prosecutor.

III. The Role of the Prosecutorial Powers in the Effective Functioning of the ICC

The prosecution of the most serious crimes committed in six situations, into which a formal ICC investigation was initiated by the ICC Prosecutor *proprio motu*, was possible thanks to the Prosecutor's authority to act *proprio motu*. The *proprio motu* power of the ICC Prosecutor, therefore, is of great importance for the effectiveness and credibility of the Court. It would be unrealistic to expect that States Parties or the members of the Security Council would always refer cases to the ICC without taking into account their political agendas. As demonstrated by the Security Council's failure to adopt a draft resolution to refer the situation in Syria to the ICC in May 2014,⁷⁰ States often put their own interests above international justice and common interests. Neither Syria nor any other State involved in the Syrian conflict is a party to the Rome Statute. Thus, under current conditions, the only way the Prosecutor is authorized to investigate war crimes and crimes against humanity allegedly committed within Syrian borders is by a Security Council referral.⁷¹ Yet, heinous crimes committed against civilians since the beginning of the Syrian conflict in March 2011 have not

⁶⁹ Whiting (n 66) 484; see Zoe Pearson, 'Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law' (2006) 39 (2) Cornell International Law Journal 243-245.

⁷⁰ UN Security Council, 'Referral of Syria to International Criminal Court Fails as Negative Votes Prevent Security Council from Adopting Draft Resolution', UN doc. SC/11407 (22 May 2014) available at <<http://www.un.org/News/Press/docs/2014/sc11407.doc.htm>> accessed 1 December 2019; see also Şahin Eray Kırdım, 'A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in The Post-Cold War World' (2017) 19 (2) Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 632.

⁷¹ Relying on the Pre-Trial Chamber's recent conclusion that ICC has jurisdiction over the alleged deportation of the Rohingya refugees from Myanmar -a non-State Party- to Bangladesh -a State Party-, a communication was presented to the Court in March 2019 making a similar argument for the Syrian refugees who have fled to neighbouring Jordan -a State Party, as is Bangladesh-. See The Guardian, 'Syrian refugees launch legal bid to try Assad for crimes against humanity', <<https://www.theguardian.com/law/2019/mar/07/syrian-refugees-launch-legal-bid-to-try-assad-for-crimes-against-humanity>> accessed 1 December 2019.

Pursuant to Article 7(2)(d) of the Rome Statute, in order for an act to constitute the crime of deportation, deportees must be deported 'by expulsion or other coercive acts.' See Rome Statute (n 1) Art 7(2)(d). This element of deportation, Pre-Trial Chamber III explains, is met when deportees are removed physically or when they are obliged 'to leave the area where they were lawfully present' as a result of coercive acts. See International Criminal Court - Pre-Trial Chamber III, 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar' (14 November 2019) 23, para 52, available at <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06955.PDF> accessed 1 December 2019.

Though the accusations in the communication seem to fall within the jurisdiction of the Court, it remains to be answered whether they could be considered as constituting the elements of the specific crime of deportation against the Syrian refugees who fled to Jordan and whether they could be supported with clear evidence.

been able to be brought before the ICC due to the veto power of the permanent members which mostly act to secure their own political partisan interests.

The 2014 draft resolution referring the situation in Syria to the ICC was vetoed by China as well as Russia, a permanent member of the Security Council and a strong supporter of the Syrian regime. Though the UN Secretary-General Antonio Guterres urged in 2015 and 2018⁷² that the situation in Syria be referred to the ICC, a new attempt for a Security Council referral is highly likely to face a similar fate in the foreseeable future. Russia alone has, as of 2019, vetoed 13 resolutions relating to the conflict in Syria.⁷³ The Security Council cannot even condemn the Syrian regime for its violations of war due to the veto power of Russia whose attitudes in the Council are often guided by *raison d'état*. Similarly, in situations where a State Party (on whose territory heinous crimes have been committed) is not likely to trigger the jurisdiction of the ICC, a Prosecutor without the authority to act *proprio motu* would be subordinated to the veto power of each of the P5. Moreover, even the motives of those States that campaign for a Security Council referral are not always clear as they could be solely intending to use the Court, via the Security Council, as a forum for putting pressure on States that would oppose such referral.

Like the Security Council's permanent members, which hold the veto power, the State Parties (that are not members of the Security Council) also typically prioritize acting in accordance with their national interests or sometimes solely at the impulse of idiosyncratic preferences of the decision-makers. It would be unrealistic to expect that the head of a State Party who has ordered the commission of the most serious crimes covered in the Rome Statute would be keen on triggering an investigation that could result in him or her standing trial in The Hague. For example, Syrian President Bashar al-Assad, who (after more than 10 years of a civil war that has left hundreds of thousands of people dead and millions of civilians displaced⁷⁴) still considers himself irreplaceable, would not be willing to trigger an ICC investigation even if Syria was a State Party. Thus, an ICC investigation into the serious crimes committed in Syria would not be likely without the Prosecutor's power to act *proprio motu*, even if Syria had already joined the Court. Given that States' policies toward the ICC are usually driven by national interests or by personal preferences of the decision-makers, the ICC Prosecutor's authority to initiate investigations *proprio motu* is crucial for the

⁷² DW, 'Syria Ceasefire Starts Near Damascus as UN Calls for ICC Referral Over Aid', <<https://www.dw.com/en/syria-ceasefire-starts-near-damascus-as-un-calls-for-icc-referral-over-aid/a-42328500>> accessed 1 Dec. 2019.

⁷³ Reuters, 'Russia casts 13th veto of U.N. Security Council action during Syrian war', <<https://www.reuters.com/article/us-syria-security-un/russia-casts-13th-veto-of-un-security-council-action-during-syrian-war-idUSKBN1W42CJ>> accessed 1 Dec. 2019.

⁷⁴ According to the UN High Commissioner for Refugees, the number of Syrians displaced internally and across borders by the Syrian civil war has mounted to nearly 12 million. For the up-to-date figures on the number of Syrians who have fled the country see Operational Portal Refugee Situations, 'Total Persons of Concern', <<https://data2.unhcr.org/en/situations/syria>> accessed 1 December 2019. For the current figures on the number of internally displaced Syrians see UN Refugee Agency, 'Internally Displaced People', <www.unhcr.org/sy/internally-displaced-people> accessed 1 December 2019.

credibility and effectiveness of the ICC in addressing the crimes that fall within its jurisdiction.

IV. The Prosecutor's Powers as an Incentive for Domestic Prosecutions

Together with the ICC's complementarity principle, which requires the Court to defer to 'genuine' national proceedings, the Prosecutor's authority to investigate crimes without a referral from a State Party or the Security Council has been instrumental in encouraging national prosecutions. The Preamble and Article 1 of the Rome Statute emphasize that the ICC "shall be complementary to national criminal jurisdictions."⁷⁵ Accordingly, as detailed in Article 17 of the Rome Statute, the ICC can only act when national jurisdictions are either "unwilling or unable" to genuinely investigate or prosecute the crimes in question.⁷⁶ Before seeking the authorization of the Pre-Trial Chamber to commence a formal ICC investigation, the OTP conducts a preliminary examination of situations to determine whether the situations in question "meet the legal criteria, [including the 'complementarity' criteria], to proceed with an investigation".⁷⁷ The Prosecutor will not seek to commence an investigation if the national authorities are deemed able and willing to investigate and prosecute. Examination of national proceedings by the Prosecutor who has the power to investigate complaints *proprio motu* sometimes serves as an incentive for national authorities to investigate crimes more carefully and competently.

During preliminary examinations, the OTP gathers and assesses "information relating to the status and progress of national proceedings carried out" by the national authorities.⁷⁸ For this purpose, the Prosecutor meets with senior officials from the judiciary and the executive, representatives of non-governmental organizations and civil society.⁷⁹ The Prosecutor also communicates with national governments, through reports or formal visitations to support national efforts to fight against impunity. Such activities of the Prosecutor contribute to the efforts to spur States to improve their domestic criminal system and to deter them from committing, abetting, or funding serious crimes in the future. In the situation regarding Colombia, for example, the Prosecutor's activities prompted the Colombian authorities to revise the "Justice and Peace Law", which had been adopted by the Congress of Colombia in 2005 to facilitate the demobilization of paramilitary groups in Colombia, so as to ensure greater accountability for the perpetrators of the acts amounting to ICC crimes.⁸⁰

⁷⁵ Rome Statute (n 1) Art 1.

⁷⁶ *ibid* Art 17(1) (a).

⁷⁷ Report on Preliminary Examination Activities 2018 (n 35) 32, para 117.

⁷⁸ *ibid* 42, para 160.

⁷⁹ See for example *ibid* 42, para 161.

⁸⁰ William W. Burke-White, 'Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice' (2008) 49 (1) *HILJ* 53, 90.

A letter sent by the Office of the Prosecutor with a reminder that the Office was monitoring the process of adopting a Justice and Peace Law⁸¹ was even discussed in the Congress.⁸² Blocking an ICC prosecution was one of greatest motivating factors for the Colombian government to revise the Justice and Peace Law to provide greater accountability for the perpetrator of the ICC crimes. In this sense, the Prosecutor's authority to either proceed with a formal investigation or to defer to domestic accountability processes encourages States to carry out genuine national proceedings addressing ICC crimes and deter them from committing these crimes in the future.⁸³

V. The Prosecutor's Role as Filtering Mechanism

It should be noted that the preliminary examination activities of the OTP are conducted in the same manner "irrespective of whether the Office receives a referral from a State Party or the Security Council," or whether the Prosecutor acts *proprio motu*.⁸⁴ The Prosecutor, having reviewed all available information relevant to a situation referred to him/her, may conclude that information available does not provide reasonable grounds to proceed with an investigation. This authority of the Prosecutor to decide as to whether or not there is a reasonable basis to proceed with an investigation serves as an early filtering mechanism against politically motivated referrals or against referrals that fail to meet the high threshold of the Rome Statute.

Of course, the Prosecutor's decision not to proceed is subject to judicial review and can be requested to be reviewed by the Pre-Trial Chamber under Article 53(3) (a), as was done by the Union of Comoros in the situation on Registered Vessels Of Comoros, Greece, and Cambodia in January 2015.⁸⁵ In any event, in contrast to some concerns that the powers of the Prosecutor could result in politicized prosecutions, the role given to the Prosecutor under the Rome Statute actually prevents any politically motivated State Party or Security Council referrals from turning into formal investigations. The most recent example, in which the Prosecutor declined to initiate an investigation, was the situation in the Gabonese Republic, which was referred to the OTP by the Gabonese Republic itself. The Prosecutor announced her decision to close the preliminary examination into the situation in the Gabonese Republic in September 2018 for lack of subject-matter jurisdiction.⁸⁶

⁸¹ Alejandro Chehtman, 'The Impact of the ICC in Colombia: Positive Complementarity on Trial' (2011) Domac Project under the Seventh Framework Programme for EU Research (FP7), DOMAC/17 21.

⁸² Marieke I. Wierda, 'The Local Impact of a Global Court: Assessing the Impact of the International Criminal Court in Situation Countries' (2019) (Ph.D. Thesis, University of Leiden) 172.

⁸³ For more detailed information on the deterrent effects of the preliminary examinations see Şehmus Kurtuluş, 'Reassessment of Turkey's Objections to the Exclusion of Terrorism from the Rome Statute' (2019) 16 (64) Uluslararası İlişkiler-International Relations 145, 158.

⁸⁴ International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities 2013' (November 2013) 4, para 10.

⁸⁵ International Criminal Court - Pre-Trial Chamber I, 'Application for Review pursuant to Article 53 (3) (a) of the Prosecutor's Decision of 6 November 2014 not to initiate an investigation in the Situation' (29 Jan 2015) 3, para 1.

⁸⁶ Report on Preliminary Examination Activities 2018 (n 35) 71, para 290.

Conclusion

The prosecutorial powers, including the authority to investigate crimes without a referral from a State Party or the Security Council, are not placed in the hands of the ICC Prosecutor without judicial checks. Article 15 of the Rome Statute provides some procedural safeguards such as the requirement to seek authorization from the Pre-Trial Chamber. The strict judicial scrutiny of the chambers of the Court ensures that the decisions of the ICC Prosecutor are subject to the safeguards set out in the Rome Statute. In fact, the high threshold criteria set out in the Rome Statute make it nearly impossible for unfounded or politically motivated accusations to reach the trial stage.

There are also political restraints placed on the ICC Prosecutor by the States, whose cooperation is crucial in terms of gathering evidence, arresting suspects, and accessing the witnesses and defendants. As the effective functioning of the Court relies heavily on cooperation with the members of the international community, any reluctance on the part of the States to cooperate with the Office of the Prosecutor limits the ability of the ICC Prosecutor to bring charges against the perpetrators. Therefore, this study concludes that the legal and political restraints placed on the Prosecutor should allay States' fears about frivolous or political complaints.

This study has shown that the Prosecutor's ability to initiate investigations on her/his own initiative is vital to ensure that the Court is truly effective and free from political interference. The prosecution of the most serious crimes committed in six situations, into which a formal ICC investigation was initiated by the ICC Prosecutor without any referral from a State Party or the Security Council, was possible thanks to the Prosecutor's authority to act *proprio motu*. Furthermore, this study suggests that the Prosecutor's authority to investigate crimes on her own initiative has been instrumental in encouraging national prosecutions. The procedure of examination of national proceedings by a Prosecutor who has the power to investigate complaints *proprio motu* often serves as an incentive for national authorities to investigate crimes more carefully and competently. The study also suggests that the ICC Prosecutor's authority to make a determination as to whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation, in fact, serves as an early filtering mechanism against politically motivated referrals or against referrals that do not meet the high threshold of the Rome Statute. The role given to the Prosecutor under the Rome Statute prevents the politically motivated State Party or Security Council referrals from turning into formal investigations.

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

- BBC NEWS, 'Karim Khan: UK lawyer elected chief prosecutor at ICC', <www.bbc.com/news/uk-56051110> accessed 10 March 2021.
- Burke-White WW, 'Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice' (2008) 49 (1) Harvard International Law Journal 53-108.
- Chehtman A, 'The Impact of the ICC in Colombia: Positive Complementarity on Trial' (2011) Domac Project under the Seventh Framework Programme for EU Research (FP7), DOMAC/17.
- DW, 'Syria Ceasefire Starts Near Damascus as UN Calls for ICC Referral Over Aid', <<https://www.dw.com/en/syria-ceasefire-starts-near-damascus-as-un-calls-for-icc-referral-over-aid/a-42328500>> accessed 1 Dec. 2019.
- Human Rights Watch, 'US Sanctions on the International Criminal Court' (14 December 2020), <www.hrw.org/news/2020/12/14/us-sanctions-international-criminal-court> accessed 10 March 2021.
- International Criminal Court, 'Afghanistan: ICC Appeals Chamber authorises the opening of an investigation', (5 March 2020), available at <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516> accessed 10 March 2021.
- International Criminal Court, 'Election of Prosecutor (2020)', (12 February 2020), available at <https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/elections/prosecutor/Pages/Prosecutor2020.aspx> accessed 10 March 2021.
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Policy Paper on Case Selection and Prioritisation' (15 Sept 2016).
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities 2020' (14 December 2020), available at <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>> accessed 10 March 2021
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities 2019' (5 December 2019), available at <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>> accessed 10 March 2021.
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities 2018' (5 December 2018), available at <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>> accessed 1 December 2019.
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities 2014' (2 December 2014).
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 'Report on Preliminary Examination Activities 2013' (November 2013).
- International Criminal Court, 'Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor' (September 2003).
- International Criminal Court, 'Press Release - ICC Judges Agree on Measures to Improve Efficiency of Criminal Process', (22 June 2015), available at <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1121&ln=en> accessed 10 March 2021.

- International Criminal Court, 'Press Release - Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uhuru Muigai Kenyatta', (12 December 2014), available at <www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-statement-05-12-2014-2.aspx> accessed 1 December 2019.
- International Criminal Court – The Appeals Chamber, 'Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan' (5 March 2020) available at <www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF> accessed 10 March 2020.
- International Criminal Court –The Pre-Trial Chamber I, 'Application for Review pursuant to Article 53(3)(a) of the Prosecutor's Decision of 6 November 2014 not to initiate an investigation in the Situation' (29 Jan 2015).
- International Criminal Court –The Pre-Trial Chamber II, 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan' (12 April 2019) 3, para 1, available at <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF> accessed 1 December 2019.
- International Criminal Court –The Pre-Trial Chamber III, 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar' (14 November 2019) available at <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06955.PDF> accessed 1 December 2019.
- International Criminal Court, 'Situations under investigation', <<https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>> accessed 10 March 2021.
- Kırdım ŞE, 'A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in The Post-Cold War World' (2017) 19 (2) Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 615-632.
- Kielsgard MD., 'Reluctant Engagement: U.S. Policy and the International Criminal Court' (Koninklijke Brill NV 2010).
- Kurtuluş Ş, 'Reassessment of Turkey's Objections to the Exclusion of Terrorism from the Rome Statute' (2019) 16 (64) International Relations 145-161.
- Official Records of the U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an Int'l Criminal Court, 7th plen. mtg, U.N. Doc. A/CONE 183/SR.7
- Operational Portal Refugee Situations, 'Total Persons of Concern', <<https://data2.unhcr.org/en/situations/syria>>accessed 1 December 2019.
- Pearson Z, 'Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law' (2006) 39 (2) Cornell International Law Journal 243-284.
- Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (17 July 1998).
- Reuters, 'Russia casts 13th veto of U.N. Security Council action during Syrian war', <<https://www.reuters.com/article/us-syria-security-un/russia-casts-13th-veto-of-un-security-council-action-during-syrian-war-idUSKBN1W42CJ>> accessed 1 Dec. 2019.
- Sterio M, 'The International Criminal Court: Current Challenges and Prospect of Future Success' (2020) 52 (1) Case Western Reserve Journal of International Law 467-478.
- The Guardian, 'Syrian refugees launch legal bid to try Assad for crimes against humanity', <<https://www.theguardian.com/law/2019/mar/07/syrian-refugees-launch-legal-bid-to-try-assad-for-crimes-against-humanity>> accessed 1 December 2019.

The International Federation for Human Rights (FIDH), 'The Office of the Prosecutor of the ICC - 9 Years On Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011) Recommendations to the Next ICC Prosecutor' (December 2011), available at <www.fidh.org/IMG/pdf/cpiproc579ang.pdf> accessed 1 March 2021.

UN Refugee Agency, 'Internally Displace People', <www.unhcr.org/sy/internally-displaced-people> accessed 1 December 2019.

UN Security Council, 'Referral of Syria to International Criminal Court Fails as Negative Votes Prevent Security Council from Adopting Draft Resolution', UN doc. SC/11407 (22 May 2014).

Whiting A, 'A Program for the Next ICC Prosecutor' (2020) 52(1) Case Western Reserve Journal of International Law 479-489.

Wierda MI, 'The Local Impact of A Global Court: Assessing the Impact of the International Criminal Court in Situation Countries' (2019) (Ph.D. Thesis, University of Leiden).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 17.04.2023
Revizyon Talebi: 19.04.2023
Son Revizyon Tarihi: 04.09.2023
Kabul: 27.09.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ/RESEARCH ARTICLE

Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda İddia Pazarlığı Kurumu

Ali Emrah Bozbayındır^{ID}

Öz

İddia pazarlığı kurumu, Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'nun son otuz yıldaki en tartışmalı konularının başında gelmektedir. Almanya Federal Cumhuriyeti'nde iddia pazarlığı kurumu, ilk önce gizli bir uygulama olarak hâkim, sanık, müdafî ve savcı arasında gerçekleştirilen, ceza muhakemesinin neticelendirilmesi amacıyla hizmet eden bir muhakeme usulü olarak ortaya çıkmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, mevzuatta düzenlenmemiş olmasına rağmen kurumu bazı çekincelerle de olsa kabul etmiş ve uygulamada dikkat edilmesi gereken hususlara ilişkin kıstasları tayin etmiştir. Nihayet, 2009 yılına gelindiğinde Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin talepleri neticesinde kanun koyucu, İddia Pazarlığına İlişkin Kanunla (*Verständigungsgesetz*) Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nu tadil etmiş ve bu değişiklik 1877 yılından beri yürürlükte olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tarihindeki en önemli değişikliklerden biri olarak değerlendirilmiştir. Alman iddia pazarlığı modeli hâkimin başat rol oynadığı olduğu bir usul olup, sanığın mahkemede suçunu ikrarı (*Geständnis*) karşılığında, mahkeme üzerinde anlaşılan cezanın üzerinde bir ceza vermeme sözü vermektedir. Buna ilave olarak, savcılık bu anlaşmayı veto yetkisini haizdir. Bu nedenle kurumun, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun maddi gerçeğin araştırılması gibi temel ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı münakaşalıdır. Alman Anayasa Mahkemesi ise 2013 yılında verdiği kararında, iddia pazarlığına ilişkin kanunun Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiş; ancak ceza muhakemesinin temel ilkelerini ve adil yargılanma hakkını vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, şeffaflık ve tutanağa geçirme konularında kanuna nazaran daha sıkı kıstaslar tayin etmiştir. 2020 yılında gerçekleştirilen bir ampirik çalışmaya göre ise resmi iddia pazarlığının uygulaması, Anayasa Mahkemesi'nin 2013 tarihli kararından bu tarafa düşüş göstermiştir. Makalede, Alman iddia pazarlığı tartışmasının temel konuları ve meselelerinin, konu hakkındaki ampirik çalışmaları da dikkate almak suretiyle tarih ve öğretî zaviyesinden tahlil edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İddia pazarlığı, ikrar, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, Alman Anayasa Mahkemesi, ceza muhakemesi hukuku reformu

Plea-Bargaining in German Criminal Procedure Law

Abstract

Plea-bargaining has been the most controversial issue for German criminal jurisprudence for the last thirty years. The German version of plea-bargaining first emerged as a clandestine mode of adjudication between the judge, defense counsel, and prosecutor. The Federal Court approved this practice and formulated guidelines for it. Acting upon open calls from the Federal Court for legislation regarding bargaining, the legislature amended the Code of Criminal Procedure (CCP) in 2009. The CCP has remained in force since 1877 and its 2009 amendment is deemed one of the most significant changes in its history. The German plea-bargaining process is judge-dominated: the defendant agrees to confess to the charges, and in return, the court assures that it will not exceed an agreed-upon sentence. The public prosecutor holds the right to veto such agreements. Unsurprisingly, plea-bargaining is thus in tension with the traditional principles of the CCP, for instance, the tenet of material truth. In a 2013 judgment, the German Constitutional Court upheld the 2009 legislation; however, it emphasized the traditional principles and fair trial. The Court also stipulated stricter rules pertaining to transparency and documentation than was envisaged in the 2009 legislation. An empirical study in 2020 reported a decline in the formal practice of plea-bargaining since the 2013 judgment by the Court. The present article adopts a historical and doctrinal perspective to offer an analysis of the major themes and issues related to the German plea-bargaining debate, taking due note of recent empirical research on the subject.

Keywords

Plea-bargaining, Confession, the principle of seeking material truth, German Constitutional Court, Reform of the criminal procedure

* Sorumlu Yazar: Ali Emrah Bozbayındır (Doç. Dr), Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ali.bozbayindir@boun.edu.tr ORCID: 0000-0002-0942-0680

Atf: Bozbayındır AE, "Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda İddia Pazarlığı Kurumu" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 457. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0006>



Extended Summary

Trial-avoidance procedures have functioned significantly in varying scopes and degrees in diverse criminal justice systems in common law and civil law countries, particularly over the last three decades. Among such practices, plea-bargaining and its functional equivalents have expanded across the globe. Plea-bargaining shakes the foundations of traditional criminal trials more than any other form of accelerated adjudication. Conventionally, criminal trials aim to establish the material truth through comprehensive inquiries into facts. Yet, recourse to plea-bargaining or institutes that share its fundamental principle of *du ut des* continues to expand. The substance of such bargains generally entails an exchange of confession or admission of the procedure for a more lenient punishment.

The particularities of such procedures are apparently based on the principle of consensus or consent between the parties and differ significantly among jurisdictions. However, a common element unites all variants: the defendant waives the right to a traditional trial and receives a more lenient sentence in return. Such a seemingly appealing exchange would reduce case backlogs and help the judiciary if the inherent inequality of the negotiating parties is disregarded. Dispensing with truth also generally implies a lenient punishment for the guilty but a harsh adjudication for innocent individuals or offenders who could have availed of the opportunity at their trials to tender valid justifications or excuses for their criminal acts. Unsurprisingly, therefore, generations of lawyers have voiced their disagreement with the ascent of plea-bargaining comparatively or in the context of a particular jurisdiction.

The present study examines the roots and current state of the German version of plea-bargaining (*Verständigung*). This practice allows defense counsel to negotiate with a judge so that the defendant can confess to an offense cited in the indictment in exchange for a more lenient sentence than would be meted if the defendant were to contest the charge in a traditional contested trial. The prosecutor holds the right to veto such an agreement. Specifically, the defendant undertakes to confess the cited charges in court, and the court assures in return that it will not exceed an agreed-upon sentence. In the German model, the judge initiates the plea-bargaining procedures, not the prosecutor. Germany is unique in Europe in the implementation of this model of judicial plea-bargaining. The present study begins with a brief overview of the core principles of the 1877 German Criminal Procedural Code. The basic structure of the Code has remained intact despite numerous subsequent amendments. The Code is founded on the principle of immediacy and the notion of the search for truth at a public trial. Indeed, according to para 244 sec. 2 of the Code, the court is charged with ascertaining that all evidence required to discover the truth about a case is produced at trial. The court calls and interrogates witnesses and experts and introduces documentary and real evidence. The German criminal justice system

was once dubbed a framework without plea-bargaining because of its dedication to truth in adjudication. Yet, the German version of plea-bargaining developed from the grassroots since the mid-1970s. It was initially shaped by the judiciary as a clandestine practice unknown to legal scholarship. This practice was first illuminated at the beginning of the 1980s. Since then, it indubitably remains the most contested issue of German criminal procedure jurisprudence because the institute of bargaining shakes the fundamental tenets of the German criminal procedural model.

Nevertheless, the negotiation of criminal judgments between the court and the parties was acknowledged under specific rules in the jurisprudence of the Federal Court of Germany. Subsequently, the German legislature authorized such negotiations by passing an amendment to the Criminal Procedure Code in 2009. The new provisions of the Code systemized the existing jurisprudence to a great extent and were upheld by the German Constitutional Court in 2013. The Court's decision attempted to regulate and delimit the practice of bargaining through a set of criteria pertaining principally to rules concerning the transparency and documentation of proceedings. Remarkably, a recent empirical study revealed a decline in the practice of plea-bargaining as enshrined in the Code since the 2013 judgment of the Constitutional Court. Thus, the present study probes into the reasons for ongoing informal negotiations conducted outside the ambit of the codified procedures of plea-bargaining stipulated in the Criminal Procedure Code.

Overall, the current article sequentially discusses the roots of German plea-bargaining, the scope of the current legislation, doctrinal debates surrounding the institute, the 2013 judgment of the Constitutional Court, the most recent empirical studies regarding formal and informal bargaining practices, and future probabilities.

Giriş

İddia pazarlığı kurumu, Alman ceza muhakemesi hukuku öğretisinin, son otuz yıldaki en münakaşalı konusudur. Kurumun farklı görünüm biçimleri de olsa, dar anlamda iddia pazarlığı kurumunun esasları büyük ölçüde, 2009 tarihli İddia Pazarlığı Kanunu ile Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na ("CMK") eklenmiş olan m 257c hükmüdür¹. İddia pazarlığının, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleriyle derin bir tezatlık içinde olduğu düşüncesinin yanı sıra uygulama tarafından geliştirilmiş olması ve uygulamacının bu nevi pazarlık usullerine yoğun bir şekilde müracaat ediyor olması, meselenin öğretinin en tartışmalı konularından biri haline gelmesinde başlıca nedenler arasında yer almaktadır.² CMK m 257c hükmüyle birlikte, yargı tarafından kanuni bir zemini olmaksızın tüm itirazlara rağmen otuz yıldan fazla bir süredir tatbik edilen bir usulün, deyim yerindeyse normatif neticesidir. İddia pazarlığı, kanundaki ifadeyle "mahkeme ile muhakeme sùjeleri arasında anlaşma" (*Verständigung*), tarafların hüküm üzerinde mutabakata varmalarını merkeze alan bir kurumdur.³ İddia pazarlığı çerçevesinde, sanığın ikrarı mukabilinde delillerin tartışılması aşamasının atlanması suretiyle, yargılama süresi önemli ölçüde kısaltılmakta, bunun karşılığında da cezada indirim yapılmaktadır.⁴ Alman ceza muhakemesi hukukunda iddia pazarlığı kurumu, nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir muhakeme usulü olarak tasvir edilmektedir.⁵

Kanuni düzenleme yapıncaya değin, gayri resmi şekilde yürütölen pazarlıkları yasal zemine kavuşturan 2009 kanunu, 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki en büyük değışikliklerden biri olarak görölmektedir.⁶ Alman modelinde pazarlık usulünün esasını, sanığın ikrarı karşılığında, mahkemenin ceza indirimi ve hükmedeceği cezayı noktasal olarak açıklaması yasak olsa da görece somutlaştırılmış bir ceza aralığını teklif etmesi teşkil etmektedir.⁷ Bu noktada, Alman ceza muhakemesi hukukunda pazarlık veya müzakere usulünün yalnızca kovuşturma

¹ Bertram Schmitt, in *Meyer-Goßner ve Schmitt Strafprozessordnung*, ed. Bertram Schmitt ve Marcus Köhler, (65. Baskı, C.H. Beck 2022) § 257c StPO kn 1.

² Luis Greco, 'Fortgeleiteter Schmerz- Überlegungen zum Verhältnis von Prozessabsprache, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur', *Goltdammer § Archiv für Strafrecht* (2016) 1-15, 1.

³ Krşl. Thomas Weigend, 'Verständigung in der Strafprozessordnung - auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell', in *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, (Hrsg.) René Bloy, Martin Böse, Thomas Hillenkamp, Carsten Momsen und Peter Rackow (Duncker & Humblot, 2010) 829-848, 829; Volker Krey ve Manfred Heinrich, *Deutsches Strafverfahrensrecht* (2. Baskı, Verlag W. Kohlhammer 2019) kn 1505; Werner Beulke ve Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht* (16. Baskı, C.F. Müller 2022) 594; Claus Roxin ve Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (30. Baskı, C. H. Beck 2022) 400.

⁴ Gerhard Fezer, 'Inquisitionsprozess ohne Ende? – Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes-' *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010), 177-185, 179.

⁵ Matthias Jahn, 'Verständigung in der Hauptverhandlung', in *Handbuch des Strafrechts*, (Hrsg.) Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius (Cilt 8, C. F. Müller 2022) 847-933, 851.

⁶ Fezer (n 4) 177, 182; Arndt Sinn, 'Vom Deal zur Verständigung', in *Praxishandbuch zur Verständigung im Strafverfahren*, (Hrsg.) Arndt Sinn ve Christian Schöbbling (Springer, Berlin 2017) 1-17, 1; Roxin ve Schünemann (n 3) 401; Alexander Ignor ve Kilian Wegner, '§ 257c StPO', in *Strafprozessordnung Kommentar*, (Hrsg.) Helmut Satzger ve Wilhelm Schluckebier (5. Baskı, Wolters Kluwer, Köln 2023) kn 1.

⁷ Friedrich-Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Strafprozessrecht* (7. Baskı, C.H. Beck, München 2017) 139; Uwe Murmann, *Prüfungswissen Strafprozessrecht* (5. Baskı, C. H. Beck, München 2022) 124; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 594.

safhasıyla sınırlı olmadığı vurgulanmalıdır. Soruşturma aşamasında savcılık ve şüpheli (ve varsa müdafî) arasında gerçekleşmektedir. Bu müzakerelerin neticesinde genellikle, şüphelinin hazineye bir miktar para ödemesi gibi bir belli yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde savcılık tarafından düşme kararı verilmesine imkân tanıyan, CMK m 153a uygulanmaktadır.⁸ Bu çerçevede, soruşturma aşamasında tatbik edilen bir başka kurum da savcılığın ceza kararnamesidir. Keza, iddianamenin kabulü safhasında da mahkeme ile muhakemenin diğer süjeleri arasında halktan yargıçların katılımı olmaksızın, sanığın ikrara hazır olup olmadığı, ikrar söz konusu olmadığı takdirde yargılamanın ne kadar süreceği ve sanığın alabileceği ceza hakkında müzakereler (*plea negotiations*) gerçekleşebilmektedir. Çalışma konumuzu teşkil eden iddia pazarlığının kovuşturma aşamasında tatbik edilebilen, hakimin riyasetinde yürütülen müstakil bir kurum olup, diğer kurumlardan farklı olarak kapsamına giren suçlar bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir.⁹ İddia pazarlığı neticesinde husule gelen bir anlaşma, umumiyetle delillerin ortaya konulması usulünün önemli ölçüde kısalması ve buna bağlı olarak tüm yargılama safahatının kısalmasıyla neticelenmektedir. Hüküm üzerinde uzlaşmak suretiyle taraflar sadece muhakemenin durumu ve şartları üzerinde anlaşmaya varmamakta, aynı zamanda hatırı sayılır bir bağlayıcılıkla muhakemenin sonucu üzerinde de mutabakata varmaktadır. Bu şekilde hüküm üzerinde pazarlık ve anlaşma, muhakemenin belli safhalarının yerini almakta ve özellikle delillerin toplanması aşaması önemli ölçüde kısaltmakta veya bu aşamadan tamamıyla sarfinazar edilmektedir.¹⁰

Bu nedenlerle iddia pazarlığı kurumu, Alman ceza muhakemesi hukukunun yapısal unsurları ve temel ilkelerini etkileyen bir nitelik taşımaması nedeniyle, bu husustaki tatbikat gün yüzüne çıktığından beri hararetli münakaşalara konu olmaktadır. İddia pazarlığı kurumu etrafındaki tartışmaların anlaşılması bakımından, çalışmamız kapsamında öncelikle, kurumu karşılamak için kullanılan kavramları ve zaman içinde tercih edilen bazıları menfî bir muhtevayı haiz kavramların izah edilmesi gereklidir (I.). Bu konudaki izahları takiben, kuruma ilişkin teorik tartışmaların zeminini teşkil etmek üzere öncelikle, 1877 Alman İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabul ettiği sistem ve bu sisteme egemen olan ilkelerin ana hatlarıyla izah edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle, tahkik sisteminin temel gayesi niteliğindeki maddi gerçeğin araştırılması ve ıslah edilmiş tahkik sistemi kapsamında maddi gerçeğe ulaşılmasında duruşmaya yüklenen anlam üzerinde durulmalıdır. Bu

⁸ Henning Radtke, 'Die Entwicklung der Absprachen im Strafverfahren', in *300 Jahre Oberlandesgericht Celle, Festschrift zum 300jährigen Jubiläum am 14. Oktober 2011*, (Hrsg.) Peter Götz von Olenhusen, (Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2011) 515-536, 516; Tonio Walter, *Strafprozessrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2020) 18-19; Wolfgang Joecks ve Christian Jäger, *Strafprozessordnung Studienkommentar* (5. Baskı, C. H. Beck, München 2022) 35.

⁹ Klaus Volk ve Armin Engländer, *Grundkurs StPO* (9. Baskı, C.H. Beck, München 2018) 281; Roxin ve Schünemann (n 3) 401.

¹⁰ Hennig Rosenau, 'Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet' in *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot, Berlin 2011) 1597-1628, 1601.

hususla, bilhassa İmparatorluk Kanunu sisteminin uzun süre ihtiyaca cevap verdiği yolundaki görüşle, iddia pazarlığının bir nevi Ortak Hukuk Dönemi tahkik sistemine rücu edilmesi şeklinde yorumlayan öğreti görüşleri üzerinde durulacaktır. Bu konudaki tetkikler sırasında, günümüz Alman ceza adaleti sisteminde dosya yükünün soruşturma ve kovuşturma evresi arasındaki dağılımı ile sistemdeki iddianame düzenlenme oranları ortaya konulacaktır (II). Alman ceza muhakemesi hukuku ve ceza adaletinin konumuzla ilgili başat unsurları ortaya konulduktan sonra, iddia pazarlığı kurumuna ilişkin uygulama ve mevzuatın gelişim seyri ve kurumun ortaya çıkışını izah eden görüşler ele alınacaktır (III). Kurum hakkındaki tenkitleri veya kuruma taraftar olan öğreti görüşlerinin (V.) anlaşılabilmesi bakımından, öncelikle başta CMK. 257c olmak üzere, Alman kanununun birçok hükmüne serpiştirilen iddia pazarlığına ilişkin meri mevzuat ve uygulama, konuya ilişkin güncel literatür ışığında mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde irdelenecektir (IV.). Çalışmamızın kuruma ilişkin güncel tartışmaları ve yeni gelişim safhalarının ortaya konulması ve değerlendirilmesi amacı doğrultusunda, iddia pazarlığına ilişkin son yıllardaki gelişmeler iki ayrı başlık altında değerlendirilecektir. Bunlardan ilki, Alman Anayasa Mahkemesi'nin iddia pazarlığı kurumunu düzenleyen yasanın anayasaya uygunluğunu değerlendirdiği 2013 tarihli kararıdır (VI). Bu kararda üzerinde durulan temel meseleler, karara ilişkin öğreti görüşleriyle birlikte değerlendirildikten sonra, kararın mevcut tatbikatta en azından kuruma ilişkin yasal düzenlemeye ilişkin uygulamanın gerilemesindeki etkileri tartışılacaktır. Bu kapsamda özellikle, iddia pazarlığı hakkında 2020 yılında yayınlanan son derece kapsamlı teorik ve ampirik yöntemlerin bir arada uygulandığı bir araştırmadan hareketle, özeld e iddia pazarlığı, genelde ise Alman ceza muhakemesi hukukunun geleceğine dair görüşler tetkik edilecektir (VII).

I. Kavram

Alman ceza muhakemesi hukukunda, muhakeme sùjeleri arasındaki müzakere ve pazarlıkla yargılamanın sona erdirilmesi, mevzuatta bir düzenleme olmadan uygulama şekillendiğinden, kurumu ifade etmek için öteden beri farklı kavramlar kullanılmıştır. Kurum ortaya çıktığı dönemden bu yana en sık kullanılan kavramın, kelime anlamı müzakere veya anlaşma olarak tercüme edilebilecek olan “*Absprache*” veya “*Urteilabsprachen*” terimidir.¹¹ Buna karşılık, bu kelimelerin kavramsal karşılığının iddia veya ikrar pazarlığı olarak ifade edilmesi daha yerinde olacaktır. Günümüzde anlaşma kavramı, bir üst kavram niteliğini kazanmış olup hem resmi hem gayri resmi müzakereleri kapsamaktadır. Bu kavram, muhakemenin yürüyüşü ve neticesi hakkında sanığın belli bir muhakeme işleminde bulunması karşılığında, savcı veya mahkemenin bir muhakeme işleminde bulunması hususunda mutabakata, uzlaşmaya

¹¹ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 851.

varılması muhtevasını haizdir.¹² Çalışmada, muhakemeyi sona erdiren mahkeme kararı üzerinde anlaşma (*Urteilsabsprache*) üzerinde durulacaktır. Burada karşılıklı esasına dayanan bir anlaşma hatta sözleşme benzeri bir hukuki ilişki söz konusudur.¹³ Gerçekten, iddia pazarlığının Alman hukukundaki görünüm biçimlerinin de temelini bir mübadele teşkil etmektedir. Mübadelenin konusu ise sanığın ikrarı sayesinde mahkemenin zamandan tasarrufu mukabilinde, cezasının hafifletilmesidir.¹⁴ Buna karşılık, kuruma ilişkin kanuni adlandırmada bu sözleşme benzeri bağlayıcı nitelikte olduğu intibasını uyandırmamak için uzlaşma ve pazarlık yerine bir mesele üzerinde hem fikir olma manasına gelebilecek daha yumuşak ve müphem bir muhtevayı haiz bir tabir olan, muhakeme ve muhakeme süjeleri arasında anlaşma manasında kullanılan “*Verständigung*” tercih edilmiştir.¹⁵

Anlaşma terimi günümüzde hem CMK m 257c’deki kurumu hem de Ceza Muhakemesi Kanunu’nda sayılan şartları taşımayan gayri resmi anlaşmaları da ifade etmek üzere kullanılmaktadır.¹⁶ Buna karşılık, bu nevi müzakere ve pazarlık ihtiva eden kurumlara karşı menfi yaklaşımın bir sonucu olarak, değer yüklü, pejoratif bir terim olan, pazarlık anlamına gelen ve gayri resmi hüküm üzerinde uzlaşmak suretiyle anlaşmalarını ifade etmek üzere “*Deal*” terimi de yaygın bir şekilde kullanılmıştır.¹⁷ Bu kuruma karşı olan menfi tutumu vurgulamak için kullanılan “*Deal*” terimi eleştirilirken; bu eleştirileri vurgulamak için kimi zaman hakimler, siyah cübbeli müzakereciler ve kuruma ilişkin uygulama adaletle ticaret olarak tavsif edilmiştir.¹⁸

2009 yılındaki kanuni düzenlemede ise esasen uzlaşma olarak da çevrilebilecek; ancak ülkemizdeki uzlaşma kurumuyla karıştırılması ihtimaline binaen, “mahkeme ile muhakeme süjeleri arasında anlaşma veya uzlaşma”¹⁹ veya “hüküm anlaşması”²⁰ şeklinde ifade edilebilecek olan “*Verständigung*” kavramı tercih edilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinde, “*Deal*” ve “*Absprache*” kavramlarının menfi çağrışımları etkili olmuş; üçüncü ve daha nötr bir manayı muhtevi “*Verständigung*” kavramı tercih edilmiştir.²¹ Günümüzde kanundaki şartları taşıyarak gerçekleştirilen

¹² Radtke (n 8) 516.

¹³ Roxin ve Schünemann (n 3) 401; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 866; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 2.

¹⁴ Carl-Friedrich Stuckenberg, in: Löwe/Rosenberg, § 257c StPO (Cilt 7 §§ 256-295, 27. Baskı, De Gruyter) kn 10.

¹⁵ ibid kn 25.

¹⁶ Karsten Altenhain, Matthias Jahn ve Jörg Kinzig, *Die Praxis der Verständigung im Strafprozess* (Nomos, Baden-Baden 2020) 539; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 2.

¹⁷ Urs Kindhäuser ve Kay H. Schumann, *Strafprozessrecht* (6. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2022) 243; Meyer-Goßner ve Schmitt § 257c StPO (n 1) kn 4; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 2; Murmann (n 7) 124.

¹⁸ Bu farklı adlandırmalar hakkında bkz Kindhäuser ve Schumann (n 17) 243; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 851; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 594.

¹⁹ Feridun Yenisey, ‘Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu’ *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl 2013, Cilt 19, Sayı 2, 453-469, 465.

²⁰ Meral Kıcı Şahin, ‘Yargılamayı Hızlandıran bir Model Olarak Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Hüküm Anlaşması (§ 257c StPO)’, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2020, Cilt 1, 303-320, 304.

²¹ Sinn (n 6) 1, 2.

müzakere ve pazarlıklar neticesinde varılan iddia pazarlığına, resmi iddia pazarlığı (*formelle Verständigung*) ve CMK’da öngörülen şartları taşımadan gerçekleştirilen anlaşmalara ise gayri resmi iddia pazarlığı (*informelle Verständigung*) denilmektedir. Kanunda tercih edilen “*Verständigung*” terimi, düzenlenen konunun ağırlığını deyim yerindeyse hafifletmekte ve bazı müelliflerce dil bilgisi bakımından hatalı bulunmaktadır.²² Kurum, kanuni bir tanıma kavuşturulmadığından, belirsiz bir hukuk kavramı olarak tavsif edilmektedir. Bu hususta özellikle, kanuna aykırı anlaşmaların (*illegale Absprachen*) da iddia pazarlığı olarak adlandırılıp adlandırılmayacakları da öğretilerde münakaşalıdır.²³ Bununla birlikte, kavram CMK 257c f 1 hükmünden hareketle, muhakemenin sülhlerinin mutabakatı esasına dayanan ve hem muhakemenin yürüyüşü hem de neticesi üzerinde anlaşmayı mümkün kılan bir kurum hüviyetindedir. Gerek kanunun lafzı gerekse de iddia pazarlığının mahkeme üzerindeki bağlayıcı etkisinden hareketle kurum, kanunda sayılan konular üzerinde mahkeme ve sanık arasında karşılıklı alışveriş ilişkisinin savcılığın onayı suretiyle gerçekleştiği bir tür bağlayıcı anlaşma olarak tanımlanmaktadır.²⁴ Bu nedenle, yalnızca taraflardan kendisini anlaşmayla bağlı gördüğü yolundaki beyanı, hukuki anlamda bir iddia pazarlığı neticesinde husule gelen bir anlaşma olarak tavsif edilemeyecektir. Keza hukuki bağlayıcılık tesis etme iradesi ihtiva etmeyen, tek taraflı mahkemenin organizasyonuna ve iddia pazarlığına hazırlık mahiyeti niteliğindeki beyanlar da iddia pazarlığı kavramının kapsamı dışındadır.²⁵ Bununla birlikte, CMK 257b hükmünde düzenlenmiş olan duruşma sırasında mahkemenin içinde bulunduğu durumun değerlendirilmesi sırasında gerçekleşen iddia pazarlığı hazırlığı mahiyetindeki müzakerelerle, CMK m 257c’de hüküm üzerinde bir anlaşmanın husule gelmesi sonucunu doğuran pazarlık arasında kesin bir sınır çizmenin mümkün olmadığı ifade edilmelidir.²⁶

Çalışma başlığında tercih ettiğimiz terim, Alman öğretilerinde de Alman iddia pazarlığı (*plea bargaining*) kurumunun, mukayeseli ceza muhakemesi hukukunda işlevsel karşılığını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.²⁷ Gerçekten, kurumun özünü en iyi yansıtan kavramlardan biri olan iddia pazarlığı, yasal düzenlemeye atıf yapıldığında kullanılacak olan iddia pazarlığını da ihtiva eden; ancak gayri resmi iddia pazarlıklarını da ihtiva eden bir üst kavram hüviyetindedir. Alman ceza muhakemesi hukukunda, bu kurumun ilk olarak yine İngilizce kökenli bir kelime olan, sonraları Almancaya girmiş olan “*Deal*” ifadesiyle ifade edilmesinin yanı sıra, kuruma Anglo-sakson “*plea bargaining*” kavramının Almanya’da bilinmiyor olmasıyla izah

²² Schroeder ve Verrel (n 7) 139.

²³ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 17.

²⁴ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 866.

²⁵ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 866, 867.

²⁶ ibid 867.

²⁷ Konuyu mukayeseli ceza muhakemesi hukuku metodolojisi çerçevesinde ele alan bir çalışma için bkz Rosenau, “*Plea Bargaining*” (n 10) 1603 vd.

edilmektedir.²⁸ Buna ilave olarak, öğretilerde Alman ceza muhakemesindeki kurumun, gerçek anlamda bir pazarlık (*echtes bargaining*) olduğu ifade edilmektedir. Zira, Alman örneğinde de ceza indirimi karşılığında sanığın iddianamedeki suçu ikrarı şeklinde tezahür eden bir alışveriş söz konusudur. Keza Anglo-sakson Hukukunda her zaman itiraf anlamına gelmeyen, davanın sonuçlandırılması sonucunu doğuran usuli bir işlem niteliğindeki ve Kıta Avrupası'nda bir delil niteliğindeki ikrardan (*Geständnis*) farklı olarak, daha çok medeni usul hukukundaki davanın kabulüne (*Anerkennntnis*) benzeyen “*guilty plea*” kurumuyla, iddia pazarlığı kapsamındaki ikrarın uygulamada benzer bir işlev üstlendiği müşahade edilmektedir.²⁹

II. 1877 Tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Muhakeme Sisteminin Temel Esasları

Temelleri 19. yüzyılda atılan Alman ceza muhakemesi geleneğinin ve bugün yürürlükte olan ceza muhakemesi kanununun merkezinde, Fransız karma sisteminin de hatırı sayılır izlerini taşıyan, tahkik sistemi esasına dayanan maddi gerçeğin araştırılması ilkesi yer almaktadır. Bugün yürürlükte olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Ortak Hukuk dönemi tahkik sisteminin (*Inquisitionsprozess*) noksanlıklarının giderilmesi ıslahı amacıyla hazırlanmıştır.³⁰ Bununla birlikte, bu büyük ceza muhakemesi reformu, önceki dönemin ceza muhakemesinin tamamıyla terkiyle değil, ıslahıyla sonuçlanmıştır.³¹ Bu çerçevede, 1877 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu, önceki döneme ait ilkelerle modern unsurları bünyesinde birleştiren, deyim yerindeyse büyük bir telifik niteliğindedir. Kanun bir taraftan tahkik sisteminin temel ilkesi olan maddi gerçeğin araştırılmasını muhafaza etmiş, buna ilave olarak vatandaşların temel haklarının korunmasına ilişkin liberal hukuk anlayışının ürünü olan yeni birtakım ilkeler sevk etmiştir.³² Bu modelin merkezinde ise delillerin tartışılması suretiyle, atılı suça ve sanığın kusuruna ilişkin tüm hususların vuzuha kavuşturulduğu aleni duruşma yer almaktadır. Kabaca bu temel sütunlar üzerine inşa edilmiş Alman ceza muhakemesi sistemi, genel kabul gören görüşe göre uzun bir süre oldukça pratik, işlevsel ve zamanın şartlarına intibak eden yapısıyla temayüz etmiştir.³³ Ayrıca Kanunla, önceki dönemden farklı olarak savcılık kurumunun ihdası

²⁸ Bernd Schünemann, ‘Urteilsabsprachen im Strafverfahren oder die Rückkehr des Rechtsstaats zum Tauschhandel’ in: *Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, (Hrsg.) Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman ve Fernando J. Cordoba (Duncker & Humblot, Berlin 2020) 953-968, 960.

²⁹ Bernd Schünemann, ‘Zur Entstehung des deutschen ‘*plea bargaining*’, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*’ (Hrsg.) Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Horst Eidenmüller, Christiane Wendhehorst ve Johannes Adolff (C.H. Beck, München 2005) 1177-1195, 1190, 1191.

³⁰ Wolfgang Wohlers, in *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, (Hrsg.) Jürgen Wolter (Cilt I, 5. Baskı, Carl Heymanns Verlag, Köln 2018), Einleitung kn 117, 118.

³¹ Fezer (n 4) 177.

³² Ibid 177; Thomas Weigend, ‘Neues zur Verständigung im deutschen Strafverfahren?’ in *Was wird aus der Hauptverhandlung? Quel avenir pour l’audience de jugement?* 4. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Bonn University Press, Bonn 2014) Jocelyne Leblois-Happe /Carl-Friedrich Stuckenberg (Hrsg.), 199-219, 200, 201.

³³ Weigend, *Neues zur Verständigung*, (n 32) 200, 201.

ve soruşturmanın yürütülmesinde yetkili olması ile sanığın artık muhakemenin bir objesi değil, bilakis belli haklarla donatılmış bir süjesi haline getirilmiştir.³⁴

Elbette aradan geçen uzun zaman, kanunun bazı temel özelliklerinin değiştirilmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Konumuzla da bir ölçüde irtibatlı olan bu değişikliklerin başında, katı kovuşturma mecburiyeti ilkesine dayanan İmparatorluk Kanunu'nun bu yapısının zaman içinde gittikçe savcıya oldukça geniş yetkiler tanıyan bir takdir, maslahata uygunluk yetkisi bırakması olmuştur. Keza, soruşturma hakimliğinin kaldırılarak, bu husustaki yetkilerin tamamen savcılık ve polise bırakılması da anılan kanunun orijinal yapısında yapılan değişiklikler arasında yer almaktadır.³⁵ Bu değişikliklere karşın, duruşmanın merkezi konumu muhafaza edilmiştir. Hakimnin duruşmada kapsamlı bir şekilde delilleri toplaması suretiyle maddi gerçeği araştırması ve muhakemeye ilişkin tüm hususları aleniyet ilkesi çerçevesinde tartışması düşüncesi uzun süre cari olmuştur.³⁶

Bununla birlikte, günümüzde iddia pazarlığı konusunda yaşanan sorunu Alman ceza muhakemesinin, 19. Yüzyılda benimsenen yapısal unsurlara bağlayan müellifler de bulunmaktadır. Öğretide *Greco*, iddia pazarlığı kurumunun ortaya çıkışını Alman ceza muhakemesi sisteminin bozulması değil, bilakis gerçek yapısının ürünü olduğu kanaatinde. Bu nedenle müellife göre, sorun iddia pazarlığı değil, Alman ceza muhakemesinin yapısıdır.³⁷ Bir başka deyişle, müellif bugünkü sorunların temelinde, reforma tabi tutulmuş ceza muhakemesi sisteminin bizatihi kendisinin olduğu kanaatinde. Buna göre, pazarlığa dayalı olarak ceza muhakemesinin sona erdirilmesinin, Alman ceza muhakemesinde alternatifinin olmadığı görüşü de savunulmaktadır. Bu nedenle, ancak yapısal bir reform marifetiyle mevcut sorunların aşılabileceği görüşü savunulmaktadır.³⁸ *Greco*'ya göre, iddia pazarlığı ortak hukukun tahkik sisteminin, 19. yüzyıl reformunun ürünü ceza muhakemesi hukukundan intikamı mahiyetindedir.³⁹ Esasen anılan dönemde, gerçekleştirilen reformla Fransız tipi bir ceza muhakemesi modeline geçilmesi hedeflenmiş, önceki dönemin unsurları bilinçli olarak geride bırakılmaya çalışılmıştır.⁴⁰ Karma sistem olarak da adlandırılan Fransız sistemi (*systeme mixte*) yazılı ve büyük ölçüde gizli bir soruşturma aşaması (*instruction preparatoire*) ve bunu da sözlülük, aleniyet ve delillerin tartışılması esasına dayanan duruşma aşaması takip ediyordu. Sistemin karma olarak adlandırılmasının sebebi bu aşamaların birbirini takip etmesi olup, kavramların karma

³⁴ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 123.

³⁵ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 201.

³⁶ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 851.

³⁷ Greco (n 2) 10.

³⁸ ibid 1.

³⁹ ibid 7; benzer bir görüş için bkz Stuckenberg (n 14) § 257c kn 14, 18.

⁴⁰ Ceza muhakemesi sisteminin tarihi gelişimi ve karma sistem hakkında yakın tarihli bir çalışma bkz Mariana Sacher, *Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit* (Duncker & Humblot, Berlin 2022), 28 vd.; 63 vd.; ayrıca bkz Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 121, 122.

bir şekilde kullanılması şeklinde uygulanmamıştır.⁴¹ Bu nedenle, soruşturma aşaması bakımından Ortak Hukuk dönemi tahkik sisteminin yapısal özellikleri büyük ölçüde muhafaza edilmiştir. Fransız sistemi, Alman ceza muhakemesi reformları üzerinde de tesirli olmuştur. Bu çerçevede, Fransız karma sisteminde de olduğu gibi, maddi gerçeğin hakim tarafından araştırılması ilkesi muhafaza edilmiştir. İngiliz itham sisteminin benimsenmesi yolundaki görüşlere karşın, bu sistemin Alman milletinin karakterine yabancı bir hukuk anlayışı olduğu değerlendirilmiştir. Benzer şekilde, medeni usul hukukuna benzer bir sistemin benimsenmesi yolundaki görüş de kabul görmemiştir.⁴² Bu çerçevede, 19. yüzyıl Alman Ceza Muhakemesi reformunun en önemli unsuru, sanık haklarına ilişkin birçok yeniliğin yanında, hiç şüphesiz duruşma aşamasının muhakeme safahatına eklenmesi olmuştur.⁴³ *Fezer*'in ifadesiyle, anılan dönemde yeni olan maddi gerçeğin araştırılması değil, maddi gerçeğe ulaşmasında benimsenen şekil kurallarıydı. Bu çerçevede, sözlülük ve doğrudan doğruyalık ilkesine uygun bir şekilde duruşmada tespit edilecek maddi gerçeğe ulaşılması sürecine, muhakemenin diğer sükelerinin de katılması öngörülmüştür. Buna göre, yargılamanın merkezi olarak tayin edilen duruşma aşamasının temel amacı hakim tarafından, gerektiğinde resen araştıracağı sanığın leh ve aleyhine olan sözlülük ve doğrudan doğruyalık ilkeleri çerçevesinde delillerin değerlendirilmesiyle maddi gerçeğin araştırılmasıdır.⁴⁴ Kanunun kabul edildiği dönemde bu yeni muhakeme sisteminin, yargının iş yükünü artırıp artırmayacağı şeklinde bir soru, anılan dönemde böyle bir sorunun olmaması nedeniyle gündeme gelmediği ifade edilmektedir.⁴⁵ Fransız sisteminin İngiliz sistemine tercih edilmesinin, konumuz bakımından önemli sonuçlarından biri de ikrarın hukuki niteliği olmuştur. Gerçekten, İngiliz ceza muhakemesinde, her zaman itiraf anlamına gelmeyen ikrar (*guilty plea*), bir usuli işlem niteliğinde olup, muhakemeyi sona erdirici etkisi bulunmaktadır. Buna karşın Alman ve Fransız sisteminde ise 19. yüzyıl reformlarıyla birlikte ikrar, yalnızca diğer birçok ispat vasıtasından biri olarak değerlendirilmiş; önceki dönemdeki, delillerin kraliçesi niteliğini kaybetmiştir.⁴⁶ Günümüze gelindiğinde, ikrarın hukuken olmasa da fiilen bu eski statüsüne kavuştuğu müşahede edilmektedir.⁴⁷ İkrarın yeniden merkezi bir konuma oturmasını sağlayan günümüz yargılama pratiğinde, gizli ve delillerin tartışılmasının söz konusu olmadığı soruşturma aşamasında elde edilen deliller neticesinde, mahkeme kararı fiilen, büyük ölçüde artık herhangi bir kontrol işlevi taşımayan iddianamenin kabulü aşamasında verilmektedir.⁴⁸ Bunun sonucu

⁴¹ Sacher (n 40) 63, 65, 73.

⁴² Fezer (n 4) 177, 178; Sacher (n 40) 69.

⁴³ Sacher (n 40) 73.

⁴⁴ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 14; Sacher (n 40) 74, 75.

⁴⁵ Fezer (n 4) 178.

⁴⁶ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 10; ayrıca bkz Christoph Zehetgruber, *Maßgebliche Aspekte des deutschen und kalifornischen Strafverfahrensrechts* (Duncker & Humblot, Berlin 2019) 407, 408.

⁴⁷ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 18.

⁴⁸ *ibid* kn 14.

olarak mahkemelerin, uygulamada büyük ölçüde dosyadaki delilleri okumakla hatta bazı hallerde yalnızca iddianamenin okunmasıyla yetindikleri ifade edilmektedir.⁴⁹

Öğretide *Greco*'ya göre ise önceki dönemden farklı olarak 19. asır Alman İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun öngördüğü duruşma ve bu duruşmaya hakim olan sözlülük ve doğrudan doğruyalık ilkeleri daha o günlerde yargılamayı geciktiren unsurlar olmuştur. Uygulamada, esas ağırlığı soruşturma aşamasının teşkil etmesiyle birlikte ikrar pazarlığına, yani artık gizli, yazılı ve sanığı muhakemenin süjesi olarak kabul etmeyen Ortak Hukuk sistemine rücu edilmesi çok zor olmamıştır.⁵⁰ Bu muhakeme sistemi, ilk derece hakiminin soruşturma dosyasına hakim olması da sanığın neredeyse yarı hükümlü olarak duruşma salonuna girmesi ve soruşturma aşamasının kovuşturmaya önceliği olgularını kaçınılmaz olarak beraberinde getirmiştir.⁵¹ Bir başka deyişle, hakim sanığın aleyhindeki delillerle vakıf olarak duruşmaya girmesi, esasen bu deliller temelinde sanığın mahkumiyetini büyük bir ihtimalle beraberinde getirmekte ve bu durumda duruşma safhasına neden ihtiyaç duyulduğunun sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Bu durumda, hakim kararının gerekçesine katkıda bulunabilecek ikrarın varlığı da yargılamanın hızlı bir şekilde neticelendirilmesine tabiatıyla katkı sağlayacaktır. Bu tespitlerden hareketle *Greco*, bu şartlar altında iddia pazarlığının Almanya'da ortaya çıkmasının değil, neden bu kadar geç ortaya çıkmış olduğunun sorgulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle müellif, aşağıda kurumun ortaya çıkışına ilişkin öğreti görüşleri, meselenin esas sebebinin değil de iddia pazarlığının uygulanmasını tetikleyen unsurlar olarak değerlendirmektedir.⁵²

Yabana atılmaması gereken bu tahlillere rağmen, öğretilerdeki hakim görüş duruşmada delillerin aleni ve sözlü bir şekilde tartışılması modelinin, 19. yüzyıl sonunda mahkemelerin önüne gelen vakaların yargılanması bakımından son derece uygun olduğu ve ikrar pazarlığının bu sistemi bozan bir unsur olarak ortaya çıktığı şeklindedir.⁵³ Belki de bu nedenle Alman İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edildikten sonraki ilk birkaç on yıl pek bir değişikliğe uğramamıştır.⁵⁴ Bu sistemde, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde CMK m 261'de vazedildiği üzere hakim kararını, yalnızca duruşmada edindiği kanaat temelinde kurması esastır. Bu da günümüz Alman ceza muhakemesi sisteminde gerek sanık hakkındaki kararın gerekse de cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin sözlü ve doğrudan doğruya aleni duruşmada delillerin tartışılması suretiyle belirlenmesi

⁴⁹ ibid kn 14.

⁵⁰ *Greco* (n 2) 7.

⁵¹ ibid 8, 9.

⁵² ibid 9, 10.

⁵³ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 141.

⁵⁴ ibid kn 134.

gereğini ortaya koymaktadır.⁵⁵ Kanunun kabulünü takip eden dönemde mahkemelerin önüne daha ziyade kasten öldürme, yaralama, yağma, cinsel suçlar, konutta hırsızlık ve hırsızlığın diğer görünüm biçimleri, küçük dolandırıcılıklar geliyordu. Bu nevi vakaların, mevcut deliller marifetiyle aleni duruşmada aydınlatılması kimi zaman yorucu ve vakit alıyor olsa da umumiyetle bir davanın neticelenmesi birkaç saat içinde veya en fazla birkaç duruşma alıyordu.⁵⁶ 21. yüzyıla gelindiğinde ise bu manzara önemli ölçüde değişmiş bulunmaktadır. Almanya’da ortalama vakaların yalnızca %11’i hakkında iddianame düzenlenmektedir. Ortalama yıllık 4.5 milyon vakadan savcılar yine ortalama yalnızca 500.000 vaka hakkında iddianame düzenlemektedir. Bu değişim, 19. yüzyılda çok sayıda hafif ve ispatı kolay vakanın mahkemelerin işi olmasına karşın, günümüzde bu tür vakalar kovuşturma safhasına dahi ulaşmamakta; bunlar, savcılara kamu davasını açmama konusunda takdir yetkisi tanıyan hükümler veya yazılı usulde yürütülen ceza kararnamesi marifetiyle halledilmektedir.⁵⁷ Hakkında iddianame düzenlenen vakalar ise umumiyetle kapsamlı, maddi olay ve hukuki bakımdan çetrefil niteliktedir. Alman öğretisinde sıklıkla ticari ceza davaları ve örgütlü suçlar bakımından bu zorluğa işaret edilmektedir.⁵⁸ Bunun dışında kapsamlı, gizli izleme veya gizli soruşturmacı gibi tedbirlere müracaat edilen davalar da bu kapsama girmektedir. İşte Alman İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu’nun duruşma modeli, özellikle bu iki dava tipinin yargılanması bakımından uygun görülmemektedir. Zira bu tür davalarda delil birkaç tanığın dinlenilmesinden ibaret olmayıp, genellikle çok sayıda evrak ve iletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen ve elektronik olarak kaydedilmiş bilgilerden oluşmaktadır. Buna ilave olarak uluslararası niteliği olan davalarda, yurt dışında elde edilmiş delillerin duruşmada tartışılması hususunda da zorluklarla karşılaşmaktadır.⁵⁹ Bunun sonucu ise artık günümüzde soruşturma ve kovuşturma arasındaki dengelerin yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacının yanında, mevcut modelin kanuni hükümlerinin uygulanması marifetiyle duruşmada uygun bir zaman ve iş yükü çerçevesinde çözümü pek mümkün görülmemektedir. Bu çerçevede elbette ideal çözümün hakkında iddianame düzenlenmiş bütün dosyaların kurallara uygun bir şekilde yargılanmasıdır; ancak birçok ülkede olduğu gibi Almanya’da da adliye personeli istihdamında tasarrufa gidilmiş olması, yargının iş yükünün artmasına neden olmaktadır.⁶⁰ İşte bu noktada, Alman ceza muhakemesi hukukunda yasalarda öngörülme-yen yıllarca gizli bir şekilde uygulamaya yerleşen iddia pazarlığı kurumu bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Uygulamacılar Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerini dikkate almaksızın ve mahkûmiyet kararlarının muhtevasını maddi gerçeğin duruşmada araştırılması

⁵⁵ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 201.

⁵⁶ ibid 201.

⁵⁷ ibid 201.

⁵⁸ Diethelm Kleszczewski, *Strafprozessrecht* (2. Baskı, Vahlen, Stuttgart 2013) 125.

⁵⁹ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 201, 202; ayrıca bkz Murmann (n 7) 124.

⁶⁰ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 202, 203; kaynak noksanlığı argümanının, Almanya’nın önde gelen ekonomilerinden biri olması yönünden tenkidi için bkz Zehetgruber (n 46) 415, 416.

suretiyle değil de yasak olmasına rağmen gayrı resmi anlaşmalar (*Deal*) marifetiyle tayin etme yoluna gitmiştir.⁶¹ Aşağıda tarihi gelişimini ele alacağımız bu kurumun ortaya çıkışında muhakemenin sùjelerinin bilhassa müdafilerin bazen de hakimlerin inisiyatifiyle gerçekleşen gayrı resmi görüşmelerde anlaşma sağlanmaya başlanmıştır. Bu gayrı resmi görüşmeler yargılamayı oldukça hızlandırmış, sanık genelde şekli bir ikrar ve mahkeme ise belli bir hafif cezayı garanti etmesi suretiyle pazarlıklar gerçekleştirilmiştir.⁶²

Bu nedenle, ikrar üzerinde pazarlığın ortaya çıkışı, Alman ceza muhakemesi kültürünün yozlaşması hatta çöküşü olarak görülmektedir.⁶³ Hala daha ziyade azınlıkta olan bir başka görüş ise bu kurumla birlikte İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun geleneksel duruşmada delillerin tartışılması marifetiyle maddi gerçeğin araştırılması modeline eş değer nitelikte, yeni bir mutabakata dayalı muhakemenin sona erdirilmesi usulünün ortaya çıktığını savunmaktadır. Bu modelin merkezinde ise sanığın rızası veya usulü kabul etmesi yer almaktadır.⁶⁴ Bu izahlar ışığında, 2009 yılında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen iddia pazarlığı kurumunun, kanunun 130 yıllık tarihindeki en köklü değişikliklerden biri olarak değerlendirilmesinin anlamı ortaya çıkmaktadır. Keza, iddia pazarlığına ilişkin kanun on yıldan fazla bir süredir yürürlükte olmasına karşın halen Alman ceza muhakemesi modeliyle uyumsuz, sistematik ve dogmatik bakımlardan yabancı bir unsur olarak telakki edilmektedir.⁶⁵ Bu nedenle, iddia pazarlığına ilişkin kanuni düzenleme gerek yasalaşma aşamasında gerekse yasalaştıktan sonra, Alman ceza muhakemesinin, yukarıda kısaca arz edilen maddi gerçeğin araştırılması ve kusura uygun ceza verilmesi ilkelerine dayanan yapısıyla bir tezatlık içinde olduğu değerlendirilmektedir.⁶⁶ Esasen *Wohlers* gibi müellifler tarafından, bu kurumla birlikte belli başlı muhakeme ilkelerinin ihlalinin ötesinde, kodifiye edilmiş muhakeme yapısının bizatihi kendisinin sorgulandığı müşahade edilmektedir.⁶⁷ Bu nedenle öğretide *Soyer*'e göre, Alman ceza muhakemesi hukuku doktrini 1980li yıllarda gün yüzüne çıkan iddia pazarlığı tatbikatını, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na bir ihanet olarak değerlendirmiş olmasına şaşırılmamalıdır.⁶⁸ Bu kurumla birlikte, artık

⁶¹ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 203; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 4.

⁶² Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 203.

⁶³ Örneğin bkz Bernd Schünemann, 'Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaates', *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2009) (4), 104-107, 104; ayrıca bkz Radtke (n 8) 519.

⁶⁴ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 851.

⁶⁵ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 830, 833; Schroeder ve Verrel (n 7) 140; Zehetgruber (n 46) 411, 412; Walter (n 8) 186; Bernd von Heintschel-Heinegg, 'Kapitel 33: Verständigung im Strafverfahren', in *Handbuch für den Staatsanwalt*, (Hrsg.) Helmut Vordermayer, Bernd von Heintschel-Heinegg, Robert Schnabl ve Wolfgang Beckstein (7. Baskı, Wolters Kluwer, Köln 2023) kn 1.

⁶⁶ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 141; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 9.

⁶⁷ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 141.

⁶⁸ Richard Soyer, 'Absprachen im Strafverfahren- eine gesetzliche Regelung tut not', in *Festschrift Roman Leitner*, (Hrsg.) Markus Achatz, Rainer Brandl ve Robert Kert (Linde Verlag, Wien 2022) 427-437, 428. *Sinn*, konu hakkındaki tartışmaların duygusal bir zeminde yürütüldüğü kanaatindedir. Bu hususta öğretilde kullanılan iddia pazarlığını kanser hücreleri vb. sıfatlarla tanımlayan ifadeler için bkz Sinn (n 6) 2.

maddi gerçeğin araştırılmadığı, bilakis yalnızca müzakere edildiği ifade edilmektedir. Böylece tahkik sisteminin özünde yer alan maddi gerçeğin araştırılmasından fiilen vazgeçildiği tenkidi de sıklıkla dile getirilmektedir.⁶⁹ Bu noktada, yukarıda kısmen temas edilen kurumun ortaya çıkış nedenleri üzerinde durulması, kurumun sistem içerisinde üstlendiği işlevin anlaşılması bakımından önem arz etmektedir.

III. Kurumun Ortaya Çıkışı ve Nedenleri

1. Uygulama Tarafından İhdas Edilen Bir Kurum Olarak İddia Pazarlığı

İkrar pazarlığı özellikle, Almanya’da uygulanmaya başlandığı ilk dönemlerde, muhakemenin süjeleri arasındaki pazarlıklar, kapalı kapılar arkasında veya telefonda gizli bir şekilde yürütüldüğünden, kesin olarak bu uygulamanın ne zaman ortaya çıktığı bilinmemektedir. Buna karşılık, süjeler arasında gayri resmi görüşmelerin, şu veya bu şekilde öteden beri gerçekleştiği bilinmektedir.⁷⁰ Muhakemeyi sona erdiren bir kurum olarak iddia pazarlığı ise en azından, 1970li yılların sonlarından itibaren bilhassa büyük şehirlerdeki mahkemelerde hatırı sayılır bir uygulama sahası bulmuştur.⁷¹ Bu şekilde mevzuatta herhangi bir temeli olmamasına karşın tatbikatta şekillenen iddia pazarlığı, bir görüşe göre kanuna uygun hukuk yaratma, bir diğer görüşe göre ise kanuna aykırı olarak (*contra legem*) ihdas edilmiştir.⁷² Hiç şüphesiz, anılan yıllarda kurumun ortaya çıkmasındaki etmenlerden biri de 1974 yılında CMK’ya eklenen m 153a olmuştur. Kovuşturma mecburiyeti ilkesini yumuşatan, ona istisna teşkil eden yeni kurum, savcı ve şüphelinin mutabakatı esasına dayanarak muhakemenin sona erdirilmesini mümkün hale getirmiştir. Böylelikle bu kurum, muhakememin süjeleri arasındaki müzakereler için meşru bir zemin hazırlamıştır.⁷³

Kurumun tarihi gelişimini ilginç kılan hususların başında ise hiç şüphesiz, geleneksel olarak mevzuat disiplini anlayışının güçlü olduğu Alman ceza adaleti sistemi içinde sessiz sedasız, gizlice ve teorik bir zemini olmadan başlayan bir uygulamanın, profesyonel aktörler tarafından hayata geçirilmiş olmasıdır. Yargılamayı kısaltan ve muhakemeyi sona erdiren bu türden pazarlıklar, başlangıçta istisnai nitelikteyken, gittikçe artan oranda, geçen zaman zarfında klasik yargılama biçimlerini neredeyse tamamen ikame eden, mutad bir uygulama halini almıştır.⁷⁴ Bu yaygın uygulamaya karşın Anayasa Mahkemesi ve Federal Mahkeme, uzun bir süre bu tatbikat karşısında

⁶⁹ Fezer (n 4) 179.

⁷⁰ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 852.

⁷¹ Bu konudaki eserlerde, kuruma ilişkin uygulamanın bilim çevrelerine ve kamuya malum olması bir avukatın müstear isimle yazdığı bir makaleyle gerçekleşmiştir. Bkz Detlev Deal aus Mausehelhausen, ‘Der strafprozessuale Vergleich’, *Strafverteidiger* (1982), Sayı 11, 545-552; ayrıca bkz Radtke (n 8) 515; Roxin ve Schünemann (n 3) 400.

⁷² Rosenau (n 10) 1626; Zehetgruber (n 46) 411; Wohlens, *Einleitung* (n 30) kn 141; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 1; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 851.

⁷³ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 2; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 852.

⁷⁴ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 2; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 852.

açık bir tutum almaktan imtina etseler de esasen başlarda kurumun ortaya çıkışı ve uygulamasına karşı açıkça karşı çıkmışlardır.⁷⁵ Bu dönemde kuruma ilişkin normatif disiplin, bağlayıcı olmayan başsavcılık rehberleriyle temin edilmeye çalışılmıştır.⁷⁶

Yüksek mahkemelerin kurumu kabul etmeme ve uygulamasına müdahale çabalarının, yerel mahkeme uygulamalarında karşılık bulmaması neticesinde, Federal Mahkeme 4. Ceza Dairesi kararıyla birlikte, iddia pazarlığı uygulamasının mahkeme tarafından belirlenen şartlara uygun olması koşuluyla mümkün olabileceği kabul edilmiştir.⁷⁷ Federal Mahkeme, iddia pazarlığı konusundaki bu ilk önemli kararını 1997 yılında vermiş ve oldukça kapsamlı olan bu kararda, iddia pazarlığı marifetiyle hüküm üzerinde anlaşma veya müzakere hakkında genel bir yasağın söz konusu olmadığına hükmedilmiştir.⁷⁸ Bu kararla birlikte, deyim yerindeyse bir iddia pazarlığı içtihat hukuku tesis edilmek suretiyle, mevcut uygulama ceza muhakemesinin ilkeleriyle uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır.⁷⁹ Mahkeme, bu nevi bir iddia pazarlığının geçerli olabilmesi için muhakemenin bütün süjelerinin, aleni duruşmada anlaşmanın ortaya çıkmasına katkıda bulunmaları gerektiği kistasını açıkça ortaya koymuştur. Buna ilave olarak, kusurla orantılı ceza tayini ilkesine riayet edilmesi gerektiği; hükmedilecek cezanın somut olarak vaat edilmesi ve kanun yoluna gitme hakkından feragatin yasak olması gibi bugünkü yasal düzenlemeye egemen olan temel uygulama ilkelerini tayin ve tespit etmiştir.⁸⁰ Mahkeme'nin bu şekilde yasal zemini olmayan bir kurum için tatbikat kuralları belirlemiş olması, öğretide ağır eleştirilere uğramıştır. Bu uygulamanın, anayasaya aykırı olduğu ve pazarlık usulünün mevcut ceza muhakemesi hukukuyla kabili telif olmadığı ileri sürülmüştür. Keza, yargıç hukukunun sınırlarının aşıldığı ifade edilmiştir. Bir başka deyişle, 2009 yılında kurum yasal altyapıya kavuşturulana kadar öğretide çok az müellif, mahkeme kararı üzerindeki pazarlık ve anlaşmaların, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nu temel ilkelerine uygun olabileceği görüşündeydi.⁸¹ Uygulamada ise ilk derece mahkemeleri Federal Mahkeme'nin belirlemiş olduğu kural ve kıstasları da pek nazarı dikkate almadan pazarlık usulünü yürütmeye devam etmişlerdir.⁸²

Bu karardan sekiz yıl sonra, Federal Mahkeme Büyük Dairesi 3 Mart 2005 tarihli kararında hüküm hakkında pazarlığın kapsamına kanun yoluna müracaattan feragatin dahil edilip edilemeyeceği meselesini değerlendirmiş ve sanığın haklarının

⁷⁵ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 142.

⁷⁶ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 1

⁷⁷ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 142.

⁷⁸ Alexander Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung im deutschen Strafverfahren' *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010/05, 238-242, 238; Murmann (n 7) 124, 125; Joecks ve Jäger (n 8) 35.

⁷⁹ Sinn (n 6) 5.

⁸⁰ Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 238, 239; Sinn (n 6) 5; Kindhäuser ve Schumann (n 17) 244.

⁸¹ Bu hususta bkz Greco (n 2); Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 853.

⁸² Stuckenberg (n 14) § 257c kn 1.

öğretilmesinde nitelikli bilgilendirme kurumunu geliştirmiştir.⁸³ Mahkeme'nin kararına göre, sanık kanun yollarına başvurma hakkından feragat edemez. Pazarlığa dayalı bir anlaşmaya istinaden verilecek bir hükümden önce sanığa, kanun yollarına başvurabileceği yolundaki genel uyarıya ilave olarak, iddia pazarlığı neticesinde ulaşılan anlaşmanın muhtevassından bağımsız bir şekilde, kanun yoluna başvurabileceği hususunda özel olarak bilgilendirilmelidir.⁸⁴ Buna ilave olarak Mahkeme, iddia pazarlığı kapsamındaki ikrarın niteliği bakımından bu nevi bir ikrarın mutlak manada objektif gerçekliğe tekabül etmesini aramamıştır. Bunun yerine Mahkeme, dosyadaki delillerden hareketle mahkemenin kanaatine göre ikrarın yüksek bir ihtimalle doğru olması kıstasını benimsemiştir.⁸⁵ Genel olarak, bir ikrarın karara esas alınıp alınmayacağı ve buna ilişkin koşulları tayin yetkisi yerel mahkemenin inhisarına bırakılmıştır. Bu nedenle *Fezer*'e göre, esasen bu nevi bir anlaşmada söz konusu olan taraflar arası bir pazarlık değildir. Zira bu kurum çerçevesinde, mahkeme yalnızca maddi gerçeğin araştırılmasından vazgeçmekte, ancak sanığın ikrarı ve karşılığında ceza indirimi yapılması yetkisini elinde tutmaya devam etmektedir.⁸⁶

Federal Mahkeme Büyük Dairesi, yukarıda arz edilen kıstasları ortaya koyduktan sonra doğrudan kanun koyucuya hitaben, muhakeme sùjelerinin pazarlık suretiyle mahkeme kararı üzerinde uzlaşmalarına cevaz verilip verilmediği konusuna açıklık getirilmesini; şayet bu kuruma hukuk düzeni içinde yer verilmesi yönünde karar verilirse, tatbikine ilişkin hukuki şartların ve sınırlarının kanunla düzenlemesi talebini açıkça ifade etmiştir.⁸⁷ Mahkeme'nin, konunun yasal düzenlemeye kovuşturulması yolundaki talebinin arkasında, ilk derece mahkemelerinde Federal Mahkeme'nin 1997 tarihli kararında ortaya konulmuş olan kıstaslara riayet edilmiyor olması etkili olmuştur.⁸⁸ Mahkeme, ceza muhakemesinin yürüyüşü ve yapısına ilişkin temel meseleleri düzenlemenin öncelikli olarak kanun koyucunun vazifesi olduğu ve kanun koyucunun bu konuda yasal düzenleme yaparken geniş bir takdir yetkisi olduğu hususlarını da ifade etmiştir.⁸⁹ Kararda ayrıca, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun esasını teşkil eden maddi gerçekten ve bunun araştırılması ilkelerinden uzaklaşıldığı vurgulanmıştır. Bu çerçevede Mahkeme, daha sonra iddia pazarlığına ilişkin kanuna ilham verecek şekilde, bu kurumun tatbikatı konusunda sanık haklarını koruyacak önemli şekil şartları getirmiş olsa da, neticede uygulamada ilk derece mahkemeleri bu kıstasları tatbik etmeden mevcut uygulamayı sürdürmüştür.⁹⁰ Bu nedenlerle, yüksek mahkeme

⁸³ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) (50. Cilt, Carl Heymanns Verlag, Köln 2006), 40-64, 41 vd.; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 6.

⁸⁴ Joecks ve Jäger (n 8) 36.

⁸⁵ Fezer (n 4) 179, 180.

⁸⁶ ibid 180.

⁸⁷ BGHSt 50, 64; ayrıca bkz Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 239.

⁸⁸ Radtke (n 8) 517, 518; Sinn (n 6) 5, 6.

⁸⁹ BGHSt 50, 64.

⁹⁰ Fezer (n 4) 180.

İçtihatlarıyla bu uygulamanın belli bir disiplin içinde sokulması imkânı olmadığı ve esasen konunun bir kanunla düzenlenmesi gerektiği hususları da Federal Mahkeme tarafından açıkça ifade edilmiştir.⁹¹ Mahkeme kararını müteakip bazı müellifler ve çok sayıda kuruluş, iddia pazarlığına ilişkin kanun taslakları hazırlamıştır.⁹²

Federal Mahkeme'nin çağrısıyla harekete geçen kanun koyucu 4 Ağustos 2009 tarihinde yürürlüğe giren İddia Pazarlığına İlişkin Kanunla, uygulamada gelişen iddia pazarlığı kurumunu yasal düzenlemeye kavuşturmuştur.⁹³ Öğretide *Jahn*'a göre bu yasa, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 1 Ekim 1879 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren gerçekleştirilen en esaslı değişikliklerden biridir. Müellife göre, bu yasanın ortaya çıkışı öğretide *Jellinek* tarafından geliştirilen, olgusal olanın normatif gücünün bir tezahürüdür.⁹⁴ Gerçekten, kurum yasal zemine kavuşturulmasından önceki dönemde, konu etraflı bir şekilde tartışılmıştır. Bu çerçevede, böyle bir kurumun yasada düzenlenip düzenlenemeyeceğinin yanında, karar üzerinde pazarlığın leh ve aleyhindeki görüşler etrafında hararetli tartışmalar yaşanmıştır.⁹⁵ Kanun koyucunun, iddia pazarlığına ilişkin kanuni düzenlemede bu yeni kurumun, ceza muhakemesinin geleneksel ilkeleriyle ve bilhassa maddi gerçeğin araştırılması ilkesiyle uyumlu olabileceği yolunda karar vermek suretiyle; gerçek bir reform manasına gelecek yeni bir mutabakata dayalı muhakemenin sona erdirilmesi ilkesini (*Konsensprinzip*) açıkça reddetmiş olması tenkide uğramıştır. Gerçekten bu kuruma taraftar olan müelliflere göre, maddi gerçeğin araştırılması mutlak bir ilke olarak anlaşılmalıdır, belli sınırlar dahilinde sanığın üzerinde tasarruf edebileceği bir ilke olarak anlaşılmalıydı.⁹⁶ Bu nevi bir mutabakat veya rıza ilkesinin açıkça reddedilmesi ve CMK m 257c hükmünde açıkça hakim maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün vurgulanması hususları birlikte değerlendirildiğinde, hakim salt sanığın ikrarıyla yetinmemesi başta iddianame olmak üzere dosyadaki delilleri tetkik etmesi gibi bir sonuç çıkmaktadır.⁹⁷ Hakim dosyadaki delillerle iktifa etmesinin yeterli olmayacağı kabul edilse de kuruma yöneltilen eleştirilerin başında, uygulamada bu ilkelere riayet edilmeyeceği gelmekte, maddi gerçeğin tam manasıyla araştırılmasının kurumun ihdası amacına ters düştüğü ifade edilmektedir.⁹⁸

⁹¹ Bkz Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 142; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 1; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 853; Murmann (n 7) 125.

⁹² Ignor, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung* (n 78) 239; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 594.

⁹³ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1512.

⁹⁴ Benno Zabel, *Die Ordnung des Strafrechts* (Mohr Siebeck, Tübingen 2017) 100; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 853, 854.

⁹⁵ Ignor, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung* (n 78) 238.

⁹⁶ *ibid* 239; ayrıca bkz Beulke ve Swoboda (n 3) kn 596.

⁹⁷ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 596; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 25; Joecks ve Jäger (n 8) 632, 633.

⁹⁸ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 596.

İddia pazarlığı kurumunun, Ceza Muhakemesi Kanunu'na giriş süreci değerlendirildiğinde, uygulamanın mevzuata uyması yerine, mevzuatın uygulamaya uydurulması şeklinde bir gelişim seyri izlediği görülmektedir.⁹⁹ Nitekim kanun koyucu, iddia pazarlığına ilişkin 2009 tarihli kanuni düzenlemelerde, büyük ölçüde Federal Mahkeme'nin kuruma ilişkin belirlediği kıstasları esas almıştır.¹⁰⁰

2. Kurumun Ortaya Çıkış Nedenleri

Öğretide kurumun ortaya çıkış sebepleri hakkında ileri sürülen görüşlere geçmeden vurgulanması gereken husus, kurumun gerek 2009'da yasalaşmasından önceki gerekse sonraki dönemde konunun adeta bir inanç savaşına dönüşmüş olmasıdır.¹⁰¹ Gerçekten son otuz yılda, hiçbir ceza muhakemesi hukuku konusu bu denli derin görüş ayrılıklarına ve hararetli münakaşalara konu olmamıştır. Bugün de bu resim pek değişmemiştir. Öğretinin kahir ekseriyeti genelde İddia Pazarlığı Kanunu'na özelde ise m 257c hükmünü ağır bir şekilde tenkit etmektedir. Örneğin, kurumun hukuk kültürünün çöküşü ve hatta modern hukuk devleti anlayışının ürünü olan Alman ceza muhakemesi sisteminin sonunu getirdiği yolunda görüşler ifade edilmiştir.¹⁰² Bununla birlikte, iddia pazarlığının Alman ceza muhakemesinde zuhur edişinin sebepleri konusunda görüş birliği yoktur. Bu hususta, objektif-yapısal gerekçeler olarak adlandırılabilen yeni suçluluk biçimleri nedeniyle yargının iş yükünün artması, yargıya yeterince bütçe ayrılmaması faktörleri zikredilmektedir. Buna ilave olarak kurumun ortaya çıkışı, hakimler için pazarlık usulünün daha konforlu olması ve hakimlerin kanuna sadakatindeki noksanlıklar gibi subjektif-kişisel sebeplere de bağlanmaktadır.¹⁰³

Kurumun bu şekilde, normal muhakeme usulünün yerini almasının başlıca sebepleri arasında, klasik yargılama usulünü uygulamanın gittikçe daha çetrefil hale gelmesi gösterilmektedir. Normal yargılamayı daha karmaşık hale getiren ve uzatan usullerin, özellikle zor ve kapsamlı davaların yürütülmesi bakımından pek elverişli olmadığı düşüncesi de pazarlık usulüyle yargılamanın kısaltılmasına gittikçe artan bir şekilde müracaatın sebepleri arasında yer almaktadır.¹⁰⁴ Deyim yerindeyse gittikçe fazla hak ve agresif bir savunma avukatı tipi ve bunların davayı uzatmaya yönelik manevra alanlarıyla bezenen bir yargılama modeli ve genel olarak iş yükünün artması, uygulayıcıları adeta normal yargılamadan kaçınma tepkisine sevk etmiştir. Buna ilave olarak, yargının iş yükünün artmasının yanında örneğin tutuklama koruma

⁹⁹ Weigend, *Neues zur Verständigung*, (n 32) 202, 203; ayrıca bkz Joecks ve Jäger (n 8) 36.

¹⁰⁰ Murmann (n 7) 125.

¹⁰¹ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 854, 855; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 89.

¹⁰² Bu görüşler hakkında bkz Zabel (n 94) 99, 100.

¹⁰³ Bkz Radtke (n 8) 521; Greco (n 2) 6, 7.

¹⁰⁴ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 2.

tedbirinin süresinin altı ay (CMK m 121-122) ile sınırlanmış olması ve yargılamanın hızlandırılması için öngörülen gerekçeli kararın kural olarak beş hafta içinde yazılması zorunluluğu (CMK m 275) da mahkemeler üzerindeki zaman baskısını artıran unsurlar arasında yer almaktadır.¹⁰⁵

Klasik duruşma usulüne alternatif teşkil eden iddia pazarlığı usulünün ortaya çıkışında, yukarıda da ifade edildiği üzere daha çatışmacı ve agresif bir müdafî tipinin ortaya çıkışının da etkili olduğu sıklıkla ifade edilmektedir. Buna göre, bu tür avukatların bilhassa Alman hukukunda sonradan Federal Mahkeme içtihatlarıyla belli ölçüde sınırlanmış olsa da çok kapsamlı bir hale gelmiş olan delil sunma hakkı ve benzeri usullerle muhakemeyi adeta sabote etmesinin pazarlık usulünün uygulanmasına yola açan sebeplerden biri olduğu görülmektedir.¹⁰⁶ Gerçekten gittikçe daha profesyonel hale gelen ve münakaşaya hazır bir savunma avukatı tipolojisinin ortaya çıkması kurumun ortaya çıkmasındaki amillerden olmuştur.¹⁰⁷

Bunlara ilave olarak iddia pazarlığı usulünün ortaya çıkması ve yaygınlaşması olgusu, maddi ceza hukukunun kapsamının genişlemesi, artan suç sayıları, yetersiz eğitim ve adliyenin iş yükünde ama gerçek ama varsayılan artış, hakimlerin emeklilik değerlendirmelerinde niceliğin niteliğe tercih edilmesi ve bu usulün daha konforlu olması gibi unsurlarla da izah edilmektedir.¹⁰⁸ Öğretide, maddi ceza hukukunda *ultima-ratio* ilkesinin sürekli olarak ihlal edilmesinin yanı sıra suç tiplerinde gittikçe daha fazla muhtevası müphem unsurlara yer verilmesi ve soyut tehlike suçları gibi ispatı zor unsurlardan müteşekkil suç tiplerinin de sistem üzerinde menfi etkisi olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁹

Elbette kurumun yargının iş yükünü azaltan ve deyim yerindeyse işini kolaylaştıran niteliği de yabana atılmamalıdır.¹¹⁰ Kurumun uygulayıcıları cezbeden tarafı, hiç şüphesiz çok daha az emekle, çok daha fazla sayıda dosyanın halledilmesine imkân sağlamasıdır. Sanık da sonucu pek kestirilemeyen ve muhtemelen daha ağır ceza alacağı uzun bir yargılama süreci yerine, hızlı bir şekilde neticelenen ve ceza indirimini sağlayan bu usulü tercihe şayan bulabilmektedir.¹¹¹

¹⁰⁵ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1506.

¹⁰⁶ ibid kn 1506.

¹⁰⁷ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c kn 3.

¹⁰⁸ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 2.

¹⁰⁹ Radtke (n 8) 521, 522; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 3.

¹¹⁰ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 3.

¹¹¹ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 2.

IV. Uygulama Şartları ve Kapsamı

1. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

CMK m 257c, ceza muhakemesinde İddia Pazarlığı Kanunu'nun merkezi hükmü niteliğindedir. Bu kanuni düzenlemeyle birlikte yasa koyucu ilk defa ceza muhakemesinde iddia pazarlığı kurumunu düzenlemiş bulunmaktadır,¹¹² iddia pazarlığı neticesinde ulaşılabilecek hükmün muhtevası ve bu anlaşmaya ilişkin usul, büyük ölçüde CMK m 257c hükmüne derç edilmiştir.¹¹³ Maddede, iddia pazarlığı neticesinde husule gelecek hüküm üzerindeki bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için hangi şartları taşıması gerektiği ve bu nevi bir anlaşmanın izin verilen muhtevası düzenlenmiştir.¹¹⁴ Kanun koyucu kurumu yasal düzenlemeye kavuşturmak suretiyle, hukuk güvenliği ve yeknesak bir hukuk tatbikatını sağlamaya çalışmıştır. Bu noktada, büyük ölçüde kuruma ilişkin yargısal içtihatlar esas alınmıştır.¹¹⁵

Maddenin sistematığına bakıldığında birinci fıkrada, iddia pazarlığı konusundaki imkanı ve aynı zamanda hakimin maddi gerçeğin araştırılması görevinin devam ettiği; ikinci fıkrada iddia pazarlığı kapsamına giren ve girmeyen hallere ilişkin tahdidi bir liste; üçüncü fıkrada anlaşma usulünün yürüyüşü ve muhtevası; dördüncü fıkrada anlaşmanın bağlayıcı etkisi ve anlaşmanın bağlayıcı niteliğini yitirmesi halinde bu kapsamdaki ikrar hakkında delil yasağına tabi olacağı ve nihayet beşinci fıkrada mahkemeye terettüp eden bilgilendirme yükümlülükleri düzenlenmiş bulunmaktadır.¹¹⁶ Kurumdan yararlanmak üzere Kanun sanığa, mahkemeden bu usulü uygulanmasını talep hakkı bulunmamaktadır. Sanık veya müdafî, bu hususta yalnızca mezkûr usulün tatbiki noktasında mahkemeye öneride bulunabilir.¹¹⁷

CMK m 257c f 3 ve 4 hükümlerine göre, iddia pazarlığı anlaşması iddia ve savunma makamları arasında meydana gelmemektedir. Alman modelinin özelliği, hüküm üzerindeki anlaşmaya ilişkin pazarlığın, muhakemenin süljeleriyle mahkeme arasında gerçekleşmesidir. Bu modelin müspet yönü, mahkemenin hükmedilecek cezaya ilişkin çerçeveyi bağlayıcı olarak onaylayabilmesidir. Modelin menfî yönü ise hakimin pazarlığın tarafı olması nedeniyle, bir iddia pazarlığının gerçekleşmesi hususunda büyük menfaatinin olması ve cezalar arasındaki makas farkını tayin etme yetkisinin, hakime pazarlıkta önemli bir yetki tevdi edilmiş olmasıdır. Bu modelde, savcıya veto yetkisi tanınmış olsa da iddia pazarlığının sonucunu denetleyecek tarafsız

¹¹² ibid kn 1.

¹¹³ Kindhäuser ve Schumann (n 17) 244; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597; Joecks ve Jäger (n 8) 632.

¹¹⁴ Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 239.

¹¹⁵ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 12.

¹¹⁶ Walter (n 8) 183; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 23; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 866.

¹¹⁷ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 594.

bir mercii öngörülmemiştir. Bu husustaki denetim, ancak istisnai olarak süjelerden birinin kanun yollarına gitmesi halinde söz konusu olabilecektir.¹¹⁸

Yukarıda izah edildiği üzere uygulama tarafından geliştirilen iddia pazarlığı kurumu, bilhassa Federal Mahkeme'nin 2005 yılındaki açık yasal düzenleme talebine bir cevap vermek amacıyla 2009 yılında CMK'da düzenlenmiştir.¹¹⁹ Kanun koyucu içtihatlarda iddia pazarlığı eseri olan anlaşmaların, geçerli olabilmesi için geliştirilen asgari şartları esas almak suretiyle bu kuruma ilişkin yasal düzenlemeyi hazırlamıştır.¹²⁰ Kanuni düzenlemede benimsenen model, büyük ölçüde daha önce yargı içtihatlarında ortaya konulmuş olan uygulama ilkelerinin kodifiye edilmesi esasına dayanmaktadır.¹²¹ Bununla birlikte kanun koyucu, birkaç meselede önceki uygulamadan ayrılmıştır. Örneğin, Federal Mahkeme uygulamasından farklı olarak, hakimin teklif edilen cezanın sadece üst değil alt sınırını da belirtmesi kuralı getirilmiştir.¹²² Kurumun uygulamasından ayrılan önemli bir değişiklik de sanığın pazarlık kapsamında kanun yollarına müracaat etmekten feragat etmesinin bilaistisna yasaklanmış olmasıdır.¹²³ Bunlara ilave olarak, bir iddia pazarlığı neticesinde bir hüküm anlaşmasının husule gelmesi için savcının açık onayının alınması şartı getirilmiştir.¹²⁴

Bu şekilde kanun koyucu, hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla bir iddia pazarlığıyla mahkeme hükmü üzerinde bir anlaşmanın kurulması, kapsamı ve hukuki neticelerini düzenlemiştir. Kanun koyucunun Alman ceza muhakemesinin yukarıda arz edilen geleneksel modeline sadık kalmaya çalışarak, kurumu düzenlemiş olması m 257c'nin lafzı ve bu hükümlerle birlikte ihdas edilen kurullarda kendisini göstermektedir.¹²⁵

2. İddia Pazarlığı İçin Hazırlık

Alman ceza muhakemesi hukukunda, CMK m 257c hükmünün uygulanması kovuşturma aşamasında, duruşma sırasında gerçekleştirilmesi öngörülmuş bir usul olsa da CMK m 160, 202a, 212 hükümleri savcılık ve mahkemeye, duruşma dışında da muhakemenin süjeleriyle davanın durumuna ilişkin istişarelerde bulunma yetkisi tanımıştır. Bu kapsama, duruşma aşamasında gerçekleşmesi muhtemel bir iddia pazarlığına ilişkin müzakere ve istişareler de dahildir. Bu nevi istişarelerin mahkeme

¹¹⁸ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 206.

¹¹⁹ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009 (BGBl. S. 2353).

¹²⁰ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 596.

¹²¹ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 206; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 1.

¹²² Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 20.

¹²³ Weigend, *Verständigung in der Strafprozessordnung* (n 3) 844.

¹²⁴ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 5; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren*, (n 65) kn 2.

¹²⁵ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 1.

üzerinde herhangi bir bağlayıcılığı yoktur.¹²⁶ Muhakemenin sùjeleri birbirleriyle konuşabilir, istişarelerde bulunabilir. Kanunda bu nevi istişare ve görüşmelerle ilgili tek yükümlülük, bunların tutanak altına alınmasını gerektiren hükümlerde öngörülmüştür.¹²⁷ Mahkeme, duruşmaya hazırlık sırasında da dava dosyasının durumunu, muhakemenin sùjeleriyle değerlendirebilir.¹²⁸ Bu ön görüşmelerde mahkeme, muhakemenin sanığın kabulüyle neticelendirilmesi hususunda baskı yapamaz. Bu noktada özellikle, sanığa klasik duruşmalı yargıyı tercih etmesi halinde daha fazla ceza alacağı hususunda bir tehditte bulunulması yasaktır.¹²⁹ Bu hususta, sanığın atılı suçu ikrar etmemesi halinde alacağı ceza, ikrarı neticesinde muhakemenin sonuçlanması halinde alacağı cezanın üçte birinden fazla olmayacağı yolunda görüş mevcuttur.¹³⁰ Bir başka görüşe göre, ceza indirimini %15'ini geçmemelidir. Uygulamada ise %20 ile % 50 arasında indirim oranları tartışılmaktadır. Bununla birlikte, yargısal içtihatlarda bu konudaki değerlendirmede somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirme yapılmakta ve iddia pazarlığı neticesinde husule gelecek anlaşmada söz konusu olacak indirim oranına ilişkin genel bir ölçüt tespit edilememektedir.¹³¹ Uygulamada, kanunda duruşma aşamasında gerçekleştiği intibayı uyandırılan, ceza üzerindeki bu pazarlık veya müzakerelerin aslında çoğunlukla soruşturma aşamasındaki ön görüşmeler sırasında belirlendiği veya en azından üzerinde müzakere edildiği hususu ifade edilmelidir.¹³²

3. İddia Pazarlığının Kapsamı

CMK m 257c f 1 hükmüne göre, iddia pazarlığı neticesinde husule gelecek anlaşma, ancak kanunda uygun vakalar olarak tabir edilen hallerde uygulama kabiliyeti bulabilecektir. Kanun, uygun vaka ifadesini tanımlamamış ve bunların niteliğine ilişkin herhangi bir kıstas tayin etmemiştir. Bu hususta, mahkemeye olayın somut şartlarına göre değerlendirmek hususunda takdir yetkisi tanınmıştır.¹³³ Uygulamada kurumun, en çok uyuşturucu, dolandırıcılık, sahtecilik ve cinsel suçlar bakımından uygulama kabiliyeti bulduğu görülmektedir. Kanun, kurumun uygulanabileceği suç tipleri bakımından bir sınırlama öngörmemiş olmasına rağmen, belli suçlar bakımından uygulanabilirliği tartışmalıdır. Örneğin, nitelikli insan öldürme suçu için müebbet hapis öngörüldüğünden, bu suç için bir iddia pazarlığının mümkün olup olmayacağı öğretide münakaşalıdır. Zira, bu kurum kapsamında hakim belli bir cezaya ilişkin

¹²⁶ Kindhäuser ve Schumann (n 17) 247; Meyer-Göfner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 23; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 4.

¹²⁷ CMK m 160b, 201a, 273 f 1; Roxin ve Schünemann (n 3) 401; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 4.

¹²⁸ CMK m 257b

¹²⁹ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 9.

¹³⁰ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 56; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 9.

¹³¹ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 74, 75.

¹³² Zabel (n 94) 115.

¹³³ ibid 110; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 30; Meyer-Göfner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 6; Joecks ve Jäger (n 8) 37.

alt ve üst sınırları içeren bir anlaşma teklifi sunabilmektedir. Öğretide bir görüşe göre kasten öldürmenin basit hali de uygun vaka kapsamına girmemektedir. Buna karşılık, bunun kural olarak yasak olmadığını savunan bir başka görüş, hakim in bu kurumu uygulaması halinde, yalnızca sanığın ikrarıyla yetinmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹³⁴ Bir başka görüşe göre ise nitelikli insan öldürme suçları bakımından, bu kurum sanığın ikrarı olmaksızın başkaca delillerle suçun aydınlatılmasının mümkün olmadığı vakalarda istisnai olarak uygulanabilmelidir.¹³⁵ Bunun dışında öğretilde, bir vakanın iddia pazarlığına uygun olup olmadığı konusundaki değerlendirmede, kurumun somut vakaya tatbikinin yargılamayı hızlandırıp hızlandırmayacağını da bir kıstas olarak kabul edilmesi önerilmiştir.¹³⁶

Kanun, iddia pazarlığı usulünün işletilmesi konusundaki inisiyatif kullanma yetkisini hakime vermiştir. Diğer muhakeme sülhlerinin usulün uygulanmasını talep etme hakları bulunmamasına rağmen, bu usulün uygulanması önerisinde bulunabilirler.¹³⁷ Uygulamada savcılık veya sanık, kurumun uygulanmasını teklif edebilmektedir.¹³⁸ Bununla birlikte, usulü uygulayıp uygulamamak mahkemenin takdirindedir.¹³⁹ Öğretilde *Fezer*, savunmanın mahkemeyi pazarlığa zorlamak konusunda elinde pek bir imkân olmadığını ifade etmektedir. Müellif, önceki dönemlerde, savunma tarafından gittikçe etkin bir araç olarak kullanılan sanığın delil toplanmasını talep hakkının, yüksek yargı içtihatlarıyla sınırlandırılması karşısında sanığın mahkemeyi iddia pazarlığına zorlamasının pek mümkün olmadığı kanaatinde dir.¹⁴⁰

İddia pazarlığı kurumu bakımından temel şartlardan biri de deyim yerindeyse icapla kabul arasında bir bağlantının olmasıdır. Örneğin, müzakere sırasında ceza indirimi yapılabilmesi için sanıktan, başka bir ceza davasına konu olan vergi zararlarını karşılaması talep edilemez.¹⁴¹ Benzer şekilde, sanık hakkındaki başka soruşturmaların nihayetlendirilmesi üzerinde bir anlaşmanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bu şekilde bir toplu çözüme izin verilmemesinin sebebi, başka davaların mevcut soruşturmayla bağlantılı olmaması ve bu nedenle CMK m 257c f 1 uyarınca bağlayıcı sonuç doğurmayacak olmasıyla izah edilmektedir.¹⁴²

¹³⁴ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 875, 876; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 6.

¹³⁵ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 6.

¹³⁶ Joecks ve Jäger (n 8) 37, 633.

¹³⁷ Ignor, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung* (n 78) 240; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 867, 868; Kindhäuser ve Schumann (n 17) 246; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 23a; Sacher (n 40) 335.

¹³⁸ Joecks ve Jäger (n 8) 635.

¹³⁹ Fezer (n 4) 181; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 53.

¹⁴⁰ Fezer (n 4) 181.

¹⁴¹ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 49; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 51.

¹⁴² Kindhäuser ve Schumann (n 17) 245, 246; Joecks ve Jäger (n 8) 635.

Kanunun lafzı ve gerekçesinden uygun vakanın kapsamı tam olarak anlaşılmasa da uygulamada bu hakimın, doğrudan bu usulü uygulamadan evvel iddianameyi ve dosyadaki delilleri dikkatli bir şekilde tetkik etmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır.¹⁴³ CMK m 257c f 2'ye göre de pazarlık, yalnızca hukuki neticeler hakkında gerçekleştirilebilir. Mahkeme, bu usulün uygulanması halinde uygulanacak cezanın alt ve üst sınırını belirtebilir. Bu noktada, teklif edilen ceza aralığının, bilhassa alt sınırının sanığın kusuruyla mütenasip olmayacak şekilde çok düşük olmamasına dikkat edilmelidir.¹⁴⁴ Buna ilave olarak, Alman Ceza Kanunu m 56 hükmünde öngörülmüş olan sınırlar dahilinde cezanın ertelenmesi ile tutukluluk halinin devamı gibi konular da pazarlığa konu olabilecektir.¹⁴⁵ Mahkeme, sanığı denetimli serbestlik süresi zarfında kamuya yararlı bir işte çalıştırılma gibi yükümlülükler konusunda bilgilendirmelidir. Buna mukabil, kişinin belli aralıklarla polise gitme veya adres değişikliklerini bildirme gibi hususlarda ayrıca bilgilendirilmesine gerek yoktur.¹⁴⁶ Keza, cezanın ertelenmesi karşılığında, sanığın suç mahallinde bulunmadığına şahitlik yapacak kimselerin çağırılmasından vazgeçilmesi de pazarlığa konu olmayacaktır.¹⁴⁷

Kanunda açıkça yazılan bazı haller, tarafların pazarlığına kapalı tutulmuştur. Bunların başında suçluluğu tespit eden karar ve güvenlik tedbirleri gelmektedir.¹⁴⁸ Bir başka deyişle, kişinin noktasal olarak alacağı cezanın belirtilmesi ve bir akıl hastanesine yatırılma veya ehliyetin alınması gibi örnekleri olan güvenlik tedbirleri, iddia pazarlığı neticesinde husule gelecek anlaşmaya konu edilemez.¹⁴⁹ Bu husustaki yasak, güvenlik tedbirlerinin fiilin haksızlığına değil, failin tehlikeliliğine bağlı kurumlar olmasıyla izah edilmektedir.¹⁵⁰ Bu nedenle, failin tehlikeliliğine bağlı olmayan müsadere (CK m 73 vd.) gibi kurumların, iddia pazarlığına konu olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁵¹

Benzer şekilde, vakaya ve nitelikli hallerle ilişkin pazarlık da yasaktır.¹⁵² Örneğin, suçun silahla işlenmesi gibi nitelikli haller veya insan öldürmenin nitelikli hallerinin yargılama konusu vakada bulunup bulunmadığı gibi hususların pazarlık konusu yapılması yasaklanmıştır.¹⁵³ Gerçekten, yargılamaya konu vaka üzerindeki anlaşma veya toplanacak delillerin sınırlandırılması suretiyle sanığın kusurunun tespitine izin

¹⁴³ ibid kn 1514.

¹⁴⁴ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1515; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 55.

¹⁴⁵ Kindhäuser ve Schumann (n 17) 245; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597.

¹⁴⁶ Joecks ve Jäger (n 8) 634; Roxin ve Schünemann (n 3) 404.

¹⁴⁷ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597.

¹⁴⁸ Schroeder ve Verrel (n 7) 140; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 33, 34; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 9.

¹⁴⁹ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 11; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 62.

¹⁵⁰ Kindhäuser ve Schumann (n 17) 245.

¹⁵¹ Krşl. Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 10a; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 880; Joecks ve Jäger (n 8) 635; Kindhäuser ve Schumann (n 17) 245.

¹⁵² Volk ve Engländer (n 9) 283, 284; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 33; Sacher (n 40) 346.

¹⁵³ Bu konu hakkındaki görüşler hakkında karşı. Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597; Joecks ve Jäger (n 8) 634; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 12, 13; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 59.

verilmiş olması halinde, mahkeme kararının iddia pazarlığı kapsamı dışında olması kuralı, dolaylı olarak bertaraf edilmiş olurdu.¹⁵⁴

Adli para cezalarında üzerindeki iddia pazarlığı ise yalnızca gün sayısı üzerinde yapılabilir. Buna karşılık, her gün karşılığı olarak ödenecek cezanın miktarı genel kurallara göre belirlenir ve iddia pazarlığına konu yapılamaz.¹⁵⁵ Alman ceza hukukunda ehliyete el konulması bir güvenlik tedbiri niteliğinde olduğundan iddia pazarlığına konu olamaz. Buna karşılık, CK m 44 hükmünde düzenlenmiş olan trafiğe çıkma yasağı iddia pazarlığına konu olup olamayacağı ise tartışmalıdır.¹⁵⁶

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belli bir cezanın (*Punktstrafe*) önceden vaadi yasaktır.¹⁵⁷ Kanun koyucu önceki içtihatlarla da uyumlu bir şekilde, bu hususa büyük önem atfetmiştir. Bu nedenle hakim, sadece anlaşma sonunda vereceği cezanın alt ve üst sınırlarını belirtebilecek; ancak vereceği cezayı yıl, ay, gün şeklinde açık bir şekilde açıklayamayacaktır.¹⁵⁸ CMK m 257c f 2 hükmünde getirilen bu kural, konuya ilişkin önceki içtihatlarla da uyumludur.¹⁵⁹ Mahkeme tarafından teklif edilen cezanın, sanığın kusurunun çok altında olmaması gerekir; çünkü bu durumda kanunda öngörülmemiş olan bir menfaat vaadi söz konusu olacaktır.¹⁶⁰ Bununla birlikte hakim, teklif edeceği cezanın alt ve üst sınırları arasındaki makas aralığı konusunda geniş bir takdir yetkisini haizdir.¹⁶¹ İddia pazarlığı kurumu kapsamında da olsa adil bir cezanın tayini bakımından, sanığın alacağı cezanın pazarlığa açık olmaması düşüncesiyle böyle bir hüküm sevk edilmiştir. Bu bağlamda, mahkeme anlaşma kapsamında önerdiği cezanın üst sınırından da cezaya hükmetme yetkisini haizdir.¹⁶² Buna karşılık, pazarlığın belirlenmiş bir ceza üzerinde yapılmasının daha etkili ve kurumun mantığına uygun olacağı yolunda bir görüş de mevcuttur. Keza, uygulamada da genellikle hakimın önerdiği cezanın alt sınırından hüküm kurulmaktadır. Bu suretle, aslında fiilen önceden belirlenmiş bir ceza dolaylı olarak sanığa teklifte bildirilmiş olmaktadır.¹⁶³

Muhakeme şartları ve kanun yollarından feragat de pazarlık kapsamı dışında tutulan hususlardır.¹⁶⁴ Kanun yollarına müracaat hakkından feragatin yasaklanmasının

¹⁵⁴ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 12.

¹⁵⁵ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 880.

¹⁵⁶ Walter (n 8) 183; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 10a; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 880.

¹⁵⁷ Kindhäuser ve Schumann (n 17) 245; Walter (n 8) 184; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 37; Sacher (n 40) 346; Roxin ve Schünemann (n 3) 405.

¹⁵⁸ Ignor, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung* (n 78) 230; Volk ve Engländer (n 9) 284; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597; Joecks ve Jäger (n 8) 634.

¹⁵⁹ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 12.

¹⁶⁰ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597.

¹⁶¹ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 206.

¹⁶² von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 18; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 71.

¹⁶³ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 12, 21.

¹⁶⁴ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1516.

nedeni, muhakemenin sjelerine bilhassa da sanığa, sakince ve baskı altında olmaksızın kanun yoluna gitme süresi doluncaya değin, kanun yoluna gidip gitmeme kararını vermesi imkânının tanınmasıdır.¹⁶⁵

Buna ilave olarak, bu usulün uygulanması neticesinde hükmedilecek cezayla, klasik duruşmada delillerin ikamesi neticesinde ulaşılacak hüküm neticesindeki hükmedilecek ceza arasındaki makas çok açık olmamalıdır.¹⁶⁶ örneğin, uygulamada pazarlık neticesindeki ceza  buçuk yıl, buna karşılık pazarlıksız yargılama neticesinde alınacak ceza 7-8 yıl veya benzer şekilde 2 yıl ertelemeli hapis cezası ile altı yıl arasındaki ceza gibi bir fark çok fazla bulunmaktadır.¹⁶⁷ Bu bağlamda, sanığın kendisine alt ve üst sınırları belirtilen cezanın otomatik olarak alt sınırından cezalandırılmayı talep etme hakkı bulunmamaktadır.¹⁶⁸ Mahkemenin, bu şekilde makas aralığı oldukça geniş olan ceza alma ihtimaliyle, sanığın üzerinde baskı oluşturması yasaktır (CMK m 136a).¹⁶⁹ Bu husustaki temel değerlendirme kıstası, sanığın iddia pazarlığı neticesinde alacağı ceza ile klasik yargılamada alacağı ceza arasındaki farkın, cezanın belirlenmesi ilkeleriyle uyumlu olup olmadığıdır. Bu nedenle, iki ceza arasındaki makasın çok geniş olmaması gerektiği kabul edilmektedir. Anlaşma kapsamında uygun bir ceza indiriminin ne olacağı hususunda, somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır.¹⁷⁰

4. Hükme İlişkin Anlaşmanın Muhtevası

Sanığın cezasında mahkemenin indirim yapılması karşılığında atılı suçu ikrarıyla, delillerin toplanması ve duruşmada tartışılması safhasının atlanarak doğrudan karar aşamasına geçilmektedir. CMK m 257 f 2'ye göre ikrar, kurumun uygulanması bakımından kanunun lafzında mutlak bir zorunluluk olarak öngörülmemiş olsa da sanığın ikrarı, iddia pazarlığının temelini teşkil etmektedir.¹⁷¹ Bu nedenle, kanun koyucu sanığın bu kurumdan yararlanmasını, mutlaka ikrar şartına bağlamamış olsa da uygulamada sanıktan bu kurumdan yararlanabilmesinin şartı olarak hemen her zaman talep edilmektedir.¹⁷² Sanığın iddia pazarlığı neticesinde husule gelecek anlaşması kapsamında alacağı ceza indirimini hak etmesi bakımından, atılı suçu ikrarı bir karşı edim olarak değerlendirilmektedir.¹⁷³

¹⁶⁵ von Heintschel-Heinegg, *Verstndigung im Strafverfahren* (n 65) kn 65.

¹⁶⁶ Volk ve Englnder (n 9) 284; Zehetgruber (n 46) 418; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 56; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 73.

¹⁶⁷ Volk ve Engländer (n 9) 284; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597; Meyer-Gořner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 19; Joecks ve Jäger (n 8) 636.

¹⁶⁸ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597.

¹⁶⁹ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1521; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 612; Meyer-Goşner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 19.

¹⁷⁰ Meyer-Goşner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 19.

¹⁷¹ Weigend, *Neues zur Verstndigung* (n 32) 206; Krey ve Heinrich (n 3) kn 1522; Jahn, *Verstndigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 889, 890; Sacher (n 40) 349.

¹⁷² Zehetgruber (n 46) 414; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 45; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597; Roxin ve Schünemann (n 3) 402.

¹⁷³ Meyer-Goşner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 16.

Bununla birlikte, CMK m 257c f 1'e göre iddia pazarlığı, muhakemenin yürüyüşü konusunda da mümkün olabilecektir. Örneğin sanık, yukarıda ifade edildiği üzere, ikrar yerine tanık dinletmekten veya delil toplanması taleplerini geri alabilir; mahkeme de bunun karşılığında CMK m 154 f2 ve m 154a f2 uyarınca kovuşturmayı sınırlandırabilir.¹⁷⁴ Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere bu kapsamda savcılığın sanık hakkındaki başka soruşturmaların da pazarlığa dahil edildiği toplu çözümlere gidilmesi mümkün değildir.¹⁷⁵ Bununla birlikte, savcılığın diğer soruşturmaların düşürüleceğini ilan etmesi, bunların pazarlığın bir cüzü olmadığı sürece, bunun mümkün olacağı ifade edilmektedir.¹⁷⁶ Bu hükümler marifetiyle, sanığın bazı suçları hakkında kovuşturma yapılmaması kararı verilmesi, iddia pazarlığı kapsamındaki cezanın hakim tarafından belirlenmesi yasağının dolanılması için bir imkan sağlamaktadır.¹⁷⁷ Buna karşılık, muhakemenin neticesine ilişkin bir iddia pazarlığının hiçbir zaman ikrar olmaksızın husule gelmemesi gerekmektedir; çünkü, muhakemeyi neticelendiren bir iddia pazarlığının mahkumiyet kararının ve cezanın belirlenmesi sırasında önerilecek ceza indiriminin temelini sanığın ikrarı teşkil edecektir.¹⁷⁸

Bu noktada mahkemenin salt sanığın ikrarıyla yetinmemesi gerektiği, mahkemenin maddi gerçeği araştırması yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca her türlü muhtevadan yoksun, salt iddianamenin gerçeğe tekabül ettiği yolunda şekli bir ikrar yeterli kabul edilmemektedir.¹⁷⁹ Bunun sebebi ise bu nevi şekli bir ikrarın gerçeğe tekabül edip etmediğini denetleme imkânı bulunmamasıdır. Bu bağlamda, mufassal olmayan bir ikrar (*schlankes Geständnis*) ise ancak denetime imkân tanıyacak seviyede yeterli bilgi ihtiva etmesi halinde geçerli sayılacaktır.¹⁸⁰ Esasen, bu nevi bir ikrarın iddia pazarlığı neticesinde husule gelecek anlaşma bakımından yeterli olabilmesi için mahkeme ve savcılığın, dosyadaki deliller kapsamında ikrarın doğruluğu ve inandırıcılığına ikna olmuş olması ve vakanın aydınlatılmasına yönelik bir ihtiyacın söz konusu olmaması gerekir.¹⁸¹ Buna karşılık, hüküm üzerinde anlaşma kapsamındaki bir ikrara ilişkin delillerin duruşmada değerlendirilmesi gerekmekte, hakimin bu hususta yalnızca dosyadaki delillerle yetinmemesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁸² Buna göre, iddia pazarlığı kapsamındaki ikrarın, “nitelikli” (*qualifiziert*) bir ikrar niteliğini haiz olması gerekmektedir.¹⁸³ Böyle bir atılı suçun

¹⁷⁴ Volk ve Engländer (n 9) 283; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 38.

¹⁷⁵ Volk ve Engländer (n 9) 283.

¹⁷⁶ ibid 283.

¹⁷⁷ Sacher (n 40) 346.

¹⁷⁸ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 39.

¹⁷⁹ Volk ve Engländer (n 9) 284; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 17.

¹⁸⁰ Schroeder ve Verrel (n 7) 140; Krey ve Heinrich (n 3) kn 1522; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 891; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 17.

¹⁸¹ Roxin ve Schünemann (n 3) 402; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 41.

¹⁸² Stuckenberg (n 14) § 257c kn 46; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597.

¹⁸³ Schroeder ve Verrel (n 7) 140; Sacher (n 40) 349.

maddi ve manevi unsurlarını muhtevi, kapsamlı ve detaylı bir suç ikrarının varlığı halinde mahkeme, delillerin toplanmasından sarfinazar etmek suretiyle doğrudan hüküm aşamasına geçebilir.¹⁸⁴ Her hâlükârda mahkeme, vakanın şüpheye mahal bırakmayacak şekilde aydınlatılması ve sanığın kusurunun tespiti bakımından zorunlu olduğu hallerde nitelikli bir ikrarın varlığını aramalıdır.¹⁸⁵ Buradan hareketle iddia pazarlığı neticesinde husule gelecek anlaşmanın vücut bulabilmesi için temel şartın, sanığa daha hafif bir ceza sözü verilmesine, sanığın da inandırıcı ve nitelikli bir ikrarla mukabele etmesi olduğu neticesine ulaşılmaktadır.¹⁸⁶ Buna mukabil, kanun koyucunun ikrarın niteliğine ilişkin açık bir hüküm sevk etmekten imtina ettiği hususu da bu noktada vurgulanmalıdır.¹⁸⁷

Sanığın salt yazılı ikrarla yetinmek suretiyle duruşmada susma hakkını kullanması halinde, bu kurumdan yararlanması mümkün değildir: çünkü bu durumda mahkemenin CMK m 261 uyarınca ikrarın doğruluğunun denetlenmesi mümkün olmamaktadır.¹⁸⁸ Sanığın iddianamedeki atılı suçu kabul ettiği şeklindeki beyanıyla sınırlı muhtevadan yoksun bir şekli ikrar halinde mahkemenin, kısaltılmış da olsa bir delil toplama faaliyeti içine girmesini zorunlu kılacaktır.¹⁸⁹ Sanığın ikrarının kapsamının, iddianamenin kapsamının gerisinde kalması halinde ise bu konudaki müzakere vaka üzerinde pazarlık kapsamına gireceğinden, mahkeme kararı üzerinde pazarlık yasağının ihlali anlamına gelecektir. Bu nevi durumlarda mahkeme delilleri topladıktan sonra atılı suça ilişkin değerlendirmesini yapacaktır. Mutabakata dayalı olarak muhakemeyi neticelendirme imkânı, mahkemeyi aydınlatılması gereken vakalara ilişkin delilleri toplama yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.¹⁹⁰ Mahkemenin ikrara ilişkin değerlendirmesi, CMK m 261'deki hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi kuralı kapsamına girmektedir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi kararını sanığın ikrarı üzerine bina edecekse, bu ikrarın doğru olduğu kanaatine ulaşmış olması gereklidir.¹⁹¹

Kanuna göre iddia pazarlığına, yalnızca hukuki neticeler değil aynı zamanda, diğer yargılamayla ilgili tedbirler ve usuli işlemler de konu olabilir. Bu kapsamda, birtakım delillerin araştırılmasından vazgeçilip geçilemeyeceği tartışmalıdır. Genel olarak, mahkemenin takdir yetkisinde olan ve maddi gerçeğin araştırılması vazifesine halel

¹⁸⁴ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 28.

¹⁸⁵ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 17, 17a; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 41.

¹⁸⁶ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 17.

¹⁸⁷ Fezer (n 4) 181.

¹⁸⁸ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1524.

¹⁸⁹ Mahkemenin bu çerçevede toplayabileceği delillerin kapsamı hakkında bkz von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 29.

¹⁹⁰ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 30.

¹⁹¹ ibid kn 42.

getirmeyecek şekilde bu hususları iddia pazarlığına konu edilebilecektir.¹⁹² Kanunda anlaşma kapsamında olabilecek usuli işlemlere, sanığın delil toplanmasını talep etme hakkından feragat etmesi, davet edilen tanıkların dinlenilmesinden vazgeçilmesi, zararın giderilmesi sözü verilmesi ve hakim in reddi talebinde bulunmaktan vazgeçilmesi örnekleri verilebilir.¹⁹³ Burada kast edilen, sanığın, savcının veya katılanın birtakım ceza muhakemesinde kendisine tanınan haklardan feragat etmesi anlaşılmaktadır. Muhakeme süjelerinin delil sunma haklarından feragati, ancak böyle bir talebi mahkemenin maddi gerçeği araştırma görevini ihlal etmemesi halinde mümkün olabilecektir.¹⁹⁴ Bu hususta, bağlantı şartının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.¹⁹⁵

5. İddia Pazarlığı Usulünün Yürüyüşü ve Bağlayıcılığı

CMK m 257c f 3'e göre, iddia pazarlığı neticesindeki anlaşma; ancak sanık ve savcının mahkemenin teklifini kabulüyle husule gelecek ve bağlayıcı nitelik kazanacaktır.¹⁹⁶ Muhakemenin diğer süjelerinin, bilhassa katılanın onayı, kanunun açık lafzı karşısında, anlaşmanın husule gelmesi bakımından gerekli değildir.¹⁹⁷ Bir başka deyişle, katılan iddia pazarlığı konusundaki görüşlerini ifade edebilse de anlaşmaya karşı çıkması, anlaşmanın gerçekleşmesinin önünde bir engel teşkil etmeyecektir.¹⁹⁸ İddia pazarlığı kapsamındaki şeffaflık amacına hizmet eden hükümler uyarınca, sanık ve savcılığın hakim in iddia pazarlığı usulünü işletme teklifini zımni olarak onaylamaları yeterli olmamakta, bu konudaki iradenin bu süjelerce açıkça beyan edilmesi gerekmektedir.¹⁹⁹ Böylece iddia pazarlığı kanunuyla birlikte savcılığa, önceki yargı uygulanmasında tanınmamış olan iddia pazarlığı neticesinde husule gelen anlaşmayı veto etme yetkisi tanınmış bulunmaktadır.²⁰⁰ Öğretide, anlaşmaya ilişkin onayın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir irade beyanı niteliğinde olmadığından, sanık müdafii tarafından da verilebileceği ifade edilmektedir.²⁰¹ Mahkemenin teklifinin kapsam ve şartları, savcılık ve sanığın salt onaylarıyla anlaşmanın vücut bulabileceği şekilde açık ve yeterli muhtevayla donatılmış olmalıdır. Bu çerçevede, iddia pazarlığı neticesindeki anlaşmada mutlaka yer alması gereken hususlar (*essentialia negotii*),

¹⁹² Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 13.

¹⁹³ Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 240; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 41; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 882, 883; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 14.

¹⁹⁴ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 14; Sacher (n 40) 346, 347.

¹⁹⁵ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 597.

¹⁹⁶ Sinn (n 6) 7, 8; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 598; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 45.

¹⁹⁷ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 610; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 45.

¹⁹⁸ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 24.

¹⁹⁹ Volk ve Engländer (n 9) 285; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 59; Roxin ve Schünemann (n 3) 400; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 25; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 45; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 78.

²⁰⁰ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 835; Roxin ve Schünemann (n 3) 401.

²⁰¹ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 59.

mahkeme teklifinde yer almalıdır.²⁰² Mahkeme, bu onaydan evvel gerçekleşen müzakerelerle bağlı değildir. Gerçekten, anlaşmanın bağlayıcı nitelikte olması sanığın menfaati ve hukuk güvenliği bakımından önem arz eden bir husustur. İddia pazarlığı neticesindeki anlaşma onaylandıktan sonra, muhakeme süjeleri duruşmanın devamında, anlaşmaya ilişkin diğer şartları yerine getirmelidir. Bunların başında sanığın, daha önce söz verilmiş olan atılı suçu ikrar etmesi gelmektedir. Savcılık ise m 154 ve 154a hükümleri uyarınca kovuşturmanın sınırlandırılması ve daha önceki karşılıklı olarak delillerin toplanması taleplerinden vazgeçilmesi konusundaki sözlerini yerine getirmelidir.²⁰³ Bu çerçevede, mahkeme ve sanık anlaşma kapsamındaki edimlerini yerine getirdikten sonra savcılığın, soruşturmaya devam etmeme sözü vermesine rağmen sürdürdüğü soruşturma bakımından, anlaşmanın bir muhakeme engeli teşkil edeceği kabul edilmektedir.²⁰⁴

Savcı, hakimin iddia pazarlığı çerçevesindeki anlaşma teklifini reddettiği takdirde anlaşma teşebbüsü başarısız sayılacak ve duruşmaya devam edilecektir. Bu durumda mahkeme, önceki teklifiyle bağlı olmayacaktır.²⁰⁵ Bu durumda duruşma savcısının, mahkeme ve müdafinin savcılığın reddini geçersiz kılacak şekilde zimni bir anlaşma üzerinden mutabakata dayalı olarak neticelendirilmeleri ihtimali karşısında dikkatli olması önerilmektedir. Örneğin bu durum, sanığın hakimin teklifinde önerdiği cezanın üst sınırından hüküm verileceğine güvenerek, atılı suçu ikrar edebilir. Bunun üzerine de mahkeme delillerin toplanmasını neticelendirerek, söz konusu cezaya hükmedebilir.²⁰⁶ Böyle bir durumun önüne geçilebilmesi bakımından, duruşma savcısına başarısız olan iddia pazarlığını tutanağa geçirmek konusunda ısrar etmesi ve delillerin ortaya konulmasının kısaltılmasına itiraz etmesi tavsiye edilmektedir.²⁰⁷

Kanunun lafzında, savcının anlaşmayla bağlı olduğu açıkça zikredilmese de sonuç olarak savcının da anlaşmayla bağlı olduğu yolunda bir görüş mevcuttur.²⁰⁸ Buna karşılık kanunun lafzına göre, yalnızca mahkeme anlaşmayla bağlı olup sanık ve savcılık anlaşmayla bağlı değildir.²⁰⁹ Öğretide, *Roxin ve Schünemann* anlaşmayla yalnızca hakimin bağlı olmasından yola çıkarak iddia pazarlığı neticesinde husule gelen anlaşmayı, sadece mahkemeyi bağlayan idari bir sözleşme (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*) olarak tavsif etmektedir.²¹⁰ Bunun sonucu olarak sanık, muhakeme hukuku araçlarıyla ifadelerine sadık kalmaya ve ikrarda bulunmaya icbar edilemez. Bir nevi anlaşmadan cayma anlamı taşıyan sanığın anlaşmayla bağlı

²⁰² Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 897.

²⁰³ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 46.

²⁰⁴ Roxin ve Schünemann (n 3) 406.

²⁰⁵ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 61.

²⁰⁶ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 47.

²⁰⁷ ibid kn 47.

²⁰⁸ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1526; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 94.

²⁰⁹ Volk ve Engländer (n 9) 285; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 63.

²¹⁰

Roxin ve Schünemann (n 3) 402.

olmadığı yönündeki açıklamasının, O'nun aleyhine olabilecek tek sonucu ise CMK m 257c f 4 uyarınca mahkemenin de artık anlaşmayla bağlı olmayacak olmasıdır. Bu nedenle, anlaşmaya ilişkin kabulü geri alan sanık, artık klasik çekişmeli yargılama usulüyle yargılanacaktır.²¹¹ Böylece sanık, ceza muhakemesi hukuku bakımından iddia pazarlığı usulünü kabul etmemiş bir sanık gibi normal yargılama usulüne tabi olacaktır.²¹² Bu noktada sanığın, CMK m 257c f 5 yeni duruşmanın başlangıcında, artık eski iddia pazarlığı neticesinde husule gelmiş olan anlaşmanın geçerli olmadığı hususunda bilgilendirilmesi gereklidir.²¹³ Öğretide, bu kısa bilgilendirilmenin sanığın daha önceki ikrarının geçersiz olduğunu ve bunun hukuki sonuçlarını anlaması bakımından yeterli olamayabileceği ve iddia pazarlığının zorunlu müdafilik kapsamında olmaması nedeniyle, gerekli hukuki yardımının bu hükümle sağlanmadığı ifade edilmektedir.²¹⁴ Sanık bu konudaki usul hakkında bilgilendirilmesine rağmen, ikrarını yinelediği takdirde bu nevi bir ikrar geçerli olacaktır. Buna mukabil, gerekli bilgilendirme yapılmadan ikrarın yinelenmesi hali CMK m 337 uyarınca bir temyiz sebebi sayılacaktır.²¹⁵

Bu haller dışında mahkeme, CMK m 257c f 4 uyarınca hukuki ve diğer vakaya ilişkin önemli hususları gözden kaçırdığı veya bunların daha sonra ortaya çıktığı, anlaşmada öngörülen ceza aralığının failin fiili ve kusurunun ağırlığıyla orantılı olmadığı kanaatine vardığı hallerde iddia pazarlığı neticesinde husule gelen anlaşmayla bağlı olmayacaktır.²¹⁶ Buna ilave olarak, sanığın duruşmadaki sonraki davranışlarının, anlaşmanın husule geldiği sırada mahkemenin yapmış olduğu tahmin ve tespitlere uymadığı hallerde de mahkeme anlaşmayı iptal edebilecektir.²¹⁷ Bu duruma örnek olarak, beklentinin aksine sanığın bir takım delillerin toplanmasını talep etmesi verilebilir.²¹⁸ Bu nevi bir kuralla, mahkemenin olaya ilişkin maddi ve hukuki değerlendirmede hataya düşmesi neticesinde cezayı doğru tayin edemediği vakalarda, hakime kararı düzeltme imkanı tanınmak istenmiştir.²¹⁹ Bu şekilde, mahkemenin anlaşmayla bağlı olmadığı haller oldukça geniş tutulmuştur.²²⁰ Anlaşmanın geçerliliğinin kapsamını daraltan bu yetki, muhakemenin neticesinin her zaman doğru ve adil bir karar olması gerektiği düşüncesiyle izah edilmiştir.²²¹ Mahkeme, iddia pazarlığının söz konusu olduğu her durumda, yukarıda sayılan

²¹¹ Zabel (n 94) 116; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 75.

²¹² Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 902.

²¹³ Roxin ve Schünemann (n 3) 400.

²¹⁴ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 598.

²¹⁵ Volk ve Engländer (n 9) 286.

²¹⁶ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 62; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 904-907; Roxin ve Schünemann (n 3) 400; Kindhäuser ve Schumann (n 17) 247; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 97.

²¹⁷ Kindhäuser ve Schumann (n 17) 247.

²¹⁸ Volk ve Engländer (n 9) 285, 286.

²¹⁹ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 605.

²²⁰ Schroeder ve Verrel (n 7) 141; Volk ve Engländer (n 9) 286.

²²¹ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 26.

şartlarda anlaşmanın geçersiz olabileceği konusunda bilgilendirmelidir.²²² Bu durumda, adil yargılanma ilkesi uyarınca sanığa sağlanan bir başka koruma ise bu kapsamdaki ikrarının artık delil olarak kullanılamayacak olmasıdır.²²³ Bununla birlikte, hakimın anlaşmayı bozma konusundaki bu geniş yetkisi, atılı suçu ikrar etmiş sanık bakımından anlaşmanın geçerliliği konusunda büyük bir belirsizlik teşkil ettiği ileri sürülmektedir.²²⁴ Mahkemenin iddia pazarlığı neticesinde husule gelen anlaşmayı ortadan kaldırdığı hallerde, daha önce belirlenmiş olan ceza aralığı geçerliliğini yitirecek ve CMK m 257c f 4 uyarınca sanığın anlaşma kapsamındaki ikrarı da delil olarak değerlendirilemeyecektir.²²⁵ Bu düzenleme, önceki yargı uygulamasından farklı olarak iddia pazarlığı kanununun sanık lehine getirdiği düzenlemelerden biridir.²²⁶ Buna mukabil, söz konusu değerlendirme yasağının yalnızca CMK m 257c f 4 cümle 1 ve 2’de zikredilen vaka tipolojileriyle mahdut olduğu vurgulanmalıdır. Örneğin, ilgili anlaşma yasak olduğu halde mahkeme kararı hakkında gerçekleştirilmişse, bu başlı başına sanığın bu kapsamdaki ikrarının değerlendirme yasağına tabi olduğu anlamına gelmeyecektir.²²⁷ Bu hususta tartışmalı olan bir mesele de sanığın geçersiz anlaşma kapsamındaki değerlendirme yasağına tabi olan ikrarının uzak etkisinin yani sanığın değerlendirme yasağı kapsamındaki ikrarından yola çıkılarak elde edilen delillerin de geçerli olup olmadığıdır. Yüksek mahkeme uygulamasında ve öğretideki hakim görüşe göre, genel olarak delil yasaklarının uzak etkisi kabul edilmediğinden, bu nevi vakalar için de uzak etkinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.²²⁸ Aksi istikametteki görüşe göre, söz konusu iddia pazarlığının başarısız olmasının tek sorumlusunun mahkeme olduğu hallerde, uzak etki mümkün olmalıdır.²²⁹ Genel olarak delil değerlendirme yasağına ilişkin kuralla, sözleşmenin temelini çökmesi nedeniyle, adil yargılanma ilkesi gereği ilgili sözleşme kapsamındaki irade beyanı olan ikrarın da geçerliliğini yitireceği kabul edilmektedir.²³⁰ Federal Mahkeme uygulamasında ise genel olarak, ikrar bakımından sanığın lehine olan hususlar değerlendirme yasağı kapsamı dışında tutulmaktadır.²³¹

Geçersiz iddia pazarlıkları hukuka aykırı olduklarından, bağlayıcılıkları yoktur. Kanun yolu denetiminde bu durumun tespiti bir bozma sebebi teşkil edecektir.²³²

²²² Walter (n 8) 184.

²²³ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 77; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 113.

²²⁴ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 26.

²²⁵ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 207; Kindhäuser ve Schumann (n 17) 248; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 28; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 90.

²²⁶ Roxin ve Schünemann (n 3) 401.

²²⁷ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 54.

²²⁸ Volk ve Engländer (n 9) 286; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 607; Joecks ve Jäger (n 8) 637.

²²⁹ Bkz Walter (n 8) 184; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 55; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 116.

²³⁰ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 28.

²³¹ Joecks ve Jäger (n 8) 37, 637; Roxin ve Schünemann (n 3) 406.

²³² Ignor, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung* (n 78) 242.

Anayasa Mahkemesi savcılığın, bu tür kararlara karşı kanun yoluna gitme yükümlülüğü altında olduğuna hükmetmiştir. Gerçekten, kanunda iddia pazarlığı neticesinde anlaşmanın husule gelebilmesi için savcılığın açık onayının aranması, aynı zamanda savcılığa kurumun kanuni hükümlere uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını denetleme vazifesini de yüklemiş bulunmaktadır.²³³ Bu kapsamda içeriği uygun olmayan ve ayrıca şekil şartlarına ilişkin hükümleri uyulmayan anlaşmaların yanı sıra gayri resmi, gizli ve hukuka aykırı müzakere ve pazarlıklar da geçersizdir.²³⁴ Bu nevi kanuna aykırı pazarlığa katılan hakim ve savcının ceza muhakemesi kanununun temel hükümlerini ihlal etmeleri nedeniyle, yanlış bir karar verilmesi noktasında somut bir tehlike ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ilgili hakim ve savcının CK m 339'da düzenlemiş olan kanunun çarpıtılması suçundan sorumlulukları gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.²³⁵

6. Tutanağa Geçirme, Şeffaflık ve Sanığa Haklarının Öğretilmesine İlişkin Yükümlülükler

Ceza muhakemesinde iddia pazarlığının şeffaflığının garanti altına alınması, pazarlıkta uyulması gereken usullere riayet edilmesinin sağlanması ve iddia pazarlığı muhakemesinin kanun yolu denetiminin etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi, bu usulün hukuk devletinin gereklerine uygun bir şekilde yürütülmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle, İddia Pazarlığı Kanunu'nda, kapsamlı bir tarzda tutanağa geçirme, şeffaflık ve sanığa haklarının öğretilmesine ilişkin yükümlülükler getirilmiştir.²³⁶ Gerçekten, kanun koyucunun, 2009 yılında bu kurumu açık düzenlemeye kavuşturmakta temel amacı hukuk güvenliğini temin etmektir. Bu nedenle, muhakeme süreçlerini bilhassa sanığın haklarını koruyacak, CMK m 257c hükmünü tamamlayıcı nitelikte birçok maddede düzenlemeler yapılmıştır.²³⁷

Bu düzenlemelerin başında, ceza muhakemesine katılan kişiler arasında açık bir iletişimi mümkün kılacak hükümler gelmektedir. Örneğin, CMK m 160 f 1'de soruşturma aşamasında savcılığın, muhakemenin diğer süreçleriyle soruşturmanın yürüyüşüne ilişkin görüşmeler yapabilmesine imkân tanınmıştır. Benzer bir düzenleme, iddianamenin kabulü safhası bakımından yetkili mahkemeye tanınmıştır.²³⁸ Duruşma aşamasında da taraflar arasında iddia pazarlığının temelini teşkil edecek müzakerelerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu nevi görüşmeler, 2009 yılındaki yasa değişikliği öncesinde mümkün olsa da anılan dönemde konunun

²³³ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 2.

²³⁴ Murmann (n 7) 126; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 611; Roxin ve Schünemann (n 3) 405; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 50.

²³⁵ Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 242; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 611; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 83-88.

²³⁶ Joecks ve Jäger (n 8) 637; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 59.

²³⁷ Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 240.

²³⁸ CMK m 202a ve 212; ayrıca bkz Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 240.

yasal zemininin bulunmaması, CMK m 24 uyarınca hakimın tarafsızlığını yitirdiği gerekçesiyle reddi taleplerine yol açabiliyordu. Yeni düzenlemelerle birlikte hakim, diğer muhakeme sùjeleriyle muhtemel bir anlaşmanın zeminini teşkil edecek şekilde iletişim tesis etmek hususunda cesaretlendirilmektedir.²³⁹

Buna ilave olarak CMK'da, hüküm üzerinde ikrar temelli anlaşmanın kurulmasında, şeffaflığın sağlanması amacıyla matuf çok sayıda hüküm mevcuttur. Bu önemli bir değişiktir; çünkü yukarıda da arz edildiği üzere yasal düzenlemeye kadar olan dönemde pazarlık usulü büyük ölçüde, pazarlığa katılanlar bundan oldukça memnun olsa da yargılamanın aleniliği ilkesiyle açıkça çelişen bir şekilde gizli yürütülüyordu. Bu nedenle 2009 yılında CMK m 243 f 4 hükmüyle hakime duruşma safhasında, soruşturma ve iddianamenin kabulü safhalarında yukarıda izah edilen tarzda müzakerelerin vukuu bulup bulmadığını açıkça ifade etme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yükümlülük bakımından söz konu müzakerelerin ulaştığı sonucun bir etkisi yoktur. Bu düzenlemenin amacı, yargılamanın aleniyeti ilkesinin hayata geçirilmesi için duruşmanın yanında başka, gayri resmi pazarlık usulünün mevcudiyetinin önüne geçmektir.²⁴⁰

Kanun koyucu, Federal Mahkeme içtihatlarında yer alan sanığın usule ilişkin bilgilendirilmesi hususunda, birtakım hükümler sevk etmiştir. Sanığın hukuki güvenliğini sağlama amacıyla ihdas edilen CMK m 35a f 3 hükmünde, mahkemenin kanun yollarına başvurma hakkı konusundaki genel bilgilendirmeye ilave olarak, aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraya hükümlerine göre iddia pazarlığı neticesinde de kanun yoluna başvurma konusunda serbest olduğuna dair sanığa haklarını öğretme yükümlülüğü getirmiştir.²⁴¹ Buna ilave olarak, CMK m 302 f 1 hükmünde getirilen kanun yoluna başvurma hakkından feragatin iddia pazarlığına konu olamayacağı yolunda bir yasak getirilmiştir.²⁴² Bu düzenlemede kanun, önceki yargı uygulamasından ayrılmıştır.²⁴³ Öğretide, ilk derece hakimlerinin bu yasaktan çok memnun olmadıkları ve bunun pek de şaşırtıcı olmadığı ifade edilmiştir.²⁴⁴ Buna karşılık, uygulamada kanunu dolanma manasına gelebilecek olan, kanun yoluna müracaatın hemen akabinde geri çekilmesi gibi uygulamanın bir kısmı ve doktrinde tenkide uğrayan bir usul geliştirmiş bulunmaktadır.²⁴⁵ Buna göre, CMK m 302 f 1'in lafzı kanun yoluna gitmekten feragati yasaklamakta; ancak bu kanun yoluna müracaatın geri alınmasını

²³⁹ ibid 240.

²⁴⁰ ibid 241; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 600; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 60.

²⁴¹ Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 241; Volk ve Engländer (n 9) 285; Zehetgruber (n 46) 424; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 65; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 601.

²⁴² Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 207; Schroeder ve Verrel (n 7) 142; Volk ve Engländer (n 9) 285; Walter (n 8) 185; Meyer-Gößner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 15b; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 601.

²⁴³ Roxin ve Schünemann (n 3) 401.

²⁴⁴ Sinn (n 6) 11; Ignor, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung' (n 78) 241.

²⁴⁵ Schroeder ve Verrel (n 7) 142; Roxin ve Schünemann (n 3) 403; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 67.

ihtiva etmemektedir. Federal Mahkemeye göre, bu nevi bir geri almanın geçersiz sayılabilmesi için hakimın sanığa, kanun yoluna müracaatı geri almasını önermesi veya iddia pazarlığının muhtevasına dahil etmiş olması gerekmektedir.²⁴⁶ Öğretide bu uygulamanın kanunun dolanılması anlamına geldiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, şekilde kanun yoluna müracaat edilip hemen akabinde bunun geri alınması, hakkın kötüye kullanılması nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.²⁴⁷

Nihayet, kanun koyucu şeffaflığın sağlanması ve iddia pazarlığı neticesinde husule gelen anlaşmada tesis edilen hükümlerin denetimine imkân sağlamak amacıyla, bir dizi tutanak altına alma yükümlülüğü getirmiştir. CMK 160b f 2 ve 202a hükümlerinde gerek soruşturma gerekse iddianamenin kabulü safhalarında gerçekleştirilen müzakere ve görüşmelerin tutanak altına alınması yolunda bir hüküm sevk edilmiştir.²⁴⁸ Duruşma safhası için CMK m 273 f 1, m 257b ve 273 f 1/a'da karar bir iddia pazarlığına dayanıyorsa bunun veya böyle bir pazarlığın söz konusu olmadığı (Negativattest) da duruşma tutanağına geçirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.²⁴⁹ İddia pazarlığının yürüyüşü ve muhtevası ile neticesine ilişkin sürece ilişkin önemli unsurlar duruşma tutağına geçirilmelidir (CMK m 273 1a).²⁵⁰ Bu tutanakta, iddia pazarlığının yürüyüşü, muhtevası ve sonucuna ilişkin önemli hususlar yer almalıdır.²⁵¹

Mahkemenin kararı bir iddia pazarlığına dayanıyorsa, CMK m 267 uyarınca bu husus, gerekçeli kararda açıklanmalıdır. Bu kuralın getirilmesinin sebebi, kanun yolu mahkemelerinin anlaşma sürecine ilişkin olarak bilgilendirilmesi ve böylece denetime imkân sağlanmasıdır.²⁵² İddia pazarlığı neticesinde bir anlaşma husule gelmemiş olsa da bu hususun tutanağına geçirilmesi gerekmektedir. Böylelikle, gizli ve kanundaki şekil şartlarına riayet edilmeden gerçekleştirilen gayri resmi anlaşmaların önüne geçilmeye çalışılmış ve duruşmadaki hadiselerin kanun yolu mahkemesi tarafından denetlenebilmesine imkan sağlanmak istenmiştir.²⁵³

Yukarıda zikredilen sanığın bilgilendirilmesi ve şeffaflığa ilişkin çok sayıda kuralla birlikte, iddia pazarlıklarının önünde şekli engeller tesis edilmiş bulunmaktadır. Buna mukabil öğretide *Weigend*'e göre kanun, bu şekli şartların oluşturduğu sis duvarının ardında hakimlere, yıllardır uygulamada kazandıkları iddia pazarlığını yürütme

²⁴⁶ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 15b; Joecks ve Jäger (n 8) 635; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 68;

²⁴⁷ Konu hakkındaki görüşler için bkz Volk ve Engländer (n 9) 310; Walter (n 8) 185; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 35; Roxin ve Schünemann (n 3) 403; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 883.

²⁴⁸ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 600; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 60.

²⁴⁹ Ignor, *'Die gesetzliche Regelung der Verständigung'* (n 78) 241; Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 207; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 31; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 600.

²⁵⁰ Schroeder ve Verrel (n 7) 141; Krey ve Heinrich (n 3) kn 1531; Roxin ve Schünemann (n 3) 401.

²⁵¹ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 80.

²⁵² Ignor, *'Die gesetzliche Regelung der Verständigung'* (n 78) 241.

²⁵³ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 64.

iktidarını teslim etmiştir.²⁵⁴ Bunun sonucu olarak, kanun koyucu iddia pazarlığına ilişkin kanunla, şeklen reddetse de özü itibarıyla bir taraflar arası mutabakat ilkesinin önünü açmıştır. Bu ilkenin kabulü, sanık ile ceza adaleti sistemi arasındaki menfaat uyumsuzluğunda sonuç olarak mahkemenin kararı tek taraflı ve adaletsiz olsa da, muhakeme süjeleri şekil şartlarına uygun bir tarzda ilgili usulü kabul etmelerinin geçerli olması sonucunu beraberinde getirmektedir.²⁵⁵ Alman ceza muhakemesi hukukunun temel unsurlarından bir kopuş anlamına gelen bu değişim, kanun koyucu tarafından açıkça ifade edilmemiştir. İddia pazarlığı kurumu şekli olarak duruşma safhasına yerleştirilmesi ve maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin muhafaza edildiğinin ilanı suretiyle, deyim yerindeyse zevahir kurtarılmıştır.²⁵⁶ Bir başka deyişle, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin iddia pazarlığında katı bir şekilde uygulanması, kurumun esasını yargılamanın kısaltılması amacıyla çelişecek ve sanığın rızasıyla delillerin toplanması safhasının sınırlandırılması imkanını ortadan kaldıracaktır. Bu da kanunun lafzında veya gerekçesinde ifade edildiği şekliyle iddia pazarlığında da maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan uygulanması, iddia pazarlığı kurumunun esas ve amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira bu kurumun varlık sebebi, ceza muhakemesinin kısaltılması ve kolaylaştırılmasıdır. Bu nedenle, geleneksel anlamıyla maddi gerçeğin araştırılması ilkesiyle bu kurumun tevil edilmesi mümkün gözükmemektedir.²⁵⁷ Bu nedenle öğretilde, maddi gerçeğin araştırılması ilkesini, iddia pazarlığı kurumu bağlamında yeniden yorumlama çabaları görülmektedir. İddia pazarlığının nirengi noktasını sanığın ikrarı teşkil ettiğinden, maddi gerçeğin araştırılmasının zorunlu ve vazgeçilmez asgari kapsamını da bu nevi bir ikrarın muhtevası ve niteliğinin araştırılması teşkil edecektir.²⁵⁸

7. Kanun Yolları

Kanun yolları meselesinde farklı teklifler olmuş olmasına rağmen kanun koyucu, iddia pazarlığına ilişkin kanun hükümleri, istinafa veya temyize gidilmesi bakımından bir sınırlama getirmemeyi tercih etmiştir.²⁵⁹ Sulh mahkemesi önünde gerçekleşen iddia pazarlıklarına karşı hem sanık hem de savcı istinaf kanun yoluna müracaat edebilir. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin iddia pazarlığı anlaşmasıyla bağlı değildir.²⁶⁰ Temyiz kanun yolu bağlamında da sanık hem maddi hukuka aykırılık hem de muhakeme hukukuna aykırılık gerekçesiyle bu kanun yoluna müracaat edebilir. Örneğin, bir maddi hukuk meselesi olmak üzere sanık, cezalar arasındaki makas açıklığının yarattığı baskı neticesinde, iddia pazarlığı kapsamındaki teklifi

²⁵⁴ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 207, 208.

²⁵⁵ ibid 208.

²⁵⁶ ibid 208; ayrıca bkz Schroeder ve Verrel (n 7) 141.

²⁵⁷ von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 26.

²⁵⁸ ibid kn 27.

²⁵⁹ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 87.

²⁶⁰ ibid kn 88.

kabul ettiği gerekçesiyle temyize başvurabilecektir.²⁶¹ Muhakeme hukukuna aykırılık ise örneğin, hakimin, kurum kapsamında verdiği bağlayıcı sözlere uymamış olması halinde söz konusu olabilecek bir temyiz sebebidir.²⁶² Benzer durum, şartların varlığı halinde yargılanmanın yenilenmesi için de geçerlidir.²⁶³ Mahkemenin, anlaşmadan çekilmesi haklı bir temele dayanmadığı takdirde de CMK m 257c hükmünün ihlali gerekçesiyle, CMK m 337 uyarınca temyiz kanun yoluna başvurulması mümkündür.²⁶⁴

Bu noktada usulüne göre vücut bulmuş bir anlaşmanın yalnızca, anlaşmayı onaylayan ilk derece mahkemesi bakımından bağlayıcı olduğu, istinaf ve temyiz mahkemelerini bağlamadığı vurgulanmalıdır.²⁶⁵ Bununla birlikte, sanığın hükmeye karşı temyize gitmesi halinde, genel kural niteliğindeki aleyhe bozma yasağının geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir.²⁶⁶ Keza, dosyanın kanun yolu incelemesi neticesinde mahkemesine geri gönderilmesi halinde, ilk derece mahkemesinin de CMK m 354 f 2 ve 3 hükümleri uyarınca, önceki anlaşmayla bağlı olmadığı kabul edilmelidir.²⁶⁷ Yargılamanın yenilenmesi usulü ise, CMK m 359 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan bu olağanüstü kanun yoluna ilişkin genel kurallara göre mümkün olabilecektir.²⁶⁸

V. Kuruma İlişkin Öğreti Görüşleri

1. Kurumun Alman Ceza Muhakemesi Sistemiyle Uyumlu Olmadığı Yolundaki Görüş

Öğretinin, iddia pazarlığına yaklaşımı öteden beri menfi olsa da bilhassa kurumun yasal zemine kavuşturulmasını müteakip dönemde, bu konuda görüşler bir ölçüde çeşitlenmiş ve daha nüanslı bir görünüm arz etmeye başlamıştır. Bu çerçevede kurum hakkındaki öğreti görüşleri, kurumu kökünden reddeden halen hakim olan görüş, kuruma şüpheyle bakan görüş ve nihayet halen azınlıkta olan kuruma ilişkin kanuni düzenlemeyi doğru istikamette atılmış büyük bir adım olarak değerlendiren görüş olarak tasnif etmek mümkündür.²⁶⁹

Yaklaşık elli yılı aşan bir süredir Alman mahkemeleri tarafından kendisine başvurulmasına rağmen, halen öğretinin ağırlıklı bir kısmı iddia pazarlığı kurumuna

²⁶¹ ibid kn 89; Joecks ve Jäger (n 8) 637, 638; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 32b.

²⁶² ibid kn 90; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 33.

²⁶³ Meyer-Goßner ve Schmitt, § 257c StPO kn 34.

²⁶⁴ Schroeder ve Verrel (n 7) 142.

²⁶⁵ Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 25a; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 49.

²⁶⁶ Kindhäuser ve Schumann (n 17) 248; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 64; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 25a.

²⁶⁷ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1525; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 598.

²⁶⁸ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 99; Joecks ve Jäger (n 8) 638.

²⁶⁹ Bu hususta bkz Radtke (n 8) 518, 519; Volk ve Engländer (n 9) 282; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 854, 855; von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 90.

kökten karşıdır. Hatta CMK m 257c ve buna bağlı olarak değiştirilen m 35a, 160b, 202a, 212 ve 257b hükümleriyle birlikte, yukarıda arz edildiği gibi artık 19. Yüzyılda geliştirilen muhakeme hukuku ilkelerine dayanılarak hazırlanan ve ıslah edilmiş ceza muhakemesi modeline dayanan Ceza Muhakemesi Kanunu'na en ağır müdahale olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, zikredilen değişikliklerle birlikte, klasik duruşmalı usul terk edilmiştir. Bunun yerini, kısaltılmış neredeyse saf anlamda tahkik sisteminin aldığı ifade edilmiştir.²⁷⁰ Bu bağlamda, şüpheli veya sanığın hakim, savcı ve müdafii arasında gerçekleşen pazarlıkta bir obje olarak muamele görmesi tehlikesine işaret edilmiştir.²⁷¹

İddia pazarlığı usulünün, Alman ceza muhakemesi hukukunun geleneksel ilkeleriyle uyumsuzluk teşkil ettiği genel olarak kabul edilmektedir.²⁷² Hatta, kanun koyucu da iddia pazarlığına ilişkin hazırlıklar sırasında, ceza muhakemesi hukukun geleneksel ilkeleriyle bu kurumun ahenkli hale getirilmesindeki zorluğu kabul etmiştir.²⁷³ Söz konusu muhakeme ilkelerinin başında kuşkusuz, kovuşturma mecburiyeti ilkesi gelmektedir. İddia pazarlığıyla birlikte, tüm suçların soruşturulması ve kovuşturulması yükümlülüğünün ihlal edildiği ileri sürülmektedir.²⁷⁴ Gerçekten hafif ve orta ağırlıktaki suçlar bakımından uygulanmakta olan maslahata uygunluk ilkesinin kapsamını aşan, ağır suçlar bakımından da uygulama kabiliyeti bulan iddia pazarlığı neticesiyle failin kusurunun ağırlığına uygun düşmeyen bir cezaya hükmedilmesi ihtimali söz konusudur. Bu nevi bir cezanın, CK m 46'da düzenlenmiş olan failin kusuruyla orantılı cezaya hükmedilmesi hükmüyle çelişeceği ifade edilmektedir.²⁷⁵ Zira kusur, failin cezanın belirlenmesinin temelini teşkil ettiğinden, hükmedilen ceza failin işlediği haksızlığa ve kusurunun yoğunluğuna nispeten daha az veya daha fazla olamaz. İddia pazarlığında ise klasik duruşmalı yargılama neticesindeki ceza ile iddia pazarlığı usulünün uygulanması suretiyle belirlenecek ceza arasındaki makası failin kusuru değil, bilakis onu bu usulü kabul edip etmeme kararı tayin etmektedir.²⁷⁶ Müellifler bu hususta, başka bir soruna daha dikkat çekmektedir. Cezalar arasındaki bu makas farkının bünyesinde barındırdığı esas tehlike, sanığın kusuruyla mütenasip olmayan bir cezayla tehdit edilip, yargılamayı kısaltan ikrara icbar edilmesi ihtimalidir. Bu nevi bir baskı altındaki ikrarın, hür irade eseri olduğunun şüpheli olduğu ve CMK m 136a f 1 anlamında cevaz verilmeyen bir "tehdit" kapsamına girebileceği de bu konudaki öğretici eleştirileri arasında yer almaktadır.²⁷⁷ İddia pazarlığıyla sanığa verilen ceza hakkındaki bir eleştiri ise aslında

²⁷⁰ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 1, 14.

²⁷¹ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 595.

²⁷² Krey ve Heinrich (n 3) kn 1508.

²⁷³ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 595.

²⁷⁴ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1508.

²⁷⁵ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 595.

²⁷⁶ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 205.

²⁷⁷ ibid 205; ayrıca bkz Schroeder ve Verrel (n 7) 142; Volk ve Engländer (n 9) 282.

bir ceza indiriminin yapılmıyor olduğu iddiasıdır. Bu görüşe göre, iddia pazarlığında aslında görünüşte indirimli bir ceza söz konusu olup, gerçekte kişiye ceza indirimi yapılmamaktadır.²⁷⁸ Keza, sanığın üzerindeki ikrar baskısının maddi gerçekliğe tekabül etmeyen ikrarlara sebebiyet vererek, adli hatalara yol açacağı görüşü de dile getirilmektedir. Bu çerçevede, kurumun sanığın adeta eşit bir müzakereci gibi bir konuma yükselttiği intibayı uyandırır da hakimin kurumun uygulamasındaki başat konununun da bir sonucu olarak, sanığın hukuki statüsünün güçlenmekten ziyade zayıfladığı görüşü ileri sürülmektedir.²⁷⁹

Gerek CMK m 257c f 1 hükmü gerekse konuya ilişkin yüksek yargı kararlarında iddia pazarlığı kurumunun maddi gerçeğin araştırılması ilkesine hanel getirmeyeceği ifade edilse de bu, kurumun temel mantığıyla çelişmektedir. Zira iddia pazarlığı kurumunun esasını, sanığın ikrarının, davaya ilişkin başkaca delillerin araştırılması lüzumunu ortadan kaldırması teşkil etmektedir.²⁸⁰ Gerçekten, ikrar üzerindeki pazarlıkta hakim sanığın atılı suçu işlediği ve kusurunun ağırlığı konusundaki şüpheler devam etmesine rağmen, O'nun ikrarıyla iktifa etmek suretiyle başkaca delile gerek duymaksızın, doğrudan hüküm aşamasına geçmektedir.²⁸¹ Böylece, maddi gerçeğin araştırılması ve usul ekonomisi çerçevesinde yargılamanın hızlandırılması amaçları arasındaki uyumsuzluklar kanun koyucu tarafından çözüme kavuşturulmamış; bu vazife barındırdığı tüm risklerle beraber uygulamaya tevdi edilmiştir.²⁸²

Buna ilave olarak kurumla birlikte duruşmanın aleniyeti ve sözlülük ilkelerinin, kapalı kapılar arkasındaki pazarlıklarla yargılamanın neticelenmesi nedeniyle ihlal edildiği de kuruma yöneltilen eleştiriler arasında yer almaktadır.²⁸³ Alman hukukunda yargılama neticesinin mahkeme ve muhakemenin sùjeleri arasındaki pazarlık neticesinde belirlenmesi esasına dayanan bu kurum, öğretilerdeki yaygın kanaate göre ceza muhakemesi kanunu ıslah edilmiş tahkik sisteminin tam manada erozyona uğradığını göstermektedir.²⁸⁴ Wohlers'a göre, kanun koyucunun bu konudaki görüşlerinin aksine iddia pazarlığına dayanan bir ceza muhakemesi düzeni, klasik ceza muhakemesinden çok temel konularda ayrılmaktadır.²⁸⁵ Bunların başında şüphesiz, arz edildiği üzere maddi gerçeğin araştırılması ilkesi gelmektedir. Kanun koyucunun, iddia pazarlığı kapsamında da maddi gerçeğin araştırılmasının aynen uygulanacağı önermesi ciddiye alınacak olursa, yargılamayı kısaltma amacına matuf ihdas edilmiş bu kuruma gerek olmayacaktır.²⁸⁶ Bununla bağlantılı olarak, pazarlıkta adeta bir

²⁷⁸ Schünemann, 'Urteilsabsprachen im Strafverfahren' (n 28) 962.

²⁷⁹ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 143.

²⁸⁰ Krey ve Heinrich (n 3) kn 1509.

²⁸¹ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 595.

²⁸² *ibid* kn 596.

²⁸³ Klieszewski (n 58) 125; Krey ve Heinrich (n 3) kn 1510

²⁸⁴ Bu hususta bkz Krey ve Heinrich (n 3) kn 1511; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 2.

²⁸⁵ *ibid* kn 143.

²⁸⁶ *ibid* kn 143.

suçluluk karinesinden hareket edildiği ifade edilmektedir. Sanık belli hallerde kendi kendini suçlamama hakkından feragat etmekte, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ihlal edilebilmektedir.²⁸⁷ Ayrıca, hakimin bu kurum kapsamındaki geniş yetkileri sıklıkla tenkide uğramakta ve bu yetkinin sınırlandırılması konusunda yeterince gayret gösterilmediği tenkidi de dile getirilmektedir. Bu noktada, iddia pazarlığı teşebbüsü akim kaldığında, artık suçu ikrar etmiş sanığın bu ikrarı usul hukuku anlamında geçersiz sayılsa da davayı değerlendiren hakimin zihninden silinmesinin mümkün olmadığı hususu vurgulanmaktadır.²⁸⁸ Bu durum da mahkemenin tarafsızlığına gölge düşürdüğü eleştirilerini beraberinde getirmektedir.²⁸⁹

2. Usul Ekonomisi ve Muhakemenin Hızlandırılması Mülahazalarıyla Kurumun Faydalı Olduğu Yolundaki Görüş

İddia pazarlığının, uygulamada yargılamayı kısaltması ve iş yükünü azaltması mülahazalarıyla, maddi gerçeğin araştırılmasında alternatif gerçek teorileri veya ceza muhakemesinde bir mutabakat veya rıza ilkesinin kabulü suretiyle meşru zemine oturtmaya çalışan görüşler de mevcuttur.²⁹⁰ Genel olarak kurumun, büyük ve kapsamlı davalarla ticari ceza davalarında yargılamanın kısaltılması ve neticelendirilmesinde faydalı olduğu kabul edilmektedir.²⁹¹ Bu çerçevede, mahkemenin iş yükünün azalması, yargılamanın kısaltılması, sanığın ceza indirimi alması, mağdurun duruşmada ifade vermektan korunması ve failin kararının oluşumuna katkıda bulunması suretiyle ıslahına katkıda bulunulması bu kurumdan umulan başlıca faydalı neticeler arasında yer almaktadır.²⁹²

Bu noktada, kurumu tenkit edenlerin teori noksanlığı olarak ifade ettiği duruma cevaben, kurumu esas itibarıyla faydalı bulan müellifler, kurumun esasını tarafların mutabakatı ilkesine dayandırmaktadır. Kurumun lehindeki görüşe göre, iş birliği ve mutabakat modeline dayanan uyumsuzluk çözümü, sanığa müdafî marifetiyle kusur ve cezasının tespiti sürecinin şekillenmesinde müessir olmasına imkân sağlamaktadır. Öğretide *Rosenau*, CMK 153a uygulamasında elde edilen tecrübeler de dayanarak, bu nevi bir muhakeme modelinin, yargılamanın sonuçlarının kabullenilmesine ve dolayısıyla hukuk barışına katkıda bulunduğu görüşündedir.²⁹³ Müellif, böyle bir mutabakat veya rıza paradigmasının, Alman ceza muhakemesi mimarisiyle kolay uyumlaştırılmayacağını teslim etmekle birlikte; maddi gerçeğin araştırılması gibi geleneksel muhakeme ilkelerinin, mutabakat ve yargılamanın

²⁸⁷ Volk ve Engländer (n 9) 282; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 595; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 15.

²⁸⁸ Schünemann, 'Urteilsabsprachen im Strafverfahren' (n 28) 961, 965.

²⁸⁹ Zehetgruber (n 46) 422, 423.

²⁹⁰ Greco (n 2) 2.

²⁹¹ Volk ve Engländer (n 9) 281.

²⁹² Schroeder ve Verrel (n 7) 139, 140.

²⁹³ Rosenau (n 10) 1622-1624.

hızlandırılması gibi mütakabil ilkelerle dengelenmesini savunmaktadır. Bunlara ilave olarak, işlevini bihakkin yerine getirebilen bir ceza adaleti sisteminin temini mülhazaları da bu mütakabil ilkeler arasında yer almaktadır. Müellif, bunları da ceza muhakemesinin temel ilkeleri arasında tavsif etmekte ve bu ilkelerle diğer ilkelerin çatışması halinde, menfaat tartımı ilkesine göre değerlendirme konusu hakkında öncelik verilmesi gereken ilkenin uygulanması gerektiği kanaatindedir. Buna örnek olarak da kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, maslahata uygunluk ilkesi marifetiyle dengelenmesini vermektedir.²⁹⁴

Kurumun lehindeki en güçlü argüman ise artık kurumun sistemin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiş olması ve bu usul olmaksızın ceza adaleti sisteminin çökeceği yolundaki görüştür. Buna göre, pazarlık usulü adeta bir zaruret hali neticesinde ortaya çıkmış ve artık yürürlükten kaldırılması mümkün değildir. Kaldı ki kurumun yasaklanması halinde bu yalnızca pazarlığın gizli yürütülmesi sonucunu doğuracaktır.

Günümüz ceza muhakemesinde hakim olan ilkeler bakımından da iddia pazarlığının hatırı sayılır bir etkisi söz konusudur. Ceza muhakemesinin başlıca amaçları olan maddi gerçeğin araştırılması ve adalet ilkelerinin yerini gittikçe artan oranda, usul ekonomisi (*Verfahrensökonomie*) mülhazaları almaktadır. Uygulamacılar, özellikle aşırı iş yükünü de gerekçe göstermek suretiyle, pazarlık usulünün vazgeçilmez nitelikte olduğunu vurgulamaktadır.²⁹⁵ Bu nedenle, artık Kıta Avrupası tahkik sisteminde maddi gerçeğin araştırılmasının pazarlığa tabi olmadığı yolundaki görüşün gerek mevcut uygulama gerekse iddia pazarlığına ilişkin mevzuatla birlikte geçerliliğini yitirdiği müşahede edilmektedir. İddia pazarlığı kapsamında maddi gerçeğin araştırılması ilkesi görünüşte muhafaza edilmiş olsa da uygulamada ikrar karşılığında maddi gerçek ve adaletin mübadele edildiği ifade edilmektedir.²⁹⁶

VI. Anayasa Mahkemesi'nin 2013 Tarihli Kararı

Kurumun yasallaşmasını takip eden süreçte, en önemli gelişme ise Anayasa Mahkemesi'nin kurumun anayasaya aykırılığı konusunda verdiği karar olmuştur. Anayasa Mahkemesi, iddia pazarlığı kanunu hakkındaki kararını 19 Mart 2013 tarihinde vermiş, kurumun gerek ceza muhakemesi kuralları gerekse de hukuk devleti ilkeleri bakımından, kararın verildiği tarih itibarıyla anayasaya aykırı olmadığına ya da Mahkeme'nin ifadesiyle kararın verildiği sırada anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.²⁹⁷ Mahkeme kararında, kanun koyucunun ceza muhakemesinde iddia pazarlığı kurumunu yargılamanın basitleştirilmesi amacıyla yasal düzenlemeye

²⁹⁴ ibid 1624, 1625; ayrıca bkz Zabel (n 94) 102, 103.

²⁹⁵ Radtke (n 8) 524; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 594.

²⁹⁶ Wohlers, *Einleitung* (n 30) kn 145.

²⁹⁷ BVerfG Urteil von 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, para 122; ayrıca bkz Yenisey (n 19) 465, 466; Sinn (n 6) 6; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 19; Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 855; Beulke ve Swoboda (n 3) kn 596; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 13.

kavuşturmasının önünde anayasal bir engel olmadığına karar vermiş; ancak bu konuda ceza muhakemesinin ilkelerinden taviz verilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.²⁹⁸ Mahkeme kararında iddia pazarlığı kurumu kusur ilkesi, adil yargılanma ilkesi, kanuni hakim güvencesi, masumiyet karinesi ve hakimın tarafsızlığı ilkesi gibi temel ceza muhakemesi hukuku ilkeleri bakımından etraflı bir şekilde değerlendirilmiştir.²⁹⁹ Kararda, maddi gerçeğin araştırılmasının, ceza muhakemesinin temel görevi olduğu vurgulanmıştır.³⁰⁰ Mahkeme'ye göre, iddia pazarlığına ilişkin kanunun hükümleri değil, kanunun uygulanması Anayasa'ya aykırıdır. Mahkeme, konu hakkında yapılan bir ampirik çalışmaya atıfla, uygulamanın yasaya uygun davranmadığını vurgulamış; kanuni düzenlemeleri dikkate almayan uygulamacıların cezai yaptırımla karşılaşabileceklerine işaret etmiştir.³⁰¹ Böylece Anayasa Mahkemesi bu kararında, tarihinde ilk defa olmak üzere, hakimleri hem de kanunlara uymadıkları gerekçesiyle kınamıştır.³⁰² Bu noktada Mahkeme, sadece pazarlık neticesinde ortaya çıkan anlaşmanın değil, aynı zamanda anlaşmanın zeminini teşkil eden müzakerelerin aleni duruşmada yapılması ve bu usul işlemlerinin tutanak altına alınmasının üzerinde durmak suretiyle, gayri resmi pazarlık olgusunun önüne set çekmeye çalışmıştır.³⁰³ Esasen Mahkeme kararına da CMK m 257c hükmüne, temel bir paradoks yansımış görünmektedir. Kanuna göre, hakim hem yargılamayı kısaltmak üzere sanığın ikrarına binaen, delillerin ortaya konulması aşamasını atlayıp hüküm aşamasına geçebilecek; ancak aynı zamanda maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü devam edecektir.³⁰⁴ Bu durum karşısında, bir taraftan maddi gerçeğin araştırılması ilkesi muhafaza edilirken, diğer taraftan faydacı bir yaklaşımla iddia pazarlığı gibi kurumların ihdas edilmesi, ceza muhakemesinin geleneksel ilkelerinin önem ve değerini yitirmesi tehlikesini beraberinde getirmektedir.³⁰⁵ Bu nedenle, öğretilerde bir görüşe göre, iddia pazarlığının daha sıkı şekil şartları ve şeffaflık kurallarına bağlanması, kurumun beraberinde getirdiği sorunları izale edemeyeceğinden, bu nedenle pazarlık usulünün yasaklanması daha yerinde olacaktır.³⁰⁶ Bununla birlikte, iddia pazarlığının kanunen yasaklanmasıyla bir sonuç elde edilemeyeceği ve yargının mevcut uygulamaya devam edeceği görüşünün daha ağır bastığı söylenebilir.³⁰⁷

²⁹⁸ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 596

²⁹⁹ Bu husustaki değerlendirmelerin tahlili için bkz Kindhäuser ve Schumann (n 17) 244, 245; Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 13-16.

³⁰⁰ BVerfG Urteil von 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, para 65.

³⁰¹ BVerfG Urteil von 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, para 77, 78.

³⁰² Greco (n 2) 6.

³⁰³ Kleszczewski (n 58) 127; Greco (n 2) 3.

³⁰⁴ Weigend, *Verständigung in der Strafprozessordnung* (n 3) 832, 833; Greco (n 2) 6; Zehetgruber (n 46) 413, 414; Meyer-Gößner ve Schmitt (n 1) § 257c StPO kn 3; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 27; Sacher (n 40) 350.

³⁰⁵ Zabel (n 94) 110; ayrıca bkz Fezer (n 4) 181.

³⁰⁶ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 12.

³⁰⁷ Fezer (n 4) 185.

Mahkeme kararında, kanunda öngörülen usul ve esaslar dışında yürütülen gayri resmi pazarlıkların ise açıkça yasak olduğuna hükmetmiştir.³⁰⁸ Buna ilave olarak Mahkeme, kanun koyucuya da yasanın uygulamasını izleme ve iyileştirme yükümlüğü getirmiştir.³⁰⁹

Mahkeme kararında, hukuk devletinde uygulamanın hukuku değil, hukukun uygulamayı belirlediğinin altı çizilmiştir.³¹⁰ Mahkeme tarafından maddi gerçeğin araştırılması yükümlülüğünün, iddia pazarlığı bakımından da aynen geçerli olduğu yolundaki kabulü ise bu kurumun esas ihdas amacı olan delillerin değerlendirilmesi aşamasının kısaltılması işleviyle çeliştiğinden, yargılama gerçekliğini gözden kaçırdığı eleştirisine uğramıştır.³¹¹ Buna karşılık kuruma kökten karşı olan müellifler, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanunu iptal etmeyerek, Alman ceza muhakemesi hukukunun kurtarılmasını sağlayacak bir şansın kaçırıldığı gerekçesiyle kararı eleştirmiştir.³¹²

Mahkeme kararı, neredeyse tamamen bilgilendirme ve tutanak altına alma yükümlülüklerinin ihlali üzerine bina edilmiş, bu husustaki ihlaller mutlak bir temyiz sebebi olarak tavsif edilmiştir.³¹³ Benzer şekilde Mahkeme, sanığın ikrarını tetkik eden hakimın salt soruşturma dosyasındaki verilerle yetinmemesi, bilakis dosyayı aleni ve sözlü duruşmada delillerin duruşmada toplanmasını talep etmiştir.

VII. Değerlendirme: Kurumun Mevcut Uygulamadaki Yeri ve Geleceğine İlişkin Görüşler

Anayasa Mahkemesi ayrıca kanun koyucudan bilhassa kurumun Anayasaya uygunluğunu temin eden CMK m 257c'de öngörülmüş koruma mekanizmalarının, ne derecede hayata geçirildiğinin araştırılmasını talep etmiştir. İddia pazarlığına ilişkin mevzuatın ne derecede hayata geçirildiğinin tespiti için ampirik yöntemin de kullanıldığı kapsamlı bir araştırma projesi 2020 yılında tamamlanmış ve sonuçları yayınlanmıştır.³¹⁴ Araştırma, saha araştırması anket yöntemiyle gerçekleştirilmiş, Tübingen Üniversitesi'nde gerçekleştirilen online ankete toplam 386 hakim, savcı ve avukat katılmıştır. Duesseldorf Üniversitesi'nde de online mülakat usulüyle 157 görüşme gerçekleştirilmiştir.³¹⁵ Yargının bu çalışmayla iş birliği yapmaması nedeniyle

³⁰⁸ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 596.

³⁰⁹ Stuckenberg (n 14) § 257c kn 19.

³¹⁰ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 856, 857; ayrıca bkz von Heintschel-Heinegg, *Verständigung im Strafverfahren* (n 65) kn 25.

³¹¹ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 857.

³¹² Greco (n 2) 4.

³¹³ ibid 858, 859.

³¹⁴ Bu çalışma üç farklı Üniversiteden öğretim üyesi tarafından ampirik yöntemlerin de kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiştir. Araştırmada kullanılan yöntemler hakkında bir tablo için bkz Altenhain, Jahn ve Kinzig (n 16) 16.

³¹⁵ Matthias Jahn, 'Zur Zukunft der Verständigung in Strafsachen', *Strafverteidiger Forum*, Sayı 2 Şubat 2021, 48-61, 48.

sonuçları bir ölçüde sınırlı bir temsil kabiliyetini haizdir.³¹⁶ Bununla birlikte, araştırmanın sonuçları günümüzde kurumun resmi ve gayri resmi uygulamalarını gözler önüne sermesi bakımından önem arz etmektedir.

Kuruma ilişkin kanuni düzenleme başlangıçta hatırı sayılır bir şekilde uygulanırken, günümüzde kuruma ilişkin kanuni düzenlenmenin uygulamadaki ağırlığı yine azalmıştır. Müellifler bu durumu, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2013 yılında verdiği karara bağlamaktadır. Gerçekten karardan önceki dönemde kurumun uygulama oranı sulh mahkemelerinde (*Amtsgericht*) %17,9, asliye mahkemelerinde (*Landgericht*) % 23 iken; 2017 yılına gelindiğinde, davaların sulh mahkemelerinde % 0,62, asliye mahkemelerinde %7,28'i CMK m 257c'nin uygulanmasıyla neticelenmiştir.³¹⁷ Zikredilen araştırmayı yürüten müelliflerden *Jahn*'a göre, bu oranlardaki düşüşün sebebi, kanuni düzenlemenin yetersiz ve eksik olması veya 2009 öncesi dönemde uygulamada pazarlığa konu edilen kanun yollarına gitmekten feragatin CMK m 302 f 1 hükmüyle yasaklanmış olması değildir. Müellife göre kuruma ilişkin tatbikattaki bu gerilemenin arkasında Anayasa Mahkemesi'nin 2013 tarihli kararında öngördüğü mahkemeye şeffaflık, sanığın bilgilendirilmesi ve tutanağa geçirme konularında getirilen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin, kurumu yargılamayı kısaltan işlevini törpülemiş olmasıdır.³¹⁸ Mevcut duruma rağmen resmi ve yasaklanmış olsa da gayri resmi pazarlık usullerinin, uygulama açısından vazgeçilmez bir konumda oldukları ifade edilmektedir.³¹⁹ Anayasa Mahkemesi kararından önceki dönemdeki istatistikler, bu kanıyı güçlendirmektedir. 2012 yılında hakim, savcı ve avukatlarla Kuzey Ren Vestfalya eyaletinde yapılan bir ankette, sulh mahkemesinde davaların %18'i, asliye mahkemelerinde ise %23'ü iddia pazarlığı usulüyle neticelendirildiği tespit edilmiştir. Buradan hareketle, hakkında iddianame düzenlemiş çekişmeli davaların, birçoğunda muhakeme süjeleri arasındaki anlaşmayla neticelendirildiği değerlendirilmekteydi.³²⁰ Buna karşılık, 10 yıl öncesine kadar geçerli olan bu yargı artık günümüzdeki oranlar göz önüne alındığında, geçerliliğini yitirmiş görünmektedir.³²¹ Öğretide, mevcut durumun yalnızca 2009 yılındaki yasal düzenlemeye mal edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Öğretide *Jahn*, yukarıda zikredilen kapsamlı çalışmayı gerçekleştiren bilim insanlarından biri olmak vasfıyla, bu konuda önemli tespitler yapmıştır. Bunların başında hiç kuşkusuz, kurumun uygulamasına ilişkin bu pek de iç açıcı olmayan rakamların başlıca sebebi, uygulamanın bilhassa Anayasa Mahkemesi'nin 2013 yılındaki kararındaki şartları kabul etmekte zorlanmasıdır. Bilhassa sulh mahkemelerindeki dosya yükü nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin kararındaki şekliyle yerine getirilmesi talep edilen şeffaflık, sanığa haklarının öğretilmesi ve tutanağa geçirme

³¹⁶ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 11.

³¹⁷ Jahn, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 851.

³¹⁸ ibid 851, 852.

³¹⁹ Beulke ve Swoboda (n 3) kn 594.

³²⁰ Weigend, *Neues zur Verständigung* (n 32) 204; Jahn, *'Zur Zukunft der Verständigung'* (n 315) 48.

³²¹ Jahn, *'Zur Zukunft der Verständigung'* (n 315) 48.

mükellefiyetleri bu mahkemeler tarafından yerine getirilmesi oldukça ağır şartlar olarak değerlendirmektedir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi kararının uygulamaya yönelik açık bir uyarı niteliğindeki kararında, özellikle kuruma ilişkin kuralların oldukça sıkı bir şekilde tatbikini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararını müteakip, Federal Mahkeme'nin de çok sayıda ilk derece mahkemesi kararını iddia pazarlığındaki ihlaller nedeniyle bozması da uygulamanın bu kurumdan uzaklaşmasının nedenleri arasında yer almaktadır. Bu bozma kararlarında, şeffaflık ve tutanağa geçirme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bozulan kararların sayısında da bir artış gözlemlenmiştir.³²²

Bu noktada can alıcı sorulardan biri de hiç şüphesiz, bu pazarlık kurumuna ilişkin yasal düzenlemeleri uygulamayan mahkemelerin, artık gayri resmi pazarlıktan da vazgeçip vazgeçemedikleridir. Yukarıda zikredilen ampirik çalışma, bu konuda oldukça ilginç bulgulara ulaşmış görünmektedir. Buna göre, çalışma kapsamında kendisiyle mülakat gerçekleştirilen hakimlerin yarısı, avukatların ise %80'ninden fazlası, uygulamada gayri resmi pazarlık ve müzakereyle karşılaştıklarını beyan etmiştir.³²³ Buna ilave olarak, kendilerinin gayri resmi pazarlığa girişip girişmedikleri yolundaki soruya ise hakimlerin üçte biri olumlu cevap verirken, bu oran savcılarda yarıya çıkmış, avukatlarda ise yine yüzde seksenlerin üzerinde bir oran tespit edilmiştir.³²⁴ Bu oranlardan hareketle, Alman yargısının iddia pazarlığı kanununu dolanmak suretiyle, gayri resmi pazarlıkları sürdürdüğü neticesine ulaşılmaktadır.³²⁵ Buradan hareketle, özellikle sulh mahkemelerinde yaygın bir şekilde gayri resmi iddia pazarlıklarının gizli bir şekilde yapılmaya devam ettiği görülmektedir. Böylece, iddia pazarlığı kanununda öngörülen ve Anayasa Mahkemesi tarafından katı bir şekilde yorumlanan şeffaflık ve tutanak altına almaya ilişkin kurallar dikkate alınmaksızın, iddia pazarlığı uygulamaları sürmektedir.³²⁶

Gayri resmi pazarlıklar, en fazla sulh mahkemelerinde gerçekleşmektedir. Bu mahkemelerdeki, durumu izah eden en önemli unsur iş yükü baskısıdır. Bu nedenle, bu mahkemelerde maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin tam manasıyla hayata geçirilmesi mümkün olmamaktadır. Bu noktada gündeme gelen temel mesele, bu mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve muhakemenin hızlandırılması bakımından CMK m 257c hükmünün uygun bir normatif çerçeve sunup sunmadığıdır.³²⁷ *Jahn*'a göre, CMK m 257c hükmünde öngörülen maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin aynen geçerli olduğu yolundaki düzenleme, iddia pazarlığı kurumunun varlık amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira, bu kuruma müracaat sebebi, muhakeme süjeleri tarafından

³²² ibid 49.

³²³ Altenhain, Jahn ve Kinzig (n 16) 235.

³²⁴ ibid 236.

³²⁵ Jahn, 'Zur Zukunft der Verständigung' (n 349) 51.

³²⁶ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 11.

³²⁷ Bu noktada, 2019 yılında ceza hukukçuları alternatif grubunun bu hükmün yerine bir kısaltmış yargılama modelinin yerini alacak bir tasarı çalışması yapıldığı zikredilmelidir. Önerilen model hakkında bkz Felix Bommer et al, 'Alternativ-Entwurf Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)' *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 166, 2019, 1-128, 1 vd.; önerilen modelin tenkidi için Jahn, 'Zur Zukunft der Verständigung' (n 349) 52; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 22.

uygun görülen hallerde çok uzun sürebilecek olan delillerin ortaya konulmasının, kısaltılması veya hiç gerçekleşmemesidir. Bu da eşyanın tabiatı gereği, maddi gerçeğin araştırılmasından feragat anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararının bir sonucu da şeffaflık ve tutanağa geçirme yükümlülüklerine yapılan aşırı vurgu sonucunda, pazarlığın denetimi zor sahalarda yoğunlaşması olmuştur. Bunların başında, CMK m 153a, 154, 154a hükümlerinin uygulanması gelmektedir. Hatta, pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ceza kararnameleri de söz konusudur. Bu nedenle kanun koyucunun, esasen gayrı resmi olarak uygulamada gelişen iddia pazarlığını kanuni disipline kavuşturma çabasının akim kaldığını söylemek abartı olmayacaktır. Bu noktada, Alman Anayasa Mahkemesi kararındaki amaçlananın aksine bir sonuç verdiği görülmektedir. *Jahn*'ın ifadesiyle, güneş ışığı en iyi dezenfektan olsa da her şeyin fazlası zarardır.³²⁸ Müellife göre, Anayasa Mahkemesi'nin sanığa haklarının öğretilmesine, bilgilendirilmesine, tutanak altına alınmasına ve belgelendirilmesine ilişkin hükümlerin neredeyse mutlak bozma sebebi olarak tavsif etmiş olması, hakimin hukuk yaratmasının sınırlarını zorlar niteliktedir. Bu nedenle kanun koyucuya, mutlak temyiz sebeplerini düzenleyen CMK 338 hükmünde değişikliğe gidilmesi suretiyle, bu konunun vuzuha kavuşturulması önerilmektedir.³²⁹

Kanuni düzenlemeye rağmen, hakimin üstü örtülü olarak hükmedeceği cezayı belirtmesi uygulaması ve kanun yoluna gitmekten feragat uygulaması da yukarıda ifade ettiğimiz üzere devam etmektedir.³³⁰ Genel olarak değerlendirildiğinde, uygulamanın kanun koyucunun düzenlemelerini fiilen dikkate almadan muhakemeyi sürdürdüğü görülmektedir. Bu noktada, iki ana tepki gündeme gelmektedir. Bir görüşe göre, adliyenin tabiri caizse disipline edilmesi için her türlü idari ve adli tedbir alınarak, hakimlerin yemin ettikleri şekilde hukuk ve kanuna uygun karar vermeleri sağlanmalıdır.³³¹ Bununla birlikte, kurumun yasaklanması gibi tedbirlerin, yukarıda arz edilen Alman ceza muhakemesinin yapısal özellikleri karşısında pek bir başarı şansının olmadığı görülmektedir.³³² Mevcut durum karşısında öğretilen Alman ceza hukukunun topyekûn bir reforma tabi tutulması yolunda görüşler ileri sürülmektedir.³³³ Bazı müellifler yeni bir ceza muhakemesi kanunu hazırlanarak mevcut sorunların çözülebileceği görüşündedir.³³⁴

³²⁸ Jahn, 'Zur Zukunft der Verständigung' (n 315) 55.

³²⁹ ibid 55; ayrıca bkz Beulke/Swoboda, kn 600.

³³⁰ Jahn, 'Zur Zukunft der Verständigung' (n 315) 55-57.

³³¹ Eski Federal Mahkeme başkanlarından Thomas Fischer bu noktada başı çekmektedir. İkrar pazarlığı kurumuna ödenen beri karşı olan müellife göre, muhakemenin süjelerinin baskı altına alınmasının önlenmesi suretiyle, bu nevi gayrı resmi pazarlıkların mutlak surette önüne geçilmelidir. Thomas Fischer, "Detlef dealt noch immer" Spiegel Panorama, 27.11.2020 (<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/illegal-deals-und-absprachen-im-straftprozess-detlef-dealt-noch-immer-kolumne-a-7ebbc5e-7c18-4e0b-862c-02b6b1acc101>); benzer yönde görüş için bkz Walter (n 8) 186, 187.

³³² Greco (n 2) 11.

³³³ Fezer (n 4) 184, 185; Greco (n 2) 12; Walter (n 8) 186.

³³⁴ Bu husustaki görüşler hakkında bkz Weigend, *Verständigung in der Strafprozessordnung* (n 3) 847; Walter (n 8) 186; Stuckenberg (n 14) § 257c kn 22.

Bu husustaki diğer görüş ise Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2013 tarihli kararının uygulama dengelerini bozduğu yönündedir. Kanun koyucu, gelinen noktada ya uygulama tarafından iddia pazarlığına ilişkin mevzuatın uygulama tarafından kenara itilmiş olmasına göz yumacak ya da mevcut durumun değişmesi için yasal düzenleme yapmak yoluna gidecektir. *Jahn*'a göre, Alman ceza muhakemesinde iddia pazarlığının esas sorunu, iddia pazarlığı kanunu değil, bilakis bu kanunun uygulama sahasını lüzumundan fazla daraltan Anayasa Mahkemesi'nin 2013 tarihli kararıdır. Bu yargıyı destekleyen bir husus da Anayasa Mahkemesi kararına kadar olan dönemde, kanun yolu denetiminde yüksek mahkemelerin içtihatlarında, ilk derece hakimine daha geniş bir hareket sahası sağlıyor olmasıydı. Bu noktada mahkemeler, ceza adaletinde yargının iş yükünün azaltılması mülahazalarıyla, şekli kurullarla hakimlerin hareket sahasını gereğinden fazla daraltmamaya gayret ediyorlardı. Anayasa Mahkemesi kararından sonra ise, içtihatlarda gözle görülür bir değişim yaşanmış, özellikle şeffaflık ve tutanağa geçirme hakkındaki şekli kurullar Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda daha katı uygulanmaya başlanmıştır.³³⁵ Gerçekten, öğretilerde *Zabel*'in öngördüğü gibi, esasen normal muhakeme usulünün şekil şartlarının dışında daha rahat müzakere zemini sağlamak üzere uygulamada gelişen iddia pazarlığına ilişkin kanun hükümlerinde öngörülen çok sayıda detaylı düzenleme neticesinde, pazarlıklar yine kanun öncesi dönemde olduğu gibi yasalarda öngörülme-yen müzakere sahalarına göç etmiştir.³³⁶ Bu noktada kanun koyucuya düşen, ceza muhakemesinde umumi bir reform yapılınca-yaya kadar, bir takım kanuni düzenlemeler yoluna gitmektedir. Avusturyalı ceza hukukçusu *Soyer*'in yerinde tespitine göre Alman kanun koyucu, iddia pazarlığı konusundaki hukuk devleti bakımından ortaya çıkan mahzurları gidermek için kanuni düzenleme yapmış olması, bu alandaki sorunları reddetmek yerine çözüm iradesi gösterilmesi bakımından hatırı sayılır bir çaba teşkil etmektedir.³³⁷ Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararı sonrası dönemde, Alman ceza muhakemesi hukukunda, iddia pazarlığı kurumunun geleceğine dair tartışma yeniden başlamış görünmektedir.³³⁸

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Bu çalışmaya ilişkin araştırma ve yazım, Alexander von Humboldt Vakfı tecrübeli bilim insanları bursuyla mümkün olmuştur. (*Der Text gehört zu einem Forschungsprojekt, das ich dank eines Stipendiums der Alexander von Humboldt Stiftung durchführen konnte. Ich bedanke mich Herrn Prof. Dr. Bernd Hecker für seine stetige Unterstützung und Gastfreundschaft.*)

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

Grant Support: I received the Alexander von Humboldt Fellowship for experienced scholars, which made the research and writing of this article possible.

³³⁵ Ignor ve Wegner (n 6) § 257c StPO kn 10.

³³⁶ Zabel (n 94) 117.

³³⁷ Mütellif buradan hareketle ülkesinde de iddia pazarlığının vaktinde ve adil bir yasal bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiği kanaatini de ortaya koymaktadır. *Soyer* (n 68) 436, 437.

³³⁸ *Jahn*, 'Zur Zukunft der Verständigung' (n 349) 61; *Jahn*, *Verständigung in der Hauptverhandlung* (n 5) 931, 932.

Bibliyografya/Bibliography

- Altenhain K, Jahn M ve Kinzig J, *Die Praxis der Verständigung im Strafprozess* (Nomos, Baden-Baden 2020).
- Beulke W ve Swoboda S, *Strafprozessrecht*, (16. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg 2022).
- Bommer F, et al, 'Alternativ-Entwurf Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), *Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer* (Arbeitskreis AE)' *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol 166, 2019, 1-128.
- Deal D, 'Der strafprozessuale Vergleich', *Strafverteidiger* (1982), Sayı 11, 545-552.
- Ekici Şahin M, 'Yargılamayı Hızlandıran bir Model Olarak Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Hüküm Anlaşması (§ 257c StPO)', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2020, Cilt 1, 303-320.
- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt), (50. Cilt, Carl Heymanns Verlag, Köln 2006) 40-64.
- Fezer G, 'Inquisitionsprozess ohne Ende? – Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes-' *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010) 177-185.
- Greco L, 'Fortgeleiteter Schmerz- Überlegungen zum Verhältnis von Prozessabsprache, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur', *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (2016) 1-15.
- Heintschel-Heinegg B, 'Kapitel 33: Verständigung im Strafverfahren', in *Handbuch für den Staatsanwalt*, (Hrsg.) Helmut Vordermayer, Bernd von Heintschel-Heinegg, Robert Schnabl ve Wolfgang Beckstein, (7. Baskı, Wolters Kluwer, Köln 2023).
- Ignor A ve Wegner K, '§ 257c StPO', in *Strafprozessordnung Kommentar*, (Hrsg.) Helmut Satzger ve Wilhelm Schluckebier (5. Baskı, Wolters Kluwer, Köln 2023).
- Ignor A, 'Die gesetzliche Regelung der Verständigung im deutschen Strafverfahren' *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010/05, 238-242.
- Jahn M, 'Verständigung in der Hauptverhandlung', in *Handbuch des Strafrechts*, (Hrsg.) Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius (Cilt 8, C. F. Müller 2022) 847-933.
- Jahn M, 'Zur Zukunft der Verständigung in Strafsachen', *Strafverteidiger Forum*, Sayı 2 Şubat 2021, 48-61.
- Joecks W ve Jäger C, *Strafprozessordnung Studienkommentar* (5. Baskı, C. H. Beck, München 2022).
- Kindhäuser U ve Schumann KH, *Strafprozessrecht* (6. Baskı, Nomos, Baden-Baden 2022).
- Kleszczewski D, *Strafprozessrecht* (2. Baskı, Vahlen, Stuttgart 2013).
- Krey V ve Heinrich M, *Deutsches Strafverfahrensrecht* (2. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019).
- Murmann U, *Prüfungswissen Strafprozessrecht* (5. Baskı, C. H. Beck, München 2022).
- Radtke H, 'Die Entwicklung der Absprachen im Strafverfahren', in *300 Jahre Oberlandesgericht Celle, Festschrift zum 300jährigen Jubiläum am 14. Oktober 2011*, (Hrsg.) Peter Götz von Olenhusen, (Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2011) 515-536.
- Rosenau H, 'Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet' in *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot, Berlin 2011) 1597-1628.
- Roxin C ve Schünemann B, *Strafverfahrensrecht* (30. Baskı, C. H. Beck, München 2022).

- Sacher M, *Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit* (Duncker & Humblot, Berlin 2022).
- Schmitt B, in *Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung*, ed. Bertram Schmitt ve Marcus Köhler, (65. Baskı, C.H. Beck, München 2022).
- Schroeder FC ve Verrel T, *Strafprozessrecht* (7. Baskı, C.H. Beck, München 2017).
- Schünemann B, 'Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaates', *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2009) (4), 104-107.
- Schünemann B, 'Urteilsabsprachen im Strafverfahren oder die Rückkehr des Rechtsstaats zum Tauschhandel' in: *Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, (Hrsg.) Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman ve Fernando J. Cordoba (Duncker & Humblot, Berlin 2020) 953-968.
- Schünemann B, 'Zur Entstehung des deutschen *plea bargaining*', in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, (Hrsg.) Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Horst Eidenmüller, Christiane Wendehorst ve Johannes Adolff (C.H. Beck, München 2005) 1177-1195.
- Sinn A, 'Vom Deal zur Verständigung', in *Praxishandbuch zur Verständigung im Strafverfahren*, (Hrsg.) Arndt Sinn ve Christian Schöbbling (Springer, Berlin 2017) 1-17.
- Soyer R, 'Absprachen im Strafverfahren- eine gesetzliche Regelung tut not', in *Festschrift Roman Leitner*, (Hrsg.) Markus Achatz, Rainer Brandl ve Robert Kert (Linde Verlag, Wien 2022) 427-437.
- Stuckenberg C.F, in: Löwe/Rosenberg, § 257c StPO (Cilt 7 §§ 256-295, 27. Baskı, De Gruyter).
- Volk K ve Engländer A, *Grundkurs StPO* (9. Baskı, C.H. Beck, München 2018).
- Walter T, *Strafprozessrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen 2020).
- Weigend T, 'Neues zur Verständigung im deutschen Strafverfahren?' in *Was wird aus der Hauptverhandlung? Quel avenir pour l'audience de jugement?* 4. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Bonn University Press, Bonn 2014) Jocelyne Leblois-Happe /Carl-Friedrich Stuckenberg (Hrsg.), 199-219.
- Weigend T, 'Verständigung in der Strafprozessordnung - auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell', in *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, (Hrsg.) René Bloy, Martin Böse, Thomas Hillenkamp, Carsten Momsen und Peter Rackow (Duncker & Humblot, Berlin 2010) 829-848.
- Wohlens W, in *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung* (Hrsg.) Jürgen Wolter (Cilt I, 5. Baskı, Carl Heymanns Verlag, Köln 2018).
- Yenisey F, 'Ceza Muhakemesi Sùjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürütüşüne Etkisi Sorunu' *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl 2013, Cilt 19, Sayı 2, 453-469.
- Zabel B, *Die Ordnung des Strafrechts* (Mohr Siebeck, Tübingen 2017).
- Zehetgruber C, *Maßgebliche Aspekte des deutschen und kalifornischen Strafverfahrensrechts* (Duncker & Humblot, Berlin 2019).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 14.08.2023
Revizyon Talebi: 25.06.2023
Son Revizyon Tarihi: 25.06.2023
Kabul: 26.06.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Anarko-Bireyci Bir Doğal Hukuk Yorumu: Lysander Spooner ve Hukuk Teorisi

Muzaffer Dülger^{*}

Öz

Lysander Spooner (1808-1887) 19. yüzyıl Amerikan siyaset felsefesinin önemli fakat sıklıkla ihmal edilmiş bir figürüdür. Bir hukukçu, girişimci ve politik deneme yazardır. İdeolojik olarak ise bireyci bir anarşist, kölecilik karşıtı ve emek hareketi ile serbest piyasa destekçisidir. Ayrıca otoriter hükümetler, devlet müdahaleciliği, yasa koyucu ve vergilendirici faaliyetler ve ahlaki, hukuki ya da politik her tür paternalizme karşı doğal hukuk felsefesinin bireyci bir kavranışı yönünde ve özel mülkiyet hakları lehine güçlü argümanlar geliştirmiş bir doğal hukuk teorisyenidir. Dolayısıyla o genel olarak iki ana felsefi konum arasında kendisine pozisyon edinir; doğal hukuk felsefesi ve radikal derecede bireyci bir anarşizm. İşte bu özgün felsefi karakterinden ötürü o çağdaş liberteryenler ve anarko-kapitalistler üzerinde oldukça etkileyici bir figür haline gelmiş olup, kitap ve broşürleri de liberteryen hukuk teorisini ve onun güncel hukuki meseleler hakkındaki çıktı ve savlarını anlayıp analiz edebilmek için oldukça elverişli kaynaklar halini almıştır. Fakat o ne bir sistematik çalışma kaleme almış ne de sistematik bir felsefe geliştirmeye çabalamıştır. Hukuk üzerine çeşitli eserler kaleme almış olmakla beraber, görüşlerini sistematik bir çalışma içerisinde bir araya getirememiştir. Bu çalışmada amaç, çeşitli kitap bölümleri ve broşürleri arasında dağılmış vaziyetteki hukuki görüşleri vasıtası ile, onun hukuk kavramını genel olarak açıklığa kavuşturmak ve bu kavrayışın doğal hukuk felsefesine bağlılığını, adalet, anayasa, hak, mülkiyet ve suç gibi bazı temel hukuki kavramlar üzerine düşüncelerine yoğunlaşmak suretiyle ortaya koymaktır. Spesifik olarak ise, bu çalışma ile Spooner'ın 'hukuk nedir?' sorusuna verdiği doğal hukukçu cevabı tartışmaya yoğunlaşılacak ve bu cevapla bağlantılı bir biçimde suç ve mülkiyetin onun zihnindeki uygun telakki edilen manasını ele alacağız.

Anahtar Kelimeler

Lysander Spooner, Doğal Hukuk, Anarşizm, Bireycilik, Liberteryenizm

An Anarcho-Individualistic Remark on Natural Law: Lysander Spooner and His Theory of Law

Abstract

Lysander Spooner (1808-1887) is an important but oft-neglected figure of 19th-century American political philosophy. He was a lawyer, entrepreneur, and political essayist. Ideologically, he was an individualist anarchist, abolitionist, and an exponent of the labor movement and free market. He was also a natural law theorist who developed forceful arguments on behalf of an individualistic conception of natural law philosophy and private property rights in opposition to authoritarian governments, state-interventionism, legislative and taxative activities, and all forms of paternalism, whether moral, legal, or political. Thus, he stood generally between the two main philosophical positions of natural law philosophy and of a radically individualistic type of anarchism. As a result of his unique philosophical character, he became a highly influential figure among contemporary libertarians and anarcho-capitalists, and his books and pamphlets have also served as rather convenient sources for understanding and analyzing the libertarian legal theory, as well as its outcomes and claims regarding contemporary legal matters. However, he neither wrote any systematic treatise nor try to develop any systematic philosophy. Although he did write various works on law, he was unable to gather his views within a systematic work. This study's purpose is to generally disclose Spooner's conception of law through some of his

* **Sorumlu Yazar:** Muzaffer Dülger (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-posta: muzafferdulger@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0002-0359-9368

Atf: Dülger M, "Anarko-Bireyci Bir Doğal Hukuk Yorumu: Lysander Spooner ve Hukuk Teorisi" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 507. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0007>



legal views dispersed among his various book chapters and pamphlets and to reveal this conceptualization's connection to natural law philosophy by concentrating on his thoughts regarding certain fundamental legal concepts such as justice, constitution, right, property, and crime. Specifically, this work will concentrate on discussing Spooner's naturalistic answer to the question of what is law and will address in connection with this answer the true meanings of crime and property he held in his mind.

Keywords

Lysander Spooner, Natural Law, Anarchism, Individualism, Libertarianism

Extended Summary

Lysander Spooner (1808-1887) is an important though oft-neglected figure in 19th-century American political philosophy. He was an individualist anarchist, political essayist, and entrepreneur known for setting up a private post office in competition with the American government's public postal services and for writing abolitionist essays. He was also a lawyer and natural law theorist. He developed forceful arguments on behalf of an individualistic conception of natural law philosophy and private property rights in opposition to authoritarian governments, interventionism, legislative and taxative activities, and all forms of paternalism, whether moral, legal, or political.

Spooner's ideas on law are found dispersed among his various writings. One of the best known of these works is *The Unconstitutionality of Slavery* (1860). Spooner began his argument on the unconstitutionality of slavery with a question: "What is Law?" He answered this by defining law as the "*natural, permanent, unalterable principle, which governs any particular thing or class of things*" (p.4) "*The natural, universal, impartial and inflexible principle, which, under all circumstances, necessarily fixes, determines, defines and governs the civil rights of men*" (p. 5) was "*simply the rule, principle, obligation or requirement of natural justice*" (p. 5). According to Spooner, any so-called legal rules and regulations that are contrary to natural justice have no validity. Spooner reiterated these naturalist views in the following works, one conspicuous one that will be dwelt on here being his pamphlet titled "Natural Law or the Science of Justice: A Treatise on Natural Law, Natural Justice, Natural Rights, Natural Liberty, and Natural Society; Showing That All Legislation Whatsoever is an Absurdity, a Usurpation, and a Crime" (1882). As can be seen in the title, he also generated some radical ideas in this pamphlet against all legislative activities in the context of the formation of a legal system.

Another pamphlet he published titled "Vices Are Not Crimes: A Vindication of Moral Liberty" (1875), Spooner drew the line around a behavioral area insusceptible to legislative intervention. In this pamphlet, he objected to criminal legislation that interfered with the inviolable core area of individual liberty, especially those that criminalized vices, moral corruption, or the self-harm actions of an individual such

as drunkenness, addiction to gambling, smoking, and idleness. Spooner stated therein (p. 2), “Vices are simply the errors which a man makes in his search after his own happiness. Unlike crimes, they imply no malice toward others, and no interference with their persons or property.” In other words, while crimes are related with infringement on others’ natural rights (e.g., life, liberty, and pursuit of happiness), vices are the errors a man makes in the search for one’s natural right to pursue one’s own happiness. In this way, this viewpoint offers insight into a libertarian conceptualization of the separation of law and morality and of an acceptable form of criminalization regarding some human actions. This also had similarly become apparent in Anglo-Saxon legal philosophy through the Mill-Stephen and Hart-Devlin debates.

Some contemporary libertarians and anarcho-capitalists regard Spooner as one of their most influential philosophical predecessors because of his substantial arguments in support of private property rights and natural liberty. However, placing him at the central point of libertarian thought is not easy because of some his skeptical views on contemporary capitalist practices. However, he was a follower of Locke’s natural right philosophy and individual property rights as a natural right, he was also a hard opponent to all forms of involuntary servitude, not just to slavery and other coercive public obligations but also to the wage labor dependencies regarding oligarchic capitalist exploiters. Consistent with these thoughts and doubts, he became an exponent of a private property regime that supports intellectual labor and free entrepreneurship. For an understanding of his conception of property rights in this manner, this article will look at his book titled “The Law of Intellectual Property” (1855).

In short, the purpose of this work was to bring Spooner’s concept of law into view through some of his book chapters and pamphlets and by dwelling on Spooner’s previously mentioned theory of natural law. In order to analyze his thoughts regarding law as a holistic term, this article will then examine his views regarding certain fundamental legal concepts involving legality and illegality, such as rights, crimes, misdemeanors, the Constitution, and property rights, which he defined here and there among his various works. Consequently, the article will then try to reveal Spooner’s theory of law, which prioritized the individual as a unique moral being in opposition to all collective bodies such as the state and other authoritative societal institutions. In this way, an anarcho-individualist conception of natural law will be shown to emerge through Spooner’s thoughts and critical works.

Giriş

Lysander Spooner, “Amerikan Aydınlanması” olarak lanse edilen 18 ve 19.yy. Birleşik Devletleri’nin düşünce ikliminin çokça eser kaleme almış ve bir o kadar da günümüzde unutulmuş bir düşünürüdür. 1808 ile 1887 yılları arasında yaşamıştır. Politik deneme yazarı, kölecilik-karşıtı, emek hareketi destekçisi, girişimci ve hepsinden önemlisi, bu çalışmanın da üzerinde yoğunlaştığı üzere, meslekten bir hukukçu ve hatta kimilerine göre bir hukuk teorisyenidir. Politik denemeleri, kölecilik, emek sömürüsü, haksız vergilendirmeler ve yoksulluğun temel dayanağı olarak Amerikan hükümetinin eleştirisi ve genel olarak devlet olgusunun tahlili üzerine kuruludur. Yaşamı boyunca, hem eylemleriyle hem de kağıt üzerinde, devlet kurumlarıyla ve devlet kavramıyla sürekli kavgalı olmuştur. Örneğin John Davis ve Charles Allen isimli avukatların yanında çalıştığı iki yılın ardından baroya yazılmak istediğinde, üç yıllık kolej eğitimi eksikliği nedeniyle başvurusunun reddedilmesini haksız bulmuş, Massachussettes’teki bu düzenlemeyi önemsemeyen bir avukatlık ofisi açmış ve mevcut uygulamanın haksızlığına dair bir metin kaleme almıştır (1835). Satın almış olduğu bir araziye devletin nehir direnaj çalışmaları esnasında zarar verdiği iddiasıyla hükümetten davacı olmuş ve fakat kaybetmiştir (1838). Federal posta hizmetlerinden daha hızlı ve ucuz hizmet sunma iddiasıyla özel bir şirket kurmuş, hükümetin yaşattığı zorluklar nedeniyle sektörde tutunamamış ve yine bu konu üzerine devletin posta hizmetlerinde tekel oluşunun anayasaya aykırılığını vurgulayan bir yazı kaleme almıştır (1845)¹. Hatta Amerikan İç Savaşı sürecine dair (özgürlük mücadelesi ve kölecilik karşıtlığı gibi görüntüler ardında tüm toplumu otoriter bir yönetim altına alma ve savaş finans edenlere geri dönüş mahiyetindeki vergilendirmelerin ve kamusal yükümlülüklerin artırılması iddialarını içeren) çeşitli eleştiriler yönelmiş ve bazı eyaletlerin zorla birlik içerisinde tutulmalarını eleştirmiştir. Kendisi gibi bu eleştirileri yapanlara sıklıkla vatan haini damgası vurulmasına itiraz anlamında söz konusu yazılarını, bir yazı dizisi olarak, *No Treason (İhanet Yok)* başlığı altında yayınlamıştır.

Spooner, yaşam pratiğine de yansımış bu devlet eleştirilerinin neticesi olarak, devlet müdahalesinin minimize edildiği bir sosyo-ekonomik düzende bireysel mülkiyet hakları (ve özellikle de sağlam bir fikri mülkiyet rejimi) üzerine kurulu bir girişim ve ticaret özgürlüğünü savunmuştur. Bu doğrultuda, neredeyse tüm sosyo-ekonomik sorunların merkezine devleti yerleştirmesi, Spooner’i günümüzde hem anarşist ideolojinin hem de liberteyenizmin kurucu düşünürlerinden biri haline getirmiştir. Liberteryenizm ve anarşizm üzerine yazılmış Türkçe eserler ve bu iki ideoloji üzerindeki Spooner etkisine rağmen, onun kendi eserleri üzerine Türkçe literatürde tek bir araştırma makalesi² haricinde eser bulunmamaktadır. Çalışmamızda, bu etkili

¹ A John Alexander, ‘The Ideas of Lysander Spooner’ (1950) 23(2) The New England Quarterly 200, 203.

² Murat İnce, ‘Lysander Spooner’in Siyaset ve Hukuk Teorisi’ iç Coşkun Can Aktan (ed) *Liberteryenizm ve Anarko-Kapitalizm* (Sobiad Yayınları, 2019) 180.

19.yy. Amerikan düşünürünün hukuk üzerine temel düşüncelerini işlemiş olduğu eserler irdelenerek, “hukuk nedir?” sorusuna vermiş olduğu cevap, hukukun yetki alanını tarif eden temel kavramları tanımladığı yazıları ekseninde ele alınacaktır. Bu temel kavramlar, bir insan davranışının hukukiliğini belirten hak, doğal hak, mülkiyet hakkı vb. kavramlarken; hukuki olmadığını belirten haksız fiil ve suç gibi kavramlardır. Çeşitli yazılarında Spooner bu temel hukuki kavramların doğasına dair kendince açıklamalar sunar ve bu açıklamalar dolaylı olarak onun hukukun ne olduğuna dair düşüncelerine eklenir ve onları ayrıntılandırır mahiyettedir. Bu minvalde çalışmamızda Spooner’in suçu, mülkiyet hakkını, doğal hakkı ve anayasayı tanımlayıp açıkladığı eserleri merkez alınmıştır. Görece dağınık olan fikirlerini bütünleştirebilmek adına üzerine yoğunlaşılacak bu temel kavramlar aracılığıyla Spooner’in hukuk düşüncesinin genel hatları ve doğal hukuk düşüncesinden mülhem içeriği ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır.

I. Anarşist Doğal Hukuk

Spooner, doğal hukuk düşüncesinin 19.yy. temsilcilerinden biridir. İçinde yaşadığı dönemin kurulu hukuk düzenine dair doğal hukuk düşüncesinden beslenerek ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Hatta bu eleştirileri, çoğu zaman sıradan bir eleştiri dozajını aşarak, bir reddediş, direnme ve itaatsizlik manifestosuna dönüşmüştür. Yani Spooner bir nevi doğal hukuk teorisinin anarşizme geçiş eşiğinde durur. Dolayısıyla Spooner’i enteresan kılan özelliği, kendisini anarken “anarşizm” ve “hukuk” ya da “hukukçu” kelimelerinin bir arada kullanmak zorunda kalışımızdan kaynaklanır. Çünkü hak verileceği üzere, tıpkı miktatısların eş kutuplarının birbirini itmesi gibi, ilk bakışta bu kavramların da birbirini itmesi beklenir. İkisinin herhangi bir kişi yahut durumda, bir şekilde yan yana gelmeleri pekala bir oksimorondur. Keza malum olduğu üzere, anarşizm otoritenin reddi demekken, bunun tersine hukuk belli bir otoriteye dayalı biçimde toplumsal düzenin kuruluşu ve idamesini ifade eder. Bu iki kavramın birlikteliğinin Spooner’in şahsında mümkün olmasının nedeni, onun her ne kadar meslekten hukukçu bile olsa, esasen düşünce dünyası ve bunun pratiğe geçirilme çabası açısından bir ‘doğal hukukçu’ ve hatta statükoyu yıpratıcı ve yıkıcı bir doğal hukuk yorumcusu olmasından kaynaklanır.

Bilindiği üzere, doğal hukuk düşüncesi, tarih boyunca genel olarak, eleştirel bir karaktere sahip olmuştur. Onun hukuki ve politik statükoyu bozucu ve sarsıcı yönleri, İngiltere’de mutlakiyet yanlılarına karşı burjuvazinin sözcülüğünü yapan John

Locke'un³, Fransa'da ise Devrim'i tetikleyen Fransız aydınlanma düşünürlerinin eserlerinde kendini açığa vurmuştur. Hatta sırf toplumsal ve siyasal devrimleri tetikleyen bu bozguncu doğası nedeniyle, halihazır sosyal düzenin bir şekilde reforme edilerek idamesini savunmuş -yani sosyo-politik 'evrim'i savunmakla birlikte 'devrim'e kesinlikle karşı çıkmış- olan Jeremy Bentham gibi yazarlar, 17.yy. sonrası doğal hukukçu literatürü "anarşist safsatalar" olarak nitelendirmiştir. Bu gibi yazarların gözünde anarşiye açık kapı bırakan modern doğal hukukçu fikirler, İngiltere'ye karşı bağımsızlık düşüncesini eyleme dönüştüren Amerikan entelijansiyası tarafındansa ciddi ölçüde sahiplenilmiştir. Spooner da işte bu doğal hukukçu Amerikan çizgisinin bir takipçisidir; ancak doğal hukukun eleştirel oklarını bir dış güce değil, yaşadığı ülkenin hükümeti ve dahi yer ve zamandan bağımsız biçimde hükümet ve devlet kavramlarının birebir kendilerine doğrultmuştur. Dolayısıyla doğal hukuk düşüncesinin hukuki ve politik statükoyu rahatsız edici ve sarsıcı doğasını, 19.yy. Birleşik Devletleri'nin hukuk, ekonomi ve yönetim düzenine karşı Spooner'in kaleme aldığı eleştirilerden okuyabilmek mümkündür. Bu eleştiriler, aynı zamanda söz konusu zaman aralığında, kapitalizmin yıkıcı etkilerinden ortaya çıkan emek hareketlerinden kölelik karşıtı mücadelelere dek, tüm modern dünya açısından etki doğuran ABD'ndeki hak ve özgürlüklere dair gelişmelerin bir panoramasını da bizlere verir.

Spooner doğal hukukçu olmakla birlikte aynı zamanda bir anarşisttir. Her ne kadar eserlerinde kendisini açık bir şekilde "anarşist" olarak ifade etmese de, neredeyse tüm toplumsal problemlerin kaynağını 'devlet' olarak görmesi, 19.yy. itibarıyla ABD'de günbegün artan anarşistlerle (en başta Benjamin Tucker olmak üzere) yaşamı boyunca dirsek teması⁴ içinde olması ve ekonomik sömürü düzenine karşı -anarşistlerin en önemli gündem maddesi olan- emek hareketinin sıkı destekçilerinden biri olması⁵, onun anarşist düşünce çevresinin merkezinde konumlandırılmasına neden olmuştur⁶. Bununla birlikte onun anarşizmi sendikalist-sol anarşizm değil, bireyci anarşizmdir. Sosyalistler yahut Marksistler gibi devlet mekanizmasının -bir geçiş dönemi içerisinde de olsa- eşit bir biçimde tüm toplumsal kesimlerin yahut proletaryanın güdümüne girmesi fikrini değil, devlet mekanizmasının tamamıyla ortadan kalkması fikrini savunur. Büyük devlet geleneklerinin ve yönetim anlayışlarının, tarihsel olarak,

³ Bu arada Locke'un İngiliz burjuva ideolojisini bir doğal hukuk teorisi biçimine dönüştürmesini, güçlü ve hakim bir ideolojiye karşı cesur bir başkaldırı olarak görmemek gerekir. Tam tersine, gücünü günbegün yitirmekte olan mutlak monarşi yanlısı -Kral'ın tanrısal ve patriyarkal hükmetme hakkını temellendiren- ilahi doğal hukuk düşüncesini bozucu yeni bir doğal hukuk düşüncesi inşa etmiştir Locke. Doğal hakları insan doğasından türeten bu anlayışta, hak alanının bütününe mülkiyet hakkına indirgemeci bir okuması yapılmıştır. Tanrının hükümdara bahsettiği ve onun uyruklarına paylaşırma yetkisini (yani müdahaleci bir devleti) içeren mülkiyet hakkından emek ile temellenen insana ait bir doğal hak olan mülkiyete geçilmiştir. Şefik Taylan Akman, 'John Locke'un Siyaset Felsefesi Ekseninde Doğal Hukukun Politikleştirilmesi' (2021), 54(2) Amme İdaresi Dergisi 7.

⁴ Spooner'in Benjamin Tucker öncülüğünde yayınlanmış *Radical Review* ve *Liberty* dergilerinde "O" mahlasıyla yazılar yazdığı bilinmektedir. Steve J. Shone, *Lysander Spooner: American Anarchist* (Lexington Books, 2010) ix

⁵ 19.yy.'da bir takım benzer hassasiyetlere sahip anarşist ve sosyalistler, Birinci Komünist Enternasyonel'de biraraya gelmişlerdir. Spooner da *Birinci Komünist Enternasyonel*'in katılımcılarından bir tanesidir. İnce (n 2) 189.

⁶ Shone (n 4) xi

“soyguncu çete” mantığıyla⁷ insanları soyup, gasp edip, köleleştiren iktidar yapıları biçiminde geliştiğini savunmuştur⁸. İnsanların bir araya gelip dayanışma biçimleri geliştirmelerinin, yani adına çoğu zaman ‘devlet’ de denen çeşitli sosyal birlikler oluşturmalarının, beşeriyetin doğal ihtiyaç ve müşterek güvenlik gereksinimlerinden doğduğunu ama bu birliklerin ancak sözleşmesel bir temelde bizzat gösterilen -yani devredilmiş olmayan-⁹ rızaya ve oybirliğine dayalı olarak kurulabileceğini belirtir. Bireylerin o birlikler içinde ‘zor’ yoluyla tutulma ya da o birliklerin programlarını onaylamaya mecbur bırakılma biçimlerininse zorbalık düzenlerini meydana getirip bireysel özgürlük alanını tarumar ettiğini savunur¹⁰. Yani 19.yy.’da genel-düzenleyici (regülatif) devlet faaliyetlerine “yasal soygun” yakıştırması yapan Frederic Bastiat ve gönüllü dayanışmadan zorunlu dayanışmaya geçişin modern devlet karşıtı eleştirilerini yapmış olan Herbert Spencer gibi liberal düşünürlerin¹¹ dile getirdiklerine benzer düşünsel içerikleri Spooner’ın yazılarında da okumak mümkündür.

II. Hukuk Kavramı

Eserlerine göz atıldığında Spooner’ın doğal hukukçu bir ‘hukuk’ kavrayışına sahip olduğu hemen göze çarpmaktadır. 1860 tarihli *Unconstitutionality of Slavery* (Köleliğin Anayasaya Aykırılığı) isimli eserinin birinci bölümünde “Hukuk nedir?” sorusunun peşinden giderek, hukukun sözlüklere girmiş tanımlarına, örnek olarak da ünlü leksikograf Noah Webster’e ait olan, hukuk kuralının “bir devletin *üstün kudretince [supreme power]* tarif edilen... medeni davranış kuralı” olduğu ifadesine karşı çıkar. Bu tip tanımlar hukuku kavramsal olarak üstün bir güç ya da iktidar odağıyla

⁷ Lysander Spooner, *Natural Law or The Science of Justice* (Boston: A Williams Co, 1882) 16 (ch.iii, sec.2-3).

⁸ Spooner’ın 1870 tarihli *No Treason: Constitution of No Authority (VI)* başlıklı eserindeki devlet tanımı da anarşistleri ciddi biçimde etkilemiştir. Benzer şekilde orada da devleti bir eşkiya üzerinden tanımlar: “Devlet tıpkı bir eşkiya gibi ‘ya paran, ya canın’ der. Vergilerin tamamını olmasa bile çoğunu bu tehdit altında toplar... Devlet, ıssız bir yerde pusuya yatıp, yol kesip, kafaya tabanca dayayıp cep boşaltmaz. Ama soygun yine de bir soygundur. Hatta bu seferki, daha namertçedir. Eşkiya kendi eylemine ait tehlike ve suçun sorumluluğunu tamamen kendisi üstlenir. Sizin paranız üzerinde bir hakkı varmış veya bu parayı sizin kendi yararınız için kullanmaya niyetliymiş gibi davranmaz... O kadar yüzüstüleşmemiştir. Dahası, paranızı alınca sizi bırakır, ki siz de zaten bunu istersiniz. Hakiki egemeniniz olduğu varsayımıyla size koruma sağlamak adına, yol boyunca sizi ısrarlı biçimde takip etmez. Önünde eğilip kendisine hizmet etmenizi emrederek, şunu yapmanızı isteyip bunu yapmanızı yasaklayarak, çıkarı ve keyfi ne zaman gerektirirse daha çok paranızı çalarak, otoritesini tartışmaya kalktığınız veya taleplerine direndiğinizde derhal sizi isyankar, vatan haini ve ülkenin düşmanı olarak damgalayıp acımadan kurşunlayarak sizi ‘koruma’yı sürdürmez. Yani eşkiya bunca sahtekarlık, alçaklık ve aşağılamanın suçlusu olmayacak kadar centilmendir. Sizi soymasına ilaveten kendisinin bir kuklası ve kölesi yapmaya çalışmaz.” Lysander Spooner, *No Treason: The Constitution of No Authority (No.VI)* (Boston, 1870) 12.

⁹ Yani ‘rızası aranan’ın o anki insanlar olduğunu, önceki nesillerin gösterdiği rızanın sonraki nesilleri bağlamadığını savunur. Spooner’ın devlet teorisi, bu haliyle, pratikte kurulup idamesi imkansız bir devleti temellendirir; yani aslında bu bakış açısı bir nevi, tüm devletlerin (pek tabii ki ABD’nin) bu koşulları sağlamaması nedeniyle gayrimeşru olup anayasaların da sadece birer göz boyama olduğunu ima eden bir anarşizm savunusudur. Spooner’ın *No Treason* serisinde kaleme aldığı bu konu üzerine detaylı bir değerlendirme olarak bkz. Shone (n 4) 39.

¹⁰ Çalışmada Spooner’ın devlet teorisinin detaylı bir analizi amaçlanmamıştır. O yüzden bir başka eserinde geçen ‘tek meşru hükümet biçimi’ olarak zikrettiği düşüncesini aktarmakla beraber onun devlet kavrayışı bahsini kapatacağım: “Tamamıyla meşru olan hükümet, yanlış yapanlara karşı haklarını koruma altına alma konusunda tarafların gönüllü bir şekilde üzerinde anlaşma sağladıkları bir müşterek sigorta şirketidir.” Lysander Spooner, *An Essay on Trial by Jury* (Boston: John P Jewett and Co, 1852) 223.

¹⁰ Spooner (n 7) 8 (ch.i, sec.3)

¹¹ Ki bu düşünceleri, bazı liberalizm araştırmacılarının “liberal” yahut “klasik liberal” değil, “ultra-liberal” olarak nitelendiklerini de kenara not etmek gerekir. Bkz. Francisco Vergara, *Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik* (çev) Bülent Arıbaş (1.Bası, İletişim Yayınları, 2006) 165.

özdeşleştirmekte, hukuk ile güç arasında bir ayrım oluşturmamakta, ayrıca o gücün nerede, nasıl ve ne surette yoğunlaşması durumunda ‘hukuk’u belirleyebileceği ya da hukuk haline gelebileceği konusunda belirsizlik üretmektedir¹².

İradeci pozitivist hukuk teorileriyle uyumlu addedilebilir olup hukukta üstünlük/ egemenlik ve iktidar unsurlarını vurgulayan bu tip tanımlara karşı Spooner hukukun (i) “insan doğasının zorunlu bir sonucu olan açıkça anlaşılabilir bir hak ilkesi” olduğunu, ve fakat (ii) “salt irade, nicelik veya güç tarafından keyfi bir biçimde oluşturulmuş bir kural” alanı olarak anlaşılamayacağını altını çizer¹³. Açıkça görüleceği üzere, bu tanımlamanın ilk kısmı ortalama insanın kolayca hukuku -doğruyu veya hakkı- akledilebilir kabiliyetine bir gönderim içerirken, ikinci kısım hukukun bir politik irade ortaya koyma, iktidara bağlı olma yahut çoğunluk fikri anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Dolayısıyla hukuk, salt yasama faaliyetiyle yapay biçimde üretilebilecek bir kurallar sahası değildir¹⁴. Bu tanımla bağlantılı biçimde Spooner’in, doğal hukukçuluğunun ve otorite karşıtlığının (yahut anarşizminin) yanısıra, bir yasama (*legislation*) karşıtı olduğunu da belirtmek yerinde olacaktır. Liberal düşüncenin tarihsel serencamında da göze çarpan “ne kadar az yasama, o kadar iyi yönetim” fikrinin savunucularından biridir Spooner. Hatta 1882 tarihli *Natural Law or The Science of Justice* (Doğal Hukuk ya da Adalet Bilimi) başlıklı kitapçığının alt başlığı yasakoyuculuk faaliyetiyle doğal hukuk kavramını nasıl karşıtlaştırdığını açıkça gösterir: “Her tür yasamanın saçmalık, gasp ve suç olduğunu göstermek suretiyle, doğal hukuk, doğal adalet, doğal haklar, doğal özgürlük ve doğal toplum üzerine bir deneme”.

Yasama faaliyetiyle bir takım kurallar konabilir ama bunların doğal hukuka aykırılığı halinde Spooner’a göre gerçek manada hukukilik vasfını kazanabilmeleri mümkün değildir. Yani gerçek hukuk, doğal hakları çiğnemeyen hukuktur. Doğal haklar konusunda ise, 18 ve 19.yy. Amerikan hukuk ve siyaset felsefesi üzerinde önemli bir etki üretmiş olan Locke’u düşüncenin Spooner’ın yazıları üzerindeki

¹² Lysander Spooner, *Unconstitutionality of Slavery* (Boston: Bela March, 1860) 11.

¹³ Spooner (n 12) 5

¹⁴ Spooner hukuk düzeni içindeki bazı kuralların insan edimiyle oluşturulmuş yapay kurallar olduğunu reddetmez ama her muğlaklık ve çözümsüzlük durumunda yargısal heyetlerin müracaat ettikleri kuralların insan doğası ve insan aklından zuhur eden doğal kurallar olduğunu; değişmez, evrensel ve esnetilemez karakterleri dolayısıyla bu doğal yasaların o yüzden insan edimiyle inşa edilmiş (*artefact*) yapay kurallardan üstün olduğunu belirtir. Spooner (n 12) 7. Benzer bir ayrımı, Smith ve Ferguson gibi İskoç Aydınlanması filozofları ve 20.yy. liberal düşünürleri de yapmıştır. Friedrich Hayek’in *nomos* ve *thesis* ayrımı bu ayrıma bir örnek oluşturur. İskoç filozofların liberal düşünce dünyasına sunduğu Kendiliğinden Düzen kavramıyla (özellikle ekonomik sahaya devlet müdahalelerinin olmadığı -doğal- bir sosyal düzen hayaliyle) uyumlu bir hukuk düzeni tasavvuru sunan bu ayrıma baktığımızda Hayek’in *nomos* olarak adlandırdığı alan toplumun doğasından husule gelen davranış kurallarının olduğu alandır ve hukukun esas alanını bu alan oluşturur. *Thesis* ise yapay kuralları ifade eder. Devletin sosyal düzene yapay müdahalelerini hukukileştiren idare hukuku kuralları gibi kurallar bu alanda tasarlanmıştır ve Hayek gibi liberal filozoflar tarafından ikincil seviyede bir öneme sahip oldukları vurgulanır. Bir diğer vurgu ise yasakoyucuların *nomos* kurallara tıpkı *thesis* kurallar gibi muamele edip onları diledikleri şekilde değiştirme yanılıklarına düşmemeleri gerekliliğidir. Friedrich A Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (çev) Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Mehmet Öz (1.Bası, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2012) 123, 161.

etkilerini görebilmek güç değildir¹⁵. *Natural Law or The Science of Justice* isimli yazısında Locke'yu felsefeden Amerikalıların alıp dönüştürdüğü “yaşam”, “özgürlük” ve “mutluluğu takip etme” haklarını, adalet biliminin meşgul olduğu insana ait üç temel doğal hak olarak zikreder¹⁶. Bunun yanısıra bir başka eserinde de söz konusu doğal hakların devlete devredilip devredilmemesi meselesini yine Locke'yu perspektiften sözleşmeci bir çerçevede tartışır:

[D]oğal hukuk, doğal hakların bağlayıcı sözleşmelere dahil edilmesini tanıması gibi, sözleşmeyle temellenen hükümet formasyonuna da (ki bütün hükümetlerimiz bu sözleşmeci formasyona sahip olduklarını ileri sürer) müsaade eder. Fakat bu hükümet sözleşmesinin geçerli ve hukuki olabilmesi için, insanların doğal haklarıyla ve doğal adaletle tutarlı olmayan hiçbir şeye izin vermediğini göstermek zorundadır. Öyle ki [bu sözleşme] insanların doğal haklarını ortadan kaldırmak veya ellerinden almak hususunda hükümetleri hukuken yetkilendiremez; zira doğal haklar devredilemez ve tekil bir bireyden daha fazla şekilde -bireyler birliğinden başka bir şey olmayan- hükümetlerin ellerine bırakılamaz. Bu [haklar] insan doğasına mahsus temel özelliklerdir; ve insan tıpkı kendi doğasından nasıl ayrılmıyorsa, bunlardan da ayrılıp, onları hükümete veya başka bireylere bırakamaz. Fakat hükümet sözleşmesi [hükümetleri] insan haklarının daha iyi seviyede korunabilmesi için gerekli vasıtaları kabul etmeyle yetkilendirebilir. Ve bu hükümetlerin meşru ve doğru gayesidir¹⁷.

Bakıldığında birey karşısında kolektivist öğelere kendilerine has bir güç ve ruh atfetmekten kaçınmaya çalışan liberal düşünürlerin pek çoğunda görülebilir olan ontolojik bireyci bir bakış açısı, hükümetleri bireylerin bir birleşiminden başka birşey olmadığını belirten Spooner'da açıkça görülür. Hükümet denen kolektivitenden ise tekil insana ait olan ve onun doğasının ayrılmaz parçaları olan doğal haklar üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunma yetkileriyle yetkilendirilemeyeceğini, bu tip yetkilendirmelerin yapıldığı anayasal düzenlemelerin gerçek manada hukuki ve meşru olmadığını ifade eder. İnsanların doğal haklarını ortadan kaldıran bir hukuka itaatsiz olmalarının ahlaki bir ödev olduğu yönündeki anarşizme doğru ilerleyen düşüncelerini ise yine Locke'yu felsefeden ilerleyerek temellendirir:

Bireylerin karşılıklı menfaatleri çerçevesinde gönüllü olarak sözleşmelerinden başka bir şey olmayan hükümet kuruluşu sözleşmesi, ulus ile ulus ya da insan ile insan arasındaki herhangi bir başka sözleşmenin geçerliliğine esas teşkil eden özelliğin dışında bir özelliğe sahip değildir. Eğer iki birey, üçüncü bir kişiye karşı cinayet, yağma, hırsızlık ya da bir hakka tecavüz etmek konusunda sözleşirse, bu sözleşme hukuka aykırı ve hükümsüz olur; çünkü bu bir başkasının doğal haklarını ve doğal adaleti ihlal eden bir sözleşmedir. Eğer iki ulus, bir üçüncüsünü köleleştirmek, yağmalamak veya yok etmek konusunda antlaşma yaparsa, bu antlaşma da geçersizdir, hukuka aykırıdır ve bağlayıcılıktan yoksundur; çünkü o da adalete ve insanların doğal haklarına aykırıdır. Aynı ilke gereği, bir ülkedeki halkın

¹⁵ Spooner üzerindeki güçlü Locke etkisi üzerine daha detaylı bir değerlendirme olarak: Erick Mack, 'Lysander Spooner: Nineteenth Century America's Last Natural Law Theorist' (2012) 29(2) *Social Philosophy and Policy* 139, 140.

¹⁶ Spooner (n 7) 5; Spooner, bu üç doğal hakkı, gerçek manada hukukun temelleri olduğuna pek çok eserinde değinir. Lysander Spooner, *The Law of Intellectual Property: Or An Essay on the Rights of Authors and Inventors to A Perpetual Property in Their Ideas* (Boston: Bela Mars, 1855) 29 (sec.vii); Spooner (n 12) 36-37.

¹⁷ Spooner (n 12) 7-8.

çoğunluğu, adına anayasa denen bir hükümet sözleşmesine dahil olursa ve bu sözleşme bir tür adaletsizliğin ortaya çıkarılması, kısıktırılması ya da buna yardımcı olmayla ilgiliyse, yahut bir takım insanların doğal haklarını elinden almak ya da yok etmekle alakalıysa, [hakları elinden alınacak olan] bu insanların bir parti halinde sözleşip sözleşmediklerinin hiç bir önemi olmaksızın, söz konusu hükümet sözleşmesi hukuka aykırıdır ve geçersizdir. Yani aynı doğalara sahip insanlar arasındaki sözleşmeler ya da aynı amaçlara sahip uluslar arasındaki antlaşmalar, aynı sebepten ötürü hukuka aykırı ve geçersizdir. Böylesi bir hükümet sözleşmesi ahlaki hüküm ifade etmez; Onu tatbik etmekle görevlendirilmiş kimseler üzerinde meşru bir otorite oluşturmaz; Ona taraf olan insanlara ahlaki ya da hukuki haklar bahşetmez; ahlaki veya hukuki yükümlülükler de yüklemmez. Böyle bir otorite altında tesis edilmiş bir hükümete dönük olarak herhangi bir insanın borçlu olduğu ödevler, o otoriteye karşı itaatsizlik yapmak, direnmek ve onu yıkmaktır¹⁸.

Direnme hakkı konusunda Lockeçu bir perspektifi benimsemiş olan Spooner, hukukun doğal hukuka uygun olması gerektiğine dönük klasik doğal hukukçu söylem içinde kalmakla yetinmeyip, bir sonraki asırda Nazi hukukuna karşı Gustav Radbruch tarafından dile getirilecek doğal hukukçu itaatsizlik¹⁹ ile yakın bir tonda, bu durumun hukukçular ve yargısal makamlar tarafından da deklare edilmesi yönünde bir ahlaki yükümlülüğten bahseder:

Bu hukuka aykırı sözleşme ve anayasaların otoritesi altında oluşturulmuş yargısal heyetler, diğer insanlar ile eşit ölçüde bunları ve bunları takiben hükümetlerin tesis ettikleri diğer tüm gayriadi düzenlemeleri, hukuka aykırı ve geçersiz olarak deklare etmekle yükümlüdürler. *Yargısal heyetler kendilerini hükümetin altında çalışan bürolar olarak görmek suretiyle bu üstün yükümlülüğten sıyrılmazlar*; öyle ki, kendileri deklare etmemiş dahi olsalar, bütün insanlar hukukun adalet demek olduğunu deklare etmek yükümlülüğü altındadır. (v.e.)²⁰

Yargı fonksiyonu üstlenen heyetlerin bürokrasinin bir parçası veya devlet aklıyla hareket eden sülhler olmadığı fikrini işleyen Spooner, yargı mensuplarının vermiş oldukları kararlardan ötürü -iyi ya da kötü fakat önlerindeki yasaları uygulamakla görevlerini yerine getirdikleri yönünde- kendilerini sorumsuzlaştırma eğilimlerinin önüne geçmeye çalışarak, doğal haklara tecavüze karşı direnme ve itaatsizlik söylemini hukukçulara ve yargı mensuplarına dek ilerletir. Öyle ki, mahkemelerde görev yapan yargıçların siyasal iktidarların oyuncağı olma ihtimaline dikkat çekerek, İngiliz hukuk tarihinden almış olduğu dayanaklarla, jürili yargılamanın bir hükümet sistemi içerisinde baskı ve tiranlığa karşı özgürlüğün koruyucu tılsımı (*palladium*)²¹ olduğunu savunur²².

¹⁸ Spooner (n 12) 8-9.

¹⁹ Radbruch hakkında daha geniş bir anlatım olarak: Melike Belkis Aydın, 'İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch' iç Ertuğrul Uzun (ed) *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (1.Bası, İstanbul: İthaki Yayınları, 2015) 113; Sevtap Metin ve Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Bir Katkı: Radbruch Formülü* (1.Bası, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2014)

²⁰ Spooner (n 12) 9-10

²¹ *Palladium*: Yunan mitolojisinde Truva şehrinin adı tanrıça Pallas'tan gelen koruyucu heykelidir.

²² Spooner (n 9) 10.

Özetle Spooner'in zihninde hukukun özü doğal haklardır. Bunlar insanın doğasından gelirler. ABD'nin kuruluş felsefesinde bu haklara saygının olduğu fakat bunun yeterince idrak edilemediği düşüncesiyle, özellikle ABD Anayasası üzerine yorumlarda bulunduğu pek çok eseri söz konusudur Spooner'in. Bunların en bilinenleri kölelik kurumu aleyhinde argümanlarını yazıya döktüğü *Unconstitutionality of Slavery (1860)* ve 1850 tarihli *A Defence for Fugitive Slaves (Firari Köleler İçin Bir Savunma)* başlıklı eserleridir. Köleliğe ABD Anayasasından çıkarsanarak hukuki meşruiyet üretilmeyeceğini, anayasal metinlerde geçen bazı kavram ve ifadelerden²³, bir başka Locke tilmizi ünlü yargıç Lord Mansfield'in *Somerset v. Stewart (1772)* davasındaki değerlendirmelerine²⁴ dek çeşitli argümanlar üzerinden savunmaya çalışmıştır. Hatta geleneksel bir kurum olarak köleliğe dair *common law* kaynaklı argümanlar üzerinden meşruiyet biçilemeyeceğini, çünkü gayriadil ve gayriahlaki bir yasanın dışsal ve tarihsel kanıtlarla geçerli hale getirilemeyeceğini savunur²⁵. Bu hususta Spooner'a karşı olan fikirler ise, köleliğin anayasadan açık bir biçimde çıkarılamayacak olsa bile, *common law* çerçevesinde hukuka yansımış pek çok vaka bazında tasdiklenmiş bir kurum olduğunun şüphe götürmez olduğunu; Spooner'in ise anayasal vesikaların doğal haklara yaslanan çok ufak bir kısmını dayanak alarak kendi arzularını tüm hukuki düzene yansıtmaya çalışan zorlama yorumlar yaptığını dile getirmişlerdir²⁶.

III. Bireysel Özgürlük Karşısında Ceza Hukukunun Sahası

Liberteryen felsefenin kurucu zihinlerinden biri olarak addedilen Spooner'ın bireysel özgürlük sorunları üzerine yazıları sadece kölelikle alakalı olmamıştır; ayrıca ekonomik sahada bireylerin girişim ve ticaret özgürlüğünü kısıtlayıcı yasalar ve bireylerin cezai sorumluluklarıyla ilgili kısıtlayıcı düzenlemeler hakkında da önemli metinler kaleme almıştır. Cezai sorumluluk üzerine yazdığı ve suç kavramının mahiyetini tartıştığı çalışması, 1875 tarihli *Vices are not Crimes (Erdemsizlikler Suç Değildir)* başlıklı yazısıdır. Yazıda Spooner'ın üzerinde üzerinde yoğunlaştığı mesele, erdemsiz davranışlar ile suç mahiyetindeki davranışların birbirine karıştırılmaması

²³ Örneğin bu ifadelerden biri söz konusu anayasal metinlerin başlangıçlarında geçen "the people of United States" ifadesi ve bu hitabın dışında özgür ya da köle ayrımı yapmadan Birleşik Devletlerde yaşayan insanların hak ve özgürlüklere sahip olduklarına dair vurgulardır. Kaldı ki İngiliz monarkına karşı özgürlük uğruna verilmiş Amerikan Bağımsızlık Mücadelesinden doğal bir hak olan özgürlüğün zıttı bir kurumun meşru bir biçimde üretilmeyeceğini savunur. Spooner (n 12) 37, 55-57.

²⁴ Doğal hukuk düşüncesiyle barışık bir yargıç olan Lord Mansfield kölelik-karşıtı İngiliz içtihadı eğilimini etkileyen bu kararında, Stewart isimli bir gümrük görevlisinin Massachusetts'te satın aldığı köle Somerset'i, firarının ardından tekrar yakalayıp Jamaika'ya giden bir gemiye hapsedmesini *Habeas Corpus* açısından hukuka aykırı bulmuştur. Hapsedilen kölenin vaftiz babalarının müracaatı üzerine The Court of King's Bench'te görülen davada Lord Mansfield'in karar metnindeki şu ifadeleri önemlidir ve Spooner tarafından doğal hak gereği meşru olmayan bir kurumun bozuk bir pozitif hukuk kurumu olarak teşekkül etmiş olsa bile yine de meşru olmadığını ima etmek için alıntılanmıştır: "Kölelik durumu, yaratıldığı ve hafızalardan silindiği zaman, hal ve nedenlerden beri gücünü koruyan pozitif hukuk hariç olmak üzere, ahlaki veya siyasi hiçbir sebep üzerinden takdim edilemeyecek bir doğaya sahiptir. Pozitif hukuk dışında hiçbir şey tarafından desteklenme cefası çekilemeyecek ölçüde iğrençtir [*odious*]." Aktaran: Spooner (n 12) 32.

²⁵ Spooner (n 12) 131.

²⁶ Bu konuda örnekler için: Alexander (n 1) 206.

gerekliliği üzerinedir. Bu konuda oluşabilecek bir karışıklık, suçları fazlaştırmayla yahut erdemsizlikleri suç haline getirmeye neticelenirse, Spooner'in deyimiyile en temel haklar, insan hakları yahut doğal haklar olarak bahsettiğimiz, özgürlük ve mutluluğu arama haklarından geriye hiçbir şey kalmamış olur²⁷.

Erdemsizlikler (*vices*²⁸) ile suçlar (*crimes*) arasındaki farkı Spooner şöyle ortaya koymaya çalışır. Erdemsizlikler diye adlandırılan davranışlar çoğu zaman insanın kendi mutluluğuna dönük attığını düşündüğü adımlarının hataya dönüşmesidir. Ve bu adımları atarken insan başkalarına zarar vermeye dönük bir kötü niyet sergilemez; işte bu yönüyle suç mahiyetindeki davranışlardan ayrılır erdemsizlikler, çoğu zaman kişinin kendine dönük verdiği zararlar halini alırlar. Ayrıca tekil hareketlere de (örneğin bir kişinin bir bardak alkol tüketmesi) çoğu zaman erdemsizlik denemez; o hareketlerin niceliği, tekrarı ve bunun durumdan duruma yahut kişiden kişiye değişimi erdemsizlikleri objektif olarak standardize edilemeyecek bir yapıya büründürür. Erdemsizliklerin -işte bu duruma bağlı değişken ve standartize edilemeyen karakteri dolayısıyla- toptancı bir mantıkla suç haline getirilişinin bireyin en temel doğal haklarına -spesifik olarak da mutluluğu arama hakkına- zarar verdiğini savunur Spooner:

Eğer çoğu vakada neyin erdemsizlik olup neyin olmadığını belirlemek çok zor, hatta imkansızca yakın ise, ve neredeyse tüm vakalarda özellikle nerede erdem bitip nerede erdemsizliğin başladığını belirlemek çok zor ise, bir kimsenin gerçeklikle örtüşür ve doğru biçimde kendi dışındaki herhangi bir başka kişi için belirleme yapamayacak olduğu bu sorular herkesin [kendisi] tecrübesine açık ve azade bırakılmazsa, insanlar insan olmaları dolayısıyla hakları arasında en yüksek konumda olan akletmeden yoksun bırakılmış olurlar; Bu hak, onun *kendisi* için neyin erdemli neyin erdemsiz olduğunu -diğer bir deyişle neyin tamamıyla *onun* mutluluğuna neyin tamamıyla mutsuzluğuna dönük olduğunu- soruşturma, araştırma, akıl yürütme, deneme yapma, yargılama ve aslı astarını öğrenme hakkıdır. Eğer bu büyük hak herkese açık ve azade bırakılmazsa, o zaman akleden bir varlık olarak her insanın “özgürlük ve mutluluğu takip etme” konusundaki tüm hakkı ondan esirgenmiş olur²⁹.

Yani Spooner'in burada üzerinde durduğu husus, 'hukuk-dışı' ya da 'hukuki olmayan'ın ceza hukuku bağlamında tespiti, diğer bir deyişle ceza hukukunun yetki sahasıdır. Doğal haklar olarak gördüğü bireysel özgürlük ve mutluluğu arama hakkı açısından ceza hukukunun yetki sahasının ihtiyatlı bir biçimde çizilmesi gerekliliğinden bahseder Spooner. Erdemsizliklerin yahut ahlaki zafiyetlerin göreceli, değişken ve standardize edilemez doğasını vurgulayarak yapar bunu. Spooner'in deyimiyile her insanda farklı farklı oranlarda çeşitli erdemsizlikler birarada bulunabilir ve hiçbir hükümet bu alana karıştığı andan itibaren herkese (yahut tüm erdemsizliklere) eşit muamele edeceğinin garantisini veremez. Hükümetler bu alanı

²⁷ Lysander Spooner, *Vices are not Crimes: A Vindication of Moral Liberty* (Auburn: Mises Institute, 2020 [orj.1875]) 9 (sec.i)

²⁸ Spooner erdemsizliklere örnek olarak “oburluk, sarhoşluk, fahişelik, kumarbazlık, ödül dövüşçülüğü, tütün çiğneme, içme ve burna çekme, afyon çiğneme, korse giyme, serserilik, mülk israfçılığı, para hırslısı olma ve takıyyecilik” gibi örnekler verir. Spooner (n 27) 20 (sec.xvi)

²⁹ Spooner (n 27) 11 (sec.v)

düzenlemeye kalktığında, hükümeti ellerinde bulunduran kişi ya da kişilerin kendi ‘iyi’ anlayışları doğrultusunda bazı erdemsizlikleri fazlaca cezalandırırken bazılarını dikkate bile almayabilir³⁰. Bu durum da, ehven-i şer anlamında en masumundan paternalist bir belirlemeciliği³¹ beraberinde getirir; engellenen ise, Spooner’un deyimiyle, bireylerin doğal hakları, bireysel özgürlükleri, iyiyi ve doğruyu kendi deneyimleriyle araştırıp öğrenme, mutluluğu kendi uğraşlarıyla arama haklarıdır. Ancak Spooner’a göre, “bireysel özgürlük açısından her insanın, kendi refahı için neyin yıkıcı neyin yardımcı ve gerekli olduğuna ilişkin kendi kendini yargılaması ve belirlemesi gerekir; çünkü eğer o kişi kendisi için bu görevi ifa etmekten geri durursa, başka hiç kimse bu görevi onun için ifa edemez.”³² Çünkü her insan biriciktir, onun mutlu olma biçimi de biricikliği ölçüsünde kendine özgüdür. Bu yüzden Spooner’a göre “bilgi edinmek, bu bilgiyi kişinin kendi benliğinde toplaması ve her bir bireyin bunu kendisi için yapmaya mecbur olması, bir Doğa yasasıdır.”³³

Spooner suçlar/erdemsizlikler ayrımı bağlamında, yine sözleşmeci nazariyeden ilerleyerek, bireylerin birbirlerini yargılayıp cezalandırma haklarını hükümetlere devretmeleri hususunda şu değerlendirmeyi yapar:

Hükümetin tüm erdemsizlikler için insanları cezalandırma hakkının olması gerektiği hususu doğal bir imkansızlık içerir; çünkü bireylerin hükümeti oluşturmadan önce sahip oldukları türden haklara hükümetin -bireyler gibi- sahip olabilmesi imkansızdır. Ayrıca bireyler sahip olmadıkları hakları hükümete havale edemezler. Bireyler olarak sahip oldukları hakların dışında, hükümete bu hususta katkılarının olması da mümkün değildir. Bir aptal yahut sahtekar hariç hiç kimse, bir birey olması itibarıyla, başka insanların erdemsizliklerinden ötürü onları cezalandırma hakkı varmış gibi davranamaz. Fakat herkesin birey olmak bakımından, diğer insanları suçları nedeniyle cezalandırmak konusunda doğal hakkı söz konusudur; bu doğal hak sadece bireyin kendi kişiliği ve mülkiyetini saldırılardan korumasıyla sınırlı değildir; ayrıca kişiliği veyahut mülkiyeti saldırıya uğrayan başka birine yardımda bulunma ve onu

³⁰ Spooner (n 27) 11-13 (sec.vi-viii)

³¹ Spooner, görece yeni bir kavram olan ‘paternalizm’ kelimesini kullanmaz. Ama kavramın ardındaki, ebeveynin çocuk üzerindeki korumacı sınırlamalarına örnek olarak değinir. Bunlar hiç şüphesiz iyiniyetli müdahalelerdir fakat esas büyük öğretici olarak adlandırıldığı Doğanın çocuğu eğitmesinin, çocuğun en sağlam bilgi dayanağı olarak kendi deneyiminden yol almasının önüne geçer. Dolayısıyla Spooner’a göre bu iyiniyetlerden cehalet ve kendine güvenmeyen nesiller ürür. Aynı paternalist müdahalecilikleri genç veya yetişkin tüm insanlar üzerinde sürdüren dinsel ve siyasal otoritelere ise Spooner her türlü aşığılayıcı yakıştırmayı yapar. Spooner (n 27) 13 (sec.viii) Aslında bu anti-paternalist bakış açısı Spooner’ın salt hiçbir otoriteyi tanımayan anarşist eğilimlerinden mülhem ve tamamıyla özgün bir karakter taşımaz. Spooner’ın bakış açısına çok yakın bir biçimde ondan yaklaşık 16 yıl önce yazdığı 1859 tarihli *Özgürlük Üstüne (On Liberty)* isimli eserinde John Stuart Mill de benzer hususlara değinmiştir. Bu hususta; Muzaffer Dülger, ‘John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri’ (2020) 10(4) Beytulhikme: An International Journal of Philosophy 1471. Mill’in Alman felsefesindeki *bildung* kavramından mülhem şekilde bireyin kendini oluşturma sürecine dair bireysel özgürlüğü vurguladığı fikirlerine çok yakın bir düşünsel içerik üretmiş olmakla birlikte, Spooner’ın *Vices are not Crimes*’ta dipnot kullanmaması, ne kadar Mill’den etkilendiğini teşhis etme noktasında belirsizlik oluşturmaktadır. Ahlakla mugayir olarak algılanan eylem sahasını suç haline getirme eğilimlerini azaltmaya dönük, yani hukuki ahlakçılığa (*legal moralism*) karşı başkalarına zarar kistasını koyan bu Millci yaklaşım, daha sonra H.L.A. Hart tarafından da sürdürülmüştür. Bu hususta: Ertuğrul Uzun, ‘Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Hart-Devlin Tartışması’, iç Sercan Gürler (ed) *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* (2. Bası, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2017) 65. Hukuki ahlakçılık üzerine daha ileri tartışmalar için: Engin Arkan, ‘Hart-Devlin Tartışmasında Olmayan Argümanlar’ (2020) 15(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537.

³² Spooner (n 27) 18 (sec.xiv)

³³ Spooner (n 27) 18 (sec.xiv) Yani bir doğal hukuk karşıtı olan Bentham’ın öğrencisi olan faydacı Mill’den farklı olarak Spooner mutlak biçimde dışardan müdahale edilemez olan bireysel özgürlük nosyonunu da doğa yasasına dayandırır.

müdafa etme konusunda da söz konusu doğal hak devam eder. İnsanın kendi kişiliği ve mülkiyetini koruma ve ayrıca mülkiyeti ve kişiliği saldırıya uğrayan bir başka insana yardımcı bulunup onu müdafa etme konusundaki bu doğal hakkı, öyle bir haktır ki, bu hak olmadan insanların dünyada var olabilmeleri dahi mümkün değildir. Ayrıca bireylerin bu doğal hakkını somutlaştırana ve bu suretle kendini sınırlayana dek, hükümetin kendi varlığının bir haklılığı da olmaz. Fakat komşusunun tüm eylemleri üzerinde yargıda bulunma ve bunlar arasında neyin erdem, neyin erdemsizlik olduğuna -yani komşusunun mutluluğuna neyin katkı yapip neyin yapmayacağına- karar verme ve erdemsiz olanlar nedeniyle onları cezalandırmanın herkesin doğal hakkının içeriğinde olduğu düşüncesinde iddia sahibi olmak, daima ahmakça ve küstahça olacaktır. Dolayısıyla hükümetin haklı bir iktidarı olduğunu söyleyebilmenin tek yolu, hükümetin erdemsizlikleri cezalandırma konusunda haklı bir kudretinin olamayacağı ve *buna bir birey yahut bireylerin dahil de olamayacağını* söylemektir.³⁴

Bir de şu sorun vardır: Eğer bir kişinin erdemsizliği, örneğin sarhoşluğu yahut savurganlığı başkalarına zarar verici hale gelmişse, örneğin onu kavgacı biri haline getiriyor veya ailesini maddi açıdan zora sokuyorsa (yani başkalarına zarar veriyorsa) ne yapılmalıdır? Spooner, bunun hukuken bir kısıtlanma sebebi olduğunu reddetmez ama münferit bir vakadan genelleştirilerek tüm benzer vakaları suç haline getirip onların yasal olarak önüne geçilmeye çalışılmasını reddeder. Örneğin bir kimse alkol aldığı anda tehlikeli oluyor diye alkol satışı yasaklanmamalıdır; Spooner'a göre bu münferit durum, ticaretin masumiyetini gölgelemez³⁵. Yukarıda da belirttiği üzere erdemsizlikler göreceli bir doğaya sahiptir; bir kimse alkol kullandığında başkaları için tehlikeli oluyorken ve bu yüzden kısıtlanması gerekirken, bir başka kişi örneğin bir beste yaparken o üründen faydalandığını ya da bu sayede daha rahat bir biçimde uyuyabildiğini söyleyebilir. Tüm bu kişilerin söz konusu ürünleri kullanmak suretiyle sağlıklarının bozulması ise, Spooner'a göre, tamamıyla kendi tercihleridir, hiçkimsenin bu konuda onlara müdahalede bulunmaya hakkı yoktur.

Spooner, erdemsizliklerin, toplumsal refah açısından olumsuz etkileri nedeniyle, önüne geçilmesi gerekliliği yönündeki genel kabul görmüş düşünceleri de yıkmaya çalışır. Toplumsal refah seviyesinin mülkiyet haklarının yanlış ve hesapsız kullanımıyla da düşebileceğini, fakat bu gerekçeye dayanarak akli başında hiçbir kimsenin bir başka akli başında kişinin ekonomik tercihlerine karışamayacağını vurgulayan Spooner, aslında bir grup bireyden başka bir şey olmayan hükümetlerin de bu yönde bir müdahalesinin gayrimeşru olacağını, bu müdahalelerin olumlanmasının ucu bucağının olmayıp doğal hakları tahrip edeceğini dile getirir. Ayrıca sarhoşluk, kumarbazlık ve serserilik gibi erdemsizliklerin otoriter yönetimlerin dile getirdiği gibi yoksulluğun sebebi değil, sonucu olduğunu; bunların otoriter yönetimlerce toplumsal kontrol ve müdahaleciliğe bahane haline getirildiğini, yoksulluğun esas nedeninin otoriter hükümetlerin ve onların korumaya aldığı sömürücü kartellerin bizzat kendileri olduğunu iddia eder³⁶.

³⁴ Spooner (n 27) 16 (sec.xii)

³⁵ Spooner (n 27) 21 (sec.xvii)

³⁶ Spooner (n 27) 29-35 (sec.xxi-xxii)

Özetle Spooner, başkalarına zarar verme kıstasına bağlı olarak münferit önlemler ve kısıtlamalar uygulamak dışında erdemsizliklerin kriminalize edilmesine karşıdır. Erdemsizlikleri kötülüklerin kökeni olan birer akıldışılık olarak görmeye de karşıdır. Gerçek manada suç olarak görülebilecek kötülüklerin akla gelebilecek en büyüklerinin (ki en büyük suçu ‘savaş’ olarak görür), akli başı gayet yerinde ve bilgili olan, ceza almaktan sıyrılacak her türlü stratejiyi güden para ve güç hırslı olan insanlar tarafından işlendiğini söyler. Yani gerçek suç, Spooner’a göre insanları köleleştiren, sömüren, yağmalayan ve öldüren eylemlerdir. Doğal haklara tecavüzdür. İçki içip kumar oynamak ise sadece birer erdemsizliktir³⁷.

IV. Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Bir Doğal Hak Olarak Özel Mülkiyet Hakkı

Ekonomik faaliyet alanı, doğal haklardan özgürlük ve mülkiyet ya da -Amerikan anayasasındaki belirışıyle- mutluluğa erişme hakkıyla doğrudan ilgili olup, girişim ve ticaret özgürlüğünden, devletin ekonomik sahayı denetleyip düzenlemesine (ekonomik regülasyonlar) dek pek çok açılımı bünyesinde barındırır. Spooner girişimcilik karşısında müdahaleciliğe dönük yapmış olduğu eleştirilerle liberteryen ve anarko-kapitalist düşünce ekolleri açısından ilham verici olmuştur. Bu konuları, hem yoksulluğun azaltılması ve toplumsal zenginliğin maksimize edilmesi, hem de bu politik-ekonomik amaçların hukuki boyutları üzerine durarak ele almıştır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, Spooner çoğunlukla ABD’nin o dönemlerdeki sosyo-politik gündemine dair kalem oynatmış bir düşünürdür. Dolayısıyla dönemin en önemli problemlerinden biri olan yoksulluk üzerine de fikirlerini pek çok kez yazıya dökmüştür. Bu yazılarda ekonomik bir problemmiş gibi görünen bu sosyal olguyu hukuki zemin üzerinden tartıştığını, dolayısıyla hukuk ile ekonomi bağlamı üzerinden meseleyi ele aldığını görebiliriz. Spooner’a göre en önemli ekonomik problemlerden biri olan yoksulluğun nedeni, bireylerin girişimci olmalarının önündeki -önemli oranda yasal olan- engellerdir. Ona göre bu engellerin hemen hemen tümü, devlet ve devlet edimleriyle şekillenen mevcut hukuk düzeni sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Buna göre, ekonomik sahada birey, en basitinden bir ekonomik girişimde bulunabilmek hususunda bilgi, hırs ve tekniğe sahip olmasına rağmen yeterli sermayeye sahip olmayabilir. Bu durumda bireyin serbestçe borçlanabilmesi için önünde geleneksel engellerle birlikte bunların en göze çarpan türü olan ve tefeciliği yasak hale getiren hukuki düzenlemeler çıkar. Devlet mekanizması, Spooner’a göre, onayladığı bankacılık düzeniyle birlikte borç verme kartelleri meydana getirmiştir. Bu durum ise bireylerin serbestçe borçlanabilmesi ve girişim özgürlüğü önünde engel oluşturur. Bu serbest girişim engellerinin sonucu olarak, bireyler mecburen karınlarını ve ailelerini doyurabilmek için bütün bedensel ve zihinsel emeklerini bir patrona, oligopol kredi düzeninin sertliği oranında düşme eğilimi gösteren

³⁷ Spooner (n 27) 25-26 (sec.xx)

bedeller karşılığında satmak zorunda kalırlar. Spooner'a göre toplumsal işgücünün değersizleşmesinin ve emek sömürüsünün arka planında yer alan en önemli sebeplerin başında bu devlet destekli kartellere dayanmış korumacı ekonomik düzen bulunmaktadır³⁸. Bu yönüyle Spooner'in emek sömürülerine olanak veren kapitalist üretim biçimine şüpheli yaklaşığı ve onu koşulsuz bir biçimde desteklemediği pek çok araştırmacı tarafından da dile getirilmektedir³⁹. O, emeğin semerelerinden tamamıyla emekçinin faydalanmasını destekleyip, emekçinin çalışması üzerindeki kamusal yahut özel aktörler tarafından üretilen her tür zorlayıcılığa karşı durarak, maaşlı emekçiliğin sömürüye açık yönlerine, kartellerin güdümündeki sektörlere ve bankacılık rejimine karşı sert eleştiriler yöneltmiştir.

Bankacılık sistemine dair yürüttüğü tartışmanın bir benzerini idari regülasyonların mantığını sorgulanır hale getirdiği kamu hizmetleri konusunda da yapar. Bu hususta hedefine aldığı kamu hizmeti yahut kamusal sektör, ulusal posta hizmetleridir. 1844 tarihli *The Unconstitutionality of the Laws of Congress Prohibiting Private Mails* (Özel Posta Hizmetlerini Yasaklayan Kongre Yasalarının Anayasaya Aykırılığı) isimli broşürüyle özel posta hizmetlerinin kurulması önünde engel olarak beliren yasal mevzuatın anayasaya aykırılığını iddia eder. Hatta bu mevzuat yığınının oluşumuna temel oluşturan Anayasanın 1. Maddesinin ABD Kongresi'nin yetkilerini düzenleyen 8. kısmının yanlış yorumlandığını savunur. Spooner'a göre postane ve posta yolları yapma konusunda Anayasanın Kongre'yi yetkilendirmesi, hatalı şekilde, bu konuda salt Kongre'nin yetkilendirildiği şeklinde yorumlanmıştır. Oysa Spooner'a göre bu sektörlerle ilgili olarak anayasadan, özel girişimlerin yasaklandığına dair bir anlam çıkmamaktadır. Öyle ki eğer daha hızlı ve daha ucuz hizmet sunabilecek özel teşebbüslerin önü, bu yanlış yoruma bağlı olarak hukuken kesilirse, bu durum doğal haklara ve doğal adalete de zarar verici, yani gerçek manada hukuki olmayacaktır⁴⁰. Bu bakış açısı üzerinden özel posta hizmeti üzerine kendisi de girişimci olmuş bir posta şirketi kurmuş, fakat sektörde tutunamamıştır. Kamu hizmetlerine dönük bu bakış açısı, kendilerini kamu hizmeti alanını olabildiğince daraltmaya adanmış olan çağdaş sağ-liberteryenlerle Spooner'ın en önemli ortak paydasını oluşturur⁴¹.

Ekonomik faaliyetler zenginlik yaratma odaklıdır. Bu zenginliğin muhafaza edilip istenildiğinde veya ihtiyaç olduğunda adilane yollarla başkasına aktarılması için insan zihninin ürettiği kavram mülkiyettir. Spooner yaşam ve mutluluğu arama

³⁸ Peter Marshall, *Anarşizmin Tarihi: İmkânsız İstemek* (İmge Kitabevi, 2003) 543.

³⁹ Bu konuda belli başlı değerlendirmelerin bulunabileceği bir çalışma olarak: Iain MacSaorsa, 'The Ideas of Lysander Spooner: Libertarian or Libertarian Socialist' <https://theanarchistlibrary.org/library/iain-macsorsa-the-ideas-of-lysander-spooner-libertarian-or-libertarian-socialist> Erişim Tarihi: 14 Ağustos 2022.

⁴⁰ Shone (n 4) 6-11.

⁴¹ Çağdaş liberteryen düşüncenin genel karakterini özetleyen ve özellikle kamu hizmeti ve kamu mallarına (diğer bir deyişle kamu hukukunu tasfiye etmeye) dönük radikal bakış açısını yansıtan bir eser olarak: Jason Brennan, *Libertyenizm* (çev) Atilla Yayla (1. Bası, Ankara: Liberte Yayinevi, 2015).

hakları gibi doğal haklar üzerinde temellendiğini zikrettiği⁴² mülkiyet hakkıyla ve mülkiyet rejimiyle özel olarak ilgilenir.

Mülkiyet, bir sahip tarafından elde edilmiş bir zenginliktir; buna karşın zenginlik ise, henüz sahibi olmamakla birlikte, gözler önünde, sahiplenilmemiş ve onu kendisinin yapmak isteyen herhangi bir kimse için mülkiyete dönüştürülmeye hazır olan şeyleri ifade eder. Bu yüzden bütün mülkiyet durumları zenginlik oluşturur; ama bütün zenginlikler mülkiyet halini almayabilir. Dünyadaki zenginliklerin çok az bir kısmının sahibi bulunmaktadır. Çoğunluğuysa sahipsiz vaziyettedir.⁴³

Yani mülkiyet, Spooner’a göre zenginlikle alakalı bir kavramdır. Zaten Spooner 1855 tarihli *The Law of Intellectual Property* (Fikri Mülkiyet Hukuku) başlıklı kitabının “Fikri Mülkiyete İlişkin Doğal Hukuk” altbaşlıklı genel olarak mülkiyet kavramına odaklanmış birinci kısmında, konuya zenginlik kavramını tanımlamakla başlar. En büyük zenginlik olarak tanımladığı mutluluğa katkı yapan veya onu meydana getiren, maddi ve gayrimaddi her türlü varlığı zenginlik olarak tanımlar. Su, hava, güneşiği ve materyal tüm şeyler gibi duysal vasıtalarla hissedilen varlıklardan tutun, bunları elde edip işlemeye ve bunlardan yeni nesnelere oluşturup muhafaza etmeye dönük her türlü düşünce, bilgi, tasarım ve çaba gibi gayrimaddi şeylere dek, bunların tümü Spooner’ın deyimiyle zenginliktir. Fakat o, her hal ve şeyin, tüm fikir ve becerilerin, ilk önce zihinde meydana geldiğinden ve bedeninin her bir parçasının zihnin sadece bir aygıtı olduğundan bahisle, esas zenginliğin düşünsel zenginlik olduğunu savunur. Onun deyimiyle “ellere rehber olan düşünce olmazsa metaller üretilemez; böylece de elin emeği semeresiz, dolayısıyla kıymetsiz kalır.”⁴⁴ Bir tabloya esas değerini veren tuval veya boyalar değil, ardındaki tasarımdır. Bir makinaya esas değerini veren de ardındaki fikir ve projedir, üzerine iştirilmiş materyal parçalar önem ve değer açısından düşünceden sonra gelir.

Bir doğal hak olarak mülkiyet hakkı, Spooner’ın da tekrar ettiği o bilindik anlamıyla, bir tür “hâkimiyet kurma hakkıdır (*right of dominion*). Bu hak bir kişinin, diğer tüm kişilerin hilafına, belirli bir nesneyi diğer herkesi dışlayıcı şekilde kontrol ettiği, kullandığı ve ona hakim olup ondan faydalandığı bir haktır.”⁴⁵ Mülkiyet hakkı, tüm insanlara karşı ileri sürülebilen, Spooner’un deyimiyle, “kişinin dünyayı karşısına alabildiği”⁴⁶ mutlak bir hak olup, tek sınırı kişinin kendisine ait olanı “diğer insanların eşdeğer bir biçimde egemen, hakim ve sahip oldukları kendilerine ait şeyleri bozucu, ihlal ve işgal edici şekilde kullanılmaması” gerekliliği, yani diğer insanların mülkiyet haklarına saygıdır⁴⁷.

⁴² Spooner (n 16) 29

⁴³ Spooner (n 16) 10

⁴⁴ Spooner (n 16) 13

⁴⁵ Spooner (n 16) 15

⁴⁶ Spooner (n 16) 17

⁴⁷ Spooner (n 16) 16

[İ]nsanın mutluluğunu ve iyi halini oluşturan yahut ona katkı yapan hissel, entelektüel, ahlaki yahut materyal tüm zenginlikler, bir kimsece başkalarıyla aynı anda olmayacak şekilde sahiplenilebilecek biçimde mülkiyete konu olurlar ve bu mülkiyet o varlık üzerinde bireysel sahiplik, kontrol, hakimiyet, kullanım ve faydalanma demektir.⁴⁸

Yani mülkiyet, sadece hissel olanaklarla algılanabilen maddi varlıklarla alakalı değildir; gayrimaddi varlıklar olan his, düşünce, tasarım ve bilgiler de mülkiyete konu olabilir. Hatta Spooner'a göre mülkiyete konu zenginlik alanı gayrimaddi değerlerden daha çok beslenir, çünkü yukarıda da bahsettiğimiz üzere her tür emek ve faaliyetin ardında gayrimaddi zihinsel süreçler, bilgi ve düşünceler çalışır. Ayrıca maddi varlıkların paylaşımına müsait doğaları karşısında, gayrimaddi varlıkların onları düşünen insanların biricikliği nedeniyle daha değerli bir başka yönleri daha vardır. Bu yüzden Spooner, zenginlik olanakları açısından fikri mülkiyet haklarını, maddi varlıklar üzerinde kurulan mülkiyet haklarına nazaran daha kıymetli kabul eder:

Fikre dönük hak, [örneğin] bir ev üzerindeki haktan daha kuvvetlidir. Zira bir ev, doğa tarafından sağlanıp, insanlığa sunulan ve *herkesçe* doğal hak gereği sahiplenilebilir olan genel materyal stoğundan oluşturulur. Buna karşılık, bir fikir, sadece tekil bir insanın kendi melekeleri vasıtasıyla yaratılır, soyutlanmaksızın oluşturulamaz; ve bu süreç herkesin bir diğeri kadar ortak olduğu ve sahip olma iddiasında olduğu müşterek doğal zenginlik stoğundan çıkarılamaz⁴⁹.

Spooner'un deyimiyle "uygarlaşmış insanlar arasında fikirler, değiş tokuş süreçlerinin müşterek araçlarıdır. Düşünceler ne kadar fazla alınıp satılırsa, o kadar kültürlenmiş bir halk ortaya çıkar."⁵⁰ Bu fikir değiş tokuşları bazen -arkadaşlar arasındaki sıradan fikir alışverişleri gibi- parasal karşılık beklenmeksizin yapılabilir; ama bazen snai, edebi, sanatsal, teknik veya başka bir karakterde maddi değer üretici mahiyettedirler ve çoğu zaman bir meslek faaliyetine dahildirler. İşte o zaman bu fikirler parasal karşılık beklenerek açıklanıp nakledilir, üzerlerinde mülkiyet hakları pekala kurulabilir ve bunların ekonomik değerleri, Spooner'a göre, iktisadın yasalarına göre, yani arz ve talebe göre belirlenir⁵¹.

Spooner'in, mülkiyet hakkının -doğal hukuka göre- meşru bir biçimde maddi ve gayrimaddi varlıklar üzerinde tesisi meselesine geçtiğinde ise, yine Lockeçu izler taşır biçimde iki ihtimal üzerinden konuyu tartışır: (i) bir varlığın ilk elden sahiplenilmesi (bulunması, keşfedilmesi ve fiilen ele geçirilmesi) ve (ii) üzerinde emek sarf edilerek varlığın meydana getirilmesi (üretimi).

En çok üzerinde durduğu ve ayrıntıyla açıkladığı ihtimal zenginliğe veya insanın iyi haline katkı yapan bir varlığın (maddi ya da gayrimaddi) bulunması, keşfedilmesi

⁴⁸ Spooner (n 16) 17

⁴⁹ Spooner (n 16) 28

⁵⁰ Spooner (n 16) 19

⁵¹ Spooner (n 16) 20

ve üzerinde fiili hakimiyet kurulmasıdır. İlk bulan, keşfeden veya işgal edenin mülkiyet hakkını elde ettiğini savunur Spooner. Bunun miktarı ve sınırı konusunda ise şunu der:

Henüz sahiplenilmemiş olan doğal zenginliklerin sadece zilyetliğinin elde edilmesi yoluyla dönüştürüleceği mülkiyetin miktarına dair, bir istisna dışında doğa yasası tarafından ayarlanmış bir limit yoktur; O istisna ise, söz konusu zilyetin bu zilyetliği kurmaktaki -diğer kişi ve mülkiyetlere karşı şiddet içermeksizin⁵² sergileyeceği- gücü ve kabiliyetinin limitidir. Dolayısıyla sahiplenilmemiş vaziyette kalan zenginliklerin büyük çoğunluğu, herhangi bir kişinin onlar üzerinde ilk zilyetliği kurmasıyla beraber o kişinin mutlak mülkiyeti haline gelirler.⁵³

Fakat bu pasajın peşinden Spooner'in dipnot koyarak açıkladığı üzere, bu yolla mülkiyet hakkının varlığını kabul etmek, bir kişinin koca bir kıtaya tek başına çıkıp oranın her santimetrekaresine kadar kendisine ait olduğunu sadece deklare etmesiyle mümkün olmaz. Onun sergileyeceği her fayda doğurucu emek (çitle çevirme, ev yapma, toprağı sürme, çalı çırpy kesme) o kişinin sahiplik iddiasının miktarına dair haklı gerekçe oluşturur:

Kişinin arazinin üzerinde harcandığı emek, kullanım açısından değer oluşturan bir durumda kaldığı müddetçe o arazi de o kişinin olmaya devam eder. Çünkü bir kimsenin emeğinin semerelerini, pratik kullanımı için faydalı kaldıkları sürece, terketmeyeceği farz edilir.⁵⁴

Bu bakış açısı, bir şeye gücünün yettiği ölçüde sahip olabileceğini salık veren ve Lockeçu *proviso*'yu -yani başkalarına yeter kalite ve nicelikte mal bırakmayı- da aşan, katı biçimde özel mülkiyetçi bir paradigmaya işaret eder. Sonrasında Spooner bir dipnot koyup emek unsurunu zikrederek görüşünü biraz yumuşatmaya çalışsa da bunu ne kadar sağlayabildiği soru işaretidir. Zira bulup sahiplenme ihtimali üzerinden mülkiyet hakkının temellendirilmesine, üreterek sahiplenme biçimine nazaran daha fazla argüman ürettiği, kitabının ilk bölümüne bakıldığında rahatlıkla görülebilir.

Eğer ilk gelen kişinin, kendi isteklerini doyurabilmesi için, dünya veya onun nimetleri üzerinde sahiplik ve mülkiyet kurma hakkı olmazsa, kesinlikle ondan sonra gelen kişilerin de böyle bir hakkı olamaz. Bu nedenle ilk gelen kişinin dünya zenginliği üzerinde sahiplik, mülkiyet ve kullanım açısında bir doğal hakkının olmadığını savunan öğretisi, dünya zenginliğini atıl ve kullanımsız bırakmak yoluyla bütün ırkı açlığa sevk eden bir kıyamet öğretisidir.⁵⁵

Doğal varlıkların insanların kullanımına tam manasıyla sunulabilmesi için onların muhakkak "bireysel" olarak sahiplenilip üzerlerinde özel mülkiyet haklarının kurulması gerektiğinden bahseder ve bireylerin üzerinde hiçbir kolektif varlığa

⁵² Yukarıda da belirtildiği üzere, savaşı en büyük kötülük sayan, cebir, yağma ve sömürüyle elde edilmiş her değeri gayrimeşru addeden Spooner, meşru bir zeminde (doğal hakları çiğnemenin) bir kimsenin elindekinin alınmasının veya o kişiye bir şey yaptırılmasının, sadece ikna edilip rızasının alınmasıyla mümkün olabileceğini savunur. Spooner (n 16) 30.

⁵³ Spooner (n 16) 22

⁵⁴ Spooner (n 16) 22

⁵⁵ Spooner (n 16) 25

ve sahipliğe değer atfetmez, çünkü onları gönüllü bireylerin basit bir biraradılığı olarak görür⁵⁶. Tüm bunların yanında, kendisinden sonra gelen sağ-liberteryen diğer düşünürler gibi Spooner da, maddi varlıkların sınırsızca özel mülkiyete konu edilmesinden doğabilecek olası sorunları zihninde hiç tartışmadığı yönünde eleştirilere konu olmuştur⁵⁷.

Sonuç ve Değerlendirme

Görüldüğü üzere Lysander Spooner hukukun hemen hemen her sahasına dair kalem oynatmıştır ve tüm değerlendirmelerine doğal hukukçu bir bakış açısı eşlik etmiştir. John Locke'un doğal hak kavramını burjuva ideolojisinin bir aygıtı olarak maharetle kullanmasına benzer biçimde, Spooner da doğal hukuku anarşist ideolojinin bir çatışma aygıtı biçiminde kullanmıştır. Doğal hukukçu bakış açısını hukukun ontolojisine dair derinlemesine bir soruşturma yapma vesilesi kılmamış, doğal hak kavramının Lockeçu kullanımını doğrudan içinde yaşamış olduğu zaman ve mekanın eleştirisine hasrederek araçsallaştırmıştır.

Spooner'ın, eserlerinin pek çoğunda, Amerikan Anayasası üzerine doğal hukukçu yorumlar ve eleştiriler yaptığı görülmektedir; hatta bu sebeple bazı yazarlar tarafından bir anayasa hukukçusu olarak da nitelendirilmiştir. Fakat anayasa üzerine yaptığı yorumlarının hemen hemen hepsi, Birleşik Devletler'in anayasal belgelerinin sadece bir parçası olarak değerlendirilen 1776 Bağımsızlık Bildirgesi'ndeki üç doğal hakkın üzerinde temellenir. Eserleri karşılaştırıldığında hükümet sözleşmeleri olarak ifade ettiği, dolayısıyla sözleşmesel bir temelde açıkladığı anayasal düzenlemeleri katı bir rızailiğe ve aktüel oybirliğine dayandırması, ne derece gerçekçi demokratik organizasyonlar öngördüğünü ve hukuki meşruiyete ne ölçüde makul bir kıstas biçtiğini soru işareti haline getirir. Söylemi dönemin anarşist literatürü için bir anlam ifade etse de, hiç şüphesiz radikaldir ve muhtemelen yaşamıyla paralellliği ölçüsünde tepkiselidir. Bu yüzden düşünceleri Kıta anarşistleri Proudhon, Bakunin ve Kropotkin kadar etki üretememiş, geleceğe dönük mümkün bir program oluşturamamıştır. Kaldı ki çeşitli eserlere serpişmiş düşüncelerini biraraya getirip sistemleştirme yönünde bir gayesi olduğu da söylenemez.

Fakat 19.yy. Birleşik Devletleri'nde doğal hukukçu düşünceyi alıp işleme noktasında dikkat çekici bir figür olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Hukuk üzerine kaleme aldığı eserlerinin neredeyse tamamında açık bir doğal hukukçuluk görülür. Sadece anayasal konulara değil, ceza hukukundan özel hukuk meselelerine dek, tüm hukuki tartışmaları doğal hakçı bakış açısı altında geliştirmiştir. Bireysel özgürlüğün korunması ve geliştirilmesi konusunda ısrarcı olması ve bir insanın kendi mutluluk olanaklarını kendisinin araştırmasının, bir doğal hak olan mutluluğa hakkın bir

⁵⁶ Spooner (n 16) 22

⁵⁷ Shone (n 4) 14

parçası olduğunu vurgulamasında, bireyci liberal gelenek ve İngiliz tecrübeci (emprisist) bilgi teorisinin izlerini görmek zor değildir. Hukuk-dışı olan ve bu yüzden hukuk düzeninin yaptırımlandırması gerekli olan alandan, mutluluk uğruna hareket ederken yapılan hataları (kendi deyimiyle erdemsizlikleri) çıkarmayı savunmuştur. Böylece doğal hakları ihlal etmeyen, bilakis koruyan bir ceza hukuku için, bu hukuki alanın sınırlarını başkalarının doğal haklarını ihlal edici eylem kistasıyla çizmeye çalışır. Tüm bunları yargılayan yapının bir tekel olarak hükümet yargısı olmaması isteği nedeniyle, ya jürili sistemin faziletlerini, onun hükümetin değil halkın yargısı olduğundan bahisle ön plana çıkarmış, ya da yargısal heyetlerin -basit bürokratik yapılar olmadığından bahisle- doğal hukuku çiğneyen yasal düzenlemelerin gerçek manada hukuk olmadığını dermeyan etme yükümlülüklerine işaret etmiştir.

Suç anlamında bir kimsenin ‘yapmama’sı gereken eylem alanından, bir kimsenin ‘yapabildiği’ yani özgürlük ve mülkiyeti dahilindeki alana geçtiğimizde ise, Spooner’in sıkı bir bireysel mülkiyet hakkı savunusuna giriştiğini görürüz. Kapitalist üretim modelinde ortaya çıkabilecek asimetrik güç yoğunlaşmaları, karteller ve bunların devlet destekli gelişip yarattıkları sömürü düzenine dair dile getirdiği eleştirileri, onun kapitalizme karşı belli şüpheler taşıdığını gösterse de, bireysel mülkiyete aşırı derecede sarılışı ve bireyler üzerinde hiçbir kolektif yapıya itimat etmeyişi, onun liberteryen düşüncenin mimarlarından biri addedilmesi için de yeterli olmuştur. Bir eksilik olarak göze çarpan yanı ise, tüm maddi varlıkların sınırsızca özel mülkiyete konu edilmesinden doğabilecek olası sorunları zihninde hiç tartışmadığı yönündeki görüntüsüdür. Zira onun olumsuz baktığı sömürü düzeninin oluşumunda sınırsız bir mülkiyetçi bir paradigmanın pay sahibi olduğu ve yine onun kabul etmediği kamusal önlemler vasıtasıyla bu piyasa aksaklıklarının tarihte belli bir ölçüde giderilebildiği kabul edilse de, Spooner’in zihninde bu tip olasılıkların değerlendirildiğini pek göremeyiz. Onun gözünde devlet, kamusal politikalar ve önlemler neredeyse her zaman doğal hakları ihlal edici bir karaktere sahiptir.

Spooner genellikle toplumsal kesimlerin etkilenmesine dönük olarak bir gazete yazarı edası ve üslubuyla metinlerini oluşturduğu için düşüncelerini sunmada son derece berrak bir yazardır ve dönemin akademik yazım üslubunu çok fazla kullanmaz. Belki de bu yüzden olsa gerek, eserlerinde, Romalı hukukçular, ABD’nin Kurucu Babaları, John Locke ve John Stuart Mill gibi liberal filozoflardan ciddi ölçülerde etkilendiğine ilişkin çokça ipucu yakalanabilse de bu düşünsel kaynaklara gönderimler ve atıflar oldukça azdır.

Her şeyin ötesinde “anarşist bir hukukçu” olması dolayısıyla felsefe tarihinin farklı ve oksimoron bir portresidir. Bir sistem filozofu olma gayesi gütmemiş, düşüncelerine sistemik bir bütünlük kazandırmaya çalışmamıştır. Kitap ve broşürleri arasında dağılmış olan düşüncelerinden, hepsinin temelinde sezilebilir olan doğal

hukuk düşüncesiyle tutarlı bir hukuk kavramı ürettiği ve buna bağlı olarak anayasa, suç ve mülkiyet gibi kavramlara doğal hukukçu içerikler kazandırdığı söylenebilir de, yazılarındaki eleştirel kimyanın ne derece makul ve geçekçi çözümlere dönüştüğü şüphelidir. Tüm bu yönleri itibariyle, günümüzde etkinliklerini gittikçe arttıran, devlet yerine serbest piyasa süjeleri ve vasıtalarını ikame etmeye çalışan, güvenlik ve yargı hizmetlerini dahi kamusal hizmet alanından piyasaya aktarmaya çabalayan çağdaş anarko-kapitalist ve sağ-liberteryen düşüncelerin köklerini ve hukuki boyutlarını kavrayabilmek adına önemli ve ileri araştırmalara değer bir isimdir.

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

- Akman ŞT, ‘John Locke’un Siyaset Felsefesi Ekseninde Doğal Hukukun Politikleştirilmesi’ (2021), 54(2) Amme İdaresi Dergisi 1-44.
- Alexander AJ, ‘The Ideas of Lysander Spooner’ (1950) 23(2) The New England Quarterly 200-217.
- Arıkan E, ‘Hart-Devlin Tartışmasında Olmayan Argümanlar’ (2020) 15(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537-568.
- Aydın MB, ‘İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch’ iç Ertuğrul Uzun (ed) *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (1.Bası, İstanbul: İthaki Yayınları, 2015) 113-138
- Brennan J, *Liberteryenizm* (çev) Atilla Yayla (1.Bası, Ankara: Liberte Yayınevi, 2015)
- Dülger M, ‘John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri’ (2020) 10(4) Beytulhikme: An International Journal of Philosophy 1471-1493.
- Hayek FA, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (çev) Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Mehmet Öz (1.Bası, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2012)
- İnce M, ‘Lysander Spooner’in Siyaset ve Hukuk Teorisi’ iç Coşkun Can Aktan (ed) *Liberteryenizm ve Anarko-Kapitalizm* (Sobiad Yayınları, 2019) 180-196
- Mack E, ‘Lysander Spooner: Nineteenth Century America’s Last Natural Law Theorist’ (2012) 29(2) Social Philosophy and Policy 139-176
- MacSaorsa I, ‘The Ideas of Lysander Spooner: Libertarian or Libertarian Socialist’ <https://theanarchistlibrary.org/library/iain-macsaorsa-the-ideas-of-lysander-spooner-libertarian-or-libertarian-socialist> Erişim Tarihi: 14 Ağustos 2022
- Marshall P, *Anarşizmin Tarihi: İmkânsız İstemek* (İmge Kitabevi, 2003)
- Metin S ve Heper A, *Ceza Hukuku Felsefesine Bir Katkı: Radbruch Formülü* (1.Bası, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2014)
- Shone SJ, *Lysander Spooner: American Anarchist* (Lexington Books, 2010)
- Spooner L, *An Essay on Trial by Jury* (Boston: John P Jewett and Co, 1852)

- Spooner L, *The Law of Intellectual Property: Or An Essay on the Rights of Authors and Inventors to A Perpetual Property in Their Ideas* (Boston: Bela March, 1855)
- Spooner L, *Unconstituonality of Slavery* (Boston: Bela March, 1860)
- Spooner L, *No Treason: The Constitution of No Authority (No.VI)* (Boston, 1870)
- Spooner L, *Natural Law or The Science of Justice*: (Boston: A Williams Co 1882)
- Spooner L, *Vices are not Crimes: A Vindication of Moral Liberty* (Auburn: Mises Institute, 2020 [orj 1875])
- Uzun E, 'Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Hart-Devlin Tartışması', iç Sercan Gürler (ed) *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* (2.Bası, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2017) 65-99.
- Vergara F, *Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik* (çev) Bülent Arıbaş (1.Bası, İletişim Yayınları, 2006)



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 21.09.2022
Revizyon Talebi: 04.01.2023
Son Revizyon Tarihi: 06.01.2023
Kabul: 13.07.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İptal Davasına Konu İmar Planının Dava Devam Ederken Değiştirilmesinin İptal Davasına Etkisi

Halil Altındağ*

Öz

Gerek idari yargıda gerekse adli yargıda mahkemeler, kural olarak, yalnızca kendilerinden talep edilen hususlarda karar verebilirler. Ancak uygulamada idare mahkemeleri, imar planları özelinde bu kurala bir istisna getirmektedir. Buna göre, bir imar planına karşı açılan davada, dava devam ederken dava konusu planın değişmesi halinde, yeni plan, ilk davaya konu olan hukuka aykırılıkları aynen bünyesinde taşıyor ise, bu durumda davayı gören mahkeme, yeni planı da yargılamaya dahil etmektedir. Danıştay, dava devam ederken dava konusu imar planının değişmesi halinde, yeni plan hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılarak dava açma gerekçesinin yeni planda da aynı şekilde bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine karar vermekte ve bu yönde bir inceleme yapılmamasını bozma sebebi olarak görmektedir. Elbette hüküm fıkrasında ikinci planın iptal edildiği açıkça ifade edilmese de, yapılan yargılamadan ve kararın gerekçesinden ikinci işlemin de hukuka aykırı olduğu yönünde bir yargısal irade açıkça tespit edilmektedir. Zira mahkemeler, ikinci planın esasen ilk planın devamı niteliğinde olduğunu, dava konusu yönünden plan içeriklerinin aynı olduğu ve ilk planın yürürlükten kalktığı kabul edilemeyeceği gerekçesiyle ikinci planı da değerlendirmeye dahil etmekte ve hukuka aykırılık tespiti halinde dava konusu planın iptaline karar vermektedir. Ancak bu durumda verilecek iptal kararının davalı idareler tarafından uygulanmasında güçlükler yaşanması kuvvetle muhtemeldir. Zira davalı idareler, iptal edilen işlemin zaten yürürlükten kalktığını, halihazırda yeni bir imar planının bulunduğunu ve bu imar planı hakkında verilmiş bir iptal kararı bulunmadığını iddia edeceklerdir. Bu nedenle, mahkemelerin yeni tarihli imar planını da hüküm fıkrasında zikrederek iptal kararı vermeleri, iptal kararının uygulanabilirliği açısından önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

İdari İşlem, Geri Alma, Kaldırma, İmar Planı, Taleple Bağlılık İlkesi, Davanın Kabulü

The Effect of Subjecting Zoning Plan Changes to Annulment During an Active Lawsuit

Abstract

Both administrative and judicial system courts can only decide on matters that have been requested of them. However, administrative courts in practice make an exception to this rule, particularly for zoning plans. Accordingly, if the zoning plan concerning a lawsuit filed against said zoning plan changes while the lawsuit is still ongoing and the new plan contains the same illegalities that were the subject of the first lawsuit, then the court hearing the case will also assess the legality of the new plan in the same proceedings. The Council of State decides whether a zoning plan that has been subjected to a lawsuit is to change while the lawsuit is ongoing. If so, an expert examination of the new plan should be made, and the new plan should be investigated as to whether the reason the original lawsuit had been filed exists in the same way in the new plan. Again, if so, the lack of an examination in this direction should be considered as a reason for annulment. Of course, although annulment of the second plan is not clearly stated in the judgment, this second plan also being unlawful is clearly understood based on the trial and the reasoning of the judgment. This is because the courts include the second plan in the evaluation on the grounds that the second plan is essentially a continuation of the first

* **Sorumlu Yazar:** Halil Altındağ (Doç. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: halil.altindag@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0001-7083-9838

Atf: Altındağ H, "İptal Davasına Konu İmar Planının Dava Devam Ederken Değiştirilmesinin İptal Davasına Etkisi" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 531. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0008>



plan, that the contents of the plan are the same in terms of the subject matter of the case, and that the second plan cannot be accepted once the first plan has been abolished. In cases of unlawfulness, the courts are to decide to annul the second plan.

Keywords

Administrative Act, Revocation, Abrogation, Zoning Plan, Principle of the Binding Effect of A Petition

Extended Summary

Both administrative and judicial system courts in principle may only decide on matters requested from them. According to this principle, known as the principle of the binding effect of a petition and as a general principle of law, administrative jurisdictions can only make a judgment regarding the matter whose annulment the petition requests. However, administrative courts in practice make exceptions to this rule for zoning plans in particular. Accordingly, if the plan in a lawsuit filed against a zoning plan changes while the lawsuit is still ongoing and the new plan contains the same illegalities that are the subject of the first lawsuit, then the court that hears the case will also assess the legality of the new plan in its proceedings. The Council of State decides whether the zoning plan that is the subject of the lawsuit will change while the lawsuit is ongoing. An expert examination of the new plan should also be made, and whether the reason a lawsuit was filed in the first case occurs in the same way in the new plan should be investigated. The lack of any examination in this direction should be considered a reason for annulment.

Administrative jurisdictions examine whether the sole purpose of establishing a new zoning plan is to eliminate the subject in the current case or whether the first and second plans have the same content. After this examination, if the court detects the illegality from the first plan to still exist in the second plan in the same way, then the court will make an exception to the principle of the binding effect of a petition and also declare the illegality of the second plan.

In this case, the second plan can be said to not have been annulled; rather, the court has confined itself to evaluating the legality of the second plan, with the principle of the binding effect of petitions not preventing an evaluation of the legality of other acts related to the administrative act in dispute. This situation also does not constitute an exception to the principle of the binding effect of petitions. However, the administrative jurisdictions' evaluation of the regulatory and individual acts that form the basis of the act under dispute and their inclusion in the ongoing proceedings of a zoning plan that emerged after the plan in dispute and that is not based on it are quite different from each other. In other words, the inclusion of the second plan in the case is not because it involves the subject that is the basis of the dispute. Therefore, while the evaluation of the acts that form the basis of the act under dispute is not an exception to the principle of the binding effect of a petition, the purpose of this

judicial practice that has been specifically developed for zoning plans is to determine whether the second plan is actually a new plan or a continuation of the first plan. In this way, it forms an exception to the principle of the binding effect of a petition.

A *contrario* interpretation of this practice for when the content of the second plan is different from that of the first plan (i.e., the issues affecting the plaintiff's interest in the first plan are resolved in the second plan) involves the purpose of change being accepted and thus leaving the case with no valid subject. In this case, the courts should give a decision of "no need to provide judgment" regarding the first plan. In addition, the second action should be accepted as no continuation of the first plan should other illegalities apart from those alleged in the petition occur, or should an illegality that violates some interest of the plaintiff other than that the first lawsuit.

Despite administrative courts including the second plan in the proceedings, if they are going to give an annulment decision, they are to confine themselves to declaring an annulment of the act that is the subject of the lawsuit regarding the operative provisions of judgment. Of course, although the annulment of the second plan is not clearly stated in the judgment, it is clearly understood from the trial and the reasoning of the decision that the second action is also unlawful. This is because the courts have included the second plan into their evaluations based on the second plan essentially being a continuation of the first plan, the contents of the plan being the same in terms of the subject matter of the case, and its inability to accept the abolishment of the first plan. In case of unlawfulness, the courts will also decide to annul this second plan.

However, in such a case, difficulties are quite likely to occur regarding how the defendant administrations are to implement the annulment decision. This is because the defendant administrations will claim the annulled plan to have already been repealed, a new zoning plan to have already been found, and no annulment judgment to exist regarding this second zoning plan. For this reason, having the courts declare explicitly the illegality of the second plan by mentioning it in the operative provisions of the judgment is important for the applicability of the court decision.

Giriş

Gerek idari yargıda gerekse adli yargıda mahkemeler, kural olarak, yalnızca kendilerinden talep edilen hususlarda karar verebilirler. Başka bir deyişle, mahkemeler, davacının dilekçesinde, “netice-i talep” ve benzeri başlıklar altında ileri sürdüğü talepten daha fazlasına karar veremezler¹. Taleple bağıllık ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, aksi kanunlarda öngörülmedikçe, hem adli hem de idari yargıda hukukun genel ilkelerinden biri olarak uygulanmaktadır.

Taleple bağıllık ilkesi, hukukun genel ilkelerinden biri olmasının yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 26. maddesinde de açıkça düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, “*Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.*” kaydına yer verilerek taleple bağıllık ilkesinin istisnalarının da ancak kanunlarda öngörülmesi gerektiği düzenlenmiştir².

HMK’nın aksine İYUK’ta taleple bağıllık ilkesine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, hukukun genel ilkelerinden biri olması sebebiyle ilke idari yargıda da uygulama alanı bulmaktadır.

İlkenin idari yargıdaki uygulamasına bakıldığında, taleple bağıllık ilkesinin bir sonucu olarak, idari yargı yerlerinin, kural olarak, iptal davalarında yalnızca dava dilekçesinde iptali istenen işlem hakkında; tam yargı davalarında ise yine dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarına³ kadar hüküm kurabileceği ifade edilmelidir. Bu kuralın mefhum-u muhalifinden, idari yargı yerlerinin kendilerinden talep edilmeyen bir işlem hakkında iptal kararı veremeyeceği ifade edilebilir.

Ancak uygulamada idare mahkemeleri, imar planları özelinde bu kurala içtihadî bir istisna getirmektedir. Buna göre, bir imar planına karşı açılan davada, dava devam ederken dava konusu planın değişmesi halinde, yeni plan, ilk davaya konu olan hukuka aykırılıkları aynen bünyesinde taşıyor ise, bu durumda davayı gören mahkeme, yeni planı da yargılamaya dahil etmekte ve yeni plan hakkında da bilirkişi incelemesine başvurmaktadır. Elbette hüküm fıkrasında ikinci planın iptal edildiği açıkça ifade edilmese de, yapılan yargılamadan ve kararın gerekçesinden ikinci işlemin de hukuka aykırı olduğu yönünde bir yargısal irade açıkça tespit edilmektedir.

İmar planlarının sıklıkla dava konusu olduğu ve uzun süren dava süreleri dikkate alındığında dava devam ederken imar planlarının da değişmesinin ihtimal dahilinde

¹ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (7. Bs, Vedat Yayıncılık, 2015) 166; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, Cilt 1* (Yetkin Yayınları, 2016) 406.

² Nitekim hem adli hem de idari yargı açısından geçerli olan bir örnek olarak, talep edilmemiş olsa bile, HMK 326 gereği, mahkeme, yargılama giderlerini davada haksız çıkan tarafa yüklemek zorundadır. Bu hüküm İYUK’un 31. maddesi gereği idari yargıda da uygulandığından, taleple bağıllık ilkesinin kanuni istisnalarından biri olarak gösterilebilir.

³ 2577 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 4. fıkrasında yapılan değişiklikle tam yargı davalarında kabul edilen islah müessesesi bu durumun bir istisnasını teşkil etmekteyse de, islah halinde de yine bir talep üzerine hüküm kurulmaktadır.

olduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda, idari yargı yerlerinin geliştirmiş olduğu söz konusu içtihadın uygulama alanını belirlemek önem arz etmektedir.

Bu kapsamda öncelikle, dava konusu işlemin değiştirilmesinin doğurduğu hukuki sonuçlara ilişkin genel prensiplere kısaca değinilecektir. Daha sonra, çalışmanın konusu taleple bağlılık ilkesine bir istisna teşkil ettiğinden, kısaca taleple bağlılık ilkesinin anlam ve kapsamına yer verilecek ve sonrasında idare mahkemelerinin imar planları özelinde geliştirdiği bu içtihadın ortaya çıkma nedenleri ve bu içtihadı başvurulması için gerekli şartlar incelenecektir. Son olarak ise, bu içtihadın doğurmuş olduğu sorunlar değinilecek ve mahkemelerin vermiş olduğu kararlara yönelik eleştiri ve önerilere yer verilecektir.

I. İptal Davasına Konu İdari İşlemin Geri Alınması, Kaldırılması ve Değiştirilmesi

İdari işlemler idare tarafından genel itibariyle iki şekilde yürürlükten kaldırılmaktadır. Bunlardan ilki “geri alma”, diğeri ise “kaldırma” olarak adlandırılmaktadır. İdari işlemin geri alınması, idari işlemin yapıldığı andan itibaren hukuk aleminden çıkarılması, başka bir deyişle işlemin hiç yapılmamış varsayılmasıdır⁴. İdari işlemin geri alınması esasen iptal davası sonucunda verilen iptal kararı ile aynı sonuçları doğurmakta olup, geri almaya konu işlemin hiç tesis edilmemiş gibi geriye etkili bir şekilde hukuk aleminden çıkarılması anlamına gelmektedir.

İdari işlemin kaldırılması ise, işlemin kaldırılma anına dek doğurduğu hukuki sonuçların korunarak geleceğe etkili olacak şekilde işlemin hukuk aleminden çıkarılmasıdır⁵. Bir idari işlemin kaldırılması, yerine yeni bir işlem yapılmaksızın hukuk aleminden çıkarılması şeklinde olabileceği gibi, özellikle düzenleyici işlemler alanında yaygın olarak görüldüğü üzere, mevcut işlemi değiştiren yeni bir işlem tesis edilmesi şeklinde de olabilir. Dolayısıyla bir idari işlemin değiştirilmesi, esasen idari işlemin kaldırılmasının bir görünümü olup kaldırmanın hüküm ve sonuçlarına tabidir.

Gerek birel gerekse düzenleyici işlemler açısından, idari işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi geriye etkili olarak hukuki sonuç doğurmadığından, idari işlemlerin yapıldığı tarihten kaldırıldığı tarihe kadar doğurduğu hukuki sonuçlar ilgililerin menfaatini olumsuz etkilemeye devam edebilir. Bu nedenle idari işlemin geri alınmasından farklı olarak, kaldırma halinde otomatik olarak dava konusu işlem hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmemeli, dava konusu işlemin yürürlükte olduğu süre içinde davacı aleyhine doğurduğu sonuçlar etkisini devam

⁴ Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması* (Sevinç Matbaası, Ankara, 1970) 5; Ramazan Çağlayan, ‘İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine’ (2000) 4(1-2) AÜEHFD 43 43; Erdoğan Bülbül, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması* (Beta Yayınları, 2010) 19; Yves Gaudemet, *Droit Administratif* (20th., LGDJ, Paris, 2012) 332.

⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *İdare Hukuku* (3. Bs, Seçkin Yayıncılık, 2012) 418; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (4. Bs, Turhan Kitabevi, 2014) 541.

ettiriyor ise, başka bir deyişle davacının menfaati güncel ise dava görülmeye devam edilmeli ve yargılama sonunda iptal veya ret karar verilmelidir⁶.

Ancak dava konusu düzenleyici işlem henüz bir birel işlemle somutlaşmadan davanın devamı sırasında değiştirilmiş ise, bu durumda düzenleyici işleme karşı açılan dava kural olarak konusuz kalacağından, karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

Hem dava konusu ilk işlemin davacının menfaatini etkilemeye devam ettiği durumda hem de düzenleyici işlemin henüz birel bir işlemle somutlaşmadan değiştiği ikinci durumda, dava konusu işlemleri değiştiren yeni işlemlerin hukuka aykırılığı iddiası kural olarak ayrı bir iptal davasının konusunu oluşturur. Örneğin bir atama kararının iptaline ilişkin açılan dava sırasında davacı hakkında tesis edilen başka bir atama kararı yeni bir işlem olup ayrıca dava konusu edilmesi halinde mahkemelerce hukuka uygunluğu denetlenir; yahut bir yönetmeliği değiştiren yönetmeliğin ayrıca dava konusu edilmesi gerekir.

İmar planlarının da birer düzenleyici işlem olduğu hususu göz önünde bulundurularak dava konusu imar planının davaya konu edilme sebebinin, başka bir deyişle davacının menfaatini ilgilendiren kullanım kararının, daha sonra tesis edilen ve dava konusu imar planını yürürlükten kaldıran yeni bir imar planı ile değiştirilmesi ve yeni bir kullanım kararı alınması halinde dava sebebi de ortadan kalkacağından, yine benzer şekilde dava konusu imar planı hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir⁷.

Kural bu yönde olmakla birlikte, imar planları özelinde idari yargı yerleri bu kurala bir istisna getirmiş olup, dava konusu imar planını değiştiren yeni tarihli imar planını da ilk plana karşı açılan iptal davası kapsamında, dava konusu plan ile birlikte incelemekte ve yeni planın hukuka uygun olup olmadığını da değerlendirmektedir.

Esasen bu uygulama taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmekle birlikte, idarelerin yargı yolunu işlevsiz bırakma çabalarının önüne geçmek amacıyla idari yargı yerlerince kabul edilmiştir. Ancak dava konusu imar planını değiştiren her imar planının idari yargı yerleri tarafından dava konusu ilk planla birlikte iptal edilebileceğini söylemek mümkün değildir. Bunun için ikinci planın aşağıda örnekleriyle anlatılacağı şekilde belli şartları taşıması gerekmektedir.

⁶ Selman Sacit Boz ve Yunus Eraslan, 'İdari Yargılama Usulünde 'Karar Verilmesine Yer Olmadığı' Kararları' (2020) 24(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389 399.

⁷ Ali Rıza İlgezdi, Eren Sönmez ve Cem Güçlü, *İmar Planları ve Davaları* (Seçkin, 2020) 211; Ercüment Akış, 'Belediyenin İmar Planını Değiştirmesi ve Hukuki Sonuçları' (1997) 6(4) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 45 49.

II. Taleple Bağlılık İlkesinin İstisnası Olarak Yeni Planın İptal Davasına Dahil Edilmesi

A. İdari Yargıda Taleple Bağlılık İlkesi

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Taleple Bağlılık İlkesi” başlıklı 26. maddesinin 1. fıkrasında, “*Hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Danıştay 6. Dairesinin bir kararında⁸ da vurguladığı üzere, “*Taleple bağlılık ilkesi, yargılama hukukunun genel prensiplerinden biri olduğundan idari yargılama hukukunda da uygulanması gerekir. Bu ilke kapsamında mahkemeler, davacının istemi ile bağlı olup; istemi genişletecek biçimde karar veremezler.*”

Bu ilkeye göre mahkemeler, kural olarak, yalnızca dava dilekçesinde kendilerinden iptali talep edilen işlem hakkında iptal kararı verebilecek; dava dilekçesinde yer almayan bir işlem hakkında iptal kararı vermeleri ise taleple bağlılık ilkesine açıkça aykırılık taşıyacak ve kanun yolu aşamasında kararın bozulması veya kaldırılmasına sebebiyet verecektir.⁹

Davacının dava dilekçesi ve cevaba cevap dilekçesi, yalnızca mahkemelerin karar yetkisi açısından bir sınır çizmemekte, aynı zamanda davacı açısından da talebini değiştirme veya genişletme konusunda bir sınır çizmektedir. Nitekim 2577 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, “*Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler.*” hükmü, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağını ifade etmektedir¹⁰.

Taleple bağlılık ilkesinin doğal sonucu, mahkemelerin talep edilmeyen bir konu hakkında karar verememesidir¹¹. Dolayısıyla idari yargıda gerek tam yargı davasında gerekse iptal davasında mahkemeler, kural olarak, yalnızca dava dilekçelerinin giriş kısmında yer alan “dava konusu” ve dilekçenin sonunda yer alan “talep” başlıkları altındaki talepler hakkında karar verebilirler¹².

Taleple bağlılık ilkesi idari yargıda yalnızca dava konusu işlem hakkında iptal veya ret yönünde bir karar verme veya dava konusu tazminat talebi hakkında kısmen veya tamamen kabul veya ret yönünde bir karar verme anlamına gelmekle beraber; gerek iptal gerekse tam yargı davasında dava konusu işlemler dışında kalan ve dava konusu

⁸ Danıştay 6 D, E. 2016/587 – K. 2020/4875, 08.06.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı – İdarenin Hukukla Zorlanması* (Turhan Kitabevi, Ankara, 2019) 660.

¹⁰ Bu yasağın idari yargılama hukukundaki tek istisnası ise, fikanın devamında yer alan ve tam yargı davalarında nihai karar verilinceye kadar bir defaya mahsus olmak üzere, talep edilen tazminat miktarının artırılması, başka bir deyişle ıslah edilmesidir.

¹¹ Osman Duran, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi* (Seçkin, 2020) 84.

¹² Esasen bu iki başlık altında yazan taleplerin de aynı olması gerekmekte olup, aksi bir durum dilekçe ret sebebidir.

işleme dayanak teşkil eden işlemlerin de hukuka uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Başka bir deyişle, bir birel işleme karşı açılan iptal davasında, birel işlemin dayanağı olan düzenleyici işlem yahut bu işlemi önceleyen bir birel işlem dava konusu edilmemiş olsa da mahkeme birel işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken, dayanak düzenleyici işlemin veya önceleyen birel işlemin de hukuka uygun olup olmadığını inceleyebilir¹³. Yahut bir tam yargı davasında tazminat talebi hakkında karar verirken iptal talebi olmasa da zararı doğuran idari işlemin hukuka uygunluğu mahkemece değerlendirilmek zorundadır. Ancak her iki durumda da mahkemeler, dava konusu dışında kalan işlemlerin hukuka uygun veya hukuka aykırı olduğunu tespit etmekle yetinir; bu işlemler hakkında bir iptal kararı veremezler¹⁴. Taleple bağıllık ilkesi, mahkemelerin bu yönde bir karar vermesine engel teşkil eder.

Taleple bağıllık ilkesi 2577 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, yukarıda atf yapılan Danıştay kararında da vurgulandığı üzere, hukukun genel ilkelerinden biri olarak idari yargıda da kural olarak uygulanmaktadır. Ancak açık bir düzenleme bulunmadığından ilkenin idari yargıda ne şekilde uygulanacağı ve istisnalarının olup olmadığı yoruma açıktır.

Burada öncelikle, taleple bağıllık ilkesinin hukuki nitelendirilmesini yapmak doğru olacaktır. Taleple bağıllık ilkesinin hukuki temelinin, medeni yargılama hukukunda, tasarruf ilkesi ve irade serbestisi ilkesi olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Bilindiği üzere, bu iki ilke medeni yargılama hukukun çekirdek ilkelerinden olmakla birlikte, idari yargıcın hukukun üstünlüğünü tesis etme ve idareyi hukuk sınırları çerçevesinde tutma görevi nedeniyle idari yargıda aynı düzeye ve yoğunlukta kabul görmemektedir. Örneğin , feragat müessesesi, medeni yargılama hukukunda salt tasarruf ilkesi ve irade serbestisi ilkeleri çerçevesinde ele alınarak uygulanırken, idari yargıda iptal davalarında aynı düzeyde uygulanmamakta, davacının feragat hakkına medeni yargılama hukukunda olmayan sınırlamalar getirilmektedir.

Dolayısıyla, taleple bağıllık ilkesinin de dayanağının tasarruf ilkesi ve irade serbestisi olduğu dikkate alındığında, idari yargıcın, taleple bağıllık ilkesini de idari yargının niteliğine uygun düşüğü ölçüde uygulaması doğru olacaktır. Bu nedenle, kanaatimce, idari yargıcın, idarenin hukuka uygunluğunun tesisi gerekli kıldığı ölçüde, içtihat yoluyla taleple bağıllık ilkesine istisna getirmesi hukuken mümkündür.

¹³ Karahanoğulları (n 1) 666.

¹⁴ Karahanoğulları (n 1) 661.

¹⁵ Duran (n 1) 19; Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin Yayınları, 2011) 98.

B. Dava Devam Ederken Dava Konusu İmar Planını Değiştiren Yeni Planının Yargılamaya Dahil Edilmesi

Taleple bağıllık ilkesine ilişkin kural bu yönde olmakla birlikte, idari yargı mercileri, bu ilkeye içtihat yoluyla bir istisna getirmiştir. Buna göre, dava konusu işlem bir imar planı ise ve dava konusu planın, yargılama devam ederken başka bir planla değiştirilmesi halinde, yeni imar planı, dava konusu edilen bir önceki plandaki hukuka aykırılıkları aynen taşıyor ise, başka bir deyişle, ikinci işlem yalnızca ilk davanın konusuz kalmasını sağlamak amacıyla tesis edilmiş ise, idari yargı mercileri dava devam ederken tesis edilen yeni planı da mevcut iptal davasına dahil ederek yargılama konusu yapmakta ve iptal kararı verebilmektedir.¹⁶

Bir Danıştay kararına konu olayda, 1979 tarihli imar planında davacının taşınmazının okul alanı olarak belirlenmesi nedeniyle açılan iptal davasında, 1982 tarihinde yeni bir plan yapılmasına rağmen davacının taşınmazının yeni planda da okul alanı olarak belirlendiği tespiti yapılarak 1979 tarihli plana karşı açılan davada 1982 tarihli planın da değerlendirilmesine karar verilmiştir. Danıştay bu kararında¹⁷,

“Her ne kadar davalı idare, davacı taşınmazının bulunduğu alanın okul yeri olarak ayrılmasına ilişkin dava konusu 11.1.1979 tasdik tarihli planın 3.2.1982 tasdik tarihli planla değiştirildiğini iddia etmişse de, yürürlükte planda da taşınmazın bulunduğu sahanın okul yeri olarak ayrılmış olduğu Dairemizin ara kararına verilen cevaptan anlaşılmakta olup, anlaşmazlığın çözümü özde söz konusu taşınmazın okul yeri olarak ayrılmış olmasının şehircilik esaslarına, planlama ilkelerine ve kamu yararına uygun bulunup bulunmadığının saptanmasıyla mümkündür.

...

Bilirkişi raporunun, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerle incelenmesi sonucunda, davacıya ait olan parselin okul yeri olarak ayrılmasına ilişkin planda planlama ve kamu yararı ilkelerine uygunluk bulunmadığı kanıtına varılmıştır.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle davacıya ait taşınmazın okul yeri olarak ayrılmasına ilişkin imar planı değişikliğinin iptaline”

karar vermiştir. Başka bir kararda ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK),

“... bazı parsellerdeki yüksekliklerin artırılması dışında uyumsuzluğa konu taşınmazların ayrıldığı fonksiyona yönelik herhangi bir değişiklik yapılmadığı ve davacıların dava açmakla elde etmek istedikleri hukuki sonuçlara ilişkin bir değişiklik olmadığı, dolayısıyla menfaatlerinin devam ettiği anlaşıldığından, 18.6.2003 tarihli imar planı değişiklikleri ile dava konusu planların yürürlükten kalktığı ve davanın konusuz kaldığından sözedilemeyeceği açıktır.”

¹⁶ Karahanoğulları (n 7) 671.

¹⁷ Danıştay 6 D, E. 1979/1757 – K. 1983/648, 16.02.1983, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

diyerek dava devam ederken değiştirilen planlar hakkında işin esasına girilerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁸. Bu kararında Danıştay, her bir imar planını bir bütün olarak bağımsız birer işlem olarak değerlendirmemekte, parsel bazında değerlendirme yaparak ve bir parselin kullanım kararında hiçbir değişiklik getirmeyen yeni tarihli imar planını yeni bir işlem kabul etmeyerek önceki imar planının yürürlüğünün halen devam ettiğini kabul etmektedir.

Danıştay, dava devam ederken dava konusu imar planının değişmesi halinde, yeni plan hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılarak dava açma gerekçesinin yeni planda da aynı şekilde bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine karar vermekte ve bu yönde bir inceleme yapılmamasını bozma sebebi olarak görmektedir. Nitekim Danıştay 6. Dairesi, imar planına karşı açılan dava devam ederken, plana konu alanda yeni bir imar planı yapıldığından davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığı kararı veren ilk derece mahkemesi kararını, davacının parseline ilişkin yeni bir kullanım kararı getirilmediği, önceki plandaki kullanım kararının devam ettiği, sonradan onaylanan plan değişikliğinin taşınmaz yönünden herhangi bir değişiklik öngörmediği, dava konusu plandaki kullanım kararlarının aynı şekilde devam ettiği, bu yönüyle yürürlüğünün sona ermediği gibi dava açma nedenlerinin ortadan kalkmadığı gerekçesiyle bozmuştur¹⁹. Danıştay 6. Dairesi, yukarıdaki İDDK kararında olduğu gibi sonraki planın önceki planı yürürlükten kaldırmadığını kabul ederek davanın konusuz kalmadığına hükmetmiştir.

Danıştay 6. Dairesinin, AİHS'in 6. maddesine ve adil yargılanma hakkına da gönderme yapması önem arz etmektedir. Mahkeme, dava konusu planın değiştiği gerekçesiyle, otomatik olarak davanın konusuz kaldığı kararının verilmesinin yargılamanın özüne yönelik inceleme yapmaktan uzaklaşarak uyuşmazlığın şekli olarak ele alınması sonucunu doğuracağını, bu durumun da adil yargılanma hakkının ihlali olacağını ifade etmiştir. Kararda açıkça ifade edilmese de, mahkeme, idarelerin plan değiştirme yetkisini kötüye kullanarak davaları konusuz bırakma ve davacıların adli yargılanma hakkını ihlal etmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır.

İdari yargı mercileri, yeni işlem tesis edilmesinin tek amacının mevcut davayı konusuz bırakma olduğunu tespit ederken, ilk işlem ile ikinci işlemin aynı içerikte olup olmadığına bakmaktadır.²⁰ Dolayısıyla davaya konu ilk işlemdeki hukuka aykırılıklar ikinci işlemde de aynı şekilde yer alıyorsa veya ilk davanın konusu dışında kalan bazı şekli değişiklikler yapılması ile yetinilmiş ise, bu durumda taleple bağıllık ilkesine istisna getirilerek ikinci işlemin de dolaylı olarak iptali yönünde karar verilebilmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında bu hususu açıkça

¹⁸ Danıştay İDDK, E. 2005/3438 - K. 2006/232, 23.03.2006, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁹ Danıştay 6 D. E. 2011/6914 - K. 2013/47, 22.01.2013, Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası. Aynı yönde karar için bkz Danıştay 6 D. E. 1991/40 - K. 1991/1994, 09.10.1991, Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası.

²⁰ Karahanoğulları (n 7) 671.

vurgulayarak “(...) dava konusu 23.06.2005 onay tarihli 1/5000 ölçekli nazım imar planı yönünden davanın konusuz kaldığından söz edilebilmesi için sonradan yürürlüğe giren 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliği ile davacının ilk plana karşı dava açmaktaki olumsuzlukların düzeltilmesi suretiyle hukuki sonucu elde etmiş olması gerekmektedir” şeklinde karar vermiştir²¹.

C. Bu İçtihadın Uygulanamayacağı Durumlar

Dava konusu imar planını değiştiren ikinci planı ile ilk planın içeriği farklı ise, başka bir deyişle, ilk planda davacının menfaatini etkileyen hususlar ikinci planda giderilmiş ise, bu durumda davayı konusuz bırakma amacının somut olayda bulunmadığı kabul edilmeli ve ikinci plan değerlendirmeye alınmadan yalnızca ilk plan hakkında “karar verilmesine yer olmadığı kararı” verilmelidir. Bu durumda ikinci plan ancak ayrı bir davaya konu olması halinde mahkemelerce değerlendirilmelidir. Nitekim Danıştay 6. Dairesi bir kararında, dava devam ederken imar planında değişiklik yapılarak eski plandan farklı bir kullanım amacı öngörülen plan değişikliğinin de inceleme konusu yapılmasını hukuka aykırı bulmuş ve ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur²².

Dava konusu imar planını değiştiren yeni planda derdest davaya konu edilen hukuka aykırılıklar dışında başka hukuka aykırılıkların bulunması yahut davacının ilk davadaki menfaati dışında farklı bir menfaatini ihlal eden bir hukuka aykırılığa yer verilmesi halinde de, ikinci işlemin ilk işlemin devamı olmadığı kabul edilmelidir.

Son olarak, dava devam ederken yürürlüğe giren plan ile dava konusu plan, davacının menfaati açısından aynı içerikte olsa da, ikinci planın yapılmasından önce mevzuatta bir değişiklik yapılmışsa ve ilk plandaki hukuka aykırılıkların aynı şekilde korunması bu kez mevzuata uygun ise, bu durumda da ikinci planın hukuka aykırılığına karar verilemeyecektir. Zira idari işlemlerin hukuka uygunluğu tesis edildikleri tarihte yürürlükte olan hukuka göre değerlendirilir. Dolayısıyla her iki plan aynı içerikte de olsa, ikinci plan öncesinde değişen mevzuatın da yargılamada dikkate alınması gerekir.

D. Mahkeme Kararlarına Yönelik Eleştiriler ve Öneriler

Bu konuda verilen mahkeme kararlarına bakıldığında, dava konusu işlemi değiştiren işlemin, hüküm fıkrasında zikredilmediği ancak kararın metninde tartışıldığı görülmektedir. Mahkemeler, dava konusu işlemi değiştiren işlemin, ilk işlemin devamı niteliğinde olup olmadığı konusunda bilirkişiye başvurmakta; bilirkişiler tarafından yapılan değerlendirmede sonraki işlemin ilk işlemde farklı

²¹ Danıştay 6 D, E. 2009/11739 - K. 2012/1255, 26.03.2012, Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası. Aynı yönde kararlar için bkz Danıştay 6 D, E. 2019/1790 - K. 2020/8112, 23.09.2020, LEXPERA; Danıştay 6 D, E. 2012/5518, YD Kararı (Mustafa Genç, *İmar Hukuku* (Seçkin, 2015) 84’den naklen).

²² Danıştay 6 D, E. 1990/2207 - K. 1992/2198, 14.05.1992 (Cafer Ergen, *İmar Hukuku* (2. bs, Seçkin, 2012) 68’den naklen).

olmadığı ortaya konuyor ise, dava konusu işlemin yürürlükten kalkmadığı ve davanın konusuz kalmadığı ifade edilmektedir. Ancak yukarıdaki kararların sonuç kısmında, iptal kararının yalnızca dava konusu işlem hakkında mı verilmesi gerektiği yoksa yeni tarihli imar planının mı iptal edilmesi gerektiği açıkça ifade olunmamış; yalnızca “dava konusu işlemin iptali” yönünde hüküm tesis edilmiştir.

Yukarıda taleple bağıllık ilkesi başlığı altında, mahkemelerin dava konusu işlem dışında kalan bazı işlemleri de yargılama yaparken değerlendirme konusu yapabildiği ve bu işlemlerin hukuka aykırı olduğunu tespit etmekle birlikte, hüküm fıkrasında yalnızca dava konusu işlemin iptaline karar verdiği ifade edilmişti. İlk bakışta imar planları özelindeki durumun da benzer bir uygulama olduğu, bu nedenle imar planları özelinde ortaya çıkan içtihadın taleple bağıllık ilkesinin bir istisnası olmadığı düşünülebilir. Ancak ilk durumda idari yargı yerleri, dava konusu işlemi önceleyen ve dava konusu işleme dayanak alınan düzenleyici ve birel işlemleri değerlendirmekteyken; imar planları özelinde böyle bir durum söz konusu olmayıp, aksine dava konusu plandan sonra ortaya çıkan ve dava konusu imar planının dayanağı olmayan bir imar planı yargılamaya dahil edilmektedir. Başka bir deyişle, ikinci planın davaya dahil edilmesi, dava konusu planın dayanağı olması sebebiyle değildir. O nedenle, dava konusu işlemin dayanaklarının hukuka uygun olup olmadığının mevcut dava kapsamında değerlendirilmesi, taleple bağıllık ilkesinin bir istisnası olmamakla birlikte; imar planları özelinde geliştirilen bu içtihadın amacı, ikinci planın aslında yeni bir işlem olmayıp ilk planın devamı niteliğinde olup olmadığının tespiti olduğundan, bu konuda verilecek bir iptal kararı ikinci planı da kapsamına almaktadır. Bu yönüyle taleple bağıllık ilkesine istisna teşkil etmektedir.

Verilen iptal kararının ikinci planı da kapsadığı, idari yargı yerlerinin bu içtihadının amacından da anlaşılmalıdır. Zira ilk davada verilecek “karar verilmesine yer olmadığı” kararı üzerine davacı yeni imar planına karşı ayrı bir dava açacağından ve açılan dava sonrasında muhtemel bir plan değişikliğiyle bu durumun silsile halinde uzaması ihtimalinde, davacının iptal davası yoluyla hakkını koruması mümkün olmayacağından ve aynı konuya ilişkin birden fazla dava açılacağından, mahkemeler usul ekonomisi ve davacının hak arama hürriyetinin korunması amaçlarıyla ve yeni planın dava konusu planın devamı olduğu ve ayrı bir işlem olmadığı gerekçesiyle bu yönde bir içtihat geliştirmiştir.

Dava konusu imar planının yürürlüğünün devam ettiği yönündeki kabul esasen iptal kararının da dava konusu işlem hakkında kurulması gerektiği sonucuna dolaylı olarak götürmektedir. Ancak bu durumda verilecek iptal kararının davalı idareler tarafından uygulanmasında güçlükler yaşanması kuvvetle muhtemeldir. Zira davalı idareler, iptal edilen işlemin zaten yürürlükten kalktığını, halihazırda yeni bir imar planının bulunduğunu ve bu imar planı hakkında verilmiş bir iptal kararı bulunmadığını

iddia edeceklerdir. Bu nedenle, mahkemelerin yeni tarihli imar planını da hüküm fıkrasında zikrederek iptal kararı vermeleri, iptal kararının uygulanabilirliği açısından önem arz etmektedir.

Ayrıca dava konusu işlem her ne kadar esas itibarıyla etkisini yeni işlem üzerinden sürdürmeye devam etse de, dava devam ederken şekli olarak yürürlükten kalktığından, verilen iptal kararının da dava konusu işlemi değiştiren işlem hakkında tesis edilmesi daha doğru olacaktır.

Bu gibi durumlarda davanın ıslahı müessesesine başvurularak dava konusunun güncellenmesi akla gelebilse de, İYUK madde 16/4'te düzenlenen ıslah müessesesi yalnızca tam yargı davalarında tazminat miktarının artırılmasına yönelik bir uygulama alanına sahiptir. Dolayısıyla imar planı değişikliklerinde davanın ıslahı yoluyla yeni planın dava konusu edilmesi mümkün değildir. Nitekim bir Danıştay kararına konu olayda, dava konusu çevre düzeni planı, dava devam ederken değiştirilmiş ve ıslah dilekçesi verilerek yeni planın iptali sonucunu doğuracak şekilde karar verilmesi talep edilmiştir. Ancak Danıştay, bu talebin, 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 4. fıkrasındaki ıslah müessesesi kapsamında olmadığını ve davanın genişletilmesi niteliğinde olduğunu ifade ederek bu istem hakkında karar verilmesinin hukuken olanaklı olmadığına karar vermiştir²³. Danıştay davacı vekilinin bu talebini reddetmekle birlikte, "(...) bilirkişi raporu ve dosya içeriğinden davacının dava açmakla elde etmek istediği hukuki sonuçlara ilişkin bir değişiklik olmamasının belirlenmesi üzerine davaya konu çevre düzeni planlarına yürürlükten kalktığı ve davanın konusuz kaldığından söz edilemeyeceği, işin esasının incelenmesi suretiyle hüküm kurulması gerektiği" sonucuna ulaşarak yeni çevre düzeni planının da uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak yukarıdaki kararlara paralel olarak kararın hüküm fıkrasında, "dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiş, sonraki tarihli çevre düzeni planı hakkında bir hüküm kurulmamıştır.

Sonuç

Gerek birel gerekse düzenleyici işlemler açısından, idari işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi geriye etkili olarak hukuki sonuç doğurmadığından, idari işlemlerin yapıldığı tarihten kaldırıldığı tarihe kadar doğurduğu hukuki sonuçlar ilgililerin menfaatini olumsuz etkilemeye devam edebilir. Ancak dava konusu düzenleyici işlem henüz bir birel işlemle somutlaşmadan davanın devamı sırasında değiştirilmiş ise, bu durumda düzenleyici işleme karşı açılan dava kural olarak konusuz kalacağından, karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

İmar planlarının da birer düzenleyici işlem olduğu hususu göz önünde bulundurularak dava konusu imar planının davaya konu edilme sebebinin, başka bir

²³ Danıştay 6 D, E. 2013/9073 - K. 2020/2277, 24.02.2020, yayımlanmamıştır.

deyişle davacının menfaatini ilgilendiren kullanım kararının, daha sonra tesis edilen ve dava konusu imar planını yürürlükten kaldıran yeni bir imar planı ile değiştirilmesi ve yeni bir kullanım kararı alınması halinde dava sebebi de ortadan kalkacağından, yine benzer şekilde dava konusu imar planı hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

Kural bu yönde olmakla birlikte, imar planları özelinde idari yargı yerleri bu kurala bir istisna getirmiş olup, dava konusu imar planını değiştiren yeni tarihli imar planını da ilk plana karşı açılan iptal davası kapsamında, dava konusu plan ile birlikte incelemekte ve yeni planın hukuka uygun olup olmadığını da değerlendirmektedir. Esasen bu uygulama taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmekle birlikte, idarelerin yargı yolunu işlevsiz bırakma çabalarının önüne geçmek amacıyla idari yargı yerlerince kabul edilmiştir.

Buna göre, dava konusu imar planının, yargılama devam ederken başka bir imar planı ile değiştirilmesi halinde, yeni plan, dava konusu edilen bir önceki plandaki hukuka aykırılıkları aynen taşıyor ise, başka bir deyişle, ikinci plan yalnızca ilk davanın konusuz kalmasını sağlamak amacıyla tesis edilmiş ise, idari yargı mercileri dava devam ederken tesis edilen ikinci planı da mevcut iptal davasına dahil ederek yargılama konusu yapmakta ve iptal kararı verebilmektedir.

Danıştay, her bir imar planını bir bütün olarak bağımsız birer işlem olarak değerlendirmemekte, parsel bazında değerlendirme yaparak ve bir parselin kullanım kararında hiçbir değişiklik getirmeyen yeni tarihli imar planını yeni bir işlem kabul etmeyerek önceki imar planının yürürlüğünün halen devam ettiğini kabul etmektedir.

İdari yargı mercileri, yeni işlem tesis edilmesinin tek amacının mevcut davayı konusuz bırakma olduğunu tespit ederken, ilk işlem ile ikinci işlemin aynı içerikte olup olmadığına bakmaktadır. Dolayısıyla davaya konu ilk işlemdeki hukuka aykırılıklar ikinci işlemde de aynı şekilde yer alıyorsa veya ilk davanın konusu dışında kalan bazı şekli değişiklikler yapılması ile yetinilmiş ise, bu durumda taleple bağlılık ilkesine istisna getirilerek ikinci işlemin de dolaylı olarak iptali yönünde karar verilebilmektedir. Ancak ikinci işlem ile ilk işlemin içeriği farklı ise, başka bir deyişle, ilk işlemde davacının menfaatini etkileyen hususlar ikinci işlemde giderilmiş ise, bu durumda davayı konusuz bırakma amacının somut olayda bulunmadığı kabul edilmeli ve ikinci işlem değerlendirmeye alınmadan yalnızca ilk işlem hakkında “karar verilmesine yer olmadığı kararı” verilmelidir. Ayrıca dava konusu işlemi değiştiren işlemde başka hukuka aykırılıkların bulunması yahut davacının ilk davadaki menfaati dışında farklı bir menfaatini ihlal eden hukuka aykırılığa yer verilmesi halinde de, ikinci işlemin ilk işlemin devam olmadığı kabul edilmelidir.

Mahkemeler, dava konusu işlemi değiştiren işlemin, ilk işlemin devamı niteliğinde olup olmadığı konusunda bilirkişiye başvurmakta; bilirkişiler tarafından yapılan değerlendirmede sonraki işlemin ilk işlemten farklı olmadığı ortaya konuyor ise, dava konusu işlemin yürürlükten kalkmadığı ve davanın konusuz kalmadığı ifade edilmektedir.

Bu konuda verilen mahkeme kararlarına bakıldığında, dava konusu işlemi değiştiren işlemin hüküm fıkrasında zikredilmediği ancak kararın metninde tartışıldığı görülmektedir. Kanaatimizce bu uygulama, verilen iptal kararlarının uygulanabilirliğini zayıflatmaktadır. Zira davalı idareler, iptal edilen işlemin zaten yürürlükten kalktığını, halihazırda yeni bir imar planının bulunduğunu ve bu imar planı hakkında verilmiş bir iptal kararı bulunmadığını iddia edeceklerdir. Bu nedenle, mahkemelerin yeni tarihli imar planını da hüküm fıkrasında zikrederek iptal kararı vermeleri, iptal kararının uygulanabilirliği 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.

Bibliyografya/Bibliography

- Akış E, 'Belediyenin İmar Planını Değiştirmesi ve Hukuki Sonuçları' (1997) 6(4) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 45-51.
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *İdare Hukuku* (3. Bs, Seçkin Yayıncılık, 2012).
- Atay EE, *İdare Hukuku* (4. Bs, Turhan Kitabevi, 2014).
- Boz SS ve Eraslan Y 'İdari Yargılama Usulünde 'Karar Verilmesine Yer Olmadığı' Kararları' (2020) 24(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389-423.
- Bülbül E, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması* (Beta Yayınları, 2010).
- Çağlayan R, 'İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine' (2000) 4(1-2) AÜEHFD 43-58.
- Duran O, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi* (Seçkin, 2020).
- Ergen C, *İmar Hukuku* (2. bs, Seçkin, 2012).
- Gaudemet Y, *Droit Administratif* (20th, LGDJ, Paris, 2012).
- Genç M, *İmar Hukuku* (Seçkin, 2015).
- İlgezdi AR, Sönmez E ve Güçlü C, *İmar Planları ve Davaları* (Seçkin, 2020).
- Karahanoğulları O, *İdari Yargı – İdarenin Hukukla Zorlanması* (Turhan Kitabevi, 2019).
- Meriç N, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin Yayınları, 2011).
- Postacıoğlu İE, Altay S, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (7. Bs, Vedat Yayıncılık, 2015).
- Tan T, *İdari İşlemin Geri Alınması* (Sevinç Matbaası, Ankara, 1970).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I* (Yetkin Yayınları, 2016).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri

Hatice Kübra Ercoşkun Şenol^{*}

Öz

Cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerine ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 510. maddesine göre mirasbırakan, saklı paylı bir mirasçı kendisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlediği takdirde bu mirasçıyı mirasçılıktan çıkarabilir. Yine mirasbırakan, saklı paylı mirasçı kendisine veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmede olduğu takdirde bu mirasçıyı ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak ne söz konusu Kanun maddesinde ne de gerekçesinde, kimlerin mirasbırakanın yakını veya aile üyesi sayıldığı, hangi suçların ağır suç kapsamına girdiği, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Konuya ilişkin yargı kararları birbiriyle çeliştiği gibi öğretide de farklı görüşler vardır. Bununla birlikte günümüzde mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi yönündeki eğilimin giderek güçlendiği gözlenmektedir. Cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerine ilişkin Kanun'da açıkça düzenlenmeyen tartışmalı meselelerde de daima mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişleten yoruma üstünlük tanınmalıdır. Cezai mirasçılıktan çıkarmanın yaratacağı sonuçlar ise Türk Medeni Kanunu'nun 511. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm ve sonuçların doğabilmesi için çıkarma sebebinin tasarrufta belirtilmesi gerekir. Aksi hâlde Türk Medeni Kanunu'nun 512. maddesine göre tasarruf mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir. Yine bu hükme göre mirasçılıktan çıkarma sebebinin varlığının çıkarmadan yararlanan mirasçılar tarafından ispat edilemediği hâllerde de tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir. Fakat mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü yanılma yüzünden yaptığı hâllerde, saklı paylı mirasçı, mirasbırakanın sebep hakkında yanlış olduğunu ispatlayarak tüm miras payını alabilir. Cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin veya bunlara benzer sebeplerin gerek miras hukukunda gerek miras hukuku dışında yarattığı farklı hüküm ve sonuçlar da bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Saklı Pay, Saklı Paylı Mirasçı, Mirasçılıktan Çıkarma, Ağır Suç, İhlal

Reasons For Criminal Disinheritance

Abstract

Article 510 of the Turkish Civil Code outlines the grounds for disinheritance. If an heir with a reserved share commits a grave crime against the legator or one of his relatives, the legator may remove this heir from the inheritance through a disposition mortis causa. Furthermore, if the heir with the reserved share does not fulfill his/her obligations arising from family law against legator or his/her family members substantially, the legator can remove this heir from the inheritance through disposition mortis causa. However, neither the article in question nor its preamble specify who is considered a relative or family member of the legator or which crimes fall within the scope of a serious offense. Moreover, what should be understood from the significant nonfulfillment of the obligations arising from family law is not specified. As the judicial decisions on the subject contradict each other, the views on the doctrine related to the subject are different. However, nowadays, it is observed that the tendency to recognize superiority to the will of the legator is becoming stronger. In the controversy of disinheritance for criminal reasons that are not regulated explicitly in the law, the interpretation that recognizes superiority to the will of the legator should always be given priority. Article 511 of the Turkish Civil Code specifies the repercussions of disinheritance for criminal reasons. The reason for disinheritance must be stated in the

* **Sorumlu Yazar:** Hatice Kübra Ercoşkun Şenol (Doç. Dr.), Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Erzurum, Türkiye. E-posta: kubra.ercoskun@atauni.edu.tr ORCID: 0000-0003-3164-678X

Atf: Ercoşkun Şenol HK, "Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 547. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0009>



disposition mortis causa for these provisions and outcomes to take effect. Otherwise, according to Article 512 of the Turkish Civil Code, the disposition is executed with the exception of the heir's reserved share. Moreover, according to this provision, the disposition mortis causa is carried out other than the reserved share of the heir if the existence of the reason for disinheritance cannot be proven by the heirs benefiting from the disinheritance. However, if the legator makes an error regarding the reason for the disinheritance, the heir with the reserved share can take the entire inheritance share by proving that the legator made a mistake. There are also various provisions and consequences created by the disinheritance for criminal or similar reasons, both within and outside the law of inheritance.

Keywords

Reserved share, Heir with reserved share, Disinheritance, Grave crime, Breach

Extended Summary

This study aims to examine the disinheritance for criminal reasons comprehensively in accordance with the opinions of doctrine and judicial decisions.

According to article 510 of the Turkish Civil Code, for an heir with a reserved share to be disinherited, s/he must either commit a grave crime against the heir or one of his/her relatives, or significantly fail to fulfill his/her obligations arising from family law against the heir or his/her family members.

Since neither the article nor its preamble adequately explains what should be understood from these two conditions, it is necessary to refer to judicial decisions and doctrine on issues such as who should be understood as the relative or family member of the heir, which crimes should be considered grave crimes, and what should be understood as the significant nonfulfillment of obligations arising from family law.

However, there is no consensus on these issues. Considering the legislator's attitude about extending the legator's freedom to disposition, superiority should always be given to the interpretation that facilitates disinheritances in these issues.

We can summarize our conclusions based on this principle as follows.

In cases where both the reserved shared heir and the legator or his/her relatives are equally defective, the validity of the disinheritance should be accepted by giving precedence to the legator's will.

Even if the victim does not know that the heir with a reserved share is a relative or family member of the benefactor, it should be accepted that the heir with a reserved share can be excluded from the inheritance.

The disinheritance should be possible based on the possibility that a reason that has not yet been occurred will occur in the future.

For the disinheritance to have a result, the reason must be stated in the disposition mortis causa. Otherwise, the dispositions are fulfilled except for the reserved share

of the heir. According to Article 6 of the Turkish Civil Code, if a person has been disinherited objects to the disinheritance decision, the proof of the existence of the reason stated in the disposition falls to the heirs who benefit from the disinheritance.

In cases where the existence of the reason cannot be proven, the disposition mortis causa is carried out with the exception of the heir's reserved share. Likewise, if the reason given in the disposition is insufficient, the same outcome should occur. However, in cases where the inheritor makes a mistake about the reason for disinheritance, the heir with the reserved share can obtain the entire inheritance by proving the error.

If the legator, who does not make a new disposition mortis causa, forgives the person s/he disinherited from the inheritance, the heir may obtain his/her reserved share in an action for reduction by proving that the legator has forgiven him/her.

Even if the legator forgives the heir, but removes the heir from the inheritance through a disposition mortal causa, the heir's reserved share is not affected by the disinheritance.

If the legator makes a will or designates the disinherited heir as an heir, it must be determined whether these dispositions constitute a remission of the disinheritance.

It would not be incorrect to assert that disinheritance for criminal or similar reasons produces different results within and outside inheritance law.

Giriş

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 510 - 513. maddeleri (Schweizerisches Zivilgesetzbuch - ZGB Art 477-479) arasında düzenlenen mirasçılıktan çıkarma (mirastan ıskat) (maddi anlamda) ölüme bağlı tasarruflardan biridir. Bu hükümler incelendiğinde saklı pay kurumunun istisnasını teşkil ettiği görülen mirasçılıktan çıkarmanın¹ iki farklı türünün bulunduğu anlaşılmaktadır. Nitekim TMK m 513/1'de mirasbırakanın hakkında borç ödemededen aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabileceği, ancak bu yarıyı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesinin şart olduğu hükme bağlanmıştır. Mirasçılıktan çıkarmanın bu türü, mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarını koruma amacıyla getirildiğinden koruyucu mirasçılıktan çıkarma olarak adlandırılır². TMK m 510'da ise saklı paylı mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlediği ya da mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmedeği hâllerde mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabileceği hükme bağlanmıştır. Bu tür mirasçılıktan çıkarma ise çıkarılan kişinin cezalandırılması amacı güdüldüğünden³, cezalandırıcı veya kısaca cezai mirasçılıktan çıkarma olarak adlandırılır⁴.

Bu çalışmanın konusunu cezai mirasçılıktan çıkarma sebepleri oluşturmaktadır. Bu sebepler TMK m 510'da kısaca belirtilmiş ve madde gerekçesinde bile bu sebepler hakkında yeterli açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle kimlerin mirasbırakanın yakını veya aile üyesi sayıldığı, hangi suçların ağır suç kapsamına girdiği ve aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesinden ne anlaşılması gerektiği gibi meselelerde yargı kararlarına ve öğretiyeye başvurmak gerekir. Ancak bu meselelerle ilgili birbiriyle çelişen birçok yargı kararı bulunduğu gibi, öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır. Çalışmada öncelikle bu meselelerin çözümünde benimsenmesi gereken esasın ne olduğuna değinilecek ve daha sonra cezai mirasçılıktan çıkarma sebepleri ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹ Peter Breitschmid und andere, *Erbrecht* (Schulthess 2010) 43.

² Birçok yazar için: Nüşin Ayiter ve Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (2. Bası, Savaş 1991) 180. Öğretide (borç ödemededen) aciz (veya ödeme güçsüzlüğü) sebebi ile mirasçılıktan çıkarma (ıskat) terimi de kullanılmaktadır. Birçok yazar için: Köksal Kocaağa, 'Borç Ödemededen Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (MK m. 513)' (2005) 7 (1) DEÜHFD 83, 85.

³ Cezai mirasçılıktan çıkarmanın medeni hukuk cezası niteliğinde olduğu hususunda bkz Peter Weimar, in *Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (hrsg) (Stämpfli 2009) Art 477 ZGB N 3; Aylin Hekim A ve Mikail Bora Kaplan, 'Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması' iç Başak Baysal (ed) *Sorumluluk Hukuku* (On İki Levha 2017) 165, 181-182.

⁴ Birçok yazar için: Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2021) 204. Öğretide olağan, alelade veya adi mirasçılıktan çıkarma (ıskat) terimleri de kullanılmaktadır. Birçok yazar için (sırasıyla): Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası, İÜHF Yayınları 1985) 281; İlhan Öztürk, *Miras Hukuku* (Ankara 1968) 65; Rıza Çubukçil, 'Mirastan Adi İskatin Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) 7 (3) AÜHFD 441, 441.

I. Saklı Pay Kurumu ve Mirasbırakanın Tasarruf Özgürlüğü

Mirasbırakanın terekesi üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olan mirasçılar, mirasçı olmalarının temelinde yatan sebebe göre yasal (kanuni) ve atanmış (iradi, mansup) mirasçı olarak ikiye ayrılır⁵. Yasa gereği mirasçı olan kişiler (TMK m 495-501) arasında daha dar bir grubu oluşturan saklı paylı mirasçılar, mirasbırakanın alt soyu, ana - babası ve eşinden ibarettir. Bunların saklı payları da tüm miras paylarından değil, miras paylarının sadece belirli bir bölümünden ibarettir (TMK m 506).

Türk - İsviçre hukuk sisteminin de içerisinde bulunduğu birçok Kara Avrupası hukuk sisteminde saklı paylar, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarına (ve istisnai olarak bazı sağlararası işlemlerine) karşı kural olarak korunmuştur⁶. Anglosakson hukuk sisteminde ise mirasbırakanın işlem özgürlüğüne getirilmiş böyle bir sınırlama bulunmamaktadır⁷. Bir ülkenin ekonomik durumu ve sosyal güvenlik sistemi, kişileri ailesinden gelecek olan mirasa muhtaç bırakmıyorsa mirasbırakanın işlemlerinde tamamen özgür bırakılmasının önemli bir sorun teşkil etmediği, ancak bu özelliklere tam olarak sahip olmayan ülkemizde saklı payların mirasbırakanın işlemlerine karşı korunmasının isabetli olduğu belirtilmektedir⁸. Saklı pay kurumunun kabul edilmesinin temelinde aile kurumuna olan bakış açısının bulunduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Mirasbırakanla saklı paylı mirasçıları arasında çok yakın ve kopmaz aile bağlarının olması gerektiği genel olarak kabul edildiğinden, kanun koyucunun saklı paylı mirasçıların mirasbırakanın terekesinden belirli bir pay almalarını hükme bağlamış olması şaşırtıcı değildir⁹.

Saklı pay kurumunun kabulü haklı gerekçelere dayansa da, bu gerekçelerin günümüzde eski önemini kaybettiği ve bundan sonra da kaybetmeye devam edeceği açıktır. Nitekim sosyal güvenlik sistemi gün geçtikçe gelişmektedir. Ayrıca mal rejimine ilişkin yeni düzenlemeler de sağ kalan eşin, saklı paya duyduğu ihtiyacı oldukça azaltmıştır. Yine bireysellik ön plana çıktıkça aile bireyleri arasındaki dayanışma da eski önemini büyük ölçüde yitirmiştir¹⁰. Bu durumu nazara alan kanun koyucu da, saklı paylı mirasçıların sayısını ve bunların saklı pay oranlarını

⁵ Breitschmid und andere (n 1) 17.

⁶ Saklı paylar, mirasbırakanın bazı işlemlerine karşı korunmuş olsa da, bu koruma da kendiliğinden gerçekleşmez. Saklı paylı mirasçının, mirasbırakanın saklı payını ihlal eden işlemlerine karşı tenkis davası açması gerekir. Mirasbırakanın saklı payı ihlal eden bir işlemi, bu dava sonunda mahkemenin vereceği yenilik doğurucu nitelikteki hükümlerle saklı payı ihlal ettiği ölçüde mirasın açıldığı andan itibaren geçersiz hâle gelir. Roland Fankhauser, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457 - 640 ZGB*, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 522 ZGB N 5; Yannick Minnig, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art 522 ZGB N 7.

⁷ Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (9. Bası, Bilge 2015) 300.

⁸ Dural ve Öz (n 4) 237.

⁹ Ayrıca bkz Peter Tuor und andere *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Auflage, Schulthess 2010) 648, 668; Breitschmid und andere (n 1) 33; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2019) 143.

¹⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz Rona Serozan, 'Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri' Meliha Sermin (çev) (2015) 73 (1) İÜHFİM 531, 536 vd.

bugüne dek hep azaltma yönünde bir tavır sergilemiştir. Cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerine ilişkin olarak Kanun'da açıkça düzenlenmeyen tartışmalı meselelerde kanun koyucunun bu tavrı gözden kaçırılmamalı ve daima mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişleten, dolayısıyla mirasçılıktan çıkarmayı kolaylaştıran yoruma üstünlük tanınmalıdır¹¹.

II. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Kavramı

Cezai mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın Kanun'da belirtilen sebeplere dayanarak yapmış olduğu tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf ile saklı paylı bir mirasçısının saklı payını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmasıdır¹². Daha önce de değinildiği üzere, saklı pay kurumunun getirilmesinin sebebi, mirasbırakanla saklı paylı mirasçılar arasındaki çok yakın ve kopmaz aile bağlarının olduğunun kabul edilmesidir. Bu bağların saklı paylı mirasçının belirli ağırlıktaki davranışları nedeniyle koştığı hâllerde, mirasbırakanın arzusunun da bu yönde olduğu anlaşılıyorsa bu mirasçının saklı payına ilişkin korumadan yararlandırılması makul olmaz¹³.

Cezai mirasçılıktan çıkarmadan söz edebilmek için, saklı paylı bir mirasçının mirasbırakan tarafından saklı payından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması gerekir. Gerçi Kanun'da cezai mirasçılıktan çıkarmanın saklı payın belirli bir kısmına ilişkin olarak yapılabileceğine dair açık bir düzenle bulunmamaktadır. Ancak çoğun içinde az da vardır ilkesi gereği, bu tür bir işlemin de yapılabileceği açıktır¹⁴. Kısmi çıkarmanın söz konusu olduğu hâllerde, çıkarma konusu olan kısım tasarruftan anlaşılabilir¹⁵.

Cezai mirasçılıktan çıkarmada saklı paylı bir mirasçının mirasbırakan tarafından saklı payından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması gerektiğinden, saklı paylı olmayan bir mirasçının miras payından yoksun bırakılması diğer bir deyişle mirasçı olamayacağının belirtilmesi veya miras payı üzerinde tasarrufta bulunulması

¹¹ Tongsir, kardeşlerin de saklı paylı mirasçı olarak kabul edildikleri Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemde kaleme aldığı eserinde, kardeşlerin saklı paylı mirasçı olmadıklarının kabul edilmesiyle mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi ihtiyacının karşılanabileceğini, ayrıca mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin genişletilmesine gerek olmadığını savunmuştur. Ferih Bedii Tongsir, 'Mirastan İskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler' (1958) 2 (2) İÜMHAD 249, 251 vd. Yağcı ise cezai mirasçılıktan çıkarmanın doğrudan tasarruf özgürlüğünü genişleten bir araç olarak görülmesinin doğru olmadığını ileri sürmektedir. Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)* (On İki Levha 2013) 19, 46 vd.

¹² Benzeri tanımlar için bkz Breitschmid und andere (n 1) 43; Yağcı (n 11) 13; Tongsir (n 11) 249.

¹³ Breitschmid und andere (n 1) 44; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1978) 306; Tahir Çağa, 'Medeni Kanunumuzun Mahfuz Hisse Sistemi ve Mahfuz Hissenin Şartları' (1949) 15 (4) İÜHF 1021, 1106.

¹⁴ Yargıtay 3 HD, 3523/4550, 04.04.2017. Birçok yazar içinden: Tongsir (n 11) 253. Mirasçılıktan çıkarmanın kısmen yapılamayacağı görüşünde: Klaus Bürgi, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art 477 ZGB N 4; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 17; O Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (Alkım 1999) 54; Şakir Berki, *Miras Hukuku* (AÜHF Yayınları 1975) 43-44. Son yazara göre kısmi çıkarma hâlinde çıkarılanın mirasçılık sıfatı devam ettiğinden ceza tahakkuk etmiş sayılmaz. Buna karşılık affin kısmen yapılabilmesi mümkündür. Zira kısmi afta mirasçılık sıfatı rücu edeceğinden aff sonuçsuz kalmaz.

¹⁵ Oğuz Ersöz, 'Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma' (2019) 7 (14) UMD 195 233; Yağcı (n 11) 319.

cezai mirasçılıktan çıkarma niteliğinde olmayıp, sadece mirasçılıktan uzaklaştırma niteliğindedir¹⁶. Yine saklı paylı mirasçının sadece saklı payı ile yetinmesine neden olan bir tasarruf da cezai mirasçılıktan çıkarma niteliğinde değildir¹⁷. Mirasbırakan bu tür işlemleri mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin bulunmasına gerek olmadan ve hatta herhangi bir sebep göstermeden yapmaya yetkilidir¹⁸.

Cezai mirasçılıktan çıkarma sebebi mevcut olsa da, mirasçılıktan çıkarmanın gerçekleşebilmesi için mirasbırakanın bu yönde bir irade açıklamasında bulunması gerekir. Tek taraflı bir işlem söz konusu olduğundan, bu irade bir vasiyetname ile açıklanmalıdır. Ancak cezai mirasçılıktan çıkarmanın bir miras sözleşmesi ile yapılmasının önünde bir engel olmadığı da haklı olarak ileri sürülmektedir. Bu durumda cezai mirasçılıktan çıkarma miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dâhil değildir. Diğer bir deyişle mirasbırakanın bu tasarrufu sanki bir vasiyetname ile yapmış gibi her zaman geri alabilir¹⁹.

Cezai mirasçılıktan çıkarmanın bir miras sözleşmesi ile yapılmasının önünde herhangi bir engel olmasa da, mirasbırakan ile saklı paylı bir mirasçı arasında bu mirasçının ileride mirasçı sıfatını haiz olmasını engelleyen bir miras sözleşmesinin yapıldığı hâllerde, akla ilk olarak mirastan feragat sözleşmesinin geleceği de açıktır²⁰. Bu tür sözleşmelerde tarafların mirastan feragat veya mirasçılıktan çıkarma şeklindeki nitelendirmelerinden ziyade, gerçekte neyi arzu etmiş olduklarına bakmak gerekir²¹. Mirasbırakanın başka bir kişiyle yaptığı sözleşmede ise mirasçılıktan çıkarmayı tek taraflı bir irade açıklamasıyla geri alma hakkından da vazgeçmesinin ahlaka aykırı olduğu ve bu nedenle tasarrufun TMK m 557 b 3'e göre iptal edilebilir nitelikte olduğu söylenebilir²².

¹⁶ M Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1978) 252; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 306; Köprülü (n 4) 280. Ayrıca bkz Tuor und andere (n 9) 669; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 2; Yargıtay 3 HD, 7692/4540, 04.04.2017. Karş Ahmet M Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 173-175. Kılıçoğlu'na göre her ne kadar mirasçılıktan çıkarma saklı paylı mirasçılar için getirilen bir düzenleme gibi görünse de saklı paylı olmayan mirasçılar için de mirasçılıktan çıkarma olanaklıdır. Kanun koyucunun saklı paylı olmayan mirasçılar için bu kurumu öngörmemiş olması mantıklı değildir. Mirasbırakan, saklı paylı olmayan mirasçılar için sebep göstermeksizin mirasçılıktan çıkarmaya yönelik bir tasarruf yapabilir.

¹⁷ Tuor und andere (n 9) 669; Hüseyin Avni Göktürk, *Miras Hukuku* (Siyasi Bilgiler Okulu Neşriyatı 1937) 58; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (7. Bası, Der 2010) 232. Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 2.

¹⁸ Rona Serozan (ve Baki İlkey Engin), *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (6. Bası, Seçkin 2019) 399; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt - I* (On İki Levha 2018) 250-251.

¹⁹ Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (9. Bası, Seçkin 2016) 185; Dural ve Öz (n 4) 205. Ayrıca bkz İmre ve Erman (n 17) 237. Ayrıca bkz ve Karş Yağcı (n 11) 408-409.

²⁰ Ayrıca bkz Breitschmid und andere (n 1) 45; Esat Şener, 'Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller' (1976) 2 (2) YD 81, 82; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 307-308; İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 360; Yağcı (n 11) 409. Miras sözleşmesinin diğer tarafını mirasçılıktan çıkarılacak kişi oluşturuyorsa bu sözleşmenin ivazsız mirastan feragat sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabul edilebileceği görüşünde: Antalya, *Feragat* (n 14) 55. Ayrıca bkz Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 3. Ayrıca bkz ve Karş Fikret Güvenç, 'Mirastan Iskata Karşı Açılacak Davanın Niteliği ve Bu Davadaki İspat Yükü' (1987) 61 (10-11-12) İBD 669, 669-670.

²¹ Mirasbırakanın saklı paylı mirasçısıyla yaptığı miras sözleşmesine bu mirasçının mirasçılık sıfatının sona ermesine ilişkin koyacağı hükmün, mirastan feragat mi yoksa mirasçılıktan çıkarma mı olduğunun ölüme bağlı işlemin yorumlanmasına göre belirleneceği görüşünde: Çabri (n 18) 253.

²² Ayrıca bkz ve Karş Yağcı (n 11) 415-416. Karş Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 3; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 307.

Tüm bu açıklamalara göre cezai mirasçılıktan çıkarmanın vasiyetname veya en azından miras sözleşmesi şeklindeki bir ölüme bağlı bir tasarruftan anlaşılması gerektiği söylenebilir. Ancak Yargıtay, 7 Aralık 1955 tarih ve 11/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, evlat edinen tarafından evlatlığın kaldırılmasına ilişkin olarak açtığı davada, dava dilekçesinin cezai mirasçılıktan çıkarmaya yönelik bir tasarruf olarak kabul edileceğini ifade etmiştir. Bu karar öğretide haklı olarak eleştirilmekte ve vasiyetname veya miras sözleşmesi şekline uygun olmaksızın yapılan bir irade beyanı ile mirasçılıktan çıkarma yapılamayacağı belirtilmektedir²³. Ancak mirasbırakanın dava dilekçesi, el yazılı vasiyetname için aranan şekli koşullara²⁴ uygun olarak yapılmışsa ve mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin iradesini içeriyorsa bu dava dilekçesini aynı zamanda mirasçılıktan çıkarmaya yönelik bir tasarruf olarak nitelendirmek mümkündür.

III. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri

Cezai mirasçılıktan sebepleri TMK m 510'da iki bent hâlinde sayılmıştır. Buna göre saklı paylı bir mirasçının²⁵ mirasçılıktan çıkarılabilmesi için ya mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi ya da mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi gerekir. Burada sınırlı bir sayım yapıldığından²⁶, yorum yoluyla bu sebepler arasına yeni sebeplerin eklenmesi mümkün değildir. Ancak söz konusu sebeplerin oldukça geniş ve esnek nitelikte oldukları da açıktır²⁷.

A. Saklı Paylı Mirasçının Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Yakınlarından Birine Karşı Ağır Bir Suç İşlemesi (TMK m 510 b 1)

Mirasbırakanın saklı paylı bir mirasçısını TMK m 510'un ilk bendine göre mirasçılıktan çıkarabilmesi için, bu mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi gerekir. Ancak bu hükümde ne mirasbırakanın yakınlarından ne de ağır suçtan ne anlaşılması gerektiği açıklanmış, hâkime oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır²⁸.

²³ Ersöz (n 15) 231. Ayrıca bkz Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 308; Şakir Berki, *Miras* (n 14) 43.

²⁴ TMK m 538'e göre el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur.

²⁵ Sebep birkaç mirasçı hakkında ise bunların tümünün veya sadece bazılarının mirasçılıktan çıkarılabileceği görüşünde: Ali Himmet Berki, *Miras ve Tabikat* (3. Bası, Yargıçoğlu Matbaası 1968) 209; Samim Gönensay ve Kemalleddin Birsen, *Miras Hukuku* (2. Bası, İÜHF Yayınları 1963):61; Yağcı (n 11) 95. Henüz saklı paylı mirasçı olmayıp da ileride saklı paylı mirasçı olabilecek bir mirasçının da mirasçılıktan çıkarılabileceği görüşünde: Serozan (ve Engin) (n 18) 403. Yargıtay ise mirasbırakanın hem çocuğunu hem de bu çocuktan olma torununu mirasçılıktan çıkardığı ve mirasbırakanın ölümünde bunların ikisinin de hayatta olduğu bir olayda, toruna ilişkin mirasçılıktan çıkarmaya yönelik tasarrufun, torun saklı paylı mirasçı sıfatını taşımadığından iptal edilebileceğine hükmetmiştir. Yargıtay 2 HD, 3734/13172, 02.07.2009. Bu karar öğretide haklı olarak aşırı kavramcı ve şekilsel bulunmaktadır. Serozan (ve Engin) (n 18) 403.

²⁶ Gönensay ve Birsen (n 25) 61; İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 361; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 175; Ayrıca bkz ve karşı Esat Şener, 'Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller' (1976) 2 (3) YD 101, 102.

²⁷ İmre ve Erman (n 17) 236, 291; Köprülü (n 4) 353-354; Tongsir (n 11) 252.

²⁸ Şenocak Z, 'Cezai İskat ve Cezai İskatın Hükümleri' iç Yaşar Karayalçın (ed) *Prof Dr Ali Bozer'e Armağan*, (BTHAE Yayınları 1998) 421, 421-422; Oğuzman (n 16) 254; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 309, 311.

1. Saklı Paylı Mirasçının Ağır Bir Suç İşlemesi

a. Suç Kavramı

Ağır suçtan ne anlaşılması gerektiğini izah edebilmek için, ilk olarak suç kavramı ele alınmalıdır²⁹. Suç, ceza hukukuna ilişkin bir kavramdır ve mirasbırakana veya yakınlarından birine karşı gerçekleştirilen fiilin suç teşkil edip etmediği ceza hukuku kurallarına göre belirlenmelidir³⁰.

Mirasbırakanın TMK m 510 b 1 kapsamında mirasçılıktan çıkarma işlemini yapabilmesi için, mirasçının işlediği fiilin her şeyden önce ceza hukuku anlamında bir suç olması gerekir. Bu nedenle kabahatler mirasçılıktan çıkarma sebebi olamaz³¹. Ancak öğretilerde kabahatlerin de mirasçılıktan çıkarma sebebi olabileceği yönünde bir görüş ileri sürülmektedir³². Kanun'da açıkça suç terimine yer verildiğinden, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ancak bu görüşün ileri sürüldüğü dönemde, mirasbırakanın çok sevdiği bir hayvanına yönelik mala zarar verme suçu kapsamına girmeyen saldırılar, yalnızca kabahat teşkil ettiğinden, mirasbırakanın ne kadar incinmiş olursa olsun faili mirasçılıktan çıkaramayacak olması haklı olarak adil bulunmuyordu³³. Neyse ki anılan türde saldırılar, Hayvanları Koruma Kanunu'nda

²⁹ Mülga Türk Kanunu Medenisi'nde mirasbırakana veya yakınlarından birine karşı "ağır bir "cürüm" işleyen saklı paylı mirasçının mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile mirasçılıktan çıkarılabileceği hükme bağlanmıştı (m 457 b 1). ZGB'de de 26 Haziran 1998 tarihli değişiklikten önce kullanılan "ağır cürüm" (schwere Verbrechen) kavramının yerini "ağır suç" kavramı almıştır. Tuor und andere (n 9) 669 fn 82. Kanun koyucunun ZGB'de en başta "ağır cürüm" kavramını tercih etmesinin nedeni olarak, ZGB'nin hazırlandığı dönemde İsviçre Ceza Kanunu Tasarısı'nda suçların cürüm, cünha ve kabahat olarak üçe ayrılmasından vazgeçilerek, cürüm ve kabahat şeklindeki ikili ayrımın benimsenmesi gösterilmektedir. Çubukçil, 'Adi İskat' (n 4) 449. Ancak yürürlükteki İsviçre Ceza Kanunu'nda suçlar cürüm, cünha ve kabahat olarak üçe ayrılmaktadır. ZGB'de "ağır suçların" mirasçılıktan çıkarma sebebi olacağı belirtildiğinden, hem cürüm ve cünhaların hem de kabahatlerin ağır olmak koşuluyla mirasçılıktan çıkarma için yeterli olabileceği söylenebilir de, öğretilerde ve uygulamada cürüm ve cünhanın suçu ifade ettiği ileri sürülmekte (Breitschmid und andere (n 1) 45; Tuor und andere (n 9) 669 ve burada belirtilen karar; Christoph Wildisen, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457 - 640 ZGB*, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 477 ZGB N 3) ve kabahatlerin mirasçılıktan çıkarma sebebi olamayacağı savunulmaktadır (Breitschmid und andere (n 1) 45).

TMK'da "ağır cürüm" yerine "ağır suç" ifadesinin kullanılmasıyla mirasçılıktan çıkarmanın uygulama alanının genişlediği görüşünde: Hasan İşgözar, *Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler* (Yetkin 2003) 37. Kanaatimizce TMK'daki bu ifade değişikliği, hükmün uygulama alanında herhangi bir değişikliğe neden olmamıştır. Zira Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemdeki Mülga Türk Ceza Kanunu'nda suçlar, cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmaktaydı; cünha olarak adlandırılan ayrı bir suç türü ise mevcut değildi. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda ise kabahatler suç olmaktan çıkarılmış ve cürüm teriminin kullanılmasından vazgeçilmiştir. M Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Bası, Adalet 2019) 257, 258. Buna göre TMK'da, 510. maddenin gerekçesine göre ZGB nazara alınarak yapıldığı belirtilen değişikliğin, yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk ceza hukuku terminolojisi ile uyum sağlamaktan başka bir işlev görmediği söylenebilir.

³⁰ Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 5; Nur Çakın, 'Türk Hukukunda Mirastan İskat İle İlgili Problemler' (1974) (3) ABD 523, 525; Ayan (n 19) 186.

³¹ Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 177; Köprülü (n 4) 282; İmre ve Erman (n 17) 234. Kabahatlerin bir suç türü olduğu İsviçre hukukunda bu görüşte: Breitschmid und andere (n 1) 45.

³² Kocayusufoşaoğlu (n 13) 309-310. Açıkça ifade etmemiş olmakla birlikte bu görüşte olduğu anlaşılan yazar: O Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu C III, Miras Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2019) 255. Kocayusufoşaoğlu'nun bu görüşü ileri sürdüğü dönemde kabahatlerin de bir suç türü olduğu kabul edilse de (Mülga Türk Ceza Kanunu m 1/2), Mülga Türk Kanunu Medenisi'nde yalnızca ağır cürümlerin mirasçılıktan çıkarma sebebi olduğu hükme bağlanmıştı.

³³ Kocayusufoşaoğlu (n 13) 310.

yapılan değişiklik ile suç olarak nitelendirilmiş³⁴ ve bu sayede failin mirasçılıktan çıkarılabilmesi imkânı doğmuştur.

aa) Suçun Unsurları

Öğretide daha farklı sınıflandırmalar yapılmakla birlikte, suçun tipiklik, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık şeklinde dört unsuru bulunmaktadır³⁵.

aaa) Tipiklik

Tipiklik, suçun kanuni tanımıdır. Kanunilik ilkesi gereği bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, işlendiği tarihten önce şekli anlamda bir kanunla suç olarak tanımlanması gerekir³⁶. Bu çerçevede mirasçının mirasbırakana veya yakınına karşı işlediği fiilin, işlendiği tarihten önce şekli anlamda bir kanunla suç olarak tanımlanması gerekir.

bbb) Maddi Unsur

Suçun maddi unsurları fiil, netice, nedensellik bağı, konu, fail ve mağdurdur³⁷. Kural olarak failin cezalandırılabilmesi için kanuni tanımdaki fiil ve/veya neticenin tamamlanmış olması gerekir. Ancak TCK m 35/1'de kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı hâllerde teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır. Bu genel hüküm nedeniyle fail, fiilini tamamlayamadığı ve/veya neticeyi meydana getiremediği durumlarda da söz konusu suçtan cezalandırılır. Bu nedenle mirasçının mirasbırakana veya yakınlarından birine karşı suç işlemesi kadar, suç işlemeye teşebbüs etmesi de mirasçılıktan çıkarılması için yeterlidir³⁸.

³⁴ 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dan önce mala zarar verme suçuna ilişkin TCK m 151/2'de haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hâle getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişinin mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bunların dışında kalan hayvanlara yönelik saldırılar ise Hayvanları Koruma Kanunu'na göre sadece kabahat teşkil ediyordu. Ancak 7332 sayılı Kanunla hem TCK m 151/2 ilga edilmiş hem de Hayvanları Koruma Kanunu'na eklenen "Adli cezalar" başlıklı madde (28 A) ile hayvanlara yönelik mala zarar verme suçu kapsamına girmeyen birçok saldırı da suç kapsamına alınmıştır. Anılan Hüküm: "Nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvanı öldüren kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası; bir hayvan neslini yok eden kişi beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

12 nci maddede kapsamındaki hayvan kesimleri ile 13 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususlar dışında bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldüren kişi altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Hayvanlara cinsel saldırıda bulunan veya tecavüz eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve yüz gündün az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.

14 üncü maddenin birinci fıkrasının (m) bendinde düzenlenen yasağa aykırı davranmak suretiyle bir ev hayvanına veya evcil hayvana işkence eden veya acımasız ve zalimce muamelede bulunan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

11 inci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi saklı kalmak üzere, hayvanları dövüştüren kişi üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

..." şeklindedir.

³⁵ Suç unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Artuk ve diğerleri (n 29) 260 vd.

³⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2018) 57, 108; Artuk ve diğerleri (n 29) 285 vd.

³⁷ Koca ve Üzülmöz (n 36) 114 vd.

³⁸ Breitschmid und andere (n 1) 45; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 5; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 3. Bu yönde: BGE 73 II 208.

Kişinin en azından teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılabilmesi için suçun icra hareketlerine başlaması gerekir. Suç işleme kararının veya düşüncesinin varlığı ile hazırlık hareketlerinin gerçekleştirilmesi, suçun varlığını kabul için yeterli değildir. Bu nedenle sadece suç işleme kararının veya düşüncesinin varlığı ile hazırlık hareketlerinin gerçekleştirilmesi, mirasçılıktan çıkarma için de yeterli olmaz³⁹.

İşlenemez suç, failin kendi tasavvuruna göre suçun icra hareketlerine başladığı, ancak suçun işlenebilmesinin konuda imkânsızlık ya da araçta elverişsizlik gibi fiilin elverişliliğini ortadan kaldıran bir sebeple imkânsız olduğu hâlleri ifade eder. Bu durumda failin suç işleme iradesini açıkça ortaya koyduğu, fakat irade ettiği suçun işlenmesinin objektif olarak imkânsız olduğu bir hâl söz konusudur. TCK'da işlenemez suç hâlinde faile ceza verilmesi ya da güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmemiştir⁴⁰. Bu hâllerde mirasçı, ceza hukuku kurallarına göre cezalandırılmayacak olsa da, medeni hukuk kurallarına göre cezalandırılabilmesinin diğer bir deyişle mirasçılıktan çıkarılabilmesinin mümkün olduğu kabul edilebilir. Örneğin, mirasçının dolu olduğunu düşündüğü tabancayı mirasbırakana doğrultarak tetiğe bastığı, ancak silah boş olduğu için suçu işleyemediği bir olayda mirasçı, mirasçılıktan çıkarılabilir. Zira bu fiilin TMK m 510 b 2 çerçevesinde aile hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırı olduğu açıktır⁴¹.

Mirasçılıktan çıkarılmak istenen kişinin suçu tek başına işlemesi veya bu suçun doğrudan faili olması şart değildir. Suçu başka bir kişiyle birlikte işlemesi ya da suçun işlenmesinde bir başka kişiyi araç olarak kullanması da mirasçılıktan çıkarılabilmesi için yeterlidir (TCK m 37)⁴². Yine mirasçının bir başka kişiyi suç işlemeye azmettirmesi (TCK m 38) veya suçun işlenmesine yardım etmesi (TCK m 39) de mirasçılıktan çıkarılabilmesi için yeterlidir⁴³.

ccc) Manevi Unsur

Suçun manevi unsuruyla ifade edilmek istenen, suçun kasten veya taksirle işlenmiş olmasıdır⁴⁴. Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır (TCK m 21/1 c 1), taksirle işlenen fiiller ise kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır (TCK m 22/1). Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m 21/1 c 2). Taksir ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK m 22/2).

³⁹ Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 447; Yağcı (n 11) 124-125.

⁴⁰ Artuk ve diğerleri (n 29) 718 vd; Koca ve Üzülmez (n 36) 428.

⁴¹ Ağır suç olarak nitelendirilemeyen bir fiilin, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali niteliğinde olabileceği görüşünde: Tuor und andere (n 9) 669.

⁴² Yağcı (n 11) 102-103, 124 dn 89; Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 448. Ayrıca bkz Breitschmid und andere (n 1) 45; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 3; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 5.

⁴³ Breitschmid und andere (n 1) 45; Weimar, *BK* (n 3) 477 ZGB N 5; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 3.

⁴⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, (15 Bası, Seçkin 2019) 242.

Öğretide mirasbırakanın mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilmesi için, suçun kasten işlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁵. Ancak TMK'da suçun kasten işlenmesi gerektiği belirtilmediğinden, kanaatimizce taksirle işlenen fiiller de suç olarak tanımlandığı ve ağır bir suç olarak nitelendirilebileceği sürece mirasçılıktan çıkarmaya sebep olabilir⁴⁶. Özellikle TCK m.22/3'de düzenlenen bilinçli taksir hâlinde fail, istemediği neticeyi sübjektif olarak öngörerek meydana getirdiği için, bilinçli taksirle işlenen suçların haksızlık içeriği, failin neticeyi sübjektif olarak öngöremediği basit taksirle işlenen suçlara göre daha fazladır⁴⁷. Bu yüzden bilinçli taksirle işlenen suçların ağır suç sayılarak mirasçılıktan çıkarmaya sebep olması yüksek bir ihtimaldir. Ancak basit taksirle işlenen suçların ağır suç olarak nitelendirilmesi oldukça güçtür.

ddd) Hukuka Aykırılık

Suçun unsurlarından biri de hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, suçun olumsuz unsuru olarak kabul edilir ve etkisini hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılan sebeplerin, fiilin hukuken meşru sayılmasına neden olması şeklinde gösterir⁴⁸. Bu çerçevede kanun hükmünü yerine getirme (TCK m 24), meşru savunma (TCK m 25/1), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m 26) hukuka uygunluk sebepleridir⁴⁹. Gerçi amirin emrini yerine getirme ile zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi mi yoksa kusurluluğu etkileyen bir sebep mi olduğu tartışmalıdır⁵⁰. Ancak bu tartışma mirasçılıktan çıkarma bakımından sadece teorik bir önem taşımaktadır⁵¹. Zira bu hâllerin hukuka uygunluk sebeplerinden olduğu kabul edilirse mirasbırakana veya yakınına yönelik fiili suç teşkil etmediğinden fail, TMK m 510 b 1 kapsamında mirasçılıktan çıkarılamaz. Ancak bu hâllerin kusurluluğu etkileyen nedenlerden olduğu kabul edildiği için fiilin de bir suç teşkil ettiği kabul edilse bile, bu kez fail kusurlu olmadığından, TMK m 510 b 1 kapsamında mirasçılıktan çıkarılamaz.

⁴⁵ Şakir Berki, *Miras* (n 14) 42; Dural ve Öz (n 4) 206-207; Kılıçoğlu, *Miras* (n 16) 178; Çabri (n 18) 257.

⁴⁶ Utku Baydar, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE 2005) 26-27; Yağcı, (n 11) 198-199. Ayrıca bkz Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 3. Bağışlamanın ve bağışlama sözünün geri alınması bakımından bu görüşte: Cüneyt Pekmez, 'Bağışlamanın Geri Alınmasında "Ağır Suç" Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 7 (2) CHKD 213, 220-221.

⁴⁷ Koca ve Üzülmöz (n 36) 231 vd.

⁴⁸ Koca ve Üzülmöz (n 36) 265.

⁴⁹ Ersöz (n 15) 218-219.

⁵⁰ Bu hususta bkz Artuk ve diğerleri (n 29) 485 vd.

⁵¹ Ayrıca bkz Yağcı (n 11) 129. Bağışlamanın ve bağışlama sözünün geri alınması bakımından benzer görüşte: Pekmez (n 46) 221-222.

bb) Suça İlişkin Olarak Ceza Hukuku Kurallarının Bağlayıcı Olmadığı Hâller ve Özellikle Kusurluluk

aaa) Kusurluluk

Mirasçının mirasçılıktan çıkarılabilmesi için mirasbırakana veya yakınlarından birine karşı suç teşkil eden fiili kusurlu olarak işlemesi gerekir. Bu fiilin suç teşkil edip etmediği ceza hukuku kurallarına göre tespit edilecek olsa da, kusurun tespiti bakımından hâkimin ceza hukuku kuralları ile bağlı olmayıp, bu husustaki değerlendirmeyi medeni hukuk kurallarına göre yapması gerektiği kabul edilmektedir^{52,53}.

Medeni hukuk kuralları çerçevesinde ayırt etme gücüne sahip olmayan bir mirasçının, mirasbırakana veya yakınına karşı işlediği suç, ağır bir suç olsa bile, bu mirasçının mirasçılıktan çıkarılamayacağı belirtilmelidir⁵⁴. Zira ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, haksız fiillerinden sorumlu değildir. Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği ve bu esnada suç işlendiği hâllerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir⁵⁵. Anılan hükme göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür; ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

Suçun işlenmesinde mirasbırakanın veya yakınının da kusuru varsa birlikte kusur gündeme gelir. Burada ilk olarak, mirasbırakanın veya yakınının kusurunun mirasçının fiili ile sonuç arasındaki illiyet bağıını kestiği veya mirasçının kusurunu ortadan kaldırdığı hâllerde, mirasçının geçerli olarak mirasçılıktan çıkarılamayacağı belirtilmelidir. Ancak mirasbırakanın veya yakınının kusuru bu derece ağır olmamakla birlikte, mirasçınınkinden daha fazla olduğu hâllerde de mirasçılıktan çıkarmaya gidilemez⁵⁶. Mirasçı ile mirasbırakanın veya yakınının eşit kusurlu olduğu hâllerde mirasçılıktan çıkarmaya gidilemeyeceği ileri sürülmekle⁵⁷ birlikte, bu hâllerde

⁵² Kahveci N, 'Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve Türk-İsviçre Hukuku ile Karşılaştırılması' (2013) 8 (Özel Sayı: Prof Dr Aydın Zevkliler'e Armağan) YÜE-D 1483, 1490; Yağcı (n 11) 132-133. Bağışlamanın ve bağışlama sözünün geri alınması bakımından bu görüşte: Pekmez (n 46) 223.

⁵³ Haksız fiile ilişkin TBK m 74 de: "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz." hükmünü içermektedir. Bu hükmün tüm özel hukuk için uygulanabilir olduğu görüşünde: Stephanie Hrubesch-Millauer, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und anrede (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art 540 ZGB N 10. Bu yönde: BGE 125 III 401.

⁵⁴ Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 5; Oğuzman (n 16) 254; Öztan, *Miras* (n 9) 144; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 177. Mirasçının cezai sorumluluğu yoksa mirasçılıktan çıkarılamayacağı, ancak kısmi olarak sorumluluğu bulunuyorsa işlediği ağır suç nedeniyle mirasçılıktan çıkarılıp çıkarılamayacağını hâkimin takdir edeceği görüşünde: Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 453.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 310; Köprülü (n 4) 283 dn 302; Oğuzman (n 16) 254.

⁵⁶ Dural ve Öz (n 4) 207; Öztan, *Miras* (n 9) 154; Ayan (n 19) 188. Bu hususu hâkimin takdir edeceği görüşünde: Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 454.

⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 310; Öztan, *Miras* (n 9) 154; Ayan (n 19) 188. Bu hususun dürüstlük kuralı icabı olduğu görüşünde: Oğuzman (n 16) 254.

mirasbırakanın iradesine üstünlük tanınarak mirasçılıktan çıkarma işleminin geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır⁵⁸. Kanaatimizce bu son görüş, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletilmeye yarayacağından tercih edilmelidir.

bbb) Ceza Hukuku Kurallarının Bağlayıcı Olmadığı Diğer Hâller

Ceza hukukunda suç olduğu kabul edilen bir fiilin, cezai mirasçılıktan çıkarma sebebi olabilmesi için, failin bu suçun cezası ile cezalandırılmış olması şart değildir⁵⁹. Bu nedenle işlenen fiilin suç olma niteliği devam ettiği sürece herhangi bir soruşturmaya veya kovuşturmaya konu edilmemiş olması, mirasçılıktan çıkarma bakımından önem taşımaz. Yine işlenen fiil suç teşkil ettiği hâlde objektif cezalandırma koşulunun gerçekleşmemesi⁶⁰, dava veya ceza zamanaşımının (TCK m 66 vd) geçmesi⁶¹, yapılan kovuşturma sonucunda Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) göre faile ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararın verilmesi (m 223/4)⁶², TCK m 167/1'e göre şahsi cezasızlık sebebinin bulunması⁶³, genel veya özel af nedeniyle yaptırımın uygulanamaması⁶⁴ ya da TCK m 51 uyarınca hapis cezasının ertelenmesi⁶⁵ de mirasçılıktan çıkarma bakımından bir önem taşımaz.

b. Ağır Suç Kavramı

TMK m 510 b 1'de açıkça ifa edilmiş olduğu üzere, bir suçun mirasçılıktan çıkarma sebebi olabilmesi için bu suç, ağır suç niteliğinde olmalıdır. Hükümde ağır suçtan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamış olmakla birlikte hükmün gerekçesinde, hukuk hâkiminin mirasçılıktan çıkarılanın işlediği suçun ağır suç oluşturup oluşturmadığına ceza hukuku kurallarıyla bağlı olmaksızın karar vereceği belirtilmiştir. Öğretide de buradaki ağır kelimesinin ceza hukuku anlamında kullanılmadığı yönünde görüş birliği bulunmaktadır⁶⁶. Buna göre hâkim, suçun ağır olup olmadığını tespit ederken, bu suçun aile bağlarını koparabilecek nitelikte olup olmadığına (objektif koşul) ve somut olayda da bu bağları fiilen koparmış olup olmadığına (sübjektif koşul) bakarak karar vermelidir. Bir suç objektif olarak aile bağlarını koparabilecek nitelikte olmasına

⁵⁸ Çabri (n 18) 258.

⁵⁹ Tuor und andere (n 9) 669; Breitschmid und andere (n 1) 45; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 3. Bu yönde: Antalya 1 BAM, 1262/224, 14.02.2019.

⁶⁰ Bağışlamanın ve bağışlama sözünün geri alınması bakımından aynı görüşte: Pekmez (n 46) 224.

⁶¹ Öztan, *Miras* (n 9) 144, 144-145; Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 448. Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 5; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 3; Yargıtay 3 HD, 3523/4550, 04.04.2017.

⁶² Yağcı (n 11) 130-131.

⁶³ Yağcı (n 11) 215. Bağışlamanın ve bağışlama sözünün geri alınması bakımından bu görüşte: Pekmez (n 46) 224.

⁶⁴ Çabri (n 18) 256-257; Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 448; Şener, 'İskat' (n 20) 88. Ayrıca bkz Samsun 1 BAM, 455/458, 18.05.2017.

⁶⁵ Antalya, *Miras* (n 32) 255; Yağcı (n 11) 131; Çabri (n 18) 256-257.

⁶⁶ Birçok yazar içinden: Tuor und andere (n 9) 669. Birçok karar içinden: Adana 1 BAM, 1052/1146, 06.11.2018.

rağmen, somut olayda koparamamışsa bu suç mirasçılıktan sebebi olamaz⁶⁷. Uzlaşma (CMK m 252 vd) ve hükmün açıklamasının geri bırakılması (CMK m 231 vd) gibi kurumlar sayesinde failin çoğu zaman herhangi bir cezaya mahkûm edilmeyeceği hareket suçu, ceza hukuku anlamında hafif bir suç olarak nitelendirilebilir. Ancak objektif olarak aile bağlarını koparabilecek nitelikte olan hakaret suçunun işlenmesi hâlinde, bu bağlar fiilen de kopmuşsa bu suçun, mirasçılıktan çıkarma bakımından ağır bir suç olarak nitelendirilebileceği söylenebilir.

Yalnızca mirasbırakanın kişilik haklarına yönelik suçlar değil, mirasbırakanın malvarlığına yönelik suçlar da ağır suç niteliğinde olabilir⁶⁸. Mirasçının mirasbırakanın evini veya işyerini yakması, malını çalması ya da güvenini kötüye kullanması bu hususta örnek gösterilebilir.

2. Saklı Paylı Mirasçının Ağır Suçu Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Yakınlarından Birine Karşı İşlemesi

TMK m 510 b 1'e göre cezai mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılabilmesi için saklı paylı mirasçının ağır suçu, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı işlemesi gerekir. Mirasbırakanın yakınlarından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ne hükümde ne de hükmün gerekçesinde bir açıklama bulunmaktadır. Öğretide, mirasbırakanın yakınları kavramının, mirasbırakanla aralarındaki sıkı bağ dolayısıyla onlara karşı işlenen fiilden mirasbırakanın sanki o fiil kendisine karşı işlenmiş gibi etkilendiği kişileri ifade ettiği ileri sürülmektedir⁶⁹. Bunun kapsamına mirasbırakanın eşinin ve evlatlığının yanı sıra, kan ve kayın hısımlarının da girebileceği hususunda hiçbir şüphe bulunmamakla birlikte, mirasbırakanla aralarında aile veya hısımlık bağı bulunmayan kişilerin de onun yakını olarak kabul edilebileceği haklı olarak savunulmaktadır⁷⁰. Bu çerçevede mirasbırakanın sevgilisi, arkadaşı, öğretmeni... vs onun yakını olarak nitelendirilebilir. Ancak aralarında sosyal bir ilişki olmadığı sürece, mirasbırakanın tek taraflı olarak sevdiği kişiler onun yakını olarak nitelendirilemez. Bu çerçevede mirasçının, mirasbırakanın hayranı olduğu ünlü bir siyasetçi, sanatçı veya sporcuya karşı işlediği suç, yabancı bir kişiye karşı işlenen suç olarak değerlendirilmelidir⁷¹.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun 28 A maddesinde belirtilen suçlar bakımından mirasbırakanın hayvanın da onun yakını olarak nitelendirilebilmesi mümkündür⁷². Ancak bir an için yakınlığın taraflar arasında karşılıklı bir sosyal ilişkiyi gerektirdiği,

⁶⁷ Weimar, *BK* (n 3) Art. 477 ZGB, N. 11, 247; Kocayusufoğlu (n 13) 309; Öztan, *Miras* (n 9) 143-144.

⁶⁸ Kocayusufoğlu (n 13) 311 dn 17; Öztan, *Miras* (n 9) 145; İmre ve Erman (n 17) 234.

⁶⁹ Kocayusufoğlu (n 13) 311; Ali Himmet Berki (n 25) 210; Antalya, *Miras* (n 32) 255.

⁷⁰ Dural ve Öz (n 4) 207; İnan, Ertuş ve Albaş (n 7) 362; İmre ve Erman (n 17) 234.

⁷¹ Ersöz (n 15) 222.

⁷² Karş Ayan (n 19) 187.

bu nedenle bir hayvanın bir insanın yakını olarak nitelendirilemeyeceği düşünülse bile, yine de mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılabilmesi mümkündür. Zira mirasbırakan, hayvanına karşı işlenen suçun mağduru olmasa bile, en azından bu suçtan zarar gören kişi sıfatını haizdir.

Daha önce mirasbırakanla aralarındaki aile bağları kopan bir kişinin, sırf mirasbırakanın aile üyelerinden biri olmasının, bu kişinin mirasbırakanın yakınlarından biri olarak kabul edilmesine neden olmayacağı savunulmaktadır⁷³. Ancak ülkemizde hısımlar arasındaki aile bağları kopmuş gibi görünse de, bu kişilerin ölüm, düğün, bayram gibi önemli olay ve zamanlarda bir araya geldikleri; bu nedenle mirasbırakanla yakınları arasındaki ilişkinin zayıflamasının veya kopmasının, mirasçının bu kişilere karşı işlediği suç nedeniyle mirasçılıktan çıkarılmasını engellememesi gerektiği de haklı olarak ileri sürülmektedir⁷⁴.

Tüm bu açıklamalara göre mirasbırakanın yakını kavramının her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken nispi bir kavram olduğu söylenebilir⁷⁵.

Mirasçının mirasçılıktan çıkarılabilmesi için, mağdurun mirasbırakanın yakınlarından biri olduğunu bilmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre mirasçı, mağdurun mirasbırakanın yakınlarından biri olduğunu bilmiyorsa mirasçılıktan çıkarılamaz⁷⁶. Bunun tam aksi yöndeki görüşe göre ise mirasçı, mağdurun mirasbırakanın yakını olduğunu bilmesede dahi mirasçılıktan çıkarılabilir⁷⁷. Kanaatimizce son görüş daha doğrudur. Zira iyiniyet ancak kanunun kendisine hukuki bir sonuç bağlandığı durumlarda nazara alınabilir⁷⁸. Burada da mirasçının, mağdurun mirasbırakanın yakını olduğunu bilmediği ve bilmesinin gerekli olmadığı hâllerde mirasçılıktan çıkarılamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁷⁹. Ayrıca mirasçının, mağdurun mirasbırakanın yakını olduğunu bilmesede dahi mirasçılıktan çıkarılabileceğinin kabul edilmesi, günümüzdeki eğilime uygun olarak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletmeye hizmet eder.

⁷³ Dural ve Öz (n 4) 207; Yağcı (n 11) 112-113; Çakın (n 30) 525.

⁷⁴ Çabri (n 18) 259-260. Ayrıca bkz Yağcı (n 11) 114-115.

⁷⁵ İmre ve Erman (n 17) 234; Yağcı (n 11) 108; Çabri (n 18) 259.

⁷⁶ Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 8; Yağcı (n 11) 142; Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 453. Son yazar tereddüt hâlinde, mirasbırakanla mağdur arasındaki yakınlığı bilmediğini mirasçının ispat etmesi gerektiğini de ileri sürmektedir.

⁷⁷ Kocayusufoğlu (n 13) 311; İmre ve Erman (n 17) 235 dn 10; Çabri (n 18) 260; Çakın (n 30) 526; Şener, 'İskat' (n 20) 89.

⁷⁸ Sibylle Hofer, in *Berner Kommentar Bd./Nr. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht*, Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (hrsg) (Stämpfli 2012), Art 3 ZGB N 4; Ivo Schwander, in *Orell Füssli Kommentar. ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016), Art 3 ZGB N 1; M Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, (25. Bası, Vedat Kitapçılık 2009) 256-257.

⁷⁹ Ayrıca bkz İmre ve Erman (n 17) 235 dn 10: Yazarlara göre failin, mağdurun mirasbırakanın yakını olduğunu bilip bilmediğini tespit etmek çok güç ve hatta çoğu hâlde imkânsızdır.

Mirasçının mirasçılıktan çıkarılabilmesi için, ağır suç mirasbırakana veya yakınlarından birine karşı işlemesi gerekli olduğundan, mirasbırakana yabancı olan kişilere karşı işlenen suç, ağır suç niteliğinde olsa da mirasçılıktan çıkarma sebebi olmaz⁸⁰. Ancak mirasçının mirasbırakana yabancı olan bir kişiye karşı işlediği ağır suç, onur kırıcı nitelikteyse ve mirasbırakan veya yakınları toplumdan izole edilmek suretiyle bu suçtan önemli ölçüde etkilenmişse mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılabileceği de haklı olarak ileri sürülmektedir⁸¹.

Mirasbırakanın kıymet verdiği bir eşyasına zarar verilmesi hâlinde mirasçılıktan çıkarma işlemi yapılabilirse de⁸², bu durumda mala zarar verme suçunun (TCK m 151-152) mağduru doğrudan mirasbırakan olup, mirasbırakanın yakınına karşı suç işlendiğinden bahsedilemez. Zira herhangi bir eşyanın mirasbırakanın yakını veya suç mağduru olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

B. Saklı Paylı Mirasçının Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Aile Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerini Önemli Ölçüde Yerine Getirmemesi (TMK m 510 b 2)

Mirasbırakanın saklı paylı bir mirasçısını TMK m 510'un ikinci bendine göre mirasçılıktan çıkarabilmesi için, bu mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi gerekir⁸³. Ancak hangi eylemlerin bu kapsama girdiği tartışmalı olduğu gibi, mirasbırakanın aile üyelerinin kapsamı da tartışmalıdır. Burada da hâkimin oldukça geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁸⁴.

1. Yükümlülüğün Aile Hukukundan Doğan Bir Yükümlülük Olması

Bir mirasçının mirasçılıktan çıkarılabilmesi için, mirasbırakana veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi gerekir. Bu nedenle aile hukukundan değil de, sırf borçlar hukukundan doğan bir

⁸⁰ Tuor und andere (n 9) 669; Breitschmid und andere (n 1) 44; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 9; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 2; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 5. Bu yönde: BGE 106 II 304.

⁸¹ Serozan (ve Engin) (n 18) 401; Çabri (n 18) 260. Mirasçının yabancı kişiye karşı işlediği suç, aynı zamanda mirasbırakana veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerinin ağır ihlali niteliğindeyse mirasçının mirasçılıktan çıkarılabileceği görüşünde: Yağcı (n 11) 177-178. Karş Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 9.

⁸² Ayrıca bkz Çabri (n 18) 259 dn 635.

⁸³ Mülga Türk Kanunu Medenisi'nde ise mirasbırakana veya ailesine karşı "kanunen mükellef olduğu vazifeleri" ifada büyük bir kusur işleyen saklı paylı mirasçının, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile mirasçılıktan çıkarılabileceği hükme bağlanmıştı (m 457 b 2). Ancak bu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de öğretilde Kaynak Kanun'un Almanca metnine uygun olarak, "aile hukukundan doğan yükümlülüklerin" önemli ölçüde yerine getirilmemesinin mirasçılıktan çıkarma sebebi olabileceği kabul edilmekteydi. Birçok yazar içinden: Oğuzman (n 16) 255. ZGB'nin Fransızca metninde de "kanundan doğan yükümlülükler" ifadesi kullanılmış olsa da, İsviçre hukukunda burada, "aile hukukundan doğan yükümlülüklerin" ifade edildiği tereddütsüz kabul edilmektedir. Birçok yazar içinden: Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 4.

⁸⁴ Şener, 'Iskat' (n 20) 91; Kahveci (n 52) 1488.

yükümlülüğün yerine getirilmemesi mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmaz⁸⁵. Yine bu yükümlülük kanundan doğan bir yükümlülük olmalıdır. Buna göre ahlaki veya dini bir görevi ihlal etmek mirasçılıktan çıkarma sebebi olamaz⁸⁶.

2. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Kusurlu Olarak Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi

Aile hukukundan doğan yükümlülükler kanuni sıralamaya uygun olarak kısaca değinmek gerekirse ilk olarak, eşlerin evlilik birliğinin kurulması ile doğan yükümlülüklerini (TMK m. 185/2-3, 186/3) ele almak gerekir. Bu yükümlülüklerin ihlali mirasçılıktan çıkarma sebebi olabilir⁸⁷. Kusura dayanan boşanma sebeplerinin büyük bir kısmı, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali anlamına geldiğinden, bu sebeplerin gerçekleşmesi de mirasçılıktan çıkarmaya gerekçe olabilir. Keza evlenmenin butlanına (özellikle TMK m 145 b 1, 151, 152) sebep olan eş de mirasçılıktan çıkarılabilir⁸⁸.

Soybağına ilişkin hükümler arasında ana - baba ve çocuğun⁸⁹, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır (TMK m 322). Bu hükmün ihlali mirasçılıktan çıkarma sebebi olabileceği gibi⁹⁰, TMK m 324/1, 327/1 ve 328'den doğan yükümlülüklerin ihlali de mirasçılıktan çıkarmaya sebep olabilir⁹¹.

Yargıtay, ağır hasta ve bakıma muhtaç babasına bakmayarak, zevküsefa içerisinde yaşayan çocuğun mirasçılıktan çıkarılabileceğine dair bir karar vermiştir⁹². Başka bir kararında ise Türkiye'de tanınan (eski dış işleri bakanı), akli melekeleri ve şuur

⁸⁵ İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 363; Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 458-459. Ayrıca bkz Tuor und andere (n 9) 669; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 4.

⁸⁶ Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 7; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 4; Antalya, *Miras* (n 32) 256. Ayrıca bkz Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 5; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 312 dn 25; BGE 106 II 304.

⁸⁷ Breitschmid und andere (n 1) 46; İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 363.

⁸⁸ Aytuğ Ceyhun Çakır, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı* (On İki Levha 2018) 128-129, 133 vd; Yağcı (n 11) 253 vd, 261 vd.

⁸⁹ Her ne kadar bu hükümde çocuk terimine yer verilmiş olsa da, bu hükümden doğan yükümlülüklerin çocuk ergin olsa, başka bir evde yaşasa ya da evlense de sona ermeyeceği haklı olarak kabul edilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 312; Çabri (n 18) 263 dn 651. Ayrıca bkz Yargıtay 2 HD, 5309/5424, 30.09.1971. İsviçre Federal Mahkemesi ise bu hükümden doğan yükümlülüklerin kardeşler arasında da geçerli olduğunu belirtmektedir. BGE 76 II 265. Öğretide bu görüşte: Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 312.

⁹⁰ Breitschmid und andere (n 1) 46; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 6; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 4.

⁹¹ Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 4; Yağcı (n 11) 228 vd.

⁹² 2. HD 09.01.1948 E: 4478 K: 151. Yargıtayın mirasbırakamı aramayan, hastahklarında ve bayramlarda onu ziyaret etmeyen altsoyun mirasçılıktan çıkarılmayacağına yönelik kararları da bulunmaktadır. 2 HD, 5592/180, 15.01.1968; HGK, 730/751, 27.09.1972. Yargıtay'ın bu kararların isabetli olduğu görüşünde: Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 313. Haklı olarak, çocukların ana - babasının yaşlılık ve hastalığı ile ilgilenmemesinin yanı sıra, ana - babasını aramaması ve ziyaret etmemesinin de mirasçılıktan çıkarma sebebi olabileceği görüşünde: Şener, 'İskat' (n 20) 92. Ayrıca bkz Çabri (n 18) 263-264. Yargıtay'ın da huzurevinde kalan mirasbırakanın, on yıl boyunca çocukları tarafından sorulmayarak ziyaret edilmemesinin mirasçılıktan çıkarma sebebi olduğuna ilişkin bir kararı bulunmaktadır. 2. HD, 11336/12364, 16.11.1999. Bu husustaki Yargıtay kararları arasındaki çelişkinin biran önce giderilmesi ve bu hâllerin mirasçılıktan çıkarma sebebi olabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

yerinde olan mirasbırakanın, torununa karşı açtığı davada, torunun mirasbırakanın ehliyetsizliğini ileri sürerek onun muayeneye sevkine yol açması ve durumun basına yansması nedeniyle mirasçılıktan çıkarılabileceğine hükmetmiştir⁹³. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, mirasçının, mirasbırakanın hırsızlık suçunu işlemiş olduğuna dair asılsız bir suç duyurusunda bulunmasının, (TMK m 322’yi karşılayan) ZGB Art 272’nin ihlali anlamına geldiğini ve mirasbırakanın şeref ve haysiyetini ağır bir şekilde ihlal eden bu eylemin, aile bağlarını koparabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir⁹⁴. Mirasbırakanın aile onurunu ihlal edecek şekilde kötü bir hayat sürdüren mirasçısını mirasçılıktan çıkarılabileceği de ileri sürülmektedir⁹⁵. Ancak mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesine neden olmadığı sürece sırf kötü bir hayat sürmesi, mirasçılıktan çıkarılmasını sağlamaya yetmez⁹⁶.

Velayete ilişkin hükümler arasında ise velayet hakkı sahibi ana ve/veya baba ile velayete tabi olan çocuğun karşılıklı yükümlülükleri ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerin ihlali, özellikle de velayet hakkının kötüye kullanması, mirasçılıktan çıkarma sebebi olabilir⁹⁷.

TMK m 364’de hükme bağlanmış olan nafaka yükümlülüğü de aile hukukundan doğan önemli yükümlülüklerden biridir. Nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturabilir⁹⁸.

Aile hukukundan doğan bazı yükümlülüklerin ihlali, ayrıca suç olarak da düzenlenmiştir. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali başlıklı TCK m 233, bu tür suçların en önemli örneğidir.

Mirasçılıktan çıkarma için, aile hukukundan doğan herhangi bir yükümlülüğün sırf ihlal edilmesi değil, ağır bir biçimde ihlal edilmesi gerekir. Aile hukukundan doğan yükümlülüğün ihlalinin ağır bir ihlal olarak nitelendirilebilmesi için, bu ihlalin objektif olarak mirasçı ile mirasbırakan arasındaki aile bağlarını koparabilecek nitelikte olmasından başka, bu bağları fiilen de koparması gerekir⁹⁹.

Eşler arasındaki aile bağlarının kopması, mutlaka boşanmalarına veya evlenmenin iptal edilmiş olmasına bağlı değildir. Zaten evliliğin iptal veya boşanma nedeniyle sona erdiği hâllerde, eski eşler artık birbirinin yasal ve saklı paylı mirasçısı

⁹³ 2 HD 30.03.1976 E: 2467 K: 2802.

⁹⁴ BGE 76 II 265. Benzer yönde: BGE 55 II 164. Öğretide bu görüşte: Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 464. Yazara göre bu fiil TMK m 510 b 1 kapsamında ağır bir suç olarak da değerlendirilebilir. Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 464 dn 39.

⁹⁵ Şener, ‘İskat’ (n 20) 91-92. Mirasbırakanın bizzat kendisi ahlaka aykırı bir yaşantı sürdürdüğü için iyi bir terbiye vermediği çocuğu, ahlaka aykırı yaşama alışmışsa birlikte kusur nedeniyle mirasçılıktan çıkarmanın yapılamayacağı görüşünde: Şener, ‘İskat’ (n 20) 92. Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 12.

⁹⁶ İmre ve Erman (n 17) 236; Yağcı (n 11) 251. Ayrıca bkz Breitschmid und andere (n 1) 46.

⁹⁷ Yağcı (n 11) 231 vd. Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 6; İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 363.

⁹⁸ Breitschmid und andere (n 1) 46; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 6; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 4. Bu yönde: BGE 106 II 304.

⁹⁹ Breitschmid und andere (n 1) 46; Dural ve Öz (n 4) 208; Öztan, *Miras* (n 9) 146.

olamayacaklarından (TMK m 159, 181/1), ayrıca mirasçılıktan çıkarma işlemi yapmaya da gerek yoktur¹⁰⁰. Evliliğin sadece kâğıt üzerinde devam ettiği, ancak eşler arasındaki aile bağlarının aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünün kusurlu olarak ağır ihlali nedeniyle fiilen koptuğu hâllerde, mirasçılıktan çıkarma işlemi geçerli olarak yapılabilir¹⁰¹. Hatta mirasbırakanın, mirasçısının tahakkümü nedeniyle veya mirasçının tahakkümü olmasa da başka hiçbir çaresi olmadığı için, onunla aralarındaki bağları tam olarak koparamadığı hâllerde dahi mirasçılıktan çıkarma işleminin geçerli olduğunu kabul etmenin daha adil olduğu söylenebilir. Buna göre engelli olduğu için çalışamayan ve eşinden başka kimsesi olmayan bir kişinin, muhtaç olduğu eşinin onur kırıcı davranışlarına maruz kalması hâlinde, eşini geçerli olarak mirasçılıktan çıkarabileceği kabul edilmelidir¹⁰².

Mirasçının mirasçılıktan çıkarılabilmesi için, mirasbırakana veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmesi gerekir¹⁰³. Buna göre hasta ve bakıma muhtaç ya da yoksul olan mirasçı, aynı durumdaki mirasbırakana bakmadığı ya da nafaka ödemediği gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarılamaz. Evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu (TMK m 145 b 2) veya evlenmeye engel olacak derecede akıl hastası olduğu (TMK m 145 b 3) için evlenmenin mutlak butlanla batıl olmasına yol açan eş de mirasçılıktan çıkarılamaz¹⁰⁴.

Çocuğun mirasbırakanın istemediği bir kişiyle birlikte olması ya da evlenmesi, karşı çıktığı bir okula gitmesi veya meslek ya da sanat icra etmesi, mirasbırakana aykırı bir dini ya da siyasi görüşe sahip olması, ergin bir kişi olarak mirasbırakanla birlikte oturmak istememesi ve onunla ticari rekabete girişmesi objektif olarak aile bağlarını koparacak nitelikte fiiller değildir¹⁰⁵. Aslında bu konularla ilgili olarak aile

¹⁰⁰ TMK m 181/2'de ise boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde birinci fıkraya hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Öğretide TMK m 181/2 hükmü eleştirilmekte ve boşanma davası sırasında davacı ölmüşse davalıyı mirasçılıktan çıkarmış sayılması gerektiği ileri sürülmektedir. Yağcı (n 11) 278. Bu görüşe karşı haklı olarak, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin boşanma sebepleriyle örtüşmediği eleştirisi de yöneltilmektedir. Mustafa Aksu, 'MK m. 181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi' *Prof'Dr Hüseyin Hatemi'ye Armağan C 1* (Vedat 2009) 251, 255-256. Dural ve Öz'e göre ise bu hükümde (ve TMK m 159'da) özel bir mirastan yoksunluk hâli düzenlenmiştir. Dural ve Öz (n 4) 370.

¹⁰¹ Boşanma sebeplerine dayanarak eşin mirasçılıktan çıkarılmasının, mahkemece boşanma ya da ayrılığa hükmedilmesine bağlı olmadığı ve butlan sebeplerine dayanarak evlenmenin iptalinin istenmesinin, eşin mirasçılıktan çıkarılabilmesi için aranacak bir koşul olmadığı görüşünde: Çakır (n 88) 129, 134.

¹⁰² Yağcı'ya göre de boşanma nedeni gerçekleştiği hâlde boşanma davası açmayarak eşini mirasçılıktan çıkarmakla yetinen kişi, evliliğini sona erdirmemesinin haklı ve inandırıcı nedenlerini ispatlamalıdır. Yağcı (n 11) 263.

¹⁰³ Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 4; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 5. Bu yönde: BGE 106 II 304. Ayrıca bkz Breitschmid und andere (n 1) 45.

¹⁰⁴ Çakır (n 88) 128.

¹⁰⁵ Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 5; Serozan (ve Engin) (n 18) 402; Çabri (n 18) 265. Burada sayılan hususların bir kısmı, mirasbırakanın eşi bakımından da mirasçılıktan çıkarma sebebi olamaz. Aslında eşler de meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı da göz önünde tutulmalıdır (TMK m 192). Eşlerden birinin evlilik birliğinin huzur ve yararı gözetmeksizin belirli bir meslek veya sanatı icra etmede ısrar etmesi, somut olaya göre mirasçılıktan çıkarma sebebi olabilir. Yine eşler kural olarak birlikte yaşamak zorunda olduklarından (TMK m 185/3), haklı bir sebep olmaksızın bundan kaçınmak da mirasçılıktan çıkarma sebebi olabilir. Elbette eşin sadakat yükümlülüğünün ihlal etmesi de mirasçılıktan çıkarılmasına neden olabilir.

hukukundan doğan bir yükümlülük de bulunmamaktadır. Zira bir kişinin evlenip evlenmemesinde ve şayet evlenecekse bunun kiminle olacağı hususunda ebeveyninin kural olarak¹⁰⁶ söz hakkı yoktur. Yine ergin olduğu hâlde ebeveynin istediği okula gitme veya meslek ya da sanatı icra etme, ebeveynle aynı dini ve siyasi görüşe sahip olma ya da birlikte oturma yahut ticari rekabete girişmekten kaçınma şeklinde yükümlülükler de bulunmamaktadır.

Haklı olarak, mirasçının gerçekleri beyan etmek koşuluyla mirasbırakan aleyhine tanıklık yapması¹⁰⁷ veya hak arama özgürlüğü kapsamında mirasbırakan aleyhine dava açması ya da icra takibi yapması¹⁰⁸ mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilmemektedir.

3. Ağır İhlalin Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Aile Üyelerine Karşı Gerçekleştirilmesi

Mirasçının, mirasbırakana karşı aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünü kusurlu olarak ağır biçimde ihlal etmesi hâlinde mirasçılıktan çıkarılabilmesi mümkün olduğu gibi, mirasbırakanın aile üyelerinden birine karşı bu tür bir fiil gerçekleştirmiş olması da mirasçılıktan çıkarılabilmesi için yeterlidir.

Ne TMK m 510 b 2’de ne de bu hükmün gerekçesinde mirasbırakanın aile üyelerine kimlerin dâhil olduğu belirtilmiştir. Bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre mirasbırakanın eşi, kan hısımları, evlatlığı ve evlatlığının altsoyu mirasbırakanın aile üyelerini oluşturmaktadır¹⁰⁹. Bazı yazarlar¹¹⁰, mirasbırakanın nişanlısını da bu kapsama dâhil etmektedir. Mirasbırakanın kayın hısımlarının¹¹¹, hatta mirasbırakanla aynı çatı altında birlikte yaşayan hizmetçi, aşçı, çırak gibi kişilerin¹¹² dahi bu kapsama dâhil olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Buna karşılık, hükmün kapsamının bu kadar geniş tutulmasının amacına ters düşeceği de savunulmaktadır¹¹³.

¹⁰⁶ TMK m 126 ve 127’de küçük ve kısıtlının yasal temsilcisinin izni olmadan evlenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

¹⁰⁷ Tuor und andere (n 9) 669; Öztan, *Miras* (n 9) 145; Serozan (ve Engin) (n 18) 402. Bu yönde: BGE 72 II 338. Mirasçının tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak mirasbırakan aleyhine tanıklık yapmasının, mirasbırakana karşı haksız bir davranış olduğu ve bu davranış, aile bağlarının sarsıldığını gösterdiği için, tanıklıktan çekinmeyen mirasçılıktan çıkarılabileceği görüşünde: Şener, ‘İskat’ (n 20) 93. Tanıklığın yapıldığı hâl ve şartlara göre mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılıp yapılamayacağına değerlendirilmesi gerektiği görüşünde: Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 465-466. Kanaatimizce tanıklıktan çekinme hakkı olduğu hâlde bu hakkı kullanmayarak mahkeme huzurunda mirasbırakanla ilgili gerçekleri anlatan mirasçıyı cezalandırmak uygun değildir. Tanıklık yapıldıktan sonra mirasbırakanla mirasçı arasındaki aile bağları kopmuş olsa da, buna mirasçının kusurlu bir fiili neden olmadığından, bu kişinin mirasçılıktan çıkarılabileceği söylenemez.

¹⁰⁸ Yağcı (n 11) 170-171. Ayrıca bkz Öztan, *Miras* (n 9) 146; İmre ve Erman (n 17) 236.

¹⁰⁹ Oğuzman (n 16) 255; Öztan, *Miras* (n 9) 146; Antalya, *Miras* (n 32) 256; Ayan (n 19) 188.

¹¹⁰ Kocayusufoğlu (n 13) 314; Dural ve Öz (n 4) 209; Yağcı (n 11) 155-156. Karş Antalya, *Miras* (n 32) 256.

¹¹¹ Breitschmid und andere (n 1) 46; Kocayusufoğlu (n 13) 314; Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 451, 455. Karş Ayan (n 19) 188.

¹¹² Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 451, 455. Ayrıca bkz Ali Himmet Berki (n 25) 210; Yağcı (n 11) 159-160.

¹¹³ Dural ve Öz (n 4) 209; Çabri (n 18) 262-263.

Kanaatimizce burada yapılması gereken ilk tespit, ilgili kişiler arasında aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığıdır. Örneğin, ana - babanın çocuğa karşı aile hukukundan doğan birçok yükümlülüğü bulunduğundan, mirasbırakanın çocuğunun, mirasbırakanın torununa karşı bu yükümlülüklerinden birini kusurlu olarak ve ağır bir şekilde ihlal etmesinin, mirasçılıktan çıkarılma sebebi olduğu söylenebilir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, mirasbırakanın kızının, eşini ve çocuklarını terk ederek başka bir erkekle birlikte yaşamasının, mirasçılıktan çıkarılma için yeterli bir sebep oluşturduğuna hükmetmiştir¹¹⁴. Kanaatimizce bu olayda torunları olmasaydı bile mirasbırakanın, eşine karşı aile hukukundan doğan sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş olan kızını mirasçılıktan çıkarabileceği söylenebilir. Zira bu fiil mirasbırakanı etkileyebilecek niteliktedir¹¹⁵. Bu durumda mirasbırakanın kızının, mirasbırakanın kayın hısımları olan damadına karşı işlediği bir fiil nedeniyle mirasçılıktan çıkarıldığına dikkat edilmelidir. Ancak mirasbırakanın çocuğunun, mirasbırakanın kan hısımlarından biri olan kuzenine karşı aile hukukundan doğan herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığından, bu kişiyi TMK m 510 b 2 anlamında mirasbırakanın aile üyesi olarak kabul etmek zaten anlamsızdır¹¹⁶. Buna göre TMK m 510 b 2 anlamında mirasbırakanın aile üyelerinden bahsederken, kan hısımları - kayın hısımları şeklinde bir ayırım yapmanın isabetli olmadığı söylenebilir. Ayrıca mirasçının mirasbırakanın aile üyesine karşı gerçekleştirdiği ihlalden mutlaka mirasbırakanın da etkilenmesi gerekli olduğundan, bu kavramın da her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken nispi bir kavram olduğu¹¹⁷ belirtilmelidir.

Öğretide, mirasçının, mirasbırakanın aile üyelerine karşı gerçekleştirdiği fiil nedeniyle mirasçılıktan çıkarılabilmesi için, bu kişi ile mirasbırakan arasındaki ilişkiyi bilmesinin gerekli olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁸. Kanaatimizce iyiniyet ancak kanunun kendisine hukuki bir sonuç bağlandığı durumlarda nazara alınabileceğinden ve burada da mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüğünü ağır bir biçimde ihlal ettiği kişinin ancak mirasbırakanın aile üyesi olduğunu bildiği veya bilmesinin gerekli olduğu hâllerde mirasçılıktan çıkarılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ayrıca mirasçının, mağdur ettiği kişinin mirasbırakanın aile üyesi olduğunu bilmese dahi mirasçılıktan çıkarılabileceğinin kabul edilmesi, günümüzdeki eğilime uygun olarak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletmeye de hizmet eder.

Mirasbırakanın aile üyesinin, mirasçının kendisine karşı gerçekleştirdiği ağır ihlali affettiği hâllerde, mirasbırakanın affedilen mirasçı hakkında çıkarılma tasarrufu

¹¹⁴ BGE 46 II 9.

¹¹⁵ Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 14; Çağa (n 13) 1106. Ayrıca bkz ve karşı Ersöz (n 15) 225.

¹¹⁶ Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 10. Karş Yağcı (n 11) 294-295.

¹¹⁷ Çağa (n 13) 1106; Ersöz (n 15) 227-228. Ayrıca bkz Yağcı (n 11) 160 vd; Çakın (n 30) 527.

¹¹⁸ Çubukçil, 'Adi İskat' (n 4) 463-464.

yapamayacağı ileri sürülmektedir¹¹⁹. Kanaatimizce olayların mirasbırakan üzerinde yarattığı etkinin esas alınması daha doğru olduğundan, bu hâlde de mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yapılabilmesi mümkündür¹²⁰.

IV. Cezai Mirasçılıktan Çıkarmada Sebebe İlişkin Diğer Meseleler

A. Genel Olarak

TMK m 511/1'e göre mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi, tenkis davası da açamaz¹²¹. Ancak bu hükmün sadece mirasçılıktan tam çıkarma hâli için geçerli olduğu açıktır. Daha önce de değinildiği üzere mirasçılıktan çıkarmanın, saklı payın sadece bir kısmı için yapılabilmesi de mümkündür. Kısmi olarak mirasçılıktan çıkarılan, mirastan pay alacağı gibi, azaltılmış olan saklı payını ihlal eden işlemlere karşı da tenkis davası açabilir¹²².

Cezanın şahsiliği kuralı doğrultusunda¹²³, TMK m 511/2'de, mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payının, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalacağı hükme bağlanmıştır. TMK m 511/3'de ise mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyunun, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebileceği belirtilmiştir¹²⁴.

Mirasçılıktan çıkarmanın tüm bu sonuçları doğurabilmesi için, TMK m 512/1'e göre çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmiş olmalıdır. TMK m 512/2'de ise mirasçılıktan çıkarılan kimsenin itiraz etmesi hâlinde, belirtilen sebebin varlığını

¹¹⁹ Çubukgil, 'Adi İskat' (n 4) 467. Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art. 477 ZGB N. 14.

¹²⁰ Yağcı (n 11) 205.

¹²¹ Hükümde mirasçılıktan çıkarılanın yalnızca mirastan pay alamayacağı ve tenkis davası açamayacağı belirtilmişse de yasal mirasçı sıfatını haiz olmayan mirasçılıktan çıkarılanın, bu kişilere tanınan diğer hakları kullanabilmesi de kural olarak mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz Yağcı (n 11) 336 vd. Mirasçılıktan çıkarılan kişi, mirasçılıktan doğan hakları kullanamayacağı gibi, mirasçılıktan doğan sorumluluklardan da kurtulmuş olur. Breitschmid und andere (n 1) 48. Bu son durum, mirasçılıktan çıkarmayı bir ceza değil, ödül durumuna getirebileceğinden, İnan, Ertaş ve Albaş'a göre mirasbırakanın sağlığında mirasçılıktan çıkardığı kişiye yaptığı karşılıksız kazandırmalar bakımından mirastan feragate ilişkin TMK m 530'un kıyasen uygulanması gerekir. İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 370. Çubukgil ise mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarmak istediği kişinin mirasçılıktan doğan sorumluluklarının ortadan kalkmaması için, onu kısmen mirasçılıktan çıkarma imkânına da sahip olduğunu belirtmektedir. Rıza Çubukgil, 'Medenî Kanunumuzda Mirastan Adi İskatın Hüküm ve Neticeleri' (1951) 8 (3) AÜHFHD 595, 606.

¹²² Kısmen mirasçılıktan çıkarılan kişinin durumu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz Çubukgil, 'Hüküm ve Neticeler' (n 121) 606 vd.

¹²³ Cezai mirasçılıktan çıkarmanın şahsiliği hususunda bkz Dural ve Öz (n 4) 211; Serozan (ve Engin) (n 18) 398.

¹²⁴ Mirasçılıktan çıkarılan kişinin altsoyunun saklı payını isteyebileceğine ilişkin kural, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı kişinin miras payı üzerinde tasarrufta bulunduğu hâllerde uygulanır. Diğer bir deyişle mirasbırakanın bu tür bir tasarrufta bulunmadığı hâllerde, mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu, tüm yasal miras payını alabilir. Hasan Petek, 'Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi' (2002) 4 (2) DEÜHFHD 139, 144-145; Çubukgil, 'Hüküm ve Neticeler' (n 121) 596-597. Ayrıca bkz Weimar, *BK* (n 3) Art 478 ZGB N 6 vd; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 478 ZGB N 3; Kılıçoğlu, *Miras* (n 16) 182. Bu husus TMK m 511'in gerekçesinde de açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ancak öğretilerde mirasçılıktan çıkarılanın altsoyunun her hâlükârda sadece saklı payı talep edebileceğine ilişkin aksi yöndeki bir görüş de ileri sürülmektedir: Şakir Berki, 'Türk Medenî Kanununda Miras Hukukunun Esasları' (1971) 28 (1) AÜHFHD 309, 318; İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 364-365. Ayrıca bkz Ahmet Kılıçoğlu, 'Mirastan İskat Konusunda İkinci Hukuk Dairesi'nin Hukuk Dışı Bir Kararı' (1995) 1 TBBD 39, 54.

ispatın, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düştüğü hükme bağlanmıştır. TMK m 512/3’de ise tasarrufun, sebebin varlığının ispat edilemediği veya çıkarma sebebinin tasarrufta belirtilmediği hâllerde, mirasçının saklı payı dışında yerine getirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu hükümde, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yaptığı hâllerde, tasarrufun geçersiz olduğu da belirtilmiştir.

B. Sebebin Ölümüne Bağlı Tasarrufta Gösterilmesinin Önemi

1. Sebebinin Ölümüne Bağlı Tasarrufta Gösterilmesi

TMK m 512/1’e göre mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliği, sebebin mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufta belirtilmiş olmasına bağlıdır. Kanun’un mirasçılıktan çıkarma sebebinin ölümüne bağlı tasarrufta gösterilmesini arama nedeni, dava açıldığı zaman hâkime bu tasarrufun haklılığını tespit edebilme imkânı sağlamaktır¹²⁵. Bu çerçevede mirasbırakanın, *mirasçım bana karşı suç işledi veya aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmedi* gibi genel ifadeler kullanmasının yeterli olmadığı, hangi suçun işlendiğini veya aile hukukundan doğan hangi yükümlülüğün ihlal edildiğini belirtmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir¹²⁶. Elbette suçun veya aile hukukundan doğan yükümlülüğün mirasbırakan tarafından hukuki olarak nitelendirilmesi gerekmez; mirasbırakanın sadece somut olayı belirtmesi yeterlidir. Örneğin, mirasbırakanın, *mirasçım kendisine emanet ettiğim otomobili satıp parasını yemiştir* demesi yeterli olup, ayrıca *mirasçım bana karşı güveni kötüye kullanma suçunu işlemiştir* demesi de aranmaz. Yine mirasbırakanın fiili yanlış nitelendirmesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Yukarıdaki örnekte, mirasbırakanın, mirasçının işlediği suçu hırsızlık olarak nitelendirmesi önemli değildir. Keza fiil, aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün ihlali niteliğinde olsa bile, mirasbırakanın bu fiili bir suç olarak nitelendirmesi veya aksinin söz konusu olması da önemli değildir. Bu gibi hâllerde hâkim doğru değerlendirmeyi bizzat yaparak davayı görmelidir; yoksa yanlış nitelendirme sebebiyle davayı reddetmemelidir¹²⁷. Ayrıca mirasbırakanın iradesinin açıkça anlaşılabilmesi

¹²⁵ Wildisen, *CHK* (n 29) Art 479 ZGB N 1; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 176; Dural ve Öz (n 4) 209. Bu esasın mirasbırakanı bir kez daha düşünmeye sevk ederek acele hareket etmesini önlemeye de yaradığı görüşünde: Breitschmid und andere (n 1) 46-47.

¹²⁶ Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 6; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 316; Oğuzman (n 16) 256; Dural ve Öz (n 4) 209. Bu yönde: Yargıtay 3 HD, 3523/4550, 04.04.2017. Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebini gösterdiği veya en azından ima ettiği hâllerde vasiyetname dışı unsurlardan faydalanarak yorum yoluyla vakaların açığa kavuşturulmasının mümkün olduğu örneğin, mirasbırakanın kendisine karşı ceza davası açmak zorunda kaldığı mirasçıyı mirasçılıktan çıkardığı şeklinde bir beyanda bulunduğu hâllerde, vasiyetname dışı unsurlara başvurma için aranan şartın gerçekleşmiş olduğu görüşünde: Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 4; Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu* (On İki Levha 2011) 171. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufta bir dava dosyasına, mahkeme kararına veya adli sicil kaydına atıfta bulunulmasının yeterli olduğu görüşünde: Breitschmid und andere (n 1) 47; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 479 ZGB N 1; Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku* (4. Bastı, İÜHF Yayınları 1978) 388; Oğuzman (n 16) 256. Bu yönde: BGE 73 II 208.

¹²⁷ Tuor und andere (n 9) 670; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 316; Oğuzman (n 16) 256; Dural ve Öz (n 4) 211. BGE 76 II 265: “Hâkim, mirasbırakanın suç olarak nitelendirdiği davranışları, aile hukukundan doğan yükümlülüklerinin ihlali açısından değerlendirmekte özgürdür.”

koşuluyla mirasçılıktan çıkarma veya mirastan ıskat ifadesinin de tasarrufta bulunmasına gerek yoktur¹²⁸.

Mirasçılıktan çıkarma sebebinin tasarrufta gösterilmesi şart olsa da, buna ilişkin delillerin tasarrufta gösterilmesi gerekli değildir. Ancak mirasçılıktan çıkarılanın, ileride bu tasarrufa karşı dava açması hâlinde, davalı tarafa ispat kolaylığı sağlamak bakımından, bu delillerin de tasarrufta belirtilmesinin ve hatta mümkünse tasarrufa eklenmesinin yararlı olacağı açıktır^{129,130}.

Mirasçılıktan çıkarma sebebinin ileride ortaya çıkması ihtimaline karşı, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun önceden yapılıp yapılamayacağı öğretilerde tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre henüz gerçekleşmemiş bir sebebin ileride gerçekleşmesi ihtimaline dayanarak mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılması, bu tasarrufun koşula bağlı olarak yapıldığı anlamına gelir. TMK m 515’de mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunu koşula bağlayabileceği açıkça hükme bağlanmış ve mirasçılıktan çıkarma bakımından herhangi bir istisna getirilmemiş olduğu için, bu tür bir tasarrufun yapılabilmesi mümkündür¹³¹. Bu görüşü savunanlara¹³² göre bu tür bir tasarruf, mirasçıyı davranışlarına dikkat etmeye sevk edebileceği gibi, mirasbırakanın ileride ölümüne bağlı tasarruf yapma yeteneğini kaybetme ihtimaline karşı baştan önlem almasını da sağlamış olur.

Bu hususta ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise henüz gerçekleşmemiş bir sebebe dayanarak mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılabilmesi mümkün değildir¹³³. Zira TMK m 512/1’de mirasçılıktan çıkarma sebebinin tasarrufta gösterilmesi arandığı gibi¹³⁴, mirasçılıktan çıkarma sebeplerini sayan TMK m 510’da da geçmiş zaman kipi kullanılmıştır¹³⁵.

Henüz gerçekleşmemiş bir sebebin ileride gerçekleşmesi koşuluyla mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılamayacağını savunmakla birlikte, tasarrufun yapıldığı anda gerçekleşmiş bir sebebin bulunduğu hâllerde, mirasçılıktan çıkarmanın geçici

¹²⁸ Dural ve Öz (n 4) 209; Antalya, *Miras* (n 32) 258; Ergüne (n 126) 171. Mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olabilmesi için, mirasçılıktan çıkarılan kişinin isminin açıkça yazılmasının gerekli olduğu görüşünde: Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 446. Haklı olarak, mirasçılıktan çıkarılan kişinin kim olduğunun kesin olarak saptanabilmesi koşuluyla mirasçılıktan çıkarılan kişinin isminin açıkça yazılmasının şart olmadığı görüşünde: Yağcı (n 11) 305.

¹²⁹ Tuor und andere (n 9) 670; Öztrak (n 4) 69; Kocayusufoğlu (n 13) 316.

¹³⁰ Mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma sebebinin gerçekleştiğinin tespiti hususunda açacağı dava ile en sağlam delili elde edebileceği akla gelebilir. Ancak haklı olarak, burada tespit davasının şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle bu tür bir davanın açılmayacağı kabul edilmektedir. Oğuzman (n 16) 256 dn 570; Antalya, *Miras* (n 32) 259; Şener, ‘İskat’ (n 20) 82-83. Bu yönde: Yargıtay 2 HD, 3966/10175, 01.11.1990.

¹³¹ Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 18; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 6; Serozan (ve Engin) (n 18) 402; İmre ve Erman (n 17) 238 dn 17a; Çabri (n 18) 281 (karş 266); Yağcı (n 11) 326-327.

¹³² İmre (n 126) 386; Yağcı (n 11) 328. Karş Şener, ‘İskat’ (n 20) 85.

¹³³ Köprülü (n 4) 287; Ali Himmet Berki (n 25) 211; Oğuzman (n 16) 256-257; Dural ve Öz (n 4) 210; İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 362; Antalya, *Miras* (n 32) 258; Çabri (n 18) 266 (karş 281); Şener, ‘İskat’ (n 20) 84-85.

¹³⁴ Köprülü (n 4) 287; Dural ve Öz (n 4) 210; Çabri (n 18) 266; Ali Himmet Berki (n 25) 211.

¹³⁵ Dural ve Öz (n 4) 210.

veya bozucu koşula bağlanmasının mümkün olduğu görüşünde olan yazarlar¹³⁶ da mevcuttur. Bu hususta verilen örneklere göre mirasbırakanın zina yapmış olan eşinin mirasçılıktan çıkartılmasını zinayı tekrarlamaması (geciktirici) koşuluna bağlaması¹³⁷ ya da kendisine saldırdığı için mirasçılıktan çıkardığı oğlunun bir vakıf kurması hâlinde bu tasarrufun geçersiz olacağını (bozucu koşul) öngörmesi¹³⁸ mümkündür.

Kanaatimizce henüz gerçekleşmemiş bir sebebin ileride gerçekleşmesi ihtimaline dayanarak mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılması diğer bir deyişle mirasçılıktan çıkarma işleminin koşula bağlanması mümkündür. Zira mirasçılıktan çıkarma işleminin koşula bağlı olarak yapıldığı ve koşulun mirasbırakan ölmeden önce gerçekleştiği hâllerde bu işlemin geçerli olduğunu kabul etmek, günümüzdeki eğilime uygun olarak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletmeye hizmet eder.

Mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olabilmesi için, sebebin mutlaka mirasbırakanın ölümünden önce gerçekleşmesi gerekli olmakla birlikte, tasarrufun yapıldığı veya mirasbırakanın öldüğü ana kadar devam etmesi gerekli değildir¹³⁹. Bu çerçevede mirasçının mirasçılıktan çıkarılmasına neden olan fiili mirasbırakan ölmeden yıllar önce işlemesi yeterlidir.

2. Sebebin Tasarrufta Gösterilmemiş Olmasının veya Gösterilen Sebebin Yeterli Olmamasının Yaratacağı Hukuki Sonuçlar

TMK m 512/3'e göre çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir. Tasarrufta mirasçılıktan çıkarma sebebi gösterilmiş olmakla birlikte, bu sebebin mirasçılıktan çıkarma için yeterli olmadığı hâllerde de aynı sonucun gündeme gelmesi gerekir¹⁴⁰. Bu hâllerde tasarrufun mirasbırakanın saklı payı dışında yerine getirileceğinin kabul edilmesinin temelinde, mirasbırakanın her şeye rağmen mirasçılıktan çıkardığı kişinin sadece saklı payını almasına yönelik farazi bir iradesinin bulunduğu kabul edilmesi yatmaktadır¹⁴¹.

Mirasçılıktan çıkarma sebebinin tasarrufta gösterilmemiş olduğu hâllerle gösterilen sebebin yeterli olmadığı hâllerde, mirasçılıktan çıkarılanın saklı payını alabilmesi için,

¹³⁶ Oğuzman (n 16) 257; Dural ve Öz (n 4) 210-211; Antalya, *Miras* (n 32) 258.

¹³⁷ Dural ve Öz (n 4) 211; Antalya, *Miras* (n 32) 258.

¹³⁸ Dural ve Öz (n 4) 211.

¹³⁹ Yağcı (n 11) 324. Ayrıca bkz ve karşı Dural ve Öz (n 4) 209-210.

¹⁴⁰ Tuor und andere (n 9) 671 fn 88; Breitschmid und andere (n 1) 50; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 479 ZGB N 4; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 479 ZGB N 4. Bu yönde: Yargıtay 2 HD, 4783/7111, 30.04.2007.

¹⁴¹ Tuor und andere (n 9) 671; Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 9. Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016) 21; Gönsensay ve Birsan (n 25) 65; Dural ve Öz (n 4) 214-215. Favor testamenti ilkesinin bir görünümü olan bu hükmün, mirasbırakanın farazi iradesine dayalı kanuni tahvil örneği olduğu görüşünde: Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 9; Ayrıca bkz Ergüne (n 126) 258-259. Mirasçılıktan çıkarmanın kısmi olarak yapılamayacağını savunan Şakir Berki, mirasçının sadece saklı payını alabileceğine ilişkin bu hükümlerle bu esasın alt üst edilmiş olduğunu ileri sürmektedir. Şakir Berki, *Miras* (n 14) 45.

tenkis davası açması gerekir.¹⁴² TMK m 571’de belirtilen süreler içinde açılması gereken bu davada¹⁴³, tasarrufta gösterilen sebebin varlığını ispat, davalı tarafa diğer bir deyişle mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan mirasçılara^{144,145} düşer (TMK m 512/2). İşte bu yüzden davalı tarafa ispat kolaylığı sağlamak bakımından, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin delilleri tasarrufta belirtilmesi ve hatta mümkünse tasarrufa eklenmesi büyük bir önem taşır. Uygulamada davalı tarafın ispat yükünü yerine getirememesi nedeniyle mirasçılıktan çıkarılanın saklı payını alabildiği birçok olay bulunmaktadır.¹⁴⁶

Burada ispat yükünün davacı tarafa değil de davalı tarafa yüklenmiş olmasının, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğuna ilişkin TMK m 6 ile uyumlu olduğu ileri sürülmektedir.¹⁴⁷ Gerçekten de davalı tarafın hakkı, tasarrufta gösterilen mirasçılıktan çıkarma sebebinin var olmasına ve bu sebebin mirasçılıktan çıkarma için yeterli olmasına bağlıdır. Ayrıca burada ispat yükü davacı tarafa yüklenseydi olumsuz bir hususu ispat etmek zorunda olan davacının, bunu başarmasının neredeyse imkânsız olduğu da haklı olarak belirtilmektedir.¹⁴⁸

TMK m 562/2’ye göre mirasçılıktan çıkarılan kişinin tenkis davası açmadığı hâllerde, TMK m 562/1’de¹⁴⁹ belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte, söz konusu kişinin alacaklıları veya iflas idaresi bu davayı açabilir (ZGB Art 524). Bu hüküm, mirasçılıktan çıkarılan kişinin alacaklılarının zararına hareket etmesine engel olduğundan¹⁵⁰ isabetlidir.

¹⁴² Bürgi, *OFK* (n 14) Art 479 ZGB N 4; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 479 ZGB N 4; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 315. Bu davanın saklı payın korunmasını amaçlayan tipik bir tenkis davası olduğu, klasik tenkis davasından ayırt edici tek özelliğinin olumlu bir ölüme bağlı tasarrufa karşı değil de, olumsuz bir ölüme bağlı tasarrufa karşı açıldığı görüşünde: Serozan (ve Engin) (n 18) 404. Mirasçılıktan çıkarılan mirasçının saklı payını elde etmek için açacağı davanın, tenkis davasının özel bir türü olduğu görüşünde: Tuor und andere (n 9) 671; Breitschmid und andere (n 1) 50; Ayan (n 19) 189. Bu yönde: BGE 86 II 340. Mirasçılıktan çıkarılan mirasçının buradaki talep ve dava hakkının, tenkis talep ve davasına yakınlık gösterdiği, bu nedenle tenkis davası hakkındaki kanun hükümlerinin kıyas yolu ile burada da uygulanması gerektiği görüşünde: İmre ve Erman (n 17) 241.

¹⁴³ Breitschmid und andere (n 1) 50; Çabri (n 18) 285-286; Nar (n 141) 22-23.

¹⁴⁴ Hükümde her ne kadar mirasçılıktan çıkarılan itiraz ederse belirtilen sebebin varlığını ispatın, çıkarmadan yararlanan mirasçının yani sıra vasiyet alacaklısına düştüğü hükme bağlanmış olsa da öğretilde haklı olarak, vasiyet alacaklıları tereke üzerinde doğrudan doğruya hak sahibi olmayıp, sadece vasiyetin yerine getirilmesini talep etme hakkına sahip olduklarından, vasiyet alacaklılarının mirasçılıktan çıkarmadan yararlanmalarının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Çabri (n 18) 283. Ayrıca bkz Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 316. Mirasbırakanın tasarruf oranının artması nedeniyle mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan vasiyet alacaklılarının da dava edilmesi gerektiği görüşünde: Oğuzman (n 16) 259. Ayrıca bkz Yağcı (n 11) 426 dn 19.

¹⁴⁵ Yargıtay ise bu davanın sadece çıkarmadan yararlanan mirasçılara değil, tüm mirasçılara karşı açılması gerektiğine ilişkin kararlar vermiştir. Birçok karar için: HGK, 2161/445, 21.05.1997. Öğretilde bu görüşte: İmre ve Erman (n 17) 242. Ayrıca bkz ve karş Yağcı (n 11) 427 vd.

¹⁴⁶ Birçok karar için: Yargıtay 3 HD, 5263/670, 03.02.2020.

¹⁴⁷ Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 15-16; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 479 ZGB N 2; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 180; Serozan (ve Engin) (n 18) 404. Kanun koyucunun burada TMK m 6’daki kuraldan ayırdığı görüşünde: Ali İhsan Özüğür, ‘Miras Hakkından İskat’ (1996) 53 (3) ABD 346, 352; Köprülü (n 4) 288; Güvenc (n 20) 673.

¹⁴⁸ Dural ve Öz (n 4) 215. Ayrıca bkz Güvenc (n 20) 672.

¹⁴⁹ Anılan hüküm: “Mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflâs hâlinde iflâs dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflâs idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler.” şeklindedir.

¹⁵⁰ Ali Ahmet Genç, ‘Saklı Paylı Mirasçılardan Alacaklılarının ve İflas İdaresinin Tenkis Davası Açma Hakkı (TMK m. 562)’ (2020) 28 (2) SÜHFD 511, 513-514; Öztan, *Miras* (n 9) 116; Kılıçoğlu, *Miras* (n 16) 185.

C. Mirasbırakanın Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebebinde Yanılma

Ölüme bağlı tasarruflar için geçerli olan iptal sebepleri TMK m 557'de sayılmıştır (ZGB Art 519-520). Buna göre tasarruf mirasbırakanın tasarruf ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapılmışsa ya da yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa yahut tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise veyahut tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa tasarrufun iptali için dava açılabilir. Bu hükmün mirasçılıktan çıkarma tasarrufu için de geçerli olduğu ve mirasçının bu hükme dayanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptalini sağlayarak tüm miras payını elde edebileceği açıktır^{151,152}.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yanılma sonucu yaptığında, tasarrufun iptali için dava açılacağı TMK m 557 b 2'de belirtilmiş olduğu hâlde, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya yönelik tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yaptığı hâllerde tasarrufun geçersiz olduğu TMK m 512/3'de de ayrıca belirtilmiştir. Bir an için bu meselenin TMK m 557 b 2'nin yanı sıra TMK m 512/3'de de ayrıca düzenlenmesinin nedeninin, TMK m 512/3'de yanılmanın *açık bir yanılma* olmasını araması olduğu akla gelebilir¹⁵³. Ancak iki taraflı işlemlerin aksine korunması gereken bir muhatap olmadığı için saikte yanılma dâhil tüm yanılma hâllerinin vasiyetnamenin iptaline neden olabileceği¹⁵⁴ düşünülünce, TMK m 512/3'de yer alan *açık* sözcüğünün özel bir önem taşımadığı ortaya çıkmaktadır¹⁵⁵. Öğretide burada *açık* sözcüğüne yer verilmesinin bir redaksiyon hatası olduğu belirtilmektedir¹⁵⁶. Kanaatimizce bu meselenin TMK m 557 b 2'nin yanı sıra TMK m 512/3'de de ayrıca düzenlenmiş olmasının nedeni, tasarrufun mirasçılıktan çıkarma sebebi hakkında düşülen bir yanılma yüzünden yapıldığı hâllerde, sebebin tasarrufta belirtilmemesinin veya varlığının ispat edilememesinin aksine, tasarrufun mirasçının saklı payı dışında yerine getirilmeyip, tamamen geçersiz olduğunu vurgulamaktır¹⁵⁷.

¹⁵¹ Tuor und andere (n 9) 671 fn 90; Breitschmid und andere (n 1) 51; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 479 ZGB N 3; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 479 ZGB N 3; Oğuzman (n 16) 258-259; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 317; Dural ve Öz (n 4) 213, 214; Bu yönde: Yargıtay 3 HD, 3523/4550, 04.04.2017.

¹⁵² Aslında mirasçılıktan çıkarma sebebinin tasarrufta gösterilmemesinin tasarrufun şekle aykırı olduğu, gösterilen sebebin mirasçılıktan çıkarma için yeterli olmamasının ise tasarrufun hukuka aykırı anlamına geldiği, ancak TMK m 512/3 gereği bu hâllerde tasarrufun tümünden iptal edilmeyerek mirasçılıktan çıkarılanın sadece saklı payını alabileceği görüşünde: Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 9. Haklı olarak, mirasçılıktan çıkarma sebebinin tasarrufta gösterilmemesinin veya gösterilen sebebin mirasçılıktan çıkarma için yeterli olmamasının mirasçılıktan çıkarmaya özgü şekil eksikliği olarak nitelendirilemeyeceği, zira bunların maddi hukuka ilişkin şartlar olduğu görüşünde: Dural ve Öz (n 4) 213.

¹⁵³ Ayrıca bkz Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 179.

¹⁵⁴ Daniel Abt, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457 - 640 ZGB*, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 469 ZGB N 3; Tuor und andere (n 9) 644; Breitschmid und andere (n 1) 51; Fankhauser, *CHK* (n 6) Art 519 ZGB N 3; Susanne Marxer, in *Orell Füssli Kommentar: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art 469 ZGB N 3; Weimar, *BK* (n 3) Art 469 ZGB N 22; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 317; Öztan, *Miras* (n 9) 227; Serozan (ve Engin) (n 18) 302 vd. Bu yönde: BGE 5A_323/2013 23.08.2013.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 317; Dural ve Öz (n 4) 214. Ayrıca bkz Wildisen, *CHK* (n 29) Art 479 ZGB N 3; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 479 ZGB N 3. Karş Gönensay ve Birsen (n 25) 64.

¹⁵⁶ Tuor und andere (n 9) 671 fn 89.

¹⁵⁷ Serozan'a göre ise mirasçılıktan çıkarmada iptal nedeni olarak sadece yanılmanın anılmasının nedeni, hem bu hâlin en yaygın iptal nedenini oluşturması hem de tenkis davası ile aradaki ispat yükü farkının vurgulanmasıdır. Serozan (ve Engin) (n 18) 404.

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebi hakkında düştüğü yanılma nedeniyle açılacak iptal davasının, bu çıkarmadan yararlanan mirasçılara karşı açılması gerekir^{158,159}. Bu davada mirasbırakanın sebep hakkında yanılmış olduğunu, mirasçılıktan çıkarılan davacı ispat etmek zorundadır¹⁶⁰.

Mirasbırakanın sebep hakkında yanılması (veya aldatılması) nedeniyle mirasçılıktan çıkarma işlemini yaptıktan sonra bu yanılmayı (veya aldatmayı) öğrenmiş olduğu hâlde tasarruftan dönmemesinin hukuki sonucunun ne olacağına da değinilmelidir. İrade sakatlığı başlıklı TMK m 504/1’de mirasbırakanın yanılarak yaptığı ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olduğu, ancak mirasbırakan yanıldığını (veya aldatıldığını) öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmediği takdirde artık tasarrufun geçerli sayıldığı hükme bağlanmıştır (ZGB Art 469/2). Kanaatimizce bu hükmün mirasçılıktan çıkarmada uygulanabilmesi mümkün değildir¹⁶¹. Zira mirasbırakanın saklı paylar üzerinde tasarruf etme hakkı kural olarak bulunmamaktadır. Bu nedenle mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma sebebi hakkında yanıldığını (veya aldatıldığını) öğrenmesine rağmen bu tasarruftan dönmediği hâllerde, mirasçının sadece saklı payı ile yetinmesini arzuladığı sonucuna varılabilir. Mirasçının açtığı davada, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebi hakkında yanıldığını (veya aldatıldığını) ispatlaması yeterlidir. Daha sonra davalı taraf, mirasbırakanın yanıldığını (veya aldatıldığını) öğrendiği hâlde tasarruftan dönmediğini ispat edebilirse mirasçı sadece saklı payını elde edebilir. Ancak mirasçılıktan çıkarma sebebi mevcut olduğu hâlde, mirasbırakan korkutulmuş veya zorlanarak mirasçılıktan çıkarma işlemini yapmış ve korkutma ve zorlamanın etkisinden kurtulduğu andan başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmemişse bu tasarrufun TMK m 504/1 uyarınca geçerli olduğu söylenebilir. Zira bu durumda ortada geçerli bir mirasçılıktan çıkarma sebebi bulunmaktadır¹⁶².

TMK m 504/2’de ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma hâlinde, mirasbırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebilirse tasarrufun bu arzuya göre düzeltileceği hükme bağlanmıştır (ZGB Art 469/3). Buna göre Taner ve Tamer isimlerini taşıyan iki çocuğu olan mirasbırakan, kendisini zehirleyerek öldürmeye teşebbüs ettiği sabit olan oğlu Taner’i mirasçılıktan çıkarmak isterken, yanlışlıkla Tamer’i mirasçılıktan çıkarttığını belirtmişse bu tasarrufun aslında Taner hakkında yapıldığı söylenebilir¹⁶³. Ancak bu suçun faili gerçekte

¹⁵⁸ Dural ve Öz (n 4) 214; Öztan, *Miras* (n 9) 155. Ayrıca bkz Serozan (ve Engin) (n 18) 405. Davanın çıkarmadan yararlanan mirasçı ve vasiyet alacaklılarına karşı açılması gerektiği görüşünde: Yağcı (n 11) 447.

¹⁵⁹ Yargıtay, bu davanın sadece çıkarmadan yararlanan mirasçılara değil, tüm mirasçılara karşı açılması gerektiğine ilişkin kararlar vermiştir. Birçok karar içinden: Yargıtay HGK, 2888/306, 09.04.1997. Öğretide bu görüşte: Antalya, *Miras* (n 32) 260. Ayrıca bkz Kılıçoğlu, ‘Mirastan İskat’ (n 124) 48 vd. Ayrıca bkz ve karşı Yağcı (n 11) 450.

¹⁶⁰ Breitschmid und andere (n 1) 51; Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 11, 14; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 479 ZGB N 3; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 479 ZGB N 5; Dural ve Öz (n 4) 214; Serozan (ve Engin) (n 18) 404; İmre ve Erman (n 17) 243.

¹⁶¹ Karş Yağcı (n 11) 306.

¹⁶² Ayrıca bkz Yağcı (n 11) 436-437.

¹⁶³ Yağcı (n 11) 305.

Tamer olduğu hâlde, mirasbırakan failin Taner olduğunu zannederek çıkarma tasarrufunda bulunmuşsa TMK m 504/2 uygulanamaz. Zira mirasbırakanın gerçekte kimin fail olduğunu bilseydi, onun hakkında mirasçılıktan çıkarma işlemini yapip yapmayacağını tespit edilebilmesi çoğu zaman mümkün değildir¹⁶⁴.

Son olarak, mirasçılıktan çıkarılan kişinin tenkis davası açmadığı hâllerde, bu kişinin alacaklılarının veya iflas idaresinin bu davayı açabileceği açıkça hükmü bağlandığı hâlde (TMK m 562/2), yanılma nedeniyle açılacak iptal davası bakımından benzeri bir düzenlemeye yer verilmediğine değinilmelidir. Bu yüzden mirasçılıktan çıkarılan kişinin alacaklılarının veya iflas idaresinin iptal davası açamayacağı ileri sürülmektedir¹⁶⁵. Buna karşı, mirasçılıktan çıkarılanın iptal davası açmaması hâlinde, alacaklılarının ve iflas idaresinin alacaklarıyla sınırlı olarak ve saklı payı aşmayacak şekilde tenkis davası açabilecekleri de savunulmaktadır¹⁶⁶.

D. Affin Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Etkisi

Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufundan, daha sonra yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf ile her zaman dönebilir¹⁶⁷. Ancak mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufundan başka bir ölüme bağlı tasarruf yaparak dönmeksizin, mirasçılıktan çıkarılan kişiyi affetmesinin yaratacağı hukuki sonuçlar Kanun'da açıkça düzenlenmediği gibi, bu hususta öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Bu husustaki bir görüşe göre ölüme bağlı bir tasarrufta açıklanmayan af, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliğini etkilemez¹⁶⁸. Bu görüşteki bazı yazarlara¹⁶⁹ göre burada bir kanun boşluğu değil, olumsuz bir çözüm bulunmaktadır. Zira mirastan yoksunluğun, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkacağı açıkça hükmü bağlandığı hâlde (TMK m 578/2, ZGB Art 540/2), mirasçılıktan çıkarma bakımından benzeri bir hükme yer verilmesi, ZGB hazırlanırken tartışılıp reddedilmiştir¹⁷⁰. Mirastan yoksunluğun herhangi bir şekle bağlı olmaması, mirasçılıktan çıkarmanın ise ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılması zorunluluğu karşısında, mirasçılıktan

¹⁶⁴ Yağcı (n 11) 441 dn 63. Gerçi söz konusu örnek bakımından, bu durumda da TMK m 578/1 b 1 gereği mirastan yoksunluk gündeme gelir.

¹⁶⁵ Weimar, *BK* (n 3) Art 479 ZGB N 12; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 180; İmre ve Erman (n 17) 243, dn 29; Serozan (ve Engin) (n 18) 403; Şener 'Iskat' (n 20) 101. Bu yönde: 2. HD 17.07.1977 E: 2878 K: 4136. Bu görüşteki Şener'e göre bu hükümde mirasçılıktan çıkarılan kişinin alacaklılarına veya iflas idaresine sadece tenkis davası açma hakkı verilmiştir. İstisnai nitelikteki bu hükmü genişleterek, bunların iptal davası da açabileceğini kabul etmek uygun değildir. Bunun hâkim görüş olduğu hususunda bkz Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005) 172.

¹⁶⁶ Çabri (n 18) 877.

¹⁶⁷ Tuor und andere (n 9) 670; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 7; Köprülü (n 4) 289.

¹⁶⁸ İmre ve Erman (n 17) 239; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 176; Oğuzman (n 16) 260-261; Antalya, *Miras* (n 32) 260, 261; Çakın (n 30) 535 (karş 529); Şener, 'Iskat' (n 20) 86-87; Özüğür (n 147) 348. Bunun hâkim görüş olduğu hususunda bkz Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 7.

¹⁶⁹ Antalya, *Miras* (n 32) 261.

¹⁷⁰ Markus Reber und Christoph Hurni, in *Berner Kommentar Band/Nr. Materialien, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch*, Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (hrsg) (Stämpfli 2007), N 988.

çıkarmanın ölümüne bağlı bir tasarrufta açıklanmayan afla ortadan kalkmayacağını kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir¹⁷¹. İsviçre Federal Mahkemesinin¹⁷² ve Yargıtayın¹⁷³ da bu görüş doğrultusunda vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır.

Bu husustaki bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise ölümüne bağlı bir tasarrufta açıklanmayan af, mirasçılıktan çıkarmayı ortadan kaldırmasa da, mirasçılıktan çıkarılana tenkis davası açarak ve bu davada affedildiğini ispatlayarak¹⁷⁴ saklı payını elde etme hakkı verir¹⁷⁵. Gerçekten de bu tür bir af, mirasçı ile mirasbırakan arasında kopmuş olan aile bağlarının yeniden tesis edildiğini ve dolayısıyla mirasçılıktan çıkarma sebebinin ortadan kalktığını gösterir.

Mirasbırakanın mirasçılığı affettikten sonra mirasçılıktan çıkarma işlemini yaptığı hâllerde ise bu af aile bağlarının kopmadığını gösterdiğinden, TMK m 512/3 gereği tasarruf mirasçının saklı payı dışında yerine getirilmelidir¹⁷⁶.

Öğretide, mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkardığı kişi lehine vasiyet yoluyla kazandırmada bulunabileceği¹⁷⁷ veya bu kişiyi mirasçı olarak atayabileceği¹⁷⁸ belirtilmektedir. Kanaatimizce bu tür tasarrufların mirasçılıktan çıkarma bakımından af anlamına gelip gelmediğinin üzerinde titizlikle durulmalıdır¹⁷⁹.

¹⁷¹ Özüğür (n 147) 348.

¹⁷² BGE 55 II 164; BGE 73 II 208.

¹⁷³ Yargıtay 2 HD, 7414/10276, 07.01.1997.

¹⁷⁴ Breitschmid und andere (n 1) 47, 51; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 23 - Art 479 ZGB N 14; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 479 ZGB N 5.

¹⁷⁵ Tuor und andere (n 9) 670; Breitschmid und andere (n 1) 47; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 22-23; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 7 - Art 479 ZGB N 4, 50; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 318; Dural ve Öz (n 4) 216; Öztan, *Miras* (n 9) 147-148, 152; Yağcı (n 11) 388; Tongsir (n 11) 257. Hatemi'ye göre ise koruyucu mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin "Miras açıldığı zaman borç ödemededen aciz belgesinin hükmü kalmamışsa veya belgenin kapsadığı borç tutarı mirasçılıktan çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyorsa, mirasçılıktan çıkarılanın istemi üzerine çıkarma iptal olunur." şeklindeki TMK m 513/2'deki kural örnek alınarak, mirasbırakanın cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu yaptıktan sonra mirasçılıktan çıkardığı kişiyi affetmesi durumunda, affedilenin mirasbırakanın ölümüyle yürürlüğe giren tasarrufun hatalı olduğu gerekçesiyle dava açabileceği kabul edilmelidir. Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014) 115. Serozan'da bu hükme değinmesinin yanı sıra, TMK m 544 ve 578/2'deki hükümlere de değinerek, affin mirasçılıktan çıkarmayı tamamen ortadan kaldırması gerektiğini ileri sürmektedir. Serozan (ve Engin) (n 18) 403.

¹⁷⁶ Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 21 - Art 479 ZGB N 10; Oğuzman (n 16) 260 dn 582a. Ayrıca bkz Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 7; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 7.

¹⁷⁷ Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 17 - Art 478 ZGB N 5; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 478 ZGB N 1; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 4; Öztan, *Miras* (n 9) 149; İmre ve Erman (n 17) 240. Bu yönde: Yargıtay 3 HD, 3523/4550, 04.04.2017. Akla yakın olmamakla beraber böyle bir tasarrufun mümkün ve geçerli olduğu görüşünde: Şener 'İskat' (n 20) 99.

¹⁷⁸ Tuor und andere (n 9) 671; Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 17 - Art 478 ZGB N 5; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 478 ZGB N 1; Bürgi, *OFK* (n 14) Art 477 ZGB N 4; İmre ve Erman (n 17) 238.

¹⁷⁹ Ayrıca bkz Ergüne (n 126) 171-172; İmre ve Erman (n 17) 240. Mirasçılıktan çıkarılan kişi lehine daha sonra yapılan tasarrufların af anlamına gelmeyeceği görüşünde: Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 25.

E. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Mirastan Yoksunluk (Mahrumiyet) Sebepleri Karşısındaki Durumu

TMK m 578/1'de (ZGB Art 540/1) 4 bent hâlinde sınırlı bir şekilde sayılan¹⁸⁰ fiilleri işleyen kişilerin, mirasçı olamayacakları ve ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak edinemeyecekleri hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre mirasçı veya vasiyet alacaklısı olamayacak kişiler, mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden (b 1), mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getiren (b 2), mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayan ve engelleyen (b 3) ve mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıran veya bozan (b 4) kişilerdir.

Mirastan yoksunlukta failin, işlemiş olduğu fiil nedeniyle miras üzerinde herhangi bir hak elde etmesini engelleme amacı bulunduğundan, bu kurumla mirasçılıktan çıkarma arasında bir paralellik bulunmaktadır¹⁸¹. Mirasçılıktan çıkarma kurumunun yanında ayrıca mirastan yoksunluğun düzenlenmesinin nedeni, mirastan yararlanmaya layık olmayan kişinin, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapma imkânına sahip olmadığı hâllerde miras üzerinde herhangi bir hak elde etmesini engellemektir¹⁸². İşte bu nedenle mirastan yoksunluğun cezai mirasçılıktan çıkarmayı tamamladığı belirtilmektedir¹⁸³. Gerçi mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmeye teşebbüs etme hâlinde mirasbırakan faili mirasçılıktan çıkarma imkânını elde etmiş olabilir. Ancak kanun koyucu bu hâlde mirasbırakanın iradesini açıklayıp açıklamadığı ile ilgilenmeksizin sadece fiili nazara alarak, bu fiile doğrudan mirastan yoksunluk sonucunu bağlamıştır¹⁸⁴.

Mirastan yoksunluk ile mirasçılıktan çıkarmanın amaçları arasında bir paralellik olsa da, bu iki kurum arasında önemli farklar da bulunmaktadır. Mirasçılıktan çıkarma için mirasbırakanın bu yönde ölüme bağlı bir tasarruf yapması gerekirken, mirastan yoksunluk için herhangi bir tasarruf yapması gerekmez; sebep gerçekleşince

¹⁸⁰ Wildisen, *CHK* (n 29) Art 540 ZGB N 1; Hrubesch-Millaue, *OFK* (n 53) Art 540 ZGB N 8; Gönensay ve Birsan (n 25) 192, 193; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 533. Burada her ne kadar sınırlı bir sayım yapılmış olsa da, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” şeklindeki TMK m 2/2’den yararlanarak, mirasbırakanın mirasından yararlanmaya layık olmayan kişilerin de mirastan yoksun oldukları sonucuna varılabileceği görüşünde: (Serozan ve) Engin (n 18) 467, 470. Ayrıca bkz Tuor und andere (n 9) 711 fn 11; Yağcı (n 11) 60.

¹⁸¹ Dural ve Öz (n 4) 368; İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 458; Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 445. Gerek mirasçılıktan çıkarmanın gerekse mirastan yoksunluğun medeni hukuk cezası niteliğinde olduğu görüşünde: M Tark Güleriyev ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz A, ‘Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuk Müesseseleri İle Mukayesesi’ (2019) 31 (141) TBBD 325, 357; Serozan (ve Engin) (n 18) 398; Şakir Berki, *Miras* (n 14) 49.

¹⁸² Tuor und andere (n 9) 710; Hrubesch-Millaue, *OFK* (n 53) Art 540 ZGB N 3-4; Dural ve Öz (n 4) 368-369; (Serozan ve) Engin (n 18) 464-465; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 219; İmre ve Erman (n 17) 290-291; Çubukgil, ‘Adi İskat’ (n 4) 446; Şener ‘Mahrumiyet’ (n 26) 101.

¹⁸³ Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 532; (Serozan ve) Engin (n 18) 465; Antalya, *Miras* (n 32) 378.

¹⁸⁴ Tuor und andere (n 9) 710; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 218-219; (Serozan ve) Engin (n 18) 465, 469.

fail kanun gereği (kendiliğinden) mirastan yoksun olur¹⁸⁵. Bu yönüyle mirastan yoksunluğun mirasçılıktan çıkarmadan daha önemli olduğu ve mirasçılıktan çıkarmayı güçlendirdiği ileri sürülmektedir¹⁸⁶.

Mirasçılıktan çıkarma sadece saklı paylı mirasçılar için söz konusu olduğu hâlde, mirastan yoksunluk saklı paylı olsun olmasın tüm kanuni mirasçıların yanı sıra atanmış mirasçıların ve hatta vasiyet alacaklılarının mirastan hak elde etmesine engel olur¹⁸⁷. Bu yönüyle mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluktan daha dardır. Fiilin işlendiği kişi bakımından ise mirastan yoksunluk mirasçılıktan çıkarmadan daha dardır. Ağır suçun mirasbırakanın yakınlarına karşı işlenmesi ya da mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüğün ağır bir şekilde ihlal edilmesi dahi mirasçılıktan çıkarma için yeterliyken, mirastan yoksunluk için TMK m 578/1’de belirtilen fiillerden birinin mutlaka mirasbırakana karşı işlenmesi gerekir¹⁸⁸.

Mirasçılıktan çıkarma ile mirastan yoksunluk arasındaki bir diğer fark da af yönündendir¹⁸⁹. TMK m 578/2’de mirastan yoksunluğun mirasbırakanın affıyla ortadan kalktığı açıkça belirtilmiştir¹⁹⁰. Mirasçılıktan çıkarmada bu şekilde açık bir hüküm bulunmadığı gibi, konu öğretide de tartışmalıdır¹⁹¹. Nihayet mirasçılıktan çıkarma sebeplerine ilişkin TMK m 510’da oldukça geniş ve esnek nitelikteki bir hüküm olduğu hâlde, yoksunluk sebepleri TMK m 578/1’de daha dar bir şekilde sayılmıştır¹⁹².

Kasten ve hukuka aykırı olarak mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmek, TMK m 510 b 1’e göre bir mirasçılıktan çıkarma sebebi olduğu hâlde bu fiil, TMK m 578/1 b 1’de mirastan yoksunluk sebebi olarak da gösterilmiştir. Bu tür bir fiile maruz kalan mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarruf yapma imkânından yoksun olabileceği gerekçesiyle bu fiilin ayrıca mirastan yoksunluk sebebi olarak da düzenlenmesinin isabetli olduğu belirtilmektedir. Ancak bu tür bir fiile maruz kalan mirasbırakanın, faili mirasçılıktan çıkarma imkânı olduğu hâlde bunu yapmamasının, mirastan yoksunluk bakımından af anlamına gelip gelmeyeceğinin üzerinde ayrıca durulması gerektiği de belirtilmektedir¹⁹³. Kanaatimizce mirasbırakanın faili mirasçılıktan çıkarma imkânı olduğu hâlde sırf bunu

¹⁸⁵ Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 16; Hrubesch-Millaue, *OFK* (n 53) Art 540 ZGB N 4; Şener ‘Mahrumiyet’ (n 26) 102.

¹⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 532; Dural ve Öz (n 4) 369. Ayrıca bkz Şener ‘Mahrumiyet’ (n 26) 101.

¹⁸⁷ Oğuzman (n 16) 317 dn 31; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 219; Şener ‘Mahrumiyet’ (n 26) 102.

¹⁸⁸ Hrubesch-Millaue, *OFK* (n 53) Art 540 ZGB N 4; Dural ve Öz (n 4) 369; Yağcı (n 11) 62.

¹⁸⁹ İnan, Ertaş ve Albaş (n 7) 458; Kılıçoğlu, *Miras* (n 16) 263; Şener ‘Mahrumiyet’ (n 26) 115.

¹⁹⁰ Mirasbırakanın aften dönemeyeceği, ancak mirasçılıktan çıkarma imkânına başvurabileceği görüşünde: İmre ve Erman (n 17) 296; Köprülü (n 4) 355; Oğuzman (n 16) 318. Kanaatimizce bir olay hem mirastan yoksunluk hem de mirasçılıktan çıkarma sebebiyse ve mirasbırakan bu olayın failini affettikten sonra, aynı olaya dayanarak mirasçılıktan çıkarma işlemini yapmışsa mirasçı, TMK m 512/3 gereği saklı payını talep edebilmelidir. Zira mirastan yoksunluğu ortadan kaldıran affın mirasçılıktan çıkarma için de geçerli olduğu kabul edilmeli ve mirasbırakanın affettiği fail hakkında sonradan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

¹⁹¹ Bkz IV. D)

¹⁹² İmre ve Erman (n 17) 291; Köprülü (n 4) 353-354; Oğuzman (n 16) 317 dn 31.

¹⁹³ Dural ve Öz (n 4) 371.

yapmamış olmasının, mirastan yoksunluk bakımından af anlamına geldiği söylenemez. Zira daha önce de belirtildiği üzere, kanun koyucu bu hâlde mirasbırakanın iradesini açıklayıp açıklamadığı ile ilgilenmeksizin sadece fiili nazara alarak, bu fiile doğrudan mirastan yoksunluk sonucunu bağlamıştır. Ancak mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma işlemi yapması hâlinde bu iradesine üstünlük tanınarak mirasçı hakkında yoksunluk hükümleri değil, mirasçılıktan çıkarma hükümleri uygulanmalıdır¹⁹⁴.

Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirme diğer bir deyişle mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini kaybetmesine yol açma da yoksunluk sebeplerinden biridir (TMK m 578/1 b 2). Bu durumda önemli olan, ehliyet kaybının mirasbırakanın öldüğü ana kadar devam etmiş olmasıdır. Mirasbırakan iyileştikten sonra faili mirasçılıktan çıkarabileceği ya da lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufu geri alabileceği için, ehliyet kaybının geçici olması yoksunluk sebebi oluşturmaz¹⁹⁵. Ancak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini geçici olarak kaybetmesine neden olan fiil, aynı zamanda bir mirasçılıktan çıkarma sebebi ise bu yönde bir tasarrufun yapılabilmesi mümkündür. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini geçici olarak kaybetmesi hâlinde, iyileştirdikten sonra buna sebep olan faili mirasçılıktan çıkarmamasının ya da daha önce bu fail lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufları geri almamasının, büyük bir ihtimalle faili affettiği anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁹⁶. Ancak mirasbırakanın geçici olarak fiil ehliyetini kaybetmesine neden olan fiil, öldürme teşebbüsü ise failin zaten kendiliğinden mirastan yoksun olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

F. Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin veya Bunlara Benzer Sebeplerin Gerçekleşmesinin Yarattığı Diğer Sonuçlar

Mirasçılıktan çıkarma sebepleri, miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönmeye de imkân verir. Nitekim TMK m 546/2’de miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa mirasbırakanın, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırmaya hakkı vardır (ZGB Art 513/2). Hükümde sadece mirasbırakana karşı gerçekleştirilen davranıştan söz edildiği gerekçesiyle mirasbırakanın yakınlarına veya aile üyelerine karşı gerçekleştirilen fiillerin miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönme hakkı vermeyeceği ileri sürüldüğü¹⁹⁷ gibi,

¹⁹⁴ Yağcı (n 11) 211-212.

¹⁹⁵ Gönensay ve Birsen (n 25) 195; Ayiter ve Kılıçoğlu (n 2) 220; Şener ‘Mahrumiyet’ (n 26) 110.

¹⁹⁶ Dural ve Öz (n 4) 371.

¹⁹⁷ Pia Badertscher, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art 513 ZGB N 7; Öztan, *Miras* (n 9) 265; İnan, Ertuş ve Albaş (n 7) 204 dn 152; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İÜHF Yayınları 1975) 335-336. Serozan’a göre ancak mirasbırakanın yakınına veya aile üyesine karşı işlenen fiilin mirasbırakana da yöneltilmiş sayılabileceği durumlarda miras sözleşmesi temelinden sarsıldığı için, mirasbırakanın dönme hakkına sahip olduğu kabul edilebilir.

bunun aksi de savunulmaktadır¹⁹⁸. Kanaatimizce burada miras sözleşmesi aracılığıyla lehine tasarrufta bulunulan kişi ile saklı paylı mirasçı arasında, miras dışı bırakarak cezalandırma bakımından bir paralellik kurulması amaçlandığından¹⁹⁹, sebeplerin daraltılması gerekmez²⁰⁰. Bu nedenle mirasbırakana karşı işlenen fiiller gibi, mirasbırakanın yakınlarına ve aile üyelerine karşı işlenen fiillerin de mirasbırakana miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönme hakkı verdiği kabul edilmelidir.

Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin miras hukuku dışında yarattığı bazı sonuçlar da vardır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 1493. maddesinin 4. fıkrasına göre hayat sigortalarında sigorta ettiren, lehtarını değiştirme hakkından vazgeçerek poliçeyi lehtara teslim etmişse artık bu lehtarını değiştiremez. Ancak lehtarın mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden herhangi birini gerçekleştirmesi, sigorta ettirene lehtarını değiştirme hakkı tanyan istisnai hâllerden biridir.

Mülga Türk Kanunu Medenisi'nde evlatlık ilişkisinin, evlatlığın mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birini gerçekleştirmesi hâlinde, evlat edinenin talebi üzerine mahkeme kararı ile kaldırılabilceği hükme bağlanmıştı (m 258/1 c 2). Bu hüküm TMK'ya alınmamış olsa da, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrası gereği, TMK'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulan evlatlık ilişkileri bakımından bu hükmün uygulanabilmesi mümkündür²⁰¹.

Erginlerin veya kısıtlıların evlat edinilmesinde evlat edinenin altsoyunun muvafakatinin alınması gerekir (TMK m 313). Ancak söz konusu altsoyun, evlat edinene karşı mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden herhangi birini gerçekleştirdiği hâllerde, artık muvafakatinin alınmasına gerek olmadığı kabul edilmelidir²⁰².

Bir kişinin mirasçılıktan çıkarılmasının veya en azından mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden herhangi birini gerçekleştirmesinin TMK m 364 uyarınca nafaka ödeme yükümlülüğünü etkileyip etkilemediği ise tartışmalıdır. Bu husustaki bir görüşe göre

¹⁹⁸ Weimar, BK (n 3) Art 513 ZGB N 9. Ayrıca bkz Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri* (İÜHF Yayınları 1980) 238; İmre ve Erman (n 17) 179-180; Serozan (ve Engin) (n 18) 348.

¹⁹⁹ Kanun'un mirasçılıktan çıkarma sebeplerini miras sözleşmesinden dönme sebebi olarak belirlemekle miras sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunulan kişiyi bir tür sözleşmeden doğan saklı paylı mirasçı olarak kabul edip, bunlarla saklı paylı mirasçılar arasında bir paralellik kurduğu görüşünde: Dural (n 198) 231; Dural ve Öz (n 4) 120.

²⁰⁰ Miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kişiden, saklı paylı mirasçıdan beklenen sadakatın beklenemeyeceği, bu nedenle miras sözleşmesinden dönme hakkı kullanılırken bu sebeplerin daha dar bir biçimde değerlendirilmesi gerektiği görüşünde: Serozan (ve Engin) (n 18) 348-349. Ayrıca bkz Serozan, *Dönme* (n 197) 335. Kanaatimizce mirasbırakanla miras sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunduğu kişi arasındaki bizzat kendi iradelerine dayanan bağ da yabana atılacak nitelikte değildir. Ayrıca bir mirasbırakanla saklı paylı mirasçısı arasındaki tek bağ, sırf kan bağına veya kâğıt üzerinde devam eden bir evliliğe dayanabilir. Öğretide de miras sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunulan kişinin, hangi nedene dayanarak saklı paylı mirasçılardan daha çok korunması gerektiğinin açıklanamayacağı vurgulanmaktadır. Ayrıca bkz Dural (n 198) 238.

²⁰¹ Ersöz (n 15) 235-236 dn 265.

²⁰² Tuğçe Tekben ve Semih Yünlü, 'Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi' iç Hasan Erman ve diğerleri (edr) *Prof Dr Necla Giritlioğlu'na Armağan* (On İki Levha 2020) 559, 609; Tuba Birinci Uzun, 'Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesinde Evlat Edinenin Altsoyunun Açık Muvafakatinin Bulunması Koşulu' (2017) 19 (Özel Sayı: Prof Dr Şeref Ertaş'a Armağan) DEÜHF 535, 563-564.

mirasçılıktan çıkarmanın nafaka yükümlülüğüne herhangi bir etkisi yoktur²⁰³. Katıldığımız görüşe göre ise bir kişi, nafaka yükümlülerinden birine karşı mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden herhangi birini gerçekleştirmişse ilgili kişinin nafaka yükümlülüğü ortadan kaldırılabilmelidir²⁰⁴. Aslında mirasçılıktan çıkarma, çıkarılan arasındaki soybağını etkilemediğinden²⁰⁵ ve mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarruf, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurabileceğinden²⁰⁶ bir an için, mirasçılıktan çıkarma işleminin yapıldığı hâllerde bile, çıkarmanın çıkarılana karşı nafaka yükümlülüğünün devam etmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak TMK m 365/3'de (ZGB Art 329/2) nafakanın yükümlülerin bir veya bir kaçından istenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu hâllerde hâkimin, söz konusu kişilerin nafaka yükümlülüğünü azaltabileceği veya kaldırabileceği hükme bağlanmıştır. İşte bu hükme göre mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden herhangi birini nafaka yükümlüsüne karşı gerçekleştirenin, daha sonra bu yükümlüden nafaka talep etmesinin hakkaniyete aykırı düşeceği söylenebilir. Öğretide bu hususta mirasçılıktan çıkarma sebepleri arasında bir ayırım yapılması gerektiği yönünde bir görüş de ileri sürülmektedir²⁰⁷. Buna göre mirasçının mirasbırakana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemiş olduğu hâllerde, nafaka yükümlüsü mirasbırakanın mahkemeden bu yükümlülüğün yerine getirilmemesini isteyebilmesi mümkündür. Ancak mirasçının mirasbırakana veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmediği tüm hâllerde, nafaka yükümlülüğünün ortadan kalktığını kabul etmek hakkaniyete uygun olmaz; ihlal edilen yükümlülüğün niteliğine bakmak gerekir. Kanaatimizce zaten aile hukukundan doğan yükümlülüklerin herhangi bir şekilde ihlal edilmesi değil, ağır bir şekilde ihlali mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edildiğinden, burada ayrıca böyle bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ise bir kararında altsoyun üstsoya karşı yardım yükümlülüğü ile üst soyun altsoya karşı olan yardım yükümlülüğünün ahlaki, geleneksel ve toplumsal nedenlerinin farklı olduğu gerekçesiyle aile bağlarını sarsmış olması hâlinde bile, altsoyun üstsoya karşı olan nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldıramayacağına, ancak üstsoyun altsoya karşı olan nafaka yükümlülüğü bakımından aksinin söz konusu olabileceğine hükmetmiştir²⁰⁸. Kanaatimizce nafaka yükümlüleri arasında bu tür bir ayırım yapmak, adil değildir.

²⁰³ Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010) 447-448; Şakir Berki, *Miras* (n 14) 42-43 dn 60. Ayrıca bkz Çubukçil, 'Hüküm ve Netice' (n 121) 596.

²⁰⁴ Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi II Aile Hukuku* (3. Bası, İÜHF Yayınları 1952) 298; Ayşen Çilenti Konuralp, 'Türk-İsviçre Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması' (2020) 22 (2) DEÜHFD 1021, 1046-1047; Barış Demirsatan, 'Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)' iç 6. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Yoksulluk, Tebliğler* (On İki Levha 2017) 69, 70; Ayrıca bkz Roland Fankhauser, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art 329 ZGB N 2; Tuor und andere (n 9) 527; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (5. Bası, Turhan Kitabevi 2004) 707. Ayrıca bkz ve karşı Meltem Demiral, 'Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hallerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeligi Hakkında Bir Yargıtay Karar İncelemesi' (2009) 11 (Özel Sayı: Prod. Dr. Bilge UMAR'a Armağan) 1111, 1332 vd.

²⁰⁵ Baygın, *Soybağı* (n 203) 448; Çabri (n 18) 271.

²⁰⁶ Demiral (n 204) 1133.

²⁰⁷ Selin Sert, 'Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi' (2015) 5 (16) TAAD 229, 241 vd.

²⁰⁸ 22.01.2008 E: 19271 K: 860.

Mirasçılıktan çıkarılan veya mirasçılıktan çıkarılmış olmasa da mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden herhangi birini gerçekleştiren kişinin ise diğer koşulların da mevcut olması hâlinde mirasbırakana (sağlığında) nafaka ödemesi gerektiği kabul edilmelidir²⁰⁹.

Mirasçılıktan çıkarma sebeplerine benzer sebeplerin bağışlama sözleşmesi bakımından üstlendiği roller de mevcuttur²¹⁰. Nitekim TBK m 295’de bağışlananın, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlediği (b 1) ya da bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine²¹¹ önemli ölçüde aykırı davrandığı (b 2) hâllerde bağışlayanın, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabileceği ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. TBK m 296/1 b 1’de ise bu sebeplerin mevcut olduğu hâllerde bağışlama sözü verenin, sözünü geri alabileceği ve onu ifadan kaçınabileceği düzenlenmiştir²¹².

Mirasçılıktan çıkarma sebeplerine benzer sebeplerin kamu hukukuna ilişkin haklar bakımından üstlendiği roller de bulunmaktadır. Nitekim Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 56. maddesinin ilk fıkrası: “Ölen sigortalının hak sahiplerinden; a) ... b) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya geliri ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya hak sahibine karşı ağır bir suç

²⁰⁹ Demirsatan (n 204) 70-71. Ayrıca bkz ve karşı Sert (n 207) 241.

²¹⁰ Aydın Zevkililer ve K Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Bası, Turhan Kitapevi 2013) 181; Çiğdem Mine Yılmaz, ‘Türk Hukukunda Yerine Getirilmiş Bağışlamanın Geri Alınması ve BGB. 313. Çerçevesinde Alman Federal Yüksek Mahkeme Kararının Düşündürdükleri’ (2019) 10 (2) İÜHFD 712, 717. Ayrıca bkz ve karşı Weimar, *BK* (n 3) Art 477 ZGB N 4; Wildisen, *CHK* (n 29) Art 477 ZGB N 2; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (9. Bası, Yetkin 2012) 204-205; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019) 301; Yargıtay 1 HD, 569/1174, 26.02.2018.

²¹¹ Burada “kanundan doğan yükümlülükler” ifadesi kullanılmış olsa da, Kaynak Kanun’un Almanca metninde (OR Art 249 Ziff 2) (aynen TMK m 510 b 2’de olduğu gibi) “aile hukukundan doğan yükümlülükler” ifadesi kullanılmıştır. Ancak öğretilde, kanundan doğan yükümlülüklerin başında aile hukukuna ilişkin kanuni yükümlülükler gelse de, aile hukukundan doğmayan farklı kanuni yükümlülüklerin bulunabileceği de savunulmaktadır. Eren (n 210) 303-304. Kanaatimizce TBK m 295 b 2’de geçen “kanundan doğan yükümlülükler” ifadesinin, “aile hukukundan doğan yükümlülükler” şeklinde anlaşılması daha isabetli olur. Zira bu mesele ile ilgili olarak Kaynak Kanun’un Fransızca metninde “kanundan doğan yükümlülükler” ifadesi kullanılmış olsa da, İsviçre hukukunda bu hâllerde “aile hukukundan doğan yükümlülüklerin” söz konusu olduğu tereddütsüz kabul edilmektedir. Theo Guhl und andere, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Auflage, Schulthess 2000) 402; Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (Schulthess 2012) 781-782; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR* (Stämpfli 2012) 160; Beat Schönenberger, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 318 OR*, Markus Müller-Chen und Claire Huguenin (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 249 OR, N 5; Denise Weingart, in *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art 249 OR N 12.

²¹² İsviçre hukukunda bağışlamanın ve bağışlama sözünün geri alınması sebeplerinin mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürüldüğü gibi (Guhl und andere (n 211) 402; Koller (n 211) 160), bu sebeplerin mirasçılıktan çıkarma sebeplerine göre daha geniş kapsamlı ele alınması gerektiği de savunulmaktadır (Nedim Peter Vogt, in *BSK - Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (hrsg) (2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 1996) Art 249 OR N 8; Weingart, *OFK* (n 211) Art 249 OR N 8). Bağışlamada, en fazla ağır suçtan veya aile hukukundan doğan yükümlülüğün ağır ihlalden etkilenenlerinin kapsamının makul bir şekilde genişletilebileceği de ileri sürülmektedir. Schönenberger, *CHK* (n 211) Art 249 OR, N 3. Mirasçılıktan çıkarma sebebi olan ağır suç ile bağışlamanın ve bağışlama sözünün geri alınması sebebi olan ağır suça ilişkin değerlendirmelerin her zaman aynı olmayacağı, zira bağışlayan ve bağışlanan arasında mirasbırakan ve saklı paylı mirasçı arasındaki kadar yoğun bir ilişki olmayabileceği görüşünde: Pekmez (n 46) 226-227.

işlediği veya bunlara karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarıldıkları hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere gelir veya aylık ödenmez. Ödenmiş bulunan gelir ve aylıklar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır.” hükmünü içermektedir²¹³.

Sonuç

Cezai mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın Kanun’da belirtilen sebeplere dayanarak yapmış olduğu tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf ile saklı paylı bir mirasçısının saklı payını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmasıdır. TMK m 510’da iki bent hâlinde kısaca belirtilen mirasçılıktan çıkarma sebepleri hakkında madde gerekçesinde dahi yeterli açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle kimlerin mirasbırakanın yakını veya aile üyesi sayıldığı, hangi suçların ağır suç kapsamına girdiği ve aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesinden ne anlaşılması gerektiği gibi meselelerde yargı kararlarına ve öğretiyeye başvurmak gerekir. Fakat bu meselelerle ilgili birbiriyle çelişen birçok yargı kararı bulunduğu gibi, öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Kanun koyucunun mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletme yönündeki tavrı nazara alınarak, bu meselelerde daima mirasçılıktan çıkarmayı kolaylaştıran yoruma üstünlük tanınmalıdır. Bu esastan hareket ederek vardığımız sonuçları şu şekilde özetleyebilmemiz mümkündür. Mirasçı ile mirasbırakanın veya yakınının eşit kusurlu olduğu hâllerde, mirasbırakanın iradesine üstünlük tanınarak mirasçılıktan çıkarma işleminin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Mirasçının, mağdurun mirasbırakanın yakını veya aile üyesi olduğunu bilmese dahi mirasçılıktan çıkarılabileceği benimsenmelidir. Henüz gerçekleşmemiş bir sebebin ileride gerçekleşmesi ihtimaline dayanarak mirasçılıktan çıkarma işleminin yapılması da mümkün olmalıdır.

Mirasçılıktan çıkarmanın TMK m 511’de belirtilen hüküm ve sonuçları doğurabilmesi için çıkarma sebebinin tasarrufta belirtilmesi gerekir. Aksi hâlde tasarruf mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir. Mirasçılıktan çıkarılanın itiraz etmesi hâlinde, tasarrufta belirtilen sebebin varlığını ispat, çıkarmadan yararlanan mirasçılara düşer. Sebebin varlığının ispat edilemediği hâllerde de tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir. Tasarrufta gösterilen sebebin yeterli olmadığı hâllerde de aynı sonucun doğması gerekir. Ancak mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmayı, çıkarma sebebi hakkında düştüğü bir yanılma yüzünden yaptığı hâllerde mirasçı, mirasbırakanın sebep hakkında yanılmış olduğunu ispatlayarak tüm miras payını elde edebilir (TMK m 512).

²¹³ Mirasçılıktan çıkarılan kişinin ölmesinin, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanmasına engel olmayacağı görüşünde: Çiğdem Yorulmaz, ‘Ölüm Sigortası’ (2010) 68 (3) ABD 289, 292. Kanaatimizce bu hak sahipleri arasında ölen kişi hakkında mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunan bir kişinin olması da bu sonucu değiştirmez. Diğer bir deyişle ölen kişiye daha önce mirasçılıktan çıkarana da ölüm aylığı bağlanabilir.

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan başka bir ölüme bağlı tasarruf yaparak dönmeksizin mirasçılıktan çıkarılanı affetmesi hâlinde, çıkarılan, tenkis davası açarak ve bu davada affedildiğini ispatlayarak saklı payını elde edebilir. Mirasbırakanın mirasçiyı affettikten sonra mirasçılıktan çıkarma işlemini yaptığı hâllerde de tasarruf mirasçının saklı payı dışında yerine getirilmelidir. Mirasbırakanın çıkardığı kişi lehine vasiyet yoluyla kazandırmada bulunması veya bu kişiyi mirasçı olarak ataması hâlinde, bu tasarrufların çıkarma bakımından af anlamına gelip gelmediğinin üzerinde titizlikle durulmalıdır.

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

- Abt D, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457 - 640 ZGB*, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Aksu M, 'MK m. 181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi' *Prof Dr Hüseyin Hatemi'ye Armağan C 1* (Vedat 2009) 251-272.
- Antalya OG, *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (Alkım 1999). [*Feragat*]
- Antalya OG, *Marmara Hukuk Yorumu C III, Miras Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2019). [*Miras*]
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (9. Bası, Yetkin 2012).
- Artuk ME ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler* (13. Bası, Adalet 2019).
- Ayan M, *Miras Hukuku* (9. Bası, Seçkin 2016).
- Ayiter N ve Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (2. Bası, Savaş 1991).
- Badertscher P, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016).
- Baydar U, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE 2005).
- Baygın C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005).
- Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010). [*Soybağı*]
- Belgesay MR, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi II Aile Hukuku* (3. Bası, İÜHF Yayınları 1952).
- Berki AH, *Miras ve Tatbikat* (3. Bası, Yargıçoğlu Matbaası 1968).
- Berki Ş, 'Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları' (1971) 28 (1) AÜHF 309-321.
- Berki Ş, *Miras Hukuku* (AÜHF Yayınları 1975). [*Miras*]
- Birinci Uzun T, 'Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesinde Evlat Edinenin Altsoyunun Açık Muvafakatinin Bulunması Koşulu' (2017) 19 (Özel Sayı: Prof Dr Şeref Ertaş'a Armağan) DEÜHF 535-572.
- Breitschmid P und andere, *Erbrecht* (Schulthess 2010).

- Bürği K, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt - I* (On İki Levha 2018).
- Çağa T, 'Medenî Kanunumuzun Mahfuz Hisse Sistemi ve Mahfuz Hissenin Şartları' (1949) 15 (4) İÜHF 1021-1147.
- Çakın N, 'Türk Hukukunda Mirastan İskat İle İlgili Problemler' (1974) (3) ABD 523-536.
- Çakır AC, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı* (On İki Levha 2018).
- Çilenti Konuralp A, 'Türk-İsviçre Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması' (2020) 22 (2) DEÜHFD 1021-1051.
- Çubukgil R, 'Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) 7 (3) AÜHFD 441-467. ['Adi İskat']
- Çubukgil R, 'Medenî Kanunumuzda Mirastan Adi İskatın Hüküm ve Neticeleri' (1951) 8 (3) AÜHFD 595-609. ['Hüküm ve Netice']
- Demiral M, 'Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hallerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeliği Hakkında Bir Yargıtay Karar İncelemesi' (2009) 11 (Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan) 1111-1138.
- Demirsatan B, 'Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)' iç 6. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Yoksulluk, Tebliğler* (On İki Levha 2017) 69-99.
- Dural M, *Miras Sözleşmeleri* (İÜHF Yayınları 1980).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2021).
- Ergüne MS, *Vasiyetnamenin Yorumu* (On İki Levha 2011).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019).
- Ersöz O, 'Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma' (2019) 7 (14) UMD 195-254.
- Fankhauser R, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457 - 640 ZGB*, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016). [CHK]
- Fankhauser R, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016). [OFK]
- Genç AA, 'Saklı Paylı Mirasçılarının Alacaklılarının ve İflas İdaresinin Tenkis Davası Açma Hakkı (TMK m. 562)' (2020) 28 (2) SÜHFD 511-542.
- Göktürk HA, *Miras Hukuku* (Siyasi Bilgiler Okulu Neşriyatı 1937).
- Gönensay S ve Birsen K, *Miras Hukuku* (2. Bası, İÜHF Yayınları 1963).
- Guhl T und andere, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Auflage, Schulthess 2000).
- Güleryüz MT ve Zorluoğlu Yılmaz A, 'Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuk Müesseseleri İle Mukayesesi' (2019) 31 (141) TBB 325-362.
- Güvenç F, 'Mirastan İskata Karşı Açılacak Davanın Niteliği ve Bu Davadaki İspat Yükü' (1987) 61 (10-11-12) İBD 669-677.
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2014).
- Hekim A ve Kaplan MB, 'Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması' iç Başak Baysal (ed) *Sorumluluk Hukuku* (On İki Levha 2017) 165-188.
- Hofer S, in *Berner Kommentar Bd./Nr. I/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB*, Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (hrsg) (Stämpfli 2012).

- Hrubesch-Millauer S, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016).
- Huguenin C, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (Schulthess 2012).
- İmre Z, *Türk Miras Hukuku* (4. Bası, İÜHF Yayınları 1978).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (7. Bası, Der 2010).
- İnan AN, Ertuş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (9. Bası, Bilge 2015).
- İşgüzar H, *Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler* (Yetkin 2003).
- Kahveci N, 'Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve Türk-İsviçre Hukuku ile Karşılaştırılması' (2013) 8 (Özel Sayı: Prof Dr Aydın Zevkçiler'e Armağan) YÜE-D 1483-1524.
- Kılıçoğlu A, 'Mirastan İskat Konusunda İkinci Hukuk Dairesi'nin Hukuk Dışı Bir Kararı' (1995) 1 TBBD 39-58. ['Mirastan İskat']
- Kılıçoğlu AM, *Miras Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015). [*Miras*]
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2018).
- Kocaağa K, 'Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (MK m. 513)' (2005) 7 (1) DEÜHFD 83-102.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1978).
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR* (Stämpfli 2012).
- Köprülü B, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası, İÜHF Yayınları 1985).
- Marxer S, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016).
- Minnig Y, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016).
- Nar A, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016).
- Oğuzman MK, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1978).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk*, (25. Bası, Vedat Kitapçılık 2009).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku*, (15 Bası, Seçkin 2019).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (5. Bası, Turhan Kitabevi 2004).
- Öztan B, *Miras Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2019). [*Miras*]
- Öztrak İ, *Miras Hukuku* (Ankara 1968).
- Özguç Aİ, 'Miras Hakkından İskat' (1996) 53 (3) ABD 346-353.
- Pekmez C, 'Bağışlamanın Geri Alınmasında "Ağır Suç" Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 7 (2) CHKD 213-232.
- Petek H, 'Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi' (2002) 4 (2) DEÜHFD 139-172.
- Reber M und Humi C, in *Berner Kommentar Band/Nr: Materialien, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch*, Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (hrsg) (Stämpfli 2007).
- Schönenberger B, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 318 OR*, Markus Müller-Chen und Claire Huguenin (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016).

- Schwander I, in *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016).
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (IÜHF Yayınları 1975). [*Dönme*]
- Serozan R, ‘Miras Hukukunun Gelişim Süreci: Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri ’ Meliha Sermin (çev) (2015) 73 (1) İÜHFM 531-559.
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (6. Bası, Seçkin 2019).
- Sert S, ‘Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi’ (2015) 5 (16) TAAD 229-243.
- Şener E, ‘Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller’ (1976) 2 (2) YD 81-103. [‘İskat’]
- Şener E, ‘Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller’ (1976) 2 (3) YD 101-125. [‘Mahrumiyet’]
- Şenocak Z, ‘Cezaî İskat ve Cezaî İskatın Hükümleri’ iç Yaşar Karayalçın (ed) *Prof Dr Ali Bozer’e Armağan*, (BTHAE Yayınları 1998) 421-429.
- Tekben T ve Yünlü S, ‘Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi’ iç Hasan Erman ve diğerleri (edr) *Prof Dr Necla Giritlioğlu’na Armağan* (On İki Levha 2020) 559-612.
- Tongsir FB, ‘Mirastan İskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler’ (1958) 2 (2) İÜMHAD 249-266.
- Tuor P und andere, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Auflage, Schulthess 2010).
- Vogt NP, in *BSK - Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (hrsg) (2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 1996).
- Weimar P, in *Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB*, Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (hrsg) (Stämpfli 2009).
- Weingart D, in *Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere (hrsg) (3. Auflage, Orell Füssli 2016).
- Wildisen C, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457 - 640 ZGB*, Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (hrsg) (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Yağcı K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)* (On İki Levha 2013).
- Yılmaz ÇM, ‘Türk Hukukunda Yerine Getirilmiş Bağışlamanın Geri Alınması ve BGB. 313. Çerçevesinde Alman Federal Yüksek Mahkeme Kararının Düşündürdükleri’ (2019) 10 (2) İÜHFD 712-727.
- Yorulmaz Ç, ‘Ölüm Sigortası’ (2010) 68 (3) ABD 289-309.
- Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Bası, Turhan Kitapevi 2013).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 15-07-2022
Revizyon Talebi: 12-08-2023
Son Revizyon Tarihi: 21-09-2023
Kabul: 22-09-2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Fransa'da Çocuk Hakları

Mehmet Rifat Tınç*

Öz

Fransız hukukunda çocuk, XIX. yüzyıl (yy) ikinci yarısından bu yana, toplumsal değişimlerin de etkisiyle hızla gelişen ve özerkleşen bir hukuk kişisidir. Ancak çocuğun hukuki ehliyetsizliği kuralı nedeniyle, birçok sistemde olduğu gibi Fransız hukukunda da onu yetişkinlerin tersine tam olarak bir hukuk öznisi olmaktan çok, korumaya muhtaç bir hukuk nesnesi şeklinde ele almaktayız. Temel haklardaki ilerleme, evlilik dışı birlikteliklerin hukuki statü kazanması, eşcinsel evliliklerin mümkün hale gelmesi gibi birçok değişikliklerle aile olgusunun yakın zamandaki evrimi ve çocuk haklarına dair uluslararası anlaşmaların artması, Fransız çocuk hukukunun gelişiminde ve çocuk hukuk kişisinin nesne olmaktan özne olmaya doğru geçmesinde etkili olmuşlarsa da, çağdaş hukukta çocuk halen korunması gereken bir nesne olduğundan hukuki ehliyeti kısıtlıdır. Fakat, kendi haklarını kendi başına işletme yetisi arttıkça çocuk da özne haline gelmekte, hatta bazı durumlarda aynı bir yetişkin gibi tam bir hukuk kişisi özelliği kazanabilmektedir. Yine de, bugüne kadar kaydedilmiş bütün gelişimlere rağmen birçok ülkede olduğu gibi Fransa'da da çocuğun ne hukuki statüsü tam olarak öznel bir yapıya kavuşmuştur ne de var olan hakları eksiksiz uygulanabilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Çocuk hakları, Fransız çocuk hukuku, Aile hukuku, Medeni hukuk, Aile birleşimi, Evlat edinme, Kafala, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, Çocuk Hakları Sözleşmesi

Children Rights in France

Abstract

Since the second half of the 19th century, French law has recognized the child as a legal person who has rapidly attained autonomy due to social changes. Due to child's limited legal capacity, the French legal order, as in many other legal systems, treats him or her as an object of law needing protection, rather than as a complete legal subject. Recent changes in the family concept, such as the advancement of fundamental rights; the legal status of extramarital partnerships; the possibility of same-sex marriages; and the expansion of children's rights in international agreements, have influenced the development of French juvenile law; the evolution of the child as a legal person; and his progression from a legal object to a legal subject in contemporary law. Even if childhood remains a legal concept that needs to be protected, children's ability to operate their own rights increases and they become nearly a legal subject. In some cases, they can even acquire a full legal personality just like an adult. However, despite all the progress made so far, the child's legal status has not been fully realized, nor have the existing children's rights been fully implemented.

Keywords

France, Children rights, Child law, Family law, Civil law, Family reunification, Adoption, Kafala, European Union, European Council, United Nations, Convention on the Rights of the Child

* **Sorumlu Yazar:** Mehmet Rifat Tınç (Doç. Dr.), Fransa La Réunion Üniversitesi, Hukuk ve Ekonomi Fakültesi, Maître de conférences, Droit public (Kamu Hukuku), Saint-Denis, Fransa. E-posta : mehmet-rifat.tinc@univ-reunion.fr ORCID: 0000-0002-7908-3261

Atf: Tinc MR, "Fransa'da Çocuk Hakları" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 589. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0010>



Extended Summary

What must be a child legal statute in contemporary law? Should this limited legal personality apprehended as an “object” that naturally needs protection be considered a legal “subject” within the capacity to realize fully its legal existence? Answers given to this question in contemporary French law reveal that the minors’ legal personality is placed somewhere between these two edges: protection as an object of law and acceptance as a total legal subject. Historically, French law treated the child as a “familial object” from the middle ages to the 19th century. Following the industrial revolution, the emergence of a proletarian class and the rights of juveniles in society and civil law continue to expand, thanks to the profound conceptual and social changes in French Family Law. In addition, the rapid development of international law in the 20th century accelerated this movement and granted teenagers additional rights under public law. Children are protected by several international legal warranties, including those provided by the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Social Charter, the Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (Lanzarote Convention), the European Convention on the Exercise of Children’s Rights, and most importantly, the Convention on the Rights of the Child. In addition, France’s membership in the European Union has given rise to directly invocable legal rights, such as the rights to free movement, to be heard, and to family reunification. Thanks to an effective judicial review in administrative, civil, and constitutional law as well as to a strong judicial dialogue between European and French jurisdictions established since the beginning, the objectivation of children’s legal statute has reached an important degree in its implementation today. However, this notable evolution remains limited, and the legal statute of minors in French law is still mostly characterized by the lack of directly invocable personal rights today. The child is largely apprehended by legal order as a matter of protection rather than a complete legal person fully capable of deploying his or her own rights. Submitted to parental authority, tutors, or other types of guardianship; children’s rights do not totally belong to them, their use is conditional, and their effects are restrained mostly by age limits. Even if this specific treatment of children’s legal personality is not discriminating and morally legitim, the permanent evolution of society, impressive progress of technologies, and undeniable acceleration of young people’s maturity (e.g., in the ecological field) necessitates a modification of contemporary legal thinking regarding children’s rights. Moreover, particularly in France, several deficiencies of domestic law exist, such as the lack of political rights for children; restrictions on their access to the labor market; limitations on their contractual rights, judicial and processual rights; their direct proceedings before a tribunal; and their right to be heard and to consent. Furthermore, the official statistics show the defects in the protection against sexual abuse. In addition, the national law has deficiencies in filiation rules

discriminating against children of different types of parents and in the field of family violence, as illustrated by the European Court of Human Rights and the Social Rights Committee's condemnations of France. Lastly, foreign children residing in France may be deprived of their social rights due to administrative irregularities in the status of their parents under French law, or they may be detained in inhumane conditions. The French immigration laws do not provide sufficient protection for unaccompanied minors. In conclusion, even if the child's legal statute is still changing and children rights' content and effectiveness are progressively growing in French domestic law thanks to internal evolution and international guarantees, the French legislator still has a long way to go to improve both the protection of these rights and the modification of handling child legal personality by national law. Children must be increasingly considered as a legal subject of law equal to an adult in terms of their fundamental rights.

“Hiçbir zaman kendimizi çocukların yerine koymayı beceremiyoruz;
fikirlerine iştirak edemiyor, onlara kendimizinkileri dayatıyoruz ve
kendi mantığımızla, kendi gerçekler zincirlerimizle,
kafalarının içine gösterişli ve yanlış şeyler
yüklemekten ileriye gidemiyoruz”¹.

Hukuk çocuğu nasıl ele almalıdır ?² Sadece korunması gereken zayıf bir özne gibi mi yoksa, tamam olmasa da tamamlanma yolunda, büyümesinden sorumlu kurum ve yetişkinlerden özünde bağımsız, özerk bir hukuk kişisi gibi mi ? Çocuğa ne kadar çok nesne yerine özne olarak yaklaşılsa, hukuk ve toplum da o kadar olgun, çağdaş, ileri ve sonuç olarak da “insani” olmaz mı ? Fransa’da çocuk hakları üzerine bu kısa incelemenin ortaya koyduğu böylesi bir tartışmayı açmadan önce konunun öğelerini netleştirmek, Fransa’da çocuk kavramını tanımlamak doğru olur. Her dildeki gibi Fransız hukukunda da “*çocuk*”³, yalnızca reşit olmayan hukuk kişisi anlamında kullanılmamaktadır. Henry Capitant’ın Hukuk Terimleri Sözlüğü⁴ ışığında çocuğu hem reşit olmayan yani “*minör*” hem de geniş anlamıyla “*majör*”, reşit de olsa herhangi birinin evladı şeklinde tanımlayabiliriz. Fakat bu çalışmada, Fransız Hukukunda “çocuk” kavramı elbette dar anlamında, yani 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS)’nin 1. maddesindeki gibi reşit olmayan, Fransız hukukuna uygun şekilde, 18 yaş altı kişiler için kullanılacaktır⁵. Çünkü çocuğun hukukun ne kadar nesnesi ne kadar öznesi olup olmadığı sorusu asıl bu noktada ortaya çıkmaktadır ki konuya bu şekilde yaklaşıldığında, yapılan araştırma çocuk meselesinden de öte bir noktaya, hukukun, hukuk sisteminin kişiye verdiği yere, kişiyi ele alış şekline, toplum ile birey arasındaki ilişkinin mantığına, o ülke hukukunun ruhuna ve olgunluk seviyesine dair değerlendirmelere varmaktadır. Çağdaş Fransız hukukunun toplum ve kişi, özellikle de toplum ve çocuk arasındaki çıkarlar dengesini nasıl sağladığı, çocuğun esasen nesne mi yoksa özne mi olarak ele alındığı, tüm hukukçuların esinlenebileceği, tüm hukuk sistemlerinin ilgilenebileceği örnekler ortaya koyabilir, tüm hukuklarda görülebilecek genel standartların değerlendirilmesine ışık tutabilir. Fakat aynı zamanda, “*küçük insanlar*” deyip geçtiğimiz çocukların farklı farklı ele alınabileceğini, haklarının değişik şekillerde düzenlenebileceğini, dolayısıyla da bir

¹ Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou de l'éducation* (Didot 1817) 17, serbest çevirimiz.

² Bu makale, 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı kapsamında Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen II. Uluslararası Çocuk Hukuku Sempozyumu’na yapılmış bir sunum temelinde hazırlanmıştır. Yazar, bu kısa araştırma fırsatını kendisine veren, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve değerli akademisyen Sayın Prof. Dr. Dr. h. c. Yener Ünver’e ve etkinliğe emeği geçen tüm Özyeğin ekibine, özellikle de Arş. Gör. Anıl Akyıldız’a teşekkürlerini sunar.

³ Fransızca “*enfant*” kelimesi, latince *infans*’tan yani “*konuşmayan*” kelimesinden gelmektedir.

⁴ Henry Capitant *Vocabulaire juridique* (Paris PUF 1930) 227.

⁵ 5 Temmuz 1974 tarihli, 74-631 sayılı kanun uyarınca Fransa’da reşitlik yaşı 21’den 18’e çekilmiştir. BMÇHS, BM Genel Kurul tarafından 20 Kasım 1989’da kabul edildi. 26 Ocak 1990’da Fransa tarafından imzalanmış, 6 Eylül 1990’da iç hukukta yürürlüğe girmiştir.

toplumun çeşit çeşit insani örgütlenme modelleri inşa edebileceğini gösterir. Ancak lafı daha fazla uzatmadan asıl soruya gelelim: Fransız hukukunda çocuk, hukukun yalnızca koruması gereken bir nesnesi midir yoksa etkin bir öznesi midir? Bir başka deyişle, Fransız hukuku çocuk hukuk kişisini esasen nesne değil de özne gibi ele alıp ona doğrudan kendi başına kullanabileceği haklar mı vermektedir yoksa, korunaklı özel bir mevzuata muhtaç hukuk kişileri, mesela akıl hastaları gibi sadece veli ya da temsilcilerinin kullanabileceği haklara sahip, özel bir hukuki denetim altında olan hukuk kişisi nesnelere şeklinde mi işlemektedir? Eğer çocuk esasen “özne” şeklinde değerlendiriliyorsa bu, ilgili toplumun ve hukukunun gelişmiş olduğunu, hem çocuklarının hem de kendisinin olgunlaşıp insani değerler temelinde ilerlemiş olduklarını gösterir. Toplum çocuğu yeterince güçlü şekilde eğitmeyi, iyi yetiştirmeyi başarıyorsa, çocuğa bir mümeyyiz yani özerk düşünce yapısı, özgün bir akıl terazisi sağlayabiliyorsa, onun en erken ve en geniş şekilde kişisel özgürlüklerden yararlanabilmesini de mümkün kılabilir. Eğer tersine, toplum çocuğa yeteri kadar idrak yeteneği, kendini gerçekleştirme, büyüme, sorumluluk, olgunlaşma ve özerklik sağlayamıyorsa, doğal olarak çocuğun haklarını da hem geciktirir hem de sınırlar ki belki de zaten yetişkinlere bile çok dar haklar tanıyan bir hukuktur bu... Böyle bir hukuk çocuğa da, yetişkine de “çocuk muamelesi” yapan, insana öznel bir değer yerine nesnellik yükleyen ve dolayısıyla özgürleştirici olmaktan çok kısıtlayıcı bir hukuktur. Bu da Hukuk olgusunun özüne ters bir durum olarak değerlendirilmelidir. Çocuk hakları hakkında kısa bir inceleme bu tezin ne kadar doğru olup olmadığını gösterecektir.

Bu bağlamda Fransız hukukuna baktığımızda, tarihsel süreçte çocuğun kademe kademe bir nesne iken özne haline dönüşmeye başladığını görmekteyiz. Çocuk, korumaya muhtaç minyatür bir yetişkinden çok, kendine yeten, özerk ve kendi haklarını doğrudan kendi başına kullanabilen, mesela uluslararası hukukun da etkisiyle, kendisi ile ilgili prosedürlerde söz hakkı olan bir birey olma yoluna girmiştir. Sağlık bilgilerini ve bazı önemli tedavi, takip ya da sağlık eylemlerini annesinden babasından bile gizli gerçekleştirebilen, kendi başına sosyal hayata katılabilen, sivil toplum örgütlerinde etkin olabilen, kendi hayatı hakkında çoğu önemli konuda kendisi karar verebilen, özerkleşme yolunda bir hukuk kişisi olarak ele alınmaya başlamıştır. Bu durum da elbette hem toplumun hem de o toplum hukukunun ne kadar ilerlediğini, çağdaşlaştığını, o toplumda hümanizm yolunda bir hukuk bilinci oluştuğunu göstermektedir. Ancak bu noktada iki önemli uyarı yapmakta yarar var. Birincisi Fransız hukukunda çocuk haklarının gelişimi kısa sürede gerçekleşmedi. Güncel çocuk haklarını etkileyen kavram ve olgular, çocuğun sadece bir hukuk nesnesi olmaktan hukuk özneliğine doğru ilerleyişi, uzun tarihsel bir sürecin, toplumsal değişimlerin de etkisiyle yapılmış reformların bir sonucudur. Çağdaş Fransız çocuk hukukunun bugünkü özü ve bunun ileride ne yönde gelişeceği, hukuk açısından çocuğun özne ve nesne hali arasındaki ilişki, bu ilişkinin toplumsal bilinç ve çağdaşlaşma ile olan

bağı, bu sürecin incelenmesiyle daha net anlaşılacaktır (I). İkincisi, Fransız hukuku ne kadar ilerlemiş olursa olsun, “çocuk hukuk kişisi” halen her yerde olduğu gibi bu hukukta da daha tam bir özne şeklinde değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla, son yıllarda değişmekte olan ulusal ve uluslararası içtihatlarla da baktığımızda, Fransız çocuk hukukunun gelişimini tamamladığını henüz söyleyemeyiz. Çocuk özne haline gelme yolunda olan bir hukuk nesnesi olarak karşımıza çıkmaktadır; ne daha tüm haklarını kendi başına doğrudan kullanabilmektedir ne de bu haklar bütünüyle devlet tarafından yeterli korumaya alınabilmiştir (II).

I. Fransa’da Çocuk Haklarının Gelişim Süreci

Fransa’da çocuk haklarının güçlenmesi hem iç hem de dış dinamiklerden kaynaklanmaktadır. Bir yandan, toplumun kendi içinden gelen değişim rüzgârları, ulusal reformlar, aile olgusundaki ilerlemeler, bireysel özgürlüklere yaklaşımın değişmesi gibi sebepler çocuk haklarının da güçlenmesine, gelişmesine katkı vermiştir (A). Bir diğer yandan uluslararası toplum kaynakları, sözleşmeler ve örgütlenmeler, özellikle de Birleşmiş Milletler ve Lahey Çocuk Hakları Sözleşmeleri, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği çocuk hakları mevzuat ve içtihatları, Fransa’da zaten gelişmekte olan çocuk haklarının daha hızlı şekilde ileri seviyeye taşınmasını sağlamış, çocuğun pozitif hukukta özne hukuk kişisi hali almasında tetikleyici rol oynamışlardır (B).

A. İç Dinamikler Işığında Çocuk Hakları

Antik Çağ’da çocuk Avrupa’da tam bir nesne olarak ele alınmaktaydı. Roma hukukunda babanın bir eşyası gibi düşünülen evlat, aile kaynaklarından birisi şeklinde görülmekteydi. *Pater familias* ilkesi temelinde baba, oğlu ya da kızı üzerinde birçok hak işletebiliyordu; hatta ilk zamanlarında aile hukukunda babaya çocuğunu öldürme hakkı bile tanınmaktaydı⁶. Kısacası, bugün de Fransız hukukuna halen etkileri olan bu sistemde, çocuğun hiçbir özneliği yoktu⁷. Orta Çağ’da *pater familias* ilkesi yumuşatılmış olsa da uygulanıyor ve çocuk, yine sadece minyatür bir yetişkin, küçük bir adam ya da küçük bir hanım evlat olarak ele alınıyordu. Hukukun çocuğa yaklaşımı, onu anne ve babasının aile olmasını sağlayan, evlilik için gerekli bir araç, bir unsur şeklinde işlemeden öteye gitmiyordu⁸. Çok eskilerden, Antik ve Orta Çağ’dan gelen bu nesnel bakış kısmen güncel hukukta da yansımalar bulmaktadır. Örneğin, bugün bile çocuk “*evlilik*” kavramında temel bir rol oynamakta ve Fransız Medeni Kanunu (Me Ka) 203. maddesi evlilik olgusunu, iki eşin çocuk yetiştirmeleri

⁶ Pierre Grelley, ‘Contrepoint - Le droit des pères’ (2013) 176 (2) Informations sociales 23-23.

⁷ Aynı yönde, Philippe Bonfils and Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, (3 edn, Dalloz 2021) 12.

⁸ Bakınız yukarıda, Philippe Bonfils and Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, dipnot (n 7); çocuğun elbiseleri çoğunlukla anne-babasının ile aynı, hakları da anne-babasının sosyal sınıfına göre belirleniyordu.

işlevi olarak tanımlamaktadır⁹. Fakat XV. yy sonrası, özellikle kraliyet ve saltanat kanunlarının gelişmesi, feodal teamüllerin kanunlaşmaya başlaması ve hukuk eğitimi, hukukçuların ve dolayısıyla da medeni hukukun güçlenmeye başlamasıyla çocuk, özerk bir hukuk kişisi şeklinde kabul edilmeye başlamıştır. Özellikle miras ve evlilik konularında çocuk, hukukun etkin bir ögesi olarak haklar kazanmaktaydı. Mesela, doğmamış çocuğa canlı doğması şartıyla *in utero* varis hakkı tanıyan Medeni Kanun'un 906. maddesi, Orta Çağ'da şekillenmeye başlayan bu değişimin izlerini taşımaktadır. Yine de çocuğun hukuken bir hukuk kişisi şeklinde ele alınması, sözü geçen 1804 Medeni Kanunu ile başlamaktadır ve o dönemde bile çocuk tam bir özne olmaktan uzak, nesnel bir hukuk kişisi şeklinde düşünülmekte, hukuki statüsü kendi öz haklarından çok ödevleri ile babasının onun üzerindeki hakları açısından işlenmekteydi¹⁰. Görüldüğü gibi XIX. yy ikinci yarısına kadar Fransa'da, çağdaş anlamda çocuk haklarından bahsetmek mümkün değildi.

Bu tarihten sonra, bir yandan endüstri devrimi ile işçi sınıfının ortaya çıkması, bir yandan da temel insan haklarının gelişmeye başlaması, hem genel olarak Fransız sosyal ve ekonomik aile politikalarının hem de özellikle çocuk haklarının iç dinamiklerinin hızlanarak artmalarına sebep olmuştur. Bu yönde kısa bir incelemeyle, Fransız çocuk hukukunun tarihsel açıdan gelişiminin çocukların sırasıyla eğitim hakları, ekonomik haklar, korunma hakkı, aile sosyal yardım ve medeni hakları açısından dört farklı koldan gerçekleştiğini görebiliriz. İlk olarak, eğitim hakkı alanına bakacak olursak, 1833 *Guizot* Kanunu¹¹ ve de en önemlisi, 6-13 yaş arası kız ve erkek çocuklara ilkökulu zorunlu ve ücretsiz hale getiren 1882 *Jules Ferry* kanunlarından sonra, çocuğun eğitim hakkını güvenceye alan en temel metin, güncel hukukta halen uygulamada kabul edilen 1946 Anayasası Giriş Bölümüdür. Metne göre “*ücretsiz*”, “*laik*” ve “*her seviyede kamu öğretimi*” düzenlenmesi devletin bir ödevidir. Dolayısıyla, ilkokuldan üniversiteye kadar Fransız kamu eğitimi, birçok ülkede olduğu gibi, çocukların doğal, temel ve anayasal hakları olarak korunmaktadır¹². Çocuğun ekonomik haklarına gelince, XIX. yy ikinci yarısından itibaren gerçekleşen endüstriyel gelişimler, çocuk işçilerin bedensel, zihinsel ve sosyal haklarını gözeten birçok kanunu da beraberinde getirmiştir. Çağdaş çocuk haklarının başlangıcı olarak düşünülebileceğimiz bu dönemde örneğin, 1841'deki bir kanun çocuk işçilerin gece çalışmalarını yasaklamış, 1874'teki başka bir kanun da küçük çocukların çalışma yaşını 8'den 12'ye çıkartmış

⁹ Bu maddeye göre: “*les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants*” (evlenmek suretiyle eşler, çocuklarını besleme, bakma ve yetiştirme yükümlülüğüyle sözleşir).

¹⁰ Örneğin (Örn), Me Ka eski 376. maddesi (md) ‘si dayanağında, baba çocuğunu hapis cezasına çarptırma hakkına sahiptir. Bu ceza eğer çocuk 16 yaş altı ise 1 ay, üstü ise 6 ay hapis ile sınırlı idi. Birçok kaynak içinde, bkz Alain Desrayaud, ‘Le père dans le Code civil, un magistrat domestique’ (2012) 14 (2) *Napoleonica La Revue* 3.

¹¹ Bu kanun ile belediyelerin fakir çocukların ilkököl eğitimi masraflarını üstlenmeleri zorunlu hale getirilmiştir.

¹² 13. fıkra. Türkiye için bkz Ümit Binbir and Gökhan Arastaman, ‘Eğitim Hakkı: Bir Sistemik Derleme Çalışması’ (2021) 11 (18) *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, Eğitim Birimleri Özel Sayı*.

ve çocuk işçilerin sosyal hakları ve çalışma koşullarını iyileştirmiştir¹³. Korunma hakkına gelince, yine XIX. yy sonunda, 1889 ve 1898 kanunlarıyla, çocuklara karşı kötü muamele yasaklanmış, mağdur çocukların koruma altına alınması öngörülmüştür¹⁴. Korunma hakkının bir uzantısı olan ceza hukuku alanında da, ceza ehliyetini 16'dan 18 yaşa yükselten 1912 Kanunu¹⁵, Çocuk Hakimi (*juge des enfants*) kurumunu ortaya koyup çocuk suçluları cezai yaptırımlardan çok, eğitim-öğretim ve yetiştirme önlemlerine tabi kılan 2 Şubat 1945 Çocuk Suçlarına dair Kanun Hükmünde Kararname¹⁶, bugün dahi anayasal bir değer olarak korunan çocuk-ceza hukukunun özel olması zorunluluğunun temellerini atmış ve dolaylı olarak çocukların korunma haklarını geliştirmiştir¹⁷. Çocuk eğitim hakkı, ekonomik güvenceler ve korunma hakkındaki bu gelişmeler görüldüğü gibi XIX. yy sonlarından itibaren başlamış ve çağdaş Fransız çocuk hukukunun oluşumunda ilk önemli dinamikleri ortaya koymuştur. Çocuk haklarının erken dönemi olarak nitelendirilebileceğimiz bu tarihten sonra, II. Dünya Savaşı'ndan hemen önce, XX. yy ortalarından itibaren de, çocukların sosyal aile yardımlarının gelişmekte olduğunu görmekteyiz: çocuk sahibi işçi maaşlarını yükselten 1932 *Landry* Kanunu, çocuklu aileler için sosyal yardımları ortaya koyan 1938 kanunu, çocuklu ailelerin gelir vergilerini düşüren 1945 kanunu, aynı yıl doğum ve annelik yardımlarını arttıran kanun ve son olarak da 1948 yılında çocuklu ailelere kira yardımları öngören kanun, endüstri devriminden sosyal devlete geçişin izlerini taşımakta ve çocuk haklarına yeni toplumsal bir içerik kazandırmaktadır¹⁸. Bu noktada, yine sosyal hakların sıralandığı ve daha önce de belirttiğimiz üzere bugün de uygulamada olan 1946 Anayasası Giriş Bölümünden bahsetmekte yarar vardır. Yukarıda da altını çizdiğimiz gibi, sosyal değerleri Fransız

¹³ Bkz, Fiorentino Karen, 'Protéger l'enfant ouvrier. La loi du 19 mai 1874, une "législation intermédiaire" ?' (2017) 2 (682) *Revue historique* 327.

¹⁴ Georges Vigarello, 'L'intolérable de la maltraitance infantile. Genèse de la loi sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés en France' in Patrice Bourdelais and Didier Fassin (eds) *Les constructions de l'intolérable* (Paris, La Découverte 2005) « Recherches », 111-127.

¹⁵ Günümüzde reşit olmayanların ceza ehliyeti 30 Eylül 2021 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Ceza Kanunu (*Code de justice pénale des mineurs - CJPM*) tarafından belirlenmektedir. Bu yeni kanuna göre 13 yaşından önce çocuğun cezai sorumluluğu "ehliyetsizlik karinesi", 13 yaşından itibaren de "ehliyet karinesi" dayanağında değerlendirilmektedir.

¹⁶ Çocuk ceza kanunu sayısız düzenlemeyle değiştirilmiştir. Kanunun son hali için birçok kaynak arasından bkz, *Actes du colloque sur le nouveau droit pénal des mineurs*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille Université, 1^{er} avril 2021 kapsamındaki çalışmaların yayımlandığı *Droit de la famille (Dr fam)* dergisi özel sayısı, Mart 2019, sayı 3.

¹⁷ Fransız Anayasa Mahkemesi (Fr AYM), 2002-461 Décision (DC), 29 Ağustos 2002, kararında hakim, çocuk ceza hukukunun özerk olmasını "Cumhuriyet Kanunlarıyla Tanınan Temel İlke" şeklinde değerlendirmek suretiyle anayasal değere taşımıştır. Konu hakkında, örn bkz, Olivier Fouquet, 'Le Conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs', (2011) 33 *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*; Christine Lazerges, 'Le Conseil constitutionnel, garant de la spécificité de la justice des mineurs' (2011) 3 (3) *Les Cahiers de la Justice* 91.

¹⁸ Bahsi geçen metinler sırasıyla, 11 Mart 1932 kanunu, 12 Kasım 1938 kanun hükmünde kararname, 31 Aralık 1945 kanunu, 48-1360 sayılı 1 Eylül 1948 kanunlarıdır. Sosyal yardımlar bu dönemden çok sonra da artarak devam etmiştir. Örn bkz, 70-1218 sayılı 23 Aralık 1970 kanunu, tek ebeveyn olduğu takdirde ayrıca bir sosyal yardım eklemektedir; aynı şekilde 71-563 sayılı 13 Temmuz 1971 kanunu engelli çocuk yardımı, 90-590 sayılı 6 Temmuz 1990 kanunu genç ebeveynlere çocuk bakıcı yardımı ve annelere yaşlılık sigortası, 74-644 sayılı 16 Temmuz 1974 kanunu 6-16 yaş arası çocuklara eğitim-öğretim yılına başlama yardımı, 77-1 sayılı 3 Ocak 1977 kanunu ev kirası yardımı, 78-1 sayılı 1 Ocak 1978 kanunu üçüncü çocuk özel ek yardımı, 85-17 sayılı 4 Temmuz 1985 ve 94-629 sayılı 25 Temmuz 1994 kanunları üç çocuklu bir hanede anne-baba çalışmayı bırakır ya da azaltırsa yapılan evde eğitim yardımını öngörmüşlerdir. Ancak, tüm bu sosyal yardımların 90'lı yılların ortalarından itibaren ekonomik koşullar nedeniyle başa gelen sağ ve sol hükümetler tarafından kısıtlayıcı şartlara bağlanmaya başladığını da hatırlatalım (Örn bkz, 97-1164 sayılı 19 Aralık 1997 Kanunu).

anayasa hukukuna taşıyan bu temel metin, çocukların sağlık, güvenlik, dinlenme ve boş vakit hakları¹⁹, eğitim-öğretime, profesyonel formasyona ve kültüre eşit erişim haklarını da anayasal güvence altına almıştır²⁰ ki günümüzde eğitim hakkı devletin en önemli yükümlülüklerinden biri olarak mahkemelerce son derece geniş yorumlanmaktadır²¹. Ayrıca sözü geçen Giriş Bölümü 10 ve 11. fıkraları temelinde, 21 Mart 2019 tarihli kararında Fransız Anayasa Mahkemesi, Çocuk hukukunun önemli bir ilkesi olan “*çocuğun yüksek yararı*” ’nın korunması kuralını anayasal değerinde kabul etmiş ve bu sayede de çağdaş Fransız hukukunda çocuk haklarının güçlenmesine büyük katkı sağlamıştır²².

Ancak, çocuk hukuk kişisini nesne halinden özne haline taşıyan, Fransız çocuk hukukunun çağdaşlaşmasında en etkili rolü oynayan temel unsur, esas olarak XX. yy ikinci yarısından sonra gelişmeye başlamış olan medeni haklardır. V. Cumhuriyet ’in ilanından on yıl sonra meydana gelen 1968 toplumsal hareketleri, tüm dünya ve özellikle de Fransa’da kişisel özgürlükleri, kadın hakları ve aile gibi temel değerleri kökünden etkileyen özgürlükçü değişim rüzgârını tetiklemiş, bir yandan toplumsal kurumları çağdaşlaştırırken bir yandan da çocuk haklarının güçlenmesini sağlamıştır. Çocuğun öncelikle aile içinde sonra da yavaş yavaş genel olarak sosyal hayatta gerçek bir hukuk kişisi şeklinde ele alınmasının yolunu açan bu değişimin etkilerini sayısız örnekle gösterebiliriz. Örneğin, 4 Haziran 1970 kanunu “babalık hakkı” (*puissance paternelle*) kavramı yerine ebeveyn velayeti (*autorité parentale*) kavramını Fransız hukukuna sokmuş, dolayısıyla Roma hukukundan beri süre gelen ataerki *pater familias* sistemini terk etmiş, çocuğun kişisel gelişiminde daha özgürlükçü ve eşitlikçi yeni bir dönemin başlangıcının sinyallerini vermiştir²³. 1972’de çıkan başka bir kanun, evlilik dışı çocuklar (*enfants adultérins*²⁴) ile diğerleri (*enfants légitimes*) arasında birçok konuda tam bir eşitlik ortaya koymuş, dolayısıyla Fransız hukuku çocuk haklarına evlilik bağları dışında, doğal hak şeklinde yaklaşılmaya başlamıştır ve bu da çocuğun anne-baba arasındaki ilişkiden özerk şekilde, nesnel değil öznel bir hukuk kişisi olarak değerlendirilmesindeki önemli adımlardan birisi olmuştur. Sonrasında,

¹⁹ 1946 Anayasası Giriş Bölümü, 11. fıkra.

²⁰ 1946 Anayasası Giriş Bölümü, 13. fıkra.

²¹ Fr Dan (Fransız Danıştay’ı), 8 Nisan 2009, *Laruelle* kararı uyarınca, devlet engelli çocukların eğitimiyle de yükümlüdür, çocuğun bulunduğu bölgede engelliler için özel bir eğitim kurumunun yokluğunu ileri süremez. Karar üzerine bkz Thomas Bompard, ‘Éducation des enfants handicapés: droit-créance et carence de l’État’ (2010) 1 *Revue de droit public (RD publ)* 197. Aynı yönde başka bir karar üzerine, bkz Serge Slama, ‘Droit à la scolarisation des enfants handicapés, procédure de référé-liberté et prise en compte des moyens dont dispose l’administration’ (2017) *La Revue des droits de l’homme (Actualités Droits-Libertés)* <http://journals.openedition.org/revdh/3591> accessed 6 Temmuz 2022.

²² Fr AYM, 2018-769 QPC, 21 Mart 2019, §6. Fr Dan 19 Nisan 2022, *Le syndicat SUD SDIS National*, n° 451727 kararında Danıştay, Anayasa mahkemesinin bu içtihadını idare hukukunda da uygulamaya koymuştur.

²³ 70-459 sayılı kanun üzerine bkz Lebrun Pierre-Brice and Laran Sandrine, ‘L’*autorité parentale*’ in Lebrun Pierre-Brice and Laran Sandrine (eds), *Le droit en action sociale* (Paris, Dunod 2016) 71.

²⁴ 3 Aralık 2001 tarihli Kanun “evlilik dışı çocuk” kavramını kaldırarak onun yerine “tabii çocuk” (*enfant naturel*) olgusunu ortaya koymuştur. Bu konuda Türkçe bir araştırma için bkz, Mehmet Altunkaya, ‘Türk Özel Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumu’ (2001) 9 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389.

1975'te eşlerin uzlaşarak boşanma hakları²⁵, kadınların kürtaj hakkı²⁶ gibi haklar ile toplumsal özgürleşmeyi güçlendiren kanunlara paralel olarak²⁷, eşlerin kanun önünde mutlak eşitliği²⁸, boşanmış anne-babaların ebeveynlik hak ve ödevlerinde eşitlikleri kuralı ile boşanma esnasında çocuğun dinlenmesi zorunluluğu²⁹, evlilik dışı çocukların anne-babalarının eşit isim ve velayet hakları³⁰, yapay yolla hamilelik durumunda çocuğun soybağı (*filiation*) hakkı³¹, babalık izni veren 21 Aralık 2001 kanunu³², anne-baba velayet ve isim haklarının ortak kullanılması ilkesi³³, evlilik dahili ve dışı çocukları ayıran meşru aile bağı/gayri meşru ya da tabii aile bağı kavramlarının Fransız hukukundan çıkartılması³⁴ ya da evlilik dışı eşlerin, cinsiyetleri ne olursa olsun, çocuklarını hukuken tanıma hakkı veren Sivil Dayanışma Paktı³⁵ gibi birçok yenilik çocuğun hem aile içinde hem de hukuk düzeninde adım adım öznel haline dönüşmesine doğrudan veya dolaylı şekilde destek olmuştur. Daha yakın bir zamanda, 2013 Eşcinsel Evliliğe dair Kanun ile bu tür evliliklerin mümkün hale gelmesi, bir yandan aile hukukunu kökünden değiştirirken bir yandan da çocuğun aile hakkının kişisel kapsam alanının genişlemesine imkân tanımış, değişmekte olan toplumsal manevi değerlerin ötesindeki sosyal gerçekliklerin, dolayısıyla zaten var olan durumların hukuksal güvencelere kavuşmasını sağlamıştır³⁶.

Görüldüğü gibi, çağdaş Fransız çocuk hukuku toplumun iç dinamikleri sayesinde XIX. yy 'dan bugüne kadar güçlenerek ilerlemiş, toplumsal gerçekler ve beklentiler ışığında adım adım değişen Anayasa ve Kanunlar, iki yüzyıl boyunca çocuk haklarını geliştirmiştir. Yine de, bütün bu ilerlemelere rağmen, halen Fransız hukukunun çocuk hukuk kişisine öznel bir değer verdiğini tam olarak söyleyemeyiz. İş hukuku, Ceza

²⁵ 75-617 sayılı, 11 Temmuz 1975 Kanunu.

²⁶ 75-17 sayılı, 17 Ocak 1975 Kanunu. Doğum kontrol hakkını ise ilk olarak 28 Aralık 1967 kanunu ortaya koymuştu.

²⁷ Örneğin bkz, 82-683 sayılı, 4 Ağustos 1982 Kanunu ile eşcinselliğin suç olmaktan çıkartılması.

²⁸ 85-1372 sayılı, 23 Aralık 1985 Kanunu.

²⁹ 87-570 sayılı, 22 Temmuz 1987 *Malhuret* Kanunu. Bkz, Blandine Mallevaey, 'La parole de l'enfant en justice' (2012) 9 (1) *Recherches familiales* 117. Daha sonra da göreceğimiz gibi, 2000-2007 yılları arasında birçok kanun çocuğa kendisini ilgilendiren prosedürlerde söz hakkı tanımıştır.

³⁰ Yukarıda bahsettiğimiz *Malhuret* Kanunu dışında bkz, 8 Ocak 1993 tarihli 93-22 sayılı Kanun.

³¹ 29 Temmuz 1994 tarihli 94-654 sayılı Bioetik Kanunu. Bkz Marie-France and Nicolas-Maguin, 'Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile' (2006) 51 *Droit et cultures* 123.

³² 2001-1246 sayılı Kanun. Aynı zamanda, 2020-1576 sayılı, 14 Aralık 2020 Kanunu babalık izinlerini genişletmiştir.

³³ 4 Mart 2002 tarihli 2002-304 ve 2002-305 sayılı kanunlar.

³⁴ 2005-759 sayılı 4 Temmuz 2005 Kararnamesi, bu şekilde, aile bağı birinci derece ensest halleri dışında, meşru olsun olmasın, tüm çocukların soybağlarının, velisi başka biriyle evli bile olsa, biyolojik baba ya da annesi tarafından tanınabilmesini sağlamıştır. Aynı yönde bkz 2009-61 sayılı, 16 Ocak 2009 Kanunu.

³⁵ *Pacte civil de solidarité - PACS*, 15 Kasım 1999 Kanunu ile yürürlüğe girmiş, evlilik dışı eşlere özel bir statü tanıyan ve bugün Fransa'da çok kullanılan önemli bir müessesedir (Véronique Martineau-Bourgninaud, *Le PACS, 20 ans après* (Paris, Dalloz 2020) *Thèmes et Commentaires*. "Pacs" tarafları ortak çocuklarının velayetine sahip olabilseler de kanun halen ikisinin birden bir çocuğu ortak olarak evlat edinmelerine izin vermemektedir. Bu konuda birçok çalışma arasında mesela bkz, Marie-Thérèse and Calais-Auloy, 'Pour une définition claire de l'institution familiale' (2000) 60 *Les Petites Affiches* 4.

³⁶ Son olarak 2021'de çıkan yeni bir kanun ile, evli eşcinsel kadın çiftlerin tüp bebek yöntemine başvurmalarına hak tanınması ile ilgili bkz 2 Ağustos 2021 tarihli yeni Bioetik Kanun ve Stéphane Benmimoune, 'Incidences de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique sur l'état civil : deux pas en avant, un pas en arrière' (2022) 5 *Actualité Juridique des Collectivités Territoriales* 259.

hukuku ve Aile hukukundan yukarıda verdiğimiz örneklerden de anladığımız gibi, çocuk halen genelde korunmaya muhtaç özel bir hukuk kişisi olarak ele alınmakta, kendi öz haklarını tek başına yönetecek ve yönlendirecek bir yetişkin ile aynı seviyede tutulmamaktadır. Yine de hukuktaki açılımlar, sosyal ve ekonomik haklar, çocuk haklarının anayasallaşması, aile kavramının değişmesi gibi yenilikler çocuğun bireysel özerkliğini hukuki alanda kabul edilebilir hale getirmiş, gelişen ve çağdaşlaşan Hukuk Devleti hem toplumun hem de özellikle çocuğun özgürleşme, bağımsızlaşma ve sonuçta özne haline gelmesinde önemli rol oynamıştır. Fransız çocuk haklarının bugünkü seviyesi işte bu iç dinamikler göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu da bize, toplumun temel bir ögesi olan çocuğun o toplum ne kadar gelişir ve özgürleşirse özerkleştğini ve özne haline dönüştüğünü göstermektedir ki, Fransa gibi uluslararası toplumda etkin rol oynayan bir ülkenin çocuk hukukundaki bu gelişimi, uluslararası toplum bilincindeki ilerleme yani dış dinamikler de ele alınarak incelenmelidir.

B. Fransız Hukuku Çocuk Hakları Dış Dinamikleri

Fransa'nın uluslararası bir güç ve uluslararası hukuka da açık anayasal düzene sahip bir ülke olduğu tartışılmaz. Devletin uluslararası kamu hukuku kurallarına uyacağını³⁷ ve uluslararası anlaşmaların kanundan üstün şekilde uygulanacağını belirten Anayasa³⁸, tekil (*monsit*) bir sistem kurmuş, dolayısıyla, yürürlüğe girmiş hükümleri açık ve belirgin, kişiler için de tanımlanabilir haklar doğuran bir anlaşmanın, iç hukukta kendiliğinden doğrudan etkiye sahip olabilmesine imkân sağlamıştır³⁹. Bu özelliğe sahip anlaşma metinleri, ulusal kanun ve düzenlemelere karşı, kişiler tarafından iç hukuk davalarında mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilir hale gelmektedir⁴⁰. Bundan da anlaşılacağı gibi, Birleşmiş Milletler (BM)'nin 1946 Genel Kurul tavsiye-kararı ile, BM Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF)'in kurulmasından ve yine Genel Kurul 1959 Çocuk Hakları Bildirgesi'nden bugüne kadar uluslararası hukukta evrensel olsun, bölgesel olsun, özellikle de Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi nezdinde, çocuk hakları alanında yapılan neredeyse her sözleşme, alınan her önlem, doğrudan veya dolaylı olarak Fransız çocuk hukukunun gelişiminde oldukça etkili olmuşlardır⁴¹.

Evrensel boyutta temel kaynak olarak, özellikle çocuk hukukunu ilgilendirmese de 1966 BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni örnek gösterebiliriz⁴².

³⁷ Halen Anayasa bloğunun bir parçası olarak uygulamada olan 1946 Anayasası Başlangıç bölümününün 14. fıkrası.

³⁸ 1958 Anayasası, 55. madde.

³⁹ Fr Dan Büyük Daire, 11 Nisan 2012, *GISTI*, n° 322326, *Recueil (Rec) Lebon*, 142.

⁴⁰ Anlaşmaların kanunlar karşısında üstünlüğüne dair: Fransız Yargıtayı (Fr Yar) 24 Mayıs 1975, *Société Caf  Jacques Vabres*; Fr Dan Büyük Daire, 20 Ekim, 1989, *Nicolo*; Anlaşmaların yürürlüğe girmesinde düzenlemeler karşısında üstünlüğüne dair: Fr Dan Büyük Daire, 30 Mayıs 1952, *Dame Kirkwood*.

⁴¹ Çocuk haklarına dair ilk uluslararası metin olarak kabul edilen 1924 Cenevre Deklarasyonu ile tanınan Çocuk Hakları Şartı ve sonrasında da, BM 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si 25. md çocukların destek ve koruma hakkı da önemli uluslararası metinlerdendir.

⁴² Sözleşme Fransa'da 4 Kasım 1980'de yürürlüğe girmiştir.

18 yaşından küçüklere ölüm cezasını yasaklayan⁴³, çocukların yetişkinlerden ayrı yerlerde hapsedilmelerini öngören⁴⁴, çocuğun kimliğinin korunmasını zorunlu kılan maddeleri⁴⁵ ile bu metin Fransız iç hukukunda doğrudan etkiyle uygulanmakta ve dolayısıyla bahsettiğimiz çocuk hakları, kanunlara karşı hem idari hem de medeni hukuk mahkemeleri önünde doğrudan ileri sürülebilmektedir⁴⁶. Avrupa'ya yani bölgesel boyuttaki genel hukuk kaynaklarına gelince, elbette en başta 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁴⁷, özellikle 8. madde aile ve özel hayat hakkı, 12. madde evlilik ve aile kurma hakkı, kötü muameleyi yasaklayan 3. madde, ayrımcılığı yasaklayan 14. madde, eğitim hakkına dair 1. Ek Protokol 2. maddesi, aynı Protokolün mülkiyet hakkına dair 1. maddesi ve bütün bu hükümlerle ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 'in çocuk hakları ile ilgili davalarda verdiği kararlar, en fazla dikkate alınması gereken kaynaklardır. Fakat aynı şekilde, 1961 Avrupa Sosyal Şartı⁴⁸, çocukların ve ergenlerin fiziki ve ruhsal tehlikelere karşı özel korumaya tabi olmalarını öngören 7. maddesi, sosyal, ekonomik ve hukuki koruma zorunluluğu öngören 17. maddesi, yine bu maddeler dayanağında Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin içtihadı, özellikle Fransa'ya karşı verdiği kararları⁴⁹ da çocuk hukukunu ilgilendiren temel genel hukuk kaynaklarıdır⁵⁰. Avrupa Birliği (AB) hukukuna gelince, AB Temel Haklar Şartı, AİHS 'deki yaşam hakkı, özgürlük, güvenlik, aile ve özel hayat hakları gibi klasik hakların yanında ayrıca 24. maddesinde doğrudan çocuklarla ilgili koruma, tedavi hakkı, ifade hakkı, çocuğu ilgilendiren tüm işlemlerde söz hakkı, onunla ilgili her kararda yüksek çıkarının üstünlüğü ilkesi, kişisel ilişkiler yürütme hakkı, ebeveynleriyle doğrudan temas hakkı gibi hak ve kurallar öngörmektedir⁵¹. Aynı zamanda AB ikincil hukukunun sayısız mevzuatı, özellikle uluslararası özel hukuka dair Brüksel tüzükleri, mesela nafaka, miras ve veraset alanında verilmiş yabancı mahkeme kararlarının iç hukukta tanınması ve

⁴³ 6-5. md

⁴⁴ 10. md

⁴⁵ 24., 24-1 ve 24-2. maddeler.

⁴⁶ Fr Dan 21 Aralık 1990, doğum kontrol hapı kararı, *Rec Lebon*, 368 ve Fr Yar 1. daire, 13 Aralık 1989, *Bulletin civil (Bull civ)* I, n° 260.

⁴⁷ Anlaşma Fransa'da 3 Mayıs 1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁸ 18 Ekim 1961 Sosyal Şartı, Fransa'da 8 Nisan 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK), 3 Kasım 2004 kararında Fransa, oturum izni olmayan çocukları devlet sağlığı desteğinden yararlandırmadığından Sosyal Haklar Şartının ihlâl edildiğini belirtti; 11 Eylül 2012 tarihli 67/2011 sayılı kararında Romen çocukların eğitim sisteminden dışlanması; 11 Eylül 2013 tarihli 81/2012 sayılı kararında, otist çocukların eğitime erişimlerinin yetersiz olması da Komite tarafından sosyal hakların ihlâli olarak değerlendirildi.

⁵⁰ Ayrıca Avrupa Konseyi dahilinde imzalanan 1981 Kişisel Verilerin Korunmasına dair Sözleşme ya da 2005 İnsan Tacirliğiyle Mücadele Sözleşmesi, çocuk haklarını dolaylı da olsa önemli ölçüde ilgilendirmektedirler. Göç dalgalarıyla oluşan çocuk köleler sorunları, çocuklara ait kişisel bilgilerin kamudan, örneğin dijital ortamlardan gizlenmesi sorunları bu sözleşmelerin de Fransız çocuk hukukunun dış dinamikleri arasına koymaktadır.

⁵¹ Konu hakkında, bkz ABAD, 6 Haziran 2013, *MA*, C-648/11; 12 Mart 2019, *MG Tjebbes*, C-221; 26 Mart 2019, *SM/Entry Clearance Officer*, C-129/18; 16 Temmuz 2020, *BMM.*, C-133/19, C-136/19 ve C-137/19; 4 Mart 2021, *A*, C-193/19; 22 Şubat 2022, *XXXX v Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-483/20, kararları.

ıcrasına dair AB Tüzükleri⁵² ya da ceza hukuku, mağdur hakları, göç ve sığınma halleri, geri gönderimler⁵³ gibi sayısız konuda AB mevzuatı ve bunlarla ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları da Fransız çocuk hukukunun gelişiminde dikkate alınması gereken, Fransız hukukunun bu alanda değişimlerini tetikleyen hukuk kaynaklardır.

Doğrudan çocuk haklarına dair uluslararası birincil ve ikincil hukuk kaynaklarına gelince, hem evrensel boyutta hem de bölgesel birçok anlaşma ve önlem genel olarak çocuğun korunmasını amaçlamaktadır⁵⁴. Mesela, Avrupa Konseyi nezdinde imzalanan 25 Ekim 2007 tarihli Çocukların Cinsel Suiistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Lanzarote Sözleşmesi çocuk haklarının iç hukuktaki gelişiminde önemli rol oynamışsa da, çocuğun kendi kullanacağı öznel ve bağımsız haklardan çok bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması için gerekli kuralları belirlemektedir⁵⁵. Aynı yönde bütünleşme hukuku olan Avrupa Birliği mevzuatında da çocuğu koruyucu ve Fransız çocuk hukukunun gelişimine katkı sağlamış sayısız özel önlem mevcuttur⁵⁶. Ancak bu kaynaklar çocuğu tek başına öznel bir hukuk kişisi şeklinde değil, özel koruma altında bir özne olarak ele almaktadır. Bunlardan farklı olarak, diğer başka uluslararası metinler, çocuğun öznelleşmesi, bir başka deyişle bağımsız haklara sahip özerk bir hukuk kişisi olması yolunda, Fransız hukukuna destek sağlamıştır. Örneğin Avrupa Konseyi 25 Ocak 1996 Çocuk Haklarının Kullanımına dair Sözleşme (ÇHKS), çocukların idari ve adli işlemlerde dinlenme hakkını ortaya koymuş ve iç hukukta çocuğun söz hakkının güçlenmesine imkan vermiştir⁵⁷. Ancak, Fransız çocuk hukukunun gelişimine en çok katkı sağlamış, çocuğun hukukta özne haline dönüşmesinde en etkili rolü oynamış iki uluslararası kaynak, daha önce de bahsettiğimiz AİHS ve elbette ki 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Haklarına dair

⁵² Birçok örn içerisinde bkz., Özel ve Ticari Alanlarda, Adli Yetki, Kararların Tanınma ve İcrasına dair 1215/2012 sayılı 12 Aralık 2012, Brüksel I. Tüzüğü; Nafaka Alanında İşbirliği, Kanun Yetkisi, Kararların Tanınması ve İcrasına dair 18 Aralık 2008, 4/2009 sayılı AB Tüzüğü, Uluslararası Miras ve AB Veraset Sertifikasına dair 6/2012 sayılı, 4 Temmuz 2012 Tüzüğü.

⁵³ 25 Ekim 2012, Suç Mağdurlarının Hak, Destek ve Korunmasına dair 2012/29/UE sayılı AB direktifi, Sığınma veya Vatansız Statüsü için ya da Uluslararası Koruma için Gerekli Şartlara dair 13 Aralık 2011 AB direktifi 2011/95/UE; Yasadışı Oturma Halindeki Yabancıların Geri Gönderilmesine dair 16 Aralık 2008, 2008/115/CE direktifi.

⁵⁴ Örneğin, evrensel boyutta, Fransa'nın taraf olduğu La Haye Sözleşmeleri: mesela 25 Ekim 1980 Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Medeni Yönlerine dair Sözleşme, 29 Mayıs 1993 Uluslararası Evlat Edinme Sözleşmesi, 19 Ekim 1996 Aile Sorumluluğu ve Çocuk için Koruyucu Önlemler dahilinde Uluslararası Özel Hukuk Kurallarına dair Sözleşme.

⁵⁵ Bu sözleşme Fransa'da 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyi nezdinde 24 Nisan 1967 Evlilik Dışı Çocuklara dair Sözleşme, 15 Ekim 1975 Çocuk Velayeti Kararların Tanınması ve İcrasına yönelik Sözleşme, 15 Mayıs 2003 Çocukların Kişisel İlişkilerine dair Sözleşme ve onun öngördüğü ziyaret hakkı, v.b.

⁵⁶ Mesela bkz., 2019/1111 sayılı, 25 Haziran 2019 Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna dair Yetki ve Kararların Tanınması ve İcrası ile Uluslararası Çocuk Kaçırılmaları hakkındaki AB Tüzüğü ya da Gençlerin İşyerinde Korunmalarına dair 22 Haziran 1994 direktifi veya Çocukların Cinsel İstismarına Mücadeleye dair 13 Aralık 2011 tarihli 2011/92 AB direktifi.

⁵⁷ Sözleşme 1 Ocak 2008 tarihinde Fransa'da yürürlüğe girmiştir. Çocukların kendilerini ilgilendiren her türlü prosedürdeki haklarını içermektedir: söz hakkı, başvuru hakkı, adil temsil hakkı, bilgi hakkı. Konu ile ilgili bkz., Annick Isola, 'La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant' in J. Rubellin-Devichi and R. Franck (eds), *L'enfant et les conventions internationales* (PUL 1996) 83; Yves Benhamou, 'Aperçu critique du projet de Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants', (1995) 1 *Gazette du Palais doctrine* (doctr.) 5; Mamoud Zani, 'La promotion des droits de l'enfant à la lumière de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants' (2007) 7 (267) *Journal du droit des jeunes* 21.

Uluslararası Sözleşme (ÇHS)'dir⁵⁸. Uluslararası bu iki temel kaynağın, AİHS ve ÇHS'nin, Fransız çocuk hukukunun gelişimindeki etkisini gösteren önemli örnekler, taşıyıcı anne sözleşmeleri, miras, aile içi şiddet ve aile birleşimi konularıdır.

Taşıyıcı anne işlemleri, bir kadının para karşılığında hamile kalmayı kabul edip doğurduğu çocuğu bir “niyet annesi” ya da “niyet babası” ’na (*la mère / le père d'intention*) vermek üzere yaptığı anlaşma, Fransız hukukunda halen kabul edilmemektedir. Yurtdışında gerçekleştirilen bu tür işlemler, AİHM'in *Menesson* ve *Labassée* kararları öncesinde çocuk ile niyet annesi arasında soybağı kurulamaması ile sonuçlanıyordu⁵⁹. Bu iki karardan önce Yargıtay, yapılan sözleşme Fransız hukuku dayanağında geçersiz olduğundan çocuğun Fransa'da kütüğe yazılmasına bile engel oluyordu⁶⁰. AİHM'in sözü geçen içtihadından sonra, ayrıca yine AİHM'den 16. Protokol dahilinde aldığı 10 Nisan 2019 tarihli görüş⁶¹ ışığında, Yargıtay doğan çocuğun doğal yöntemle baba olan kişi ile biyolojik soybağını ve niyet annesi ile de evlatlık yoluyla soybağını mümkün kılmıştır⁶². Hatta Yargıtay Büyük Dairesi daha da ileri giderek 4 Ekim 2019 kararında, bazı özel durumlarda mesela niyet annesi ile yaşayan çocuğun yaşı yargı sürecinin uzunluğu sebebiyle artık ilerlemişse, niyet annesi ile doğrudan soybağının kurulabileceğine de hüküm verdi; böylelikle yüksek mahkeme, Medeni Kanun temelinde oluşturduğu soybağının biyolojik gerçekliğe uygunluğu kuralına dair içtihadını da değiştirmiş oldu⁶³. Miras konusuna gelince, yine AİHM 'in 2001 *Mazurek* kararında bir miras bölüşümünde, murisin evlilik dışı gayri meşru çocuklarıyla, evliliği dahilinde doğan meşru çocukları arasında ayrımcılık yapan Fransız mevzuatını 1. Ek Protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı ve AİHS 'in 14. maddesindeki ayrımcılık yasağı temelinde mahkûm etmesinden sonra, 1135 sayılı 3 Aralık 2001 kanunu mevzuatı değiştirerek gayri meşru varis

⁵⁸ 7 Ağustos 1990 tarihinde Fransa'da onaylanan ve 2 Eylül 1990'da yürürlüğe giren bu sözleşmenin birçok maddesi, mahkemeler önünde özellikle de Danıştay ve Yargıtay kararlarında hukuki dayanak olarak doğrudan etkiyle işletilmektedir. İlk kez Fransız Danıştay'ı, Türk vatandaşı çocuklara dair 1995 *Demirpençe* (Fr Dan, 10 Mart 1995, D, 1995, 617) ve 1997 *Çınar* (Fr Dan, 22 Eylül 1997, *La semaine juridique (JCP)*, 1998, II, 10051, comm. A. Gouttenoire-Cornut; *RTD Civ*, 1997, 908; *Les petites affiches (LPA)*, 26 ocak 1998) kararlarında, sırasıyla ÇHS 16. madde dayanağında tanınan özel hayat hakkına ve 3. madde temelinde çocuğu ilgilendiren kararlarda onun yüksek çıkarının üstün tutulması kuralına doğrudan etki tanımıştır. 1993 *Lejeune* kararında tersine bir yol izlemişse de, Yargıtay da 2005'ten itibaren Danıştay'ın bu çizgisine gelmiştir (Fr Yar 1. daire, 18 Mayıs 2005, *JCP* 2005, II, 10081). Mesela ÇHS'nin 7 §1. maddesinde öngörülen “çocuğun olabildiğince anne babasını tanıyabilmesi” kuralı dayanağında, çok iyi bilinen *Benjamin* kararında, anne gizli doğum yapıp çocuğu terk etmiş bile olsa, babalığını deklare etmiş birinin, annesi tarafından terk edilmiş çocuğunun evlat edinme prosedürüne engel olarak velayetini geri alabileceğini belirtmiştir: Fr Yar, 7 Nisan 2006, *Benjamin*, Flavie Guittet (2006) 248 *Gaz Pal* 20.

⁵⁹ Birçok çalışma içinde bkz, Hugues Fulchiron and Christine Bidaud, (2019) 40 *Rec Dalloz* 2228; Rahima Nato-Kalfane (2017) 1 *Gaz Pal* 80; Hugues Fulchiron, (2016) 5 *Dr fam* 52; Hugues Fulchiron and Christine Bidaud-Garon, (2015) 1 *Revue critique de droit international privé (RCDIP)* 1; Elisa Viganotti, (2014) 205 *Gaz Pal* 12.

⁶⁰ Örn bkz, Fr Yar, Medeni huk 1. dairesi, 13 Eylül 2013, n° 12-18315.

⁶¹ Joël Andriantsimbazovina, (2019) 25 *Gaz Pal* 21; Jean-Pierre Marguénaud, (2019) 4 *Revue trimestrielle de droit civil (RTD Civ)* 817.

⁶² Fr Yar, Büyük Daire, 3 Temmuz 2015, n° 14-21323 ve n° 15-50002.

⁶³ Fr Yar, Büyük Daire, 4 Ekim 2019, *Époux M*, n° 10-19053, Isabelle Rein-Lescastéreyres and Marie-Laure Niboyet, (2020) 1 *Gaz Pal* 86. Yargıtay, eşcinsel kadın çiftler için, çocuğun biyolojik annesi ile niyet annesi arasındaki soybağını doğrudan tanımayı kabul etmiştir: 18 Aralık 2019, *M^{me}. Y ve M^{me}. Batut*, 18-14751 ve 18-50007, Gaëtan Escudey, (2020) 14 *Gaz Pal* 77.

çocuklara miras önünde diğerleriyle tam bir eşitlik hakkı tanıdı. Aile içi şiddet konusunda ise, AİHM'in 3 Ekim 2017 *DMD/Romanya* kararında, arada bir de olsa, tüm kötü muamele ve bedensel cezalandırmanın insan haysiyetine aykırı olduğunu belirtmesinden⁶⁴ ve Sosyal Haklar Komitesi'nin 12 Eylül 2014 kararında Fransa'ya karşı verdiği kararından sonra⁶⁵, 2019 yılında yapılan bir kanun değişikliğiyle, çocuğa karşı yapılabilecek tüm fiziki ve psikolojik şiddet yasaklanarak Fransız çocuk hukukunun AİHS 3 ve ÇHS 19. maddeleriyle uyumlu hale getirilmesi sağlandı⁶⁶.

Son olarak aile birleşimine bakacak olursak, herhalde yalnızca AİHS ve ÇHS 'nin değil, AB Hukukunun da Fransa'da çocuk hakları açısından en derin değişimlere yol açtığı bu alanda, AB vatandaşlığı ile ilişkili çocuklar ve bu statü ile ilişkisi olmayan yabancı çocuklar arasında bir fark gözetmek gerekmektedir. Bir çocuk AB vatandaşı ise ya da AB vatandaşının yabancı çocuğu ise hem aile birleşimi hakkından hem de AB hukukunun öngördüğü tüm diğer özgürlüklerden yararlanabiliyor. Örneğin serbest dolaşım, serbest ekonomik haklar, sosyal haklar, hatta yaşı uygunsa belediye seçimlerinde oy hakkı bile 18 yaş altı veya üstü çocuklara tanınabiliyor⁶⁷. Aynı şekilde Müslüman ülkelerde evlat edinmenin yerini alan *kafala* konusunda da ABAD, eğer kafala edilmiş çocuğun (*makfûl*), vasileri (*kefil*) AB vatandaşı ise, bu çocuğun *makfûl* statüsü dolayısıyla "evlat" olarak görülemez de, "başka aile üyesi" adı altında AB özgürlüklerinden yararlanmasına izin veriyor⁶⁸. Hatta bu durum dışında da, ABAD AB vatandaşlık haklarını çok daha ileriye taşıyarak, bebek çağındaki bir çocuğun, eğer kendisi AB vatandaşı ise, vatandaşlık haklarını gerektiği gibi kullanabilmesi için AB vatandaşı olmayan yabancı anne babasına oturma izni verilmesini zorunlu kılmaktadır⁶⁹. Aslında 1964 Ankara Anlaşması temelinde Türk vatandaşı çocuklar da aile birleşimi hakkından ve hatta bu hakkı tamamlayan serbest dolaşım, çalışma hakkı, eşit sosyal sağlık ve yardım hakkı gibi haklardan yararlanabiliyorlar; ancak bu durumda yerine getirilmesi gereken şartlar, özellikle AB-Türkiye İşbirliği Konseyi kararları ve ABAD içtihadı ışığında, biraz daha zorlu olabilmektedir⁷⁰. AB vatandaşı olmayan ve ülkesi AB ile işbirliği anlaşması yapmamış yabancı vatandaşlar ya da yabancı çocukların aile birleşimi hakları ise doğal olarak çok daha kısıtlayıcı

⁶⁴ AİHM, 3 Ekim 2017, n° 23022/13, Joël Andriantsimbazovina, (2017) 41 *Gaz Pal* 21.

⁶⁵ ASHK, 12 Eylül 2012, *Association pour la protection des enfants* [APPROACH] / Fransa, n° 92/2013, 4 Mart 2015, Adeline Gouttenoire, 'Châtiments corporels : la France doit-elle légiférer ?' (2015) *La lettre juridique* Lexbase.

⁶⁶ Me Ka 371-1. md, 3. fıkra. Henüz içtihadta bu konuda temel oluşturabilecek bir esas kararı yoktur.

⁶⁷ Yunanistan, Avusturya ve Malta gibi ülkelerde bazı seçimlerde seçmen yaş sınırı 18 yaş altındadır.

⁶⁸ ABAD, Büyük Daire, 26 Mart 2019, *SM*, C-129/18. Bu kararında ABAD, AİHM, 4 Ekim 2012, *Harroudj / Fransa* ve 16 Aralık 2014, *Chbihi Loudoudi ve diğ / Belçika* kararlarına da gönderme yaparak, üye devletlerin bir kafalının geçerliliğini değerlendirirken hem özel hayat hem de çocuğun yüksek çıkarları ışığında inceleme yapmaları gerektiğini vurgulamıştır.

⁶⁹ ATAD, Büyük Daire, 19 Ekim 2004, *Catherine Zhu et Chen*, C-200/02, *Rec.* I-9951, EU:C:2004:639; Denys Simon, 'Droit de séjour: les tribulations d'une Chinoise et de sa fille au Royaume-Uni' (2004) 12 *Europe* 14. Aynı yönde, ABAD, Büyük Daire, 13 Eylül 2016, *Rendón Marin*, C-165/14, EU:C:2016:675.

⁷⁰ Bu konuda bkz, Mehmet Tınç, 'Ankara Anlaşması ve Schengen Anlaşması : Türk vatandaşlarının vizesiz dolaşım hakkı' (2014) 5 (19) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 207; 'L'Europe du Repli ou Rondo alla Turca ? Une autre analyse de l'arrêt Demirkan' (2014) 3 *Revue du droit de l'Union européenne (RDUE)* 441.

şartlara bağlıdır⁷¹. Ancak bu noktada, AİHS 8. madde ve AB Temel Haklar Şartı 7 ve 24. maddeleri dayanağında ABAD geniş yorumlar yaparak, yabancı çocukların da haklarını ve yüksek çıkarlarını gözetmektedir. Örneğin, aile birleşimi başvurusunda henüz reşit olmamış çocuğun yaşını başvuru karara bağlandığı tarih değil, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul etmekte⁷², boşanmış eşin ziyaret hakkının çocuğun temel hakkı olan ebeveyn ile doğrudan ilişkiler kurma hakkının korunması için esas olduğunu belirtmekte⁷³ ve hatta bu hakkı büyükanne ve büyükbabayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır⁷⁴.

Fransız mahkemeleri AB hukuku dışında da, AİHS ve ÇHS temelinde çocukların aile birleşimi haklarını adım adım kabul etmekte, bu hakkı genişletmekte ve dolayısıyla da çocuk haklarını güçlendirmektedir. Örneğin, önemli *Çınar* kararında Danıştay, çocuğun yüksek yararını öngören ÇHS 3. madde ilk fıkrası dayanağında, 10 yıllık oturma izniyle Fransa’da ikamet eden bir Türk annenin ülkeye yasadışı soktuğu oğlunun Türkiye’ye geri gönderilmesi kararını iptal etmiş ve dolayısıyla bu hükmeye iç hukukta doğrudan etki tanımıştır⁷⁵. Bir başka kararda, yine Danıştay hem AİHS hem de ÇHS dayanağında, annenin terk ettiği Fransız vatandaşı bir çocuğun, çocuk hakim tarafından esirgeme kurumuna yerleştirilmiş bile olsa, babasının velayetinde kaldığını ve yabancı bu babanın çocuğu ziyaret ettiği ve takip ettiği için de onun bakım ve yetiştirilmesine katkısı olduğu gerekçesiyle, oturma izni hakkı elde ettiğine karar vermiştir⁷⁶. Elbette içtihadta böylesi geniş yorumlanan bu aile birleşimi hakkı sınırsız değildir. Mesela, yabancı bir baba doğmuş çocuğun bakım ve giderlerinde etkin katkı sağladığını kanıtlayamıyorsa, bu çocuk Fransız vatandaşı bile olsa, baba sınır dışı edilebiliyor⁷⁷. Bu alanda içtihadın genel çizgisini, Fransız mahkemelerinin çocuk haklarını uluslararası standartlara ne kadar uygun şekilde hayata geçirip geçirmediğini detaylı şekilde değerlendirebilmemiz mümkün değildir⁷⁸. Ancak çocuk haklarının dış dinamikleri üzerine yaptığımız bu kısa inceleme bile, Fransız çocuk hukukunun kaynağını ne kadar önemli ölçüde iç hukukta doğrudan etki ile uygulanabilen uluslararası anlaşma hükümlerinden aldığını, çocuk haklarının

⁷¹ AB 2003/86/CE sayılı, 22 Eylül 2003 Aile Birleşimi Direktifi.

⁷² Örn bkz ABAD, 16 Temmuz 2020, *B.M.M. ve diğ / Belçika*, C-133/19, C-136/19 ve C-137/19.

⁷³ ABAD, 9 Eylül 2005, *Bohez*, C-4/14, § 58.

⁷⁴ ABAD, 31 Mayıs 2018, *Valcheva*, C-335/17.

⁷⁵ Fr Dan, 1997, *M^{lle} Cinar*, bkz yuk 58. dipnot. Aynı yönde, eğer çocuğun yüksek yararına ters düşüyorsa, annenin sınır dışı edilmesi de engellenebilir. Örn bkz, Fr Dan, 9 Ekim 2019, n° 416278. Bu kararda Danıştay, babası mülteci, annesi Makedon bir çocuğun yüksek çıkarı sebebiyle, annesine aile birleşimi hakkı tanınmasını ve özel hayat oturma izni verilmesini zorunlu kılmıştır.

⁷⁶ Fr Dan, 20 Aralık 2019, n° 420321. Hakim, uçağa haksız yere alınmayarak sığınmacı annesinden ayrılan yabancı bir çocuğa Fransa’ya dönüşü için gerekli tüm belgelerin hızla verilmesini de emredebilir: Fr Dan, 10 Temmuz 2020, n° 441518. Aynı şekilde, niyet annesine kavuşması için de bir başka ülkede, taşıyıcı anneden doğmuş yabancı bir çocuğa gerekli belgelerin ivedilikle verilmesi emredilebilir: Fr Dan 4 Mayıs 2011, n° 348778 ve 3 Ağustos 2016, n° 401924.

⁷⁷ Fr Dan, referé, 23 Aralık 2019. n° 435579.

⁷⁸ Birçok kaynak arasından örn bkz, Béatrice Voss and Flor Tercero, ‘Le cadre juridique européen en matière de regroupement familial’ (2019) 118 *L’Observatoire de Bruxelles* 30 veya Christophe Pouly, ‘Étranger : contentieux de l’entrée et du séjour. Contentieux du franchissement des frontières’ (2021) *Répertoire de contentieux administratif*, (Encyclopédie (Encyc.) Dalloz) §349 ve devamı.

gelişiminde ve özellikle de çocuğun özne haline dönüşmesinde ulus-üstü normların ulusal içtihatla ne kadar büyük ağırlıkları olduğunu kanıtlamaktadır⁷⁹.

* *

Görüldüğü gibi çağdaş Fransız hukukunda çocuk, uluslararası ve ulusal hukukların birbirleriyle karşılaştığı, değişik tipte kuralları temel değerlerde birleştiren bir hukuk nesnesi olmaktan yavaş yavaş uzaklaşarak, bu normatif karşılaşmanın da etkisiyle, özerk bir hukuk kişisi olma yolunda ilerlemekte, bir yandan bahsettiğimiz hakları gelişirken bir yandan da hukuki statüsü git gide olgunlaşan gerçek bir birey olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce sözü geçen *kafala* konusu bu durumu özetleyen güzel bir örnektir. Cezayir ve Fas gibi Kuzey Afrikalı Müslüman ülkelerde İslami gerekçeler nedeniyle evlat edinme yasak olduğundan, bu ülkelerde bir hakim kafalayı kabul ettiyse, terk edilmiş bir çocuğun 18 yaşına kadar velayeti ya da vesayeti bir başkasına ya da başka bir çifte geçmekte, ama çocuk kafala edildiği ailenin soybağına girmemekte ve mirasa katılmamaktadır. Fransız hukukundaki anlamıyla “adopsiyon” [*adoption*] yani evlat edinmeden farklı bu mekanizma⁸⁰ yine daha önce bahsettiğimiz gibi, AİHS 8. madde ve AB Temel Haklar Şartı 7 ve 24. maddeleri temelinde hem ABAD hem de AİHM içtihatları ışığında, Fransız Danıştay ve Yargıtay tarafından Fransa’da da kabul edilmektedir. Mesela Fransız Danıştay bu çerçevede kafala edilmiş bir çocuğun ülke giriş-çıkış ve oturma haklarını koruma altına almıştır⁸¹. Zaten AİHM 4 Ekim 2012 *Harroudj* kararında Fransız içtihadının oldukça dengeli ve çocuğun çıkarlarına uygun bir sistem geliştirdiğini, kafala durumunda kişiye sadece çocuğun vesayetini vererek, evlat edinmeyi yasaklayarak, çocuğun hem kökenleri ile bağıni hem de aile hakkını muhafaza ettiğini belirtmiştir⁸². Yargıtay da kararlarında, eğer kafala yalan belgeler ile düzenlenmediyse, zaten ÇHS 20. maddede de açıkça belirtilen bu prosedürü kabul etmekte⁸³, hatta kafala sırasında oluşabilecek ailevi problemlerin

⁷⁹ Fransız Yargısı ÇHS'nin sadece devlet ilişkilerini ilgilendiren hükümlerinin doğrudan etkisini tanımıyor: 2§2, 3§2, 3§3, 4, 6§2, 7§2, 9§1, 9§4, 10§1, 11, 17, 18, 19, 20§2, 20§3, 21, 22, 24§2, 24§3, 27§3, 28§2, 29, 32§2, 33, 34, 35, 36, 38, 39. maddeler. İsim hakkı, özel hayat hakkı, yüksek yararın üstünlüğü kuralı gibi (7§1 ve 16. maddeler) açıkça çocuklara verilmiş hakları içeren hükümlere doğrudan etki tanıyor. Ayrıca, henüz bu konuda içtihat olmasa da, açıkça çocukları hedef almayan, ama devletlere yükümlülük getirerek ya da ailelere haklar vererek, dolaylı olarak çocuklara hak doğuran hükümlere de doğrudan etki tanınabileceği olasıdır (2§1, 6, 8, 9§3, 12§1, 14§1, 14§3, 15, 23§2, 24§1, 25, 26, 27§1, 28§1, 31, 32§1, 37, 40. Ya da aileye haklar veren: 5 ve 14§2. maddeler). Aynı yönde bkz, A. Gouttenoire, ‘Les droits de l’enfant’ (2014) 66 (2) *Revue internationale de droit comparé* 565.

⁸⁰ Bu mekanizmaya göre, vasi kafala olarak kabul ettiği çocuğu, anne-babasının rızası olmadan, sadece kafala kararını veren kurumun izniyle evlat edinemez (Fr Yar, 1. daire, 1 Temmuz 1997, n° 95-14.075). Evlat edinme ancak çocuk Fransa’da doğduysa ve ikamet de Fransa’daysa mümkündür (Me Ka 370-3 2. fıkra ve Fr Yar, 1. daire, 10 Ekim 2006, n° 06-15.264; 9 Temmuz 2008, n° 07-20.279; 28 Ocak 2009, n° 08-10.034; 25 Şubat 2009, n° 08-11.033).

⁸¹ Fr Dan, 3 Şubat 2011, n° 333835; 11 mart 2011, n° 324071; 30 Mart 2011, n° 334553, n° 337795 ve n° 325636; 19 Nisan 2011, n° 32231 ve n° 336681. Danıştay’ın bu içtihadına göre çocuğun çıkarı velayeti olan ailesi ile birlikte olmaktadır.

⁸² AİHM, 4 Ekim 2012, *Harroudj / Fransa*, n° 43631/09, Gérard Gonzalez, (2012) 43 JCP G 1945; Jean Hauser, (2013) 1 *Revue trimestrielle de droit civil (RTD Civ)* 105; Stéphane Bollé, (2013) 95 *Revue trimestrielle des droits de l’Homme (RTDH)* 717; Sabine Comeloup, (2013) 1 RCDIP 146. Aynı yöndeki Fr Yar kararları üzerine, Thierry Garé, (2009) 5 *Revue juridique personnes et famille* 24.

⁸³ Fr Yar, 1. daire, 17 Kasım 2010, n° 09-68.399, David Martel, (2011) 11 JCP G. 525; Marie-Christine Le Boursicot, (2011) 2 *Revue Juridique Personnes et Famille* 13; Claire Neirinck, (2011) 1 *Dr fam* 32; yalan beyan ile çocuğu karısının doğurduğunu iddia eden bir Fransız’ın ne kafala belgesi ne de doğum belgesi geçerli değildir. Bu durumda çocuğun ne özel hayat hakkı ne de yüksek çıkarları, belgelerin hukuken sakatlığını gidermeye yetmemektedir.

çözümünde ÇHS 'nin 3. maddesi ilk fıkrasını, yani çocuğun üstün yararını gözeterek, hem kafala kurallarına hem de Fransız medeni kanunlarına uygun bir şekilde çocuk için en faydalı orta yolu bulmaya çalışmaktadır. Örneğin, kafala velisi çocuğun psikolojisini bozduysa, mahkeme velayeti çocuğun sevgi bağı kurduğu fakat kafala velisinin terk ettiği dolayısıyla doğrudan kafala velisi yani “kefil” olmayan eşine dahi geçirebiliyor⁸⁴. Yine de, kafalanın bu kadar dengeli bir şekilde mahkemelerce uygulanması bile bazı sorunları gidermemiştir. Kafala söylediğimiz gibi anne-baba ile çocuk soybağını kuramadığından⁸⁵, kafala çocukları, evlat edinilmiş çocuklar ile tamamen aynı hakları paylaşmamakta, mesela bu çocuklarla aynı sosyal yardımları alamamaktadır⁸⁶. Ancak bu ve bunun gibi ayrımcılıkları, Fransız çocuk hukukunun yetersizliklerini ve çocuk haklarında yapılabilecek ilerlemeleri ayrıca inceleyeceğiz.

Fransız çocuk haklarının gelişim sürecini ele aldığımız bu birinci bölümden çıkan bilgiler ışığında, Fransa’da çocuk haklarının iç dinamikler açısından oldukça pozitif bir bilançosunu yapabiliriz. Genel olarak, “Fransa’da çocuğa her gün bayram!” Yılda 160 ila 55 milyar avro arasında değişen ve devlet harcamalarının her zaman birinci sırasında olan ilk ve orta eğitim-öğretim bütçesini, ortalama 25 milyar avroluk yükseköğrenim bütçesini, devlet ve yerel bölgelerin aile yardımlarını, sosyal yardımları, müze, kütüphane, medyatek [*médiathèque*] (basım-yayın ve kültür kütüphanesi), lüdotek [*ludothèque*] (oyuncak kütüphanesi), çocuk gelişimi derneklerini ve onlara yapılan kamu yardımlarını, kısacası çocukların yetiştirilmelerinde rol oynayan her türlü kurum ve hizmete yapılan devlet yatırımlarını genel olarak düşünürsek⁸⁷, Fransa’da çocuk hakları yalnızca hukuken güçlendirilmiş değildir. Sosyal olarak da çocuğa ve haklarına verilen önem son derece büyüktür. Ayrıca, bu değerlendirmeyi sağlıklı bir şekilde yapabilmek için çocuk haklarını ya da çocuk hukukunu tek başına ele alamayız. Bu hakların ve genel olarak çocuk hukukunun ne seviyede olduğunu daha iyi anlamak için toplum ve hukuka bir bütün olarak bakmalıyız. Fransa örneğinde,

⁸⁴ Bu noktada, Fr Yar, 1. daire, 20 Kasım 2013, n° 12-26.444 sayılı kararı önemlidir. Cezayirli bir çocuk, anne-babası kafalayı Cezayir’de iptal ettirmişlerse de, velayet çocuğun yaşam koşulları ve psikolojik sıkıntılarını dikkate alınarak kafala velisinin ayrıldığı ve çocuğun “anne” olarak gördüğü eşine devredilmiştir.

⁸⁵ Fr Yar, 1. daire, 15 Aralık 2010, n° 09-10.439, David Boulanger, (2011) 39 JCP 27; Christelle Chalas, (2011) 3 Journal de droit international (JDI - Clunet) 563; Caroline Siffrein-Blanc, (2011) 25 Revue des droits et libertés fondamentales (RDLF). Bu konuda, 1990 ÇHS 20. maddede de yer verilen kafalanın, çocuk evlatlık edinilmese de üstün çıkarlarına bir zarar vermediği hatırlatılıyor.

⁸⁶ Fr Yar, 2. daire, 11 Haziran 2009, n° 08-15.571; Fr Yar, 2. daire, 29 Kasım 2012, n° 11-27.195: kafala çocuk eve geldiğinden itibaren evlatlık edinmelerde Sosyal Sigortalar Kanununun öngördüğü 3 yıllık aile sosyal yardımını alamıyor. Ancak, bazı durumlarda, Yargıtay Fransa’ya yerleşmiş çocukların, eğer vasileri olan akrabalarıyla aralarında yeterli kadar güçlü bağlar varsa, bazı sosyal yardımlardan yararlanabilmeleri yolunda geniş yorumlar da yapılabilmektedir: Fr Yar, 2. daire, 10 Kasım 2011, n° 10-19.278, Jean-Philippe Lieutier, (2012) 11 JCP 51; Yannick Dagorné-Labbé, (2012) 2 Revue du droit sanitaire et social 390.

⁸⁷ Çocuk hakları ile yetkili belli başlı kurumlar arasında, başbakanlığa bağlı ve çocuk politikaları önerilerinde bulunan “Yüksek Aile Konseyi” (*Haut Conseil de la famille, de l’enfance et de l’âge, HCFEA*), Adalet Bakanlığına bağlı “Adli Gençlik Koruma Müdürlüğü” (*Protection judiciaire de la jeunesse*), yerel yönetimlerde yetkili, çocuk sağlık, güvenlik ve aile konularında her türlü karar gücüne sahip “Çocuk Sosyal Yardım Kurumu” (*Aide sociale à l’enfance, ASE*), “Anne ve Çocuk Koruma Müdürlüğü” (*Protection maternelle et infantile*), “Çocuk Hakimi” (*Juge des enfants*), “Hakların Savunucusu” (*Défenseur des droits*) kurumu, çocuk koruma politikalarını denetleyen, şikayetleri kabul eden, rapor sunan ve önerilerde bulunan “Çocuk Koruma Ulusal ve Yerel Gözlem Kurumları” (*Observatoire national de la protection de l’enfance, ONPE ve Observatoires départementaux de la protection de l’enfance. OPDE*), gibi kurumları sayabiliriz.

çocuk haklarını kuvvetler ayrılığı ilkesine saygılı, hukukun üstünlüğünü temel değer olarak belirlemiş ve fiili olarak da gerçekleştiren⁸⁸, anayasal hakların ve özgürlüklerin Yürütmeden ve Yasamadan bağımsız ve tarafsız yargı kurumlarının etkin kararları ile korunduğu, Dünyanın bugün 7. büyük ekonomisi, BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi, AB ve Avrupa Konseyi kurucu ülkesi bir nükleer güç olan Fransa'da çocuk hakları olarak düşünmemizde yarar vardır. Konuya biraz daha çocuk hakları açısından bakacak olursak, aile hukukunu 70'lerden beri değiştiren, kadın erkek eşitliğini üstün bir değer olarak gerçekleştirme çabasında olan, eşcinsel evlilikleri mümkün kılmış ve yine insanın temel ve doğal evrensel bir hak olarak tanıdığı aile hakkı dahilinde eşlerin eşitliğini benimsemiş, cinsel yönelimleri ne olursa olsun onları birer insan olarak ele almış ve evlat edinebilmelerini, çocuk yetiştirmelerini, büyütmelerini, insani değerlerle yaşamalarını mümkün kılmış demokratik, sosyal bir Hukuk Devleti olan Fransa'da çocuk hukukundan bahsettiğimizi unutmayalım. Ancak tüm bunlara rağmen, Fransa'da bile çocuk haklarının gelişmesi gereken, çocuk hukukunun ilerlemesi gereken noktalar, çocuk haklarında sayısız alanda yetersizlik halen mevcuttur.

II. Fransa'da Çocuk Haklarının Yetersizlikleri

Fransa'da çocuğa verilen hukuki statü, incelediğimiz tüm ilerlemelere rağmen çocuğun tam teşekküllü bağımsız bir özne olarak değil, koruma altında ve eksik bir hukuk kişisi şeklinde ele alındığını göstermektedir. Tüm diğer ülkelerdeki gibi Fransa'da da hukuk, çocuğun haklarını kendisinin doğrudan işletebileceği kazanımlardan çok veli, vasi ya da kurumların var olan yükümlülüklerinin bir karşılığı şeklinde düzenlemektedir. Birçok konuda bu hakları çocuğun velisine, vasisine ya da başka otoritelere emanet ederek onu kısıtlı bir hukuk öznesi şekline indirgemektedir (A). Ayrıca, hukuki statünün bu yapısal yetersizliğinden başka, çocuk haklarının içerik ve uygulamalarında da eksiklikler mevcuttur. Özellikle zayıf durumdaki bazı çocukların mesela öksüz veya anne babası ile soybağı kurmaya çalışan çocukların, göçmen çocukların, suçlu ya da engelli çocukların hala birçok alanda haklarına erişmekte sıkıntı yaşadıkları, hatta bazen ayrımcılığa uğradıkları görülmektedir (B).

A. Çocuğun Kısıtlı Hukuk Özneliği

Daha önce de belirttiğimiz gibi çocuk hukukun sıradan bir öznesi değildir; bir yetişkin ya da "reşit"ten farklı, tam teşekküllü haklara sahip olmayan bir hukuk kişisidir ki bu aslında oldukça doğal bir durumdur: Akıl çağına kadar mümeyyiz olmadığından, iyiyi-kötüyü, doğruyu-yanlışlı idrak edebilecek, yapılması gerekenle

⁸⁸ 14 Ekim 2021 *World Justice Project* raporuna göre dünyada Demokrasi ve Hukuk devletine saygı açısından 139 devletten 23. sırada olan Fransa, *The Economist*'in "Economist Intelligence Unit" 2022 endeksinde ise 22. sıradadır.

yapılmaması gerekeni ayırt edebilecek yetideki bireylerden farklı olarak, çocuk hukuk kişinin hukuk öznesi özelliği elbette kısıtlıdır. Hukuk, kişinin eylem ya da eylemsizliği ile bilinç ya da açık arzusu arasında doğrudan ilişki kurduğundan, mümeyyizliği sınırlı olan çocuğa hukuki ehliyet, yani hukuki bir işlemi gerçekleştirme yetisini de bütünüyle tanımamaktadır⁸⁹. Ancak Fransız hukukunda çocuğun hukuk özneliğinin kısıtlılığı tekil değil, hem ilgili hakka hem de çocuğun olgunluk yaşına göre azalıp çoğalan, derecesi değişken, çeşitlilik içeren çoğul bir kısıtlılık halidir. Bazı durumlarda çocuk tamamen ehliyetsiz, bazı durumlarda ise sadece sınırlı bir hak ehliyetine sahiptir. Örneğin bir takım haklar, veli ya da vasi izni olsun olmasın çocuğa tanınmaz. Mesela, Avusturya, Malta, gibi AB ülkelerinin tersine, Fransa’da on sekiz yaşından önce aynı Türkiye’deki gibi çocuğa seçme ve seçilme hakkı tanınmamaktadır. İcki bütün mamullerinin satışı, kumar, çocuğun sağlık veya ahlakına uygun olmayan bazı işlerde çalışması, bu mutlak ehliyetsizliğin çok bilinen başka örnekleridir. Ancak bunların dışında, mesela yargı yollarında söz hakkı, evlilik hakkı, izinli işlerde çalışma hakkı, çocuğun olgunluğuna ve yaşına göre değişmekte hukuki ehliyetsizlik sınırlı şekilde de olsa ortadan kalkabilmektedir. Çocuğun hukuk özneliği böylesi değişken olduğundan, kısıtlamalarının kapsam alanı, işleyiş kuralları, sertliği ya da esnekliği, kısacası hukuki rejimi, çocuğun ne derece özne gücünde hukukta var olduğunu ne derecede de sadece basit bir hukuk nesnesi olarak ele alındığını belirlemektedir. Fransız hukukuna bu şekilde baktığımızda, “hukuki ehliyet” kavramı ışığında, çocuğun hukuk öznesi halinin kısıtlılıklarının değişken olduklarını görmekteyiz.

İlk olarak, çocuk hukuk kişinin özneliğinin ne kadar kısıtlı olduğuna bakacak olursak, onun çoğu hukuki işlemlerini ancak ve ancak üzerinde velayet sahibi kişi veya kişilerin izniyle gerçekleştirebildiğini fark ederiz. Örneğin, bir çocuğun bir sözleşme imzalaması, bir yükümlülüğe girebilmesi, bir işte çalışması, varlıklarının işletilmesi ya da gündelik başka bir hukuk işlemi gerçekleştirebilmesi, 18 yaşına kadar birçok ülkenin hukukunda olduğu gibi, sadece ebeveyn ya da vasi izni ile mümkündür. Çocuğun ekonomik haklarının, eğitim hakkının, sosyal haklarının bu “dolaylı” hali, onun özneliğinden çok bir aile üyesi olarak nesneliğini göstermektedir. En çok özne özelliğinde olan hukuki haklar bile çoğunlukla ancak dolaylı şekilde işletilebilen haklar olduğundan çocuk hukuk kişinin özneliğinin sınırlı olduğunu açıkça söyleyebiliriz. Somut bir örnek verecek olursak, Fransa’da mahkeme yollarının sadece çok özel durumlarda çocuklara doğrudan açık olduğunu hatırlatmak yararlı olur. Elbette çocuk mesela işverenine karşı tek başına dava açabilir⁹⁰, eğitim desteği için mahkemelere başvurabilir⁹¹, anne olmuş ise tek başına çocuğun babasına karşı babalık davası

⁸⁹ Türkçe bir değerlendirme için bkz, Dominique Youf, ‘Çocuğun Hukuki Statüsü Hakkında’ (1999) 4 (106) Le Débat 67-82’den çeviri, Burak Durmuş, (2019) 2 Çocuk ve Medeniyet Dergisi 67.

⁹⁰ İş Ka. L.1453-1. md, iş mahkemelerinin izni koşuluyla çocuk çalışanın bir başvurusu kabul edilebilir.

⁹¹ Me Ka 375. Bu yönde, bkz Fr Yar. 1. daire, 21 Kasım 1995, Adeline Gouttenoire, (1996) Recueil Dalloz (D) 420; Jean Hauser, (1996) RTD civ 140.

açabilir⁹² vb. Ancak bu özel durumlar dışında çocuğa yargı yollarına resen başvuru hakkı tanınmamaktadır. ÇHS 12. madde (md) ve ÇHKS sözleşmeleri bu yönde üye devletleri iç hukuklarını geliştirmeye davet etseler de, Fransa'da henüz çocukların ilke olarak haklarını adil şekilde kendiliklerinden işletme yetileri, mahkemelere başvuru hakları her durumda ve genel şekilde tanınmamıştır⁹³. Çocukların, verdiğimiz birkaç örnek dışında, sadece kendilerini ilgilendiren davalarda sınırlı ve şartlı söz hakları mevcuttur⁹⁴.

Çocuğun bu “ehliyetsizliğini”, hukuken ne kadar kısıtlı bir özne olduğunu iyi gösteren bir başka somut örnek de ÇHS sözleşmesindeki “*çocuğun yüksek yararı*” kavramının dahi doğrudan çocuk tarafından değerlendirilen bir kriter olmamasıdır⁹⁵. Çocuğun sözü geçen “*çakarları*”nı çoğunlukla çocuğun velisi, vasisi ya da hakkında karar verecek otoriteler belirlemektedir. Bu noktada çocuğun yine ÇHS 'den doğan bir görüş hakkı vardır; ancak bu görüş zorlayıcı olmadığından çocuğun kendi yüksek yararını bile resen, yalnızca kendisi belirleyememektedir⁹⁶. Fransız hukukunun çocuğa ve haklarına olan bu yaklaşımına ünlü *Perruche* [perüş] davası da iyi bir örnek teşkil etmektedir⁹⁷. Bir hastanede doğum öncesi tetkiklerde yapılan hatalardan dolayı engelli olacağı fark edilmeyen bir çocuğun doğumundan o hastaneye ve dolayısıyla devlete açtığı tazminat davasını kabul eden Yüksek Yargı, çocuğa sağlıksız doğmama hakkı tanımışsa da hemen karardan sonra yapılan bir kanun değişikliğiyle bu hak ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla Yasama, çocuğun engelsiz hayat hakkını devletin pozitif bir yükümlülüğü şeklinde ele almayı reddetmiş, bu durumdaki çocuklar için yalnızca bir yardım fonu ortaya koymuştur. Ancak, sonuç olarak çocuğa öznel bir hukuk kişisi şeklinde değil, korunması gereken nesnel bir kişi olarak yaklaşmıştır. Görüldüğü gibi çocuğun ehliyetsizliği onu, haklarını tek başına kullanabilen özerk bir hukuk kişisi olmaktan çok, “kısıtlı” ve dolayısıyla korunmaya muhtaç nesnel

⁹² Me Ka 328: “*Reşit olmasa bile, sadece kendisine karşı soybağı kurulan veli, çocuğun reşitliğine kadar annelik ya da babalık bağı arama yoluna gidebilir*”, serbest çevirimiz.

⁹³ Oysa, bu yönde çok ilerleme kaydedilmesi mümkündür. Buna mesela, AİHM'in kendisine yapılan başvurularda reşit olmayanları bile kabul etmesini örnek gösterebiliriz. Konu hakkında, bkz, Grégory Thuan, “La place du mineur dans la Convention européenne des droits de l'Homme”, XI^{ème} Assises nationales des avocats d'enfants, Séminaire du 21 novembre 2008, ENA, (2009) 286 (6) Journal du droit des jeunes 8-19. Fransız mahkemeleri önünde çocuğun tek başına işletebileceği böyle genel bir dava açma hakkı yok.

⁹⁴ Me.Ka. 388-1. md mahkemelerin çocuklara kendilerini ilgilendirdiği her davada, olgunluk durumlarına göre, söz hakkı vermelerini öngörmektedir. Bu yönde bkz, Françoise Alt-Maes, (1995) I JCP 3913; Sylvaine Courcelle, (1995) 2 Gaz Pal doctr. 1408; Adeline Gouttenoire, (2006) Dr. fam. chron. 29; O. Matocq and T. Dupré, *Mél Huet-Weiller* (PU Strasbourg LGDJ 1994) 309; Aline Vaissier-Catarama, *Mél Gebler* (PU Nancy 1998) 161; (2003) Dossier AJ fam. 368 ve (2019) AJ fam 115. Aynı yönde, Fr Yar 20 Kasım 1996, (1997) D. 192. Ayrıca çocuğun devlet tarafından ödemeli avukat hakkı var ve avukat da vasiin tersine çocuğun çıkarlarından önce isteklerini dile getirmekle görevli; yani çocuğun bir tür hukuk sözcüsü rolünde. Bununla birlikte, çocuğun velisi ya da vasisi ile olan davalarında kendisine *ad hoc* (atanmış) vasi edinme hakkı da veriliyor. Ancak bu durumda, *ad hoc* vasi çocuğun isteklerinin değil yüksek çıkarlarının temsilcisi olmaktadır.

⁹⁵ AİHM, 8 Nisan 2021, *Vavrička ve diğerleri / Çek Cumhuriyeti*, n° 47621/13, n° 3867/14, n° 73094/14, n° 19306/15 ve 19298/15, n° 43883/15, Marie-Laure Moquet-Anger, (2021) 21 Recueil Dalloz Sirey (D) 1176; Frédéric Sudre, ‘La vaccination infantile obligatoire n'enfreint pas la Convention’ (2021) 16 JCP G. 777.

⁹⁶ Anne-Claire Réglie and Caroline Siffrein-Blanc, *L'intérêt de l'enfant: mythe ou réalité* (Institut universitaire de Varenne 2018) 145.

⁹⁷ Fr Yar, Büyük Daire, 17 Kasım 2000, n° 99-13.701, JurisData n° 2000-006884, Bull. civ. ass. plén., n° 9, RTD Civ. 2001 77, JCP G 2000 II 10438, D. 2001 352.

bir hukuk kişisi yapmaktadır. Ancak, bu ehliyetsizliğin ve bundan kaynaklanan nesnellığın, ya da öznelik azlığının, hem sınırları hem de istisnaları Fransız çocuk hukukunun, ve belki de diğer ülke iç hukuklarının da, aslında ne kadar değişime ve gelişime açık olduklarını göstermektedir.

Kısıtlılığın bu değişik sınırları hakkında çok çeşitli örnekler verebiliriz. İlk olarak, çoğu durumda hukuki ehliyetsizliğin hakların varlığını değil yalnızca kullanımını etkilediğini hatırlatmalıyız. Çocuk birçok konuda, var olan haklarını tam olarak kullanamıyorsa da hak sahibi olabilmekte ve ilgili hakları üzerinde kısıtlı da olsa bir denetim sağlayabilmektedir. Örneğin, kendi adına olan bir banka hesabındaki para, çocuk reşit olana kadar çocuk tarafından tek başına kullanılamasa da veli ya da vasi tarafından da tamamen özgürce işletilememektedir, çünkü bu paranın mülkiyeti çocuğa aittir⁹⁸. Ehliyetsizlik bu durumda mülkiyet hakkının varlığını değil yalnızca kullanımını sınırlamaktadır. Aynı şekilde, çocuk yine velisi ya da vasi izni ile iş anlaşması yapabilmekte, çalışabilmekte, hatta borç ve yükümlülük altına girip kazanç hakları elde edebilmektedir⁹⁹. Ayrıca çocuk için, veli ya da vasi izni ile, evlilik dahi mümkündür. 2006 kanunu çocuk evliliklerini ilke olarak yasaklamışsa da, 16 yaşındaki bir kişi savcılık kontrolünde evlenebilmektedir¹⁰⁰. Ve bu durumda çocuk otomatik olarak “emansipe” (*émancipé*) olmakta yani hukuk özneliğini kısmen kazanmaktadır¹⁰¹. Evlenerek emansipe olmuş bu çocuk, kanunen reşitlik koşuluna bağlı bazı işlemleri kendi başına yapabilme hakkını, yani şartsız hukuk ehliyetini edinmektedir¹⁰². Bahsi geçen bu “emansipasyon” (*émancipation*) hali, Fransız çocuk hukukunda çocuğun ne kadar özneleşebileceğini gösteren önemli başka bir örnektir ve evlilik dışında, 16-18 yaş arası bir çocuğun velisi veya Aile konseyinin Vesayet Hâkimine başvurusuyla da mümkündür. Emansipasyon halinde çocuk henüz reşit olmasa da, reşitliğin sağladığı çoğu hak ve ödevlere kavuşmakta, örneğin tek başına sözleşme imzalayabilmekte, ev kiralayıp işe girebilmekte ve buna karşılık, aynı bir reşit gibi, çocuğun da medeni ve cezai sorumluluğu işletilebilmektedir.

Özel kısıtlılığın ölçüsünü gösteren son örneğimiz de çocuğun rıza hakkıdır. Fransız hukukunda çocuğun hukuk kişiliği eksik de olsa, hukuki ehliyetsizliği onu kendisini ilgilendiren kararlarda rıza haklarından mahrum etmemektedir. Bu tür kararlarda Kanun çocuğun rızasının hem yaşına hem de olgunluk derecesine göre kısacası

⁹⁸ Christiane Pelletier, ‘Le patrimoine du mineur est-il protégé depuis la réforme de l’administration légale ?’, (2017) 21 Gaz Pal 73; Hervé Lecuyer, ‘Le patrimoine du mineur’ (2003) 80 Gaz Pal 2.

⁹⁹ Veli ya da vasiler çocuğun bu kazançlardan doğan mülkiyetini işletip, çocuğun maaşlarının muaf olması koşuluyla, kendileri için gelir elde edebilmektedirler. Bkz, Mélanie Dupont, ‘L’autorité parentale et les biens de l’enfant’ in Mélanie Dupont (eds), *Droit à l’usage des psychologues. En 50 notions*, (Dunod 2019) 361. Ayrıca bkz yuk. 97. dipnot.

¹⁰⁰ Philippe Bonfils and Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, dipnot (n 7) 269; D. Montoux, ‘Mineurs. Majeurs protégés. Mariage des mineurs’ (2015) 260 JCl Notariale.

¹⁰¹ F. Terré and D. Fenouillet and C. Goldie-Genicon, *Droit civil. La famille*, (9th ed Paris, Dalloz 2018) Précis, öz. 954-957. Türkçe’deki reşitlik kavramından farklı olarak “émancipation” henüz yaş olarak reşit olmamış bir çocuğun reşit haklarının bir kısmına kavuşması anlamı taşımaktadır.

¹⁰² Me Ka 145 ve 148. maddeden 160. maddeye.

mümeyiz olduğu oranla dikkate alınmasını hükmetmekte¹⁰³, örneğin çocuğun 13 yaşından sonra evlatlık edinilmesi için¹⁰⁴, isim değişikliği için¹⁰⁵, organ ya da kan nakli için¹⁰⁶ rızasını zorunlu kılmaktadır¹⁰⁷. Bütün bu örneklerden gördüğümüz gibi, Fransa'da çocuk bir ölçüde de olsa öznel bir hukuk kişisi olarak ele alınabilmektedir. Hatta bu yaklaşım Fransız hukukunda öyle yer etmiştir ki bazı hallerde kanun çocuğun hukuki ehliyetini emansipasyon olmasa dahi tanımaktadır. Ehliyetsizlik ilkesinin bu istisnaları arasında en önemlisi Medeni Kanun'un 388-1-1. maddesidir. Bu genel hükme göre, kanun veya teamüllerin izin verdiği hallerde çocuk tek başına, veli ya da vasi izni gerek olmadan resen hareket edebilir. Örneğin, reşit veya emansipe olmamış bile olsa, bir çocuk tek başına 16 yaşından sonra mevduat hesabı açabilir¹⁰⁸, kendi başına mülkiyetinin yarısını vasiyet olarak bırakabilir¹⁰⁹ ya da yabancı bir çocuk 16 yaşından sonra tek başına Fransız vatandaşlığı başvurusu yapabilir, tek başına dolaşım belgesi isteyebilir¹¹⁰. Ve yine eğer teamüller kabul ediyorsa, çocuk bir derneğe üye olabilir hatta dernek kuruculuğu ya da başkanlığında görev alabilir¹¹¹, gönüllü gazete kurabilir¹¹², yine tek başına doğurduğu bir çocuğu tanıyabilir¹¹³, tek başına gizli doğum işlemi yapabilir ya da bebeğini öksüzler yurduna verebilir¹¹⁴. Ayrıca 1974'ten bu yana¹¹⁵, çocuk tek başına, annesi ve babasından habersiz, doğum kontrol önlemlerinden yararlanabilir ve 2001'den beridir de aile izni olmadan, fakat reşit birisi eşliğinde, kürtaja başvurabilir¹¹⁶. Son olarak, 2002'de alınan bir kanun ile

¹⁰³ Me Ka 371. md

¹⁰⁴ Me Ka 345. md

¹⁰⁵ Me Ka 61-3. md

¹⁰⁶ Kamu Sağlığı Kanunu (Kamu Sağ. Ka.) (*Code de santé publique*), L. 1111-4. md

¹⁰⁷ Ayrıca, sağlık işlemlerinde bilgilendirilme hakkı (Kamu Sağ Ka L. 1111-2. md), çocuğun görsel mülkiyeti, imaj hakkı (Fr Yar 1. medeni huk. dairesi, 27 Mart 1990, Bull civ I, n° 72), fikri mülkiyet hakkı üzerine bkz Nicole Cocquempot-Caulier, 'Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections' (2011) 307 (7) Journal du droit des jeunes 13-18 ya da bkz Pierre Fronton, 'Le travail de l'enfant de moins de seize ans artiste-interprète, dérogatoire à l'interdiction faite au mineur de travailler' (2017) 50 Jurisart 26-29.

¹⁰⁸ Jérôme Casey, 'L'enfant et la banque' (2000) 87 Droit et Patrimoine 76; Frédérique Julienne, 'La banque, les parents et le mineur' (2012) Revue de la recherche juridique (RRJ) 1461.

¹⁰⁹ Me Ka 904. md Philippe Bonfils and Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, dipnot (n 7), özellikle 1105-1106; Jean-Jacques Lemouland, 'Le testament de l'incapable' (2006) Dr fam, étude n° 48.

¹¹⁰ Jean-Pierre Laborde, 'La nationalité de l'enfant' (2007) 6 *Le droit et les droits de l'enfant*, Revue Champs Libres, (L'Harmattan); Philippe Bonfils and Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, dipnot (n 7), özellikle 1098.

¹¹¹ Jean Hauser, 'Le printemps des mineurs ; Note sous Loi numéro 2011-893 du 28 juillet 2011 sur le droit d'association des mineurs' (2011) 4 RTD Civ. 745; Xavier Delpach, 'Droit pour les mineurs d'adhérer à une association' (2017) 3 AJ Contrats d'affaires 101; Xavier Delpach, 'Consécration du droit des mineurs de créer une association' (2011) 31 D 2110.

¹¹² 27 Ocak 2017 tarihli 2017-86 sayılı kanun.

¹¹³ Me Ka 316.

¹¹⁴ Philippe Bonfils and Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, dipnot (n 7) 143.

¹¹⁵ Doğum kontrol haplarının kullanımına izin veren 67-1176 sayılı 28 Aralık 1967 *Neuwirth* kanununda yapılan değişiklik (74-126 sayılı 4 aralık 1974 Kanunu).

¹¹⁶ 2001-588 sayılı 4 Temmuz 2001 tarihli kanun kız çocuklara, anne-babadan izinsiz kürtaj hakkı tanımıştır. Bkz, Kamu Sağ Ka L. 2212-7. md Bu yönde bkz, F. Taquet, 'Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception' (2022) 47 Gaz Pal 5; C. Andrieu, 'L'interruption volontaire de grossesse de la mineur : une liberté en question', (2005) 4 RRJ 20197-2108. Ayrıca, 13 Aralık 2000 tarihli 2000-1209 kanunu, kız çocukların kimyasal yollar veya sterilite gibi yöntemlerle acil doğum kontrol metotlarından gizli ve ücretsiz yararlanabilmelerini sağlamıştır. Bkz, Kamu Sağ Ka L. 4134-1. md ve F. Taquet, 'Les nouvelles dispositions relatives à la contraception d'urgence' (2001) 72 Gaz Pal 2. Son olarak, 25 Ağustos 2020 Kanununun, 15 yaşından küçük kız çocuklarına da ücretsiz doğum kontrol önlem hakkı tanıdığını belirtelim.

çocuğun anne babasının bilmelerini istemediği tüm sağlık işlemlerini kendi başına yapabildiğini de hatırlatalım¹¹⁷.

Görüldüğü gibi, Fransız hukuku git gide çocuğu özerkleştirmiş, çocuk hukuk kişisini birçok alanda nesnellikten gerçek bir öznelliğe tam teşekküllü bir hukuk kişiliğine doğru ilerletmiştir. Fakat ehliyetizlik ilkesinin bütün bu istisnaları ve sınırları, çocuğun genel olarak bir hukuk hakkı ya da ehliyeti olduğunu göstermemektedir. Kanunların çocuğu ele alış şekli geçen yüzyıldan beri ne kadar belirgin şekilde ilerlemiş olursa olsun, onu halen kısıtlı bir hukuk öznesi olmaktan alıkoymamaktadır. Bu noktada daha gidilecek çok yol olsa da, bu öznelleşme çabalarına paralel olarak ve belki de daha acele şekilde çağdaş Fransız hukukunun var olan hakların uygulanmasındaki eksikleri gidermesi şart gözükmemektedir.

B. Çocuk Haklarındaki Eksiklikler

Fransız devleti istatistikler kurumunun 2022 rakamlarına göre ülkede 0-18 yaş arası 15 milyondan fazla çocuk yaşamaktadır¹¹⁸. Bu da toplumun %22'si çocuk demektir ki, bu çocukların %25'ini anne veya baba tek başına büyütmede, %12'si ayrı anne-baba evlerinde gidip gelmekte, %11'i üvey anne, baba, kardeşler ile yani “*rekompze*” ya da karma ailelerde, %14'ü yetersiz büyüklükte konutlarda, %21'i fakirlik sınırının altında yaşamakta ve %12'sinin ya annesi ya babası ya da ikisi birden işsizdir¹¹⁹. Yine resmi rakamlara göre 2016-2020 arası cinsel tacize uğrayanların %60'ı çocuk (0-19 yaş) ki bu da her yıl 160.000 çocuk demek ve bunların %80'i ensest yani aile içi cinsel istismar¹²⁰. Görüldüğü gibi Fransa çocuk haklarında ne kadar ilerlemiş olursa olsun, pratikte hiçbir şey güllük gülistanlık değil. Çocukların haklarını koruyan ve geliştiren saydığımız onca mevzuata, sayısız sosyal aile ve çocuk yardımlarına, çocuklar ile ilgili konularda özel yetkili ulusal ya da yerel sayısız kurumun varlığına rağmen çocuk haklarında halen daha çok eksikler var¹²¹. Konuya sosyolojik değil pozitif hukuk açısından bakacak olursak da, Fransız çocuk haklarında halen somut eksiklikler olduğunu, değişik çocuk kategorilerinin birçok alanda haksızlığa ya da ayrımcılığa uğradığını çarpıcı örneklerle vurgulayabiliriz.

Örneğin, bugün artık yavaş yavaş durum değişmiş olsa da, en temel çocuk haklarından biri olan yaşam hakkı (AİHS 2. md) ya da bedensel ve ruhsal emniyeti (AİHS 3. md) ilgilendiren aile içi şiddet konusunda, çok uzun yıllar boyunca Fransız hukukunun çocuk haklarını gerektiği gibi korumadığını görmekteyiz. Daha önce

¹¹⁷ Kamu Sağ Ka L. 1111-5. md, bkz, Cécile Roche Dominguez, ‘Le secret médical chez les patients mineurs’ (2012) 313 (3) *Journal du droit des jeunes*, 25.

¹¹⁸ Bkz, <https://www.insee.fr>

¹¹⁹ Aynı kaynak.

¹²⁰ La Commission indépendante sur l’inceste et les violences sexuelles faites aux enfants (Ciivise - <https://www.ciivise.fr>) : 27 Ekim 2021 tarihli görüş, “Inceste : protéger les enfants. A propos des mères en lutte”.

¹²¹ Bkz yuk, 87. dipnot.

bahsettiğimiz, 2014 Sosyal Haklar Komitesi ve 2017 AİHM kararlarından sonra, Medeni Kanun'da 2019 yılında yapılan bir değişiklikle çocuk üzerinde fiziki ya da psikolojik şiddet içeren her türlü cezalandırma yasaklanmış olsa da¹²², mahkemeler halen daha aile içi şiddet konusunda çekingen davranmaktadırlar. 2019 Kanunu her türlü şiddeti yasaklamışsa da, henüz bu hükme dair kayda değer bir mahkeme kararı verilmediğinden, Yargıtay'ın ve genel olarak ulusal veya yerel otoritelerin bu konudaki tutumları ne olacak bilemiyoruz. Yargıtay 29 Ekim 2014 kararında, önceki kanunun açık lafzına rağmen, teamülleri öne sürerek, anne-babaya çocuğu cezalandırma hakkı tanımış ve belli bir seviyeye kadar çocuğa karşı aile içi şiddeti kabul etmişti¹²³. Eğer bu içtihat değişmezse, Fransa insan hakları açısından bu alanda sorunlu bir ülke olmaya devam edecektir ki bu noktada AİHM'in aile içi şiddete maruz kalarak ölmüş bir küçük kız ile ilgili yakın zamanda verdiği bir kararda Fransa'yı mahkûm ettiğini hatırlatmak doğru olur¹²⁴.

Çocuk haklarında başka birçok eksiklik de yabancı çocukları ilgilendirmektedir. Önemli bir göç baskısı altındaki tüm Avrupa ülkelerindeki gibi Fransa'da da bu konu özellikle çocuk hakları açısından çok sorun çıkarmaktadır. AİHM'in 28 Şubat 2019 *Khan* kararında başıboş çocukların kendi başlarına uygunsuz koşullarda Fransız devleti tarafından sahipsiz bırakılmalarını AİHS'e aykırı bulmasından sonra yeterli önlemler alınmadı ve hatta, ailesi yanında olan yabancı çocuklar konusunda da Fransa sınıfta kaldı. Örneğin, AİHM 2012 *Popov* ve 2016 *A B ve diğerleri* kararlarında aileleri yanında kısa bir süre de olsa (*Popov* kararında 15 gün, diğerlerinde sadece 7 gün), küçük çocukların kendilerine yeteri kadar uygun olmayan yabancı tutulma merkezlerine konulmalarını, AİHS 3, 5 ve 8. maddelerine aykırı ilan etmişti¹²⁵. AİHM'in bu kararlarına rağmen Fransa konu hakkında ilerleme kaydetmedi ve 22 Temmuz 2021 tarihinde aynı sebepten sekizinci kere yeniden mahkûm oldu¹²⁶. Yabancı çocuklarla ilgili bir başka önemli eksiklik de sosyal yardımlardan yararlanma hakkı ile ilgilidir. Eğer çocuğun anne ya da babasının ülkeye girişi yasal şekilde gerçekleşmediyse, oturum izni edinilmediyse, aile çocuk yardımlarından yararlanamamaktadır. Fransız Yüksek mahkemeleri Yargıtay ve Danıştay ayrı ayrı bu durumun AİHS 'e bir aykırılık içermediğini belirtmişlerdir. Fakat, aile

¹²² Me Ka 371-1 3. fıkra. Ceza Kanunu'na göre geçici iş yapamaz engeli getirmese de, eğer şiddete maruz kalan 15 yaşın altında ise, suçlu ağırlaştırılmış şekilde cezalandırılmakta : 222-13. md'de 3 yıl hapis ve 45.000€ para cezası öngörülmektedir. Sözüz geçen ASHK ve AİHM kararları için bkz yuk 64 ve 65. dipnotlar.

¹²³ Fr Yar, Cez. dairesi, 29 Ekim 2014, n° 13-86.371, Martine Herzog-Evans, 'Droit de correction parental: La France persiste et signe' (2015) 12 *Actualité Juridique Droit Pénal* 605-607.

¹²⁴ AİHM, 4 Haziran 2020, *Innocence en danger et Association Enfance et partage c. France*, n° 15343/15 ve 16806/15, François Fourment, (2020) 40 *Gaz Pal* 57-58; Clothilde Torchy, (2020) 34 *Gaz Pal* 63; Catherine Berlaud, (2020) 27 *Gaz Pal* 41; Joël Andriantsimbazovina, (2020) 25 *Gaz Pal* 30.

¹²⁵ AİHM, 19 Ocak 2012, *Popov/Fransa*, n° 39472/07 et 39474/07; AİHM, 12 Aralık 2016, *R. M. ve diğ. / Fransa, A. B. ve diğ. / Fransa, A. M. ve diğ. / Fransa, R. K. ve diğ. / Fransa, R. C. ve diğ. / Fransa*, n° 33201/11, 11593/12, 24587/12, 68264/14, 76491/14.

¹²⁶ AİHM, *MD ve AD / Fransa*, 22 Temmuz 2021, n° 57035/18, Juliette Jarrion, Ines Cung, 'Huitième condamnation de la France en matière de rétention d'enfants mineurs : la CEDH cristallise sa position' (2022) *La Revue des droits de l'homme* DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.14529> accessed 4/11/2022

yardımlarını çocuğun kendi yaşam koşullarına değil, anne babasının oturum izinlerine dayandıran bu yaklaşım kanun önünde, mesela eğitim konusunda, diğer çocuklarla aynı zorunlulukları olan bu yabancı çocukların eşit imkanlardan yararlanabilmelerini engellemektedir. En azından sadece çocuk açısından baktığımızda, bu durum zaten zor şartlarda okuyan bu çocukların daha da baskı altında kalmalarına, sağlıksız koşullarda yaşamalarına neden olmaktadır¹²⁷.

Çocuk haklarındaki bir başka eksiklik de “soybağını” ve özellikle de, bir yandan genetik testleri, bir yandan da gizli doğum sorununu ilgilendirmektedir. Genetik testler konusunda, Fransız kanunları ölü üzerinde, eğer hayattayken ölü açıkça razı gelmediyse, genetik test yapılmasını kabul etmemektedir. 2011 yılında AİHM’in *Pascaud* kararında Fransa’nın bu nedenle mahkûm edilmesine rağmen, Fransız Anayasa Mahkemesi ölü üzerinde genetik testleri yasaklayan kanunu anayasaya uygun bulmuş¹²⁸ ve Fransız yasama organı da bu alanda kanunu AİHS ile uyumlu hale getirecek herhangi bir değişiklik yapmamıştır. Oysa AİHM’in sözü geçen kararı ışığında, yasalar çocuğun soybağı hakkı ile genetik teste açıkça izin vermeden ölen biyolojik anne ya da babanın vücut bütünlüğü arasında bir orantı aramalı, çakışan bu iki hak arasında her somut durum karşısında, dengeli ve ölçülü bir ortak yol bulmalıdır. Bu şekilde her durumun farklılıklarına göre bir orantı aramak yerine, genetik testleri genel olarak yasaklayan bir mevzuat AİHM’e ve çocukların soy hakkına açıkça aykırılık içermektedir. Gizli doğumlara gelince, Fransız hukuku hem bebek katliamlarını önlemek hem de çocuk anneleri korumak amacıyla, kadının doğumda gizlilik talebi ile çocuğunu terk etmesini mümkün kılmaktadır. Böyle bir durumda, kanun çocuğun kendisinin soybağının bulunması için mahkemelere başvuru yapmasına da engel koymaktadır¹²⁹. 2002’de kurulan Kişisel Kökenlerine Erişim Konseyi¹³⁰, gizlilik talebi yapan bir annenin terk ettiği çocuğa sınırlı bilgiler verebilmesini öngörse de, anne onay vermediyse çocuk biyolojik kökenlerine, gerçek annesinin kimlik bilgilerine kesinlikle ulaşamamaktadır. AİHM 2006 *Odièvre* ve 2008 *Kearns* kararlarında bu mekanizmayı AİHS’e uygun bulmuş¹³¹, özellikle *Kearns* kararında yasanın anneye bıraktığı iki aylık cayma süresini kabul etmişse de, annenin sözü geçen *Kearns* kararındaki gibi yetişkin değil de çocuk olması halinde, çocuk-anneye bırakılan bu iki aylık sürenin kısa olduğunu ve kanunun bu dönüşü olmayan durumda çocuğa yetişkinlerden daha geniş bir düşünme süresi bırakması gerektiğini söyleyebiliriz¹³².

¹²⁷ Fr Yar, Büyük Daire, 3 Haziran 2011, n° 09-69.052 ve 09-71.352, Adeline Gouttenoire, ‘Le bénéfice des prestations familiales réservées à certains enfants étrangers’ (2012) AJ fam 183. Fr Dan, 11 Mayıs 2016. *Min de l’Intérieur*, (2016) Actualité juridique du droit administratif (AJDA) 985, (2017) D 261.

¹²⁸ AİHM, 16 Haziran 2011, *Pascaud / Fransa*, n° 19535/08 ve Fr AYM, 30 Eylül 2011, 173 QPC.

¹²⁹ Me Ka 326. 8 Ocak 1993 ve 16 Ocak 2009 kanunları.

¹³⁰ *Conseil national pour l’accès aux origines personnelles* (CNAOP).

¹³¹ Fransız AYM de aynı yönde, kanunu anayasal haklara uygun bulmuştur: Fr AYM, 2012, 248 QPC. Mahkemeye göre, kanun çocuğun kökenine, kişisel bilgilerine erişme hakkı ile annenin gizli kalma hakkı arasında dengeli bir bağdaşma gerçekleştirmektedir. AİHM aynı konuda, kanun gizli doğum halinde çocuğa hiçbir hak tanımadığından, İtalya’yı mahkûm etmişti. Bkz, AİHM, 25 Eylül 2012, *Godelli / İtalya*, n° 33783/09, Marie-Christine Le Boursicot, (2013) 100 Revue Lamy Droit Civil 35-39.

¹³² Aynı yönde, bkz Philippe Bonfils and Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, dipnot (n 7) 143.

Fransız hukukunda bunun gibi üzerinde tartışılması gereken daha birçok konu vardır: Mesela beyaz evliliklerle mücadele adı altında savcı ve polise verilen ve aile hayatına, özel hayata önemli şekilde müdahale içeren denetim ve soruşturma yetkileri¹³³, bir savcının, hem doğum belgesi hem de fiili durum yani aile birliğiyle kurulmuş olmasına rağmen hukuki bir soybağına, aile birliğinin fiili durumunun bitmesinden beş yıl sonraya kadar itiraz edebilmesi¹³⁴, deniz-aşırı Fransa'da Mayot (*Mayotte*) adasında, Komorlar (*Comores*)'dan gelen illegal göçün önünü kesmek ve Komorlu çocukların vatandaşlık kazanmalarını engellemek amacıyla vatandaşlık ve yabancılar kanunlarının farklı şekilde uygulanması¹³⁵, Fransız mahkemelerince ÇHS 'nin 54 maddesi arasında yalnızca 6 tanesinin doğrudan etki ile uygulanabilmesi¹³⁶, aynı sözleşmenin 3. Protokolü'nün ortaya koyduğu başvuru mekanizması hakkında yeterli bilgi olmaması¹³⁷, spor alanında kız çocuklara yönelik yatırımların yetersiz kalması¹³⁸, baskı, taciz, psikolojik şiddet gibi etkenlere karşı çocuğun akıl sağlığının yeterli korunamaması¹³⁹, Romenlere ve çocuklarına karşı yapılan ayrımcılıklar¹⁴⁰, liselilerin polis şiddetine maruz kalması¹⁴¹. Bu sorunlar, ne kadar ilerlemiş olursa olsun, Fransa'da çocuk haklarının güçlendirilmesi için daha gidilecek çok yol olduğunu açıkça göstermektedir.

Sonuç

Yaptığımız bu kısa incelemenin de gösterdiği gibi Fransız hukukunda çocuk ne henüz öznel ne de hakları eksiksiz şekilde uygulanan bir hukuk kişisi olarak düşünülemez. Genel olarak bu hukuk kişinin nesnel hali, hukukun çocuğa korumaya muhtaç biri şeklinde yaklaşımı, doğal biyolojik gerçeklerin pozitif hukuktaki yansımalarıdır ve bu hukuki gerçeklik kökünden değişime hiçbir zaman uğramayacaktır. Ancak, teknoloji, bilim, toplum ve insan bilinci geliştikçe, hukuk çağdaşlaşacak ve sözünü ettiğimiz “emansipasyon” ya da Medeni kanundaki istisnalarla çocuğun halihazırda ilerlemekte olan özneliği gitgide önem kazanacaktır. Ekolojik katliamlar karşısında artan toplumsal bilinçlenme, mesela Greta Thunberg gibi, çocukluklarını yaşamaya geldikleri dünyamızın yok oluşuna tanıklık yapan

¹³³ Me Ka 175-2. Bu yönde bkz, Jean-René BINET, ‘Suspicion de mariages blancs ou gris : comment prouver le défaut d'intention matrimoniale ?’ (2019) 5 Dr fam comm 92.

¹³⁴ Me Ka 333. md 2. fıkra.

¹³⁵ M. Desolneux, ‘Inquiétudes autour de l'accès à la nationalité française des enfants nés à Mayotte’, (2018) 9 Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF) 5-6; Julien COUARD, ‘Réforme des conditions d'acquisition de la nationalité française à Mayotte’ (2019) 4 Dr fam alerte 25.

¹³⁶ Bütün bu konularda bkz *Rapport du Défenseur des droits au comité des droits de l'enfant des Nations Unies*, 2020.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ C. Hédon, É. Deleamar, *Santé mentale des enfants: le droit au bien-être*, (2021) Rapport annuel de la Défenseure des droits.

¹⁴⁰ C. Hédon, *Pour une protection effective des droits des personnes Roms*, (2021) Rapport de la Défenseure des droits.

¹⁴¹ Violaine Morin, ‘Devant le lycée Hélène-Boucher, un rassemblement contre l’“action brutale” de la police’ *Le Monde* gazetesi (20 Ocak 2020). Mattea Battaglia et Louise Couvelaire, ‘La vidéo de l'interpellation collective de dizaines de lycéens à Mantes-la-Jolie provoque de vives réactions’ *Le Monde* gazetesi (6 Aralık 2018).

küçük insanların, hukuk yollarındaki arayışları¹⁴², bu özneliğin gelecek açısından ne kadar önemli olduğunu bize açıkça göstermektedir.

Yaptığımız incelemede gördüğümüz üzere bu bilinçlenmeyle çocuğun özerkleşmesine ve hukuk kişiliğinin öznelleşmesine paralel olarak, çocuk haklarının eksiklikleri de iyileştirilmelidir. Çocuğun kişisel ve medeni statüsü, özellikle de soybağı konusundaki yetersizlikler ya da sosyal yardım, oturma izni, aile huzuru, fiziksel ve bedensel etkinlikler gibi konularda var olan ayrımcılıklar giderilmeli, çocuk hakları iyileştirilmeli ve hukukta çocuğa verilen yer güçlendirilmelidir. Kısacası, her ülkede olduğu gibi Fransa’da da evrensel insani değerlerin hayata geçirilmesinde çocuklardan öğreneceğimiz daha çok şey olduğunu, bizim onları büyüttüğümüz kadar, onların da bizleri büyüttüklerini, hukuki statü ve hakları yoluyla toplumsal gelişime ve bilinçlenmeye yardımcı olduklarını kabul etmemiz gerekir.

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

Kitaplaştırılmış Kaynaklar

Ariès Ph., *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, 1973, Seuil, coll. "Point".

Bonfils Philippe, Gouttenoire Adeline, *Droit des mineurs*, Paris, 2021, Dalloz, 3^e éd.

Chagnollaud D., *Code junior: Les droits et obligations des moins de 18 ans*, 2017, Dalloz, 9^e éd.

Dekeuwer-Défossez F., Choain C. (dir.), *L'autorité parentale en question*, 2003, LEDRAP, PU du Septentrion.

Dekeuwer-Défossez Françoise, *Les droits de l'enfant*, 2018, PUF, coll. Que sais-je ?

Ghevontian M., *Constitution et justice pénale des mineurs: recherche sur l'identification d'un cadre commun aux systèmes français, espagnol et nord-américain*, 2017, Université Aix-Marseille.

Hatry S., *Le principe constitutionnel d'autonomie de la justice pénale des mineurs*, th. Bordeaux, 2016.

Hédon C., Deleamar É., *Santé mentale des enfants: le droit au bien-être*, Rapport annuel de la Défenseure des droits, 2021.

¹⁴² Bu konuda, örn, AFP/LeMonde, '« Inaction climatique » : six jeunes Portugais poursuivent trente-deux Etats devant la Cour européenne des droits de l'homme' LeMonde Gazetesi (27 Eylül 2023). Christel Cournil and Camila Perruso, 'Le climat s'installe à Strasbourg. Les enseignements des premières requêtes portées devant la Cour européenne des droits de l'Homme' (2021) 2 (124) L'Observateur de Bruxelles 24-29; Marina Brillé-Champaux, 'Inaction climatique et ONU' (2019) Dalloz Actu Étudiant; 'Climat : Un comité de l'ONU donne en partie raison à Greta Thunberg et d'autres jeunes' 20 minutes gazetesi (11 Ekim 2021); 'Les Droits de l'enfant, nouveau levier dans la lutte pour le climat' Libération gazetesi (24 Eylül 2019); 'On vous explique la plainte pour inaction climatique déposée par Greta Thunberg et 15 autres jeunes contre cinq Etats, dont la France' France Info (24 Eylül 2019).

- Hédon C., *Pour une protection effective des droits des personnes Roms*, Rapport de la Défenseure des droits, 2021.
- Martineau-Bourguinaud V., *Le PACS, 20 ans après*, Paris, Dalloz, 2020, Thèmes et Commentaires.
- Raymond G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 2006, Litec, 5^e éd., n° 38.
- Rapport du Défenseur des droits au comité des droits de l'enfant des Nations Unies*, 2020.
- Réglier A.-C. et Siffrein-Blanc C., *L'intérêt de l'enfant, Mythe ou realite ?* 2018, Institut Universitaire Varenne, coll. "Colloques et essais".
- Rubellin-Devichi J., Franck R. (Dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, 1996, PUL.
- Terré F., Fenouillet D., Goldie-Genicon C., *Droit civil. La famille*, Paris, Dalloz, 2018, 9^e éd., Précis.
- Youf D., *Penser les droits de l'enfant*, Paris, 2002, PUF.

Makaleler

- Altunkaya M., "Türk Özel Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, Yıl 2001, sf. 389-434.
- Andrieu C., "L'interruption volontaire de grossesse de la mineur : une liberté en question", *Rev. de la recherche juridique. Droit prospectif (RRJ)*, 2005/4, sf. 20197-2108.
- Benhamou Y., "Aperçu critique du projet de Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants", *Gaz Pal*, 1995, n° 1, doct. 5.
- Benmimoune S., "Incidences de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique sur l'état civil : deux pas en avant, un pas en arrière", *Actualité Juridique des Collectivités Territoriales*, 2022, n° 5, sf. 259.
- Binbir Ü., Arastaman G., "Eğitim Hakkı: Bir Sistemik Derleme Çalışması", *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, Yıl 11, Cilt 18, Eğitim Birimleri Özel Sayı.
- Binet J.-R., "Suspicion de mariages blancs ou gris : comment prouver le défaut d'intention matrimoniale ?", *Dr. fam.*, n° 5, Mayıs 2019, comm. 92.
- Bompard T., "Éducation des enfants handicapés : droit-créance et carence de l'État", *RD publ.* 2010, n° 1, sf. 197.
- Bonfils P., Gallardo E., "Vers un nouveau droit pénal des mineurs", *Actes du colloque sur le nouveau droit pénal des mineurs*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille Université, 1^{er} avril 2021 kapsamındaki çalışmaların yayımlandığı *Dr. fam.* dergisi özel sayısı, Mart 2019, sayı 3.
- Bonfils Ph., Gouttenoire A., "Panorama de droit des mineurs", *D.*, 2019, sf. 1732.
- Brunetti-Pons C., "L'intérêt supérieur de l'enfant: une définition possible?", *RLDC*, 2011, sf. 4405.
- Calais-Auloy M.-T., "Pour une définition claire de l'institution familiale", *Les petites affiches* 24 Mart 2000, sayı 60, sf. 4.
- Casey J., "L'enfant et la banque", *Droit et Patrimoine*, 2000, n° 87, Dossier sur le patrimoine de l'enfant, sf. 76-81; Frédérique Julienne, "La banque, les parents et le mineur", *RRJ*, 2012, sf. 1461.
- Cécile Roche D., "Le secret médical chez les patients mineurs", *Journal du droit des jeunes*, vol. 313, no 3, 2012, sf. 25-29.
- Cocquempot-Caulier N., "Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections", *Journal du droit des jeunes*, vol. 307, no. 7, 2011, sf. 13-18.

- Couard J., “Réforme des conditions d’acquisition de la nationalité française à Mayotte”, *Dr. fam.*, n° 4, Nisan 2019, alerte 25.
- Courbe P., “L’application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant”, *D.*, 2006, sf. 1487.
- Cournil C., Perruso C., “Le climat s’installe à Strasbourg. Les enseignements des premières requêtes portées devant la Cour européenne des droits de l’Homme”, *L’Observateur de Bruxelles*, 2021/2, n° 124, sf. 24.
- Delpech X., “Consécration du droit des mineurs de créer une association”, *li Dalloz Sirey*, 2011, n° 31, sf. 2110.
- Delpech X., “Droit pour les mineurs d’adhérer à une association”, *AJ Contrats d’affaires*, 2017, n° 3, sf. 101.
- Desolneux M., “Inquiétudes autour de l’accès à la nationalité française des enfants nés à Mayotte”, *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, 2018, n° 9, sf. 5-6.
- Desrayaud A., “Le père dans le Code civil, un magistrat domestique”, *Napoleonica La Revue*, 2012/2, n° 14, sf. 3-24.
- Donnier M., “L’intérêt de l’enfant”, *D.*, 1959., chron. 179.
- Dupont M., “43. L’autorité parentale et les biens de l’enfant”, *Droit à l’usage des psychologues. En 50 notions*, Dupont Mélanie (Dir.), Dunod, 2019, sf. 361-363.
- Fouquet O., “Le Conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs”, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, sayı 33.
- Fronton P., “Le travail de l’enfant de moins de seize ans artiste-interprète, dérogatoire à l’interdiction faite au mineur de travailler”, 2017, *Jurisart*, n° 50, sf. 26-29.
- Fulchiron H., “La constitutionnalisation de l’intérêt supérieur de l’enfant”, *D.*, 2019, sf. 709.
- Gouttenoire A., “Châtiments corporels : la France doit-elle légiférer ?”, *La lettre juridique*, Mart 2015, Lexbase.
- Gouttenoire A., “L’intérêt supérieur de l’enfant au coeur des systèmes”, in B. Bonnet (dir.), 2016, *LGDJ*, sf. 1209.
- Gouttenoire A., “Le bénéfice des prestations familiales réservés à certains enfants étrangers”, *AJ fam.*, 2012, 183.
- Gouttenoire A., “Les droits de l’enfant”, *Revue internationale de droit comparé*, 2014, n° 66/2, sf. 565-580.
- Grrelly P., “Contrepoint — Le droit des pères”, *Informations sociales*, vol. 176, n° 2, 2013, sf. 23-23.
- Hamon H., “L’adolescence à l’épreuve de la Convention internationale des droits de l’enfant et du néo-libéralisme(s)”, *JDJ*, déc. 2012, n° 320, sf. 20.
- Hamadi H., “Le statut européen de l’enfant”, in *Le droit et les droits de l’enfant*, Revue Champs Libres, 2007, n° 6, L’Harmattan, sf. 161.
- Hauser J., “Le printemps des mineurs ; Note sous Loi numéro 2011-893 du 28 juillet 2011 sur le droit d’association des mineurs”, *RTD Civ.*, 2011, n° 4, 745.
- Herzog-Evans M., “Droit de correction parental: La France persiste et signe”, *Actualité Juridique Droit Pénal*, 2015, n° 12, sf. 605-607.
- Isola A., “La Convention européenne sur l’exercice des droits de l’enfant”, in J. Rubellin-Devichi et Franck R. (dir), *L’enfant et les conventions internationales*, PUL, 1996, sf. 83.
- Jarrion J., Cung I., “Huitième condamnation de la France en matière de rétention d’enfants mineurs

- : la CEDH cristallise sa position”, *La Revue des droits de l’homme*, <https://doi.org/10.4000/revdh.14529>
- Karen F., “Protéger l’enfant ouvrier. La loi du 19 mai 1874, une «législation intermédiaire» ?”, *Revue historique*, 2017/2 (n° 682), sf. 327-358.
- Laborde J.-P., “La nationalité de l’enfant”, in *Le droit et les droits de l’enfant*, Revue Champs Libres, no 6, L’Harmattan, 2007.
- Lamarche M., “Intérêt supérieur de l’enfant. De l’admission des effets d’une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation”. *Dr. fam.* 2009.
- Lazerges C., “Le Conseil constitutionnel, garant de la spécificité de la justice des mineurs”, *Les Cahiers de la Justice*, 2011/3, n° 3, sf. 91-105.
- Lebreton G., “Le droit de l’enfant au respect de son “intérêt supérieur”. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français”, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2003, n° 2, sf. 77.
- Lebrun P. –B., Laran S., « 7. L’autorité parentale », in *Le droit en action sociale*, Lebrun Pierre-Brice, Laran Sandrine (Dir.), Paris, Dunod, « Maxi Fiches », 2016, sf. 71-82.
- Mallevaey B., “La parole de l’enfant en justice”, *Recherches familiales*, vol. 9, n° 1, 2012, sf. 117-129.
- Montoux D., “Mineurs. Majeurs protégés. Mariage des mineurs”, *JCl. Notariale fasc.* 260, 2015.
- Nicolas-Maguin M.-F., “Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile”, *Droit et cultures*, 2006, n° 51, sf. 123-132.
- Pelletier C., “Le patrimoine du mineur est-il protégé depuis la réforme de l’administration légale ?”, *Gaz Pal*, 2017, n° 21, sf. 73; Hervé Lecuyer, “Le patrimoine du mineur”, *Gaz Pal*, 2003, n° 80, sf. 2.
- Pouly C., “Étranger : contentieux de l’entrée et du séjour. Contentieux du franchissement des frontières”, in *Répertoire de contentieux administratif*, Encyc. Dalloz, 2021, §349 ve devamı.
- Réglier A.-C., Siffrein-Blanc C., *L’intérêt de l’enfant: mythe ou réalité*, Institut universitaire de Varenne, 2018, sf. 145.
- Roux J., “La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs”, *RD publ.* 2002, n° 6, sf. 1731.
- Simon D., “Droit de séjour: les tribulations d’une Chinoise et de sa fille au Royaume-Uni”, *Europe* 2004 Décembre comm. n° 401, sf. 14-16.
- Slama S., “Droit à la scolarisation des enfants handicapés, procédure de référé-liberté et prise en compte des moyens dont dispose l’administration”, *La Revue des droits de l’homme* [<http://journals.openedition.org/revdh/3591>], *Actualités Droits-Libertés*, 23 Kasım 2017’de yayınlanmış, 6 Temmuz 2022’de okunmuştur.
- Sudre F., “La vaccination infantile obligatoire n’enfreint pas la Convention”, *JCP G.*, 2021, n° 16, sf. 777.
- Taquet F., “Les nouvelles dispositions relatives à l’interruption volontaire de grossesse et à la contraception”, *Gaz Pal*, 16 Şubat 2002, sayı 47, sf. 5.
- Taquet F., “Les nouvelles dispositions relatives à la contraception d’urgence”, *Gaz Pal*, 13 Mart 2001, sayı 72, sf. 2.
- Thuan G., “La place du mineur dans la Convention européenne des droits de l’Homme”, XI^{ème} Assises nationales des avocats d’enfants, Séminaire du 21 novembre 2008, ENA, *Journal du droit des jeunes*, vol. 286, n° 6, 2009, sf. 8-19.

- Tınc M., “Ankara Anlaşması ve Schengen Anlaşması : Türk vatandaşlarının vizesiz dolaşım hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, n°19, 5. yıl, Ekim 2014, sf. 207-241 ; “L’Europe du Repli ou Rondo alla Turca ? Une autre analyse de l’arrêt Demirkan”, *RDUE*, 3/2014, sf. 441-473.
- Turpin D., “L’enfant dans tous ses droits”, *LPA*, 1990, n° 5, sf. 17.
- Vauvillé F., “La pratique de l’émancipation judiciaire”, *D.*, 1990.
- Vigarello G., « 4. L’intolérable de la maltraitance infantile. Genèse de la loi sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés en France », in *Les constructions de l’intolérable*, Paris, La Découverte, « Recherches », 2005, sf. 111-127.
- Voss B., Tercero F., “Le cadre juridique européen en matière de regroupement familial”, *L’Observatoire de Bruxelles*, 2019, n° 118, Dossier spécial, sf. 30.
- Youf D., “Çocuğun Hukuki Statüsü Hakkında”, *Le Débat*, 1999/4, sayı 106, sf. 67-82’den çeviri, Durmuş B., Çocuk ve Medeniyet Dergisi, 2019/2, sf. 67.
- Zani M., “La promotion des droits de l’enfant à la lumière de la Convention européenne sur l’exercice des droits des enfants”, *Journal du droit des jeunes*, 2007/7, n° 267, sf. 21-29.

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 kelimededen 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 kelimededen 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 250 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 consists 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 gözeterek 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.