

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

Umare ATASOY TANRIKULU

Muvazaa Sebebi ile Tasarrufun İptali Davası

Action for Annulment of Savings Due to Simulation..... 911

Emine MINDİZ

Peculium Kurumunun Yapay Zekâya Sahip Robotların Hukukî Statülerinin
Tespitinde Model Olarak Kullanılması

*Taking the Concept of Peculium as a Model for Determining the Legal
Status of Robots with Artificial Intelligence* 937

Fahri Erdem KAŞAK

Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili

Conversion of Testamentary Dispositions 971

Barış Can ÖZTÜRK

Birlikte Velayette Gönüllülük Prensiplerinin Yeri ve Anayasa Mahkemesi
Kararının Değerlendirilmesi

*The Place of the Principle of Willingness in Joint Custody and Evaluation
of the Constitutional Court Decision.....* 1017

Eda Gülsüm KARASAÇ

Ceninin Yaşama Hakkı

Right to Life of Foetal..... 1051

Gamze TURAN BAŞARA

Mirasçılardan Tereke Borçlarından Sorumluluğu Bağlamında Mirasbırakanın
Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluk
*Limited Liability for the Surety Debt of the Legator in the Context of the
Liability of the Heirs for the Debts of the Estate* 1099

Eray Aksın ATAR/Emre ESEN

İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki Taşınmaz Rehni Türleri ile Karşılaştırmalı
Olarak Avrupa İpoteği (Eurohypotheec) Kavramına Genel Bir Bakış
*An Overview of the Eurohypotheec Concept in Comparison With the Types
of Property Liens in Switzerland and Turkish Law*..... 1125

Abdulkerim YILDIRIM

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp
Sayılmayacağı Sorunu
*The Problem of Whether Construction Contracts in Return for Land Shares
Can Be Considered a Consumer Transaction* 1165

Zeynep Derya TARMAN

İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit
Yükümlülükleri
*Business and Human Rights: Mandatory Human Rights Due Diligence
Obligations* 1183

Levent BÖRÜ/Şafak PARLAK BÖRÜ

Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme
Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk ve 7343 Sayılı
Kanun'un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler
*Enforcement of Custody and Contact Orders: Considerations in the Framework
of Comparative Law and the Changes Brought by Law No. 7343*..... 1227

KAMU HUKUKU

Olca KARACAN

Kadının Beyanı Esastır İlkesi ve Bağlamsallık
Principle of Women's Statement is Essential and the Contextuality 1279

Emek BAYRAK

Sivil Toplum-Devlet İkililiğine Yönelik Eleştirel Duruş ve Bunun Kuramsal
Öncülleri
*Critical Stance Against Civil Society-State Duality and Theoretical
Premises of It* 1297

Nadire ÖZDEMİR

Hukukbilime Küresel Bir Bakış: William Twining
A Global View of Jurisprudence: William Twining 1317

Yasemin KURTOĞLU

İslam ve Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Nesep İkrarı
*Acknowledgement of Lineage in Islamic and Classical Period
Ottoman Law* 1337

Aybars PAMİR

Eski Orta-Asya Türk Kamu Hukuku'nda Kağanların Nitelik ve Vasıfları
Qualifications of Kagans In The Ancient Turkish Middle-Asian Public Law 1367

Süleyman ÖZAR

İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)
The Crime of Stalking (Artical 123/A of the Turkish Criminal Code) 1397

MAKALELER / *Articles*

MUVAZAA SEBEBİ İLE TASARRUFUN İPTALİ DAVASI

Action for Annulment of Savings Due to Simulation

Umare ATASOY TANRIKULU*

ÖZ

İcra takiplerinde borçlunun, takip başlatılmadan önce veya takip başlatıldıktan sonra ancak hacizden önce elinden çıkarttığı malvarlıkları bakımından, bu tasarruflarını sınırlandıracak herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bununla birlikte; borçluya karşı yapmış olduğu icra takibinin, sonuçsuz kalması ve başarısızlığa uğramasıyla alacağına kavuşamayan alacaklıya İİK m. 277 vd. hükümleri uyarınca borçlunun elinden çıkarmış olduğu malvarlıkları bakımından iptal davası açma hakkı tanınmıştır.

Alacaklı, kendisinden mal kaçırmak isteyen kötü niyetli borçlunun elinden çıkardığı malvarlıkları için İİK m. 277 vd. hükümlerine göre tasarrufun iptali davası açabileceği gibi, gerçekleştirilen tasarrufun muvazaalı olarak yapıldığını ispatlayarak TBK m. 19 hükmüne göre de işlemin hükümsüzlüğünü isteyebilir.

Üzerinde birçok tartışmanın yapıldığı bu iki dava, hizmet ettikleri amaç aynı olsa da nitelikleri ve kötüniyetli borçluya olan yaptırımları bakımından birbirinden çok farklı olan iki davadır. Bu sebeple, kanunda yaptırımı hükümsüzlük olan muvazaa kurumuna, İİK m. 227 vd. maddelerinde düzenlenen iptal kurumunun hükümlerini uygulamak, birbirinden çok farklı olan iki davayı birleştirip karıştırmak, kanunen alt yapısı olmayan yeni bir dava türü yaratmak olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tasarrufun İptali Davası, Muvazaa, Zarar Verme Kastı

Makalenin Geliş Tarihi: 21.06.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.09.2022.

* Avukat, Konya Barosu, e-posta: umareatasoy@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7283-144X.

ABSTRACT

In the enforcement proceedings, there are no restrictions to limit these savings in terms of assets disposed of by the debtor before or after the proceedings have been initiated but before the foreclosure. However; the creditor has been given the right to file an action for annulment in terms of the assets dismissed by the debtor pursuant to the provisions of Article 277 of the EBL, when the execution proceedings made by the creditor against the debtor were inconclusive and failed.

The creditor may file a lawsuit for the annulment of the savings in accordance with the provisions of Article 277 of the EBL for the assets that the debtor has disposed of in bad faith, or may request the invalidity of the transaction, in accordance with the provisions of Article 19 of the TCO, proving that the savings were made as simulation.

These two cases, on which many debates have been made, are two very different cases from each other. For this reason, applying the provisions of the annulment institution to simulation will be to combine and mix two very different cases, to create a new type of lawsuit that does not have a legal infrastructure.

Keywords: Case of Cancellation of Savings, Simulation, Intention To Endamaging

I. GİRİŞ

Günümüzde borçluların büyük bir kısmının, kötü niyetli olarak, alacaklıların alacağına kavuşmasını hukuki yollarla engellediği, edineceği malvarlığı değerlerini; eşinin, dostunun, evladının, yakın arkadaşının, kısacası kendi adı haricinde herhangi birinin adı ile muvazaalı olarak edindiği ülkemizde, alacaklının mağduriyetini gidermek için maalesef bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira resmi olarak borçlunun adına görünmeyen bir malvarlığı değerinin, aslında borçluya ait olduğunu ispat etmek ve alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak; hukuki yollar bakımından oldukça yorucu olmakla birlikte ispat açısından da alacaklının elinin güçsüz olduğu bir durumdur. Buna rağmen, borçlunun kendi adına edinmiş olduğu ancak borcun doğumundan sonra devrettiği malvarlığı değeri bakımından, alacaklının bir çıkış yolu bulunmaktadır. Borçlunun mal kaçırma kastı ile adına kayıtlı malvarlığını devretmesi durumunun sıklıkla karşımıza çıktığı bu dönemde,

alacaklının mağduriyetini bir nebze olsun azaltacak bir dava türü olan İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası, incelemeye değer görülmüştür. Uygulamada tasarrufun iptali davası çoğunlukla muvazaa davası ile karıştırılmaktadır. Bu çalışmada muvazaa davası ve bu davaya benzer diğer kurumlar karşılaştırılarak açıklanmış, daha sonra doktrinde tartışmaya sebep olan tasarrufun iptali davasında muvazaa kavramı İİK ve TBK çerçevesinde, Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

II. TBK M. 19 HÜKMÜNE GÖRE MUVAZAA KAVRAMI

A. Genel Olarak

Hukuk düzeni tarafların gerçek iradelerine, onların lehine bir sonuç bağlamadığı zaman, taraflar gerçek iradelerini gizleme, örtme eğilimine girerler. Buna muvazaa denir. Muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hüküm doğurması hususunda anlaşmalarıdır¹.

¹ Ejder **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2012, s.524; Andreas **Von Tuhr**, Borçlar Hukuku (Çeviren: Cevat **Edege**), Yargıtay Yayını No: 15, 2. Baskı, Olguç Matbaası, Ankara 1983, s.274; Hugo **Oser** ve Wilhelm **Schönenberger**, Borçlar Hukuku 1. Kısım Madde 1-40, 5. Cilt (Çeviren: Recai **Seçkin**), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1947, s.145; Andreas Bertalan **Schwarz**, Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt (Çeviren: Bülent **Davran**), İstanbul Üniversitesi Yayını No: 345, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948, s.293; Hermann **Becker**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku 1. Kısım Madde 1-36 (Çeviren: Bülent **Olçay**), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1967, s.84; Fritz **Funk**, Borçlar Kanunu Şerhi 1 Umumî Hükümler, (Çevirenler: Hıfzı **Veldet** ve Cemal Hakkı **Selek**), Üniversite Kitabevi, İstanbul 1938, s.28; Kemal **Oğuzman** ve Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.130; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Sermet **Akman**, Haluk **Burcuoğlu** ve Atilla **Altıp**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.407; İhan **Postacıoğlu**, Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İÜHF, Doktora Tezi, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul 1945, s.114; Safa **Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 24. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.105; Ali Naim **İnan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, AÜHF Yayınları No:435, Ankara 1979, s.178; Erzan **Erzurumluoğlu**, Borçların Genel Kuralları, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, Ankara 1977, s.29; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.406; Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.178; Nihat **Yavuz**, Muvazaa İnançlı İşlem Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s.50; Ali İhsan **Özüğür**, Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.439; Mahmut **Coşkun**, Tasarrufun İptali ve İstihkak Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.46; Süleyman **Sapanoğlu**, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.26; Halil

Muvazaa, mutlak veya nispi olabilir. Nispi muvazaanın da sözleşmede muvazaa, sözleşmenin koşullarında muvazaa ve şahısta muvazaa olmak üzere çeşitli şekilleri vardır.

Mutlak muvazaada taraflar, gerçekte hiçbir sözleşme (işlem) yapmak istememekte, görünürdeki sözleşme ile sadece üçüncü kişileri aldatmaktadır². Burada sözleşmenin kurulmasının temel şartı olan taraf iradelerinin uyuşması şartı gerçekleşmediğinden, yapılan hukuki işlem geçersizdir³. Kural olarak bu geçersizlik bütün üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Nisbi muvazaada ise tarafların bir hukuki işlem yapma kastı vardır; ancak taraflar iradelerine uyan bir hukuki işlemi, iradelerine uymayan başka bir hukuki işlemle gizlemektedirler⁴. Nisbi muvazaada iki tane hukuki işlem vardır. İlki, tarafların gerçekte yapmak istedikleri; ancak üçüncü kişilerden sakladıkları gerçek/gizli işlem; ikincisi ise, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, yaptıkları görünürdeki işlemdir⁵. Muvazaada, görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olmadığı için geçerli değildir⁶. Gerçek/gizli işlemin geçerliliği konusuna gelince, eğer tarafların yapmış oldukları gizli işlem

Ahmet Bakırcı, Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.147; Ferit Hakkı Saymen, Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt Umumi Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s.174

² Nihat Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2001, s.209; Oğuzman ve Öz, s.131; Eren, s.409; Eraslan Özkaya, Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.189; Reisoğlu, s.105; İnan, 178; Erzurumluoğlu, s.30; Von Tuhr, s.273; Oser ve Schönerberger, s.146; Kılıçoğlu, s.180; Yavuz, Muvazaa, s.50; Özüğür, s.442; Coşkun, s.49; Sapanoğlu, s.49; Saymen, s.175

³ Oğuzman ve Öz, s.132; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.412; Postacioğlu, s.117; Reisoğlu, s.106; İnan, s.182; Erzurumluoğlu, s.30; Von Tuhr, s.274; Oser ve Schönerberger, s.147; Schwarz, s.294; Becker, s.85; Funk, s.29; Eren, s.414; Kılıçoğlu, s.181; Yavuz, Muvazaa, s.51; Özüğür, s.444; Sapanoğlu, s.32; Saymen, s.177

⁴ Reisoğlu, s.105; İnan, s.180; Erzurumluoğlu, s.30; Von Tuhr, s.274; Oser ve Schönerberger, s.146; Schwarz, s.295; Funk, s.29; Eren, s.410; Kılıçoğlu, s.180; Yavuz, Muvazaa, s.50; Özüğür, s.442; Coşkun, s.49; Timuçin Muşul, Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.151; Sapanoğlu, s.37; Selahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku, 4. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1979, s.359; Saymen, s.176; Oğuzman/Öz, nitelikli(mevsuf) muvazaa terimini kullanmaktadır, bkz. Oğuzman ve Öz, s.131

⁵ Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2013, s.91; Özkaya, s.190; İnan, s.180; Özüğür, s.443

⁶ Akıncı, s.91; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.412; Postacioğlu, s.119; Reisoğlu, s.107; Eren, s.413; Kılıçoğlu, s.181; Özüğür, s.446; Coşkun, s.49; Sapanoğlu, s.32; Funk, s.29

kanunda şekil şartına tabii bir hukuki işlem ise, ancak bu şartı gerçekleştirdiği ölçüde geçerli olacak, şekil şartına uymadığı takdirde geçersiz olacaktır⁷.

Sözleşmede muvazaa halinde taraflar görünüşteki sözleşmenin vasfını değiştirirler⁸. Örneğin, miras bırakan aslında bağışlamak istediği taşınmazın saklı pay sahibi olsun veya olmasın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla satış veya ölüncüye kadar bakma akdi gibi göstererek temlik etmektedir⁹.

Sözleşmenin koşullarında muvazaada taraflar, görünüşteki sözleşmeyi yapmayı ciddi olarak istemekle birlikte bu sözleşmenin getirdiği bazı mali yükümlülükleri istememektedirler. Tapu harcını az ödemek için taşınmazın gerçek bedelinin, görünüşteki resmi satış sözleşmesinde az gösterilmesi veya önalımı hakkının kullanılmasını önlemek, kullanıldığı takdirde daha fazla kazanç sağlamak amacıyla satış bedelinin fazla gösterilmesi sözleşmenin koşullarında muvazaaya örnek teşkil eder¹⁰. Sözleşmenin taraflarının bedelde muvazaa iddiasını ileri sürmeleri halinde hakın kötüye kullanılması durumu oluşacağı için bunun dinlenemeyeceği¹¹ yönünde uygulamada ve doktrinde hemen hemen bir görüş birliği mevcut ise de üçüncü kişilerin bedelde muvazaa bulunduğu iddiasını ileri sürmeleri durumunda sözleşmenin tümünden geçersiz sayılıp sayılamayacağı yönünde içtihatlar arasında tam bir uyum bulunduğu söylenemez¹². Yargıtay¹³ son

⁷ Oğuzman ve Öz, s.133 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.413; İnan, s.184; Reisoğlu, s.108; Von Tuhr, s.274; Oser ve Schönerberger, s.147; Schwarz, s.295; Becker, s.87; Funk, s.29; Eren, s.419; Kılıçoğlu, s.181; Yavuz, Muvazaa, s.53; Özüğür, s.446; Coşkun, s.49; Sapanoğlu, s.51; Saymen, s.177

⁸ Postacioğlu, s.116; İnan, s.180; Eren, s.411; Kılıçoğlu, s.178; Yavuz, Muvazaa, s.51; Özüğür, s.443; Sapanoğlu, s.54

⁹ İnan, s.180; Özkaya, s.191 vd.; Eren, s.411; Kılıçoğlu, s.179; Yavuz, Muvazaa, s.51; Özüğür, s.443; Sapanoğlu, s.54

¹⁰ Schwarz, s.293; Becker, s.87; Postacioğlu, s.116; Reisoğlu, s.111; İnan, s.181; Eren, s.411; Kılıçoğlu, s.178; Yavuz, Muvazaa, s.51; Özüğür, s.443; Sapanoğlu, s.56; Saymen, s.175

¹¹ Oğuzman ve Öz, s.135; Eren, s.412; Reisoğlu, s.111; İnan, s.190; Özüğür, s.449

¹² Özkaya, s.192; Schwarz'a göre, tarafların iradeleri tapuda gösterilen meblağ konusunda uyuşmamakta, taraflarca anlaşılan bedel ise resmi olarak satım sözleşmesinde belirtilmemektedir. Bu sebeple bedelde muvazaalı olan taşınmaz satım sözleşmesi geçersizdir. Bkz. Schwarz, s.294

¹³ Y. HGK, E. 2011/13-173 K. 2011/291 "Kural olarak, muvazaalı işlemin tarafları birbirine karşı kendi muvazaasına dayanarak talepte bulunabilir, üçüncü kişilere karşı bu durumu ileri süremezler ise de, somut olayda olduğu gibi tapuda bedelin düşük gösterilmesi suretiyle yapılan muvazaa taraflar arasındaki muvazaa niteliğinde olmadığından bu tür bir muvazaaya

zamanlardaki kararlarında bedelde muvazaa halinde sözleşmeyi tümden geçersiz saymamaktadır.

Şahısta muvazaa¹⁴ türünde sözleşmeden yararlanacak kişi yerine başka bir kişi gösterilmektedir. Sözleşmenin taraflarından biri görünüşte kendi adına hareket etmekte ise de aslında sözleşmede gösterilmeyen başka bir kişi namına kazanımı iktisap etmekte ve borç yüklenmektedir¹⁵. Şahısta muvazaa ile namı müstear birbirinde farklı kavramlardır. Şahısta muvazaada iki taraf olduğu halde, namı müstearda üç kişi bulunmaktadır¹⁶.

B. Muvazaanın Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

1. Namı Müstear ve Muvazaa

Namı müstear eski hukukumuzda uygulanan bir müesseseye olup şu anda mevcut kanunlarımızda düzenlenmemiştir. Bu müesseseye daha çok doktrin ve uygulamada rastlanmaktadır¹⁷. Namı müstear, borçlunun adını gizleyerek borçlu hesabına ancak kendi namına hareket eden kişiye denir¹⁸. Başka bir deyişle namı müstear öne sürülen, araya giren şahıstır. Yargıtay bir kararında namı müstearın, genel bir kavram olan muvazaanın alt kategorisi olduğunu belirtmiştir¹⁹.

dayanılarak talepte bulunulması olanaklı değildir.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 27.03.2022)

¹⁴ Hüseyin **Hatemi**, Rona **Serozan** ve Abdülkadir **Arpacı**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s.575; **Eren**, s.413; **Tekinay**, **Akman**, **Burcuoğlu** ve **Altop**, s.411; **Postacioğlu**, s.115; **İnan**, s.181; **Yavuz**, Muvazaa, s.51; **Özüğür**, s.443; **Sapanoğlu**, s.58; aksi yönde bkz. **Oğuzman/Öz**'e göre şahısta muvazaa şeklinde bir muvazaa türünün yoktur, bkz. **Oğuzman** ve **Öz**, s.131

¹⁵ **Özkaya**, s.194; **İnan**, s.181; **Eren**, s.413

¹⁶ **Özkaya**, s.195

¹⁷ **Eren**, s.428; **Hatemi**, **Serozan** ve **Arpacı**, s.573; **Özüğür**, s.455

¹⁸ **Özkaya**, s.1267; **Postacioğlu**, s.114; **Yavuz**, Muvazaa, s.64; **Eren**, s.429; **Özüğür**, s.454; Ahmet Cemal **Ruhi** ve Canan **Ruhi**, Tapu İptali ve Tescil Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s.510; **Sapanoğlu**, s.508

¹⁹ Aksi yönde bkz. **Postacioğlu**, s.114 vd.; aynı yönde bkz. **Hatemi**, **Serozan** ve **Arpacı**, s.575; **Y. 4. HD, E.1990/4988 K.1991/7141** “Nam-ı müstear işlemi, bir danışıklı işlemdir ve muvazaanın alt kategorisini oluşturur. Taraflar bakımından danışıklı olan hukuki işlem, geçerlik biçimi bakımından özel bir yazılı biçime tabi değilse, sözleşmede Taraf gözükmeyen kişi sözleşmenin aslında kendi hesabına yapıldığını, bu nedenle taraflar bakımından danışıklı olduğunu ileri sürerek sözleşmenin kendi hesabına yapılmış olduğunu tesbitini isteyebilir. Ancak, sözleşmede taraf olarak gözükmeyen kişi bu muvazaa iddiasını yalnız yazılı (kesin) kanıtlarla ispat edebilir. Tanıkla kanıtlayamaz. Çünkü, o kişi sözleşmede taraf değilse de danışıklı işlemin tarafıdır.” Bkz. **Y. İBK, E.**

Namı müstear ile muvazaalı işlemleri birbirinden ayırmak gerekir. Namı müstear, dolaylı temsile dayalı inanca vekalet sözleşmesi veya inanç anlaşması gereğince hakkı devretme borcu dışında, devraldığı hakkın tam sahibi olur. Burada hakkın namı müsteara geçmesi istenmektedir. Oysa muvazaada hakkın devri taraflarca istenmez²⁰.

Namı müstear karmaşık bir yapıya sahiptir²¹. İnançlı işlem ve muvazaada iki taraf varken, namı müstearda üç taraf vardır. Bu itibarla namı müstearda; her üç tarafın karşılıklı olarak birbirleriyle ikili ilişkilerinin iyi tahlil edilmesi ve hangi hukuki zemine oturtulacağını belirlenmesi, bundan sonra her üç tarafın durumlarının birlikte ele alınıp incelenmesi gerekmektedir²². Bir kısım görüş namı müstear halinde muvazaa hükümlerinin²³, başka bir görüş namı müsteara inanca işlem hükümlerinin²⁴, bir diğer görüş ise namı müsteara

1953/8 K. 1953/7 T. 7.10.1953 "Namı müstear davalarında muvazaanın isim üzerindeki bir şekilden başka bir şey değildir. Satıcı zahir şekilde alıcı, hakiki alıcı her üçü aktin taraflarını teşkil ederler. Hakiki alıcının ismi kasten saklanmıştır. Kullanılan isimlere bakılmıyarak hakiki ve müşterek maksadın aranması kanun icabıdır. Nam müstear ve muvazaa iddiaları aynı şeydir. Umum, husus farkı vardır. Muvazaa iddiası daha geniş olduğu halde nam müstear iddiası onun bir nevidir. Bu itibarla Medeni Kanunumuza göre namı müstear davası mesmudur." (www.kararara.com, erişim tarihi: 26.02.2022)

²⁰ Eren, s.430; Sapanoğlu, s.508

²¹ **Y. HGK, E. 1976/1-3265 K. 1977/320** "5.2.1947 günlü İçtihadı Birleştirme Kararında varlığı kabul edilen ve isbat şekli belirlenen "namı müstear" davalısının dahi muvazaa ile yakın ilişkisi bulunduğu kuşkusuzdur. Olayda, 27 parsel sayılı taşınmazın gerçek malikinin tapu sicilinde adı yazılı olan davalı (H) değil (M.F.S.) olduğu iddiası bir "namı müstear" davasından başka bir şey değildir. Böylece taraflar arasında kendine özgü bir mülkiyet uyumsuzluğu niteliği taşıyan ve tapu siciline gerçek malik adının yazılmasını sağlamak amacıyla açılan bu davanın İçtihadı Birleştirme Kararında öngörülen biçimde "Yazılı delil" ile isbat edilmesi olanağı vardır. -KARŞI OY YAZISI- Uygulama bakımından tartışılan birbirine zıt iki İçtihadı Birleştirme Kararı vardır. Bunlardan 5.2.1947 gün ve 6 sayılı olan: "Namı müstear davaları yazılı delille ispat edilebilir" ilkesini getirmiş buna karşılık diğer 7.10.1953 gün ve 7/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ise "Namı müstear durumu bir inanca temlikin, bir muvazaalı muamele arkasında gizlenmesi şeklinde kendini gösterirse bu takdirde geçerli bir sözleşme olmadıkça namı müstear iddiasında bulunan kişiye dava hakkı tanınmaz" ilkesini getirmiştir. 1953 tarihli bu içtihadı birleştirme kararı gerek yargısal alanda ve gerekse Doktrinde bu biçimde yorumlanmaktadır." (www.kararara.com, erişim tarihi: 28.02.2022); Namı müstear iddiasının YİBK 7.10.1953 tarihli E. 1953/8 K. 1953/7 ve YİBK 5.2.1947 tarihli E. 1945/20 K. 1947/6 gereğince yazılı delille ispatlanması gerektiğine ilişkin kararlar için bkz. Y. 1. HD, 1985/3801 E. 1985/5412 K.; Y. 1. HD, 1982/8193 E. 1982/10107 K.; 14.HD, 1989/2523 E. 1990/2501 K.

²² Özkaya, s.1268

²³ Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.575

²⁴ Tekinay, s.366

dolaylı temsil hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir²⁵. Bununla birlikte namı müstear, muvazaanın da olma ihtimalini ortadan kaldırmaz. Namı müstear, mülkiyeti devreden kişi (malik), çoğu zaman bu durumu yani gerçek devralanın kimliğini bilmez²⁶. Namı müstear ilişkisi mülkiyeti gerçek devralamak isteyen ile görünürde devralan kişi arasındaki bir ilişkidir. Ancak mülkiyeti devreden kişi, namı müstear ilişkisini biliyorsa burada görünürdeki işlem durumunda olan satış sözleşmesi muvazaalıdır²⁷.

Adı gizlenen borçlunun, namı müstearı olarak bir malvarlığı değerini devralan kişi, gerçekte adı gizlenen borçlu hesabına devraldığından borçlunun malvarlığı değerinde bir azalma meydana gelmiş olmaz. Borçlunun malvarlığı değerinde azalmaya sebebiyet verilmediğinden namı müstear halinde, iptal davasına konu olabilecek (iptali gereken) bir tasarruf işlemi de yok demektir²⁸.

2. İnanç Sözleşmesi ve Muvazaa

İnançlı işlem ile bir kimse (inanana) mülkiyet veya alacak hakkını, belirli bir süre veya amaçla inanılana geçirir; ancak süre dolunca veya amaç gerçekleşince inanılan, inanca anlaşmasına göre, mülkiyeti ya da alacak hakkını tekrar inanana devretme borcu altına girer²⁹. İnançlı işlemler bir yandan mülkiyeti nakil borcu doğurması bakımından tarafları bağlayıcı, diğer yandan, mülkiyetin naklinin sebebini teşkil etmesi açısından tasarruf işlemlerini bünyesinde barındıran sözleşmelerdir³⁰. Dolayısıyla inanca işlemlerde taahhüt işlemi (inanca anlaşması) ve tasarruf işlemi (devir sözleşmesi) olmak üzere iki işlem vardır³¹.

İnanca sözleşmesi ile muvazaanın birbirine benzer noktaları bulunmaktadır. İnanca sözleşmesinde iç ilişki inanca anlaşması ile kurulurken, muvazaalı işlemlerde muvazaa anlaşmasıyla kurulur. Her iki işlemde de devredilen mülkiyetin veya hakkın geri devredilmesi taahhüdü göze çarpmaktadır.

²⁵ Detaylı bilgi için bkz. **Özkaya**, s.1270-1274

²⁶ **Eren**, s.430

²⁷ **Eren**, s.431; *Eren'e göre burada "şahısta muvazaa" söz konusudur. Aynı yönde bkz. Hatemi, Serozan ve Arpacı*, s.575

²⁸ Timuçin **Muşul**, İcra ve İflas Hukuku Cilt:2, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.1755

²⁹ **Oğuzman ve Öz**, s.135; **İnan**, s.191; **Erzurumluoğlu**, s.31; **Eren**, s.424; **Kılıçoğlu**, s.186; **Yavuz**, Muvazaa, s.61; **Özğür**, s.452; **Ruhi ve Ruhi**, s.508; **Sapanoğlu**, s.503; **Schwarz**, s.297; **Saymen**, s.179

³⁰ Y. HGK, E. 2010/14-394 K. 2010/395 (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 22.02.2022)

³¹ **Eren**, s.424; **İnan**, s.191; **Yavuz**, Muvazaa, s.61

İnanç sözleşmesi ile muvazaanın ayrıldıkları nokta ise, inançlı işlemde taraflar arasındaki devir ciddi olarak istenirken, muvazaada bunun istenmemesidir³². İnanç sözleşmesinde tarafların gizledikleri bir işlem yoktur, muvazaada ise üçüncü kişileri aldatmak için, tarafların gerçek iradelerine aykırı olarak ortaya koydukları bir hukuki işlem vardır. Bundan dolayı, inanç sözleşmesi geçerli bir sözleşmedir³³; iptali ya da butlanı ileri sürülemez. Muvazaalı işlemlerin hükümsüzlüğünün tespiti için herhangi bir zamanaşımı süresi söz konusu değilken, inançlı işlemlerde zamanaşımı süresi on yıl ile sınırlıdır³⁴. Bununla birlikte, inanılan ve inanan arasındaki inanç sözleşmesi gerçek bir inanç sözleşmesi olmayıp, sözleşmeden, haksız fiilden kaynaklanan yükümlülüklerden kaçmak veya alacaklılardan mal kaçırmak kastıyla yapılmış olabilir. Bu durumda inanç sözleşmesinden³⁵ değil, yerine göre muvazaa³⁶ veya kanuna karşı hileden³⁷ söz edilir.

3. Kanuna Karşı Hile ve Muvazaa

Kanuna karşı hilede, taraflar hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz başka bir işlem yaparlar³⁸. Kanuna karşı hile ile gerçekleştirilen işlemin geçerliliği iki şekilde yorumlanmaktadır.

Kanun koyucu sadece davranış biçimini düzenleyip de bizzat amacın elde edilmesini yasaklamadığı hallerde, kanunun öngördüğü araç yerine başka bir

³² Oser ve Schönerberger, s.146; Schwarz, s.298; Funk, s.29; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.415; Reisoğlu, s.115; İnan, s.194; Eren, s.428; Kılıçoğlu, s.189; Yavuz, Muvazaa, s.62; Özüğür, s.453; Ruhi ve Ruhi, s.510; Sapanoğlu, s.504

³³ Oser ve Schönerberger, s.146; Schwarz, s.298; Funk, s.29; Kılıçoğlu, s.189; Eren, s.427; Reisoğlu, s.115; Erzurumluoğlu, s.31; Özüğür, s.452; Sapanoğlu, s.503

³⁴ Yavuz, Muvazaa, s.63; Ruhi ve Ruhi, s.510

³⁵ Aksi yöndeki görüş için bkz. alacaklılardan mal kaçırmak kastı ile yapılan işlemlerin inançlı işlem olduğuna dair görüş için bkz. v. Tuhr'a göre, alacaklılardan mal kaçırmak için yapılan tasarruf işlemi muvazaalı değil inançlı işlemdir. Dolayısıyla bu hukuki muamele ne muvazaalıdır ne de batıldır. Bu durumda hukuki işlem İİK m.277 vd. hükümlerine göre iptal olunabilir. Kazandırıcı işlemi yapan kimsenin hile kastı ne kadar fazla ise, mevzubahis şeyi de hakikaten devretmeyi istemiş olduğunu da o nipette kabul etmek gerekir. Bir kimse gayeyi arzu etmiş ise o gaye giden vasıtayı da arzu etmiş demektir, Von Tuhr, s.201, 276 ve s.248 dipnot:46

³⁶ Funk, s.29; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.417; İnan, s.195; Oğuzman/Öz'e göre inanç anlaşmasının gizlenmesi durumunda nispi muvazaa oluşur, bkz. Oğuzman ve Öz, s.136

³⁷ Oser ve Schönerberger, s.146 vd.; Saymen, s.180

³⁸ Eren, s.431; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.420; Reisoğlu, s.134; İnan, s.195; Erzurumluoğlu, s.31; Yavuz, Muvazaa, s.68; Özüğür, s.456; Sapanoğlu, s.509

yolun seçilmiş olması, hukuki işlemi geçersiz kılmaz³⁹. Zira burada kanuna kaşı hile yoktur.

Kanun koyucunun ulaşılmak istenilen amacı ve bu amaca ulaşmak için takip edilen aracı yasakladığı hallerde, kanuna karşı hilenin varlığı kabul edilir ve hukuki işlem geçersiz olur⁴⁰. Örneğin TMK 873/II hükmüne göre; “Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.” Burada emredici nitelikteki bu hükmün etkisinden kurtulmak için, taraflar sözü geçen taşınmazı, satış vaadiyle satmış ve sonunda ferağa icbar için açılan dava ile taşınmazın mülkiyetinin tesciline karar almışlarsa, bu son işlem kanuna karşı hiledir⁴¹.

Kanuna karşı hile ile muvazaalı işlem görünüş ve etkileri bakımından birbirinden ayrılır. Kanuna karşı hilede yararı çığnenen belirli bir kişi aramaya gerek yoktur, başka bir deyişle kanuna karşı hile hiç kimsenin menfaatine olmaksızın da yapılabilir⁴². Buna karşın muvazaalı işlemde yararı çığnenen üçüncü bir kişi vardır. Kanuna karşı hilede, muvazaalı işlemin aksine, gizlenen bir sözleşme ve amaç yoktur, genellikle saik gizlenmektedir. Dolayısıyla, kanuna karşı hilede, taraflar gerçek niyetlerini gizleyerek kurdukları sözleşmenin hukuki sonuçlarını istemelerine karşılık, muvazaalı işlemde taraflar görünürdeki işlemin sonuçlarını istemezler⁴³. Kanuna karşı hile aynı zamanda muvazaalı bir sözleşme ile yapılabilir. Eğer böyle bir durum varsa ve muvazaa ispat edilirse, hukuki işlem muvazaa nedeni ile hükümsüz kalır⁴⁴. Ayrıca kanuna karşı hilenin ispatlanmasına ve kanuna karşı hileden dolayı bir yaptırım uygulanmasına gerek yoktur⁴⁵.

³⁹ Eren, s.432; İnan, s.196; Yavuz, Muvazaa, s.69; Özüğür, s.456

⁴⁰ Eren, s.431; Özüğür, s.456; Reisoğlu, s.134; Özkaya, s.1311; İnan, s.197; Yavuz, Muvazaa, s.69, 72; Tekinay, s.367 vd.

⁴¹ Eren, s.431; aynı yönde bkz. Tekinay, s.369

⁴² Özkaya, s.1309

⁴³ Becker, s.84; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.422; Eren, s.433; Reisoğlu, s.135; İnan, s.198; Yavuz, Muvazaa, s.71

⁴⁴ Özkaya, s.1313; İnan, s.198

⁴⁵ Turhan Esener, Türk Hususi Hukukunda Lügat Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1965, s.19 (Aktaran: Özkaya, s.1313)

4. Muvazaa, İnanç Sözleşmesi, Namı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Karşılaştırmalı Tablo

Muvazaa	İnanç Sözleşmesi	Namı Müstear	Kanuna Karşı Hile
Muvazaa her türlü delille ispat edilir.	İnanç sözleşmesinde inanç anlaşması yazılı delille ispat edilir.	Namı müstear yazılı delille ispat edilir.	Kanuna karşı hile her türlü delille ispat edilir.
Muvazaada yararı çığnenen bir kişi olmak zorundadır.	İnanç sözleşmesinde yararı çığnenen belirli bir kişi olmak zorunda değildir.	Namı müstearda yararı çığnenen belirli bir kişi olmak zorunda değildir.	Kanuna karşı hilede yararı çığnenen belirli bir kişi olmak zorunda değildir.
Muvazaada gizlenen bir sözleşme ve amaç vardır. Aldatma kastı vardır.	İnanç sözleşmesinde gizlenen bir sözleşme ve amaç vardır. Aldatma kastı yoktur.	Namı müstearda gizlenen bir sözleşme ve amaç vardır. Aldatma kastı kural olarak yoktur.	Kanuna karşı hilede gizlenen bir sözleşme ve amaç yoktur. Aldatma kastı vardır.
Muvazaada görünürde işlem tarafların iradelerine uygun değildir.	İnanç sözleşmesinde görünürde işlem tarafların iradelerine uygundur.	Namı müstearda görünürde işlem tarafların iradelerine uygundur.	Kanuna karşı hilede görünürde işlem tarafların iradelerine uygundur.
Muvazaalı sözleşme geçersiz bir sözleşmedir.	İnanç sözleşmesi geçerli bir sözleşmedir.	Namı müstear (aldatma kastı ve muvazaanın varlığına göre) geçerli veya geçersiz olabilir.	Kanuna karşı hile halinde ortaya çıkan hukuki işlem geçersizdir.

II. İİK M. 277 VD. BAKIMINDAN İPTAL KAVRAMI

İptal davasıyla borçlunun üçüncü kişiyle yapmış olduğu ve alacaklısına zarar veren, Kanun tarafından da uygun bulunmayan birtakım işler, iptal edilir⁴⁶. Kanun iptale tabi tasarrufların bazıları hakkında “butlan” tabirini kullanmış ise de buradaki butlan Borçlar Kanunu’ndaki (TBK m. 27’deki) hükümsüzlük anlamında değildir⁴⁷. Burada iptal davasına konu yapılan tasarruf başlangıçta (yapıldığında) geçerlidir ve iptal davası kazanılırsa bu tasarruf tamamen iptal edilecek değildir⁴⁸.

Hukukta “iptal” kavramı ile iki farklı şey belirtilmek istenir: İptal yenilik doğuran hakkının kullanılmasıyla ya zaten daha baştan geçersiz bir hukukî işlemin geçersizliği kesinleştirilir (örneğin; TBK m. 28, 39) (geniş anlamda iptal edilebilirlik) ya da baştan beri geçerli olan bir hukukî işlem sonradan geçmişe etkili olarak geçersiz kılınır⁴⁹. İİK 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davasındaki iptali istenen tasarrufun, baştan beri geçerli olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bu sebeple, buradaki iptali geniş anlamda değil, baştan beri geçerli olan bir hukuki işlemi, geçmişe etkili olacak şekilde geçersiz kılmak olarak anlamak gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken, geçersiz kılma durumunun genel değil, belirli bir kişi lehine gerçekleşmesidir. Dolayısıyla iptal edilen bir hukuki işlem, örneğin kendisinden mal kaçırılan alacaklı için baştan beri hiç yapılmamış sayılır ve iptal ile işlem yapılmadan önceki duruma geri getirilir.

⁴⁶ Hakan **Pekcanitez**, Oğuz **Atalay** ve Muhammet **Özekes**, İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler, 16. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s.338; Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, 2016, s.490; **Özüğür**, s.454

⁴⁷ Ramazan **Arslan**, Ejder **Yılmaz** ve Sema **Taşpınar Ayvaz**, İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, s.530; aynı yönde bkz. **Ercan İsmail**, İcra ve İflas Hukuku-Takip Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012s. 318; İzzet **Karataş** ve Erol **Ertekin**, Tasarrufun İptali Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.16; **Muşul**, Tasarrufun İptali s.32

⁴⁸ Baki **Kuru**, Ramazan **Arslan** ve Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Yetkin Yayınları s.612; Aynı yönde bkz. Oğuz **Atalay**, Hakan **Pekcanitez**, ve Muhammet **Özekes**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.594; **Arslan**, **Yılmaz** ve **Ayvaz Taşpınar**, s.530; **Karataş** ve **Ertekin**, s.16; Haşmet Sırrı **Akşener**, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Legal Yayınevi, 2002, s.25, 98; **Muşul**, Tasarrufun İptali s.32

⁴⁹ Talih **Uyar**, Tasarrufun İptali Davası ve “Muvazaa”, “Nam-ı Müstear”, “İşletmenin Devri”, “Kanuna Karşı Hile” ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Ankara Barosu Dergisi Yıl, 2016, Sayı: 2, s.344

III. MUVAZAA DAVASI İLE İPTAL DAVASI ARASINDAKİ FARKLAR

Alacaklının, borçlunun mal kaçırma eylemini öğrendikten sonra bu eylemin hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmak için iki seçeneği vardır. Alacaklı isterse, İİK m. 277 vd. maddelerine dayanarak tasarrufun iptali davası veya TBK m. 19 hükmüne dayanarak muvazaa davası açabilir.

İptal davası ile muvazaa davası arasındaki farklılıklar şunlardır;

1. Muvazaa davaları mutlak davalardır. Bu sebeple muvazaa davasında alınan karar herkes için hüküm ve sonuç doğurur. İptal davası ise nisbi bir davadır, sadece davanın tarafları için hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla iptal davasında, davanın kazanılması halinde işlem tamamen değil, alacaklının zararı oranında iptal edilecektir.
2. Muvazaa davasının amacı tarafların üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapmış oldukları hukuki işlemin hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmektir. İptal davasında ise amaç, borçlu tarafından gerçekleştirilen ve alacaklının aleyhine sonuç doğuran geçerli bir hukuki işlemin iptalidir⁵⁰.
3. Muvazaa davası ivazlı ve ivazsız her türlü muvazaalı işlemler aleyhine açılabilirken, iptal davası ile sadece İİK m. 278-280'de belirtilen tasarruf işlemleri iptal edilebilir⁵¹.
4. Muvazaa davasının açılabilmesi için özel bir belgeye ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte, iptal davasının açılması için icra takibinin bulunması ve aciz vesikası alınması şartı vardır. Aciz vesikası tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için özel bir dava koşuludur⁵².
5. Muvazaa davasının açılmasını, hukuki yararı olan herkes isteyebilir. Oysa, iptal davasını sadece, tasarrufta bulunan borçlunun alacaklıları açabilir. Başka bir ifadeyle iptal davasını açacak kişiler sınırlı sayı ilkesine tabidir⁵³.

⁵⁰ Eroğlu, Muvazaa, s.131; Özüğür, s.454; Karataş ve Ertekin, s.15; Akşener, s.24; Coşkun, s.49, 50; Ruhi ve Ruhi, s.510; Bakırcı, s.22; Yavuz, Muvazaa, s.175

⁵¹ Yavuz, Muvazaa, s.177; Erhan Günay, Tasarrufun İptali Davası, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.308

⁵² Y. 17. HD, E. 2016/19737 K. 2019/5557; Y. 17. HD, E. 2016/13513 K. 2019/7716; Y. 17. HD, E. 2007/4397 K. 2007/3011

⁵³ Ercan, s.320; Özüğür, s.454; Karataş ve Ertekin, s.55; Akşener, s.27; Coşkun, s.50; Muşul, Tasarrufun İptali s.1095 vd.; Ruhi ve Ruhi, s.511; Sapanoğlu, s.514; Bakırcı,

6. Muvazaa davasında davalı sıfatı, görünüşteki sözleşmenin tarafına/taflarına yöneltilir. İptal davasında ise davalı sıfatı, borçlu ve borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişilere, kötü niyetli sonraki kişilere ve bunların mirasçılara yöneltilir⁵⁴.
7. Muvazaa davasında, tarafların iradeleri ile görünürdeki işlem uyuşmadığı için işlemin hükümsüzlüğüne karar verilir. Örneğin, tarafların iradeleri bağış olmasına rağmen tapudaki işlemin satış olarak yapılması halinde görünürdeki satış işlemi batıl sayılacaktır. Bununla birlikte iptal davasında, tarafların gerçek iradeleri ile yaptıkları hukuki işlem uyuşsa da uyuşmasa da her koşulda iptal edilir.
8. Muvazaa davası aynı bir dava olduğu için, icra edilebilmesi için mahkeme ilamının kesinleşmesi gerekir. İptal davalarında ise, tasarrufun iptaline konu malın haciz ve satışı için mahkeme kararının kesinleşmesine gerek yoktur.
9. Muvazaa nedeniyle işlemin hükümsüzlüğü kesindir ve mallar borçlunun malvarlığı değerinden çıkmamış sayılacağından, borçlunun bir taşınmazı devir ve nakletmesi üzerine açılan muvazaa davasında, muvazaa ispat edildikten sonra tapu kayıtlarının düzeltilmesi gereklidir. Bu sebeple mallar tekrar borçlu adına tescil ettirilir. İptal davasında ise, iptal davası sonucunda tapu kayıtlarının düzeltilmesine gerek yoktur.
10. Muvazaa davalarında, kanun herhangi bir karineye yer vermemişken; iptal davasında borçlunun alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik durumlar hususunda bazı karinelere yer vermiştir.
11. Muvazaa davasında muvazaalı işlemin hangi tarihte yapıldığının önemi yoktur⁵⁵. Bununla birlikte iptal davasında, iptale konu hukuki işlemin gerçekleştiği tarih önem arz eder. İİK m. 280’de belirtilen borçlunun mal kaçırma kastı ile gerçekleştirdiği hukuk işlemler için iptal davası beş yıl içinde açılmalıdır. İİK m. 279’da sayılan durumlarda aciz veya iflastan önceki bir yıl içinde gerçekleştirilen işlemler; İİK m. 278’de düzenlenen hallerde ise haciz veya aciz

s.167; **Günay**, s.41; **Yavuz**, Muvazaa, s.177; Ali **Güneren**, İstihkak Davaları ve Tasarruf İptal Davaları, Ankara 2004, s.1024

⁵⁴ **Güneren**, İstihkak ve İptal, s.1024; **Karataş** ve **Ertekin**, s.58; **Aksener**, s.29; **Coşkun**, s.50; **Muşul**, Tasarrufun İptali s.1098; **Bakırcı**, s.174; **Günay**, s.54; **Yavuz**, Muvazaa, s.177

⁵⁵ **Eroğlu**, Muvazaa, s.135; **Coşkun**, s.51; **Ruhi** ve **Ruhi**, s.511; **Sapanoğlu**, s.515; **Yavuz**, Muvazaa, s.178

vesikasının düzenlendiği tarihten geriye doğru iki yıl içindeki tasarruflar iptale tabidir.

12. Muvazaa davalarının amacı, muvazaa sebebiyle hükümsüz olan bir işlemi tespit ettirmektir. Hükümsüz işlemler baştan beri geçersiz olduğu için, muvazaa davalarının açılması herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir. Bununla birlikte iptal davası İİK m. 284 hükmüne göre beş yıllık hak düşürücü süreye tabiidir.

İİK 277 vd. maddeleri, muvazaalı temliklerden tamamen bağımsız olarak, borçlunun alacaklılarının zararına olacak şekilde haklarını ve mallarını karşılıklı veya karşılıksız olarak devretmesi durumunda, alacaklılara bu tasarrufu iptal ettirme yetkisi tanımıştır⁵⁶.

Maddi hukuk (TBK m. 19) bakımından hükümsüz olan işlemler hakkında, iptal davası açılmasına gerek yoktur. Zira, bu gibi durumlarda, tasarruf konusu mal ya da hak, borçlunun malvarlığı değerinden çıkmamıştır⁵⁷.

Muvazaa ve iptal davaları birbirinden tamamen farklı davalar olduğu için, biri hakkında verilen davanın reddi kararı, diğeri için kesin hüküm oluşturmaz. Muvazaalı temliklerde iptal davası açılmışsa, ayrıca muvazaa nedeni ile de tapunun iptali her zaman istenilebilir. Muvazaa davasının reddi halinde, koşulları varsa iptal davası yoluna başvurulabilir⁵⁸. Bununla birlikte, muvazaa davası, iptal davasına göre daha geniş kapsamlı bir dava olduğu için muvazaa nedeniyle yapılan hukuki işlem iptal edildiği takdirde, ayrıca iptal davasının açılmasına gerek yoktur.

Muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması ona karşı haksız bir eylem niteliğindedir. Dolayısıyla borçlunun muvazaalı bir işlemde bulunduğunu öğrenen alacaklı, (şartları oluşmak kaydıyla) dilerse İİK 277 vd. maddelerine göre iptal davası, dilerse TBK m. 19 hükmüne göre yapılan işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğunun tespiti için muvazaa davası açabilir⁵⁹. Alacaklı, tasarrufun iptali davası ile muvazaa davasını terditli olarak da açabilir⁶⁰.

⁵⁶ Özkaya, s.1323; Özüğür, s.454; Karataş ve Ertekin, s.15; Yavuz, Muvazaa, s.175

⁵⁷ Uyar, İptal Davasının Konusu, s.213; Yavuz, Muvazaa, s.177

⁵⁸ Özkaya, s.1325

⁵⁹ Uyar, İptal Davasının Konusu, s.218; Coşkun, s.47; Yavuz, Muvazaa, s.181; Bakırcı, s.156

⁶⁰ Bakırcı, s.156; Coşkun, s.52; aksi yönde bkz., tasarrufun iptali davası ile muvazaalı işlemin iptali davası farklı yargılama usullerime tabi olduğu için terditli dava şeklinde

IV. TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA MUVAZAA (TBK M. 19) HÜKÜMLERİNE DAYANILMASI

TBK m. 19 gereğince ve İİK m. 277 vd. maddelerinin kıyasen uygulanması istemi ile açılan muvazaa davasının amacı, borçlunun alacaklılardan mal kaçırma kastıyla ve muvazaalı işlemle borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yaptığı işlemlerin hükümsüzlüğünü sağlamak ve alacağı tahsil etmektir⁶¹.

Doktrinde muvazaalı hukuki işlemler hakkında, tasarrufun iptali davasının açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş iptal davası açılmayacağını ileri sürerken diğer bir görüş ise, iptal davasının açılabilceği kanaatindedir.

A. Muvazaa Sebebi ile Tasarrufun İptali Davasının Açılmayacağı Görüşü

Muvazaadan kaynaklanan hukuki işlemler hakkında tasarrufun iptali davasının açılmayacağı kanaatinde olan yazarlara⁶² göre; muvazaalı (TBK m. 19) ve batıl (TBK m. 27) tasarruflarda, tasarruf konusu mal veya hak borçlunun malvarlığı değeri dışına çıkmadığından, bu tasarruflar için tasarrufun iptali davası yoluna gidilemez. Başka bir ifadeyle bu tasarruflar için iptal davası açılmaz, sadece butlanın tespiti istenebilir⁶³. Zira muvazaa davası

görülemeyeceğine ilişkin, Y. 17. HD, E. 2018/5949 K. 2020/2455 (Muşul, Tasarrufun İptali, s.163 vd.)

⁶¹ Orhan **Eroğlu**, Muvazaa Davalarında İİK m.283/1'in Kıyasen Uygulanması, Terazi Hukuk Dergisi, ISSN: 1306-9802, C. 13, s.137 (www.jurix.com.tr, erişim tarihi: 06.02.2022)

⁶² **Kuru, Arslan ve Yılmaz**, İcra, s.614; aynı yönde bkz. **Atalay, Pekcanitez ve Özekes**, s.584; **Muşul**, Tasarrufun İptali s.167; **Kılıçoğlu**, s.184

⁶³ Aynı yönde bkz. **Y. HGK, E. 2019/351 K. 2019/624 karşı oy yazısı** "Muvazaalı işlemlerde işlem konusu hak veya mal borçlunun mal varlığı dışına çıkmaz. Bu nedenle muvazaalı işlemlerin iptali için İİK'nın 277 ve sonraki maddelerine göre iptal davası açılması yoluna başvurulmasına gerek yoktur. Muvazaalı işlemler istihkak davasına konu teşkil ederler... Yukarıda belirtilen ilke ve kurallardan da anlaşılacağı üzere TBK 19. Maddesine dayalı muvazaa davası ile İİK'nın 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali davası şartları ile hüküm ve sonuçları bakımından birbirinden ayrı davalardır. Alacaklıların "muvazaalı" olduğunu ileri sürdükleri işlemler hakkında iptal davasının hüküm ve sonuçlarından yararlanmak istemeleri ileri sürülen vakıa ile talep sonucu arasında açık bir uyumsuzluk teşkil etmektedir. Muvazaa sebebine dayanan dava ile iptal davasının özelliklerini bir arada barındıran adeta yeni (karma) bir dava türün meydana getirilmesi beraberinde bir dizi sorunu da getirdiği için isabetli değildir.(Erdönmez Gürsoy: Alacaklılara zarar verme kastı ile uygulanan tasarrufların iptali, İstanbul 2017 s.35 ve 36)" **Y. 8. HD, E. 2013/15988 K. 2014/4445 karşı oy yazısı** "Ayrıca muvazaa davasını hukuksal yararı çığneden (menfaati

ile alacaklı, yapılan tasarruf işleminin muvazaa nedeniyle hükümsüz olması sonucunda, borçlunun malvarlığı değerinde hiçbir eksilmenin meydana gelmediğini, yani malın borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış olduğunu tespit ettirmek istemektedir⁶⁴.

Muvazaa nedeniyle işlemin hükümsüzlüğü kesindir ve mallar borçlunun malvarlığı değerinden çıkmamış sayılır. Dolayısıyla borçlunun bir taşınmazı devir ve nakletmesi üzerine açılan iptal davası sonucunda tapu kayıtlarının düzeltilmesine gerek yokken, muvazaa davasında muvazaa ispat edildikten sonra tapu kayıtlarının düzeltilmesi gereklidir⁶⁵.

B. Muvazaa Sebebi ile Tasarrufun İptali Davasının Açılabilirliği Görüşü

Muvazaadan kaynaklanan hukuki işlemler hakkında tasarrufun iptali davasının açılabilirliği kanaatinde olan yazarlara⁶⁶ göre; borçlunun muvazaalı tasarrufları hakkında İİK 277 vd. maddelerine göre iptal davası ya da TBK m. 19'e göre muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün tespiti için dava açılabilir. Bu görüşe göre, alacaklılardan mal kaçırma amacıyla muvazaalı bir temlik yapılmışsa, muvazaa nedeniyle yapılan tasarrufun iptaline karar verilmelidir. Muvazaa davasının iptal davasını bertaraf ettiği kabul edilecek olursa, İİK 277 vd. maddelerinde öngörülen iptal davasının pratik önemi kaybolmuş olur ve bu yorum şekli borçlu ile borçlunun mal kaçırma fiiline katılan kötü niyetli üçüncü kişileri koruyucu bir sonuç yaratacağından, hukuk mantığı ile bağdaşmaz⁶⁷. Diğer bir ifadeyle muvazaalı işlemler hakkında alacaklıya iptal davası açma olanağı vermemek, muvazaanın ispatı yönündeki güçlük nedeniyle, kötü niyetli borçlu ile üçüncü kişiyi ödüllendirmek olur⁶⁸.

bulunan) herkes açabilirken, tasarrufun iptali davasını sadece elinde aciz belgesi olan alacaklı açabilir. Bu nedenle her iki davanın dinlenebilme koşulları farklı ve ayrı ayrı açılmaları veya bir davada terditli olarak ileri sürülmeleri gerekir. (www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.02.2022)

⁶⁴ **Yavuz**, Muvazaa, s.176

⁶⁵ **Yavuz**, Muvazaa, s.177

⁶⁶ Talih **Uyar**, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2011 Sayı:1, s.214-215, **Coşkun**, s.47, 52; Ali **Güneren**, Tasarruf İptal Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.7; **Yavuz**, Muvazaa, s.178

⁶⁷ **Uyar**, İptal Davasının Konusu, s.215; **Yavuz**, Muvazaa, s.178, 180

⁶⁸ **Güneren**, Tasarruf, s.7; **Yavuz**, Muvazaa, s.178

C. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay çoğunlukla kararlarında⁶⁹ taşınmaz satışının muvazaalı olduğu iddiasıyla TBK 19. madde hükmüne dayanılarak açılan bir tasarrufun iptali davasında davanın kabulü halinde, davayı İİK 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası olarak değerlendirip, tapu iptali ve tescili yerine kıyasen davalıya ait taşınmaz üzerinde alacak ve ferileriyle sınırlı olarak davacıya haciz ve satış isteyebilme yetkisi verilmesi, şeklinde karar vermiştir. Bununla birlikte Yargıtay⁷⁰, İİK 227 vd. maddelerine göre

⁶⁹ **Y. HGK, E. 2017/17-1505 K. 2020/204** “Uyuşmazlık; davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 18. maddesinde düzenlenen biçimi ile dava konusu işlemin danışıklı (muvazaalı) yapıldığı iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemine mi yoksa İİK'nın 277 vd. maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali istemine mi ilişkin olduğuna ilişkindir. Eldeki davada, davacıyı alacağından yoksun bırakmak için yapıldığı iddia edilen muvazaalı satış işleminin iptali ve hiç yapılmamış sayılmasının tespiti istenmektedir. Bu davada davacı muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmüştür. Davacının, amacı tapunun iptali olmayıp, alacağına kavuşmaktır. Davanın açılma amacı, dilekçenin sonuç kısmı ve davacının istemi gözetildiğinde muvazaa iddiasının araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi durumunda taleple bağlılık ilkesinin zedeleneceğinden bahsetmeye de olanak yoktur. Zira, danışıklı olan hukuki işlemle üçüncü kişinin zararlandırılması ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak, zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı bir işlemin yapılması gerekir. Yargılama sonunda davaya konu edilen satışın danışıklı olduğunun kanıtlanması hâlinde davacı, satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Ancak, davacının bu hakkı aynı değil, şahsi bir sonuç doğuracağından tapunun iptalini değil, iptale gerek olmadan alacağını almasını sağlayabilmek için dava konusu taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmeleri yönünde hüküm kurulmalıdır. Bu durumda mahkemece, davanın 818 Sayılı BK'nın 18. maddesinde dayalı iptal davası olduğu gözetilerek, dava konusu taşınmazların satışına ilişkin satış işlemlerinin danışıklı olup olmadığı araştırılmalı, tarafların bu konuda sunduğu deliller toplanarak davalıların danışıklı bir davranış içinde buldukları tespit edildiği takdirde takip konusu alacağın tahsili için İİK'nın 283/1-2. maddesi kıyasen uygulanarak tapu kaydının iptaline gerek olmadan davacının alacaklarını alabilmesi için dava konusu taşınmazların haczi ve satış konusunda davacının alacak ve ferileriyle sınırlı olarak cebri icra yetkisi tanınmasına karar verilmesi gerekmektedir.” Davacıya cebri icra yetkisi verilmesine ilişkin aynı yönde bkz. Y. 17. HD, E. 2016/19457 K. 2019/5560 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.02.2022)

⁷⁰ **Y. 17. HD, E. 2016/19667 K. 2019/5989** “İİK'nin 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlanması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK'nın 283/1. maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.02.2022); Y. 17. HD, E. 2016/8310 K. 2019/5716; Y. 17. HD, E. 2019/937 K.

tasarrufun iptali davasının açılmasının, genel hüküm olan muvazaaya dayanılarak dava açılmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay⁷¹ başka bir kararında, “borçlunun ‘muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi işleminin, iptal davasına konu edilebileceğini” belirtmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 11.4.2002 tarihli kararında⁷², “somut olayda davacıların hükmedilecek tazminattan kurtulmak amacıyla taşınmazını muvazaalı olarak devrettiği kanıtlanır ve sonucu beklenilecek tazminat davasında davacıların alacaklı oldukları saptanırsa İİK’nın 281/1 maddesi benzetme yoluyla uygulanarak, tapu iptaline gerek olmadan dava konusu taşınmazın haczi ve satışını isteyebilmeleri yönünde hüküm kurulması” gerektiğini belirtmiştir.

Muvazaa davası ile İcra İflas Kanunu’nda düzenlenen tasarrufun iptali davasının konu olarak birbirine benzediği ancak aralarında birçok farkın da bulunduğu hususu doktrinde ve Yargıtay kararlarında ifade dilmıştır. Bu farkların birkaçı; dava şartları, hak düşürücü süre ve ispat hususudur. Eski Yargıtay kararlarında bu fark gözetilirken⁷³, son yıllardaki Yargıtay içtihatlarında, bu iki dava arasındaki farklar görmezden gelinerek karar verilmiş⁷⁴ aralarında nitelik itibarıyla birçok farkın olduğu düşüncesi, çoğunlukla karşı oylarda⁷⁵ dile getirilmeye çalışılmıştır.

2020/5567; Y. 17. HD, E. 2018/869 K. 2020/4189; Y. 17. HD, E. 2019/2086 K. 2020/4056; Y. 17. HD, E. 2018/30 K. 2020/4061; Y. HGK, E. 2017/17-1505 K. 2020/204 T. 25.2.2020

⁷¹ Y. 15. HD, E. 1999/4175 K. 1999/4058, (www.kazanci.com, erişim tarihi: 06.02.2022); Uyar, Muvazaa, s. 348

⁷² Y. 4. HD, 11.4.2002, 138-4608 (Güneren, Tasarruf, s.31)

⁷³ Y. HGK, E. 2000/4-823 2000/851 K. (Güneren, İstihkak ve İptal, s.1025)

⁷⁴ Eroğlu, Muvazaa, s.135

⁷⁵ Bkz. Y. 4. HD, E. 2020/838 K. 2020/3926 karşı oy “alacaklı, borçlunun mal kaçırmak amacıyla tasarrufta bulunduğu kanaatine vardığında önünde seçimlik iki hak vardır: Koşulları varsa İİK’nın 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen ve özel nitelikte koruma sağlayan tasarrufun iptali davası veya TBK’nın 19. maddesinde düzenlenen muvazaa nedeniyle tapu iptali ve tescil davası açabilir. Diğer bir deyişle İİK anlamında alacaklı ve dolayısıyla dava açmakta hukuki yararı olduğunu ispat eden herkes iptal davası yerine genel muvazaa davası da açabilir. Davacının bu anlamda seçim hakkı veya terditli dava açma hakkını kabul etmek gerekir. Ancak İİK’nın 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davasını açma koşulları bulunmayan kişinin açtığı genel muvazaa davasında, tapu iptali ve tescil yerine davalıya ait taşınmaz üzerinde alacak ve ferileriyle sınırlı olmak kaydıyla davacıya haciz ve satış isteyebilme yetkisi verilmesi şeklinde hüküm kurulması mümkün değildir. TBK’ya göre açılan, dava şartları bu Kanun’a göre incelenen ve delilleri bu kapsamda toplanan bir davada, hükmün İİK’ya göre verilmesi çelişkilidir. İİK

Muvazaa sebebiyle iptal davasının açılacağı kanaati birçok soruyu da beraberinde getirmektedir. Örneğin, açılan iptal davasında görevli mahkeme asliye ticaret mi yoksa asliye hukuk mu olacaktır? Bu soruya ilişkin HGK⁷⁶ bir kararında tasarrufun iptali davasının ve TBK m. 19 gereğince İİK 283. maddesinin kıyasen uygulanması istemli muvazaa davasının mutlak veya nisbi ticari dava olmadığını belirtmiş ve görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğuna karar vermiştir.

uyarınca açılan tasarrufun iptali davasının koşulları daha zor ve belli sürelerle tabidir, buna karşılık alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla işlem tesis edildiğine ilişkin belli karineler söz konusu olduğundan davanın ispatı bakımından avantajlıdır. Her dava, içerisinde yer aldığı mevzuatın öngördüğü usul ve esaslara ve bu anlamda ispat kurallarına göre çözümlenmelidir. Çünkü her iki davanın koruduğu hukuki menfaat farklıdır. TBK'nın 19. maddesinde açıkça vurgulandığı üzere bu davanın amacı, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınmasını temindir, bu ise hukuka aykırı işlemin iptali ile mümkün olabilecektir, hâlbuki tasarrufun iptali davasının koruduğu hukuki yarar alacağın tahsili ile sınırlıdır. Aksi takdirde İİK'da düzenlenen tasarrufun iptali davasını açabilmek için aranan şartların bir anlamı kalmayacaktır.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.02.2022)

⁷⁶ **Y. HGK, E. 2014/17-2389 K. 2016/129** “Dava, muvazaa nedenine dayalı araç satışıyla ilgili tasarrufun iptali talebine ilişkindir. Yerel mahkeme, davanın Ticaret Mahkemesi'nde görüleceğinden bahisle görevsizlik kararı vermiş ve bu kararında direnmiştir. H.G.K. önüne gelen uyumsuzluk; muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali istemli davada görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi mi, Asliye Ticaret Mahkemesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Asıl olan bir davanın genel mahkemelerde görülmesidir. Yani bir özel mahkemede bakılacağına dair özel bir kanun hükmü bulunmayan her dava genel mahkemelerde görülür. Özel mahkemeler istisnai niteliktedir. Bu anlamda davanın özel mahkemenin (ticaret mahkemesi) görevine girip girmediğinin bu kanun düzenlemesine göre belirlenmesi gerekmektedir. Eldeki davada, davanın tarafları, konusu ve davacının talebinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Davacı şirket, davalı şirkete satmış olduğu malların bedelini alamaması nedeni ile tahsili için takip yapmış, bu takip sırasında davalı şirketin diğer davalı gerçek kişiye yapmış olduğu araç satışının muvazaalı olduğunu iddia ederek alacağını teminini sağlamak için TBK'nın 19. maddesi gereğince, tasarrufun iptali istemli eldeki davayı açmıştır. Davada alacaklı ve borçlu olan şirketler arasında ticari bir alım satım ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak davaya konu edilen taraflar arasındaki bu alım satım ilişkisi değil, davalı şirket ile diğer davalı 3. kişi arasındaki muvazaalı olduğu ve iptali istenilen işlemdir. Tasarrufun iptali davasında ya da somut olayda olduğu gibi TBK'nın 19. maddesi gereğince ve İİK'nın kıyasen uygulanması istemli olarak açılan davalarda alacaklı ile borçlu taraflar arasındaki ticari nitelikteki alım satım ya da banka alacağını oluşturan ticari ya da genel kredi sözleşmeleri görevin belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır. Ne tasarrufun iptali davası, ne de TBK m. 19 gereğince İİK'nin 283. M. kıyasen uygulanması istemli muvazaa davası TTK'nın 4. M. belirtilen mutlak ya da nispi ticari dava niteliğine haiz olduğundan 6100 sayılı HMK'nin 2. M. gereğince genel görevli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görev alanında kalmaktadır. Açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekir.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.02.2022)

V. İİK M. 277 VE TBK M. 19 KARŞILAŞTIRMALI TABLO

Yargıtay kararları⁷⁷ ışığında, İİK m. 277 vd. ve TBK m. 19 arasındaki benzerlikler ve farklılıklar tablo olarak özetlenmiştir:

İİK 277 vd. maddelerine dayanılarak dava açılması	TBK m. 19 (muvazaa) hükmüne dayanılarak dava açılması
Borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılır.	Borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmek için açılır.
Mevcut bir icra takibinin olması gerekir.	İcra takibinin olmasına gerek yoktur.
Aciz belgesi alınması zorunludur.	Aciz belgesi alınması zorunlu değildir.
İİK m. 278-280 arasında gösterilen tasarruflar aleyhine açılabilir	İvazlı veya ivazsız her türlü muvazaalı işlemler aleyhine açılabilir.
Tasarrufun devri, borcun doğumundan sonra yapılmış olmalıdır.	Tasarrufun devri, borcun doğumundan sonra yapılmış olmalıdır.
Davacı sıfatı, borçludan alacaklı olan kişidir. (Hukuki yarar)	Davacı sıfatı, hukuki yararı olan herkes veya borçludan alacaklı olan kişidir. (Hukuki yarar)
Davalılar, borçlu ve borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişiler ve kötü niyetli sonraki kişiler olabilir.	Davalılar, görüşteki sözleşmenin taraflarıdır.
Hukuki işlemin yapıldığı tarih önemlidir. 1 yıllık, 2 yıllık ve 5 yıllık süreler vardır.	Hukuki işlemin hangi tarihte yapıldığının önemi yoktur.
5 yıllık düşürücü süre vardır.	Hak düşürücü süre yoktur.
İspat yükü davalıdadır. (Malvarlığı değerini borçludan edinen üçüncü kişidir.)	İspat yükü davacıdadır. (Alacaklıdır.)
İİK'da işlemin alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik olduğu hususunda bazı karinelere yer verilmiştir.	Kanunda herhangi bir karineye yer verilmemiştir.
Mutlak değil, şahsi bir davadır. (Davanın taraflarına karşı hüküm ve sonuç doğurur.)	Mutlak bir davadır. (Herkes karşı hüküm ve sonuç doğurur.)
Tasarrufun taşınmaz olması halinde tapu kaydının düzeltilmesine gerek yoktur.	Tasarrufun taşınmaz olması halinde tapu kaydının düzeltilmesi gerekir.
Kesinleşmeden icraya konulabilir.	Kesinleşmeden icraya konulamaz.

⁷⁷ Bkz. Y. 17. HD, E. 2018/3848 K. 2020/3273; Y. 23. HD, E. 2018/1062 K. 2020/3145; Y. 17. HD, E. 2016/12773 K. 2019/7443; Y. 17. HD, E. 2016/19667 K. 2019/5989; Y. 17. HD, E. 2016/8310 K. 2019/5716; Y. 4. HD, E. 2020/838 K. 2020/3926; Y. HGK, E. 2019/351 K. 2019/624 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.02.2022)

VI. SONUÇ

İlk bakışta iptal davası ile muvazaa davası arasında benzerlikler görünmekte ise de bu benzerlik iki davanın güttüğü amaçla sınırlıdır.

Bir tasarruf işleminin İİK m. 277 vd. gereğince iptale tabii olması o işlemin hukuken geçerli olduğunu ifade eder. Oysaki muvazaa davalarının asıl amacı işlemin hükümsüzlüğünü ve baştan itibaren geçersiz olduğunu tespit etmektir. İİK m. 277’de “tasarrufların butlanına”, m. 278-279’da “batıldır”, m. 280’de “iptal edilebilir” ifadeleri kullanılmış ise de burada söz konusu olan, borçlar hukuku anlamında (TBK m. 27) bir butlan değildir. Zira tasarrufun iptali davasının kabulü halinde, tasarruf tamamen iptal edilmez ve mal yeniden borçlunun mülkiyetine dönmaz. İptal davasının amacı alacaklıya zarar veren bir tasarrufu tamamen hükümsüz kılmak değil, alacaklının zararını karşılayacak ölçüde iptal ederek, hali hazırda üçüncü kişinin mülkiyetinde olan malvarlığı değerini haczedip satışını sağlamaktır.

İptal davası İİK’da özel hükümlerle düzenlenen bir dava türüdür. Muvazaa davası ise TBK’da genel hükümler arasında düzenlenmiştir. İptal davasının açılmış olması ayrıca genel hüküm olan, muvazaa sebebiyle işlemin hükümsüzlüğünün tespitinin istenilmesine engel teşkil etmez. Bununla birlikte, özel bir dava türü olan tasarrufun iptali davasının açılmasının belirli şartları vardır ve bu davanın açılması belirli sürelerle tabidir. Bu iki davanın unsurları, şartları ve nitelikleri çok farklı olsa bile, hizmet ettiği amaç alacaklının alacağına kavuşmasıdır. O halde, alacaklıya davasını terditli olarak açma imkanı tanınmalı, alacağına kavuşmak için, TBK m. 19 hükümlerine mi dayanacağı yoksa İİK m. 277 vd. hükümlerine mi dayanacağı konusunda seçimlik hak sunulmalıdır. Bu sebeplerle, muvazaa nedeniyle borçlunun tasarrufunun iptalini istemek, benzetme yoluyla, iki davayı karıştırıp *sui generis* bir dava türetmek ve muvazaaya dayalı davalara niteliği itibarıyla uymayacak bir davayı (tasarrufun iptali davasını) kıyasen uygulamak hatalı olacaktır.

Yukarıda detayları ile açıklandığı üzere, bu iki dava birbirine benzemekten çok farklılıklarıyla göze çarpmaktadır. Dolayısıyla borçlunun muvazaalı işlemlerinin bir ayırım gözetilmeksizin iptal davasına konu edilebileceği görüşü, muvazaa ve iptal kurumlarının niteliğine aykırı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Şahin. Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2013.
- Akşener**, Haşmet Sırrı. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Legal Yayınevi, 2002
- Arslan**, Ramazan, Ejder **Yılmaz** ve Sema **Taşpınar Ayvaz**. İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016.
- Bakırcı**, Halil Ahmet. Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Becker**, Hermann. İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku 1. Kısım Madde 1-36 (Çeviren: Bülent Olçay), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1967.
- Coşkun**, Mahmut. Tasarrufun İptali ve İstihkak Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Ercan**, İsmail. İcra ve İflas Hukuku-Takip Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Eren**, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Eroğlu**, Orhan. Muvazaa Davalarında İİK m.283/1'in Kıyasen Uygulanması, Terazi Hukuk Dergisi, ISSN: 1306-9802, C. 13, 2018, s. 14-34. (Eroğlu, İİK)
- Eroğlu**, Orhan. Tasarrufun İptali Davalarının Muvazaa Davaları İle Karşılaştırılması, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). (Eroğlu, Muvazaa)
- Erzurumluoğlu**, Erzan. Borçların Genel Kuralları, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, Ankara 1977.
- Esener**, Turhan. Türk Hususi Hukukunda Lügat Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1965.
- Funk**, Fritz. Borçlar Kanunu Şerhi 1 Umumî Hükümler, (Çevirenler: Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek), Üniversite Kitabevi, İstanbul 1938.
- Günay**, Erhan. Tasarrufun İptali Davası, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Güneren**, Ali. Tasarruf İptal Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008. (Güneren, Tasarruf)
- Güneren**, Ali. İstihkak Davaları ve Tasarruf İptal Davaları, Ankara 2004. (Güneren, İstihkak ve İptal)
- Hatemi**, Hüseyin, Rona **Serozan** ve Abdülkadir **Arpacı**. Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.

- İnan**, Ali Naim. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, AÜHF Yayınları No:435, Ankara 1979.
- Karataş**, İzzet ve Erol **Ertekin**. Tasarrufun İptali Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Kılıçoğlu**, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki. İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, 2016.
- Kuru**, Baki, Ramazan **Arslan** ve Ejder **Yılmaz**. İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014. (Kuru, Arslan ve Yılmaz, İcra)
- Kuru**, Baki, Ramazan **Arslan** ve Ejder **Yılmaz**. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012. (Kuru, Arslan ve Yılmaz, Usul)
- Muşul**, Timuçin. İcra ve İflas Hukuku Cilt: 2, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013. (Muşul, İcra ve İflas C.2)
- Muşul**, Timuçin. Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021. (Muşul, Tasarrufun İptali)
- Oğuzman**, Kemal ve Turgut **Öz**. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Oser**, Hugo ve Wilhelm **Schönenberger**. Borçlar Hukuku 1. Kısım Madde 1-40, 5. Cilt (Çeviren: Recai Seçkin), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1947.
- Özkaya**, Eraslan. Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı işlem ve Muvazaa Davaları, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Özüğür**, Ali İhsan. Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan, Oğuz **Atalay** ve Muhammet **Özokes**. İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler, 16. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Postacıoğlu**, İhan. Gayrı Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İÜHF, Doktora Tezi, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul 1945.
- Reisoğlu**, Safa. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 24. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Ruhi**, Ahmet Cemal ve Canan **Ruhi**. Tapu İptali ve Tescil Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Sapanoğlu**, Süleyman. Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Saymen**, Ferit Hakkı. Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt Umumî Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.

Schwarz, Andreas Bertalan. Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt (Çeviren: Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Yayını No: 345, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.

Tekinay, Selahattin Sulhi. Borçlar Hukuku, 4. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1979.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet, **Akman**, Haluk **Burcuoğlu** ve Atilla **Altop**. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Uyar, Talih. Tasarrufun İptali Davası ve “Muvazaa”, “Nam-ı Müstear”, “İşletmenin Devri”, “Kanuna Karşı Hile” ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 2016, Sayı:2, s. 343-403. (Uyar, Muvazaa)

Uyar, Talih. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 2011, Sayı:1, s. 211-231. (Uyar, İptal Davasının Konusu)

Von Tuhr, Andreas. Borçlar Hukuku (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayını No: 15, 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

Yavuz, Nihat. Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015. (Yavuz, Borçlar)

Yavuz, Nihat. Muvazaa İnançlı İşlem Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2001. (Yavuz, Muvazaa)

Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2012.

İnternet Kaynakları

- www.kazanci.com
- www.lexpera.com.tr
- <https://sozluk.gov.tr/>
- www.kararara.com
- www.jurix.com.tr
- <https://dergipark.org.tr>
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>
- <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2011-1/2011-1-8.pdf> (erişim tarihi: 20.02.2022)
- <https://app.trdizin.gov.tr/makale/TXpNME16VTNOdz09/borclunun-haline-munasing-evinin-tasarrufun-iptali-davasina-konu-olup-olamayacagi-sorunu> (Erişim Tarihi: 20.02.2022)
- http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/10_8.pdf (Erişim Tarihi: 20.02.2022)

PECULIUM KURUMUNUN YAPAY ZEKÂYA SAHİP ROBOTLARIN HUKUKÎ STATÜLERİNİN TESPİTİNDE MODEL OLARAK KULLANILMASI

*Taking the Concept of Peculium as a Model for
Determining the Legal Status of Robots with
Artificial Intelligence*

Emine MINDİZ*

Özet

Teknolojik gelişmeler sonucunda günlük hayatımızda yapay zekâya sahip robotların kullanıldıkları alanlar giderek daha fazla genişlemekte ve bu durum hak ve hukuk ihlallerinin artması sonucunu beraberinde getirmektedir. Yapay zekâya sahip robotlar için öngörülmuş özel bir hukukî statü mevcut olmadığı için hukuk sistemlerinin yapay zekâ teknolojisindeki gelişmelere göre yeniden düzenlenmesi bir zorunluluk halini almıştır. Robotların hukukî statüsünün nasıl düzenlenmesi gerektiği konuya ilişkin bilimsel çalışmalarda üzerinde en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşlerden biri yapay zekâya sahip robotların elektronik kişi olarak kabul edilmeleridir. Ancak yapay zekâya sahip robotların kişiliğe ve dolayısıyla hak ehliyetine sahip olduklarının kabulü öngörülemeden riskleri de beraberinde getirebileceğinden, en azından kısa vadede, bu alandaki ihtiyacın başka bir modelle karşılanması daha isabetlidir. Yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsü belirlenirken kölelik kurumundan yararlanılması bu konuda ileri sürülen görüşlerden bir diğeridir. Kölelik kurumuna ve özellikle *peculium* kavramına ilişkin olarak Roma Hukuku tarafından getirilen düzenlemelerin, yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsünün ve yapay zekâ kullanımından doğan hukukî sorumluluğun belirlenmesinde model olarak

Makalenin Geliş Tarihi: 21.06.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 22.08.2022.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: e.sevimli@iku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5307-2118.

alınması ise, bu robotların kişi olarak kabul edilmelerinin özellikle hukukî sorumluluğun belirlenmesi bağlamında yaratabileceği olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasına imkân verecektir.

Anahtar Kelimeler: *Peculium*, Dijital *Peculium*, Yapay Zekâ, Elektronik Kişilik, Robotların Hukukî Sorumluluğu

Abstract

Modern technology calls for a legal framework for the legal integration of highly developed robots (autonomous robots-artificially intelligent robots) into our society. Because as a result of technological developments, artificially intelligent robots are used daily in many industries and by individuals more and more. Since there is no special legal status provided for artificially intelligent robots, it has become a necessity to regulate legal systems according to developments in artificial intelligence technology. How the legal status of this robots should be regulated is one of the most discussed topics in scientific studies on the subject. One of the views put forward in the doctrine on this subject is that artificially intelligent robots are accepted as electronic persons. However, granting legal personhood (electronic personhood) to robots for determining rights and responsibilities of these entities could cause some problems. Get the advantage of the institution of slavery while determining the legal status of artificially intelligent robots is another view put forward on this issue. In this respect, legal status of Roman slaves and specially the concept of *peculium* could be an alternative legal remedy.

Key Words: *Peculium*, Digital *Peculium*, Artificial Intelligence, Electronic Personhood, Legal Responsibilities of Robot

GİRİŞ

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte yapay zekâya¹ sahip robotların² insanlarla etkileşime girdikleri alanlar genişlemekte ve bu otonom³ varlıkların toplumumuzla uyumlu hale getirilmesi ihtiyacı giderek daha güçlü bir şekilde hissedilmektedir⁴. Yapay zekâ teknolojisinde yaşanan

¹ Kitaplarda ve makalelerde pek çok farklı tanımına rastlanabilen yapay zekâ kavramını; insan gibi düşünebilen, algılayabilen ve bu doğrultuda akılcı kararlar alarak bu kararlar doğrultusunda hareket edebilen sistemler şeklinde tanımlayan yazarlar çoğunluktadır. Yapay zekâ kavramını Dortmund Konferansı'nda ilk kez kullanan Prof. John McCarthy, 1955 yılında kullandığı bu kavramı şu şekilde tanımlamıştır: “Yapay zekâlı varlıklar, insan gibi düşünebilen ve kendi kendine kararlar alabilen, bunun yanında insanların odaklandıkları işleri yapma ve çözmeye çalıştıkları problemleri sonuca kavuşturma yeteneğine sahip olan makinelerdir.” Boğaziçi Üniversitesi Bilgisayar Mühendisliği Bölümü profesörlerinden Cem Say ise “Yapay Zekânın Girdabı” isimli çalışmasında yapay zekâyı, “görme, işitme, algılama, ayırt etme gibi insan doğasına yönelik işlevlerin algoritmalar yardımı ile bilgisayarlara yerleştirilmesine yönelik gelişim gösteren sistemler olarak çağımızın en önemli projeleri arasında yerlerini alan makinelerdir.” şeklinde tanımlamıştır. Cem Say, ayrıca, humanoid (insana benzeyen) fonksiyonları günden güne gelişim gösteren bilgisayarların, insanlara özgü işlevleri çok daha hızlı ve yüksek bir performans ile yerine getirebildikleri hususunun önemle altını çizmektedir. Zamanla çok farklı boyutlar kazanan yapay zekâ kavramı, modern çağda sadece bilgisayar bilimi alanında değil; felsefe sosyoloji, psikoloji, savaş, tıp, biyoloji gibi diğer birçok alanda üzerinde düşünülen bir kavram halini almıştır. Yapay zekâyı sahip robotların bir “süje” olarak mı yoksa bir “obje” olarak mı hayatlarımıza dâhil olacağı sorusu ise, günümüzde felsefe, bilim, sosyoloji ve hukuk insanların kafalarını en çok meşgul eden sorulardan biridir. Melisa Aydemir, “Yapay Zekâlı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması”, Suç ve Ceza: Ceza Hukuku Dergisi, S. 4 (Ekim-Kasım-Aralık 2018): 1-96, s. 3-4, 7-9; Yapay zekâ kavramı, genel olarak, insan zekâsına benzer şekilde çalışabilen, algıladığı olguları nitelendirebilen, bu nitelendirmelere dayanarak değerlendirme yapabilen ve tüm bu süreçlerin sonunda bir karar verebilen ve verdiği kararı uygulayabilen robotik bir sistemin oluşturulması şeklinde tanımlanabilir. Zafer Zeytin ve Eray Gençay, “Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2019-1): 39-70, s. 42.

² Robotlar, gözlem yeteneklerini kullanarak çevresel faktörleri ve değişiklikleri algılayan, bunun üzerinde sistematik olarak düşünebilen ve düşüncelerini ve gözlemlerini yoğunlukla suretiyle nasıl tepki vermeleri gerektiğine karar verebilen ve bu doğrultuda harekete geçebilen mekanik öznelerdir. Aydemir, s. 6.

³ Otonom kelimesi Türk Dil Kurumu tarafından, İngilizce kökeninin karşılığı olarak “kendi kendine çalışan” şeklinde tanımlanmıştır.

⁴ Özellikle Japonya ve Güney Kore gibi gelişmiş ülkelerdeki teknokratlar, 2030 yılı itibarıyla gerçekleşeceğini varsaydıkları, robotların ve insanların bir arada yaşadıkları bir toplum (human-robot co-existence society) düzeni için hazırlıklarını sürdürmektedirler. Bu süre zarfında robotların, insanlarla bir arada yaşadıkları bu düzene uyum sağlayabilecek ve insanların günlük yaşamlarını sürdürürken gerçekleştirdikleri faaliyetlere yardımcı olmak için onlarla etkileşime girebilecek bir seviyeye ulaşacakları varsayılmaktadır. Yeni nesil

gelişmeler; üretimde artış, düşük maliyetler, insanların yol açtığı hataların en aza indirilmesi, verimliliğin artması, tehlikeli faaliyetlerde insanların yerine robotların kullanılması gibi olumlu sonuçlarının yanında birçok olumsuz sonucu da beraberinde getirmektedir. Yapay zekâ, geleneksel programlama teknikleri ile geliştirilen algoritmalarından farklı olarak, insanlara benzer şekilde, önceden edindiği deneyimler sayesinde kendi kendini eğitip benzer durumlarda farklı davranışlar sergileyebileceği için (makine öğrenimi)⁵ yapay zekânın sahip olduğu potansiyel birçok durumda oldukça belirsizdir⁶.

robotların, izole edilmiş çevrelerde faaliyet gösteren endüstriyel robotlardan farklı olarak, otonom bir yapıya sahip olmaları birçok güvenlik sorununu beraberinde getirecektir. Bu nedenle, toplumsal yaşamın farklı alanlarında ortaya çıkabilecek bu güvenlik sorunlarının nasıl çözülebileceğine ilişkin bir yasal sistemin oluşturulması zorunludur. Japon Robot Derneği (The Japanese Robot Association-JARA) yeni nesil robotların, 2025 yılı itibarıyla yaklaşık olarak 64.8 milyar dolarlık bir ekonomik hareketlilik yaratacağını öngörmektedir. Japonların insanlarla birlikte yaşayan ve onlara hem fiziksel hem de psikolojik anlamda destek olan yeni nesil robotlardan beklentilerinin ne olduğu, yakın gelecekte (2020-2025) robot teknolojisinde yaşanacak gelişmelere ilişkin tahminleri içeren bir rapor niteliğinde olan 'Fukuoka Dünya Robot Bildirgesi'nde (Şubat 2004) listelenmiştir. Ancak bu bildiride, yeni nesil robot kavramı yeterince aydınlatılmamıştır. Bu konudaki eksiklik, Japonya Sanayi Ticaret ve Ekonomi Bakanlığı (METI) tarafından kurulan, Japon Robot Politikaları Komitesi'nin (Japanese Robot Policy Committee) yakın gelecekte (2020-2025) robot teknolojisi alanında yaşanacak gelişmelere ilişkin tahminlerini içeren raporu ile giderilmiştir. Raporda iki çeşit yeni nesil robottan söz edilmektedir. Bunlardan biri, kendilerinden önceki endüstriyel robotlardan farklı olarak insan işçilerle birlikte veya insan işçilerin yakınında çalışan ve geniş bir ürün yelpazesinde üretim yapabilen yeni nesil endüstriyel robotlar; diğeri ise, işyeri ve evlerde insanlarla birlikte yaşayan ve temizlik, güvenlik, bakıcılık, yaşam desteği ve eğlence sektöründe faaliyet gösterebilen hizmet robotlarıdır. Yueh Hsuan Weng, Chien Hsuan Chen and Chuen Tsai Sun, "Toward the Human-Robot Co-Existence Society: On Safety Intelligence for Next Generation Robots", *International Journal of Social Robotics*, (2009-1): 267-282, s. 268.

⁵ Yapay zekâ, makine öğrenimi sayesinde, insanlar gibi kendi deneyimlerinden öğrenmekte, binlerce örneği inceleyerek bir algoritma geliştirmekte ve giderek daha zeki hale gelmektedir. Yapay zekâ, bu öğrenme yöntemi sayesinde, karşılaştığı problemleri insanlardan daha hızlı ve daha iyi şekilde çözer hale gelmektedir. Bu teknolojik gelişmeler sonucunda kendi varlığının bilincine sahip olan robotlar artık sadece bizim hayal gücümüzün ürünü veya bilim kurgu ögesi olmaktan çıkmış ve gündelik yaşantımızın bir parçası haline gelmiştir. Hukuk sistemlerinin bu yeni teknolojik çağa uyum sağlayabilmesi için yapay zekânın hukukî statüsünün ve yapay zekâ kullanımından doğan hukukî sorumluluğun kime ait olduğu konularının kişiler hukuku ve borçlar hukuku açılarından ele alınması zorunludur. Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk", *TAAD*, S. 35, (Temmuz 2018): 211-232, s. 211-212.

⁶ Ercan, yapay zekâ teknolojisinin günümüzde ulaştığı noktanın teknik arka planın yeterince kavranmamış olması veya sadece dikkat çekmek amacıyla yapılan spekülasyon bazı haberlerle gerçek durumun üzerinde yorumlandığını belirtmiştir. Yazar aslında "yapay

Diğer taraftan, yapay zekânın kullanıldığı alanların giderek genişlemesi hak ve hukuk ihlallerinin artması sonucunu da beraberinde getirdiği için hukuk sistemlerinin bu teknolojik gelişmeler merkezinde yeniden düzenlenmesi bir zorunluluk halini almıştır⁷. Yapay zekâ teknolojisi alanındaki yasal düzenlemelerin kendisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurabilmesi ise evrensel nitelikte olmasına ve bu alandaki gelişmelere göre yenilenmesine bağlıdır. Zira içerisinde bulunduğumuz teknoloji çağında “ağ toplumu-network society”, Kıta Avrupası ve Anglo Amerikan Hukuk Sistemlerine dâhil olan ülkelerin oluşturduğu bir topluluk olduğu için, yapay zekâ alanında yapılacak yasal düzenlemelerin ülkesel nitelikte olması, bu düzenlemelerin “küresel vatandaşlık-global citizenship” kavramı bağlamında amaca hizmet etmesini engelleyecektir. Dolayısıyla konuya ilişkin bölgesel

zekâ” kavramının bile tek başına böyle yanlış bir algıya yol açabileceğini oysa insan zekâsı ile kıyaslandığında iki kavram arasında çok ciddi farklar olduğunu ifade etmiştir. Ercan’a göre, yapay zekâ insan tarafından programlanırken kendisine yüklenen verileri kendi faaliyetleri sırasında edindiği çevresel verile ile birlikte değerlendirerek yeni veriler elde etmesine (veri işleyişine) izin verildiği ölçüde sahip olduğu otonomi ile faaliyet gösteren bir teknik işleyişe sahiptir. Ayrıca mevcut teknolojik gelişmeler açısından değerlendirildiğinde, yapay zekâya sahip robotlar tarafından yapılan çıkarımların her durumda yüzde yüz doğru sonuçlar vermediği görülmektedir. Bu teknik işleyişin taşıdığı en büyük risk ise yapay zekânın öğrenme algoritmaları sayesinde karşılaştığı durumlarda hangi çıkarımları yapıp nasıl bir tepki geliştireceğinin mevcut matematiksel bilgi ile teknik açıdan bir dereceye kadar öngörülebilir olmasıdır. Nitekim teknolojik ilerlemeyle birlikte yapay zekâ donanımlı robotların karşılaştığı durumlarda verebileceği bütün tepkilerin önceden bilinerek kontrol altına alınması bu alanda çalışan uzmanların öncelikli amaçlarındadır. Yazar, “yapay zekâ” kavramının insan zekâsını çağrıştırarak bir kıyaslama yapılmasına yol açtığı için “yapay zekâ” yerine “öğretilmiş (ve öğrenebilen) algoritmalar” kavramının gerçeği daha iyi yansıtarak mevcut durumun yanlış anlaşılmasının ve spekülasyonların yapılmasının engellenebileceği görüşünü ileri sürmektedir. Cannur Ercan, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 40, (2019): 19-51, s. 22-23.

⁷ Aksoy “Yapay Zekâlı Varlıklar ve Ceza Hukuku” isimli eserinde yapay zekâya sahip robotların kullanıldığı alanların teknolojik gelişmelere paralel olarak her geçen gün artmasının zaman, emek ve masraftan tasarruf edilmesi bağlamında fayda sağladığını ancak hukukî açıdan bazı soru ve sorunları da beraberinde getirdiğini belirtmiştir. Yazar, ihtiyaç duyulan hukukî düzenlemelerin teknoloji alanındaki ilerlemelerle eş zamanlı olarak yapılamaması sebebiyle yapay zekâ nedir, yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsü nasıl düzenlenmelidir ve bu robotların tahminlerine ve öngörülerine güvenilerek verilen kararlarda ortaya çıkan sonuçlardan kimin sorumlu tutulması gerekir sorularının cevaplanmayı beklediğini belirtmiştir. Hakan Aksoy, “Yapay Zekâlı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, C. 4, S. 1, (2021): 10-27, s. 11.

nitelikteki yasal düzenlemelerin küresel açıdan da uyum içinde olması oldukça önemlidir⁸.

Çalışmamızın konusu, eski çağlarda bütün devletlerin hukuk sistemlerinde rastlanan ve sosyal bir olgu olan kölelik kurumuna ilişkin olarak Roma Hukuku tarafından getirilen düzenlemelerin, yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsünün ve yapay zekâ kullanımından doğan hukukî sorumluluğun (sözleşmeden doğan hukukî sorumluluğun) tespitinde model olarak alınmasının sağlayacağı faydalardır. Bu nedenle, disiplinler arası bir konu olan yapay zekâ kavramı sadece belirtilen çerçevede ele alınacak ve yapay zekâ kavramının ekonomik, sosyal, ahlakî ve hukukî açılardan yarattığı etkilerin değerlendirilmesi konularına girilmeyecektir.

I. YAPAY ZEKÂYA SAHİP ROBOTLARIN HUKUKİ STATÜSÜNÜN NASIL DÜZENLENMESİ GEREKTİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİN KISACA DEĞERLENDİRİLMESİ

Günümüzde yapay zekâya sahip robotlar için öngörölmüş özel bir hukukî statü mevcut olmadığı gibi bu otonom varlıklar henüz hukukî anlamda kişi (*persona*) olarak kabul edilmemektedir. Ancak robotların hukukî statüsünün nasıl düzenlenmesi gerektiği konuya ilişkin bilimsel çalışmalarda en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Sorumluluk hukuku alanında geçerli olan geleneksel kurallar değerlendirildiğinde gerek hukukî sorumluluktan gerekse cezaî sorumluluktan söz edilebilmesi için bu sorumluluğun yüklenebileceği hukukî anlamda kişi olarak kabul edilen bir hukuk süjesine ihtiyaç vardır. Bu nedenle yakın gelecekte yapay zekâya sahip robotların hukukî sorumluluğundan söz edilebilmesi için bu robotların hukukî statülerinin belirlenmesi gerekir. Perennou'ya göre kişilerin günlük hayatta yaptıkları birçok iş hukukî kişiliği gerektirdiğinden bu işlerin yapılmasında yapay zekâya sahip robotlardan yararlanılabilmesi için bu otonom varlıkların nasıl bir hukukî statüye tâbi olduklarının belirlenmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur⁹.

⁸ Paulius Cerka, Jurgita Grigiene and Gintare Sirbikyte, "Liability for Damages Caused by Artificial Intelligence", *Computer Law and Security Review*, 31 (2015): 376-389 (Liability), s. 377.

⁹ Thomas Perennou, "State of the Art on Legal Issues" Erişim Tarihi: Mayıs 9, 2022, <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivvable.1.pdf>, s. 9.

Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu'nda¹⁰ Sorumluluk başlığı altında yapılan değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, yapay zekâ teknolojisinin günümüzde ulaştığı nokta açısından düşünüldüğünde sorumluluk hukuku alanındaki mevcut yasal düzenlemeler bu alanda ortaya çıkabilecek hukukî sorunları büyük ölçüde çözebilecek bir içeriğe sahiptir¹¹. Ancak yakın gelecekte yapay zekâya sahip robotların otonom varlıklar¹² haline gelecekleri varsayıldığında bu robotların verdikleri zararlardan doğan sorumluluğun kime yükleneceğine ilişkin geleneksel kuralların yetersiz kalacağı belirtilmiştir. Bu alandaki belirsizliğin yol açabileceği olası sorunların üstesinden gelinebilmesi için bu robotların hukukî statülerinin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği konusunda doktrinde bazı görüşleri ileri sürülmüştür.

¹⁰ Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics, European Parliament, Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2022, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html

Sadece robotların hukukî sorumluluğunu ele alan dünya çapında yasal bir düzenleme henüz mevcut değildir. Ancak bu konudaki çalışmaların hızlandırılması ve özellikle Avrupa'da robotların medeni hukuktan doğan sorumluluğuna yönelik yeknesak bir hukuk sisteminin tesis edilmesine yönelik çalışmaların desteklenmesi amacıyla 27.01.2017 tarihinde yayınlanan tavsiye niteliğindeki bu raporun hemen ardından 16.02.2017 tarihli kabul metni yayınlanmıştır. Bu rapor, robot hukuku ve yapay zekâ alanlarında uluslar üstü ve yeknesak hukukî düzenlemeler getirmeyi hedefleyen ve tavsiyeleriyle yol gösteren ilk hukukî metin olması sebebiyle önemlidir. Ercan, s. 19.

¹¹ Aksoy, Yapay Zekâlı Varlıklar ve Ceza Hukuku başlıklı çalışmasında günümüzde yapay zekâ teknolojisinde ulaşılan nokta açısından yapay zekâya sahip robotların mal olarak kabul edilmeleri gerektiğini ve mevcut hukukî düzenlemelerin ortaya çıkabilecek sorunları büyük ölçüde çözebilecek yeterlilikte olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yazar yapay zekâya sahip robotların yakın gelecekte tamamen otonom varlıklar haline gelmeleri ve kişiliğe sahip olduklarının kabul edilmesi durumunda ise hukuk sistemimizde köklü değişiklikler yapılması gerekeceğini belirtmiştir. Aksoy, s. 24.

¹² Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu'nun Sorumluluk başlığı altında, robotlarda otonominin dışarıdan bir müdahale olmaksızın karar alabilme ve aldığı kararı uygulayabilme anlamına geldiği ve bu nedenle bu otonominin tamamen teknolojik nitelikte olduğu ve robotun çevresiyle etkileşiminin hangi seviyede olduğunun, yapay zekâ tasarlanırken ne kadar ileri bir teknoloji kullanıldığı ile orantılı olduğu belirtilmiştir.

Ercan, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu'nda robotlarda otonominin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin değerlendirmeye dayanarak, kavramın insanın dış dünyayı mantıkla anlayarak karar verebilmesi ve bu kararı özgür iradesiyle uygulayabilmesi yeteneğinden farklı anlaşılması gerektiğini; robotlarda otonominin teknolojik bir anlam taşıdığı yönündeki tespitini bu otonominin insanların sahip oldukları irade özgürlüğü kavramı ile kıyaslanmasının doğru olmadığı yönündeki isabetli yaklaşım ile tutarlılık gösterdiğini belirtmiştir. Ercan, s. 26-27.

Bu konuya ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden birine göre yapay zekâya sahip robotlar mal olarak kabul edilmekte ve bu nedenle özel bir hukukî statüye gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, yapay zekâya sahip robotların verdikleri zararlar sebebiyle hukukî sorumluluğa ilişkin mevcut düzenlemeler çerçevesinde üreticinin, ithalatçının, malikin ya da kullanıcının sorumluluğuna başvurulması mümkündür. Yapay zekâya sahip robotların hakkın süjesi olarak değil hakkın objesi olarak kabul edilmeleri yapay zekâ teknolojisinin günümüzde ulaştığı nokta açısından tatmin edici olmakla birlikte bu teknolojinin yakın gelecekte ulaşacağı öngörülen nokta düşünüldüğünde ihtiyaçları karşılamaktan uzak kalacaktır¹³.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsü belirlenirken ticaret şirketlerinin sahip olduğu tüzel kişilik statüsü model olarak alınabilir. Yapay zekâya sahip robotların özel hukuk tüzel kişileri gibi kişiliğe sahip olduklarının kabul edilmesi bu robotların birer hukuk süjesi olarak hak sahibi olup borç altına girebilmelerine ve dolayısıyla ekonomik ve hukukî ilişkilerin kurulması için temsilci olarak kullanılmalara olanak sağlar. Bu görüşü destekleyen yazarlardan bazılarının göre, mevcut yasal sistem, bu otonom varlıkların hukukî statülerinin tespiti için ihtiyaç duyulan çerçeve mevzuatı zaten içerdiği için, bu görüşün kabul edilmesi halinde yürürlükteki hukukun değiştirilmesi zorunluluğu da söz konusu olmayacaktır¹⁴. Zeytin/Gençay'a göre şirketler, dernekler ve vakıflar gibi kişi ve mal topluluklarına tüzel kişilik tanınmış olması, robotların da kişi olarak kabul edilebileceklerinin gerekçesi olamaz. Zira tüzel kişiler insan iradesine muhtaç olup, insan iradesi olmadan kurulamaz, karar alamaz ve uygulayamazlar. Keza tüzel kişiler kuruluş, işleyiş ve sona erme aşamalarında da şeffaf ve denetime

¹³ Bu görüşe yer veren eserler için bkz: Perennou, s. 9 vd.; Lawrence B. Solum, "Legal Personhood for Artificial Intelligences", North Carolina Law Review, Volume 70, Number 4, (1992): 1231-1287, s. 1276-1280; Paulius Cerka, Jurgita Grigiene and Gintare Sirbikyte, "Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?", Computer Law and Security Review, Volume 33, Issue 5, (2017): 685-699, s. 688; Shlomit Yanisky-Ravid, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model", Michigan State Law Review, Heinonline, Vol. 2017, No. 4, (2017): 659-726, s. 689 vd.; Filipe M., Alexandre, "The Legal Status of Artificially Intelligent Robots" Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022. https://www.researchgate.net/publication/317565163_The_Legal_Status_of_Artificially_Intelligent_Robots_Personhood_Taxation_and_Control, s. 13-16.

¹⁴ Bu görüşe yer veren eserler için bkz: Lawrence, s. 1231 vd.; Perennou, s. 11 vd.; Yanisky-Ravid, 687 vd.; Alexandre, s. 16 vd.; Cerka, Grigiene and Sirbikyte, s. 687 vd.

açtırlar. Buna karşılık otonom sistemlerin, insanî duygulardan yoksun birer hukuk süjesi olarak, yakın gelecekte insanların sahip olduğundan daha üstün bir zekâya sahip olacakları ve bağımsız kararlar alıp bu kararları uygulayabilecekleri gerçeği karşısında, yapay zekâya sahip robotların kişiliğe ve dolayısıyla hak ehliyetine sahip olduklarının kabulü, öngörülemeyen riskleri de beraberinde getirebilecektir¹⁵.

Yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsüne ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden bir diğeri ise bu robotların elektronik kişi olarak kabul edilmeleridir. Robotlara hukukî kişilik tanınmasına imkân veren elektronik kişilik kavramı ilk olarak 1967 yılında yayınlanan bir makalede (Life Magazine) kullanılmış; Ocak 2017’de ise, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu’nda robotikle ilgili medeni hukuk kurallarına ilişkin olarak bu kavramdan söz edilmiştir¹⁶. Raporun 59/f maddesinde bu alandaki teknolojik gelişmelere paralel olarak uzun vadede uygulama alanı bulacak bir öneri sunulmaktadır¹⁷ ileri seviyedeki otonom robotlara elektronik kişilik (electronic personality-EP) adı altında bir hukukî statü tanınarak bu robotların kendi başlarına kararlar verdikleri veya üçüncü kişilerle bağımsız şekilde etkileşime girdikleri durumlarda verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilecekleri belirtilmiştir.

İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları tarafından hazırlanan “Yapay Zekâ Çağında Hukuk” konulu raporda, yapay zekânın hukukî kişiliğinin, bu otonom sistemlerin sebep oldukları zararlardan doğan hukukî sorumluluğun

¹⁵ Zeytin ve Gençay, s. 47-48.

¹⁶ Takashi Izumo, “Digital Spesific Property of Robots: A Historical Suggestion from Roman Law”, Delphi- Interdisciplinary Review of Emerging Technologies, Heinonline 1, (2018): 14-19, s. 16; Alexandre, s. 16.

¹⁷ Raporda, yapay zekâya sahip robotların sebep oldukları zararlardan kimin sorumlu tutulacağına ilişkin kısa ve uzun vadede uygulanabilecek öneriler ele alınmıştır. Robotların hukukî sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin öncelikli olarak ele alınması gerektiği vurgulanarak (m. 49), bu bağlamda kusursuz sorumluluk yaklaşımı (strict liability approach) ve risk yönetimi yaklaşımı (risk management approach) başlıkları altında sorumluluğun kime yükleneceğinin tespitinde kısa vadede fayda sağlayabilecek iki öneri sunulmuştur (m. 53). Kusursuz sorumluluğun uygulanması halinde zararın varlığının ve robotun davranışı ile zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunduğu ispatı yeterli olacaktır (m. 54). Risk yönetimi yaklaşımının uygulandığı durumda ise kusurlu davranışta buluna kişinin değil, belirli koşullar altında riskleri en aza indirebilecek ve kusurlu davranışın yarattığı olumsuz etkilerin üstesinden gelebilecek kişinin esas alındığı belirtilmiştir. Raporun 56. maddesinde ise yapay zekâya sahip robotun zarara sebep olan davranışından doğan sorumluluğun en azından şimdilik robota değil bir insana yüklenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

kime yükleneceğinin tespitinde önem arz ettiği belirtilmiştir. Rapora göre, Avrupa Birliği bünyesindeki euRobotics çalışma grubu tarafından gündeme getirilen ve Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 2017 yılında yayınlanan Robotik Tavsiye Raporunda bir öneri olarak sunulan elektronik kişilik modeli, sorumluluğun tespiti hususunda faydalı bir model gibi görünmekle birlikte, hesap verebilirlik ve şeffaflık bakımından hala belirsizlikler içermektedir. Zira tasarlanan sistemin para akışını da kapsayacak olması, sisteme dâhil olan tüm paydaşlar açısından şeffaf bir yapının varlığını gerektirmektedir¹⁸. Aydemir'e göre, yapay zekâya sahip robotların elektronik kişiliğe sahip oldukları kabul edilerek tıpkı tüzel kişiliğe sahip şirketler gibi resmi bir sicile kaydedilmelerini ve yine şirketlerde olduğu gibi faaliyet alanlarının ve malvarlıklarının belirlenmesini öngören model, hukukî sorumluluk bağlamında faydalı görünmekle birlikte cezaî sorumluluk bağlamında fayda sağlamaktan uzaktır¹⁹. Bak'a göre, yapay zekâya elektronik kişilik verilmesi önerisinin bu kişiliğin sınırlarına ilişkin hiçbir çekince ve istisna öngörülmezsizin kabul edilmesi ve yapay zekânın hukukun objesi olmaktan çıkarılıp hak ehliyetine sahip bir hukuk süjesi haline getirilmesi birçok etik tartışmayı da beraberinde getirecektir. Bu noktada yapay zekâya sahip robotların cezaî sorumluluklarının ne olacağı sorusu oldukça önemli bir hukukî mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Avrupa Parlamentosu'nun konuya ilişkin raporunda sadece hukukî sorumluluk meselesi ele alınmış cezaî sorumluluk meselesine değinilmemiştir. Bak Raporda, sorumluluk hukuku alanındaki mevcut kuralların yetersiz kaldığı gerçeğinden hareket edilerek, zarar ile robotun eylemi veya eylemsizliği arasındaki nedensellik bağının ispatlanmasının sorumluluğun doğması için yeterli olduğu yeni bir kusursuz sorumluluk türü önerildiğini; ancak raporda önerilen kusursuz sorumluluk halinin, raporun bir diğer önerisi olan yapay zekâya sahip robotlara elektronik kişilik verilmesi önerisinin kabulü halinde bir anlam ifade edeceğini belirtmektedir. Yazara göre, yapay zekâ otonomlaştıkça ve insanlara benzer şekilde, önceden edindiği deneyimler sayesinde kendi kendini eğitip benzer durumlarda farklı davranışlar sergiledikçe, yapay zekânın verdiği zararlardan doğan sorumluluğu, yapay zekânın üreticisine veya kullanıcılarına yükleyen sorumluluk hukuku alanındaki mevcut düzenlemeler yetersiz kalacağı için,

¹⁸ Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu 2019, s. 49-50. Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022. https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zeka_Caginda_Hukuk2019.pdf.

¹⁹ Aydemir, s. 47-48.

Raporda özel bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmesi isabetlidir. Raporda öngörülen sorumluluk, yapay zekânın karar alma süreçlerinde ne ölçüde özerk olduğu ile orantılı olup, yapay zekâ otonomlaştıkça, yapay zekânın eylemleri veya eylemsizliği yüzünden ortaya çıkan zararlardan, üretici veya kullanıcı olan gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğu azalacaktır. Yazar raporun bu nedenle teknolojik gelişmelere açık olduğunu ifade ederek insanların ve insan benzeri yapay zekâlı robotların bir arada yaşadıkları bir toplum düzeni tesis edildiğinde, kendi bilincinin farkında ve tamamen otonom bir robotun verdiği zararlardan gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluğunun kalmayabileceğini belirtmiştir²⁰.

Nisan 2018’de Avrupa Birliği Komisyonu’na Yapay Zekâ ve Robotik başlıklı bir açık mektup (Open Letter to the European Commission Artificial Intelligence and Robotics) sunan uzmanların da aralarında yer aldığı bu görüşe karşı çıkan bilim insanlarına göre, robotlara ticaret şirketlerinin sahip olduğu tüzel kişilik statüsüne benzer bir statü verilmesi ve dolayısıyla bu otonom varlıkların kişiliğe sahip olduklarının kabul edilmesi büyük bir hata olacaktır. Bu yazarlara göre, yapay zekâya sahip sistemlerin elektronik kişiliğe sahip varlıklar olarak davranışları ve kararlarıyla sebep oldukları zararlardan sorumlu tutulabileceklerinin kabul edilmesi iki şekilde suiistimal edilerek hak ihlallerine yol açabilir. Bu ihtimallerden birincisi, bu robotları temsilci olarak kullanan kişilerin onların davranışları veya kararları sonucunda ortaya çıkabilecek zarardan sorumlu tutulamayacaklarını ileri sürerek dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde hareket etmeleridir. İkinci ihtimal ise, temsilci sıfatıyla taraf oldukları hukukî ilişkilerde karşı tarafın hakkını ihlâl ederek zarar görmesine sebep olan robotların, elektronik kişiliğe sahip varlıklar olarak sorumlu tutulmaları ancak ödeme güçlüğü içinde olmaları sebebiyle zararın tazmin edilememesidir. Çünkü yapay zekâya sahip robotlara ait olan hesaplara pozitif ve negatif nakit akışı kolay bir şekilde gerçekleştirilebileceği için hesabın suç teşkil eden eylemler sonucunda boşaltılması sebebiyle ödeme güçlüğü içinde bulunan robotlarla sıklıkla karşılaşılabilir. Bu ihtimalde ise hapis cezası gibi geleneksel cezaî yaptırımlar etkisiz veya yetersiz kalabilir²¹.

²⁰ Bak, s. 219 vd.

²¹ Ugo Pagallo, “Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today’s debate on the legal status of AI systems” (Apples, oranges, robots). Erişim Tarihi: Mayıs 11, 2022. <https://royalsocietypublishing.org/doi/pdf/10.1098/rsta.2018.0168>, s. 8.

Yapay zekâlı robotların yasal temsilci olarak kullanılabilmesi için tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin model olarak alınması bu alanda çalışan bilim insanlarının sundukları çözümlerden sadece bir tanesini oluşturmaktadır. Pagallo'ya göre, yapay zekâ ve robotik alanında çalışan uzmanların Nisan 2018'de Avrupa Birliği Komisyonu'na sundukları açık mektupta ticaret şirketi modeline alternatif olarak önerdikleri modeller ise yetersiz kalmaktadır. Çünkü "Tüzel Kişilik Modeli" ve "Anglo-Sakson Trust Modeli (Common Law Trustı)"²² arasında yer alan ve ihtiyaçları karşılayan basit bir modele yer verilmemiştir²³.

²² Trust kurumunun temelinde, bir malvarlığının belli bir kişinin veya kişilerin yararına kullanılması için güvenilen bir kişiye veya kişilere devredilmesi yatar. Trust kurumunda inanca dayanan üçlü bir ilişki vardır: Trustı kuran ve kurucu metni hazırlayan taraf (kurucu-settlor); trust metni ile bir mülkiyet hakkı kendisine devredilen ve bu hakkı belli kişiler lehine kullanmak, yönetmek ve hatta tasarruf etmekle yükümlü ve ayrıca yetkili olan taraf (güvenilen-trustee); trust metninde mülkiyet hakkının kendisi lehine kullanılacağı belirtilen, bunu talep etmeye yetkili ve equity tarafından malik olarak tanınan taraf (yararlanan-beneficiary). Bu üçlü ilişkiden de anlaşılacağı üzere kurucu, malvarlığının bir kısmının mülkiyetini trust belgesinde belirtilen kişi veya kişiler lehine kullanılmak üzere güvenilene geçirir. Ancak mülkiyeti devredilen şey veya şeyler güvenilenin malvarlığı içinde yer almayıp ayrıca bir trust malvarlığı oluşturur. Kullanma ve yararlanma usulünü belirleme yetkisi güvenilende olsa da, şeyi fiilen kullanan ve şeyden yararlanan kişi yararlanan olacaktır. Yararlanan, hukuk (Law) açısından malik olarak kabul edilmemekle birlikte Equity (İngiliz hukuk sisteminde Law adı verilen "hukuk" sistemi ile mahkeme kararlarına dayanan ve Ortaçağ'dan günümüze kadar gelişen Equity adı verilen sistem aynı anda yürürlükte.) açısından maliktir ve güvenilene karşı sahip olduğu hak mülkiyet hakkı niteliğindedir. Özetle, inanca dayalı bir kurum olan trustta üç yönlü bir ilişki vardır ve bu ilişki hukuk (law) kurallarına tâbi bir mülkiyetin yanında equity kurallarına tâbi bir mülkiyet hakkına yani ikili bir mülkiyete yol açar ve ayrı bir malvarlığı oluşturur. Eylem Apaydın, "Common Law'da Trust Kavramı Ve Civil Law'da Trust Alanında Güncel Gelişmeler", Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 160, (2016): 1791-1838, s. 1800-1807.

Lawrence, yapay zekânın yakın gelecekte hukukî anlamda kişiliğe sahip olup olamayacağı konusuna ilişkin eserinde, Could an Artificial Intelligence Serve As A Trustee ? (Yapay Zekâ Trustee İşlevini Yerine Getirebilir mi?) başlığı altında konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler yapmıştır. Lawrence, s. 1240 vd.

²³ Pagallo, "Apples, oranges, robots", s. 8.

II. KÖLELİĞE İLİŞKİN ROMA HUKUKU DÜZENLEMELERİNDEN YARARLANILARAK YAPAY ZEKÂYA SAHİP ROBOTLARIN KİŞİ OLARAK KABUL EDİLMELERİNİN YARATABİLECEĞİ OLUMSUZ SONUÇLAR EN AZINDAN KISA VADEDE ORTADAN KALDIRILABİLİR Mİ?

Yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsü belirlenirken kölelik kurumunun model olarak alınabileceği bu konuda ileri sürülen görüşlerden bir diğeridir. Bu görüşün çalışmamızın dayanağını oluşturması sebebiyle konuya ilişkin olarak doktrinde yapılan değerlendirmeleri ayrı bir başlık altında ele almanın daha uygun olacağı kanaatine vardık.

Modern teknoloji, yapay zekâya sahip robotların, gerek yasal gerekse işlevsel olarak toplum ile bütünleşmesini gerektirse de, robotlara bu aşamada yasal kişilik verilmesi için henüz erken olduğu söylenebilir. Özbay'a göre, yapay zekâya sahip robotlara elektronik kişilik verilmesi ve bu makinelerin tıpkı tüzel kişiler gibi insan varlığından ayrı, kendilerine özgü bir kişiliğe sahip olduklarının kabul edilmesi için zamana ihtiyaç vardır. Yazar konuya ilişkin görüşlerini paylaştığı eserinde, yapay zekâya sahip robotların hukukî statülerinin belirlenmesi amacıyla yapılan çalışmalar sonucunda bu makinelerin kişiliğe (elektronik kişilik) sahip olduklarının kabul edilmesinin kaçınılmaz bir son olduğunu ancak bu geçiş döneminde ortaya çıkan sorunların bu konuda önerilen çözüm yollarından birisi olan ve çalışmamızda ele aldığımız “dijital *peculium*” kavramından yararlanılarak çözülebileceğini ifade etmektedir²⁴.

Yapay zekâlı robotlara yasal kişilik tanınması fikrinin ekonomik, sosyal, ahlakî ve hukukî açılarından bazı sorunlara yol açarak büyük bir hata olabileceğini ve en azından kısa vadede bu fikirden kaçınılması gerektiğini vurgulayan Pagallo, bu alandaki ihtiyacın başka bir hukukî kuruma dayanılarak karşılanması sayesinde bu olumsuz sonuçların ortadan kaldırılabileceğini savunmaktadır. Yazara göre, eski çağlarda bütün devletlerde görülen ve evrensel hukukun (*ius gentium*) gereği olduğu kabul edilen kölelerin (*servi*) hukukî statüleri bu otonom varlıkların hukukî statüsünün tespitinde model olarak alınabilir. Çünkü kişilerin sahip oldukları robotların (kölelerinin) verdikleri kararlar yüzünden zarar görmelerinin

²⁴ Ümit Vefa Özbay, “Dijital Peculium Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 3, (2021): 867-898, s. 869.

engellenmesi ve aynı şekilde robotlarla (kölelerle) bir hukukî işlem yapan karşı tarafın da korunması gerektiği düşüncesi hem modern çağda hem de Antik Roma'da benimsenmiştir. Antik Roma'da kölelerin hukukî statüsüne ilişkin olarak getirilen düzenlemeler, robotların sadece bir makine olarak kabul edildikleri yaklaşımın yaratacağı tutarsızlıkların çözüme kavuşturulmasını da sağlayabilecek bir içeriğe sahiptir. Mal olarak kabul edilen ve hak ehliyetinden yoksun olan köleler, kendilerine tahsis edilen ve yine kendileri tarafından yönetilen bir miktar para veya bir ticarî işletme, atölye, tarım arazisi gibi ekonomik değer taşıyan belli bir mal olabilen *peculium* sayesinde üçüncü kişilerle hukukî ilişkiler kurabilmişlerdir. Yapay zekâya sahip robotlara da *peculium*'a benzer şekilde bir sermaye tahsis edilerek bu robotların kendi davranışlarının hukukî sonuçlarından doğrudan doğruya sorumlu tutulmalarını sağlayacak yasal bir düzenleme yapılabilir. Bu sayede yapay zekâya sahip robotların yaptıkları hukukî işlemlerden doğan haklara kimin sahip olacağı ve yine bu işlemlerden doğan borçlardan kimin sorumlu tutulacağı meselesi açıklığa kavuşturulmuş olur²⁵.

Pagallo konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu bir diğer eserinde, birkaç yıl içerisinde kendi varlığının bilincinde olan, çevresini algılayabilen, edindiği bilgilere ve deneyimlere dayanarak karar verip bu kararları uygulayabilen ve kendi davranışları sonucunda elde ettiği verilere dayanarak benzer durumlarda farklı davranışlar sergileyebilen robotlarla birlikte yaşayacağımızı belirtmiştir. Yazar yapay zekâya sahip robotların sahip oldukları bu yeteneğin ise gerek onları kullanan kişiler gerekse tasarlayıp üretenler için öngörülemez bazı sonuçları beraberinde getireceğini ifade etmiştir. Yazara göre hukukî işlemlerde yasal temsilci olarak kullanılan bu otonom robotların işlemin diğer tarafına verdikleri zararlardan vekâlet verenin sorumlu olacağının kabul edilmesi halinde robotun malikinin hukukî sorumluluğu ağır bir şekilde takdir edilmiş olur. Böyle bir yaklaşım gerek taşıdığı risk gerekse tasarım veya üretim aşamasındaki hatalar sebebiyle meydana gelen zarardan robotu yasal temsilci olarak kullanan malikle birlikte sorumlu tutulması gereken tasarımcıları ve üreticileri haksız bir şekilde koruması sebebiyle yapay zekâya sahip robotların maliklerini bu robotları hukukî işlemlerde temsilci olarak kullanmaktan alıkoyacaktır. Yapay zekâya sahip robotların davranışlarının öngörülemezliği ve insanlar adına hareket edebilecek bir potansiyele ulaşabilecekleri gerçeği karşısında

²⁵ Ugo Pagallo, "The Laws of Robots, Crimes, Contracts and Torts, (Springer 2013) s. 81-82, 103-104. Aynı yönde bkz. Pagallo, "Apples, oranges, robots", s. 8-9.

sorumluluk hukuku alanındaki mevcut yasal düzenlemeler uzun vadede bu alanda ortaya çıkabilecek hukukî sorunlara adil bir çözüm getirmekten uzak kalacaktır. Yapay zekâya sahip varlıkların bu sebeplerden ötürü eklemek kızırtma makinesi veya buzdolabı gibi basit bir mal olarak değerlendirilemeyeceğini belirten Pagallo, bu otonom varlıklar ile köleler arasındaki benzerlikler sebebiyle köleliğe ilişkin olarak Roma Hukuku tarafından getirilen düzenlemelerden yararlanılabileceğini ifade etmiştir²⁶.

Bu görüşü destekleyen Puaşhunder'e göre, gerek fiziksel olarak gerekse yaşam süreleri açısından insanlardan üstün durumda olan yapay zekâlı robotların, sahip oldukları bu avantajlı durumu insanlığın aleyhine olacak şekilde kullanmalarının engellenmesi, bu robotların insan benzeri (*quasi-human*) bir statüde olduklarının ve dolayısıyla insanların sahip oldukları her hakka sahip olamayacaklarının kabul edilmesini zorunlu kılar. Yazara göre, insanların ve insan benzeri yapay zekâlı robotların bir arada yaşadığı bir toplum düzeninin nasıl kurulacağı ve yeni nesil robotlara ilişkin yasal düzenlemeler yapılırken nasıl hareket edilmesi gerektiği konularında ise Antik Roma'daki kölelik kurumu model olarak alınabilir. Çünkü yakın gelecekte yeni nesil robotların üstlenecekleri roller ile Antik Roma'da sosyo-ekonomik açıdan büyük öneme sahip olan ve yeteneklerine, eğitim ve kültür seviyelerine göre mal ve hizmet üretiminde kullanılan kölelerin üstlendikleri roller büyük ölçüde örtüşmektedir²⁷.

²⁶ Ugo Pagallo, "Killer, fridges and slaves: a legal journey in robotics", (Killer, fridges and slaves), s. 351. Erişim Tarihi: Mayıs 7, 2022. https://www.researchgate.net/publication/220415058_Killers_fridges_and_slaves_A_legal_journey_in_robotics.

²⁷ Julia M., Puaşhunder, "On Artificial Intelligence's Razor's Edge: On the Future of Democracy and Society in the Artificial Age", s. 44-45. Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022. <http://rais.education/wp-content/uploads/2019/04/5JP.pdf>.

Aydemir "Yapay Zekâlı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması" isimli çalışmasında, "Robotların Hukukî Statüsüne Dair Yasal Kişilik Tartışmaları" başlığı altında yaptığı değerlendirmede, Roma Hukuku tarafından kölelik kurumuna ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin, yapay zekâya sahip robotların hukukî statülerinin tespitinde model olarak alınmasını eleştirmiştir. Yazara göre, robotların, köle statüsünde olduklarının kabulü, kişi-şey ayırımında şey statüsüne dâhil edilebilmelerine ve bu sayede hukukî ve cezaî sorumluluklarının bertaraf edilebilmesine imkân sağlar. Ancak insanlar gibi düşünen, hareket eden ve seçim yapabilen yapay zekâya sahip robotların, tıpkı köleler gibi, insanların hizmetinde mal gibi kullanılan, kişilikten ve dolayısıyla hak ehliyetinden yoksun varlıklar olarak kabul edilmeleri, günümüzde olmasa bile yakın gelecekte bu robotların teknolojik olarak ulaşabilecekleri seviye düşünüldüğünde, etik olarak kabul edilebilecek bir yaklaşım değildir. Yazara göre, verilerimizi kaydetmek için bir araç olarak

kullandığımız bilgisayarımızda insana dair hiçbir ize ve kalıntıya rastlamadığımız için, bilgisayarımızı rahatlıkla bir mal olarak kabul edebiliriz. Ancak, bizimle iletişim kurabilen, öğrenebilen, düşünebilen bir varlığı, sadece işlerimizi yaptırmak amacıyla ürettiğimiz düşüncesinden yola çıkarak eşya kategorisine dâhil etmek, Roma Hukuku tarafından insanlara köle statüsünün dayatılmasıyla eşdeğer olacaktır. Yazara göre, robotlara yasal kişilik bahşedilmeli midir sorusuna olumsuz bir cevap verilmesi, insanlık olarak henüz birinci nesil yapay zekâlı robotlara sahip olduğumuz için bizi çok sarsmasa da, ikinci ve özellikle üçüncü nesil robotlar için de aynı cevabın verilmesi hukuk düzenini sarsacaktır. Yakın gelecekte yapay zekâyâ sahip robotların; gerek, yapay zekânın yapay zekâ tarafından üretilip doğada konumlandırılabilceği gerekse, özgür iradeye sahip, kendisinin, geçmişinin farkında ve bilinçli bir şekilde var olabilen bir yaratık olacağı gerçeği, onların sadece bir obje olarak nitelendirilmesine karşı çıkan bir tez olarak belirecektir. Bu nedenle, “robotlar, insanlığa köle olmaları ve insanların ihtiyaçlarını zaman-bellek-enerji kısıtlamasına tâbi kalmaksızın gidermeleri amacıyla üretilen makinelerdir” düşüncesinin kabul edilebilmesi mümkün değildir. Yazara göre, kölelik statüsünün, Roma Hukukundan kalma, geri kalmış bir toplumun kalıntıları olduğu gerçeği yadsınarak, Roma Hukuku tarafından getirilen düzenlemelerin yapay zekâyâ sahip robotlar için model olarak alınması; insan hayatını kolaylaştıran teknoloji harikası bu varlıkları aşağılamaktan farksız olacağı için bu görüşün bir daha tartışılmamak üzere rafa kaldırılması son derece yerinde bir karar olacaktır. Aydemir, s. 46-47.

Kanaatimizce, yazarın bu konuda yaptığı değerlendirmelerde, yarattığı kavramlarla, kurumlara ilkelerle ve en önemlisi hukukî düşünce tarzı ile Kara Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerinin temelinde bulunan; modern hukukçuların hukukî düşünce tarzını şekillendiren ve aynı zamanda dünya medeniyetinin ve kültürünün önemli bir unsuru olan “Roma Hukukunu” yaratan bir toplumu geri kalmış bir toplum olarak nitelendirmesi talihsiz bir ifadedir. Ayrıca köleliği Romalılar bulmuş veya yaratmış değildir. Modern dünyada **haklı olarak** eleştirilen bir kavram olan kölelik, çok ilkel ve göçebe kavimler dışında, bütün eski çağ medeniyetlerinde rastlanan bir olgudur. Elbette ki Roma Devleti, eşitlik ve insan haklarının egemen olduğu ideal bir toplum düzeni yaratmamıştır. Ancak o devirlerde ekonomik ve sosyal önemi nedeniyle kölesiz bir toplumun düşünülebilmesi dahi mümkün değildi. Keza Roma Hukuku kaynaklarında da köleler ile hür insanlar arasındaki çok derin ayrımın insanlık açısından doğru olmadığını dile getirildiğine rastlamaktayız. İlgili metinlerde, köleliğin evrensel hukuk (*ius gentium*) tarafından yaratılan bir kavram olduğu ve bunun gereği olarak bir kimsenin, bütün insanların eşit kabul edildiği tabii hukuka (*ius naturale*) aykırı bir şekilde başka bir kimsenin hâkimiyeti altına konulduğu belirtilmiştir (D.50.17.32; I.1.2.2; I.3.2). Dolayısıyla, teoride kalmış olsa da, Romalılar köleliğin insan haklarına aykırı olduğu gerçeğini göz sardı etmemişlerdir.

Antik çağda kölelik sadece Roma'nın değil bütün kavimlerin ortak olgusudur ve bu olgu antik hukuklarda gerek kurumun kaynağı gerek kölelerin hukukî statüsü gerekse de kölelerin işlevleri bakımından benzer bir şekilde düzenlenmişti. Çünkü köleler işgücü ihtiyacını karşılamaları sebebiyle ekonomik yaşamın önemli bir parçasıydılar. Özlem Söğütü, Roma Özel Hukuku, (Ankara 2021), s. 208.

İnsan haklarının temellerinin atıldığı Roma'da, yaşam hakkının korunmasına ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde yalnızca Roma vatandaşlarının hak sahibi olabilecekleri kabul edilirdi. Kölelerin insan olmakla birlikte Roma Hukuku nazarında mal statüsünde olmaları, ekonomisi kölelik kurumuna dayanan

Taşdemir/Özbay/Kireçtepe robotların hukukî ve cezaî sorumluluklarının nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüşlerini paylaştıkları eserlerinde, kölelerin hukukî statülerine ilişkin olarak Roma Hukuku tarafından getirilen düzenlemelerin yakın gelecekte hayatımızın bir parçası haline gelecek olan yapay zekâya sahip robotların hukukî statülerin belirlenmesi için model olabileceğini ifade etmişlerdir. Roma Hukukuna göre mal olarak kabul edilen ve hak ehliyetinden yoksun olan köleler, insan olmaları sebebiyle düşünebilen ve karar verebilen irade sahibi varlıklardır. Yapaya zekâlî robotların da köleler gibi mal olarak nitelendirilmeleri halinde hak sahibi olamayacakları ve borç altına giremeyecekleri, başka bir ifadeyle kişi olarak değerlendirilemeyecekleri kabul edilmiş olur. Ancak bu makinelerin düşünebilen, karar alabilen ve bir iradeye sahip olan varlıklar olarak tıpkı köleler gibi hukukî işlem ehliyetine sahip oldukları kabul edilebilir. Eserde yapay zekâya sahip robotların bu sebeplerden ötürü kölelerin teknolojik akrabaları olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu ve bu makinelerin hukukî statülerin belirlenmesi amacıyla yasal düzenlemeler yapılırken Roma Hukukundan yararlanılabileceği belirtilmiştir²⁸.

Pagallo yapay zekâya sahip robotların hukukî statüleri belirlenirken köleliğe ilişkin olarak Roma Hukuku tarafından getirilen düzenlemelerden yararlanılması önerisinin bu otonom varlıklara bizim modern kölelerimizmiş gibi davranılabileceği şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu

tüm toplumlarda olduğu gibi Roma'da da kölelerin insan haklarından yoksun kalmalarına yol açmış ve insanca muamele görmelerine engel teşkil etmiştir. Romalı hukukçuların çalışma metotları teorik olmaktan ziyade meseleci olduğundan, Roma Hukukundaki insan hakları kavramının gelişimini modern doktrinde insan hakları kavramının sergilediği sistematik ile kıyaslayabilmek mümkün değildir. Romalıların geleneklerine çok bağlı bir toplum olmaları da bu konuda etkisini göstermiştir. Roma toplumu, zamanın akışı içerisinde kendisini yenilerken geleneklerinden tamamen kopmamayı başarmış bir toplumdur. MÖ 27 yılından itibaren Roma'nın gücü her alanda yoğun bir şekilde hissedilmiş ve Roma'nın küçük bir şehir devleti olmaktan çıkıp hızla bir dünya imparatorluğuna dönüşmesi, hukuk kurumlarında, kurallarında ve uygulamalarında da değişikliklere yol açmıştır. Bu gelişmeler neticesinde insan hakları ve esas olarak yaşam hakkı tartışmalara konu olmuş; hukukçular ve düşünürler insan haklarının öneminden bahsetmeye devam etmişlerdir. Ayrıca suçlulara verilen çok ağır, insanlık dışı ve işkence tarzındaki cezalardan yavaş yavaş vazgeçilmiş ya da en azından bu cezaların yumuşatılması yoluna gidilmiştir. Halide Gökçe, Türkoğlu, "Roma Hukukunda Humanitas ile Maiestas Populi Romani Arasındaki Bağlantı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2011/96): 229-268, s. 264-265.

²⁸ Özgür Taşdemir, Ümit Vefa Özbay ve Burhanettin Onur Kireçtepe, "Robotların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özcan Karadeniz Çelebicin Armağanı, C. 69, S. 2, (2020): 793-833, s. 793, 810.

noktada hukuk düzenlerindeki dürüstlük kuralı ve bu kuralın tamamlayıcısı niteliğinde olan hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi genel hukuk ilkeleri bu robotların saygı görmeyi ve korunmayı hak eden varlıklar olarak değerlendirilmelerini sağlayabilir. Yazara göre bu otonom varlıkların temsilci sıfatıyla ticarî ilişkiler kurmaları, müzakerelerde bulunmaları, sözleşme yaparak haklar ve borçlar doğuran işlemlerin tarafı olmaları halinde ortaya çıkabilecek sorunların nasıl çözüme kavuşturulacağı sorusu, Roma Hukukuna göre mal olarak kabul edilmekle birlikte ticarî hayatta çok önemli bir role sahip olan kölelerin hukukî statülerine ve özellikle *peculium* kurumunun ne şekilde düzenlendiğine bakılarak cevaplandırılabilir. *Peculium* kurumu güncellenerek (dijital *peculium*), yapay zekâya sahip robotların sorumluluk hukuku bağlamında onları tasarlayanlar ve üretenlerden ziyade malikleri açısından yarattıkları risk sebebiyle kullanılmamaları ve dolayısıyla sağlayacakları faydadan yoksun kalınması önlenebilir. Dijital *peculium* sayesinde bu otonom varlıkların yasal temsilci olarak kullanıldıkları ticarî ve hukukî ilişkilerde, robotun maliki diğer tarafa karşı sınırlı sorumlu olduğunu, karşı tarafın zararının robota özümlenen *peculium*'dan karşılanmasını talep edebilir. Böylece tarafların menfaatleri arasında bir denge kurulmuş olur²⁹.

Özetle robotları bir temsilciden ziyade bir makine olarak kabul eden geleneksel görüş, teknolojik gelişmeler sebebiyle, yapay zekâya sahip robotların yaptıkları hukukî işlemlerden doğan sorumluluğun kime yükleneceğinin belirlenmesinde yetersiz kalmıştır. Pagallo'ya göre, robotların tüzel kişiliğe sahip şirketler gibi kabul edilmeleri³⁰, robotlara sermaye tahsis edilmesi³¹ ve robotların mali durumlarının şeffaf hale getirilmesinin öncelikli amaç olması gerektiği³² yönünde ileri sürülen görüşlerin temelinde yer alan ortak nokta Antik Roma'nın *peculium* kurumudur. Ortakların şirket borçlarından dolayı alacaklılara karşı sınırlı olarak sorumlu oldukları ticaret şirketlerinde olduğu gibi *peculium* sayesinde

²⁹ Pagallo, "Killer, fridges and slaves", s. 352; Ugo Pagallo, "Robotrust and Legal Responsibility" (Robotrust), s. 374-375. Erişim Tarihi: Mayıs 8, 2022. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12130-010-9120-x.pdf>.

³⁰ Bu konuda bkz. Curtis Karnow, Liability for Distributed Artificial Intelligence, 1996; Jean-François Lerouge, The Use of Electronic Agents, 2000; Emily Weitzenboeck, Electronic Agents and the Formation of Contracts, 2001. zikr. Pagallo, s. 104.

³¹ Bu konuda bkz. Anthony Bellia, Contracting with Electronic Agents, 2001, zikr. Pagallo, s. 104.

³² Bu konuda bkz. Giovanni Sartor, Cognitive Automata and the Law, 2009, zikr. Pagallo, s. 104.

malikin, kölesinin hukukî işlemleri ve ticarî faaliyetleri sebebiyle zarar görmesi engellendiği gibi köle ile hukukî işlem yapan karşı tarafın menfaatleri de korunmaktadır. Çünkü bu sayede malikin hukukî sorumluluğu kölesine tahsis ettiği *peculium*'un değeri ile sınırlanırken; karşı tarafın da hak ve alacaklarına kavuşması güvence altına alınmaktadır³³.

III. ROMA HUKUKUNDA *PECULIUM* KURUMU

Roma'da köleler, insan olmalarına rağmen, günümüzdeki anlayışın aksine kişi (*persona*) sayılmazlardı. Hak ehliyetine sahip olmayan köleler, esas itibarıyla hakkın öznesi değil, hakkın konusu olan varlıklardı. Ancak hâkimiyet altındaki (*dominica potestas*-mâlik hâkimiyeti) kölelerin, her ne kadar *res mancipi* mal kategorisine girse de, insan oldukları ve dolayısıyla akıl sahibi varlıklar olarak iradelerini ortaya koyabilecekleri gerçeği göz ardı edilmemiştir. Çünkü düşünen ve irade sahibi olan kölelerin başkalarıyla bazı hukukî ilişkiler kurmaları kaçınılmazdı. Örneğin kölenin, bir kimsenin bir işini görmesi, bir malını çalması, ona bir zarar vermesi veya birisinden bir şey satın alması söz konusu olabiliyordu. Bu nedenle Romalılar kölelerin de hürler için öngörülen şartlara sahip olmaları halinde fiil ehliyetine sahip olabileceklerini ve hukukî sonuçlar doğuran faaliyetlerde bulunabileceklerini kabul edilmişlerdir. Bu sayede, köleler, malikleri için bir iktisap organı olarak hareket edebiliyorlardı (*Gai. I. 1, 52*). Köle hak ehliyetine sahip olmadığı için kölenin yaptığı hukukî işlemlerden doğan haklar ise kendisine ait olamıyordu. Bu haklar, başka bir işlem yapılmasına gerek duyulmaksızın (*ipso iure* - hukuk gereği) kölenin malikine ait olduğu halde, bu işlemlerden doğan borçlardan ise malik sorumlu tutulmazdı. Kölenin yaptığı hukukî işlemler sonucunda zenginleşen malikin bu işlemlerden doğan borçlardan sorumlu tutulamaması ise hak ve adalete uygun görülüyordu. Kölenin kendisi ise sadece davasız bir borcun (*obligatio naturalis*) yükümlüsü sayılır yani bu borç dolayısıyla köleye karşı dava açılamazdı. Ancak yürüttükleri ticarî faaliyetlerle ekonomik hayatta çok önemli bir rol üstlenmiş olan köleler ile hukukî işlem yaparak kölenin malikine karşı borç altına giren kişiler bu işlemde doğan kendi alacakları için hukukî güvenceden yoksun olmaları sebebiyle köleler ile işlem yapmaktan kaçınmışlardır. Bu durum ise ticarî hayatın olumsuz bir şekilde etkilenmesine yol açmıştır. Ekonomisi tarıma dayanan Roma toplumunda, aile reisinin üçüncü kişilerle kurduğu ilişkiler sınırlı olduğu için, bu durum bir zorluk yaratmıyordu. Ancak

³³ Pagallo, s. 104.

tarımsal ekonominin yanında ticarete dayanan ekonomi önem kazandıktan ve kapalı aile ekonomisinin yerini mübadele ekonomisi aldıktan sonra, aile reisinin bu ilişkileri tek başına yürütmesi zorlaşmıştı. Roma Hukukunda bugünkü anlamda doğrudan doğruya temsil kurumu olmadığı için, aile reisi bu ilişkileri kendi adına yürütmesi için aile dışındaki hür kişinin temsilciliğinden de yararlanamıyordu. Diğer taraftan, aile reisi, yetenekli olan kölelerinin ve aile evlâtlarının (*filii familias*)³⁴ giriştikleri ticarî faaliyetlerle ailenin ekonomik imkânlarını da genişletmek istiyordu³⁵. Aile reisleri, bu ihtiyaçlarını karşılayabilmek için kölelerine ve aile evlâtlarına aile malvarlığının belli bir kısmı üzerinde sınırlı bir yetki tanımaya başladılar. Yukarıda sayılan sebeplerden ötürü *Praetor* da aile evlâdının veya kölenin bu yetkiye dayanarak yaptıkları işlemlerden doğan borçlar için aile reisine karşı bazı koşullar altında açılacak ek dava (*actiones adiecticiae qualitatis*)³⁶ olanakları sağlayarak, aile reisinin ticaret hayatında kölesinden ve aile evlâdından yararlanma ihtiyacını karşılamıştır. Bütün bu gelişmeler sonucunda *peculium* bir hukukî kurum olarak ortaya çıkmıştır. Malikin güven duyduğu, zeki, yetenekli ve tecrübeli kölesine veya aile

³⁴ Aile reisinin (*pater familias*) hâkimiyeti (*patria potestas*) altında olan aile evlâtları (*filii familias*) hak ehliyetine sahip olmadıkları için, aile evlâdının yaptığı hukukî işlemlerden doğan haklar aile reisine ait oluyordu. Aile evlâtları, tıpkı köleler gibi, yaptıkları hukukî işlemlerle aile reisini borç altına sokamıyorlardı fakat kölelerden farklı olarak borç altına girebiliyor ve borçları sebebiyle kendilerine karşı dava açılabilirdi. Ancak aile evlâdının kendisine ait bir malvarlığı olmadığı için, aile evlâdına karşı açılan dava sonucunda elde edilen mahkûmiyet kararının icrası mümkün olmuyordu. Özcan Karadeniz, “Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3-4, (Eylül-Ekim 1968): 179-194, s. 181.

³⁵ Klasik hukuk döneminde, ticaret büyük ölçüde, ticarî beceriye sahip kölelerin elindeydi. Bunun sebebi, bazı kölelerin köle durumuna düşmeden önce ticaretle uğraştıkları için bu konuda tecrübeli olmaları ve hür doğan Roma vatandaşlarının para karşılığında bazı işleri görmelerinin toplumda aşağı hizmet (*operae illiberalis*) olarak görülmesi ve yine bu kişilerin çeşitli ticarî faaliyetleri gerçekleştirmelerinin geleneklerle ya da kanunlarla yasaklanmış olmasıydı. Bu durum, Roma ticaret hayatının çoğunlukla köle ve azatlıların kontrolünde olmasına yol açmıştı. Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Hukukunda Actio De Peculio”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, (200):, 103-136, s. 107.

³⁶ Aile evlâtları ve köleler tarafından yapılan bazı hukukî işlemlerin doğurduğu borçlardan aile reisinin sorumlu olduğu temeline dayanan ek nitelikteki davaların tamamı *Glossator*’lar tarafından bu kavram altında bir araya getirilmiştir. Bu davaların *formula*’larında borçlu statüsünde görünmesi gereken aile evlâdının veya kölenin yerine aile reisinin ismi yazılarak aile reisi, mahkûmiyetin tutarı kadar olan parayı ödemesi gereken borçlu durumuna getirilirdi. Ziya Umur, Roma Hukuku Lügatı, (Lügat), (İstanbul 1975).

evlâdına işletmesi amacıyla bir miktar sermaye tahsis etmesine olanak sağlayan ve geleneklere dayanan *peculium* kurumu, zamanla Roma ticarî hayatının önemli kurumlarından biri haline gelmiştir³⁷.

Peculium, malikin, kölesine, kullanması, geliştirmesi ve arttırması için bıraktığı mallar veya ekonomik değere sahip olan haklardır. Malik, hâkimiyeti altındaki köleye *peculium* olarak bıraktığı malların mülkiyetine sahip olmaya devam eder ve kölenin *peculium* çerçevesinde gerçekleştirdiği hukukî işlemlerden doğan haklara sahip olurdu. *Peculium* olarak tahsis edilen malların mülkiyeti hukuken malike ait olduğu ve malik kölesi tarafından işletilen bu sermaye sayesinde kazanç elde ettiği için, malikin *peculium* dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi hakkaniyete uygun görülmüştür. Ancak malikin kendisine *peculium* tahsis ettiği kölenin hukukî işlemlerinden doğan borçlardan *peculium* miktarı ile sınırlı olacak şekilde sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, malikin borcu miktar bakımından sınırlandırılmış, malik kölenin borçlarından *peculium*'a dâhil olan mallarıyla değil bütün malvarlığıyla, ancak sadece *peculium*'un o andaki değeri kadar sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluk *peculium*'un değeriyle sınırlandırılmış genel bir sorumluluk olduğu için, malik kölenin *peculium* kapsamına giren mallar ile ilgili borçlarının yanı sıra her türlü borcundan *peculium* miktarınca sorumluydu. Ayrıca belirtmelidir ki, hâkimiyete sahip olan kişi ile hâkimiyet altındaki kişi arasındaki alacaklılık ve borçluluk ilişkilerinin hukukî bir önemi olmamasına rağmen, hâkimiyete sahip olan kişinin *peculium* sebebiyle üçüncü kişilere karşı sorumluluğu söz konusu olduğunda durum değişmekteydi. Bu bağlamda malikin köleden bir alacağı varsa bu alacak tutarı *peculium*'un değerinden indirilmekteydi. Buna karşılık kölenin malike karşı sahip olduğu alacakları *peculium*'un değerine ekleniyordu. Bu hesaplama sonucunda belirlenen *peculium* miktarı malikin üçüncü kişilere karşı yüklediği sorumluluğun ölçüsünü gösteriyordu³⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, *praetor* hukuku (*ius praetorium*), efendileri veya aile reisleri tarafından bir iktisap organı olarak kullanılan kölelerin ve aile evlâtlarının yaptıkları hukukî işlemlerden doğan borçlar nedeniyle, efendiye ve aile reisine karşı hakkaniyet gereği dava açılabilmesine imkân sağlayarak, kölelerin ve aile evlatlarının ticarî hayatta daha faydalı

³⁷ Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, (İstanbul 2019), s. 141-145; 172-173; Karadeniz, s. 180-182; Özcan Çelebican, Roma Hukuku, (Ankara 2014), s. 134-137. Aynı yönde bkz. Ziya Umur, Ders Notları, (İstanbul 1999), s. 159-160; Türkoğlu Özdemir, s. 109-113.

³⁸ Karadeniz, s. 182-186.

olmalarını sağlamıştır. Bu düzenleme sayesinde kölesine ve aile evlâdına *peculium* veren; kölesini veya aile evlâdını bir işletmede görevlendiren; kölesine veya aile evlâdına işin yapılması için talimat, izin veya icazet veren; kölesinin veya aile evlâdının yaptığı iş nedeniyle fayda sağlayan efendilerin veya aile reislerinin sorumlu tutulabilmeleri mümkün olmuştur³⁹. *Praetor* tarafından kabul edilen bu ek davalar sonucunda, malikin kölenin yaptığı hukukî işlemlerden doğan borçlardan sorumlu olmadığı ilkesi ortadan kalkmıştır. Ek davalar çerçevesinde getirilen düzenlemeye göre: Malik *actio de peculio* ile kölesinin borçlarından ona verdiği *peculium*'un değeri ile sınırlı olacak şekilde sorumluyken; *actio de in rem verso* ile kölenin yaptığı işler sebebiyle elde ettiği menfaat ölçüsünde kölenin borçlarından sorumlu tutulmaktaydı. Malikin, kölesini bir işin başına getirdiği (*institor*) ve o iş sebebiyle kölenin borç altına girdiği hallerde *actio institoria* ile, kölesini bir geminin idaresi ile görevlendirdiği (*exercitor navis*) ve kölenin nakliye sebebiyle borçlandığı hallerde ise *actio exercitoria* ile sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Son olarak malikin bir emir veya talimat vermek suretiyle köleye bir işi yaptırdığı ve bunun sonucunda kölenin borçlandığı hallerde malik bu borçtan *actio quod iussu* ile sorumlu tutulmuştur⁴⁰.

IV. PECULIUM KURUMUNUN YAPAY ZEKÂYA SAHİP ROBOTLAR İÇİN UYARLANMASI BAĞLAMINDA DİJİTAL PECULIUM

Peculium kurumuna ilişkin olarak Roma Hukuku tarafından öngörülen düzenlemeler mevcut yasal sistem ile uyumlu hale getirilerek, otonom robotlara dijital *peculium* (DP) adı altında bir sermaye tahsis edilebilir. Bu sayede yapay zekâya sahip robotlara hukukî kişilik (*persona*) tanınmasına gerek kalmadan bu robotların hukukî işlemlerde temsilci olarak kullanılmaları ve yüklendikleri borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemeleri halinde DP ile sınırlı olacak şekilde sorumlu tutulmaları sağlanabilecektir. Bu nedenle DP, yapay zekâya sahip robotların sözleşmelerde ve ticarî ilişkilerin yürütülmesinde temsilci olarak kullanılmasının yaratabileceği sorunların aşılabilmesine olanak sağlayan etkili bir çözüm yoludur⁴¹. Bu bağlamda elektronik kişilik (electronic personhood-EP) yerine dijital *peculium*'a (dijital *peculium*-DP) sahip olan robotların hukukî statülerinin

³⁹ Nurcan İpek, Roma Hukuku Pratik Çalışmaları (Temel Kavramlar), (İstanbul 2015), s. 122-123.

⁴⁰ Umur, s. 160.

⁴¹ Pagallo, "Apples, oranges, robots", s. 8-9.

nasıl olacağı konusunun aydınlatılması gerekecektir. Robotlara elektronik kişilik tanınması halinde, robotlar kendilerine ait bir malvarlığına sahip olabilir ve robotların malikleri ise bu malvarlığı üzerinde mülkiyet hakkı tesis edemezler. DP ve EP arasındaki en önemli fark ise işte bu noktada ortaya çıkar. Çünkü yapay zekâlı robotlar dijital *peculium* sayesinde sadece fiili olarak (*de facto*) bir malvarlığına sahip olabilir ve bu malvarlığını serbestçe idare edebilirler. Yapay zekâlı robotların malikleri ise, bu sayede, insan yapımı olan bu varlıkları *peculium* ölçüsünde yetkilendirme ve onlar aracılığıyla üçüncü kişilerle hukukî (*de iure*) ilişkiler kurmak isteyip istemediklerini ilân etme imkânı elde ederler⁴².

Kölelerin bir iktisap organı olarak kullanıldıkları hallerde, malikin köle tarafından yapılan işlemlerden sorumlu tutulup tutulamayacağını tespiti için Romalı hukukçuların aradıkları ölçütler⁴³ geliştirilerek, otonom robotların

⁴² Izumo, s. 16-17.

Kaynaklardan anlaşıldığı üzere, ticarî faaliyetin yürütüldüğü yerde herkes tarafından görülebilecek şekilde asılan duyuru metni (*D.14.3.11.3*) sayesinde, köle ile bir hukukî işlem yapan karşı taraf, kölenin böyle bir işlem yapmaya yetkili olup olmadığını veya bu işlemin kölenin malî özerkliği kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini kontrol edebilirdi. Benzer şekilde, köle tarafından yapılan hukukî işlemin belirli şartları karşılaması halinde geçerli olacağı da (*D.14.3.11.5*) malik tarafından duyurulabilirdi.

⁴³ *D.14.3.11.3: Ulpianus libro 28 ad edictum. Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.*

Metinden anlaşıldığı üzere, bir hususun kamuya duyurulduğundan söz edilebilmesi için, duyuru metninin herkes tarafından anlaşılabilir şekilde sade bir dil kullanılarak kaleme alınması ve işin yürütüldüğü dükkânın veya yerin önüne yine herkes tarafından görülebilecek şekilde asılması gerekir. Bu metnin hangi dilde yazılacağı (Latince veya Yunanca) ise, duyurunun yapıldığı yerde hangi dilin konuşulduğuna bağlıdır. Bu hususun dikkate alınması sayesinde muhatabın metni anlamadığı iddiası bertaraf edilmiş olur. Metnin dikkat çekici bir şekilde asıldığı ve çoğunluk tarafından okunabildiği hallerde, aksini iddia eden kişinin bu iddiası dikkate alınmaz.

D.14.3.11.4: Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptio contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscriptisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeponuit teneri. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praeponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit.

Duyuru metninin devamlı asılı kalması gerekir. Sözleşme duyuru metni ilân edilmeden önce düzenlenmişse veya sözleşme yapılırken duyuru metni gizlenmişse *actio institoria* açılabilir. Bu nedenle, dükkânın veya ticarî işletmenin maliki tarafından asılan duyuru

taraf oldukları işlemler için model olarak alınabilir. Ayrıca, tıpkı Romalıların, kölelerin çeşitli ticarî faaliyetleri yürütürken yaptıkları hukukî işlemlerden doğan borçlar için farklı dava türleri öngördükleri gibi, otonom tacirler arasında da bir ayırıma gidilmesi gerekir. Bu bağlamda, otonom robotların yürütmekle yetkilendirildikleri ticarî faaliyetler arasında bir ayırım yapılmalı ve robotun, malikin adına mı hareket ettiği yoksa bir arabulucu görevi mi gördüğü hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Böylece somut olaya hangi kuralların uygulanması gerektiği aydınlatılmış olur. Pagallo konuyu şöyle bir örnekle açıklamaktadır: i-Jeeves isimli yapay zekâlı bir asistan robotun (otonom bir asistanın), Oxford, Barselona, Heidelberg, Atina ve Paris Üniversitelerinden gelen eşzamanlı davetler çerçevesinde katılacağı konferansları, toplantıları ve vereceği dersleri planlayan bir profesöre yardımcı olduğunu farz edelim. Yapay zekâlı robottan beklenen şey bütçe, zaman ve hava koşulları gibi ölçütleri dikkate alarak bu üniversitelere gerçekleştirilecek ziyaretler için belirlediği seyahat plânını profesörün onayına sunması veya bu seyahat plânına göre doğrudan doğruya otel ve uçuş rezervasyonlarını yapmasıdır. Asistan robota DP tahsis edilmiş olması, bu seyahat plânı çerçevesinde yapılacak işlemlere taraf olanların menfaatleri arasında bir denge kurulmasına imkân verir. Bu sayede iş ilişkilerinin yürütülmesi, ticarî işlemlerin veya sözleşmelerin yapılması için yapay zekâyâ sahip temsilcileri kullanan kişiler, bu yapay zekâlı robotlara tahsis ettikleri *peculium* ile sınırlı olacak şekilde sorumlu oldukları iddiasını ileri

metni, biri tarafından asıldığı yerden alınmışsa; asılmasının üzerinden uzun zaman geçmesi, yağmur veya buna benzer bir sebeple asıldığı yerde değilse veya görülemiyorsa, dükkânın veya ticarî işletmenin maliki atamış olduğu temsilci tarafından yapılan hukukî işlemlerin sonuçlarından sorumlu olacaktır. Temsilci, kendisi ile işlem yapan kişileri aldatmak amacıyla duyuru metnini kaldırmışsa, dükkânın veya ticarî işletmenin maliki yine temsilci tarafından yapılan işlem sebebiyle sorumlu tutulabilecektir.

D.14.3.11.5: Ulpianus libro 28 ad edictum. ...Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. Sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere.....

Aynı şekilde, gerek müvekkilin birden fazla temsilciye sahip olduğu ve kendisi adına yapılacak işlemlerin bu temsilcilerin hepsi tarafından veya temsilcilerden sadece bir tanesi tarafından yapılmasını istediği hallerde; gerekse herhangi birini, temsilcilerden biriyle işlem yapılmaması konusunda uyardığı hallerde, müvekkile karşı *actio institoria*'nın açılması mümkün değildir. Çünkü müvekkil belirli bir kişiyi veya kişileri kendisi adına işlem yapmaktan men edebileceği gibi, kendisi adına yapılacak işlemlerin sadece belirli kişilerle yapılmasına izin verebilir.

sürebilecek; işlemin diğer tarafı ise otonom robotlar tarafından yüklenen borcun gereği gibi ifa edileceği hususunda tereddüt etmeyecektir⁴⁴.

Hukuk sistemleri yapay zekâya sahip robotların verdikleri zararlardan kendilerine tahsis edilen *peculium* ölçüsünde sorumlu oldukları bir garanti sistemi oluşturarak tasarımcıların, üreticilerin, işletenlerin ve kurdukları hukukî ilişkilerde bu robotları temsilci gibi kullananların sorumluluklarını birbirinden ayırmış olur. Yapay zekâya sahip robotların kendilerine tahsis edilen sermaye ile sınırlı olacak şekilde bizzat sorumlu tutulmaları sayesinde bu robotlar ile işlem yapan karşı taraf açısından, robota verdiği temsil yetkisi sebebiyle kimin sorumlu tutulması gerektiğinin ve robotun kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşmış aştığının önemi kalmaz. Bu robotları kullananlar ve işletenler ise, yapay zekâya sahip bu otonom makinelerin arızalanmaları sebebiyle ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluktan kaçınılabirler⁴⁵. Bu noktada, Japonya'daki Tokku örneğinde olduğu gibi⁴⁶, gözlem ve deneye dayalı bir bilimsel araştırma yöntemi kullanılarak, DP'nin bu özelliklerinin teknolojik inovasyon alanında ortaya çıkan hukukî sorunların pragmatik olarak çözülmesine imkân sağlayacağı anlaşılabilir⁴⁷.

Izumo yapay zekâya sahip olan robotlara DP tahsis edilmesinin sağlayacağı avantajları bir örnek üzerinden somutlaştırmaya çalışmıştır:

⁴⁴ Pagallo, s. 103-105.

⁴⁵ Pagallo, s. 105-106.

⁴⁶ Yeni nesil robotların topluma entegrasyonu ve gündelik yaşantımızın bir parçası haline gelmesine ilişkin sürecin sosyal, ticarî, ahlakî ve hukukî açılardan birçok sorunu beraberinde getirdiği gerçeğinden yola çıkılarak 2003 yılında Japonya'da, Robotbilim Alanında Deneysel Testlerin ve Geliştirme Çalışmalarının Yapılması Amacıyla Tokku Özel Bölgesi (Tokku Special Zone for Robotics Empricial Testing and Development – RT special zona) kurulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Weng, Yueh Hsuan, Sugahara, Yusuke, Hashimoto, Kenji, Takanishi, Atsuo, "Intersection of "Tokku" Special Zone Robots, and the Law: A Case Study on Legal Impacts to Humanoid Robots". Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022, https://works.bepress.com/weng_yueh_hsuan/39/download/ Japon hükümeti tarafından yaratılan ve adeta canlı bir laboratuvar olarak nitelendirilebileceğimiz Tokku isimli bu özel bölgede yapılan deneyler sayesinde yapay zekâya sahip sistemlerin gündelik yaşam içerisinde yaratabileceği sorunlar ele alınmaktadır. Yapay zekâlı robotların birer yasal temsilci olarak kullanılmaları halinde hukuk düzeni tarafından nasıl kontrol altında tutulabilecekleri ve hangi durumlarda bu robotların sorumluluğuna gidilebileceği yapılan bu deneysel çalışmalar sayesinde uygulamalı olarak belirlenmektedir. Pagallo, "Apples, oranges, robots" s. 9.

⁴⁷ Izumu, s. 17.

Yüksek derecede geliştirilmiş otonom taksi sisteminin⁴⁸ kullanıldığı bir toplum düşünelim. Gerçek kişi A'ya ait olan X isimli otonom araç, teknik bir sorun olduğunu algılayıp yönünü değiştirerek, olağan zamanlarda bakım için gittiği gerçek kişi B'nin oto tamirhanesine gitmiştir. Bu örnek üzerinden yapılacak bir değerlendirme neticesinde, hem A'nın hem de B'nin, DP sayesinde, bazı olası mağduriyetlerin önüne geçebilecekleri anlaşılmaktadır. Çünkü yapay zekâya sahip bir robot olarak düşünülebilecek bu otonom araca DP tahsis edilmemiş olması halinde, A, X'in yüklendiği borçlardan herhangi bir sınırlama olmadan sorumlu olacaktır. Keza X, örneğin bu arıza sebebiyle aracın hurdaya ayrılması daha makul bir çözüm olmasına rağmen, B ile aracın tamir edilmesi için yüksek bir bedel karşılığında sözleşme yapabilir. B ise, A'nın tamirat bedeli olarak ne kadar ödemeye razı olduğunu bilemeyecek ve ayrıca sözleşmeden doğan bir ihtilâf halinde kişiliğe ve dolayısıyla dava ehliyetine sahip olmayan X'e dava açamayacaktır. Ancak X'in DP'ye sahip olduğu ve B'nin özel bir uygulamayla (app) buna ilişkin bilgi edinebildiği hallerde yukarıda belirtilen riskler ortadan kaldırılabılır. Bu uygulama sayesinde B, DP'nin tamirat bedelini karşılayamayacağını; tamirat bedelini karşılayabilecek olsa bile, bedel çok yüksek olduğu için öncelikle A ile iletişim kurulması gerektiğini; alacağın vadesinden önce ödeme güçlüğüne ortaya çıkabileceğini vb. öğrenme imkânı elde eder. B, tamirat bedelinin ifası için A'ya dava açtığında, A, ancak ödeme gününde DP'de mevcut olan miktarı aşmayacak şekilde sorumlu olur. Başka bir deyişle, DP, kişilerin, yapay zekâya sahip robotlarla bir sözleşme akdetmelerinin yerindeliğini değerlendirebilmeleri için kullanılan bir ölçüt görevi görür. Bu noktada, A'nın malvarlığı ile X'e tahsis edilen dijital *peculium* arasında neden keskin bir sınır çizilmediği sorusu akla gelebilir. Ancak DP'nin mülkiyetinin A'ya ait olmasının haklı bir sebebi vardır. Yapay zekâya sahip temsilcilere DP tahsis edilen hallerde bu malvarlığı aracılığıyla vergi kayıp ve kaçığı da bir dereceye kadar, önlenmiş olur. Çünkü robotun mülkiyetine sahip olan kişi, dijital *peculium*'un da mülkiyetine sahip olduğundan, DP'ye bağlanan vergiyi de bizzat kendisi ödemek zorunda kalır⁴⁹.

Izumo aslında birçok hukukî ilişkide Roma Hukuku tarafından yaratılan *peculium* kavramından yararlanılabileceğini ifade etmektedir. Örneğin *Gaius*

⁴⁸ Otonom araba (robot araba- sürücüsüz araba), radar, bilgisayar görüşü, GPS gibi çeşitli ölçüm birimleri kullanarak çevrelerini algılamayı sağlayan çeşitli sensörleri içeren ve çok az insan girdisi veya hiç girdi olmadan hareket edebilen bir otomobil türüdür. Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2022, https://tr.wikipedia.org/wiki/Otonom_araba

⁴⁹ Izumo, s. 17.

ve *Titius*'un, *Stichus* isimli köleye birlikte malik olmaları halinde, müşterek maliklerden her biri bazı kurallara riayet etmek zorunda olacaktır (D.15.1.15): Köleye tahsis edilmiş *peculium*'un içindeki hangi değerlerin *Gaius*'a hangilerinin *Titius*'a ait olduğu açık ise (örneğin *Stichus*'un evi *Gaius* tarafından; atı ise *Titius* tarafından *peculium* olarak tahsis edilmişse), her bir malik, *peculium* olarak tahsis ettikleri malın değeri ile sınırlı olacak şekilde sorumludur. Buna karşılık *Gaius* ve *Titius*, hem köle üzerinde hem de köleye tahsis edilen *peculium* üzerinde müşterek mülkiyete sahiplerse, *peculium*'un değeri ile sınırlı olacak şekilde müteselsilen sorumlu olurlar. Bu kurallar dijital *peculium*'a da uygulanabilir: Yapay zekâya sahip bir robotun müşterek maliklerinin, bu robota tahsis edilen DP içerisindeki malvarlıksal değerlerden hangisinin mülkiyetine sahip olduklarının tespit edilememesi halinde maliklerden her biri, robotun hukukî işlemelerinden doğan borçlardan *peculium* ile sınırlı olacak şekilde müteselsilen sorumlu olur. Yani her bir malik borcun tamamı için takip edilebilir ve alacaklı maliklerden istediğine başvurabilir⁵⁰.

Diğer taraftan, serbest piyasaların karmaşıklığı, ticarî ilişkiler kuran yapay zekâlı robotların denetlenebilmesi için etkili bir dijital sistemin kurulmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu nedenle, bu robotların taraf oldukları sözleşmelerin, “akıllı sözleşme- smart contract-dağıtılmış uygulamalar”⁵¹ şeklinde düzenlenerek denetlenebilir hale getirilmesi bir çözüm sunabilir. DP ise, bu noktada, bir blokzincir⁵² cüzdanı (blockchain

⁵⁰ Izumo, s. 17-18.

⁵¹ Akıllı sözleşmeler, bir blokzincir (blockchain) içinde saklanan küçük bir bilgisayar programı olup, gerçek dünyadaki sözleşmelerden tek farkları tamamen dijital olmalarıdır. Akıllı sözleşmeler değişmez (immutable) olduklarından, sözleşme oluşturulduktan sonra bir daha asla değiştirilemez ve bu sayede hiç kimse sözleşmenin koduna rahatça müdahale edemez. Diğer taraftan, akıllı sözleşmeler dağıtıldıklarından (distributed), sözleşmenin çıktısı ağdaki herkes tarafından doğrulanmış olur ve bu sayede tek bir kişi, ağdaki diğer kişilerin onayı olmadan sözleşmeye müdahale edemez. Aksi halde ağdaki diğer kişiler bu girişimi belirleyecek ve geçersiz olarak işaretleyeceklerdir. Bu özellikleri sayesinde akıllı sözleşmelere müdahale edilmesi neresine imkânsız hale gelir. Bu sözleşmeler kitle fonlamasında, bankacılık işlemlerinde, sigorta şirketlerinin bazı süreçlerinin yürütülmesinde, posta şirketleri tarafından vb. kullanılabilir. Bu sözleşmeleri desteklemek için oluşturulup tasarlanmış, özel bir programlama dili kullanan birçok blok vardır. Bunların en büyüğü ise Ethereum'dur. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, İstanbul Hukuk Mecmuası (77) 1, s. 315-341, İstanbul Üniversitesi Yayınevi.

⁵² Günümüz internet dünyasında multimedya, haberleşme, web arayüzü vb. pek çok alanda veri transferi yapılmaktadır. Blokzincir teknolojisi ise, bu verilerin haricinde diğer

wallet) olarak akıllı sözleşmelerin yaygın bir şekilde uygulanmasına olanak sağlayabilir. Buna göre; yapay zekâya sahip robotlara tahsis edilen DP, bu robotların maliklerinin cüzdanlarından fiilî olarak (*de facto*) ayrılır. Robotların malikleri, bu sanal cüzdan sayesinde, birbirlerinin finansal mahremiyetlerini ihlâl etmeksizin, yatırımlarını tam olarak hesaplayabilirler. Blokzincir teknolojisi, robot tarafından yapılan bütün ticarî işlemlerin takibine ve robotun ödeme güçlüğü içinde olup olmadığının kontrol edilmesine imkân sağlar. Robotun ödeme güçlüğü içinde olduğunun belirlenmesi halinde ise piyasada yasaklı hale getirilmesi mümkün olur⁵³. Özellikle, robotlarla hukukî bir ilişki tesis edecek kişilere, bu robotların önceden taraf oldukları ticarî ilişkileri detaylı bir şekilde inceleme imkân sağlayacağı için, böyle bir takip sisteminin kurulması oldukça önemlidir. Bununla birlikte, blokzincir teknolojisi, depolanmış verilerin indirilmesi hususunda bazı teknik sorunlara yol açmaktadır. Yapay zekâya sahip temsilciler tarafından akdedilen akıllı sözleşmeler yüksek miktarda veri içerdiğinde, ihtiyaç duyulan verilerin indirilmesi sırasında sistemin işlevsel olarak yetersiz kalması kaçınılmazdır. Bu nedenle, DP temelli olarak oluşturulan akıllı sözleşme sisteminin başarılı bir şekilde faaliyet gösterebilmesi, blokzincir'in uygulanacağı işlemlere bazı kısıtlamalar getirilmesi ihtiyacını doğurabilir⁵⁴.

atfedilen varlıkların da transfer edilmesini sağlayan dağıtık bir veri tabanıdır. Blokzincir, en genel ifadeyle, merkezî bir sunucunun veya güvenilir bir otoritenin kaldırılmasına olanak sağlayarak, merkezi güvenin internet ortamında dağıtılması şeklinde tanımlanabilir. Blokzincir teknolojisi yaygın olarak Bitcoin ve Ethereum gibi sanal paraların altında yatan teknoloji olarak bilinmektedir. Fakat bu teknoloji, gerek sağladığı olanaklar, gerekse çeşitlendirilebilir uygulamaları sayesinde çok daha geniş bir kullanım alanına sahiptir. Bu teknoloji, günümüzün önemli problemlerinden olan, tek merkeze dayalı güven sistemlerindeki merkezî güven yapısını dağıtarak, bu sistemlerin daha verimli şekilde çalışmasında oynayabileceği rol sebebiyle dikkat çekici hale gelmiştir. Blokzincir, veri transferi sağlayan mevcut internet ortamında, değerli varlıkların transferine de olanak sağlayarak tüm hayatımızı yeniden şekillendirebilecek merkezî olmayan bir şifreleme kayıt defteridir. Blokzincir teknolojisinde her bir katılımcı, başlangıçtan itibaren tüm kayıtların bir kopyasını tutar. Bu kayıtların değiştirilmesi ise özetlerin de değişmesine yol açacağından, kayıtların değiştirilmesi çoğunluk tarafından fark edilebilir. Bu sayede, güvenilir ortamda merkezî bir veri tabanı ihtiyacı ortadan kalkar ve herkesin doğrulama yapabildiği dağıtık bir veri tabanı sistemiyle kimseye güvenmeye gerek kalmadan, doğru bilginin tutulduğu kanıtlanabilir. Erişim Tarihi: Nisan 10, 2022, <http://blokzincir.bilgem.tubitak.gov.tr/blok-zincir.html>

⁵³ (D.14.3.11.3 ve 14.3.11.5'de belirtildiği üzere, malik, genel bir duyuruyla, hür roma vatandaşlarının kölesiyle hukukî ilişki kurmalarını yasaklayabilirdi).

⁵⁴ Izumo, s. 18.

Yeni bir kavram veya kurumun kabul edilmesi sebebiyle hukuk sistemlerinde yerleşik hale gelmiş geleneksel kavram ve kurumların tamamen terk edilmesinin yıkıcı etkileri olacağını savunan Izumo'ya göre, yapay zekâya sahip robotlara ilişkin yasal düzenlemeler yapılırken mevcut hukuk sistemlerindeki kavram ve kurumlardan mümkün olduğunca yararlanılmasında fayda vardır. Bu yaklaşım hukukî güvenliğin sağlanabilmesi açısından da faydalı olacaktır. Örneğin kendisine DP tahsis edilmiş yapay zekâlı bir robotun fiilî olarak (*de facto*) ödeme güçlüğüne düşmesi halinde bu robotun maliki tarafından yapılan işlemler muvazaalı işlemler için öngörülen kurallar çerçevesinde değerlendirilebilir. Otonom robotlar tarafından yapılan işlemler neticesinde malik sebepsiz olarak zenginleşirse, Roma Hukukunda öngörülen ek davalardan biri olan *actio de in rem verso*'dan yararlanılabilir. Buna göre kölenin veya aile evlâdının *peculium*'u işletirken yaptığı hukukî işlemlerden doğan borçlar, *peculium* miktarını aşıyor olsa bile, bu işlem neticesinde, malik ya da aile reisinin malvarlığında bir artış meydana gelmişse, bu kişiler, *actio de in rem verso* ile, *peculium*'dan daha fazla miktar ile sorumlu tutulabilirdi. Böylece yapay zekâya sahip bir robotun, dijital *peculium*'u işletirken yaptığı hukukî işlemler neticesinde malikin malvarlığında haksız bir artış (*condictio*) meydana gelmişse, tıpkı *actio de in rem verso*'da olduğu gibi, sorumluluğun tespiti sırasında bu artışın hesaba katılması gerekir⁵⁵.

Roma Hukukuna göre, malik kölesini belirli bir sözleşme yapmak veya bir işi yönetmek konusunda yetkilendirirse, bu sebeple ortaya çıkan borçların tamamından sorumlu olurdu. Romalı hukukçular bu durumlar için alacaklılara, *actio quod iussu*⁵⁶ veya *actio institoria*⁵⁷ verirlerdi. Roma Hukukuna özgü bu düzenleme, malik tarafından verilen özel talimatlara dayanarak otonom bir robot tarafından yapılan işlemlerden doğan borçlara uygulanabilir. Malik, bu sayede, otonom bir robotun programlama veya veri yükleme sebebiyle yol açtığı problemlerden sorumlu tutulabilir. Örneğin, yukarıda verilen örnekte, A, X'e, tamirat işlerini B'ye ait olan oto tamirhanesinde yaptırmayı için bir talimat vermişse, tamirat bedelinin

⁵⁵ Izumo, s. 18-19.

⁵⁶ *Actio quod iussu*: Aile reisinin izni veya talimatları (*iussum*) üzerine yaptığı muameleler neticesinde borçlanan köle veya aile evlâdının borçlarından, aile reisini sorumlu tutan munzam *praetor* davası. Umur, Lügat.

⁵⁷ *Actio institoria*: Dükânını veya ticarî bir işletmeyi idare etmekle görevlendirdiği kişinin (köle, aile evlâdı veya hür bir kişi) yaptığı işlemlerden doğan borçlardan işletme sahibinin munzam olarak sorumlu tutulmasına yol açan *praetor* davası. Umur, Lügat.

tamamından sorumlu tutulabilir. Ancak, bu talimatın açık ve anlaşılır olduğu durumların aksine, belirsiz ve tartışmaya açık olduğu hallerde, konunun böyle basit bir kuraldan yararlanılarak çözülmesi zorlaşır. Örneğin, A, X'e, "Gerektiği takdirde B tarafından tamir edilmelisin" şeklinde talimat vermiş olabilir. Malikin, otonom aracını, bakım masraflarını azaltacak ve kazanç sağlamaya öncelik verecek şekilde programlaması, bazı sorunlara (örneğin bir trafik kazası) yol açabileceği için, böyle belirsiz bir talimat verilmesi, iş güvenliği açısından kabul edilebilir değildir⁵⁸.

Konuyu yukarıda anlattığımız örneklerle somutlaştırmaya çalışan Izumo'ya göre, Roma Hukukunda kölelere tahsis edilen *peculium*'un otonom robotlara uyarlanmış hali olan DP, gerek bu alanda uygulanabilir olması gerekse otonom robotların üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip oldukları malvarlıksal değerlerin miktarını ve bunların tasarruflarından sorumlu olan kişi veya kişilerin kimliğini belirleme imkânı sağlaması açısından ihtiyaçları karşılayan bir kavramdır. Otonom bir robotun maliki, bu robotu DP tahsis ederek ona ne kadar yatırım yaptığını yasal olarak beyan etmiş ve bu robotla işlem yapan kişileri (alacaklıları), onun malî durumu hakkında bilgilendirmiş olur. Bu durumda, otonom robotun kendi haklarından veya borçlarından söz edilemeyeceği için, onun, diğer otonom robotlarla veya kişilerle sadece fiilî (*de facto*) olarak etkileşime girdiği sonucuna varılabilir. Yazara göre DP, tıpkı *peculium* gibi kötüye kullanmaya (örneğin hileli tasarruflar) müsait bir kurum olsa da, gerek Romalı hukukçular tarafından, gerekse modern hukuk doktrini tarafından geliştirilen tedbirler sayesinde bunun engellenmesi mümkündür. Ayrıca blokzincir akıllı sözleşmeler sayesinde, DP'nin hukukî açıdan daha işlevsel bir hale getirilmesi de mümkündür. Özellikle, tüzel kişilik kavramına ilişkin olan ve devletten devlete farklılık gösteren kuralların yeknesak bir hale getirilmesi zor olduğundan, DP'ye alternatif bir çözüm olarak sunulan otonom robotlara tüzel kişilik bahşedilmesi yönündeki yaklaşımın olgunlaşabilmesi için zamana ihtiyaç vardır. Bu süre içerisinde, otonom robotların malikleri, DP sayesinde robotlarını gereği gibi denetleyebilir ve onların tasarruflarından doğan sorumluluğu *peculium* ölçüsünde üstlenebilirler. Otonom robotların gelişiminin devam ettiği bu aşamada DP'nin uygulanması ise bir koza evresi olarak düşünülmelidir⁵⁹.

⁵⁸ Izumo, s. 19.

⁵⁹ Izumo, s. 19.

SONUÇ

Teknoloji ilerledikçe yapay zekâya sahip robotların üstlendikleri rollerle hayatlarımızda kapladıkları alan giderek genişlediğinden, bu otonom varlıkların hukukî statülerinin belirlenmesi oldukça önemli bir konudur. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu'na robotikle ilgili medeni hukuk kurallarına ilişkin olarak sunulan tavsiye niteliğindeki rapor taslağında bu otonom varlıklara elektronik kişilik tanınması önerisine yer verilmiştir. Yapay zekâya sahip robotların kişiliğe sahip olduklarının dolayısıyla hak sahibi olup borç altına girdiklerinin ve sebep oldukları zararlardan sorumlu tutulabileceklerinin kabulü bu konuda üzerinde en çok tartışılan model olarak öne çıkmıştır. Bu bağlamda yapay zekâya sahip robotların “kişi” olarak kabul edilmesinin yaratacağı hukukî sonuçların tespiti ve değerlendirilmesi ise büyük öneme sahiptir. Katıldığımız görüşe göre, yapay zekâya sahip robotların kişiliğe ve dolayısıyla hak ehliyetine sahip olduklarının kabulü öngörülemeyen riskleri de beraberinde getirebileceğinden, kısa vadede, bu alandaki ihtiyacın başka bir modelle karşılanması gerekmektedir. Eski çağlarda bütün devletlerin hukuk sistemlerinde rastlanan ve sosyal bir olgu olan kölelik kurumuna ve özellikle *peculium* kavramına ilişkin olarak Roma Hukuku tarafından getirilen düzenlemelerin, yapay zekâya sahip robotların hukukî statüsünün ve yapay zekâ kullanımından doğan hukukî sorumluluğun tespitinde model olarak alınması ise bu robotların kişi olarak kabul edilmelerinin özellikle hukukî sorumluluğun belirlenmesi bağlamında yaratacağı olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasına imkân verecektir.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Hakan, “Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, C. 4, S. 1 (2021): 10-27
- Alexandre, Filipe M., “The Legal Status of Artificially Intelligent Robots” Erişim Tarihi:Mayıs10,2022.https://www.researchgate.net/publication/317565163_The_Legal_Status_of_Artificially_Intelligent_Robots_Personhood_Taxation_and_Control
- Apaydın, Eylem, “Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 160 (2016): 1791-1838
- Aydemir, Melisa, “Yapay Zekâlı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması”, Suç ve Ceza: Ceza Hukuku Dergisi, S. 4 (Ekim Kasım Aralık 2018): 1-97
- Bak, Başak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk”, TAAD, S. 35 (Temmuz 2018): 211-232
- Çekin, Mesut Serdar, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, İstanbul Hukuk Mecmuası (77) 1, 315-341, İstanbul Üniversitesi Yayınevi
- Cerka, Paulius/ Grigiene, Jurgita/ Sirbikyte, Gintare, “Liability for Damages Caused by Artificial Intelligence”, Computer Law and Security Review, 31 (2015): 376-389 (Liability)
- Cerka, Paulius/ Grigiene, Jurgita/ Sirbikyte, Gintare, “Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems?”, Computer Law and Security Review, Volume 33, Issue 5 (2017): 685-699
- Ercan, Cannur, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 40 (2019): 19-51
- Izumo, Takashi, “Digital Specific Property of Robots: A Historical Suggestion from Roman Law”, Delphi- Interdisciplinary Review of Emerging Technologies, Heinonline, 1 (2018): 14-19
- İpek, Nurcan, Roma Hukuku Pratik Çalışmaları (Temel Kavramlar), İstanbul 2015
- Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 2014
- Karadeniz, Özcan, “Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3-4 (Eylül-Ekim 1968): 179-194
- Lawrence, B., Solum, “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, North Carolina Law Review, Volume 70, Number 4 (1992): 1231-1287

- Özbay, Ümit Vefa, “Dijital Peculium Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 3 (2021): 867-898
- Pagallo, Ugo, “Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today’s debate on the legal status of AI systems” (Apples, oranges, robots) Erişim Tarihi: Mayıs 11, 2022. <https://royalsocietypublishing.org/doi/pdf/10.1098/rsta.2018.0168>
- Pagallo, Ugo, *The Laws of Robots, Crimes, Contracts and Torts*, Springer 2013
- Pagallo, Ugo, “Killer, fridges and slaves: a legal journey in robotics” (Killer, fridges and slaves) Erişim Tarihi: Mayıs 7, 2022. https://www.researchgate.net/publication/220415058_Killers_fridges_and_slaves_A_legal_journey_in_robotics.
- Pagallo, Ugo, “Robotrust and Legal Responsibility” (Robotrust) Erişim Tarihi: Mayıs 8, 2022. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12130-010-9120-x.pdf>.
- Perennou, Thomas, “State of the Art on Legal Issues” Erişim Tarihi: Mayıs 9, 2022, <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivrable.1.pdf>
- Puaschunder, Julia M., “On Artificial Intelligence’s Razor’s Edge: On the Future of Democracy and Society in the Artificial Age” Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022. <http://rais.education/wp-content/uploads/2019/04/5JP.pdf>
- Söğütlü, Özlem, *Roma Özel Hukuku*, Ankara 2021
- Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğmuş, Belgin, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul 2019
- Taşdemir, Özgür/ Özbay, Ümit Vefa/ Kireçtepe, Burhanettin Onur, “Robotların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özcan Karadeniz Çelebican Armağanı, C. 69, S. 2 (2020): 793-833
- Türkoğlu, Halide Gökçe, “Roma Hukukunda Humanitas ile Maiestas Populi Romani Arasındaki Bağlantı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2011/96): 229-268
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe, “Roma Hukukunda Actio De Peculio”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2 (2005): 103-136
- Umur, Ziya, *Ders Notları*, İstanbul 1999
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul 1975 (Lügat)
- Weng, Yueh Hsuan/ Chen, Chien Hsun/ Sun, Chuen Tsaisun, “Toward the Human-Robot Co-Existence Society: On Safety Intelligence for Next Generation Robots”, *International Journal of Social Robotic*, (2009) 1: 267-282
- Weng, Yueh Hsuan/ Sugahara, Yusuke/ Hashimoto, Kenji/ Takanishi, Atsuo, “Intersection of “Tokku” Special Zone Robots, and the Law: A Case Study on

Legal Impacts to Humanoid Robots” Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022.
https://works.bepress.com/weng_yueh_hsuan/39/download/

Yanisky-Ravid, Shlomit, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model”, Michigan State Law Review, Heinonline, vol. 2017, no. 4 (2017): 659-726

Zeytin, Zafer ve Gençay, Eray, “Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2019-1): 39-70

Yapay Zekâ Çağında Hukuk, İstanbul Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu 2019,
Erişim Tarihi: Mayıs 10, 2022. https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zeka_Caginda_Hukuk2019.pdf

<http://blokzincir.bilgem.tubitak.gov.tr/blok-zincir.html> Erişim Tarihi: Nisan 10, 2022,

https://tr.wikipedia.org/wiki/Otonom_araba Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2022

Digesta: The Digest Of Justinian, Mommsen Theodor, Krueger Paul (Latince metinden İngilizceye çeviren Watson, Alan), Philadelphia 1985

Gaius, Institutiones, Borçlar Kısmı (Latince metinden Türkçeye çeviren Rado, Türkân), İstanbul 1953

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TAHVİLİ

Conversion of Testamentary Dispositions

Fahri Erdem KAŞAK*

Özet

Kesin hükümsüz bir hukukî işlemin, benzer ekonomik sonuçlar doğuran bir başka işleme çevrilerek ayakta tutulmasına tahvil denir. Tahvil müessesesi, Alman hukukunun aksine genel bir hükümle düzenlenmemesine rağmen, Türk ve İsviçre hukukunda da kabul görmektedir. Bununla birlikte tahvilin hangi hukukî temele dayandığı hususunda farklı görüşler vardır. Unsurlarının mevcut olması hâlinde tahvil, re'sen gerçekleşir. Kural olarak her türlü hukukî işlemde söz konusu olabilmekle birlikte tahvil kurumu, sağlar arası hukukî işlemlerden ziyade ölüme bağlı tasarruflarda önem arz eder. Zira yaptıkları hukukî işlem geçersiz olan tarafların, sonradan aynı hukukî işlemi geçersizliğe yol açan sebepten arî olarak yapabilmeleri mümkündür. Oysaki ölüme bağlı tasarrufların geçerli olup olmadıkları mirasbırakanın ölümüyle birlikte gündeme geldiği için geçersiz ölüme bağlı tasarrufun geçerli bir şekilde yapılabilmesi de söz konusu olamaz. Nitekim bu sebeple kanun koyucu, miras hukukuna ilişkin bazı hükümlerde tahvilin gerçekleşeceğini açıkça düzenlemiştir. Anılan kanunî tahvil düzenlemelerine ek olarak tahvilin unsurlarının mevcut olduğu başka hâllerde de tahvil söz konusu olabilir.

Anahtar Kelimeler: Tahvil, ölüme bağlı tasarruf, kesin hükümsüzlük, favor testamenti, farazî irade.

Abstract

Transformation of a null legal transaction into another transaction with similar economic consequences is called conversion. Contrary to German law, although the institution of conversion is not regulated by a general provision,

Makalenin Geliş Tarihi: 24.04.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.08.2022.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: fahri.kasak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5103-4866.

it is accepted in Turkish and Swiss laws. There are different views about the legal basis of conversion. In case the elements of conversion are present, conversion is realized ex officio. As a rule, all kinds of legal transactions can be converted, but conversion of testamentary dispositions is more important than of legal transactions inter vivos. Because, it is possible for the parties to carry out the same legal transaction later on, free from the reason that led to the nullity. However, since the validity of testamentary dispositions comes to the fore with the death of the inheritor, it is not possible subsequently to make a nullified testamentary disposition validly. As a matter of fact, the legislator has clearly regulated conversion in some provisions of the law of inheritance. In addition to the aforementioned cases of legal conversion, there may be conversion in other cases where the elements of conversion are present.

Keywords: Conversion, testamentary disposition, nullity, favor testamenti, hypothetical will.

Giriş

Kesin hükümsüz bir hukukî işlemin, doğurduğu hukukî sonuçlar bakımından benzer bir hukukî işleme dönüştürülerek ayakta tutulmasına tahvil denir. Tahvil kurumu, Türk/İsviçre hukukunda genel bir kanunî düzenlemeye dayanmıyorsa da gerek yargı kararlarında gerek öğretide kabul görmektedir. Bu vesileyle çalışmada öncelikle, doktrin ve uygulamanın işaret ettiği hususlar çerçevesinde tahvilin unsurları tespit edilerek genel olarak tahvil kurumunun sınırları çizilmeye çalışılmış ve uygulamadan çeşitli tahvil örnekleri verilmiştir.

Çalışmanın ikinci kısmında, özel olarak ölüme bağlı tasarrufların tahvili incelenmiştir. Zira ölüme bağlı tasarrufların tahvili, sağlar arası hukukî işlemlerin tahviline göre daha önemlidir. Yaptığı hukukî işlem geçersiz olan tarafların, işlemi geçerli bir şekilde tekrar yapma imkânları mevcuttur. Buna karşın ölüme bağlı tasarruflarda ise tasarrufta bulunan kişi, işlemin geçersizliği anlaşıldığında çoğu zaman vefat etmiş olduğu için böyle bir olanaktan söz edilemez¹. Nitekim miras hukukuna hâkim olan ölenin son arzularını ayakta tutma ilkesi de ölüme bağlı tasarrufların prensip itibarıyla tahvil edilmesine açık kapı bırakır.

¹ Medicus ve Petersen, 2016: N528; Berneith, 2019: 242; Kaneti, 1972: 98. Roma hukukunda da aynı sebeple “*favor testamenti*” ilkesinin benimsendiği ve ölüme bağlı tasarruflarının tahvilinin kabul gördüğü yönünde bkz. Kaneti, 1972: 43.

Kanun koyucunun açıkça tahvil imkânını öngördüğü hâllerde gerçekleşen tahvil, kanunî tahvil olarak adlandırılır. Bu bakımdan tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluğa yapılan kazandırmaların tahvili (TMK 577/II) örnek teşkil eder. Bunun dışında kalan hâllerde ise *favor testamenti* ilkesinin bir gereği olarak ve somut olayda tahvilin unsurlarının bulunması kaydıyla tahvil gerçekleşir. Ölüme bağlı tasarrufun gerekli ehliyet (TMK 557 b.1) veya şekil şartını (TMK 557 b.4) sağlamaması, miras sözleşmesinin bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf içermemesi, ortak vasiyetnamenin varlığı ve ölüme bağlı tasarrufla hayvanlara yapılan kazandırma hâllerinde tahvil imkânından söz edilebilir.

I. TAHVİL

Tahvil²; batıl³ bir hukukî işlemin, ekonomik bakımdan benzer bir amaç taşıyan ve tarafları benzer sonuçlara ulaştırabilecek geçerli bir ikâme işleme dönüştürülmesi olarak tanımlanabilir⁴. Açık bir kanunî düzenleme neticesinde

² Türk hukukunda “*tahvil*” kavramının yerleştiği söylenebilir. Örnek olarak bkz. Schwarz, 1948: 371; Güral, 1953: 126 vd.; Esener, 1959: 234 vd.; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Havutçu, 1987: 644 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 110; Altunkaya, 2005: 271 vd. Aynı anlama gelmek üzere “*dönüştürme*” (Antalya ve Topuz, 2021: N975 vd.), “*dönüşme*” (Eren, 2020: N945-946; Kaneti, 1968: 19) ve “*çevirme*” (Kaneti, 1972: 4; Oğuzman ve Öz, 2020: N548 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26 vd.; Akyol, 2006: 78; Tunçomağ, 1976: 176) mefhumları da kullanılmaktadır. Günümüzde kullanılmayan “*istibdal*”, “*istihale*” ve “*tebeddül*” kavramları için bkz. Schwarz, 1948: 371 dn.10. Alman hukukunda, §140 BGB düzenlemesinin “*Umdeutung*” şeklindeki kenar başlığı sebebiyle, tahvil kurumu için anılan mefhumun baskın olarak kullanıldığı söylenebilir. Anılan kavramın “*yorum değişikliği*” anlamına gelmesi nedeniyle isabetli olmadığı yönünde bkz. Kaneti, 1972: 2 dn.6. Müşterek hukuktan bu yana kurumu ifade etmek için “*Konversion*” ibaresinin kullanıldığı yönünde bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N161. Anılan terimin de kurumu tam olarak karşılamadığı; ancak yerleşmiş olması sebebiyle kullanılabilmesi hususunda bkz. Kaneti, 1972: 3. Anılan kavramlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Flume, 1992: 592. İsviçre hukukunda ise ağırlıklı olarak “*Konversion*” kavramı kullanılmakla birlikte “*Umdeutung*” ve “*Umwandlung*” terimlerine de rastlanmaktadır. Bu çerçevede bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 1 vd.; Piöet, 1978: 212; Schwenger, 2016: N31.39; Koller, 2017: N13.148. Yasalaşmayan Art.35 OR2020 düzenlemesinde ise “*Umwandlung*” sözcüğü tercih edilmiştir. Bu hususta bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N1 vd.

³ Çalışmada kullanım kolaylığı sağlamak amacıyla “*kesin olarak hükümsüz*” yerine “*batıl*”, “*kesin hükümsüzlük*” yerine “*butlan*”, “*kısmî hükümsüzlük*” yerine ise “*kısmî butlan*” kavramları tercih edilmiştir.

⁴ BGE 135 III 445 E.3.3; BGE 126 III 184 E.3b; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Schwenger, 2016: N31.39; Kaneti, 1972: 1-2; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 110; Eren, 2020: N945; Havutçu, 1987: 651; Herzog, 2014: Art.19 N28; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Schwarz, 1948: 372; Antalya, 2019: N681; Dural ve Sarı, 2021: N1164-

gerçekleşen tahvil, kanunî tahvil şeklinde adlandırılır⁵. Aşağıda sırasıyla tahvilin hukukî temeli, unsurları ve sonuçları incelenmiştir.

A. Hukukî Temeli

Tahvil, Alman hukukunda §140 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Anılan hüküm “*Batıl bir hukukî işlem, başka bir hukukî işlemin şartlarını taşıyorsa ve yapılan hukukî işlemin batıl olduğu bilinseydi diğer hukukî işlemin yapılacağı kabul edilebiliyorsa o zaman son hukukî işlem geçerli olur.*” şeklinde tercüme edilebilir⁶. Benzer düzenlemeler Art.1424 İtalyan Medenî Kanunu⁷ ve Art.3:42 Hollanda Medenî Kanunu’nda⁸ da mevcuttur.

1165; Akbulut, 2016: 120; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Altunkaya, 2005: 271. Tahvil kurumunun Roma hukukundaki durumu hakkında açıklamalar için bkz. Flume, 1992: 590-591; Weil, 1934: 9-17; Kaneti, 1972: 35 vd.; Yüksel, 2020: 67-69; Koç, 1981: 133.

⁵ Wendtland, 2022: §140 N3; Tekil, 2000: 1097; Akbulut, 2016: 120 dn.385. Dolayısıyla kanunun öngörmesi sebebiyle gerçekleşen söz konusu tahvil bakımından, aşağıda incelenmiş (I/B) tahvil şartlarının mevcudiyeti aranmaz. Örneğin; tarafların kanunun öngördüğü ikâme işlemi yapmak yönünde farazî iradelerinin bulunması gerekmez. Alman hukuku bakımından §150/I ve §550 BGB hükümlerinin kanunî tahvile örnek gösterilmesi için bkz. Wendtland, 2022: §140 N3. TTK 1530 hükmüyle kısmî butlan ihtimalinin dışlandığı ve kanunî tahvilin öngörüldüğü hususunda bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 792 dn.32. TBK 34/II (Art.25/II OR) hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiği yönünde bkz. Schwenger, 2016: N39.19; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N590.

⁶ Benzer çeviriler için bkz. Kaneti, 1972: 56; Schwarz, 1948: 372; Tunçomağ, 1976: 176; Esener, 1959: 236; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Havutçu, 1987: 656; Özbilen, 2016: 201; Akbulut, 2016: 120 dn.384. Tahvil (*Konversion*) kavramının esas olarak 19. yüzyılda kullanılmaya başlandığı ve bu sebeple Avusturya Medenî Kanunu (1811) ile Prusya Genel Kanunu’nda (1794) tahvile ilişkin herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığı hususunda bkz. Flume, 1992: 590. BGB’nin yürürlüğe girmesinden önce tahvil kurumunun Alman hukukundaki durumu için bkz. Flume, 1992: 591; Kaneti, 1972: 56 vd.; Esener, 1959: 235-236.

⁷ Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Müller, 2018: Art.11 N233; Schwarz, 1948: 372; Güral, 1953: 126; Havutçu, 1987: 656. Bahis konusu hüküm “*Yaptıkları sözleşmenin batıl olduğunu bilselerdi güttükleri amaç bakımından tarafların diğer bir sözleşmeyi akdetmek isteyebilecekleri kabul edilebilirse batıl sözleşme, geçerlilik şartlarını ve şeklini taşıdığı başka bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilir.*” şeklinde çevrilebilir. Benzer bir çeviri için bkz. Kaneti, 1972: 71. Anılan Kanun’dan önce yürürlükte olan İtalyan Medenî Kanunu (1865) çerçevesinde tahvile yönelik açıklamalar için bkz. Kaneti, 1972: 69-71.

⁸ Anılan hüküm “*Geçersiz bir hukukî işlemin sonuçları, diğer bir -geçerli- hukukî işlemin sonuçlarıyla uyumluysa ve bu bakımdan yaptıkları hukukî işlemin geçersizliğini bilselerdi*

Türk/İsviçre hukukunda benzer bir genel hükümle düzenlenmemesine rağmen⁹ öğretici ve içtihatlar, tahvil kurumunu tereddütsüz kabul etmektedir¹⁰.

taraf ya da tarafların bunun yerine diğer hukukî işlemi yapmak isteyecekleri kabul edilebilirse, o zaman bu geçersiz işlem hukuk eliyle mutad hukukî sonuçlarını doğuran diğer geçerli hukukî işleme çevrilir, meğerki böyle bir tahvil o hukukî işlemde taraf olarak yer almamış olan ilgili bir kişi açısından mantıksız olsun.” biçiminde tercüme edilebilir.

⁹ BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 103 II 184 E.3; Tandoğan, 1952: 111; Weil, 1934: 20; Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Müller, 2018: Art.18 N549; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Wachendorf Eichenberger, 2003: 4; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N83; Schwenzer ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Serozan, 1968: 36; Tunçomağ, 1976: 176; Schwarz, 1948: 372; Kaneti: 1972, 77; Esener, 1959: 241, 243; Havutçu, 1987: 656; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Antalya ve Topuz, 2021: N1968 dn.11; Antalya ve Sağlam, 2019: N1061; Antalya, 2019: N682; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26; Oğuzman ve Barlas, 2021: N756; Schmid, 1988: N806; Oğuzman ve Öz, 2020: N549; Kut, 2016: Art.11 N22; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N323; Schwenzer, 2016: N31.39; Ergüne, 2011: 245; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N163. İsviçre hukukundaki tahvile ilişkin özel kanunî düzenlemeler için bkz. Müller, 2018: Art.11 N233. Yazar; Art.1147, Art.1151/I ve Art.1155 OR hükümlerini örnek göstermiştir. Benzer şekilde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N386. Yazar, Art.243/II ve Art.1147 OR hükümlerini örnek göstermiştir. Her ne kadar Art.243/II OR hükmünden bahsedilmişse de kanaatimizce burada yazarın kastettiği, TBK 288/III düzenlemesinin karşılığını teşkil eden Art.243/III OR hükmüdür. Art.25/II, Art.243/III, Art.1147, Art.1151/I, Art.1155 ve Art.1102/II OR örnekleri için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 5. TBK 288/III hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiği hususunda bkz. Esener, 1959: 241; Kaneti, 1972: 161-162. Burada ikâme işleminin de bağışlama olması sebebiyle tahvilden söz edilemeyeceği yönünde bkz. Serozan, 1968: 37 dn.7. TMK 969 [Türk Kanunu Medenîsi (eTMK) 883] hükmünün kanunî tahvil olduğu yönünde bkz. Esener, 1959: 242; Kaneti, 1972: 159-160. Yasalaşmayan OR2020, Art.35 hükmünde “*Umwandlung des Vertrages*” kenar başlığı altında “*Erfüllt ein ungültiger Vertrag die Voraussetzungen eines anderen Vertrages, gilt letzterer, wenn anzunehmen ist, dass sich die Parteien bei Kenntnis des Mangels auf diesen Vertrag geeinigt hätten.*” şeklinde tahvil kurumunu düzenlemiştir. Bu hususta bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N1; Müller, 2018: Art.11 N279-280. Art.35 OR2020 çerçevesinde; ihlâl edilen normun tahvili mümkün kılması ve tarafların sözleşmeyi kurdukları anda sözleşmenin geçersiz olacağını bilselerdi tahvil yoluyla benimsenen sözleşmeyi yapacaklarının kabulü, yani farazî taraf iradelerinin bu yönde olması hâlinde tahvil gerçekleştirilebilir. Bu yönde bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N4, 7-8. Mezkûr hüküm eliyle farazî taraf iradelerinin sadece kısmî butlan hâlinde değil, tahvilde de uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. Huguenin, 2013: Art.34 N4, Art.35 N7. Anılan düzenlemede, içerik sakatlığı hâllerinde de tahvilin uygulanabileceğinin açıkça hükme bağlandığı yönünde bkz. Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a. Geçersizlik yaptırımının, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını değil, sadece sözleşmedeki sakatlığın giderilmesini amaçlaması sebebiyle tahvilin söz konusu olabileceği yönünde bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N3, 5.

¹⁰ BGE 135 III 444 E.3.3; BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 93 II 452 E.5; BGE 93 II 228 E.3; BGE 76 II 13-14 E.5; Tandoğan, 1952: 111; Schmid, 1988: N806; Wachendorf Eichenberger, 2003: 4; Müller, 2018: Art.11 N234, Art.18 N549; Schwenzer ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Weimar, 2009: Einl. vor

Ancak tahvilin, hangi hukukî temele dayandığı hususunda görüş birliği yoktur. Bu bakımdan belli başlı üç görüşten söz edilebilir:

1. Yorum Görüşü

Yorum görüşü¹¹; tahvilin, tarafların hukukî işlemin kurulmasında yer alan iradelerinin yorumundan ibaret olduğunu savunur¹². Anılan yorumun dürüstlük kuralı çerçevesinde tamamlayıcı bir yorum olduğu da belirtilmektedir¹³.

Art.467 N83; Kut, 2016: Art.11 N22; Piotet, 1978: 212; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Wolf ve Hrubesch-Millaue, 2020: N323; Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Kaneti: 1972, 77; Ergüne, 2011: 245-246; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Schwenzler, 2016: N31.39; Kramer ve Probst, 2013: N227; Serozan, 1968: 36; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Havutçu, 1987: 656; Esener, 1959: 243 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26; Schwarz, 1948: 372; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Altunkaya, 2005: 273; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Bucher, 1988: 171; Kırkbeşoğlu, 2011: 230 dn.87. §140 BGB hükmünün İsviçre hukuku için de uygulanabileceği yönünde bkz. Kramer ve Probst, 2013: N227. Tahvilin kamu hukukunda da uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. Weil, 1934: 20-21 dn.1. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Kaneti, 1972: 63. Tahvil kurumunu, sözleşmenin uyarlanması ile eş tutan ilginç bir karar için bkz. Y. 14. HD, E.2009/14844, K.2010/987, 04.02.2010, (legalbank.net).

¹¹ Aynı anlama gelmek üzere “onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum” ifadesinin kullanılması için bkz. Serozan, 2007: 493 dn.71. “Tamamlayıcı yorum” ve “sözleşmenin tamamlanması” şeklindeki adlandırmalar hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27.

¹² Cornaz, 1937: 105 (Yazar, İsviçre hukuku bakımından tahvilin, sadece irade beyanının yorumlanmasının sınırları içerisinde söz konusu olabileceğini ve anılan iki kurumun bütünlük arz ettiğini belirtmektedir); Y. HGK, E.1980/13-1240, K.1983/187, 02.03.1983 (legalbank.net); Y. 14. HD, E.1990/216, K.1990/8009, 09.10.1990, (legalbank.net); Y. 14. HD, E.2002/1873, K.2002/2193, 25.03.2002 (legalbank.net); Y. 13. HD, E.1994/6110, K.1994/7691, 20.09.1994, (legalbank.net); Y. 14. HD, E.2002/634, K.2002/1433, 04.03.2002, (legalbank.net); Y. 14. HD, E.1993/3092, K.1993/10325, 23.12.1993, (legalbank.net); Y. HGK, E.1960/4-6, K.1960/188, 10.02.1960 (Kaneti, 1972: 89); Esener, 1959: 246-247; Serozan, 2007: 493 dn.71, 498; Serozan, 1968: 36; Baygın, 2000: 583; Aksoy Dursun, 2008: 313, 318; Altınok Ormancı, 2011: 232; Özbilen, 2016: 202. krş. Antalya ve Sağlam, 2019: N1059; Ergüne, 2011: 246-247.

¹³ Özsunay, 1986: 311. Benzer şekilde bkz. Serozan, 2007: 493 dn.71 (“onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum”); Antalya ve Topuz, 2021: N 1914, 1968. krş. Serozan, 1968: 36 (“eine den Vertrauensschutz berücksichtigende konvertierende Auslegung”); Ergüne, 2011: 247. Buna karşın tahvildeki yorumun, tamamlayıcı yorumdan farklı olduğu yönünde bkz. Serozan, 1968: 43. Tamamlayıcı yorum görüşünün bağımsız bir görüş olmayıp yorum görüşünden ibaret olduğu hususunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27. Aksi yönde bkz. Kaneti, 1972: 77 vd., 83 vd.

Anılan görüş, yorum ile tahvilin farklı hukukî kurumlar olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴. Gerçekten yorum, tarafların hukukî işlemde yer verdikleri, ancak manası net olmayan hükmün anlamlandırılması faaliyetidir; oysaki tahvilde tarafların yaptığı ve kesin hükümsüz olan hukukî işlemin başka bir işlem olarak ayakta tutulması söz konusudur¹⁵. Ayrıca yorum, hukukî işlemin geçerli olması hâlinde söz konusu olduğu için tahvile göre zaman bakımından öncelikle uygulama alanı bulur¹⁶. Bir başka ifadeyle hukukî işlem geçerli ise tahvil gündeme gelmez. Keza sözleşmenin tamamlanması, tarafların sözleşmeyi kurarken düzenlemedikleri bir hususun yol açtığı sözleşmedeki boşluğun sonradan doldurulması suretiyle giderilmesi olup kesin hükümsüz bir hukukî işleme ihtiyaç duyan tahvilden farklıdır¹⁷. Tahvil, batıl hukukî işlemi tamamlamaz, onu ikâme eder¹⁸. Kısacası tahvil ne yorum ne tamamlama teşkil eder¹⁹.

2. Kısmî Butlan Görüşü

Kısmî butlan görüşü, tahvilin, kısmî butlanın özel bir türünü teşkil ettiğini savunur²⁰. Nitekim Alman kanun koyucusunun §139 BGB hükmünde kısmî butlanı, §140 BGB hükmünde ise tahvili düzenlemesinin de bu yargıyı destekler gözüktüğü ileri sürülmektedir²¹.

¹⁴ Berneith, 2019: 241-242; Weil, 1934: 21-22. krş. Medicus ve Petersen, 2016: N517. Tahvilin, yorumun bir alt başlığı olmadığı hakkında bkz. Wendtland, 2022: § 140 N 1. Yorumda fiilî, tahvilde ise farazî iradenin dikkate alındığı yönünde bkz. Wendtland, 2022: §140 N1; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N166; Akbulut, 2016: 122; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27. Yanlış belirtme (*falsa demonstratio non nocet*) hâlinin tahvil olmadığı ve §133 BGB hükmüne göre çözümlendiği hususunda bkz. Ellenberger, 2022: §140 N4; Wendtland, 2022: §140 N1. Benzer şekilde bkz. Kaneti, 1972: 134. Yazar; TMK 504/II (eTMK 451/II) hükmünün esasen "*falsa demonstratio non nocet*" ilkesine ilişkin olması sebebiyle yorum teşkil ettiğini ve tahvil olmadığını belirtmektedir.

¹⁵ Berneith, 2019: 241-242; Kaneti, 1972: 22. Ayrıca bkz. Kaneti, 1972: 92 ("... yorum istenilenin ötesine gidemez."). Tahvil ile yorum arasındaki farklar için bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.18 N268.

¹⁶ Ellenberger, 2022: §140 N4; Wendtland, 2022: §140 N1; Neuner, 2020: §57 N4; Medicus ve Petersen, 2016: N517; Berneith, 2019: 241-242; Kaneti, 1972: 22, 80; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27; Ergüne, 2011: 247; Akbulut, 2016: 122.

¹⁷ Müller, 2018: Art.18 N548, 551; Wendtland, 2022: §140 N1; Berneith, 2019: 245; Akbulut, 2016: 123; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.18 N267, 269. Tahvil ile sözleşmenin tamamlanması arasındaki farklar için bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N166, Art.18 N269.

¹⁸ Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N167, Art.18 N269; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27.

¹⁹ Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N167, Art.18 N268; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27.

²⁰ Flume, 1992: 589-590; Schmid, 1988: N812-813; Bucher, 1988: 171, 243. Kanaatimizce benzer şekilde bkz. Funk, 1928: Art.20 N7.

²¹ Flume, 1992: 590.

Kısmî butlan ile tarafların yaptıkları hukukî işlem ayakta tutulmaktadır²². Tahvilde de benzer şekilde işlem ayakta tutulmaktadır ve bu sebeple tahvil ile kısmî butlanı birbirinden pratik olarak ayırt etmek zordur²³.

Tahvil, Türk Borçlar Kanunu (TBK) 27/II (Art.20/II OR) hükmünde kısmî butlan bakımından benimsemiş *favor negotii* ilkesiyle uyumludur²⁴. Zira her iki hâlde de tarafların yapmış oldukları hukukî işlemin mümkün merteye ayakta tutulması amaçlanmaktadır. Ancak bu durum tahvilin, kısmî butlan teşkil ettiği anlamına gelmez²⁵. Zira kısmî butlanda, tarafların yaptıkları hukukî işlemin içerdiği geçersiz birtakım hükümler hukukî işlemden ayrılarak geri kalan hükümlerle hukukî işlemin geçerliliği muhafaza edilir²⁶. Hukukî işlemin sadece bazı hükümleri geçersizse ve oluşan boşluk tarafların farazî iradelerle dolduruluyorsa değiştirilmiş kısmî butlan söz konusudur²⁷. Tahvilde ise butlan sebebiyle, tarafların yaptığı hukukî işlemin bir kısmı değil, tamamı geçersizdir ve anılan işlemin yerine ikâme bir işlem geçirilir²⁸. Bir başka ifadeyle; kısmî butlanın aksine tahvil, hukukî işlemin tamamına yöneliktir²⁹.

²² Schmid, 1988: N812. Benzer şekilde bkz. Bucher, 1988: 171. Yazar; kısmî butlanın, tıpkı tahvil gibi, butlanın aşırıya kaçan sonuçlarını törpülediğini belirtmektedir.

²³ Schmid, 1988: N812-813. Yazar, özellikle değiştirilmiş kısmî butlanı tahvilden ayırt etmenin zorluğundan bahsetmiştir. Bununla birlikte yazara göre, tarafların yaptığı hukukî işlemin yerine başka tipte bir hukukî işlem geçiyorsa tahvilden söz edilir.

²⁴ Wachendorf Eichenberger, 2003: 18; Kramer, 1991: Art.19-20 N387. TBK m. 27/II hükmünün kısmî butlan lehine bir karine içerdiği; ancak tahvil bakımından tarafların farazî iradelerinin varlığı bakımından böyle bir karinenin bulunmadığı yönünde bkz. Tandoğan, 1952: 112. *Favor negotii* ilkesinin TBK 2/I (Art.2/I OR) hükmünde de kabul gördüğü yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 119.

²⁵ Aynı doğrultuda bkz. Başpınar, 1988: 168.

²⁶ Weil, 1934: 26; Wachendorf Eichenberger, 2003: 18; Kramer, 1991: Art.19-20 N385; Kaneti, 1972: 17-18; Altunkaya, 2005: 273; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27-28. TBK 27/II (Art.20/II OR) hükmünde açıkça öngörülmemesine rağmen kısmî butlanın; basit, değiştirilmiş ve genişletilmiş kısmî butlan olmak üzere üç farklı türde görülebileceği kabul edilmektedir. Anılan hususa dair geniş açıklamalar için bkz. Başpınar, 1998: 149 vd. krş. Kırkbeşoğlu, 2011: 203 vd.

²⁷ Kramer, 1991: Art.19-20 N385; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N29. Tahvilin Türk hukukunda kabul görmesinin evleviyetle değiştirilmiş kısmî butlanın da kabul edilmesi sonucunu doğurduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 29. krş. Schmid, 1988: N812.

²⁸ Weil, 1934: 26; Neuner, 2020: §57 N14; Wachendorf Eichenberger, 2003: 18; Kramer, 1991: Art.19-20 N385; Kaneti, 1972: 17-18; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N27-28; Altunkaya, 2005: 273; Başpınar, 1998: 168.

²⁹ Aynı doğrultuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N29; Antalya, 2019: N693; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28. Tahvilin; kısmî butlan ve geçerliliği koruyucu hadde indirgeme (*geltungserhaltende Reduktion*) hâlleriyle sınırlandırıldığı, yani anılan kavramlar

3. Kanun Boşluğu Görüşü

Kanun koyucunun butlan yaptırımını genel bir hüküm olarak düzenleyip herhangi bir istisnaya yer vermemesi kanunda örtülü boşluğa sebebiyet vermiştir³⁰. Anılan örtülü kanun boşluğu, tahvil kurumunun kabulüyle doldurulmalı ve butlan amaca uygun şekilde sınırlandırılmalıdır³¹. Kanun koyucu kısmî butlanda hukukî işlemi ayakta tutmak gayesini (*favor negotii*) açıkça kabul etmiş olup benzer bir yaklaşımın tahvil bakımından da kabul edilmesi gerekir³². Nihayetinde butlan, tarafların yaptığı ilk hukukî işleme yöneliktir, tahvil neticesinde geçerli kılınan ikinci işlemin batıl olmasında kimsenin menfaati yoktur³³.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yukarıda da izah olunduğu üzere tahvil, yorumdan farklıdır. Geçerli hukukî işlemin içerdiği birtakım hükümlerin anlamlarında şüpheye düşülmesi hâlinde yoruma başvurulabilir. Buna karşın tahvil, tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olması ihtimalinde gündeme gelir.

Tahvil, kısmî butlan teşkil etmez. Zira kısmî butlan, sadece hukukî işlemin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması durumunda uygulanabilir. Oysaki tahvilde, hukukî işlemin tamamı geçersizdir ve işlemin

uygulanabiliyorsa tahvilden söz edilemeyeceği yönünde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N385.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 138 dn.9; Kaneti, 1972: 94-95, 101; Havutçu, 1987: 659; Akbulut, 2016: 124. Anılan boşluğun neden açık kanun boşluğu olmadığına ilişkin izahat için bkz. Kaneti, 1972: 94. Öğreti ve içtihatlarda tahvil kurumunun “*yazılı olmayan hukuk ilkesi*” olarak tanımlandığı yönünde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N386; Altunkaya, 2005: 273; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N83 (Yazar, “*gemeinrechtliche Rechtsanwendungsnorm*” ifadesini kullanmıştır). İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da aynı tutumun sergilendiği yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 4. Anılan yaklaşımın ancak kanun boşluğu görüşü çerçevesinde anlam kazandığı şeklinde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30 dn.50.

³¹ Weil, 1934: 111; Kaneti, 1972: 94-95, 101-102; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 138 dn.9; Akbulut, 2016: 124; Havutçu, 1987: 659; Antalya, 2019: N694.

³² Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Bucher, 1988: 171; Müller, 2018: Art.18 N550; Kaneti, 1972: 95, 100-102; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N30; Havutçu, 1987: 659; Akbulut, 2016: 124-125. Benzer şekilde bkz. Antalya, 2019: N694. Anılan ilkenin miras hukukundaki görünümünün *favor testamenti* olduğu hakkında bkz. Kaneti, 1972: 98. Art.1367 İtalyan Medenî Kanunu ve Art.1191 (eski Art.1157) Fransız Medenî Kanunu hükümlerinin anılan ilkeyi açıkça kabul ettiği hususunda bkz. Kaneti, 1972: 96 dn.20.

³³ Weil, 1934: 111.

sadece kalan hükümleriyle veya bunların yerine geçirilebilecek birtakım ikâme hükümlerle ayakta tutulabilmesi de mümkün değildir.

Butlanın sonuçları bakımından kanun koyucunun herhangi bir istisna öngörmemesi sebebiyle kanaatimizce örtülü bir kanun boşluğundan söz edilebilir. Butlanın katı sonuçlarının törpülenmesi ve anılan boşluğun tahvil kurumunun kabulüyle doldurulması gerekir.

B. Unsurları

Türk/İsviçre hukukunda genel bir hükümle düzenlenmediği için tahvilin unsurlarının belirlenmesi öğretide ve içtihatlar eliyle yapılabilir. Öğretide sıklıkla tahvilin objektif ve subjektif olmak üzere iki unsurundan bahsedilmektedir³⁴. Anılan tasnife göre tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olması objektif unsur, taraflar geçersizliği bilselerdi ikâme işlemi yapmak isteyeceklerinin kabulü ise subjektif unsur olarak nitelendirilmektedir³⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre tahvilin gerçekleşebilmesi için dört şartın bir arada bulunması gerekir³⁶: 1. batıl hukukî işlem, ikâme işlemin geçerlilik şartlarını taşımalı, 2. ikâme işlemin etkileri, batıl hukukî işlemin etkilerini aşmamalı ve hiçbir taraf daha ağır yükümlülük altına girmemeli, 3. butlana sebebiyet veren hüküm, tahvil imkânını dışlamamalı, yani ihlâl edilen hükmün anlam ve amacına aykırı olmamalı, 4. taraflar yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilselerdi farazî iradelerinin ikâme işlemi yapmak yönünde olacağı kabul edilebilmeli.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından istifade edilebilecek §140 BGB hükmünün incelenmesinden ise tahvilin üç unsuru net olarak çıkarılabilmektedir: Bunlar batıl hukukî işlem, ikâme hukukî işlemin şartlarının sağlanması ve tarafların geçersizliği bilselerdi ikâme işlemi isteyecekleri yönünde farazî iradelerinin varlığıdır³⁷.

Anılan unsurlara, öğretide ve içtihatlarda varlığı kabul gören diğer öğeler de eklenerek tahvilin şartları aşağıda sıralanmıştır:

³⁴ Huguenin, 2013: Art.35 N5 vd.; Eren, 2020: N946; Özbilen, 2016: 201 vd.

³⁵ Kaneti, 1972: 152 vd.; Eren, 2020: N946; Özbilen, 2016: 201-202. Objektif unsurun, batıl hukukî işlemin benzer sonuçlar doğuran ikâme işleme tahvilin mümkün olması şeklinde kabulü için bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N5. Objektif unsurun ikiye ayrılarak batıl hukukî işlem ve geçerli ikâme işlem şeklinde açıklanması için bkz. Eren, 2020: N946.

³⁶ BGE 126 III 184 E.3b; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a.

³⁷ Aynı yönde bkz. Berneith, 2019: 241; Weil, 1934: 21, 41 vd.; Wachendorf Eichenberger, 2003: 12; Esener, 1959: 236 vd.; Havutçu, 1987: 661 vd.

1. Batıl Hukukî İşlem

Tahvilin ilk unsuru, tarafların yapmış oldukları hukukî işlemin batıl olmasıdır³⁸. Kural olarak tek, iki veya çok taraflı hukukî işlemler ile kararlar; sağlar arası hukukî işlemler veya ölüme bağlı tasarruflar; şahıs varlığı işlemleri ile malvarlığı işlemleri; taahhüt veya tasarruf işlemleri gibi her türlü hukukî işlem tahvile konu olabilir³⁹. Anılan geçersizlik, sıklıkla şekil kurallarına aykırılık sebebiyle meydana geldiği için öğretilerde tahvilin esasen şekle aykırı işlemlerde uygulama alanı bulunduğu ifade edilir⁴⁰. Hatta bu bakımdan ikâme işlemin, batıl işleme göre daha hafif şekil gerekliliklerine tâbi olması veya şekle bağlı olmaması gerektiği de belirtilir⁴¹. Bununla birlikte

³⁸ BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Weil, 1934: 21, 41; Kahl, 1985: 7; Piotet, 1978: 212; Von Büren, 1964: 150; Herzog, 2014: Art.19 N28, Art.20 N22; Tandoğan, 1952: 111; Wachendorf Eichenberger, 2003: 15 vd.; Esener, 1959: 247-248; Oğuzman ve Öz, 2020: N550; Serozan, 1968: 36; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Schmid, 1988: N806; Ellenberger, 2022: §140 N3; Neuner, 2020: §57 N2; Berneith, 2019: 241; Eren, 1966: 135; Medicus ve Petersen, 2016: N517; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Akbulut, 2016: 126; Antalya, 2019: N683-684; Antalya ve Topuz, 2021: N975; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N31; Tunçomağ, 1976: 176; Havutçu, 1987: 660; Altunkaya, 2005: 272; Özbilen, 2016: 201. Hukukî işlemin batıl olduğunun ifade edilmesinin mutlak bir ifade olmadığı, nihayetinde batıl denilen hukukî işlemin tahvil yoluyla başka bir işlem olarak geçerli tutulabildiği doğrultusunda bkz. Flume, 1992: 589; Kaneti, 1972: 120.

³⁹ Kaneti, 1972: 112 vd.; Kahl, 1985: 7-10; Wendtland, 2022: §140 N5; Ellenberger, 2022: §140 N2; Neuner, 2020: §57 N2. İstisnaen tek taraflı hukukî işlemlerin de tahvil edilebileceği yönünde bkz. Oğuzman ve Öz, 2020: N550a. Bu bakımdan krş. Müller, 2018: Art.18 N549; BGE 135 III 444 E.3.3. Uygulamanın, yenilik doğurucu hukukî işlemlerde tahvile mesafeli durduğu yönünde bkz. Gauch, Schluep ve Schmid, 2014: N584c. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kullanılmış yenilik doğurucu haklar neticesinde ortaya çıkan durumun kural olarak tahvile konu olamayacağını benimsediği yönünde bkz. Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N2976, 3006. Süreli hizmet sözleşmesinde yapılan derhal feshin, derhal feshi haklı gösterecek haklı bir sebep yoksa fesih bildirim süresi neticesinde etki gösterecek feshe tahvili için bkz. Antalya ve Topuz, 2021: N1972; Antalya, 2019: N691; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N26. Alman hukuku bakımından aynı doğrultuda bkz. Neuner, 2020: §57 N1; Medicus ve Petersen, 2016: N524.

⁴⁰ Schmid, 1988: N814; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379, 441a; Gauch, Schluep ve Schmid, 2014: N584b; Wachendorf Eichenberger, 2003: 198; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Müller, 2018: Art.11 N230-231; Kut, 2016: Art.11 N22; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N161; Von Büren, 1964: 150; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324; Kaneti, 1972: 123; Esener, 1959: 248-249; Akbulut, 2016: 121; Havutçu, 1987: 661; Akyol, 2006: 78; Schwenger, 2016: N31.39; Oğuzman ve Öz, 2020: N484; Antalya ve Topuz, 2021: N903; Özbilen, 2016: 200-201. Nispî etkisiz (*relativ unwirksam*) işlemlerin tahvil edilemeyeceği hususunda bkz. Kaneti, 1972: 139. Anılan işlemlerin istisnaen tahvil edilebileceği yönünde bkz. Esener, 1959: 237.

⁴¹ Schwenger, 2016: N31.39; Gauch, Schluep ve Schmid, 2014: N584c; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34.

sadece şekle aykırılık hâllerine hasredilmeksizin, -nispeten nadir olarak- hukukî işlemin TBK 27 düzenlemesine aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu durumlarda da tahvil kurumuna başvurulabilir⁴². Şüphesiz her butlan sebebinde tahvilin uygulanabilmesi mümkün olmaz⁴³.

Yoklukla malûl hukukî işlem tahvil edilemez; hatta bu husus sıklıkla kesin hükümsüzlük ile yokluğun farklarından biri olarak zikredilir⁴⁴. Nitekim var olmayan bir şeyin, geçerli başka bir şeye (*ex nihilo nihil fit*) çevrilebilmesi mümkün değildir. Yazılmamış sayılma hâlinde ise yazılmamış sayılmaya yol açan hükmün amacı, tahvilin yapılabilmesini engeller⁴⁵.

Kısmî batıl hukukî işlemlerin tahvile elverişliliği bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Geçersizliğin sadece kısmî butlana sebebiyet verdiği ve hukukî işlemin tamamına teşmil etmediği hâllerde ortada bütünüyle geçersiz bir hukukî işlem bulunmadığından tahvil söz konusu olamaz⁴⁶. Ancak TBK 27/II hükmünün öngördüğü ve kısmî butlan sebebiyle geçersiz hükümler

⁴² BGE 133 III 319 E.3.4.1; Koller, 2017: N13.96, 13.134; Müller, 2018: Art.11 N231; Kramer, 1991: Art.19-20 N384, 388; Güral, 1953: 126 dn.106; Wachendorf Eichenberger, 2003: 17; Akbulut, 2016: 126-127; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N441a; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N31. krş. Kaneti, 1972: 124 vd. Nitekim Art.35 OR2020 hükmü de anılan imkânı açıkça kabul etmiştir. Hukukî imkânsızlık hâlinde tahvile başvurulabileceği yönünde bkz. BGE 133 III 319 E.3.4.1; Schwenzler, 2016: N64.07a; Altunkaya, 2005: 272. Alman hukukunda tüm butlan sebepleri bakımından ilke olarak tahvilin söz konusu olabileceği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N3; Wendtland, 2022: §140 N6; Berneith, 2019: 242; Neuner, 2020: §57 N2. Butlanın hangi sebebe dayandığının önemli olmadığı, önemli olanın ikâme işlemin anılan butlan sebebinden arı olması gerektiği yönünde bkz. Flume, 1992: 592.

⁴³ Havutçu, 1987: 661. Bu bakımdan işlemi yapan tarafın ehliyetsizliğinin örnek gösterilmesi için bkz. Flume, 1992: 592; Wendtland, 2022: §140 N7; Kaneti, 1972: 121. Muvazaa açısından aynı şekilde bkz. Wendtland, 2022: §140 N7. krş. Kaneti, 1972: 124-125.

⁴⁴ Serozan, 1968: 36 dn.2a; Flume, 1992: 550, 593; Weil, 1934: 44-45; Wachendorf Eichenberger, 2003: 19; Esener, 1959: 248; Antalya ve Topuz, 2021: N972, 1969; Antalya, 2019: N683; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §43 N2, §44 N31; Tekil, 2000: 1097; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 377, 378; Akbulut, 2016: 31; Koç, 1981: 135-136; Altunkaya, 2005: 85 dn.97. Genel olarak tahvil kurumunun, butlanın iyileştirilememesinin istisnalarından birini teşkil ettiği yönünde bkz. Koç, 1981: 130; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 377; Tunçomağ, 1976: 176-177; Oğuzman ve Öz, 2020: N483.

⁴⁵ Kaldı ki kanaatimizce yazılmamış sayılma, yokluk anlamına geldiğinden yazılmamış sayılan hükümleri içeren hukukî işlemin tahvil edilebilmesi zaten mümkün değildir. Yazılmamış sayılmanın butlandan daha ağır bir yaptırım türü olmasından hareketle aynı sonuca ulaşılması için bkz. Antalya, 2019: N786.

⁴⁶ Wendtland, 2022: §140 N6; Weil, 1934: 26; Tandoğan, 1952: 112, 114; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N162; Kırkbeşoğlu, 2011: 231. Bu husustaki farklı bir değerlendirme için bkz. Kaneti, 1972: 128-129.

olmasaydı hukukî işlemin yapılmayacağını açıkça anlaşılması, yani hukukî işlemin tamamının batıl olması hâlinde tahvile başvurulabilir⁴⁷.

Kurucu unsurları tamam olmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurması için çeşitli unsurlarla tamamlanması gereken eksik (askıda hükümsüz) hukukî işlemler bakımından ise zamana göre bir ayırım yapılmalıdır. Eksik olgunun tamamlanıp tamamlanamayacağını henüz belirsiz olduğu, yani hukukî işlemin askıda bulunduğu dönemde ortada batıl bir hukukî işlem olmadığı için tahvil mümkün değildir⁴⁸. Eksik olgu tamamlanamamış ve bunun sonucunda hukukî işlem batıl hâle gelmişse tahvil edilebilir⁴⁹.

İptal edilebilir hukukî işlemler bakımından da benzer bir sonuca varılabilir. İptal hakkı sahibinin anılan hakkını henüz kullanmadığı ve hakkını kullanıp kullanmayacağını belirsiz olduğu dönemde -batıl hukukî işlem bulunmadığı için- tahvil gündeme gelemez⁵⁰. İptal hakkının kullanılması neticesinde hukukî işlem batıl hâle gelince tahvilin ilk unsuru teorik olarak sağlanmış olur⁵¹. Fakat burada iptal hakkını kullanan tarafı, ikâme işleme

⁴⁷ Aynı doğrultuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N31; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 28; Antalya ve Topuz, 2021: N1969.

⁴⁸ Ellenberger, 2022: §140 N3; Medicus ve Petersen, 2016: N518; Neuner, 2020: §57 N3; Esener, 1959: 248; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N32; Akbulut, 2016: 127. Aksi yönde bkz. Kaneti, 1972: 132. Söz konusu fikrin eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N32 dn.53.

⁴⁹ Wachendorf Eichenberger, 2003: 20; Kaneti, 1972: 130; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N32; Antalya ve Topuz, 2021: N1969; Antalya, 2019: N683. Çeşitli örnekler neticesinde eksik işlem batıl hâle gelse de tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. Esener, 1959: 248.

⁵⁰ Aynı görüşte bkz. Ellenberger, 2022: §140 N3; Neuner, 2020: §57 N3; Kahl, 1985: 65; Wachendorf Eichenberger, 2003: 21; Kaneti, 1972: 133, 138; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33. TBK 34/II (BK 25/II) hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33 dn.56. Burada tahvil olmadığı, aksine hak sahibine bu yönde iradesini açıklamasını gerektiren yenilik doğurucu bir hak tanındığı hususunda bkz. Havutçu, 1987: 654; Kaneti, 1972: 9-10 dn.34, 133. Kanaatimizce yanılmanın, edimin miktarına yönelik olduğu hâllerde (örneğin; satıcının 100 TL'lik fiyatı kabul etmesi, sonradan kastettiğinin 150 TL olduğunu beyan etmesi, bunun üzerine alıcının 150 TL üzerinden de sözleşmeye razı olduğunu bildirmesi) irade sakatlığı bulunan mevcut sözleşmenin içeriği düzeltildiği için tahvil yoktur. Mevcut sözleşmenin yerine yeni bir sözleşme konulduğu bir an için varsayılsa dahi farazî iradelere başvurulmaksızın mesele çözüldüğü için tahvil yoktur. Yanılmanın hukukî işlemin niteliğine ilişkin olduğu hâllerde de (örneğin; tarafın kiralamak yönünde beyanda bulunduğu, ancak sonradan kastettiğinin satın almak olduğunu söylemesi ve karşı tarafın da satış sözleşmesine de razı olduğunu bildirmesi hâlinde) aynı sonuca varılabilir.

⁵¹ Weil, 1934: 65; Kaneti, 1972: 133, 138; Wachendorf Eichenberger, 2003: 23; Ellenberger, 2022: §140 N3; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33; Antalya ve Topuz, 2021: N1969; Antalya, 2019: N683; Akbulut, 2016: 127.

bağlı tutmanın mantıklı olmadığı ifade edilmektedir⁵². Ancak kanaatimizce iptal hakkını kullanan tarafın; ikâme işlemi yapmak istediği yönünde farazî iradesinden bahsedilemeyeceği, yani tahvilin en azından bir unsuru mevcut olmadığı için tahvile başvurulamaz. Gerçekten yanıltma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma hâllerinde iptal edilmiş hukukî işlemin çevrilmesinde hukukî yararın bulunmayacağı ve irade sakatlığına düşer âkidin farazi iradesinin ikâme bir işlem yapmak yönünde olduğunu söyleyebilmek güçtür⁵³. Netice itibarıyla iptale tâbi hukukî işlemlerin pratik olarak tahvili imkânından söz edilemez⁵⁴.

Yukarıda iptal edilebilir işlemler bakımından yapılan açıklamalara ölüme bağlı tasarruflar bakımından şerh düşmek gerekir. Sağlar arası hukukî işlemlerin kesin hükümsüzlüğüne yol açan şekle aykırılık, ehliyetsizlik, ahlâka veya hukuka aykırılık gibi sebepler, *favor testamenti* ilkesinin somut bir görünümü olarak ölüme bağlı tasarruflarda iptal edilebilirliğe vücut vermektedir. Bu durumda ancak açılan iptal davasının kabulü neticesinde ölüme bağlı tasarruflar batıl hâle gelirler ve bu bakımdan tahvil edilebilmeleri mümkün olur⁵⁵.

⁵² Kahl, 1985: 72-74; Medicus ve Petersen, 2016: N518; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33; Flume, 1992: 592-593.

⁵³ Aynı doğrultuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33. Yazar, aşırı yararlanma hâlinde edimler arasındaki oransızlığın giderilebilmesi sayesinde artık tahvile başvurulmasına ihtiyaç kalmadığını isabetli bir şekilde belirtmektedir. Nitekim kanun koyucunun, TBK 28/I hükmünde “*sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini*” talep etme imkânını düzenlemesiyle öğretide kabul gören söz konusu imkân, kanunî bir temele kavuşmuştur. Öte yandan yazarın (Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33 dn.56); TBK 34/II hükmünde öngörölmüş hâlin, “*bir çeşit kanunî çevirme sayılan özel hüküm*” teşkil ettiği fikrine katılmıyoruz. Zira kanaatimizce tahvil, mevcut geçersiz hukukî işlemin yerine farklı bir hukukî işlemin ikâme edilmesini gerektirir. Oysaki anılan hükümde dürüstlük kuralı marifetiyle sözleşmenin içeriği düzeltilmekte ve sözleşme geçersiz olmadığı gibi yerine başka bir hukukî işlem de geçmemektedir.

⁵⁴ Benzer şekilde bkz. Kahl, 1985: 74; Kaneti, 1972: 135, 137; Esener, 1959: 249; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N33. Aşırı yararlanma hâlinde sözleşmenin içeriği değiştirilerek ayakta tutulabilmesi sebebiyle tahvile gerek olmadığı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §39 N28, §44 N33. Gerçekten de TBK 28, mülga BK 21 düzenlemesinden farklı olarak aşırı yararlanma hâlinde iptal hakkının yanında edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi imkânını da kabul etmiştir.

⁵⁵ Bu husustaki açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 127 vd.

2. Tarafların Butlanı Bilmemesi

Tahvilin ikinci unsuru tarafların yaptıkları hukukî işlemin batıl olduğunu bilmemesidir⁵⁶. Esasen anılan unsur, aşağıda açıklanmış altıncı unsurla, yani tarafların geçersizliği bilselerdi farazî iradelerinin ikâme işlemi yapmak isteyeceklerinin kabul edilebilmesi ile birbirini bütünlemektedir. Tarafların yaptıkları hukukî işlemin geçersiz olduğunu bilmeleri hâlinde anılan işlemin tahvil edilebilmesi mümkün olmaz⁵⁷. Zira hukukî işlem iradesine sahip olmayan tarafları, ikâme bir işlemle bağlı tutmaya çalışmak anlamsızdır⁵⁸. Yaptıkları hukukî işlemin geçersiz olduğunu bilen taraflar, buna rağmen geçerli bir hukukî işlemi yapmayı tercih etmemiştir⁵⁹.

Hukukî işlemin her iki tarafının da geçersizliği bilmesi hâlinde kolayca varılabilecek bu sonuç, taraflardan sadece birinin bu hususu bilmemesi ihtimali için ayrıca açıklanmalıdır⁶⁰. Bu durumda; öğretilerde, geçersizliği bilmeyen tarafın farazî iradesi esas alınarak tahvilin yapılıp yapılmayacağına karar bağlanabileceği ifade edilmektedir⁶¹. Buna ek olarak tahvilin, geçersizliği bilmeyen tarafın lehine bir sonuç doğurması gerektiği ve aksi hâlde tahvile başvurulamayacağı da belirtilmektedir⁶².

3. Butlana Sebebiyet Veren Kanun Hükmünün Anlam ve Amacının Tahvile Aykırı Olmaması

Tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olmasına yol açan kanun hükmünün anlam ve amacı, geçersiz işlemin tahvil edilip edilemeyeceğini belirler⁶³. Bu bakımdan butlana yol açan norm, tahvil neticesinde gündeme

⁵⁶ BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Kahl, 1985: 254-255; Wachendorf Eichenberger, 2003: 35; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N34; Antalya ve Topuz, 2021: N975; Antalya, 2019: N685; Akbulut, 2016: 127; Kaneti, 1972: 109-110.

⁵⁷ Neuner, 2020: §57 N10; Schmid, 1988: N809; Ellenberger, 2022: §140 N8; Serozan, 1968: 41; Esener, 1959: 239; Antalya, 2019: N685; Antalya ve Topuz, 2021: N1970.

⁵⁸ Benzer şekilde bkz. Kahl, 1985: 255; Wachendorf Eichenberger, 2003: 35; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N34; Akbulut, 2016: 127.

⁵⁹ Schmid, 1988: N809. Benzer şekilde bkz. Neuner, 2020: §57 N10.

⁶⁰ Eksik işlemler bakımından ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N35. Bu bakımdan krş. Kahl, 1985: 257-258.

⁶¹ Kahl, 1985: 259; Wendtland, 2022: §140 N12; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N35. krş. Ellenberger, 2022: §140 N8. Yazar, tek tarafın butlanı bilmemesi hâlinde tahvilin ilke olarak mümkün olduğunu belirtmektedir.

⁶² Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N35. İkâme işlem ile korunan tarafın, ilk hukukî işlem yapıldığı anda geçersizliği bilmemesi gerektiği hususunda bkz. Antalya, 2019: N686.

⁶³ BGE 126 III 184 E.3b; Wendtland, 2022: §140 N7; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N168; Schwenger, 2016: N31.40; Medicus ve Petersen, 2016: N522; Kramer, 1991: Art.19-

gelecek ikâme işlemi de kapsıyorsa; yani tahvil, anılan normun anlam ve amacına aykırılık teşkil ederek hükmün dolanılması teşkil ediyorsa tahvil yapılamaz⁶⁴.

Anılan duruma örnek olarak şekil kurallarına aykırılık sebebiyle geçersiz olan kefalet sözleşmesinin, garanti veya borca katılma sözleşmesine tahvil edilememesi gösterilebilir⁶⁵. Anılan sonucu açıkça ifade eden TBK 603 hükmü olmasaydı dahi bu durumda tahvil yapılamazdı. Zira TBK 583 hükmünde yer alan şekil kurallarının amacı, ciddi bir yük altına giren kefilin korumaktır⁶⁶. O hâlde kefalet sözleşmesi yerine herhangi bir şekilde yapılabilecek garanti veya borca katılma sözleşmesine tahvil, söz konusu hükmün anlam ve amacına uygun düşmez⁶⁷. Ek olarak, bu durumda ikâme işleminin, batıl işleme denk veya ondan daha hafif sonuçlar doğurması unsuru da mevcut değildir⁶⁸.

20 N387; Neuner, 2020: §57 N11; Antalya, 2019: N684; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N36. Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 42 vd. Bu noktada geçersizliğe sebebiyet veren hükmün teleolojik redaksiyon yoluyla yorumlanarak geçersizliğin ikâme işleme de sirayet edip etmeyeceğinin belirleneceği yönünde bkz. Huguenin, 2013: Art.35 N4.

⁶⁴ Y. İBK, E.2017/10, K.2019/1, 08.03.2019, (legalbank.net); BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; Weil, 1934: 70; Kahl, 1985: 297; Koller, 2017: N13.148; Serozan, 1968: 39; Schmid, 1988: N810, 815; Ellenberger, 2022: §140 N7 (Yazar; tarafların yaptığı hukukî işlemle elde etmek istedikleri sonucun hukuk düzeni tarafından caiz görülmemesi hâlinde artık tahvil imkânının da söz konusu olmayacağını isabetli bir şekilde belirtmektedir. Dolayısıyla varılmak istenen sonuç bakımından böyle bir durum söz konusu değilse ve taraflar, arzu ettikleri sonuca ulaşmak için başvurdukları araç sebebiyle butlanla karşılaşmışlarsa tahvil mümkündür); Schwenzler ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Medicus ve Petersen, 2016: N522; Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N168; Müller, 2018: Art.11 N238; Wendtland, 2022: §140 N7-8; Neuner, 2020: §57 N11; Ergüne, 2011: 249; Antalya ve Topuz, 2021: N1969; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Schwenzler, 2016: N31.40, 64.07a; Kut, 2016: Art.11 N23; Kaneti, 1972: 126; Akbulut, 2016: 127, 128; Esener, 1959: 250; Havutçu, 1987: 661; Antalya, 2019: N683-684; Altunkaya, 2005: 272; Kramer ve Probst, 2013: N227; Herzog, 2014: Art.20 N 22. Şekle aykırılık bakımından aynı yönde bkz. Kaneti, 1972: 123.

⁶⁵ Weil, 1934: 71; Schmid, 1988: N811; Ellenberger, 2022: §140 N7; Wendtland, 2022: §140 N7; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N168; Müller, 2018: Art.11 N238; Schwenzler, 2016: N91.34; Antalya, 2019: N684; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N36; Akbulut, 2016: 128; Kaneti, 1972: 123.

⁶⁶ Aynı doğrultuda bkz. Akbulut, 2016: 129. Alman hukuku bakımından aynı şekilde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N7.

⁶⁷ Schmid, 1988: N811; 1972: Kaneti, s. 123; Antalya, 2019: N684; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N36. Geçersiz kefalet sözleşmesinin, kredi emrine (TBK 516) veya garanti sözleşmesine tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. Havutçu, 1987: 661.

⁶⁸ Schmid, 1988: N811; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39.

4. İkâme İşlemin Geçerlilik Şartlarının Mevcut Olması

İkâme işlem (*Ersatzgeschäft*), tarafların yaptığı batıl hukukî işlemten farklı bir işlemdir⁶⁹. Tarafların yaptığı batıl hukukî işlemin, ikâme işlemin geçerlilik şartlarının tamamını taşıması gerekir⁷⁰. Hatta kesin hükümsüz işlemin, bu şekilde çevrilebileceği geçerli bir işlem bulunmuyorsa, daha hafif bir geçersizlik sebebiyle sakat başka bir hukukî işleme çevrilmesi ve böylece taraflara tahvil imkânı tanınması gerektiği de öne sürülmektedir⁷¹.

Taşınmaz satış sözleşmesi, Türk Medenî Kanunu (TMK) 706/I ve Tapu Kanunu 26/I hükümleri uyarınca tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir⁷². Anılan düzenlemelere rağmen noter önünde yapılan taşınmaz satış sözleşmesi, geçerlilik şartlarını taşıdığı için taşınmaz satış vaa-dine tahvil edilebilir⁷³. Zira Noterlik Kanunu 60 b.3 hükmü gereğince

⁶⁹ Weil, 1934: 66; Wachendorf Eichenberger, 2003: 24, 27; Serozan, 1968: 37; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25; Flume, 1992: 596; Von Büren, 1964: 150; Kaneti, 1972: 140; Altunkaya, 2005: 273; Antalya ve Sağlam, 2019: N1062. İkâme işleme dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 24 vd. Belirli hâllerde geçersiz hukukî işlem ile ikâme işlemin aynı tür ve tipte olabileceği yönünde bkz. Kaneti, 1972: 141-142. Bu açıdan krş. Y. 8. HD, E.2014/19837, K.2014/19686, 03.11.2014, (legalbank.net); Y. 11. HD, E.2017/1390, K.2019/118, 08.01.2019, (legalbank.net); Y. 4. HD, E.1977/9039, K.1978/6402, 11.05.1978, (legalbank.net).

⁷⁰ BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Schwenger, 2016: N31.40; Weil, 1934: 21, 68; Kahl, 1985: 184; Müller, 2018: Art.11 N236; Neuner, 2020: §57 N13-14; Ellenberger, 2022: §140 N5; Wendtland, 2022: §140 N10; Wachendorf Eichenberger, 2003: 27, 153; Berneith, 2019: 241; Ergüne, 2011: 249; Flume, 1992: 592, 594; Serozan, 1968: 37; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Eren, 1966: 135; Eren, 2020: N946; Kaneti, 1972: 140, 142; Piotet, 1978: 212; Tandoğan, 1952: 111; Von Büren, 1964: 150; Kut, 2016: Art.11 N23; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Medicus ve Petersen, 2016: N519; Akbulut, 2016: 130; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324, 325; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Tunçomağ, 1976: 176; Funk, 1928: Art.20 N7; Oğuzman ve Öz, 2020: N484, 548, 550; Antalya ve Topuz, 2021: N975; Antalya, 2019: N687; Havutçu, 1987: 661-662; Esener, 1959: 250; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N37; Herzog, 2014: Art.19 N28, Art.20 N22; Özbilen, 2016: 201; Altunkaya, 2005: 272; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N161. Alman hukuku bakımından burada ayrıca tarafların ikâme işleme yönelik iradelerinin bulunmasının gerekli olmadığı, zira §140 BGB hükmünün zaten irade unsurunu sağladığı yönünde bkz. Esener, 1959: 238.

⁷¹ Kaneti, 1972: 142.

⁷² 23.06.2022 tarih ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 11 hükmü ile, noterlerin görevlerini düzenleyen Noterlik Kanunu 60 b.3 hükmüne “taşınmaz satış sözleşmesi yapmak” ifadesi eklenmiştir. 7413 sayılı Kanun 22/b hükmü gereğince anılan değişiklik 01.01.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek ve böylece noterler, taşınmaz satış sözleşmesi yapabileceklerdir.

⁷³ Y. HGK, E.1975/13-108, K.1976/2617, 13.10.1976, (legalbank.net); Y. 15. HD, E.1975/4714, K.1975/5159, 25.12.1975, (legalbank.net); Dural ve Sarı, 2021: N1164;

taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak noterlerin görevlerindedir. Ancak noterin taşınmaz satış vaadi sözleşmesini, Noterlik Kanunu 89'un açık hükmü gereği düzenleme şeklinde yapması gerekir⁷⁴. Şu hâlde noterin onaylama şeklinde yaptığı taşınmaz satış sözleşmesi, geçerlilik şartlarına sahip olmadığı için taşınmaz satış vaadine tahvil edilemez.

5. İkâme İşlemin Tarafların Yapmak İsteddiği Hukukî İşleme Benzer Sonuçlar Doğurması

İkâme işlem, tarafların yapmak istediği; ancak geçersiz olan hukukî işlemin doğurması gereken sonuçlara benzer sonuçlar doğurmalıdır. Bu bakımdan ikâme işlemin, tarafların yaptığı işlemle aynı veya ona yakın sonuçlar doğurması gerekliliğinden bahsedilir⁷⁵. Anılan sebeple öğretide ağırlıklı savunulan görüşe göre ikâme işlemin, tarafların arzu ettiği sonuçlardan daha geniş ve kapsamlı sonuçlar doğurması hâlinde tahvil yapılamaz⁷⁶. Zira aksi hâlde taraflar, tahvil neticesinde, öngördüklerinden

Serozan, 1968: 45; Güral, 1953: 127; Havutçu, 1987: 671; Kocayusufoğlu, 2017: §44 N26, 37; Schwarz, 1948: 259-260, 372; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 110-111; Kılıçoğlu, 2017: 206; Antalya ve Topuz, 2021: N976; Antalya, 2019: N691; Oğuzman ve Barlas, 2021: N756-757; Oğuzman ve Öz, 2020: N548; Akyol, 2006: 78; Tekil, 2000: 1097; Eren, 2020: N945; Özbilen, 2016: 203-204; Akbulut, 2016: 121.

⁷⁴ Benzer şekilde bkz. Özbilen, 2016: 203.

⁷⁵ BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 103 II 184 E.3; BGE 93 II 228 E.3; BGE 93 II 452 E.5; BGE 76 II 14 E.5; Wendtland, 2022: §140 N10; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Von Büren, 1964: 150; Tandoğan, 1952: 111; Wolf ve Hrubesch-Millaue, 2020: N324, 325; Funk, 1928: Art.20 N7; Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Schmid, 1988: N806; Kaneti, 1972: 141; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N25, 26; Herzog, 2014: Art.19 N28; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N34; Kut, 2016: Art.11 N23; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379, 441a; Huguenin, 2013: Art.35 N2; Akbulut, 2016: 129; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b-584c; Schwenger, 2016: N64.07a; Oğuzman ve Öz, 2020: N548; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Antalya, 2019: N687; Antalya ve Topuz, 2021: N1970; Altunkaya, 2005: 273; Özbilen, 2016: 202; Kocayusufoğlu, 2017: §44 N39. Batıl tasarruf işleminin, borçlandırıcı işleme tahvil edilemeyeceği hususunda bkz. Esener, 1959: 240. Borçlandırıcı işlemin tasarruf işlemine tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. Havutçu, 1987: 661. Alman hukuku bakımından ikâme işlemin, batıl işleme göre daha dar bir kapsama sahip olmasının gerekmediği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N5.

⁷⁶ Y. HGK, E.2016/2367, K.2021/71, 11.02.2021 (legalbank.net); BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Wendtland, 2022: §140 N10; Ellenberger, 2022: §140 N6; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N84; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Neuner, 2020: §57 N13, 16; Wachendorf Eichenberger, 2003: 34; Ergüne, 2011: 249; Schwenger ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Müller, 2018: Art.11 N236; Kahl, 1985: 184; Medicus ve Petersen, 2016: N519;

daha ağır yükümlülükler altına girmiş olurlar⁷⁷. Azınlık görüşü ise bu yönde kesin bir yargıya varılamayacağını, tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olması yerine daha geniş sonuçlar doğuran ve kendilerini daha ağır yükümlülükler altına sokan bir işlemin geçerli olmasını arzu ettiklerinin somut olayın şartlarından net bir şekilde anlaşılması hâlinde tahvil yapılabileceğini savunmaktadır⁷⁸.

TBK 184/I (Art.165/I OR) düzenlemesine rağmen yazılı şekilde yapılmayan alacağın devri, şekle tâbi olmayan alacağın tahsili hususunda verilmiş temsil yetkisine (*Inkassovollmacht*) tahvil edilebilir⁷⁹. Zira anılan temsil yetkisi de karşı tarafın alacağa kavuşmasını sağlamaktadır ve tarafların yaptığı işleme yakın sonuç doğurmaktadır. Keza yukarıda açıklandığı üzere, noterde düzenleme şeklinde yapılan taşınmaz satış sözleşmesi, taşınmaz satış vaaatine çevrilebilir. Buna karşın TBK 583 hükmüne aykırılık sebebiyle geçersiz olan kefalet sözleşmesi, karşı taraf için daha ağır yükümlülükler doğuracağından borca katılma veya garanti sözleşmesine tahvil edilemez⁸⁰. Hiç şüphesiz mevcut örnekte, hükümsüzlüğe yol açan kanun hükmünün anlam ve amacı da tahvili engeller.

Schwenzer, 2016: N31.40, 64.07a; Schmid, 1988: N808; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584c; Serozan, 1968: 42; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Kut, 2016: Art.11 N23; Eren, 2020: N945; Kramer ve Probst, 2013: N227; Herzog, 2014: Art.19 N28; Antalya ve Sağlam, 2019: N1062; Antalya, 2019: N687; Antalya ve Topuz, 2021: N975, 1970; Akbulut, 2016: 129; Özbilen, 2016: 202; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39. Bu bakımdan Alman hukukunda iptal beyanının, fesih (bozma) veya rücu (dönme) beyanına çevrilebileceği; ancak fesih veya rücu beyanının, daha geniş sonuçlar doğurduğu için iptale çevrilemeyeceği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N6; Wendtland, 2022: §140 N11; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39.

⁷⁷ BGE 133 III 319 E.3.4.2; BGE 126 III 184 E.3b; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); Kahl, 1985: 177 vd., 184; Schwenzer, 2016: N31.40; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584c; Özbilen, 2016: 202; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Medicus ve Petersen, 2016: N519; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39; Kramer, 1991: Art.19-20 N384; Altunkaya, 2005: 273.

⁷⁸ Weil, 1934: 75; Kaneti, 1972: 155-156. Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39 dn.68.

⁷⁹ Schwenzer, 2016: N31.40, 90.16; Huguenin, 2013: Art.35 N2; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N380; Bucher, 1988: 171; Havutçu, 1987: 676-677; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39; Tunçomağ, 1976: 176.

⁸⁰ Serozan, 1968: 42; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39. Yazılı şekilde yapılmamış kefalet sözleşmesinin, birlikte borç üstlenmeye veya üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye tahvil edilebileceği yönünde bkz. Güral, 1953: 127.

6. Taraflar Yaptıkları Hukukî İşlemin Geçersiz Olduğunu Bilselerdi İkâme İşlemi Yapacaklarının Kabul Edilebilmesi

Tahvilin son unsuru, tarafların yapmış oldukları hukukî işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi ikâme işlemi yapmak isteyeceklerinin kabul edilebilmesi; yani tarafların farazî (varsayımsal) iradelerinin (*hypothetische Parteiwille*) bu yönde olmasıdır⁸¹. Nitekim bu husus §140 BGB ve Art.1424 İtalyan Medenî Kanunu hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir⁸².

Tarafların arzu ettikleri işlem geçersiz olduğu için ikâme işlemi yapma yönünde gerçek bir iradelerinden bahsedilemez⁸³. Zira tarafların gerçek iradesi, neticede batıl olan hukukî işlemi yapmaktır ve geçersizlik ihtimali akıllarına gelmez⁸⁴. Bununla birlikte bu noktada tarafların ikâme işlemi yapmak yönünde farazî iradelerinin varlığı söz konusu olabilir⁸⁵. Şu hâlde tarafların münhasıran yapmış oldukları hukukî işlemi arzuladıkları anlaşılabiliriyorsa veya taraflar hukukî işlemi yaparken tahvili arzu etmediklerini beyan etmişlerse artık farazî iradeden söz edilemeyeceği için

⁸¹ BGE 124 III 119 E.2b/bb; BGE 103 II 184 E.3; BGE 93 II 452 E.5; BGE 89 II 440-441 E.2 (Kaneti, 1968: 19); BGE 76 II 15 E.5; BGE 76 II 279 E.3b; BGE 46 II 17 E.4; Huguenin, 2013: Art.35 N7-8; Weil, 1934: 21, 72; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N85; Serozan, 1968: 40; Kaneti, 1972: 102-103; Tandoğan, 1952: 111-112; Wachendorf Eichenberger, 2003: 38; Piotet, 1978: 212-213; Müller, 2018: Art.11 N237; Kramer, 1991: Art.19-20 N387; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N165; Kut, 2016: Art.11 N22; Ergüne, 2011: 250; Von Büren, 1964: 150; Ellenberger, 2022: §140 N8; Wendtland, 2022: §140 N12-13; Neuner, 2020: §57 N8; Berneith, 2019: 241; Herzog, 2014: Art.19 N28, Art.20 N22; Schmid, 1988: N806, 807; Eren, 1966: 137; Eren, 2020: N946; Antalya ve Topuz, 2021: N975, 1968, 1971; Antalya ve Sağlam, 2019: N1062; Antalya, 2019: N681, 688-689; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324; Huguenin, Maissen, Meise ve Huber-Purtschert, 2019: N379; Gauch, Schlupe ve Schmid, 2014: N584b; Akbulut, 2016: 129-130; Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N36; Tunçomağ, 1976: 176; Funk, 1928: Art.20 N7; Medicus ve Petersen, 2016: N520; Oğuzman ve Barlas, 2021: N755; Oğuzman ve Öz, 2020: N484, 548, 550; Dural ve Sarı, 2021: N1164-1165; Altunkaya, 2005: 272; Havutçu, 1987: 663; Özbilen, 2016: 201.

⁸² Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §14 N36; Schwarz, 1948: 372; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111; Altunkaya, 2005: 273; Tunçomağ, 1976: 176.

⁸³ Wendtland, 2022: §140 N13; Medicus ve Petersen, 2016: N520; Kaneti, 1972: 151-152. İstisnaen tarafların gerçek (*tatsächlich, wirklich*) iradelerinin bulunması hâlinde bunun dikkate alınacağı yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N8; Wendtland, 2022: §140 N13.

⁸⁴ Wendtland, 2022: §140 N13; Medicus ve Petersen, 2016: N519; Kaneti, 1972: 151-152. Şüphesiz taraflar yaptıkları hukukî işlemin geçersizliğini bilselerdi anılan işlemi geçerli olarak yaparlardı.

⁸⁵ BGE 76 II 279 E.3b; Kaneti, 1972: 153. BGB'nin ilk ve ikinci tasarılarında hangi irade beyanının esas alınacağına dair kısmın değiştirildiğini ve hâlen daha gerçek (*wahr*) mi, yoksa farazî (*hypothetisch*) iradenin mi esas alınacağının tartışmalı olduğu yönünde bkz. Flume, 1992: 591.

kural olarak tahvil yapılamaz⁸⁶. Gerçekten taraflar, hukukî işlemin geçersiz olması hâlinde ne olacağına yönelik bir anlaşma (*salvatorische Klausel*) yapmış olabilirler⁸⁷. Böyle bir durumda artık anılan anlaşmadaki hükme riayet edilmesi gerektiğinden tarafların farazî iradelerinin tespiti önem arz etmez⁸⁸. Bu bakımdan tarafların yapmış olduğu hukukî işlemdeki gerçek iradelerinin, tahvilin sınırlarını çizdiği söylenebilir⁸⁹.

Tarafların farazî iradelerinin tespiti noktasında öncelikle tarafların şahsî tutumlarını ortaya çıkarmaya elverişli detaylar varsa bunların dikkate alınması gerekir⁹⁰. İstisnaen başarılı olabilecek bu ihtimal dışında ise somut olayın şartları altında makul ve dürüst tarafların farazî iradeleri tespit edilmelidir⁹¹. Tarafların farazî iradelerinin bulunmasında, hukukî işlemin yapıldığı an esas alınır⁹². Şüphesiz anılan tespit hâkim tarafından yapılır⁹³. Netice olarak, tarafların yaptıkları hukukî işlemin butlanını bilselerdi buna ekonomik amaç olarak yakın düşen ikâme işlemi yapacakları farazî olarak kabul edilebiliyorsa tahvil gerçekleşir⁹⁴.

⁸⁶ Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N166; Kaneti, 1972: 156. Ancak bu noktada tarafların yanlış kanılardan hareketle tahvili istemediklerini beyan etmeleri hâlinde ulaşmak istedikleri amaç dikkate alınarak tahvilin mümkün olabileceği yönündeki Alman Federal Mahkemesi kararına ilişkin açıklamalar için bkz. Kaneti, 1972: 156-157.

⁸⁷ Wendtland, 2022: §140 N4. Anılan anlaşmanın doğrudan tahvile yönelik olması hâlinde “*akdî tahvil düzenlemesi*” (*vertragliche Umdeutungsanordnung*) veya “*tahvil şartı*” (*Konversionsklausel*) gibi adlandırmalar da kullanılmaktadır. Bu hususta bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N389.

⁸⁸ Wendtland, 2022: §140 N4.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N39; Kaneti, 1972: 155-156.

⁹⁰ Havutçu, 1987: 663; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N40; Antalya, 2019: N689; Kaneti, 1972: 154-155. Bu bakımdan krş. Ellenberger, 2022: §140 N8; Wendtland, 2022: §140 N13; BGE 124 III 119 E.2b/bb.

⁹¹ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N324; Wendtland, 2022: §140 N13; Piotet, 1978: 212-213; Medicus ve Petersen, 2016: N520; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N40; Kaneti, 1972: 153; Havutçu, 1987: 663. Kanun koyucunun TBK 27/II (Art.20/II OR) hükmünde de farazî iradeye gönderme yaptığı yönünde bkz. Müller, 2018: Art.11 N237; Koller, 2017: N13.148; Wachendorf Eichenberger, 2003: 36; Serozan, 1968: 43; Kaneti, 1972: 103. Alman hukuku bakımından §139 BGB düzenlemesi çerçevesinde aynı yönde bkz. Neuner, 2020: §57 N8.

⁹² Wendtland, 2022: §140 N13; Wachendorf Eichenberger, 2003: 41-42; Ergüne, 2011: 250; Esener, 1959: 239; Kocayusufpaşaoğlu, 2017: §44 N40; Aksoy Dursun, 2008: 322. krş. Kaneti, 1972: 154. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından da tasarrufun yapıldığı anın esas alınması gerektiği yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 195, 214. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından mirasın açılma anının esas alınması gerektiği yönünde bkz. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N89.

⁹³ Kaneti, 1972: 153. Tarafların farazî iradelerin tespiti noktasında çok katı hareket edilmemesi gerektiği yönünde bkz. Piotet, 1978: 213.

⁹⁴ BGE 93 II 452 E.5; Kramer, 1991: Art.19-20 N387. Tarafların ikâme işlemi yapmak isteyip istemeyecekleri hususunda şüpheye düşülürse ikâme işleminin tarafların yaptığı işleme denk

C. Tahvilin Sonuçları

Şartları mevcutsa tahvil kendiliğinden gerçekleşir; yani tarafların talebi olmasa dahi hâkim tahvili re'sen dikkate alır⁹⁵. Taraflar tahvilin tespitini dava edebilir, verilen tespit hükmü açıklayıcı niteliktedir⁹⁶. İkâme işleme dayanan taraf, tahvilin gerçekleştiğini ispat yükü altındadır⁹⁷. TBK m. 27/II (Art. 20/II OR) hükmünün kısmî butlanda kabul ettiği anlayıştan hareketle tahvilden fayda sağlayan tarafın, karşı tarafın ikâme işlemi yapmayacağını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağı için dikkate alınmaz⁹⁸.

İkâme işlem, batıl hukukî işlemin yapıldığı anda onun yerine geçer⁹⁹. Bu bakımdan taraflar sanki ikâme işlemi yapmışlar gibi onunla bağlı olurlar¹⁰⁰. Yapıldığı anda batıl olmayan hukukî işlemler ise kanaatimizce batıl oldukları an itibarıyla tahvil edilebilir hâle gelirler ve ikâme işlem de ancak bu anda geçersiz işlemi ikâme eder¹⁰¹.

II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TAHVİLİ

Tahvil gibi ölüme bağlı tasarrufların tahvili de Türk ve İsviçre hukukunda genel bir hükümlerle düzenlenmemiştir¹⁰². Bu bakımdan ölüme bağlı tasarrufların tahvili, mirasbırakanın son arzularını mümkün mertebe ayakta tutma anlamına gelen ve kaynağını Roma hukukunda bulan *favor testamenti* ilkesine dayanır¹⁰³. Alman hukukunda §2084 BGB hükmü ile *favor testamenti*

veya ondan daha hafif sonuçlar doğurmasından hareketle tahvilin kabul edilebileceği yönünde bkz. Kramer, 1991: Art.19-20 N387.

⁹⁵ Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N88; Wachendorf Eichenberger, 2003: 52; Ellenberger, 2022: §140 N1; Wendtland, 2022: §140 N14; Ergüne, 2011: 250; Kaneti, 1972: 165, 173; Havutçu, 1987: 664, 667-668. §140 BGB hükmünde aksi bir durum düzenlenmediği için şartları mevcutsa tahvilin kendiliğinden gerçekleşeceği yönünde bkz. Kahl, 1985: 381. Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüz hâle gelebilmesi için öncelikle açılmış iptal davasının başarıya ulaşması gerekir. Bu açıdan bkz. ve krş. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N88; Wachendorf Eichenberger, 2003: 209.

⁹⁶ Kaneti, 1972: 173-174; Ergüne, 2011: 250.

⁹⁷ Wendtland, 2022: §140 N15; Wachendorf Eichenberger, 2003: 52; Kaneti, 1972: 171; Havutçu, 1987: 666.

⁹⁸ Guhl, Koller, Schnyder ve Druey, 2000: §7 N43, §14 N36; Koller, 2017: N13.148.

⁹⁹ Wendtland, 2022: §140 N14; Kaneti, 1972: 168. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından ikâme işlem, mirasın geçiş anından başlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Aynı yönde bkz. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N88; Ergüne, 2011: 250.

¹⁰⁰ Kaneti, 1972: 165.

¹⁰¹ krş. Kaneti, 1972: 169-170.

¹⁰² Wachendorf Eichenberger, 2003: 104.

¹⁰³ BGE 124 III 417 E.3; BGE 89 II 441 E.2; Piotet, 1978: 211; Rey, 1984: 84; Druey, §12 N23; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N93-94; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N315-316;

ilkesinin genel olarak düzenlendiği söylenebilir¹⁰⁴. Türk ve İsviçre hukukunda ise böyle genel bir düzenlemeye konu olmamakla birlikte anılan ilkenin varlığı şüphesizdir¹⁰⁵. Nitekim TMK'nin miras hukukuna ilişkin bazı hükümlerinde mezkûr ilkenin somutlaştığı söylenebilir. Öğretide *favor testamenti* ilkesinin tecessüm ettiği hükümlere sıklıkla TMK 504/II (Art.469/III ZGB)¹⁰⁶, TMK 515/III (Art.482/III ZGB) ile 519/II (Art.486/II

Ergüne, 2011: 81, 246; Dural ve Öz, 2020: N979, 982; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 323 dn.8; Baygın, 2000: 574; Serozan ve Engin, 2021: §4 N26; Antalya ve Sağlam, 2019: N1056; Kırkbeşoğlu, 2019: 209, 211; İmre ve Erman, 2016: 119; Kaneti, 1972: 43, 99 dn.32; Ayan, 2016: 156. krş. Aksoy Dursun, 2008: 313. Alman hukuku bakımından §140 BGB hükmünün, miras hukuku alanındaki hukukî işlemlere de uygulanabileceği hakkında bkz. Kahl, 1985: 9. *Favor testamenti* ilkesinin uygulama alanına dair açıklamalar için bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N315-316; Oğuzman, 1991: 199-200; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 323; Druey, §12 N22-23; Antalya ve Sağlam, 2019: N1056 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 269-271; Ergüne, 2011: 74 vd. Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflarda *favor testamenti* ilkesinin uygulanabileceği; ancak şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda uygulanamayacağı yönünde bkz. Antalya ve Sağlam, 2019: N1066. Anılan ilkenin miras sözleşmesinin geçerli sayılacak şekilde yorumlanması bakımından "*favor pacta successoralis*" şeklinde adlandırıldığı yönünde bkz. İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 274; Baygın, 2000: 578. *Favor testamenti* ilkesinin esasen ölüme bağlı tasarruflarda özel bir öneme sahip olmakta birlikte tüm hukukî işlemler bakımından *benigna interpretatio* adıyla uygulanma imkânına sahip olduğu hususunda bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N26. krş. Ergüne, 2011: 75.

¹⁰⁴ Rey, 1984: 84; Dural ve Öz, 2020: N979; Baygın, 2000: 574; Antalya/Sağlam, N1065; Ergüne, 2011: 76. Anılan hüküm, "*geçerlilik lehine yorum*" kenar başlığından sonra "*Bir ölüme bağlı tasarrufların içeriği farklı şekillerde yorumlanabiliyorsa, şüphe halinde, tasarrufların geçerliliğini sağlayan yorum tercih edilmelidir.*" şeklinde tercüme edilebilir. Benzer bir çeviri için bkz. Baygın, 2000: 575; Kırkbeşoğlu, 2019: 209.

¹⁰⁵ Y. 3. HD, E.2018/7112, K.2018/12816, 17.12.2018, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Y. HGK, E.1990/2-346, K.1990/586, 21.11.1990, (legalbank.net); Rey, 1984: 84; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N95; Dural ve Öz, 2020: N979; Baygın, 2000: 574; Ergüne, 2011: 75; Kırkbeşoğlu, 2019: 209. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 98 II 73 kararında el yazılı vasiyetnamenin başından sonuna kadar el yazılı olmamasına rağmen (vasiyetnamenin esaslı unsurlarını teşkil etmeyen bazı kısımlar üçüncü bir kişi tarafından yazılmıştır) *favor testamenti* ilkesi gereğince vasiyetnameyi geçerli sayılmıştır. Mahkeme, BGE 93 II 161 kararında ise el yazılı vasiyetnamede tarihin farklı yerlerde farklı yazılmasına (17 Haziran ve 18 Haziran şeklinde) rağmen anılan hükmün, birden çok sayıdaki ölüme bağlı tasarruf arasındaki öncelik-sonralık ilişkisinin kurulması bakımından önem arz ettiğini vurgulayarak somut olay bakımından vasiyetnamenin geçerliliğine hükmetmiştir. Anılan kararlara dair izahat için bkz. Rey, 1984: 84-87.

¹⁰⁶ Y. 3. HD, E.2018/7112, K.2018/12816, 17.12.2018, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Rey, 1984: 84; Wachendorf Eichenberger, 2003: 120; Kaneti, 1972: 98; Dural ve Öz, 2020: N981; Baygın, 2000: 575;

ZGB)¹⁰⁷, TMK 577/II (Art.539/II ZGB)¹⁰⁸, TMK 583/II (Art.545/II ZGB)¹⁰⁹ ve Art.520a ZGB¹¹⁰ düzenlemeleri örnek gösterilmektedir.

Favor testamenti ilkesi, esasen vasiyetnamelerin yorumunda etkin olarak kullanılır¹¹¹. Özellikle anlamı net olmayan irade beyanlarının düzeltilmesi ya da hatalı bir tasarrufun ortadan kaldırılması noktasında anılan ilkeden yararlanır¹¹². Bununla birlikte *favor testamenti*, ölüme bağlı tasarrufların mutlaka geçerli olması anlamına gelmez; sadece en az iki farklı yorum ihtimali varsa ölüme bağlı tasarrufu mümkün mertebe ayakta tutan yoruma üstünlük tanınması ve böylece murisin son arzularının olabildiğince gerçekleştirilebilmesi anlamına gelir¹¹³. Anılan ilkenin önemli bir görünümü ise sağlar arası hukukî işlemlerde butlana yol açan sebeplerin, ölüme bağlı tasarruflar bakımından iptal edilebilirliğe sebebiyet vermesidir¹¹⁴.

Katı şekil kurallarına bağlı olan miras hukukunda yapılan işlemlerin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği, sağlar arası işlemlere nispeten daha sık görülmeye müsaittir¹¹⁵. Ayrıca ölüme bağlı tasarruf yapan kişi vefat ettiği için

İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 270; İmre ve Erman, 2016: 106; Ergüne, 2011: 77; Kırkbeşoğlu, 2019: 210.

¹⁰⁷ Y. 3. HD, E.2018/7112, K.2018/12816, 17.12.2018, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Wachendorf Eichenberger, 2003: 120; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 270; Baygın, 2000: 575; Rey, 1984: 84; Ergüne, 2011: 77 (Yazar, TMK 512/III hükmünün ilk kısmını da zikretmektedir); Kırkbeşoğlu, 2019: 210. krş. İmre ve Erman, 2016: 106. Yazarlar TMK 515/II hükmünü örnek göstermektedir.

¹⁰⁸ Wachendorf Eichenberger, 2003: 120; Oğuzman, 1991: 199; Rey, 1984: 84; Kaneti, 1972: 98; Baygın, 2000: 575; İmre ve Erman, 2016: 106; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 270; Aksoy Dursun, 2008: 313-314; Ergüne, 2011: 78.

¹⁰⁹ Rey, 1984: 84; Ergüne, 2011: 78; İmre ve Erman, 2016: 106.

¹¹⁰ Baygın, 2000: 587.

¹¹¹ Piotet, 1978: 211. Ölüme bağlı tasarrufların yorumuna dair açıklamalar için bkz. Baygın, 2000: 570 vd.

¹¹² Y. HGK, E.1990/2-346, K.1990/586, 21.11.1990, (legalbank.net); Dural ve Öz, 2020: N980; Ergüne, 2011: 74 vd.

¹¹³ BGE 124 III 417 E.3; Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net); Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N315-316; Piotet, 1978: 211; Baygın, 2000: 574; Aksoy Dursun, 2008: 312; Ergüne, 2011: 78; Kırkbeşoğlu, 2019: 209-210.

¹¹⁴ Çalışmanın önceki kısımlarında (I/B/1) açıklandığı üzere tahvilin ilk şartı, tarafların yaptığı hukukî işlemin batıl olmasıdır. İptal edilebilirlik yaptırımının söz konusu olduğu ölüme bağlı tasarrufların butlanı ise kendiliğinden gerçekleşmez. Açılan iptal davasının başarıya ulaşması neticesinde ölüme bağlı tasarrufun kesin hükümsüz olması ile birlikte tahvil imkânının araştırılması gerekir. Benzer şekilde bkz. ve krş. Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N87; Ergüne, 2011: 248 dn.648.

¹¹⁵ Benzer şekilde bkz. Berneith, 2019: 242.

batıl tasarrufun yerine yeni bir tasarruf yapılabilmesi de mümkün olmadığından ölüme bağlı tasarruflarda tahvil daha da önem kazanmaktadır¹¹⁶.

Ölüme bağlı tasarrufların tahvili, başlıca aşağıdaki hâller kapsamında söz konusu olabilir¹¹⁷:

A. Gerekli Ehliyete Sahip Olmadan Yapılan Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili (TMK 557 b.1)

Hukukî işlemin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. TMK 9 vd. hükümleri gereğince fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin yaptığı hukukî işlemler, kural olarak batıl olur. Ancak ölüme bağlı tasarruflar bakımından TMK 557 b.1 hükmünün varlığı sebebiyle anılan hâlde butlan yaptırım uygulanmaz.

TMK 503 hükmü miras sözleşmesi yapabilmek için tam ehliyet aramıştır. Bu bakımdan tam ehliyetli olmayan kişinin yaptığı miras sözleşmesi, TMK 557 b.1 gereğince iptal edilebilir. Ölüme bağlı tasarrufların ehliyetsizlik sebebiyle kendiliğinden hükümsüz hâle gelmediği, aksine hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam ettiği malûmdur¹¹⁸. Dolayısıyla tahvil imkânından bahsedebilmek için öncelikle, açılan iptal davasında hâkimin

¹¹⁶ Berneith, 2019: 242; Kaneti, 1972: 98. Aynı sebeple ölüme bağlı tasarrufların yorumunun da büyük önem arz ettiği hususunda bkz. Baygın, 2000: 568. Roma hukuku bakımından tahvilin önemli bir uygulamasının vasiyetnamelerde görüldüğü yönünde bkz. Yüksel, 2020: 67-68.

¹¹⁷ Çalışmada doğal olarak tahvil teşkil etmeyen hâller ele alınmamıştır. Örneğin; TMK 512/III (Art.479/III ZGB) hükmü kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebinin ispat edilememesi veya tasarruf sahibince tasarrufta belirtilmemesi üzerine açılan dava neticesinde mirasçının saklı payına kavuşması ile tasarruf sahibinin çıkarma sebebi hakkında açıkça yanılmaya düşmesi hâlinde mirasçının miras payına kavuşması hâllerinin kanunî tahvil olduğu ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/82; Ergüne, 2011: 246, 258. Burada tahvilin var olup olmadığı hususunun yeterince incelenmediği yönünde bkz. Weimar, 2009: Art.479 N9. Kanaatimizce anılan hüküm kapsamında tahvil söz konusu değildir; çünkü mirasbırakanın yaptığı tasarrufu ikâme eden ikinci bir hukukî işlem yoktur. Bunun yerine mirasbırakanın yapmış olduğu çıkarma işlemi kısmen (mirasçının saklı payını elde etmesi hâlinde) veya tamamen (mirasçının miras payını elde etmesi durumunda) geçersiz hâle gelmektedir. Benzer şekilde TBK 290/II (Art.245/II OR) hükmü kapsamında da tahvil söz konusu değildir; zira burada geçersiz bir hukukî işlem yoktur. Sadece mevcut hukukî işlem, başka bir hukukî işlemin hükümlerine tâbi kılınmıştır. Aynı yönde bkz. Esener, 1959: 242. Bu bakımdan krş. Havutçu, 1987: 668-669; Bucher, 1988: 171; Ergüne, 2011: 265-266. Alman miras hukukunda tahvilin söz konusu olabileceği hâller için bkz. Berneith, 2019: 242.

¹¹⁸ İmre ve Erman, 2016: 68, 205-206; Ayan, 2016: 158, 171.

ölüme bağlı tasarrufun iptaline karar vermesi elzemdir¹¹⁹. Ancak miras sözleşmesini yapan kişi; ayırt etme gücüne sahipse ve on beş yaşını doldurmuşsa, yani TMK 502 düzenlemesi çerçevesinde vasiyetname yapmaya ehil ise geçersiz miras sözleşmesi vasiyete tahvil edilebilir¹²⁰. Aynı imkân, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan karşı tarafının fiil ehliyetinden yoksun olması hâlinde de söz konusu olabilir¹²¹. Şüphesiz anılan hâllerde tahvilin yapılabilmesi, tahvilin tüm unsurlarının somut olayda mevcudiyetine bağlıdır¹²².

Anılan tahvil imkânı pozitif İsviçre hukuku bakımından geçerli değildir. Zira Art.467 ZGB hükmüne göre vasiyetname ehliyeti için on sekiz yaşın doldurulması ve ayırt etme gücüne sahip olunması gerekir. Miras sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan ehliyet de 01.01.2013 itibarıyla¹²³ hafifletilerek aynı koşullara tâbi kılınmıştır. Oysaki anılan tarihten önce miras sözleşmesi ehliyeti, vasiyetname ehliyetinden daha ağır koşullara tâbi olduğu için¹²⁴ -tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi- ehliyet sebebiyle iptal edilmiş miras sözleşmesinin, şartları varsa vasiyetnameye tahvil edilebilmesi mümkündür¹²⁵.

¹¹⁹ Çabri, 2018: N1094, 1338.

¹²⁰ Weil, 1934: 66; Piotet, 1978: 212; Eren, 1966: 136; Dural, 1980: 66; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 140; Dural ve Öz, 2020: N288; Tuçomağ, 1976: 176; Oğuzman, 1991: 217; Eren, 2020: N945; Güral, 1953: 127; Ergüne, 2011: 265; Antalya ve Sağlam, 2019: N1064; Ayan, 2016: 156. Benzer şekilde bkz. Cornaz, 1937: 107-108. Alman hukukunda da miras sözleşmesi ehliyetinin (§2275 BGB), vasiyetname ehliyetine göre daha katı şartlara tâbi olduğu ve on altı yaşını doldurmuş kişinin yaptığı miras sözleşmesinin, §2229 BGB gereğince gerekli ehliyet koşulunu sağladığı için vasiyetnameye tahvil edilebileceği yönünde bkz. Flume, 1992: 592.

¹²¹ Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 146; Ergüne, 2011: 265. Yazarlar, anılan ihtimalde miras sözleşmesinin resmî vasiyetnameye tahvil edilebileceğinden bahsetmektedir. Bu açıdan krş. Weimar, 2009: Art.468 N23-25. Yazar, ivazlı miras sözleşmeleri ile mirastan feragat sözleşmeleri için tahvil imkânının bulunmadığını belirtmektedir.

¹²² Eren, 1966: 136. Anılan unsurlara ilişkin açıklamalar için bkz. I/B.

¹²³ *Fassung gemäss Ziff. I 2 des BG vom 19. Dez. 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS 2011 725; BBl 2006 7001).*

¹²⁴ Eski Art.468 ZGB hükmü miras sözleşmesi ehliyeti bakımından sadece erginlikten (*Mündigkeit*) söz etmişti. Nitekim eTMK 450 hükmü de sadece miras sözleşmesi yapanın reşit olması gerektiğini düzenlemişti. Ancak öğretilde, ayırt etme gücünün tüm hukukî işlemler bakımından elzem olduğu ve doğal olarak miras sözleşmesi ehliyeti için de -her ne kadar anılan hükümde açıkça zikredilmemiş olsa da- aranacağı kabul ediliyordu. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Dural, 1980: 15, 53 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 140.

¹²⁵ Örnek olarak bkz. Weil, 1934: 66; Piotet, 1978: 212.

B. Kanunun Öngördüğü Şekle Uyulmadan Yapılan Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili (TMK 557 b.4)

Şekle aykırılığın yaptırımını genel olarak düzenleyen TBK 12/II hükmü, şekle aykırı sözleşmelerin “*hüküm doğurmayacağından*” söz etmiştir. Bununla birlikte anılan maddenin gerekçesinde yaptırımın “*kesin hükümsüzlük*” (butlan) olduğu açıklanmıştır. Söz konusu genel kural, TMK 557 b.4 hükmünde yer alan özel kural sebebiyle ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulama alanı bulamaz. Gerçekten ölüme bağlı tasarrufların kanunun öngördüğü şekle uyulmadan yapılmasının yaptırımını iptal edilebilirliktir.

TMK 558/I düzenlemesi gereğince iptal davası, sadece iptalde menfaati bulunan kişiler veya vasiyet alacaklıları tarafından açılabilir. Ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin dava kabul edilirse mirasbırakanın yapmış olduğu tasarruf, iptal edilerek sadece davacı bakımından hüküm ifade etmez¹²⁶. Ancak şekle uyulmadan yapılan ölüme bağlı tasarruf bakımından aynı sonuca varılamaz. Anılan ihtimalde ölüme bağlı tasarruf, iptal edilerek tüm ilgililer açısından hükümsüz hâle gelir¹²⁷.

Ölüme bağlı tasarrufun şekil kurallarına aykırılık sebebiyle iptal edilmesi, vefat etmiş ve yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapamayacak mirasbırakanın son arzularının gerçekleşmemesi anlamına gelir. Anılan sebeple öncelikle tahvilin şartlarının somut olayda mevcut olup olmadığı, yani yapılan ölüme bağlı tasarrufun başka bir hukukî işleme çevrilerek geçerli kılınıp kılınmayacağı incelenmelidir¹²⁸. Nitekim böyle bir çaba, *favor testamenti* ilkesinin de bir gereğidir.

¹²⁶ Y. İBK, E.1955/16, K.1955/25, 07.12.1955, (legalbank.net); Wachendorf Eichenberger, 2003: 99; Dural ve Öz, 2020: N1017; İmre ve Erman, 2016: 226. Bütün mirasçılar tarafından açılan iptal davasının kabulü neticesinde ölüme bağlı tasarruf hiçbir mirasçı için hüküm ifade etmeyeceğinden kesin hükümsüz hâle gelir. Benzer şekilde bkz. Dural ve Öz, 2020: N1017. İptal davasının bozucu yenilik doğuran dava teşkil ettiği yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 98; Oğuzman, 1991: 221; Dural ve Öz, 2020: N1017; Çabri, 2018: N1359. Ölüme bağlı tasarrufların iptali davasına ilişkin açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 96 vd.

¹²⁷ Dural ve Öz, 2020: N1016, 1018; Oğuzman, 1991: 220; İmre ve Erman, 2016: 224. Şüphesiz TMK 558/III hükmünün düzenlediği istisna bakımından aynı sonuca varılamaz. Resmî vasiyetnameler bakımından sadece işleme katılan resmî memur, tanık veya bunların eşleri ile hısımlarına yapılan kazandırmalar iptal edilerek ölüme bağlı tasarruf geçerliliğini muhafaza eder.

¹²⁸ Aynı şekilde bkz. Dural ve Öz, 2020: N1015.

Türk/İsviçre hukukunda şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname ve miras sözleşmesi ile sınırlı olduğundan burada yapılan açıklamalar, esasen şekil yönünden sakat miras sözleşmesinin vasiyetnameye tahvili noktasında önem arz eder. TMK 545/I düzenlemesi gereğince miras sözleşmesi, resmî vasiyetnamenin şekil şartına tâbidir. Gerçekten miras sözleşmesinin gerektirdiği şekil şartlarını sağlamayan ve mahkeme kararıyla iptal edilmiş tasarrufun, daha hafif veya aynı şekil koşuluna tâbi olan vasiyetnameye tahvili mümkündür¹²⁹. Bu noktada resmî veya el yazılı vasiyetnameye tahvil yapılabilir¹³⁰. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında gerekli şekil şartlarını sağlamayan miras sözleşmesini, resmî vasiyetnameye tahvil etmiştir¹³¹. Elbette bu bakımdan tahvilin unsurlarının somut olayda mevcut olması gerekir¹³². Bu açıdan mirasbırakanın, miras sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilseydi farazî iradesinin vasiyetnameyi yapmak yönünde olması özel bir önem arz eder. Zira mirasbırakanın ivazlı miras sözleşmesindeki taahhütleri, karşı âkidin edimleri ile karşılıklılık ilişkisi

¹²⁹ Bucher, 1988: 171; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269, 326; Flume, 1992: 592; Eren, 1966: 136; Antalya ve Sağlam, 2019: N563, 1064; Esener, 1959: 252; Baygın, 2000: 584; Çabri, 2018: N1092-1094, 1338. Bu noktada daha katı şekil gerekliliklerine sahip olan resmî vasiyetnamenin, el yazılı vasiyetnameye tahvil edilebileceğinden de söz edilebilir. Ancak el yazılı vasiyetname için vasiyetname metninin mirasbırakan tarafından el yazısıyla yazılması gerektiği için pratik olarak tahvil söz konusu olmaz. Bununla birlikte mirasbırakan, resmî vasiyetname yapmak amacıyla son arzularını kendi el yazısıyla kaleme alıp tarihiyle birlikte imzaladığı bir belgeyi resmî memura ibraz etmişse, ancak resmî vasiyetname herhangi bir sebeple geçersiz olmuşsa el yazılı vasiyetnameye tahvil mümkün olabilir. Bu hususta bkz. ve krş. Wachendorf Eichenberger, 2003: 156-157. Olağanüstü bir durumun varlığı hâlinde yapılabilen ve diğer vasiyetname türlerinden farklı bir yapılaş mekaniğine sahip sözlü vasiyetnameye tahvil ise söz konusu olamaz. Alman hukukunda miras sözleşmesinin vasiyete, ortak vasiyete ya da geciktirici şartlı bağışlama sözleşmesine tahvilinin kabul edildiği hakkında bkz. Ellenberger, 2022: §140 N10. Ayrıca bkz. Dural, 1980: 66 dn.39.

¹³⁰ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269, 326. Sadece resmî vasiyetname şeklinde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 154; Ergüne, 2011: 265. Resmî vasiyetnamenin miras sözleşmesine tahvili diğer tarafın irade beyanı mevcut olmadığı için gündeme gelemez. Bu hususta krş. Wachendorf Eichenberger, 2003: 155.

¹³¹ BGE 93 II 228-229 E.3; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Schwenzler ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Müller, 2018: Art.11 N240; Bucher, 1988: 171; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269; Kaneti, 1972: 202; Tekil, 2000: 1097 dn.13; Dural ve Öz, 2020: N517; Özbilen, 2016: 205; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993: 111. Alman hukuku bakımından benzer şekilde bkz. Wendtland, 2022: §140 N17.

¹³² Kaneti, 1972: 202-203; Dural ve Öz, 2020: N516-517; Baygın, 2000: 584; Antalya ve Sağlam, 2019: N563; Çabri, 2018: N1093. Anılan unsurlara ilişkin açıklamalar için bkz. I/B.

içerisinde; bunların tek taraflı bir hukukî işlem olan vasiyetnamede de muhafaza edileceği yönünde farazî iradenin bulunması şarttır¹³³.

C. Tüzel Kişiliğe Sahip Olmayan Topluluğa Yapılan Kazandırmaların Tahvili (TMK 577/II)

Mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmek için TMK 577/I gereğince hak ehliyetine sahip olmak şarttır. Bir başka ifadeyle, ölüme bağlı tasarrufla sadece gerçek veya tüzel kişilere kazandırma yapılabilir¹³⁴. Bu bakımdan tüzel kişiliğe sahip olmayan bir topluluğa yapılan kazandırmanın da kesin hükümsüz olması gerekir¹³⁵.

Mirasbırakanın geçersiz olan işleminin nasıl geçerli olacağı kanun tarafından düzenlendiği için öğretide, TMK 577/II (Art.539/II ZGB) hükmünün kanunî tahvil teşkil ettiğini kabul etmektedir¹³⁶. Gerçekten de kanun koyucu

¹³³ BGE 46 II 17 E.4; BGE 76 II 279 E.3b; Eren, 1966: 137 dn.21; Kaneti, 1972: 202-203; Dural ve Öz, 2020: N516-517; Baygın, 2000: 584; Antalya ve Sağlam, 2019: N563. İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 76 II 279 E.3); şekil koşuluna uyulmaksızın yapılan ölüme bağlı bağışlama sözleşmesinin, şartları mevcutsa resmî vasiyetnameye çevrilebileceğini belirtmekle beraber somut olayda bağışlama sözleşmesinde karşılıklı ve birbirine bağlı taahhütlerin mevcut olması sebebiyle mirasbırakanın farazî iradesinden bahsedilemeyeceğinden hareketle tahvili reddetmiştir. Benzer şekilde bkz. Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.11 N164; Müller, 2018: Art.11 N241; Von Büren, s. 151; Schwenzer ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Esener, 1959: 253-254. Bu açıdan ayrıca bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N269. Yargıtay'ın bir kararına (Y. 2. HD, E.1937/934, K.1937/2534, 25.06.1937, Kaneti, 1972: 202) konu olan olayda miras sözleşmesi, sadece bir tarafça imzalanmış, diğer taraf sözleşmeyi imzalamamıştır. Yargıtay; sözleşmeyi imzalayan kişi bakımından, geçersiz miras sözleşmesinin vasiyetnameye tahvil edilip edilemeyeceği hususunda net bir yargıda bulunmamıştır. Şayet anılan tasarruflar, miras sözleşmesi içerisinde karşı tarafın edimleri ile bir karşılıklılık ilişkisi içerisinde ise farazî iradenin bulunmaması sebebiyle tahvil yapılamaz. Aksi hâlde ise diğer şartlar da mevcutsa tahvile engel kalmaz. Aynı doğrultuda bkz. Dural ve Öz, 2020: N516. Ayrıca bkz. Kaneti, 1972: 202-203. Nitekim Y. 2. HD, E.1972/2899, K.1972/2815, 05.05.1972, (Şener, 1988: 1056) kararında Yargıtay, resmî şekilde yapılmamış mirastan feragat sözleşmesinin tahvili imkânını -taahhütlerin karşılıklı olmasına değinmeksizin- reddetmiştir. Aynı şekilde bkz. Dural ve Öz, 2020: N516.

¹³⁴ Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net).

¹³⁵ Y. 3. HD, E.2013/13211, K.2013/17415, 09.12.2013, (legalbank.net).

¹³⁶ Wachendorf Eichenberger, 2003: 104; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279; Weimar, 2009: Einl. vor Art.467 N83 (eserde yanlışlıkla, mevcut olmayan Art.539/III ZGB hükmünden bahsedilmiştir); Kaneti, 1972: 206; Dural ve Öz, 2020: N1508; Antalya ve Sağlam, 2019: N1065; Baygın, 2000: 579. Benzer şekilde bkz. Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; Serozan ve Engin, 2021: §4 N26, 179,

bahis konusu hükümde iki farklı tahvil ihtimalini açıkça öngörmüştür. Tüzel kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyeti bulunmayan topluluğa yapılan kazandırma, öncelikle o topluluğu oluşturan kişilere birlikte ait olacak; ancak bu yolla mirasbırakanın amacının gerçekleşmesi mümkün değilse tasarruf, vakıf kurmaya tahvil edilecektir. Anılan sebeple artık tahvilin şartlarının somut olayda mevcut olup olmadığının irdelenmesine gerek yoktur¹³⁷.

Tüzel kişiliği ve dolayısıyla mirasçı olma ehliyeti bulunmayan topluluğa yapılan kazandırma için öncelikle topluluktaki kişilere eşit olarak paylaşılma yolu denir¹³⁸. Dolayısıyla topluluğu oluşturan kişiler, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı gibi haklarını ileri sürebilir¹³⁹. Bunun için elbette kazandırmaya hak kazanan kişi çevresinin kesin ve net bir şekilde belirlenebilmesi gerekir¹⁴⁰. Örneğin; belirli bir üniversitenin hukuk fakültesinin ilk sınıfında öğrenim gören öğrencilere, eğitim masraflarında kolaylık sağlanması amacıyla bir kazandırma yapılmışsa yararlanacak kişi çevresi rahatlıkla belirlenebilir ve anılan kişiler eşit olarak kazandırmadan yararlanır¹⁴¹. Kazandırmadan yararlananlar, TMK 577/II hükmü gereğince mirasbırakanın belirlediği amacı yerine getirmeye ilişkin yüküleme (*Auflage*) altındadır¹⁴². Mirasbırakanın böyle bir amaç belirtmemesi hâlinde ise söz

242; Kırkbeşoğlu, 2019: 211. Söz konusu hükmün emredici nitelikte olmadığı yönünde bkz. Piotet, 1978: 213; Ergüne, 2011: 252.

¹³⁷ Anılan hüküm kapsamında farazî iradenin varlığının karineten kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Piotet, 1978: 213.

¹³⁸ Dural ve Öz, 2020: N1508-1509; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242; Kaneti, 1972: 204-205; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279, 1281; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24. Hükümde geçen “kazandırma” (*Zuwendungen*) ibaresinin hem belirli mal bırakmayı (*Vermächtnis*) hem mirasçı atamayı (*Erbeinsetzung*) kapsadığı yönünde bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279; Dural ve Öz, 2020: N1508. Elbette anılan kişiler bir tüzel kişilik oluşturuyorsa bu durumda tüzel kişi mirasçı veya kendisine mal bırakılan olur. Bu hususta bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N242. Anılan ihtimalde TMK 577/II hükmünün uygulanması doğal olarak gündeme gelmez.

¹³⁹ Dural ve Öz, 2020: N1509.

¹⁴⁰ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279, 1281; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; İmre ve Erman, 2016: 308. Anılan kişi çevresinin kimlerden oluştuğu, mirasın açılması anı esas alınarak belirlenir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 530 dn.17; Ergüne, 2011: 253-254. Mirasbırakanın belirlediği kişi çevresi herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olmalıdır. Aksi hâlde ölüme bağlı tasarrufun icra edilebilmesi için vasiyeti yerine getirme görevlisinin veya üçüncü kişilerin karar vermesi gerekir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. BGE 81 II 30 E.7; Ergüne, 2011: 254.

¹⁴¹ Benzer bir örnek için bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N242.

¹⁴² Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281; Ergüne, 2011: 253; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242 (Yazarlar, yapılan kazandırmada fakültedeki bir dersliğin onarılması gibi geçici bir

konusu kişiler herhangi bir yüklemle bulunmaksızın kazandırmadan istifade ederler¹⁴³.

Topluluğu oluşturan kişilerin çevresinin net belirlenememesi veya belirlenebilmekle birlikte çok sayıdaki kişiyi içeren topluluk fertlerine eşit kazandırma yapılması hâlinde mirasbırakanın amacı gerçekleşmeyecekse tasarruf, topluluğun güttüğü amacın gerçekleştirilebilmesi için vakıf kurmaya tahvil edilir¹⁴⁴. Örneğin; mirasbırakan, kazandırmadan istifade edecek topluluğu “*yaşlı ve muhtaçlar*” şeklinde ifade etmişse kişi çevresi net bir şekilde belirlenemeyeceğinden¹⁴⁵ kazandırma, vakfa tahvil edilir¹⁴⁶. Bu hâlde

amaç öngörülümüşse yüklemli vasiyetten söz edileceğini belirtmektedir). Benzer şekilde bkz. Kocayusufoğlu, 1987: 150. Yüklemle (*Auflage*) hakkında açıklamalar için bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N772 vd.; Yıldırım, 2004: 97 vd.

¹⁴³ Ergüne, 2011: 253.

¹⁴⁴ Kaneti, 1972: 204-205; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; Ergüne, 2011: 254-255; Dural ve Öz, 2020: N1510-1511. krş. İmre ve Erman, 2016: 308. Kazandırmanın toplu muhafazası suretiyle amaç daha iyi korunabileceyse de tasarrufun vakıf kurmaya tahvil edilebileceği yönünde bkz. Dural ve Öz, 2020: N1510-1511. Her ne kadar hükümde açıkça ifade edilmemiş olsa da kazandırmanın vakıf kurmak yerine mevcut bir vakfa veya başka bir tüzel kişiliğe de aktarılabilmesi yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 104; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; Piotet, 1978: 213; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242. Ölüme bağlı tasarrufun vakıf kurmaya tahvil edilebilmesi için vakıf kurmanın şartlarının mevcut olması gerektiği hususunda bkz. Ergüne, 2011: 256. Kazandırma vakıf kurmak için yeterli gelmezse TMK 107/III (eTMK 77/III) hükmü gereğince en yakın amacı güden vakfa, böyle bir vakıf yoksa tüzel kişiye verilmesi gerektiği yönünde bkz. Kaneti, 1972: 205 dn.39; Baygın, 2000: 580; Kocayusufoğlu, 1987: 530-531; Ergüne, 2011: 257-258.

¹⁴⁵ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281. Benzer örnekler için bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281; Serozan ve Engin, 2021: §4 N242; İmre ve Erman, 2016: 118 dn.14. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 81 II 31-32 E.8 kararında “*Katolik rahip adaylarının yetiştirilmesinde kullanılmak üzere*” (“*zur Heranbildung von katholischen Priesteramtskandidaten zu verwenden*”) şeklindeki ölüme bağlı tasarrufta kişi çevresini yeterince somut bulmayarak mirasbırakanın kazandırmasının Art.539/II ZGB çerçevesinde tahvil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Buna karşın BGE 100 II 103 E.3b (“*Il n'est pas concevable de partager la fortune de Marie Oberson entre les lépreux pris individuellement. En revanche, le but visé peut être atteint par la constitution d'une fondation nouvelle composée du capital net de l'héritage: ...*”) kararında ise yararlanacak kişi çevresinin “*cüzzamlılar*” (“*les lépreux*”) şeklinde belirlendiği kazandırma bakımından amacın, vakıf yoluyla daha iyi yerine getirilebileceği kanaatiyle kazandırmayı vakfa tahvil etmiştir. Bu bakımdan bkz. ve krş. Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumo-Jungo, 2012: N1/24; Wachendorf Eichenberger, 2003: 135; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1280; Ergüne, 2011: 254 dn.663.

¹⁴⁶ Yeni bir vakıf kurulabileceği (TMK 526, 577/II) ya da kazandırmanın amacına uyan hâlihazırda mevcut bir tüzel kişiliğe -kural olarak vakfa- yapılacağı yönünde bkz. Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281. Alman hukukunda §2072 BGB hükmü tam olarak anılan

de tasarruftan yararlanan kişi çevresinin ve buna bağlı olarak mirasbırakanın amacının yeterli bir şekilde somutlaştırılması gerekir¹⁴⁷. Zira yararlanacak kişilerin kimler olduğu belirlenemiyorsa sınırlandırılmayan kişi çevresi nedeniyle mirasbırakanın arzusunun yerine getirilebilmesi mümkün olmaz ve bir görüşe göre mirasbırakanın kazandırmaya ilişkin tasarrufu batıl olur¹⁴⁸. Üstün tutulması gereken diğer görüş ise *favor testamenti* ilkesinden hareketle mirasbırakanın amacını gerçekleştirmeye ehil bir vakfa yüklemeli kazandırma yapılmasının daha isabetli olduğunu savunmaktadır¹⁴⁹.

D. Bağlayıcı Ölümüne Bağlı Tasarruf İçermeyen Miras Sözleşmesinin Tahvili

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yapabilir. Tek taraflı bir hukukî işlem olması sebebiyle vasiyetnamede, karşılıklılık taşıyan tasarruflardan bahsedilemez. Oysaki miras sözleşmesi, vasiyetnameden farklı olarak mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarruflarını edim – karşı edim ilişkisi içerisinde (ivazlı miras sözleşmesi) yapabilmesine olanak sağlar. Bu bakımdan miras sözleşmesi, en azından bir adet bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf içermelidir¹⁵⁰. Bununla birlikte miras sözleşmesinde anılan bağlayıcılığa sahip olmayan maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflara da yer verilmesinde sakınca yoktur¹⁵¹. Örneğin; mirasbırakan, sözleşme tarafı ile karşılıklı edimlerinin yanı sıra miras sözleşmesi ile bir vakıf kurabilir veya vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir.

Miras sözleşmesi, tamamen bu şekilde karşılıklılık arz etmeyen maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflardan oluşuyorsa, ancak herhangi bir sebeple

ihtimali öngörmüştür. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Ergüne, 2011: 256 dn.666. Söz konusu düzenlemeye göre mirasbırakanın net bir şekilde sınırlanamaksızın “*yoksullar*” (“*die Armen*”) şeklinde yaptığı kazandırma, şüphe hâlinde, yoksullara dağıtmak yüklemesi ile birlikte kendisinin son yerleşim yerinde bulunan yoksullara yardım kuruluşuna (“*Armenkasse*”) verilir.

¹⁴⁷ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1279; Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumojungo, 2012: N1/24.

¹⁴⁸ Breitschmid, Eitel, Fankhauser, Geiser ve Rumojungo, 2012: N1/24; Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N1281.

¹⁴⁹ Y. 2. HD, E.2001/5921, K.2001/7312, 10.05.2001, (legalbank.net); Y. 2. HD., E.1990/12013, K.1990/13283, 11.12.1990, (Yıldırım, 2004: 110 dn.449); Serozan ve Engin, 2021: §4 N242; Ergüne, 2011: 257 (Yazar, bu noktada TMK 107/III hükmünün de kıyasen uygulanabileceği kanaatindedir).

¹⁵⁰ Dural, 1980: 104 dn.5, 111; Dural ve Öz, 2020: 662; Kocaağa, 2002: 59 dn.3.

¹⁵¹ Dural, 1980: 110. Anılan tek taraflı maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların yorumlarında irade prensibinin geçerli olduğu hususunda bkz. Baygın, 2000: 571-572.

geçersizse tahvil söz konusu olabilir¹⁵². Gerçekten böyle bir miras sözleşmesi, anılan tasarrufların vasiyetname ile yapılması mümkün olduğu için -elbette tahvilin unsurları mevcutsa- geçerlilik şartlarını haiz vasiyetnameye çevrilerek ayakta tutulabilir.

Miras sözleşmesinin ivazlı içeriğine dâhil olan bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufların tahvil edilebilmesine ise şüpheyile yaklaşmak gerekir. Zira çoğu zaman mirasbırakan, karşı âkitten elde edeceği ivaz sebebiyle anılan tasarrufta bulunmaktadır. Ancak mirasbırakanın, miras sözleşmesinin geçersizliğini bilseydi anılan kazandırmayı vasiyetname olarak da yapacağı yönünde farazî iradesinin varlığı kabul edilebilirse tahvil yapılabilir.

E. Ortak Vasiyetnamelerin Tahvili

İki ya da daha çok kişinin aynı hukukî işlem içerisinde yaptığı ölüme bağlı tasarruflara ortak vasiyetname (*gemeinschaftliches, gemeinsames Testament*) denir¹⁵³. Türk/İsviçre hukukunda ortak vasiyetname kurumu, Alman hukukunun aksine açıkça düzenlenmemiştir¹⁵⁴. Her ne kadar ZGB'nin ön tasarısında (*Vorentwurf*) ortak vasiyetnameye yer verilmişse de uzmanlar komisyonu (*Expertenkommission*) tarafından anılan hükümler nihai metinden çıkartılmıştır¹⁵⁵. Aynı komisyon, ortak vasiyetnamenin açıkça yasaklanması yönündeki teklifi ise reddederek ortak vasiyetname kurumu bakımından belirgin bir tutum sergilemekten kaçınmış ve meseleyi öğreti ile içtihatlarla bırakmıştır¹⁵⁶. Nitekim Türk/İsviçre hukukunda ortak vasiyetnamelerin

¹⁵² Dural ve Öz, 2020: N662; Antalya ve Sağlam, 2019: N544; İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 361; Kocaağa, 2002: 59 dn.3.

¹⁵³ Y. 3. HD, E.2013/18224, K.2014/2251, 17.02.2014, (legalbank.net); Y. 3. HD, E.2017/12298, K.2019/146, 16.01.2019, (www.lexpera.com.tr); Y. 2. HD, E.1990/9067 K.1990/2434, 02.03.1990, (www.lexpera.com.tr); Druet, §9 N7; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Kocayusufoşaoğlu, 1987: 129; Dural ve Öz, 2020: N269 vd.

¹⁵⁴ Breitschmid, 1982: N657; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Serozan ve Engin, 2012: §4 N6, 10; Kocayusufoşaoğlu, 1987: 131; Ergüne, 2011: 24. §2265 BGB hükmünün ortak vasiyetnamenin sadece eşler arasında yapılabileceğini açıkça düzenlediği yönünde bkz. Kocayusufoşaoğlu, 1987: 131. Alman hukukunda yaygın olarak uygulama alanı bulan, eşlerin birbirine bağlı tasarruflarını içeren birlikte kaleme alınmış ve imzalanmış ortak vasiyetnamenin “*Berlin tipi vasiyetname*” (*Berliner Testament*) şeklinde anıldığı hususunda bkz. Serozan ve Engin, 2021: §4 N6. Alman hukuku bakımından evli olmayan kişilerin yaptıkları ortak vasiyetin, bağımsız tek kişilik vasiyetnelere tahvil edilebileceği yönünde bkz. Ellenberger, 2022: §140 N10. Yazar, eşlerden birinin vasiyetname ehliyetine sahip olmaması hâlinde dahi tahvilin mümkün olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde bkz. Berneith, 2019: 242.

¹⁵⁵ BGE 46 II 18 E.4; Piotet, 1978: 190; Kocayusufoşaoğlu, 1987: 131.

¹⁵⁶ Piotet, 1978: 190.

geçerli olmadığı ağırlıklı olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷. Hakikaten kanun koyucu, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları sınırlı sayıda düzenlemiştir¹⁵⁸. Ancak mirasbırakanın son arzularının mümkün mertebe ayakta tutulması ilkesi (*favor testamenti*) gereğince geçersiz ortak vasiyetnamelerin ikâme bir hukukî işleme tahvil edilebilmesi mümkündür¹⁵⁹.

Ortak vasiyetname; birlikte, karşılıklı ve birbirine bağlı olmak üzere üç farklı şekilde görülebilir:

Birlikte vasiyetname (*testamentum mere simultaneum, gleichzeitiges Testament*) denilen ilk hâlde birden çok kişinin yaptığı ölüme bağlı tasarruflar arasında herhangi bir irtibat bulunmamakta, sadece anılan kişilerin tasarrufları aynı belgede veya hukukî işlem içerisinde yer almaktadır¹⁶⁰.

Karşılıklı vasiyetnamede (*testamentum reciprocum, gegenseitiges, reziprokes Testament*) ise taraflar, aynı hukukî işlem içerisinde karşılıklı olarak birbirleri lehine ölüme bağlı tasarruflarda bulunurlar¹⁶¹. Karşılıklı vasiyetnamede tasarruflar arasında, birbirine bağlı vasiyetnamedeki gibi yoğunluğa sahip olmamakla birlikte bir iç bağlantı vardır¹⁶². Bu bakımdan taraflardan birinin yaptığı tasarrufların geçersiz olması, karşı tarafın tasarruflarının geçerliliğini etkilemez¹⁶³.

Birbirine bağlı vasiyetnamede (*testamentum correspectivum, korrespektives, wechselseitiges Testament*) ise tarafların yaptıkları ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği, aynı hukukî işlemde yer alan diğer tarafın

¹⁵⁷ BGE 89 II 285 E.4; BGE 76 II 278-279 E.3a; Piotet, 1978: 190-191; Baygın, 2000: 585; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131; İmre ve Erman, 2016: 227.

¹⁵⁸ Wachendorf Eichenberger, 2003: 69.

¹⁵⁹ Baygın, 2000: 585-586; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Serozan ve Engin, 2021: §4 N6. Eşlerin resmî şekilde yaptığı ortak vasiyetnamenin, serbestçe dönebilme imkânı bulunmadığı için miras sözleşmesine tahvil edilemeyeceği yönünde bkz. İnan, Ertaş ve Albaş, 2015: 171-172, 271.

¹⁶⁰ Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Breitschmid, 1982: N659; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 130.

¹⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 130; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Piotet, 1978: 190. krş. Breitschmid, 1982: N659. Yazar, tasarrufların aynı belgede bulunmasının elzem olmadığını belirtmektedir.

¹⁶² Breitschmid, 1982: N659; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69.

¹⁶³ Y. 2. HD, E.1955/6030, K. 1955/5945, 27.02.1955, (Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 133); Y. 2. HD, E.1963/3847, K.1963/3770, 17.06.1963, (Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 133-134). Bu husustaki açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 133-134; Dural ve Öz, 2020: N271.

yaptığı ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğine bağlanmıştır¹⁶⁴. Bu bakımdan taraflardan birinin yaptığı tasarrufların geçersiz olması, karşı tarafın tasarruflarını da geçersiz kılar¹⁶⁵. Birbirine bağlı vasiyetnamede tarafların tasarruflarının karşılıklı olması şart değildir¹⁶⁶. Birbirine bağlı vasiyetname, Türk/İsviçre hukukunda geçerli kabul edilmemektedir¹⁶⁷.

Her bir vasiyet bakımından şekil koşullarını yerine getirmiş birlikte veya karşılıklı vasiyetnameler geçerlidir. Zira kanun koyucunun açıkça ortak vasiyetname imkânını öngörmemiş olması, her biri kendi başına bağımsız bir ölüme bağlı tasarrufun geçerlilik şartlarını sağlayan hukukî işlemlerin geçerli olmasını engellemez. Ancak tarafların somut olayda ortak vasiyetnameyi nasıl yaptıkları belirleyicidir. Örneğin; tarafların sırasıyla kendi ölüme bağlı tasarruflarını kaleme almaları sonrasında tarihi de belirterek bunu imzalamaları hâlinde her ne kadar aynı belgede tecessüm etmiş olsa da iki farklı el yazılı vasiyetname mevcut olup bunların geçerli olduklarından şüphe etmemek gerekir¹⁶⁸. Buna karşın örneğin; ortak vasiyetname yapan kişilerden biri vasiyetname metnini elle yazıp sonra da tarihini atarak altını imzalarsa ve diğer taraf da sadece tarih ve imza atar veya yukarıdaki tasarrufların

¹⁶⁴ BGE 76 II 278-279 E.3a; Wachendorf Eichenberger, 2003: 69-70; Piotet, 1978: 190; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 130-131; Dural ve Öz, 2020: N269. krş. Breitschmid, 1982: N659. Yazar, tasarrufların aynı belgede bulunmasının elzem olmadığını belirtmektedir. Taraflardan en az biri ortak vasiyetnamedeki taahhütlerinden serbestçe dönmekten imtina etmişse miras sözleşmesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. Piotet, 1978: 190. Ortak vasiyetname ile miras sözleşmesinin şekil ve bağlayıcılık bakımından farklı olduğu hususunda bkz. Breitschmid, 1982: N661.

¹⁶⁵ Wachendorf Eichenberger, 2003: 69; Piotet, 1978: 190.

¹⁶⁶ Piotet, 1978: 190; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131.

¹⁶⁷ BGE 76 II 278-279 E.3a; Wachendorf Eichenberger, 2003: 70; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 132; Baygın, 2000: 585. Miras sözleşmesi şekline uyulması hâlinde birbirine bağlı vasiyetnamenin geçerli olacağı yönünde krş. Piotet, 1978: 191-192. Birbirine bağlı vasiyetnamenin, vasiyetnameden her zaman dönülebilmemesinin mümkün olması ile bağdaşmadığı, ayrıca edimler arasındaki bağıllık sebebiyle her tarafın, karşı tarafın etkisine açık olduğu yönünde bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 71. Birbirine bağlı vasiyetnamenin aynı hukukî işlemde değil, bağımsız vasiyetnameler hâlinde yapılırsa geçerli olacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 132. İsviçre Federal Mahkemesi ise nasıl yapıldığından bağımsız olarak, birbirine bağlı vasiyetnameden dönme imkânının bulunmaması sebebiyle geçersizliği kabul etmektedir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Wachendorf Eichenberger, 2003: 71.

¹⁶⁸ Wachendorf Eichenberger, 2003: 70-71; Serozan ve Engin, 2021: §4 N6; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 132, 134. krş. Piotet, 1978: 192; Ergüne, 2011: 261-262. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Berneith, 2019: 242. Ortak vasiyetnamenin miras sözleşmesi şeklinde yapılmasının gerektiği yönünde bkz. Druey, §9 N7.

kendisinin de son arzularını teşkil ettiği gibi bir ifadeyi de eklerse burada ikinci tasarrufun geçerlilik koşulları sağlanmadığı için ortak vasiyetname geçerli olamaz¹⁶⁹. Diğer yandan açılan iptal davası neticesinde iptaline karar verilen ortak vasiyetname, koşullarını sağlıyorsa miras sözleşmesine tahvil edilebilir¹⁷⁰. Benzer şekilde geçerlilik koşullarını yerine getiren ilk tarafın yaptığı ölüme bağlı tasarruf ise el yazılı vasiyetnameye tahvil edilerek geçerli tutulabilir¹⁷¹. Ancak bu ihtimalde tarafların tasarrufları arasında bir iç bağlantı varsa, yani birbirine bağlı vasiyetname söz konusuysa farazi irade unsurunun

¹⁶⁹ Y. 3. HD, E.2013/18224, K.2014/2251, 17.02.2014, (legalbank.net): "... ortak vasiyetname denir. ... Bu hali ile birisi bakımından şekil şartı tamam olmakla beraber diğeri yönünden şekil şartı eksik kalan vasiyetnameleri geçerli saymak mümkün değildir. Ne var ki, yapılan ölüme bağlı tasarrufu miras sözleşmesi ve sair kurumlar çerçevesinde yorumlamanın mümkün olduğu durumlarda ise murisin son arzularını ayakta tutmak ve tahvil suretiyle yapılan hukuki işlemin geçerli olduğundan söz edilebilir. ... genel olarak ortak vasiyetnamenin değil ama Medeni Kanundaki şekil şartlarından birine (resmi-el yazısı-sözlü vasiyet) uyularak yapılmamış olanların geçersiz olduğu sonucuna varılabilir ki bu da birlikte yapılan vasiyet olacaktır. Örneğin, bir el yazısı vasiyetnameyi vasiyetçilerden biri, her iki mirasbırakanın arzularını açıklayacak şekilde yapmış ve sonra her ikisi de imzalamış iseler; veya vasiyetçiler, birlikte noter önünde son arzularını açıklamış ve noter de her iki iradeyi kapsayacak şekilde bir tek belge düzenlemiş ise o zaman vasiyetname kanundaki şartlara uygun olarak yapılmadığı için geçersiz olacaktır. Bu geçersizliğin müeyyidesi ise butlan değil iptal kabiliyetidir. Zira, ortada şekil şartlarını ihlal etmiş olsa dahi, şeklen bir vasiyetname vardır."); Y. 3. HD, E.2017/12298, K.2019/146, 16.01.2019, (www.lexpera.com.tr); Y. 2. HD., E.1990/9067 K.1990/2434, 02.03.1990, (www.lexpera.com.tr): "Daha başka bir ifade ile aynı işlemle yapılan birbiriyle iç içe geçmiş ve biri diğerine bağımlı vasiyetnameler ortak vasiyetname sayılır. Bu hali ile birisi bakımından şekil şartı tamam olmakla beraber diğeri yönünden şekil şartı eksik kalan vasiyetnameleri geçerli saymak mümkün değildir."; Wachendorf Eichenberger, 2003: 158; Dural ve Öz, 2020: N269; Piotet, 1978: 192; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Baygın, 2000: 585. İkinci tarafın, belgeyi hiç imzalamaması hâlinde de şüphesiz aynı sonuca ulaşılabilir. Aynı yönde bkz. Wendtland, 2022: §140 N17; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Kaneti, 1972: 202-203.

¹⁷⁰ Y. 2. HD., E.1990/9067, K.1990/2434, 02.03.1990, (www.lexpera.com.tr). Kararda eşlerin yaptığı birlikte vasiyetnamenin geçersiz olduğu tespit edildikten sonra anılan işlem miras sözleşmesine tahvil edilerek ayakta tutulmuştur. Bu açıdan bkz. ve krş. Çabri, 2018: N1095.

¹⁷¹ Y. 3. HD, E.2013/18224, K.2014/2251, 17.02.2014, (legalbank.net); Dural ve Öz, 2020: N269; Piotet, 1978: 192; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Baygın, 2000: 585. Bu bakımdan krş. Serozan ve Engin, 2021: §4 N251 (Yazarlar; "ortak karşılıklı vasiyetnamenin" şekle aykırılık sebebiyle iptal edilebilir olduğunu; ancak şartları varsa tahvil edilebileceğini belirtmektedir); Breitschmid, 1982: N670.

bulunmaması sebebiyle tahvil de gerçekleşemez¹⁷². Nitekim Alman hukukunda §2270/I BGB hükmü, anılan sonucu açıkça düzenlemiştir¹⁷³.

F. Ölüme Bağlı Tasarruflarla Hayvanlara Yapılan Kazandırmaların Tahvili

TMK 8/I (Art.11/I ZGB) ve 577/I (Art.539/I ZGB) hükümleri çerçevesinde sadece kişiler, mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilir. Bir başka ifadeyle, hak ehliyetine sahip olmadıkları için hayvanların mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmesi mümkün değildir¹⁷⁴.

Bununla birlikte İsviçre hukukunda 01.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile üç fıkradan oluşan Art.482 ZGB (TMK 515) hükmüne dördüncü bir fıkra eklenmiş ve ölüme bağlı tasarruflarla hayvanlar lehine yapılan kazandırmaların, anılan hayvanlar için hayvan dostu bir bakımın sağlanmasına yönelik yüklemeye sayılacağı hükme bağlanmıştır¹⁷⁵. Bir başka ifadeyle, hayvana yapılmış kazandırmanın kesin hükümsüz olması gerekmesine rağmen kanun koyucu, bunu ilgili kişiye yapılan yüklemeli bir kazandırmaya tahvil ederek ayakta tutmuştur¹⁷⁶. Dolayısıyla İsviçre

¹⁷² Piotet, 1978: 213; Druey, §9 N7; Kaneti, 1972: 198-199; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 131-132; Dural ve Öz, 2020: N269; Ergüne, 2011: 262. Bu bakımdan İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarından örnek verilebilir. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 89 II 286 E.4 kararında batıl birbirine bağlı vasiyetnamenin farazî iradenin bulunmaması sebebiyle el yazılı vasiyetnameye tahvil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Aynı yönde bkz. Schwenzer ve Fountoulakis, 2020: Art.11 N26; Müller, 2018: Art.11 N241; Huguenin, Art.35 N6. Mahkeme BGE 76 II 279 E.3b kararında da farazî iradenin mevcudiyetinin anlaşılabilmesi sebebiyle tahvili reddetmiştir. Eşler arasında yapılması ve farazî iradenin varlığı hâlinde karşılıklı vasiyetnamenin iki ayrı vasiyetnameye tahvil edilebileceği yönünde bkz. Kaneti, 1972: 201.

¹⁷³ Berneith, 2019: 242. Yazar, bununla birlikte karşılıklı ortak vasiyetnamenin içerdiği karşılıklı olmayan ölüme bağlı tasarrufların geçerli olup olmayacaklarının ise §2085 BGB hükmüne göre belirleneceğini belirtmektedir. Bu hususta bkz. Berneith, 2019: 243.

¹⁷⁴ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N785; Ergüne, 2011: 259; İmre ve Erman, 2016: 119; Çabri, 2018: N86.

¹⁷⁵ Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002 (Grundsatzartikel Tiere), in Kraft seit 1. April 2003 (AS 2003 463; BBl 2002 4164 5806). Yine aynı Kanun ile ZGB'ye eklenen Art.641a hükmü "Hayvanlar eşya değildir." ve "Hayvanlar için özel düzenlemeler mevcut olmadığı takdirde eşyalara dair kurallar hayvanlar için de uygulanır." şeklinde iki fıkradan oluşmaktadır.

¹⁷⁶ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N323, 785, 1276; Serozan ve Engin, 2021: §1 N143, §4 N26,

Ergüne, 2011: 260. Aynı sonuca, hak ehliyetine sahip olmayan çeşme veya cami gibi cansız varlıklar lehine yapılan kazandırmalar bakımından da varılabileceği yönünde bkz. Ergüne, 2011: 259.

hukukunda Art.482/IV hükmü gereğince kanunî tahvilden söz edilebilir¹⁷⁷. Kanunî tahvil düzenlemesi bulunduğu için artık tahvilin unsurlarının somut olayda var olup olmadığı incelenmez. Öğretide; tek kanunî mirasçısı kardeşi olan mirasbırakanın, kaplumbağasını tek mirasçısı olarak belirlemesi bu durumda örnek gösterilmiştir¹⁷⁸. Bu hâlde mirasbırakanın kardeşi, kaplumbağaya bakmak yüklemesi ile tek mirasçı olarak mirası kazanır.

Türk hukuku bakımından benzer bir düzenleme bulunmadığı için kanunî tahvil imkânından söz edilemez. Bununla birlikte tahvilin unsurlarının somut olayda bulunması hâlinde ölüme bağlı tasarruf ile hayvan lehine yapılan kazandırmaların, *favor testamenti* ilkesi gereğince yüklemeye tahvil edilebilmesine bir engel yoktur¹⁷⁹.

Sonuç

Kesin hükümsüz bir hukukî işlem, belirli şartların varlığı hâlinde ikâme bir hukukî işleme tahvil edilebilir. Bunun için tarafların yaptıkları hukukî işlemin batıl olduğunu bilmemeleri, butlana yol açan kanun hükmünün tahvile engel olmaması, batıl işlemin ikâme işlemin geçerlilik şartlarını sağlaması, ikâme işlemin tarafların amaçladığı hukukî sonuçlara benzer sonuçlar doğurması ve tarafların yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilselerdi ikâme işlemini yapmak isteyeceklerinin kabul edilebilmesi gerekir. Anılan unsurların bir arada bulunması durumunda tahvil re'sen gerçekleşir. Bununla birlikte tahvile dayanan taraf, tahvili ispat yükü altındadır.

Geçersiz olan ölüme bağlı tasarrufun sonradan geçerli bir şekilde tekrar yapılabilmesi çoğu zaman mümkün olmadığından tahvilin önemi, ölüme bağlı tasarruflar alanında daha fazladır. Genel bir hükümle düzenlenmemiş olmasına rağmen miras hukukuna egemen *favor testamenti* ilkesinden hareketle tahvilin yapılabileceği aşikârdır. Nitekim kanun koyucu da belirli bazı hükümlerde kanunî tahvil imkânını açıkça düzenlemiştir. Kanunî tahvil hâllerinde, ilgili kanunî düzenlemedeki unsurların sağlanması yeterli olup ayrıca tahvilin unsurlarının mevcudiyeti aranmaz. Tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluğa yapılan kazandırmaların tahvilini düzenleyen TMK 577/II hükmü kanunî tahvile örnek gösterilebilir. Keza İsviçre hukukunda ölüme bağlı tasarruflarla hayvanlara yapılan kazandırmaların tahvili de Art.482/IV ZGB düzenlemesi gereğince kanunî tahvil teşkil eder.

¹⁷⁷ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N323, 785, 1276.

¹⁷⁸ Wolf ve Hrubesch-Millauer, 2020: N786.

¹⁷⁹ Benzer şekilde bkz. İmre ve Erman, 2016: 119; Çabri, 2018: N86; Ayan, 2016: 156.

Kanunî tahvil hâlleri dışında, tahvilin tüm unsurlarının mevcut olduğu durumlarda da geçersiz ölüme bağlı tasarruflar tahvil edilebilir. Bu noktada ilk akla gelen, gerekli ehliyet (TMK 557 b.1) veya şekil şartını (TMK 557 b.4) sağlamadan yapılan ölüme bağlı tasarrufların tahvil edilebilmesidir. Bu bağlamda miras sözleşmesinin, vasiyetnameye tahvili söz konusu olabilir. Şüphesiz anılan ölüme bağlı tasarrufların tahvilinin gündeme gelebilmesi için öncelikle bunlar hakkında açılan iptal davasında iptale karar verilmesi gerekir. Zira iptal edilmedikçe söz konusu ölüme bağlı tasarruflar geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam ederler. Tahvilin temel unsuru, batıl bir hukukî işlemin mevcudiyeti olduğu için iptal kararı kesinleşmedikçe tahvil ihtimalinden söz edilemez.

Miras sözleşmesinin ivazlı içeriğine dâhil olmayan tasarrufların tahvil edilebilmesi mümkündür. Buna karşın tarafların edim – karşı edim ilişkisi içerisinde yer alan ivazlı bir tasarrufun tahvil edilebilmesi bakımından çekingen bir tutum takınmak gerekir. Bu durumda mirasbırakanın, karşı edimin hükümsüz olduğunu bilseydi dahi kendi tasarrufunu yapacağına dair farazî iradesinin varlığı büyük önem kazanır ve muhtemelen uygulamada karşılaşılabilecek pek çok hâlde böyle bir farazî iradede bahsedilemez.

Ortak vasiyetnamelerin Türk ve İsviçre hukukunda açıkça düzenlenmemesi sebebiyle geçersiz olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Buna karşın şeklen varlığını koruyan ortak vasiyetname, yalnızca açılan iptal davasında verilen iptal kararı ile tahvile açık hâle gelir. Bu durumda *favor testamenti* ilkesi gereğince ve geçerlilik koşullarını sağlaması kaydıyla her bir tarafın yaptığı tasarrufun bağımsız bir ölüme bağlı tasarrufa tahvili mümkündür. Bu bakımdan somut olayın şartlarının dikkate alınması gerekir. Göz önüne alınması gereken diğer bir husus ise tarafların tasarrufları arasında bir iç bağlantı bulunup bulunmadığıdır. Birbirine bağlı vasiyetname denilen bu hâlde, tasarrufu yapanın, karşı tarafın tasarrufunun geçersiz olmasına rağmen kendi tasarrufunu yapmak yönünde farazî iradeye sahip olması beklenemeyeceğinden tahvil gerçekleşemez.

Ölüme bağlı tasarruflarla hayvanlara yapılan kazandırmalar bakımından İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda açık bir kanunî düzenleme bulunmadığı için kanunî tahvilden söz edilemez. Buna karşın somut olayda tahvilin şartlarının mevcut olması hâlinde anılan tasarrufun, yüklemeye tahvili *favor testamenti* ilkesinin bir gereğidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Pakize Ezgi. Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Aksoy Dursun, Sanem. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 66, Sayı 2 (2008): 311-326.
- Akyol, Şener. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (2. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Altınok Ormancı, Pınar. Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Altunkaya, Mehmet. Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Antalya, Osman Gökhan. Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1 Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 2. Baskı (Editör Osman Gökhan Antalya). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Osman Gökhan ve Sağlam, İpek. Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III (4. Baskı) (Editör Osman Gökhan Antalya). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Osman Gökhan ve Topuz, Murat. Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk Cilt 1 Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri (4. Baskı) (Editör Osman Gökhan Antalya). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan, Mehmet. Miras Hukuku (9. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Başpınar, Veysel. Borç Sözleşmelerinin Kısımî Butlanı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Baygın, Cem. “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2 (2000): 567-594.
- Berneith, Daniel. “Umdeutung nichtiger gemeinschaftlicher Testamente mit wechselbezüglichen Verfügungen?”. Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Heft 5 (2019): 241-245.
- Breitschmid, Peter. Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege lata - rechtsvergleichend- de lege ferenda dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändigen Testaments. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1982.
- Breitschmid, Peter, Eitel, Paul, Fankhauser, Rolan, Geiser, Thomas ve Rumo-Jungo, Alexandra. Erbrecht (2. Auflage). Zürich, Basel ve Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2012.

- Bucher, Eugen. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht (2. Auflage). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.
- Cornaz, Olivier. La conversion des actes juridiques. Lausanne: Imprimerie Held, 1937.
- Çabri, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Druey, Jean Nicolas. Grundriss des Erbrechts (5. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag AG, 2002.
- Dural, Mustafa. Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Dural, Mustafa ve Öz, Turgut. Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku (15. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Dural, Mustafa ve Sarı, Suat. Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri (16. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Ellenberger, Jürgen. Beck'sche Kurz Kommentare, Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch (81. Auflage). München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Eren, Fikret. Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1966.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ergüne, Mehmet Serkan. Vasiyetnamenin Yorumu. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Esener, Turhan. "Hukuki Muamelelerde Tahvil". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-4 (1959): 234-259.
- Flume, Werner. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Das Rechtsgecshäft (4. Auflage). Berlin, Heidelberg ve New York: Springer-Verlag, 1992.
- Funk, Fritz. Handkommentar des Obligationenrechtes. Aarau: Verlag H. R. Sauerländer & Co., 1928.
- Gauch, Peter, Schlupe, Walter R. ve Schmid, Jörg. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht Band I (10. Auflage). Zürich, Basel ve Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Guhl, Theo, Koller, Alfred, Schnyder, Anton K. ve Druey, Jean Nicolas. Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (9. Auflage). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2000.

- Güral, Jale. Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi. Ankara: İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, 1953.
- Havutçu, Ayşe. “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1-4 (1987): 643-681.
- Herzog, Nicolas. Kurzkommmentar OR (Art. 19-20) (Herausgeber Heinrich Honsell). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Huguenin, Claire. Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (Herausgeber Claire Huguenin ve Reto M. Hilty). Zürich: Schulthess Verlag, 2013.
- Huguenin, Claire, Maissen, Eva, Meise, Barbara ve Huber-Purtschert, Tina. Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil (3. Auflage). Zürich: Schulthess Verlag, 2019.
- İmre, Zahit ve Erman, Hasan. Miras Hukuku (12. Baskı). İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- İnan, Ali Naim, Ertaş, Şeref ve Albaş, Hakan. İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku (9. Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- Kahl, Manfred. Grenzen der Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen (§ 140 BGB). Münster: Westfälische Wilhelms-Universität, 1985.
- Kaneti, Selim. İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964) I Borçların Genel Hükümleri. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.
- Kaneti, Selim. Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler (21. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 4 (2019): 197-225.
- Kocaağa, Köksal: “Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Niteliği”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2 (2002): 55-82.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Miras Hukuku (3. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. “Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”. Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, 25-33. İstanbul: Aybay Yayınları, 1996.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (7. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Koç, Nevzat. “Türk Medenî Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2 (1981): 127-172.
- Koller, Alfred. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (4. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, 2017.
- Kramer, Ernst A. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR (Herausgeber Arthur Meier-Hayoz). Bern: Stämpfli Verlag, 1991.
- Kramer, Ernst A. ve Probst, Thomas. Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013.
- Kramer, Ernst A. ve Schmidlin, Bruno. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR (Herausgeber Arthur Meier-Hayoz). Bern: Stämpfli Verlag, 1986.
- Kut, Ahmet. OR Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Art. 11) (Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser) (3. Auflage). Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Medicus, Dieter ve Petersen, Jens. Allgemeiner Teil des BGB (11. Auflage). Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2016.
- Müller, Christoph. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht (Herausgeber Regina E. Aebi-Müller ve Christoph Müller). Bern: Stämpfli Verlag, 2018.
- Neuner, Jörg. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (12. Auflage). München: Verlag C.H. Beck, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal. Miras Hukuku (5. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Oğuzman, Kemal ve Barlas, Nami. Medenî Hukuk (27. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (18. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Özbilen, Arif Barış. Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Özsunay, Ergun. *Medenî Hukuka Giriş* (5. Baskı). İstanbul: Güray Matbaacılık, 1986.
- Piotet, Paul. *Schweizerisches Privatrecht Vierter Band Erbrecht Erster Halbband*. Çeviren René Couchepin. Basel ve Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1978.
- Rey, Heinz: “Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung im Erbrecht”. *recht Zeitschrift für Ausbildung und Praxis*, 2. Jahrgang, Heft 3 (1984): 84-93.
- Schmid, Jörg. *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*. Freiburg: Universitätsverlag, 1988.
- Schwarz, Andreas B. *Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt*. Çeviren Bülent Davran. İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, 2016.
- Schwenzer, Ingeborg ve Fountoulakis, Christiana. *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR (Art. 11)* (Herausgeber Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser) (7. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.
- Serozan, Rona. *Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1968.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme* (2. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Serozan, Rona ve Engin, Baki İlkyay. *Miras Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şener, Esat. *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)*. Ankara: Seçkin Kitabevi, 1988.
- Tandoğan, Haluk. *La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des contrats*. Genève: Imprimerie A. Kundig, 1952.
- Tekil, Fahiman. “Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları”. Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 1091-1114. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk ve Altop, Atillâ. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler* (6. Baskı). İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.

- Von Büren, Bruno. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Zürich: Schulthess & Co. AG, 1964.
- Wachendorf Eichenberger, Isabel. Die Konversion ungültiger Verfügungen von Todes wegen. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- Weil, Elly. Konversion von Rechtsgeschäften. Zürich: Rathmayr und Urlesberger, 1934.
- Weimar, Peter. Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III Das Erbrecht, 1. Abteilung Die Erben, 1. Teilband Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB (Herausgeber Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter). Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Wendtland, Holger. Beck'sche Online-Kommentar BGB (61. Edition) (Herausgeber Wolfgang Hau ve Roman Poseck). München: C.H.Beck, 2022.
- Wolf, Stephan ve Hrubesch-Millauer, Stephanie. Schweizerisches Erbrecht (2. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag, 2020.
- Yıldırım, Abdulkemim. Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Yüksel, Halil İbrahim. Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

BİRLİKTE VELAYETTE GÖNÜLLÜLÜK PRENSİBİNİN YERİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Place of the Principle of Willingness in Joint Custody and
Evaluation of the Constitutional Court Decision*

Barış Can ÖZTÜRK*

ÖZ

Birlikte velayetin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulü ve sonrasında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yabancı mahkemede verilen birlikte velayet kararının Türk kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle tenfizine hükmeden kararının ardından uygulaması giderek artmıştır.

Birlikte velayetin hukukumuzda uygulanabilir hale gelmesi neticesinde, gönüllülük prensibi kapsamında yargı kararlarında uyumsuzluklar ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi Birlikte Velayet Kararında (Hilal Erdaş Başvurusu / Başvuru No: 2018/27658, 6.10.2021 Tarih) ise aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. İhlal kararının gerekçesi olarak tarafların görüşünün alınmaması, tarafların birlikte velayet taleplerinin olmaması, velayet konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunması gösterilmiştir.

Bu kapsamda çalışmanın amacı birlikte velayette gönüllülük prensibinin yerini İsviçre hukuku, uluslararası belgeler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No.lu Protokol çerçevesinde kapsamlı olarak açıklamak, Yargıtay ilgili kararının ve birlikte velayete ilişkin ilk olma özelliği taşıyan

Makalenin Geliş Tarihi: 14.04.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.08.2022.

* Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: bariscanozturk@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5482-1256. İşbu makale yüksek lisans tezinden türetilmiştir (Barış Can Öztürk: "Birlikte Velayet", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022).

Anayasa Mahkemesi Hilal Erdaş Kararının gönüllülük prensibi kapsamında değerlendirilmesi yapmaktır. Son olarak ise Anayasa Mahkemesi kararına ve olması gereken birlikte velayet düzenlemesine ilişkin görüşler sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Birlikte Velayet, Gönüllülük Prensibi, Çocuğun Üstün Yararı, AIHS Ek 7 No.lu Protokol.

ABSTRACT

The application of joint custody has gradually increased after the accepted of Additional Protocol No. 7 to the ECHR and the enforcement decision of the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation.

With joint custody becoming applicable in our law, disagreement have arisen in practice within the scope of the principle of willingness of the parties. The Constitutional Court, in its Joint Custody Decision (Hilal Erdaş Application/Application No: 2018/27658), decided that joint custody violated the right to respect for family life. In its decision, the court cited the fact that the opinion of the parties were not taken, that the parties did not request and that there was a conflict between the parties regarding custody.

The purpose of this study is to explain the place of the principle of willingness the joint custody within the framework of Swiss law, international documents and Protocol No. 7 to the ECHR and to evaluate The decision of the Court of Cassation and the Constitutional Court, within the scope of the principle of willingness. Finally, it is to present opinions on the decision of the Constitutional Court and joint custody arrangement that should be made.

Keywords: Joint Custody, Principle of Willingness, The Best Interests of the Child, Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights.

GİRİŞ

Tarih boyunca toplum ve aile yapısında sürekli bir değişim yaşanmıştır. Bu değişim hukukta ve dolayısıyla velayet hakkına bakış açısında da etkisini göstermiştir. Roma Hukuku'ndan günümüz hukukuna kadar çeşitli velayet düzenlemeleri yapılmıştır. Nihayetinde çocuğun üstün yararı ilkesinin benimsenmesi, kadın hareketleri ve baba hakları grubu istekleri, kadın – erkek eşitliğinin aile içine de yansımaları sonucunda birlikte velayet tartışılmaya başlanmıştır.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren tartışılan ve Amerika Birleşik Devletleri'nin kimi eyaletlerinde yürürlüğe giren birlikte velayet düzenlemesi, yüzyılın sonunda Avrupa devletleri iç hukuklarında önce istisnai sonrasında ise kural olarak düzenlenmiştir. Ülkemizde ise uzun süre kabul edilmeyen birlikte velayet, 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol” (AİHS Ek 7 No.lu Protokol) sonrası uygulanmaya başlanmıştır¹. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.02.2017 tarihli 2016/15777 E., 2017/1737 K. sayılı emsal kararıyla, birlikte velayetin uygulanabilirliğine hükmetmiştir.

Birlikte velayetin uygulanmaya başlanması neticesinde gönüllülük prensibi kapsamında bir diğer deyişle tarafların rızasının veya talebinin gerekip gerekmediği konusunda farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda çalışmamızda birlikte velayetin amacı ve birlikte velayette gönüllülük prensibi, İsviçre hukuku, uluslararası belgeler ve AİHS Ek 7 No.lu Protokol çerçevesinde değerlendirilmiştir. Yargıtay emsal kararının ve birlikte velayete ilişkin ilk olma özelliği taşıyan Anayasa Mahkemesi Hilal Erdaş kararının gönüllülük prensibi kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır. Son olarak ise Anayasa Mahkemesi kararına ve olması gereken birlikte velayet düzenlemesine ilişkin görüşlerimiz sunulmuştur.

I. BİRLİKTE VELAYETİN TANIMI VE AMACI

Velayet, ana babanın küçük veya kimi zaman ergin kısıtlı çocukları üzerindeki kişivarlığına, malvarlığına ve temsiline ilişkin hak ve yükümlülükleri kapsayan, çocuğun gelişimini ve korunmasını amaçlayan bir hukuki kurumdur². Velayet hakkı sadece ana babaya özgü olup doktrinde yaygın kabul gördüğü üzere “başkasının kişiliği üzerinde kurulmuş mutlak

¹ Protokol, 14.03.1985 tarihinde imzalanmış fakat 10.03.2016 tarihli 6684 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 25.03.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² **Bülent Köprülü/ Selim Kaneti:** Aile Hukuku, B.2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s.245; **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş:** Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku, B.16, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s.361; **İsmail Erbay:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medenî Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi ” İnÜHFD, C.3, S.2, 2012, s.18; **Emine Akyüz:** Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, B.6, Ankara, Pegem Akademi, 2018, s.222; **S. Hülya İmamoğlu:** “Yeni Medenî Kanun'daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.54, S.1, 2005, s.166.

hak” niteliğindedir³ ve şahsa sıkı sıkıya bağlıdır⁴. Esasında velayet hakkı, çocuk için tanınan ve çocuğun yararına olan bir haktır. Bu kapsamı doğrultusunda haktan ziyade yükümlülükleri ihtiva eder⁵.

Birlikte velayet ise ana babanın velayetten doğan hak ve yükümlülüklerinin eşit kullanılmasını ve yerine getirilmesini ifade eder⁶. Esasında birlikte velayet bilinmeyen bir kavram değildir. Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 336/I hükmünce evlilik birliği içinde velayetin ana baba tarafından beraber kullanımı kabul edilmiştir. Ancak ana babanın evli olmaması veya boşanmış olmaları halinde birlikte velayetin uygulanabilirliği tartışma konusudur.

Velayet çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki ve sosyal gelişimini hedefler⁷. Bu amaca yönelik ister tek başına velayet isterse birlikte velayetin kabulü mümkündür. Her somut duruma göre uygun velayet düzenlemesine karar verilebilmelidir. Uzun yıllar özellikle anaya bırakılmak üzere (*maternal preferences*) tek başına velayet düzenlemesi kabul görmüştür⁸. Bu

³ **Hüseyin Altaş/İrem Tuğçe Döngül**: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. MAD. 1-7), B.2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.90; **Gökhan Antalya/Murat Topuz**: Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.1, B.4, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.170.

⁴ **Bilge Öztan**: Aile Hukuku, B.6, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s.1078; **Yıldız Abik**: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s.17; **Cengiz Koçhisarlıoğlu**: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 197 vd.

⁵ **Şakir Berki**: Türk Medeni Kanunu’nda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, Ankara, 1970, s.5; **Ömer Uğur Gençcan**: Velayet Hukuku, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.82.

⁶ **Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi**: Çocuk Hukuku, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.302; **Eylem Apaydın**: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnÜHFD, C.9, S.1, 2018, s.447; **Ediz Bingöl**: “Boşanmış Çifilerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması” İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2, 2014, s.281; **Zeynep Ayza Gülgösteren**: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, ÇÜHFD, C.2, S.2, 2017, s.167; **Leyla Müjde Kurt**: “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnÜHFD, C.9, S.2, 2018, s.158; **İlknur Serdar**: “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s.162.

⁷ **Berki**, s.37-38; **Öztan**, Aile, s.1081; **Akyüz**, s.222; **İmamoğlu**, s.167.

⁸ Günümüzde de velayet davalarındaki anne tercihi devam etmektedir. Mahkemeler sıklıkla çocuğun velayetini anneye bırakmaktadır. Velayet davaları neticesinde 2020 yılında çocukların %75,8’i anneye, %24,2’si babaya bırakılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. <https://tuikweb.tuik.gov.tr> (E.T.: 22.05.2021); **Richard A. Warshak**: “Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law

durum analara taşınması zor bir yük yüklemekte, babaların ise ebeveynlik duygusunu tadabilmelerine engel olmakta ve zamanla çocuklarından koparak sadece “ziyaretçi” konuma düşmelerine sebep olmaktadır. Fakat yapılan araştırmalar göstermektedir ki birlikte velayet bu olumsuzlukları giderebilmektedir⁹. Bunun yanı sıra tek başına velayet düzenlemesi ebeveyne yabancılaşma sendromu, velayet savaşları, çocuğun ana ile baba arasında kalması gibi ileriye yönelik etkileri de olan sorunlara yol açabilmektedir. Çocuğun sağlıklı gelişimi için boşanmaya uyum göstermesi oldukça önem arz eder. Boşanmalar, çocukları yaş gruplarına göre kısa¹⁰ ve uzun süreli¹¹ olmak üzere etkileyebilmekte ve ebeveyn eksikliği¹² ileride çeşitli olumsuzluklar yaşamalarına sebep olabilmektedir¹³.

Bahsedilen olumsuzlukların aşılması, çocuğun üstün yararının sağlanması, babaların da ebeveynlik duygusunu yaşayabilmesi ve çocuklarından kopmaması, anaların velayet yükümlülüklerinin altında

Institute's "Approximation Rule", University of Baltimore Law Review, C.41, S.1, 2011, s.97.

⁹ **Fulya Erlüle**: İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.120; **Müge Kiremitçi**: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Marmara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.24; **Kurt**, s.161.

¹⁰ Daha detaylı bilgi için bkz. **Elissa P. Benedek/Catherine Brown**: Boşanma Ve Çocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz, (Çev. Serap Katlan), Ankara, 1997, HYB Yayınları, s.53-62.

¹¹ Ebeveynleri boşanan çocukların yetişkinliklerinde kendi boşanma oranlarının incelendiği bir çalışmaya göre ebeveynleri boşanmamış kişilerin boşanma oranı %13, eşlerden yalnız birinin ebeveynleri boşanmış ise bu kişilerin boşanma oranı %19, her iki eşin de ebeveynleri boşanmış ise bu kişilerin boşanma oranı ise %37 olduğu görülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **M. Erdem Aybay/Bülent Şen**: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu”, İKÜHFD, C.15, S.1, 2016, s.602.

¹² Aksine bir anlam taşıyan “*Tam Aile*” kavramı ise, ana baba ve çocuğun birbirlerine karşı duydukları sevgi ve saygıyla kuvvetli dayanışma, iletişimin olduğu ve çocuğun sosyal, zihinsel ve ahlaki yönde gelişiminde büyük önem arz eden, ana ve babanın çocuğun üzerindeki etkisinin mühim kabul edildiği aileyi ifade etmekte kullanılır. Kavram hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Emine Akyüz**: “Boşanmanın Çocuk Üzerinde Etkileri”, AÜEBFD, C.11, S.1, 1978, s.2; Amerika’da yapılan bir araştırmada baba ilgisinden mahrum yetişmiş kızların baba ilgisine sahip kızlara nazaran daha fazla istenmeyen hamilelik geçirdikleri, daha fazla intihar teşebbüsünde buldukları; erkek çocukların ise daha fazla bağımlılık yapıcı madde kullandığı, evden kaçtığı, okulu bıraktıkları ve diğer genel davranışsal ve duygusal problemler yaşadıkları görülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **Aybay/Şen**, s.608.

¹³ **Benedek/Brown**, s.51.

ezilmemesi ve bunları paylaşabilmeleri adına birlikte velayet tercih edilmektedir. Birlikte velayet ile çocuğun ergin olduğunda hür, ayakları üzerinde durabilen sağlıklı gelişimini tamamlamış bir birey olması amaçlanmaktadır. Ana babanın çocukla aralarındaki ilişkinin sürekliliği ve evlilik bitmişse bile ebeveynlik ilişkisinin devam etmesi hedeflenmektedir. Birlikte velayet sayesinde ana babanın evlilik içinde eşit olması ve kadın-erkek eşitliğinin aile içine de yansıtılması istenmektedir¹⁴.

2.09.1990 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi de (ÇHS) birlikte velayetin amacıyla örtüşmektedir. Sözleşmenin 2. maddesinde her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. Sözleşmenin 3. maddesi çocuğun üstün yararını esas alırken 7. maddesi ise çocuğun ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını düzenlemiştir, 18. madde ise çocuğun gelişmesi ve yetiştirilmesinde ana babanın birlikte sorumlu olduğunu benimsemiştir. Sözleşme genel itibariyle incelendiğinde hem çocukların hem de ana babalarının statülerine göre her türlü ayrımcılığın yasak olduğu, bu kapsamda evlilik birliği içinde veya dışında doğmuş çocukların ya da ana babası boşanmış çocukların arasında herhangi bir ayrımcılık yapılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Sözleşmede çocuk yetiştirilmesinde ana babanın birlikte sorumluluğu ve çocuğun ana baba tarafından bakılma hakkı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra 3.09.1981 tarihinde yürürlüğe giren Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 16.maddesi, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 23. maddesi ve Avrupa Konseyi 2.10.2015 tarihli ve 2079/2015 Sayılı “*Eşitlik ve Paylaşılan Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü*” başlıklı Tavsiye Kararı gereğince evlilik içinde ve sonrasında kadın – erkek eşitliği benimsenmiştir. Avrupa Konseyi’nin 84 (4) sayılı, 28.02.1984 tarihli “*Ana Babanın Velayet Sorumlulukları Hakkında*” Tavsiye Kararı¹⁵ 5. ve 6. ilkelerinde de birlikte velayetin tavsiye edildiği görülmektedir. Netice itibariyle uluslararası belgelerde birlikte velayetin amacına uygun düşen ilke ve kararların yer aldığı anlaşılmaktadır.

¹⁴ Aybay/Şen, s.589; Erlüle, s.356.

¹⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 84 (4) sayılı, 28.02.1984 tarihli Tavsiye Kararı, https://www.euromedjustice.eu/en/system/files/20090707173539_Coe.Recommendation%2084%294onParentalResponsabilities.pdf (E.T.:12.07.2021).

II. BİRLİKTE VELAYETTE GÖNÜLLÜLÜK PRENSİBİ

Birlikte velayette ebeveynlerin asgari düzeyde de olsa sağlıklı bir iletişim ve iş birliği kurabilmesinde fayda vardır¹⁶. Birlikte velayette ana baba velayet sorumluluklarını beraber üstlenir ve yerine getirirler. Netice itibariyle birlikte velayet, doğası gereği ana babanın iletişim ve iş birliği yetisini, sorumluluk sahibi olabilme becerisini ve aralarında uyumu gerektirir. Ne var ki boşanmış bir çiftin bu becerileri göstermesi her zaman beklenemez. Bu durumda ana babanın anlaşmalı boşanmada velayetin taraflardan birine bırakılmasını talep etmeleri; çekişmeli velayet davalarında ise her iki tarafın da velayeti talep etmesi söz konusudur. Böyle bir ilişkide hakimin birlikte velayete karar verip veremeyeceği ise tartışılması gereken bir konudur.

Birlikte velayetin gereklerinden yola çıkarak tarafların birlikte velayete rızası veya talebi olmalı mıdır, başka bir ifadeyle birlikte velayet gönüllülük üzerine mi kuruludur sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Birlikte velayette gönüllülük prensibi, ana babanın birlikte velayetin kurulmasına yönelik ortak talebini veya hakim tarafından hükmedilecek birlikte velayete tarafların rıza göstermesini ifade eder. Gönüllülük prensibinin esasında anlaşmalı boşanma hükümleriyle bağdaşması olağandır. Gönüllülük prensibinde tarafların mutabakatlarının olması aranır. Bu durum özellikle anlaşmalı boşanmalarda tarafların bir araya gelerek ortak iradeleriyle düzenledikleri anlaşmalı boşanma protokolüne uygunluk gösterir. O halde şu sonuca varılabilir ki anlaşmalı boşanmalarda birlikte velayet talep edilmişse burada gönüllülük prensibi uygulama alanı bulmaktadır.

Çekişmeli velayet davalarında ise tarafların her biri müşterek çocuğun velayetinin kendisine bırakılmasını talep edebilir. Böyle bir durumda tarafların birlikte velayet konusunda anlaşamadığı aşıkardır. Fakat bu durum birlikte velayete hükmedilmesinin önünde başlı başına bir engel midir sorusu cevaplandırılmalıdır. Hukukumuzda AİHS Ek 7 No.lu Protokol ve ilgili Yargıtay kararları neticesinde birlikte velayetin kabulüne ilişkin hem doktrin hem de mahkeme kararlarında yeni bir yaklaşım olduğu kabul edilmelidir. Yeni olmakla beraber henüz toplumumuzun aşına olduğu bir velayet tipi değildir. Bu nedenle taraflar birlikte velayeti talep etmeyi düşünememiş veya düşünse bile uygulamasının nasıl olacağını içselleştirememiş olabilir. Böyle

¹⁶ Kurt, s.180; Özdemir/Ruhi, s.343.

bir durumda uygulamada görüleceği üzere tarafların talebi olmaksızın mahkemelerin birlikte velayet önerisi veya kararıyla karşılaşılır¹⁷. Bu durumda birlikte velayet düzenlemesi önerisine tarafların rıza göstermesi gönüllülük prensibiyle bağdaşır. Ne var ki gönüllülük prensibi birlikte velayet için ön şart kabul edilirse taraflardan herhangi birinin rıza göstermediği durumda birlikte velayete hükmedilemeyeceği anlamına gelir.

Velayet davalarındaki bir başka çekişme ise taraflardan birinin birlikte velayet talebinde bulunurken diğer tarafın tek başına velayet talebinde bulunmasıdır. Benzer şekilde hakimın birlikte velayet önerisini de taraflardan biri kabul edip diğeri kabul etmeyebilir. Bu durumda da gönüllülük prensibinin sağlanabildiği söylenemez.

Birlikte velayetin amacının çocuğun üstün yararını sağlamak olduğu, birlikte velayette ana baba arasında asgari düzeyde iletişim ve iş birliği bulunması, birlikte velayetin sorumluluk sahibi ve saygılı olabilmeyi gerektirdiği düşünüldüğünde tarafların rızaları veya ortak talepleri, bu çalışmadaki terimsel ifadesiyle gönüllü olmaları en olumlu sonucu verir ve çocuğun üstün yararına uygun hareket edilmiş olur.

Gönüllülük prensibini kaynak İsviçre Medeni Kanunu (İMK) hükümlerine göre de değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirme, birlikte velayetin gelişimini göstereceği gibi gönüllülük prensibinin sonuçlarına ilişkin rehber de olabilir.

İsviçre hukukunda velayet düzenlemelerini 2000 yılı öncesi, 2000-2014 yılları arası ve 2014 ve sonrası olarak üç dönem halinde incelemek mümkündür. Kanun 2000 yılı öncesinde mevcut TMK velayet hükümlerinde olduğu gibi iken 26.06.1998 tarihli Kanununun 1.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte velayete yer verilmiştir. TMK md.336 hükmüyle aynı olan eski İMK Art. 297 (3) değişikliğe uğramıştır. Değişen metin ölüm halinde velayeti sağ kalan eşe bırakırken boşanma halinde boşanma hükümlerinin uygulanmasına yöneliktir¹⁸. Değişen kanunla velayetin boşanma sonrası eşlerden birine bırakılması kuralı kaldırılarak tarafların

¹⁷ V. Bölümde yer alan Anayasa Mahkemesi Birlikte Velayet Kararına (Hilal Erdaş Kararı) konu olan **Antalya BAM 2. HD. E.2017/2426, K.2018/1023** sayılı kararda mahkeme tarafından birlikte velayete karar verilmiştir. Bir diğer karar **Ankara BAM 1. HD 10.05.2017 tarih, E.2017/121, K.2017/601**, 10.05.2017 Karar için bkz. **Apaydın**, s.463 vd.

¹⁸ **Kudret Güven**: “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, BÜHFD, C.4, S.1, 2018, s.14.

birlikte velayet konusunda anlaşması mümkün hale gelmiştir. Benzer şekilde evlilik birliği dışındaki velayet düzenlemelerinde de değişikliğe gidilmiştir. Eski İMK Art. 298a hükmüne göre kural evlilik dışı çocuğun velayetinin anada olması iken ana babanın aralarında anlaşmaları ve çocuğun yararına olması kaydıyla vesayet makamının da kabulüyle birlikte velayet mümkün kılınmıştır¹⁹.

Görüldüğü üzere 2000-2014 yılları arası İsviçre Medeni Kanunu birlikte velayete imkan vermekle beraber birtakım şartların varlığını aramıştır. Bu dönemde kural olarak tek başına velayet kabul edilirken birlikte velayet istisnai bir düzenleme olarak yer almıştır. Düzenlemelerde açıkça görülüyor ki birlikte velayet şartı olarak tarafların anlaşması bir diğer deyişle gönüllülük aranmıştır. Ne var ki bu durum birlikte velayetin istisnai düzenleme halinde kalmasına sebep olmuştur. Nihayet 21.06.2013 tarihli Kanunun 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe girmesi neticesinde birlikte velayet kural halini almıştır²⁰. Düzenlemeyle, ana babanın çocuk ergin olana kadar birlikte velayete sahip olduğu benimsenmiştir. Evlilik birliği dışında ise tarafların ortak talebi veya ortak talepten kaçınılması halinde diğer ebeveynin tek taraflı talebiyle birlikte velayete karar verilmesi mümkün hale gelmiştir²¹. Son halini alan İMK birlikte velayeti kural olarak kabul etmiştir. Birlikte velayete hükmedilmesi içinse tarafların oybirliğini, rızasını şart koşmamıştır. O halde şunu söyleyebiliriz ki İsviçre Medeni Kanununun velayete ilişkin düzenlemelerinde gönüllülük prensibi, birlikte velayetin istisnai olduğu 2000-2014 yılları arasında aranırken birlikte velayetin kural olduğu günümüzde ise aranmamaktadır²².

Gönüllülük prensibinin Türk hukukunda birlikte velayeti mümkün kılan AİHS Ek 7 No.lu Protokol kapsamında değerlendirilmesi yapılmalıdır.

¹⁹ **Bingöl**, s.29; **Erlüle**, s.171-209; **Güven, K.**, s.14; **Özge Uzun Kazmacı**: “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2018 s.178.

²⁰ **Erlüle**, s.246; **Özdemir/Ruhi**, s.316.

²¹ **Bahar Öcal Apaydın**: “İsviçre Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016, s.646; **Uzun Kazmacı**, s.179.

²² **Tuba Birinci Uzun**: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, HÜHFD, C.6, 2019, s.154-155; **Nurten İnce**: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.34, 2018, s.204; **Kurt**, s.162; **Uzun Kazmacı**, s.178-179.

Protokol'ün Eşler Arasındaki Eşitlik başlıklı 5. maddesi gereği eşler hem evlilik birliği içinde hem de sona ermesi halinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Anılan maddenin devamında ise çocuğun yararının öncelikli olduğu ve devletlerin gerekli tedbirleri alabileceği kabul edilmiştir.

Birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilirliğini mümkün kılan Protokolde her ne kadar eşlerin eşit hak ve yükümlülüklerinden bahsedilmişse de velayet düzenlemesi için ortak talep ya da rızanın arandığından bahsedilmemiştir. O halde Protokol metninde birlikte velayet için ana babanın gönüllü olması şartı bulunmamaktadır. Başka bir deyişle ana babanın birlikte velayete sahip olabilmesi için rızalarının veya ortak taleplerinin alınması gerekmez. Protokol metni, birlikte velayeti dolaylı yoldan bir imkan olarak sunmakla beraber önceliği çocuğun üstün yararına vermiştir. Protokol metninden anlaşılan, çocuğun üstün yararının uyulması gereken temel ilke olduğu ve bu ilke sağlandığı sürece birlikte velayete de karar verilebileceğidir.

Birlikte velayette gönüllülüğün şart olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin doktrinde iki tür yaklaşım vardır. Bunlardan biri, birlikte velayetin gönüllülük esasına dayandığına, bu nedenle tarafların talebiyle ve çocuğun üstün yararına aykırı olmamak şartıyla birlikte velayete karar verilebileceğine ilişkindir²³. Bu görüşteki yazarlara göre birlikte velayete karar verirken ana babanın ortak taleplerinin aranması gerekir²⁴. Velayetin eşlerden birine bırakılması istemi söz konusu ise bu durumun yaratacağı

²³ **Sinan Sami Akkurt**: “Boşanma Sonrası “Ortak velayet” Kavramının, Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.202, 2019, s.4197; **Ahmet Ayar**: “Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet”, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukuku Güncel Sorunlar, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2019, s.93; **Özge Bölükbaşı**: “Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2020, s.160; **Safa Koçoğlu**: Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s.72; **Cem Baygın**: Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2010, s.268; **Akyüz**, s.235; **Gençcan**, s.316; **İpek Sağlam**: Turkish Family Law (Engagement, Marriage, Divorce and The Consequences of Divorce), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.190.

²⁴ “Bu konuda bir talebi dahi paylaşmayan ve boşanma kararı alan bir çiftin, çocuğun velayetini müştereken kullanabilmeleri ve bunun çocuğun menfaatine uygun olması da aslen pek mümkün değildir.” **Azra Arkan Serim**: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016, s.6086; Aynı görüş için bkz. **Aydın Güven**: “Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.3, 2017, s.126.

çekişmeden dolayı birlikte velayete karar verilmemelidir²⁵. Birlikte velayetin istisnai düzenleme olarak kabulü ana babanın ortak talebi ve çocuğun üstün yararına aykırı olmamak şartıyla uygulanması sonucunu doğurur²⁶. Gönüllülük esası dikkate alındığında hakim, birlikte velayetin kabulüne yönelik tarafların ortak talebiyle mutlak değil kısmen bağlıdır. Çünkü hukukumuzda hakim, tarafların talebiyle mutlak bağlı değildir. Ne var ki hakim, birlikte velayetin verilmemesine yönelik ortak taleple mutlak bağlıdır²⁷.

Diğer yaklaşım ise tarafların ortak talebi veya rızası aranmaksızın da birlikte velayete karar verilebileceğine ilişkindir. Buna göre çocuğun üstün yararının birlikte velayeti haklı göstermesi yeterlidir²⁸. Tarafların ortak talebi birlikte velayet kararı için önem arz etse de şart değildir. Hakim, tarafların talebi olmasa dahi çocuğun üstün yararını dikkate aldığıda birlikte velayetin uygulanması gerektiğine kanaat getiriyorsa bunu taraflara önerebileceği gibi re'sen de birlikte velayete karar verebilir²⁹. Bu yaklaşımdaki yazarlara göre birlikte velayet kararı hakimin takdirinde olmalıdır³⁰.

Birlikte velayete karar verilirken gönüllülük prensibine sonuç bağlansa da bağlanmasa da genel kabul, velayet kararının her halükârda çocuğun üstün yararını gözetir nitelikte olmasıdır. O halde çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil eden kimi durumlarda birlikte velayete hükmedilemez. Bu durumları sıralamak gerekirse; velayetin kaldırılması (TMK 348. maddesi) nedenlerinin bulunduğu haller, ebeveynler arasındaki çatışmanın sürekli nitelikte olması, ebeveynler arasında asgari düzeyde sağlıklı bir iletişim ve iş birliğinin bulunmaması³¹, ebeveynlerin ortak isteğinin velayetin eşlerden

²⁵ Gençcan, s.317.

²⁶ Güven A., s.126.

²⁷ Güven, K., s.46; Birlikte velayetin veya tek taraflı velayetin olumlu ve olumsuz yanları konusunda tarafların aydınlatılarak karar vermekle yükümlü tutulmaları gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Koçoğlu, s.73.

²⁸ Erdem, Mehmet: Aile Hukuku, B.2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.173-174; Koçhisarhoğlu, s.203; Bingöl, s.304; Gülgösteren, s.179.

²⁹ Bingöl, s.304.

³⁰ Bilge Öztan: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, s.259.

³¹ "Her ne kadar davalı-karşı davacı erkek sonradan ortak velayete de karar verilmesini talep ettiklerini ve bu hususun değerlendirilmediğini iddia etmekte ise de; ortak velayet hukuken mümkün ise de somut olayda aralarında böylesi iletişimsizlik ve yabancılaşma yaşandığı tespit edilen her iki ebeveyne ortak velayetin verilmesi çocukların menfaatlerine olmadığı gibi sorunların daha da büyümesine ve bunun olumsuz sonuçlarının çocuklara

birine bırakılması yönünde olmasıdır³². Birlikte velayete hükmedilmemesi gereken hallerin ortak özelliği, çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmeleri ve birlikte velayetin sürdürülebilir olmamasıdır³³.

Birlikte velayete hükmedilmemesi gereken haller içinde özellikle “*ebeveynlerin ortak isteğinin velayetin eşlerden birine bırakılması yönünde olması*” haline değinilmesi gerekir. Bu durumda ana baba velayetin tek tarafa bırakılması konusunda mutabıktır. TMK md. 166/III gereği de ana babanın mali durumları ve çocuğun durumunu ortaklaşa kararlaştırdıkları bir protokol ile boşanmayı talep edebilmeleri mümkündür. Ancak hakim protokolle gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bir diğer deyişle hakim protokolle bağlı değildir. Bu durumda tarafların ortak iradesine aykırı olarak hakim birlikte velayete hükmedebilir mi sorusu akla gelmektedir.

Doktrinde velayetin “*yüküm-hak*” niteliğinde olduğu ve kamu düzenini ilgilendirdiğinden vazgeçilemeyeceği ifade edilmektedir³⁴. Velayet davalarında ise hakimin gözececeği temel ilke çocuğun üstün yararınıdır³⁵. O halde ana babadan birinin ısrarla velayet ilişkisinin tarafı olmak istememesi halinde çocuğun üstün yararının sağlanamayacağı aşıkardır³⁶. Bu durumda sırf velayetten vazgeçilemeyeceği kabulüyle istenmeyen bir velayet ilişkisinin kurulması doğru değildir. Ana babanın anlaşarak aralarından birine velayetin bırakılması konusunda ısrar etmesi durumunda ise tarafların gönüllü oldukları bir velayet düzenlemesi söz konusu olup hakimin bunun aksine karar vermesinin çocuğun üstün yararına uygun olması beklenemez. Sonuç olarak velayeti istemeyen bir eşe veya aralarından birine velayetin bırakılması konusunda anlaşma sağlayan eşlerin bu taleplerinin aksine velayet kararı verilmesi çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil eder.

yansımaya sebebiyet vereceği izahtan varestedir. Kaldı ki ortak velayet için her iki tarafın da bu hususu istemesi-kabullenmesi ve bu şekildeki velayeti çocukların menfaatlerini olumsuz etkilemeyecek şekilde kullanabileceklerinin ispatı da gereklidir ki davada bu husus yeterince ispatlanamamıştır. Dolayısıyla erkeğin bu istinaf sebebinin de yerinde olmadığı anlaşılmaktadır.” **İzmir BAM 18. HD, E.2018/342, K.2019/1507, 13.11.2019**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

³² **Özdemir/Ruhi**, s.341 vd.; **Kurt**, s.178 vd.

³³ Birlikte velayetin sürdürülebilirliği ve çocuğun üstün yararı değerlendirilerek yapılarak birlikte velayetin kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararı için bkz. **Ankara BAM 1. HD, E.2020/292, K.2020/1526, 7.10.2020**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

³⁴ **Kurt**, s.181; **Öztañ**, *Aile Hukuku*, s.1078.

³⁵ **Abik**, s.8; **Erol Karaaslan**: “Çocuk İçin Bir Bakış: “Çocuğun Üstün Yararı” İle “Dinlenilme Hakkı” Kavramlarının Aihm ve İç Hukukumuzda Görünümü”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.94, S.4, 2020 s.99; **İmamoglu**, s.170.

³⁶ **Özdemir/Ruhi**, s.345.

III. TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA BİRLİKTE VELAYET

A. Ana Babanın Boşanması Halinde Birlikte Velayet

Hukukumuzda boşanma sonrası birlikte velayet, özellikle TMK md. 182/III ve 336 hükümleri üzerinden tartışılmıştır. Bu kapsamda çeşitli görüşler ortaya atılmış olmakla beraber AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulü neticesinde birlikte velayetin Türk hukukunda uygulanabilir olduğu konusunda mutabık olunmuştur.

Kimi yazarlar TMK md. 182/III hükmündeki “*Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin...*” ibaresini tek başına velayetin zorunlu olduğu anlamında yorumlamıştır³⁷. Kimi yazarlar ise böyle bir anlamın çıkarılamayacağına dair yorumda bulunmuştur³⁸. Bu görüşteki yazarlara göre ilgili velayet düzenlemeleri birlikte velayete engel teşkil etmemektedir³⁹. Kanaatimizce de TMK md. 182/III hükmü hakimın takdir yetkisini düzenlemekte olup çocuğun yararını esas alan bir düzenlemedir. Özü itibarıyla kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkindir ve velayetin bırakılmasına ilişkin anlam ifade etmemektedir. Bu nedenle birlikte velayete yönelik bir sonuç çıkarılamayacağı düşüncesindeyiz. Kaldı ki metinde geçen ibareden tek başına velayet anlamı çıkartılamaz.

Esas tartışmalar TMK md. 336 hükmünde yoğunlaşmaktadır. Kanun maddesinin ilk fıkrası evlilik birliği içinde birlikte velayeti düzenlemiştir. İkinci fıkrada ara verme veya ayrılık kararı verilmesi durumunda velayetin hakim tarafından eşlerden birine bırakılabileceği düzenlenmiş, son fıkrada ise velayetin ölüm halinde sağ kalan eşe, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı ifade edilmiştir.

Doktrinde yer alan görüşleri gruplandırarak açıklamak gerekirse bunlardan ilki velayetin bırakılmasına ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve birlikte velayete imkân vermediğine ilişkindir⁴⁰. Ancak bu

³⁷ Köprülü/Kaneti s.247; Erbay, s.182-183.

³⁸ Koçhisarhoğlu, s.104; Aynı yönde görüş ileri süren Bingöl'e göre Türk Medeni Kanun hükümlerinde velayetin eşlerden birine bırakılmasını zorunlu kılan bir düzenleme yoktur. Bingöl, s.290.

³⁹ Arkan Serim, s.6085; Akyüz, s.234-235; Erlüle, s.283-294; Serdar, s. 174-175; Öztan, s.252 vd.

⁴⁰ Köprülü/Kaneti s.247; Baygın, s.268.

yazarlardan kimisi AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle artık hukukumuzda birlikte velayetin mümkün olduğunu kabul etmiştir⁴¹.

Bir diğer görüş ise ilgili hükmü emredici kabul etmekle beraber gerçek boşluk olduğu kanaatindedir. Yazara göre kanun hükmü birlikte velayete ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Çünkü hükmün konuluş tarihi itibarıyla birlikte velayet kurumu bilinmemektedir. Bu nedenle md. 336/III hükmü gerçek boşluk içermektedir ve hakim bu boşluğu TMK md.1 gereğince doldurması gerekir⁴².

Doktrinde yaygın kabul gören diğer görüş ise ilgili hükmün emredici olmadığı ve örtülü boşluk içerdiğine ilişkindir⁴³. Bu görüşe göre kanun koyucu hatalı bir şekilde çocuğun yararının tek başına velayetle sağlanacağı kanısındadır. Bu kapsamda kanun koyucunun çocuğun yararını esas aldığı kabul edilirse ilgili hükmün emredici nitelik taşımadığı kabul edilmelidir. Kaldı ki birlikte velayet kanunda açıkça yasaklanmamıştır. Boşanma sonrası tek başına velayet kanunun özüne ve amacına uygun olmadığına adil olmayan bir uygulamaya yol açılmaktadır. O halde md. 336/III'ün örtülü boşluk içermektedir ve TMK md. 1/II kapsamında hakim boşluğu doldurması gerekir. Bunu yaparken hükmün lafzından değil kanun koyucunun amacından hareket etmelidir. Bu sayede amaca uygun sınırlama yoluyla çocuğun yararı amacı sağlanıyorsa birlikte velayetin mümkün olabileceği savunulmaktadır⁴⁴.

Kanaatimizce kanun koyucunun iradesi boşanma sonrası velayeti taraflardan birine bırakmaktır. Düzenleme yapılırken kanun koyucunun çocuğun yararını esas almadığı söylenemez. Ne var ki kanun koyucu birlikte velayeti yok sayarak hatalı da olsa çocuğun yararının tek başına velayetle sağlanacağı kanaatindedir.

Doktrindeki gerçek boşluk fikrine katılmamız mümkün değildir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 22.11.2001 tarihinde kabul edilmiştir. Mevzuat İsviçre Medeni Kanunu'nda ise 2000 yılında yürürlüğe giren kanunla birlikte

⁴¹ **Turgut Akıntürk/Derya Ateş:** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.23, İstanbul, Beta Yayıncılık 2021, s.311; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s.145; **Kurt,** s.172 vd.

⁴² **Apaydın,** s. 457 vd.

⁴³ Koçhisarlıoğlu'na göre md.336/III hükmünde yer alan "*tarafa*" ibaresindeki tekil anlamı dil bilgisi gayesiyle kullanılmıştır. Bir diğer tabirle kanun koyucu aslında tek bir tarafı kastetmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Koçhisarlıoğlu,** 105.

⁴⁴ **Akkurt,** s.4195 vd.; **Arkan Serim,** s.6085; **Ayar,** s.93; **Erlüle,** s.283-294; **Koçhisarlıoğlu,** s.237; **Özcan,** *Birlikte Velayet Sorunu,* s.252 vd.

velayet, istisnai düzenleme olarak yer almıştır. O halde Türk Medeni Kanunu kabul edilirken kanun koyucunun birlikte velayeti bilmiyor olması kabul edilemez⁴⁵.

Örtülü boşluk olduğu görüşüne de katılmamız mümkün değildir. Her ne kadar ilgili kanun hükmü, kanunun özüyle bağdaşmayan ve adil olmayan sonuçlara yol açsa da örtülü boşluk oluşturmadığı kanaatindeyiz. Örtülü boşluk için kanunda tipik olay düzenlenmeli ancak istemeden atipik olay savsaklanmalıdır. Bir diğer tabirle kural normun düzenlenmesi yanlışlıkla geniş tutularak istisnanın savsaklanmış olması gerekir⁴⁶. Örtülü boşluk kanun koyucunun bilinçsizce, düşüncesizliğinden sebebiyet verdiği boşluk türüdür⁴⁷. Ne var ki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hazırlanırken birlikte velayet diğer ülke hukuklarından dolayı bilinmekteydi. Ancak kanun koyucu çocuğun yararının tek başına velayet olacağı düşüncesiyle bilerek ve isteyerek kanunda birlikte velayete yer vermemiştir⁴⁸. Kaldı ki kanun koyucu aksi bir iradeye sahip olsaydı eski 743 sayılı Medeni Kanun'da yer alan hükmü sadece sadeleştirme yaparak özüne dokunmadan mevcut TMK'da düzenlemezdi. Kanun koyucunun aksine tek başına velayetin kesin olarak çocuğun yararını sağlayacağı düşüncesine katılmak mümkün değildir. Ne var ki yasal düzenleme açısından kanun koyucunun açık iradesine ve kanuna aykırı (*contra legem*) bir yorum yapılması da söz konusu olamaz.

Sistematik olarak TMK md. 336 hükmü incelenirse; ilk fıkrada evlilik süresince kuralın birlikte velayet olduğunu, ikinci fıkrada ara verme ve ayrılık halinde kuralın birlikte velayet, istisnanın tek başına velayet olduğunu, son fıkrada ise ölüm ve boşanma halinde kuralın tek başına velayet olduğu görülmektedir. Ölüm ve boşanmanın aynı fıkrada düzenlenmesi de tek başına velayetin kural olduğuna işarettir.

Her ne kadar ilgili TMK hükümleri üzerine çeşitli görüşler ifade edilmişse de günümüz itibarıyla bu görüşleri tartışmanın pek bir anlamı kalmamıştır. Birlikte velayetin hukukumuzda mümkün olmadığını ifade eden yazarlar dahi AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle birlikte velayetin hukukumuzda mümkün olduğunu kabul etmiştir.

⁴⁵ Kurt, s. 172 vd.

⁴⁶ Rona Serozan: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, B.4, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.158.

⁴⁷ Antalya/Topuz, s.285.

⁴⁸ Kurt, s.173.

B. Ana Babanın Evli Olmaması Halinde Birlikte Velayet

Hukukumuzda ana babanın evli olmaması halinde velayet, TMK md. 337 hükmünde yer almaktadır. Kural evlilik birliği dışında velayetin anaya ait olmasıdır. Babanın velayete sahip olabilmesi ise ancak çocuğun yararına olması kaydıyla ananın küçük, kısıtlı, ölmüş olması veya velayetin anadan kaldırılmış olması haline bağlanmıştır. Velayet babaya bırakılabileceği gibi vasi de atanabilir. Kanun maddesinden anlaşıldığı üzere velayetin anaya bırakılması kural olmakla beraber babaya da ancak tek başına velayet olarak bırakılabilmektedir. Her halükârda kanunda birlikte velayet düzenlenmemiştir.

Doktrinde ana babanın evli olmadığı durumda birlikte velayete ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri kanunun evlilik birliği dışında birlikte velayete imkan tanımadığına ilişkindir. Ancak bu görüşteki yazarlar olması gereken hukuk bağlamında birlikte velayet düzenlemesi yapılması gerektiğini de ileri sürerler⁴⁹. Aksi kanaatteki *Çelik* ise evlilik birliği dışında birlikte velayete imkân verilmemesinin doğru olduğunu ifade ederek birlikte velayetin evlilik birliği dışında kabul edilmesi halinde evlilik dışı ilişkilerin artacağı ve kamu düzenini tehlikeye atacağını ileri sürmüştür. Yazara göre mevcut düzenlemeler evlilik dışı birlikteliklerden çocuk sahibi olunması halinde ana babayı resmi nikah yapmaya sevk etmektedir⁵⁰.

Diğer görüşteki yazarlara göre ise TMK md. 337 hükmü örtülü boşluk içerir. Kanunun özü ile sözü uyuşmamaktadır. Bu nedenle amaca uygun sınırlama yoluna gidilerek çocuğun yararı halinde birlikte velayete imkân tanınması gerektiği ifade edilir⁵¹.

Her ne kadar farklı görüşler ifade edilmişse de doktrinde evlilik birliği dışında birlikte velayete imkân veren bir düzenleme yapılması konusunda yaygın kabul söz konusudur⁵². Kanaatimizce de olması gereken, çocuğun

⁴⁹ Serozan birlikte velayete imkân tanınmadığını kabul etmekle beraber hem TMK md. 336 hem de md. 337 hükümlerinin Anayasa Mahkemesi'nde iptal edilmesi gerektiğini ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. **Serozan**, s.255-256; **Tuba Birinci Uzun**: “*Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli*”, HÜHFD, C.6, 2019, s.163-164; **Sera Reyhani Yüksel**: *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırlar*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2020, s.79.

⁵⁰ **Cemil Çelik**: “*Velayetin Kaldırılması*”, AÜHFD, C.54, S.1, Ankara, 2005, s.260-261.

⁵¹ **Serdar**, s.185-193; **Ayar**, s.93; **Bölükbaşı**, s.170 vd.; **Güven, K.**, s.48-49.

⁵² **Akyüz**, s.237; **Ayar**, s.93; **Erlüle**, s.343-344; **Uzun Kazmacı**, s.183-184.

yararınaysa evlilik birliği dışında da birlikte velayete karar verilebilmesidir. Ana doğuştan velayete sahip olabilirken babanın da soybağı kurulması kaydıyla velayete sahip olabilmesi gerekir. Bu durum AİHS'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesi ve ÇHS'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 2. maddesi ile bağlantılıdır. Babalar evlilik birliği içinde velayete sahip olabilirken evlilik birliği dışında bu haktan mahrum kalmaktadır. Çocuklar ise ana babalarının statüsüne göre ayrıma uğramaktadır. Oysaki hiçbir çocuğun ana babasını seçme hakkı yoktur. O halde çocuklar; ana babalarının evli olup olmamaları veya boşanmış olmaları nedeniyle farklı düzenlemelere maruz bırakılarak haklarından mahrum kalmamalıdır. Aksi halde ÇHS'nin çocuğun ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını içeren 7. maddesi ve çocuğun gelişiminde ana babanın birlikte sorumluluğunu öngören 18. maddesindeki hükümlerine aykırılık anlamına gelir ve çocuğun yararına aykırı uygulamaya yol açar.

AİHS Ek 7 No.lu Protokol de eşler arası eşit hak ve sorumlulukları düzenlemekle beraber evlilik birliği dışında birlikte velayete ilişkin bir hüküm içermemektedir⁵³. Ancak yine de Türk hukukunda evlilik birliği dışında birlikte velayete ilişkin mahkeme kararları verilmiştir⁵⁴. Olması gereken hukuk bağlamında mehzar İsviçre Medeni Kanunu'ndaki gibi birlikte velayete yer verilebileceği kanaatindeyiz⁵⁵. Doktrinde katıldığımız görüşe göre, İsviçre hukukundaki gibi ana babanın sonradan evlenmeleri halinde, babalık davasına hükmeden mahkemenin kararında birlikte velayete hükmetmesi veya ana babanın ortak talepleri doğrultusunda ya da tanıma sırasında babanın talepte bulunmasıyla birlikte velayete karar verilebilmelidir. Aksi hallerde velayet tek başına anaya aittir⁵⁶.

⁵³ Bölükbaşı, s.172.

⁵⁴ İstanbul BAM 38. HD. 12.04.2019 tarih, 2018/2733 E., 2019/537, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021).

⁵⁵ İsviçre kanun koyucusunu bu düzenlemeyi yapmaya iten sebeplerden biri de AİHM'in Almanya-Zaunegger ve Avusturya-Sporer kararlarıdır. Çünkü eski velayet düzenlemelerinde evlilik birliği dışında çocuğun velayeti sadece anaya ait olup baba birlikte velayet talep etse dahi ananın rızası olmazsa bu talep reddedilmekteydi. Bunun üzerine AİHM, AİHS Özel ve Aile Hayatına Saygı başlıklı 8. maddeye ve Ayrımcılık Yasağı başlıklı 14. maddeye aykırılık tespit etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Erbay, s.26, dn. 66; Erlüle, s.170-171; Kurt, s.165.

⁵⁶ Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller: "New Rules on Parental Responsibility in Switzerland", International Survey of Family Law, Y. 2014, s. 466; Birinci Uzun, s.161; Erlüle, s. 172.

IV. BİRLİKTE VELAYETE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

A. Derece Mahkemelerinin Birlikte Velayete İlişkin Kararları

6684 Sayılı Kanun'la uygun bulunarak 1.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren AİHS Ek 7 No.lu Protokol sonrası birlikte velayetin uygulanması hukukumuzda mümkün hale gelmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 20.02.2017 tarihli 2016/15771 Esas, 2017/1737 Karar sayılı birlikte velayetin tenfizini konu edinen emsal kararında ve sonrasındaki derece mahkemelerinin kararlarında birlikte velayet lehine kararlara hükmedilmeye başlanmıştır.

İlgili karar öncesi İzmir 4. Aile Mahkemesinin 27.05.2009 tarih, 2009/448 Esas 2009/470 Karar sayılı kararı birlikte velayete yönelik ilk karardır⁵⁷. Karar, anlaşmalı boşanma davasına ilişkindir ve ana baba çocuğun velayetini birlikte kullanmayı talep etmişlerdir. Kararın gerekçesinde alınan uzman raporu da değerlendirilerek ana babanın isteği, bilinci ve iş birliği kabiliyeti gözetilmiş ve birlikte velayetin uygun olduğuna karar verilmiştir. Karar temyiz edilmediğinden Yargıtay değerlendirmesi yapılmamıştır. Kararda birlikte velayet düzenlemesi ana babanın ortak talepleri üzerine verilmiştir. Anlaşmalı boşanmanın doğası gereği gönüllülük prensibinin burada uygulandığı görülmektedir.

Yargıtay'ın ilgili karara kadar tutumu, yabancı mahkemede verilen birlikte velayet kararlarının, TMK 336. maddesinde düzenlenen emredici hukuk kuralına aykırı olması, hukukumuzda birlikte velayetin mümkün olmaması ve kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddedilmesine yöneliktir⁵⁸.

Yargıtay'ın ilgili kararı ülkemizde birlikte velayetin uygulanmasına yönelik dönüm noktası niteliğindedir⁵⁹. Karar evlilik dışı doğan müşterek

⁵⁷ Karar için bkz. **Serdar**, s.171, dn.59.

⁵⁸ Bu durum Yargıtay'ın, emredici hukuk kurallarına uygunluğu doğrudan kamu düzeni unsuru sayması ve her iç hukuk kuralının aynı şekilde milletlerarası özel hukuku bağlamında da kamu düzenine ilişkin olduğunun söylenemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Aysel Çelikel/Bahadır Erdem**: Milletlerarası Özel Hukuk, B.15, İstanbul, 2017, s.733; **Bingöl**, s.291-293; **Apaydın**, s.463; **Erlüle**, s.295; **Y. 2. HD, E. 2006/6824, K. 2006/13638, 10.10.2006**, <https://www.lexpera.com.tr>. (E.T.: 5.09.2021); **Y. 2. HD. 20.03.2003 T. 2003/2818 E. 2003/3889 K.** Sayılı Karar için bkz. **Bingöl**, s.291-292.

⁵⁹ "*Taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan 24/10/2003 doğumlu ortak çocuk... 'un velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini*

çocuğun birlikte velayetine ilişkin yabancı mahkeme ilamının ülkemiz mahkemelerinde tenfizine ilişkindir. Yargıtay AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinin iç hukuk haline geldiğini kabul etmiştir. Bu kabulden yola çıkarak birlikte velayet kararının Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısını ve çıkarlarını ihlal etmediğine kanaat getirerek birlikte velayet lehine karar vermiştir. Yargıtay emsal kararı sonrasında da yine yabancı mahkeme tarafından verilen birlikte velayet kararının tenfizine yönelik başka bir karar vermiştir⁶⁰.

Yargıtay ilgili kararı sonrası Bölge Adliye Mahkemeleri (BAM) tarafından birlikte velayete yönelik kararlar verilmeye başlanmıştır. Ankara BAM 2. Hukuk Dairesinin 5.12.2017 tarih, 2017/1132 E., 2017/1471 K. sayılı kararında birlikte velayette gönüllülük prensibinin esas olduğu gerekçesine dayanarak ananın birlikte velayete ilişkin rızasının bulunmadığı, aksine velayetin kendisine bırakılmasını talep etmesi sebebiyle birlikte velayet koşullarının gerçekleşmediğine hükmedilmiştir⁶¹.

Aynı Dairenin bir başka kararında ise yerel mahkeme, anlaşma protokolünde birlikte velayet talep edilmesine rağmen ebeveynlerin Ankara ve Çanakkale olmak üzere farklı şehirlerde ikamet etmesi nedeniyle talebi reddetmiştir. Bunun üzerine Daire “...Ortak velayete hükmedebilmek için anne ve babanın bunu birlikte talep etmesi koşulunun gerçekleştiği ve ortak velayet konusunda taraflar arasında çekişme olmadığı anlaşılmaktadır. ...ortak velayet taleplerinin çocuğun üstün yararına ve güvenliğine aykırı

istemmiştir... Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son). ...Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.” Y. 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, 20.2.2017, <https://www.lexpera.com.tr>. (E.T.: 5.09.2021).

⁶⁰ İki Türk vatandaşının anlaşığı birlikte velayet düzenlemesine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınmasına yönelik açılan dava, Yargıtay emsal kararındaki gerekçelerle kabul edilmiştir. Y. 2. HD. E. 2016/18674, K. 2017/13800, 4.12.2017, Gençcan, s.314.

⁶¹ Karar için bkz. Apaydın, s.465-466.

olduğuna dair dosyada delil bulunmamaktadır” gerekçesiyle davayı kabul etmiştir⁶².

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesinin, 13.11.2019 tarihli ve 2018/342 E., 2019/1507 K. sayılı kararında da “*Kaldı ki ortak velayet için her iki tarafın da bu hususu istemesi-kabullenmesi ve bu şekildeki velayeti çocukların menfaatlerini olumsuz etkilemeyecek şekilde kullanabileceklerinin ispatı da gereklidir ki davada bu husus yeterince ispatlanamamıştır”* gerekçesiyle birlikte velayet talebi reddedilmiştir⁶³.

Görüldüğü üzere Bölge Adliye Mahkemeleri birlikte velayete karar vermekle beraber birlikte velayetin bir şartı olarak gönüllülük prensibini bir başka deyişle tarafların talebini veya rızasını aramaktadır⁶⁴. Ne var ki bu kararların aksine tarafların gönüllü olmasının aranmadığı ve taraflar velayetin kendisine bırakılmasını talep etse dahi sırf çocuğun üstün yararına olması nedeniyle birlikte velayete hükmedilen mahkeme kararı da mevcuttur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 10.05.2017 tarih, 2017/121 E., 2017/601 K. sayılı kararında müşterek çocuk dinlenmiş ve her iki ebeveyniyle de ilişkisinin devam etmesini istemiştir. Taraf vekilleri velayetin müvekkillerine verilmesini talep etseler de mahkeme çocuğun yararı gereği birlikte velayeti gerekli görmüştür. Kararın sonunda ise birlikte velayetin çocukla ilgili önemli kararları almayı, çocuğun üstün yararı konusunda ve çocuğun sağlığı, eğitimi, hayati kararlarında birlikte hareket etmeyi gerektirdiği ifade edilmiştir.

Netice itibariyle Yargıtay birlikte velayetin tenfizine ilişkin kararının da etkisiyle Bölge Adliye Mahkemeleri birlikte velayete hükmetmeye başlamıştır. Ne var ki bu kararlarda gönüllülük prensibine ilişkin bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Kimi mahkemeler gönüllülüğü birlikte

⁶² **Ankara BAM, 2. HD, E. 2019/823, K. 2020/1076, 6.10.2020**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 5.09.2021).

⁶³ **İzmir BAM 18. HD, E. 2018/342 E, K. 2019/1507, 13.11.2019**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

⁶⁴ “*Tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu, yargılama sırasında alınan 05/02/2018 tarihli sosyal inceleme raporunda, yaşı küçüğün anne yanında olan düzeninin korunmasının müşterek çocuğun yüksek yararına olacağı belirtildiği, yaşı küçüğün istinaf incelemesi sırasında dört yaşını doldurduğu, davacı annenin ortak velayetle ilgili rızasının olmadığı da düşünüldüğünde, ortak velayete ilişkin düzenleme yapılmasının mümkün olmadığı, ortak velayet talebinin reddinin doğru olduğu*”, **Bursa BAM 2. HD, E. 2018/2166, K. 2020/56, 15.01.2020**, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 17.03.2022).

velayetin şartı kabul ederken kimisi gönüllü olunmasa dahi çocuğun üstün yararının gerekli kılması halinde birlikte velayete hükmetmiştir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Birlikte Velayet Kararı (Hilal Erdaş Başvurusu)

Anayasa Mahkemesi birlikte velayeti ilk defa bireysel başvuru neticesinde değerlendirmiştir (Hilal Erdaş Başvurusu / Başvuru No: 2018/27658, 6.10.2021 Tarih). Karar 31675 sayılı ve 30.11.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır⁶⁵. İncelemenin konusu, müşterek çocuğun velayetinin ana babanın birlikte kullanımına bırakılmasıyla T.C. Anayasası 20. maddesinde yer alan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkindir. Oyçokluğuyla ihlal kararı verilmiştir.

Dava geçmişini özetlemek gerekirse; ana ve baba çocuğun velayeti babada kalacak şekilde anlaşmalı boşanmışlardır. Ana müşterek çocuğun sıklıkla kendi yanında kalması gerekçesiyle velayetin değiştirilmesi davası açmıştır. Bu aşamada alınan sosyal inceleme raporunda çocuğun hem anasına hem babasına bağlılık hissettiği, çocuğun fiili durumdan memnun olduğu hem ananın hem babanın çocuğa bakmakta istekli oldukları bu nedenle hukuken mümkünse birlikte velayetin aksi halde ise anaya velayetin bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Yerel mahkeme birlikte velayete gerek olmadığını belirterek velayetin anaya bırakılmasına karar vermiştir. Babanın istinaf başvurusu üzerine Antalya BAM 2. Hukuk Dairesi, 2017/2426 Esas, 2018/1023 Karar, 13.07.2018 tarihli kararında çocuğun velayetinin fiili kullanımı, çocuğun mevcut düzenden memnun olması, sosyal inceleme raporunda birlikte velayetin önerilmesi nedeniyle AİHS Ek 7 No.lu Protokol ve birlikte velayetin tenfizine ilişkin ilgili Yargıtay kararına da atıf yaparak birlikte velayete hükmetmiştir. Bunun üzerine ana bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde çocuğun üstün yararının, çocukları ilgilendiren konularda gözetilmesi gerektiğini ve ana baba yararıyla çocuğun yararı arasında adil bir denge kurulmasını ifade etmiştir. Söz konusu değerlendirmeleri yapmakta ise derece mahkemelerinin daha avantajlı olduğunu belirtmiştir. Birlikte velayetin çocuğun yararına olup olmadığı konusunda bilimsel görüş ve raporlara başvurulması gerektiği

⁶⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211130-17.pdf>, RG, 30.11.2021, S. 31675. (E.T.: 23.03.2022)

ayrıca ana babanın ve mümkünse çocuğun görüşünün alınması gerektiği de ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin oyçokluğuyla verdiği ihlal kararının gerekçeleri esasında tarafların iradesinin ve velayetin sürdürülebilirliği konusunda yeterli araştırmanın yapılmamış olmasına dayanmaktadır. Kararda tarafların iradesi bakımından yapılan değerlendirmede ananın birlikte velayete itiraz etmesi ve babanın da birlikte velayete yönelik açık bir talebinin olmaması ayrıca tarafların birlikte velayete yönelik görüşlerinin alınmaması gerekçe olarak sunulmuştur. Ayrıca Mahkeme, BAM Dairesi tarafından yeterli incelemenin yapılmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda velayet konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunması ve bu nedenle birlikte velayetin kullanımının çekişmeye sebep olabileceği öngörülmüştür. Kararda tarafların arasında doğabilecek çekişmenin birlikte velayetin sürdürülebilirliği ve çocuğun gelişimine muhtemel etkileri bakımından yeterince değerlendirilmediğine hükmedilmiştir. Ayrıca yargılamanın herhangi bir aşamasında ve sosyal inceleme raporunda da tarafların birlikte velayete yönelik görüşlerinin alınmaması nedeniyle birlikte velayetin çocuğun üstün yararına uygunluğu konusunda yeterli inceleme yapılmadığından ihlal kararı verilmiştir⁶⁶. Netice olarak Mahkeme tarafların iradelerinin yeterince araştırılmaması ve tarafların velayet konusundaki ihtilaflarının çekişmeye sebep olacağından velayetin sürdürülemez olduğu gerekçesiyle Derece mahkemesinin birlikte velayet kararının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

⁶⁶ “...başvurucunun ortak velayet uygulamasını kabul etmediği ve açıkça bu uygulamaya itiraz ettiği, davalı babanın da velayetin ortak kullanımına ilişkin açık bir talebinin mevcut olmadığı görülmüştür. Her iki tarafın önceliğinin velayetin kendisine verilmesi olduğu gözetildiğinde ebeveynlerin velayetin kullanımı konusunda ihtilaflarının olduğu ve velayetin ortak kullanımının taraflar arasında çekişmeye sebep olabileceği söylenebilir. Bu ihtilafın çocuğun üstün yararına olanı tespit bağlamında BAM Dairesi tarafından gözetilmediği, çekişmenin ortak velayetin sürdürülebilirliğine ve çocuğun psikolojik gelişimine muhtemel etkilerine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür. Bununla birlikte hükme esas alınan bilirkişi raporunun ebeveynlerin ortak velayete ilişkin görüşlerine başvurulmadan hazırlandığı, derece mahkemelerinin de ebeveynlerin velayetin ortak kullanımına ilişkin istek ve iradelerinin olup olmadığını araştırmadığı görülmüştür. Bu durumda ortak velayetin çocuğun üstün yararına olup olmadığı hususunda somut olayın koşulları dikkate alınarak yeterli bir incelemenin ve değerlendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır” (Ş 50).

Mahkeme kararında Yargıtay 2. HD. 4.12.2017 tarihli ve 2016/18474 E., 2017/13800 K. Sayılı kararına da atıf yapılmıştır⁶⁷. Mahkeme özellikle Yargıtay kararındaki “ *tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı anlaşılma*” ibaresini gerekçelerine dayanak yapmıştır. Bu kapsamda Yargıtay’ın tarafların birlikte velayet konusunda çekişmelerinin bulunup bulunmadığını dikkate aldığı ve bu durumun hem çocuğun üstün yararını hem de velayetin sürdürülebilirliğini sağlamak açısından gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Karşıoy ise oyçokluğuyla verilen kararın ikincillik ilkesini ihlal eder şekilde birlikte velayet aleyhine olduğuna ilişkindir⁶⁸. Karşıoy gerekçesine göre baba istinaf aşamasında birlikte velayet talep etmiştir. Kaldı ki mahkeme tarafından birlikte velayet için tarafların oy birliği gerekiyormuş gibi bir yaklaşım getirilmiştir. Oysaki AİHS Ek 7 No.lu Protokol’de tarafların oy birliğine yer verilmemiştir. Birlikte velayet için oy birliği şart olsaydı bunun eşitlik ilkesini benimseyen Protokol kuralıyla bağdaşmayacağı, bu şekilde velayete ilişkin ilkelerin Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesinin ikincillik ilkesine aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir⁶⁹.

Karşıoy gerekçesinde mahkeme tarafından atıf yapılan Yargıtay kararındaki ibareden bir zorunluluğun kastedilmediği ne var ki somut olayda çekişme konusu olmadığına yönelik bir ek bilgi mahiyetinde olduğu

⁶⁷ “*O halde yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ilişkin diğer koşulların da olduğu ve tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı anlaşılma*”, mahkemece yabancı mahkeme kararının velayete ilişkin kısmının da tanınmasına karar verilecek yerde, isteğin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” **Y. 2. HD, E. 2016/18474, K. 2017/13800, 4.12.2017.**

⁶⁸ AİHM içtihatlarıyla belirlendiği üzere Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurular ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetlerin giderilmesinde ikincil/ tamamlayıcı yetkiye sahiptir. İkincillik ilkesi, uyumsuzluğa uygulanacak hukukun anayasal yorumlanmasını ve değerlendirilmesini gerektirir. Ancak hakların tanınması, ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetlerin giderilmesinde birincil/asıl yetki, taraf devletlerin iç hukuklarındaki ilgili idari ve adli makamlara aittir. İkincillik ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Hasan Tahsin Gökcan: “Bireysel Başvuruda İkincil İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018, s.15 vd.

⁶⁹ “*Diğer yandan çoğunluk gerekçesinde müşterek velayet için sanki tarafların oy birliğinin gerektiği gibi bir yaklaşım görülmektedir ki Ek 7 numaralı Protokoldeki kuralda eşitlik ilkesinin esas alınması karşısında, müşterek velayet için oy birliği gibi bir unsura yer verilmesinin kuralla bağdaşmayacağı kabul edilmelidir. Aksi durum, velayete ilişkin ilkelerin AYM tarafından belirlenmesine yol açar ki bu durum ikincillik ilkesine aykırı olur.” Karşıoy (§ 10).*

belirtilmiştir. Ayrıca sosyal inceleme raporunun çocuğun üstün yararı ve velayetin sürdürülebilirliği açısından birlikte velayeti tavsiye ettiği, BAM Dairesinin de çocuğun üstün yararını yeterince tartıştığı ve BAM Dairesi kararının fiili duruma en uygun karar olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar birlikte velayetin somut olayda aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermişse de birlikte velayetin ilkeler kapsamında önemine de değinmiştir. Kararda çocuğun üstün yararına aykırı olmamak kaydıyla birlikte velayetin aile hayatına saygı hakkına uygun olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesinde öngörülen çocuğun üstün yararı ilkesi (md. 3), çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkı (md. 6), çocuğun ana baba tarafından yetiştirilme ve geliştirilme (md. 18) haklarına atıf yapılmıştır.

Mahkemenin bir diğer değindiği konu ise devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkindir. Buna göre TMK hükümlerindeki velayet düzenlemeleri ile Protokol metnindeki fark ifade edilmiş ve Yargıtay kararına atıf yapılmıştır. Birlikte velayetin nasıl kullanılacağı ve sona erdirileceğine dair usul ve esasları belirten bir mevzuatın bulunmadığına işaret edilmiştir. Netice itibarıyla devletin aile hayatına saygı hakkı kapsamında gerekli yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü belirtilmiştir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Birlikte velayet, ana babanın velayetten doğan hak ve sorumluluklarının beraber kullanımını ifade eder. Sadece evlilik birliği içinde değil boşandıktan sonra veya evli olmayan ana babaların da birlikte velayete sahip olabilmesi gerekir.

Birlikte velayetin asgari düzeyde iletişim ve iş birliğini, karşılıklı saygı ve anlayışı barındırması, çatışmayı minimize etmesi ve çocuğun bakımı konusunda karşılıklı isteğe dayanması nedenleriyle ana babalar tarafından kullanımı rahat bir velayet tipidir. Bu tür ilişkilerde hem çocuğun hem de ana babanın yararı da kolayca ve hızlıca sağlanmış olur. Ana babanın hem çocuk temelinde iletişimde bulunabilmeleri hem de çocuğa bakmak ve çocuğu her şeyin önünde tutma gayretiyle birlikte velayeti tercih etmeleri beklenen ve istenendir. Birlikte velayet tercihinde gönüllü olmak hem birlikte velayetin sürdürülebilirliğini hem de çocuğun üstün yararını sağlayabilir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde gönüllülük prensibinin birlikte velayetin ruhuyla tamamen örtüştüğü ortadadır. Ana babanın birlikte velayet konusunda gönüllü olduğu haller birlikte velayetin kullanımını kolaylaştırır, sonuçlarını etkili kılar.

Velayet davalarında hakim tarafların talebiyle bağlı değildir. Anlaşmalı boşanmalarda dahi protokol aksine bir düzenlemeye hükmedebilir⁷⁰. Hakimin değerlendirmesi gereken yegane unsur çocuğun üstün yararadır. Olması gereken hukuk bağlamında birlikte velayetin kural – istisna ayırımına gidilmeksizin alternatif olarak düzenlenmesi ve çocuğun üstün yararına göre karar verilmesi gerekir. Çocuğun üstün yararı birlikte velayetin sınırlarını da belirlemektedir. Ne var ki hakim çocuğun üstün yararını değerlendirirken çeşitli ölçütlerden de yararlanır. Bunlardan biri de tarafların velayet isteklerine ilişkindir. Hakim, çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmemesi şartıyla ana babanın birlikte velayet taleplerine uygun doğrultuda karar vermelidir. Fakat tarafların gönüllü olmasına rağmen birlikte velayet çocuğun üstün yararına aykırılık oluşturacak ise hakimin talebi reddetmesi gerekir. Çünkü öncelik çocuğun üstün yararadır ve ana babanın yararı ile arasında çatışma olduğunda çocuğun yararı üstün tutulmalıdır⁷¹. Bu kapsamda çocuğun üstün yararı gözetilerek gönüllülük, birlikte velayete karar verilmesinde önemli bir unsur olma özelliğini taşımakla beraber zorunluluk olmamalıdır.

Gönüllülüğün birlikte velayet için önemi ortadadır. Ne var ki zorunlu bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Kaldı ki yargı kararlarında da bu durum gözlemlenebilmektedir. Protokolün kabulü Yargıtay'ın birlikte velayetin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine ilişkin gerekçeli görüşünü değiştirmiştir. Ardından diğer derece mahkemeleri kararlarında da birlikte velayetin hukuken mümkün olduğu kabul edilmiştir ancak birlikte velayetin nasıl uygulanacağı konusunda yeknesaklık bulunmamaktadır. Kimi Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında birlikte velayet için tarafların rızası veya talebi aranırken kimisinde ise talep aranmaksızın birlikte velayete hükmedilmiştir.

Yargıtay kararlarında ise gönüllülük tartışmasına girildiğini söylemek mümkün değildir. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu Yargıtay kararında diğerlerinden farklı olarak tarafların birlikte velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı ifade edilmiştir.⁷² Kanaatimizce velayeti ısrarla istemeyen birine velayetin bırakılmasının çocuğun üstün yararına olduğu söylenemez. Taraflar arasında birlikte velayet konusunda ısrarcı bir çekişme söz konusu ise bu düzenlemeyi istemeyen ana babaya

⁷⁰ Akıntürk/Ateş, s.271; Dural/Öğüz/Gümüş, s.125.

⁷¹ Erlüle, s.111; Rona Serozan: Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.66.

⁷² Bölüm IV- B, dn. 65.

velayetin beraber kullanımı bırakılmamalıdır. Ne var ki bu çekişmenin, velayetin sürdürülebilirliğini zedelemesi ve çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmesi gerekir. Yargıtay kararındaki ibare de bir zorunluluk öngörmekte aksine somut olaya özgü ek bilgi niteliği taşımaktadır. Kaldı ki taraflar arasında birlikte velayete ilişkin çekişme varsa bunun ileride muhtemel olarak velayetin sürdürülebilirliğini ve çocuğun üstün yararını olumsuz etkilemesi beklenir. Bunun ispatı ise ancak uzman görüşü ve sosyal inceleme raporuyla mümkündür. Birlikte velayet konusundaki çekişme ancak gelecekteki muhtemel olumsuzlukların uzmanlar tarafından öngörülmesiyle sonuç doğurmalıdır. Eğer Yargıtay kararındaki ibareden her çekişme durumunda birlikte velayete hükmedilemeyeceği anlamı çıkartılırsa o halde çocuğun üstün yararını da yok sayarak salt ana babanın talep ve davranışlarına göre hareket edilmiş olur. Bu durum ise ana baba ile çocuk arasındaki menfaatler çatışmasında çocuğun aleyhine sonuç doğurur. Bu nedenle her çekişme halinin birlikte velayete engel teşkil etmesi kabul edilemez. Ayrıca çekişmenin yokluğu demek tarafların birlikte velayet konusunda susması veya gönüllü olmaları anlamına gelir. Bu kabul, birlikte velayetin uygulama alanını daraltır.

Anayasa Mahkemesi gönüllülük prensibi unsurunu da dikkate alarak birlikte velayet kararının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme davada tarafların görüşünün alınmaması, tarafların birlikte velayet taleplerinin olmaması, velayet konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunması ve eksik inceleme nedeniyle ihlal kararı vermiştir.

Kararın gerekçesinde bir tarafın birlikte velayete itiraz ettiği diğer tarafın ise açıkça talep etmediği ifade edilmiştir. Oysaki baba, istinaf kararında da belirtildiği üzere birlikte velayet talep etmiştir. Kaldı ki etmese dahi sırf tarafların talebi yok diye birlikte velayete hükmedilmemesi söz konusu olamaz. Çünkü öncelik çocuğun üstün yararındır. O halde sosyal inceleme raporundaki çocuğun memnuniyeti, ana babanın çocuğa bakma konusundaki istekleri ve rapordaki birlikte velayetin çocuğun üstün yararına uygun olacağı önerisi gözetildiğinde sırf tarafların talebi yok diye birlikte velayet reddedilmemelidir. Kararda tarafların, velayetin kendilerine bırakılmasını istemesi nedeniyle ihtilafli oldukları ve birlikte velayetin çekişmeye sebep olacağı ifade edilmiştir. Fakat çekişmenin muhtemel olumsuz etkilerinin uzman raporlarıyla ortaya konması gerekir. Oysaki sosyal inceleme raporu alınmış ve bütün bu hususlar değerlendirilerek birlikte velayet önerilmiştir. Bu sayede aksine birlikte velayetin yararı ispatlanmıştır.

Kararda birlikte velayetin çocuğun yararına olup olmadığı konusunda yeterli ve objektif verilere sahip bilimsel görüş ve raporlara başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Ne var ki yerel mahkeme aşamasında alınan sosyal inceleme raporu zaten bilimsel bir rapor niteliğinde olup birlikte velayeti tavsiye etmiştir.

Anayasa Mahkemesi Karşıoy gerekçesine ise katılmamak mümkün değildir. Karşıoy gerekçesinde de ifade edildiği üzere, oyçokluğuyla verilen kararın gerekçesine bakıldığında birlikte velayet için tarafların ortak talebi veya rızası gerekiyormuş izlenimi oluşmaktadır. Gerçekten de mahkemenin bu yaklaşımı, birlikte velayet için gönüllülük prensibinin şart olduğu anlamını doğurmaktadır. Ne var ki gönüllülüğün şart koşulması, çocuğun üstün yararının gözetilmemesine sebep olur.

Karşıoy gerekçesinde belirtildiği üzere hem AİHS Ek 7 No.lu Protokol'de hem de Yargıtay emsal kararında gönüllülük şartına değinilmemiştir. Kaldı ki kararın gerekçesinde atıf yapılan Yargıtay kararı çekişmenin bulunmamasını bir şart veya zorunluluk olarak değil bilgi mahiyetinde ifade etmiştir. Gerçekten görülmektedir ki AİHS Ek 7 No.lu Protokol kadın – erkek eşitliğini aile içine yansıtan ve bu kapsamda birlikte velayete imkân tanıyan bir düzenlemedir. İlgili maddenin devamında ise önceliğin çocuğun yararı olduğu ifade edilmektedir. O halde eşitlik ilkesinin düzenlendiği ve çocuğun yararının üstün kabul edildiği Protokol'den herhangi bir şekilde birlikte velayet için gönüllülüğün şart olduğu anlamı çıkartılamaz. Aksine taraflar birlikte velayet için gönüllü olmasa dahi eğer çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa birlikte velayetin kabul edilebileceği anlamı çıkmaktadır.

Karşıoy gerekçesinde bir diğer ifade edilen hususa göre de Protokol'deki eşitlik ilkesi karşısında birlikte velayet için oybirliğinin aranması, velayete ilişkin ilkelerin Mahkeme tarafından belirlenmesi anlamına gelir ki bu durumda da ikincillik ilkesine aykırılık oluşturur. Oysaki oyçokluğu kararında da ifade edildiği üzere çocuğun yararının değerlendirilmesinde derece mahkemeleri çok daha avantajlı konumdadır. O halde Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesi gibi davranarak velayete ilişkin ilkeleri ilk elden belirleme yoluna gitmemelidir.

Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı veya kimi BAM Dairesi kararlarında olduğu gibi gönüllülük prensibinin birlikte velayetin kabulü için bir şart olduğunun benimsenmesi iç hukuk halini alan Protokol metnini de

sınırlandırır. Oysaki Protokol metninden birlikte velayet anlamı çıkarılabilmekle beraber tek sınırın çocuğun üstün yararı olduğu anlaşılmaktadır.

Gönüllülük prensibi velayet davalarında hakimın gözetmesi gereken önemli bir unsur olmakla beraber zorunlu nitelik taşımamalıdır. Aksi kabul, Protokol'ün sınırlandırılması anlamına gelir. Protokol eşlerin, evlilik bitimi halinde de çocuklarına karşı eşit hak ve sorumluluklarını konu edinirken sınır olarak ise çocuğun üstün yararını benimsemiştir. O halde gönüllülük şartı Protokol metnine aykırılık teşkil edeceği gibi birlikte velayetin uygulama alanını da daraltır. Fakat araştırmalardan anlaşıldığı üzere birlikte velayet tek başına velayete kıyasla çocuğun boşanmaya uyumunu kolaylaştıran, boşanmanın ana ve babanın üzerindeki etkilerini azaltan nihayetinde çocuğun üstün yararını sağlayan bir düzenlemedir⁷³. Bu nedenle uygulamanın artmasına yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.

Gönüllülük şartı, birlikte velayeti istisnai bir düzenleme haline getirir. Gönüllülüğün şart koşulması, eski İsviçre Medeni Kanun'unda ve diğer yabancı ülke hukuklarında olduğu üzere birlikte velayeti, şartlara bağlı istisnai bir düzenleme yapar. Oysaki günümüzde birçok ülke hukukunda birlikte velayet kural düzenlemedir⁷⁴. Her toplumun kültürü farklıdır prensibiyle hukukumuzdaki birlikte velayet kabulünün diğer ülke hukuklarıyla aynı olması gerekmez de bilimsel araştırmalar ve uygulama tecrübesiyle birlikte velayetin faydaları ortaya konulmuştur. O halde birlikte velayetin istisnai bir düzenleme olarak kabul edilmemesi kanaatindeyiz. Birçok ülke hukukunda kural kabul edilen birlikte velayetin, ülkemizde kural – istisna ayrımı yapılmaksızın alternatif bir velayet düzenlemesi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu sayede hakim, çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek kanunda imkan tanınan velayet düzenlemelerinden birine karar verebilir. Böylece hakimın takdir yetkisini sınırlandıracak şekilde, mutlaka kural olan birlikte velayete karar vermesi gerektiği gibi şartlar sağlanmadığı gerekçesiyle birlikte velayete karar verilememesi de söz konusu olmaz. Netice itibarıyla birlikte velayetin alternatif olarak düzenlemesiyle çocuğun üstün yararı ve somut olayın şartları gözetilerek hakim takdir yetkisi çerçevesinde birlikte velayete veya tek başına velayete karar verebilir.

⁷³ Warshak, s.111; Kiremitçi, s.23-25; Kurt, s.161.

⁷⁴ Erlüle, s.179-180.

Gençcan'a göre AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün kabulüyle birlikte velayet kural halini almıştır⁷⁵. Ne var ki yazara katılınması veya hukukumuzda birlikte velayetin kural olarak düzenlenmesi halinde, gönüllülük prensibi bir şart kabul edilirse bu durumda en ufak çekişmenin varlığı veya Anayasa Mahkemesi kararında olduğu gibi taraflardan birinin velayetin kendisine bırakılmasını talep etmesi durumunda, birlikte velayete hükmedilemez. Bu durum ise hem birlikte velayetin kural niteliğiyle hem de çocuğun yararının menfaatler çatışmasında üstün kabul edilmesiyle çelişir. Kimi zaman her iki taraf da birlikte velayeti bilmeme veya bilse dahi öncelikle tek başına velayet tercihi nedeniyle velayetin kendisine bırakılmasını isteyebilir. Bu durumda dahi çocuğun üstün yararı gözetilerek taraflar arasındaki çekişmenin boyutu, ebeveynler arası iletişim ve iş birliği becerisi, velayet tercihlerindeki ısrarları ve velayetin sürdürülebilirliğine yönelik değerlendirme sonucunda birlikte velayete karar verilebilir.

Kanaatimizce her ne kadar gönüllülük prensibi birlikte velayetin bir şartı olmamalıysa da bu durum tarafların bu konudaki görüşlerinin alınmasına engel değildir. Aksine velayet davalarında tarafların görüşü hakim kararında önemli bir unsurdur. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararda sosyal inceleme raporunda ve devamı yargılamada hiçbir şekilde tarafların birlikte velayet konusundaki görüşlerinin alınmamış olması eleştirisine katılmaktayız. Ne var ki tarafların görüşü alınmadan da velayet düzenlenmesinin yapılabilmesi mümkündür. Görüşlerin alınması bir zorunluluk teşkil etmemekle beraber kararın sıhhati için önemli bir değerlendirme unsurudur.

Son olarak belirtmelidir ki Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği üzere devlet, aile hayatına saygı hakkının sağlanabilmesi için gerekli olan hem mevzuat hem de uygulamaya yönelik tedbirleri almak ve düzenlemeleri yapmak mecburiyetindedir. Devletin pozitif yükümlülüğüne ek olarak derece mahkemelerinin de bu hakkın etkin kullanımına yönelik uygulamada bulunması gerekir. Ne var ki hukukumuzda birlikte velayetin uygulanabilmesini mümkün kılan Protokol harici bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın yargıda birlikte velayete yönelik kararlar giderek artmaktadır. O halde mahkeme kararlarında ve dolaylı olarak Protokol'de yer edinen birlikte velayetin kanun koyucu tarafından da bir an önce ele

⁷⁵ *Gençcan*, s.316; Yazara göre Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle beraber Türk Medeni Kanunun ilgili hükümleri zımni olarak ortadan kaldırılmıştır. Bkz. **Ömer Uğur Gençcan**: "*Ortak Velayet*", İzmir Barosu Dergisi, Özel Sayı 8 Mart 2017, s.26.

alınması gerekir. Kanun koyucu yapacağı olası birlikte velayet düzenlemesinde gönüllülük şartına yer vererek ya da yer vermeyerek bir seçime gidebilir. Bu doğrultuda yapılacak her türlü düzenleme, mahkeme kararlarındaki birlikte velayette gönüllülüğün şart olup olmadığı konusunda oluşan yeknesaklık sorununa son verir. Ne var ki velayet davaları her somut olayda farklı hususların değerlendirilmesini gerektirir bu nedenle olması gereken düzenleme, hakimin takdir yetkisini sınırlamamalıdır. Kanaatimizce düzenlemenin gönüllülüğü şart koşmaması gerekir. Gönüllülük şartı, çocuğun üstün yararı amacını sınırlandıracağı gibi Protokol metniyle de bağdaşmaz. Kaldı ki birlikte velayette gönüllülük şartının aranması, hakimin takdiri değerlendirmesi olmaksızın toplumun ve çocukların, araştırmalarla faydası ortaya konulmuş, birlikte velayet imkanından yararlanamaması anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız:** “*Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı*”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s.1-75.
- Akkurt, Sinan Sami:** “*Boşanma Sonrası “Ortak velayet” Kavramının, Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi*”, Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.202, 2019, s.4185-4202.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya:** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, B.23, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.
- Akyüz, Emine:** “*Boşanmanın Çocuk Üzerinde Etkileri*”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 1978, s.1-6.
- Akyüz, Emine:** Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, B.6, Ankara, Pegem Akademi, 2018.
- Altaş, Hüseyin/Döngül, İrem Tuğçe:** Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. MAD. 1-7), B.2, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Antalya, Gökhan/Topuz, Murat:** Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.1, B.4, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Apaydın, Eylem:** “*Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s.445-476.
- Arkan Serim, Azra:** “*Boşanma Halinde Ortak Velayet*”, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, 2016 s.445-476.
- Ayar, Ahmet:** “*Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet*”, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukuku Güncel Sorunlar, İstanbul, Filiz Yayınevi 2019.
- Aybay, M. Erdem/Şen, Bülent:** “*Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, 2016, s.589-615.
- Baygın, Cem:** Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Benedek, Elissa P./Brown, Catherine:** Boşanma Ve Çocuğunuz: Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz, (Çev. Serap Katlan), Ankara, HYB Yayınları, 1997.
- Berki, Şakir:** Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, Ankara, 1970.

- Bingöl, Ediz:** “*Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması*” İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2, 2014, s.276-308.
- Birinci Uzun, Tuba:** “*Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, 2019, s.135-166.
- Bölükbaşı, Özge:** “*Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2020.
- Çelik, Cemil:** “*Velayetin Kaldırılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.1, Ankara, 2005, s.255-309.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, B.15, İstanbul, 2017.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku: Cilt III Aile Hukuku, B.16, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- Erbay, İsmail:** “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medenî Hukukundaki Velâyet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2012, s.11-61.
- Erdem, Mehmet:** Aile Hukuku, B.2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Erlüle Fulya:** İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Gençcan, Ömer Uğur:** “*Ortak Velayet*”, İzmir Barosu Dergisi, Özel Sayı 8 Mart 2017, s.24-30.
- Gençcan, Ömer Uğur:** Velayet Hukuku, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Gökcan, Hasan Tahsin:** “*Bireysel Başvuruda İkincil İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018, s.9-76.
- Gülgösteren, Zeynep Ayza:** “*Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2017, s.157-180.
- Güven, Aydın:** “*Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.3, 2017, s.119-130.
- Güven, Kudret:** “*Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2018, s.11-64.

- İmamoğlu, S. Hülya:** “Yeni Medeni Kanun’daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.54, S.1, 2005, s.165-190.
- İnce, Nurten:** “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.34, 2018, s.189-229.
- Karaaslan, Erol:** “Çocuk İçin Bir Bakış: “Çocuğun Üstün Yararı” İle “Dinlenilme Hakkı” Kavramlarının Aihm ve İç Hukukumuzda Görünümü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.94, S.4, 2020, s.79-112.
- Kiremitçi, Müge:** “Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”, Marmara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez, İstanbul, 2015.
- Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim:** Aile Hukuku, B.2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz:** Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Koçoğlu, Safa:** Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.
- Kurt, Leyla Müjde:** “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, s.157-186.
- Öcal Apaydın, Bahar:** “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.145-146, 2016, s.631-658.
- Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal:** Çocuk Hukuku, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Öztan, Bilge:** Aile Hukuku, B.6, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztan, Bilge:** “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”, Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, s.251-260.
- Öztürk, Barış Can:** “Birlikte Velayet”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Reyhani Yüksel, Sera:** Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırlar, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2020.
- Sağlam, İpek:** Turkish Family Law (Engagemanet, Marriage, Divorce and The Consequences of Divorce), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Schwenzer, Ingeborg/Keller, Tomie: “*New Rules on Parental Responsibility in Switzerland*”, *International Survey of Family Law*, Y. 2014, s.457-470.

Serdar, İlknur: “*Birlikte Velayet*”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1, 2008, s.155-197.

Serozan, Rona: *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, B.4, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Serozan, Rona: *Çocuk Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

Uzun Kazmacı, Özge: “*Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması*”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, S.1, 2018, s.171-186.

Warshak, Richard A.: “*Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's "Approximation Rule"*”, *University of Baltimore Law Review*, C.41, S.1, 2011, s.83-164.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.euromedjustice.eu>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://tuikweb.tuik.gov.tr>

CENİNİN YAŞAMA HAKKI

Right to Life of Foetal

Eda Gülsüm KARASAC*

ÖZ

Yaşama hakkı, bireylerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin başında gelir. Embriyo ile ceninin yaşama hakkı ise, üzerinde ahlaki ve hukuki açıdan pek çok tartışmanın bulunduğu bir konudur. Ceninin insan ve kişi sayılıp sayılmayacağı tartışmaları bir yana, ceninin hak ehliyetini kazandığı ve kişiliğinin başladığı anın belirlenmesi cenine sağlanacak hukuki koruma bakımından büyük önem taşır. Kürtaj, çocuk düşürme ve düşürtme suçlarının yanında tıp ve biyoloji alanındaki teknolojik gelişmelere paralel olarak ceninin yaşama hakkının ihlaline yol açan durumlar artmıştır. Özellikle üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmaya başlamasıyla birlikte, tüpte döllenmiş embriyoların yaşama hakkı konusunda doktrinde yeni tartışmalar doğmuştur. Bunun yanında yedek embriyolar, araştırma embriyoları, embriyolar üzerinde uygulanan genetik tanılama testleri de ceninin hukuki konumunun belirlenmesinin önemini ortaya çıkarmıştır. AİHM'nin vermiş olduğu kararlarda da yaşama hakkının ne zaman başladığı konusunda kesin bir yargıya ulaşılmış değildir. AİHM, çoğu kararında ceninin yaşama hakkını tartışmaya değer görmeyerek tartışmamıştır. Mahkeme konuyu tartışmaya değer bulduğunda ise doğumdan önceki aşamada ceninin yaşama hakkının olmadığına kanaat getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cenin, Kişilik, Yaşama Hakkı, Kürtaj, Yedek Embriyo.

Makalenin Geliş Tarihi: 27.06.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 15.09.2022.

* Arş. Gör., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: eda.karasac@emu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0976-4889.

ABSTRACT

The right to life is one of the fundamental rights. There are many moral and legal debates on the right to life of embryos and fetuses. Aside from the debates on whether the embryo/fetus can be considered a human and person, determining the moment when the fetus acquired the legal capacity and personality is important for the legal protection of the embryo/fetus. In addition to the crimes and abortion, with the technological developments in biology, the violations of the right to life of the fetus have increased. Especially with the implementation of assisted reproductive treatment methods, new debates arose about the right to life of IVF embryos. Besides that, genetic diagnostic test applications, spare and research embryos have revealed the importance of determining the legal status of the embryo/fetus. In the decisions given by the ECHR, it hasn't reached a definite judgment about when the right to life begins. ECHR, in most of its decisions, didn't discuss the right to life of the embryo/fetus. When the court found the issue worth discussing, it concluded that the fetus didn't have the right to life before birth.

Keywords: Foetal, Personality, Right to Life, Abortion, Spare Embryo.

GİRİŞ

Yaşama hakkı, kişilerin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması ve yaşamlarını potansiyel saldırı ve tehlikelere karşı koruyarak sürdürmeleri olarak tanımlanır. Yaşama hakkı, bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin başında gelir. Yaşama hakkı olmazsa, diğer hakların tanınması ve korunması anlamını yitirir. Ceninin yaşama hakkı ise, üzerinde ahlaki ve hukuki açıdan pek çok tartışmanın bulunduğu bir konudur. Ceninin insan ve kişi sayılıp sayılmayacağı, yaşama hakkının başladığı an, peşi sıra birçok görüş ayrılığını da beraberinde getirmektedir. Ceninin hukuki statüsü, hak ve borçlara sahip olduğu ve kişiliğinin başladığı anın belirlenmesi hukuken büyük önem taşımaktadır. Ceninin şahıs varlığı ve malvarlığı haklarına sahip olabilmesi, örneğin ceninin yaşama hakkına sahip olması, vücut bütünlüğünün korunması, mirasçı olabilmesi, meydana gelen bir zararda sorumlu tutulabilecek kişilerden tazminat isteyebilmesi, kişiliğinin başlamış olması şartına bağlıdır.

Ceninin hak ehliyetini ve kişiliğini kazandığı ana dair tartışmalara, teknolojiye yaşanan gelişmeler yenilerini eklemiştir. Bilimde öylesine hızlı ve radikal değişimler yaşanmıştır ki, temel insan haklarının ve özellikle yaşama hakkının ihlali sonucunu doğuran durumlar, gelişmelere paralel olarak artış göstermiştir. Embriyoların rahim yerine tüpte oluşturulduğu, oluşturulan embriyoların yıllarca dondurularak saklanabildiği, dondurulan embriyoların çözülerek rahme ya da yapay rahme nakledilebildiği günümüzde, sperm olmaksızın yalnızca yumurta hücresinin varlığı ile döllenmenin mümkün olacağı günler uzakta değildir. Bilimin sınır tanımaksızın ilerlediği böyle bir ortamda pek tabii ki birçok etik sorun da düşünülür, tartışılır olmuştur. Bu sorunlara da çalışmamız içerisinde yeri geldikçe değinilmiştir¹.

¹ Teknolojinin gelişmesi üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kullanımını da yaygın hale getirmiştir. Bu yöntemlerden başlıcaları aşılama ve tüpte döllenme yöntemleridir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanırken kullanılan sperm, çocuk isteyen baba adayından başka bir erkeğe aitse “sperm bağıışı”, kullanılan yumurta çocuk isteyen anne adayından başka bir kadına aitse “yumurta bağıışı”, hem yumurta hem sperm, çocuk isteyen çiftte ait değilse yahut da yumurta ve spermden biri ya da her ikisi çiftte ait olduğu halde bebek başka birinin rahminde veya tüpte döllendirildikten sonra anne adayının rahmine nakledilmişse “embriyo bağıışı (nakli)” söz konusu olur. Türk Hukuku’nda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (ÜYTE Yönetmeliği) 1 ve 17 No’lu Ek’i gereğince yalnızca evli çiftler kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması suretiyle üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurabilir. Bu nedenle sperm ve yumurta bağıışının yapılması mümkün değildir. Embriyo bağıışı ise yalnızca evli çiftin üreme hücrelerinin kullanılmasıyla oluşturulan embriyolar bakımından mümkündür. Bkz: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG, 30.9.2014, S. 29135. ÜYTE Yönetmeliği ve Eklerinde taşıyıcı anneliği açıkça yasaklayan bir hükme yer verilmemekle beraber doktrindeki baskın görüş, 17 No’lu Ek’te yer alan düzenlemenin taşıyıcı annelik uygulamasını da engelleyici nitelikte olduğu ve bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da taşıyıcı annelik sözleşmelerinin en başta ahlaka ve kişilik haklarına, sonra da ÜYTE Yönetmeliği’ne aykırı olması nedeniyle geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Cemile **Turgut**, *Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016), s. 110; Nagehan **Kırkbeşoğlu**, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar* (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005), s. 71. Türk Hukuku’nda klonlama hakkında da herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından klonlamanın yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu hususta bizim de katıldığımız görüşe göre klonlama üreme hakkının kapsamında sayılmamalı ve insan ırkı için büyük zararlar yaratabilecek bu tür uygulamalar yasaklanmalıdır. Burcu **Kalkan Oğuztürk**, *Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), s. 206, 207. Açıklanan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması bazı durumlarda ceninin yaşama hakkının ihlalini doğurabilmektedir. Bu durumlara aşağıda yeri geldikçe değinilmiştir.

Aşağıda öncelikle cenin ve yaşama hakkı kavramları genel anlamda açıklanmıştır. Ardından ceninin ahlaki ve hukuki statüsü açıklanarak ceninin kişiliği ve hak ehliyetinin başlangıcı konusunda çeşitli görüşlere yer verilmiştir. Son olarak ceninin yaşama hakkının ihlal edilebileceği durumlar, tıp ve biyoloji alanında yaşanan son gelişmeler de dikkate alınarak incelenmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ceninin yaşama hakkı konusunda vermiş olduğu kararları ve Mahkeme'nin ceninin yaşamına karşı izlediği tutum değerlendirilmiştir.

I. CENİN VE YAŞAMA HAKKI

A. Cenin Kavramı ve Tanımı

Cenin (*dörlüt, fetüs*), doktrinde “*anne karnına düşmüş ancak doğmamış olan çocuk*” olarak tanımlanmıştır². Ceninin doktrindeki tanımı dışında, ulusal mevzuat içerisinde tanımının bulunmadığı görülmektedir. Embriyo ise, tıpkı cenin gibi ulusal mevzuat içerisinde tanımlanmadığından, sık sık cenin ile karıştırılmaktadır. Doktrinde embriyo, “*ceninin anne karnındaki ilk döneminde henüz organlarının tam olarak şekillenmediği hali*” olarak tanımlanmıştır³.

Yabancı ülke mevzuatlarına ve uluslararası metinlere bakıldığında ise ceninin ve ceninin daha erken evresini temsil eden embriyonun çeşitli tanımlarına rastlamak mümkündür. Almanya’da Embriyonun Korunması Hakkında Kanununun 8. maddesine göre embriyo, sperm ve yumurta hücrelerinin birleşmesinden itibaren döllenirilmiş ve gelişim kabiliyeti olan insan yumurta hücresini ve ayrıca gerekli koşullar mevcutsa kendiliğinden bölünebilen ve bir bireyi oluşturabilen embriyodan alınan çok fonksiyonlu (totipotent) hücreleri ifade etmektedir. Gelişim kabiliyeti, aynı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Tanıma göre, hücrelerin birleşmesini takip eden yirmidört saat içerisinde tek hücre aşamasından geçebilme kabiliyeti

² Rona Serozan, Çocuk Hukuku (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), s. 91; Tülay Aydın Ünver, Ceninin Hukuki Konumu, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011), s. 8; Leyla Müjde Kurt, “Cenin Malvarlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2011, s. 179. Cenin kelimesi Arapçada “gizlemek, saklamak, gizli olmak” anlamına gelen “cenne” kökünden türemiştir. Recep Doğan, “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127, 2016, s. 74.

³ Aydın Ünver, s. 8; İsmail Dölen, Tıbbî Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?, V. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara: Ankara Barosu, 2013), s. 35; M. M. Slabbert, “The Fetus and Embryo: Legal Status and Personhood”, Journal of South African Law, C. 1997, S. 2, 1997, s. 235.

olmadığı tespit edilmedikçe, bu süreçte döllenmiş insan yumurta hücresinin gelişim kabiliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir⁴. İsviçre’de Üreme Tıbbı Kanunu m. 2/i’de embriyo “çekirdek bölünmesinden organların gelişimine dek ortaya çıkan varlık”, m. 2/j’de ise cenin “organların gelişiminden doğuma kadar geçen süreçteki varlık” olarak tanımlanmıştır⁵. İngiltere’de İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu bölüm 1/a,b ile iki hücre zigot görünümünün oluştuğu anda döllenmenin tamamlandığı kabul edilmiş ve “döllenmenin tamamlanması halinde oluşan hücreler” embriyo olarak tanımlanmıştır⁶.

Cenin ile embriyo arasındaki ayrım, döllenmeyi takip eden süreçte organizmanın gösterdiği gelişim dikkate alınarak yapılmaktadır. Sperm ve yumurta hücresinin birleşmesi ile oluşan zigot, organların taslak olarak tamamlanması ile embriyo şeklini alır. Embriyonun dokuz cm boya ulaştığı bu evre “*fetal evre*” olarak adlandırılır⁷. Embriyo, kısmen de olsa insan şeklini aldığı ve organlarının oluştuğu ortalama sekiz hafta süren sürecin devamında ise cenin olarak adlandırılır⁸.

Warnock Komitesi’nin raporunda⁹ döllenme anını takiben geçen on dört günlük süreç için “*embriyo öncesi (preembryo)*” kavramı kullanılmıştır.

⁴ Kanun metni için bkz: https://www.rki.de/SharedDocs/Gesetzestexte/Embryonenschutzgesetz_englisch.pdf?__blob=publicationFile (ET: 19.6.2022).

⁵ Kanun metni için bkz: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/en> (ET: 19.6.2022).

⁶ Kanun metni için bkz: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf (ET: 19.6.2022).

⁷ Melike Belkis Aydın, Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları (Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2013), s. 93; Aydın Ünver, s. 9; İsmet Sungurbey, Medeni Hukukun Temel Sorunları (Ankara: Adalet Yayınevi, 2003), s. 299.

⁸ Aydın Ünver, s. 9; Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010), s. 145; Remzi Demir, “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 13, 2017, s. 287; Arif Barış Özbilen, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), s. 35; Dölen, s. 35; Dilşad Keskin, “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 745.

⁹ İlk tüp bebek Louise Brown’un 1978 yılında Birleşik Krallık’ta dünyaya gelmesinin ardından Birleşik Krallık’ta üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kullanımı ve embriyo üzerinde yapılan araştırmalar sıklıkla tartışılmaya başlamıştır. Birleşik Krallık bu nedenle 1984 yılında Warnock Komitesi’ni toplamış ve Komite tarafından kısırlık tedavisi ve embriyolojik araştırmaların etkisi hakkında İnsan Döllenmesi ve Embriyolojisine İlişkin Rapor yayınlanmıştır. Rapor için bkz:

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin (*aşılama, tüp bebek, sperm/yumurta/embriyo bağıışı, taşıyıcı annelik*) kullanılmaya başlamasıyla birlikte, tüpte gerçekleştirilen döllenmelerde oluşan embriyolar bakımından “*preimplantasyon embriyo*” kavramı kullanılmaya başlamıştır. Preimplantasyon embriyo, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Milli Sağlık Enstitüsü İnsan Embriyosu Araştırma Paneli raporunda “*tüpte döllendirilen ancak henüz rahme nakledilmeyen embriyo*” olarak tanımlanmıştır¹⁰. Anılan her iki raporda da embriyo öncesi dönemde organizma, üzerinde araştırma yapılabilir ve kişiliği olmayan bir varlık olarak kabul edilmiştir.

Türk Hukuku’nda cenin kavramı çoğunlukla “*sperm ile yumurtanın döllenmesi sonucunda rahme düşen ya da nakledilen ancak henüz doğmayan varlık*” için, oluşumunun başından itibaren olmak üzere kullanılmaktadır¹¹. Bu çalışmada da cenin kavramı bu geniş anlamıyla, döllenmenin gerçekleşmesinden, doğuma kadar geçen süreçleri kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

B. Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Yaşama Hakkı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın onyedinci maddesinin birinci fıkrasına göre herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin üçüncü maddesine göre herkesin yaşam, kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) ikinci maddesinin birinci fıkrasına göre ise herkesin yaşama hakkı yasayla korunur. Kimsenin yaşamına kasten son verilemez meğer ki kişi hakkında Yasanın ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle mahkemece bir ceza hükmedilmiş olsun. AİHS’nin anılan hükmü ile taraf devletlere yaşama hakkını ulusal yasaları ile koruma altına alma yükümlülüğü yüklenmiştir. AİHM’nin içtihatları ile de istikrarlı olarak devletlerin yaşama hakkını hukuka aykırı olarak ortadan kaldıran eylemlere engel olmanın yanında, yargı yetkisi içerisindeki kişilerin yaşama hakkını

http://hfeaarchive.uksouth.cloudapp.azure.com/www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf (ET: 19.6.2022).

¹⁰ Rapor için bkz: https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559352/human_embryo_vol_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y (ET: 19.6.2022).

¹¹ Selahattin Sulhi **Tekinay**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s. 207; **Aydın Ünver**, s. 8; **Turgut**, s. 69; Emine **Akyüz**, Çocuk Hukuku (Ankara: Pegem Yayınları, 2012), s. 104; **Keskin** s. 745.

koruma altına alması yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir¹². Devlete hem negatif hem de pozitif yükümlülük getiren bu anlayışa göre ulusal düzende temel görev, kişilerin yaşama hakkına yönelik işlenebilecek suçları önlemek, bunun için en etkili ceza yöntemlerini ve ceza kovuşturmasını kabul ederek kişileri caydırmak ve yaşama hakkını güvence altına almaktır¹³. AİHS ile yalnızca biyolojik-fiziksel olarak insan yaşamı değil aynı zamanda hukuksal bir değer olarak yaşama hakkı korunmaktadır¹⁴.

Yaşama hakkı doktrinde, “insanın hem fiziksel hem de biyolojik varlığını sürdürebilmesi için sağlıklı olarak doğması, varlığını moral ve kültürel gelişim imkânlarından yararlanarak devam ettirmesi, bu şekilde tamamlanan varlığının hukuken bir kişi olarak toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar dışında yok edilmemesi” olarak tanımlanmıştır¹⁵. Dar anlamda yaşama hakkı ise, “kişilerin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması ve yaşamlarını potansiyel saldırı ve tehlikelere karşı koruyarak sürdürmeleri” olarak tanımlanır¹⁶. Bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin en başında yaşama hakkı gelmektedir. Yaşama hakkı olmazsa, diğer hakların tanınması ve korunması anlamını yitirir¹⁷. Bu bakımdan bireylerin hangi andan itibaren yaşama hakkına sahip olduklarının tespiti büyük önem taşır. Yaşama hakkı, devlet tarafından korunmasının ve hakka yönelik bir saldırının bulunması halinde bu saldırının yok edilmesi için gereken önlemlerin alınmasının talep edilmesi hakkını da içerir¹⁸.

¹²Bkz: AİHM, L.C.B./United Kingdom, No: 14/1997/798/1001, 9.6.1998, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-58176%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-58176%22]) (ET: 19.6.2022).

¹³ Cengiz Topel **Çiftçioğlu**, “Yaşama Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 103, 2012, s. 143.

¹⁴ Burcu **Aykar**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Yaşama Hakkı (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kırıkkale, 2015), s. 335; Hamide **Tacir**, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 1303.

¹⁵ **Çiftçioğlu**, s.140.

¹⁶ **Tacir**, s. 1302; **Aykar**, s. 333, 334.

¹⁷ **Tacir**, s. 1301; Y. Furkan **Şen**, “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 19, S. 2, 2015, s. 2; **Aykar**, s. 3; **Çiftçioğlu**, s. 138.

¹⁸ **Aykar**, s. 5.

II. CENNİN AHLAKİ VE HUKUKİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

A. Ceninin Ahlaki Statüsü

Ceninin hukuki niteliği belirlenirken, ahlaki statüsü de değerlendirilir. Ceninin ahlaki statüsü, cenine ahlaki açıdan nasıl davranılması gerektiğini belirler¹⁹.

Ceninin ahlaki statüsü hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri, temelde dörde ayırmak mümkündür. İlk olarak *tür görüşüne* göre, cenin insan türüne ait olması nedeniyle tam ahlaki statüye sahiptir ve bu nedenle değerlidir²⁰. Cenin ilerleyen zaman içerisinde sıradan insanların sahip olduğu yetenek ve kapasiteyi kazanacaktır. Cenin biyolojik bakımdan insan türüne ait olduğu için, döllenme anından itibaren bu türün üyesi olan herkes gibi öldürülmeye karşı eşit ve tam koruma altında olmalıdır²¹. *Potansiyellik görüşüne* göre, cenin doğmuş bir insan gibi değerlendirilemese de insan olmanın tüm gereklerini, bilinç özelliklerini potansiyel olarak taşımaktadır. Bu nedenle ceninin insan onuru ve yaşama hakkı, onun ahlaki özellikleri potansiyel olarak taşıyan bir varlık olması nedeniyle mevcut olmalıdır²². *Devamlılık görüşüne* göre cenin, zigot aşamasından itibaren insan onuruna sahiptir²³. İnsan yaşamı bir süreçten ibarettir ve bu süreç toplu yaşanmakta, zaman dilimlerine ayrılmamaktadır²⁴. Doğmuş bulunan her insan, ceninin

¹⁹ Kalkan Oğuztürk, s. 214.

²⁰ Kalkan Oğuztürk, s. 215. Bir görüşe göre, ceninin sadece insan DNA'sı taşıması dolayısıyla insan grubuna girmesi, insan kavramının içini boşaltır. Bu kabulde yumurta ve sperm hücreleri de insan DNA'sına sahip olduklarından, insan olma potansiyeline sahip oldukları savunulabilir ancak yaşama hakkına sahip oldukları savunulamaz. Cenin, ahlaki anlamda insan topluluğunun bir parçası olması nedeniyle de insan sayılmalıdır. İçten Keskin, "Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm", Fe Dergi, S. 1, 2015, s. 87.

²¹ Metin, s. 142.

²² Thomason, s. 47; Metin, s. 142; Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 357; Kalkan Oğuztürk, s. 218; Aydın, s. 95. ABD Yüksek Mahkemesi'nin cenini potansiyel insan olarak değerlendirdiği kararı için bkz: United States Supreme Court/Roe v. Wade, No: 70-18, 22.1.1973. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html> (ET: 19.6.2022). ABD Yüksek Mahkemesi Davis ve Davis kararında yine Roe ve Wade kararına atıfta bulunarak preembriyoların potansiyel kişiler olduğunu ancak embriyolara tam anlamıyla kişilik tanınmasının mümkün olmadığını, yine de insan dokusu taşımaları, insan hayatının sembolü olmaları nedeniyle özel bir saygıyı hak ettiklerini kabul etmiştir. Karar için bkz: United States Supreme Court/ Davis v. Davis, No: 89-98, 13.9.1990. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/472/> (ET: 29.8.2022).

²³ Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 356.

²⁴ Kalkan Oğuztürk, s. 217; Aydın, s. 95.

gelişiminin son aşaması olduğundan, cenin henüz doğmasa da insan olarak nitelendirilmelidir. Bu nedenle ceninin yaşama hakkı daha zigot aşamasında iken başlamaktadır. Son olarak *benzerlik görüşüne* göre de, cenin, insan onuru ve insan haklarına sahiptir. İnsan ve insan embriyosu aynıdır, bu nedenle ahlaki olarak eşit davranılmayı hak eder²⁵.

İnsan olarak kabul edilen ceninin²⁶ yaşama hakkının ne zaman başladığının tespiti, embriyo üzerinde yapılan bilimsel araştırma ve deneyler, kürtaj ve üreme hakkı ile ceninin yaşama hakkının yarışabileceği diğer durumlar bakımından oldukça önemlidir. İnsan yaşamının başladığı anı tespit etmeye yönelik üç teori bulunmaktadır. Bunlar döllenme anı, gebelik süreci ve doğum anı teorileridir. Yaşama hakkının döllenmeden itibaren başladığını kabul eden teoriye göre genetik ve biyolojik olarak anne ve babadan ayrı ve genetik olarak benzersiz bir canlının oluştuğu an döllenme anıdır²⁷. Döllenme, genetik tamamlanma anını temsil eder. Döllenme ile fiziksel ve zihinsel olarak ayırt edici özellikler oluşur. Bu nedenle yeni döllenmiş embriyo ile gelişmiş bir fetüs ya da doğmuş bir bebek arasında haklar bakımından bir fark yoktur²⁸. Cenin ister rahimde ister tüpte döllensin, döllenme anından itibaren yaşama hakkına sahip olduğundan üzerinde araştırma yapılması ya da annenin kürtaj olması kabul edilemez. Bu durumda akla zorunlu hallerde örneğin tıbbi bir

²⁵ **Kalkan Oğuztürk**, s. 218; **Öztürk**, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 357.

²⁶ Ceninin ahlaki değeri konusunda bir başka perspektifle ileri sürülen üç görüş daha bulunmaktadır. Bu görüşler; embriyonun genetik özellikleri ve gelişme potansiyeli dikkate alındığında insan olduğunu kabul eden görüş; embriyo ve cenini hücre topluluğu olarak gören ve şey olarak nitelendiren görüş ve son olarak iki görüşün ortasında yer alan, embriyo ve ceninin “eşsiz, benzersiz” olup insan gelişimin ilk aşaması olduğunu kabul eden görüştür. Tara **Carlin**, “Why the Legal Classification of Cryogenically Preserved Pre-Embryos Matter”, *Rutgers Journal of Law and Public Policy*, C. 17, S. 2, 2020, s. 324; Vera **Raposo** ve Eduardo **Osuna**, “Embryo Dignity: The Status and Juridical Protection of the In Vitro Embryo”, *Medicine and Law*, C. 26, S. 4, 2007, s. 739; **Tacir**, s. 1304; **Metin**, s. 172.

²⁷ Stephen C. **Hicks**, “The Right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society”, *Florida State University Law Review*, C. 19, S. 3, 1992, s. 811, 813; **Kalkan Oğuztürk**, s. 228, 230. Döllenme ile oluşan zigotun, embriyo evresine geçse de rahim dışında yaşamasının olanaksız olması, henüz en taslak haliyle dahi organ yapısı ve beyne sahip olmaması sebebiyle kişi kabul edilemeyeceği görüşü için bkz: Aykut **Çoban**, “İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü”, *Toplum ve Bilim Dergisi*, S. 109, 2007, s. 261.

²⁸ **Hicks**, s. 810-813. Buna karşılık Rubenfeld’e göre, yaşama hakkının döllenme anından itibaren başlatılması ve buna dayanak olarak genetik bütünlüğün döllenme anında sağlandığının gösterilmesi kabul edilemez. İnsanın tüm genetik bilgisini eksiksiz taşımak insan olmaya eşit sayılamaz. Jed **Rubenfeld**, “On the Legal Status of the Proposition that Life Begins at Conception”, *Stanford Law Review*, C. 43, S. 3, 1991, s. 625.

gerekçeyle ya da cinsel saldırı sonucunda kürtaj olunması ihtimalinde nasıl bir tutum sergileneceği sorusu gelir. Ayrıca, rneğin bir laboratuvar asistanının tüpte döllenen embriyoyu yere düşürmesi sonucunda hukuki ve cezai sorumluluğunun doğması kabul edilebilir midir²⁹?

İkinci teori, insan yaşamının başlangıcının gebelik sürecinin farklı aşamalarına yayıldığı düşüncesinden doğmuştur. Bu teoriye göre, embriyonun ayrı bir insan olarak değerlendirilebileceği ve yaşama hakkının korunacağı safhalar çeşitlidir. Kişiliğin ve yaşama hakkının hangi andan başladığı konusunda ise farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazara göre, embriyonun bilinçli isteklerinin oluşmasıyla birlikte (24-32. hafta) cenin annenin sesini duymaya, algılamaya ve tepki vermeye başladığından bu anın ceninin bilinçli ancak üstü kapalı olarak yaşama hakkı talep ettiği an olarak değerlendirilmesi ve yaşama hakkının bu aşamadan itibaren tanınması gerekir³⁰. Bir başka sava göre, ceninin yaşama hakkının başladığı sınır canlanma (fetal hareketlenme) anı olmalıdır³¹. Ceninin hareketlenmeye başladığının anne tarafından hissedildiği ilk an ceninin moral ve yasal haklarının başladığı an olarak kabul edilmelidir. Önceden 16-20. hafta arasında olan bu süreç ultrason teknolojisinin gelişmesi sayesinde 6-7. haftaya kadar düşmüştür. Bu aşamaya kadar anneye yapışık bir tümör gibi görülen ve annenin kendi vücuduna ait bir parça olduğu kabul edilen ceninin, bu aşamadan itibaren anneden bağımsız olarak hareket edebildiği kabul edilir. Bir diğer sava göre, ceninin acıyı ve mutluluğu hissetmeye başladığı an yaşama hakkı ve menfaatleri de bařlar³². Öte yandan doktrinde bir kısım yazar, beyni olmayan bir kimsenin insan türüne ait olamayacağı ve kişiliğinin de bulunmayacağını savunmaktadır³³. Gebeliğin sekizinci haftasında beyinde elektriksel faaliyetler başlar ve bu bilincin ve aynı zamanda yaşamın başladığı andır³⁴. Beyin lm insanın ölmüş sayılması için yeterli görülüyorsa, insan yaşamının başlangıcı beynin

²⁹ örnek için bkz. **Slabbert**, s. 235.

³⁰ John **Bigelow** ve Robert **Pargetter**, "Morality, Potential Persons and Abortion", *American Philosophical Quarterly*, C. 25, S. 2, 1988, s. 173.

³¹ Bu görüşün temeli, Thomas Aquinas ve diğer orta ağ din bilimcileri ve düşünürlerinin ileri sürdüğü ruhun bedene girmesiyle ceninin hareket etmeye başladığı savına dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Hicks**, s. 828 vd; Saliha **Altıparmak**, Meltem **Çiçeklioğlu**, ve Gülay **Yıldırım**, "Abortus ve Etik", *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, S. 31, 2009, s. 86.

³² Christopher **Kaczor**, *The Ethics of Abortion, Women's Rights, Human Life and The Questions of Justice* (Newyork ve Londra: Routledge, 2011), s. 74-78.

³³ **Kalkan Oğuztürk**, s. 233.

³⁴ **Altıparmak/Çiçeklioğlu/Yıldırım**, s. 86.

gelişmeye başladığı an olmalıdır³⁵. Son olarak, doktrinde yaşamın başlangıcının ceninin insan suretini aldığı an olduğunu savunan görüş ile bilince sahip olmayan canlının insan sayılamayacağı ve dolayısıyla ceninin yaşamının bilincin gelişmesiyle başladığını savunan görüş, herhangi bir kaza ya da ameliyat nedeniyle insan görünüşünü kaybedenlerin ya da komaya girenlerin kapsam dışında kalmaları nedeniyle eleştirilmektedir³⁶.

Üçüncü teori, insan yaşamının doğum anında başladığını kabul eden teoridir³⁷. Doğum insanlığın ve kişiliğin başladığını kanıtlayan oldukça net bir çizgidir. Fiziksel bağımsızlık bu anda elde edildiğinden kişilik de bu andan itibaren başlamalıdır³⁸. Cenin ancak doğumla birlikte ahlaki statüye ve yaşama hakkına kavuşur. Cenin ile doğumdan sonraki insan eşit statüde kabul edilemez. Bu doğrultuda üreme özgürlüğü son haddine kadar savunulur. Teoriye göre kişi, sorgulayan, iradesini serbestçe yönlendirebilen, problemleri algılayan ve çözen, başkalarıyla iletişime geçebilen, kendini bilme bilincine sahip bir varlıktır. Cenin bu özelliklere anne karnında ya da tüpte iken sahip değildir³⁹. Yine de doğumdan evvel potansiyel olarak insan olan ceninin yaşamına insan onuru gereğince saygı duyulmalıdır⁴⁰.

Doktrinde ağırlıkla kabul edilen ve yukarıda açıklanan üç teoriye ek olarak, doktrinde azınlık tarafından savunulan görüşlere de kısaca değinilmelidir. Ceninin yaşama hakkının başlangıcı olarak “yaşayabilirlik (*viability*)” kıstasını kabul eden görüşe göre, ceninin rahim dışında doğal veya yapay yaşam destek sistemi ile yaşayabilme imkanına sahip olduğu anda kişiliği başlar⁴¹. Bu evre ceninin pulmoner kapasitesinin başladığı ve beyninin daha yüksek düşünsel işlevselliğe sahip kortikal yapıyı geliştirdiği zaman olan

³⁵ **Slabbert**, s. 249. Karşı görüş için bkz: T. A. **Shannon**, “The Moral Significance of Brain Integration in the Fetus”, *Bioethics and the Fetus*, C. 1991, 1991, s. 133.

³⁶ **Kaczor**, s. 79.

³⁷ **Rubinfeld**, s. 620.

³⁸ **Rubinfeld**, s. 620.

³⁹ Döllenmeyle oluşan ve biricik olan, insan türünün yeni üyesi zigotun gelişmekte olmasının, onu başka bir cinsle dönüştürmediği ve kişilik bakımından farklılaştırmadığı ileri sürülerek, embriyonun kişi olmadığı iddiası çürütülebilir. Bu görüşe göre zigot potansiyel ya da olası bir insan değil, tam bir insandır. Kişilik insan olduğu anda başlar ve kişiliğin kazanılmasının koşulu beynin oluşumu, bilişsel gelişimi, seçmesi, hissetmesi, dışarıya ile bağlantı kurması, düşünmesi, istemesi olamaz. **Çoban**, *Embriyonun Moral Statüsü*, s. 262 vd.

⁴⁰ **Kalkan Oğuztürk**, s. 235.

⁴¹ **Agota Peterfy**, “Fetal Viability as Threshold to Personhood: Legal Analysis”, *Journal of Legal Medicine*, C. 16, S. 4, 1995, s. 607.

20 ve 40. hafta arasında başlar. Bu aşamada yapılacak bir kürtajın ceninin sinir sisteminin entegre olması nedeniyle cenine acı vereceği kabul edilir⁴². Roe ve Wade davasında ABD Yüksek Mahkemesi rahim dışında yaşayabilme anını, cenini koruma sınırı olarak kabul etmiştir⁴³. Bu görüş, ceninin “yaşayabilme” ölçütünün teknolojinin gelişmesine paralel olarak değişeceği ve bu teknolojiye ulaşan insanlarla ulaşamayanlar arasında ayırım yaratacağı endişesi ile eleştirilmektedir⁴⁴.

Doktrinde özellikle tüpte döllen embriyolar bakımından savunulan bir başka görüşe göre ceninin yaşama hakkı, insan olma potansiyeli rahme nakledildiği anda aktifleştikten bu anda başlar⁴⁵.

Son olarak gelişen teknoloji ile hayatımıza dahil olan yapay rahim uygulamasında ceninin yaşama hakkı konusuna değinmek yararlı olacaktır. Günümüzde bilim insanları prematüre bebeklerin yaşama tutunabilmeleri için yapay rahim geliştirmişlerdir. Yapay rahim uygulaması, ceninin olduğu

⁴² John A. Robertson, “In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos”, Virginia Law Review, C. 76, S. 3, 1990, s. 201.

⁴³ Bkz: United States Supreme Court/Roe v. Wade. ABD Yüksek Mahkemesi söz konusu kararından 24 Haziran 2022 tarihinde verdiği yeni bir karar ile dönmüştür. ABD Yüksek Mahkemesi Dobbs ve Jackson Kadın Sağlığı Kurumu kararı ile kürtajın ABD Anayasası’nda yer alan bir hak olmadığını bu nedenle anayasal bir hak sayılmayacağını kabul etmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi Roe ve Wade davasında hatalı bir karar verildiğini, kürtaj hakkının kısıtlandırılması gerektiğini, zira tüm planlanmayan gebelikleri önlemek için gebelikten önce doğum kontrol yöntemlerinin kullanılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre gelişimin tüm aşamalarında doğum öncesi yaşama saygı gösterilmesi ve yaşamın korunması gerekmektedir. Mahkeme kürtaj konusunda hukuki düzenleme yapma yetkisini eyaletlere bırakmıştır. Eyaletlerin birbirinden farklı düzenlemeler getirmesi, kürtajı kısıtlaması ya da tamamen kaldırması mümkündür. Karar için bkz: Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, No: 19-1392, 24.6.2022. https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (ET: 25.8.2022). Verilen karar tüm dünyada yankı uyandırmış ve özellikle yıllarca verilen feminist mücadeleleri hiçe sayması nedeniyle eleştirilmiştir. Karara getirilen bir başka eleştiri, herhangi bir eyalette kürtajın yasaklanmasının kürtajı engellemeyeceği, kişilerin bir başka eyalete geçerek kürtaj olmalarının mümkün olmasıdır. Kanaatimizce ABD Yüksek Mahkemesi’nin yeni kararı yerinde değildir ve getirilen eleştiriler haklıdır. Kürtaj Anayasa’da ayrı bir hak olarak düzenlenmesi de kadının üreme hakkının, maddi ve manevi varlığı üzerindeki haklarının kapsamında görülmelidir. Unutulmamalıdır ki tarih boyunca kürtajın yasaklanması kürtaj olan kadın sayısını azaltmamış, yasak yalnızca kadınların yasal olmayan şekilde, merdivenaltı yerlerde kürtaj olmalarına neden olmuştur. Bu durum kadının fiziki ve ruhsal sağlığını tehlikeye atmaktadır. İstenmeden dünyaya getirilen bir çocuğun hayatı boyunca yaşayacağı sosyal zorluklar ise ayrıca tartışılmaya değerdir.

⁴⁴ Rubinfeld, s. 620; Metin, s. 159.

⁴⁵ Kalkan Oğuztürk, s. 233; Altıparmak/Çiçeklioğlu/Yıldırım, s. 86.

andan itibaren yapay rahme nakli ya da ceninin belli bir süre anne rahminde geliştikten sonra yapay rahme nakli şeklinde gerçekleşir⁴⁶. Bu durumda yapay rahimdeki ceninin kişiliğinin ve yaşama hakkının hangi andan itibaren başladığı tartışmalıdır. Böyle bir durumda cenin artık anne bedeninde olmadığından kadının bedeni üzerindeki hak ile yaşama hakkı çatışmamakla beraber, üreme hakkı ile yaşama hakkı arasındaki çatışma sürmektedir. Bu halde yapay rahimde büyümekte olan embriyo ile dondurulan embriyonun aynı olmaması gerektiği, yapay rahimde gelişmekte olan ceninin yaşama hakkına üstünlük tanınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁴⁷. Yapay rahim içerisinde yaşatılabilecek evreye gelen ceninin yaşama hakkının bu evreden itibaren başlayacağı argümanı doktrinde şimdiden taraftar toplamıştır⁴⁸.

B. Ceninin Hukuki Statüsü

Ceninin insan haklarına sahip bir hak öznesi olarak kabul edilmesi, hukuken güçlü bir dayanağa sahiptir. TMK⁴⁹ m. 28 hükmünün ikinci fıkrasına göre, “*çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder*”. Ceninin hak ehliyetini kazandığı an, haklara sahip olduğu ve dolayısıyla haklarının korunmaya başladığı andır. Ceninin kişilik kazandığı an ise TMK m. 28 hükmünün birinci fıkrası ile düzenlenmiştir. Hükmüne göre “*kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer*”⁵⁰.

⁴⁶ Carlo **Bulletti**, Antonio **Palagiano**, Maria Caterina **Pace**, Angelica **Cerni**, Andrea **Borini**, ve Dominique **De Ziegler**, “The Artificial Womb”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, C. 1221, S. 1, 2011, s. 124.

⁴⁷ Jessica H. **Schultz**, “Development of Ectogenesis: How Will Artificial Wombs Affect the Legal Status of a Fetus or Embryo”, *Chicago-Kent Law Review*, C. 84, S. 3, 2010, s. 884.

⁴⁸ Nancy K. **Rhoden**, “Trimesters and Technology: Revamping Roe v. Wade”, *Yale Law Journal*, C. 95, S. 4, 1986, s. 639. Ayrıca bkz: United States Supreme Court/Akron v. Akron Center for Reproductive Health, No: 462U.S.416, 15.10.1983. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/462/416/> (ET: 19.6.2022).

⁴⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu. RG, 8.12.2001, S. 24607.

⁵⁰ Geniş anlamıyla kişilik, kişinin hak ve fiil ehliyetini, vücut bütünlüğünü, ad ve resim üzerindeki hakkını, yaşamını, sağlığını, onurunu, soybağını, yaşını ve medeni hali gibi kişisel durumların tamamını kapsamaktadır. Bir görüşe göre embriyo, hukuk süjesi ya da bir hukuk objesi değildir ancak embriyonun üreme hücresi kullanılan kişilerin kişilik hakları gereğince korunması gerekir. Ayrıca tüpteki embriyo, “*müstakbel*” hukuk süjesi olduğundan, insan varlığı ve onuruna saygı gösterilmesi hakkındaki normlar tarafından da korunur. Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, *Medeni Hukuk* (Ankara: Beta Yayınevi, 2018), s. 108; **Aydm**, s. 97; Serap **Helvacı**, *Gerçek Kişiler* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011), s.

Ceninin hukuki statüsü belirlenirken, kişiliğin başladığı anın tespit edilmesi önem taşımaktadır. Kişiliğin başladığı anın belirlenmesi konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. TMK m. 28/I hükmüne göre kişiliğin başlaması için “tam doğma”⁵¹ ve “sağ doğma”⁵² şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Tam ve sağ doğum gerçekleştiğinde kişilik, geçmişe etkili olarak ana rahmine düşmeden itibaren başlar⁵³. Bu varsayımda henüz tam ve sağ olarak doğmamış olan çocuğun, ana rahmine düştüğü anda ileride tam ve sağ doğacağı kabul edilmektedir. Çocuğun kazanacağı hak ve borçların belirlenmesi bakımından, çocuğun ana rahmine düştüğü anın saptanması da büyük önem taşır. TMK m. 28 hükmü ve devamında yer alan hükümler, ana rahmine düşme anının hangi ölçüye göre belirleneceğini düzenlememiştir. Doktrinde ağırlıklı kabul edilen görüş, ana rahmine düşme anının “kadının gebe kaldığı” an olduğudur⁵⁴. Kadının gebe kaldığı anı belirlemek, temelde tıbbî bir sorundur.

Ceninin ana rahmine düştüğü anın ispatı, ispata ilişkin genel hüküm niteliğindeki TMK m. 6’ya tâbidir. Doktrinde, ceninin ana rahmine düştüğü anın, TMK m. 287/II ve m. 302/I hükümlerinin kıyasen uygulanması ile çözülebileceği de savunulmaktadır⁵⁵. Buna göre, tıbbi incelemeler sonucunda aksi ispat edilmedikçe doğumdan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında çocuğun ana rahmine düştüğü karine olarak kabul edilmelidir.

21; Mustafa **Dural** ve Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), s. 5; Jale G. **Akipek**, Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (Ankara: Beta Yayınevi, 2011), s. 339.

⁵¹ Tam doğum, çocuğun annesinin bedeninden bütün organlarıyla, tamamen ayrılması ve anneden bağımsız olarak yaşamaya başlaması anlamına gelmektedir. Göbek bağının kesildiği an ise bu konuda belirleyici değildir. Doğumun yöntemi, döllemenin doğal ya da yapay yolla gerçekleşmesinin de önemi yoktur. Bilge **Öztaş**, Medeni Hukukun Temel Kavramları (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), s. 224; **Helvacı**, s. 27; Ahmet **Kılıçoğlu**, Medeni Hukuk (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), s. 201; **Aydın Ünver**, s. 11; **Tekinay**, s. 208.

⁵² Sağ doğum, çocuğun annesinin vücudundan yaşayarak ayrılması anlamına gelmektedir. Çocuk çok kısa bir süre yaşamış olsa da kişiliğin başladığı kabul edilir. Çocuğun sağ doğmuş sayılması için kalbinin atması, nefes alması, ağlaması ya da reflekste bulunması gibi herhangi bir yaşam belirtisi göstermesi yeterlidir. **Öztaş**, *Medeni Hukuk*, s. 224; **Kılıçoğlu**, s. 201; **Aydın Ünver**, s. 13; **Helvacı**, s. 28; **Tekinay**, s. 208.

⁵³ “Geçmişe etkililik” Roma Hukuku dönemine dayanan bir varsayımdır. Corpus Iuris Civilis’in Digesta bölümünün 1.5.7. başlığında, ceninin menfaatinin ya da yararının olduğu durumlarda haklarının, çocuk doğmuşçasına korunacağı belirtilmiştir. **Aydın Ünver**, s. 17.

⁵⁴ **Aydın Ünver**, s. 18; **Turgut**, s. 73; **Dural/Öğüz**, s. 18; **Helvacı**, s. 7; **Kurt**, s. 183.

⁵⁵ **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 257.

Kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıcı meselesi, tüpte döllenmiş embriyo bakımından farklı tartışmaları doğurmaktadır. Tüpte döllenmiş embriyonun, ana rahmine düşmesinden değil, ana rahmine “*nakledilmesinden*” söz edilir. Bu nedenle tüpte döllenmiş embriyonun kişiliğinin hangi anda başlayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre TMK m. 28/II’de yer alan “*ana rahmine düşme*” kavramının, tüpte döllenmeler bakımından “*döllenme anı*” olarak anlaşılması gerekir⁵⁶. Böylece embriyo, TMK m. 28 hükmünden yararlanabilir. TMK m. 28/II hükmü ile amaçlanan, ceninin korunması olduğuna göre, yapay döllenme ile oluşan embriyonun hak kaybına uğraması engellenmeli ve doğal yolla döllenmiş çocuk ile yapay yolla döllenmiş çocuk arasında ayırım yaratılmamalıdır⁵⁷. Diğer yandan tüpte döllenme gerçekleştiikten sonra embriyonun rahme nakledilmesine kadar uzun bir süre geçmişse, bu durumda da kişiliğin başlangıç anı olarak döllenme anı kabul edilmelidir. Böylece, cenini tüpte olduğu dönemde anne ve babanın kişiliğinin uzantısı ya da eşya konumunda gören görüşlere de karşı çıkmış olacaktır⁵⁸.

⁵⁶ Rona Serozan, Medeni Hukuk (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), s. 386; Helvacı, s. 7; Aydın Ünver, s. 20; Çoban, *Tüpteki Embriyo*, s. 78; Aydın, s. 98; Turgut, s. 74; Yusuf Büyükkay, Hekimlerin Embriyo Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara: Ankara Barosu, 2009), s. 130; Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır, “Cenin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Maddi Zararın Tazmini”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 279; Keskin, s. 748; Kurt, s. 184.

⁵⁷ Böylece döllenmeden itibaren cenin malvarlığı haklarına da tam ve sağ doğmak kaydıyla sahip olduğundan, bu evrede maruz kalınan haksız fiil nedeniyle tazminat talep edebilmesi de mümkün olacaktır. Kurt, s. 184.

⁵⁸ Aydın Ünver, s. 21; Aykut Çoban, “Türkiye’de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 27, 2009, s. 79; Aydın, s. 97. Tüpte döllenmiş ancak henüz rahme nakledilmeyen embriyonun (preembriyonun) eşya niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre tıpkı saç, kan, yumurta, sperm ve bazı dokular gibi tüpte döllenmiş embriyo da annenin bir uzantısıdır ve embriyo üzerinde ebeveynin birlikte mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Embriyo kadın ve erkeğin üreme hücrelerinin birleşimi ile oluştuğundan, yalnızca annenin veya yalnızca babanın embriyonun geleceğini belirleme imkânı yoktur. Carlin, s. 324; Raposo/Osuna, s. 739; Katheryn D. Katz, “The Legal Status of the Ex Utero Embryo: Implications for Adoption Law”, Capital University Law Review, C. 35, S. 2, 2006, s. 327-333. Çiftin evli olmadığı olasılıkta ise her iki tarafın embriyo üzerinde müşterek mülkiyet hakkına sahip olacağı savunulmaktadır. Kalkan Oğuztürk, s. 240; Özbilen, s. 37; Özsunay, s. 13; Aydın, s. 98. ABD Missouri Temyiz Mahkemesi McQueen ve Gadberry kararında preembriyoların eşya olduğunu ancak yine de potansiyel insan olmaları nedeniyle özel bir saygıyı hak ettiklerini kabul etmiştir. Mahkemeye göre preembriyolar evli çiftlerin ortak mülkiyetine dahil olduklarından diğer mülkler gibi eşler tarafından paylaşılmalıdır. Karar için bkz: Missouri Court of Appeals, Eastern District/McQueen v. Gadberry, No. ED103138, 15.11.2016. <https://caselaw.findlaw.com/mo-court-of-appeals/1754542.html> (ET: 16.6.2022). ABD

Bir başka görüşe göre, tüpte döllen embriyonun kişiliğinin başlangıç anı döllenmenin gerçekleştiği an değil, embriyonun rahme tutunduğu an olarak kabul edilmelidir⁵⁹. Embriyo döllendiği anda insan olarak doğma kapasitesine sahiptir. Bu kapasiteyi geliştirmek için ise ana rahmine tutunmaya ihtiyacı vardır. Bu sayede pasif potansiyel aktifleşerek aktif potansiyel haline dönüşecektir. Embriyo döllenme anından itibaren, insan türüne ait bir canlı olması dolayısıyla ahlaki açıdan saygı duyulmayı hak etse de yaşama hakkı, rahim çeperine tutunduğu anda başlar⁶⁰. Kişiliğin rahme nakilden itibaren başlaması önceki aşamada ceninin imha edilebileceği, üzerinde deneylerin yapılabileceği, genlerine müdahale edilebileceği anlamına gelmez⁶¹. Yaşama hakkı, rahme nakilden evvel tanınırsa, bu durumda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılırken gebelik şansını artırmak amacıyla çok sayıda oluşturulan embriyoların tamamına yaşama hakkı tanınmış olması amacı aşan bir uygulama olarak kendisini gösterecektir⁶².

Kişiliğin başlangıcı bakımından tartışma yaratabilecek diğer durumlar ise, üreme hücrelerinin dondurulup bir süre sonra döllendirilmesi ve rahme nakledilmesi hali ile, döllenme gerçekleştikten sonra oluşan embriyonun bir süre dondurulup sonrasında rahme nakledilmesi halleridir. Bu ihtimalde kişiliğin başlangıcı bakımından döllenme anının mı yoksa rahme nakledilme

Yüksek Mahkemesi Davis ve Davis kararında preembriyoların kişi ve eşya arasında olduğunu kabul etmiş, preembriyonun eşyadan fazlası olduğunu ancak tüm hak ve özgürlüklere sahip bir insan da sayılamayacağını, yine de özel bir saygıyı hak ettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre embriyo geliştikçe yaşam potansiyeli de geliştikçe daha yüksek saygıyı hak eder. Ancak ilk üç aylık dönemi aştığında ve yaşayabilirlik (viability) koşulu sağlandığında dahi doğmuş bir insanın sahip olduğu haklara sahip olamaz. Kanaatimizce insanın objeleştirilmesi, araçsallaştırılması insan onuruna aykırıdır. Warnock Komitesi'nin gamet ve embriyolar üzerinde mülkiyet hakkını reddeden raporu için bkz: Report of The Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, <https://www.hfea.gov.uk/media/2608/warnock-report-of-the-committee-of-inquiry-into-human-fertilisation-and-embryology-1984.pdf> (ET: 16.6.2022).

⁵⁹ Kalkan Oğuztürk, s. 220; Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 353.

⁶⁰ Özsunay'a göre, henüz rahme nakledilmemiş olan embriyo, üreme hücrelerinin sahiplerinin kişilik haklarına dâhil bir değerdir ve bu bağlamda kişilik haklarını koruyan hükümler kapsamında korunmalıdır. Ayrıca söz konusu embriyolar müstakbel bir hukuk süjesi olmaları sebebiyle insan onuruna duyulan saygı kapsamında da korunmalıdır. Ergun Özsunay, *Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011), s. 130.

⁶¹ Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 357.

⁶² Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 357.

anının mı esas olduğu tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, söz konusu durumlarda da kişiliğin başlangıcının döllenme anı olarak kabul edilmesi gerekir⁶³. Ancak belirtmek gerekir ki, açıklanan her iki ihtimalde de cenine tam ve sağ doğum gerçekleşmeden kişilik tanınmamakta, hak ehliyeti de tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, döllenme anından itibaren kazanılmaktadır⁶⁴.

Ceninin kişiliğinin ancak tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle başlayacağı ise doktrinde savunulan bir başka görüştür⁶⁵. Bu görüşe göre, üreme hakkı, henüz bilinci bulunmayan ve potansiyel kişi sayılan ceninin yaşama hakkından üstün tutulmalıdır.

Kanaatimizce ceninin yaşama hakkına sahip olduğu an TMK m. 28 hükmü gereğince tam ve sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andır. Cenin tam ve sağ olarak doğmazsa hiçbir zaman hak ehliyetine sahip olamaz. Tüpte döllenmiş embriyolar bakımından ise yaşama hakkının başlangıcı döllenme anı olarak kabul edilmelidir. Ancak bu halde de cenine tam ve sağ doğum gerçekleşmeden kişilik tanınmamalı, hak ehliyeti de tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, döllenme anından itibaren kazanılmalıdır. Üreme hücrelerinin dondurulup bir süre sonra döllenmesi ve rahme nakledilmesi hali ile, döllenme gerçekleştikten sonra oluşan embriyonun bir süre dondurulup sonrasında rahme nakledilmesi hallerinde de kişiliğin başlangıcı olarak döllenme anının kabul edilmesi gerekir. Anılan her iki halde yine cenine tam ve sağ doğmasıyla birlikte kişilik tanınmalı, cenin hak ehliyetini de tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, döllenme anından itibaren kazanmalıdır.

Kişiliğin başlangıç anı bakımından tartışılan bir başka konu, “*tam ve sağ doğum*” şartının geciktirici mi yoksa bozucu şart mı olduğu noktasındadır. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre tam ve sağ doğum şartı geciktirici şart niteliğindedir⁶⁶. Cenin tam ve sağ doğmasıyla birlikte, kişiliği geçmişe etkili olarak kazanmaktadır. Buna karşılık ceninin kişiliğinin başlaması bakımından

⁶³ Aydın Ünver, s. 24; Kırkbeşoğlu, s. 54.

⁶⁴ Aydın Ünver, s. 24; Kırkbeşoğlu, s. 54.

⁶⁵ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 165; Dural/Öğüz, s. 19-20.

⁶⁶ Helvacı, s. 7; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 245; Aydın Ünver, s. 25; Turgut, s. 73; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), s. 19; Keskin, s. 746. Yargıtay’a göre de tam ve sağ doğum şartı geciktirici koşul niteliğindedir. Bkz: Y. 4. HD, E.1983/6447, K.1984/2849, 23.10.1984. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tam ve sağ doğum şartının bozucu şart olduğunu savunanlara göre, ceninin ana rahmine düştüğü anda ya da tüpte dölleme anında, kişiliği de başlamakta ancak cenin tam ve sağ doğmazsa, bu durumda kişilik sona ermektedir⁶⁷. Bu halde cenin doğumuna kadarki süreçte haklarını kanuni temsilci vasıtasıyla kullanabilir. Cenin ölü doğarsa, hak ehliyeti de geriye etkili olarak ortadan kalkar. Bu görüşün savunucuları, kürtajın hangi evrede yapılmış olursa olsun hukuka aykırı olduğunu ve ceninin yaşama hakkının ihlal edildiğini savunmakta, bunun gibi tüpte dölleme yönteminde fazladan oluşturulan embriyoların sonradan yok edilmesini de ihlal kapsamına almaktadır. Ceninin yaşama hakkı ancak annenin hayatı tehlikesinin bulunması halinde sonlandırılabilir⁶⁸.

Savunulan bir başka görüşe göre, tam ve sağ doğum şartının geciktirici ya da bozucu olduğu sonucuna, ceninin korunmaya ihtiyaç duyan hakkının niteliği dikkate alınarak karar verilmelidir⁶⁹. Bu görüş, ceninin hangi hak ve menfaatlerinin bozucu şarta hangilerinin geciktirici şarta bağlı olacağını belirsizleştireceği, özellikle yapılan hukuki işlemler bakımından işlem güvenliğinin ortadan kalkacağı, mahkemelerin gereksiz yere çalışmasına neden olunabileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁷⁰. Son olarak bir başka görüş, ceninin hak ehliyetini miras hakkının kanuni temsilcisi tarafından korunmasını sağlamak için bozucu şarta, sözleşme ehliyeti bakımından ise geciktirici şarta bağlı olarak kazanması yönündedir⁷¹.

Kanaatimizce ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazanması, tam ve sağ olarak dünyaya gelmemesi halinde ise en baştan itibaren hak ehliyetine sahip olmadığının kabul edilmesi, hukuki güvenliği sarsıcı nitelikte olduğundan ve ceninin tüm hak ve menfaatlerini kaybetmesine yol açacağından kabul edilemez. Kişiliğin başlangıç anı bakımından tam ve sağ doğum şartının geciktirici şart niteliğinde olduğunun kabulü yerindedir.

⁶⁷ Aydın, s. 88; Sungurbey, s. 301; Kırkbeşoğlu, s. 31; Kurt, s. 182; Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 355.

⁶⁸ Aydın Ünver, s. 46.

⁶⁹ Ergun Özsunay, Rights of Embryo and Foetus In Private Law. XVIth International Congress of Comparative Law (Australia: Brisbane, 2002), s. 1297-1298.

⁷⁰ Kurt, s. 183; Müslüme Üye, Ceninin (Fetüsün) Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının Korunması, V. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara: Ankara Barosu, 2014), s. 45.

⁷¹ Kurt, s. 182; Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 354.

III. CENİNİN YAŞAMA HAKKININ İHLALİ

A. Genel Olarak

Ceninin yaşama hakkının ihlali sonucunu doğuran durumlar, günümüzde tıp ve biyoloji alanında yaşanan gelişmelere paralel olarak günden güne artmaktadır. Önceden rahimde döllenmiş ve gelişen ceninin yaşama hakkının ihlali, kürtaj ve Türk Ceza Kanunu (TCK)⁷² kapsamında düzenlenen çocuk düşürme ve çocuk düşürme suçları ile sınırlı olarak gerçekleşebilirdi. Günümüzde ise embriyolar üzerinde bilimsel araştırma ve deney yapılması, kök hücre çalışmaları, genetik müdahaleler, tüpte oluşturulan embriyoların imhası gibi pek çok alanda ceninin yaşama hakkının ihlali meydana gelmektedir. Bu durum, embriyo ve ceninin eskiye nazaran çok daha fazla korumaya ihtiyaç duyduğunu göstermektedir.

Ceninin yaşama hakkı çoğu zaman bireylerin üreme hakkı ile çatışması sonucunda ihlal edilir. Kadının üreme hakkı kapsamında çocuk sahibi olmak istemeyerek kürtaj olması, tüpte oluşturulan embriyolardan istenmeyenlerin ya da genetik açıdan sağlıklı olanların seçilerek imha edilmesi gibi çeşitli durumlarda üreme hakkının ceninin yaşama hakkından üstün tutulup tutulmayacağı sorunu ile karşılaşılır. Örneğin, taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılan kadının bebeği taşımaktan vazgeçmesi ve kürtaj olması durumunda kadının üreme hakkı mı yoksa ceninin yaşama hakkı mı korunacaktır? Benzer nitelikte birçok sorunun cevabı, ahlaki ve hukuki açıdan farklı değerlendirilmektedir.

Üreme hakkı, kişilerin istedikleri aralıklarla ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olabilmesi için bilgi, eğitim ve tıbbi hizmete, herhangi bir baskı, şiddet ya da ayrımcılıkla karşılaşmaksızın ulaşması olarak tanımlanabilir⁷³. Üreme hakkı, “*çocuk sahibi olma (üreme) hakkı*” ve “*çocuk sahibi olmama (ürememe) hakkı*” olmak üzere her iki özgürlüğü de kapsayan bir hak⁷⁴.

⁷² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu. RG, 12.10.2004, S. 25611.

⁷³ **Özbilen**, s. 180; **Demir**, s. 271; Hülya S. **İmamoğlu**, “Medeni Hukuk Açısından Sosyal Sebeplerle Üreme Hücrelerinin Dondurulup Saklanması”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2019, s. 27.

⁷⁴ Faruk **Erem**, “Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü”, Yargıtay Dergisi, C. 7, S. 3, 1981, s. 236; **Kalkan Oğuztürk**, s. 200; **Aydın**, s. 75; M. Onursal **Cin**, Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara: Ankara Barosu, 2009), s. 134. Aynı yönde bkz: AİHM, Evans/United Kingdom, No: 6339/05, 7.3.2006; AİHM, Dickson/United Kingdom, No: 44362/04, 4.12.2007. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D> (ET: 19.6.2022).

Ürememe hakkı, gebeliğin önlenmesi için çeşitli yöntemler kullanılması suretiyle gebelikten önce ya da gebe kalıdıktan sonra yapılan kürtaj ile ortaya çıkar. Üreme hakkı hem doğal hem de yapay yolla üremeyi kapsadığından üreme hücrelerinin bağışını, embriyo naklini, taşıyıcı anneliğı kapsamı içerisine alan bir şahıs varlığı hakkı olarak nitelendirilir⁷⁵.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın onyedinci maddesinin ilk fıkrasında, üreme hakkını da kapsayan maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı düzenlenmiştir. Hükme göre, “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Öte yandan AİHM'nin içtihatlarıyla, üreme hakkının AİHS'nin sekizinci maddesiyle düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı hakkı” kapsamındaki bir hak olduğu kabul edilmiştir⁷⁶. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) onaltıncı maddesiyle taraf devletlere, evlilik ve aile ilişkileri içerisinde kadına karşı yapılan ayrımcılığı önlemek, kişilerin hangi aralıkta ve hangi sayıda çocuk sahibi olacaklarına serbestçe ve sorumlulukla karar vermelerini ve bu hakları kullanabilmeleri için gerekli bilgi, eğitim ve diğer araçlardan yararlanmada eşit haklara sahip olmalarını sağlamak bakımından yükümlülük getirilmiştir⁷⁷.

Üreme hakkı negatif haklar kategorisinde bulunduğundan, devletin kişileri üremeyi seçmeye zorlaması ya da kişilerin üremesini engellemeye yönelik davranışlarda bulunması mümkün değildir⁷⁸. Buna karşılık üreme

⁷⁵ Üreme hakkı, bir kişilik hakkı olması nedeniyle Türk Medeni Kanununun koruyucu hükümlerinden yararlanır (TMK m. 23-25). Kişilerin üreme özgürlüğünden vazgeçmesi veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlaması TMK m. 23/II hükmü karşısında mümkün değildir. TMK m. 24/II gereğince kişilik hakkına yapılan saldırılar ancak kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yararı ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınabilir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 157; **Kılıçoğlu**, s. 301; **Helvacı**, s. 101; **Dural/Öğüz**, s. 100; Bilge **Öztan**, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar (Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), s. 276; **Erem**, s. 237; **İmamoğlu**, s. 36. Öte yandan bir görüşe göre üreme hakkı temelde sağlık hakkının bir yansıması olarak kabul edilirken, diğer bir görüşe göre üreme hakkı yaşama hakkının bir yansımasıdır. Ş. **Özsoy Boyunsuz**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı”, Güncel Hukuk Dergisi, C. 4, S. 124, 2014, s. 53; **Cin**, *Embriyo Nakli*, s. 134.

⁷⁶ AİHM'ne göre, özel ve aile hayatına saygı hakkı, kişilerin üremesi ve soylarını sürdürmesi haklarını da içermektedir. Kişilerin üreme hakkı genel anlamda, özel yaşama saygı hakkının kapsamındadır ve bu hak kapsamında korunmaktadır. **Gökcan**, s. 180.

⁷⁷ RG, 19.1.1986, S. 18898.

⁷⁸ **Kalkan Oğuztürk**, s. 200. Üreme hakkının sağlık hakkını ilgilendiren boyutu devletin müdahaleci olması taleplerini içermekte, bu anlamda da devlete hakkın korunması, cinsel sağlığa ve üreme sağlığına ulaşılması için hizmet ve olanakları sağlama bakımından pozitif

hakkının kimi zaman kamu yararı, kamu sağlığı, genel ahlak; kimi zaman ise çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince sınırlandırılması mümkündür. Örneğin ülkede nüfus patlaması olması, çocuğun doğacağı ailenin çocuğa zarar verecek şartlar altında çocuğu yetiştirecek olması, akıl hastalığı ya da ağır derecede fiziksel engeli olan bireyin/bireylerin, hapisane mahkûmlarının⁷⁹ ya da homoseksüellerin çocuk sahibi olmak istemesi halinde, kişilerin üreme hakkının devlet tarafından kısıtlanması söz konusu olabilir⁸⁰.

Öte yandan yeni üreme tekniklerinin geleneksel tanımları zorlaması, üreme hakkının sınır tanımaksızın kullanılması, çeşitli tehlikelere ve geri dönülmez, zararlı sonuçlara yol açabileceğinden, üreme hakkının kısıtlanması zaruridir. Aksi yöndeki tutum toplumsal, ahlaki ve hukuki açıdan birçok sorunu beraberinde getirir. Örneğin eşlerden birinin ölümünden sonra dondurulan embriyonun rahme nakledilmesi ve ölen kişiden bir çocuğun dünyaya getirilmesi, tüpte döllenen embriyoların birbirinden farklı rahimlere yerleştirilmesi sonucunda kardeşlerin farklı anne/babaya sahip olmaları ve hatta birbirleriyle evlenmeleri gibi ihtimaller ahlaki ve hukuki açıdan komplike sorunlar doğurur⁸¹.

Üreme hakkına, ceninin yaşama hakkına gösterilen saygı çerçevesinde de birtakım sınırlandırmaların getirilmesi gereklidir. Ceninin haklarını dile getiremiyor oluşu, onun insan haklarından yoksun kılınmasına gerekçe gösterilemez. Ceninin yaşama hakkına karşı ödevlerimiz her zaman mevcuttur. Ceninin hak ehliyetini kazanması, kişiliğinin ve yaşama hakkının geçmişe etkili olarak başlaması bakımından rahimde ya da tüpte döllenen olmasının önemi yoktur. Aşağıda ceninin yaşama hakkını ihlal eden durumlar, kendilerine özgü tartışmalarla birlikte incelenmiştir.

yükümlülük getirilmektedir. 1994 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansının eylem planında üreme sağlığı, üreme sistemi, işlevleri ve süreçleriyle ilgili olarak fiziksel, zihinsel ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli olarak tanımlanmıştır. Üreme sağlığının bu anlamda insanların üreme yeteneğine ve üreme yeteneğini kullanmaya karar verme özgürlüğüne sahip olduklarını ifade ettiği kabul edilir. **İmamoğlu**, s. 33.

⁷⁹ Bkz. AİHM, Dickons/United Kingdom.

⁸⁰ **Kalkan Oğuztürk**, s. 204.

⁸¹ KKTC örneği için bkz: Eda Gülsüm **Karasaç**, Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak KKTC Hukuku'nda Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ve Hukuki Sorunlar (Doğu Akdeniz Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazimağusa, 2018), s. 25.

B. Kürtaj

Ceninin yaşama hakkı ile üreme hakkının çatıştığı durumlardan ilki kürtajdır. “*Gebeliğin sonlandırılması*” ya da “*rahim tahliyesi*” olarak da anılan kürtaj, kadının gebe kalmasına rağmen çocuk sahibi olmayı istememesi ve henüz cenin rahim dışında yaşama yeteneğini kazanmadan gebeliği sona erdirmesidir⁸².

Kürtaj kimi ülkelerde tamamen yasaklanmış kimilerinde ise yalnızca zorunlu hallerde serbest bırakılmıştır⁸³. Kürtajın yalnızca kadının vücut bütünlüğünü değil aynı zamanda ceninin yaşama hakkını da ilgilendiriyor oluşu ekonomik, sosyal, siyasi, tıbbi, dini, felsefi ve hukuki açıdan fikir ayrılıkları yaratmıştır. Kürtajı kadının bedeni üzerinde özgürce verdiği bir karardan ibaret sayan görüşe karşılık⁸⁴, kadının kürtaj kararıyla ceninin yaşama hakkını ihlal ettiğini savunan görüş arasındaki tartışmalar günümüze kadar uzanmıştır⁸⁵.

Kürtaj hakkındaki tartışmaların bir kısmı ceninin ahlaki statüsüne odaklanmakta, ceninin insan ya da kişi olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı ekseninde ilerlemektedir. Tartışmaların bir kısmı ise anne ile cenin arasındaki hakların çatışması konusuna odaklanmaktadır⁸⁶. İsteğe bağlı olarak yapılan kürtaj, yalnızca ceninin yaşama hakkı bakımından değil, cinsel ahlak ve kadının toplumsal rolüyle ilgili olarak da tartışılmaktadır.

⁸² Kadın tarafından gebeliğin sonlandırılması kararında, yalnızca kadının üremek istememesi değil, kimi zaman toplumun sosyal yapısı, benimsediği din anlayışı, ekonomik, kültürel ve medikal faktörler etkili olabilmektedir. Bunun yanında kürtaj, ülkelerin izledikleri nüfus politikalarından da etkilenen bir konudur. **Aydın Ünver**, s. 43, **Doğan**, s. 74; **Şen**, s. 12; **Üye**, s. 51. Bir canlının hayatına son vermenin devlet politikasından etkilenerek nüfus politikalarının esiri olmaması gerektiği, bunun tıp, felsefe, hukuk ve din gibi köklü ve toplumda büyük yer tutan kurumlardan etkilenmesi gerektiği görüşü için bkz: Şahin **Aksoy**, “Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir Mi?”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 24, 2012, s. 6.

⁸³ Alper **Uyumaz** ve Yasemin **Avcı**, “Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s. 580. Kürtajın yasaklanması, kürtaj uygulamalarının yasal olmayan şekilde yapılması sonucundan başka bir sonuç doğurmayacak, kürtaj sayısını azaltmayacaktır. **Şen**, s. 14 vd.; Rasime **Eşelioğlu**, Üreme ile İlgili Problemlerin Uluslararası Metinler ve Türk Hukuku Karşılaştırılarak Feminist Teori Bakımından İncelenmesi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015), s. 53.

⁸⁴ Müge **Ürem**, Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar, Sağlık Hukuku Makaleleri-II (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012), s. 88; Funda **Çoban**, “Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 34, 2016, s. 25.

⁸⁵ **Uyumaz/Avcı**, s. 581.

⁸⁶ **Metin**, s. 154.

Ceninın yaşama hakkına sahip olmasının kadının bedeni üzerinde karar verme hakkını sınırlamayacağını savunanlara göre, hiç kimsenin bir başka kimseyi hayatta tutma adına bu denli büyük bir fedakârlık yapmaya zorlanması mümkün olmamalıdır⁸⁷. Bedensel otonomi argümanlarına göre de ceninin yaşama hakkına sahip olması, bunu başkasının bedeni üzerinden, üstelik o istemediği halde sürdürebileceği anlamına gelmez⁸⁸. Yalnızca kadınlara verilen doğurganlık ve gebe kalabilme yeteneği, kadının vücudunu, beslenme düzenini, fizyolojik özelliklerini, hayat planını, kariyerini ve hayatına dair daha pek çok şeyi etkilemekte, üreme yükünün büyük kısmını kadın taşımaktadır. Bu bağlamda kürtaj, ancak kadının kişilik hakları kapsamında kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının bir uzantısı olarak görülürse daha adil sonuçlara ulaşılır⁸⁹.

Kürtajla ilgili tartışmaların özünü hak merkezli çıkarlar çatışması oluşturmaktadır⁹⁰. Bu bağlamda cenin/embriyonun ahlaki konumu

⁸⁷ Ürem, s. 88; Aksoy, s. 7.

⁸⁸ Bu konuda verilen örneklerden en ilgi çekicisi, Judith Jarvis Thomson'ın kemancı analojisi ile ilgili örneğidir. Thomson, ceninin döllenmeden itibaren kişi sayılacağı ve yaşama hakkına sahip olacağını kabul etmekle birlikte, annenin bedeni üzerindeki hakkının daha üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır. Thomson'ın analojisine göre; bir sabah uyandığımızda kendinizi hastanede ünlü bir kemancı ile dolaşım sisteminiz birbirine bağlanmış halde buluyorsunuz. Ünlü kemancının böbrek yetmezliği var ve kanının temizlenerek hayatta kalabilmesi için yalnızca sizin böbreklerinizin kullanılması uygun. Bu nedenle kemancının hayranları tarafından kaçırıldınız ve hastaneye getirildiniz. Eğer isterseniz sizi kemancıya bağlayan tüm kabloları sökerek hastaneden kaçabilirsiniz ama bu durumda kemancı ölecektir. Eğer kemancı ile dokuz ay birbirinize bağlı kalırsanız kemancı iyileşecek ve daha fazla birbirinize bağlı kalmanız gerekmeyecektir. Thomson'a göre kemancının hayatını kurtarmak için dokuz ay ona bağlı kalmak, büyük bir iyilikseverliktir. Böylesine büyük bir iyiliği yapmaya kimse zorlanamaz. Kemancı her ne kadar yaşama hakkına sahip olsa da siz de kendi bedeniniz üzerinde yapılacak müdahalelere özgürce karar verme hakkına sahipsiniz. Bu analojiden yola çıkılarak annenin isteğiyle ceninin yaşamının sonlandırılması adaletsiz bir seçim olarak görülmemelidir. Thomson'ın kemancı analojisi için bkz: David **Boonin** **Vail**, "Death Comes for the Violinist: On Two Objections to Thomson's Defense of Abortion", *Social Theory and Practice*, C. 23, S. 3, 1997, s. 329 vd. Bu analojinin gebeliği doğru yansıtmadığı, gebeliğin dokuz ay boyunca yatağa bağlı kalmak kadar kısıtlayıcı olmadığı, cenin ile hiçbir bağın bulunmadığı kemancının aynı statüde olmadığı ve bu nedenle anne cenin arasındaki ilişkiyi yansıtamayacağı eleştirisi için bkz: **Keskin**, *Feminizm*, s. 88; **Metin**, s. 164-171.

⁸⁹ **Uyumaz/Avcı**, s. 585.

⁹⁰ Kürtajda hak söylemine dayanan liberal argümanların çoğunluğunun dört hak üzerinde toplandığı görülmektedir. Bu haklardan ilki, kişisel konularda (üreme vb.) sosyal baskıdan bağımsız olma hakkıdır. Bu argümana göre cenin birey değildir. İkincisi, ahlaki açıdan tartışmalı olan konularda kendi vicdanını dinleme hakkıdır. Bu argümana göre ceninin birey

tartışılmaktadır. *Uygur'a* göre, anne-cenin/embriyo ikileminde yapılan tartışmalar, kürtaj uygulamasının arkasında yatan adaletsizliği görmemizi engellemektedir. Kürtaj kararının arka planında kadın yoğun düşünsel zorluklarla karşılaşmakta, yapılan tartışmalar ise bizi kadının içinde bulunduğu zor durumu görmezden gelmeye itmektedir⁹¹. Kadının bedeni üzerindeki hakkı ve ceninin yaşama hakkı sebebiyle iki rakip haline dönüşmeleri, konuyu daha da sorunlu bir hale sürüklemiştir.

Bir görüşe göre, kadının bedeni üzerinde karar verme hakkı ile ceninin yaşama hakkından birini tek başına kabul etmek doğru ve tutarlı bir çözüm olarak görülmez. Her iki hak da hiçe sayılmamalı, sınırsız olarak kullanılmasına izin verilmemeli, belirli bir hukuki çerçevede ve denge içerisinde kullanılmaları sağlanmalıdır⁹². İki hakkın çatışması sonucunda hangisine üstünlük tanınacağı bir kalıp içerisinde sokulmadan, her olay özelinde ayrı değerlendirilmelidir⁹³.

olup olmaması sorununun çözüme bağlanması mümkün değildir. Üçüncü hak, gönüllü olunmayan hizmete zorlanmama hakkıdır. Bu hak gereğince bireylerin kritik durumlar mevcut olsa bile başkasına yardım etmeyi reddetme hakkı mevcuttur. Dördüncü hak ise, bedensel müdahale ve zarara maruz kalmama hakkıdır. Bu hakların istisnaları mevcutsa da gebeliğin ve kürtajın bu istisnaların arasında yer alıp almadığı tartışmalıdır. **Keskin, Feminizm, s. 87.**

⁹¹ Gülriş **Uygur**, Hukukta Adaletsizliği Görmek (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013), s. 48, 49.

⁹² **Uyumaz/Avcı**, s. 589. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Roe ve Wade davasındaki görüşüne göre, devletlerin kadının hamileliğini sona erdirmeye hakkını tamamen reddetmesi, hamile bir kadına hem psikolojik hem de bedensel ve zihinsel yönden zarar verebilir. Kadın çocuk sahibi olarak daha sıkıntılı bir yaşam ve gelecek yaşamak zorunda kalabilir. Evli olmadan hamile kalan ve çocuğunu dünyaya getirmek zorunda bırakılan kadının toplum baskısı, ahlaki damgalanmaya maruz kalması bazı toplumlarda kaçınılmazdır. İstenmediği bir ortamda dünyaya gelen çocuğun menfaatleri ise ayrıca zarar görecektir. Ancak tüm bunlar kadının hamileliğini sona erdirmeye hakkının mutlak olduğunu ve kadının bu hakkı dilediği zaman, dilediği şekilde ve dilediği sebebe dayanarak kullanabileceği anlamına gelmez. Devletin ceninin potansiyel yaşamını koruma görevi de vardır. Devletin annenin fiziksel ve ruhsal sağlığına yönelik menfaatlerini koruyabileceği süre gebeliğin ilk üç aylık dönemi olabilir. Zira üç aylık dönem sonundaki hamile kadın ölüm oranı normal doğumdaki ölüm oranından daha az olabilir. İlk üç aylık dönemde kürtaj olgusu annenin sağlığına dayandırıldığı gibi üç aydan sonra da kürtaj ancak annenin sağlığının korunması gerekçesi ile yapılabilir. Ceninin yaşayabilir kabul edildiği andan (viability) sonrası için devlet kürtaj ile ilgili kısıtlamalar ve yasaklar getirebilir. Yukarıda açıklandığı üzere ABD Yüksek Mahkemesi Roe ve Wade kararından 24 Haziran 2022'de verdiği yeni bir karar ile dönmüştür. Bkz. yukarıda dn. 44.

⁹³ **Uyumaz/Avcı**, s. 599.

Kürtaj hakkındaki tartışmaların çözümü, insan yaşamının ne zaman başladığı sorununun çözümünde yatmaktadır. Yaşama hakkının döllenenmeden itibaren mi, gebeliğin çeşitli evrelerinde mi, yoksa doğumdan itibaren mi tanınacağı sorusu kürtaj konusundaki görüş ayrılıklarının da temelini oluşturmaktadır. Kürtaj yanlıları çoğunlukla ceninin yaşama hakkını döllenenmeden sonraki aşamalarda kazandığını ve bu nedenle kürtajın ceninin yaşama hakkının ihlali olmadığını savunmaktadır⁹⁴. Kürtaja karşı çıkanlar ise, ceninin döllenenmeden itibaren yaşama hakkına sahip olduğunu, en azından ceninin insan onuruna sahip bir canlı olması nedeniyle yaşamına saygı duyulması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁵.

Serozan'a göre, kişilik ancak eti, kanı, kemiği olan canlı bir "*homo sapiens*" e özgüdür. Bu anlamda ceninin kişiliğinden söz edilemez ve çocuğu düşürmek isteyen annenin kendi bedeni üzerindeki somut tasarruf hakkı, cansız ve bilinçsiz olan ceninin ileride canlı olarak dünyaya gelip yaşama yolundaki varsayımlı soyut isteğinden ve çıkarından üstün tutulmalıdır⁹⁶. TMK m. 28/II'de çocuğun hak ehliyetini ana rahmine düşmesiyle birlikte kazandığı yönündeki düzenleme ise, ceninin ileride sağ olarak doğması koşuluyla mirasçılık hakkını kazanması ile sınırlı olarak yorumlanmalıdır⁹⁷.

Kürtaj hakkı, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK)⁹⁸, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (RTST)⁹⁹ ve TCK'nın ilgili hükümleri (TCK m. 99 ve 100) kapsamında tanınmıştır.

Kürtaj konusunda temel mevzuatlardan biri olarak kabul edilen NPHK'nun beşinci ve devamı maddelerinde kürtaj konusuna yer verilmiştir. NPHK m. 5 hükmüne göre eğer annenin sağlığı açısından herhangi bir sakıncası yoksa gebeliğin onuncu haftası dolana kadar istek üzerine kürtaj yapılması mümkündür. Gebelik süresinin on haftadan uzun olduğu hallerde ise kürtaj yapılmasına izin verilen durumlardan ilki, gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi ya da edecek olmasıdır. RTST 2 sayılı listesinde, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için

⁹⁴ Keskin, *Feminizm*, s. 87.

⁹⁵ Metin, s. 157.

⁹⁶ Rona Serozan, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977, s. 108.

⁹⁷ Serozan, *Kişilik Hakkı*, s. 108.

⁹⁸ RG, 27.5.1983, S.18059.

⁹⁹ RG, 18.12.1983, S. 18255.

tehlikeli olan hastalıklar ve durumların neler olduğu sayılmıştır. Onuncu haftadan sonra kürtaj yapılabilecek hallerden ikincisi ise doğacak çocuk ile takip edecek nesiller için ağır maluliyetin doğması ihtimalidir. “Maluliyet” kelimesinin sözlük anlamı “sakatlıktır”¹⁰⁰. Doktrinde ise ağır maluliyet, “*tedavisi mümkün olmayan özür*” olarak tanımlanmıştır¹⁰¹.

Son olarak kürtaj, derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birini tehdit eden acil hallerde de süre kısıtlaması olmaksızın uygulanabilir (NPHK m. 5/III). Kanun koyucu bu gibi hallerde annenin yaşamını korumak istemiştir¹⁰².

Gebeliğin sona erdirilmesi bakımından izin konusu ise, NPHK m. 6 ve RTST m. 13 ve 14. madde hükmü ile düzenlenmiştir. NPHK 6. madde hükmünde, müdahalenin hamile kadının iznine, eğer kadın küçük ise kadının rızası ve velinin iznine, vesayet altında ve reşit veya mümeyyiz değilse kadının ve vasinin rızası ile sulh hakiminin iznine bağlı olduğu düzenlenmiştir. Kadının akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmaması halinde kendi rızasının aranmayacağı da ayrıca belirtilmiştir. Eğer Kanunun dördüncü maddesinin ikinci ve beşinci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evliyse, bu durumda rahim tahliyesi için eşin de rızasının gerekli olduğu düzenlenmiştir¹⁰³. Son olarak hükme göre, eğer derhal müdahale edilmezse hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil bir durum söz konusuysa ve veli veya sulh mahkemesinden izin almak zaman alacaksa, izin alınması şart değildir. RTST m. 13 ve 14’te de alıntılanan hükme benzer düzenlemeler getirilmiştir.

TCK m. 99 ve 100 hükmü ile gebeliğin onuncu haftasından sonra kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi ve çocuğun düşürülmesi iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 99 hükmü çocuk düşürtme suçunu düzenlemiştir. Buna göre, bir kadının çocuğunu rızası olmaksızın düşürten kişi; herhangi bir tıbbi zorunluluk olmadığı halde, kadının rızası olsa bile gebelik süresi on

¹⁰⁰ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 20.6.2022).

¹⁰¹ Hakan **Hakeri**, Tıp hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 454.

¹⁰² Acil durumlarda rahim tahliyesi RTST m. 7 ile düzenlenmiştir. Acil haller dışında, TCK’nun 99. maddesi gereğince, on haftayı geçen gebeliklerde, ancak tıbbi bir zorunluluk bulunması halinde rahim tahliye edilebilir. Aksi takdirde çocuk düşürtme suçu oluşacak, kadının rızası fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır.

¹⁰³ Evli olmayan kadınların kürtaj olabilmek için tek başına karar vermeleri yeterliyken, evli kadınlar bakımından eşin rızası koşulunun getirilmesini Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne (CEDAW) ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğu görüşü için bkz: **Eşelioğlu**, s. 57, 58. Sözleşme için bkz: RG, 14.10.1985, S. 18898.

haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi ve bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın; rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi halinde düşürten kişi hükümde yer alan cezaları alacaktır. Hükme göre kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde ise, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyecektir.

Çocuk düşürme suçunu düzenleyen TCK m. 100 hükmüne göre ise, gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, cezai sorumluluğu doğacaktır.

Kanaatimizce ceninin yaşama hakkı TMK m. 28 gereğince tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi koşuluyla ana rahmine düşme anından itibaren tanınmalı, ancak bu hak sınırsız olarak kullanılmalıdır. Ceninin yaşama hakkına, olduğu ilk günden itibaren potansiyel bir insan olması nedeniyle saygı duyulmalıdır. Ancak ceninin söz konusu hakkının bireylerin üreme hakkı ile çatıştığı hallerde iki hak arasında denge kurulması elzemdir. Bu bağlamda her iki hak da bu dengenin kurulabilmesi için gereken ölçüde kısıtlanmalıdır. Üreme hakkına dayanarak üremek istemeyen kişilerin, ceninin yaşama hakkını koruma amacıyla çocuk sahibi olmaları hem ebeveynin hem de çocuğun yaşantısını olumsuz yönde etkileyecektir. Özellikle çocuğun üstün yararının korunması bakımından istenmeden dünyaya getirilen çocuğun durumu son derece sakıncalıdır. Diğer yandan üreme hakkının özellikle teknolojideki son gelişmeler dikkate alındığında sınırsız kullanılamayacağı kabul edilmelidir. Bu nedenle NPHK'nın, RTST'nin ve TCK'nın yukarıda açıklanan ilgili hükümlerinde yer alan sınırlamaların yerinde olduğu kanaatindeyiz.

C. Genetik Tanılama Testleri

Genetik tanılama testleri, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurulmasının nedenlerinden bir tanesidir. Söz konusu testler, hamilelikten önce ya da hamilelikte, tüp içerisinde yahut da rahimde bulunan embriyo ve ceninlerin incelenmesi, embriyoda bulunan kalıtsal hastalıkların ya da bu hastalıklara dair risklerin tespit edilmesi için yapılmaktadır¹⁰⁴. Testlerin

¹⁰⁴ Aydın, s. 99; Cemile Turgut, "Preimplantasyon Genetik Tanı Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2017, s. 182; M. Nedim Çiçek ve Leyla Mollamahmutolu, A'dan Z'ye Yardımcı Üreme Teknikleri (Ankara:

yapılma amacı, kişilerden çocuklarına geçebilecek olan kalıtsal hastalıkların geçişini engellemek, bunun için de hastalık taşıyan embriyoları yok etmektir. İşte bu olasılıkta da, insan embriyosu ve cenine yüklenen hukuki niteliğin ceninin yaşama hakkının ihlal edilip edilmemesi bakımından önemi ortaya çıkmaktadır.

Genetik tanılama testleri sayesinde döllenmeden sonra embriyonun taşıdığı hastalıklar, fiziksel özellikler ve cinsiyet belirlenebilir. Bireylerin embriyoları sağlık durumuna, özelliklerine ya da cinsiyetine göre seçip, diğerlerinin imha edilmesini istemelerinin üreme hakkı kapsamında görülüp görülmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta *Kalkan Oğuztürk*, tedavi amacı taşımaksızın yapılan genetiği iyileştirici uygulamaların, embriyonun rahme yerleştirilmesinden önce cinsiyetinin belirlenmesinin, fiziksel özelliklerinin seçilmesinin üreme hakkının kapsamında olmadığını savunmaktadır¹⁰⁵. Yazara göre bu tür uygulamalar yalnızca kişi için değil, insan ırkı için de büyük zararlar doğurabilir. Örneğin İspanyol bir eşcinsel çiftin Kafkasyalı donörlerin üreme hücrelerini seçmesi örneğinde olduğu gibi üreme tekniklerinin kozmetik amaçlarla kullanılması, üreme yöntemlerinin kullanıldığı laboratuvarları adeta süpermarketlere çevirmektedir¹⁰⁶.

Yapılan testler sonucunda genetik eleme yöntemi ile embriyonun yaşamaya değer olduğunun ya da olmadığına tespit edilmesi, insan onuru bakımından sorunlu, öjenizme kapı aralayan bir uygulamadır¹⁰⁷. Buna karşılık insan onuru bakımından, daha sağlıklı nesiller yetiştirilmesi için yapılan testlerin önem taşıdığı da göz ardı edilmemelidir. Ebeveyni tarafından genetik olarak daha sağlıklı olması nedeniyle seçilen embriyoların, daha gelişmiş kapasiteye sahip olmaları sayesinde yaşamlarını daha iyi yönetmelerine imkân tanınmış olacak, bu durum daha üstün bir ırk değil, sağlıklı bir toplumun oluşmasına yol açacaktır¹⁰⁸.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden tüp bebek tedavisi için kullanılan preimplantasyon genetik tanı testi (PGT), embriyoların rahme

Palme Yayınevi, 2009), s. 249; *Kırkbeşoğlu*, s. 43; *Büyükay*, s. 4; *Kalkan Oğuztürk*, s. 262.

¹⁰⁵ *Kalkan Oğuztürk*, s. 206, 207.

¹⁰⁶ *Çoban*, *Biyoetik*, s. 26.

¹⁰⁷ Hamide *Bağçeci Tacir*, “Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması”, *YÜHFD*, C. 15, S. 2, 2018, s. 29.

¹⁰⁸ *Bağçeci*, s. 31.

nakledilmesinden önce alınan hücreleri üzerinde yapılan genetik testlerle ayrıştırılması sonucunda, rahme sağlıklı embriyoların nakledilmesini sağlar¹⁰⁹. Bu durumda geriye kalan hastalıklı embriyoların ise imha edilmesi söz konusudur. PGT testlerine etik açıdan getirilen eleştirilerin başında, söz konusu testin öjeniye kapı araladığı, PGT sayesinde oluşturulan embriyoların cinsiyet, zekâ, boy gibi özelliklere göre seçilmeleri sağlanarak, üstün ırk yaratma tehlikesinin meydana geldiği eleştirisi vardır¹¹⁰. Bu testler sayesinde bireylerin dünyaya getirecekleri çocuklarının genetik özellikleri hakkında aşırı kontrol sağlamalarının yolu açılarak, “*ısmarlama*” çocuklar yaratılması, insan türüne ait olan embriyonun tüketilen bir ürün muamelesi görmesi ve “*iyi gencilik*” felsefesinin meşru düzenlemeler kapsamına alınması ihtimal dâhilinde görülmektedir¹¹¹. Ayrıca PGT sayesinde dünyaya getirilecek çocuğun cinsiyeti seçilebildiğinden söz konusu yöntem cinsiyet ayrımlarını da pekiştirir niteliktedir¹¹². Bunun yanında söz konusu testler ile engelli çocukların ayrıştırılması ve onlara yaşama hakkı tanınmaması da, engelli bireylere karşı ayrımcılık yaratmaktadır¹¹³. PGT daha pek çok etik sorunu beraberinde getirmesi nedeniyle, sınırları hukuken çizilmesi gereken bir uygulamadır.

Prenatal genetik tanı testi (PNT) ise, rahimde bulunan embriyo üzerinde yapılan testleri ifade etmektedir. Testler sonucunda embriyoda hastalığın tespiti halinde gebeliğe son verilmesi yani kürtaj söz konusu olabilmektedir. Testin uygulanması kadının bedenine müdahaleyi de içerdiğinden, kadının rızasının alınması şarttır. PNT testlerine etik açıdan getirilen eleştiriler, PGT

¹⁰⁹ Çiçek/Mollamahmutoglu, s. 249; Kalkan Oğuztürk, s. 256; Hakeri, s. 143; Büyükkay, s. 131.

¹¹⁰ Çiçek/Mollamahmutoglu, s. 257; Büyükkay, s. 133.

¹¹¹ Turgut, s. 14. Aileler kimi zaman hasta olan çocuklarının iyileştirilmesi için üreme hücrelerinin tüpte döllendirilmesini ve oluşan embriyolardan hasta olan kardeşin tedavisi için en uygun dokulara sahip sağlıklı embriyonun seçilmesini isteyebilmektedirler Bu durumda tüpte döllen embriyoya “*kurtarıcı kardeş*” de denilmektedir. Bu tür uygulamalar, insan onuruna sahip olduğu kabul edilen embriyonun amaçken, araştırılmasından başka bir şey değildir. Böyle bir uygulama da embriyonun hukuken korunmamasının sonuçlarından bir tanesidir. Unutulmamalıdır ki üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kullanılmasındaki amaç, çocuk sahibi olamayan kimselerin çocuk sahibi olmalarının sağlanmasıdır. Bu nedenle yöntemlerin yalnızca bu amaç kapsamında kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle bu tür uygulamaları önleyici tedbirlerin alınması şarttır. Çoban, *Tüpteki Embriyo*, s. 81.

¹¹² Metin, s. 208 vd; Havva Çaha, “Elemeci Kürtaj: Öjenizmin Yeni Yüzü”, *İş Ahlakı Dergisi*, C. 7, S. 2, 2014, s. 61.

¹¹³ Metin, s. 207; Çaha, s. 59 vd.

testlerine benzer olarak testin öjenizme kapı araladığı yönündedir. Bu görüşü savunanlara göre embriyo üzerinde PNT testlerinin yapılması adeta embriyo üzerinde bir kalite kontrol testi yapıldığı anlamına gelmektedir¹¹⁴.

Kanaatimizce PGT ve PNT testlerinin amaçları çerçevesinde kalarak uygulanmasında sakınca bulunmamaktadır. PGT testi ile amaçlanan, kalıtsal yolla nesilden nesile aktarılması mümkün olan genetik hastalıkları taşıyan embriyoların ayrıştırılmasını sağlayarak, bireylere sağlıklı embriyoların nakledilmesi imkânını tanımaktır. PGT, hamileliğin başladığı ve ilerlediği süreçte PNT testleri sonucunda bebeğin kalıtsal hastalık taşıdığı öğrenilmesi ve kürtaj yoluna başvurulmasını önleyen bir mekanizmadır. Engelli bir çocuk dünyaya getirmek, çocuğun ebeveyni bakımından ağır bir yük olarak görülebilir ve kişiler üreme hakları kapsamında engelli bir çocuğu dünyaya getirmek istemeyebilir. Özellikle yıllardır çocuk hasreti çeken, çocuk sahibi olmayı çok kez denemiş, bunun için ciddi bir zaman ve maddi kaynak ayırmış, aynı zamanda ruhsal açıdan da birçok zorluk yaşamış kişiler için, bu sonuç sıradan bir başka kişiye göre daha yıkıcı olabilir. Bu nedenle daha oluştuğu ilk günlerde üzerinde yapılacak testler ile hastalık, fiziksel veya zihinsel bir engel taşıyıp taşımadığı tespit edilen embriyoların bu evrede imha edilmesi, sonradan rahim içinde bir süre geliştikten sonra kürtaj edilmesinden daha yerinde bir uygulama olacaktır.

Genetik tanılama testleri, yalnızca tıbbi gereklilik bulunan hallerde yapılmalı, cinsiyet seçimi amacıyla yapılmamalıdır. PGT ve PNT testleri ile cinsiyetlere göre ayrıştırılan embriyolar, araçsallaştırılmış olacaktır. Nitekim Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Biyotıp Sözleşmesi)¹¹⁵ ondördüncü maddesine göre yapay dölleme tekniklerinin ve ilgili testlerin cinsiyetle ilgili kalıtsal bir hastalıktan kaçınılması dışında, cinsiyet seçmek amacıyla yapılmasından kaçınılmalıdır. ÜYTE Yönetmeliği'nin¹¹⁶ 17 No'lu Ek'ine göre de eğer cinsiyetle ilgili kalıtsal bir hastalıktan kaçınılması söz konusu değilse, cinsiyet belirleme amacıyla gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamaz. Eğer bu yasağa uyulmadığı tespit edilirse, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ile ünite sorumlusunun ve laboratuvar sorumlusunun sertifikası iptal edilir ve bu kişiler merkezlerde çalışamaz.

¹¹⁴ Aydın, s. 108; Çoban, *Tüpteki Embriyo*, s. 84; Turgut, s. 9; Büyükay, s. 137.

¹¹⁵ RG, 20.4.2004, S. 25439.

¹¹⁶ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG, 30.9.2014, S. 29135.

D. Yedek Embriyoların İmhası ve Araştırma Embriyoları

Bireylerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurarak aynı anda birden çok embriyo oluşturabilmeleri mümkündür. ÜYTE Yönetmeliği'nin 17 No'lu Eki ile rahme en fazla iki embriyo nakline izin verilmiş ancak nakledilecek embriyodan daha fazla embriyonun oluşturulmasını yasaklayan bir hükme yer verilmemiştir. Oysa Türkiye'de, 1989 yılından 2009 yılına kadar 40.000 tüp bebek dünyaya gelmiş, 2007 yılında yapılan tüp bebek denemelerinin sayısı 40.000'e ulaşmış, bu denemelerden yalnızca 6.000 tüp bebek doğmuştur¹¹⁷. İşte bu rakamlar, fazladan oluşturulan embriyolara bir sınırlama getirilmemesi halinde oluşan tablonun apaçık göstergesidir. Bu anlamda embriyonun korunmasına yönelik etik değerlerin de dikkate alındığı hukuki sınırlamaların getirilmesinin zorunlu olduğu bir kez daha anlaşılmaktadır.

Kişilerin tüpte dölleme yöntemiyle oluşturdukları embriyolardan rahme nakledilmesini istemediklerinin dondurulması talebinde bulunmaları mümkündür. Rahme nakledilmeyen embriyolara doktrinde “yedek (artık) embriyo” adı verilmektedir¹¹⁸. Yedek embriyolar tüpte dölleme yoluyla oluşturulan ancak embriyodan yahut da ebeveynlerden kaynaklanan nedenlerle rahme yerleştirilmemiş embriyolardır. ÜYTE Yönetmeliği m. 20/V hükmüne göre, eğer adayların üreme hücreleri ile fazla sayıda embriyo oluşturulmuş ise eşlerden ikisinin de rızası alınarak embriyolar dondurularak saklanır. Saklama süresi bir yılı geçerse, eşlerin her yıl başvurarak embriyonun saklanmasını talep etmeleri gerekmektedir.

Dondurulan embriyolar bakımından tartışma, yine embriyonun yaşama hakkının hangi andan itibaren başladığı sorusuna kilitlenmektedir. ÜYTE Yönetmeliği m. 20/V hükmü gereğince eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen saklama süresi son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Hukukumuzda tarafların aksine anlaşma ile embriyonun imha edilmeyerek başka bir kişinin çocuk sahibi olması ya da araştırma ve deneylerde kullanılması için verilmesine izin verme hakkı yoktur. Bir görüşe göre, dondurulan embriyoların sonradan eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eşin rahmine yahut bir taşıyıcı annenin rahmine nakledilmesi ve dünyaya gelmesi

¹¹⁷ Çoban, *Tüpteki Embriyo*, s. 79.

¹¹⁸ Kalkan Oğuztürk, s. 361; Çoban, *Biyoetik*, s. 26.

mümkünken, imha edilmesi yaşama hakkının ihlalidir¹¹⁹. Bir diğer görüşe göre de, eşlerden birinin ölümünden sonra dondurulan üreme hücrelerinin döllendirilmesi, tüpte oluşan embriyonun rahme nakli için de belirli bir süreye tabi olarak izin verilmesi mümkün olmalıdır¹²⁰. Bir başka görüşe göre embriyonun imha edilmesi, onun yaratılması için harcanan tüm çabayı boşa çıkarır, ileride bir üyesi olacağı topluma fayda sağlama ihtimalini ortadan kaldırır ve bu insanlığa yapılan bir saygısızlıktır¹²¹.

ÜYTE Yönetmeliği m. 20/VI'ya göre, beş yıllık saklama süresinin son bulması halinde embriyolar imha edilmektedir. Yönetmeliğin 9 No'lu Ek'inde periyodik olarak yıllık saklamanın uzatılmasında, dondurulma tarihi esas alınmak kaydıyla bir yılın sonunda dilekçe verilerek sürenin uzatılması talep edilmezse en geç bir ay sonra embriyonun imha edileceği belirtilmiştir. Yine doktrindeki bir görüşe göre, embriyo üzerinde bilimsel araştırma ve deney yapılmasının tıpta büyük gelişmelere yol açacağı dikkate alınarak, yedek embriyoların beş yıl sonra yok edilmeyerek eşlerden onam alınmak şartıyla araştırmalarda kullanılması mümkün olmalıdır¹²².

Günümüzde gelişen teknolojiler embriyo üzerinde bilimsel araştırma ve deneyler yapılmasını mümkün hale getirmiştir. Embriyo üzerinde yapılan araştırmaların amacı yalnızca üreme yöntemlerini geliştirmek değil, aynı zamanda bazı hastalıkların tedavisini ve teşhisini sağlamaktır. Örneğin fare embriyolarının üstünde yapılan bir araştırmanın insan embriyosu üzerinde yapılması durumunda ulaşılan sonuçlar ile Çernobil'in neden olduğu türden radyasyonun zararlarının dahi bertaraf edilebileceği iddia edilmektedir¹²³. Bir diğer araştırmaya göre ise, 9-12 haftalık embriyolara ait beyin hücrelerinin Parkinson hastalığı tedavisinde kullanılması mümkündür¹²⁴. Embriyonik hücrelerin, diyabet hastalıkları ve kalbin ana damarlarını tedavi etmede de kullanılmasının hayati önem taşıdığı bilinmektedir¹²⁵.

Embriyolardan elde edilen kök hücreler, yetişkin bireylerden elde edilen kök hücrelerden daha büyük bir potansiyel faydaya sahiptir. Embriyo üzerinde

¹¹⁹ Öztürk, *Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı*, s. 358.

¹²⁰ Yasemin Erol, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011), s. 38.

¹²¹ Raposo/Osuna, s. 742.

¹²² Tacir, s. 1315.

¹²³ Çoban, *Biyoetik*, s. 26.

¹²⁴ D. G. Jones ve C. R. Towns, "Navigating the Quagmire: The Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research", *Human Reproduction*, C. 21, S. 5, 2006, s. 1113.

¹²⁵ Jones/Towns, s. 1114.

yapılabilecek kök hücre çalışmaları karşısında embriyonun konumunun ne olacağı, nasıl korunacağı tartışmalara yol açmaktadır. Bu durum, embriyo ve ceninin kapsamlı yasal düzenlemeler ile korunması gerekliliğini yeniden ortaya koymaktadır.

Bilimsel araştırma ve deneylerde kullanmak amacıyla embriyo üretilmesi yaşama hakkının ihlal edilebileceği hallerden bir diğeridir. Bilimsel araştırma ve deneylerde embriyonun kullanılabilir olması, bu embriyoların tüketilmesi, yok edilmesi anlamına gelir¹²⁶. Söz konusu araştırmalar çoğunlukla tüpte döllendirilerek oluşturulan embriyolardan kullanılmayanlar üzerinde yapılsa da sırf araştırma ve deneylerde kullanmak amacı ile embriyo oluşturulması da söz konusu olabilir. Sırf araştırma ve deneylerde kullanmak amacıyla oluşturulan embriyolara doktrinde “*araştırma embriyosu*” denmektedir¹²⁷.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, araştırma embriyoları ile yedek embriyolar üzerinde araştırma ve deney yapmak birbirinden farklıdır. Bu görüşe göre, araştırma ve deneyler yalnızca anormallik tespit edilen yedek embriyolar üzerinde yapılmalıdır ki bu embriyolar zaten insan olma potansiyeline sahip değildir ve ölüme mahkûmdur¹²⁸. Yedek embriyolar dışında sadece araştırma yapmak amacıyla embriyo üretmek, insan onurunu zedeleyici ve alçaltıcıdır¹²⁹. Bu nedenle tüpte döllenme yöntemiyle fazla sayıda embriyo oluşturulmasını önleyici düzenlemeler getirilmesinde yarar vardır. Bu sayede yok edilmesi kaçınılmaz olan bir canlının oluşturulması ve insanın araçsallaştırılması önlenmiş olacaktır¹³⁰.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nde kabul edilen iki ayrı tavsiye kararında da araştırma amacıyla embriyo yaratılmasının üye ülkelerce yasaklanması istenmiştir¹³¹. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi m. 13’e göre eğer

¹²⁶ **Metin**, s. 145.

¹²⁷ **Tacir**, s. 1309.

¹²⁸ **Kalkan Oğuztürk**, s. 316; M. Onursal **Cin**, “Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 5, 2005, s. 31.

¹²⁹ **Metin**, s. 146; **Tacir**, s. 1310.

¹³⁰ Aykut **Çoban**, “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 86, 2009, s 217.

¹³¹ Bkz: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, İnsan Embriyosu ve Ceninlerin Tanı Tedavi ile Bilimsel, Sınai ve Ticari Amaçlar için Kullanılması Hakkındaki Tavsiye Kararı, 24.9.1986, S.1046; İnsan Embriyosu ve Ceninin Bilimsel Araştırılmalarda Kullanılması Hakkındaki Tavsiye Kararı, 2.2.1989, 1100. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15080&lang=en> ve <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=15134&lang=en> (ET: 20.6.2022).

embriyo üzerinde tüpte araştırma yapılmasına izin veriliyorsa embriyo için uygun koruma sağlanmalıdır ve yalnızca araştırma amacıyla embriyo oluşturulması yasaktır. Düzenleme ile yedek embriyolar üzerinde araştırma ve deney yapılması hususunda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Embriyolar için “*uygun koruma*” sağlanacağı belirtilmişse de bu korumanın ne şekilde yapılacağı belirtilmemiştir. Söz konusu Sözleşme AY m. 90/V hükmü gereğince iç hukukun bir parçasıdır. Bu bağlamda ÜYTE Yönetmeliği 17 No’lu Ek’e göre üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanacak eşlerden alınan üreme hücreleri ile oluşturulan embriyoların Yönetmelikte belirtilen esaslar dışında hangi amaçla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaklanmıştır. Eğer uygulamayı yapan merkezin bu yasağa uymadığı tespit edilirse ruhsat/faaliyet izinleri iptal edilecektir. Eğer merkezler dışında bu tür faaliyet gösteren başka yerler varsa bunların faaliyetleri valilikçe derhal durdurulacak ve yasağa uymayan ilgililer cumhuriyet savcılığına adli işlem yapılmak üzere bildirilecektir. ÜYTE Yönetmeliği 17 No’lu Ek ile getirilen bu düzenlemeden, araştırma embriyolarının oluşturulmasının da yasaklanmış olduğu sonucunu çıkarmak yerinde olacaktır.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA CENİNİN YAŞAMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, yaşama hakkının ne zaman başladığı konusunda kesin bir yargıya ulaşılmış değildir. AİHM, çoğu kararında ceninin yaşama hakkını tartışmaya değer görmeyerek tartışmamış, tartışmaya değer bulduğunda ise doğumdan önceki aşamada ceninin yaşama hakkının olmadığına kanaat getirmiştir. AİHM’ne göre, üreme hakkı ve üremeye yardımcı tekniklere ulaşma hakkı kural olarak AİHS m. 8 hükmü ile düzenlenen özel hayatın korunması hakkı kapsamına girmektedir.

AİHM’de görülen Vo/Fransa davasında¹³² başvuru kadın Thi-Nho Vo altı aylık hamiledir. Rutin kontrolleri için hastaneye geldiği sırada adının başka bir hasta ile karıştırılması sonucunda kendisine bir başkasına uygulanması gereken tedavi uygulanmıştır. Başvuru bu tıbbi müdahale sonrasında çocuğunu aldırma zorunda kalmıştır. Başvuru, çocuğa karşı taksirle insan öldürme suçu işlendiği iddiası ile ulusal yargı mekanizmalarına başvurmuş ancak yirmi bir haftalık cenin yaşayabilir görülmediğinden insan

¹³² AİHM, Vo/France, No: 53924/00, 8.7.2004.

kabul edilmemiş ve taksirle öldürme suçunun mağduru olmayacağına karar verilmiştir. Başvurucu davayı üst mahkemeye taşıyarak kararın bozulmasını sağlamıştır. Fransız İstinaf Mahkemesi, insana saygı prensibinin yaşamın başlangıcından itibaren geçerli olduğuna ve bunun için canlı doğumun gerçekleşmesinin şart olmadığına, saldırı gerçekleştiği anda çocuk canlı olduğundan olayda taksirle öldürme suçunun işlendiğine karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi'ne göre bilimsel gerçekler ve genel hayat tecrübeleri dikkate alındığında sağlıklı bir ceninin ölümüne sebep olunması, taksirle öldürme suçunu oluşturur. Kararın, doktor tarafından temyiz edilmesi üzerine Fransız Temyiz Mahkemesi, ceninin Ceza Hukuku hükümleri kapsamında korunabilecek insan olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bunun üzerine olay AİHM'ne taşınmış, başvurucu Fransız hukuk sisteminde ceninin taksirle öldürülmesine karşılık korunmadığını ve bunun AİHS m. 2 ile devletlere getirilen yaşama hakkını koruma yükümlülüğüne aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM ceninin yaşama hakkını elinden alan ihmali ceninin yaşama hakkının ihlali sonucunu doğurmasının suç kapsamında olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme değerlendirmesi sonucunda bu konunun her ülkenin kendi ulusal düzenlemelerine bırakılması gerektiği sonucuna ulaşmış, yaşamın başladığı an ile embriyo ve ceninin hukuki statüsü konusunda uluslararası bir ortak kanının yerleşmediğini belirtmiştir. Bu nedenle çözüm devletlerin takdirine bırakılmış ancak en azından embriyo ve ceninin insan ırkının bir üyesi olduklarının kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Her ne kadar ceninin insan olma potansiyeli onun AİHS m. 2 kapsamında yaşama hakkına sahip bir kişi olduğunu göstermez ise de insan onuru adına korunmasını gerektirir. Mahkemeye göre ceninin AİHS m. 2 kapsamında kişi olup olmadığı soyut olarak cevaplandırılması mümkün olmayan bir sorudur¹³³.

Parrillo/İtalya davasında¹³⁴ başvurucu ve partneri tüpte döllenme yöntemini kullanarak laboratuvar ortamında embriyo oluşturmuş, embriyolar oluştuktan sonra ise başvuranın partneri ölmüştür. Bunun üzerine başvurucu

¹³³ Vo/Fransa kararına karşı oy veren Ress'in görüşüne göre, olayda annenin çocuğunu kaybetmiş olması maddi ve manevi tazminatla giderilebilecek bir durum değildir. Bazı yazarlar tarafından yaşama hakkının döllenme anından itibaren başladığı kabul edilmektedir ve kadın ile cenin ayrı iki insan olarak değerlendirilmeli, korunmalıdır. İnsanın yaşama hakkı günümüz koşulları dikkate alınarak yeniden değerlendirilmeli ve geniş yorum yapılarak doğumdan önceki yaşam da korunmalıdır. Bu nedenle olayda yaşama hakkı ihlal edilmiştir.

¹³⁴ AİHM, Parrillo/Italy, No: 46470/11, 27.8.2015.

çocuk sahibi olmaktan vazgeçmiş, oluşturulan embriyoların bilimsel araştırmalarda kullanılmasına izin verdiğini beyan etmiştir. Embriyoların araştırma amacı ile kullanılması İtalyan yasalarına göre suç teşkil etmektedir. AİHM olay hakkında verdiği kararda, embriyoların mülkiyet hakkının kapsamına giremeyeceğini, ekonomik ve maddi bir değere konu olamayacağını belirtmiştir. Bu anlamda kadının embriyo üzerindeki mutlak kontrolü kabul edilmemiştir. Mahkeme tüpteki embriyonun yaşama hakkına sahip olmadığını kabul etmesinin yanında, bunun dava bakımından değerlendirilmesine dahi gerek duymamıştır.

Öte yandan Evans/Birleşik Krallık kararında¹³⁵, Bayan Evans, hastalığı nedeni ile son kalan üreme hücrelerini nişanlısının üreme hücreleri ile döllendirmiş ve oluşan embriyoların dondurulmasını istemiştir. Sonrasında nişanlısı ile ayrılan Bayan Evans, oluşan embriyoların rahmine nakledilmesini istemiş ancak nişanlısı artık kendisinin çocuk sahibi olmak istemediğini söyleyerek bu uygulamaya karşı çıkmıştır. Bunun üzerine merkez embriyoların imha edilmesine karar vermiştir. Bayan Evans AİHM'ne başvurarak embriyoların yaşam haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme söz konusu başvuruyu reddetmiştir. Mahkemeye göre, doğumdan önce yaşama hakkının varlığının kabul edilmesi ülkelerin takdirindedir. Mahkeme bu hususa ilişkin olarak Vo/Fransa davasına da atıfta bulunmuştur. Mahkeme kararında, embriyonun AİHS m. 2 anlamında korunmaya değer yaşama hakkı olduğunu kabul etmemiştir.

AİHM H/Norveç¹³⁶ kararında on dört haftalık gebe olan kadının gebeliğinin herhangi bir sağlık sorunu olmaksızın sona erdirilmesini AİHS'ne aykırı bulmamış, üye devletlerin gebeliğin sonlandırılması hakkındaki ulusal düzenlemelerine saygı duymuştur. Norveç Yüksek Mahkemesi, AİHM'nin 12.7.1977 tarihli Brügge mann ve Scheuten/Almanya kararına atıfta bulunmuş, Norveç ulusal mevzuatında annenin kendi isteğiyle gebeliği 12. haftaya kadar sonlandırabileceğini, 12-18 hafta arasında heyet kararı ile gebeliğin sonlandırılabilirliğini, 18. haftadan sonra ise gebeliğin yalnızca ciddi gerekçelerle sonlandırılabilirliğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme kabul edilen bu kuralı AİHS'nin ruhuna uygun bulmuştur. Baba konuyu AİHM'ne taşımış, Norveç'in ulusal mevzuatında gebeliğin sonlandırılmasını düzenleyen ilgili hükümlerin ceninin yaşama hakkını korumak bakımından yetersiz kaldığını iddia ederek kendi rızası olmaksızın sonlandırılan gebelik

¹³⁵ AİHM, Evans/United Kingdom, No: 6339/05, 10.4.2007.

¹³⁶ AİHM, H/Norway, No: 17004/90, 19.5.1992.

ile AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM verdiği kararda AİHS m. 2'de yer alan "herkes" ifadesinin kimleri kapsadığının açıkça belirtilmediğini ifade ederek, Sözleşmenin doğasından hareketle ve önceden verdiği kararlara da dayanarak, herkes ibaresinden sağ olarak doğmuş bireylerin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, tıbbi bir gerekçe olmaksızın gebeliğin sonlandırılmasını AİHS m. 2'de düzenlenen yaşama hakkının ihlali olarak nitelememiştir. AİHM, AİHS m. 2'de yer alan "herkes" ibaresinin doğumdan önceki evrede cenini kapsamına almadığını X/Birleşik Krallık¹³⁷ kararında da açıkça belirtmiştir. Kararın gerekçesi olarak ise, yaşamın başladığı anın tartışmalı olması ve kimilerine göre döllenme anının kimilerine göre rahme tutunma anının kimilerine göre ise doğum anının yaşamın başlangıcı olduğunun kabul edilmesi gösterilmiştir.

AİHM Paton/Birleşik Krallık¹³⁸ kararında ceninin yaşama hakkının annenin bedeni üzerindeki haklarından ayrı düşünülemeyeceğini ve annenin tercihlerine uygun olarak ceninin yaşama hakkının sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Brüggeman ve Scheuten/Almanya¹³⁹ kararında ise Mahkeme tarafından, annenin üreme konusundaki tercihini sınırlandıran düzenlemenin AİHS m. 8'e aykırı olduğuna karar verilmiş, yaşama hakkı bakımından değerlendirme yapılmamıştır.

İncelenen kararlar ışığında AİHM'nin, ceninin hukuki statüsü ve yaşama hakkının başlangıcı konusunu devletlerin takdirine bırakarak politik bir tutum sergilediği söylenebilir. Mahkeme ceninin yaşama hakkı ile diğer haklar arasında denge kurmaktan da kaçınmış, ulusal hukuk mekanizmalarının uygulamalarını onaylayan bir tutum sergilemiştir. Bu halde ceninin yaşama hakkı konusundaki tartışmaların uzun süre daha sürmesi beklenmektedir.

SONUÇ

Ceninin ahlaki ve hukuki anlamda insan ve kişi olarak kabul edilmesi ve yaşama hakkına sahip olması meselesi hukuk ve diğer disiplinler bakımından sıkça tartışılan bir konudur. Ceninin hangi andan itibaren hak ehliyetine ve kişiliğe sahip olacağı, buna bağlı olarak yaşama hakkının hangi andan itibaren başlayacağı sorununun çözüme kavuşturulması hukuki belirsizlikleri bertaraf etmek bakımından zorunludur. Bu doğrultuda ceninin ahlaki ve hukuki statüsünü belirlemek başlıca adım olacaktır.

¹³⁷ AİHM, X/United Kingdom, No: 8416/78, NJ 198, 110, 24.10.1981.

¹³⁸ AİHM, Paton/United Kingdom, No: 8416/78, 13.5.1980.

¹³⁹ AİHM, Brüggeman ve Scheuten/Federal Republic of Germany, No: 6959/75, 12.7.1977.

Ceninin ahlaki statüsü, cenine ahlaki açıdan nasıl davranılması gerektiğini belirler. Ceninin ahlaki statüsü hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri, ceninin insan türüne ait olması nedeniyle değerli olduğu ve dölleme anından itibaren korunması gerektiğini savunan tür görüşü; ceninin insan olmanın gerektirdiği tüm özellikleri potansiyel olarak taşıması nedeniyle dölleme anından itibaren yaşama hakkına sahip olduğunu savunan potansiyellik görüşü; ceninin zigot aşamasından itibaren insan onuruna ve yaşama hakkına sahip olduğunu savunan devamlılık görüşü; ceninin doğmuş insan ile aynı olması nedeniyle doğmuş insanlarla eşit haklara sahip olacağını savunan benzerlik görüşü olmak üzere temelde dörde ayırmak mümkündür.

İnsan olarak kabul edilen ceninin hukuki statüsünün ve yaşama hakkının ne zaman başladığının tespiti, embriyo üzerinde yapılan bilimsel araştırma ve deneyler, kürtaj ve üreme hakkı ile ceninin yaşama hakkının yarışabileceği diğer durumlar bakımından son derece önemlidir. İnsan yaşamının başladığı anı tespit etmeye yönelik üç teori bulunmaktadır. Bunlar dölleme anı, gebelik süreci ve doğum anı teorileridir. TMK m. 28/II hükmüne göre, hak ehliyeti tam ve sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düşme anında kazanılır. Ceninin hak ehliyetini kazandığı an, haklara sahip olduğu ve dolayısıyla haklarının korunmaya başladığı andır. Ceninin kişilik kazandığı an ise TMK m. 28'e göre çocuğun tam ve sağ olarak doğduğu andır. Çocuğun kazanacağı hak ve borçların belirlenmesi bakımından, çocuğun ana rahmine düştüğü anın saptanması büyük önem taşır. Doktrinde ağırlıklı kabul edilen görüşe göre ana rahmine düşme anı kadının gebe kaldığı andır. Tüpte döllenen embriyonun, ana rahmine düşmesinden değil, ana rahmine nakledilmesinden söz edilir.

Kanaatimizce ceninin yaşama hakkına sahip olduğu an TMK m. 28 hükmü gereğince tam ve sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andır. Cenin tam ve sağ olarak doğmazsa hiçbir zaman hak ehliyetine sahip olamaz. Tüpte döllenen embriyolar bakımından ise yaşama hakkının başlangıcı dölleme anı olarak kabul edilmelidir. Ancak bu halde de cenine tam ve sağ doğum gerçekleşmeden kişilik tanınmamalı, hak ehliyeti de tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, dölleme anından itibaren kazanılmalıdır. Üreme hücrelerinin dondurulup bir süre sonra döllendirilmesi ve rahme nakledilmesi hali ile, dölleme gerçekleştikten sonra oluşan embriyonun bir süre dondurulup sonrasında rahme nakledilmesi hallerinde de kişiliğin başlangıcı olarak dölleme anının kabul edilmesi gerekir. Anılan her iki halde

yine cenine tam ve sağ doğmasıyla birlikte kişilik tanınmalı, cenin hak ehliyetini de tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, dölleme anından itibaren kazanmalıdır.

Kanaatimizce ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazanması, tam ve sağ olarak dünyaya gelmemesi halinde ise en baştan itibaren hak ehliyetine sahip olmadığının kabul edilmesi, hukuki güvenliği sarsıcı nitelikte olduğundan ve ceninin tüm hak ve menfaatlerini kaybetmesine yol açacağından kabul edilemez. Kişiliğin başlangıç anı bakımından tam ve sağ doğum şartının geciktirici şart niteliğinde olduğunun kabulü yerindedir.

Cenine tanınan yaşama hakkının ihlali, günümüzde tıp ve biyoloji alanında yaşanan gelişmelere paralel olarak günden güne artmaktadır. Günümüzde embriyolar üzerinde bilimsel araştırma ve deney yapılması, kök hücre çalışmaları, genetik müdahaleler, tüpte oluşturulan embriyoların imhası gibi pek çok alanda ceninin yaşama hakkının ihlali tartışılır hale gelmiştir. Ceninin yaşama hakkı çoğu zaman bireylerin üreme hakkı ile çatışması sonucunda ihlal edilir. Kadının üreme hakkı kapsamında çocuk sahibi olmak istemeyerek kürtaj olması, tüpte oluşturulan embriyolardan istenmeyenlerin ya da genetik açıdan sağlıklı olanların seçilerek imha edilmesi gibi çeşitli durumlarda üreme hakkının ceninin yaşama hakkından üstün tutulup tutulmayacağı sorunu ile yüzleşilir.

Kanaatimizce ceninin yaşama hakkı TMK m. 28 gereğince tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi koşuluyla ana rahmine düşme anından itibaren tanınmalı, ancak bu hak sınırsız olarak kullanılmamalıdır. Ceninin yaşama hakkına, olduğu ilk günden itibaren potansiyel bir insan olması nedeniyle saygı duyulmalıdır. Ancak ceninin söz konusu hakkının bireylerin üreme hakkı ile çatıştığı hallerde iki hak arasında denge kurulması elzemdir. Bu bağlamda her iki hak da bu dengenin kurulabilmesi için gereken ölçüde kısıtlanmalıdır. Üreme hakkına dayanarak üremek istemeyen kişilerin, ceninin yaşama hakkını koruma amacıyla çocuk sahibi olmaları hem ebeveynin hem de çocuğun yaşantısını olumsuz yönde etkileyecektir. Özellikle çocuğun üstün yararının korunması bakımından istenmeden dünyaya getirilen çocuğun durumu son derece sakıncalıdır. Diğer yandan üreme hakkının özellikle teknolojideki son gelişmeler dikkate alındığında sınırsız kullanılamayacağı kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki yeni üreme tekniklerinin geleneksel tanımları zorlaması, üreme hakkının sınır tanımaksızın kullanılması, çeşitli tehlikelere ve geri dönülmez, zararlı sonuçlara yol açabileceğinden, hakkın kısıtlanması zaruridir. Aksi yöndeki tutum, toplumsal, ahlaki ve hukuki açıdan

birçok sorunu beraberinde getirir. Bu nedenle NPHK'nın, RTST'nin, ÜYTE Yönetmeliği'nin ve TCK'nın yukarıda açıklanan ilgili hükümlerinde yer alan sınırlamaların yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Gelişen teknolojinin sunduğu bir başka imkân olan genetik tanılama testleri, doğumdan önce ya da hamilelikte, tüp içerisinde yahut da rahimde bulunan embriyo ve ceninlerin incelenmesi, embriyoda bulunan kalıtsal hastalıkların ya da bu hastalıklara dair risklerin tespit edilmesi için yapılmaktadır. Testlerin yapılma amacı, kişilerden çocuklarına geçebilecek olan kalıtsal hastalıkların geçişini engellemek, bunun için de hastalık taşıyan embriyoları yok etmektir. İşte bu olasılıkta da, insan embriyosu ve cenine yüklenen hukuki niteliğin ceninin yaşama hakkının ihlal edilip edilmemesi bakımından önemi ortaya çıkmaktadır. Yapılan testler sonucunda genetik eleme yöntemi ile embriyonun yaşamaya değer olduğunun ya da olmadığı tespit edilmesi, insan onuru bakımından sorunlu, öjenizme kapı aralayan bir uygulamadır.

Kanaatimizce PGT ve PNT testlerinin amaçları çerçevesinde kalarak uygulanmasında sakınca bulunmamaktadır. PGT testi ile amaçlanan, kalıtsal yolla nesilden nesile aktarılması mümkün olan genetik hastalıkları taşıyan embriyoların ayrıştırılmasını sağlayarak, bireylere sağlıklı embriyoların nakledilmesi imkânını tanımaktır. PGT, hamileliğin başladığı ve ilerlediği süreçte PNT testleri sonucunda bebeğin kalıtsal hastalık taşıdığı öğrenilmesi ve kürtaj yoluna başvurulmasını önleyen bir mekanizmadır. Oluştugu ilk günlerde üzerinde yapılacak testler ile hastalık, fiziksel veya zihinsel bir engel taşıyıp taşımadığı tespit edilen embriyoların bu evrede imha edilmesi, sonradan rahim içinde bir süre geliştikten sonra kürtaj edilmesinden daha yerinde bir uygulama olacaktır. Genetik tanılama testleri, yalnızca tıbbi gereklilik bulunan hallerde yapılmalı, cinsiyet seçimi amacıyla yapılmamalıdır.

Diğer yandan günümüzde bireylerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurarak aynı anda birden çok embriyo oluşturabilmeleri bu embriyolardan rahme nakledilmesini istemediklerinin dondurulması talebinde bulunmaları mümkündür. Rahme nakledilmeyen embriyolara doktrinde yedek (artık) embriyo adı verilmektedir. Dondurulan söz konusu embriyolar bakımından tartışma, yine embriyonun yaşama hakkının hangi andan itibaren başladığı sorusuna kilitlenmektedir. ÜYTE Yönetmeliği m. 20/V hükmü, eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen saklama süresi son bulduğunda saklanan

embriyoların imha edileceğini düzenlemiştir. Bu durumda embriyoların imhası yerine üzerinde bilimsel araştırma ve deney yapılması yahut da bu embriyoların her ne pahasına olursa olsun dünyaya getirilerek evlatlık verilmesi tartışılabilir. Bunun gibi, zaten imha edilecek embriyoları yaratmanın haklı yanı olmadığından, tüpte üreme amaçlı oluşturulacak embriyoları sayı olarak sınırlama getirilmesi önerilebilir. Kanaatimizce bu görüş uygulama bakımından daha gerçekçi ve savunulabilir bir görüştür.

Günümüzde gelişen teknoloji embriyo üzerinde bilimsel araştırma ve deneyler yapılmasını da mümkün hale getirmiştir. Bilimsel araştırma ve deneylerde kullanmak amacıyla embriyo üretmek (araştırma embriyosu) bilimin sınır tanımamasının sonuçlarından biridir. Araştırma ve deneylerde embriyonun kullanılabilir olması, bu embriyoların tüketilmesi, yok edilmesi anlamına gelir. Yedek embriyolar dışında sadece araştırma yapmak amacıyla embriyo üretmek, insan onurunu zedeleyici ve alçaltıcıdır. Nitekim ÜYTE Yönetmeliği 17 No'lu Ek'e göre de yedek embriyolar üzerinde araştırma yapmak ve araştırma embriyoları oluşturmak yasaklanmıştır.

Ceninin yaşama hakkı, AİHM huzuruna da taşınmış, Mahkeme vermiş olduğu kararlarda yaşama hakkının hangi anda başladığı konusunda kesin bir yargıya varmamıştır. AİHM, çoğu kararında ceninin yaşama hakkını tartışmaya değer görmeyerek tartışmamış, tartışmaya değer bulduğunda ise doğumdan önceki aşamada ceninin yaşama hakkının olmadığına kanaat getirmiştir. AİHM ceninin hukuki statüsü ve yaşama hakkının başlangıcı konusunu devletlerin takdirine bırakarak kanaatimizce politik bir tutum sergilemiştir. Mahkeme ceninin yaşama hakkı ile diğer haklar arasında denge kurmaktan da kaçınmış, ulusal hukuk mekanizmalarının uygulamalarını onaylayan bir tutum sergilemiştir. Bu halde ceninin yaşama hakkı konusundaki tartışmaların uzun süre daha devam edeceğini söylemek mümkündür.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
aşğ.	: aşağıda
b.	: bent
Bkz/bkz	: Bakınız/bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ECHR	: European Court of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)
ET	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
K.	: Karar
m.	: madde
No	: Numara
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
PGT	: Preimplantasyon Genetik Tanı
PNT	: Prenatal Genetik Tanı
RG	: Resmî Gazete
RTST	: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
ÜYTE	: Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri
ÜYTM	: Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri
vd.	: ve devamı
ykr.	: yukarıda
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

- Akıntürk Turgut ve Ateş Derya. Medeni Hukuk. Ankara: Beta Yayınevi, 2018.
- Akipek Jale G., Akıntürk Turgut ve Ateş Karaman Derya. Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku. Ankara: Beta Yayınevi, 2011.
- Aksoy, Şahin. “Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir Mi?”. Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 24 (2012): 6-9.
- Akyüz, Emine. Çocuk Hukuku. Ankara: Pegem Yayınları, 2012.
- Altıparmak Saliha, Çiçeklioğlu Meltem, ve Yıldırım, Gülay. “Abortus ve Etik”. Cumhuriyet Tıp Dergisi, S. 31 (2009): 84-90.
- Aydın, Melike Belkıs. Yapay Dölllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Eskişehir, 2013.
- Aydın Ünver, Tülay. Ceninin Hukuki Konumu. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011.
- Aykar, Burcu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Yaşama Hakkı. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kırıkkale, 2015.
- Bağçeci Tacir, Hamide. “Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması”. YÜHFD, C. 15, S. 2 (2018): 1-52.
- Bigelow John ve Pargetter Robert. “Morality, Potential Persons And Abortion”. American Philosophical Quarterly, C. 25, S. 2 (1988): 173-181.
- Boonin Vail, David. “Death Comes for the Violinist: On Two Objections to Thomson's Defense of Abortion”. Social Theory and Practice, C. 23, S. 3 (1997): 329-364.
- Bulletti Carlo, Palagiano Antonio, Pace Maria Caterina, Cerni Angelica, Borini Andrea, ve De Ziegler Dominique. “The Artificial Womb”. Annals of the New York Academy of Sciences, C. 1221, S. 1 (2011): 124-128.
- Büyükcay, Yusuf. Hekimlerin Embriyo Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu. II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 111-149. Ankara: Ankara Barosu, 2009.
- Carlin, Tara. “Why the Legal Classification of Cryogenically Preserved Pre-Embryos Matter”. Rutgers Journal of Law and Public Policy, C. 17, S. 2 (2020): 312-355.
- Cin, M. Onursal. “Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması”. Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 5 (2005): 31-37. (Embriyonun Korunması).

- Cin, M. Onursal. Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu. Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 151-158. Ankara: Ankara Barosu, 2009. (Embriyo Nakli).
- Çaha, Havva. "Elemeci Kürtaj: jenizmin Yeni Yüzü". İş Ahlakı Dergisi, C. 7, S. 2 (2014): 53-90.
- Çiçek M. Nedim ve Mollamahmutoğlu Leyla. A'dan Z'ye Yardımcı reme Teknikleri. Ankara: Palme Yayınevi, 2009.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel. "Yaşama Hakkı". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 103 (2012): 137-168.
- Çoban, Aykut. "İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü". Toplum ve Bilim Dergisi, S. 109 (2007): 258-295. (Embriyonun Moral Statüsü).
- Çoban, Aykut. "Türkiye'de İnsan Embriyosu zerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 86 (2009): 204-248. (Embriyo zerinde Araştırma).
- Çoban, Aykut. "Türkiye'de reme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü". İnsan Hakları Yıllığı, C. 27 (2009): 75-96. (Tüpteki Embriyo).
- Çoban, Funda. "Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar". İnsan Hakları Yıllığı, C. 34 (2016): 21-42. (Biyoetik)
- Demir, Remzi. "reme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 13 (2017): 269-298.
- Doğan, Recep. "Kadının reme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127 (2016): 73-120.
- Dölen, İsmail. Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?. V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 35-40. Ankara: Ankara Barosu, 2013.
- Dural Mustafa ve gz Tufan. Türk zel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Erem, Faruk. "Soyunu Sürdürebilmek zgrlğ". Yargıtay Dergisi, C. 7, S. 3 (1981): 236-240.
- Erol, Yasemin. Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Konya, 2011.
- Eşelioğlu, Rasime. Üreme ile İlgili Problemlerin Uluslararası Metinler ve Türk Hukuku Karşılaştırılarak Feminist Teori Bakımından İncelenmesi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara 2015.

- Fendoğlu, Hasan Tahsin. Çocuk Hakları Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014.
- Hakeri, Hakan. Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Helvacı, Serap. Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011.
- Hicks, Stephen C. “The Right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society”. Florida State University Law Review, C. 19, S. 3 (1992): 805-850.
- İmamoğlu, Hülya S. “Medeni Hukuk Açısından Sosyal Sebeplerle Üreme Hücrelerinin Dondurulup Saklanması”. Ankara Barosu Dergisi, S. 1 (2019): 25-46.
- Jones, D. G. ve Towns, C. R. “Navigating the Quagmire: The Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research”. Human Reproduction, C. 21, S. 5 (2006): 1113-1116.
- Kaczor, Christopher. The Ethics of Abortion, Women’s Rights, Human Life and The Questions of Justice. Newyork ve Londra: Routledge, 2011.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu. Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Karasaç, Eda Gülsüm. Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak KKTC Hukuku’nda Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ve Hukuki Sorunlar. Doğu Akdeniz Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gazimağusa, 2018.
- Katz, Katheryn D. “The Legal Status of the Ex Utero Embryo: Implications for Adoption Law”. Capital University Law Review, C. 35, S. 2 (2006): 303-340.
- Keskin, Dilşad. “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2 (2013): 743-775.
- Keskin, İçten. “Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm”. Fe Dergi, S. 1 (2015): 86-95. (Feminizm)
- Kılıçoğlu, Ahmet. Medeni Hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, 2005.
- Kurt, Leyla Müjde. “Cenin Malvarlığı Hakları”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1 (2011): 177-209.
- Metin, Sevtap. Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.
- Oğuzman Kemal, Seliçi Özer ve Oktay Özdemir Saibe. Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.

- zbilen, Arif Barış. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- zcan Büyüktanır, Burcu Gülseren. "Cenin Bedensel Btnlgnn İhlalinde Maddi Zararının Tazmini". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1 (2018): 275-302.
- zdemir Hayrunnisa ve Ruhi Ahmet Cemal. Çocuk Hukuku (Ders Kitabı). İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2017.
- Özsoy Boyunsuz, ř. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı. Güncel Hukuk Dergisi, C. 4, S. 124 (2014): s. 52-55.
- Özsunay, Ergun . Rights of Embryo and Foetus In Private Law. XVIth International Congress of Comparative Law, 1275-1413. Australia: Brisbane, 2002. (Embriyo ve Fetüs)
- Özsunay, Ergun . Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması. Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve önemli Gelişmeler Sempozyumu, 129-149. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011. (Uluslararası Belgeler)
- ztan, Bilge. şahsın Hukuku Hakiki şahıslar. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.
- ztan, Bilge. Medeni Hukukun Temel Kavramları. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017. (Medeni Hukuk).
- Peterfy, Agota. "Fetal Viability as Threshold to Personhood: Legal Analysis". Journal of Legal Medicine, C. 16, S. 4 (1995): 607-[İ].
- Raposo Vera ve Osuna Eduardo. "Embryo Dignity: The Status and Juridical Protection of the In Vitro Embryo". Medicine and Law, C. 26, S. 4 (2007): 737-746.
- Rhoden, Nancy K. "Trimesters and Technology: Revamping Roe v. Wade". Yale Law Journal, C. 95, S. 4 (1986): 639-697.
- Robertson, John A. "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos". Virginia Law Review, C. 76, S. 3 (1990): 437-518
- Rubinfeld, Jed. "On the Legal Status of the Proposition that Life Begins at Conception". Stanford Law Review, C. 43, S. 3 (1991): 599-636.
- Schultz, Jessica H. "Development of Ectogenesis: How Will Artificial Wombs Affect the Legal Status of a Fetus or Embryo". Chicago-Kent Law Review, C. 84, S. 3 (2010): 877-906.
- Serozan, Rona. "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Dşnceler". İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14 (1977): 93 – 112. (Kişilik Hakkı).

- Serozan, Rona. Çocuk Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (Çocuk Hukuku).
- Serozan, Rona. Medeni Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (Medeni Hukuk).
- Shannon, T. A. "The Moral Significance of Brain Integration in the Fetus". *Bioethics and the Fetus*, C. 1991 (1991): 123-144.
- Slabbert, M. M. "The Fetus and Embryo: Legal Status and Personhood". *Journal of South African Law*, C. 1997, S. 2 (1997): 234-255.
- Sungurbey, İsmet. Medeni Hukukun Temel Sorunları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2003.
- Şen, Y. Furkan. "Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk". *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 19, S. 2 (2015): 1-26.
- Tacir, Hamide. "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2 (2013): 1301 – 1320.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Turgut, Cemile. Yapay Dölllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016.
- Turgut, Cemile. "Preimplantasyon Genetik Tanı Testlerinin Hukuki Boyutu ve Biyoetik". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2017): 182. (Preimplantasyon Testler).
- Uygur, Gülriz. Hukukta Adaletsizliği Görmek. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013.
- Uyumaz Alper ve Avcı Yasemin. "Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1 (2016): 579-638.
- Ürem, Müge. Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar. Sağlık Hukuku Makaleleri-II, 79-102. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012.
- Üye, Müslüme. Ceninin (Fetüsün) Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının Korunması. V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 41-58. Ankara: Ankara Barosu, 2014.
- Yücel, Özge. "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi". *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2 (2013): 117-137.

MİRASÇILARIN TEREKE BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA MİRASBIRAKANIN KEFALET BORCUNDAN SINIRLI SORUMLULUK

*Limited Liability for the Surety Debt of the Legator in the Context of
the Liability of the Heirs for the Debts of the Estate*

Gamze TURAN BAŞARA*

Öz

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 599. maddesinde benimsenen “küllî halefiyet prensibi” uyarınca mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası bir bütün olarak ve kanun gereğince kazanırlar. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte, miras yolu ile intikali mümkün olan tüm haklar ve aynı zamanda borçlar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, bir bütün olarak mirasçılara geçer. Mirasçılar, mirasbırakanın intikale elverişli tüm borçlarından, kural olarak kendilerine intikal eden terekeyle sınırlı olmaksızın kişisel malvarlıklarıyla ve müteselsilen sorumlu olurlar.

Mirasçılarının, mirasbırakanın borçlarından müteselsilen ve tüm malvarlıklarıyla şahsen sorumlu olmaları, alacaklıların menfaatini korurken, dış ilişkide alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olan mirasçı için ekonomik açıdan ciddi tehdit oluşturabilmektedir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, müteselsil ve şahsi sorumluluk karşısında mirasçıları korumaya yönelik bir takım düzenlemelere yer vermiştir. Bunlardan biri, terekenin resmi defterinin tutulması halinde deftere kaydolunan kefalet borcundan mirasçılarının sorumluluğunu sınırlandıran 630. maddede hükmüdür.

Mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan sorumluluğunu sınırlandıran TMK'nın 630. maddesine göre, mirasın resmi defterinin

Makalenin Geliş Tarihi: 26.07.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.08.2022.

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: gamzeturan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7729-6039.

tutulmasının talep edildiği ve mirasın tutulan deftere göre kabul edildiği durumda mirasçılar, mirasbırakanın kefalet borcunun tamamından değil, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet alacaklısına düşecek miktarla sınırlı olmak üzere bütün malvarlıklarıyla sorumlu olacaklardır.

Anahtar Kelimeler: Mirasçı, tereke borcu, kefalet, külli halefiyet, müteselsil sorumluluk

Abstract

Pursuant to the “principle of universal succession” adopted in article 599 of the Turkish Civil Code (“TCC”), the heirs acquire the inheritance as a whole and by law upon the death of the legator. Upon the death of the legator, all rights as well as debts that can be transferred by inheritance pass on to the heirs as a whole, without the requirement to carry out any transaction or procedure. The heirs become personally and severally liable for all debts of the legator, which are convenient for transfer, without prejudice to the exceptions prescribed by the laws.

As per article 630 of the TCC, which limits the liability of the heirs for the surety debt of the legator; in the case that it is requested to keep an official book of the inheritance and that the inheritance is accepted based on the book kept, the heirs shall not be liable for the entire surety debt of the legator, however, shall be liable with all of their assets, limited to the amount that will fall to the surety creditor in the event of liquidation of the estate in accordance with the bankruptcy provisions.

Keywords: Heir, debt of the estate, surety, universal succession, several liability.

GİRİŞ

Türk miras hukuku bakımından geçerli olan mirasın kanun gereği iktisabı ve küllî halefiyet ilkelerinin gereği olarak, mirasbırakanın ölümü üzerine terekesi, kendiliğinden ve bir bütün olarak yasal ve atanmış mirasçılara intikal etmektedir. Mirasbırakanın terekesine intikale elverişli hakların yanı sıra borçlar da dahildir. Mirasçıların mirasbırakanın intikale elverişli borçlarından sorumluluğu esas olup mirasçılar, bu borçlardan, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla şahsen ve müteselsilen sorumlu olurlar.

Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre, mirasbırakanın kefalet borcu mirasçılara intikal eden borçlardandır. Ancak TMK'nın 630. maddesinde mirasın resmi defterinin tutulmasının talep edildiği ve mirasın tutulan deftere göre kabul edildiği durumda, mirasbırakanın kefalet borcundan sorumluluğunu sınırlandıran bir düzenlemeye yer verilmiştir. Mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan dolayı sorumluluğu, asıl borçlunun borcu ödememesi halinde ortaya çıkacağından, deftere kaydolan borçlar arasında mirasbırakanın kefalet borcu varsa, mirası tutulan deftere göre kabul eden mirasçı bakımından kefalet borcundan sorumluluğa ilişkin belirsizlik söz konusu olmaktadır. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, anılan hükümle kefalet alacaklısı ile mirasçılar arasındaki menfaat dengesini korumayı amaçlamaktadır. Buna göre, kefalet alacaklısı alacağının bir kısmına kavuşurken, mirasçılar da, mirasbırakanın kefalet borcunun tamamından değil, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet alacaklısına düşecek miktarla sınırlı olmak üzere bütün malvarlıklarıyla sorumlu olacaklardır.

Çalışma kapsamında mirasçılarının, mirasbırakanın kefalet borcundan sorumluluğunu incelemeye geçmeden önce tereke borçlarından sorumluluğa ilişkin olarak Türk miras hukukunda geçerli olan ilke ve kurallar üzerinde durmaya ihtiyaç vardır.

I. MİRASÇILARIN TEREKE BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde Türk miras hukuku bakımından mirasın kazanılmasında “küllî halefiyet prensibi”nin benimsendiği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası bir bütün olarak ve kanun gereğince kazanırlar. Bunun sonucu olarak, mirasbırakanın ölümü ile, terekede yer alan ve miras yolu ile intikali mümkün olan tüm haklar ve aynı zamanda borçlar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, bir bütün olarak mirasçılara geçmektedir.¹

¹Mustafa Dural, Turgut Öz, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 17. Bası, 13, 407; Bilge Öztan, Miras Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 10. Bası, 21; Zahit İmre, Hasan Erman, Miras Hukuku (İstanbul: Der Yayınları, 2018), 14. Bası, 301; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, Miras Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 11. Bası, 73-74; Fikret Eren, İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 18-19, 443; M. Kemal Oğuzman, Miras

Türk Medeni Kanunu'nun 641/I. maddesinde mirasçılardan tereke borçlarından müteselsilen sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Müteselsil sorumlulukta, birden çok borçlunun her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olup borçlulardan birinin borcu ifa etmesiyle diğerleri de borçtan kurtulmaktadır.² Mirasçılar bakımından geçerli olan müteselsil sorumluluk kapsamında, alacaklı alacağının tamamını mirasçılardan birinden talep edebileceği gibi, alacağının tamamını elde edinceye kadar dilediği oranda her bir mirasçıya başvurabilir. Alacaklıya payından fazla ifade bulunan mirasçı, payını aşan miktar için diğer mirasçılara rücu edebilir (TMK m. 682).

Mirasçılardan mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu hakkında bir diğer ilkeye, TMK'nın 599/II. maddesinde yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, mirasçılar mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.

Mirasbırakanın borçlarından sorumlu olabilmek için temel koşul mirasçı olmaktır. Mirasçı olabilmek için mirasın açıldığı anda mirasa ehil olmak, mirastan yoksun olmamak ve sağ olmak gerekir. TMK'nın 577. maddesinde hak ehliyeti başlığı altında düzenlenen mirasçılık ehliyeti, hak ehliyetinin miras hukukundaki görünümü olup hak ehliyetine sahip olan herkes, mirasçı olmaya ehildir.³

Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 6. Bası, 6-7; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 42; Gökhan Antalya, Miras Hukuku, Cilt III (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 5. Bası, 91; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 7. Bası, 70; Yasemin Maraşlı Dinç, Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 24-25.

² Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 24. Bası, 1342; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 3. Bası, 461; Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 18. Bası, 510; M. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 25. Bası, 946. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y. 3. HD, E. 2020/9934, K. 2021/9980, 13.10.2021; Y. 2. HD, E. 2021/5600, K. 2022/128, 17.01.2022; Y. 8. HD, E. 2021/1637, K. 2021/4438, 27.05.2021 (UYAP).

³ İmre ve Erman, 306-307; Serozan ve Engin, 448; Kocayusufpaşaoğlu, 529; Oğuzman, 264-265; İnan, Ertaş ve Albaş, 475; Eren ve Yücer Aktürk, 418; M. Ahmet Kılıçoğlu, Miras Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 11. Bası, 256; Öztan, 339; Ivo Schwander, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB) (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003), 2. Auflage, Art. 539, 6; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid and Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Zürich: Schulthess Verlag, 2015), 14. Auflage, 886;

Mirastan yoksunluk, mirasbırakana karşı, TMK'nın 578. maddesinde sınırlı olarak sayılan fiilleri⁴ gerçekleştirmiş olan mirasçının mirasçılık sıfatının sona ermesi sonucunu doğurur. Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın bu yönde bir ölüme bağlı tasarruf yapmasına ya da mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın kanundan dolayı kendiliğinden ortaya çıkar.⁵

Mirasa ehil olabilmek için kural olarak mirasbırakanın ölümü anında sağ olmak gerekir. Bu kuralın istisnasını ceninin mirasçılığı ve TMK'nın 583. maddesinde düzenlenen art mirasçı tayini oluşturmaktadır.

Mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksunluk veya feragat sebebiyle mirasçılık sıfatını kazanamayan ya da mirası reddettiği için kazanmış olduğu mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kaybeden mirasçının kural olarak mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu bulunmamaktadır.

TMK'nın 618. maddesinde mirası reddeden mirasçılardan mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmayacaklarına ilişkin kurala bir istisna getirilmiştir. Anılan hükme göre mirasbırakan, ölümü anında borçlarını ödemekten aciz bir durumda ise mirası reddeden mirasçılar, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü oldukları değer ölçüsünde mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumlu olurlar.

Tereke borçlarını ödeyen mirasçının diğer mirasçılara karşı rücu hakkı gündeme gelir. TMK'nın 682. maddesi uyarınca paylaşma sözleşmesiyle ifası kendisine yükletilmemiş olan tereke borcunu veya üstlendiği miktardan fazlasını ya da payını aşan miktarda tereke borcunu ödeyen mirasçı diğer mirasçılara rücu edebilir. Rücu hakkının doğumu için tereke borcunun mirasın paylaşılmasından önce ya da sonra ödenmesi arasında bir fark yoktur.⁶

Paul Piotet, Schweizerisches Privatrechts, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband (Basel und Stuttgart: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1981), 555.

⁴ TMK'nın 578. maddesi kapsamında yoksunluk sebepleri; mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmek ya da öldürmeye teşebbüs etmek, mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli olacak şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirmek, aldatma, zorlama veya korkutmanın etkisiyle ölüme bağlı tasarruf yapılmasını sağlamak, tasarruf yapılmasına engel olmak ya da tasarruftan dönülmesine neden olmak, mirasbırakanın yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapamayacak durumda ve zamanda ölüme tasarrufu bozmak ya da ortadan kaldırmak şeklinde ifade edilmiştir.

⁵ İnan, Ertaş ve Albaş, 485; Kocayusufoğlu, 531; Kılıçoğlu, Miras, 259; İmre ve Erman, 311; Öztan, 347.

⁶ Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682), Cilt III (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 598.

Tereke borcunu ödeyen mirasçı rücu hakkını öncelikle paylaşma sözleşmesiyle borcu üstlenen mirasçıya karşı kullanır (TMK m. 682/II).⁷ Tereke borcunu ifa eden mirasçı, borcu üstlenen mirasçıdan alacağını elde edememesi halinde diğer mirasçılara başvurabilecektir.⁸

Tereke borçlarının paylaşılmasına ilişkin bir sözleşmenin bulunmaması halinde tereke borcunu ifa eden mirasçı, diğerlerine miras payı oranında rücu edebilir. TMK'nın 682/III. maddesi uyarınca mirasçılardan her biri tereke borcundan miras payı oranında sorumludur. Rücu, borcu ifa eden mirasçının payını aşan kısım için söz konusudur.⁹

Rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Borcu ifa eden mirasçı alacaklıya halef olacağından rücu hakkı, alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresine tabidir.¹⁰

B. Mirasçıların Kişisel Sorumluluğu

TMK'nın 599/II. maddesine göre, mirasçılar alacaklılara karşı mirasbırakanın borçlarından tüm malvarlıklarıyla şahsen sorumludurlar. Anılan düzenlemede mirasçıların alacaklılara karşı tereke mallarının yanında kişisel malvarlığıyla sorumlu olacağı kuralı kabul edilmiştir. Buna göre

⁷ Dural ve Öz, 463; Kocayusufpaşaoğlu, 735; Oğuzman, 339; Antalya, 539; İmre ve Erman, 586; Çabri, Cilt. III, 598; Eren ve Yücer Aktürk, 643; Peter Tuor and Vito Piconi, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB (Stämpfli Verlag: Bern, 1966), 2. Auflage, Art. 640, 5; Peter C. Schaufelberger, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB) (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003), 2. Auflage, Art. 640, 4; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 997.

⁸ Kocayusufpaşaoğlu, 735. Çabri, borcu ifa eden mirasçının, mirasçılarının tamamına değil, yalnızca paylaşma sözleşmesiyle borcu üstlenen mirasçılara karşı rücu edebileceğini kabul etmektedir (Cilt III, 600).

⁹ Serozan ve Engin, 596; Kocayusufpaşaoğlu, 735; Dural ve Öz, 463; İmre ve Erman, 586; Çabri, Cilt III, 600; Antalya, 539; Öztan, 447; Oğuzman, 339; Tuor and Piconi, BK, Art. 640, 8-9; Arnold Escher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Die Erbgang (Art. 537-640) (Zürich: Schulthess Verlag, 1960), 3. Auflage, Art. 640, 3,6; Schaufelberger, BSK- ZGB II, Art. 640, 5; Tarkan Göksu, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457-640 ZGB (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), 3. Auflage, Art. 640, 2; Martina Bosshardt, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), 4. Auflage, Art. 640, 1, 3; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 997; Stephan Wolf and Stephanie Hrubesch-Millauer, Grundriss des Schweizerischen Erbrecht (Bern: Stämpfli Verlag, 2017), 554; Piotet, SPR IV/2, 898; Jean N. Druey, Grundriss des Erbrecht, (Bern: Stämpfli Verlag, 2002), 5. Auflage, 238.

¹⁰ Çabri, Cilt III, 601.

mirasbırakanın alacaklıları, alacağını elde etmek üzere terekeye başvurabileceği gibi, mirasçının şahsi malvarlığına başvurarak da alacağını elde edebilir.¹¹

Mirasçıların terekenin borçlarından kişisel sorumluluğundan söz edebilmek için, mirasın kesin olarak kazanılmış olması gerekir. Mirasçılık sıfatını herhangi bir sebeple kazanamayan kimse mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmaz.¹²

Kanunda mirasçıların mirasbırakanın borçlarından şahsen sorumlu olması kuralının istisnaları öngörülmüştür.¹³ Bunlardan ilki mirasın resmi tasfiyesidir. TMK'nın 632/III. maddesine göre resmi tasfiye halinde mirasçılar, terekenin borçlarından sorumlu olmazlar.

Mirasbırakanın borçlarından şahsen sorumlu olma kuralının bir diğer istisnası, terekenin resmi defterinin tutulması ve mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesidir. TMK'nın 628/I. maddesi uyarınca terekenin resmi defterinin tutulması istenmiş ve miras, tutulan deftere göre kabul edilmişse bu durumda mirasçılar yalnızca deftere yazılan borçlardan sorumlu olurlar.

¹¹ İmre ve Erman, 12; Oğuzman, 317-318; Kocayusufpaşaoğlu, 46; Serozan ve Engin, 80; İnan, Ertaş ve Albaş, 77-78; Öztan, 23, 446; Eren ve Yücer Aktürk, 447; Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), Cilt II (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 427; Şakir Berki, "Türk Medeni Kanununda Mirasçıların Mes'uliyeti", AÜHFD, Cilt 25, Sayı 3, (1968), 109 vd.; Ahu Ayanoglu Morali, "Mirasın Açılmasından Önce Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD, Özel Sayı, Cilt 11, Sayı 145-146, (2016), 566 vd.; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 889; Schwander, BSK- ZGB II, Art. 560, 8; Claudia Büchi-Wehinger and Rahel Reich, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), 4. Auflage, Art. 603, 1; Franco Lorandi, "Erblasser, Erbeingemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner", AJP, (2012), 1379; Thomas Weibel, Das Ende der Solidarhaftung der Erben (Basel: 2002), 6-7; Piotet, SPR IV/2, 654; Druet, 184.

¹² Çabri, Cilt II, 433; Cem Baygın, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 53.

¹³ Mirasçıların mirasbırakanın borçlarından şahsen ve müteselsilen sorumlu olmaları sebebiyle ortaya çıkabilecek ağır sorumluluk çeşitli yollarla hafifletilebilir. Bunlardan biri, mirasın kazanılmasının henüz geçici olduğu dönemde, başka bir ifadeyle mirasın kazanılmasının, kabulle ya da ret süresinin geçmesiyle kesinleşinceye kadar mirasçıya karşı takip yapılamaz (İcra ve İflas Kanunu, m. 53/I). Aslında mirasın kazanılmasının henüz geçici olduğu dönemde tereke borçlarından dolayı mirasçılara karşı takip yapılamadığı gibi, dava da açılmamalıdır. Serozan ve Engin, ret hakkına sahip olan bir mirasçının kendisine karşı açılan davanın içine çekilmesinin, ret hakkının etkisiz hale gelmesi riskini gündeme getirebileceğini ifade etmektedir (Serozan ve Engin, 498).

Mirasbırakanın borçlarından sorumluluğuna ilişkin kuralın bir diğer istisnası devletin yasal mirasçılığında karşımıza çıkmaktadır. TMK'nın 631. maddesine göre, Devletin yasal mirasçı olduğu hallerde sulh mahkemesince, re'sen, terekenin resmi defteri düzenlenir ve Devlet deftere kaydolunan borçlardan sadece terekeyle sınırlı olarak sorumlu olur.

C. Mirasçılardan Müteselsil Sorumluluğu

Mirasbırakanın birden fazla mirasçısı olması halinde mirasçılar, terekenin borçlarından müteselsilen sorumlu olurlar (TMK m. 641). Müteselsil sorumluluk ilkesi uyarınca tereke alacaklıları, alacaklarını tek bir mirasçıdan talep edebileceği gibi mirasçılardan tamamından da talep edebilir.¹⁴ Böylece alacaklı, bütün mirasçılara karşı dava açmak zorunda olmaksızın alacağını elde etme imkânına sahip olmaktadır.

Mirasçılardan tereke borçlarından müteselsil sorumluluğu kural olarak mirasın açılmasıyla başlar. Alacağın talep edilebilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleşmesi halinde, mirasın açılmasından itibaren her bir mirasçı tereke borcunu ifayla yükümlü olur.¹⁵

Müteselsil sorumluluğa ilişkin hüküm emredici niteliktedir.¹⁶ Mirasbırakanın müteselsil sorumluluğu kaldırmaya ya da sınırlamaya yönelik yaptığı ölüme bağlı tasarruflar paylaşırma kuralı niteliğinde olup mirasçılar arasındaki rücu ilişkisinde mirasçılara bağlar; ancak dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürülemez.¹⁷ Bu yönde bir ölüme bağlı tasarrufa rağmen, alacaklı, mirasçılardan tamamına başvurarak borcun ifasını talep edebilir. Borcu ifa eden mirasçı mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna uygun olarak diğer mirasçılara rücu edebilir.¹⁸

¹⁴ Ayanoğlu Moralı, 567; Çabri, Cilt II, 428; Oğuzman, 318; Kılıçoğlu, Miras, 433; Baygın, 67; Kocayusufpaşaoğlu, 46; Öztan, 446; Maraşlı Dinç, 28; Tuor and Piconi, BK, Art. 603, 5; Escher, ZK, Art. 603, 7; Schaufelberger, BSK-ZGB II, Art. 603, 2; Stephan Wolf, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB (Bern: Stämpfli Verlag, 2014), Art. 603, 5; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 932; Büchi-Wehinger and Reich, ZGB Kommentar, Art. 603, 1, 2.

¹⁵ Ayanoğlu Moralı, 266; Çabri Cilt III, 79; Öztan, 446; Maraşlı Dinç, 28; Escher, ZK, Art. 603, 6; Tuor and Piconi, BK, Art. 603, 4; Schaufelberger, BSK-ZGB II, Art. 603, 6; Wolf, BK, Art. 603, 34; Büchi-Wehinger and Reich, ZGB Kommentar, Art. 603, 4, 5.

¹⁶ Wolf and Hrubesch-Millauer, 432; Öztan, 446; Çabri, Cilt III, 78.

¹⁷ Dural ve Öz, 462; Antalya, 95; Kılıçoğlu, Miras, 433; Çabri, Cilt II, 429; Piotet, SPR IV/2, 897.

¹⁸ Serozan ve Engin, 498; Kocayusufpaşaoğlu, 739; Antalya, 95; Dural ve Öz, 462; Çabri, Cilt III, 78; Öztan, 446.

Mirasın açılmasıyla başlayan müteselsil sorumluluğu, mirasın paylaşılmasından önce ve sonra olmak üzere iki kategoride incelemek mümkündür.

D. Mirasçılarının Mirasın Paylaşılmasından Önce Tereke Borçlarından Sorumluluğu

Mirasçılarının müteselsil sorumluluğunun düzenlendiği TMK'nın 641/I. maddesinde sorumluluğun kapsamını tam anlamıyla ifade etmek üzere mirasbırakanın borçları ifadesi yerine tereke borçları ifadesine yer verilmiştir. Zira tereke borçları kavramı, sadece mirasbırakanın sağlığında muaccel olmuş borçları değil, aynı zaman mirasın açılmasından sonra doğan borçları da ifade etmektedir.¹⁹Burada tereke borcunun hukuki kaynağı önemli değildir. Söz konusu borçlar, hukuki işlemde, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da ölüm anına kadar oluşan birtakım olgular nedeniyle doğrudan doğruya kanundan doğabilir.²⁰

Mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçılarının tarafı halinde geldikleri sözleşmelerden kaynaklanan dönemli borçlardan da mirasçılarının müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Örneğin mirasbırakanın ölümüyle birlikte kiracı olduğu kira sözleşmesinin tarafı haline gelen mirasçılar, her ay kendi şahıslarında doğan kira bedelinden müteselsilen sorumlu olurlar. Burada dar anlamda borç mirasbırakandan intikal etmeyip doğrudan mirasçılarının şahsında doğsa da, borcun kaynaklandığı borç ilişkisi mirasbırakandan intikal etmektedir.²¹

Mirasçılarının mirasın paylaşılmasından önce müteselsilen ve şahsen sorumlu oldukları kabul edilen tereke borçlarının bir kısmı mirasbırakanın ölümünden sonra doğar. Bunlara örnek olarak TMK'nın 507/I. maddesinde öngörülen cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri,

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, 700; Kılıçoğlu, Miras, 305; Serozan ve Engin, 497; Dural ve Öz, 461; Öztan, 449; Baygın, 43, 68; Çabri, Cilt III, 81; Maraşlı Dinç, 27; Tuor and Picononi, BK, Art. 603, 7-7a; Schaufelberger, BSK-ZGB II, Art. 603, 7-8; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 933; Wolf, BK, Art. 603, 38; Barbara Graham-Siegenthaler, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457-640 ZGB (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), 3. Auflage, Art. 603, 1; Bosshardt, ZGB Kommentar, Art. 639, 1; Weibel, 62; Piotet, SPR IV/2, 898.

²⁰ Serozan ve Engin, 496; Baygın, 53; İnan, Ertaş ve Albaş, 565.

²¹ Dural ve Öz, 462; Çabri, Cilt III, 81.

mirasbırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık bakım giderleri sayılabilir.²²

Ayrıca TMK'nın 641/II. maddesinde öngörülen borç, mirasbırakanın borcu kapsamında olmamasına rağmen, mirasçılarının, mirasın paylaşılmasından önce müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilen borçlardandır.²³ Buna göre, ana ve baba veya büyük ana ve büyük babayla birlikte yaşayan ve emeklerini ve gelirlerini aileye özgüleyen ergin çocuklar ile torunlara verilecek uygun miktar tazminat, bu tazminatın ödenmesi sebebiyle terekenin borç ödemedede acze düşmemesi koşuluyla tereke borcu sayılır. Ancak bu tazminatın ödenmesi bazı sınırlamalara tabidir. Öncelikle söz konusu borcun ödenmesi sonucu tereke acze düşmemelidir. Ayrıca anılan hükümde belirtilen tazminat, sadece çocuklar ve torunlar için ödenir.

Mirasbırakan, TMK'nın 517. maddesi kapsamında belirli mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunmuşsa, aksi öngörülmedikçe, bütün mirasçılar söz konusu vasiyeti yerine getirmekle yükümlüdür (TMK m. 600/I). Mirasçılarının müteselsil sorumluluğunun kapsamına vasiyet alacaklısının alacağı da dahildir. Vasiyet alacaklısı, alacağını, mirasçılarının birinden talep edebileceği gibi bütün mirasçılardan da talep edebilir. Ancak mirasbırakan vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi ya da kişileri özel olarak belirlemişse, bu durumda diğer mirasçılar vasiyet borcundan sorumlu olmazlar.²⁴

Mirasçılardan birinin terekeden olan alacağı bakımından diğer mirasçılarının müteselsilen sorumlu olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, bu durumda müteselsil sorumluluğun uygulanamayacağı, alacaklı mirasçının her bir mirasçıya payı oranında başvurabileceği yönündedir.²⁵

²² Dural ve Öz, 461; Öztan, 449; Serozan ve Engin, 497; Kılıçoğlu, Miras, 305; Çabri, Cilt III, 81; Wolf and Hrubesch-Millauer, 433; Tuor and Piconi, BK, Art. 603, 7a; Wolf, BK, Art. 603, 40-41; Schaufelberger, BSK-ZGB II, Art. 603, 9.

²³ Öztan, 449; Çabri, Cilt III, 82; Tuor and Piconi, BK, Art. 603, 7a; Graham-Siegenthaler, CHK-Handkom., Art. 603, 8; Schaufelberger, BSK-ZGB II, Art. 603, 9; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 933.

²⁴ Oğuzman, 145; Kocayusufpaşaoğlu, 266; Dural ve Öz, 149; Öztan, 449; Serozan ve Engin, 501; Çabri, Cilt III, 82; Tuor and Piconi, BK, Art. 603, 7b; Wolf, BK, Art. 603, 42; Schaufelberger, BSK-ZGB II, Art. 603, 10; Büchi-Wehinger and Reich, ZGB Kommentar, Art. 603, 9; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 933; Weibel, 7.

²⁵ İmre ve Erman, 460; Dural ve Öz, 462; Öztan, 450; Kılıçoğlu, Miras, 307; Çabri, Cilt III, 85; Wolf, BK, Art. 603, 46; Schaufelberger, BSK-ZGB II, Art. 603, 11; Büchi-Wehinger and Reich, ZGB Kommentar, Art. 603, 8; Tuor and Piconi, BK, Art. 603, 1. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 2. HD, E. 2021/5519, K. 2021/6544, 27.09.2021; Y. 8. HD, E.

Buna göre alacaklı mirasçının miras payına denk gelen miktar, asıl alacaktan çıkarıldıktan sonra geriye kalan kısım için diğer mirasçılara payları oranında başvurulabilir.²⁶ Bir diğer görüş ise, terekeden alacaklı olan mirasçıya karşı diğer mirasçılarının müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmektedir.²⁷

Mirasbırakanın vergi borçları bakımından müteselsil sorumluluk kuralı geçerli değildir. Vergi Usul Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından miras payları oranında sorumlu olurlar. Eğer mirasçılık sıfatı herhangi bir nedenle sona ermişse, bu kişi mirasbırakanın vergi borçlarından sorumlu olmaz.²⁸

E. Mirasçılarının Mirasın Paylaşılmasından Sonra Tereke Borçlarından Sorumluluğu

Mirasçılarının terekenin borçlarından dolayı müteselsil sorumluluğu, mirasın açılmasıyla başlar ve miras ortaklığı devam ettiği sürece devam eder. Başka bir ifadeyle miras ortaklığı devam ettiği sürece müteselsil sorumluluk bir süreye tabi değildir. Ancak mirasın paylaşılması gerçekleştiikten itibaren belli bir süre sonra müteselsil sorumluluk kendiliğinden sona ermektedir. TMK'nın 681/II. maddesi uyarınca paylaşmadan itibaren ya da daha sonra muaccel olacak borçlarda muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl geçmekle müteselsil sorumluluk sona erer.²⁹ Burada mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil sorumlulukları sona ermekle birlikte miras payı oranında müşterek sorumlulukları devam eder.³⁰

Mirasın paylaşılması ve miras ortaklığının sona ermesi borçların ifa edildiği anlamına gelmez. TMK'nın 649/III. maddesinde mirasçılardan her birinin tereke borçlarının, paylaşmadan önce ödenmesini ya da güvenceye

2018/14507, K. 2019/5344, 21.05.2019; Y. 8. HD, E. 2019/5130, K. 2019/11418, 17.12.2019 (UYAP). İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 71 II 219, 222, 72 II 154, 160.

²⁶ Çabri, Cilt III, 86.

²⁷ Escher, ZK, Art. 603, 1a; Piotet, SPR IV/2, 656.

²⁸ Çabri, Cilt III, 87.

²⁹ Oğuzman, 318; Dural ve Öz, 531; İmre ve Erman, 457; Berki, 110-111; Öztan, 451; Baygın, 76-77; Göksu, CHK-Handkom., Art. 639, 5; Escher, ZK, Art. 639, 4; Bosshardt, ZGB Kommentar, Art. 639, 5; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 998; Lorandi, 1380; Piotet, SPR IV/2, 656; Weibel, 142.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 738; Oğuzman, 339; İmre ve Erman, 457; Baygın, 78; Çabri, Cilt III, 90; Göksu, CHK-Handkom., Art. 639, 6; Tuor and Piconi, BK, Art. 639, 21; Bosshardt, ZGB Kommentar, Art. 639, 6.

bağlanmasını isteyebileceği öngörülmüştür. Ancak mirasçılardan bu yönde bir talebinin bulunmaması halinde tereke borçları ödenmeden ya da güvenceye bağlanmadan mirasın paylaşılması mümkündür.

Mirasçılar aralarında yapacakları anlaşmayla tereke borçlarından hangi mirasçının hangi oranda sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Tereke borçlarının ifasına ilişkin bu türden anlaşmalar, iç ilişkide mirasçılar arasında hüküm ve sonuç doğurmakla birlikte dış ilişkide alacaklılara karşı ileri sürülemez. Mirasçılar, alacaklılara karşı tereke borcundan dolayı müteselsilen ve bütün malvarlıklarıyla sorumlu olmaya devam ederler.³¹ Tereke borcunun mirasçılardan biri tarafından üstlenilmiş olmasına rağmen başka bir mirasçı tarafından ifa edilmesi halinde, borcu ödeyen mirasçı borçtan sorumlu olmayı üstlenen mirasçıya rücu edebilir.

Bu türden anlaşmaların dış ilişkide alacaklılara karşı hüküm doğurması, alacaklının mirasçılar arasındaki anlaşmaya rıza göstermesine bağlıdır. Mirasçılar aralarında yaptıkları anlaşmayı alacaklılara bildirirler. Alacaklının paylaşma sözleşmesine rıza göstermesi, borcu üstlenen mirasçının borcunun kapsamında değişiklik olması sonucunu doğurur ve diğer mirasçılardan sorumluluğu anlaşmayı kabul eden alacaklılara karşı sona erer.³²

Burada mirasçılardan birinin borcu üstlenmesi, TBK'nın 195 vd. maddelerinde düzenlenen borcun üstlenilmesi niteliğinde değildir. Zira TBK'nın 195 vd. maddeleri kapsamında gerçekleşen borcun üstlenilmesinde borç ilişkisine yabancı üçüncü bir kişi borcu üstlenerek borçtan sorumlu hale gelmekteyken, paylaşma sözleşmesi uyarınca borcu üstlenen mirasçı halihazırda borçtan sorumludur. Burada sadece borcu üstlenen mirasçının mevcut sorumluluğunda değişiklik meydana gelmektedir. Bu nedenle mirasçılardan tereke borçlarını üstlenmeye yönelik anlaşmaları bakımından TBK'nın 195 vd. hükümleri değil, TMK'nın 681. maddesi uygulama alanı bulur.³³

³¹ Kocayusufoğlu, 734; Serozan ve Engin, 498; İmre ve Erman, 580; Çabri, Cilt III, 595; Tuor and Picononi, BK, Art. 639, 3; Schaufelberger, BSK- ZGB II, Art. 639, 10; ; Piotet, SPR IV/2, 656; Göksu, CHK-Handkom., Art. 639, 3; Piotet, SPR IV/2, 897.

³² Kocayusufoğlu, 739; Serozan ve Engin, 566; İmre ve Erman, 580-581; Baygın, 74; Dural ve Öz, 463; Kılıçoğlu, Miras, 339; Çabri, Cilt III, 585-586; Maraşlı Dinç, 28; Tuor and Picononi, BK, Art. 639, 6, 7; Escher, ZK, Art. 639, 5, 9; Schaufelberger, BSK- ZGB II, Art. 639, 13; Göksu, CHK-Handkom., Art. 639, 8; Bosshardt, ZGB Kommentar, Art. 639, 4; Lorandi, 1379.

³³ İmre ve Erman, 581; Çabri, Cilt III, 586.

Mirasın paylaşılması tarihinde muaccel olmuş tereke borçlarından dolayı mirasçılarının müteselsilen ve bütün malvarlıklarıyla sorumluluğu, paylaşmadan itibaren beş yıl süreyle devam eder. Mirasın paylaşılmasından sonra muaccel olan borçlarda beş yıllık süre muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. (TMK m. 681/II). Burada beş yıllık süre, terekenin tümüyle elden paylaşılması ya da paylaşma sözleşmesi uyarınca gerekli tasarruf işlemlerinin yapılmasından itibaren, mahkeme kararıyla paylaşmada ise kararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.³⁴

Mirasın kısmen paylaşılması mümkün olup objektif kısmi paylaşma ve subjektif kısmi paylaşma olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Objektif kısmi paylaşmada tereke mallarının bir kısmı mirasçılar arasında paylaşılır ve kalan kısım üzerinde miras ortaklığı devam eder (MK 676/II). Mirasçılardan bir kısmı miras ortaklığından ayrılmak isterken, diğer bir kısmı ortaklığın devam etmesini istemekte ise bir veya birkaç mirasçının payı verilerek bunlar miras ortaklığından çıkarılabilirler. Bu paylaşmaya subjektif kısmi paylaşma denir.³⁵

Objektif kısmi paylaşma halinde miras ortaklığı devam ettiği için beş yıllık süre işlemeye başlamaz.³⁶ Subjektif kısmi paylaşmada beş yıllık sürenin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı konusunda öğretide farklı çözümler benimsenmiştir. Bir görüşe göre, subjektif kısmi paylaşmada mirasçılardan biri miras ortaklığından çıkmış olsa bile beş yıllık süre, miras ortaklığının tamamıyla sona erdiği andan itibaren işlemeye başlar.³⁷ Ancak belirtmek gerekir ki, subjektif kısmi paylaşmada miras ortaklığından ayrılan mirasçı bakımından miras ortaklığı sona ermiş olduğundan ilgili mirasçı bakımından beş yıllık sürenin başlamasında mirasın subjektif paylaşılması anının esas alınması yerinde bir çözüm olur.³⁸

F. Müteselsil Sorumluluğun Sona Ermesi

Mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil sorumluluğunun sona ermesi hallerinden biri, mirasın paylaşılmasından itibaren beş yıllık sürenin

³⁴ Baygın, 76; Çabri, Cilt III, 587; İmre ve Erman, 583; Tuor and Picononi, BK, Art. 639, 12; Wolf and Hrubesch-Millauer, 545; Schaufelberger, BSK- ZGB II, Art. 639, 20; Bosshardt, ZGB Kommentar, Art. 639, 5.

³⁵ Öztan, 459.

³⁶ Çabri, Cilt III, 587; Kılıçoğlu, Miras, 435; Tuor and Picononi, BK, Art. 639, 12; Göksu, CHK-Handkom., Art. 639, 7; Escher, ZK, Art. 639, 14; Weibel, 142.

³⁷ İmre ve Erman, 583; Çabri, Cilt III, 587-588.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, 558; Escher, ZK, Art. 639, 14.

dolmasıdır. Mirasın paylaşılması anında muaccel olan borçlar bakımından beş yıllık süre, elden paylaşmanın gerçekleşmesi veya paylaşma sözleşmesinden doğan borçların ifa edilmesiyle ya da paylaşma davasında kararın kesinleşmesiyle işlemeye başlar. Paylaşmadan sonra muaccel olan borçlar bakımından ise beş yıllık süre, muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar.³⁹

Belirtmek gerekir ki, beş yıllık sürenin başlaması için miras ortaklığının mutlaka paylaşmayla sona ermesi gerekmez. Miras ortaklığının, terekenin tamamı için paylı mülkiyete geçilmesi suretiyle sona ermesi halinde de beş yıllık süre işlemeye başlar.⁴⁰

Beş yıllık sürenin dolmasıyla mirasçılarının tereke borçlarından dolayı müteselsil sorumluluğu sona erer, ancak payları oranında sorumlu olmaya devam ederler. Öğretide bir görüş⁴¹, mirasçılarının tereke borçlarından sorumluluğa ilişkin bir anlaşma yapmış olmaları halinde beş yıllık süre dolduktan sonra da bu anlaşma uyarınca sorumlu olacaklarını savunurken; ağırlıklı görüş⁴², anlaşmadan bağımsız olarak payları oranında sorumlu olacaklarını kabul etmektedir. Burada mirasçılarının aralarındaki anlaşma uyarınca alacaklılara karşı sorumlu olmaları ancak alacaklının bu anlaşmaya rıza göstermesine ve böylece anlaşmanın alacaklıya karşı ileri sürülebilir olmasına bağlıdır.⁴³

Mirasçılarının müteselsil sorumluluğunun sona ermesi sonucunu doğuran bir diğer hal, mirasbırakanın borcu için rehnedilmiş taşınmazın paylaşmada mirasçılardan birine özgülenmesidir. TMK'nın 655. maddesi uyarınca söz konusu mirasçı, o taşınmazın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur. Bu durumda borcun üstlenilmesi, alacaklı ve mirasçılarının iradesinden bağımsız olarak kanundan dolayı gerçekleşmektedir.⁴⁴ Borcun üstlenilmesi gerçekleştikten sonra mirasçılarının sorumluluğu sona ermekte ve alacaklı

³⁹ İmre ve Erman, 583; Baygın, 76; Kocayusufpaşaoğlu, 737; Oğuzman, 339; Çabri, Cilt III, 591; Tuor and Piconi, BK, Art. 639, 16; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 998; Schaufelberger, BSK- ZGB II, Art. 639, 17; Göksu, CHK-Handkom., Art. 639, 7; Weibel, 50-51, 60; Piotet, SPR IV/2, 656.

⁴⁰ Çabri, Cilt III, 592.

⁴¹ İmre ve Erman, 585; Tuor and Piconi, BK, Art. 639, 21-22.

⁴² Oğuzman, 339; Dural ve Öz, 466; Kocayusufpaşaoğlu, 738; Antalya, 95; Baygın, 80; Çabri, Cilt III, 595; Escher, ZK, Art. 639, 21; Schaufelberger, BSK- ZGB II, Art. 639, 19.

⁴³ Çabri, Cilt III, 595.

⁴⁴ Dural ve Öz, 466; Berki, 114-115; Çabri, Cilt III, 594.

alacağını sadece paylaşmada rehinli taşınmazın özgülediği mirasçıya karşı ileri sürebilmektedir.⁴⁵

Mirasçılarının tereke borcunu aralarında paylaşması ya da tereke borcunu mirasçılardan biri veya bir kaçının üstlenmesi halinde müteselsil sorumluluğun sona ermesi ancak alacaklının mirasçılar arasındaki anlaşmayı onaylamasıyla mümkün olur.⁴⁶ Birden fazla tereke alacaklısı olup bunlardan bir kısmı mirasçılar arasındaki anlaşmayı kabul ederse, müteselsil sorumluluk anlaşmaya rızasını açıklayan alacaklılar bakımından sona erer.⁴⁷

II. MİRASBIRAKANIN KEFALET BORCUNDAN MİRASÇILARIN SINIRLI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Terekenin defterinin tutulması halinde, mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan dolayı sorumluluğunu sınırlandıran bir düzenleme öngörülmüştür. Kefalet borcundan kaynaklanan sorumluluğun sınırlandırılmasının temel nedeni, kefalet sözleşmesi asıl borçluya şahsi bir teminat sağlama amaçlı bir sözleşme olduğundan, alacaklının, kural olarak asıl borçlunun borcu zamanında ifa etmemesi üzerine kefile müracaat edecek olmasıdır. Başka bir ifadeyle, kefilin borcunun kural olarak tali olması nedeniyle asıl borçlunun borcu ödememesi halinde kefilin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu durum terekenin borca batık olup olmadığının değerlendirilmesinde önem arz etmektedir. Zira asıl borçlunun borcu ödemesi halinde kefil olan mirasbırakanın sorumluluğu sona erecek ve terekenin aktifleri pasiflerini karşılayabilecek durumda olacakken, asıl borçlunun borcu ödememesi ve kefilin sorumluluğuna başvurulması halinde terekenin pasifleri aktiflerinden fazla olabilecektir.

Terekenin resmi defterinin tutulmasının istenmesi halinde, mirasçılardan her biri, mirası reddettiğini, resmi tasfiye istediğini, deftere

⁴⁵ Berki, 114-115; Dural ve Öz, 466; Tuor and Piconi, BK, Art. 639, 15b. Öğretide bir görüş, rehinli taşınmazın mirasçılardan birine özgülenmesinin müteselsil sorumluluğu sona erdirmediğini, borcun üstlenilmesinin mirasçılar arasında hüküm doğurduğunu kabul etmektedir (Baygın, 80; Escher, ZK, Art. 639, 16).

⁴⁶ Kocayusufoğlu, 736; İnan, Ertuş ve Albaş, 617; Dural ve Öz, 465; Kılıçoğlu, Miras, 339, 433; İmre ve Erman, 582; Baygın, 74-76; Çabri, Cilt III, 589; Tuor and Piconi, BK, Art. 639, 9; Tuor, Schnyder, Schmid and Rumo, 811; Schaufelberger, BSK- ZGB II, Art. 639, 13; Göksu, CHK-Handkom., Art. 639, 8; Weibel, 219.

⁴⁷ Kocayusufoğlu, 736; İmre ve Erman, 583; Çabri, Cilt III, 590; Tuor and Piconi, BK, Art. 639, 10; Weibel, 224.

göre kabul ettiğini ya da kayıtsız şartsız kabul ettiğini beyan edebilir (TMK m. 627/I). Mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesi halinde, mirasçı, deftere yazılan borçlardan hem tereke malları hem kendi malvarlığıyla sorumludur (TMK m. 628/III).

Mirasçının talebi üzerine tutulan deftere kaydolunan borçlar arasında mirasbırakanın kefalet borcu varsa, bu durumda da mirasçıların mirasbırakanın kefalet borcundan dolayı sorumluluğuna ilişkin belirsizlik devam etmekte ve asıl borçlunun borcu ödememesi halinde mirasçılar kefalet borcundan sorumlu olabilmektedir. Şöyle ki, kefalet borcunun ödenmesi söz konusu olmadığı takdirde terekenin aktif borçlarından fazla olabilir ve bu durumda mirasın tutulan deftere göre kabulü mirasçılarının menfaatine olabilir. Buna karşılık deftere yazılan kefalet borcunun mirasçı tarafından ödenmesinin söz konusu olduğu ihtimalde, terekenin aktifleri pasiflerini karşılayamıyorsa, miras tutulan deftere göre kabul eden mirasçının, tereke borcundan kendi malvarlığıyla sorumlu olması gündeme gelebilir. Örneğin, tutulan deftere göre, terekenin aktifinin 400.000 TL olduğu, mirasbırakanın 300.000 TL borcu ve 500.000 TL de kefalet borcu olduğu durumda, tutulan deftere göre miras kabul eden mirasçı kefalet borcundan sorumlu olmazsa, tereke borcu ödendikten sonra mirasçıya 100.000 TL kalmaktayken; mirasçının kefalet borcundan sorumlu olması halinde, kendi malvarlığından tereke borçlarını karşılaması söz konusu olacaktır. İşte böyle bir durumda mirasçı kefalet borcundan sorumlu olacağını bilseydi büyük ihtimalle mirası reddederdi.⁴⁸

Deftere kayıtlı borçlar arasında mirasbırakanın kefalet sözleşmesinden doğan borçlarının bulunması halinde miras, tutulan deftere göre kabul eden mirasçı bakımından ortaya çıkacak belirsizliği dikkate alan kanun koyucu, mirasçılarının sorumluluğunu sınırlandıran bir düzenlemeyle, mirasçılarının menfaati ile tereke alacaklısının menfaati arasında dengeli bir çözüm benimsemiş ve mirasın mirasçı tarafından kabulünü teşvik eden bir hüküm öngörmüştür.⁴⁹

⁴⁸ İmre ve Erman, 395; Çabri, Cilt II, 773; Fabrizio Andrea Liechti, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Orell Füssli: Zürich, 2021), 4. Auflage, Art. 591, 1; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 916-917.

⁴⁹ İmre ve Erman, 395; Sendi Yakuppur, Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 182; Kurt Wissmann, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB) (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003), 2. Auflage, Art. 591, 9; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo, 917.

TMK'nın 630. maddesine göre, mirasbırakanın kefaletten doğan borcu defterde ayrı bir yere yazılır ve mirasçılar mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş olsalar bile bu borçtan, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara düşecek miktar oranında sorumlu olurlar.

B. Mirasçılarının Mirasbırakanın Kefalet Borcundan Sorumluluğunun Koşulları

Mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan sınırlı olarak sorumlu olmasının ilk koşulu, terekenin resmi defterinin tutulması ve kefalet alacağıının deftere kaydedilmiş olmasıdır.⁵⁰ Terekenin resmi defterinin tutulmasının talep edilmediği durumlarda mirası kayıtsız ve şartsız kabul eden mirasçı, terekenin bütün borçlarından ve bu kapsamda mirasbırakanın kefalet borcundan müteselsilen ve şahsen bütün malvarlığıyla sorumlu olur.

TMK'nın 619. maddesi uyarınca mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçı, mirasbırakanın ölümünden itibaren bir ay içerisinde sulh mahkemesinden terekenin resmi defterinin tutulmasını talep edebilir. Anılan hükümdeki "*Mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçı....*" ifadesi, terekenin resmi defterinin tutulmasını talep edecek kişinin mirasçılık sıfatının devam ediyor olmasına işaret etmektedir.⁵¹ Diğer taraftan kanun koyucunun amacı, mirasın reddinde olduğu gibi burada da mirasbırakanın borçlarından şahsen ve tüm malvarlığıyla sorumlu olacakları korumaktır. Bu nedenle defter tutulmasını talep edebilecek olanlar, mirasbırakanın borçlarından şahsen kendi malvarlığıyla sorumluluğu gündeme gelebilecek olan külli halefler, yani yasal ve atanmış mirasçılardır.⁵²

Terekenin resmi defterinin tutulması talebi bir aylık hak düşürücü süreye tabidir. Sürenin başlangıcı bakımından ret süresinin başlangıcına ilişkin hükümler uygulanır. Buna göre, yasal mirasçılar için terekenin resmi defterinin tutulmasını isteme süresi, kural olarak mirasbırakanın ölümünün

⁵⁰ Kefalet alacağı alacaklının kusuru sebebiyle deftere kaydedilmemiş ise, mirasçı deftere göre kabul eden mirasçılardan bu borçtan dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır (Yakuppur, 182.). Ancak kefalet alacaklının kusuru olmaksızın deftere yazdıramadığı ya da bildirdiği halde deftere yazılmamış olan kefalet alacağı için mirasçı, zenginleşmesi oranında sorumlu olur (Yakuppur, 164; Daniel Abt, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457-640 ZGB (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), 3. Auflage, Art. 591, 7).

⁵¹ Oğuzman, 300; Kocayusufpaşaoğlu, 636; Çabri, Cilt II, 708; Antalya, 450; Serozan ve Engin, 526; Tuor and Picononi, BK, Art. 580, 4; Druey, 224.

⁵² Öztan, 411; İmre ve Erman, 83; Kocayusufpaşaoğlu, 636; Eren ve Yücer Aktürk, 520; Yakuppur, 53.

öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlar. Ancak mirasçılarının mirasçı olduklarını daha sonra öğrenmeleri halinde süre, mirasçılık sıfatının öğrenilmesiyle başlar. Atanmış mirasçılar bakımından ise, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunun kendilerine bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.⁵³

Mirasbırakanın kefalet borcundan dolayı sınırlı sorumluluğunun bir diğer koşulu, resmi defter tutulmadan önce mirasın kayıtsız şartsız kabul edilmemiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, resmi defter tutulması sürecinden önce mirasın kayıtsız şartsız kabul eden mirasçılar için mirasbırakanın kefalet borcundan doğan sorumluluğunu sınırlandıran hüküm uygulanmaz.⁵⁴ Terekenin resmi defteri tutulsa bile, öncesinde mirasın kayıtsız ve şartsız kabul edenler, mirasbırakanın kefalet borcu da dâhil terekenin borçlarından müteselsilen ve şahsen bütün malvarlıklarıyla sorumludurlar.

Son olarak belirtmek gerekir ki, mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan sorumlu olması, asıl borçlunun borcunu ödememesine bağlıdır. Asıl borçlunun borcunu ifa etmesi ya da asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, mirasbırakanın kefalet borcu sona ereceğinden artık mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan sorumluluğundan söz edilemez.⁵⁵

Terekenin resmi defterinin tutulması halinde mirasçının dört seçimli hakkı bulunmaktadır. Bunlar; mirasın kayıtsız ve şartsız kabulü, mirasın reddi, resmi tasfiye ve mirasın tutulan deftere göre kabulüdür (TMK m. 627). Terekenin resmi defterinin tutulmasından sonra mirasçı, mirasın kayıtsız ve şartsız kabul ettiği halde dahi mirasbırakanın kefalet borcundan sınırlı olarak sorumlu olur.

C. Mirasçılarının Mirasbırakanın Kefalet Borcundan Sorumluluğunun Sınırı

Terekenin resmi defterinin tutulması halinde mirasçılardan her biri sulh mahkemesince belirlenen beyanda bulunma süresi içinde mirası reddettiğini veya resmi tasfiye istediğini ya da deftere göre veya kayıtsız şartsız kabul

⁵³ Dural ve Öz, 429-430; Kocayusufpaşaoğlu, 637; Serozan ve Engin, 527; Oğuzman, 301; İmre ve Erman, 384; Antalya, 450; Tuor and Picononi, BK, Art. 580, 11.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 643; Öztan, 417; Dural ve Öz, 436; Eren ve Yücer Aktürk, 530; Kılıçoğlu, Miras, 301; Yakuppur, 183; Çabri, Cilt II, 775; Wissmann, BSK-ZGB II, Art. 591, 5.

⁵⁵ Çabri, Cilt II, 775.

ettiğini beyan edebilir (TMK m. 627/I). Mirasçı, mahkemece belirlenen süre içinde beyanda bulunmamışsa, mirası tutulan deftere göre kabul etmiş olur (TMK m. 627/II).

Defter tutulmasından sonra sulh mahkemesince belirlenen süre içinde mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçı, tereke borçlarından, herhangi bir sınırlama olmaksızın, sorumlu olurken; mirasbırakanın kefalet borcundan, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara ne düşecek idiyse ancak o miktarla sınırlı olarak sorumlu olur. Tereke aktif kefalet borcunu tamamen karşılamaya yetiyorsa herhangi bir sınırlama olmaksızın tamamen ödenir.⁵⁶ Ancak tereke aktif pasifleri karşılamaya yetmiyorsa o takdirde sınırlı sorumluluk söz konusu olur.

Mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan sorumluluğunu sınırlandıran hüküm, sadece mirası deftere göre kabul eden mirasçılar için değil, defter tutma sonunda mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçılar bakımından da uygulama alanı bulur. Başka bir ifadeyle, TMK'nın 630. maddesi kapsamında mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan sorumluluğunun sınırlandırılmasının söz konusu olabilmesi için mirasçılardan birinin terekenin defterinin tutulmasını talep etmiş olması yeterli olup başka bir mirasçı mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş olsa bile sorumluluğu sınırlandıran hükümden yararlanabilecektir.⁵⁷

Mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan dolayı sınırlı sorumluluğunun söz konusu olduğu durumda mirasçılarının sorumlu olduğu miktar tespit edilirken terekenin resmi tasfiyesi halinde kefalet alacaklısına düşecek miktar hesaplanmalıdır.⁵⁸ Örneğin, mirasbırakanın ölümü anında terekesinin aktifleri toplamı 400.000 TL, deftere kaydedilmiş borçlarının toplamı ise; 200.000 TL kredi borcu, 600.000 TL kefalet borcu olmak üzere 800.000 TL.'dir. Mirasbırakanın ölümünde mirasçısı olarak çocuğu sağdır. Mirasçının kefalet borcunu ödemek zorunda kalması halinde, terekenin pasifi aktifinden fazla olup aktifin pasifi karşılama oranı yüzde elli olacaktır. Bu durumda mirasbırakanın kefalet borcu yüzde elli oranında karşılanabileceğinden mirasçı 600.000 TL tutarındaki kefalet borcunun yalnızca yarısını ödemekle yükümlü olacaktır. Mirasçının mirası kabulü

⁵⁶ Çabri, Cilt II, 776; Serozan ve Engin, 531; Wissmann, BSK-ZGB II, Art. 591, 3.

⁵⁷ Kemal Fikret Arık, "Resmi Defter Tutma Müessesesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, (1957), 285; Kocayusufpaşaoğlu, 643; İmre ve Erman, 395; Yakuppur, 183.

⁵⁸ Konuya ilişkin örnekler için bkz. Yakuppur, 184 vd.

halinde 200.000 TL kredi borcu ve 300.000 TL kefalet borcu olmak üzere toplamda 500.000 TL borçtan şahsen tüm malvarlığıyla sorumlu olacağından terekeden karşılanamayan 100.000 TL için mirasçının malvarlığına başvurulabilecektir. Böyle bir durumda mirasçının mirası reddetmesi, muhtemel sonuçtur.

Buna karşılık mirasçının, terekeden elde edeceği zenginleşmenin, kefalet borcundan sorumluluğunun gündeme gelmesi halinde şahsi malvarlığıyla üstleneceği borç miktarından fazla olduğu ihtimalde mirası reddetmek yerine kabul etmesi daha muhtemeldir. Örneğin tereke aktifi 150.000 TL, deftere kaydedilmiş pasifleri toplamı 50.000 TL'dir. Deftere kaydedilmiş kefalet borcu 200.000 TL'dir. Terekenin pasifleri aktiflerinden fazla olup aktiflerin pasifleri karşılama oranı $150.000/250.000=3/5$ 'tir. Bu durumda terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet alacaklısına düşecek miktar 120.000 TL olur. Mirası tutulan deftere göre ya da kayıtsız şartsız kabul eden mirasçı 120.000 TL kefalet borcu ve 50.000 TL tereke pasifi olmak üzere toplamda 170.000 TL ödemek durumunda kalabilir. Buna karşılık kefalet borcundan sorumluluk gündeme gelmez ise, o takdirde $150.000-50.000=100.000$ TL zenginleşebilir. Bu durumda mirasçının kaybedeceği 20.000 TL'ye karşılık terekeden elde edebileceği 100.000 TL vardır. İşte böyle bir durumda mirasçının mirası kabul etme ihtimalinin daha yüksek olduğu söylenebilir.

Mirasçının mirasbırakanın deftere yazılı borçlarından dolayı hem tereke malları hem de şahsi malvarlığıyla sorumlu olması kuralı, kefalet borcundan dolayı sınırlı sorumluluk halinde de geçerlidir.⁵⁹

Alacaklının kusuru olmaksızın deftere kaydedilmemiş kefalet borcunun varlığı halinde, mirasçının bu kefalet borcundan hangi oranda sorumlu olacağına ilişkin TMK'nın 629/II. maddesi ile 630. maddelerinin birlikte uygulanmasının isabetli bir çözüm olacağı söylenebilir. Buna göre mirasçının kefalet borcundan sorumluluğunun sınırını, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara düşecek miktar oluşturacaktır. Bu miktar mirasçının terekeden elde edeceği miktarı aşarsa aşan kısımdan sorumlu olmayacaktır.⁶⁰

⁵⁹ Wissmann, BSK-ZGB II, Art. 591, 4; Abt, CHK-Handkom., Art. 591, 4.

⁶⁰ Yakuppur, 186.

D. Kefalet Borcundan Sorumluluğa İlişkin Sınırlamaların Diğer Şahsi Teminatlar Bakımından Geçerliliği

Mirasçının mirasbırakanın şahsi teminat borçlarından sorumluluğu sadece kefalet sözleşmesinden doğan borçları bakımından sınırlandırılmıştır. TMK'nın 630. maddesi kefaletin bütün türleri için uygulama alanı bulur. Adi kefalette olduğu gibi müteselsil kefalet, rücuyla kefalet hallerinde de sınırlı sorumluluk geçerlidir.⁶¹

Buna karşılık, kefalet dışında diğer şahsi teminatlardan kaynaklanan borçlar, TMK'nın 630. maddesinin kapsamında değildir. Kefaletle benzetmekle birlikte nitelik itibarıyla ondan ayrılan garanti sözleşmesinden doğan ya da teminat amaçlı borca katılmadan doğan borç, 630. maddede öngörülen sınırlama kapsamında olmadığından, mirasçılar deftere yazılan borcun tamamından sorumlu olurlar.⁶²

SONUÇ

Mirasçılardan, mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu, TMK'nın 599 ve 641. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümler uyarınca, mirasbırakanın ölümüyle birlikte terekede yer alan ve miras yolu ile intikali mümkün olan tüm haklar ve aynı zamanda borçlar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, bir bütün olarak mirasçılara geçer. Mirasçılar mirasbırakanın borçlarından kural olarak şahsen ve müteselsilen sorumlu olurlar.

Mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksunluk veya feragat sebebiyle mirasçılık sıfatını kazanamayan ya da mirası reddettiği için kazanmış olduğu mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kaybeden mirasçının, mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu bulunmamaktadır.

Mirasçılardan, mirasbırakanın borçlarından müteselsilen ve tüm malvarlıklarıyla şahsen sorumlu olmaları, alacaklıların menfaatini korurken, dış ilişkide alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olan mirasçı için ekonomik açıdan ciddi tehdit oluşturabilmektedir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, müteselsil ve şahsi sorumluluk karşısında mirasçılara korumaya yönelik bir takım düzenlemelere yer vermiştir. Bunlardan biri,

⁶¹ Çabri, Cilt II, 777; Yakuppur, 185; Wissmann, BSK-ZGB II, Art. 591, 1; Escher, ZK, Art. 591, 5,6; Tuor and Piconi, BK, Art. 591, 8; Abt, CHK-Handkom., Art. 591, 2; Liechti, ZGB Kommentar, Art. 591, 2.

⁶² İmre ve Erman, 396; Arık, 285; Çabri, Cilt II, 777; Yakuppur, 186; Escher, ZK, Art. 591, 5; Wissmann, BSK-ZGB II, Art. 591, 1; Tuor and Piconi, BK, Art. 591, 8; Abt, CHK-Handkom., Art. 591, 2; Liechti, ZGB Kommentar, Art. 591, 2.

terekenin resmi defterinin tutulması halinde deftere kaydolunan kefalet borcundan mirasçılarının sorumluluğunu sınırlandıran 630. maddede hükmüdür.

Kefalet sözleşmesi asıl borçluya şahsi bir teminat sağlama amaçlı bir sözleşme olduğundan, alacaklı, kural olarak asıl borçlunun borcu zamanında ifa etmemesi üzerine kefile müracaat edebilecektir. Başka bir ifadeyle, kefilin borcunun kural olarak tali olması nedeniyle, asıl borçlunun borcu ödememesi halinde kefilin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu durum terekenin borca batık olup olmadığı değerlendirilmesinde önem arz etmektedir. Şöyle ki, asıl borçlunun borcu ödemesi halinde kefil olan mirasbırakanın sorumluluğu sona erecek ve terekenin aktifleri pasiflerini karşılayabilecek durumda olacakken; asıl borçlunun borcu ödememesi ve kefilin sorumluluğuna başvurulması halinde terekenin pasifleri aktiflerinden fazla olabilecektir.

Mirasçının talebi üzerine tutulan deftere kaydolunan borçlar arasında mirasbırakanın kefalet borcu varsa, bu durumda da mirasçılarının mirasbırakanın kefalet borcundan dolayı sorumluluğuna ilişkin belirsizlik devam etmekte ve deftere yazılan kefalet borcunun mirasçı tarafından ödenmesi ihtimalinde miras tutulan deftere göre kabul eden mirasçı, terekenin aktifleri pasiflerini karşılayamadığı takdirde, tereke borcundan kendi malvarlığıyla sorumlu olabilmektedir.

Miras tutulan deftere göre kabul eden mirasçı bakımından ortaya çıkabilecek bu belirsizliği dikkate alan kanun koyucu, TMK'nın 630. maddesinde mirasçılarının sorumluluğunu sınırlandıran bir düzenleme öngörmüştür. Anılan düzenlemeyle mirasçılar ile kefalet alacaklısı arasındaki menfaat dengesi gözetilmiştir. Buna göre kefalet alacaklısı alacağının bir kısmına kavuşurken, mirasçılar da mirasbırakanın kefalet borcunun tamamından değil, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara düşecek miktar oranında sorumlu olurlar.

TMK'nın 630. maddesi kefaletin bütün türleri için uygulama alanı bulur. Buna karşılık, kefalet dışında diğer şahsi teminatlardan kaynaklanan borçlar, bu maddenin kapsamında değildir.

KAYNAKÇA

Abt, Daniel. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457-640 ZGB*. 3. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2016.

Arık, Kemal Fikret. “Resmi Defter Tutma Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, (1957); 245-288.

Ayanoğlu Moralı, Ahu. “Mirasın Açılmasından Önce Mirasçılardan Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller”, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD, Özel Sayı, Cilt 11, Sayı 145-146, (2016); 555-586.

Baygın, Cem. *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Berki, Şakir. “Türk Medeni Kanununda Mirasçılardan Mes’uliyeti”, AÜHFD, Cilt 25, Sayı 3, (1968); 115-150.

Bosshardt, Martina. *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. 4. Auflage, Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.

Büchi-Wehinger, Claudia and Reich, Rahel. *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. 4. Auflage, Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.

Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639)*, Cilt II. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020. (C. II).

Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682)*, Cilt III. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020. (C. III).

Druey, Jean N. *Grundriss des Erbrecht*. 5. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, 2002.

Dural, Mustafa ve Öz, Turgut. *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*. 17. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 24. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Eren, Fikret ve Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Escher, Arnold. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Die Erbgang (Art. 537-640)*. 3. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 1960. (ZK).

Göksu, Tarkan. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457-640 ZGB*. 3. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2016.

Graham-Siegenthaler, Barbara. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457-640 ZGB. 3. Auflage*, Zürich: Schulthess Verlag, 2016.

İnan, Ali Naim, Ertuş, Şeref ve Albaş, Hakan. *Miras Hukuku. 11. Bası*, Ankara; Seçkin Yayıncılık, 2022.

İmre, Zahit ve Erman, Hasan. *Miras Hukuku. 14. Bası*, İstanbul: Der Yayınları, 2018.

Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 25. Bası*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.

Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Miras Hukuku. 11. Bası*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021. (Miras)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.*

Liechti, Fabrizio Andrea. *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. 4. Auflage*, Orell Füssli: Zürich, 2021.

Lorandi, Franco. "Erblasser, Erbeingemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner", *AJP*, (2012); 1372-1392.

Maraşlı Dinç, Yasemin. *Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.*

Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 18. Bası*, İstanbul: Beta Yayınları, 2021.

Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku. 6. Bası*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2. 3. Bası*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Öztan, Bilge. *Miras Hukuku. 10. Bası*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Piotet, Paul. *Schweizerisches Privatrechts, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband. Basel und Stuttgart: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1981. (SPR IV/2).*

Schaufelberger, Peter C. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB). 2. Auflage*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003. (BSK-ZGB II).

Schwander, Ivo. *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB). 2. Auflage*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003. (BSK-ZGB II).

Serozan, Rona ve Engin, Baki İlkey. *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları. 7. Bası*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Tuor, Peter and Piconi, Vito. Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB. 2. Auflage, Stämpfli Verlag: Bern, 1966. (BK).

Tuor, Peter, Schnyder, Bernhard, Schmid, Jörg and Jungo, Alexandra. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 14. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2015.

Weibel, Thomas. Das Ende der Solidarhaftung der Erben. Basel, 2002.

Wissmann, Kurt. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB). 2. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003. (BSK-ZGB II).

Wolf, Stephan. Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag, 2014. (BK).

Wolf, Stephan and Hrubesch-Millauer, Stephanie. Grundriss des Schweizerischen Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.

Yakuppur, Sendi. Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKU'NDAKİ TAŞINMAZ REHİNİ TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK AVRUPA İPOTEĞİ (*EUROHYPOTHEC*) KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

*An Overview of the Eurohypothec Concept in Comparison With the
Types of Property Liens in Switzerland and Turkish Law*

Eray Aksın ATAR*
Emre ESEN**

ÖZET

Türk Hukuku'nda taşınmaz rehni türleri arasında en yoğun uygulaması olan ipotek hakkı, bağlı bir teminat türü olarak hem borçlu kişi tarafından hem de üçüncü kişi tarafından tesis edilebilen ancak malik lehine kurulması mümkün olmayan tapu siciline tescil ile varlık kazanan bir real teminattır. İpotek hakkı güvence görevini yerine getirirken tedavül imkanı sağlamamaktadır. Uygulaması her ne kadar az olsa da Türk Hukuku'nda yer alan diğer taşınmaz rehni türleri ise ipotekli borç senedi ve irat senedidir. İsviçre Hukuku'nda taşınmaz rehni türleri arasında ipotekli borç senedi ve ipotek bulunmaktadır. İrat senedine ilişkin hükümler ise revizyon sonrasında yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre Hukuku'nda uygulamada sıklıkla tercih edilen ipotekli borç senedi, senede dayalı veya tescile dayalı şekilde çıkarılabilmektedir. İpotekli borç senedi, güvence görevinin yanı sıra tedavül imkanını da sahiptir. Avrupa ipoteği ise Avrupa ülkelerinde ortak bir taşınmaz rehin hukuku yaratılabilmesi için ortaya çıkmış hukuki bir kurumdur. Avrupa

Makalenin Geliş Tarihi, 26.07.2022, **Makalenin Kabul Tarihi**: 27.09.2022.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: erayaksinatar@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8652-3843.

** Arş. Gör., Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı ve Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: emreesen@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0678-9869.

ipoteği, özellikle İsviçre Hukuku'nda yer alan ipotekli borç senedine benzer özellikler göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: *İpotek, İpotekli Borç Senedi, Avrupa İpoteği, Taşınmaz Rehni, İrat Senedi*

ABSTRACT

Hypothec, which is the most intense application among the types of real estate pledge in Turkish Law, is a real guarantee that can be established by both the debtor and the third party as a type of collateral, but is not possible to be established in favor of the owner, and is a real guarantee that comes into existence with its registration in the land registry. While the right of hypothec fulfills its duty of security, it does not provide the opportunity for circulation. Other types of real estate pledges in Turkish Law are mortgaged debt bond and annuity bond. In Swiss Law, the types of real estate pledges include mortgaged debt bond and hypothec. The provisions regarding the deed of annuity have been repealed. Mortgaged debt bond, which is frequently preferred in practice in Swiss Law, can be issued based on deed or registration. Mortgaged debt bond have the possibility of circulation as well as the duty of security. The Eurohypothec is a legal institution that emerged in order to create a common immovable pledge law in European countries.

Keywords: *Hypothec, Mortgage Certificate, Eurohypothec, Mortgage, Annuity Certificate*

GİRİŞ

Avrupa ipoteği, çeşitli Avrupa ülkelerinin desteği ve akademisyenlerin çalışmaları sonucunda taşınmaz rehinde bir harmonizasyon sağlama amacıyla ortaya çıkmış hukuki bir kurumdur. Avrupa ipoteğine yönelik çalışmaların temelinde Avrupa'nın farklı ülkelerinde yaşayan kişilerin yaşadıkları ülke haricinde bir ülkede kredi ihtiyaçlarını karşılayabilmek için buldukları ülkelerindeki taşınmazlarını kolay bir şekilde rehin verebilme ihtiyacının giderilmesi bulunmaktadır.

Avrupa ipoteğini kavrayabilmek için diğer taşınmaz rehni türleriyle bir karşılaştırmanın anlaşılabilirliği sağlayabileceğinden hareketle uygulamada en sık başvuru alan taşınmaz rehni türü olarak Türk Hukuku'nda ipotek ve İsviçre Hukuku'nda ise ipotekli borç senedine ilişkin temel özelliklerden

yararlanmayı uygun gördük. Biz de çalışmamızda bu doğrultuda başta ipotek hakkı olmak üzere Türk Hukuku'nda yer alan diğer taşınmaz rehin türleri ve İsviçre Hukuku'nda yer alan Avrupa ipoteğinin de temelini teşkil eden ipotekli borç senedine ilişkin kurallara yer verdikten sonra yine bu kuralları da göz önünde bulundurarak Avrupa ipoteğinin ortaya koyduğu benzer ve farklı yönleri yalnızca hukuki değil uygulama açısından da ortaya koyacağı etki bakımından belirlemeye çalıştık.

I. İpotek Hakkının Teminat Türleri İçerisindeki Yeri

İpotek hakkı, ipotek hakkı sahibine borç vadesinde ifa edilmediği takdirde taşınmazın paraya çevrilmesini talep ve elde edilen gelirden alacağını öncelikli olarak elde etme yetkisiyle birlikte şartlar dahilinde paraya çevrilme aşaması öncesinde de taşınmazın değerinin düşmesine sebep olabilecek müdahalelerin engellenmesini ve gecikmesinde tehlike bulunan hallerde ise gerekli önlemleri taşınmaz üzerinde doğrudan alabilme yetkisi veren sınırlı aynı bir haktır¹.

Birbirinden çok farklı teminat türleri ayrımı bulunmakla birlikte öğretide en sık borçlu kişi tarafından sağlanan teminat-üçüncü kişi tarafından sağlanan teminat, real (aynı) teminat-kişisel teminat ve bağlı (fer'i) teminat-bağımsız teminat şeklinde teminat türlerinin kategorize edildiği görülmektedir².

¹ Eray Aksın Atar, *Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkın Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 10.

² Helmut Staab ve Peter Staab, *Kreditvertrags- und Kreditsicherungsrecht*, (Wiesbaden: Springer, 2014), 199. İngiliz Hukuku'nda temel ayrım, teminat gösterilen kişinin teminat süresince, teminat verilen eşyanın mülkiyetine veya zilyetliğine sahip olup olmadığı ile ilgilidir. Bunun yanı sıra, real (*proprietary*)-kişisel (*personal*) teminat ayrımı da mevcuttur. İngiliz Hukuku'nda yer alan teminat türleri ve bu ayrımların temeli konusunda detaylı bilgi almak için bkz. Louise Gullifer ve diğerleri, *The Law of Security and Title - Based Financing*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), N. 4.01 vd. İngiliz Hukuku'nda yer alan ayrıma benzer bir ayrım, real teminatlar açısından Türk Hukuku'nda mevcuttur. Real teminatın, teminat alacaklısına sağladığı hakkın kapsamı bakımından teminatların bir kısmı borç yerine getirilmediği takdirde, teminat alacaklısına, teminat konusu üzerinde doğrudan bir hak sahipliği sağlarken, ipotek hakkının da dahil olduğu diğer bir kısım teminatlar ise teminat konusunun öncelikle paraya çevrilmesini ve alacaklının elde edilen bu paradan tatminini sağlamaktadır. Teminatlar açısından yapılan diğer bir ayrım, kanuni teminat (*geborene Sicherheit*)-iradi teminat (*gekorene Sicherheit*) ayrımıdır. Kanunda düzenlenen teminatlar kanuni teminatlar olarak ifade edilirken, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ortaya çıkan ihtiyacı gidermek amacıyla meydana gelen teminatlar iradi teminatlar olarak adlandırılmaktadır. Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, (İstanbul: 2015), 17, 18.

A. Borçlu Kişi Tarafından-Üçüncü Kişi Tarafından Sağlanan Teminat

İpotek hakkı, malik tarafından kendi borcu için tesis edilebileceği gibi, üçüncü bir kişinin borcuna teminat olarak da tesis edilebilir. İpotek hakkının kimin tarafından tesis edildiği borçlunun sorumluluğunun kapsamının belirlenmesini sağlamaktadır.

Üçüncü kişinin borcundan ziyade taşınmaz malikinin kendi borcu için, borcuna teminat olmak üzere taşınmazı üzerinde alacaklı lehine bir rehin hakkı tesis etmesi daha sık karşımıza çıkmaktadır. Taşınmazın maliki, kendi borcu için maliki olduğu taşınmaz üzerinde alacaklı lehine ipotek hakkı tesis ettiği takdirde, taşınmazın değeri ile olan sorumluluğunun yanı sıra borca yönelik kişisel sorumluluğu da devam edecektir. İİK m. 45 hükmü gereğince alacaklının, kural olarak öncelikle rehlin paraya çevrilmesi yoluna müracaat etmesi gerekmekte birlikte, paraya çevrilen rehin konusunun değeri borcu karşılamaya yetmediği vakit alacaklı borçlu aleyhine dava ve takip yoluna müracaat edebilecektir³. Ancak TMK m. 881/II hükmü gereğince, ipoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmemektedir. Taşınmazı üzerinde alacaklı lehine rehin hakkı tesis eden malik, ipoteğin güvence altına aldığı borç ilişkisine yabancı konumda bulunan bir kimsedir. Bu durumun beraberinde getirdiği yan sonuç ise aksi kararlaştırılmadığı takdirde malikin ipotekle teminat altına alınan borcun yerine getirilmemesi halinde borçtan kişisel olarak sorumlu olmayacağı bazı durumların ortaya çıkmasına sebebiyet vermesidir⁴.

³ Mascha Santschi-Kallay ve Roland Pfäffli, “Grundpfandrechte – Bekanntes und weniger Bekanntes”, *SJZ*, 114 (2018): 525; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Yetkin, 2017), 319; Haluk Nami Nomer ve M. Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha, 2022), N. 1102; İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha, 2008), 8. İİK m. 150/f gereğince, alacaklının satış talebinden sonra takdir edilen değer alacağı karşılamayacağı anlaşılması durumunda alacaklının talebi üzerine kendisine açık kalan miktar için bir muvakkat rehin açığı belgesi tanzim edilerek verilir. Alacaklı bu belgeye dayanarak borçlunun diğer mallarının haczini talep edebilir. Önce rehne müracaat kuralının emredici bir düzenleme olup olmadığı ve istisnaları hakkında detaylı bilgi almak için bkz. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2016), 286.

⁴ Santschi-Kallay ve Pfäffli, “Grundpfandrechte – Bekanntes und weniger Bekanntes”, 525. Borçlu kişi tarafından maliki olduğu taşınmaz üzerinde alacaklı lehine ipotek tesis edilmesi durumunda borçlu, borçtan kişisel olarak sorumlu kalmaya devam edecektir. Ancak ipoteğin üçüncü bir kimse tarafından tesis edilmesi veya ipotekli taşınmazın borçlu dışında bir kimseye devri halinde, taşınmaz maliki borçtan kişisel olarak sorumlu olmayacaktır. Bu durumun istisnasına ise İİK m. 125/I ve II hükmünde yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme

İpotekli taşınmaz malikinin, ipotek konusu borç nedeniyle kişisel sorumluluğuna gidilemeyen durumlar üç başlık altında toplanabilir. İlk durum, taşınmaz malikinin, kendi taşınmazı üzerinde bir başkasının borcuna teminat olarak ipotek hakkı tesis etmesidir⁵. İkinci durum, üçüncü kişinin borcu için ipotek tesis edilen taşınmazın, ipoteğin bağlı olduğu alacağın borçlusundan başka bir kimse tarafından iktisap edilmesi halinde, yeni malikin borçtan kişisel olarak sorumlu olmamasıdır. Üçüncü durum ise malikin kendi borcu için taşınmazı üzerinde alacaklı lehine ipotek hakkı tesis etmesinden sonra, ipoteğe konu borcunun üçüncü bir kimse tarafından üstlenilmiş olmasıdır⁶. Bu durumlar haricinde ipoteğin borçlunun maliki olduğu taşınmaz üzerinde kendi borcu için tesis edilmesi ihtimalinde borçlu, borçtan kişisel olarak sorumlu olmaya devam edecektir.

uyarınca borç yeni malike geçecek ve yeni malik ihale tarihinden bir yıl içerisinde buna rıza göstermediğini yazılı olarak eski borçluya bildirmediği takdirde borçtan kişisel olarak sorumlu olacaktır. Jale Akipek ve Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Beta, 2018), 789; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 1109.

⁵ İpoteğe konu olacak taşınmaza, borçlu haricinde bir kimsenin malik olması durumunda taşınmaz malikinin adı, soyadı adresinin takip talebine yazılması gerekir. Bu gibi durumlarda takip asıl borçlu ve taşınmaz malikine karşı birlikte yapılır ve bu kişiler arasında mecburi takip arkadaşlığı söz konusu olur. Ödeme isteminin de hem asıl borçluya hem de malike karşı ayrı ayrı yapılması gerekliliği, TMK m. 887'de düzenlenmiştir. Alacaklı öncelikle borçludan borcun ödenmesini istemeli, doğrudan malikten talepte bulunmamalıdır. Ödeme isteminin yalnızca borçluya yapılmış olduğu durumda, malik, İİK m. 150/I hükmü gereğince 7 gün içerisinde alacaklının talebinin muaccel olmadığı gerekçesiyle itiraz edebilecektir. Benzer bir düzenleme, farklı kişiler olması durumunda, icra müdürünün hem borçluya hem de taşınmaz malikine karşı icra emri göndermesi gerektiğine ilişkin İİK m. 149/I hükmünde görülmektedir. Keza İİK m. 149/b'de de benzer bir düzenlemeye ödeme emri açısından yer verilmiştir. Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 324; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 291; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 1103. Y. 12. HD., E. 2018/10739, K. 2018/8765, T. 27.09.2018, "... ipotek veren taşınmaz maliki üçüncü kişiye, İİK'nun 150/ı maddesi gereğince hesap özeti gönderilmesi zorunluluğu bulunmamakta ise de; ipotek veren üçüncü kişi hakkında takip yapılabilmesi için Türk Medeni Kanunu'nun 887. maddesi uyarınca, alacağın kendisinden istenilmesi, yani muacceliyet ihtarının gönderilmesi gerekmektedir. ...", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (04.03.2019); benzer yönde kararlar için bkz. İzmir BAM., 12. HD., E. 2017/1430, K. 2017/2076, T. 27.09.2017; Antalya BAM., 12. HD., E. 2017/1173, K. 2017/1385, T. 23.07.2017, Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Rehin ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İcra Takibi*, (Ankara: Seçkin, 2018), 197.

⁶ *Helvacı*, muacceliyet ihbarında bulunulduktan sonra borçlu haricinde bir kimsenin maliki olduğu ipotekli taşınmazın, yine borçlu dışında başka bir kimse tarafından iktisap edilmesi halinde muacceliyet ihbarının hüküm doğurması için alacaklı tarafından yeni malike karşı da ayrıca ödeme isteminde bulunulması gerekeceği görüşündedir. *Helvacı*, *İpotek Hakkı*, 11 ve orada anılan İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu benzer yönde bir karar için bkz. BGE 42 III 1.

B. Bağlı-Bağımsız Teminat

Teminat türlerinin belirlenmesinde yararlanılan diğer bir ayırım, teminat ve teminat konusu borçla güvence altına alınmış alacak arasındaki bağıllığı dikkate alan bağlı ve bağımsız teminat ayırımıdır.

Bağımsız teminat veya diğer bir deyişle soyut teminat, tam anlamıyla bir güven ilişkisine dayanan, alacak hakkına bağlı olmaksızın kurulan, varlığını sürdüren ve sona erdirilebilen bir teminat türüdür. Bağımsız teminatların en sık karşılaşılanları teminat amaçlı alacağın devri, garanti ve ipotekli borç senedidir⁷.

Bağlı teminat veya diğer bir deyişle fer'i teminatın varlığı için kural olarak geçerli bir alacak hakkı söz konusu olmalıdır. Bağlı teminatlarda, teminata konu borç yerine getirilmediği vakit, borcun yerine getirilmesini talep etme imkanını sağlayan alacak hakkına doğrudan bağlı bulunan, bir teminat öngörülmektedir. Bağlı teminatların en sık karşılaşılanları kefalet, taşınır rehni ve ipotektir⁸.

Bağlı teminatlar, bağlı oldukları asıl haktan ayrı olarak devredilemezler ve yine bu kuralın bir sonucu olarak bağlı oldukları hak devredildiği takdirde, bağlı teminat da asıl hakla birlikte devredilir. Asıl hakkın sona ermesiyle birlikte bağlı teminatların da son bulacağı kabul edilmektedir⁹.

Kanunda özel olarak düzenlenmiş olan teminatlar, kanuni bağlı teminatlar olarak adlandırılırken, kanunda düzenlenmemiş olmasına karşın sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflarca kararlaştırılabilen teminatlar ise iradi bağlı teminatlardır.

Kanunda yer alan bağlı teminatlarda, bağıllık ilişkisi kanun tarafından yaratılmaktadır. Bağıllık ilişkisini yaratan bu hükümler emredici niteliktedir ve taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. İpotek ve kefalet gibi

⁷ Hans Gerhard Ganter, *Bankrechts-Handbuch*, Band II, Hrsg. Herbert Schimansky et al., (München: CH. Beck, 2017), § 90, N. 27; David Dürr, *ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr. IV/2b, Art. 793-804 ZGB*, Hrsg. Peter Gauch ve Jörg Schmid, (Zürich: Schulthess, 2009); Syt. Teil ZGB 793-804, N. 235.

⁸ Annemarie Matusche-Beckmann, "Pfandrechte an beweglichen Sachen und an Rechten", *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Hrsg. Peter Derleder et al., (Berlin Heidelberg: Springer, 2009), § 27 N. 20; Friedemann Kainer, *Sachenrecht, Mobilier und Immobiliarsachenrecht*, (Baden-Baden: Nomos, 2021), § 36, N. 6; BankR-HdB-Ganter, § 90, N. 25; ZK-Dürr, Syt. Teil, ZGB 793-804, N. 230.

⁹ Matusche-Beckmann, § 27 N. 20.

kanunda düzenlenen bağlı teminat türleri açısından taraflar, bağlılık ilişkisinin kapsamını, yani asıl haktan bağımsız olarak devredilip devredilemeyeceğini, asıl hakkın sona ermesiyle birlikte sona erip ermeyeceğini, bağlı hakkın geçerliliğinin asıl hakkın geçerliliğine tabi olup olmayacağını serbest bir şekilde belirleyemezler¹⁰.

İradi bağlı teminatlarda ise bağlılık ilişkisi emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla taraflar bahsi geçen bağlılık ilişkisinin kapsamını diğer bir deyişle bağlılığı veya bağımsızlığını belirlemede özgürdürler¹¹.

İpotek hakkı kanuni bağlı haklardan biridir ve bağlı olduğu asıl hak olan alacak hakkı ile birlikte var olabilir, varlığını sürdürebilir, devredilebilir¹² ve alacak hakkının sona ermesiyle birlikte sona erer¹³.

¹⁰ Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 18.

¹¹ Teminatların tamamı açısından yapılan diğer bir ayrım kanuni (*gesetzliche Sicherheiten*) ve iradi (*kaufelarische Sicherheiten*) teminat ayrımıdır. Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 18; BankR-HdB-Ganter, §90, N. 41.

¹² TBK m. 189/I'de alacağın iradi temlikinde bağlı hakların geçişi düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca alacağın temlikıyla birlikte bağlı haklar da alacağı devralan kişiye geçecektir. TMK m. 891'de ise "ipotekle güvence altına alınmış bir alacağın devrinin geçerli olması, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir" düzenlemesiyle Kanun, ipotek hakkının alacağı temlik eden kişiye devri için tapu siciline tescilini bir geçerlilik şartı olarak aramamıştır. Borçluya haber vermeden yapılan ipotekli alacağın temlikinin yaratacağı sakıncaları önlemek amacıyla Tapu Sicil Tüzüğü m. 31/II'de, alacağın temlikine ilişkin hukuki durumun düşünceler sütununda gösterilmesi gerektiği, yaptırma tabi olmayan düzenleyici bir hüküm olarak yer almaktadır. Sezin Aktepe, "İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 6, Sa. 12, (2007/2): 182; Helvacı, *İpotek Hakkı*, 295. Alacağın kanuni temlik bakımından da ipotek açısından benzer sonuçlar ortaya çıkacaktır. Detaylı bilgi için bkz. Helvacı, *İpotek Hakkı*, 297 vd.

¹³ Öğretide ipotek hakkının belli bir süreye tabi kılınması ve bu sürenin sona ermesi sonucu ortaya çıkan hukuki sonuçlar tartışmalıdır. Öncelikle ipotek hakkının süreye bağlı olarak kurulabilmesi için belirlenen sürenin tapu sicilinin beyanlar hanesinde yazılı olarak belirtilmesi gerekmektedir. Süresiz ibaresi yer alan veya herhangi bir süreye tabi olduğu belirtilmeyen ipoteklerin süresiz olarak kurulduğu kabul edilmelidir. Burada tartışmalı olan husus ise süreye bağlı ipotek hakkı bakımından kararlaştırılan sürenin sona ermesinin ipotek hakkının varlığına olan etkisidir. Öğretide bir görüş süreye bağlı ipotek hakkında sürenin sona ermesi halinde ipotek hakkının da kendiliğinden ortadan kalkacağını savunmaktadır. Süreli ipotekte sürenin sona ermesi sonucu ipotek hakkının tapudan terkin ettirilmesi açıklayıcı bir işleve sahip olacaktır. Alman Hukuku'nda benzer bir düzenleme BGB § 1163 (1)'de yer almaktadır. Söz konusu düzenleme uyarınca, alacağın sona ermesi üzerine ipotek, taşınmazın maliki üzerine geçmektedir. Rona Serozan, "Ayni Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminde Bağımsızlığı İlkesi ve Ayni Teminat Haklarının Fer'iliği (Bağımlılığı) Ayrılığı", *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, (İstanbul: Seçkin, 2007), 368;

İpotek hakkının kullanılabilmesinde de bağıllık söz konusudur. Paraya çevirme işleminin gerçekleştirilmesi için ipotek hakkının geçerli bir alacağa bağlı olması gerekir. Geçerli bir alacak hakkı mevcut değilse tapu siciline geçerli bir şekilde tescil edilmiş bir ipotek hakkı olsa dahi taşınmazın paraya

Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), N. 3258; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982-1983), 347; Aktepe, “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması”, 183. Diğer bir görüş ise TMK m. 883’ten hareketle, sürenin sona ermesiyle ipotek hakkının kendiliğinden ortadan kalkmayacağını bunun ancak terkin işleminin gerçekleştirilmesiyle mümkün olacağını kabul etmektedir. TMK m. 883 uyarınca alacak sona erdiği takdirde ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteğin terkinin isteyebilmektedir. Alacaklının terkin talebinde bulunmaması halinde malik onun aleyhine ifa davası açar ve mahkemenin vereceği kararla ipoteğin terkinini sağlar. Mehmet Akçaal, “İpoteğin Kaldırılması Davası”, *İNÜHFD*, C. 10, Sa. 3. 2, (2019): 566; Matusche-Beckmann, § 27 N. 11, 75; Gürsel Öcal Dörtgöz, *Bankacılık ve Tapu Sicili Yönünden İpotek*, (Ankara: 2009), 57; Gert Iro, *Sachenrecht, Bürgerliches Recht*, Band IV, (Wien: 2016), § 9, N. 2; Çetiner, *Taşınmaz Rehni*, 265. Y., 12. HD., E. 2005/4803, K. 2005/8569, T. 21.04.2005, “... Kamuya açıklık kuralı taşınmaz ipoteğinin sona ermesinde de hakim olduğundan; taşınmaz rehni (ipotek) terkin ile sona erer... Somut olayda gözlemlendiği gibi ipoteğin belirli bir süre için kurulmuş olması; bu sürenin sonunda ipoteğin re’sen fekkini gerektirmeyeceğinden ve tapu kaydında müşteki ipotek alacaklısının ipoteği de halen tescilli olduğundan İİK.nun 134. maddesinde açıklanan ihalenin feshini isteyebilecek ilgililerden olduğu nazara alınarak icra mahkemesince şikayetin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde ipotekte belirlenen sürenin dolması nedeniyle ipoteğin ortadan kalktığından bahisle istemin incelemesiz reddi isabetsizdir...”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (03.05.2019); benzer yönde bir karar için bkz. Y., 19. HD., E. 5576, K. 8067, T. 24.11.2000. 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 19. maddesi ile 4721 sayılı TMK m. 883’e eklenen ikinci fıkra ile “İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerinde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması hâlinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğüne terkin edilir” ve 3. maddesi ile TMK’ye eklenen geçici 4. madde uyarınca, “22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 883 üncü maddesinin ikinci fıkrasının yürürlüğe girdiği tarihten önce süresi dolmuş olmasına rağmen terkin edilmeyen süreli ipoteklerde anılan fıkarda belirtilen otuz günlük süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte başlar”, düzenlemeleri yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında, süreli olarak ipotek hakkının kararlaştırılabileceği ve sürenin sona ermesiyle birlikte ipoteğin de ortadan kalkacağı kanun hükmü haline gelmiştir. Akçaal, *İNÜHFD*, 567. Benzer bir tartışma, yalnızca süreye bağlı ipotekler açısından değil bağlı olduğu alacak hakkı ortadan kalkmış olmasına karşın terkin edilmemiş olan ipotek hakları için de söz konusudur. Serozan, *Ayni Hak*, 368. İpotek, cari hesap şeklinde çalışan bir kredi sözleşmesinden gelecekte doğması muhtemel alacakların teminatını teşkil edecek şekilde üst sınır ipoteği olarak kurulduysa, kredi sözleşmesinden doğmuş tüm borçların ifası dahi ipoteğin sona ermesini sağlamayacaktır. İpotek sözleşmesi geçerli olduğu sürece bahse konu kredi sözleşmesinde gelecekte doğacak borçlar da ipotek limiti dahilinde teminatın kapsamı içerisinde değerlendirilmeye devam edecektir. Helvacı, *İpotek Hakkı*, 304.

çevrilmesi talebi reddedilecektir. İpoteğin tapu siciline tescil edilmiş olması teminat ilişkisi kapsamında rehinli alacaklının aynı hakkının varlığına delil teşkil etmekle birlikte bunun temel borç ilişkisine bir etkisi olmamaktadır¹⁴.

İpotek hakkının mutlak bağıllığı TMK m. 881/I'de yer alan “*Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir*” hükmü çerçevesinde, henüz var olmamış alacaklar için de ipotek hakkı kurulabilmesi imkânı getirilmek suretiyle yumuşatılmıştır. Dolayısıyla bu durum ipotek hakkının kurulması ve varlığının devamının, asıl hak henüz var olmadığından, asıl hakka belli bir ölçüde bağlı olmadığını da göstermektedir¹⁵.

¹⁴ Mevcut olmayan veya sona eren bir alacak için bir taşınmaz üzerinde kurulmuş olan ipotek hakkına ilişkin tapu kaydına iyiniyetle güvenen kimsenin iyiniyeti korunmaz. Diğer bir deyişle tapu kütüğüne güvenen kimse, alacağı ve ipoteği kazanamaz. Buna karşılık, alacağın temlikinde geçerli bir alacağa karşılık kurulmuş olan ancak tapu siciline yolsuz olarak tescil edilmiş ipotek hakkı kaydına iyiniyetle güvenen alacağı devralan kimsenin iyiniyeti korunur. Aktepe, “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması”, 181; Helvacı, *İpotek Hakkı*, 289.

¹⁵ Belirlilik ve fer'ilik ilkelerine istisna olarak kabul edilen bu durum TMK m. 851/I'de üst sınır ipoteği için öngörülmüştür. Ünal Tekinalp ve Christian Rumpf, “*Türkei*” *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Hrsg. Peter Derleder et al., (Berlin Heidelberg: Springer, 2009), § 78 N. 67; Kurt Haefeli, *Schweizerisches Bankenrecht Handbuch für Finanzfachleute*, (Zürich: Schulthess, 2019), 186; Fritz Baur ve Jürgen Baur ve Rolf Stürner, *Sachenrecht*, (München: CH. Beck, 2009), § 36, N. 64; Aktepe, “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması”, 181.

C. Real-Kişisel Teminat

Real teminat¹⁶ ve kişisel teminat ayrımı Roma Hukuku'ndan günümüze değin süregelen bir ayrımdır¹⁷.

Kişisel teminat, teminat alacaklısına, teminat verene karşı ileri sürebileceği nisbi bir hak bahşeden teminat türüdür. Kişisel teminatlarda, teminat veren kişi ortaya kişisel itibarı ve ödeme gücünü koymaktadır. Kişisel teminatların doğası gereği teminat veren kişinin, borçlu dışında üçüncü bir

¹⁶ Tespit edilebilen en eski real teminat türü, Eski Yunan'da kabul edilen “*prasis epi lysei*”dir. Eski Yunan Hukuku'nda üç tip rehin türü öngörülmüştür. Bu rehin türleri ve Roma Hukuku'nda yer alan rehin türlerinin benzer ve farklı yöneleri hakkında detaylı bilgi almak için bkz. Hermann Ferdinand Hitzig, *Das Griechische Pfandrecht*, (München: Kessinger, 1895), 1-16; Hans Peter, “Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler”, (Çev. Özcan Karadeniz), *AÜHFD*, C. 21, Sa. 1, (1964): 531. Real teminat kavramı yerine öğretilerde nesnel teminat, aynı teminat ve maddi teminat terimleri de kullanılmaktadır. Maddi teminat teriminin kullanılması, maddi teminat kapsamında değerlendirilen teminat konusu şeylerin her zaman somut diğer bir deyişle maddi bir şey üzerinde cisimleşmemesi ve bunun yanı sıra maddi değeri olmayan bir şeyin paraya çevrilmesinin mümkün olmaması sebepleriyle öğretilerde eleştirilmektedir. Nami Barlas, “Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri”, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt II, (İstanbul: Beta, 2003), 570. Aynı teminat teriminin ise alacak ve diğer haklar üzerindeki teminat haklarının teknik anlamda aynı hak olarak nitelendirilmemesinden ötürü öğretilerde eleştirilmektedir. Köprülü ve Kaneti, 11; Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 15. İngiliz Hukuku'nda da benzer şekilde *real security* ve *personal security* ayrımı bulunmaktadır. Andrew Burrows, *English Private Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), 307.

¹⁷ Arnold McNair / William Buckland, *Roman Law & Common Law A Comparison in Outline*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1952), 314; Peter Birks, *The Roman Law of Obligations*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 146. Bunun yanı sıra özellikle banka hukuku öğretisinde yapılan bir ayrımda, real kredi (*Realkredite*) ve bireysel kredi (*Personalkredite*) ayrımıdır. Banka tarafından verilen kredi için alınan güvencenin kişisel teminat olması durumunda bireysel krediden, real teminat olması durumunda ise real krediden bahsedilmektedir. Baur ve Baur ve Stürner, *Sachenrecht*, § 36, N. 4; Staab ve Staab, *Kreditvertrags- und Kreditsicherungsrecht*, 267. Real teminat ve kişisel teminat ayrımı, bağlı ve bağımsız teminat ayrımından farklıdır. Zira real teminat olarak kabul edilen teminat türlerinden bazıları bağlı bazıları ise bağımsız teminatlardandır. Keza bu durum kişisel teminatlar için de benzerdir. Dolayısıyla öğretilerde birbiri yerine kullanılmaya yatkın bu iki ayrım için birbirinden çok farklı hususlar ve ortaya çıkan sonuçlar temel alınmaktadır. Bağlı ve bağımsız teminat ayrımı, real ve kişisel teminatların birbirinden ayrımında da işlevsel bir rol sahip olmaktadır. Özellikle kefalet ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi ayrımında olduğu gibi bazı kişisel teminat türlerinin tespitinde bağlı ve bağımsız teminat ayrımı işlevsel bir rol oynamaktadır. Rolf H. Weber, “*Schweiz*”, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Hrsg. Peter Derleider et al., (Berlin-Heidelberg: Springer, 2008), § 78 N. 32.

kişi olması gereklidir. Zira, teminat verenin üçüncü bir kişi olması halinde teminat alacaklısı, borçluya ve teminat verene karşı iki ayrı nisbi hakka sahip olacakken, teminat veren kişinin aynı zamanda borçlu olması halinde teminat alacaklısı, borçluya karşı, borçtan ve teminattan kaynaklı iki ayrı nisbi hakka sahip olacaktır. Bu sebeple teminat veren kişinin borçlu dışında üçüncü bir kişi olmasının, teminat alacaklısının güvencesini arttırdığı söylenebilir¹⁸. Uygulamada en sık karşılaşılan teminat türlerinden olan kefalet ve garanti sorumluluğunda¹⁹ üçüncü bir kişinin varlığı zorunludur. Bunların yanı sıra akreditif açılmasına ilişkin sözleşmeler, borca ve sözleşmeye katılma, sigorta sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, himaye beyanı²⁰ ve aval taahhüdü gibi kıymetli evraka ilişkin çeşitli sorumluluk halleri de kişisel teminatlardandır²¹.

Alacak hakkının nisbi bir hak olmasından ötürü borçlu sıfatına sahip olan bir kimsenin borcunu yerine getirmemesi durumunda alacaklı sahip olduğu nisbi hakkı kural olarak yalnızca borçluya yöneltebilecektir. Ancak kişisel teminatlar açısından teminat verenin üçüncü kişi olması durumunda, alacaklı teminat verene karşı da yeni bir nisbi hakka sahip olur. Dolayısıyla borçlunun, borcunu yerine getirmemesi ihtimaline karşı, kişisel teminatlarda güvenceyi sağlayan kişi çoğunlukla borçlu haricinde üçüncü bir kişi olmaktadır. Kişisel teminatlar, borcun borçlu tarafından yerine getirilmemesi durumunda, alacaklıya, teminat veren kişinin malvarlığına gitme imkânı sağlar²². Bunun

¹⁸ BankR-HdB-Ganter, § 90 N. 20. Kişisel teminatların borçlunun kendisi tarafından verilemeyeceği yönünde bir görüş için bkz. Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", *Reha Poroy'a Armağan*, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1995), 290.

¹⁹ Öğretide ipotek hakkı garantisi (*Ausbietungsgarantie*) olarak adlandırılan ve bir taşınmaz ile teminat altına alınmış bir ipotek alacağının, taşınmazın cebri icra marifetiyle satılması halinde tamamen karşılanacağı hususunu teminat altına alan sözleşme garanti sorumluluğunun bir türüdür. İpotek hakkından farklı olarak bu tür sözleşmeler kişisel teminat niteliğindedir. Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, (Ankara: Ajans Türk, 1963), 42.

²⁰ Himaye beyanı, özellikle Amerikan Hukuku'nda uygulaması olan çoğunlukla hukuki bir sonuç doğurmamakla birlikte tartışmalı bir şekilde içeriğine göre güvence fonksiyonuna sahip olabilen bir teminat aracı olarak kabul edilmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. Ian Brown, "The Letter of Comfort: Placebo or Promise?", *Journal of Business Law*, (1990): 281-291.

²¹ Tekinalp ve Rumpf, § 78 N. 61; Weber, § 78 N 32; Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 16; BankR-HdB-Ganter, § 90 N. 20; Kuntalp, *Teminat*, 288.

²² Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 714; Staab ve Staab, 200; Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 16; Kuntalp, *Teminat*, 290.

yanı sıra, kişisel teminatlarda teminat veren kişi borçlunun kendisi de olabilir. Borçlunun borç tanınması, sözleşme cezası taahhüdünde bulunması, başka bir kimseye teminat göstermeyeceği taahhüdünde bulunması²³ veya uygulamada teminat senedi olarak adlandırılan ve borçlunun belirli bir davranış kuralına uymadığı takdirde karşı tarafa ek teminat vermeyi, tazminat ödemeyi, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmesi imkanını sağlayan taahhütler de kişisel teminatlardandır²⁴. Kişisel teminatlarda teminatın türüne göre, teminatın kapsamı, teminat veren kişiye başvuru şartları ve teminatın fer'i nitelikte olup olmadığı gibi özellikleri de değişmektedir²⁵. Kişisel teminatların ortak noktası her birinin teminat amacına yönelmiş olmasıdır²⁶.

Real teminat, kendi veya üçüncü bir kişinin borcunu zamanında yerine getirmemesi ihtimaline karşı, alacaklıyı güvence altına almak amacıyla malikin, mülkiyeti kendisine ait taşınır, taşınmaz bir mal veya işletme ya da bir hak üzerinde rehin tesisi yükümlülüğü altına girmesi ile üzerinde kurulduğu hakkın türüne bağlı olarak teslim, tescil, alacağın temliki veya ciro gibi bir tasarruf işlemi ile alacaklıya aynı veya sınırlı aynı bir hak kazandırmasıdır²⁷. Real teminat, bir eşya üzerinde ise aynı teminat, bir hak üzerinde ise hak teminatı olarak adlandırılır²⁸.

Real teminatlar olarak teslimine bağlı taşınır rehni, taşınmaz rehni ve yükü, gemi ve hava aracı ipoteği, ticari işletme rehni, maden cevheri rehni, hayvan rehni, motorlu taşıt rehni, teminat amaçlı alacağın devri, mülkiyeti muhafaza kaydı, hapis hakkı, hak ve alacaklar üzerinde rehin sayılabilir²⁹.

Real teminatlarda, kişisel teminatlardan farklı olarak, aksi belirtilmedikçe teminat veren kişinin tüm malvarlığı ile sorumluluğu gündeme

²³ Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. Ross Cranston et al., *Principles of Banking Law*, (Glasgow: Oxford University Press, 2017), 431 vd.

²⁴ Çetiner, *Taşınmaz Teminat*, 16.

²⁵ Kişisel teminatların birbirinden ayırt edilmesi doğrudukları hukuki sonuç bakımından büyük önem arz etmektedir. Bazı kişisel teminat türlerinin birbirinden ayırdına ilişkin öğretide ileri sürülen kıstaslar hakkında bilgi almak için bkz. H. Murat Develioğlu, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-2-3*, Ed. Rona Serozan ve diğerleri, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), TBK 128, N. 20.

²⁶ Kuntalp, *Teminat*, 289.

²⁷ Barlas, 570; Haefeli, 185; Weber, § 78 N. 31; Staab ve Staab, 201; Develioğlu, 12; Kuntalp, *Teminat*, 280; Santschi-Kallay ve Pfäffli, *SJZ*, 517; Hatemi ve Serozan ve Arpacı, 713; BankR-HdB-Ganter, § 90 N. 22.

²⁸ Weber, § 78 N. 31; Staab ve Staab, 201; Barlas, 570; Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 16.

²⁹ Weber, § 78 N. 31; BankR-HdB-Ganter, § 90 N. 23; Kuntalp, *Teminat*, 281.

gelmeyecektir. Borç yerine getirilmediği takdirde, teminat veren kişinin sorumluluğu, teminat gösterdiği şeyin değeri ile sınırlı olacaktır³⁰. Real teminatlar tamamı aynı veya sınırlı aynı bir hakka dayanmaktadır. Real teminatların ister iradi ister kanuni olsun ortak bir diğer özelliği de teminat amacına yönelmiş olmalarıdır³¹.

İpotekli bir taşınmazın söz konusu olduğu durumlarda, borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde alacaklı, alacağını aradaki özel ilişkiye dayanarak doğrudan doğruya ipotek hakkının konusu olan taşınmazın paraya çevrilmesi suretiyle alacaktır. Dolayısıyla ipotek hakkı, real teminatlardan biridir³². İpotek hakkı sahibinin alacağını öncelikle elde etme imkânı bulunmaktadır. Ancak rehin hukukunda yer alan ve öğretideki yazarların çoğunluğunca bir kamu düzeni kuralı olarak kabul edilen önce rehne müracaat kuralı gereğince bu imkândan yararlanması sıklıkla anlamını yitirmektedir³³. İpotek hakkının sona ermesiyle birlikte eşya ve hak arasında meydana gelen ilişki de ortadan kalkmaktadır³⁴.

II. İsviçre ve Türk Hukukunda Taşınmaz Rehni Türleri

A. Türk Hukukunda İpotek, İpotekli Borç Senedi ve İrat Senedi

Bir borcun yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla teminat konusunun taşınmaz olarak belirlendiği çeşitli hukuki işlemler söz konusu olabilir. Mülkiyetin teminat amacıyla devri veya mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış işlemleri de real teminatlardandır. Ancak bir taşınmazın teminat olarak öngörüldüğü durumların her birinin sonucunda teminatın temelini rehin hakkı teşkil etmemektedir³⁵.

³⁰ Santschi-Kallay ve Pfäffli, *SJZ*, 518; Kuntalp, *Teminat*, 290.

³¹ Kuntalp, *Teminat*, 286.

³² Akipek ve Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 732; Hatemi ve Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 713.

³³ Kuntalp, *Teminat*, 294.

³⁴ ZK-Dürr, *Syt. Teil*, ZGB 793-804, N. 232; Staab ve Staab, 200.

³⁵ Real teminatların temelinde yatan aynı hak, mülkiyetin teminat amacıyla devri veya mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta olduğu gibi bir mülkiyet hakkı da olabilir. Taşınır mallar için mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış kabul edilmekteyken, taşınmazlar açısından tescil işlemi şarta bağlı olarak gerçekleştirilemeyeceğinden bu kurum ile varılmak istenen sonuca taşınmaz rehni ile ulaşılabileceği öğretide kabul edilmektedir. Fahrettin Aral, "Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi", *AÜHFD*, S. 1, C. 30, (1973): 210. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının teminat amacıyla devri sözleşmesi, borçlunun alacaklıya bir taşınmazın mülkiyetini, alacağı garanti altına

Teminat işlevi gören rehin hakkından kaynaklı aynı taleplerin söz konusu olabilmesi için aynı nitelikte bir işlemin varlığı gerekmektedir. Sınırlı aynı bir hak olan taşınmazlar üzerindeki rehin hakkı, borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri ile birlikte tescil sonucunda Kanun'da sınırlı olarak sayılan rehin türlerinden birinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Kanunda sınırlı olarak sayılanlar haricinde de taşınmaz teminatı meydana getirmek mümkündür. Bu şekilde kurulan teminatlar iradi taşınmaz teminatı olarak adlandırılır ve alacaklısına sınırlı bir aynı hak olarak rehin hakkı bahşetmek yerine nisbi bir hak sağlar³⁶. Taraflar ekonomik ihtiyaçları doğrultusunda hangi taşınmaz rehni türünü seçecekleri konusunda serbesttirler³⁷. Taşınmaz rehni türleri genel olarak incelendiğinde her bir rehin türünün güvenlik, tedavül veya her ikisini de sağlamak gibi farklı ekonomik ve hukuki amaçlara hizmet ettikleri göze çarpmaktadır³⁸.

Hukukumuzda taşınmaz üzerinde kurulabilecek rehin türleri TMK m. 850'de sınırlı sayı ilkesine tabi olarak sayılmıştır. TMK'de düzenlenen,

almak amacıyla devretmeyi; alacaklının da bu mülkiyeti garanti kapsamının dışına çıkmayacak şekilde kullanmayı ve alacak ödenince de mülkiyeti geri döndürmeyi yükümlendikleri sözleşmedir. Taşınmaz mülkiyetinin teminat amacıyla devrinde de mülkiyetinin devrinin şarta bağlı olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine dair benzer tartışmalar söz konusu olmakla birlikte Yargıtay ve Federal Mahkeme, taşınmazların teminat amacıyla devrinin geçerli bir şekilde gerçekleştirilebileceğine yönelik kararlar vermektedir. Ancak unutulmamalıdır ki burada taşınmazı teminat olarak devralan kimsenin sahip olduğu hak, rehin hakkı değil mülkiyet hakkı olacaktır. Rehin hakkı sahibi, sadece sınırlı aynı hak sahibi sıfatıyla bu hakkın tanıdığı tasarruflarda bulunabilecekken; mülkiyeti teminat amaçlı devralan kişi her türlü tasarruf hakkına sahip görünmektedir. Elbette alacaklının, inanç sözleşmesine aykırı olarak hareket etmesi durumunda sorumluluğu söz konusu olacaktır. BGE 72 II 235; Y. HGK., T. 05.10.2016, E. 2014/14-1243, K. 2016/958. Şafak PARLAK-BÖRÜ, "Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı Devri", *TBB Dergisi*, Sa. 128, (2017): 259; Rona Serozan, "Taşınmaz Rehni", *İÜHFİM*, C. LXIV, Sa. 2, (2006): 305.

³⁶ Kuntalp, *Teminat*, 282; Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 97; Parlak-Börü, 265; Serozan, "Taşınmaz Rehni", 307.

³⁷ Rolf H. Weber, *BK- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Das Darlehen, Art. 312-318 OR mit Anhang zu Bankverträgen*, Hrsg. Heinz Hausheer ve Hans Walter, (Bern: Schulthess, 2013), OR Anh. 312-318 N. 321. Söz konusu bu serbestinin sınırlandırıldığı durumlar olarak TMK m. 897/III'te ve m. 893'te, rehin türü olarak taşınmaz üzerinde yalnızca ipotek tesisini zorunlu kılan düzenlemelere yer verilmiştir. ZK-Dürr, ZGB 793, N. 15, 16.

³⁸ BK-Weber, OR Anh. 312-318 N. 321; ZK-Dürr, ZGB 793, N. 10.

taşınmazlar üzerinde kurulabilecek rehin türleri, ipotek (m. 881-897), ipotekli borç senedi ve irat senedir (m. 898-929)³⁹.

İpotek, dolaşım kabiliyetine sahip olmayan yalnızca bağlı olduğu asıl alacağı güvence altına almak amacıyla tesis edilen, rehinli taşınmaz malikinin asıl borç ilişkisinde yer almasının zorunlu olmadığı, borçlunun aynı zamanda taşınmazın maliki olması durumunda ise sorumluluğunun yalnızca rehin konusu taşınmaz ile değil tüm malvarlığı ile olduğu bir teminat türüdür. İpotek hakkının kaynağı kanun olabileceği gibi taraflar arasında gerçekleştirilecek bir hukuki işlem de olabilir. İpotekte aleniyeti sağlayan husus tapu siciline tescildir⁴⁰. Ancak burada kamuya açıklığın sağladığı iyiniyetin korunması kapsamına rehin hakkının bağlı olduğu alacağın varlığı dahil değildir. İyiniyet koruması tescil edilen ipotek hakkının varlığına yöneliktir⁴¹. İpotek hakkına yönelik hazırlanan belge kıymetli evrak niteliğinde olmayıp yalnızca bir ispat vasıtası olarak kullanılabilir. İpotek bağlı olduğu alacakla birlikte devredilir ve bağlı olduğu alacak sona erdiği takdirde sona erer. Taşınmaz maliki borçlu, eski alacaklısına karşı ortaya atabileceği tüm def'i ve itirazları yeni ipotek alacaklısına karşı da ileri sürebilir⁴².

İpotek hakkının doğrudan malik lehine tesisi mümkün değildir⁴³. Ancak alacaklı ve taşınmaz maliki sıfatlarının daha sonradan tek bir kimsede toplanması mümkündür. İpotek, güvence amaçlı bir rehin hakkı meydana getirirken, ipotekli borç senedi ve irat senediyle tedavül ve elbette bunun yanı

³⁹ A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 630 vd.; Karl Langenegger, *Die Sicherungsbefugnisse der Grundpfandgläubiger gegen Wertverminderung des Unterpfandes nach schweiz Recht (Art. 808 ff. Z.G.B.)*, (Zürich: 1921), 3; ZK-Dürr, ZGB Vorbem. 793-823, N. 1. Türk Hukuku'nda kabul edilen taşınmaz rehni türleri arasındaki benzer ve farklı yönleri ilişkin şematik bir tablo için bkz. Serozan, "Taşınmaz Rehni", 307. Karşılaştırmalı hukuk açısından taşınmaz rehni türlerinin mukayesesi hakkında detaylı bilgi almak için bkz. Caroline Rupp, *Grundpfandrechte zwischen Flexibilität und Schutz*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 1 vd.

⁴⁰ Samuel Zogg, *BSK-Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Hrsg. Heinrich Honsell et al., (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019), ZGB Vorbem. 824-835, N. 1; Stephan Dusil, *KUKO-Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Andrea Büchler / Dominique Jakob, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018), ZGB Vorbem. 824-841, N. 1; Carl Wieland, *Kanunu Medenide Ayni Haklar*, Çev. İ. Hakkı Karafakı, (Ankara: Adalet Bakanlığı, 1946), 539; Peter Tuor ve Bernhard Schnyder ve Jörg Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2015), § 111, N. 11.

⁴¹ BSK-Zogg, ZGB Vorbem. 824-835, N. 6; Serozan, "Taşınmaz Rehni", 305.

⁴² Sirmen, *Eşya Hukuku*, 686-688; Serozan, "Taşınmaz Rehni", 305; BSK-Zogg, ZGB Vorbem. 824-835, N. 4; Wieland, 540.

⁴³ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 689- 691; Bernhard Trauffer, "Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr", *ZBGR*, (79/1998), 5.

sıra güvence amaçlı rehin hakkı yaratılır. İpotek hakkının asıl alacağa bağlılığı tipe bağlılığın bir sonucu olarak kanundan kaynaklanmaktadır. İpotekli borç senedi ve irat senedi ise bağımsız nitelikte güvence türleridir⁴⁴. İpotek hakkı kaynaklı olan aynı zamanda dolaşım kabiliyetine de sahip rehinli tahvil çıkarma imkânı TMK m. 970’de işletme olarak taşınmaz rehni karşılığında ödünç verme işiyle uğraşan kişilere tanınmıştır⁴⁵.

İpotekli borç senedi, dolaşım kabiliyetine sahip, asıl alacağı güvence altına almak amacıyla tesis edilen, rehinli taşınmaz malikinin asıl borç ilişkisinde yer almasının zorunlu olmadığı, borçlunun aynı zamanda taşınmazın maliki olması durumunda ise sorumluluğunun yalnızca rehin konusu taşınmaz ile değil tüm malvarlığı ile olduğu bir teminat türüdür⁴⁶. İpotekli borç senedinin kaynağını taraflar arasında resmi şekilde gerçekleştirilen bir rehin sözleşmesi teşkil eder. İpotekli borç senedinin kuruluş aşamasında doğrudan taşınmaz maliki adına düzenlenmesi de mümkündür. Tapu idaresi tarafından taşınmaza resmi olarak bir değer biçilmesinin ardından tapu siciline tescil ile kurulan ipotekli borç senedinde, kamuya açıklık ilkesinin bir sonucu olan iyiniyetin korunması hem rehin hakkını hem de güvence altına aldığı alacağın varlığını kapsamaktadır. İpotekli borç senediyle birlikte hukuki sebepten soyut yenilenmiş bir borç meydana gelir. Tescille birlikte yenilenen alacağa ilişkin eski savunmalar yeni alacaklıya karşı ileri sürülemez hale gelir. İpotekten farklı olarak, doğması muhtemel ya da şarta bağlı borçlar için de ipotekli borç senedi düzenlenebilir. Dolaşım kabiliyetine sahip olan ipotekli borç senedi için nama ve hamiline yazılı olarak düzenlenebilen belge kıymetli evrak niteliğindedir. Kıymetli evrakta hem soyut bir alacak hem de bunu teminat altına alan o değerde bir taşınmaz rehni bulunur. Kıymetli evrakın devriyle birlikte rehin hakkı da devredilmektedir. Kıymetli evrak, alacağın aynı teminatla güvence altında olduğunu belirtmenin yanı sıra satım, bağışlama veya rehin gibi hukuki işlemlerle taşınmazın ekonomik değerinin harekete geçirilmesini sağlar⁴⁷.

İrat senedi, dolaşım kabiliyetine sahip, asıl alacağı güvence altına almak amacıyla tesis edilen, rehinli taşınmaz malikinin asıl borç ilişkisinde yer

⁴⁴ Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), § 3 N. 171; Baur ve Baur ve Stürmer, § 36, N. 59; Tuor ve Schnyder ve Schmid, § 111, N. 11.

⁴⁵ ZK-Dürr, ZGB 793, N. 2.

⁴⁶ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 631-632.

⁴⁷ Kemal Tahir Gürsoy ve Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: AÜHF Yayınevi, 1984), 1015; Serozan, “Taşınmaz Rehni”, 306; Acar, § 3 N. 172; Helvacı, 22; Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 3196, 3197, 3198; Wieland, 540; Tuor ve Schnyder ve Schmid, § 111, N. 12; Ertaş, N. 2524.

almasının zorunlu olduğu, borçlunun yalnızca rehin konusu taşınmaz ile sorumlu olduğu bir teminat türüdür⁴⁸. İrat senedinin kaynağını taraflar arasında resmi şekilde gerçekleştirilen bir rehin sözleşmesi teşkil eder. Tapu idaresi tarafından taşınmaza resmi olarak bir değer biçilmesinin ardından tapu siciline tescil ile kurulan irat senedinde, kamuya açıklık ilkesinin bir sonucu olan iyiniyetin korunması hem rehin hakkını hem de güvence altına aldığı alacağın varlığını da kapsamaktadır. İrat senedinin de kuruluş aşamasında doğrudan taşınmaz maliki adına düzenlenmesi mümkündür. İrat senediyle birlikte hukuki sebepten soyut bir borç meydana gelir. Dolaşım kabiliyetine sahip olan irat senedi için düzenlenen belge kıymetli evrak niteliğindedir. Senedin devriyle birlikte rehin hakkı da devredilmektedir. Tescille birlikte yenilenen alacağa ilişkin eski savunmalar yeni alacaklıya karşı ileri sürülemez hale gelir. İpotek ve ipotekli borç senedinden farklı olarak irat senedinin konusunu yalnızca tarım arazisi, konutlar ve üzerinde bina yapılabilecek arsalar oluşturur ve diğer taşınmaz rehni türleri gibi kişisel bir borç doğurması söz konusu değildir⁴⁹. İpotekli borç senedi ve irat senedi, ipoteğin aksine bağımsız nitelikte teminat türleridir. Ancak irat senedi ipotekli borç senedinden farklı olarak eşyaya bağlı borç niteliğindedir⁵⁰.

B. İsviçre Hukukunda İpotek ve İpotekli Borç Senedi

İsviçre Hukuku'nda ise ZGB'ye baktığımızda taşınmazlar üzerinde kurulabilecek rehin türleri olarak ZGB Art. 793'te "ipotek" (*Grundpfandverschreibung*) ve "ipotekli borç senedi"nin (*Schuldbrief*) sayıldığı görülmektedir⁵¹. İsviçre'de 2012 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile gerçekleştirilen revizyon⁵² sonrasında irat senedi tamamen kaldırılmıştır⁵³.

⁴⁸ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 631.

⁴⁹ ZK-Dürr, ZGB 793, N. 23; Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 3192 vd.; Wieland, 541.

⁵⁰ Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir, N. 3195 Eren ve Cansel ve Gürsoy, 1015; Serozan, "Taşınmaz Rehni", 306; Acar, § 3 N. 172; Helvacı, İpotek Hakkı, 26.

⁵¹ *Eugen Huber* tarafından yaratılan üçlü taşınmaz rehni sistemi 2012 yılında gerçekleştirilen revizyon neticesinde ikili bir hal almıştır. İsviçre Hukuku'nda da taşınmaz rehni açısından sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi geçerli olduğundan söz konusu bu iki rehin türü haricinde taşınmazlar üzerinde rehin hakkı tesisi mümkün değildir. Ancak bunun gibi farklı taşınmaz teminatı imkanları İsviçre Hukuku'nda da bulunmaktadır. Urs Fasel, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht*, Band 3, Hrsg. Peter Breitschmid / Alexandra Jungo, (Zürich - Basel - Genf: Schulthess, 2016), ZGB 793, N. 1; ZK-Dürr, ZGB 793, N. 32; Tuor ve Schnyder ve Schmid, § 111, N. 7.

⁵² RO 4637, 18.11.2009.

⁵³ İrat senedinin tarımsal araziler, konutlar ve madenler ile sınırlandırılması ve teminat yükünün resmi olarak takdir edilen değerini %60'ını geçmemesi, bu hukuki kurumun uygulama alanı bulmasının önüne geçmiştir. Christoph Hurni, "İsviçre'de İpotekli Borç

İpotek, borçlu ve taşınmaz malikinin aynı kişi olması durumunda, borçlunun kişisel sorumluluğunun devam ettiği, rehinli taşınmaz malikinin asıl borç ilişkisinde yer almasının zorunlu olmadığı ve asıl alacağa bağlı nitelikte bir teminattır. ZGB Art. 793 vd. düzenlenen ipotek, taraflar arasında resmi şekilde gerçekleştirilen bir rehin sözleşmesinin tapu siciline tescili ile kurulur. İpoteğin yerine getirdiği işlev güvence fonksiyonu sağlamasıdır⁵⁴.

İpotekli borç senedi, revizyon öncesinde 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nda öngörülen üç taşınmaz rehni türünden biridir⁵⁵. İpotekli borç senedi bağımsız bir teminat türü iken, ipotek asıl alacağa bağlıdır. Hem ipotekli borç senedi hem de ipotek güvence sağlama amacına hizmet etmektedir. Ancak ipotekli borç senedi, ipotekten farklı olarak aynı zamanda tedavül aracı olarak da kullanılma imkanına sahiptir⁵⁶. İpotekli borç senedi, İsviçre'de özellikle Almanca konuşulan bölgelerde yoğun uygulaması olan bir rehin türüdür. Ancak revizyon öncesinde ipotekli borç senedinin de ekonomik ihtiyaçlara tam anlamıyla cevap verebilecek nitelikte olmadığı öğretide ileri sürülmüştür. İpotekli borç senedi alacağı, teminat anlaşması ile teminat altına alınan alacakla ilişkilendirilmekte ve her ikisinin aynı anda var olması gerekmektedir. Teminat altına alınan alacağın belirli olmadığı durumlarda özellikle gelecekte doğacak olan, değişken ve çok sayıdaki kredinin aynı anda teminat altına alınması gereken hallerde ipotekli borç senedi işlevselliğini kaybetmektedir. Bunun yanı sıra senet ihracı, senetlerin saklanması ve senetlerin iptal edilmesi gerektiğinde ortaya çıkan yüksek maliyetler ipotekli borç senedini ekonomik anlamda işlevsiz hale getirmektedir. Öğreti ve uygulama, prosedürel süreci ve maliyetleri en aza indirmek için ipotek

Senedi Hukuku'nda Yapılan Güncel Değişiklikler", *Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, Çev. Nil Karabağ-Bulut, (İstanbul: On İki Levha, 2010), 334.

⁵⁴ ZK-Dürr, ZGB 793, N. 18; CHK-Fasel, ZGB 793, N. 6. İsviçre Hukuku'nda yer alan ipotek hakkı, Türk Hukuku ile büyük ölçüde benzeşmektedir. İpotekle ilgili Türk Hukuku'na yönelik açıklamalara çalışma boyunca yer verildiğinden bu bölümde ayrıca bilgi verilmesine gerek görülmemiştir.

⁵⁵ İpotekli borç senedi, İsviçre Medeni Kanunu yürürlüğe girmeden önce Züriç, Thurgau, Glarus, St. Gallen, Schaffhausen, Solothurn, Aargau und Graubünden kantonlarında var olan bir taşınmaz rehniydi. *Eugen Huber*, Züriç kantonunda kullanılan ipotekli borç senedini temel alarak İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerini kaleme almıştır. Paul-Henri Steinauer, *ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Der Schuldbrief, Die Anlehensobligationen mit Grundpfandrecht, Art. 842-865 und 875 ZGB*, Hrsg. Jörg Schmid, (Züriç: 2015), ZGB Vorbem. Art. 842-865, N. 11.

⁵⁶ ZK-Dürr, ZGB 793, N. 18.

hakkının bir senede bağlı olmaktan çıkarılması gerektiğini ileri sürüyordu⁵⁷. Ayrıca revizyon neticesinde ipotekli borç senedinin düzenlenmesi ile birlikte dayanağı olan borç ilişkisinin de yenileme yoluyla sona ereceği karinesi ortadan kaldırılmıştır⁵⁸. ZGB Art. 843'te “tescile dayalı ipotekli borç senedi” (*Register-Schuldbrief*) ve “senede dayalı ipotekli borç senedi” (*Papier-Schuldbrief*) olmak üzere iki tür ipotekli borç senedine yer verilmiştir. Her iki ipotekli borç senedinin de temel amacı güvence sağlamaya ek olarak tedavül fonksiyonu işlevi görmeleridir.

2012 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile tescile dayalı ipotekli borç senedi olarak adlandırılan fer'i nitelikte olmayan ve tescile dayanan yeni bir rehin türü, “*Eurohypothec*” kurumuna rol model olması düşünülmektedir ortaya çıkarılmıştır. Tescile dayalı ipotekli borç senedine ilişkin ZGB Art. 857, 858 ve 859'da üç özel maddeye yer verilmiştir. Bu maddeler dışında ZGB Art. 799 vd. yer alan genel düzenlemeler ile ZGB Art. 963, 965 vd. ile 972 vd. yer alan düzenlemeler de tescile dayalı ipotekli borç senedi bakımından uygulama alanı bulacaktır⁵⁹. Tescile dayalı ipotekli borç senedi, ipotek ve senede dayalı diğer bir deyişle klasik ipotekli borç senedine benzer özellikler gösteren onların arasında konumlandırılabilir bir rehin türüdür. Tescile dayalı ipotekli borç senedi, mevcut alacağın yanında fer'i olarak yer alan ipotekten farklı olarak bağımsız niteliğiyle ipotekli borç senedine benzer niteliktedir. Tescile dayalı ipotekli borç senedi, ipotekten farklı olarak yalnızca rehin hakkının değil aynı zamanda teminat altına alınan alacağın da tapu siciline tescil edildiği bir rehin türüdür. Bunun yanı sıra ipotek hakkında olduğu gibi rehin hakkı tescile dayalı ipotekli borç senedinde de tapu siciline tescil edilmektedir. Tescile dayalı ipotekli borç senedi ipotekli borç senedinin çok sayıda özelliğini bünyesinde barındırır. Tescile dayalı ipotekli borç senedi kavramında yer alan “*senet*” ibaresiyle kıymetli evrak kastedilmemekte, tapuda yer alan tapu sicil kaydından bahsedilmektedir. Diğer bir deyişle, klasik ipotekli borç senedinden farklı olarak teminat altına alınan alacak ve rehin hakkı kıymetli evrak niteliğindeki senette ayrılmaz şekilde birleşmemektedir⁶⁰.

⁵⁷ 15.06.1999 tarihinde *Wolfgang Wiegand* ve *Christoph Brunner* öncülüğünde, ipotekli borç senedinin kurulması için gereken maliyetler, kurulduktan sonra depolanması ve nakil ile sona erdiğinde iptal edilmesi bakımından var olan dezavantajlarının ortadan kaldırıldığı yeni bir taşınmaz rehni türüne ilişkin rapor hazırlanmıştır. ZK-Steinauer, ZGB Vorbem. Art. 842-865, N. 15.

⁵⁸ ZK-Steinauer, ZGB Vorbem. Art. 842-865, N. 3; Hurni, 335.

⁵⁹ ZK-Steinauer, ZGB 857, N. 1.

⁶⁰ Hurni, 336; CHK-Fasel, ZGB 857 N 2, 3.

Tescile dayalı ipotekli borç senedi ile ilgili ZGB Art. 857, 858 ve 859'da özel düzenlemelere yer verilmiştir. ZGB Art. 857/I gereğince kural olarak tapu siciline tescil ile kurulur. Tescil kapsamında tapuya girilecek kayıtlar GBV Art. 101/II'de belirtilmiştir⁶¹. ZGB art. 857/II'ye göre tescile dayalı ipotekli borç senedi, alacaklı veya taşınmaz maliki lehine kurulabilir⁶². Hamiline yazılı olarak tescile dayalı ipotekli borç senedi düzenlenmesi ise mümkün değildir. Senedin mutlaka alacaklı ya da malik adına düzenlenmesi gerekmektedir. Alacaklı gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir⁶³. Tescile dayalı ipotekli borç senedi tapu siciline tescil ile kurulabilmesi için tescil talebinde bulunulması gerekmektedir. Tescilin hukuki dayanağı taraflar arasında gerçekleştirilecek bir rehin sözleşmesi olabileceği gibi malikin rehin kurulmasına yönelik tek taraflı talebi dahi yeterli kabul edilmiştir. Hukuki dayanak olarak kabul edilen rehin sözleşmesi veya malikin tek taraflı talebinin resmi şekil kapsamında noter tarafından onaylanmış olması gerekmektedir. Noter tarafından onaylanmış rehin sözleşmesi alacaklıya rehin hakkının kurulması için talep imkanı sağlar. Yevmiye defterine tescil işlemi gerçekleşmeden rehin hakkı kurulmuş olmayacaktır⁶⁴. Malik tescile dayalı ipotekli borç senedinde tek taraflı talebiyle kendi taşınmazı üzerinde sınırlı bir aynı hak kurma imkanına sahiptir. ZGB Art. 974/II'de yer alan bağlayıcı

⁶¹ Rehinle ilgili yapılacak değişiklikler de kural olarak resmi şekle tabidir. Ancak malik ya da üçüncü kişi borçlu lehine yapılacak değişiklikler bakımından resmi şekil şartı aranmamaktadır. Örneğin, OR Art. 115 gereğince borcu doğuran işlem kanunen bir şekle bağlanmış olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırabilir. Keza ZGB Art. 964 gereğince de bir tescilin terkin edilmesi ya da değiştirilmesi, bu kaydın kendilerine hak sağladığı kişilerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir. OR Art. 12 gereğince objektif esaslı noktalar dışında kalan hususlarda yapılacak değişiklikler için şekil şartı aranmayacaktır. ZK-Steinauer, ZGB 857, N. 4.

⁶² Tescile dayalı ipotekli borç senedi borçlusu, tescile dayalı ipotekli borç senedi alacaklısı ve malikin aynı kişi olduğu rehin tam malik lehine ipotekli borç senedi (*vollkommenen Eigentümerschuldbrief*) olarak adlandırılmaktadır. Alacaklı ve malikin aynı kişi borçlunun farklı kişi ya da alacaklı ve borçlunun aynı kişi malikin farklı bir kişi olduğu rehin ise eksik malik lehine ipotekli borç senedi (*uvollkommenen Eigentümerschuldbrief*) olarak adlandırılmaktadır. Daniel Staehelin, *BSK-Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Hrsg. Heinrich Honsell ve Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019), ZGB 857 N 11.

⁶³ BSK-Staehelin, ZGB 857 N. 7; ZK-Dürr, ZGB 793, N. 18; CHK-Fasel, ZGB 857 N 7.

⁶⁴ Yevmiye defterine giriş tescil talebi üzerine gerçekleştirilecektir. Tescile dayalı ipotekli borç senedine yönelik yapılan rehin sözleşmesinden sonra tescil işlemi gerçekleştirilinceye kadar tescilin ileride gerçekleştirileceğine ya da ne zaman gerçekleştirileceğine dair noterler tarafından geçici bir belge temin edilebilir. Ancak bu belge aynı hakkın kurulmasını sağlamaz.

olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur hükmü tescile dayalı ipotekli borç senedi ile kurulan rehin hakkı için de geçerlidir⁶⁵.

ZGB Art. 858/I uyarınca tescile dayalı ipotekli borç senedinin devri önceki alacaklının yazılı beyanı üzerine yeni alacaklının tapu siciline tescili ile gerçekleşir. Tescile dayalı ipotekli borç senedinin devri için ipotekte olduğu gibi alacağın devredilmesi söz konusu değildir. Ayrıca tescile dayalı ipotekli borç senedinde, senedin devrine gerek bulunmamakta devir işlemi tapu sicilinde gerçekleştirilmektedir⁶⁶. Devir ile birlikte hem alacak hem de rehin hakkı devredilmiş olur. Alacak ve rehin hakkının birbirinden ayrı şekilde devri mümkün değildir⁶⁷. Devir işlemi gerçekleştiğinde önceki alacaklı tapu sicilinden silinecek rehin hakkı yeni alacaklı lehine kurulmuş olacaktır⁶⁸.

ZGB Art. 858/II'ye göre borçlu tarafından yapılan ödemeler ancak ödeme anında tapu sicilinde alacaklı olan kişiye karşı yapıldığı takdirde geçerlidir. Borçlu, tapu sicilinden alacaklının kim olduğunu öğrenme imkanına sahiptir. Borçlu tapu sicilinden sorgulama yapmadan ödemede bulunursa mükerrer ödeme rizikosu kendisine ait olur. Borçlu, alacağın sicil dışı devredilmiş olmasına rağmen devir işleminden haberdar olsa dahi tapu sicilinde alacaklı olarak gözüken kişiye karşı ödemede bulunarak borcunu yerine getirebilir⁶⁹.

ZGB 859/I ve III, tescile dayalı ipotekli borç senedi üzerinde sınırlı aynı hakkın nasıl kurulacağına ilişkin bir düzenlemedir. ZGB Art. 859/I uyarınca tescile dayalı ipotekli borç senedinin rehni, tapu sicilinde kayıtlı alacaklının yazılı beyanı üzerine rehin alacaklısının tapu siciline kaydedilmesi ile

⁶⁵ BSK-Staehelin, ZGB 857 N. 4, 6; CHK-Fasel, ZGB 857 N 6. Malikin tek taraflı talebiyle rehin hakkı kurabilmesi için bu talebin noter tarafından onaylanması gerekliliği öğretide eleştirilmektedir. Hurni, 338.

⁶⁶ Öğretide, alacaklının yazılı olarak gerçekleştirdiği tescil talebinin tasarruf işlemi niteliğinde olup olmadığı ve devir için ayrıca bir borçlandırıcı işleme ihtiyaç olup olmadığı tartışmalıdır. Hurni, 338; BSK-Staehelin, ZGB 858 N. 8; CHK-Fasel, ZGB 857 N. 2, 3.

⁶⁷ BSK-Staehelin, ZGB 858 N. 1. Malik ve borçlunun farklı kişiler olduğu durumda devrin borçluya bildirilmesine yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın ilgili olarak kabul edilen borçluya ZGB Art. 969 uyarınca tapu memurunun işlemi tebliğ etmesi gerektiği ileri sürülmektedir. BSK-Staehelin, ZGB 858 N. 2.

⁶⁸ Aksi kararlaştırılmadığı takdirde devre ilişkin masraflar devreden alacaklı tarafından karşılanacaktır. BSK-Staehelin, ZGB 858 N. 7.

⁶⁹ BSK-Staehelin, ZGB 858 N. 35.

gerçekleşir. ZGB. Art. 899 uyarınca alacaklar ve diğer hakların rehnedilmesinde teslimine bağlı taşınır rehni hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak özel hüküm niteliğinde olan ZGB Art. 859/I bu durumun bir istisnasını teşkil etmekte ve tescile dayalı ipotekli borç senedi üzerinde rehin hakkı ancak tapu siciline tescil ile kurulabilmektedir⁷⁰. Tescile dayalı ipotekli borç senedinin rehni de aynen devrinde olduğu gibi geçerli bir hukuki sebebin yanı sıra tescil talebi ve tescil işlemlerini gerektirmektedir. Hukuki sebep rehin sözleşmesi olabileceği gibi ölüme bağlı tasarruf şeklinde de karşımıza çıkabilir⁷¹. ZGB Art. 859/II uyarınca haciz kararı, tapudaki tasarruf yetkisi kısıtlanması üzerine gerçekleşir. ZGB Art. 859/III'e göre rehin hakkı sahibi tescil işlemiyle birlikte senet üzerinde intifa hakkına sahip olur. ZGB Art.746/I uyarınca intifa hakkı taşınırlarda zilyetliğin devri, alacaklarda ise alacağın devri ile kurulmaktadır. Ancak özel hüküm niteliğinde olan ZGB 859/III uyarınca senet üzerindeki intifa hakkı da tescille birlikte kurulmuş olacaktır⁷².

Sicile dayalı ipotekli borç senedi, ise taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış kişisel bir alacak meydana getiren kıymetli evrak niteliğini haiz olan ve ZGB Art. 860/II'ye göre nama veya hamiline hatta yüklü taşınmaz maliki gerçek veya tüzel kişi lehine yazılı olarak düzenlenebilen bir senettir⁷³. Sicile dayalı ipotekli borç senedinde borçlu ve taşınmaz maliki kişiler aynı kişi olmak zorunda değildir⁷⁴. ZGB Art. 860/I uyarınca sicile dayalı ipotekli borç senedi kurulması için tapu siciline tescilin yanı sıra mutlaka rehin senedi de düzenlenmelidir. ZGB Art. 860/III'e göre ise senet henüz düzenlenmemiş olsa dahi tescille birlikte ipotekli borç senedinin hukuki sonuçları ortaya çıkacaktır. Söz konusu bu hukuki sonuçların ortaya çıkışı senette alacaklının belirlenmiş olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir. Tapu siciline kayıt gerçekleşmeden önce noter tarafından düzenlenen rehin sözleşmesi alacaklıya

⁷⁰ ZK-Steinauer, ZGB 859 N. 8.

⁷¹ ZK-Steinauer, ZGB 859 N. 9.

⁷² CHK-Fasel, ZGB 859 N. 1,5.

⁷³ David Dürr ve Thomas Kaufmann, *Der neue Register-Schuldbrief und weitere Änderungen des Grundpfandrechts*, (Bern: 2012); Jörg Schmid, *Neuerungen im Grundpfandrecht, Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts*, Hrsg. Jörg Schmid, (Zürich: Schulthess, 2012), 205; Thomas Sutter-Somm, "Zentrale Gesichtspunkte der Revision des Schweizerischen Immobiliarsachenrechts von 2009/2012-eine kritische Würdigung", *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Band II, Hrsg. Alexander Bruns et al. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), 1175, Hurni, 336; Rupp, 281; CHK-Fasel, ZGB 793, N. 4, 5.

⁷⁴ BSK-Staehelin, ZGB 860 N. 11.

yalnızca tapu sicilinde rehin hakkı kurma hakkı ve senet düzenlenmesini talep hakkı vermektedir⁷⁵.

ZGB Art. 861/I'e göre sicile dayalı ipotekli borç senedi, tapu memuru tarafından düzenlenmelidir. Senedin geçerli olabilmesi için tapu memurunca imzalanmalıdır. ZGB Art. 861/II uyarınca diğer şekil şartlarına ilişkin gerekliliklerin ise Federal Konsey tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Rehin hakkının kurulma anı yevmiye defterine kayıt anıdır. Senedin düzenlendiği tarih kuruluş anı bakımından önem arz etmez. Senedin üzerinde soyut borç ikrarı yer almaktadır⁷⁶. ZGB Art. 861/III'e göre bu senetler, alacaklı veya temsilcisine, ancak borçlunun ve yüklü taşınmazın malikinin açık rızası üzerine verilebilir. Kanunkoyucu söz konusu düzenleme ile borçluyu koruma amacı gütmüştür⁷⁷. Tapu Sicil Tüzüğü (GBV Art. 144) uyarınca rıza yazılı şekilde verilmelidir ancak yazılı şekil şartı kurucu nitelikte bir şart olarak kabul edilmemektedir. Borçlu tarafından verilen rızanın geri alınıp alınmayacağı ise tartışmalıdır⁷⁸.

ZGB Art. 862 aleniyet ilkesinin sicile dayalı ipotekli borç senedindeki görünümü niteliğindedir ve iyiniyetin nasıl korunacağı düzenlenmiştir. ZGB Art. 862/I'e göre usulüne uygun düzenlenmiş ipotekli borç senedi, ona iyiniyetle dayanan herkes hakkında, içinde yazılı olanlara göre geçerlidir. İlk alacaklı, senedi doğrudan borçludan aldığından bu koruma kapsamında yer almamaktadır⁷⁹. İpotekli borç senedi ZGB Art. 865 çerçevesinde iptal edilmiş ise iyiniyet korunmayacaktır⁸⁰. ZGB Art. 862/II'ye göre ipotekli borç senedi metninde yazılı olanlar tapu kütüğündeki tescile uymazsa veya tapu kütüğünde tescil yoksa, kütük esas alınacaktır. ZGB Art. 862/III uyarınca

⁷⁵ Ancak bu düzenlemenin özellikle ZGB Art. 861/III ve 863 düzenlemeleri ile uyumlu olmadığı öğretilerde ileri sürülmektedir. BSK-Staehelin, ZGB 860 N. 17.

⁷⁶ BSK-Staehelin, ZGB 861 N. 7.

⁷⁷ Özellikle kredi sözleşmelerinde, rehin işlemlerinin uzaması sebebiyle alacaklı rehin kurulmadan önce borçluya ödeme yapmaktadır. Böyle bir durumda borçludan ziyade alacaklının korunmaya muhtaç olduğu ortadadır. BSK-Staehelin, ZGB 861 N. 23.

⁷⁸ Öğretilerde yer alan bir görüş, kanun koyucunun amacının borçlunun korumak olduğundan hareketle rızaya yönelik irade beyanından vazgeçilebileceğini kabul etmektedir. BGE 46 II 358; BGE 62 III 40; Hans Leemann, BK- *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Band/Nr. IV/2, Art. 730-918 ZGB*, (Bern: 1925), ZGB 857 N. 21. Öğretilerde yer alan ve son zamanlarda ağırlık kazanan diğer bir görüş ise rızanın geri alınmayacağını kabul etmektedir. BSK-Staehelin, ZGB 861 N. 25; CHK-Fasel, ZGB 861 N. 7.

⁷⁹ CHK-Fasel, ZGB 862 N. 5.

⁸⁰ CHK-Fasel, ZGB 862 N. 7.

ipotekli borç senedi metninde yazılı olanlar tapu kütüğündeki tescile uymazsa veya tapu kütüğünde tescil yoksa senedi iyiniyetle edinen kimse, tapu kütüğüne ilişkin hükümler uyarınca tazminat isteyebilecektir. Tazminatın hukuki dayanağı devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğudur⁸¹.

Sicile dayalı ipotekli borç senedi ile güvence altına alınan alacağın ve senedin devrinin ortaya çıkardığı hukuki sonuçlara ilişkin düzenleme ise ZGB Art. 863 ve 864'te yer almaktadır. ZGB Art. 863'e göre sicile dayalı ipotekli borç senedinden kaynaklı alacak, ancak senet üzerindeki zilyetlikle birlikte devir ya da rehin edilebilir veya başka bir tasarrufa konu olabilir. Senetlerin henüz düzenlenmemiş olması veya ZGB Art. 865 uyarınca iptal edilmesi hâlinde ise alacaklının alacağını ileri sürme hakkı saklıdır⁸². ZGB Art. 864'e göre ipotekli borç senedindeki alacağın devri, rehin senedinin teslim edilmesine bağlıdır. Rehin senedinin nama yazılı olması hâlinde devralanın adı ve devir işlemi senet üzerine yazılacaktır.

Sicile dayalı ipotekli borç senedinin sona ermesi ise ZGB Art. 865'te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre rehin senedi irade dışında elden çıkmış veya borcu sona erdirme kastı olmaksızın yok edilmiş ise alacaklı, rehin senedini ve kuponu mahkeme kararıyla iptal ettirerek borçludan borcunu ödemesini ve eğer alacak henüz muaccel değilse yeni bir rehin senedi düzenlenmesini isteyebilir. İptal kararı, hamile yazılı kıymetli evrakın iptaline ilişkin hükümler gereğince verilir; ibraz süresi altı aydır. Borçlu da ödenmiş olmasına rağmen geri verilmemiş olan senet için aynı hükümler uyarınca senedin iptalini isteyebilir.

Özellikle Türkiye ve Avusturya'da ipotek diğer taşınmaz türlerine nazaran çok daha fazla tercih edilmektedir. İsviçre'de ise ipotekli borç senedinin uygulaması ağırlıklı olmakla birlikte ipoteğin de özellikle Almanca konuşulan kantonlarda uygulama alanına sahip olduğu görülmektedir. İrat senedi ise İsviçre'de neredeyse hiç uygulaması olmaması sebebiyle tamamen kaldırılmıştır⁸³.

⁸¹ BSK-Staehelin, ZGB 862 N. 17; CHK-Fasel, ZGB 862 N 11.

⁸² CHK-Fasel, ZGB 863 N. 6.

⁸³ Alexandra Molin-Kränzlin, "Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und grundpfandbezogenen Sicherungsrechten: Eine Untersuchung zur Akzessorietät und zum Akzessorietätsersatz bei Immobiliarsicherheiten", *LBR Band 110*, Hrsg. Jörg Schmid, (Zürich- Basel- Genf: Schulthess, 2016), N. 1184; Schmid, 210. Revizyon sonrası tescile dayalı ipotekli borç senedi ve ipotek arasında önemli derecede benzerlik meydana geldiği

III. Avrupa'da Taşınmaz Rehninin Uyumlaştırılmasına Yönelik Bir Çalışma Olarak Avrupa İpoteği

A. Avrupa İpoteği Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Amacı

Anglo-Sakson hukukuna tabi ülkelerde taşınmaz rehninin en sık uygulanan şekli “*mortgage*” olarak adlandırılmakta ve Kara Avrupası ülkelerinde bunu karşılayan kavram olarak “*hypothec*” kabul edilmektedir. Her ne kadar benzer işlevleri yerine getirmeyi amaç ediniyor olsa da mortgage ile bir taşınmaz üzerinde rehin kurulması ipoteğe nazaran daha kolay, ucuz ve hızlıdır. Özellikle Avrupa Birliği'ne sonradan dâhil olan ülkelerde taşınmaz üzerinde rehin kurulması, karmaşık ve yoğun prosedürel süreç gerektirmekte; bu durum da emlak piyasasını olumsuz yönde etkilemektedir. Kara Avrupası ülkelerinin neredeyse tamamında ipotek hakkının kurulması için resmi bir işlem ve tapu siciline tescil işlemi gerekmektedir. Resmi işlemi gerçekleştiren kurum bazı ülkelerde tapu müdürlüğü olurken bazı ülkelerde bu yetki notere verilmiştir⁸⁴. Kara Avrupası ülkelerinin bir kısmında taşınmaz rehninde esnekliği arttırabilmek için farklı rehin türleri de öngörülmüştür. Örneğin, İsviçre Hukuku'nda ipotekli borç senedi ile teminat amacının yanı sıra tedavül işlevi de belirli ölçüde sağlanmaktadır. Özellikle Almanya, İsviçre ve Avusturya gibi ülkelerde bu esneklik imkânı İtalya ve Fransa gibi ülkelere nazaran daha yüksek seviyededir. Türkiye gibi bazı ülkelerde ise ipotekli borç senedi ve irat senedi gibi farklı rehin türlerine Kanun'da yer verilmekle birlikte bunların uygulaması yok denecek kadar azdır ve ipotek taşınmaz rehin türleri içerisinde uygulama bakımından hâkim konuma sahiptir⁸⁵.

Vallodolid Üniversitesi'nde 2004 yılında gerçekleştirilen konferansla ortaya konulan “*Eurohypothec*” kavramı Avrupa bölgesi ülkelerinde ortak bir taşınmaz rehni hukuku yaratılmasına yönelik bir çalışmadır⁸⁶. “*Avrupa*

ve bu iki rehin türünü kapsayacak şekilde yeni bir rehin hakkının kanunda düzenlenebileceğine ilişkin öğretilerde yer alan bir görüş için bkz. Hurni, 345.

⁸⁴ Sergio Nasarre-Aznar ve Otmar Stöcker, *Innovations in Securitisation Yearbook 2006*, Ed. Jan Job Robbé ve Paul Ali, (Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006), 113.

⁸⁵ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 630 vd.; Baur ve Baur ve Stürner, § 64, N. 77; Nasarre-Aznar ve Stöcker, 114.

⁸⁶ Esasen Avrupa ipoteği kavramıyla üye devletlerde uygulanan çeşitli teminatların ortadan kaldırılması değil, bunlara alternatif olarak taşınmazın bulunduğu üye devletlerin kendi hukuk sistemlerinde detayları düzenlenecek ve tüm üye devletlerde yaygın uygulama alanı bulacak bir hukuki kurumun yaratılması amaçlanmıştır. 2007 yılında yayımlanmış White Paper'da Avrupa İpoteği'nin ipotek türlerinin çeşitliliğini artırma amacı ile uyumlu olacak şekilde ulusal ipoteklerin yerine geçmeyeceği; her ulusal yargı alanında onlarla birlikte var

İpoteği'nin temeli olarak 1966 yılında hazırlanan Sagré Raporu olarak adlandırılan bir çalışma kabul edilmektedir. Bu çalışma özellikle eşya hukukuna dair Avrupa ülkeleri arasındaki yeknesaklaştırmayı amaç edinmiştir. 1987 yılında *International Union Latin Notaries* (UINL) bünyesinde gerçekleştirilen görüşmelerde, Avrupa İpoteği'nin, İsviçre'deki ipotekli borç senedine benzer bir taşınmaz rehni olarak düzenlenmesi gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Bu fikir Avrupa'da hukukçular tarafından tartışılmış, 1992 yılı ve sonrasında orta ve doğu Avrupa'da (Bosna Hersek, Polonya, Estonya, Macaristan ve Slovenya) eşya hukukuna ilişkin gerçekleştirilen revizyonlar sonrası bağımsız bir taşınmaz rehni türü oluşturulmak istenmiş ve ortak taşınmaz rehin hukukuna olan ihtiyaç daha da artmıştır. 1998 yılında "Association of German Mortgage Banks" tarafından akademisyenler, noterler ve bankacıların yardımıyla "Guidelines for a Non-Accessory Security Right over Real Property for Central Europe" isimli bir metin hazırlanmış ve bu metin 2004 yılında Vallodolid'de gerçekleştirilen konferansın temelini teşkil etmiştir. 2004 yılı sonunda Avrupa Birliği Komisyonu'nda "Forum Group on Mortgage Credit" adıyla bir çalışma grubu kurulmuş ve Avrupa ipoteği ile ilgili çalışmalara başlanmıştır. 2005 yılında Polonya'da "Basic Guidelines for a Eurohypothec" isimli eser Polonya Mortgage Kredi Kurumu tarafından yayımlanmıştır. Avrupa Birliği Komisyonu bünyesinde hazırlanan "Green Paper on Mortgage Credit in EU" çalışmasıyla nasıl bir yasal düzenleme yapılabileceğine ilişkin ilk adımlar atılmıştır⁸⁷. Komisyon sonrasında 2005-2010 dönemine yönelik temel politika öneri ve önlemlerini içeren "Integration of European Mortgage Credit Markets (White Paper)" çalışmasıyla harmonizasyona yönelik adımlar atmaya devam etmiştir⁸⁸. Avrupa ipoteği, tarafların isteklerine bağlı olarak

olacağı ifade edilmiştir. Ben McFarlane ve Nicholas Hopkins ve Sarah Nield, *Land Law-Text, Cases, and Materials*, Fifth Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2021), 955.

⁸⁷ Otmar Stöcker, "The Eurohypothec", *The Future of European Property Law*, Ed. Sjeff van ERP ve Arthur Salomons ve Bram Akkermans, (Munich: Sellier European Law Publishing, 2012), 72-75; Sergio Nasarre-Aznar, "Eurohypothec & Eurotrust", *ZERP-Diskussionspapier*, (7/2008): 3-4.

⁸⁸ Stöcker, 75; Sergio Nasarre-Aznar, "The Eurohypothec: A Common Mortgage for Europe", *The Conveyancer and the Property Lawyer*, (London: Sweet & Maxwell, 2005), 32-52; Agnieszka Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines for a Eurohypothec Outcome of the Eurohypothec Workshop November 2004/ April 2005*, Ed. Agnieszka Drewicz-Tułodziecka, (Warszawa: 2005), 6, 7; Nasarre-Aznar, "Eurohypothec & Eurotrust", 1; ZK-Dürr, Syt. Teil, ZGB 793-804, N. 557-588; Baur ve Baur ve Stürner, § 64, N. 77. Eurohypothec ile ilgili diğer güncel çalışmalar hakkında bilgi almak için bkz. <http://housing.urv.cat/en/cover/research/project/eurohypothec/>, e.t: (09.01.2022).

sınır ötesi kredileri güvence altına almak için kullanılabilmesi gibi sadece bir ülkeyi etkileyen krediler için de söz konusu olabilir⁸⁹.

Avrupa ipoteği ile elde edinmek istenen kazanımlar üç başlık altında toplanabilir. Bunlardan ilki güncel rehin sistemini daha esnek bir hale getirmektir. İkincisi, Avrupa ipoteğini, Avrupa Birliği ülkelerinde geçerli olan diğer rehin türlerine alternatif haline getirebilmektir. Üçüncüsü ise Pan-Avrupa olarak adlandırılan yalnızca birliğe üye olan değil tüm Avrupa ülkelerinde başvurulabilecek ortak bir rehin türü oluşturabilmektir⁹⁰.

B. Avrupa İpoteğinin Özellikleri

Avrupa ipoteğinin hukuki yapısı Alman ve İsviçre hukukunda düzenlenen ipotekli borç senedi temel alınarak hazırlanmıştır. Avrupa ipoteği kurumu yaratılırken güvence altına aldığı alacaktan bağımsız olup olmaması gerektiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁹¹. Avrupa ipoteği'nin fer'i nitelikte bir hak bahşetmesi, ipotek hakkının güvence altına aldığı alacak ile arasındaki güçlü bağ, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hukuk sistemlerine entegre edilmesi ve sözleşme ilişkilerinde daha fazla şeffaflık yaratılmasını kolaylaştıracaktır⁹². Avrupa ipoteğinin bağımsız nitelikte bir hak bahşetmesi ise alacağın geçersiz olduğu durumlarda dahi ipotek hakkının varlığı devam ettiği için güvence alan bakımından daha fazla koruma sağlamaktadır. Keza, ipotek hakkı herhangi bir ek masraf veya derece kaybı olmaksızın üçüncü kişilere devredilebilecektir.

Avrupa ipoteğinde fer'iliğin varlığı, icra edilebilirlik, yargı yetkisi ve sona erme yetkisi bakımından ayrı değerlendirilebilir. Bu durumda "*rehin sözleşmesiyle*" (*security agreement/ Sicherungsvertrag*) Avrupa ipoteği ve bu ipoteğin güvence altına aldığı alacak arasındaki ilişkiye uygulanacak kurallar düzenlenir. Örneğin, alacak tamamen veya kısmen yerine getirilirse Avrupa ipoteğinin akıbetinin ne olacağı; taşınmaz malikinin, borç vereni kısmen tatmin etmişse ipotekten tahsil edilen tutarı azaltma veya alacak tamamen

⁸⁹ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 16.

⁹⁰ Nasarre-Aznar ve Stöcker, 118; Nasarre-Aznar, "Eurohypotheck & Eurotrust", 1-3; Sergio Nasarre-Aznar, "Eurohypotheck: Drafting a Common Mortgage for Europe", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, (2010): 52; Baur ve Baur ve Stürner, § 64, N. 78.

⁹¹ Patrick Wambold, "Die Eurohypotheck: Der aktuelle Stand aus deutscher Sicht", *StudZR WissOn*, (2016/1), 136.

⁹² Johannes Köndgen ve Otmar Stöcker, "Die Eurohypotheck: Akzessorietät als Gretchenfrage?", *ZBB Vol. 17/2*, (2005): 112, 116.

karşılanmışsa ipoteği terkin ettirmesi rehin sözleşmesinde düzenlenir⁹³. Bu bakımdan Avrupa ipoteğinin kanunen fer'iliğinden değil, sözleşmesel fer'iliğinden söz edilir. Avrupa ipoteğinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için güvence altına aldığı geçerli bir alacağın da bulunması gerekmez. Avrupa ipoteği eğer bir güvence aracı olarak kullanılmak isteniyorsa ve malik dışında üçüncü bir kişi lehine kurulacaksa ayrıca bir rehin sözleşmesinin akdedilmesi gerekir. Bu rehin sözleşmesinde teminat altına alınan krediye ilişkin (kredi tamamen veya kısmen ödenirse ne olacağı, taşınmaz malikinin Avrupa ipoteği'nden tahsil edilen tutarı azaltma yetkisi, borç verenin kısmen veya tamamen tatmin edilmişse Avrupa ipoteği'nin durumu, Avrupa ipoteği'nin derecesi vb.) düzenlemeler yer alır⁹⁴. Rehin sözleşmesi, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun öngördüğü geçerlilik şekline tabi olacaktır.

Avrupa ipoteğinin kapsamı, ulusal hukuklardaki diğer taşınmaz rehinlerinin kapsamına benzemektedir. Bu bakımdan real teminat niteliğinde olan Avrupa ipoteğinin kapsamına taşınmaz, bütünüleyici parçalar, eklentiler, hukuki ve doğal ürünler özellikle kiralar ve sigorta alacakları dahildir⁹⁵.

Ulusal hukuk düzeni Avrupa ipoteğinin aynı zamanda taşınmaz maliki lehine kurulabileceğine ilişkin düzenlemeler içerebilir. Bu durumda taşınmazın mülkiyeti daha sonra el değiştirirse dahi taşınmazın eski maliki Avrupa ipoteğinin sahibi olmaya devam eder. Gerçek ve tüzel kişiler Avrupa ipoteğinin sahibi olabilir. Tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi birlikleri lehine Avrupa ipoteğinin kurulması ya da devrinde ise ulusal hukuk bu konuda yetkilendirilmiş bir temsilcinin işlemi gerçekleştirilmesi şartını arayabilir⁹⁶.

Taşınmaza ilişkin bilgiler, üye devletlerde, ilgisini ispat eden herkes tarafından erişilebilir olmalıdır. Sicil bilgilerine olan güven korunmalı ve kayıtların yanlış tutulmasından doğan zararlar tazmin edilebilmelidir. Üye devletler elektronik sistemler tarafından aktarılan elektronik Avrupa ipotek sertifikalarını uygulamaya koyabilir. Bu durum, elektronik kimlik doğrulama ihtiyacını ortadan kaldırmak zorunda değildir⁹⁷.

Avrupa ipoteği, ulusal yargı düzenlerinde devletlerin kamu gücü vasıtasıyla icra edilebilir niteliğe sahiptir. Kamu gücü kullanılarak açık

⁹³ Nasarre-Aznar, "Looking for a model for a Eurohypothec", 10; Nasarre-Aznar, "Eurohypothec & Eurotrust", 15.

⁹⁴ Nasarre-Aznar, "Looking for a model for a Eurohypothec", 10.

⁹⁵ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 15; Nasarre-Aznar, "Eurohypothec & Eurotrust", 15.

⁹⁶ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 15.

⁹⁷ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 20.

artırma yoluyla taşınmaz satılarak paraya çevrilebilir. Adli ve diğer kamu kontrollü uygulama süreçleri de ulusal hukuk çerçevesinde uygulanır⁹⁸.

C. Avrupa İpoteğinin Kuruluşu

1. İrade Beyanı

Avrupa ipoteği sadece taşınmaz maliki tarafından kurulabilir⁹⁹. Taşınmaz maliki ve borçlu iki farklı kişi olabilir. Buna ek olarak, ulusal hukuk Avrupa ipoteğinin kurulabilmesi için geçerlilik şartı olarak taşınmaz maliki ve ileride ipotek hakkı sahibi olacak kişi ile arasında bir sözleşme bulunmasını zorunlu kılabilir.

İsviçre Hukuku'na benzer şekilde Avrupa ipoteği de tarafların seçimine göre senede dayalı ya da tescile dayalı şekilde kurulabilir¹⁰⁰. Ayrıca, Avrupa ipoteği bu tür işlemlerin elektronik olarak gerçekleştirilmesine uygun olacak şekilde tasarlanmıştır¹⁰¹.

Avrupa ipoteği farklı ülkelerde bulunan birden fazla taşınmaz üzerinde kurulabileceği gibi, birden fazla Avrupa ipoteği bir veya birden fazla alacağı (bu alacaklar farklı ülkelerde düzenlenen sözleşmelerden kaynaklanıyor olabilir) güvence altına almak amacıyla da kurulabilir¹⁰². Ayrıca, ulusal hukuk düzenlerinin izin verdiği ölçüde taşınmaz olarak nitelendirilen herhangi bir değer üzerinde de Avrupa ipoteği kurulabilir¹⁰³.

Rehin, miktarı Avrupa Birliği üye ülkelerinden herhangi birinin para birimi üzerinden belirlenebilir¹⁰⁴. Aksi kararlaştırılmadıkça tapu sicilinde belirtilen miktar için faiz işlemez. Ancak taraflar faiz kararlaştırmak istiyorlarsa mutlaka faiz oranına tapu sicilinde yer verilmelidir¹⁰⁵.

2. Rehin sözleşmesi

Rehin sözleşmesiyle taşınmaz maliki, ipotek sahibi lehine teminat mahiyetinde Avrupa ipoteği hakkı sağlar. Rehin sözleşmesi, kredi

⁹⁸ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 21.

⁹⁹ Nasarre-Aznar, "Eurohypothec & Eurotrust", 16; Nasarre-Aznar, "Eurohypothec: Drafting a Common Mortgage for Europe", 52.

¹⁰⁰ Nasarre-Aznar, "Eurohypothec & Eurotrust", 15.

¹⁰¹ Nasarre-Aznar, "Eurohypothec: Drafting a Common Mortgage for Europe", 53.

¹⁰² Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 15.

¹⁰³ Nasarre-Aznar, "Eurohypothec: Drafting a Common Mortgage for Europe", 53.

¹⁰⁴ Nasarre-Aznar, "Looking for a model for a Eurohypothec", 10.

¹⁰⁵ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 14.

sözleşmeleri için geçerli olan yasal düzenlemelere tabi değildir. Rehin sözleşmesi için geçerli maddi hukuk, taşınmazın bulunduğu yer hukukudur. Rehin sözleşmesi, ulusal hukukun öngördüğü geçerlilik şekline uygun yapılmalıdır¹⁰⁶.

Avrupa ipoteğinin taşınmaz maliki dışında bir kişi lehine kurulması halinde rehin sözleşmesinin akdedilmesi zorunludur¹⁰⁷. Taşınmazın maliki, rehin sözleşmesinin bir nüshasını alma hakkına sahiptir. Ancak, bu hususun resmi tapu sicilinde gösterilmesi zorunluluğu bulunmaz¹⁰⁸.

İcra aşamasında, farklı Avrupa ipoteklerinin sahibi, rehin sözleşmesi kapsamında, icrayı gerçekleştirmek istediği taşınmazları seçme hakkına sahip olabilir. Her bir Avrupa ipoteğine ilişkin icra takipleri ayrı ayrı veya birlikte yürütülebilir. Avrupa ipoteği hakkına sahip olan kişi rehin sözleşmesine aykırı davranırsa, taşınmaz maliki uğramış olduğu zararlar için taşınmazın bulunduğu ülke hukuku kurallarına (*lex rei sitae*) göre tazminat talebinde bulunabilir¹⁰⁹.

3. Tescil

Avrupa ipoteği taşınmazın bulunduğu ulusal hukuka göre resmi tapu siciline tescil edilmekle kurulur¹¹⁰. Avrupa ipoteği yalnızca, yetkili memurlarca tutulan tapu sicilinde taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sahibinin, taşınmaz üzerindeki aynı hakların ve bunların sıralarına ilişkin kayıtların şeffaf olarak tutulduğu bir ortamda kurulabilir. Nitelikleri ne olursa olsun, tüm taşınmazlara ilişkin kayıtlar özellikle kanundan doğan hak ve yükümlülükler ile adli makamların kararlarının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ulusal hukuk düzenlemelerine göre yetkili tapu

¹⁰⁶ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 16.

¹⁰⁷ Rehin sözleşmesinde yer alması gereken asgari içerik; sözleşme taraflarına ait kimlik bilgileri ve tarih, Avrupa ipoteğinin kurulduğuna yönelik irade beyanı, teminat altına alınacak alacak, teminat verenin Avrupa ipoteğini sona erdirmeye koşulları, yargılamanın söz konusu olacağı ülke hukuku bakımından icra usulünün şartlarıdır. Rehin sözleşmesi, taşınmazın bir bütün olarak satışına ilişkin kısıtlamalar ve borcun yerine getirilmemesi halinde taşınmazın devrine yönelik sözleşme hükümlerini ise içeremez.

¹⁰⁸ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 16.

¹⁰⁹ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 16.

¹¹⁰ Tescilin içeriğinde rehin miktarı ve paranın cinsi, Avrupa ipoteği hakkı sahibinin kim olduğu, ipoteğin senede dayalı olup olmadığı, Avrupa ipoteğinin icra edilebilir olup olmadığı, birden fazla Avrupa ipoteğinin bulunması halinde diğer yüklü taşınmaza ilişkin bilgiler yer almalıdır. Nasarre-Aznar, “Eurohypothech & Eurotrust”, 16; Nasarre-Aznar, “Eurohypothech: Drafting a Common Mortgage for Europe”, 53.

sicillerindeki kayıtlara bakılacaktır. Bu doğrultuda tapu sicilindeki kayıtlar, taşınmaz üzerindeki hakları ve bunların sırasına ilişkin durumu net bir şekilde yansıtmalıdır. Ulusal hukuka göre, taşınmaz üzerindeki aynı hakların önceliği ve sırası, tescil zamanına veya tescil başvurusunun alındığı ana bağlı olabilir. Eğer tescil başvurusunun alındığı ana göre bir sıra söz konusuysa, üye devlet, kaydın dosyalama önceliğini takip ve kayıtlı sıralamadaki iyiniyetin korunmasını sağlamalıdır. Zira, icra ve iflas işlemlerinde, ilgili ipotek hakkı sahibi tapu sicilindeki sırasına göre tatmin edilir¹¹¹.

D. Avrupa İpoteğinin Devri

Avrupa ipoteğinin devri kuruluş şekline bağlıdır. Avrupa ipoteği tescil edilmişse, devir tapu sicilindeki yeni tescille gerçekleştirilir. Senede bağlı Avrupa ipoteği söz konusuysa, devir sadece bu senedin devredilmesiyle gerçekleşir¹¹². Avrupa ipoteği güvence altına aldığı alacağın doğmuş olduğu hukuki ilişkiden bağımsız olarak farklı bir üçüncü kişiye devredilebilir. Avrupa ipoteğinin devri, oluşturulduğu şekle bağlıdır. İpoteğin başka bir ipotek sahibine tek başına devredilmesi durumunda, teminat anlaşmasına ilişkin itiraz ve defiler geçerli olarak ileri sürülebilir.¹¹³

Avrupa ipoteği hakkının devri teminat altına alınan alacak hakkının devri şartına bağlı olarak yapılamaz. Ulusal hukuk, Avrupa ipoteği hakkının devrinin geçerli olabilmesi için önceki ve yeni ipotek hakkı sahibi arasında bir anlaşmanın bulunmasını zorunlu kılabilir. Tarafların irade beyanlarına, ipotek hakkının devri, tescil edilmesi ve senedin devrine yönelik geçerlilik şartları ulusal hukukun kapsamındaki diğer taşınmaz rehnine ilişkin kurallara uygun olmalıdır. Avrupa ipoteği hakkını, tapu sicilindeki yolsuz kayda dayanarak iyiniyetle edinen kimse ulusal hukuka göre tapu sicilindeki kayda uygun, gerçek ipotek hakkı sahibiymiş gibi ya da senede bağlı ipotek hakkında senede sahip kişi gibi korunur¹¹⁴.

Teminat veren Avrupa ipoteği hakkının sahibi olmadığı sürece, rehin sözleşmesinin, gelecekteki herhangi bir Avrupa ipoteği hakkı sahibi ve herhangi bir üçüncü taraf için bağlayıcı olacağına ya da devralan kişi rehin sözleşmesine taraf olmaksızın ipotek hakkını devralırsa, önceki Avrupa

¹¹¹ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 19.

¹¹² Nasarre-Aznar, "Eurohypothec & Eurotrust", 16; Nasarre-Aznar, "Eurohypothec: Drafting a Common Mortgage for Europe", 53; Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 17.

¹¹³ Nasarre-Aznar, "Eurohypothec: Drafting a Common Mortgage for Europe", 54.

¹¹⁴ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 18.

ipoteği hakkı sahibinin, taşınmaz malikinin uğradığı tüm zararlardan sorumlu olacağına ilişkin düzenlemeler getirebilir. Avrupa ipoteği hakkı sahibi, ipotek hakkını üçüncü bir kişiye devrederse, ipotek hakkı sahibi üçüncü kişiyi rehin sözleşmesinin varlığı ve içeriği hakkında bilgilendirilmelidir. Eğer bu konuda başka bir anlaşma yoksa, ipotek hakkı sahibi bu yükümlülüğünü ilgili belgeleri üçüncü kişiye teslim ederek yerine getirir¹¹⁵.

E. Avrupa İpoteğinin Sona Ermesi

Avrupa ipoteği, ipotek hakkı sahibi ve taşınmaz malikinin rızasıyla terkin edilince sona erer¹¹⁶. Bu bakımdan, Avrupa ipoteği teminat altına alınan borcun yerine getirilmesiyle kendiliğinden ortadan kalkmaz. Avrupa ipoteği ile teminat altına alınan alacak hakkı tatmin edilmişse, taşınmazın maliki Avrupa ipoteğinin terkin edilmesini veya kendisine ya da üçüncü bir kişiye devredilmesini talep edebilir. Avrupa ipoteği hakkı sahibinin ulusal hukuk tarafından öngörülen biçimde rızası olmadan, yüklü taşınmazın maliki taşınmaz üzerinde Avrupa ipoteğini etkileyecek herhangi bir tasarrufta bulunamaz. Eğer rehin sözleşmesi geçerli değil ya da borç yerine getirilmişse, teminat veren Avrupa ipoteğinin tamamen veya bir bölümünün terkin edilmesini talep edebilir. Teminat veren, Avrupa ipoteğinin terkin edilmesini talep edebilme hakkını üçüncü kişilere devredebilir. Ayrıca, rehin sözleşmesinde taşınmaz malikinin Avrupa ipoteğinin terkinini veya devrini talep edebileceği diğer durumlar düzenlenebilir. Senede dayalı Avrupa ipoteğinde, ipoteğin terkin edilmesini talep hakkı aynı zamanda senedi bulundurma hakkını da içerir. Fazladan teminatlandırma durumunda teminat veren, masrafları kendisine ait olmak üzere Avrupa ipoteğinin miktarını azaltarak veya kısmen terkin edilmesi yoluyla teminat miktarının uyarlanmasını talep edebilir¹¹⁷.

Avrupa ipoteğinin senede bağlanması durumunda senet sahibinin kalıcı olarak bilinmemesi veya ulaşılamaz olması ya da ipotek senedinin kaybedilmesi, Avrupa ipoteğinin bağlı olduğu senedin iptal edilmesi için ulusal hukukta öngörülen prosedürün işletilmesine yol açabilir¹¹⁸.

¹¹⁵ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 18.

¹¹⁶ Taşınmaz malikinin ipoteğin terkinini talep hakkı herhangi bir süre sınırlamasına veya zamanaşımına tabi değildir. Nasarre-Aznar, "Eurohypothech & Eurotrust", 16; Nasarre-Aznar, "Eurohypothech: Drafting a Common Mortgage for Europe", 54.

¹¹⁷ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 19.

¹¹⁸ Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 19.

Avrupa ipoteği herhangi bir zamanaşımı süresinin geçmesiyle sona ermez. Bununla birlikte, Avrupa ipoteğinin faiz getirisi söz konusuysa, bu faiz getirisi hakkında zamanaşımı işleyecektir¹¹⁹.

SONUÇ

Türk Hukuku'nda taşınmaz rehni türleri arasında en fazla uygulama alanı bulan ipotek hakkı, sahibine borç vadesinde ifa edilmediği takdirde taşınmazın paraya çevrilmesini talep ve elde edilen gelirden alacağını öncelikli olarak elde etme yetkisiyle birlikte şartlar dahilinde paraya çevrilme aşaması öncesinde de taşınmazın değerinin düşmesine sebep olabilecek müdahalelerin engellenmesini ve gecikmesinde tehlike bulunan hallerde ise gerekli önlemleri taşınmaz üzerinde doğrudan alabilme yetkisi veren sınırlı aynı bir haktır.

İpotek hakkı, malik tarafından kendi borcu için tesis edilebileceği gibi, üçüncü bir kişinin borcuna teminat olarak da tesis edilebilir. İpotek hakkının kimin tarafından tesis edildiği borçlunun sorumluluğunun kapsamının belirlenmesini sağlamaktadır.

İpotek hakkı kanuni bağlı haklardan biridir ve bağlı olduğu asıl hak olan alacak hakkı ile birlikte var olabilir, varlığını sürdürebilir, devredilebilir ve alacak hakkının sona ermesiyle birlikte sona erer. İpotek hakkının kullanılabilmesinde de bağlılık söz konusudur. Paraya çevirme işleminin gerçekleştirilmesi için ipotek hakkının geçerli bir alacağa bağlı olması gerekir.

İpotek hakkı real teminat türlerinden biridir. Zira ipotekli bir taşınmazın söz konusu olduğu durumlarda, borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde alacaklı, alacağını aradaki özel ilişkiye dayanarak doğrudan doğruya ipotek hakkının konusu olan taşınmazın paraya çevrilmesi suretiyle alacaktır.

İpotek, dolaşım kabiliyetine sahip olmayan yalnızca bağlı olduğu asıl alacağı güvence altına almak amacıyla tesis edilen, rehinli taşınmaz malikinin asıl borç ilişkisinde yer almasının zorunlu olmadığı, borçlunun aynı zamanda taşınmazın maliki olması durumunda ise sorumluluğunun yalnızca rehin konusu taşınmaz ile değil tüm malvarlığı ile olduğu bir teminat türüdür. İpotekli borç senedi, dolaşım kabiliyetine sahip, asıl alacağı güvence altına almak amacıyla tesis edilen, rehinli taşınmaz malikinin asıl borç ilişkisinde

¹¹⁹ Nasarre-Aznar, "Eurohypothech & Eurotrust", 16; Nasarre-Aznar, "Eurohypothech: Drafting a Common Mortgage for Europe", 54; Drewicz-Tułodziecka, *Basic Guidelines*, 18.

yer almasının zorunlu olmadığı, borçlunun aynı zamanda taşınmazın maliki olması durumunda ise sorumluluğunun yalnızca rehin konusu taşınmaz ile değil tüm malvarlığı ile olduğu bir teminat türüdür. İrat senedi, dolaşım kabiliyetine sahip, asıl alacağı güvence altına almak amacıyla tesis edilen, rehinli taşınmaz malikinin asıl borç ilişkisinde yer almasının zorunlu olduğu, borçlunun yalnızca rehin konusu taşınmaz ile sorumlu olduğu bir teminat türüdür.

İsviçre Hukuku'nda gerçekleştirilen revizyon neticesinde ZGB Art. 843'te "tescile dayalı ipotekli borç senedi" ve "senede dayalı ipotekli borç senedi" olmak üzere iki tür ipotekli borç senedine yer verilmiştir. Her iki ipotekli borç senedinin de temel amacı güvence sağlamaya ek olarak tedavül fonksiyonu görmeleridir. Ayrıca, İsviçre Hukuku'nda uygulaması ipotekli borç senedine nazaran daha az olan ipotek de taşınmaz rehni türlerinden biridir.

Tescile dayalı ipotekli borç senedi, fer'i nitelikte olmayan ve tescile dayanan yeni bir rehin türü olarak "*Eurohypothec*" kurumuna rol model olması düşünülecek ortaya çıkarılmıştır. Tescile dayalı ipotekli borç senedi, ipotek ve klasik ipotekli borç senedine benzer özellikler gösteren onların arasında yer alan bir rehin türüdür. Tescile dayalı ipotekli borç senedi, mevcut alacağın yanında fer'i olarak yer alan ipotekten farklı olarak bağımsız niteliğiyle ipotekli borç senedine benzer niteliktedir. Tescile dayalı ipotekli borç senedi, ipotekten farklı olarak yalnızca rehin hakkının değil aynı zamanda teminat altına alınan alacağın da tapu siciline tescil edildiği bir rehin türüdür. Bunun yanı sıra ipotek hakkında olduğu gibi rehin hakkı tescile dayalı ipotekli borç senedinde de tapu siciline tescil edilmektedir. Tescile dayalı ipotekli borç senedinde, klasik ipotekli borç senedinden farklı olarak teminat altına alınan alacak ve rehin hakkı kıymetli evrak niteliğindeki senette ayrılmaz şekilde birleşmemektedir.

Avrupa ipoteği tescile ya da senede dayalı olarak kurulabilen bir taşınmaz rehni türüdür. Avrupa ipoteği taşınmaz maliki tarafından, malikin kendisi ya da üçüncü bir kişi lehine kurulabilir. Malik dışında bir kimse lehine Avrupa ipoteği tesis edilebilmesi için mutlaka bir rehin sözleşmesi de gereklidir. Avrupa ipoteği taşınmazın bulunduğu ulusal hukuka göre resmi tapu siciline tescil edilmekle kurulur. Avrupa ipoteğinin devri kuruluş şekline bağlıdır. Avrupa ipoteği tescil edilmişse, devir Tapu sicilindeki yeni tescille gerçekleştirilir. Senede bağlı Avrupa ipoteği söz konusuysa, devir sadece bu senedin devredilmesiyle gerçekleşir. Avrupa ipoteği, ipotek hakkı sahibi ve

taşınmaz malikinin rızasıyla terkin edilince sona erer. Ayrıca, rehin sözleşmesinde taşınmaz malikinin Avrupa ipoteğinin terkinini veya devrini talep edebileceği diğer durumlar düzenlenebilir. Senede dayalı Avrupa ipoteğinde, ipoteğin terkin edilmesini talep hakkı aynı zamanda senedi bulundurma hakkını da içerir. Senede bağlı Avrupa ipoteğinde senet sahibinin kalıcı olarak bilinmemesi veya ulaşılamaz olması ya da ipotek senedinin kaybedilmesi, Avrupa ipoteğinin bağlı olduğu senedin iptal edilmesi için ulusal hukukta öngörülen prosedürün işletilmesine yol açabilir.

Avrupa ipoteği, Türk Hukuku'nda yer alan ipoteğe benzer özellikler göstermesine karşın ayrıca tedavül imkanının da bulunmasıyla uygulamada tercih edilebilecek bir rehin türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle başarılıdırse ilerleyen yıllarda Avrupa ipoteğinin, Avrupa ülkelerinde ortak bir taşınmaz rehni türü olarak uygulama bulması halinde ülkemizde de benzer bir düzenlemeye İsviçre'de olduğu gibi ipotekli borç senedinde gerçekleştirilecek bir revizyon sonrasında ulaşılabilmek imkanı bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Acar Faruk. *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Akçaal, Mehmet. “İpoteğin Kaldırılması Davası”, *İNÜHFD*, C. 10, Sa. 3. 2, (2019): 563-578.
- Akipek, Jale ve Akıntürk, Turgut ve Ateş Derya. *Eşya Hukuku*, İstanbul, Beta, 2018.
- Aktepe, Sezin. “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 6, Sa. 12, (2007/2): 177-193.
- Aral, Fahrettin. “Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi”, *AÜHFD*, S. 1, C. 30, (1973): 197-229.
- Atar, Eray Aksın. *Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkın Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması*, İstanbul, On İki Levha, 2021.
- Barlas, Nami. “Yeni Medeni Kanununun Aynı Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt II, İstanbul, Beta, 2003.
- Baur, Fritz ve Baur, Jürgen ve Stürner, Rolf. *Sachenrecht*, München, 2009.
- Birks, Peter. *The Roman Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Brown, Ia., “The Letter of Comfort: Placebo or Promise?”, *Journal of Business Law*, 1990.
- Cranston, Ross ve Avgouleas Emilios ve van Zwieten, Kristin ve Hare, Christopher ve van Sante, Theodor. *Principles of Banking Law*, Glasgow, Oxford University Press, 2017.
- Çetiner, Bilgehan. *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.
- Develioğlu, H. Murat. *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-2-3*, Ed. Serozan Rona ve Öz Turgut ve Acar Faruk ve Gökyayla Emre ve Develioğlu Murat, İstanbul, On İki Levha, 2019.
- Dörtgöz, Gürsel Öcal. *Bankacılık ve Tapu Sicili Yönünden İpotek*, Ankara, 2009.
- Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka. *Basic Guidelines for a Eurohypothecc Outcome of the Eurohypothecc Workshop November 2004/ April 2005*, (Ed. Drewicz-Tułodziecka Agnieszka), Warszawa, 2005.
- Dusil, Stephan. *KUKO-Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Hrsg. Büchler, Andrea ve Jakob, Dominique, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018.
- Dürr, David. *ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr. IV/2b, Art. 793-804 ZGB*, (Hrsg. Gauch Peter ve Schmid, Jörg), Zürich, Schulthess, 2009.

- Dürr, David ve Kaufmann, Thomas. *Der neue Register-Schuldbrief und weitere Änderungen des Grundpfandrechts*, Bern, Schulthess, 2012.
- Fasel, Urs. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Band 3*, Hrsg. Breitschmid Peter ve Jungo Alexandra, Zürich - Basel - Genf, Schulthess, 2016.
- Ganter Hans Gerhard. *Bankrechts-Handbuch*, Band II, (Hrsg. Schimansky, Herbert ve Bunte, Hermann-Josef ve Lwowski, Hans Jürgen. München, CH. Beck, 2017.
- Gullifer, Louise. *The Law of Security and Title - Based Financing*, Ed. Beale Hugh ve Bridge Michael ve Gullifer Louise ve Lomnicka Eva. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Gürsoy, Kemal Tahir ve Eren, Fikret ve Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*, Ankara, 1984.
- Haefeli, Kurt. *Schweizerisches Bankenrecht Handbuch für Finanzfachleute*, Zürich, 2019.
- Hatemi, Hüseyin ve Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir. *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1991.
- Helvacı, İlhan. *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, İstanbul, On İki Levha, 2008.
- Hitzig, Hermann Ferdinand. *Das Griechische Pfandrecht*, München, 1895.
- Hurni, Christoph. "İsviçre'de İpotekli Borç Senedi Hukuku'nda Yapılan Güncel Değişiklikler", *Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, Çev. Karabağ-Bulut, Nil), İstanbul, On İki Levha, 2010.
- Iro, Gert. *Sachenrecht, Bürgerliches Recht Band IV*, Wien, Springer, 2016.
- Köndgen, Johannes ve Stöcker, Otmar. "Die Eurohypothek: Akzessorietät als Gretchenfrage?", *ZBB*, Vol. 17/2, (2005):112-120.
- Köprülü, Bülent ve Kaneti, Selim. *Sınırlı Ayni Haklar*, İstanbul, 1982-1983.
- Kuntalp, Erden. "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", *Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul, 1995.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin, 2017.
- Langenegger, Karl. *Die Sicherungsbefugnisse der Grundpfandgläubiger gegen Wertverminderung des Unterpfandes nach schweiz Recht (Art. 808 ff. Z.G.B.)*, Zürich, 1921.
- Leemann, Hans. *BK- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Band/Nr. IV/2, Art. 730-918 ZGB*, Bern, Schulthess, 1925.

- Matusche-Beckmann, Annemarie. “Pfandrechte an beweglichen Sachen und an Rechten”, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Hrsg. Derleder, Peter ve Kai-Oliver, Knops ve Bamberger, Heinz George, Berlin Heidelberg, Springer, 2009.
- Mcfarlane, Ben ve Hopkins, Nicholas ve Nield, Sarah. *Land Law-Text, Cases, and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2012.
- McNair, Arnold ve Buckland, William. *Roman Law & Common Law A Comparison in Outline*, Cambridge, Cambridge University Press, 1952.
- Molin-Kränzlin, Alexandra. “Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und grundpfandbezogenen Sicherungsrechten: Eine Untersuchung zur Akzessorietät und zum Akzessorietätsersatz bei Immobiliarsicherheiten”, *LBR Band 110*, Hrsg. Schmid Jörg, Zürich- Basel- Genf, 2016.
- Nasarre-Aznar, Sergio ve Stöcker, Otmar, Innovations in Securitisation Yearbook 2006, Ed. Robbé Jan, Job ve Alı, Paul, *Alphen aan den Rijn*, 2006.
- Nasarre-Aznar, Sergio. “Eurohypotheec & Eurotrust”, *ZERP-Diskussionspapier*, 7/2008.
- Nasarre-Aznar, Sergio, “Eurohypotheec: Drafting a Common Mortgage for Europe”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 2010.
- Nasarre-Aznar, Sergio. “The Eurohypotheec: A Common Mortgage for Europe”, *The Conveyancer and the Property Lawyer*, London, 2005.
- Nomer, Haluk Nami ve Ergüne, M. Serkan, *Eşya Hukuku*, İstanbul, On İki Levha, 2022.
- Oğuzman, Kemal ve Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2021.
- Parlak-Börü, Şafak. “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı Devri”, *TBB Dergisi*, Sa. 128, 2017.
- Peter, Hans. “Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler”, (Çev. Karadeniz Özcan), *AÜHFD*, C. 21, Sa. 1, 1964.
- Reisoğlu, Seza. *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1963.
- Ruhi, Canan ve Ruhi, Ahmet Cemal. *Rehin ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İcra Takibi*, Ankara, Seçkin, 2018.
- Rupp, Caroline. *Grundpfandrechte zwischen Flexibilität und Schutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

- Santschi-Kallay, Mascha ve Pfäffli, Roland. “Grundpfandrechte – Bekanntes und weniger Bekanntes”, *SJZ*, 114/2018.
- Schmid, Jörg. *Neuerungen im Grundpfandrecht, Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts*, Hrsg. Schmid Jörg, Zürich: Schulthess, 2012.
- Serozan, Rona. “Ayni Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminde Bağımsızlığı İlkesi ve Ayni Teminat Haklarının Fer’iliği (Bağımlılığı) Ayrılığı”, *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan*, İstanbul, Beta, 2007.
- Serozan, Rona. “Taşınmaz Rehni”, *ÜHFM*, C. LXIV, Sa. 2, 2006.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Staab, Helmut ve Staab, Peter. *Kreditvertrags- und Kreditsicherungsrecht*, Wiesbaden, 2014.
- Stahelin, Daniel. *BSK-Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Hrsg. Honsell, Heinrich ve Vogt, Nedim Peter ve Geiser, Thomas, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2019.
- Steinauer, Paul-Henri. *ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Der Schuldbrief, Die Anleiheobligationen mit Grundpfandrecht, Art. 842-865 und 875 ZGB*, Hrsg. Schmid Jörg, Zürich, Schulthess, 2015.
- Stöcker, Otmar. “The Eurohypothec”, *The Future of European Property Law*, Ed. van Erp, Sjeff ve Salomons, Arthur ve Akkermans, Bram, München, 2012.
- Sutter-Somm, Thomas. “Zentrale Gesichtspunkte der Revision des Schweizerischen Immobiliarsachenrechts von 2009/2012-eine kritische Würdigung”, *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Band II*, Hrsg. Bruns, Alexander ve Kern, Christoph ve Münch, Joachim ve Piekenbrock, Andreas ve Stadler, Astrid ve Tsirikas, Dimitrios, Tübingen, 2013.
- Tekinalp, Ünal ve Rumpf, Christian. “Türkei” *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Hrsg. Derleder, Peter ve Kai-Oliver, Knops ve Bamberger, Heinz George, Berlin Heidelberg, Springer, 2009.
- Trauffer, Bernhard. “Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr”, *ZBGR*, 79/1998.
- Tuor, Peter ve Schnyder, Bernhard ve Schmid Jörg, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2015.
- Wambold, Patrick. “Die Eurohypothek: Der aktuelle Stand aus deutscher Sicht”, *StudZR WissOn*, 2016/1, 122-147.

Weber, Rolf H. “Schweiz”, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Hrsg. Derleder, Peter ve Knops, Kai-Oliver ve Bamberger, Heinz Georg, Berlin-Heidelberg, 2008.

Weber, Rolf H. *BK- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Das Darlehen, Art. 312-318 OR mit Anhang zu Bankverträgen*, Hrsg. Hausheer, Heinz ve Walter, Hans, Bern, 2013.

Wieland, Carl. *Kanunu Medenide Ayni Haklar*, Çev. Karafakı, İ. Hakkı, Ankara, 1946.

Yıldırım, Kamil ve Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul, 2016.

Zogg, Samuel. *BSK-Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Hrsg. Honsell, Heinrich ve Vogt, Nedim Peter ve Geiser Thomas, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2019.

İnternet Kaynakları

<https://beck-online.beck.de/Home>

<http://housing.urv.cat/>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.legalis.ch/de/>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.springer.com/gp>

<https://www.swisslex.ch/de/>

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ SAYILIP SAYILAMAYACAĞI SORUNU

*The Problem of Whether Construction Contracts in Return for
Land Shares Can Be Considered a Consumer Transaction*

Abdulkerim YILDIRIM*

ÖZ

Bir tarafını arsa sahibinin diğer tarafını ise yüklenicinin oluşturduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini Yargıtay tüketici işlemi olarak kabul etmemekte ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinin görev alanına girmediğine karar vermektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından güdülen gaye, kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Peşin bir kabulde bu tür sözleşmeleri tüketici işlemi dışında görmek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'daki tüketici işlemi tanımına uygun değildir. Her somut olayda durumun hâkim tarafından incelenmesi gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin, ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğinde kuşku yoktur. Sözleşmenin karşı tarafını oluşturan iş sahibi, somut olayda, arsanın devri karşılığında kendisinin veya yakınlarının kullanımı için konut veya tatil amaçlı taşınmaz edinmek amacıyla sözleşmeye taraf olmuşsa (yani ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmişse) tüketici işleminden bahsetmek mümkün olur. Bu noktada, yükleniciye bedelini ödeyerek kullanmak amacıyla konut veya tatil amaçlı taşınmaz mal edinen biri ile arsasını vererek yine kullanmak amacıyla konut veya tatil amaçlı taşınmaz edinmek isteyen biri

Makalenin Geliş Tarihi: 29.09.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 30.09.2022.

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: abdulkerim.yildirim@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3913-245X.
Bu makale 13-15 Mayıs 2022 tarihleri arasında düzenlenen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.

arasında ayırım yapmak TKHK'nın amacına aykırıdır. Zira her iki durumda da yüklenici karşısındaki kişiler, eşit şekilde korunmaya layıktır.

Anahtar kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketici, tüketici işlemi, konut veya tatil amaçlı taşınmaz.

ABSTRACT

The Supreme Court does not accept the construction contracts in return for land share, which is formed by the land-owner and the contractor, as a consumer transaction and decides that the disputes arising from these contracts do not fall under the jurisdiction of the consumer court. According to the Court, the aim pursued by the land-owner is not to acquire a house for use, but to evaluate the land. Seeing such contracts outside the consumer transaction is not in accordance with the definition of consumer transaction in TKHK. The judge must evaluate the situation according to each case. There is no doubt that the contractor acts for commercial/professional purposes in these contracts. However, it is possible to refer a consumer transaction if the land-owner has become a party to the contract to acquire a residential/holiday real-estate for the use of himself or his relatives. It is inconsistent with the purpose of TKHK to distinguish between someone who acquires immovable for residential/holiday purposes for use by paying the price to the contractor, and someone who gives his land and wants to acquire a residential/holiday immovable in order to use it. In both cases, the parties against the contractor deserve equal protection.

Keywords: Construction Contract in Return for Land Share, Consumer Protection Law, Consumer, Consumer Transaction, Residential or Vacation Immovable.

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

Bünyesinde birden çok sözleşmeye ait edimleri barındıran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, uygulamada sıklıkla yapılıyor olması sebebiyle sözleşmeler hukuku alanında önemli bir yere sahiptir. Yargıtay bu tür sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul etmemekte ve söz konusu ilişkiden doğan uyuşmazlıkların, kural olarak, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmaktadır¹. Fakat

¹ Bu yönde bkz. 15. HD, 2020/856 E., 2020/1500 K., 11.06.2020 T., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022); 23. HD, 2016/3982 E., 2019/2799

söz konusu sözleşme her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili ise, bu ilişkiden kaynaklanan dava nispi ticari dava olarak asliye ticaret mahkemesinde görülür².

Hemen belirtelim ki arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi vasfı taşıyıp taşımadığı, somut olay özelinde incelenmesi gereken bir konudur. Esasen bu husus sadece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için değil, kural olarak diğer sözleşmeler için de geçerlidir. Peşin kabulle bir sözleşmenin tüketici işlemi sayılamayacağı değerlendirilmesinde bulunmak, 6502 sayılı TKHK'da yer alan tüketici işlemi tanımıyla bağdaşmamaktadır. Zira kanun koyucu tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlamıştır (TKHK m. 3/1).

Bir işlemin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağına tespiti gerek o ilişkiye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gerekse bu ilişkiden doğan

K., 18.06.2019 T., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022); 23. HD, 2016/8726 E., 2019/4041 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022); 23. HD, 2016/5195 E., 2019/1424 K., 04.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022).

² Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. "... Dava, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ön protokolünün geçersizliğinin, feshedildiğinin ve bu sözleşme uyarınca verilen bonodan dolayı borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir. Davacı talebi, münhasıran kambiyo hukukuna dayanan sebeplerle menfi tespit istemini içermeyip temel ilişkiye dayandığı gibi, eser sözleşmesi niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ön protokolünün geçersizliğinin ve feshinin tespitini de içermektedir. Dava, 09.2012 tarihinde açılmış olup, Mahkemece 6098 sayılı TBK'nın 470. vd. maddelerine de dayanan davanın, 6102 sayılı TTK'nın maddesinde sayılan, diğer anlatımla bu maddede 818 sayılı TBK'na atıf yapan sözleşmelere ilişkin olmadığından mutlak ticari davalardan olmadığı ve davacının tacir sıfatının bulunmadığı, diğer anlatımla her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hukuk davası (nispi ticari dava) niteliğinde de olmadığı gözetilmiştir. Bu durumda, davanın mutlak ticari dava olmadığı dikkate alınarak, uyuşmazlığın esasını incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır..." (23. HD, 2013/239 E., 2013/1677 K., 19.03.2013 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 17.04.2022). Bu arada belirtelim ki; TTK'nın 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5/A).

uyuşmazlıkların çözüm yerinin tayini bakımından önem taşımaktadır. Uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklandığı sonucuna varılırsa, söz konusu ilişkiye bu alana özel bir düzenleme olan 6502 sayılı TKHK öncelikle uygulanır. Genel hükümlere ancak TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde müracaat edilir (TKHK m. 83/I). Aynı şekilde, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli olduğundan (TKHK m. 73/I) bu alana özel usul hukuku kuralları işletilir. Bu bağlamda tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar dava açılmadan önce, TKHK m. 73/A'da belirtilen istisnalar dışında, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı kuralına tabi olacağı gibi³ tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda düzenlenen harçlardan muaf tutulur (TKHK m. 73/II). Yine tüketici mahkemelerinde görülecek davalar 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Altıncı Kısım hükümlerine (basit yargılama usulüne) göre yürütülür (TKHK m. 73/IV). Öte yandan tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir (TKHK m. 73/V).

Bu çalışmanın konusu, arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, makalede arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı sorusuna cevap aranmış ve konuya ilişkin Yargıtay uygulaması değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, arsa sahibi veya yüklenici ile hukuki ilişkiye girerek onlardan bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerle olan sözleşmeler bakımından detaylı bir değerlendirme yapılmamıştır. Esasen tüketici işleminin varlığı için yaptığımız tespit ve vardığımız sonuçların söz konusu ilişkiler bakımından da geçerli olduğunda şüphe etmemek gerekir. Zira tüketici işleminin varlığı için aranan şartlar, hukuki işlemin niteliğinden bağımsız bir biçimde, kural olarak, her türlü sözleşme için geçerlidir.

³ Dava şartı arabuluculukta davacının, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemesi gerekir. Bu zorunluluğa uyulmaması durumunda mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarı içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmezse dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine hükmedilir (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A/II).

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa sahibinin yükleniciye verilecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını ona devretme yükümlülüğü üstlendiği, yüklenicinin de arsa üzerine bina yaparak kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi vadettiği sözleşmelere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adı verilir⁴. Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde de ifade edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Kanun'da özel olarak düzenlenmemiştir. Fakat bu sözleşme, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ülkemizde sıkça yapılmakta ve yol açtığı hukuki sorunların Yargıtay kararlarına konu olduğu görülmektedir.

Karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin asli edimi kanunda yer alan bir sözleşmeye (satış sözleşmesine) ait bir unsurken, yüklenicinin asli edimi kanunda yer alan diğer bir sözleşmeye (eser sözleşmesine) ait bir unsurdur. Gerçekten de arsa sahibi kararlaştırılan arsa paylarını yükleniciye devretme, yüklenici de arsa üzerine bina yaparak kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu altına girmektedir. Bu tür sözleşmelere doktrinde çifte tipli (çift mahiyetli) karma sözleşme adı verilmektedir⁵. Karma sözleşmelerde taraflar, kanunda yer alan çeşitli sözleşmelere ilişkin unsurları kanun koyucunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirmektedirler. Karma sözleşmelere hangi kuralların uygulanacağı konusunda doktrinde soğurma (imtisas), saf dışı (bertaraf), birleştirme (terkip) ve kıyas (örnekseme) görüşleri adı altında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Genellikle benimsenen kıyas teorisine göre, kanunda yer alan sözleşmelere ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde bunlar hakkında da uygulanır⁶. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi açısından eser sözleşmesi,

⁴ Erman, s. 1.

⁵ Eren, s. 872-873; Zevkliler/Gökyayla, s. 18; Kahraman, s. 426-427; Aydoğdu/Kahveci, s. 39. Yargıtay'a göre de; "*Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; bir yönüyle arsa sahibinin koşullar gerçekleştiğinde sahibi olduğu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını yükleniciye devretmesini öngörürken, diğer yönüyle de, yüklenicinin yapacağı inşaat bakımından arsa sahibine karşı yükümlülüklerini gösteren, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli-karma bir sözleşmedir. Eş söyleyişle yüklenici yönünden inşaat yapma yükümlülüğünü, arsa sahibi yönünden ise tapuda pay intikal ettirme yükümlülüğünü içeren kat karşılığı inşaat sözleşmesi hem inşaat yapma hem de satış vaadi sözleşmesini bünyesinde birleştiren özel bir sözleşme türüdür.*" (HGK, 2017/2930 E., 2021/831 K., 24.06.2021 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 14.04.2022).

⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 20; Aydoğdu/Kahveci, s. 40-41.

arsa sahibinin edimi açısından ise satış veya satış vaadine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır⁷.

Arsa sahibi kararlaştırılan arsa paylarını yükleniciye devretmeyi vadettiğinden, bu sözleşmenin geçerliliği resmi şekle tabidir (6098 sayılı TBK m. 237; 4721 sayılı TMK m. 706; 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60 ve 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26). Noterlik Kanunu m. 60/3 ve m. 89 uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerektiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de noterde düzenleme şeklinde yapılmamışsa geçerli olmaz. Fakat taraflar edimlerini karşılıklı olarak tamamen veya büyük oranda yerine getirmiş veya arsa payı yüklenici devredilmişse şekle aykırılık ileri sürülemez⁸.

III. TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar (m. 2)⁹. Kanun koyucu mülga 4077

⁷ Yargıtay HGK ise bir kararında (1979/15-1613 E., 1982/565 K., 09.06.1982 T.); “... Davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (istisna akdinin); davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır. Kural olarak, karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklendiği yapı yapma edimi için BK.'nın bu tip sözleşmeyi düzenleyen (355 ve bunu izleyen) maddelerinin uygulanmasına karşılık davacının arsa payı mülkiyetini davalıya devir borcu yönünden, satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır...” ifadelerine yer vererek birleştirme (terkip) görüşünü esas almıştır. Karar için bkz. Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası, (E.T. 16.04.2022).

⁸ Bu yönde bkz. HGK, 2017/2930 E., 2021/831 K., 24.06.2021 T., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 14.04.2022).

⁹ Madde gerekçesine göre; “Kanunun kapsamının belirlendiği ikinci maddede “tüketici işlemlerinin” ve “uygulamaların” kapsam dâhilinde olduğu belirtilmiştir. Böylece, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, tüketici kredisi verilmeden önce tüketicilere verilmesi öngörülen sözleşme öncesi bilgi formu, devre tatil sözleşmesinin kurulması esnasındaki satış yöntemi veya bir malın satışından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklara bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.”

sayılı TKHK'daki tanımdan farklı olarak 28 Mayıs 2014'te yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK'da tüketici sözleşmesinin kapsamını daraltan yorumları engellemek ve tereddütleri gidermek amacıyla tüketici işlemi kavramını daha geniş tanımlamıştır. TKHK'nın tanımlar başlıklı 3. maddesinin I bendine göre; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işleme tüketici işlemi adı verilir¹⁰.

Tanımda bazı sözleşmeler (eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler) ismen belirtilmek suretiyle, bu tür sözleşmelerin de somut olayda tüketici işlemi sayılabileceği açıkça ortaya konulmuştur. Böylelikle söz konusu sözleşmelerin tüketici işlemi sayılıp sayılamayacağı konusunda yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir¹¹. Yine tanımda "...her türlü sözleşme ve hukuki işlem..." ibaresine yer verilerek maddede belirtilen sözleşmelerin örnek kabilinden olduğu ve TKHK'daki tanıma uygun herhangi bir sözleşmenin tüketici işlemi olarak kabul edileceği vurgulanmıştır. Sözleşmenin kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olması da şart değildir. Diğer bir ifadeyle gerek isimli bir sözleşme gerekse isimsiz bir sözleşme bu bağlamda karma bir sözleşme de somut olayda şartları varsa tüketici işlemi olabilir¹².

Öte yandan taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili olarak diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez (TKHK m. 83/II)¹³.

¹⁰ "Buna göre tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder şeklinde yeniden tanımlanmıştır. Böylece uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamının daraltan yorumların da önüne geçilmiş olacaktır." (TKHK m. 3 gerekçesi).

¹¹ Ayrıca bkz. Kara, s. 124; Çabri, s. 16-18; Gümüş, s. 9-10.

¹² Ayrıca bkz. ve karşı. Bahtiyar/Biçer, s. 399; Kara, s. 59.

¹³ Madde gerekçesinde de bu husus; "Taraflardan birini tüketicilerin oluşturduğu bir işlemle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının o işlemin tüketici işlemi olmasını engellemeyeceği ve tüketicilerin tüketici hakem heyetlerine veya tüketici mahkemelerine başvurmasını da engellemeyeceği açıkça vurgulanmıştır" şeklinde ifade edilmiştir.

B. AMAÇ KRİTERİ VE SÖZLEŞMENİN KONUSU

Tüketici işlemine ilişkin yasal tanımda, sözleşmenin türü ve niteliği değil, tarafların o işlemle güttükleri amacın esas alındığı görülmektedir¹⁴. Bir başka anlatımla, işlemin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesinde amaç unsuru önem arz etmektedir. Tüketici sözleşmelerinde birbirine zıt amaçla hareket eden kişiler arasında kurulan bir hukuki işlem söz konusudur. Sözleşmenin bir tarafında mal veya hizmet piyasalarında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişi (satıcı/sağlayıcı), diğer tarafta ise tam aksine ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden başka bir kişi (tüketici) bulunmaktadır.

Bir işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için taraflardan birinin TKHK anlamında satıcı veya sağlayıcı olması gerekir¹⁵. TKHK anlamında satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan veya mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiye denir (TKHK m. 3, b. i). Sağlayıcı ise kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla¹⁶ tüketiciye hizmet sunan veya hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiye denir.

Bir sözleşmenin tüketici işlemi vasfı kazanabilmesi için bir tarafının TKHK anlamında satıcı/sağlayıcı olması yetmez, diğer tarafının da tüketici konumunda bulunması gerekir. TKHK m. 3, b. k'ye göre tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiye denir. Bu bağlamda sözleşmeye taraf olan kişi bu sözleşmeyi ticari ve/veya mesleki amaçlarla yapıyorsa tüketici sıfatından bahsedilemez. Tüketici gerçek kişi olabileceği gibi dernek veya vakıf gibi ticari veya mesleki amaç gütmeyen bir tüzel kişi de olabilir.

¹⁴ Bkz. ve karşı. Bahtiyar/Biçer, s. 397 vd.; Kara, s. 69-70.

¹⁵ "... Bir hukuki işlemin, 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin olması gerekirken somut olayda; davacı ile davalılar murisi arasında harici satım sözleşmesi söz konusu olup, davalıların murisinin ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olmadığı anlaşılacakla uyuşmazlığın çözümü Tüketici mahkemelerinin görevi içerisinde bulunmamaktadır..." (3. HD, 2021/3243 E., 2021/8960 K. 23/09/2021 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 13.04.2022).

¹⁶ Satıcı ve sağlayıcı tanımında geçen "ticari veya mesleki amaçlarla" ifadesinin mülga 4077 sayılı TKHK'da olduğu gibi "ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında hareket eden" şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki haklı eleştiri için bkz. Gümüş, s. 14.

Tüketici işleminin konusu mal ve/veya hizmettir. Diğer bir ifadeyle tüketici, taraf olduğu sözleşme ile bir mal veya hizmet ihtiyacını karşılamaya çalışmaktadır. 6502 sayılı TKHK m. 3, b. h uyarınca mal; alışverişe konu olan taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder. Görüldüğü üzere, kanun koyucu her türlü taşınmazı değil sadece konut veya tatil amaçlı taşınmazları TKHK kapsamına almıştır¹⁷. Öte yandan TKHK m. 3, b. d'ye göre hizmet ise; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusuna denir.

IV. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ OLUP OLAMAYACAĞI

A. YARGITAY UYGULAMASI

Mülga 4077 sayılı TKHK döneminde Yargıtay, söz konusu Kanun'un hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi koruduğunu, TKHK kapsamına, yalnızca, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri niteliğindeki olağan tüketim işlerinin dahil olduğunu kabul etmekte idi. Yüksek Mahkeme 6502 sayılı TKHK döneminde verdiği bazı kararlarında da benzer tutumunu devam ettirmektedir¹⁸.

Aynı şekilde Yargıtay farklı tarihlerde verdiği kararlarda, istikrarlı bir biçimde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi niteliği taşımadığına ve bu sözleşmeden doğan uyumsuzlukların tüketici mahkemesinin görev alanına girmediğine hükmetmektedir¹⁹. Yüksek

¹⁷ "... Somut olayda uyumsuzluk; davacı ile davalı arasında imzalanan ... Konut Projesi gayrimenkul satış sözleşmesinden kaynaklanmakta olup tapu kayıtlarına göre davaya konu taşınmaz mesken niteliğindedir. Davada, davalı tüketici konumundadır. Taraflar arasındaki uyumsuzluk Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir..." (3. HD, 2020/5898 E., 2021/5614 K., 27/05/2021 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 20.04.2022).

¹⁸ Örneğin 15. HD bir kararında (2020/856 E., 2020/1500 K., 11.06.2020 T.) TKHK kapsamına, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkilerinin (olağan tüketim işlerinin) alındığını aksi bir yorumun kabulünün, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin bile 6502 sayılı TKHK kapsamında kalmasını ve bunlardan kaynaklanan uyumsuzluklara da Tüketici Mahkemelerinde bakılmasına yol açacağını, bu durumun Kanun'un amacına aykırı olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 20.03.2022).

¹⁹ "... Davacı yüklenici satıcı/sağlayıcı ise de, davalıların nihai tüketici olduğundan sözedilemez. Davalılar Düzenleme Şeklinde Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Kat

Mahkeme'ye göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, arsasını değerlendirmektir. Bu sebeple, arsa sahibinin söz konusu sözleşmeye taraf olma saiki, 6502 sayılı TKHK'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklıdır. Dolayısıyla, Yargıtay'a göre arsa sahibi, TKHK'daki tüketici tanımına uymamaktadır²⁰. Öte yandan Yargıtay, 6502 sayılı TKHK'da kanun koyucunun tüketici işlemi olarak kabul ettiği eser sözleşmesi ile salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak, araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiğini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığını kabul etmektedir²¹. Gerçekten de Yargıtay'a göre; TKHK, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi koruma amacı taşımaktadır. Bu sebeple TKHK kapsamına, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri (olağan tüketim işleri) alınmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, bunun aksine bir yorumun kabulü, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi TKHK kapsamında

Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nde taraf olup, arsa payları bulunmakta olup, eser sözleşmesi ilişkileri anılan Kanun kapsamında ise de, Dairemizin uygulamalarına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri anılan Yasa uyarınca tüketici işlemi kabul edilmemekte ve davaların genel mahkemede görülmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapılmaktadır. Bu nedenle, mahkemece davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekmesi sebebiyle dava şartı yokluğundan davanın reddi gerekirken..." (15. HD, 2018/1607 E., 2018/3413 K., 25.9.2018 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 13.04.2022). Benzer yönde bkz. 15. HD, 2020/856 E., 2020/1500 K., 11.06.2020 T., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022); 23. HD, 2016/3982 E., 2019/2799 K., 18.06.2019 T., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022); 23. HD, 2016/8726 E., 2019/4041 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022); 23. HD, 2016/5195 E., 2019/1424 K., 04.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022).

²⁰ "... 6502 sayılı Kanunun 3. maddesi gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak, Kanunun sistematigi nazara alındığında, kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı BK'nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanununun 3/1-(k) maddesindeki tüketici tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin, 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır...". (20. HD, 2019/2147 E., 2019/4621 K., 01/07/2019 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 17.04.2022).

²¹ 23. HD, 2016/3982 E., 2019/2799 K., 18.06.2019 T., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022).

kalmasını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara da tüketici mahkemelerinde bakılmasını gerektirir ki, bunun Kanun'un amacına aykırı olduğu açıktır²².

Öte yandan belirtmek gerekir ki, yükleniciden konut veya tatil amaçlı taşınmaz satın alan kişi ise tüketici olarak kabul edilmekte ve bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklar tüketici mahkemesinin görev alanına girmektedir²³. Arsa sahibinden konut alanlar bakımından ise, arsa sahibi TKHK bağlamında (bu işi ticari veya mesleki faaliyeti bağlamında yapmadığı sürece) satıcı olarak görülemeyeceğinden, tüketici işleminden bahsedilemeyecektir. Böyle bir

²² "... Taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklandığından, taraflardan her ikisinin de tüketici sıfatının bulunmadığı davada genel mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevli olması nedeniyle yerel mahkemece işin esası incelenerek hüküm kurulması gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." (15. HD, 2020/856 E., 2020/1500 K., 11.06.2020 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 15.04.2022). 4077 sayılı mülga TKHK döneminde de Yargıtay aynı şekilde karar vermektedir. "... Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin tüketici saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Öte yandan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kapsamı, karmaşıklığı ve üst düzey teknolojisi gerektirmesi karşısında, bu davaların; dilekçelerin verilmesi, tahkikat ve hüküm aşamaları yönünden daha kısa ve basit şekilde sonuçlandırılmasında yarar görülen basit yargılama usulüne tabi tutulmasının sakıncaları da gözardı edilmemelidir. Açıklanan nedenlerle somut uyuşmazlığın çözümünde, görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir..." (23. HD, 2016/2142 E., 2018/5961 K., 2018 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 14.04.2022).

²³ "... Sözleşme gereği edimini yerine getiren yüklenici, kendisine düşen bağımsız bölümleri yazılı olmak koşulu ile BK'nın 162 ve devamı maddelerine göre üçüncü kişilere devir ve temlik edebilir. Oturmak amacı ile konut satın alan kişi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşme, BK'nın 162. maddesi hükmüne göre alacağın temlik olup, bu tür sözleşmelerin resmi biçimde yapılmasının zorunlu olmadığı, somut olayda, düzenlenen yazılı sözleşmenin de bu nitelikte olduğu ve konut satışının da 4077 sayılı Kanunda düzenlendiği anlaşılınca, 4077 sayılı Kanun kapsamında kalan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir..." (20. HD, 2019/794 E., 2019/1872 K., 18/03/2019 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 17.04.2022). "... Somut olayda; davacı, davalılarca yapımı üstlenilen inşaattan daire satın aldığını, satış bedelini ödemediğini, ancak dava dışı arsa sahibi ile davalılar arasında akdedilen gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle inşaatın devamı ve dairenin tarafına tesliminin fiilen ve hukuken imkansız hale geldiğini ileri sürerek, sözleşmenin feshi ve ödediği bedelin iadesi talebinde bulunduğundan, iddianın ileri sürülüş biçimine göre, davacı (tüketici) ile davalılar (satıcı) arasında 6502 sayılı kanun kapsamında bir tüketici işleminin bulunduğu anlaşılmaktadır..." (3. HD, 2020/6493 E., 2021/7900 K., 06/09/2021 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 27.04.2022).

durumda TBK'ya tabi satış söz konusu olur ve bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye hukuk mahkemesinde görülür²⁴.

B. DEĞERLENDİRME

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, hukuki işlemin türü ve niteliğinden bağımsız olarak, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamaktadır. Bir işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için ise, yukarıda “Tüketici İşlemi Kavramı” başlığı altında da belirtildiği üzere, işlemin taraflarının TKHK anlamında satıcı/sağlayıcı ve tüketici olması ve işlemin konusunun da yine TKHK anlamında mal ve hizmet sunumuna ilişkin olması gerekmektedir.

Taşınmazlar tüketim malı olmaktan ziyade yatırım malı olması sebebiyle, kural olarak, TKHK kapsamında mal kavramına dahil değildir²⁵. Bu bağlamda ticari veya mesleki amaçla kullanılan veya edinilen büro, mağaza, otel, fabrika, tarla gibi taşınmazları konu alan bir sözleşmeye TKHK hükümleri uygulanmaz. Fakat kanun koyucu, konut veya tatil amaçlı taşınmazları TKHK kapsamına dahil ederek bu tür malları konu edinen sözleşmeler bakımından tüketicileri özel hükümlerle korumuştur.

Konut veya tatil amaçlı taşınmaz, kişinin ticari veya mesleki amaçla değil de kendisinin veya ailesinin özel kullanımını için edindiği, kullandığı veya yararlandığı taşınmazdır. Kişinin yaz aylarında (yazlık) veya kış aylarında oturmak üzere bir ev edinmesi de TKHK kapsamında konut olarak kabul edilir²⁶. Tatil amaçlı taşınmazlar ise genel olarak devre mülk ve devre tatil sözleşmesi olarak karşımıza çıkar²⁷.

²⁴ “... Bu nedenlerle öncelikle davacılarından yükleniciden daire satın alanlar var ise, bu davacılar yönünden görevli mahkeme tüketici mahkemesi olduğundan bu dava dosyasından tefrik edilerek mahkemenin ayrı bir esasına kaydedilip davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması zorunludur. Dairelerini arsa sahiplerinden ya da dava dışı 3. kişilerden satın alanlar yönünden ise şimdiki gibi dava Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülüp sonuçlandırılmalıdır...” (15. HD, 2018/4933 E., 2019/2667 K., 10.06.2019 T.), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), (E.T. 17.04.2022). Kadioğlu'na göre; bu noktada bir çelişki ortaya çıkmakta, yükleniciden daire satın alan kişi TKHK'dan yararlanabilmekte fakat aynı inşaattan arsa sahibine düşen daire satın alan kişi ise bu haktan istifade edememektedir (Kadioğlu, s. 297).

²⁵ Kuntalp, s. 300. Taşınmazların kural olarak TKHK kapsamına alınmamasının sebebi olarak doktrinde, taşınmazların devrinin ağır şekli prosedüre tabi tutulması ve bu tür mallar üzerinde yapılan işlem maliyetinin yüksek olması gibi hususlar da ileri sürülmektedir. Konu hakkında bkz. Ozanoğlu, s. 67 – 68; Akipek, s. 202.

²⁶ Bu yönde bkz. Özdamar, s. 318. Konutun veya tatil amaçlı taşınmazın yalnızca barınma amaçlı kullanılması gerektiği yönünde bkz. Doğan, s. 309.

²⁷ Devre tatil sözleşmesi TKHK m. 50'de düzenlenmiştir. Bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik

Bu açıklamalar ışığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna somut olay özelinde cevap aranması isabetli olur²⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin yaptığı işe karşılık arsa sahibi bedel/ücret değil, belli arsa paylarının devrini üstlenmektedir. Bu sözleşmede, arsa sahibi ile sözleşme akdeden yüklenicinin ticari veya mesleki amaçlarla (ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında) hareket ettiğinde kuşku yoktur. Yüklenici, arsa üzerine bina yaparak kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi vadetmektedir. Bu sebeple yüklenici, TKHK anlamında “mal sunan” (satıcı) sayılır. Bu noktada, arsa sahibinin söz konusu sözleşme ile izlediği amaç önem arz etmektedir. Şayet arsa sahibi kendisinin veya ailesinin konut veya tatil ihtiyacını karşılamak amacıyla sözleşmeye taraf olmuşsa, onu TKHK anlamında tüketici kabul etmemek için bir sebep bulunmamaktadır²⁹. Yükleniciye bedelini ödeyerek konut veya tatil amaçlı taşınmaz mal edinen biri ile arsasını vererek konut veya tatil amaçlı taşınmaz edinmek isteyen biri arasında ayırım yapmak, kanaatimizce TKHK’nın amacına aykırıdır. Zira her iki durumda da yüklenici karşısındaki kişiler, eşit şekilde korunmaya değerdir. Yeter ki arsa sahibi, barınma veya tatil ihtiyacını karşılamak üzere sözleşmeyi yapıyor olsun. Gerçekten de kendisinin veya ailesinin ihtiyacı için konut veya tatil amaçlı bir taşınmaz elde etmek isteyen bir kişi, bu ihtiyacını ister para vermek suretiyle yani satın almak suretiyle gidersen isterse para yerine arsasını vererek aynı amaca ulaşmaya çalışsın, her iki durumda da mal edinilmesinde başkasına bağımlılık söz konusudur. TKHK’nın amacı, mal ve hizmet ihtiyaçlarının karşılanmasında başkalarına bağımlı konumda bulunan kişiyi (tüketiciyi), piyasanın egemen aktörlerine (satıcı/sağlayıcıya) karşı korumaktır. Fakat arsa sahibi ticari veya mesleki amaç güdüyorsa, örneğin arsa sahibi bir ticaret şirketi ise veya ticari veya mesleki faaliyetlerinde kullanmak amacıyla bağımsız bölüm elde ediyorsa ya da elde edeceği

konaklama imkânı veren sözleşmelere devre tatil sözleşmesi adı verilir. Devre tatil sözleşmeleri ile sağlanan hakkın şahsi veya ayni bir hak olması ya da devre tatil satışının finansal kiralama ile yapılması TKHK m. 50’nin uygulanmasına engel değildir.

²⁸ Bkz. ve karş. Uzun Kazmacı/Hamamcıoğlu, (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/61>), (E.T. 27.04.2022).

²⁹ Bkz. ve karş. Özdamar, s. 318; Özçelik, s. 1163-1164. Öz’e göre de arsasını yükleniciye veren kişi, ticari bir amaçla değil de konut veya tatil amaçlı bağımsız bölüm elde etmek gayesi güdüyorsa, söz konusu sözleşme bakımından TKHK hükümleri uygulanabilir. Arsa sahibinin birden fazla bağımsız bölüm edinecek olması bu neticeyi değiştirmez (Öz, s. 6). Tüketicinin edindiği bağımsız bölümü bizzat kullanması şart değildir. Konut veya tatil amaçlı kullanılmak üzere tüketici sözleşmeyi üçüncü kişi yararına yapabileceği gibi başkasına bağışlama amacıyla da bu taşınmazın edinilmiş olması mümkündür (Çabri, s. 52).

bağımsız bölümü salt başkalarına ivazlı olarak devretmek veya kiralamak gayesi taşıyorsa tüketici sıfatından bahsedilemeyecektir³⁰. Yargıtay'a göre de bir mal veya hizmeti, şahsi ihtiyaçları dışında, bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, kiraya verme, ticari olarak kullanma gibi mesleki veya ticari amaçlarla edinenler tüketici olarak kabul edilemez³¹. Ancak başlangıçta konut veya tatil ihtiyacını karşılamak amacıyla sözleşmeye taraf olan kişinin elde ettiği bağımsız bölümü bir süre sonra satmaya veya kiraya vermeye karar vermesi tüketici sıfatını etkilemez³².

Arsa sahibi yükleniciden birden fazla bağımsız bölüm elde etmişse, bunlardan yalnızca kendisinin veya ailesinin konut veya tatil ihtiyacını karşılamak amacıyla edindiği taşınmaz bakımından tüketici kabul edilir³³. Bu noktada belirtmek gerekir ki, arsa sahibi bir bağımsız bölümü kendi ihtiyacı için diğer bir bağımsız bölümü ise yakınının (örneğin çocuğunun) konut veya tatil amaçlı olarak kullanması amacıyla edinmişse, her iki bağımsız bölüm açısından da tüketici sıfatının varlığından söz edilebilecektir. Zira bir hukuki işlemin TKHK kapsamında değerlendirilebilmesi için kişinin malı edinme amacı önem taşımaktadır. Yalnızca elde edilen bağımsız bölüm sayısına bakılarak nihai bir sonuca varmak doğru olmaz. Bu tür bağımsız bölümlerle ilgili bir uyuşmazlık çıktığında tüketici mahkemesi görevli olur.

³⁰ Bkz. ve karşı. Doğar, s. 316-317; Çabri, s. 61-62.

³¹ "... Mahkemece davacının iki adet daire satın alması nedeniyle tüketici kabul edilemeyeceği gerekçesiyle dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeksizin ve duruşma açılmaksızın görevsizlik kararı verilmiş ise de; mahkemece sadece satın alınan dairenin sayısı dikkate alınarak davacının tüketici kabul edilmemesi yerinde değildir. Konut alım-satımına dair uyuşmazlıkların 6502 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için tüketicinin malı satın alma amacı çok büyük önem taşımaktadır. Yasa, nihai tüketici tarafından kullanım amacı ile alınan konut ve tatil amaçlı taşınmazlar yönünden geçerlidir. Bir mal veya hizmetin, kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, kiraya verme, ticari olarak kullanma vs. gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanların tüketici kabul edilmeyecekleri kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek duruşma açılması ve bundan sonra satın alınan dairelerin satın alma amacının araştırılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (13. HD, 2015/36754 E., 2016/2002 K., 27.01.2016 T.), (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası), (E.T. 17.04.2022).

³² Bkz. ve karşı. Çabri, s. 62; Uzun Kazmacı/Hamamcıoğlu, (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/61>), (E.T. 27.04.2022).

³³ Ayrıca bkz. Özdamar, s. 318.

V. SONUÇ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde de ifade edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Yargıtay arsa sahibi ile yüklenici arasında kurulan bu tür sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul etmemekte ve böylece arsa sahibinin TKHK'daki özel hükümlerden yararlanmasına engel olmaktadır. Kanaatimizce, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi vasfı taşıyıp taşımadığı somut olay özelinde değerlendirilmelidir. 6502 sayılı TKHK'nın amacı ve tüketici işlemi tanımı dikkate alındığında, bu tür sözleşmelerin de somut olayda tüketici işlemi sayılabilmesi mümkündür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğinde kuşku yoktur. Sözleşmenin karşı tarafını oluşturan arsa sahibi, somut olayda, arsanın devri karşılığında kendisi veya yakınlarının kullanımı için konut veya tatil amaçlı taşınmaz edinmek amacıyla sözleşmeye taraf olmuşsa (yani ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmişse) tüketici işleminden bahsetmek mümkün olur. Her somut olayda durumun hâkim tarafından incelenmesi gerekir. TKHK'nın amacı, ihtiyaçlarının karşılanmasında başkalarına bağımlı konumda bulunan kişiyi (tüketiciyi), mal ve hizmet piyasasının güçlü aktörlerine (satıcı/sağlayıcıya) karşı korumaktır. Yükleniciye bedelini ödeyerek konut veya tatil amaçlı taşınmaz mal edinen biri ile arsasını vererek yine konut veya tatil amaçlı taşınmaz edinmek isteyen biri arasında ayırım yapmak, TKHK'nın amacına aykırıdır. Çünkü her iki durumda da yüklenici karşısındaki kişiler, eşit şekilde korunmaya değerdir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Seçkin Yayınları, Ankara 1999.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.2, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Bahtiyar, Mehmet/Biçer, Levent, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 22, 3, 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 395-436.
- Çabri, Sezer, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Doğar, Mehmet, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 6, 2021/1, s. 305-326.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, B. 3, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- Gümüş, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I (Madde 1- 46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Kadıoğlu, Kâmil, “4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 4822 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 55, 2004, s. 295-316.
- Kahraman, Zafer, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukukî Durumu”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 425-457.
- Kara, İlhan, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015.
- Kuntalp, Erden, “Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayrımı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s. 287-311.
- Ozanoğlu, Hasan S., “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50 (1), 2001, s. 55-89.
- Öz, Turgut, “Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Mal Satışından Doğan Sorunlar”, Fasikül Hukuk Dergisi, Jurix, 29, Nisan 2012, s. 6-11.

Özçelik, Ş. Barış, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4), 2015, s. 1161-1188.

Özdamar, Naci, “4822 Sayılı Yasa ile Değişik 4077 Sayılı Yasa’da Tanımlanan Konut Nedir?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 55, 2004, s. 317-331.

Uzun Kazmacı, Özge/Hamamcıoğlu, Esra, “Tüketici İşlemi Açısından Konut Alımlarında Yatırım Amacının Değerlendirilmesi”, KHAS Hukuk Bülteni, 10 Aralık 2021. (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/61>), (E.T. 27.04.2022).

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 14, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARI: ZORUNLU İNSAN HAKLARI DURUM TESPİT YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*Business and Human Rights: Mandatory Human Rights Due
Diligence Obligations*

Zeynep Derya TARMAN*

Öz

Çok uluslu şirketler faaliyette buldukları ülkelerin ekonomilerine bir yandan katkı sağlarken aynı zamanda çevre kirliliği, güvensiz ve sağlıksız çalışma koşulları, yetersiz ücret, çocuk işçiliği ve yerli halkı zorla yerinden etme gibi olumsuz etkilere ve bunun sonucu olarak insan hakları ihlallerine neden olabilmektedirler. Bu çalışmada çok uluslu şirketlerin ticari faaliyetlerinin sebep olabileceği insan hakları ihlallerinin ve çevresel tahribatın engellenmesi amacıyla hizmet eden insan hakları durum tespit yükümlülükleri incelenmiştir. Bu çerçevede, başta Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri olmak üzere uygulanmaları gönüllülük esasına dayanan ve bağlayıcı olmayan hukuk metinleri ele alınmıştır. Daha sonra Avrupa Birliği bünyesindeki gelişmeler açıklanmış, ardından bazı ülkesel düzenlemelere yer verilmiştir. Ülkesel düzenlemeler bakımından Türkiye ile olan ihracat hacimleri göz önünde bulundurularak Almanya, Birleşik Krallık, Fransa ve Hollanda'daki iş dünyası ve insan hakları durum tespit yükümlülükleri kapsamında yaşanan gelişmeler incelenmiştir. Son olarak, Türk hukukundaki durum ve söz konusu gelişmelerin özellikle Türkiye'de yerleşik şirketler üzerindeki etkileri değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Çok Uluslu Şirket, Tedarik Zinciri, *Ruggie* Prensipleri, İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri

Makalenin Geliş Tarihi: 03.03.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 27.09.2022

* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: ztarman@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2574-8643.

Bu çalışmanın kaynakça araştırmasındaki yardımlarından ötürü Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi Nilay Dağdelen Yaşar'a teşekkür ederim.

Abstract

While multinational companies contribute to the economies of the countries in which they operate, they can also cause negative effects such as environmental pollution, unsafe and unhealthy working conditions, insufficient wages, child labor and forced displacement of indigenous people, and as a result, human rights violations. In this paper, corporate human rights due diligence obligations, which serve the purpose of preventing human rights violations and environmental damage that may be caused by the commercial activities of multinational companies, are examined. In this context, non-binding and voluntary legal texts, especially the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights are discussed. Then, the developments within the European Union are explained, and then certain national regulations are included. In terms of the national regulations, considering the export volumes with Turkey, the corporate human rights due diligence obligations under German, English, French and Dutch laws are examined. Finally, the effects of these developments especially on companies located in Turkey and in this regard the need for a reform under Turkish law are evaluated.

Key Words: Human Rights, Multinational Corporation, Supply Chain, Ruggie Principles, Human Rights Due Diligence Obligations

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak

Günümüzde çok uluslu (global)¹ şirketlerin belirli bir ürünü kendilerinin ürettiği ve sattığı zamanlar çoktan geride kalmıştır ve üretim süreçleri çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerdeki tedarikçiler tarafından

¹ Terminoloji olarak uluslararası hukuk düzeninde Birleşmiş Milletler Türkçeye “ulus ötesi” veya “ulus aşırı” olarak çevrilebilecek “*transnational corporations*” kavramını; Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD) ise Türkçeye çok uluslu şirket olarak çevrilebilecek “*multinational corporations*” terimini tercih etmektedir. Türk hukukunda daha yaygın kullanımından dolayı bu çalışmada çok uluslu şirket terimi kullanılmıştır. Çok uluslu şirket kavramı için bkz. Philip Alston, “The “Not-a-Cat” Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?” in Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford 2005) 30; Engin Yıldırım, “Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, *VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu*, 13-14 Kasım 2014, <https://www.petrol-is.org.tr/sites/default/files/tum-dokuman-baski.pdf>, 3; Zeynep Derya Tarman, “İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim” *PPIL* 40, no.2 (2020), 1548.

şekillendirilmektedir². Ticari faaliyetlerini geliştirmekte olan ülkelerde genellikle yavru şirketleri aracılığıyla yürüten çok uluslu şirketler faaliyette buldukları ülkelerin ekonomilerine istihdam imkânı yaratarak bir yandan katkı sağlarken aynı zamanda çevre kirliliği ve insan hakları ihlallerine neden olabilmektedirler³. Bir diğer ifade ile çok uluslu şirketlerin faaliyet gösterdiği geliştirmekte olan ülkelerde iş güvenliği ve çevre sağlığı standartları daha düşük olduğu ve bu ülkelerin söz konusu standartlara ilişkin mevzuatları yeterli korumayı sağlamadığı için bu tarz uluslararası ticaret uygulamaları beraberinde insan hakları ihlalleri ve çevresel tahribat riskini getirmektedir⁴.

Tarihte yaşanan iş kazaları ve çevre facialarından gerekli dersler çıkarılmamış olacak ki özellikle geliştirmekte olan ülkelerde hala çok uluslu şirketlerin faaliyetleri dolayısıyla insan haklarının ihlal edildiği pek çok durum ile karşı karşıya kalınmaktadır.

İnsan hakları ihlallerinin en çok karşılaşıldığı sektörlerden birisi tekstil sektörü olup, yeterli iş sağlığı ve güvenliği standartlarının sağlanamamış olması sebebiyle yakın geçmişte binlerce tekstil işçisinin ölümüne ve yaralanmasına neden olan birçok faciaya tanıklık edilmiştir. Bu işçi facialarından birisi de 24 Nisan 2013 tarihinde dünyanın en büyük hazır giyim ürünleri üreticisi konumundaki ülkelere biri olan Bangladeş'te gerçekleşen *Rana Plaza* olayıdır. Bu olayda binlerce işçinin çalıştığı hazır giyim fabrikalarının ve dükkânların bulunduğu *Rana Plaza*, 1138 işçinin ölümüne ve 2500'den fazla işçinin yaralanmasına neden olacak şekilde çökmüştür⁵. *Wal-Mart, Mango, Benetton, Primark, Kik* ve *C&A* gibi birçok önemli şirkete üretim yapan ve çoğunluğu kayıt dışı olan işçilerin çalıştığı *Rana Plaza*'nın çöküşü dünya hazır giyim tarihinin en ölümcül felaketlerinden biri olarak kayıtlara geçmiştir⁶. Mevcut imar kanunlarına aykırı bir şekilde inşa edilen, duvarlarındaki çatlamlar nedeniyle belediyenin faciadan bir gün önce tehlike

² Çiçek Ersoy and Hatice Çamgöz Akdağ, "Recent Developments in Supply Chain Compliance and in Europe and Its Global Impacts on Businesses", In *Digitizing Production Systems*, edited by Numan M Durakbaşı and M Güneş Gençyılmaz, Springer (2022), 578.

³ Çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlalindeki hukuki sorumluluğunun teorisi hakkında bkz. Alston, "The "Not-a-Cat" Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?", 3-36; Tarman, "İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim", 1548.

⁴ Ersoy and Çamgöz Akdağ, "Recent Developments in Supply Chain Compliance", 578-579.

⁵ "The Rana Plaza Accident and its Aftermath." International Labour Organization. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang-en/index.htm.

⁶ "Rana Plaza." Clean Clothes Campaign. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://cleanclothes.org/campaigns/past/rana-plaza>.

raporu vermesi sebebiyle boşaltılmaya başlanan ve pek çok işçinin ilk etapta girmeyi reddettiği *Rana Plaza* o gün ücret kesintisi ve işten çıkarılma tehdidiyle binaya girmek zorunda bırakılan pek çok işçinin ölümüne neden olmuştur. Yaşanan facia sonrası Bangladeş'teki işçilerin güvenli bir ortamda çalışmasını sağlamak amacıyla Küresel Sanayi İşçileri Federasyonu başta olmak üzere pek çok işçi hakları savunucusunun sivil toplum örgütünün ve sendikanın katılımıyla kampanyalar yürütülmüştür.

Çevre ihlalleri söz konusu olduğunda ise ilk akla gelen örnekler çok uluslu dünya devi petrol şirketlerinin gelişmekte olan ülkelerdeki faaliyetleri ile ilgilidir. Bu kapsamda 1950'li yıllardan beri Nijerya'da faaliyet gösteren *Shell*'in tarım arazilerine ve içme sularına karışan petrol sızıntılarının Nijer deltasında yarattığı çevresel tahribat örnek olarak verilebilir. Öte yandan *Shell*'in bölgeyi terk etmesi için barışçıl protestolar düzenleyen yerel halk sistematik olarak mağdur edilmiş olup Nijerya hükümetinin güvenlik güçlerinin yürüttüğü operasyonlar sırasında ciddi insan hakları ihlalleri de meydana gelmiştir⁷. Yerel halka karşı güvenlik güçlerinin yürüttüğü baskı rejiminde *Shell*'in hükümetle iş birliği içinde olduğu ve hatta bu operasyonları finanse ettiği sıklıkla dile getirilmektedir⁸. Uluslararası Af Örgütü de *Shell*'in şirket merkezinin bulunduğu Hollanda ve Birleşik Krallık devletlerine Nijerya güvenlik güçleriyle yapmış olduğu iş birliği çerçevesinde sebep olduğu insan hakları ihlalleri bakımından *Shell*'in sorumluluğuna ilişkin soruşturma yürütülmesi çağrılarında bulunmuştur⁹. Birçok kez yargıya taşınan bu insan hakları ve çevresel ihlaller sebebiyle yerel halkın açmış olduğu ve 30 yılı aşkındır süren bir davada Hollanda Temyiz Mahkemesi *Shell*'in Nijerya'da kurulu yavru şirketinin şirket faaliyetleri sırasında meydana gelen sızıntılar nedeniyle sebep olduğu çevre kirliliğinden sorumlu olduğuna karar vermiş ve

⁷ William Clowes, "Shell Will Pay \$ 111 Million to End Nigerian Oil-Spill Case," *Bloomberg News*, 12 Ağustos 2021. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-11/shell-to-pay-110-million-to-end-30-year-nigeria-oil-spill-case>. Roorda, Lucas, and Daniel Leader. "Okpabi v Shell and Four Nigerian Farmers v Shell: Parent Company Liability Back in Court." *Business and Human Rights Journal* 6, no. 2 (2021): 368–376.

⁸ Newman, David. "Litigation Update: Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co." *Sustainable Development Law and Policy*, Spring/Summer 2002, 3, 20.

⁹ "Shell Cinayetlerin Suç Ortağı mı?" Uluslararası Af Örgütü. 28 Kasım 2017. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.amnesty.org.tr/icerik/shell-cinayeterin-suc-ortagi-mi>; John Vidal, "Shell Oil paid Nigerian military to put down protests, court documents show" *The Guardian*. 3 Ekim 2011. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.theguardian.com/world/2011/oct/03/shell-oil-paid-nigerian-military>.

bu şirketin bölgedeki çiftçilere tazminat ödemesine hükmetmiştir¹⁰. Mahkeme, söz konusu çevre tahribatından ana şirket konumundaki çok uluslu *Shell* şirketini sorumlu bulmamış; ancak, sızıntı tespit sistemi oluşturarak muhtemel sızıntıların ve kirliliğin önüne geçebilmek adına gerekli adımları atması gerektiğini vurgulamıştır. Bunun üzerine *Shell* yakın zamanda 111 milyon ABD doları tazminat ödemeyi kabul ederek davacılar ile uzlaşmıştır¹¹. İngiltere’de ise Yüksek Mahkeme yakın zamanda Nijerya’da sebep olduğu çevre kirliliği nedeniyle *Shell*’in ilgili davaların Nijerya mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönündeki iddiasının aksine *Shell*’e karşı İngiltere mahkemelerinde dava açılabilirliğine hükmetmiştir¹².

Sosyal güvenceden yoksun kayıt dışı istihdamın ve özellikle çocuk/mevsimlik işçi probleminin yadsınamaz bir gerçek olduğu Türkiye’de de çok uluslu şirketlerin neden olduğu insan hakları ihlalleri ve çevre zararları meydana gelmektedir. Dünyanın üçüncü büyük çikolata şirketi olan ve ürünlerinde kullandığı fındığın % 30’unu diğer pek çok çikolata şirketi gibi Türkiye’den tedarik eden İtalyan *Ferrero Rocher* şirketi yakın zamanda yapmış olduğu açıklamalarında Türkiye’nin tarım sektöründeki çocuk işçi sorununu kabul ederek tedarik zincirleri boyunca çocuk işçiliğini önlemeye ve ortadan kaldırmaya kararlı olduklarını belirtmiştir¹³. Bu kapsamda

¹⁰ Four Nigerian Farmers and Stichting Milieudefensie v Royal Dutch Shell PLC and another [2021] ECLI:NL: GHDHA: 2021:132 (Oruma), ECLI: NL: GHDHA:2021:133 (Goi) and ECLI: NL: GHDHA:2021:134 (Ikot Ada Udo); Yusuf Özkan, “Shell, Nijerya’da tarım arazilerini kirlettiği çiftçilere tazminat ödeyecek.” BBC News Türkçe. 29 Ocak 2021. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55847398>.

¹¹ William Clowes, “Shell Will Pay \$ 111 Million to End Nigerian Oil-Spill Case,” *Bloomberg News*, 12 Ağustos 2021. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-11/shell-to-pay-110-million-to-end-30-year-nigeria-oil-spill-case>.

¹² Okpabi and others v Royal Dutch Shell plc and another [2021] UKSC 3. “Shell: Petrol sızıntısından zarar gören Nijeryalılar İngiltere’de şirket aleyhine dava açabilecek.” BBC News Türkçe. 12 Şubat 2021. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56045971>. Ayrıntılı bilgi için bkz. Meltem Ece Oba, “Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: Vedanta v Lungowe ve Okpabi v Shell Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.” *PPIL* 41 (2021): 181-185.

¹³ Lorenzo Tondo, “Ferrero Rocher chocolates may be tainted by child labour.” *The Guardian*. 20 Aralık 2019. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.theguardian.com/global-development/2019/dec/20/are-ferrero-rocher-chocolates-tainted-by-child-labour>; “Turkey: Hazelnuts in Ferrero Rocher supply chain linked to child labour, includes company comments.” BHR Resource Centre. 1 Ocak 2020. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022.

gerçekten de yıl boyu Adana'daki pamuk tarlalarından Isparta'daki gül bahçelerine, oradan Rize'deki çay tarlalarına ve sonrasında Giresun'daki fındık bahçelerine göçen mevsimlik tarım işçileri Türkiye'nin bir gerçeğidir. Mevsimlik tarım işçisi olarak çalışan bu işçilerin herhangi bir güvenceleri olmadığı gibi mevsimlik tarım işçisi olarak birçok çocuk en temel hakları olan eğitim-öğretim imkânlarından dahi faydalanamamaktadır. Diğer yandan özellikle son yıllarda Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı yoğun göç dalgası sebebiyle kayıt dışı ve sosyal güvencesiz istihdamın boyutu katlanarak artmaktadır.

Bahsi geçen bu örneklerde de görüleceği üzere, çok uluslu şirketlerin gelişmekte olan ülkelerdeki faaliyetleri bu ülkelerde öngörülen düşük insan hakları ve çevre standartları nedeniyle ciddi insan hakları ve çevre ihlallerine sebebiyet vermektedir. Öte yandan dünya genelinde vahşi kapitalizm anlayışı yerini tedarik zincirine dâhil olan işçilerden işverenlere dek tüm menfaat sahipleri arasında dengelerin sağlanması gerektiği yönündeki anlayışa bırakmaktadır ve bu durum iş dünyası ve insan hakları ile çevrenin korunması alanında son yıllarda pek çok önemli gelişmenin yaşanmasına vesile olmuştur.

B. Uygulanacak Hukuki Çerçeve

İş dünyası ve insan hakları ile ilgili yaşanan önemli gelişmelerden ilki sürdürülebilir, sorumlu ve kapsayıcı bir küresel ekonominin sağlanması amacıyla ortaya konan Birleşmiş Milletler (BM) Küresel İlkeler Sözleşmesi (*United Nations Global Compact*)'dir¹⁴. İnsan hakları, çalışma standartları, çevre ve yolsuzlukla mücadele olmak üzere dört ana başlık altında toplam 10 temel ilkedен oluşan BM Küresel İlkeler Sözleşmesi konuyla ilgili evrensel olarak kabul edilen bazı BM çıktılarına dayanmaktadır¹⁵. BM Küresel İlkeler Sözleşmesi kapsamında, iş dünyasının insan haklarını desteklemesi, insan hakları ihlallerinin suç ortağı olmaması, sendikalaşmayı ve toplu müzakere özgürlüğünü desteklemesi, zorla çalıştırma ve her türlü çocuk işçi çalıştırma, işe alım ve işe yerleştirmede ayrımcılık gibi uygulamalara son vermesi beklenmektedir. Ayrıca, iş dünyasının çevre sorunlarına ihtiyatlı yaklaşması, çevresel sorumluluğunu artıracak her türlü faaliyeti ve çevre dostu

<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/turkey-hazelnuts-in-ferrero-rocher-supply-chain-linked-to-child-labour-includes-company-comments/>.

¹⁴ Oliver F. Williams. "The UN Global Compact: The Challenge and The Promise" *Business Ethics Quarterly* 1484 (2004), 755.

¹⁵ Bkz: İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, ILO Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi, BM Rio Çevre ve Kalkınma Bildirgesi ve BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi.

teknolojileri desteklemesi ve son olarak her türlü yolsuzlukla mücadele etmesi arzu edilmektedir¹⁶.

BM Küresel İlkeler Sözleşmesi'ni takiben 2008 yılında BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Özel Temsilcisi *John Gerard Ruggie*, münhasıran iş dünyasından kaynaklanan insan hakları ihlallerini hedef alan ve devletlerin yükümlülükleri ile şirketlerin sorumluluklarını düzenleyen bir ilkeler dizisi hazırlamıştır¹⁷. BM İnsan Hakları Konseyi tarafından 2011 yılında onaylanan ve *Ruggie Prensipleri* olarak da anılan BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin¹⁸ öngördüğü en önemli düzenleme Türkçeye “durum tespiti” olarak çevrilebilecek “*due diligence*” ve “değer zinciri uyumu” olarak çevrilebilecek “*value chain compliance*” yükümlülükleridir. Şirketler aslında durum tespit yükümlülüğü kavramına, özellikle yatırımcı veya alıcı sıfatıyla dâhil oldukları birleşme ve devralma işlemleri sırasında hedef varlığı veya işletmeyi değerlendirmek için yürüttükleri durum tespiti (“*due diligence*”) süreçlerinden dolayı aşınadır. Ancak söz konusu durum tespiti veya uyum süreci denilince ilk akla gelen rekabet hukuku, kişisel verilerin korunması, rüşvet, yolsuzluk veya kara para aklama ile mücadele gibi şirketler için ticari ve hukuki riskleri yüksek olan işlemler ile ilgili süreçlerdir. Oysa bu klasik uyum tanımını giderek farklı alanları ve kavramları içerecek şekilde genişlemektedir. Bu alandaki gelişmelerden biri de şirketlerin yürüttükleri durum tespit yükümlülüğü raporlamalarının kapsamının insan hakları ve çevresel etki değerlendirmelerini de içine alan bir yönde genişlemesidir. Bu genişleme kapsamında şirketler için yeni risk alanlarından biri de tedarik

¹⁶ Bu yönde ve daha detaylı bilgi için “UN Global Compact” Birleşmiş Milletler. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.unglobalcompact.org>; “10 İlke.” Global Compact Network Türkiye. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/>.

¹⁷ John Gerard Ruggie, “*Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*”, Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises. 7 Nisan 2008. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>; John Gerard Ruggie. *The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business & Human Rights*. HKS Working Paper No. RWP17-030. 2017. Erişim Tarihi 13 Ocak 2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984901.

¹⁸ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR - *United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights*), ‘Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*)’ HR/PUB/11/04 (2011) için (İngilizce) <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinsshr_en.pdf> Erişim Tarihi 22 Aralık 2021.

zinciri uyum süreçleridir. Tedarik zinciri uyumu ile kast olunan şirketlerin sadece kendi faaliyetlerinde değil, aynı zamanda hammaddenin çıkarılmasından son müşteriye teslimata kadar doğrudan veya dolaylı olarak sürece dâhil olabilecek tüm işletmelere ilişkin faaliyetlerinde, yani aslında tedarik zincirinin tüm aşamalarında belirli hukuki güvence ve standartları sağlamalarıdır. Zira bir şirketin misyonu sadece hissedarlara değil aynı zamanda müşterilere, tedarikçilere, işçilere, topluluklara ve çevreye hizmet etmek olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda iş dünyası ve insan hakları konusundaki güncel gelişmeler de dikkate alındığında şirketlerin çevresel, sosyal ve yönetim veya güncel kullanımı ile ESG (*Environmental, Social and Corporate Governance*) konularını ele alış şekilleri tedarik zinciri uyum sürecinde ele alınması gereken yasal risk unsurlarının başında gelmektedir. En önemlisi bu alanda yaşanan gelişmeler neticesinde zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülükleri de artık ESG uyum sürecinin bir parçası olarak kabul edilmektedir¹⁹.

2011 yılından bu yana, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nde öngörülen insan hakları durum tespit yükümlülüğü, İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (*Organisation for Economic Co-operation and Development* - OECD) Çok Uluslu İşletmeler için Rehber İlkeler (OECD Rehber İlkeler)²⁰ ve Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organisation* - ILO) Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi²¹ dâhil olmak üzere, kilit uluslararası politika araçlarına dâhil edilmiştir. OECD, Sorumlu İş Davranışı için OECD Durum Tespiti Rehberi²² ve çeşitli sektörel belgeler dâhil olmak üzere durum tespiti hususunda kapsamlı kılavuzlar yayınlamıştır.

¹⁹ Bu yönde ve detay bilgi için Ersoy and Çamgöz Akdağ, "Recent Developments in Supply Chain Compliance", 578-579.

²⁰ İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD) Çok Uluslu İşletmeler için Rehber İlkeler (*The Organisation for Economic Co-operation and Development Guidelines for Multinational Enterprises*) için (Türkçe) Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://www.oecdwatch.org/wp-content/uploads/sites/8/2012/06/OECD-Watch-brochure-Turkish.pdf>.

²¹ ILO Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi için (İngilizce) bkz. "The Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy." Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.

²² OECD Sorumlu İş Davranışı için OECD Durum Tespiti Rehberi (*OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*) için (İngilizce) Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>.

Uygulanmaları gönüllülük esasına dayanan ve bağlayıcı olmayan bu hukuk metinleri (*soft law*) çok uluslu şirketlere ticari faaliyetleri sırasında insan hakları ve çevre başta olmak üzere pek çok konuda sorumlu davranmaları konularında önerilerde bulunmaktadır²³. Hukuken bağlayıcılıkları olmasa da söz konusu metinlerde yer alan ilkeler iş dünyası ve insan hakları alanındaki politikalar bakımından devletlere ve şirketlere yol gösterici olmakta, bu alandaki duyarlılığın artmasına katkı sağlamaktadır²⁴. Ayrıca, çok uluslu şirketlerin tedarik zincirlerinde yer alan diğer şirketler ile aralarındaki sözleşmelere hükümler konulması suretiyle kimi ilkeler uygulamada bağlayıcı hale getirilmeye çalışılmaktadır²⁵.

BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubu da BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin uygulanmasını ve devletlerin kendi ulusal eylem planlarını kabul etmesini teşvik etmektedir. Avrupa Birliği (AB) de BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin kabul edilmesinin ardından yeni bir strateji belgesi yayınlamış, üye devletlerin bu meseleye ilişkin bir eylem planı hazırlamalarını istemiş ve bir yandan da bu kapsamda topluluk içerisinde yasama faaliyetlerine girişmiştir²⁶. AB üyesi bazı ülkeler ise AB nezdindeki yasama faaliyetlerini beklemeden ulusal hukuklarını düzenleme yoluna gitmişlerdir. Söz konusu ulusal ve uluslararası düzeydeki yasal düzenlemeler ve hukuki metinler aşağıda daha detaylı olarak ele alınacaktır.

Bu çalışmada çok uluslu şirketlerin uluslararası ticari faaliyetleri boyunca insan haklarının ve çevrenin korunmasını sağlamak amacıyla durum tespit yükümlülükleri kapsamındaki küresel gelişmeler ve bu gelişmelerin özellikle Türkiye'de yerleşik şirketler bakımından etkileri inceleme konusu yapılmıştır. Ülkesel düzenlemeler bakımından Türkiye ile olan ihracat hacimleri göz önünde bulundurularak Almanya, İngiltere, Fransa ve

²³ Hükümetlerarası örgütlerin düzenlemeleri için ayrıca, bkz. Kıvılcım Zeynep "Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği" Ankara Üniversitesi SBF Dergisi (2010) 65-3, 93-96; Can Ozan ve Yücel Recep, "Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (2019) 35 (2), 113.

²⁴ Başak Bağlayan, "A Study on Potential Human Rights Due Diligence Legislation in Luxembourg", 2021 Erişim Tarihi 13 Ocak 2022. https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/48683/1/Baglayan_Study_HRDD.pdf. 11.

²⁵ Yıldırım, "Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", 6-7; Tarman, "İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim" 1553.

²⁶ "EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy." Avrupa Birliği Konseyi. 2012. Erişim Tarihi 22 Ocak 2022. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/en/pdf>; Yıldırım, "Birleşmiş Milletler İş Hayatı", 15; Bağlayan, "A Study on Potential Human Rights", 11.

Hollanda'daki iş dünyası ve insan hakları durum tespit yükümlülükleri kapsamında yaşanan gelişmeler incelenecektir²⁷. Bu kapsamda şu an için her ne kadar Türk hukukunda bir yasama çalışması olmasa da ihracat cenneti olan Türkiye'de yerleşik şirketlerin küresel tedarik zincirlerindeki pozisyonları göz önüne alındığında bu alanda bölgesel veya ülkesel olarak getirilecek düzenlemelerin Türkiye'de yerleşik şirketleri de etkileyecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönden çalışmanın Türkiye'de yerleşik şirketler bakımından yol gösterici olması amaçlanmaktadır.

II. ULUSLARARASI GELİŞMELER

Günümüzde çok uluslu şirketlerin insan haklarına saygılı olmaları gerektiği ve çevreyi koruma sorumlulukları olduğu kabul edilmekle beraber söz konusu şirketlerin tedarik zinciri boyunca sebep oldukları insan hakları ihlallerinden ve çevre tahribatlarından nasıl sorumlu tutulacakları meselesi tam anlamıyla çözüme kavuşturulmuş değildir. İlk bölümde bahsi geçen ve çok uluslu şirketlere ticari faaliyetleri sırasında insan hakları ve çevre dâhil pek çok konuda sorumlu davranmaları hususunda öneriler sunan düzenlemeler bağlayıcı olmayan (*soft law*) hukuk metinleri olduğu için uygulanmaları ancak şirketlerin inisiyatifi dâhilinde olmaktadır. Çeşitli çalışmalar, dünya çapındaki tüm çabalara rağmen insan hakları durum tespit yükümlülüğü uygulamasının sınırlı kaldığını, yeterli olmadığını göstermektedir²⁸. Bu nedenle bu düzenlemelerin bağlayıcı hukuk metinleri haline getirilmeleri konusunda farkındalık ve yasama mercileri nezdinde baskı yaratılması bakımından sivil toplum kampanyaları önem arz etmektedir. Halihazırda da durum tespit yükümlülüğü bakımından bölgesel ve ülkesel yasama girişimlerine sivil toplum kampanyaları öncülük etmektedir²⁹. Bu kapsamda BM ve OECD gibi hükümetlerarası örgütlerin faaliyetleri ve

²⁷ Ticaret Bakanlığı'nın güncel dış ticaret verilerine göre Almanya, İngiltere, Fransa ve Hollanda Türkiye'nin en fazla ihracat yaptığı ilk 10 ülke arasında yer almaktadır. Bu yönde bkz. "En Fazla İhracat Yapılan 10 Ülke" T.C. Ticaret Bakanlığı. Erişim Tarihi 17 Ocak 2022. <https://ticaret.gov.tr/data/5d63d89d13b8762f7c43a738/5-En%20Fazla%20Ihracat%20Yapilan%2010%20Ulke.pdf>.

²⁸ Kurumsal İnsan Hakları Karşılaştırma Sıralamasına (*Corporate Human Rights Benchmark*) (2020) göre dünyanın en büyük 200 halka açık şirketinin neredeyse yarısı (%46,2) BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'ne uygun olarak insan hakları hususunda gerekli özeni göstermede yetersiz kalmıştır. Bu kapsamda bkz. "Measuring 230 global companies on their human rights performance." World Benchmarking Alliance. Erişim Tarihi 22 Aralık 2021. <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/publication/chrb/>.

²⁹ Belçika, Danimarka, Finlandiya, İtalya, İrlanda, İspanya, İsveç, Birleşik Krallık ve Lüksemburg dâhil olmak üzere birçok ülkede durum tespiti mevzuatı için kampanyalar başlatılmıştır. Bu yönde Bağlayan, "A Study on Potential Human Rights", 12.

yürütülen sivil toplum kampanyaları ile yaratılan farkındalığın bir sonucu olarak İngiltere, Fransa ve Almanya başta olmak üzere bazı devletler BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'ndeki prensipleri aşağıda açıklanacağı üzere iç hukuklarına aktarmışlar; bazı devletler ise henüz yasal düzenlemeler yapmamış ise de bu alandaki çalışmalarını yoğunlaştırmışlardır³⁰. Ülkesel bağlamda olduğu gibi, durum tespit yükümlülüğünün yasallaşması fikri AB düzeyinde de ilgi uyandırmıştır. 2011'den bu yana AB, tedarik zincirleri boyunca insan hakları ve çevresel durum tespitinin uygulanmasını sağlamak amacıyla çeşitli eylemler üstlenmiştir. Tüm bu gelişmeler, iş dünyasında zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüklerinin uygulanmasına yönelik uluslararası bir ivme olduğunu ortaya koymaktadır³¹.

A. BM Düzeyindeki Gelişmeler

1. BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (*Ruggie* Prensipleri)

İş dünyasında insan haklarına saygı gösterme ve çevreyi koruma sorumluluğu kapsamında öngördüğü durum tespit yükümlülükleri ile BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri kurumsal sorumluluğun kilit unsurlarından biri haline gelmiştir. BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'ne göre durum tespiti, bir ticari faaliyet veya proje süresince söz konusu faaliyetlerin insan hakları ile ilintili sebep olabileceği riskleri önlemek ve azaltmak amacıyla mevcut veya potansiyel riskleri ortaya çıkarmaya yönelik kapsamlı ve koruyucu etkili bir girişimdir³².

³⁰ Avrupa Parlamentosu Dış Politikalar Genel Müdürlüğü, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Uygulanmasına İlişkin Çalışma için bkz. Beata Faracik, *Study: Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* 2017. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU\(2017\)578031_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf), 8; Claire Bright, Diana Lica and Axel Marx, “*Options for Mandatory Due Diligence in Belgium*” 2020. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021; Yıldırım, “Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, 15; Can ve Yücel, “Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler”, 114. https://www.researchgate.net/publication/342424416_Options_for_Mandatory_Human_Rights_Due_Diligence_in_Belgium.

³¹ Bağlayan, “A Study on Potential Human Rights”, 19.

³² John Gerard Ruggie, *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the “Protect, Respect and Remedy” Framework* Report to the UN Human Rights Council. 22 Nisan 2009.

BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri “Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Etme” adı altında üç sütun (*pillar*) diye ifade edilen temelden oluşmaktadır:

- (i) Devletler, bireyleri üçüncü şahısların insan hakları ihlallerine karşı korumakla görevlidir.
- (ii) Şirketler insan haklarına saygı duymaktan sorumludur; bu sorumluluk kapsamında işletmeler başkalarının haklarını ihlal etmekten kaçınmalı ve katkıda bulunduğu olumsuz etkileri gidermelidir.
- (iii) İş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinden etkilenen kişilere hem hukuki hem de diğer yollardan etkin telafiye daha kolay erişim imkânı sunulması gerekmektedir³³.

Özetle, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri uyarınca insan hakları devletler tarafından koruma altına alınmalı, şirketler faaliyetlerinde insan haklarına saygı göstermeli ve ihlal halinde etkin telafiye erişim imkânı sağlanmalıdır.

BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nde öngörülen sorumluluk rejimi kapsamında şirketler:

- (i) Kendi faaliyetleri veya iş ilişkilerinin bir sonucu olarak dâhil olabilecekleri fiili veya potansiyel insan hakları ihlallerini tespit etmeli ve değerlendirmeli (Madde 18);
- (ii) Bu değerlendirmeler neticesinde elde edilen bulgularla ilgili dâhili işlevler ve süreçlerle bütünleştirmeli ve uygun eylemleri gerçekleştirmeli (Madde 19);
- (iii) Şirket eylemlerinin etkinliğini takip etmeli (örneğin, risk yönetimi ve hafifletme çabaları) (Madde 20); ve
- (iv) İnsan hakları üzerindeki etkilerini nasıl ele aldıklarını (örneğin, harici raporlama yoluyla) açıklamalıdır (Madde 21)³⁴.

İnsan hakları durum tespit yükümlülüğü aslında makul ve ihtiyatlı bir işletmenin, içinde bulunduğu koşullar (sektör, faaliyet, büyüklük ve benzeri faktörler) dâhilinde insan haklarına saygı gösterme sorumluluğunu yerine

Erişim Tarihi 22 Aralık 2021. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/88/PDF/G0912888.pdf?OpenElement>, par 71.

³³ Ruggie, “*Protect, Respect and Remedy*”, par 2; Tarman, “İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim” 1552.

³⁴ Ayrıca Ruggie, “*Protect, Respect and Remedy*”, par 60ff.

getirmek için üstlenmesi gereken ve devam eden bir yönetim sürecidir. Zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüğü, kurumsal raporlama yükümlülüğünden farklıdır³⁵. Kurumsal raporlama yükümlülüğü “uy veya açıkla” (*comply or explain*) prensibine dayanır ve maddi durum tespiti yapmaya yönelik açık yükümlülükler içermez. Buna karşılık, insan hakları durum tespit yükümlülüğü rejiminde sorumluluk, doğru raporlama yükümlülüğüne aykırılıktan ziyade yasal bir özen yükümlülüğünün ihlaline (ve/veya zararın oluşmasına) bağlıdır. Bu kapsamda şirketlerin sadece aldıkları ya da almadıkları önlemler hakkında rapor vererek insan hakları durum tespit yükümlülüğünü yerine getirdiğinden ve sorumluluktan kurtulduğundan bahsedilememektedir³⁶.

Ancak ne yazık ki diğer hükümetlerarası örgütlerin ortaya koydukları ilkeler gibi BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri de hukuken bağlayıcı değildir ve olası bir hak ihlalinde şirketler için yaptırım, denetim veya hak ihlaline uğrayan kişiye tazmin mekanizması sunmaktan yoksundur. Bu nedenle, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin uluslararası antlaşma düzeyinde etkili olmasını beklemek isabetli olmayacaktır; şirketlerin insan hakları sorumluluğunun uluslararası bir antlaşma ile bağlayıcı biçimde kabul edilmesi ve ihlalden doğan zararın tazmini noktasında bu talebin şirketlerin uluslararası hukuktan doğan sorumluluğuna dayandırılabilmesi gerekmektedir.

2. İş Dünyası ve İnsan Haklarına İlişkin BM Taslak Anlaşması

26 Haziran 2014'te BM İnsan Hakları Konseyi, uluslararası insan hakları hukukunda, çok uluslu şirketlerin ve diğer ticari girişimlerin faaliyetlerini düzenlemek için yasal olarak bağlayıcı uluslararası bir metin hazırlaması amacıyla Açık Uçlu Hükümetler Arası Çalışma Grubu (OEIGWG – *Open-Ended Intergovernmental Working Group*) oluşturmuştur³⁷. Söz konusu

³⁵ *Corporate Responsibility to Respect, An Interpretive Guide* United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR) 2012. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. https://www.ohchr.org/documents/publications/hr.pub.12.2_en.pdf. 6.

³⁶ *United Nations “Issues Paper” on Legislative Proposals for Mandatory Human Rights Due Diligence by Companies*. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR) 2020. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf. 3.

³⁷ *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/RES/26/9)*. Açık Uçlu Hükümetler Arası Çalışma Grubu (OHCHR). 2014. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9.

çalışma grubunun faaliyetleri sonucunda, son revizyonu Ağustos 2021’de kamuoyu ile paylaşılan Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çok Uluslu Şirketlerin ve Diğer İşletmelerin Faaliyetlerini Düzenlemeye Yönelik Bağlayıcı Taslak Anlaşma (Taslak Anlaşma)³⁸ ortaya konulmuştur. Anılan Taslak Anlaşma ile özellikle ulusötesi niteliktekiler dâhil tüm ticari faaliyetlerde³⁹ devletlerin ve ticari işletmelerin insan haklarına saygı gösterme, insan haklarını koruma ve teşvik etme yükümlülüğünün etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması vurgulanmaktadır (Madde 2). Öte yandan, ticari faaliyetlerde etkin izleme ve uygulama mekanizmalarıyla insan hakları ihlallerinin önlenmesi amaçlanmakta ve insan hakları ihlallerinin mağdurları için adalete erişim hakkının temini ile ve etkili, yeterli ve zamanında çareler sağlanması hedeflenmektedir (Madde 2)⁴⁰.

İnsan hakları durum tespit yükümlülükleri Taslak Anlaşma’nın 6. maddesinde “önleme” başlığı altında sıralanmıştır. Buna göre taraf devletlerin, (kendi topraklarında veya yetki alanlarında yerleşik veya herhangi bir şekilde kontrolü altında olan) tüm ticari işletmelerin faaliyetlerini etkin bir şekilde düzenlemeleri zorunlu tutulmuştur. Bu kapsamda taraf devletlerin, ticari işletmelerin büyüklükleri, insan hakları ihlali riskleri ve faaliyetlerin

³⁸ Açık Uçlu Hükümetler Arası Çalışma Grubu (OEIGWG). *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Third Revised Draft*. 17 Ağustos 2021. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>; Taslak Anlaşma’nın ilk versiyonu için bkz. *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero Draft*. Açık Uçlu Hükümetler Arası Çalışma Grubu (OEIGWG). 16 Temmuz 2018 Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>.

³⁹ Bu formülasyon yalnızca ulusötesi nitelikteki ticari faaliyetlere uygulanması planlanan ilk taslaktakinden çok daha geniştir.

⁴⁰ Özellikle ulusötesi nitelikteki ticari faaliyetler bakımından insan hakları ihlallerini önlemek ve azaltmak için karşılıklı adli yardımlaşma ve uluslararası iş birliğini kolaylaştırma ve güçlendirme gerekliliğinin de altı çizilmektedir (Madde 2). Öte yandan insan hakları mağdurlarının, temsilcilerinin, ailelerinin ve tanıkların, tüm süreç boyunca insan haklarına ve temel özgürlüklerine yönelik her türlü yasa dışı müdahaleden taraf devletlerce korunacakları ayrıca güvence altına alınmıştır (Taslak Anlaşma madde 5).

doğası ile orantılı olarak insan hakları durum tespit yükümlülüğü⁴¹ getirmeleri gerekmektedir⁴².

BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri ile uyumlu Taslak Anlaşma'ya göre, taraf devletlerin, sınırları dahilinde yerleşim yeri bulunan veya ticari faaliyetler yürüten ya da taraf devlette kurulu şirketin denetimi altında olan tüzel ve/veya gerçek kişiler hakkında (bu kimselerin iş ilişkisi içinde buldukları başka tüzel veya gerçek kişileri de kapsayacak şekilde) kendi iç hukuklarında kapsayıcı bir sorumluluk rejimi öngörmeleri gerekmektedir. Taslak Anlaşma ayrıca, insan hakları durum tespit yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasının ticari faaliyetler yürüten tüzel veya gerçek kişileri otomatik olarak sorumluluktan kurtarmayacağını da öngörmektedir. Bu kapsamda yürürlükteki insan hakları durum tespiti standartlarına uygunluğun incelenmesinden sonra ilgili tüzel veya gerçek kişilerin sorumluluğuna ilgili devlet nezdindeki yetkili mahkemenin veya yetkilendirmiş kurumun karar vereceği düzenlenmiştir (Madde 8).

Bu noktada belirtmek gerekir ki Taslak Anlaşma, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri gibi iş dünyası ve insan hakları alanında farkındalık yaratma konusunda önemli bir çalışma olsa da söz konusu Taslak Anlaşma'nın yürürlüğe girmesi halinde bu anlaşmaya şirketler değil devletler taraf olacaktır. Diğer bir ifadeyle, Taslak Anlaşma'daki yaklaşım iş dünyası için doğrudan ve bağlayıcı nitelikte yükümlülükler tesis edilmesinden ziyade devletlerin iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri karşısında bireyleri

⁴¹ Taslak metne göre, durum tespiti yükümlülükleri hem insan haklarını hem de çevre ve iklim değişikliği etki değerlendirmelerini kapsamalıdır (Madde 6.4(a)). İnsan hakları durum tespiti ayrıca, kadınlar ve kız çocuklarının maruz kaldıkları farklı riskleri ve etkileri belirlemek ve değerlendirmek için insan hakları durum tespiti süreçlerinin tüm aşamalarında potansiyel olarak etkilenen kadın ve kadın örgütleriyle istişare ederek bir toplumsal cinsiyet perspektifini bütünleştirmelidir (Madde 6.4(b)). Diğer durum tespiti önlemleri arasında insan hakları ticari faaliyetlerden potansiyel olarak etkilenebilecek bireyler veya topluluklar ve sendikalar da dâhil olmak üzere kadınlar, çocuklar, engelliler, yerli halklar, yaşlılar, göçmenler, mülteciler, ülke içinde yerinden edilmiş kişiler ve işgal veya çatışma bölgelerindeki korunan nüfuslar gibi diğer ilgili paydaşlarla istişareler yürütürken, insan hakları ihlallerinin yüksek riskleriyle karşı karşıya kalanlara özel önem verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır (Madde 6.4(c)).

⁴² Taslak Anlaşma'daki düzenleme, insan hakları etkilerini belirleme, önleme ve hafifletme, izleme ve açıklama yükümlülükleri de dâhil olmak üzere BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin durum tespit yükümlülüklerini yansıtmaktadır. Ancak Taslak Anlaşma'da öngörülen standartlar, aşağıda tartışılacak olan bazı ülkesel düzenlemelerden daha geniş bir kapsama sahiptir.

korumaya yönelik yükümlülüğünün vurgulanmasından ibarettir⁴³. Söz konusu düzenleme, şirketler nezdinde doğrudan ve bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri öngörüleceğini düşünenler bakımından hayal kırıklığına sebep olmakla eleştirilmektedir⁴⁴. Bu kapsamda devletlerin kendi iç hukuklarında bir düzenlemeye yer vermeden Taslak Anlaşma'ya taraf olmakla yetindikleri hallerde, insan hakları ihlali bakımından şirketler için doğrudan bağlayıcı bir düzenlemenin varlığından bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, Taslak Anlaşma yürürlüğe girse dahi doğrudan şirketleri hedef alan bağlayıcı bölgesel veya ulusal düzenlemelere olan ihtiyaç devam edecektir.

B. AB Nezdindeki Gelişmeler

İş dünyası ve insan hakları durum tespit yükümlülüklerine ilişkin Avrupa Komisyonu Durum Tespiti Çalışması⁴⁵ Şubat 2020'de yayınlanmıştır. Nisan 2020'de, Avrupa Parlamentosu'nun, küresel tedarik zincirleri genelinde ticari işletmelerin insan haklarına saygı duymasının sağlanması ve çevresel etkilerin önlenmesi amacıyla AB çapında zorunlu durum tespit yükümlülüklerine

⁴³ Betül Karagedik, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge'nin İkinci Kez Gözden Geçirilmiş Taslağı'nın Türkçe Çevirisi* ve Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum" *PPIL* 41, no.2 (2021), 1044.

⁴⁴ Markus Krajewski, "A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application" *Business and Human Rights Journal* 5, no.1 (2020), 111.

⁴⁵ Avrupa Komisyonu Durum Tespiti Çalışması (*European Commission Due Diligence Study*), insan hakları (çocuk hakları ve temel özgürlükler, ciddi bedensel yaralanmalar ve sağlık riskleri, çevresel hasar ve iklim değişikliği dâhil) ihlallerini belirlemek, önlemek, hafifletmek ve değerlendirmek için gereken özen gerekliliklerine odaklanmaktadır. Bu kapsamda detaylı bilgi için Avrupa Komisyonu Adalet ve Tüketiciler Genel Müdürlüğü, Francisca Torres Cortes, Camille Salinier, Hanna Deringer, et al., Study on due diligence requirements through the supply chain: final report. Avrupa Komisyonu Adalet ve Tüketiciler Genel Müdürlüğü. 2020. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

yönelik yasama girişimi⁴⁶ planı açıklanmıştır⁴⁷. Kasım 2020'de ise AB Komisyonu, AB'nin Yeşil Anlaşması ve Sürdürülebilir Finansal Eylem Planı'nın bir parçası olarak yasama teklifiyle ilgili kamuoyu istişarelerini başlatmıştır⁴⁸. Aralık 2020'de AB Konseyi, AB Komisyonu'nu "küresel tedarik zincirleri boyunca sektörler arası kurumsal durum tespiti yükümlülükleri de dâhil olmak üzere sürdürülebilir kurumsal yönetişime ilişkin bir AB yasal çerçevesi için bir teklif hazırlamaya" çağırıştır. Konsey ayrıca üye devletlerden "gerektiğinde gönüllü ve zorunlu tedbirlerin akıllı bir karışımını içeren yeni veya güncellenmiş ulusal eylem planları da dâhil olmak üzere BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerini etkin bir şekilde uygulama çabalarını hızlandırmalarını" talep etmiştir⁴⁹.

10 Mart 2021 tarihinde ise Avrupa Parlamentosu, AB Komisyonu'ndan kurumsal durum tespiti ve kurumsal hesap verebilirlik hakkında bir yasama önerisi sunmasını talep eden ve ekinde taslak bir direktif⁵⁰ içeren kararı kabul

⁴⁶ Olağan ve özel yasama usulü olmak üzere iki farklı yasama usulünün olduğu AB içerisinde olağan yasama faaliyeti, Avrupa Komisyonu, Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi tarafından iş birliği içinde yürütülmektedir. Aksi anlaşmada belirtilmedikçe bir yasama faaliyeti kural olarak olağan yasama usulü ile gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda, Avrupa Komisyonu'nun önerisi üzerine Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi tarafından ortaklaşa kabul edilen tüzük (*regulation*), direktif (*directive*) veya karar (*decision*) metni yasalaşmaktadır. Avrupa Birliği'nde Yasama ve Karar Alma Süreçleri hakkında bkz. "Avrupa Birliğinde Yasama ve Karar Alma Süreçleri" T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı. Erişim Tarihi 16 Ocak 2022. https://www.ab.gov.tr/avrupa-birliğinde-yasama-ve-karar-alma-surecleri_46220.html.

⁴⁷ Durum tespit yükümlülüğü hakkında Avrupa Adalet Komiseri Didier Reynders'in konuşması için "Speech by Commissioner Reynders In RBC Webinar On Due Diligence" European Parliament Responsible Business Conduct Working Group (RBC WG). 30 Nisan 2020. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

⁴⁸ Bağlayan, "A Study on Potential Human Rights", 25.

⁴⁹ Komisyon'dan Avrupa Parlamentosu'na, Avrupa Konseyi'ne, Konsey'e, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'ne ve Bölgeler Komitesi'ne Bildirim, "Avrupa Yeşil Anlaşması" için (İngilizce) bkz. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions The European Green Deal) COM(2019) 640 final*. Avrupa Komisyonu. 11 Aralık 2019. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>. 17.

⁵⁰ AB hukukunun kaynaklarına bakıldığında, topluluğun kuruluş, işleyiş ve organlarına ilişkin düzenlemeler içeren kurucu antlaşmalar birincil mevzuatı oluştururken tüzük, direktif ve kararların içinde bulunduğu diğer kaynaklar ikincil mevzuat olarak anılmaktadır. Bu kapsamda bütünüyle bağlayıcı olan tüzükler, yürürlüğe girer girmez tüm üye devletlerde doğrudan doğruya uygulanırlar, ayrıca üye devletlerin iç hukuklarına aktarılmaları

etmiştir⁵¹. Kurumsal durum tespiti ve hesap verilebilirlik hakkındaki anılan taslak direktif AB Komisyonu tarafından 23 Şubat 2022’de kabul edilmiştir⁵². Bundan sonraki aşamada taslak direktif Avrupa Parlamentosunun ve AB Konseyinin onayına sunulacaktır. Direktif kabul edildiği takdirde üye devletler iki sene içerisinde direktifi iç hukuklarına aktarma yükümlülüğü altında olacaklardır.

Direktif ile iç pazarda faaliyet gösteren şirketlerin insan haklarına, çevreye ve iyi yönetime saygılı davranmaları hedeflenmektedir. Bu çerçevede şirketlerin iç pazardaki doğrudan veya dolaylı faaliyetleri ya da ürünleri veya hizmetleriyle bağlantılı diğer faaliyetleri sırasında insan hakları, çevre ve iyi yönetim üzerinde fiili veya potansiyel olumsuz etkilerinin önlenmesi amaçlanmaktadır (Madde 1). Direktif, üye devletlerden birinin kanunlarına tabi olan veya AB topraklarında faaliyet gösteren tüm büyük şirketler (finansal ürün ve hizmet sağlayanlar dâhil) ile halka açık ve/veya tüm küçük ve orta ölçekli şirketleri kapsamaktadır (Madde 2).

Direktif, ilgili durum tespit yükümlülüklerini tanımlarken ağırlıklı olarak BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nden ve OECD Rehber İlkeleri’nden yararlanmakta ve yükümlülüğün kapsamını insan haklarının yanı sıra çevre ve iyi yönetim de dâhil olacak şekilde genişletmektedir. Direktif’te tüm değer zinciri ve iş ilişkileri için geçerli olacak şekilde

gerekmez. Daha çok üye devletlerin mevzuatını belirli konularda uyumlu hale getirmek amacıyla çıkarılan ve prensip olarak doğrudan uygulanabilir olmayan direktifler ise muhatap aldıkları üye devletler bakımından bağlayıcı olsa da üye devletlerin vatandaşları bakımından bağlayıcılığı ancak direktifte öngörülen ilkelerin iç hukuka aktarılması neticesinde olmaktadır. Direktifte yer alan ilke ve amaçların iç hukuka aktarılması için kullanılacak yöntemler bakımından muhatap üye devletlere serbesti tanınmış olsa da direktifi iç hukuka aktarma ve uyum sağlama işleminin ilgili direktifte belirtilen süre içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir; bu konuda bkz. Sources and Scope of European Union Law <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/6/sources-and-scope-of-european-union-law>> Erişim Tarihi 16 Ocak 2022; Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma için (İngilizce) bkz. *Treaty on the Functioning of the European Union*. Erişim Tarihi 17 Ocak 2022. http://data.europa.eu/eli/tr/eaty/tfeu_2_012/oj. Art 288 ff.

⁵¹ Avrupa Parlamentosu’nun Komisyon’a yönelik kurumsal durum tespit yükümlülüğü ve kurumsal hesap verilebilirlik konusunda tavsiyeler içeren 10 Mart 2021 tarihli Kararı için bkz. *European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL))* Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html#title1.

⁵² European Commission. “Corporate Sustainability: Due Diligence” 23 Şubat 2022. Erişim Tarihi: 27 Şubat 2022. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en#relatedlinks.

öngörülen durum tespit yükümlülükleri, insan hakları risklerinin sürekli olarak değerlendirilmesini ve bulguların yayınlanmasını içermektedir. Şirketlerin herhangi bir risk tespit ettikleri hallerde bir durum tespit stratejisi oluşturmaları beklenmektedir⁵³. Şirketler, satın alma politikalarının insan hakları, çevre veya iyi yönetim üzerinde herhangi bir potansiyel veya fiili olumsuz etkiye neden olmamasını veya katkıda bulunmamasını sağlamakla yükümlü tutulmaktadır. Ayrıca Direktif kapsamına giren şirketlerin alt yüklenicilerinin ve tedarikçilerinin ilgili yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini de düzenli olarak kontrol etmeleri gerekmektedir (Madde 4).

Öte yandan, Direktif kapsamına giren şirketlerin durum tespit yükümlülüğü stratejilerini kamuya açıklamaları ve bunu çalışanlarına ve iş ortaklarına iletmeleri gerekmektedir (Madde 9). Direktif, şirketlerin bir erken uyarı sistemi olarak bir şikâyet mekanizması öngörmesini düzenlemektedir ve menfaat sahiplerinin “insan hakları, çevre veya iyi yönetim üzerinde potansiyel veya fiili bir olumsuz etkinin varlığına ilişkin makul endişelerini dile getirmelerine” izin verme zorunluluğunu içermektedir (Madde 9).

Direktif uyarınca, soruşturmalar, risk temelli bir yaklaşıma dayalı olarak veya (üye devletin belirlemiş olduğu) yetkili makamın şüpheli bir ihlalden veya doğrulanmış ve makul bir endişenin varlığından haberdar olması durumunda başlatılabilecektir. Bir şirket ancak zararı önlemek için gerekli özeni gösterdiğini veya gerekli özen gösterilmiş olsaydı dahi zararın meydana geleceğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulabilecektir (Madde 19(3)).

AB'nin sürdürülebilir kurumsal yönetim konusundaki bu yasama girişimi, zorunlu insan hakları ve çevresel durum tespiti (ve sürdürülebilir kurumsal yönetim) konusunun üye devletler bakımından önemini ortaya koymaktadır. İlgili yasama girişiminin içeriği onay süreci devam etmekte olup Avrupa Parlamentosu'nun önerisi, gelecekteki mevzuatın nasıl şekilleneceğine ilişkin bir gösterge niteliğindedir⁵⁴.

⁵³ Şirketlerin durum tespit stratejilerini oluştururken, uygularken ve gözden geçirirken sendikalar ve işçi temsilcileri dâhil olmak üzere menfaat sahipleri ile istişare etmeleri beklenmektedir (Madde 5, 8).

⁵⁴ Bağlayan, “A Study on Potential Human Rights”, 25; Öte yandan Temmuz 2021’de AB Dış İlişkiler Servisi (EEAS – *European External Action Service*), AB şirketlerinin operasyonlarında ve tedarik zincirlerinde uluslararası standartlara uygun olarak zorla çalıştırma riskini ele almalarına yardımcı olmak için bu alandaki uluslararası çalışmalarını da dikkate alarak AB için Tedarik Zinciri Denetimi Kılavuzu (*Guidance on Supply Chain Due*

C. Ülkesel Gelişmeler

Avrupa genelinde, insan hakları ve sürdürülebilirlik konuları hem itibar hem de risk minimizasyonu açısından işletmeler için artan bir öneme sahiptir. BM ve AB düzeyindeki gelişmelerin yanı sıra Avrupa'daki çeşitli yargı bölgelerinde de insan hakları durum tespit yükümlülüklerine ilişkin ciddi gelişmeler yaşanmaktadır. Avrupa'da pek çok ülke ulusal eylem planlarını takiben iş dünyası ve insan hakları konusunda AB'nin yukarıda anılan direktifini beklemeden ulusal hukuklarında düzenlemeler yapmış veya bu yönde hazırlıklara başlamıştır.

Birleşik Krallık, iş dünyası ve insan hakları durum tespit yükümlülükleri bakımından harekete geçen ilk ülkelerden biridir. Bu kapsamda 2015 yılında Birleşik Krallık Modern Kölelik Kanunu Bölüm 54 yürürlüğe girmiştir⁵⁵. Mart 2017 tarihli Fransız Teyakkuz Görevi Kanunu⁵⁶ da kurumsal insan hakları ve çevresel etkiler için bir durum tespit zorunluluğu getiren ilk ülkesel

Diligence for EU) yayınlamıştır. AB'deki şirketler bakımından bağlayıcı olmayan bir tavsiye niteliğindeki kılavuzda tedarik zinciri süresince zorla çalıştırma ile mücadelede dikkat edilmesi gereken temel ilkeler düzenleme konusu yapılmış olmakla birlikte herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Kılavuzda tedarik zinciri durum tespit yükümlülüğü kapsamında muhtemel risk faktörleri genel başlıklar halinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda detay bilgi için AB Dış İlişkiler Servisi, AB için Tedarik Zinciri Denetimi Kılavuzu için (İngilizce) bkz. *Guidance on Due Diligence for EU Businesses to Address the Risk of Forced Labour in*

Their Operations and Supply Chains 12 Temmuz 2021. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/july/tradoc_159709.pdf; Gamze Çiğdemtekin and Çiçek Ersoy “Tedarik Zinciri Uyumu - AB ve Almanya'daki Hukuki Gelişmeler ve Türkiye'ye Olası Etkileri”, Lexology (blog) 10 Ağustos 2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a4405f28-59f7-4e78-9aa2-a6b1a7633384>.

⁵⁵ Birleşik Krallık Modern Kölelik Kanunu (*Modern Slavery Act*) için (İngilizce) bkz. “Modern Slavery Act 2015” Erişim Tarihi 25 Aralık 2021. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>. Birleşik Krallık Modern Kölelik Kanunu'nun tedarik zincirlerinde şeffaflıkla ilgili maddesi (Bölüm 54), 1 Ocak 2012'de yürürlüğe giren Kaliforniya Tedarik Zincirlerinde Şeffaflık Kanunu'ndan esinlenilerek düzenlenmiştir; bu yönde ayrıca Bright, Lica and Marx, “Options for Mandatory Due Diligence,” 22; Jason Haynes, “The Modern Slavery Act (2015): A Legislative Commentary” *Statute Law Review* 37, (2016): 33.

⁵⁶ Fransız Teyakkuz Görevi Kanunu (*The Corporate Duty of Vigilance Law - Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*) için (İngilizce) bkz. *The Corporate Duty of Vigilance Law*. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://respect.international/wpcontent/uploads/2017/10/ngo-translation-french-corporate-duty-of-vigilance-law.pdf>.

düzenlemelerden biridir⁵⁷. Bu gelişmeleri 2019 yılında kabul edilen ve 2022 yılında yürürlüğe girmesi planlanan Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu⁵⁸ izlemiştir⁵⁹. Öte yandan, Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu'nun yetersiz olduğunu savunan bir grup sivil inisiyatifin ve dört siyasi partinin girişimleriyle hazırlanan Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu tasarısı⁶⁰ Mart 2021'de meclise sunulmuştur⁶¹. Hollanda meclisine sunulan söz konusu kanun tasarısı yalnızca çocuk işçiliğe ilişkin olmayıp tüm insan haklarını kapsayan daha geniş bir durum tespit yükümlülüğü kanunu niteliğindedir. İş dünyası ve insan haklarına ilişkin ulusal eylem planını⁶² 2016 yılında onaylayan Almanya'da ise 1 Ocak 2023

⁵⁷ Avrupa Komisyonu Durum Tespiti Çalışması (n 47) 19; Bright, Lica and Marx, "Options for Mandatory Due Diligence," 31.

⁵⁸ Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu (*The Dutch Child Labor Due Diligence Act - Wet zorgplicht kinderarbeid*) için (İngilizce) bkz. "Dutch Child Labor Due Diligence Act Approved by Senate – Implications for Global Companies" Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>.

⁵⁹ Kanunun yürürlüğe gireceği zamana kadarki bekleme süresi hükümetin bir düzenleyici kurum atamak ve şirketlerin kanun kapsamındaki yükümlülüklerini daha ayrıntılı olarak ortaya koymak için genel idari kararname hazırlamasına olanak sağlanmak için tanınmıştır. Bu yönde: Bright, Lica and Marx, "Options for Mandatory Due Diligence," 27.

⁶⁰ Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu (*The Responsible and Sustainable International Business Conduct Act - Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen*) tasarısı metni için (resmi olmayan İngilizce çevirisi) bkz. "A bill introduced by the members Voordewind, Alkaya, Van den Hul and Van den Nieuwenhuijzen providing for rules regarding due diligence in value chains to combat violations of human rights, labour rights and the environment in the conduct of foreign trade (the Responsible and Sustainable International Business Conduct Act." Erişim Tarihi 27 Aralık 2021. <https://www.mvoplatfom.nl/en/wp-content/uploads/sites/6/2021/03/Bill-for-Responsible-and-Sustainable-International-Business-Conduct-unofficial-translation-MVO-Platform.pdf>.

⁶¹ Joseph Wilde-Ramsing, Manon Wolfkamp, and David Ollivier de Leth, "The Next Step for Corporate Accountability in the Netherlands: The New Bill for Responsible and Sustainable International Business ." Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), 18 Mart 2021, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021, <https://www.somo.nl/the-next-step-for-corporate-accountability-in-the-netherlands/>. Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu tasarısının kademeli olarak 1 Ocak 2023 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi planlanmıştır (Bölüm 4.4).

⁶² Söz konusu ulusal eylem planı ile ilk olarak 500'den fazla çalışanı olan Alman şirketlerinin %50'sinin 2020 yılına kadar insan hakları durum tespit yükümlülüklerini kurumsal süreçlerine dâhil etmesini hedeflenmiştir. Bu hedefe ulaşıp ulaşılmadığını değerlendirmek için 2019 ve 2020'de iki anket yapılmıştır. Rastgele seçilen 3.300 şirketten sadece 465'i ilk ankete yanıt vermiş ve bu katılımcıların %20'sinden azının ulusal eylem planında öngörülen gereklilikleri karşıladığı anlaşılmıştır. 2.250 şirketten 455'inin katıldığı ikinci ankette de

tarihinden itibaren kademeli olarak yürürlüğe girecek olan Alman Tedarik Zinciri Kanunu⁶³ 11 Haziran 2021 tarihinde Alman Parlamentosu tarafından kabul edilerek yasalaşmıştır⁶⁴.

Bahsi geçen tüm bu hukuki metinler, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri ve OECD Rehber İlkeleri'nde düzenlenen insan hakları durum tespit yükümlülüklerine dayanmaktadır. Bununla birlikte, ülkesel düzenlemeler özellikle uygulama alanı, yükümlülükler ve yaptırımlar bakımından farklılaşmaktadır⁶⁵. Çalışmanın devam eden bölümlerinde söz konusu ülkesel düzenlemeler çerçevesinde şirketlere yönelik olarak getirilen insan hakları durum tespit yükümlülüklerinin uygulama alanı, kapsamına aldığı kişiler bakımından getirdiği yükümlülükler ve yaptırımlar ele alınacaktır.

benzer sonuçlar elde edilmiştir. Buna göre 455 şirketin sadece %22'sinin ulusal eylem planında öngörülen gereklilikleri karşıladığı anlaşılmıştır. Sonuçlar, ulusal eylem planı hedeflerinin yerine getirilmekten çok uzak olduğunu ve ulusal eylem planındaki çabaların yetersiz kaldığını göstermiştir. Bu yönde Alman Federal Dışişleri Bakanlığı, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Uygulanmasına yönelik Ulusal Eylem Planı 2016-2020 (*Nationale Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte*) için bkz. *National Action Plan Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2016 – 2020*. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/610714/fb740510e8c2fa83dc507afad0b2d7ad/nap-wirtschaft-menschenrechte-engl-data.pdf>.

⁶³ Alman Tedarik Zinciri Kanunu (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*) için (İngilizce) bkz. *Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains*. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Yasalaşma süreci hakkında bkz. Krajewski, Tonstad, and Wohltmann. "Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?", 552.

⁶⁴ Bu kapsamda Norveç Şeffaflık Kanunu için (İngilizce) bkz. *Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act)* Erişim Tarihi 25 Aralık 2021. <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2021-06-18-99>. İsviçre hukukundaki gelişmeler için bkz. Nicolas Bueno. "The Swiss Responsible Business Initiative and its Counter-Proposal: Texts and Current Developments." *Business and Human Rights Journal*, (2018): 1-5; Nicolas Bueno, and Christine Kaufmann. "The Swiss Human Rights Due Diligence Legislation: Between Law and Politics" *Business and Human Rights Journal* 6, (2021): 542-549; İsviçre Kurumsal Adalet Koalisyonu hakkında detay bilgi için "The Responsible Business Initiative." Swiss Coalition for Corporate Justice. Erişim Tarihi 26 Aralık 2021. <https://corporatejustice.ch/about-theinitiative/>.

⁶⁵ Bu farklılıklar insan hakları durum tespit yükümlülüğünün çeşitli şekillerde yasallaşabileceğini göstermektedir. Bu yönde Bağlayan, "A Study on Potential Human Rights", 6.

1. Durum Tespit Yükümlülüklerinin Uygulama Alanı

İnsan hakları durum tespit yükümlülüğü ile ilgili İngiltere, Fransa, Hollanda ve Almanya'daki yasama girişimlerinin konu ve kişi bakımından uygulama alanı farklılık göstermektedir. Konu bakımından bazı kanunlar çocuk işçiliği (Hollanda) veya modern kölelik (Birleşik Krallık) gibi tek bir insan hakkına odaklanırken, diğerleri (Almanya, Fransa) BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nde belirtilen standartlara uygun olarak tüm insan haklarını kapsayıcı düzenlemeler içermektedir.

Yükümlülüklerin kapsamına giren ilişki ağı da ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Her ne kadar genel eğilim durum tespit yükümlülüklerinin ülkede yerleşik şirketlerin alt tedarikçilerinin faaliyetleri de dâhil olmak üzere tüm ülkesel ve sınır ötesi faaliyetlerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi ise de bazı ülkeler farklı formülasyonlar geliştirmişlerdir. Öte yandan, bu alandaki bazı düzenlemeler ilgili oldukları ülkenin iç pazarında faaliyet gösteren şirketler bakımından herhangi bir ayırım yapmaz iken (Hollanda) bazı kanunlar uygulanabilirliğini çalışan sayısına (Almanya, Fransa) veya ciroya (Birleşik Krallık) göre daha büyük şirketlerle sınırlamaktadır.

a. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık Modern Kölelik Kanunu Bölüm 54 kapsamında öngörülen kölelik ve insan ticareti hususunda beyan verme yükümlülüğü, yıllık cirosu (küresel olarak) 36.000.000 £ veya daha fazla olan herhangi bir sektördeki herhangi bir ticari kuruluş için uygulama alanı bulmaktadır⁶⁶.

b. Almanya

Alman Tedarik Zinciri Kanunu Almanya'da yerleşik veya faaliyet gösteren şirketlerin uluslararası faaliyetlerini ve bu şirketlerin tedarikçileri ile tedarikçilerinin alt tedarikçilerini de kapsayacak şekilde uygulama alanı bulacak şekilde düzenlenmiştir. Ancak, anılan Kanun kapsamına girecek olan şirketleri çalışan sayısına göre sınırlandırmaktadır. Alman Tedarik Zinciri Kanunu Bölüm I uyarınca bu kanun ilk etapta 2023 yılından itibaren 3000 çalışandan fazla çalışanı olan şirketlere, 2024 yılından itibaren ise 1000 çalışandan fazla çalışanı olan şirketlere uygulanacaktır⁶⁷.

⁶⁶ Bright, Lica and Marx, "Options for Mandatory Due Diligence," 23; Ticari kuruluş ile kast olunan ise nerede yerleşik olduğuna bakılmaksızın Birleşik Krallık'ta bir işi veya işin bir bölümünü yürüten veya mal veya hizmet tedarik eden işletmelerdir (Bölüm 54(12)).

⁶⁷ Krajewski, Tonstad, and Wohltmann. "Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?", 553.

c. Fransa

Fransız Teyakkuz Görevi Kanunu ise kapsamını şirketlerin istihdam ettiği çalışan sayısına ilişkin olarak belirlediği kriterlerden birini yerine getiren ve Fransız hukukunda “*sociétés anonymes*” olarak bilinen belirli türdeki şirketler ile sınırlar. Kanunun bu tipteki şirketler bakımından uygulama alanı bulabilmesi için sağlanması gereken alternatif kriterler şöyledir:

(i) Kayıtlı adresinin Fransa’da olması kaydıyla şirketin ve yine kayıtlı adreslerinin Fransa’da olması kaydıyla doğrudan veya dolaylı bağlı ortaklıklarının en az 5000 çalışan istihdam etmesi veya

(ii) Kayıtlı adresinin Fransa’da olması kaydıyla şirketin ve kayıtlı adreslerinin Fransa’da veya yurtdışında olmasına bakılmaksızın doğrudan veya dolaylı bağlı ortaklıklarının en az 10000 çalışan istihdam etmesi⁶⁸.

Teyakkuz yükümlülüğü, kanunun uygulama alanına giren şirketin kendi faaliyetlerini kapsadığı gibi bu şirketin doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği diğer şirketlerin faaliyetleri ile yerleşik bir ticari ilişki içinde bulunduğu taahhütlerin veya tedarikçilerin söz konusu yerleşik ticari ilişki ile ilgili faaliyetlerini de kapsamaktadır⁶⁹.

d. Hollanda

Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu, şirketin merkezinin bulunduğu veya kayıtlı olduğu yere, yasal şekline ve büyüklüğüne bakılmaksızın Hollandalı tüketicilere herhangi bir şekilde mal veya hizmet sağlayan tüm şirketleri uygulama alanına dâhil eder⁷⁰. Henüz taslak halinde olan Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu ise finans sektörü de dâhil olmak üzere Hollanda’da yerleşik veya Hollanda pazarında ürün veya hizmet sağlayan şirketler bakımından insan hakları ihlallerinin ve çevresel tahribatın önüne geçmek amacıyla bir özen

⁶⁸ Hesaplama, bir ana şirketin ve bağlı ortaklıklarının birbirini takip eden iki mali yılın sonundaki çalışan sayısına dayanmaktadır (Madde 1); Bu yönde ayrıca Bright, Lica and Marx, “Options for Mandatory Due Diligence,” 32.

⁶⁹ Fransız hukukuna göre yerleşik bir ticari ilişki, Fransız hukukuna göre “sözleşmeli veya sözleşmesiz, belirli bir iş hacmiyle ve ilişkinin devam edeceğine dair makul bir beklenti altında, istikrarlı, düzenli bir ticari ilişki” olarak tanımlanmaktadır.

⁷⁰ Kanun kapsamındaki şirketlerin kapsamı, özellikle Hollandalı tüketicilere açık bir şekilde yöndikleri ölçüde çevrimiçi mal satan veya hizmet sağlayan şirketleri kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur. Bu yönde Bright, Lica and Marx, “Options for Mandatory Due Diligence”, 28.

yükümlülüğü⁷¹ getirmektedir (Bölüm 1). Bu yükümlülük tüm değer zincirini ve daha detaylı bir anlatımla iş ilişkileri dolayısıyla şirketin faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleriyle doğrudan bağlantılı olarak ortaya çıkan insan haklarına yönelik tüm olumsuz etkileri kapsayıcı niteliktedir⁷². Tasarı, aşağıdaki üç eşik kriterden en az ikisini aşan şirketler bakımından zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüğü öngörmektedir:

- (i) en az 20.000.000 Avro tutarında toplam bilançoya sahip şirketler;
- (ii) yıllık en az 40.000.000 Avro net satış elde eden şirketler;
- (iii) finansal yıl boyunca ortalama en az 250 kişiyi istihdam eden şirketler (Bölüm 2.1.1).

2. Durum Tespit Yükümlülükleri

Yukarıda anılan ülkesel düzenlemelerin uygulama alanları gibi öngördüğü yükümlülükler de çeşitlilik göstermektedir. Bazı ülkeler, insan hakları durum tespitini asli bir yükümlülük olarak açıkça düzenlerken, diğerleri şeffaflık ve raporlama yükümlülükleri getirerek şirketleri durum tespiti yapmaya teşvik etmektedir. Örneğin, Almanya ve Hollanda, şirketlerin BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri dâhil diğer uluslararası standartlara uygun olarak insan hakları konusunda durum tespiti yapmalarını gerektiren düzenlemeler öngörmektedirler.

a. Birleşik Krallık

Modern Kölelik Kanunu Bölüm 54, Birleşik Krallık'ta bir işi veya bir işin bir bölümünü yürüten ticari kuruluşların, kendi faaliyetlerinin veya tedarik zincirlerinin herhangi bir aşama sında kölelik ve insan kaçakçılığının engellenmesini sağlamak amacıyla attıkları adımları açıklayan yıllık beyanları internet siteleri⁷³ üzerinden yayınlamasını zorunlu kılmaktadır (Bölüm 54(2), 54(4) ve 54(6)). Şirketlerin kendi faaliyetlerine ve tedarik zinciri sürecindeki

⁷¹ Tasarı'nın resmi olmayan İngilizce çevirisinde Türkçeye "özen yükümlülüğü" olarak çevrilebilecek "*duty of care*" terimi kullanılmıştır. Bu kapsamda durum tespit yükümlülüğünün de öngörüldüğü tasarı kapsamında Hollanda'da yerleşik veya Hollanda pazarında ürün veya hizmet sağlayan tüm şirketler bakımından öngörülen genel bir özen yükümlülüğünün yanı sıra belirtilen eşik kriterleri aşan şirketler bakımından ayrıca zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

⁷² Wilde-Ramsing, Wolfkamp and Ollivier de Leth, "The Next Step for Corporate Accountability".

⁷³ Şirketin bir internet sitesinin olmadığı hallerde beyanın bir nüshasını talep eden herkesin talebinin en geç 30 gün içerisinde yazılı olarak karşılanması gerekmektedir (Bölüm 54(8)). Bu yönde ayrıca Bright, Lica and Marx, "Options for Mandatory Due Diligence", 24-25.

diğer faaliyetlere yönelik olarak mali yılın bitimini takip eden en kısa zamanda ve en geç altı ay içinde vermeleri gereken kölelik ve insan kaçaklığına ilişkin beyanların, üst düzey hesap verilebilirliğin ve sorumluluğun sağlanması amacıyla şirketlerin yönetim kurulu tarafından onaylanması ve şirket yöneticisi tarafından imzalanması gerekmektedir⁷⁴. Bu çerçevede Birleşik Krallık'ta kanun koyucunun somut durum tespiti yükümlülükleri getirmeden dolaylı olarak şirketlerin insan hakları ve çevre üzerindeki etkilerini bildirme veya kamuoyu ile paylaşma yükümlülüğü ile yetinmiş olduğu görülmektedir.

b. Almanya

Alman Tedarik Zinciri Kanunu şirketlere kendi faaliyetleri ve doğrudan tedarikçilerinin faaliyetleri ile dolaylı tedarikçilerinin faaliyetleri bakımından farklı yükümlülükler getirmiştir⁷⁵. Buna göre, şirketlerin kendi faaliyetleri ve doğrudan tedarikçilerinin faaliyetleri bakımından insan hakları durum tespit yükümlülükleri şu şekilde özetlenebilir:

- (i) Uygun ve etkili bir risk yönetim sistemi oluşturmak (Madde 4(1));
- (ii) İnsan haklarına ilişkin şirket politikaları belirlemek (Madde 6(2));
- (iii) Şirket içi şikâyet mekanizmaları oluşturmak ve insan hakları ihlalleri ile ilgili risk yönetimi için yetkili kişi veya kişileri belirlemek (Madde 8, 4(3));
- (iv) Olası risklerin önlenmesi için alınacak tedbirleri belirlemek ve uygulamak (Madde 6(1), 6(3), 6(4));
- (v) Düzenli risk denetimi ve şeffaf raporlama yapmak (Madde 5, 10);
- (vi) İnsan hakları ve çevreyle ilgili bir ihlal veya bir ihlal tehlikesinin tespiti halinde söz konusu ihlali gecikmeksizin önlemek, sona erdirmek veya etkilerini en aza indirmek için gerekli önlemleri almak (Madde 7, 14)⁷⁶.

⁷⁴ Bu yönde Birleşik Krallık Modern Kölelik Kanunu Bölüm 54(9) uyarınca hazırlanan Kılavuz için (İngilizce) bkz. *Transparency in Supply Chains: A Practical Guide*. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://www.gov.uk/government/publications/transparency-in-supply-chains-a-practical-guide/transparency-in-supply-chains-a-practical-guide>. par 3(4), 7(4).

⁷⁵ Krajewski, Tonstad, and Wohltmann. "Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?", 555.

⁷⁶ Krajewski, Tonstad, and Wohltmann. "Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?", 555; Çiğdemtekin and Ersoy, "Tedarik Zinciri Uyumunu,".

Şirketlerin dolaylı tedarikçilerinin faaliyetleri bakımından durum tespit yükümlülükleri ise olası bir ihlale ilişkin fiili göstergelerin varlığı halinde söz konusu olmaktadır (Madde 7). Bu kapsamda olası bir ihlalin tespiti halinde şirket söz konusu ihlali gecikmeksizin önlemek, sona erdirmek veya etkilerini en aza indirmek için risk analizi yaparak gerekli stratejileri belirlemek ve önlemleri almakla yükümlüdür (Madde 9).

c. Fransa

Fransız Teyakkuz Görevi Kanunu, kanun kapsamına giren şirketlere, insan haklarına öngörülebilir şekilde zarar verebilecek faaliyetleri ile ilgili olarak makul bir özen standardına bağlı kalma konusunda teyakkuz planı benimseme ve etkin bir şekilde uygulama yükümlülüğü getirmektedir (Madde 1)⁷⁷. Fransız Ticaret Kanunu'nu tadil eden Fransız Teyakkuz Görevi Kanunu ile getirilen düzenleme, insan hakları ve temel özgürlükler ile bireylerin sağlık ve güvenliği ve çevre üzerindeki risk ve ciddi zararları kapsamı gereken bir yıllık farkındalık planının detaylandırılmasını, kamuoyu ile paylaşılmasını ve etkin bir şekilde uygulanmasını gerektirmektedir (Madde 1). Buna göre, teyakkuz planı aşağıdaki beş unsuru içermelidir:

- (i) riskleri tanımlayan, analiz eden ve öncelik sırasına koyan bir risk değerlendirmesi;
- (ii) bağlı kuruluşlar, taşeronlar veya yerleşik bir ticari ilişki içinde bulunan tedarikçilerin durumuna ilişkin düzenli değerlendirme prosedürleri;
- (iii) riskleri azaltmak veya ciddi etkileri önlemek için alınacak eylemler;
- (iv) sendikalarla istişare içinde hazırlanmış risklerle ilgili bir uyarı mekanizması;
- (v) uygulama önlemlerinin takibi ve bunların verimlilik değerlendirilmesi için bir izleme mekanizması (Madde 1).

d. Hollanda

Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu, yukarıda da değinildiği üzere Hollanda pazarında faaliyet gösteren tüm şirketleri kapsarken konu bakımından uygulama alanını çocuk işçiliği ile sınırlı tutmuştur. Bu

⁷⁷ Kanun kapsamında her ne kadar “paydaşlar/menfaat sahipleri” kavramına ilişkin bir tanım yer almasa da şirketler, ilgili paydaşlar/menfaat sahipleri (*stakeholders*) ile koordineli olarak ve uygun olduğunda çok taraflı girişimlerle teyakkuz planlarını hazırlamaya teşvik edilmektedir.

çerçevede, Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu'ndaki durum tespit yükümlülükleri ile hedeflenen Hollandalı tüketicilerin mal ve hizmetleri çocuk işçi kullanılmadan üretildiklerini bilerek rahat bir vicdanla satın alabilmelerini sağlamaktır (Giriş). Bu kapsamda, Hollanda pazarında faaliyet gösteren tüm şirketler yönünden aşağıdaki şekilde özetlenebilecek yükümlülükleri getirmektedir:

- (i) Hollandalı son kullanıcılara sağlanacak mal veya hizmetlerin çocuk işçi kullanılarak üretildiğine dair makul bir şüphe olup olmadığını araştırmak ve
- (ii) Mal veya hizmetlerin üretiminde çocuk işçi çalıştırıldığına dair makul şüphe (*redelijk vermoeden*) varsa, bir eylem planı (*plan van aanpak*) benimsemek ve uygulamak (Madde 5.1).

Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu kapsamına giren bir şirketin mal veya hizmetlerin üretiminde çocuk işçi kullanıldığına dair makul bir şüphenin varlığı halinde bir eylem planı benimsemesi ve uygulaması gerekmektedir (Madde 5.2)⁷⁸. Durum tespit yükümlülüğü, tedarikçilerin tedarik ettikleri mal ve hizmetlerle ilgili gerekli özeni gösterdiklerini beyan etmeleri halinde yerine getirilmiş kabul edilmektedir (Madde 5.1)⁷⁹. Hollanda'da faaliyet gösteren şirketler bu kapsamda ayrı bir beyan zorunluluğuna da tabidirler. Bu kapsamda şirketlerin Hollandalı son kullanıcılara sattıkları veya tedarik ettikleri mal ve hizmetlerin çocuk işçilik kullanılarak üretilmesini önlemek için gerekli özeni gösterdiklerini bir beyanname ile belirtmeleri gerekmektedir (Madde 4.1). Şirketler tarafından yapılan bu beyanların, belirlenen denetleme makamı tarafından kurulan çevrimiçi bir kamu sicilinde yayınlanması öngörülmektedir (Madde 4). Mevcut haliyle Kanun, beyanların içeriğine, risk değerlendirmesine ve eylem planlarına ilişkin herhangi bir özellikli düzenleme içermemektedir. Bu durum şirketlerin beyanları ve durum tespiti gerekliliklerine yaklaşım biçimleri arasında önemli farklılıklara yol açabileceği gibi şirketler için yasal belirsizliğe sebep olabilecek nitelikte olduğundan eleştirilmektedir⁸⁰.

⁷⁸ Bu eylem planı bir veya daha fazla sosyal kuruluş, çalışan kuruluşu veya işveren kuruluşu tarafından veya bunlar arasında geliştirilen, bağlı şirketlerin gerekli özeni göstermesini sağlayan ortak bir eylem planı olabileceği gibi her halde Dış Ticaret ve Kalkınma İş Birliği Bakanı tarafından onaylanması gerekmektedir (Madde 5.4).

⁷⁹ Bright, Lica and Marx, "Options for Mandatory Due Diligence", 28-29.

⁸⁰ Anya Marcelis, "Dutch Take the Lead on Child Labour with New Due Diligence Law" *Ergonassociates.net*, 17 Mayıs 2019. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://ergonassociates.net/dutch-take-the-lead-on-child-labour-with-new-due-diligence-law/>.

Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu tasarısı ise özen ve zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüklerinin yanı sıra şirketlerin değer zincirleri boyunca insan hakları ve çevre konusunda eylem planları geliştirmelerini, uygulamalarını, söz konusu eylem planlarının uygulamasını denetlemelerini ve kamuoyuna raporlamalarını öngörmektedir (Bölüm 2.3, 2.4, 2.5, 2.6). Tasarı, ayrıca şirketlerin etkilenen hak sahiplerine çözüm sağlamakla yükümlü olduğunu ve etkili bir çözüm yolu sağlanmamasının ise yasanın ihlali olarak kabul edileceğini açıkça düzenlemektedir (Bölüm 2.7.1, 2.8.1, 2.8.4).

3. Durum Tespit Yükümlülüklerinin İhlalinde Yaptırımlar

Kabul edilen kanun metinleri ile mevzuat önerileri durum tespit yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla idari ve cezai farklı yaptırım mekanizmaları öngörmektedirler. Bu kapsamda bazı ülkelerde kanunun uygulaması için idari bir makam belirlenmiştir (Almanya, Hollanda). Cezai yaptırımlar da ülkeden ülkeye çeşitlilik arz etmektedir. Örneğin, bazı ülkelerde söz konusu yükümlülüklerin ihlali halinde sadece para cezaları öngörülmekteyken, Almanya’da para cezasının yanında ihlalin boyutuna göre üç yıl süre ile kamu ihalelerine girmekten men cezası da düzenleme konusu yapılmıştır⁸¹.

a. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık’ta bir şirketin Modern Kölelik Kanunu Bölüm 54 kapsamında beyan verme yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, ilgili şirket hakkında tedbir kararı alınması için Devlet Bakanı tarafından hukuk davası açılabilir (Bölüm 54(11)). Mahkeme tarafından verilen tedbir kararına uyulmaması halinde ise mahkeme emrine itaatsizlik dolayısıyla ilgili şirket herhangi bir üst sınırı olmayan bir para cezası ile karşı karşıya kalabilmektedir. Yatırımcılar ve sivil toplum örgütleri tarafından bu tür bildirimlere gösterilen ilgideki artış doğrultusunda, bu kapsamda bir bildirimde bulunulmaması itibar kaybı ile veya potansiyel mali kayıpla sonuçlanmaktadır⁸². Birleşik Krallık’taki bu düzenlemeler şeffaflığı teşvik etmekle beraber Modern Kölelik Kanunu kapsamında zarar görenler veya insan ticareti mağdurları bakımından adalete erişim konusunda hükümler içermemektedir.

⁸¹ Bağlayan, “A Study on Potential Human Rights”, 6.

⁸² Bu yönde ve detay bilgi için Bağlayan, “A Study on Potential Human Rights”, 31.

b. Almanya

Almanya'da kanunu uygulayacak ve durum tespit yükümlülüklerine uygunluğu denetleyecek yetkili kamu makamı Federal Ekonomi ve İhracat Denetimi Kurumu (*Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle-BAFA*) olarak belirlenmiştir (Madde 19, 24(5)). Alman Tedarik Zinciri Kanunu ile ilgili önemli bir detay ise şirketin ihlale neden olan faaliyetinden zarar gören kimseler mahkemeye başvurmanın yanı sıra BAFA'ya başvurma yoluyla hak arama imkanına kavuşmuşlardır.

Alman Tedarik Zinciri Kanunu kapsamında sorumluluk rejimi şirketlerin faaliyet gösterdiği sektöre, faaliyetin türüne ve kapsamına, ihlalin içeriğine ve etkilerine göre de farklılaştırılmıştır (Madde 3(2))⁸³. Bu kapsamda zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüklerine aykırılık hallerinde ihlal başına 100.000 ile 8.000.000 Avro arasında değişen idari para cezaları öngörülmüştür (Madde 24). İdari para cezasının yanı sıra ciddi aykırılık hallerinde ilgili şirket bakımından üç yıla kadar kamu ihalelerine katılmama yaptırımı da düzenlenmektedir (Madde 22(1)). Öte yandan Alman Tedarik Zinciri Kanunu kapsamında hakları ihlal edildiğini iddia eden kimseler, yerel bir sendikayı veya sivil toplum kuruluşunu, kendi yetkisi dahilinde haklarını aramak için dava açmaya yetkilendirebilme imkanına sahiptirler (Madde 11).

c. Fransa

Fransa'da da şirketlerin kanuna uymasını sağlamak amacıyla teyakkuz planı hazırlanma yükümlülüğünün ihlali halleri için çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Bu kapsamda, eğer bir şirket kanunda öngörüldüğü şekilde bir teyakkuz planı oluşturmaz, uygulamaz veya yayınlamaz ise sivil toplum örgütleri ve sendikalar dâhil olmak üzere ilgili herhangi bir kimse şirkete ilgili yükümlülüğe uyması hususunda üç aylık bir süre içeren ihtarda bulunabilme imkanına sahiptir. Şirket kendisine ihtar edilen bu üç aylık süre içerisinde gerekli aksiyonları almaz ise ilgili taraf mahkeme yoluyla periyodik ceza ödemeleri de dâhil olmak üzere şirketin gerekli aksiyonları almasını sağlayabilmektedir. Kanun uyarınca teyakkuz yükümlülüklerinin ihlali genel haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmıştır (Madde 2). Genel haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca hukuki sorumluluğun tesisi için üç koşulun bulunması gerekir: zarar, teyakkuz yükümlülüğünün ihlali ve zarar

⁸³ Krajewski, Tonstad, and Wohltmann. "Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?", 557; Çiğdemtekin and Ersoy, "Tedarik Zinciri Uyumu,".

ile ihlal arasında illiyet bağı⁸⁴. Bu kapsamda şirketin hukuki olarak sorumluluğu doğrudan teyakkuz yükümlülüğünün ihlali ile değil ancak söz konusu ihlalin zarara uğrayan tarafın uğradığı zararlarla bağlantılı olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır.

d. Hollanda

Hollanda'da Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu'nun uygulanması, menfaatleri bir şirketin eylem veya ihmallerinden etkilenen herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin şikayetlerini ele alma yetkisine sahip düzenleyici bir makam tarafından üstlenilmektedir. Bu kapsamda herhangi bir şikâyet halinde ilgili şirket şikayete altı ay içerisinde yanıt vermez ise şikayeti değerlendirme yetkisi düzenleyici makama geçmektedir (Madde 3.4). Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu tasarısında öngörülen durum tespiti yükümlülüklerinin uygulanmasını denetlemekle görevli bir düzenleyici otoritenin belirleneceği ve bu otoritenin ihlalde bulunan şirketlere idari para cezası dâhil mali yaptırımlar uygulayabileceği de düzenleme konusu yapılmıştır (Bölüm 3).

Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu kapsamında beyan verme yükümlülüğüne uyulmaması 8.200 Avro'ya kadar para cezasıyla sonuçlanabilecek ve gerekli özenin gösterilmemesi veya (tatmin edici) bir eylem planının sunulmaması ise 820.000 Avro'ya veya ilgili şirketin yıllık cirosunun %10'una kadar para cezasına yol açabilecektir⁸⁵. Cezalar, yeterli derecede durum tespit yükümlülüğüne uymadığı veya çocuk işçiliğini tespit etmek ve önlemek için uygun bir eylem planı bulunmadığı tespit edilen şirketler bakımından katlanarak artacaktır. Kanun ayrıca, iş dünyası ve insan hakları alanında bir yenilik sayılabilecek farklı bir cezai yaptırım da öngörmektedir: Buna göre idari para cezasının verilmesinden itibaren 5 yıl içinde, şirket tarafından aynı yöneticinin emir veya gözetimi altında benzer bir ihlalin işlendiği hallerde söz konusu eylem cezai bir suç olarak kabul edilecektir (Madde 9). Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu tasarısında da benzer bir yaklaşım kabul edilmiştir. Buna göre öngörülen durum tespiti yükümlülüklerine aykırılıktan beş yıl içinde hakkında iki kez yaptırım kararı verilen bir şirketin kanunu üçüncü kez ihlal etmesi halinde, ilgili eylem şirket veya sorumlu yönetici veya yönetim kurulu üyesi tarafından ceza gerektiren bir suç olarak kabul edilecek ve para cezasının yanı sıra hapis cezası söz konusu olabilecektir. (Bölüm 3.6).

⁸⁴ Bright, Lica and Marx, "Options for Mandatory Due Diligence", 33.

⁸⁵ Bright, Lica and Marx, "Options for Mandatory Due Diligence", 29.

III. TÜRK HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRMELER

Görüldüğü üzere çok uluslu şirketlerin kar maksimizasyonu gayesi altında yürütmüş oldukları ticari faaliyetlerin sebep olabileceği insan hakları ihlallerinin ve çevresel tahribatın önüne geçebilmek adına uluslararası hukuk düzeninde şirketlere zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülükleri getirme yönünde ivmelenen gelişmeler mevcuttur. Özellikle Avrupa genelinde çok uluslu şirketlerin doğrudan ve dolaylı yabancı ülkelerde yerleşik tedarikçilerini de kapsayacak şekilde getirilen durum tespit yükümlülüklerine ilişkin yeni düzenlemeler kurumsal tedarik zincirleri bakımından katı bir sorumluluk rejimi öngörmektedir. İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi ve çevrenin korunması maksadıyla getirilen bu düzenlemeler doğrudan ilgili ülkelerde yerleşik şirketler bakımından uygulama alanı bulacak olsa da etkilerini Türkiye dâhil, anılan ülkelerde yerleşik şirketlerin tedarik ilişkisi içinde olduğu tüm ülkelerde gösterecektir⁸⁶.

Türkiye’de de yakın zamanda Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ve amaçlarından biri daha güçlü bir insan hakları koruma sistemi getirmek olan İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi kamuoyu ile paylaşılmıştır⁸⁷. BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri dikkate alınarak, iş ve çalışma hayatına ilişkin ulusal rehber ilkelerinin hazırlandığının da bilgisi verilmiştir⁸⁸. Ancak Türk hukukunda her ne kadar iş sağlığı ve güvenliği ile çevre gibi konuları ele alan farklı düzenlemeler mevcut olsa da şu an için şirketler bakımından insan hakları ve çevre ile ilgili zorunlu durum tespit yükümlülüğü ve sorumluluk rejimi öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu kapsamda Türk Sermaye Piyasası mevzuatında halka açık şirketler bakımından öngörülen ve “uy veya açıkla” (*comply or explain*) prensibine

⁸⁶ Çiğdemtekin and Ersoy, “Tedarik Zinciri Uyumu,”.

⁸⁷ *İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi*. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. Nisan 2021. Erişim Tarihi 20 Ocak 2022. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insanhaklari-ep02-03-202115-14.pdf>; *İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi*. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. Mart 2021. Erişim Tarihi 20 Ocak 2022. <https://insanhaklariylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf>. Daha detaylı bilgi için bkz. “İnsan Hakları Eylem Planı” Erişim Tarihi 20 Ocak 2022. <https://insanhaklariylemplani.adalet.gov.tr>.

⁸⁸ Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın 2 Mart 2021 tarihli ‘İnsan Hakları Eylem Planı’ tanıtım toplantısı konuşma notları için bkz. *Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın İnsan Hakları Eylem Planı Tanıtım Toplantısı Konuşması*. Erişim Tarihi 20 Ocak 2022. <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/2021-03-02-insanhaklari.pdf>. 32.

dayanan kurumsal raporlama yükümlülükleri ile zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüklerinin farklılığının altını çizmekte fayda vardır. Zira Sermaye Piyasası mevzuatı kapsamında halka açık şirketler bakımından öngörülen kurumsal raporlama yükümlülükleri, zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüklerinden pek çok yönden farklılaşmaktadır. II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nde⁸⁹ düzenlenen Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri pay sahipleri, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, menfaat sahipleri ve yönetim kurulu olmak üzere dört bölüm altında 24'ü zorunlu toplam 97 ilkeden oluşmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri kapsamında insan haklarına ilişkin kısıtlı düzenlemeler "menfaat sahipleri" başlığı altında yer almaktadır. Uyulması zorunlu olmayan bu kurumsal yönetim ilkeleri şirketlerin sosyal sorumluluklara karşı duyarlı olmasını, çevre, tüketici, kamu sağlığı ile ilgili düzenlemeler ile etik kurallara uymasını ve uluslararası insan haklarına saygı gösterip destek olmasını öngörmektedir (Menfaat Sahipleri – Etik Kurallar ve Sosyal Sorumluluk 3.5.2)⁹⁰. Anılan düzenleme dışında insan haklarına ilişkin kabul edilebilecek yine uyulması zorunlu olmayan diğer bir düzenleme ise şirketlerin insan kaynakları alanında ayrımcılık ve kötü muameleden uzak durmasını ve güvenli çalışma koşulları sağlamasını öngörmektedir (Menfaat Sahipleri – Şirketin İnsan Kaynakları Politikası 3.3). Ancak uyulması zorunlu olmayan bu kurumsal yönetim ilkeleri bakımından Sermaye Piyasası mevzuatı kapsamında "uy veya açıkla" yaklaşımı benimsenmiş olup maddi durum tespiti yapmaya yönelik açık yükümlülükler yer almamaktadır. Bir diğer ifade ile halka açık şirketler zorunlu olmayan ilkelere uymakla yükümlü değil ancak uymadıkları hallerde bu durumu kamuoyu ile paylaşma yükümlülüğü altındadır. Bu kapsamda sadece halka açık şirketler bakımından bir aykırılık halinde raporlama yükümlülüğü öngören kurumsal raporlama yükümlülüklerini zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülükleri ile karıştırmamak gerekir. Zira, zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülükleri, kurumsal raporlama yükümlülüklerinden farklı olarak kapsamına aldığı şirketler bakımından maddi durum tespiti ve ciddi sair yükümlülükler getirir.

Zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüğü bağlamında Türkiye'de şu an için herhangi bir düzenleme bulunmasa da bölgesel veya ülkesel olarak

⁸⁹ 3 Ocak 2014 tarihli ve 28871 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği.

⁹⁰ Uyulması zorunlu ilkeler II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği madde 5'te sayılmaktadır ve bu kapsamda bahsi geçen ilke zorunlu ilkeler arasında yer almamaktadır.

getirilen düzenlemeler şüphesiz ki Türkiye’de yerleşik ve ihracat faaliyetlerinde bulunan şirketleri de etkileyecek niteliktedir. Ucuz iş gücünün ve kayıt dışı istihdamın⁹¹ yoğun olduğu Türkiye’deki birçok şirket, Avrupa merkezli şirketlerin doğrudan veya dolaylı tedarikçisi -diğer bir ifadeyle, ana tedarikçinin alt tedarikçileri- konumundadır. Çok uluslu pek çok şirketin hammadde tedarikçisi konumundaki Türk şirketleri aynı zamanda AB ülkelerine yapılan ihracatın da itici gücüdür. Durum tespit yükümlülüklerinin yalnızca AB’de veya ilgili ülkede yerleşik şirketler için geçerli olacağı ve yalnızca bu şirketlere yükümlülükler getireceği yönündeki bir yaklaşım oldukça yanıltıcı olacaktır. Zira bu alanda kabul edilen kanun metinleri ile getirilen mevzuat önerileri, tedarik zincirlerinin tamamı açısından bütüncül bir uyumu öngörmektedir. Bu nedenle ilgili düzenlemelerin sınır ötesi etkileri de kaçınılmaz olacak ve ilgili ülkelerdeki şirketler kendi yabancı tedarikçilerini bu düzenlemelere uymaya ve bu doğrultuda gerekli denetimleri yapmaya ve yaptırmaya zorlayacaktır. Bu düzenlemeler kuşkusuz ilgili ülkelerde yerleşik ancak Türkiye’de faaliyet gösteren şirketlerin iştirakleri bakımından da geçerli olacak ve bu şirketler de ilgili kanunların öngördüğü durum tespit yükümlülüklerine tabi olacaktır⁹². Zira bugün pek çok Türk şirketi farklı ülkelerde kendi markaları altında kurdukları yabancı şirketler vasıtasıyla kendi operasyonlarını yürütme girişimlerinde bulunmaktadır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüğü öngören ülkelerde doğrudan veya dolaylı olarak faaliyet gösterecek Türkiye menşeli şirketlerin, faaliyetlerini buldukları bölge ve ülkedeki yükümlülüklere uygun şekilde düzenlemeleri gerekecektir. Bir örnek ile özetlemek gerekirse, Türkiye’de üretim yapan bir şirketin ürettiği bir ürünü Hollanda veya Almanya pazarına yabancı bir şirket vasıtasıyla veya doğrudan sunabilmesi, ilgili yabancı ülkede bu kapsamda öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesine bağlı olacaktır. Zira aksi halde tedarikçisi olduğu yabancı şirket veya ilgili ülkede doğrudan faaliyet gösteren Türk şirketinin kendisi ciddi yaptırımlarla karşı karşıya kalacak, kazanç ve itibar kayıplarına uğrayacak ve en nihayetinde piyasadaki rekabet gücünü de kaybedecektir.

⁹¹ Öte yandan asgari ücrette yakın zamanda yapılan % 50’yi aşkın zamin ve Türkiye’de bulunan düzensiz göçmenlerin ve geçici koruma statüsü altındakilerin kayıt dışı istihdam probleminin artmasına yol açtığı da göz ardı edilmemelidir.

⁹² Ersoy and Çamgöz Akdağ, “Recent Developments in Supply Chain Compliance”, 583-584.

IV. SONUÇ

İş dünyasının sebep olduğu insan hakları faciaları neticesinde başlatılan hükümetlerarası örgütlerin faaliyetleri ve sivil toplum kampanyaları, iş dünyası ve insan hakları ilişkisi konusundaki farkındalığı arttırmıştır. Artan bu farkındalık neticesinde yukarıda bahsi geçen ülkesel anlamda bağlayıcı düzenlemeler henüz yürürlüğe girmemiş iken birçok çok uluslu şirket pazar payı ve itibar kayıplarını önlemek amacıyla kendi iç politikalarını ve tedarikçiler de dâhil olmak üzere çalışma şartlarını revize etme yoluna gitmişlerdir. Örneğin, bugün tekstil alanında faaliyet gösteren pek çok şirket (Türk şirketleri de dâhil) İspanya merkezli çok uluslu *Inditex* grubuna veya İsveç merkezli çok uluslu *H&M* markasına kumaş veya hazır giyim ürünü satabilmek için kendi çalışma koşullarını ilgili çok uluslu şirketin kalite standartlarının yanı sıra insan hakları ve çevre konularındaki sürdürülebilirlik stratejilerine uyumlu hale getirmek ve belirli denetimlerden geçmek durumunda kalmaktadır. Ayrıca gelişmekte olan ülkelerdeki tedarikçilerinin faaliyetleri dolayısıyla bugün bazı Türk şirketleri yürütülen sivil toplum kampanyaları tarafından hedef gösterilmekte, itibar ve en nihayetinde kazanç kaybına uğramaktadır⁹³.

Uluslararası hukuk düzenindeki son gelişmeler dikkate alındığında, gelecekte şirketlerde tedarik zinciri uyumluluğunun sağlanması için düzenli zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüğünün ön koşul olarak değerlendirileceği sonucuna varılabilir. İş dünyasında kurumsal sorumluluk alanında yaşanan bu dönüşüm sırasında, çok uluslu şirketlerin insan hakları ve çevre ihlallerinden kaynaklanabilecek risklerinin azaltılması, şirketleri idari para cezası veya tazminat gibi olumsuz hukuki ve mali sonuçlardan kurtaracaktır⁹⁴. Yeni sisteme uyum sağlamaya direnç gösteren şirketler küresel piyasada kendilerini rekabet açısından da dezavantajlı bir konumda bulacaktır⁹⁵. Bu kapsamda şu an için herhangi bir hukuki zorunluluk bulunmasa dahi Türk şirketlerinin benimseyeceği insan hakları hedeflerine uygun yaklaşımlar ihracat potansiyelinin tam olarak kullanılması ve uluslararası piyasada benzer yaklaşımları benimsemiş şirketlerle rekabet gücüne sahip olunabilmesi için bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu nedenle

⁹³ “Lc Waikiki protesto edildi.” *Clean Clothes Campaign*. Erişim Tarihi 10 Şubat 2022. <http://www.temizgiysi.org/lc-waikiki-protesto-edildi/>. “Türk Markaları Bu Anlaşmayı İmzalamalı” *Clean Clothes Campaign* Erişim Tarihi 10 Şubat 2022. <http://www.temizgiysi.org/turk-markalari-bu-anlasmayi-imzalamali/>.

⁹⁴ Ersoy and Çamgöz Akdağ, “Recent Developments in Supply Chain Compliance”, 583-584.

⁹⁵ ibid.

BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri ile birlikte söz konusu mevzuat metinlerinin ve yasama çalışmalarının iyi analiz edilerek Türk hukukunda bu alanda bir çalışma yapılana kadar Türkiye’de yerleşik şirketlerin ihracat hacimlerini kaybetmemeleri ve uluslararası ticaretteki rekabet güçlerini korumaları amacıyla kendi şirket içi düzenlemeleri ile bahsi geçen zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülüklerine uyum çalışmaları gerçekleştirmeleri yerinde bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alston Philip, ‘The “Not-a-Cat” Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accomodate Non-State Actors?’ in Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford 2005), 3-36.
- Bueno, Nicolas, and Christine Kaufmann. “The Swiss Human Rights Due Diligence Legislation: Between Law and Politics’ *Business and Human Rights Journal* 6, (2021): 542-549.
- Bueno, Nicolas. “The Swiss Responsible Business Initiative and its Counter-Proposal: Texts and Current Developments.” *Business and Human Rights Journal*, (2018): 1-5.
- Calster, Geert, Clarie Bright, Diana Lica, and Axel Marx. *Options for Mandatory Due Diligence in Belgium*. 2020. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. https://www.researchgate.net/publication/342424416_Options_for_Mandatory_Human_Rights_Due_Diligence_in_Belgium.
- Can Ozan ve Yücel Recep “Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* (2019) 35 (2), 105-130.
- Ersoy, Çiçek and Hatice Camgöz Akdağ. “Recent Developments in Supply Chain Compliance and in Europe and Its Global Impacts on Businesses.” In *Digitizing Production Systems*, edited by Numan M Durakbaşa and M Güneş Gençyılmaz, 578-584. Springer, 2022.
- Haynes, Jason, “The Modern Slavery Act (2015): A Legislative Commentary.” *Statute Law Review* 37, (2016): 33-56.
- Karagedik, Betül. “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge’nin İkinci Kez Gözden Geçirilmiş Taslağı’nın Türkçe Çevirisi* ve Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum.” *PPIL* 41, no.2 (2021): 1017-1047.
- Kıvılcım Zeynep “Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* (2010) 65-3, 87-122.
- Krajewski, Markus, Kristel Tonstad, and Franziska Wohltmann. “Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?” *Business and Human Rights Journal* 6, (2021): 550-558.
- Krajewski, Markus. “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty- Application” *Business and Human Rights Journal* 5, no.1 (2020): 105-129.
- Newman, David. “Litigation Update: Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.” *Sustainable Development Law and Policy* 3 (2002): 20.

- Oba, Meltem Ece. “Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: Vedanta v Lungowe ve Okpabi v Shell Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.” *PPIL* 41 (2021): 159-189.
- Roorda, Lucas, and Daniel Leader. “Okpabi v Shell and Four Nigerian Farmers v Shell: Parent Company Liability Back in Court.” *Business and Human Rights Journal* 6, no. 2 (2021): 368–376.
- Tarman Zeynep Derya. “İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim” *PPIL* 40, no.2 (2020):1545-1577.
- Williams, Oliver F. “The UN Global Compact: The Challenge and The Promise.” *Business Ethics Quarterly* 1484, (2004): 755-774.

İnternet Kaynakları:

- Açık Uçlu Hükümetler Arası Çalışma Grubu (OEIGWG). *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero Draft*. 16 Temmuz 2018 Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>.
- Açık Uçlu Hükümetler Arası Çalışma Grubu (OEIGWG). *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Third Revised Draft*. 17 Ağustos 2021. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>.
- Açık Uçlu Hükümetler Arası Çalışma Grubu (OHCHR). *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/RES/26/9)*. 2014. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9
- Alman Federal Dışişleri Bakanlığı. *BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Uygulanmasına yönelik Ulusal Eylem Planı 2016-2020*. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. <<https://www.auswaertiges-amt.de/blob/610714/fb740510e8c2fa83dc507afad0b2d7ad/nap-wirtschaftsmenschenrechte-engl-data.pdf>>
- Alman Tedarik Zinciri Kanunu (*Lieferkettensorgfaltspflicht engesetz*) *Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains*. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. <https://www.bmas.de/SharedDocs/D>

downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

Avrupa Birliği Dış İlişkiler Servisi. *Guidance on Due Diligence for EU Businesses to Address the Risk of Forced Labour in Their Operations and Supply Chains* 12 Temmuz 2021. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/july/tradoc_159709.pdf.

Avrupa Birliği Konseyi. *EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy* 2012. Erişim Tarihi 22 Ocak 2022. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/en/pdf>.

Avrupa Komisyonu. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions The European Green Deal COM(2019) 640 final*, 11 Aralık 2019. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>.

Avrupa Parlamentosu. *European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL))* Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html#title1.

Bağlayan, Başak. *A Study On Potential Human Rights Due Diligence Legislation in Luxembourg*. 2021. Erişim Tarihi 13 Ocak 2022. https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/48683/1/Baglayan_Study_HRDD.pdf.

BBC News Türkçe. “Shell: Petrol sızıntısından zarar gören Nijeryalılar İngiltere’de şirket aleyhine dava açabilecek.” 12 Şubat 2021, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56045971>.

BHR Resource Centre. “Turkey: Hazelnuts in Ferrero Rocher supply chain linked to child labour, includes company comments.” 1 Ocak 2020. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/turkey-hazelnuts-in-ferrero-rocher-supply-chain-linked-to-child-labour-includes-company-comments/>.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR). *UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies*. 2020. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği. *Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (HR/PUB/11/04)* 2011. Erişim Tarihi 22 Aralık 2021.

https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

Birleşmiş Milletler. “UN Global Compact.” Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.unglobalcompact.org>.

Calster, Geert, Clarie Bright, Diana Lica, and Axel Marx. *Options for Mandatory Due Diligence in Belgium*. 2020. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. https://www.researchgate.net/publication/342424416_Options_for_Mandatory_Human_Rights_Due_Diligence_in_Belgium.

Clean Clothes Campaign. “Rana Plaza.” Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://cleanclothes.org/campaigns/past/rana-plaza>.

Clowes, William. “Shell Will Pay \$ 111 Million to End Nigerian Oil- Spill Case.” *Bloomberg News*, 12 Ağustos 2021. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-11/shell-to-pay-110-million-to-end-30-year-nigeria-oil-spill-case>.

Çiğdemtekin, Gamze and Çiçek Ersoy. “Tedarik Zinciri Uyumu - AB ve Almanya’daki Hukuki Gelişmeler ve Türkiye’ye Olası Etkileri.” *Lexology* (blog) 10 Ağustos 2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a4405f28-59f7-4e78-9aa2-a6b1a7633384>.

European Commission. “Corporate Sustainability: Due Diligence.” 23 Şubat 2022. Erişim Tarihi: 27 Şubat 2022. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en#relatedlinks.

European Parliament Responsible Business Conduct Working Group (RBC WG). “Speech By Commissioner Reynders In RBC Webinar On Due Diligence.” 30 Nisan 2020. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

Faracik, Beata. *Study: Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2017. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU\(2017\)578031_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf).

Fransız Teyakkuz Görevi Kanunu (İngilizce). “The Corporate Duty of Vigilance Law” Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://respect.international/wpcontent/uploads/2017/10/ngo-translation-french-corporate-duty-of-vigilance-law.pdf>.

Global Compact Network Türkiye. “10 İlke.” Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/>.

- Government of United Kingdom Home Office Department. *Transparency in Supply Chains: A Practical Guide*. Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://www.gov.uk/government/publications/transparency-in-supply-chains-a-practical-guide/transparency-in-supply-chains-a-practical-guide>.
- Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası İş Ahlakı Kanunu. “A bill introduced by the members Voordewind, Alkaya, Van den Hul and Van den Nieuwenhuijzen providing for rules regarding due diligence in value chains to combat violations of human rights, labour rights and the environment in the conduct of foreign trade (the Responsible and Sustainable International Business Conduct Act).” Erişim Tarihi 27 Aralık 2021. <https://www.mvoplatfom.nl/en/wp-content/uploads/sites/6/2021/03/Bill-for-Responsible-and-Sustainable-International-Business-Conduct-unofficial-translation-MVO-Platform.pdf>.
- International Labour Organization. “The Rana Plaza Accident and its Aftermath.” Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang--en/index.htm.
- İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD). “Çok Uluslu İşletmeler için Rehber İlkeler.” Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://www.oecdwatch.org/wp-content/uploads/sites/8/2012/06/OECD-Watch-brochure-Turkish.pdf>.
- Marcelis, Anya. “Dutch Take the Lead on Child Labour with New Due Diligence Law,” Ergon Associates Ltd, 17 Mayıs 2019, <https://ergonassociates.net/dutch-take-the-lead-on-child-labour-with-new-due-diligence-law/>.
- Norveç Şeffaflık Kanunu (İngilizce). “Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act).” Erişim Tarihi 25 Aralık 2021. <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2021-06-18-99>.
- Özkan, Yusuf, “Shell, Nijerya’da tarım arazilerini kirlettiği çiftçilere tazminat ödeyecek.” *BBC News Türkçe*, 29 Ocak 2021. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55847398>.
- Ropes & Gray. “Dutch Child Labor Due Diligence Act Approved by Senate – Implications for Global Companies” Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>.
- Ruggie John Gerrard, *The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business & Human Rights*. HKS Working Paper No. RWP17-030. 2017. Erişim Tarihi 13 Ocak 2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984901.

- Ruggie, John Gerrard. *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the "Protect, Respect and Remedy" Framework*. Report to the UN Human Rights Council, A/HRC/11/13, 22 Nisan 2009, <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/88/PDF/G0912888.pdf?OpenElement>.
- Ruggie, John Gerrard. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*. Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (7 Nisan 2008) A/HRC/8/5. <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.
- Swiss Coalition for Corporate Justice. "The Responsible Business Initiative." Erişim Tarihi 26 Aralık 2021. <https://corporatejustice.ch/about-theinitiative/>.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı. *Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın İnsan Hakları Eylem Planı Tanıtım Toplantısı Konuşması*. Erişim Tarihi 20 Ocak 2022. <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/2021-03-02-insanhaklari.pdf>. 32.
- Tondo Lorenzo. "Ferrero Rocher chocolates may be tainted by child labour." *The Guardian*, 20 Aralık 2019. <https://www.theguardian.com/global-development/2019/dec/20/are-ferrero-rocher-chocolates-tainted-by-child-labour>.
- Torres Cortes Francisca, Camille Salinier, Hanna Deringer, et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report*. Avrupa Komisyonu Adalet ve Tüketiciler Genel Müdürlüğü. 2020. Erişim Tarihi 23 Aralık 2021. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. *İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi*. Nisan 2021. Erişim Tarihi 20 Ocak 2022. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. *İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi*. Mart 2021. Erişim Tarihi 20 Ocak 2022. <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf>.
- UK Legislation. "Modern Slavery Act 2015" Erişim Tarihi 25 Aralık 2021. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.
- Uluslararası Af Örgütü. "Shell Cinayetlerin Suç Ortağı mı?" 28 Kasım 2017. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.amnesty.org.tr/icerik/shell-cinayeterin-suc-ortagi-mi>

- Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO). “The Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy.” Erişim Tarihi 24 Aralık 2021. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---mu_lti/documents/publication/wcms_094386.pdf.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR). *Corporate Responsibility to Respect, An Interpretive Guide*. 2012. Erişim Tarihi 18 Şubat 2022. https://www.ohchr.org/documents/publications/hr.pub.12.2_en.pdf.
- Vidal John. “Shell Oil paid Nigerian military to put down protests, court documents show.” *The Guardian*, 3 Ekim 2011. Erişim Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.theguardian.com/world/2011/oct/03/shell-oil-paid-nigerian-military>.
- Wilde-Ramsing Joseph, Mannon Wolfkamp, and David Ollivier de Leth. “The Next Step for Corporate Accountability in the Netherlands: The New Bill for Responsible and Sustainable International Business Conduct.” Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), 18 Mart 2021, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021, <https://www.somo.nl/the-next-step-for-corporate-accountability-in-the-netherlands/>.
- World Benchmarking Alliance. “Measuring 230 global companies on their human rights performance.” Erişim Tarihi 22 Aralık 2021. <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/publication/chrb/>.
- Yıldırım, Engin. “Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi.” *VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu*, 13-14 Kasım 2014, <https://www.petroil-is.org.tr/sites/default/files/tum-dokuman-baski.pdf>.

‘ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ: KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE 7343 SAYILI KANUN’UN GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRMELER’

‘Enforcement of Custody and Contact Orders: Considerations in the Framework of Comparative Law and the Changes Brought by Law No. 7343’

Levent BÖRÜ*
Şafak PARLAK BÖRÜ**

ÖZET

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, Türk yasa koyucusunun getirmiş olduğu yeni değişiklikler nedeniyle oldukça güncel bir konudur. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin sistem 7343 sayılı Kanunla değişmiştir. İcra İflas Kanunu hükümleri çerçevesindeki, uzun zamandır yoğun eleştirilere uğrayan uygulama sona ermiş; Çocuk Koruma Kanunu’na ve Türk Medeni Kanunu’na eklenen yeni hükümler uyarınca çocuğun üstün yararını daha iyi gözetmesi hedeflenen yeni bir sistem geliştirilmiştir. Çalışmamızda mevzuat değişikliğine duyulan ihtiyacın gerekçesi ve yeni sistemin ortaya çıkış süreci ele alınmıştır. Türk hukukunda geliştirilen sisteme ışık tutması amacıyla, yabancı hukuklarda konunun yasal düzenlemeler ve uygulama bağlamında nasıl ele alındığına;

Makalenin Geliş Tarihi: 20.09.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.09.2022.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Özel Hukuk) Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: leventboru@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3043-3467.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Özel Hukuk) Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: sparlak@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9843-6034.

ülkeden ülkeye çeşitlilik arz etmekle birlikte, öngörülen tedbir ve yaptırım mekanizmalarına yer verilmiştir. Son olarak 7343 sayılı Kanunun getirdiği değişiklikler ele alınmıştır. Yeni sistemin genel itibarıyla olumlu yönleri olmakla birlikte, sistemin çocuğun üstün yararının korunmasında ne derece etkin olabileceğinin ancak gelişen uygulamayla sağlıklı değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

Anahtar kelimeler: çocuğun üstün yararı, çocuk teslimi, çocukla kişisel ilişki kurulması, 7343 sayılı Kanun, Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK).

ABSTRACT

The enforcement of court decisions regarding custody and establishing a personal relationship with the child (contact order) is a very current issue due to the new changes introduced by the Turkish legislator. The system regarding enforcement of custody and contact orders has been amended with Code no:7343. The practice within the framework of the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Code, which has been heavily criticized for a long time, has come to an end. In accordance with the new provisions added to Child Protection Code and Turkish Civil Code, a new system has been developed that aims to better protect the best interests of the child. In our study, the reason for the need for legislative changes and the emergence of the new system are discussed. In order to shed light on the system developed in Turkish law, how the issue is handled in foreign laws, the foreseen measure and sanction mechanisms are included. Finally, it is thought that, although the fundamental innovations brought by the Law No.7343 have positive aspects in general, how effective the system can be in protecting the best interests of the child can only be evaluated most conveniently with the developing practice.

Key words: best interest of the child, custody of the child, contact with the child, Law No. 7343, Child Protection Code (CPC).

I. GİRİŞ

Bir çocuğun anne veya babasının velayet hakkının sona ermiş olması, artık çocuğuyla kişisel ilişki kuramayacağı anlamı taşımaz. Böyle durumlarda da anne veya baba çocuğunu görme, onunla haberleşme; bir başka deyişle onu hayatında var etme ve de çocuğunun hayatında var olma hakkına sahiptir. Zira

‘çocukla kişisel ilişki kurma (ÇKİK) hakkı’¹ hem anne ve babanın hem de çocuğun kişilik haklarından olup; devredilemez ve vazgeçilemez niteliktedir. Anne ve baba açısından AİHS’ nin 8. maddesinin ilk fıkrasıyla, çocuk açısından ise BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi ile bu hak güvence altına alınmıştır². Çocuğun gelişim sürecinde sadece anneye değil, babaya da ihtiyacı olduğunun bilimsel açıdan kabul görmesi ve çocuğun üstün yararının korunması ilkesi çerçevesinde, çocukla ilgili düzenlemelere yer veren tüm uluslararası metinlerde çocuğun anne ve babasıyla arasındaki ilişkinin korunması ve devam ettirilmesinin önemi vurgulanmaktadır.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasında gözetilen amaç, çocuk ile anne veya babası arasındaki ilişkinin hukuki bağdan ibaret olmaması, duygusal bağın da kurulması³; çocuğun velayet hakkına sahip olmayan tarafa yabancılaşmamasıdır⁴. Kişisel ilişkinin sürdürülmesinde gözetilen amaç, çocuk ile anne veya babası arasında evlilik birliği boyunca oluşmuş ve geliştirilmiş ilişkinin korunarak devamını sağlamaktır. Çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan taraf da, çoğunlukla onun sağlığından, duygu ve düşünce dünyasından, eğitim-öğretim ve sosyal hayatından, özetle günlük yaşamından haberdar olmak; mutluluklarında ve sorunlarıyla baş etme süreçlerinde yanında olmak ister⁵. Bu husus TMK m. 323’de yasal düzlemde ele alınmış olup; hükümde ana ve babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bir çocuğun anne ve

¹ Doktrinde anılan hak AİHS gereğince aile yaşamına saygı gösterilmesi talebinin parçası olarak ifade edilmiştir (Selma Hülya İmamoğlu, “Ana Baba ve Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesinin Dikkate Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70, S.3., (2021), 847’ den naklen).

² Anılan hakka ilişkin bilgi için bkz. Fulya Erlüle, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 16, S.3, (2010), 217 vd.; İmamoğlu, 841 vd.; İlknur Serdar, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof.Dr.Ünal Narmanlıoğlu’ na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, Özel Sayı, (2007), 739 vd; Ahmet Türkmen, “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 26, S.2, (2020), 1126 vd.; Canan Yılmaz: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, S.1, (2015), 103 vd.

³ Sera Reyhani Yüksel, “Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof.Dr.Ferit Hakan Baykal Armağanı) 25, S.2, (2019), 1542.

⁴ Bilge Öztan, Aile Hukuku, (Ankara: Filiz, 2015), 6.Bası, 790.

⁵ Erlüle, 218.

babasıyla iletişim kurması da onun temel haklarından⁶ olmakla birlikte, anne ve babanın artık bir arada olmadığı ayrılık, boşanma gibi süreçlerde bu hak ve ihtiyacının daha hassas gözetilmesi gerekir. Zira araştırmalar ebeveynlerinden birisi ile arasındaki ilişkinin sona ermesinin boşanmanın çocuk üzerindeki olumsuz sonuçları arasında en yıkıcı olanı olduğunu ortaya koymuştur⁷.

Çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğun sağlıklı gelişimi için elzem olup, nihayetinde üstün yararına hizmet eder. Konuyla ilgili olarak ‘çocuğun yararı’ kavramı BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3, m. 9 ile Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 4 ila 8.maddelerinde yer bulmuştur. Ancak anılan uluslararası metinlerde çocuğun yararı tanımlanmış değildir; zira bu kavram tabiatı itibarıyla hakkında genel geçer bir tanım yapılmasına elverişli olmayıp, çerçevesi esnekler. Çocuğun yararı, hakimın takdir yetkisi çerçevesinde, çocuğun yaşı, fiziksel ve psikolojik gelişimi, olgunluğu, kişisel durumu ve ihtiyaçları, yetenekleri, eğitim durumu, sosyal ve kültürel çevresi vb. gibi her somut olayın kendine özgü koşullarını dikkate alarak değerlendirmesi gereken bir kavramdır⁸.

⁶ TMK m. 323’de yasa koyucu kişisel ilişki kurmanın anne-babaya tanınmış bir hak olduğunu ele almıştır. Hükmün TMK m.322 ile birlikte değerlendirilmesi uygun olur. TMK m.322 uyarınca anne-baba ve çocuk arasında karşılıklı olarak öngörülen yükümlülüklerden biri olarak ele alınan ‘yardım yükümlülüğü’, anne-baba ve çocuk arasında sadece maddi değil, manevi yönden de dayanışma yükümlülüğü olduğuna işaret eder. Kişisel ilişkinin kurulması ve devam ettirilmesi sürecinde anne-baba ve çocuğun karşılıklı şekilde psikolojik ve sosyal açıdan dayanışma sergilemesi anılan hükümde yer verilen karşılıklı ‘saygı ve anlayış gösterme yükümlülüğü’nün de bir gereğidir. Anılan TMK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m.9/III hükmü çerçevesinde, doktrinde ağırlıklı olarak bir ‘yüküm-hak’ olarak değerlendirilen kişisel ilişki kurma hakkı ‘çocuğa da tanınmış’ bir haktır (bkz. Erlüle, 221-222). Nitekim Mehaz İsviçre Medeni Kanunu Art.273’ün ilk fıkrasında da bu hakkın anne-baba ve çocuk açısından karşılıklı olduğu açıkça ifade edilmiştir. İsviçre doktrininde bu hak, kişisel ilişki kurma hakkına sahip anne-baba açısından yüküm-hak olarak kabul görür ve bundan çocuk lehine, çocuğun her iki ebeveynle de kişisel ilişki kurma hakkı türetilir (İmamoğlu, 844, dpn.3). Ayrıca bkz. Rona Serozan, Çocuk Hukuku, (İstanbul:Vedat, 2017), 2.Basıdan Tıpkı Bası, 242; Serdar, 756-757; Türkmen, 1127; Yılmaz, 105; Yüksel, 1545. Yargıtay da kişisel ilişkide anne-baba olmaya dair duyguların tatmin edilmesinin yanı sıra, çocuğun fiziksel, ruhsal, sosyal, kültürel, eğitsel gelişimine yönelik yararının gözetileceğinden hareketle, kişisel ilişki kurmanın çocuk için de bir hak olduğunu vurgulamıştır (YHGK, E.2012/799, K.2013/389, 20.3.2013; Y.2.HD, E.2018/7788, K.2019/51, 14.01.2019, (www.lexpera.com.tr, E.T:2.09.2022).

⁷ Fulya Erlüle, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 S.2, (2018), 263; yine bkz. Yılmaz, 105.

⁸ Erlüle, Ziyaret Hakkı, 267; Yıldız Abik, “Türk Medeni Kanunu’ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof.Dr. Şener

Çocuğun yararı birinci planda ve en üst ilke olarak dikkate alınmalı; olası menfaatler çatışmasında her zaman öncelikli olmalıdır⁹. Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğun yararının aksini gerektirmeyeceği durumlarda mümkün kılınmıştır. Anne babası ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin TMK m. 323 hükmünde açıkça çocuğun yararı kavramı yer almamış ise de; kişisel ilişkinin uygunluğuna ilişkin değerlendirmede, çocuğun yararının anne-babanın menfaatlerinin ve diğer tüm değerlerin üstünde tutulması gerektiğinden hareketle anılan hüküm açısından dikkate alınması gerekir¹⁰. Nitekim yasa koyucu diğer bazı hükümlerde bu hususa açıkça işaret etmiştir: TMK m. 324/II gereğince, kişisel ilişkiden kaynaklı çocuğun huzurunun tehlikede olduğu veya anne-babanın bu haklarını hükmün ilk fıkrasında belirtilen yükümlülüklerle aykırı kullandığı veya müşterek çocukla ciddi şekilde ilgilenmediği durumda ya da diğer önemli sebeplerin varlığında, kişisel ilişki kurma hakkının reddedilmesi yahut verilmişse geri alınmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Hükümdeki ‘çocuğun huzuru’ ifadesinin mehz İsviçre Medeni Kanunu Art.274 Abs.2’de yer verildiği şekliyle ‘çocuğun yararı’ olarak yorumlanması yerinde olur¹¹. Yine TMK m. 182/II uyarınca da, velayet hakkı kendisinde bulunmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkisine dair düzenlemelerde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda değindiğimiz üzere, çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğun üstün yararının gerçekleşmesine; psikolojik açıdan ayrılık ve boşanma süreçlerinden mümkün olduğunca yara almadan çıkmasına hizmet eden bir yargısal imkandır. Ancak çocuğun velayetine ve/veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair hususlar her zaman anne-babanın aralarında anlaşığı ya da mahkemede karara bağlandığı şekilde taraflarca yerine getirilmez. Bu sebeple yasa koyucular çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının¹² icrasına yönelik düzenlemeler getirmek, tedbirler ve

Akyol’a Armağan, (İstanbul: 2011), 3, 9, 23; İbrahim Özbay, “Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcerası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y:4 S:2, (2017), 38; Yılmaz, 111-112. Ancak net bir şekilde tanımlanamasa dahi, belirlenebilir içeriğinden hareketle; çocuğun yararı, ‘çocuğun bedensel, zihinsel, toplumsal, ahlaki, ekonomik ve hukuki yönden iyi durumda bulunması’ olarak ifade edilebilir (İmamoğlu, 850).

⁹ Yılmaz, 111.

¹⁰ Erlüle, 225. Bkz. YHGK, E.2012/799, K.2013/389, 20.3.2013, (www.lexpera.com.tr, E.T: 2.09.2022).

¹¹ İmamoğlu, 845, dpn.11.

¹² Bu mahkeme kararları kesin hüküm teşkil etmez; değişen koşullara göre bu ilişkiler değiştirilebilir (Öztaş, 793).

yaptırımlar geliştirmek durumunda kalmıştır. Gerek yasal düzenlemelerde gerekse uygulamada akıldan çıkarılmaması gereken gerçeklik, konunun çocukla kişisel ilişki kurmak yahut sürdürmek isteyen anne-babanın üstün yararıyla veya istemeyen anne-babanın tercihiyle değil; çocuğun üstün yararıyla ilgili olduğudur.

Çocuk teslimi (ÇT) ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına (ÇKİK) dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, Türk yasa koyucusunun getirmiş olduğu değişiklikler nedeniyle oldukça güncel bir konudur. Çalışmamızda yabancı hukukların yasal düzenlemeleri ve uygulamaları ışığında, Türk hukukundaki değişiklikleri de ele alarak konunun değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

II. TÜRKİYE’DE MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİNE DUYULAN İHTİYACIN GEREKÇESİ VE YENİ SİSTEMİN ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ

Türkiye’de ÇT. ve ÇKİK.’e ilişkin ilamların icrasına dair sistem 24.11.2021 tarihli 7343 sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun (R.G: 30.11.2021) ile tamamen değişmiştir. Daha önce konu 2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nun 25, 25/a, 25/b ve 341. maddelerinde düzenlenmişti. Ancak anılan hükümlerin uygulanmasıyla doğan, adı ‘çocuk haczi’ olarak yerleşen uygulama çocuğun bir taşınır mal, obje gibi anne babadan birinden alınıp diğerine verilmesi ve bunun icra memuru, polis memuru nezaretinde gerçekleşmesi; çocuğun tesliminde icra dairelerinin yetkili olması; süreçte yer alan uzmanların etkinliklerinin yetersizliği; çocukta yarattığı olumsuz psikolojik etkiler; çocuğunu görmeye çabalayan anne veya babanın bu uğurda icra takibi başlatarak ücret ödeme yükümlülüğü altında kalması ve sürecin bazen defalarca tekrarlanması; ilamlara aykırı davranışa yönelik yaptırımların amacına hizmet etmemesi gibi açılardan ciddi şekilde eleştirilmiştir. İİK. hükümlerinin çocuk perspektifinden değil, anne-babanın ve üçüncü kişilerin hakları üzerinden dizayn edilip, çağdaş hukukun çocuk odaklı anlayışını yansıtmaktan uzak olduğu dile getirilmiştir¹³. Dolayısıyla anılan hükümler çocuğun üstün yararını¹⁴ gerçekleştirmekten uzaktı. 7343 sayılı Kanunun

¹³ Türkmen, 1130.

¹⁴ Çocuğun üstün yararı kavramı, çocuğun üstün yararının belirlenmesine ilişkin ölçütlere ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Abik, 8 vd; Özbay, 32 vd; yine bkz. Çağrı Mardin, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası”, (Ankara: 2019), 23

getirdiği değişiklikler çerçevesinde; İİK'nun yukarıda anılan hükümleri mülga olmuş, 03.07.2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na (ÇKK) (R.G: 15.07.2005) yeni hükümler¹⁵ ve ayrıca velayetin değiştirilmesiyle ilgili olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 182. ve 324.maddelerine fıkralar eklenmiştir.

Yürürlükten kaldırılan yasal düzenlemelere dair tarihsel sürece bakıldığında: 1932 yılında kabul edilen İİK'nun ilk halinde, ÇKİK.'e ilişkin ilamlarla ilgili ayrı bir düzenleme olmaksızın, ÇT.'ye ilişkin ilamların yerine getirilmesinin 25.maddede düzenlendiği görülmektedir. Uzun süredir eleştirilen hüküm icra emrinin yerine getirilmesine ilişkin süre değişikliği¹⁶ dışında başkaca değişiklik olmaksızın 90 yıl boyunca uygulama bulmuştur. ÇKİK.'e ilişkin ilamların icrası ise 1965'de Kanuna eklenen 25/a maddesi¹⁷ ile düzenlenmiş, 57 yıldır uygulanmıştır. Anılan hükümlerin çocuğun üstün yararını gerçekleştirmede yetersiz kalması üzerine, yasa koyucu 2003'de çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uzman (*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin*) bulundurulmasına ilişkin 25/b maddesini¹⁸ İİK'ya eklemiştir. Yine 2005'de cezai hüküm olarak 'Çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası' kenar başlıklı

vd; Derya Belgin Güneş, "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi", (Ankara: 2022), 3 vd.

¹⁵ Burada çalışmada kullanılan kavramlara ilişkin kısaca bir açıklama yapmak uygun olacaktır: 7343 sayılı Kanun ile ÇKK'na eklenen dördüncü bölümün başlığı da İİK'nun mülga olan hükümlerindeki başlıklara paralel şekilde 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması'dır. Doktrinde 'çocuk teslimi' kavramına eleştiriler yöneltilmiş olmakla birlikte, gerek yasa koyucunun kullandığı gerekse uygulamada da kabul gören kavram olması nedeniyle çalışmamızda bu kavramı kullanmayı tercih ediyoruz. Bunun yanında çalışmamızda değindiğimiz bazı yabancı hukuklarda 'çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesine ilişkin hak'tan da bahsetmekteyiz. Türk hukukunda yasa koyucunun ortak velayeti açıkça düzenlememiş olmasından hareketle; bu, 'çocuğun teslimi' kavramının anlam ifade etmeyeceği, ortak velayetin yasal düzenlemelerde getirildiği hukuk sistemlerinde geliştirilmiş bir kavramdır.

¹⁶ İİK (mülga) m. 25'in ilk halinde beş gün olarak düzenlenmiş süre, 03.07.1940 tarihli 3890 sayılı Kanunla yedi gün olarak değiştirilmiştir.

¹⁷ İİK m. 25/a 18.02.1965'de kabul edilip, 06.03.1965'de Resmi Gazete' de yayınlanarak yürürlüğe giren 538 sayılı Kanunun 15. maddesiyle Kanuna eklenmiştir.

¹⁸ İİK m. 25/b 17.07.2003'de kabul edilip, 30.07.2003'de Resmi Gazete' de yayınlanarak yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanunun 7. maddesiyle Kanuna eklenmiştir. Ne var ki, uzmanın görev içeriğini belirleyen sistematik düzenlemeler bulunmaması, varlığının bir çeşit formalite olarak algılanmasına yol açmış; varlığı çocuğun yararını gözetme, yaşayacağı zararın en aza indirgenmesi amaçlarına hizmet etmemiştir (Yüksel, 1554).

İİK m. 341¹⁹'de tazyik hapsine dair düzenleme getirilmiştir. Ancak bu hükümler uygulamada oluşan sıkıntılara derman olmamış ve hatta uygulanış şekliyle bizzat sıkıntılara da sebebiyet vermiştir. Bu olumsuz durum AİHM' in 2011'de anılan hükümlerin uygulanmasıyla ilgili olarak, özel hayatın gizliliği ve aile yaşamının korunmasına ilişkin hak ihlali (AİHS m. 8) yönünde verdiği kararlar da en üst düzey yargı nezdinde tescil edilmiştir²⁰. Yine ülkemizde Anayasa Mahkemesi 07.05.2015 tarihli bireysel başvuru kararında; mahkemelerin velayet hakkı olmayan anne-baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurduğu durumda, tesis edilmesi öngörülen ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını sağlayacak şekilde davranmalarının zorunlu olduğu; öngörülen sınırlı kişisel ilişkinin hükme bağlandığı şekliyle mahkemelerin bu yükümlülüğüyle uyuşmadığı; başvurucunun müşterek çocukla kişisel ilişkisinin tesisinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğu dile getirilmiştir. Yüksek mahkeme anılan sebeplerle başvurucunun Anayasa m. 20'de koruma altına alınan aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir²¹.

Uygulanan sistemin elverişli olmadığına dair eleştiriler gitgide artmıştır. Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı'nın 2017'de yayınladığı '*Çocuk Teslimi Sürecine Mağduriyet Odaklı Yaklaşım*' başlıklı çalışmada mevcut sistemin iyileştirilmesine ya da farklı modeller geliştirilmesine yönelik öneriler kaleme alınmıştır²². Yine 2019 yılı sonunda Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) tarafından yayınlanan '*Çocuk Tesliminde Hak İhlallerine ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Özel Rapor*'da çocuğun icra sistemi dışına çıkarıldığı yeni bir sistem kurgusuna dair mevzuat değişikliği

¹⁹ İİK m.341 31.05.2005'de kabul edilip, 01.06.2005'de Resmi Gazete' de yayınlanarak yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanunun 12. maddesiyle Kanuna eklenmiştir.

²⁰ *Kılıç v. Turkey App no 16192/06 ECHR 275 (2011), 06.12.2011*: Yüksek Mahkeme kararında, her ne kadar arzulan durum olmasa da, koşulları varsa, hukuka aykırı davranan anne veya babaya karşı zorlayıcı tedbir ve yaptırımların uygulanması gerekliliğine işaret etmiştir. Ancak somut olayda Devletin yetkili otoriteleri babanın hukuken tesis edilmiş olan, çocuğuyla kişisel ilişki kurması hakkını kullanmasını engelleyen anneye karşı herhangi bir yaptırım uygulamamışlardır. Mahkeme bu tür uyuşmazlıklarda tarafların işbirliğine dayalı çözüm geliştirilmesi esasının altını çizmiş; böyle bir işbirliğine hizmet edecek aile arabuluculuğu mekanizmasının Türkiye'de olmamasına da vurgu yaparak, nihayetinde AİHS m.8'in ihlal edildiği yönünde karar vermiştir:

Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-3770267-4310191&filename=003-3770267-4310191.pdf> (E.T.: 25.06.2022).

²¹ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başv.2013/9047-Başv.T.16.12.2013, KT.7.05.2015 (Karar hakkında ayrıntılı olarak bkz. Erlüle, Ziyaret Hakkı, 279, dpn.82).

²² Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dergi/22102020134332cocuk_teslimi_raporu7_7_2017_.pdf, (E.T.: 25.06.2022).

yapılması ve hak ihlallerini engelleme yolunda caydırıcı nitelikte ve terditli şekilde artan yaptırımlar getirilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır²³. İlk somut adım Adalet Bakanlığı'nın 2017'de yayınladığı 'Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı' (MHKT) olup, burada Mağdur Hakları Daire Başkanlığı'nın ve başkanlığa bağlı olarak 'Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri (ADMH)' Müdürlüğü'nün Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulması, ÇT. ve ÇKİK.'e ilişkin ilamların bu müdürlükler tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür. Anılan taslak her ne kadar kanunlaşmasa da; 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile (R.G:10.06.2020-31151) Adalet Bakanlığı bünyesinde Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri (ADMH) Müdürlükleri kurulmuştur. Nihayetinde 7343 sayılı Kanunla İİK'nun yukarıda anılan hükümleri ilga edilmiş; ÇKK'ya dördüncü kısım (m. 41/A vd) eklenmiştir. ÇT. ve ÇKİK.'e dair ilamların yerine getirilmesi artık İİK hükümleri değil, ÇKK'ya eklenen hükümler uyarınca gerçekleştirilecektir. Yine aynı Kanuna eklenen geçici 2.madde ile de geçiş hükümleri öngörülmüştür. Bu gelişmeyle yoğun eleştirilere uğrayan icra dairesi ve icra mahkemesinin görevi son bulmuş olup; anılan ilamların ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde ADMH. müdürlüğü görevi devralmıştır. Aile mahkemesi de bu kurumun denetimi ve ilgililere yaptırım uygulama konusunda yetkilendirilmiştir. Bu ilamlar medeni yargılama içerisinde verilmiş bir ilamın yerine getirilmesinde (artık) İİK' ya tabi olmayan tek ilam türü olması yönüyle de, İİK' da düzenlenen ilamlı icra hükümlerine istisna oluşturmuştur. Böylelikle başta çocuk, anne ve baba üzerinde yarattığı mağduriyetler açısından ciddi şekilde eleştirilen sistem çocuğun icra sistemi dışına çıkarıldığı²⁴ yeni bir sistem geliştirilerek sona ermiş bulunmaktadır.

Mevzuata dair önemli bir diğer gelişme, 7343 sayılı Kanunun 37.maddesi ile TMK m. 182'ye eklenen ikinci fıkra ve 38.maddesi ile TMK m. 324'e

²³ Bkz. <https://www.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/icra-teslim-raporu/icra-iflas.pdf>, (E.T.: 25.06.2022).

²⁴ Doktrinde (yeni yasal düzenlemeler yürürlüğe girmeden önce) bu yönde Derya Belgin, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası (İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 135-136; Sanem Aksoy Dursun, "Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar" in Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Editörler: Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek, (Ankara: 2021), 193-194. İmamoğlu ayrıca öngörülecek yeni düzenlemede çocuğun yararı ile birlikte iradesini de göz önünde tutan bakış açısıyla hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar, ÇKİK. hakkının gerçekleştirilmesi sürecinde anne-baba ile çocuğun uzlaştırılmasını esas alan disiplinlerarası özel bir teşkilatlanmaya gidilmesi gerektiğini vurgulamış; bunun aile mahkemeleri bünyesinde oluşturulabileceğini de öneri olarak sunmuştur (İmamoğlu, 860).

eklenen üçüncü fıkralardır. Bu hükümlerde genel itibarıyla -sırasıyla- velayet kendisine bırakılan anne veya babanın kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmemesi durumunda, mahkemece velayetin değiştirilebileceğinin ihtar edileceği ve koşulları oluştuysa, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceği öngörülmüştür. İlamların yerine getirilmesinde mevzuatın ve/veya uygulamanın yetersizliklerini kötüye kullanan; ciddi yaptırımlarla karşı karşıya gelmeyeceğini düşünerek diğer ebeveynin çocukla bağ kurmaya ilişkin temel hakkını engelleyen kusurlu anne babaların varlığından hareketle²⁵, böyle bir yaptırım mekanizmasının yasallaşması yerinde olmuştur. Yabancı hukuk sistemlerinde de benzer şekilde bu yaptırımın düzenlendiği görülmektedir.

Son olarak, konuya ilişkin mevzuatta yakın tarihli (ve beklenen) bir gelişme olarak; Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik” (ÇTÇKİKY) de Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle (R.G: 04.08.2022- 31913) yürürlüğe girmiştir. Anılan yönetmelik ÇT. ve ÇKİK.’e ilişkin ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin görev, yetki ve sorumluluklar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları ortaya koymak üzere hazırlanmıştır. Yeni sistemin getirdiği uygulama öncelikle hazırlıklarını tamamlamış olan 50 il ve ilçede başlatılmış olup²⁶; uygulamanın 2022 yılı bitene kadar yaygınlaştırılması, bir yıl içinde tüm il ve ilçelerde anılan uygulamaya geçilmesi amaçlanmıştır²⁷.

²⁵ “...Babanın alışkanlıkları ve sağlık durumunun kişisel ilişki hakkını amacına aykırı kullanmasına yol açacağını ilişkin ciddi sebep ve deliller bulunmamaktadır. Kaldı ki, davalının çocuklarına karşı olumsuz bir davranışı da kanıtlanmamıştır. Bilirkişilerin bu husustaki görüşleri, anne ile yaptıkları görüşmeden edindikleri izlenime ve annenin kendilerine yansıttığı endişelere dayanmakta olup, babaya kişisel ilişki hakkının tanınmamasını veya bu ilişkinin bütünüyle engellenmesini haklı gösterir nitelikte değildir. Yukarıda değinildiği gibi, şayet kişisel ilişkinin gözetim altında kurulması çocukların yararına olacaksa bu yönde hüküm kurulması da imkan dahilindedir. Bu bakımdan kişisel ilişki hakkının babaya tanınmaması doğru bulunmamıştır...”: Y.2.HD, E.2012/ 23189, K.2013 / 8877, 1.4.2013, (hukukturk.com, E.T.:25.06.2022).

²⁶ Öngörülen yeni sistem çerçevesinde 4.04.2022’de başlatılan pilot uygulamadan bugüne kadar 2000’i aşkın çocuk ve ailesi yararlanmıştır. (<https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocuk-tesliminde-icra-donemine-son-veren-yeni-uygulama-hizla-yayginlastiriliyor>, E.T.:08.09.2022).

²⁷ <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocuk-teslimi-ve-cocukla-kisisel-iliski-kurulmasına-iliskin-ilam-ve-tedbir-kararlarinin-yerine-getirilmesine-dair-yonetmelik-yayimlandi>, E.T.:08.09.2022).

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÇERÇEVESİNDE KONUNUN ELE ALINMASI

A. İsviçre

İsviçre Medeni Kanunu'nun 296.maddesi uyarınca çocuklar anne babanın ortak (birlikte) velayeti²⁸ altındadır; anne ve baba çocuklarına karşı aynı haklara ve yükümlülüklerle sahiptir. Ayrılık veya boşanma halinde bu durum kural olarak değişmez. Ancak bu kuralın sunduğu destek, anne ve babanın çocuğun bakımıyla ilgili konularda ortak noktada buluşamadığı ve taraflardan birinin diğerinin haklarını ve çocukla ilişkisini kısıtladığı durumda kısmen işlevsiz kalır²⁹. Böyle bir durumda mahkeme ya da çocuk koruma kurumunun çocuğun bakımıyla ilgili üzerinde anlaşılamayan konuda karar vermesi gerekir (ZGB Art.275). Ancak taraflarca yapılan, mahkeme veya çocuk koruma kurumu tarafından onaylanmış bir anlaşmanın veya çocuğun bakımına ilişkin mahkeme yahut çocuk koruma kurumu tarafından verilmiş bir kararın varlığı halinde (ZGB Art.273), artık icra edilebilir bir karar söz konusudur. Eğer ki taraflardan biri (anne veya baba) çocuğun bakımı ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme veya kurum tarafından tesis edilmiş karara uymamakta ısrar ederse; uygun çocuk koruma önlemlerinin uygulanmasına ilişkin çocuk koruma kurumu (ZGB Art.307) veya mahkemeye (ZGB Art. 315a) başvurulabilir. Bu önlemlere örnek olarak anılan tarafa ihtar çekilerek uyarıda bulunulması veya özellikle çocukla kişisel ilişki kurulmasının gereğini yerine getirmek için kayyım atanması (ZGB Art.308 Abs.2) verilebilirse de; önlemlerin çoğunun uygulanmasında -bir noktada illa ki anne ve babanın işbirliği ve uyum içinde hareket etmesi

²⁸ Kıta Avrupası hukukunda birlikte velayet kurumu anayasa mahkemelerinin ve AİHM' in vermiş olduğu kararlarla gündeme gelmiştir. Anılan kararların etkisiyle, anne babanın medeni durumunu dikkate alarak çocuğun velayetinin tespit edilmesine ilişkin tutum geride bırakılarak; evlilik içi, evlilik dışı ve boşanmış ailelerin çocukları yönünden eşitlik gözetilmiş, önceki ayrımcı bakış açısına son verilmiştir. Bu çerçevede 2013'de Almanya ve Avusturya'da velayet hukukuna ilişkin hükümler revize edilmiş; bu değişim sürecine 2014'de yapılan velayet hukuku revizyonu ile İsviçre de dahil olmuştur(Fulya Erlüle, "Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmeye", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18, S.2, (2021), 558-559). İsviçre'de 1.07.2014'de yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonuna ilişkin bilgi için bkz. Fulya Erlüle, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, (Ankara: 2019), 232 vd.

²⁹ Christine Arndt, Gillian Crandles, Frances Goldsmith, Claire Gordon, Melissa Kucinski ve Marie Baronin,: "Die Vollstreckung des Besuchsrechts: Ein Tabu?", (FamPra.ch: 2021), 999.

gerektiği için- sıkıntı yaşandığı söylenebilir³⁰. Çocukla kişisel ilişki kurulması taraflardan birinin işbirliğine yanaşmaması, olumlu davranış sergilememesi nedeniyle engellenirse; kişisel ilişkinin zorlayıcı tedbirler yoluyla yerine getirilmesi için başvuruda bulunulabilir³¹. Ancak belirtmek gerekir ki; yasa koyucu çocuğun yararına hizmet etmediği ve anlamıyla da bağdaşmadığından, ÇKİK. hakkına sahip tarafın iradesine karşı kişisel ilişkinin zorla gerçekleştirilmesi olanağından bilinçli bir tercihle vazgeçmiştir. Bu hakkın çocuğun zararına olacak şekilde kullanılmadığı durumda, anne-babanın çocuk koruma kurumu tarafından uyarılması mümkünse de; ÇKİK. hakkına sahip tarafın yükümlülüğünün ahlaki bir yükümlülük olarak kaldığı ifade edilebilir³².

İsviçre’de iç hukukta konuya ilişkin kararların icrası İsviçre Medeni Usul Kanunu uyarınca (ZPO Art.335 Abs.1) gerçekleştirilir. ZPO Art.343 Abs.1 çerçevesinde, İcra Mahkemesi İsviçre Ceza Kanunu’nun 292.maddesi uyarınca kişisel ilişki kurulmasını engelleyen tarafa ceza ihtarında (tarafın ceza alabileceği yönünde uyarılması) bulunabilir veya idari ceza para cezası (dolaylı zorlayıcı tedbirler) tesis edebilir. Bununla birlikte doğrudan zorlayıcı tedbir olarak, çocukla kurulması engellenen kişisel ilişkinin polis marifetiyle tesis edilmesi son çare olarak hukuken mümkün kılınmıştır. İsviçre uygulamasına bakıldığında; on yıl öncesine kadar ÇKİK.’e ilişkin kararların polis marifetiyle yerine getirilmesinin çoğu kantonda yaygın olduğu görülmektedir. Ancak günümüzde bu bakış açısı değişmiş; sistemin amacıyla bağdaşmadığı ve doğrudan çocuğa yöneltilmiş olmasa bile, çocuk ruh sağlığı üzerinde ciddi olumsuz etkiler yarattığı gerekçeleriyle anılan zorlayıcı tedbir çok istisnai hallerde uygulanır hale gelmiştir³³.

³⁰ Ursula Birchler, “Probleme bei der Umsetzung und Durchsetzung des Besuchsrechts - Gedanken aus dem Praxisalltag - aus einer etwas anderen Perspektive”, (ZKE: 2010), 386.

³¹ BGer, 20.1.2014, 5A_764/2013, E. 2.1; Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 999; Çağrı Mardin, “Enforcement of Custody and Contact Orders: Opinions on the New Provisions of The Child Protection Code”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 18, S.51, (2022), 197.

³² İmamoğlu, 848; Türkmen, 1134-1135.

³³ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 999; Mardin, 198. İsviçre doktrininde bu yöndeki bakış açısına örnek olarak bkz. Daniel Staehelin, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art.343, Rn.31; Birchler, 387. ÇKİK’e ilişkin kararların icrası her ne kadar bu hakkın kullanılmasını, sürecin işlenmesini engelleyen tarafa yöneltilmiş ise de, fiilen uygulamada çocuğu da etkilediği sabittir (BGE 107 II 301, E. 5; BGer, 3.1.2006, 5C.250/2005, E. 3.2.1; Andrea Büchler ve Benjamin V. Enz.: “Der persönliche Verkehr, Unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswillens”, (FamPra.ch:

Anne veya babadan birinin çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının yerine getirilmesine ilişkin hukuka aykırı davranışlar sergilemesi halinde; mahkeme veya çocuk koruma kurumu sergilediği tahammülsüzlük nedeniyle anılan ebeveynin velayet hakkını gereği gibi yerine getirip getiremediğini incelemelidir. Bu noktada olumsuz bir bakış açısı oluşursa, velayet hakkının kısıtlanması hatta somut olaya göre kaldırılması yoluna da gidilebilir. Böyle bir durumda velayet hakkının öncelikli (asli) olarak kullanılmasının diğer tarafa bırakılması kararıyla çocuk bu anne veya babaya teslim edilir. Ancak uygulamada alıştığı ortamın ve çevrenin değişmesinin çocuğun üstün yararıyla örtüşmeyeceği düşüncesinin ağır basmasından ötürü bu yöndeki kararlar az sayıdadır³⁴. Nitekim İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi içtihatları ancak çocuğun üstün yararı bakımından oluşan tehlikenin bertaraf edilemeyeceği hallerde bu tür tedbire başvurulması gerektiğini vurgulamaktadır³⁵. İsviçre hukukunda somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirme esas olup; çocuğun üstün yararının değerlendirilmesinde soyut bir tehlike riski yeterli görülmemekte, çocuğun fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü ve iyilik halini olumsuz etkileyen ciddi bir tehdidin varlığı aranmaktadır³⁶. Yine ölçülülük ilkesi gereğince daha ılımlı bir tedbirle anlaşmazlık çözümlenebilecekse, ağır bir tedbire başvurmadan kaçınılması esas alınmaktadır³⁷.

Konuya ilişkin İsviçre Ceza Kanunu'nun 220.maddesinde de bir hüküm tesis edilmiştir. Buna göre, çocuğu (ilk) hak sahibi anne/babanın varlığından mahrum bırakan veya çocuğu ona teslim etmekten imtina eden tarafın şikâyet üzerine üç yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte bu hüküm, (eğer varsa) diğer anne/babanın kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hakkına saygı göstermeyen, velayet hakkının fiili kullanıcısı (çocuğun yanında bulunduğu,

2018), 932. Bununla birlikte örneğin ayırt etme gücüne sahip olmayan bir çocuğun var olduğu bir somut olayda, ÇKİK. hakkının uygulanmasını engelleyen tarafa karşı dahi doğrudan zorlayıcı tedbirin uygulama bulması artık istisnai bir hal almıştır (Zürich Yüksek Mahkemesi'nin çocuğun polis marifetiyle teslim alınması yönünde verdiği istisnai bir karar için bkz. OGer ZH, 2.9.2019, PQ190029, E.2.4.4.2).

³⁴ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1000.

³⁵ Andrea Büchler, Michel Margot, "Besuchsrecht und häusliche Gewalt", (FamPra.ch: 2011), 535.

³⁶ BGE 122 III 404, 408; BGer, 25.8.2006, 5P.131/2006 E. 3; aynı yönde BGE 119 II 201, 203 vd.; Büchler ve Margot, 534.

³⁷ Büchler ve Margot, s. 535.

yaşadığı) tarafı cezalandırıcı nitelikte bir hüküm değildir³⁸. İsviçre parlamentosunda küçükle kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip anne/babaya küçüğün tesliminden hukuku aykırı şekilde kaçınıldığı durumlara ilişkin olarak, Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına (Ceza Kanunu'nun 220.maddesinin genişletilmesi veya suçun unsurlarının yeniden belirlenmesiyle yeni bir düzenleme şeklinde) dair önerge halihazırda tartışılmaktadır³⁹.

ZGB Art. 274 uyarınca ÇKİK. hakkını kaldıran koşullar oluşmamış olmakla birlikte, çocuğun üstün yararı bakımından onunla kurulacak kişisel ilişkinin koşullarının özel olarak ele alınmaya ihtiyaç gösterdiği haller açısından ise İsviçre hukuk öğretisi ve uygulamasında bazı olanaklar geliştirilmiştir. Örneğin; ilgili kurumları düzenli bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi, çocuğun teslimine ilişkin belirli yer (ör: büyükanne-büyükbabanın yerleşim yeri) kararlaştırılması, çocuğun gece yatılı kalacağı şekilde kişisel ilişki kararlaştırılmışsa yurtdışına çıkarma yasağı, kişisel ilişki süresince belirli fiillerden kaçınma veya belirli kişilerle çocuğu karşılaştırmama, bu sürece ilişkin hak sahibi ebeveynin danışmanlık alması yükümlülüğü vb⁴⁰.

Son olarak, mahkeme veya çocuk koruma kurumu ebeveynleri (şiddet içeren haller hariç veya bu hallerde somut olaya göre ancak belirli koşullar altında olmak üzere) arabuluculuk kurumuna da yönlendirebilir⁴¹.

B. Almanya

Alman hukukunda öncelikle velayetle ilgili tarihsel sürece bakıldığında; Alman Anayasa Mahkemesi'nin 03.11.1982'de, Alman Medeni Kanunu(BGB)'nin velayetin anne ve babadan sadece birisine bırakılabileceği yönündeki hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmesiyle, boşanmadan sonra anne ve babanın velayeti birlikte kullanabilmeleri yönünde aile

³⁸ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1000; Mardin, 199.

³⁹ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1000.

⁴⁰ İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi bir kararında, baba ile kızın arasındaki kişisel ilişkinin yeniden kurulması sürecine ilişkin öneriler içeren bir danışmanlık ve terapi alınmasını ölçülülük ilkesine uygun olarak değerlendirmiştir (BGer, 27.9.2005, 5P.263/2005 E. 2.3). Yine bir diğer kararında, boşanmaya hükmeden Mahkemenin annenin kişisel ilişkiye dair konuşma terapilerine katılma yükümlülüğü tesisi yönünde vermiş olduğu kararın kişilik hakkı ve temel özgürlüklerin gereksiz şekilde sınırlandırılması olmayıp, çocuğun üstün yararının gerçekleştirilebilmesi için gerekli olduğuna hükmetmiştir (BGer, 10.1.2007, 5P.316/2006 E. 4.2).

⁴¹ Büchler ve Margot, 537.

mahkemelerinin önünü açan bir karara imza attığı görülmektedir⁴². BGB § 1671 uyarınca; anne veya babadan biri yahut her ikisi ortak çocuğun velayetinin kendilerine bırakılmasını talep etmese, velayet hakkının getirdiği yükümlülüklerden kurtulmak istese bile, velayet hakkının anne-baba tarafından beraber kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Birlikte (ortak) velayet anne yahut babadan birisinin tek başına velayet talebinde bulunduğu, ancak hakimi bu yönde ikna edemediği durumlarda da uygulama bulur⁴³.

Alman hukukunda aile hukukuna ilişkin usuli işlemlere dair hükümler ise genel itibarıyla 01.09.2009'da yürürlüğe girmiş olan "Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu" (FamFG)'nda yer almaktadır. ÇT. ve ÇKİK.'e dair ilamların icrasının düzenlendiği anılan Kanun, bir tarafta mahkeme kararlarının yerine getirilmesine yönelik zorlayıcı yöntemleri ele alırken, diğer tarafta anne babanın mahkeme huzurunda anlaşmasını da olanaklı kılmıştır⁴⁴. Mahkeme kararları ve tarafların mahkemece uygun bulunarak onaylanmış anlaşmaları icra edilebilir niteliktedir (FamFG § 86). Eğer ki anne veya babadan biri mahkeme kararının veya anılan böyle bir anlaşmanın icra edilmesine diğerinin engel olduğu iddiasında bulunursa; mahkeme anne ve babayı derhal bizzat yer almaları gereken uzlaşma duruşmasına çağırır. Gerekli hallerde Alman Gençlik Dairesi (Jugendamt)⁴⁵ duruşmaya davet edilir (FamFG § 165 (2)). Duruşmada taraflara çocuğun kişisel ilişki tesisinden mahrum kalmasının üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiler ve kişisel ilişki kurulmasının engellenmesi halinde idari yaptırımların ve hatta velayet hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasının dahi söz konusu olabileceği anlatılır. Yine danışmanlık, çocuk ve gençlik yardım hizmetleri gibi olanaklar açısından taraflar bilgilendirilir (FamFG § 165 (3)). Tüm bunlara rağmen taraflar bir plan üzerinde anlaşamazlarsa, danışmanlık hizmetlerinden bu yönde olumlu bir geri dönüş alınamazsa ya da uzlaşma duruşmasına taraflardan en az biri katılmaz ise; mahkeme idari zorlayıcı yaptırımların, daha önceki kişisel ilişki kurulmasına ilişkin planın

⁴² BVerfGE 61, 358 vd (Erlüle, Revizyon, 558-559'dan naklen).

⁴³ Bkz. Erlüle, Revizyon, 562; Erlüle, Velayet, 166.

⁴⁴ Mardin, 199; Mardin, İcra, 41.

⁴⁵ Alman Gençlik Dairesi, çocuk teslimi, yerleşim yeri ve kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında gerekli görülen hallerde Mahkemeye destek sunar. Kurumun temel görevi zor kullanmaya başvurulmasının engellenmesi ve sürecin küçüğün yüksek yararı bakımından mümkün olduğunca az zararla atlatılmasını sağlamaktır (Walter Zimmermann, "Abschnitt 8. Vollstreckung" in Münchener Kommentar zum FamFG (hrsg. Thomas Rauscher), 3.A 2018 (Beck-online, E.T.10.05.2022) § 88 Rn. 8, 9).

değiştirilmesinin ve velayete dair başkaca önlemlerin uygulanmasına ilişkin değerlendirme yapar (FamFG § 165 (5)). Önceki başvurunun sonucu olarak yapılan uzlaşma duruşması sonuçlandırılmamış veya mahkeme dışı danışmanlık süreci başarısız olmuşsa, yapılacak arabuluculuk başvurusu mahkeme tarafından reddedilebilir⁴⁶.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların yerine getirilmesinde yükümlü kılınan taraf (anne/baba) dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmek; çocuğun, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hak sahibi tarafla ilişkisine zarar verecek, süreci zora sokacak davranışlardan kaçınmalıdır⁴⁷. Yükümlü ebeveynin örneğin, kendisine ilişkin hastalık, seyahat, toplantı veya taşınma gibi ya da çocuğa ilişkin, dersleri olduğu, (doktor raporuyla belgelenmedikçe) hasta olduğu gibi gerekçelerle kişisel ilişkiyi engellemesi kabul görmez⁴⁸. Bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmese; sadece idari para cezasıyla değil, hapis cezası ve belirli koşullar altında doğrudan zorlayıcı güç (cebir) kullanılmasıyla da karşı karşıya kalabilir. Yine uygulamada hak sahibi ebeveynin engellenen kişisel ilişkinin kurulması sürecinde yapmış olduğu seyahat ve ulaşım masraflarının tazminini (BGB § 280) de istediği görülmektedir⁴⁹.

FamFG § 89 (1) uyarınca, ÇT. veya ÇKİK.'e ilişkin ilamlara aykırı davranılması durumunda, mahkeme kararı yerine getirmekle yükümlü kılınan tarafın idari para cezası (Ordnungsgeld) ödemesine, bunun tahsil edilemediği durumda ise hapis cezasına (Ordnungshaft) hükmedebilir⁵⁰. İlam konusu yapma, kaçınma yahut katlanma fiilinin zamanın geçişinden ötürü yerine getirilmesi mümkün olmasa dahi, bu idari yaptırımlar hem zorlayıcı (Zwangsmittel) hem de cezalandırıcı (Sanktion) niteliği haiz olduğundan yine uygulanabilir⁵¹. İdari para cezasının 25000 euroya kadar kararlaştırılabileceği (FamFG § 89 Abs. 3 S. 1) öngörülmüş olmakla birlikte, Alman hukuk

⁴⁶ Mardin, 200; Mardin, İcra, 41.

⁴⁷ Bu noktada belirtmek gerekir ki; çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, mahkeme çocukla kişisel ilişki kurulmasında üçüncü bir kişinin hazır bulunmasına karar verebilir. Bu kişi Alman Gençlik Dairesi'nden bir görevli olabileceği gibi, mahkemenin uygun bulduğu başka birisi de olabilir (Nina Dethloff, "Parental Rights and Responsibilities in Germany", Family Law Quarterly, (Summer: 2005), V. 39, No. 2, Symposium on Comparative Custody Law (Summer: 2005), 328; Jochen Duderstadt, "Einschränkung und Ausschluss im Sorge- und Umgangsrecht", (NZFam: 2020), 959.

⁴⁸ MüKoFamFG/Zimmermann, § 89 Rn.10.

⁴⁹ MüKoFamFG/Zimmermann, § 89 Rn.11.

⁵⁰ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 8. 10. 2012 – 6 WF 381/12 (BeckRS 2012, 21763).

⁵¹ MüKoFamFG/Zimmermann, § 89 Rn.1; Mardin, 201.

uygulamasında bu miktarın 500 euro civarında olduğu gözlenmektedir⁵². AİHM somut bir olayda 300 euro olarak kararlaştırılan idari para cezasının çok düşük ve yaptırımın amacını yerine getirmekten uzak olduğuna hükmetmiştir⁵³. Yine uygulamada idari para cezası yaptırımının işlevsiz kaldığı durumlarda az sayıda mahkemenin hapis cezası verdiği⁵⁴ belirtilmektedir. Doktrinde idari yaptırımların anılan uygulanma şekli - AİHM' de de kararlara konu edildiği üzere-, yaptırımlara etkin bir icra kabiliyeti kazandırmanın gerektiği (caydırıcılığı ve cezalandırıcılığı yönünden işlevsel olma, açıkça yüksek para cezası ve gerekliliği kabul edilen hallerde hapis cezası) noktasında eleştirilmiştir. Bunun yanında hapis cezası, uygulanış şeklinin açık olmaması, cezanın uygulanması sürecinde çocuğun nerede kalacağı, bakımının nasıl sağlanacağı, uygulamanın çocuğun üstün yararına hizmet etmeyeceği düşünceleriyle doktrinde bazı yazarlarca eleştirilere uğramıştır⁵⁵. Esasen, zaten uygulamada etkin işletilemediği yönünde veya başkaca açılardan eleştiriler getirilen bu idari yaptırımlara başvurmadan önce ölçülülük ilkesi çerçevesinde daha ılımlı bir yöntem olarak, örneğin bir kişisel ilişki kayyımı belirlenmesi yoluyla süreci yönetmenin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi yönünde öneriler getirilmektedir. Bununla birlikte sürecin devamında yükümlü kılınan taraf (anne/baba) diğer tarafa gerekli hoşgörü ve toleransı göstermeyerek, kişisel ilişki kurulmasını sağlamaktan imtina eder ve süreci engellerse; bu kişinin velayet hakkını kullanma açısından yeterliliğinin, nihayetinde velayet hakkının kim tarafından ve nasıl kullanılacağına mahkeme tarafından yeniden değerlendirilmesi gerekir⁵⁶.

Alman hukukunda hakim kolluk yardımıyla zor kullanılmasına ancak belirlenen idari yaptırımın işlevsiz kaldığı veya kalacağına açıkça anlaşıldığı ve mahkeme kararının derhal yerine getirilmesinin zorunlu olduğu hallerde son çare olarak hükmedebilir (FamFG § 90)⁵⁷. Her ne kadar istisnai nitelik

⁵² OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 18.10.2018 – 3 WF 142/18 (BeckRS 2018, 31982).

⁵³ EGMR (V. Sektion), Urteil vom 15.1.2015 – 62198/11 (Kuppinger/Deutschland), NJW 2015, s. 1433; Kişisel ilişki kurulmasının sabote edilmesinde 300-500 euro aralığında hükmedilen para cezalarının yetersiz olduğu yönünde bkz. Heike Hennemann, § 1684 Umgang des Kindes mit den Eltern, Münchener Kommentar zum BGB, 8.A., (2020) § 1684 Rn. 120.

⁵⁴ Örneğin; Saarbrücken Eyalet Yüksek Mahkemesi 11.12.2019'da verdiği kararda beş günlük bir hapis cezasına hükmetmiştir (OLG Saarbrücken: FamRZ, 2020, 701).

⁵⁵ MüKoBGB/Hennemann, § 1684 Rn. 121.

⁵⁶ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1002.

⁵⁷ MüKoFamFG/Zimmermann, § 90 Rn. 7-10.

taşısa da, zor kullanmanın genel olarak çocuğun üstün yararına hizmet etmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır⁵⁸.

Alman hukukunda çocukla kişisel ilişki tesisinin mahkemece kabul görmemesi ancak çocuğun üstün yararını açıkça tehlikeye sokacak bir durum varsa söz konusu olur. Mahkeme böyle bir durumda bu hakkın kısıtlanması yahut kaldırılması yoluna gidebilir (BGB § 1684). Uygulamada⁵⁹ bu kararların verildiği örnek haller; çocuğun fiziksel veya cinsel şiddete maruz kalması, çocuğun bakımının ağır şekilde savsaklanması, alkol, uyuşturucu bağımlılığı⁶⁰ ve çocuğun kaçırılma tehlikesi bulunmasıdır. Somut olayın koşulları mümkün kılıyorsa, mahkeme çocukla kişisel ilişki tesisine konu görüşme ve ziyaretlerin Alman Gençlik Dairesi'nden bir görevli veya uygun görülen bir üçüncü kişi nezaretinde gerçekleşmesine karar verebilir. Burada temel husus, çocuğun güvenliğinden şüpheye yer bırakmayacak şekilde emin olunmasıdır.

Son olarak, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hakkın iki yönlü olduğu, sadece anne-babaya değil aynı zamanda çocuğa da tanınmış bir hak olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bununla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi çocuğun üstün yararının söz konusu olabileceği bazı istisnai somut olaylar hariç tutulmak üzere; kişisel ilişki kurmaya istekli olmayan ebeveyne yönelik zorlayıcı tedbirler uygulanmasıyla kendisinin kişilik haklarına müdahalenin haklı görülemeyeceğini ve bunun çocuğun yararına genel olarak hizmet etmeyeceğini ifade etmiştir⁶¹.

⁵⁸ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1001; Mardin, 202. Burada ölçülülük ilkesi daha hassas şekilde değerlendirilmelidir. Örneğin; tıbbi ve psikolojik araçlarla sürece hazırlamadan, çocuk teslimi için Türkiye'ye götürülmeye kalkan bir kız çocuğunun intihar teşebbüsünde bulunduğu olayda ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmemiştir. Burada bu tür bir zor kullanmanın çocuk üzerinde doğurabileceği manevi zararın olası sonuçları iyi değerlendirilmelidir (BayObLG FamRZ 1985, 737).

⁵⁹ Alman hukuk uygulamasından farklı somut olay değerlendirmeleri için bkz. Duderstadt, 953 vd.

⁶⁰ Alman hukuk uygulamasında alkol ve/veya uyuşturucu bağımlılığı çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hakkın kaldırılmasından ziyade kısıtlanmasına yol açan bir durum olarak kabul edilmektedir. Bu kısıtlamaların yerine getirilmesinde mahkemeler bağımlılığı bulunan ana veya babanın tedavi gördüğünü teyit veya olası bir kaçırma riskini ortadan kaldırmak için çocuğun kendisi ile birlikte zaman geçirdiği süreçte pasaportların teslimi gibi uygulamalara başvurmaktadır.

⁶¹ BVerfG NJW 2008, 1287.

C. Fransa

Fransız hukukunda evliliğe veya birlikte yaşama ne olursa olsun, anne-babanın anne ve baba olarak kalacağı ilkesinden hareketle ortak velayet esası geçerlidir⁶². Anne veya babadan biri velayet hakkının fiilen (ilk elden) kullanılması yetkisine sahip değilse (daha doğrusu çocuk onunla birlikte yaşamıyor ise), bu kişinin çocukla ilişki kurulmasını isteme hakkı ve yükümlülüğü vardır (*droit de visite, d'hébergement et de correspondance*). Hatta Fransa'da bir ilk derece mahkemesi çocukla kişisel ilişki kurmanın sadece bir hak değil, yükümlülük de olduğundan hareketle, kişisel ilişkinin kurulması için harekete geçmeyen ebeveynin Fransız Medeni Kanunu (CC)'nun 1382. maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceğine işaret etmiştir⁶³.

Fransız Medeni Kanunu'nda anne babanın ayrılmasının velayet hakkının kullanılmasının devrine ilişkin düzenlemelere etkisi olmayacağı öngörülmüştür (FCC Art.373-2 (1)). Anne babadan her biri çocukla kişisel ilişkilerini sürdürmeli ve çocuğun diğer tarafla olan ilişkisi ve bağına saygı duymalıdır (FCC Art.373-2 (2)). Eğer anne ve babadan biri çocuğun bizzat kendi yanında yaşaması suretiyle velayet hakkını kullanıyorsa⁶⁴, 'çok önemli bir sebep' olmadıkça diğer tarafın çocukla kişisel ilişki kurmasını engelleyemez. Hakimlerin çoğunlukla yasa koyucunun iradesiyle aynı yönde hareket ederek, ÇKİK. talebini reddetme konusunda çekingen davrandıkları belirtilmektedir. Şöyle ki, örneğin; babanın cinsel yönelim ve tercihleri, HIV pozitif olması, gözetim altında olması veya annenin fahişelik yapması bu bağlamda tek başına önemli sebep sayılmayıp, çocuk açısından risk oluşturdukları noktada bu yönde değerlendirilir. Cinsel veya fiziksel şiddet, akıl zayıflığı, sorumsuzluk gibi durumlar ise doğrudan 'önemli sebep' olarak

⁶² Hugues Fulchiron, "Custody and Separated Families: The Example of French Law", Family Law Quarterly, Vol. 39, No.2, Symposium on Comparative Custody Law (Summer: 2005), 302; Silvia Katzenmaier, "Frankreich", Ausländisches Familienrecht (Hrsg. Prof.Dr.Saskia Lettmaier), (München: 2022) (beck-online), Rn.16. Fransız hukukunda ortak velayet ilkesinin getirilmesinde, Fransa'da anne ve baba ayrıldıktan sonra çocukların çoğunun anne ile yaşadığı ve baba figürü ile bağı kaybettiğine ilişkin istatistik bilgilerin rol oynadığı ifade edilebilir.

⁶³ Frederique Ferrand, Commission on European Family Law, Parental Responsibilities-France (National Report:France), <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities.pdf>, 29, (E.T.: 10.7.2022).

⁶⁴ Fransız hukukunda genel kural ortak velayet olup; Fransız hakimleri ancak çocuk kaçırma, şiddet vb. çocuğun üstün yararının korunmasının ciddi risk altında olduğu hallerde velayet hakkının kullanılmasını tek bir tarafa (ana veya baba) devretmektedir.

değerlendirilen hallerdir⁶⁵. Çocuğun anne/babasını görmek istememesi ise ÇKİK. hakkının kaldırılmasına tek başına yeterli gerekçe olamaz⁶⁶. Ancak çocuğun bu yöndeki olumsuz iradesi aşılamaz nitelikteyse ve çocuğun yanında yaşadığı anne veya babanın bu yöndeki objektif ikna çabaları sonuç doğurmuyorsa; bu taraf ceza kanunu ve diğer mevzuat uyarınca bir yaptırımla karşılaşmayacaktır⁶⁷.

Çocuğun yerleşim yeri yanında olmayan⁶⁸ anne veya babanın çocukla kişisel ilişki kurması, anne ve baba bu konuda anlayamıyorsa, ancak mahkeme kararıyla mümkün olabilir; aksi halde çocuğun yanında yaşadığı taraf buna zorlanamaz. Anne veya babanın ÇKİK.'e ilişkin hakkının yerine getirilmesine diğer taraf izin vermez ise; Fransız usul hukukunda ivedi iş sayılarak, hızlandırılmış bir yargılama usulü uyarınca üç yahut dört aya kadar konuya ilişkin karar alınması mümkündür⁶⁹.

Fransa'da anne babanın 'çocuğa karşı para' oyununu oynamalarına nadiren rastlanır. Fransız Yargıtayı ÇT. ve ÇKİK.'in iştirak nafakasıyla (çocuk için nafaka) ilişkilendirilmemesi gerektiğinin altını çizmiştir⁷⁰. Bununla birlikte özellikle nafaka yükümlüsü tarafın kişisel ilişkinin gereğini yerine getirmediği hallerde, bu diğer tarafın çocuğa ilişkin yaptığı harcamaları artıracığından, nafakanın artırılması yönünde talepte bulunduğu görülebilmektedir. Uygulamada ÇKİK. sürecini zora sokan haller anne-baba arasındaki kişisel anlaşmazlıklar ve bazı hallerde çocukta görülen ebeveyne yabancılaş(tır)ma sendromudur. Bu tür anlaşmazlıkların Fransız mahkemeleri önünde çoğunlukla abartılması hakimlerin böyle hallere kayıtsız

⁶⁵ Fulchiron, 310; karşı. Dominique Gref-Bohnert, "Das Sorgerecht in Frankreich", *djbz* (Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes) 4/2014, 158 (https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1866-377X-2014-4-154.pdf?download_full_pdf=1#:~:text=a%20Das%20Umgangsrecht%20Das%20Umgang%20srecht,durch%20den%20Richter%20ausgeschlossen%20werden,E.T.:15.6.2022).

⁶⁶ Bununla birlikte Paris Aile Mahkemesi ÇKİK. talep eden babanın şiddet içeren davranış tarzı nedeniyle bu talebini reddetmiştir. Bir başka kararda ise babanın (geçici) yerleşim yerinin belirlenmesini talep hakkı çocuğuna başörtüsü takması için psikolojik ve dini yönde baskı yapmasından ötürü ertelenmiştir (Ferrand, 27).

⁶⁷ Ferrand, 30.

⁶⁸ Belirtmek gerekir ki; Fransız hukukunda paylaşımlı yerleşim yeri de hukuken kabul edilmektedir. Ancak hakim bu yönde karar alırken çocuğun yaşı, ebeveynlerin yerleşim yerlerinin birbirine mesafesi, ebeveynlerin birbirleriyle iletişim yeteneği gibi ölçütleri değerlendirmektedir.

⁶⁹ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1003.

⁷⁰ Fulchiron, 311.

kalabilmesine ve bazen gerçek suistimal durumlarına karşı korumaya engel olabilmektedir⁷¹.

Çocuk kendisine bırakılmayan tarafın ÇKİK. hakkının yerine getirilmesine diğer tarafça engel olunması FCC Art.373-2'nin ihlali anlamına gelir; bazı hallerde ihlalde bulunan tarafın çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesine ilişkin hakkını kaybetmesine neden olabilir (Cass. Civ. 1, 26.06.2013, no 12-14392; CA Colmar, 25.08.2015, no 15/03072). Yurtdışında yaşayan ebeveynler açısından bazen ihlaller, artık sadece Fransa sınırları içerisinde kişisel ilişki kurulmasının mümkün kılınması⁷² ve çocuğun pasaportuna erişimin engellenmesi gibi hukuki sonuçlar doğurabilir. Yasa koyucunun getirdiği bir diğer caydırıcı düzenleme Fransız Ceza Kanunu m. 227-5'de yer alan küçüğün alıkonulması suçudur. Buna göre çocuğu yetkili kimseye teslim etmekten haklı görülecek bir sebep olmaksızın kaçınan kişinin bir yıla kadar hapis ve 15000 euro para cezası yaptırımlarıyla karşılaşacağı öngörülmüştür. Eğer çocuğun yetkili kişiye teslim edilmediği süre beş günü aşmışsa ve diğer anne veya baba çocuğun nerede olduğunu ya da Fransa sınırları dışına çıkarılıp çıkarılmadığını bilmiyorsa; yaptırım üç yıla kadar hapis cezasına ve 45000 euro'ya kadar para cezasına yükselir. Fransız ceza mahkemesi ayrıca ehliyetin alıkonulması, vatandaşlığın kaybedilmesi gibi ek cezalara ve Fransa'dan beş yıl boyunca ayrılmamaya ilişkin tedbir kararına hükmedebilir. Bu yaptırımlar caydırıcı görünse de, nadiren uygulamaya koyuldukları belirtilmektedir. Bu bağlamda doktrinde ceza kanunundaki ilgili düzenlemelerin daha katı uygulanması, aile mahkemelerinin yetkilerinin artırılması, para cezalarına ilişkin yeknesak uygulama geliştirilmesi gerektiği yönünde eleştiriler dile getirilmektedir⁷³. Son olarak, Fransız hukukunda çocukla kişisel ilişkinin zor kullanma yoluyla derhal yerine getirilmesine ilişkin bir uygulamaya rastlanmamıştır.

D. İngiltere

İngiliz hukukunda velayet hakkı, çocuk teslimi, çocukla kişisel ilişki kurulması, yerleşim yerinin belirlenmesi gibi konulara ilişkin genel hükümler Çocuk Kanunu'nda (Children Act 1989) düzenlenmiştir. Mahkemece aksi kararlaştırılmadıkça anne ve babanın ayrılmış, evliliğin sona ermiş olması ortak velayeti etkilemez⁷⁴. Ortak çocukla ilgili hususlarda anlaşılacağı

⁷¹ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1003.

⁷² Gref-Bohnert, 159.

⁷³ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1004.

⁷⁴ Nigel V Lowe, "The Allocation of Parental Rights and Responsibilities-The Position in England and Wales", Family Law Quarterly, (Summer: 2005), Vol. 39, No. 2, Symposium

durumda, her bir ebeveyn mahkemeye başvurarak çocuğun ne zaman, kimle yaşayacağını, kişisel ilişkisinin düzenlenmesini (*Child Arrangements Order-CAO*) isteyebilir⁷⁵.

Mahkemenin yaptığı düzenlemeye taraflardan birinin uymaması halinde, mahkeme icra emri verebilir (Children Act (CA) S. 11J). Mahkeme tarafları iletişimlerini geliştirme ve çocuğun üstün yararı üzerine hareket etmelerini sağlamak için ‘ayrılmış ebeveynleri bilgilendirme programı’na yönlendirebilir. Bu program çocukla kişisel ilişki kurulması ve geliştirilmesine ilişkin eğitimleri de içermektedir (Children Act (CA) S. 11A-G)⁷⁶. Ayrıca mahkeme tarafları arabuluculuğa da yönlendirebilir. Arabuluculuk taraflarda iletişim kopukluğunun kişisel ilişki kurulması sürecine yansıttığı sıkıntıların ve anlaşmanın yerine getirilmesinde fiili zorlukların olduğu somut olaylarda özellikle faydalı olabilir⁷⁷. Yine mahkeme ölçülü ve gerekli olup olmadığı değerlendirmesini yaparak, yükümlülüğünü yerine getirmeyen ebeveynin 40 ila 200 saat arası sosyal hizmet gerçekleştirmesine ilişkin (Children Act (CA) S. 11J-N) icra emri verebilir⁷⁸. Mahkemeler istisnai hallerde çocuğun yerleşim yeri hakkının diğer ebeveynle devredilmesine; bir başka deyişle, çocuğun diğer ebeveynle yaşamasına karar verir⁷⁹.

CAO’ya uyulmamasından kaynaklı maddi zarar doğması durumunda, bunun tazmini de mümkündür (CA S.11O). Örneğin; anne veya babanın CAO

on Comparative Custody Law (Summer: 2005), 272, 281; “Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights” JLS/C4/2005/06, (T.M.C. Asser Instituut), 7, http://www.jafbase.fr/docUE/study_family_rights_synthesis_report_en.pdf (E.T.: 19.06.2022).

⁷⁵ Children Act 1989 Section 8. İngiliz hukukunda mahkemelerin bakış açısı öncelikle ‘müdahale etmeme’ olup, çocuğun bakımıyla ilgili ana ve babanın anlaşması esastır. Mahkeme bu konuda düzenleme yapıp yapmama noktasında temel ilke olan ‘çocuğun üstün yararı’ndan hareket eder (Mardin, 196); aynı yönde Lowe, 272-274, 277.

⁷⁶ Robert H. George, “Practitioners” Approaches to Child Welfare after Parental Separation: An Anglo-French Comparison”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 19, no. 3, (2007), 352.

⁷⁷ İngiliz hukukunda aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinin gelişimi ve işleyişi hakkında bkz. Lowe, 276. Devlet politikası ve mahkemelerin genel uygulamasının tarafları arabuluculuğa yönlendirmek olduğu; tarafların da mahkemeden çok bu yola başvurduğu yönünde Mardin, İcra, 38.

⁷⁸ George, 352; Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1005; Mardin, 196.

⁷⁹ George, 352. Mahkemelerin bakış açısı bu olmakla birlikte; İngiliz hukukçularının koşulları oluştuğunda bu çözümün uygun olduğunu düşünürken, sosyal hizmet uzmanlarının aksi görüşte oldukları ifade edilmektedir (George, 356).

içeriğindeki düzenlemelere uymamasından ötürü diğer tarafın yapmış olduğu seyahat harcamaları boşa giderse, ortaya çıkan zararın tazmini istenebilir⁸⁰.

İngiliz mahkemelerine CAO'yu ihlal eden tarafı tutuklama yetkisi verilmiştir; ancak çocuğun yüksek yararıyla örtüşmeyeceğinden uygulamada pek görülmemektedir⁸¹. Esasen ÇKİK.' e ilişkin ilamlara uyulmaması mahkemeye hakaret, itaatsizlik olarak kabul edilmekle birlikte, cezalandırıcı yaptırımların çocuğun üstün yararına aykırı olacağından hareketle İngiliz mahkemeleri bu konuda çekingen davranmaktadır⁸².

İngiliz hukuk uygulamasında velayetin kullanılması, yerleşim yeri ve kişisel ilişkinin kurulması çoğunlukla tarafların anlaşmalarıyla yürütülür. Anlaşmazlık halinde mahkeme yapmış olduğu düzenlemeye ilişkin icra emri (CAO) verir. Bu karara riayet edilmemesi halinde mahkeme yukarıda anılan dolaylı tedbirleri uygulamaya koyar; bir başka deyişle, İngiliz mahkemelerince yapılan düzenlemelere uyulmaması halinde zor kullanma tedbirine başvurulmaz. Nitekim belirtildiği üzere, mahkemelerin belirli koşullarda tutuklama yetkisini kullandıklarına dahi pek rastlanmamaktadır⁸³.

E. ABD

Amerikan mahkemelerinde velayet hakkına ilişkin verilen karar velayetin iki türünü düzenlemektedir. Birincisi, çocuğun her bir ebeveyn ile geçireceği zamansal planlama olup; 'fiziksel velayet yahut yerleşim yeri (kalınacak yer) velayeti hakkı', bazı eyaletlerde ise 'ebeveyn zamanı' olarak adlandırılır (physical custody). İkincisi ise 'hukuki velayet', bazı eyaletlerde ise 'karar verici otorite' olarak adlandırılmakta olup; çocuğun özellikle sağlığı, genel ve dini eğitimi vb. konulara ilişkin alınacak önemli kararların verilmesine ilişkin yetkinin ebeveynlerden birine veya her ikisine ortak olarak devredilmesidir (legal custody)⁸⁴. Her eyaletin kendi içerisinde yahut başka bir mahkeme yargı çevresinde verilmiş, çocukla kişisel ilişki kurulmasını da içeren velayet hakkıyla ilgili ilamların icrasına ilişkin kendi iç hukuku vardır. Her eyalet 'Çocuk Velayetine İlişkin Yargılama ve İlamların İcrasına Dair Müşterek Kanun (UCCJEA)⁸⁵' olarak adlandırılan, ABD' nin farklı

⁸⁰ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1006; Mardin, 196.

⁸¹ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1006; Mardin, 196.

⁸² George, 352.

⁸³ Mardin, 197; Mardin, İcra, 38-39.

⁸⁴ <https://www.courts.ca.gov/17975.htm?rdeLocaleAttr=en>, (E.T: 25.06.2022).

⁸⁵ <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=4cc1b0be-d6c5-4bc2-b157->

eyaletlerinden ve başka ülkelerden ilamlar dahil olmak üzere, velayet davalarıyla ilgili yetkiyi, çocuk teslimi ve kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasını düzenleyen Kanunu kabul ederek yürürlüğe sokmuştur.

Amerikan hukukunda taraflar ÇT. ve ÇKİK.'e ilişkin kendi aralarında anlaşabilir. Ancak mahkemenin bu anlaşmaya ilişkin icra emri verebilmesi için, anlaşmanın önceden mahkemece onaylanmış olması gerekir. Bu halde de, anne veya babadan biri anlaşma yükümlülüklerine uymazsa, mahkeme tarafları arabulucuya (aile mahkemeleri bünyesinde veya dışarda sosyal hizmet&yardım programlarına) yönlendirebilir. Anne veya baba mahkeme ilamına uymazsa, arabuluculuk süreci de işletilemezse; mahkeme öngörülmuş farklı tedbirlerden somut olayın koşullarına göre elverişli olanı uygulamaya koyabilir. Örneğin; mahkeme kararını değiştirebilir ya da başvuru halinde velayet hakkının bir ebeveyninden diğerine geçmesine kadar verebilir. ÇKİK.'e ilişkin ilamın yerine getirilmesini engelleyen anne veya babaya, diğer taraf ile çocuk arasındaki kaybedilmiş zamanın telafisi için yeni bir zaman ayarlaması yapması kararını iletir. Yine çocukla kişisel ilişki kuracak ebeveynin bu hakkını kasıtlı olarak engelleyen diğer anne veya babaya karşı tazminat davası açması mümkündür. İlamların icrasına riayet edilmezse, başkaca finansal yaptırımlar (ör. zarar gören ebeveynin dava açmak zorunda kalmasından ötürü ödediği vekalet ücretinin tahsili gibi) da gündeme gelebilir⁸⁶. Son olarak, çocuğun teslimi ilama uygun şekilde gerçekleşmezse hapis cezası da yasal olarak mümkün kılınmakla birlikte, uygulamada son çare olarak devreye sokulduğu görülmektedir⁸⁷.

Amerikan hukukunda genel itibarıyla anne ve baba ilişkinin doğası itibarıyla müşterek çocuk üzerinde eşit haklara sahiptir. Bununla birlikte, taraflar arasında ortaya çıkan anlaşmazlıklardan ötürü ayrı yerleşim yerlerinde yaşam sürmeleri ve birinin diğerine çocuğu göstermediği durumlarda yasal süreç yeknesak değildir. Bazı eyaletlerde bu davranış bir suç teşkil edebilirse de; uygulamada savcılar ebeveynin suç isnadı yerine velayet davası ile çare aramaya yönlendirmektedir. Bununla birlikte Amerikan mahkemeleri çoğunlukla nihai bir karar verene kadar, bir 'pendente lite' duruşmayla

16b0baf2c56d#:~:text=The%20Uniform%20Child%20Custody%20Jurisdiction,provisions%20for%20child%20custody%20orders,(E.T: 25.06.2022).

⁸⁶ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1009.

⁸⁷ Amerikan hukukunda finansal yaptırımlar ve gerekli olursa hapis cezası da öngörülmuş olmakla birlikte, sırasıyla miktarı ve süresi eyalet hukukuna göre belirlenmektedir (Margaret Mahoney, "The Enforcement of Child Custody Orders by Contempt Remedies", University of Pittsburgh Law Review 68, S. 4, (Summer: 2007), 854).

ebeveynler ve çocuk arasında geçici olarak kişisel ilişkinin kurulmasına yönelik önlemler alma yoluna gider. Anne veya babanın kusuru olmaksızın uzun süredir çocuktan uzak kaldığı durumlarda ise, mahkeme çocukla bu ebeveynin tekrar yakınlaştırılması için destek sunabilecek sosyal hizmet tedbirlerini alır. Amerikan mahkemeleri de anılan uyuşmazlıkların çözümünde ‘çocuğun üstün yararı’ esnasından hareket eder⁸⁸.

Son yıllarda çoğu eyaletin yasal düzenlemelerinde, velayet, ÇT. ve ÇKİK.’e ilişkin ilamların icrasında mahkemelere esneklik sağlamak için farklı tedbir ve yaptırımlar geliştirilmiştir. Ör: zorunlu arabuluculuk, ebeveyn-çocuk ilişki eğitimleri, aile danışmanlık hizmetlerine başvurma, idari para cezası, uyuşmazlıklarda mahkeme ve vekalet masraflarının yüklenmesi, ehliyete geçici süreyle el koyma, sosyal hizmetle yükümlendirme vb⁸⁹.

IV. TÜRK HUKUKU: 7343 SAYILI KANUNLA TÜRK MEDENİ KANUNU’NDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Çalışmamızın başında belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda ÇT. ve ÇKİK.’e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin sistem 7343 sayılı Kanunla değişmiştir. 7343 sayılı Kanunla Türk Medeni Kanunu’nda gerçekleştirilen değişiklikler, çocuk ile anne veya babası arasındaki kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkindir:

7343 sayılı Kanunun 37.maddesiyle TMK m. 182’ye birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkra çerçevesinde, kişisel ilişki düzenlenmesinin gerekleri yerine getirilmediği takdirde mahkemenin -çocuğun menfaatine aykırı olmamak üzere- *velayetin değiştirilebileceğini ihtar edebileceği* öngörülmüştür. Kanun teklifi gerekçesinde uygulamada velayet hakkının kötüye kullanılmasıyla yaşanan sıkıntılı hallerin önüne geçmek adına, yükümlü anne veya babanın kişisel ilişki düzenlenmesinin gereklerine uymasını sağlamanın amaçlandığı ifade edilmektedir⁹⁰. Kanaatimizce bu düzenleme mahkemenin velayet hakkı sahibi anne veya babaya bu hakkının mutlak olmadığını; velayetin çift yönlü olduğunu (sadece haklardan ibaret olmayıp, yükümlülükler de getirdiğini) ve bunun gereklerine uymazsa ağır yaptırımlarla karşılaşılabilceğini en başta resmen hatırlattığı bir gözdağı hükmü niteliğindedir.

⁸⁸ Arndt, Crandles, Goldsmith, Gordon, Kucinski ve Baronin, 1010.

⁸⁹ Mahoney, 856.

⁹⁰ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3911.pdf> (E.T: 25.06.2022).

7343 sayılı Kanununun 38.maddesiyle TMK m. 324'e ikinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkra çerçevesinde; kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin velayet kendisine bırakılan anne veya baba tarafından yerine getirilmediği durumda -çocuğun menfaatine aykırı olmamak üzere- *velayetin değiştirilebileceği*, hususun ÇKİK.' e dair kararda taraflara ihtar edileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm de yine uygulamada kişisel ilişki düzenlemelerine muhalefetten kaynaklı yaşanan sıkıntılıların önünü kesmeyi amaçlamaktadır. TMK m. 324/I' de anne ve babadan her birinin, diğerinin ortak çocukla kişisel ilişkisini zedelemekten kaçınmakla yükümlü olduğu açıkça öngörülmüştür. Hükümün ikinci fıkrasında, çocuğun huzurunun tehlikeye girdiği ya da anne ve babanın haklarını birinci fıkraya aykırı şekilde kullandıkları veya çocukla ciddi şekilde ilgilenmedikleri veya tespit edilebilen diğer önemli hallerin varlığında kişisel ilişki kurma hakkının reddedilebileceği yahut kendilerinden alınabileceği düzenlenmiştir. Yukarıda değindiğimiz ek üçüncü fıkra ile de yasa koyucu velayetin değiştirilmesinin de bir yaptırım olarak gündeme gelebileceğinin altını çizmiş olmaktadır. Bu değişiklikler yasal düzlemde öngörülmüş olmasaydı dahi; kişisel ilişki düzenlemesine muhalefet çocuğun üstün yararını riske atacak bir ağırlıktaysa, velayetin değiştirilmesi söz konusu olabilirdi⁹¹. Nitekim Yargıtay'ın bakış açısının da bu yönde olduğu; velayet hakkı bulunmayan anne veya babayla çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasının sürekli engellenmesinin velayetin değiştirilmesine yol açabileceğine hükmettiği görülmektedir⁹². Kanaatimizce yasa koyucu,

⁹¹ Aynı yönde Seda Gayretli Aydın, "7343 Sayılı Kanun'un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler", Terazi Hukuk Dergisi, S.187, (Mart: 2022), 32-33 (jurix, E.T.:25.06.2022).

⁹² "...annenin de dava sürecinde babayı icra takibi yapmaya zorlayarak çocuk ile babanın kişisel ilişki kurma hakkını engellediği; anne ve çocuğun evde bulunmaması ya da anne tarafından yönlendirilen çocuğun istememesi sebepleriyle 24/01/2016, 30/01/2016 ve 23/01/2017 tarihlerinde icra yoluyla dahi kişisel ilişkinin kurulamadığı anlaşılmaktadır. Öncelikle; davalı annenin eşinin, herkese açık internet platformundaki görsel ve yazılı paylaşımlar ve çocuk ile ilgili yaptığı paylaşımlar dikkate alındığında, çocuğun bulunduğu mevcut ortam, fiziksel ve psikolojik yöndeki gelişimini olumsuz etkileyecek niteliktedir. Ayrıca davalı annenin de babalık duygularının tatmini ve çocuğun sağlıklı gelişimi bakımından gerekli olan, baba ve çocuk arasında kişisel ilişki kurma hakkını engellemeye yönelik davranışlarda bulunarak velayet hakkını kötüye kullandığı anlaşılmakla; yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde davanın kabulü ile dava konusu ortak çocuğun velayetinin değiştirilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir". (Y.2.HD, E. 2016/11109 K. 2017/1492, 14.2.2017); Y.2.HD, E. 2017/1240 K. 2017/6234, 25.5.2017 (lexpera.com.tr, E.T.:25.06.2022). Yargıtay uygulaması zaten bu yönde olmakla birlikte, böylece konu torba bir kanunla da olsa yasal dayanağa

çocuğun üstün yararını gerçekleştirmede ÇKİK.'e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesine büyük önem atfettiğini ve buna aykırılığın ağır sonuçları olabileceğini açık şekilde ve şüpheyi yer bırakmayacak şekilde vurgulamak istemiştir.

Anılan bu değişiklikler somut olayın koşulları ve çocuğun üstün yararı ilkesi gözetilerek değerlendirilmeli; velayetin değiştirilmesine yönelik suiistimal aracı olmaya hizmet etmemelidir. Örneğin; çocuğun velayeti kendisinde olan anne, her kişisel ilişki kurulması sürecinde çocuğu kendisine karşı kötüleyen, görüşme zamanlarında sarhoş olup, uygunsuz davranışlar sergileyen baba ile çocuğun kişisel ilişki düzenlemelerine muhalefet etmeye başlarsa; hakim somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmalıdır. Böyle bir durumda baba lehine velayetin değiştirilmesi çocuğun üstün yararına uygun olmayacağı gibi; annesinin kişisel ilişki düzenlemesine muhalefeti haklı sebepler de barındırdığından, annesi varken çocuğa vasi atanması da elverişli bir çözüm olmayacaktır⁹³. Dolayısıyla hüküm kişisel ilişki düzenlemesine her türlü muhalefet halinde değil; böyle bir aykırı davranışın çocuğun üstün yararını ciddi şekilde zedelediğinin objektif olarak öngörülebildiği durumlarda uygulanmalı; dar yorumlanmalıdır. Aksi halde çocuklar anne babalarının kişisel anlaşmazlıkları arasında daha çok kalabilecek; kişisel ilişki düzenlemesine aykırı olmakla birlikte basit sayılabilecek ihlal halleri dahi yargı önünde abartılarak velayetin değiştirilmesine zemin hazırlama yönünde kötüniyetle kullanılabilir. Karşılaştırmalı hukuk verilerine bakıldığında da; velayetin değiştirilmesi, ortak velayetin kabul gördüğü ülkelerde düzenlenen 'çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi hakkı'nın (diğer tarafa bu hakkın devri suretiyle) kaybı yasal olarak mümkün kılınmakla birlikte; çocuğun alıştığı ortamın ve çevrenin değişmesinin üstün yararıyla çoğunlukla örtüşmeyeceği düşüncesinden ötürü bu yönde kararlara yabancı hukuk uygulamalarında nadiren yer verildiği görülmektedir.

kavuşmuştur (bkz. Mehmet Akçaal, "Velayetin Değiştirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, S.1, (2022), 197 (ve dpn.47)).

⁹³ Gayretli Aydın, 30.

V. TÜRK HUKUKU: 7343 SAYILI KANUNLA ÇOCUK KORUMA KANUNU'NDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER UYARINCA ÇOCUĞUN TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN KARARLARIN YERİNE GETİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Çalışmamızda 7343 sayılı Kanun'un getirdiği temel yenilikler değerlendirilmeden önce, ÇT., ve ÇKİK.'e ilişkin ilamların yerine getirilmesine ilişkin olarak, Türkiye'deki eski sistemin neden ihtiyaca cevap vermediği ve sert şekilde eleştirildiği; sonrasında yabancı hukuk sistemlerindeki yasal düzenlemeler ve uygulama ele alınmaya çalışılmıştır. Her ülkenin kültür ve toplumundan kaynaklanan farklı bakış açıları olabilmekle birlikte, karşılaştırmalı hukuk verileri yasa koyucuya ve uygulamaya daha geniş bir pencereden hukuki meseleye bakma imkanı sunması bakımından önemlidir. 7343 sayılı Kanunla ÇKK'ya eklenen 41/A vd. hükümleri çocuğun üstün yararına gerçek anlamda hizmet edecek bir sistem kurgusu üzerinden hazırlanmış ve bu çerçevede yenilikler barındırmaktadır. Eksik kaldığı düşünülen yönleri bulunmakla birlikte, olumlu yenilikler barındıran bu yeni sistemin amaca ne kadar hizmet edeceği kuşkusuz uygulamada ortaya çıkan sorunlara ne oranda çözüm olabileceğinin değerlendirilmesiyle anlaşılacaktır.

B. Konuya İlişkin Temel Kavramlar ve Terminoloji

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası, yasa koyucunun İİK mülga 25.maddede, taşınır teslimine dair ilamları konu alan aynı Kanunun 24.maddesine atıf yapması nedeniyle ciddi eleştirilere konu olmuştu. Zira bizzat yasa koyucu tarafından çocuğun objeleştirildiği bir algı oluşturulmuş⁹⁴; bir taşınır teslimi söz konusuymuşçasına, çocuğun ilamlı icrayla haczedilip Sosyal Hizmetler Merkezinde depo edilebilmesi haricinde taşınır teslimine dair hükümlerin nerdeyse aynen uygulandığı bir sistem kurulmuştu⁹⁵. Çocuğun fiilen

⁹⁴ Mardin, 203; Türkmen, 1149.

⁹⁵ Hükümler incelendiğinde sadece sistematik açısından değil, içerik olarak da taşınırın teslimine yönelik hükümlerin aynen çocuk için de öngörülmüş olduğu görülmektedir. Nitekim yasa koyucunun bu bakış açısının ve sistematığının sorunlu olduğu; çocukların mümkünse İİK dışında, mümkün değilse de Kanun içerisinde fakat ayrı bir bölümde ele alınması gerekliliğine doktrinde dikkat çekildiği görülmüştür (M.Serhat Sarısözen, "İcra ve

tesliminin hacze benzetilerek gerçekleştirilmesi üstün yararının korunmasıyla örtüşmediğinden eleştirilmiştir⁹⁶.

'Çocuk teslimi' kavramının ÇKK.'da getirilen yeni düzenlemelerde de muhafaza edildiği görülmektedir. Doktrinde çocuğun bir taşınır eşya gibi teslim edildiği algısı uyandırdığından hareketle, bu kavram yerine 'çocuklara ilişkin velayet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi' kavramının kullanılabilmesi önerisi getirilmiştir⁹⁷. Kanaatimizce kavramın aynen korunmuş olması, kavramsal ifade kolaylığına dönük bir çözüm olup; önemli olan çocuğun objeleştirilmesi algısının zihinlerde muhafaza edilmemesidir. Yine yeni yasal düzenlemelerde ÇT. ve ÇKİK.'e ilişkin olarak 'hak sahibi' ve 'yükümlü' kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bu kavram kullanımı konunun çocuğun haklarından ziyade annenin, babanın ve ilgili üçüncü kişilerin hakları bağlamında ele alındığını ortaya koymaktadır. Velayetle ve kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili ilk akla gelen 'hak' boyutu ve görünümü olmakla birlikte; velayetin bünyesinde hem hak hem yükümlülük barındırdığı, yine kişisel ilişkinin de iki yönlü olduğu, hatta esasen öncelikle çocuğun hakkıyla ilişkilendirilmiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

C. Çocuk Koruma Kanunu'nda Getirilen Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Sistemin Değerlendirilmesi

1. Mahkeme Kararlarının Yerine Getirileceği Usulde Yeknesaklık Sağlanması

Yeni sistemde ÇKK.'da ortak düzenleme yapılarak (m. 41/B, m. 41/C)⁹⁸, ÇT. ve ÇKİK.'e ilişkin ilamların veya ihtiyati tedbir kararlarının hangi usul

İflas Hukukunda Canlı Haczi", EÜHFD 10, S.2, (2015), 65-66). Benzer şekilde bkz. Aksoy Dursun, 194; Doktrinde Özbay ise İİK m.25/I'in içerdiği ifade yapısı ve uygulaması yönüyle sert bir düzenleme olduğuna dikkat çekmiştir. Bununla birlikte yazar hükümde icra emrinin düzenlenmesinde taşınır teslimine ilişkin İİK m. 24'e yapılan atfın, icra emrinin şekli unsurları bakımından düzenleniş şeklini göstermek amacıyla yapıldığını; çocuğun bir taşınır mal gibi teslim konusu olacağı anlamına gelmediğini ifade etmiştir (Özbay, 73-74).

⁹⁶ Mardin, İcra, 146.

⁹⁷ Derya Belgin Güneş, "Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", SÜHFD 29, S.2, (2021), 915.

⁹⁸ ÇT. ve ÇKİK' e dair verilen tedbir kararları ÇKK' nun 4.kısımında yer alan prosedür uyarınca; ADMH. müdürlükleri aracılığıyla yerine getirilecektir. Yine Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik (ÇTÇKKY) m.7 de dikkate alınacaktır.

uyarınca yerine getirileceği hususunda fark gözetilmemiştir. Böylece İİK.'daki tedbir kararlarının yerine getirilme usulüne dair eksiklikten kaynaklı önceki tartışmalar⁹⁹ sona erdirilmiştir.

2. Yetkili Organ: Adli Destek Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri (ADMH)

Yeni sistemde en temel değişiklik, ÇT. ve ÇKİK.'e ilişkin kararların yerine getirilmesinde icra dairesi ve icra mahkemesinin devre dışı bırakılıp; Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan ADMH. Müdürlüklerinin¹⁰⁰ yetkili kılınmasıdır (ÇKK m. 41/A). Yasalaşmayan ancak konuda ilk somut adım olan MHKT.'da da aynı düzenlemeye yer verildiğinden hareketle, yasa koyucunun iradesinin bu görevin Adalet Bakanlığı bünyesinde yerine getirilmesi yönünde olduğu söylenebilir¹⁰¹. ÇKK' daki anılan yenilikleri getiren 7343 sayılı Kanunun gerekçesine (m. 35) bakıldığında; 5395 sayılı ÇKK' nun temel amacının çocukların korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması olduğu; konunun çocuğun korunması gereken hallerden olması itibarıyla da anılan Kanunda bağımsız bir kısım olarak düzenlendiği belirtilmektedir. Ancak mahkeme kararlarının icrasında ADMH. Müdürlüklerinin yetkili kılınmasına dair tercihle ilgili bir açıklamaya rastlanmamaktadır.

İcra dairesi ve mahkemesinin görevlerinin sona ermiş olması kuşkusuz isabetli bir adımdır. Ancak adliye çatısı altındaki, Adalet Bakanlığı bünyesindeki ADMH. müdürlüklerinin ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesindeki yetkili organ olarak en iyi tercih olduğu noktasında soru işaretleri mevcuttur. Bu bağlamda Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün ve taşra teşkilatı bağlamında aile ve sosyal hizmetler il müdürlüklerinin görevlendirilmesi daha yerinde olabilirdi¹⁰². Zira çocuklara ilişkin çoğu faaliyet ve hizmet bakımından görevlendirilmiş Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü varken, bir başka bakanlık bünyesindeki bir

⁹⁹ Konu hakkında bilgi için bkz. Özbay, 44 vd; Gayretli Aydın, 20-21; Belgin Güneş, 35.

¹⁰⁰ ADMH. Müdürlüğü bulunmayan yerlerde kararların yerine getirilmesinin Adalet Bakanlığı'nca belirlenen hukuk mahkemeleri yazı işleri müdürlüğü tarafından gerçekleştirileceği ÇKK m.41/A, III hükmünde ve bu hükmü tekrarlayan ÇTÇKİK m. 10/f.2'de düzenlenmiştir.

¹⁰¹ Mardin, 205. ÇKK' nun 41/A vd maddeleri, yeni sistem kurgusuna yönelik ilk adım olduğuna değindiğimiz, ancak yasalaşmayan MHKT m. 16 ile pek çok yönden benzerlikler içermektedir.

¹⁰² Mardin, İcra, 47-48; Mardin, 206; Belgin Güneş, 43; yine bkz. Sarısözen, 94; Aydın Güven, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, (Ankara: 2016), 216.

idari kurumun ayrıca görevlendirilmesinin gerekli olup olmadığı düşünülebilir. Mahkeme kararlarının icrasında yer alacak psikolog, pedagog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı gibi uzmanlarla prosedürün yerine getirilmesiyle, sistemin işletilmesi bağlamında çok farklılık olmayacak olsa dahi; çocukla ilgili faaliyet ve hizmetlerin bütünlük çerçevesinde yerine getirilmesinin spesifik bir kurumun görev alanında değerlendirilmesi belki daha isabetli olabilirdi. Zira mevcut durumda çocuklarla ilgili çoğu konuda önleyici tedbirleri uygulamada yetkili kılınan ile mahkeme kararlarının icrasında yetkili kılınan kurumların aynı olmaması, sorunlara yol açmayacak olsa dahi, bürokratik işlemlerin artmasına ve zaman kaybına neden olabilir¹⁰³. Bu durumun da sujenin çocuk olduğu işlemlerin hassasiyeti bakımından, zamanın özellikle önemli olduğu durumlarda sıkıntılara neden olabileceği riski mevcuttur. Nitekim yeni yürürlüğe giren ÇTKİKY’de, yönetmelik taslağında daha önce yer almayan 9.maddeye yer verilmesi, bu yöndeki eleştirilerin dikkate alındığına işaret eder niteliktedir. Anılan yönetmelik hükmüne göre; uzman veya öğretmenler ÇT. ve ÇKİK.’e dair işlemleri yürütürken, koruyucu ve destekleyici tedbir uygulanması yönünde kanaate ulaşırlarsa, durumun aile ve sosyal hizmetler il müdürlüğüne bildirileceği düzenlenmiş; hiç değilse gerekli hallerde bir işbirliğinin kapısı aralanmıştır.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus; ÇT. ve ÇKİK.’e ilişkin kararların yerine getirilmesinde daha önce İİK sistemi uyarınca icra müdürü ve uzman görevli yer almaktayken; artık sadece ADMH. müdürlüklerince görevlendirilecek uzmanların (uzman sayısı yeterli olmazsa ayrıca öğretmenlerin) yer alacak olmasıdır (ÇKK m. 41/A, V)¹⁰⁴.

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde, bu tür mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde çocuk koruma kurumu, gençlik dairesi ve bazen mahkemelerin kendi altyapı sistemlerindeki uzmanların görevli kılındığı¹⁰⁵ görülmektedir.

¹⁰³ Mardin, 206.

¹⁰⁴ Doktrinde kişisel ilişkinin kurulması tekrarlayan süreçler içerdiğinden, her ilişki kurulmasında farklı bir uzman yerine aynı uzmanlar veya öğretmenler aracılığıyla kararların icrasının çocuğun üstün yararına hizmet edebileceği ifade edilmiştir (Gayretli Aydın, 24). Öneri ilk başta kulağa güzel gelse de, bu süreçlerin içerisinde yer alacak olan her çocuk açısından objektif şekilde gerçekleştirilebilecek şekilde bir uzman&öğretmen atama sistemi geliştirilebilirse anlamlı olacağı düşüncesindeyiz. Zira her çocuk Devletin sunduğu hizmetten ve sistemin koruyucu şemsiyesinden şüpheye yer vermeksizin aynı koşullar altında faydalanmalıdır.

¹⁰⁵ Yaptırımların uygulanmasının aile mahkemesinin görevine dahil edilmesinin daha yerinde olacağı yönünde Mardin, İcra, 209-210.

3. Mahkeme Kararlarının Yerine Getirileceği ‘Teslim Mekanları’ nın Belirlenmesi

ÇT. ve ÇKİK.’ e dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine dair işlemler ADMH. müdürlüklerince belirlenen ‘teslim mekanları’ nda gerçekleştirilir (ÇKK m. 41/D, I). Teslim mekanı bu tür kararların yerine getirildiği çocuk dostu olarak düzenlenen ortamlar olarak tanımlanmış olup (ÇTÇKİK, m. 4, I, k) yeni sistemde öngörülmüştür. İİK’ da bu konuda hüküm bulunmayıp, ÇT. ve ÇKİK.’ e dair kararların icrası genellikle çocuğun yerleşim yerinde yahut bulunduğu yerde gerçekleşmekteydi. Bunun da eski sistemin işleyişi çerçevesinde uygulamada üzücü ve sıkıntılı durumların yaşanmasına sebep olduğu aşikardır. ÇKK m. 41/D, II uyarınca müdürlüğün talebi üzerine valilikler ve belediyeler tarafından elverişli teslim mekanları belirleneceği, yoksa da oluşturulacağı düzenlenmiştir. ADMH. müdürlüklerinin adliye çatısı altında konumlandırıldığı düşünülürse; hiç değilse teslim mekanlarının adliye dışında oluşturulması, çocuğun kendini huzurlu ve rahat hissedeceği ortamlar olması önem arz etmektedir. Örneğin; çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimine uygun yerler olarak, ‘çocuk oyun alanları içeren aile yaşam merkezleri’, kreşler, gençlik merkezleri, sosyal hizmet merkezleri gibi alanlar teslim mekanı olarak uygun olacaktır¹⁰⁶. Teslim mekanlarının niteliği, oluşturulmasında gözetilecek standartlar ve nasıl işleyeceği, güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirler, kamu kurum ve kuruluşlarının sunacağı destek ve ilgili diğer hususlar ÇTÇKİK m. 19 vd. hükümlerinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

‘Çocuk görüşme merkezleri’ olarak da adlandırılan teslim mekanlarının oluşturulmasında yakın zamanda gelişen uygulamaya baktığımızda; aile yaşam merkezleri, sosyal hizmet merkezleri, gençlik merkezleri, kreş ve anaokulları, millet bahçe ve odaları gibi çocukların ebeveynleri ile kaliteli zaman geçirmesine imkan verecek alanların değerlendirmeye alındığı görülmektedir¹⁰⁷.

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde, bazı yabancı hukuk sistemlerinde bu tür teslim mekanlarının kararlaştırıldığı; bazılarında ise kişisel ilişki düzenlemesinin kapsamına göre; anne veya babanın, büyükanne-büyükbaba veya başkaca yakın akrabasının yerleşim yerinin, kamusal alanda belirlenmiş

¹⁰⁶ <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/velayet-altindaki-cocuklarin-teslimi-icin-tasarlanan-ozel-alanlar-yeni-yilda-faaliyete-baslayacak/2442046> (E.T: 25.06.2022); Gayretli Aydın, 25.

¹⁰⁷ <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocuk-tesliminde-icra-donemine-son-veren-yeni-uygulama-hizla-yayginlastiriliyor>, (E.T: 08.09.2022).

bir yerin veya çocuklara ilişkin ortamların kişisel ilişkisinin kurulacağı mekanlar olarak kararlaştırılmasında mahkemelerin takdir yetkisi olduğu gözlenmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; çocuğun üstün yararının, kişisel ilişkisinin 3. bir kişi olarak uzman (psikolog, pedagoğ, çocuk gelişimci vb.) veya öğretmen refakatinde gerçekleşmesini gerektirdiği yönünde bir mahkeme kararı varsa, kişisel ilişki teslim mekanında bu kişiler refakatinde gerçekleştirilir. Anılan kişiler bu süreçte gerekiyorsa mesleki müdahalelerde bulunarak, gözlem ve tespitlerini içeren bir tutanak tanzim eder. Çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, tutanak kişisel ilişki kararını vermiş olan aile mahkemesine sunulur (ÇTÇKİKY m. 38).

4. ADMH Müdürlüklerinin İşlem ve Kararlarına Karşı Şikâyet ve İtiraz Usulü

Yeni sistem çerçevesinde ÇKK' na eklenen hükümlerde getirilen diğer bir olumlu yenilik, ÇT. ve ÇKİK.' e dair ilam ve ihtiyati tedbirlerin uygulanmasına ilişkin müdürlüklerin yaptığı işlem ve verdiği kararlara karşı şikâyette bulunulacak merciinin icra mahkemesi değil, aile mahkemesi olarak belirlenmiş olmasıdır. Buna göre, bu tür mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin müdürlüğün işlem ve kararlarına karşı, öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyette bulunulabilir (ÇKK m. 41/E, I). Mahkemeye işlemlerin yerine getirilmesini durdurma; dosya üzerinden yahut gerekli görüldüğü hallerde ilgilileri dinleyerek ivedilikle karar verme hususunda takdir yetkisi tanınmıştır (ÇKK m. 41/E, II). Mahkemenin şikâyet üzerine verdiği karara karşı da tebliğ tarihi itibarıyla bir hafta içerisinde 'itiraz' olanağı sunulmuştur (ÇKK m. 41/E, III). Anılan hükümde itiraz incelemesi için dosyanın o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesi bulunuyorsa, numara olarak kendisini izleyen daireye gönderileceği ve diğer durumlarda hangi mahkemeye gönderileceği sırayla düzenlenmiştir. Doktrinde bu hükümde gönderilecek mahkemelerin ilk derece mahkemesi olması ve birbirlerine olan konumları bağlamında itiraz usulünün etkin şekilde işletilebileceğinin şüpheli olduğu dile getirilmiştir. Yine hükmün kapsamı, içeriği, itiraz sebepleri de düzenlenmemiş olduğundan; şikâyet sebeplerinin sınırları, mahkemenin ertelemesi veya iptal etmesine rağmen müdürlükçe ilam veya tedbir kararının yerine getirildiği durumlarda ne gibi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı gibi belirsizliklerden hareketle, şikâyet usulüne ilişkin daha

somut bir yasal çerçeve çizilmesi gelecekte ortaya çıkacak tartışmaları engellemek açısından yerinde olacaktır¹⁰⁸. Son olarak, itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu yasa koyucu tarafından hükme bağlanmıştır (ÇKK m. 41/E, III).

5. Giderlerin Adalet Bakanlığı Bütçesinden Karşlanması

Eski sistemde ÇT. ve ÇKİK.' e dair ilamların icrası İİK. hükümleri uyarınca gerçekleştirilirken, sorun doğuran konulardan bir diğeri sürece ilişkin ortaya çıkan masraflardır (icra masrafları ve başvuru harcı, uzman kişiler için bilirkişi, yol ücreti vb). Bu masrafları karşılayamayan ebeveynler çocukları ile kişisel ilişki kuramıyor yahut bunu sürdürüyordu. Çocuk ile anne ve babası arasında kişisel ilişki kurulması çocuğun gelişimi ve üstün yararının sağlanması açısından son derece önemlidir. Uygulamada yaşanan sıkıntıları dikkate alan yasa koyucu ÇKK m. 41/H uyarınca ÇT. ve ÇKİK.' e dair ilamların veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemleri tüm harçlardan muaf kılmış; işlemlerin yürütülmesi için yapılacak tüm masrafların (avukatlık ücreti hariç) Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağını düzenlemiştir¹⁰⁹. Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde anne babanın karşısına çıkan bu ciddi ekonomik engel, yasa koyucunun çocuğun üstün yararını gözeterek iradesiyle ortadan kaldırmış olmaktadır.

ÇKK m. 41/H, II (ve ÇTÇKİK m. 63) uyarınca eski sistemde eleştiri konusu olan bir diğer uygulama ele alınmıştır. ÇT. ve ÇKİK.' e dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi sürecinde görevlendirilen uzman ve öğretmenlere daha önce belirli bir tarife olmadığından icra müdürlüklerince farklı ücretler takdir ediliyordu. Hükümde ödeme miktarlarının belirlenmesine ilişkin düzenleme yapılması bu bağlamda yerinde olmuştur.

6. İçeriğin Çıkarılması veya Erişimin Engellenmesi

İcra İflas Kanunu' ndan farklı olarak yeni sistemde yasal olarak düzenlenen bir diğer hüküm ÇKK. m. 41/G'dir. Bu hükme (ve ÇTÇKİK m. 53' e) göre, ilgili kişiler ÇT. veya ÇKİK.'e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi esnasında kayda alınan ses veya görüntülerin internet

¹⁰⁸ Mardin, 204. Doktrinde yine yasa koyucunun getirdiği düzenleme ayrıntılı olmadığından; buradaki şikâyet usulünün icra iflas hukukuna özgü şikâyet yoluna büyük ölçüde benzediğinden hareketle, bu usulün işleyişine dair düzenlemelerden faydalanılabileceği dile getirilmiştir (Belgin Güneş, 62-63).

¹⁰⁹ Kanun değişikliği öncesinde doktrinde bu konudaki öneriler için bkz. Mardin, İcra, 203-204.

ortamında yayınlanması sebebiyle kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla 5651 sayılı ‘İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’ m. 9 uyarınca içeriğin çıkarılmasını veya erişimin engellenmesini talep edebilir. Hüküm çerçevesinde özel olarak kişilik hakkı koruması sağlanan ilgili kişiler sadece çocuk ve anne babası olmayıp, yasal süreçte görevli olan, yer alan kişiler de bu kapsama dahildir.

7. Çocuğun Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi

a. Çocuğun Teslimine İlişkin İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi

Çocuk Koruma Kanunu’ nun 41/B maddesi uyarınca, ÇT.’ ye ilişkin ilam yahut tedbir kararı, yükümlüsü tarafından kendi rızasıyla yerine getirilmezse; hak sahibi bunun sağlanması için müdürlüğe başvurur. Eski sistemde icra dairelerinin işleyişinden farklı olarak; müdürlük doğrudan teslim emri göndermek yerine ‘her türlü iletişim vasıtası’ yoluyla yükümlüyle irtibata geçerek¹¹⁰, müdürlüğün bildireceği zaman diliminde çocuğu hak sahibine teslim etmek için belirlenen yere getirmesini bildirir. Tebligat yapılma zorunluluğu olmaksızın her türlü iletişim vasıtasının kullanılmasının süreci hızlandırma düşüncesiyle olanaklı kılındığı düşünülebilir¹¹¹. Bu bildirim yapıldığı veya yükümlü ile iletişimin kurulamadığı tutanağa bağlanır. İletişimin kurulamadığı, yükümlü tarafından çocuğu belirlenen yere getirmeyeceğinin beyan edildiği veya çocuğu getirmediği durumlarda müdürlük tarafından kendisine derhal ÇKK m. 41/B, III’ de yer verilen hususları içeren ‘teslim emri’ gönderilir. Yükümlü kişi teslim emrinde

¹¹⁰ Yakın zamanda yürürlüğe giren ÇTÇKİKY m. 25/6’da yönetmelik taslağında önceden bulunmayan bir düzenlemeye de yer verildiği görülmektedir. Buna göre; hak sahibi veya yükümlünün ceza infaz kurumunda hükümlü veya tutuklu bulunması halinde işlemlerin ceza infaz kurumu aracılığıyla gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Aynı düzenlemeye çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili olarak da m.32/6’da yer verilmiştir. Yargıtay kararları da anne-babanın hükümlü veya tutuklu olduğu durumda, bunun kişisel ilişkiye engel sayılmadığı yönündedir (Yılmaz, 119).

¹¹¹ Mardin, İcra, 48; Gayretli Aydın, 24. MHKT’da yer verilen ‘herhangi bir işlem veya ihtar gerek kalmaksızın’ ifadesi ile tebligat yapmanın zorunlu ve gerekli olmadığına işaret edilmiş; tasarı taslağının gerekçesinde anılan iletişimin telefon gibi araçlarla gerçekleştirilebileceği, sözlü görüşmenin ispat aracı olarak tutanağa bağlanabileceği belirtilmiştir. ÇKK’daki ifade ile yükümlüyle irtibat kurma yollarının sınırlı olmadığı, önemli olanın iletişim kurmak olduğunun altı çizilmiş olmaktadır.

müdürlük tarafından bildirilen yerde ve zamanda çocuğu hazır bulundurmak durumundadır; ancak haklı bir mazeretin varlığı halinde çocuğun müdürlükçe alınıp hak sahibi ebeveyne teslim edilmesi mümkün kılınmıştır (ÇKK m. 41/B, IV). Kanaatimizce haklı mazeretin gerçekten zorunlu hallerin varlığı dışında dar yorumlanması yerinde olur. Zira çocuğun yanında yaşadığı anne ve babası tarafından sürece hazırlanması, onun sunduğu manevi destekle sürecin tamamlanması çocuğun yaşayabileceği olası psikolojik sorunları engellemek açısından önemlidir. Bu yasal süreç çocuğa ne kadar yaşamın doğal akışında işleyen bir süreç gibi hissettirilebilirse, çocuğun ruhsal gelişimi açısından o kadar iyi olur. Çocuğun teslim yerinin her ne kadar müdürlükçe belirleneceği düzenlenmişse de; yeni sistemin amaçları gözetildiğinde, çocuğun yaşadığı yere giderek yasal süreci işletmek kanaatimizce artık olanaklı olmadığı gibi, isabetli de değildir. Eski uygulamada çocukta travma derecesine varan psikolojik sorunlara neden olan hallerden biri, icra müdürü ve/veya polis memuru marifetiyle zor kullanma olduğu gibi; bunun bir de çocuğun yaşam alanında gerçekleşmesi durumu iyice ağırlaştırmaktaydı. Aralarında ciddi anlaşmazlıklar bulunan ebeveynlerinden birinin resmi kıyafetli görevlilerle birlikte tabiri caizse ‘evinin kapısına dayanması’; çocuklarda ciddi korkulara, özellikle de kişisel ilişkinin kurulmasında olduğu gibi tekrarlayan süreçlerde ebeveyne yabancılaş(tır)ma sendromunun ortaya çıkmasına sebep olmaktaydı¹¹². Bu bağlamda çocuğun yerleşim yerine/yasadığı yere gitmek yerine, müdürlüklerin belirleyeceği teslim mekanlarında yasal süreci işletmenin anılan ciddi sıkıntıları ortadan kaldırmak açısından isabetli bir adım olduğu değerlendirilebilir. Yukarıda değinildiği üzere, teslim mekanları ÇKK m. 41/D’ de düzenlenmiş olup; müdürlükçe belirlenecektir. Müdürlüğün talebi üzerine elverişli teslim mekanlarının belirlenmesinde, yoksa da oluşturulmasında valilikler ve belediyeler yetkili kılınmıştır; ayrıca araç tahsis edilerek sürücü de görevlendirilir.

b. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi

Çocuk Koruma Kanunu m. 41/C’ de ÇKİK.’ e ilişkin olarak oldukça ayrıntılı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Kişisel ilişkinin kurulması tekrarlayan süreçleri içerdiğinden, burada teslim mekanlarının daha da önemli

¹¹² Mardin, İcra, 202; Göktan Koçyıldırım, Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: 2010), 318 vd.

olduğu ifade edilebilir. ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararları yükümlü tarafından yerine getirilmediğinde yasal sürecin başlangıç usulü ÇT.' ye ilişkin kararların yerine getirilmemesinde işletilen süreç ile (ÇKK m. 41/B, I, II) paralellik arz eder. Ancak müdürlükçe gönderilecek 'teslim emri'nde yer alacak hususlarda farklılıklar vardır. Burada dikkate değer bir nokta olarak; ÇT.' ye ilişkin teslim emrinin gereği yükümlü tarafından yerine getirilmezse, çocuğun hak sahibine teslim edilmesine ilişkin zor kullanmanın mümkün olduğu, kolluk birimlerinden yardım istenebileceği düzenlenmiştir (m. 41/B, V). Yani zor kullanma ÇKK m. 41/B çerçevesinde yine mümkün kılınmıştır. ÇKİK.' e ilişkin teslim emrinin gereği yükümlü tarafından haklı bir mazeret olmaksızın yerine getirilmediğinde ise; kendisinin disiplin hapsiyle cezalandırılacağı öngörülmüştür (m. 41/C, III,d). Tekrarlayan süreçleri ihtiva etmesi nedeniyle ÇKİK.' e ilişkin kararların yerine getirilmesinde zor kullanmaya yer verilmemesi kuşkusuz yerinde olmuştur¹¹³.

Çocuk Koruma Kanunu m. 41/C, VIII' de, ÇKİK.' e ilişkin işlemlerin çocuğun üstün yararını gözetecek şekilde yerine getirilmesi amacıyla müdürlüğün başvurusu üzerine aile mahkemesi çocuk, hak sahibi ve yükümlüyü kapsayacak şekilde 'danışmanlık tedbiri' uygulanmasına¹¹⁴ karar verebilir. Danışmanlık hizmetlerinin Aile Danışmanlık Merkezlerince sağlanması mümkündür. Aile Danışma Merkezlerinin kurulmasına ilişkin usul ve esasları ortaya koymak üzere Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri İle Kamu Kurumu ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği (R.G: 04.09.2012-28401) yürürlüktedir. Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında da, çoğu ülkede ayrılmış ebeveynleri bilgilendirme programı, ÇKİK. sürecine ilişkin danışmanlık hizmetleri gibi programlara yer verildiği görülmektedir. Kanımızca aynı düzenlemeye çocuk teslimine ilişkin Kanunun 41/B hükmünde de yer verilmesi yerinde olurdu. Yasa koyucu halihazırda, muhtemelen süreci hızlı işletebilmek adına, gerektiğinde kolluk kuvvetine başvurma suretiyle zor kullanmayı anılan

¹¹³ Nitekim 7343 sayılı Kanunla TMK m. 182 ve 324'e eklenen fıkralar uyarınca, koşulları oluşursa velayetin değiştirilmesinin de mümkün olabileceği yasal düzlemde ayrıca somutlaştırılmıştır. Yabancı hukuk sistemlerinin çoğunda velayetin değiştirilmesi genelde son çare olarak başvurulmuş bir yaptırım olmakla birlikte; ebeveynler nezdinde caydırıcı gücü dikkate alınır, gerektiğinde bu yaptırımın devreye sokulabileceği; zor kullanma gibi çocuğun üstün yararıyla çoğunlukla örtüşmeyecek bir uygulamanın işletilerek konunun çözümlenmesinin (?) yerinde olmadığı açıktır.

¹¹⁴ Yasa koyucu danışmanlık tedbiriyle ilgili düzenleme getirmiş olmakla birlikte, aile mahkemesinin nasıl değerlendirme yapacağı ve bu tedbirin içeriği ve nasıl uygulanacağı konusunda açıklık yoktur.

hükümde olanaklı kıldığı için, daha ılımlı tedbir ve yaptırımlara yer verme gereği duymadığı düşünülebilir.

Çocuk Koruma Kanunu m. 41/C ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilme(me)sini iki yönlü olarak ele almıştır. Bu çerçevede hak sahibinin de ilamda yahut tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde, kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler hariç tutulmak üzere, çocuğu belirlenen yere getirmemesi, geç getirmesi durumlarında disiplin hapsiyle cezalandırılacağı, hakkında suç duyurusunda bulunulacağı öngörülmüştür (m. 41/C, IV). Çocukla kişisel ilişkinin kurulmasında yükümlü olan tarafın teslim emrine aykırı hareketinde, ilk önce aile mahkemesinin takdir yetkisi çerçevesinde danışmanlık tedbirine hükmedebileceğinin; hak sahibi tarafın kişisel ilişki düzenlemesinde öngörülmüş sürenin bitiminde çocuğu geç getirmesi yahut hiç getirmemesi durumunda ise hakkında disiplin hapsi uygulamasının öngörüldüğü görülmektedir. Kanaatimizce burada yasa koyucunun velayet kendisinde bulunan anne veya babaya yaptığı pozitif ayrımcılığın sebebi, disiplin hapsinin çocuğun kendisiyle birlikte yaşadığı bu kişiye uygulanmasının çocuğun üstün yararıyla örtüşmeyeceği düşüncesidir.

Çocuk Koruma Kanunu m. 41/C, VII' de ÇKİK.' e ilişkin kararların yerine getirilmesi sürecinde hak sahibinin nasıl hareket etmesi gerektiği de genel itibarıyla ele alınmıştır: Çocukla kişisel ilişki düzenlemesi talep eden taraf olarak, emrin yükümlüye tebliğini müteakip teslim saatinden en az 48 saat önce çocuğu teslim almaya geleceğini bildirmek zorundadır. Bildirimde bulunmadığı veya gelemeyeceğini bildirdiği hallerde, kişisel ilişki kurma yükümlüsünün çocuğu teslim mekanına götürme yükümlülüğü sona erer. Bu durum çocuğun ve birlikte yaşadığı kişinin kişisel ilişki kurulmasına gönüllü olup da, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hak sahibi görünen karşı tarafın isteksiz olduğu hallerde özellik arz eder. Zira yüklenen bu bildirim zorunluluğu ile çocuğun kişisel ilişkinin kurulup kurulamayacağı hakkında önceden bilgilenmesi suretiyle, boşa beklentiye girmesinin önüne geçilmiş olur. Ancak Kanunda hak sahibinin anılan bildirim yükümlülüğüne uymadığı ancak buna rağmen yine de kişisel ilişkinin kurulması amacıyla çocuğun yaşadığı yere gitmesi gibi bir olasılıkta yasal sürecin nasıl işletileceğine dair açıklık yoktur¹¹⁵. Kanaatimizce yetkilileri ve teslim mekanı düzenlemesini devre dışı bırakarak böyle bir davranışta bulunulması halinde, kişisel ilişkinin kurulması ancak yükümlünün buna açık şekilde rıza göstermesiyle mümkün

¹¹⁵ Mardin, 209.

olabilir. Nitekim ÇTÇKİK m. 37' de konuyla ilgili olarak, hak sahibinin tekrar müdürlükle iletişime geçmesinin bekleneceği; kendisinin çocuğu teslim almaya geleceğini bildirmesi halinde yükümlü ile tekrar irtibat kurularak sürecin ÇKİK.' e dair mahkeme kararındaki görüşme takvimine uygun işletileceği düzenlenmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu m. 41/C' nin son iki fıkrasında ise, ilki hak sahibinin, ikincisi ise yükümlünün eylemleriyle bağlantılı olmak üzere, dosyanın işlemde kaldırılacağı haller ele alınmıştır: Hak sahibinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen, haklı mazereti bulunmaksızın, art arda iki kez yahut bir yılda üç kez gelmediği durumda; müdürlük dosyanın işlemde kaldırılmasına, teslim emrinin hükümsüz hale gelmesine karar verir (m. 41/C,XII). Çocuğu teslim almaya geleceğini bildirdiği halde bundan kaçınan ve kişisel ilişki kurulmasına gerekli önemi atfetmediği görülen hak sahibinin çocuğu belki de boş yere beklentiye sokan bu davranışı karşısında yasa koyucu hak sahibinin aleyhine olarak bu hükmü getirmiştir. Böylelikle hak sahibi çocuğuyla tekrar ilişki kurulmasını istediğinde yasal sürecin başına dönmüş olmaktadır. Hükmün son fıkrasında ise, teslim emrinin tebliğinden sonraki süreçte yükümlünün emrin gereğini en az bir yıl usulüne uygun şekilde yerine getirdiği ve izleyen dönemde de ÇKİK.' e dair mahkeme kararına uygun olarak hareket edeceğini taahhüt ettiği halde, müdürlüğün süreçte yer alan uzmanın kanaatine de başvurmak suretiyle, dosyanın işlemde kaldırılmasına ve teslim emrinin hükümsüz hale gelmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Yükümlü bu taahhüdüne uygun davranmazsa, hak sahibinin talep etmesi halinde yükümlüye doğrudan teslim emri gönderilir (m. 41/C,XIII).

8. Zor Kullanma (Kolluk Kuvvetine Başvurma)

Yabancı hukuklarda ÇT.' ye ve ortak velayetin yaygın olduğu düşünülürse, özellikle ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde zor kullanmaya yasalarda yer verilmediği veya son çare olarak belirli koşullar altında başvurulabileceği görülmektedir. Bu ülkelerin çoğunda velayetin değiştirilmesi, çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesine ilişkin hakkın kaybedilmesi, idari para cezası ve hapis cezası, tazminat gibi yaptırımların; common law sisteminde ek olarak sosyal hizmete ve başkaca finansal yaptırımlara ilişkin düzenlemelerin öngörüldüğü görülmektedir.

Türk hukukuna bakıldığında ise; yeni sistemin belki de en olumsuz yönü olarak, yasa koyucunun zor kullanmaya yine yer vermiş olduğu

görülmektedir: ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde (ÇKK m. 41/C) bu yönde bir hükme yer verilmemiş olduğundan, zor kullanmaya başvurulmayacak olması isabetli bir gelişmedir¹¹⁶. Ancak ÇT.' ye ilişkin kararların yerine getirilmesiyle ilgili ÇKK m. 41/B, V, VI, VII fıkraları incelendiğinde zor kullanmanın ölçülülük ilkesi çerçevesinde uygulanacak son çare olarak dahi düzenlenmediği (kurumun kısıtlanmadığı) görülmektedir. Anılan fıkralara göre: Yükümlünün teslim emrinin gereğini yapmadığı hallerde, nerede bulunursa bulunsun çocuğun müdürlükçe alınarak hak sahibine teslim edileceği, kolluktan yardım alınabileceği; kolluk birimlerinin zor kullanma dahil bu talepleri derhal yerine getireceği düzenlenmiştir (f. V). Çocuğun hak sahibine tesliminden sonra yükümlü tarafından tekrar alınması halinde ise, kendisiyle iletişim kurma yahut teslim emri tebliği gerekmeksizin çocuğun beşinci fıkra gereğince hak sahibine teslim edileceği öngörülmüştür (f. VI). Yine çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde müdürlüğün doğrudan beşinci maddeyi uygulayabileceği de kabul edilmiştir (f.VII). Kanaatimizce müdürlüğe fazlasıyla geniş takdir yetkisi tanınmış olup; çocuğun üstün yararının korunması açısından gerçek anlamda gereklilik doğuran spesifik hallerin açıkça düzenlenmesi isabetli olurdu. Bu bağlamda anılan hüküm gerekçeli ve istisnaen uygulanmalıdır.

Eski sistemle (bkz. İİK m. 25/I) karşılaştırıldığında zor kullanma ve kolluk kuvvetinin yasal süreçteki rolü bağlamında pek değişikliğe gidilmediği görülmektedir. Yasa koyucunun, çocuğun bulunduğu yerde değil de teslim mekanında hazır bulunmasına yönelik yeni değişiklikle çocuğun üstün yararını gözeten yaklaşımı, zor kullanma kurumunun gözden geçirilmesi yönünde geçerli olmamıştır. Zor kullanma kurumuna yönelik bu eleştiriler zor kullanma kurumunun tamamen yasaklanması isteği olarak anlaşılmalıdır. Zira doktrinde de isabetle belirtildiği gibi¹¹⁷; çocuğun üstün yararını gözeterek verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinde devreye giren bir prosedür olduğu düşünülürse, hakların hiçbir zorlama olmadan korunması bazı durumlarda mümkün olmayacaktır. Burada kilit nokta, kolluk kuvvetine başvurma ve zor kullanmanın ölçülülük ülkesi çerçevesinde, insan onurunu zedelemeyecek şekilde uygulanması, son çare olarak (ör: çocuğun acilen teslim edilmesini gerektiren, yurtdışına kaçırma durumu vb gibi hallerde; tüm tedbir ve yaptırımlara rağmen sonuç alınamayacağının açıkça anlaşıldığı ve

¹¹⁶ Doktrinde zor kullanılmaması, özellikle uzman görüşlerine göre hareket edilmesi yönünde Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, (İstanbul: 2010), 119; Serdar, 773; Yılmaz, 135.

¹¹⁷ Mardin, 211.

tüm hallerde çocuğun üstün yararına uygun olmak üzere) devreye sokulmasıdır¹¹⁸. Zor kullanmaya bazı ülkelerin mevzuatlarında ve kültürlerinde yer verilmediği; bazı hukuk sistemlerinde doğrudan çocuğa yöneltilmesi dahi, tarihsel süreçte uygulamada yaşanan sorunların ardından son çare olarak istisnaen uygulandığı görülmektedir.

9. İhlal ve Yaptırım

Eski sistemde ÇT.' ye ve ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarına uyulmaması durumunda öngörülmüş olan (İİK m. 341) tazyik hapsinin yerini ÇKK m. 41/F uyarınca hükme bağlanan 'disiplin hapsi'nin¹¹⁹ aldığı görülmektedir. Hükme göre ÇT.' ye ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesine dair teslim emrine aykırı davranılması halinde üç aya kadar; ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesine dair teslim emrine aykırı davranılması halinde üç günden on güne kadar disiplin hapsi söz konusu olabilecektir. Yine ÇKİK. çerçevesinde çocuk kendisine teslim edilen hak sahibinin mahkeme kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmemesi halinde üç aya kadar disiplin hapsi öngörülmüştür¹²⁰. Her iki durumda da bir ay içinde bu konuda şikâyetin mümkün olduğu düzenlenmiş olup; şikâyete bakacak görevli ve yetkili mahkeme, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesidir.

Yabancı hukuk sistemlerinde öngörülen tedbir ve yaptırımlara bakıldığında, kapsamı ülkeden ülkeye değişen bir çeşitlilik gözlenmektedir. İdari para cezası ve hapis cezası gibi yaptırımlara yer verilmekle birlikte; Almanya örneğinde olduğu gibi, bu mekanizmaların etkin şekilde işletilemediğine yönelik AIHM kararlarıyla da somutlaşan eleştiriler mevcut olup, doktrinde kişisel ilişki sürecinin yönetilmesinde kayyım atanmasının değerlendirilmesine yönelik öneriler getirilmiştir. Başka bazı uygulamalar öncelikle para cezasının; işlevsel olmadığı noktada hapis cezasının devreye

¹¹⁸ Mardin, 211; Mardin, İcra, 202.

¹¹⁹ Bkz. Hakan Pekcanitez ve Mine Akkan, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 35, S.161, (2022) 289 vd.

¹²⁰ ÇKİK. sürecinde velayetin kendisinde bulunduğu ebeveynin mahkeme kararını ihlal etmesinde karşılaştığı hapis cezasının; hak sahibi ebeveynin çocuğu öngörülen sürede geri getirmemesiyle kişisel ilişki düzenlemesini ihlal etmesinde karşılaştığı cezaya göre çok daha kısa süreli olduğu öngörülmektedir. Kanaatimizce yasa koyucunun bu yaklaşımı; çocuğu, yanında yaşadığı, velayetin kendisinde bulunduğu anne veya babadan uzun süre ayrı bırakmama gagesiyle çocuğun üstün yararını gözetmesi sebebiyledir.

sokulmasını öngörmektedir. Yine velayet hakkının değiştirilmesi/kaldırılması yaptırımının da çoğu ülkede yasal düzlemde öngörüldüğü ancak bir kısmında nadiren uygulamasına gidildiği söylenebilir. Aynı şekilde mahkeme kararının yerine getirilmesine yönelik zor kullanmaya bazı ülkelerin mevzuatlarında hiç yer verilmediği; yer veren ülkelerde ise son çare olarak uygulanacağını düzenlendiği görülmektedir. İdari para cezası dışında, bazı ülkelerde ÇKİK.' e ilişkin kararlara aykırılık halinde; hak sahibinin yaptığı seyahat, konaklama, yargısal süreci işletmek için mahkemeye başvurulduğunda vekalet ücreti gibi masrafların tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Common law sisteminde görülen bir diğer uygulama mahkeme kararı uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmeyen ebeveynin ücretsiz şekilde sosyal hizmet faaliyetleri yerine getirme yükümlülüğü altına sokulmasıdır. Bazı ülkelerde yurtdışına çıkma yasağı, ehliyet ve/veya çocuğun pasaportuna el koyma, ağır hallerde vatandaşlıktan çıkarmaya kadar gidebilen bir perspektifte tedbir ve yaptırım mekanizmalarına yer verildiği gözlenmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerine bakıldığında pek çok ülkede danışmanlık hizmetlerinin de süreçte etkin olduğu 'arabuluculuk' kurumunun devreye sokulduğu yine bir diğer gözlemdir. Ülkemizde 6335 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) yürürlüktedir. Yine Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurumu ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği ile, aile danışma merkezleri düzenlenmiş ve bu merkezlere, boşanma öncesinde arabuluculuk hizmetleri sunma görevi verilmiştir (ADMY m. 16/1-e). Fakat uygulamada aile uyuşmazlıklarının çözülmesi noktasında arabuluculuğun halihazırda etkin olduğu söylenemez; özellikle boşanmanın kesinleşmesinden sonra velayetin yeniden düzenlenmesine ilişkin taleplerin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıklardan olması ve arabuluculuğa elverişli sayılmaması (HUAK m. 1) bunun en önemli gerekçelerinden olmaktadır¹²¹. İş bu sebeple Adalet Bakanlığı'na aile hukukuna ilişkin

¹²¹ Doktrinde görüşünü paylaştığımız *Özbek*'e göre, uyuşmazlığın aile arabuluculuğuna konu olmasıyla sonuçta yapılan anlaşmanın icra edilebilirliğini ayırt etmek gerekir. Velayet ve velayetin kendisine bırakılmadığı eşin müşterek çocukla şahsi münasebet tesisi gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda da aile arabuluculuğuna başvurulabilmesi mümkündür; fakat aile arabuluculuğu sonunda yapılan anlaşma hakim onayı ile geçerlilik kazanabilir. Hakim bu süreçte anlaşmayı çocuğun üstün yararı bakımından kendiliğinden denetler ve tarafların irade beyanını huzurunda tespit ederek aile arabuluculuğu sonunda yapılan anlaşma doğrultusunda hüküm kurabilir. Bu şekilde aile arabuluculuğu ile arzu edilmek istenen amaca ulaşılmış olur (Bkz. Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Ankara: Yetkin, 2022), B.5, 1043). *Demircioğlu* da

uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun zorunlu dava şartı olarak öngörülmesine ilişkin çalışmalar yürütüldüğü ve buna ilişkin bir kanun değişikliği taslağı oluşturulduğu bilinmektedir¹²². Doktrindeki bazı görüşlere göre, aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinin yasal düzenlemelerle desteklenmesi gerektiği belirtilmektedir¹²³.

Kanaatimizce ÇT.' ye ve ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde mutlaka aile arabuluculuğu sisteminin entegre edilmesi üzerinde durulmalıdır. Aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinin en büyük faydası çocuğun üstün yararının korunmasının sağlanmasıdır. Ayrıca, aile arabuluculuğu sayesinde gerek boşanma aşamasında gerek boşanma sonrası aşamada ebeveynler arasındaki gönüllü olarak iletişimin sürdürülmesi sağlanarak çocuğun bu süreci en az zararlarla atlattığı mümkün olabilecektir. Zira anne ve baba gönüllü olarak, işbirliği içinde ortak çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket etmediği sürece; öngörülen tedbir ve yaptırımların mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde her zaman etkin işletilemediği veya çocuğun üstün yararına hizmet edemediği ifade edilebilir.

10. Geçiş Süreci (ÇKK Geçici Madde 2)

Çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin İİK (mülga hükümleri) uyarınca uygulama bulan eski sistemden ÇKK' ya eklenen yeni hükümlerin uygulanmasıyla işletilecek yeni sisteme aşamalı geçiş süreci ÇKK geçici madde 2 ile düzenlenmiştir. Bu kanuna eklenen yeni hükümlerin (dördüncü kısım) uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür (ÇKK m. 41/İ, 47, geçici m. 2). Nitekim "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair

buradaki arabuluculuğun, sürecin sonunda temin edilecek anlaşmaya belirli prosedürlerin tamamlanmasını müteakip icra kabiliyeti tanınmasını sağlayan bir faaliyet değil; somut uyuşmazlığın çözümlenmesine ilişkin tercih ve teşvik edilmesi gereken bir yöntem olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Huriye Reyhan Demircioğlu, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 6, S.23, (2015), 80).

¹²² Bkz. Levent Börü, Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, 8-9 Mart 2019, Türkiye Barolar Birliği, (Ankara: 2019), 1043-1061.

¹²³ Özbek, 1025 vd; Mardin, 200.

Yönetmelik” (ÇTÇKİKY) 4.08.2022’ de Resmi Gazete’ de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir.

Yeni sistem ülkenin her yerinde aynı anda uygulanmaya başlamamış¹²⁴; pilot bölge uygulama modeli üzerinden başlatılmıştır. Yeni hükümlerin uygulanmasına Adalet Bakanlığının belirlediği il veya ilçelerde başlanacağı; yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla en geç bir yıl sonunda tüm ülkede uygulanacağı düzenlenmiştir (ÇKK geçici m. 2/2, ÇTÇKİKY geçici m. 1/1, 4). Pilot bölge uygulamalarının genelde organizasyonel ve kurumsal aşamaların tamamlanması, oluşacak uygulamaya dair öngörü sağlaması gibi yararları bulunmakla birlikte; mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin burada kişilerin ve özellikle çocukların adalete erişimi noktasındaki hassasiyeti ve önemi nedeniyle, belki gerekli altyapının ve organizasyonun tamamlanmasının ardından yeni hükümlerin tüm ülkede aynı zamanda uygulanmaya başlaması daha yerinde olabilirdi¹²⁵.

ÇKK geçici m. 2 uyarınca, İİK’ nun yürürlükten kaldırılan hükümleri m. 25, 25/a, 25/b’ nin uygulanmasına pilot bölgeler dışında devam edilecek; ülke genelinde uygulamaya en geç 1.5 yılın (yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 1 yılın) sonunda geçilmesine dair planlamayla anılan hükümlerin varlığı da sona erecektir. Aynı durum İİK m.341 bakımından söz konusu değildir. Zira hükmün yürürlüğe girdiği 30.11.2021 sonrasında ÇT. ve ÇKİK’ e ilişkin ilamların uygulanmasına muhalefet edilmesine ilişkin şikâyetlerde - pilot bölge olup olmadığı fark etmeksizin-İİK m. 341 değil, ÇKK m. 41/F uygulanacaktır. Bu bağlamda şikâyetleri incelemekle görevli mahkeme icra mahkemesi değil, aile mahkemesi olacaktır.

VI. SONUÇ

Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde uygulama bulan ve çok eleştirilen İİK hükümleri nihayetinde yürürlükten kaldırılmış; 7343 sayılı Kanunla Çocuk Koruma Kanunu’ na eklenen dördüncü kısım bünyesinde yer verilen hükümlerle yeni bir sistem öngörülmüştür. Ayrıca Yargıtay’ ın halihazırda

¹²⁴ Geçici madde kapsamında kalan hükümlerin uygulama tarihinin Adalet Bakanlığı resmi sitesinde duyuruyla belirlenecek olması doktrinde ülke genelinde hangi hükümlerin uygulanacağına noktasında oluşacak belirsizliğe ve uygulamada sorunlara yol açabileceği belirtilerek eleştirilmiştir. Eleştiriler, ÇKK geçici madde 2 ve zaman bakımından uygulanmaya ilişkin bilgi için bkz. Pekcanitez ve Akkan, 262, 295, 282 vd.

¹²⁵ Mardin, 213.

kabul ettiği, çocukla kişisel ilişkinin kurulmasının engellenmesi halinde velayetin değiştirilebilmesi imkanı aynı Kanun ile TMK'ya bu yönde eklenen hükümlerle yasal düzlemde somut olarak vurgulanmıştır. Tüm hükümler değerlendirildiğinde eksikleri bulunmakla birlikte çocuk hakları bağlamında oldukça olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilirse de; nihai değerlendirmenin yeni değişikliklerin uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçlar çerçevesinde yapılması uygun olacaktır.

Çocuk Koruma Kanunu uyarınca öngörülen yeni sistemin getirdiği gelişmelere değinmek gerekirse: ÇT. ve ÇKİK.'e ilişkin kararların yerine getirilmesi artık Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan ADMH. Müdürlüklerince ve kurumca görevlendirilen uzmanlar aracılığıyla gerçekleştirilecektir. Kanaatimizce yeni sistemde ön plana çıkan 'uzman'ların süreçte gerçek anlamda etkin rol alması kararların icrasının çocuk üzerindeki olası olumsuz etkilerini en aza indirmek açısından büyük önem arz etmektedir. Uzmanların (ve rehber öğretmenlerin) yeni sistemin işleyişinde, bir başka deyişle mahkeme kararlarının yerine getirilmesindeki etkin rolü sadece sürecin işletilmesine ilişkin işlemlerle de sınırlı değildir. Kişisel ilişki kurulması sürecinde çocuğun hak sahibi ile görüşmeyi kabul etmeyerek süreci başında sekteye uğratabileceği durumlar da yaşanabilir. Bu gibi hallerde uzmanlar ve rehber öğretmenler çocukla ve taraflarla ayrı görüşmeler gerçekleştirmek; ileriye dönük sorun tespitlerini ve çözüm önerilerini içerecek şekilde plan hazırlamak suretiyle, kişisel ilişkinin sonraki dönemde uygun şekilde gerçekleşmesi için mesleki müdahalelerde bulunur (ÇTÇKİK m. 39)¹²⁶. Yerinde bir gelişme olarak 'çocuk teslim mekanları' getirilmiş; çocuğun bulunduğu yerden alınması uygulaması sona ermiştir. Ancak bu mekanların adliye çatısı altında çocuğun sürecin resmiyetini hissedeceği şekilde değil; amacına göre tasarlanmış yerlerde olması uygun olacaktır. Uygulamada da altyapının bu şekilde oluşturulmaya başlandığı görülmektedir. Bir diğer önemli gelişme, ekonomik açıdan zorda olan ebeveynin çocuğuyla olan ilişkisini sürdürebilmesine yönelik; mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemlere dair, avukatlık ücreti

¹²⁶ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; çocuğun kişisel ilişki kurmayı reddettiği her durumda, velayet hakkını elinde bulunduran anne yahut babanın etkisi altında kaldığı gibi iddialarla, çocuğun net olarak duygu ve düşünceleriyle karşı koyduğu durumda, diğer ebeveyn ile kişisel ilişkiye zorlanması da yerinde değildir (Erlüle, 230-231; Öztan, 791; ayrıntılı olarak bkz. İmamoğlu, 856). Ancak Yönetmelik ile kişisel ilişkinin kurulmasına yönelik süreçte olumlu bir sonuç alabilmek açısından uzmanlar ve rehber öğretmenlere bu yönde somut ve aktif bir çaba gösterme yükümlülüğü getirilmiştir.

haricinde, tüm giderlerin artık Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacak olmasıdır.

Bu gelişmelere rağmen, yeni sistemde soru işareti yaratan ve/veya olumsuz şekilde muhafaza edilen durumlar da yok değildir. Örneğin; çocuklara dair pek çok faaliyet ve hizmetin bünyesinde toplandığı Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü yerine neden ADMH. Müdürlüklerinin tercih edildiği yasa koyucunun iradesinden açıkça anlaşılammaktadır. Bu soru işareti ancak yeni uygulamanın sonuçlarının ortaya çıkmasıyla yanıt bulabilecektir. Bununla birlikte yakın tarihte yürürlüğe giren ÇTÇKİK (Yönetmelik)' nin 9.maddesi uyarınca uzman veya öğretmenler ÇT. ve ÇKİK.' e dair işlemleri yürütürken, koruyucu ve destekleyici tedbir uygulanması yönünde kanaate ulaşırlarsa, durumun aile ve sosyal hizmetler il müdürlüğüne bildirileceği düzenlenmiş; hiç değilse gerekli hallerde kurumlar arası bir işbirliğinin kapısı aralanmıştır.

ÇKK' na eklenen yeni hükümler çerçevesinde uygulanacak yeni sistemin görünen en olumsuz yönü ise, ÇT.' ye ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin olarak, zor kullanmanın muhafaza edilmiş olmasıdır; ÇKİK' e ilişkin hükümlerde zor kullanmaya yer verilmemiş olması ise kuşkusuz isabetli olmuştur. Zor kullanmaya yabancı hukuk sistemlerinde ya hiç yer verilmemekte ya da son çare olarak istisnaen uygulanmaktadır. ÇT. ve ÇKİK.' e dair ilam ve ihtiyati tedbirlerin uygulanmasına ilişkin müdürlüklerin yaptığı işlem ve verdiği kararlara karşı şikâyette bulunulması mümkün kılınmıştır; ancak şikâyete ilişkin daha somut bir yasal çerçeve çizilmesi yerinde olacaktır. Eski sistemde ÇT.' ye ve ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarına uyulmaması durumunda öngörülmüş olan tazyik hapsinin yerini 'disiplin hapsi'nin aldığı görülmektedir. Hapis cezasına bazı yabancı hukuklarda hiç yer verilmediği, bazılarında etkinliğinin ve uygulanmasının tartışıldığı söylenebilir de; caydırıcılık bağlamında işlevsel olarak uygulandığı ülkeler de mevcuttur. Kanaatimizce karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de görüldüğü üzere hapis cezasından önce uygulanmak üzere, daha ılımlı (ancak caydırıcı nitelikte olması koşuluyla) bir yaptırım olarak para cezasına ilişkin bir hükme de yeni sistemde yer verilebilirdi.

Çocuk Koruma Kanunu m. 41/C, VIII uyarınca, ÇKİK.' e ilişkin işlemlerin çocuğun üstün yararını gözeterek şekilde yerine getirilmesi amacıyla müdürlüğün başvurusu üzerine aile mahkemesi çocuk, hak sahibi ve yükümlüyü kapsayacak şekilde 'danışmanlık tedbiri' uygulanmasına karar verebilir. Söz konusu düzenleme de yenidir. Yabancı hukuk sistemlerine

bakıldığında da, çoğu ülkede ayrılmış ebeveynleri bilgilendirme programı, ÇKİK. sürecine ilişkin danışmanlık hizmetleri gibi programlara yer verildiği görülmektedir. Kanaatimizce aynı düzenlemeye çocuk teslimine ilişkin Kanunun 41/B hükmünde de yer verilmesi yerinde olurdu. Danışmanlık hizmetinin Aile Danışmanlık Merkezlerince sağlanması mümkündür. Aile Danışma Merkezlerinin kurulmasına ilişkin usul ve esaslar ise Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri İle Kamu Kurumu ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmelik tarafından ortaya konulmuştur.

Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukundaki gelişmeler çerçevesinde, yasa koyucular çeşitli tedbir ve yaptırım mekanizmalarıyla ÇT. ve ÇKİK.' e ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesini sağlamaya çalışmaktadır. Türk hukukunda getirilen yeni sistemin etkinliği ancak zaman içinde uygulamanın gelişmesiyle değerlendirilebilecektir. Çeşitli tedbir ve yaptırım mekanizmaları, farklı bakış açıları öngören karşılaştırmalı hukuk verileri de öngörülen sistemin değerlendirilmesinde ve geliştirilmesinde bize ışık tutacaktır. Ancak konunun doğrudan çocukla ilgili, ayrıca kültürel ve toplumsal yapıyla da ilgili tabiatı itibarıyla yabancı hukuklarda da anılan mekanizmaların bazen çözüm geliştirdiği ancak her zaman etkin işletilemediği gözlenmektedir.

Son yıllarda arabuluculuğun gitgide öne çıkmaya başladığı görülmektedir. Kanaatimizce çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde mutlaka aile arabuluculuğu sisteminin entegre edilmesi gerekir. Aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinin en büyük faydası çocuğun üstün yararının korunmasının sağlanmasıdır. Ayrıca, aile arabuluculuğu sayesinde gerek boşanma aşamasında gerek boşanma sonrası aşamada ebeveynler arasındaki gönüllü olarak iletişimin sürdürülmesi sağlanarak çocuğun bu süreci en az zararla atlatması mümkün olmaktadır. Zira anne ve baba gönüllü olarak, işbirliği içinde ortak çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket etmediği sürece; öngörülen tedbir ve yaptırımların mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde her zaman etkin uygulanmadığı veya çocuğun üstün yararına hizmet edemediği ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. “Türk Medeni Kanunu’ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı” *Prof.Dr. Şener Akyol’a Armağan*, İstanbul: 2011.
- Akçaal, Mehmet. “Velayetin Değiştirilmesi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S.1, (2022):190-205.
- Aksoy Dursun, Sanem. “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar”, in *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması*, Editörler: Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek. Ankara: 2021.
- Christine, Arndt, Gillian Crandles, Frances Goldsmith, Claire Gordon, Melissa Kucinski ve Marie Baronin. *Die Vollstreckung des Besuchsrechts: Ein Tabu?*. FamPra.ch, 2021.
- Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*. İstanbul: 2010.
- Belgin Güneş, Derya. *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İhlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi*. Ankara: 2022.
- Belgin Güneş, Derya. “Mağdur Hakları Kanunu Taslağı’nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, S.2, (2021):913-931.
- Belgin, Derya. *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İhlamların İcrası (İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b)*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara: 2011.
- Birchler, Ursula. *Probleme bei der Umsetzung und Durchsetzung des Besuchsrechts - Gedanken aus dem Praxisalltag - aus einer etwas anderen Perspektive*. ZKE: 2010.
- Börü, Levent. “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, in *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, 8-9 Mart 201*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2019.
- Büchler, Andrea, V. Benjamin Enz. *Der persönliche Verkehr, Unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswillens*. FamPra.ch, 2018.
- Büchler, Andrea, Michel Margot. *Besuchsrecht und häusliche Gewalt*. FamPra.ch, 2011.
- Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights JLS/C4/2005/06, (T.M.C. Asser Instituut), http://www.jafbase.fr/docUE/study_family_rights_synthesis_report_en.pdf, s.1-162, (E.T.: 19.05.2022).

- Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6, S.23, (2015): 45-84.
- Dethloff, Nina. “Parental Rights and Responsibilities in Germany”. Symposium on Comparative Custody Law. *Family Law Quarterly* 39, S.2 (Yaz 2005): 315-337.
- Duderstadt, Jochen. “Einschränkung und Ausschluss im Sorge- und Umgangsrecht”. *NZ Fam*, (2020): 952-vd.
- Erlüle, Fulya. “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, S.3, (2010): 217-248.
- Erlüle, Fulya: “Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, S.2, (2021): 555-576.
- Erlüle, Fulya. İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet. Ankara: 2019.
- Erlüle, Fulya. “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S.2, (2018):259-284.
- Ferrand, Frederique: Commission on European Family Law, Parental Responsibilities- France (National Report: France), <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Parental-Responsibilities.pdf>, s. 1-39, (E.T.: 10.5.2022).
- Fulchiron, Hugues. “Custody and Separated Families: The Example of French Law”. Symposium on Comparative Custody Law. *Family Law Quarterly* 39, S.2 (Yaz 2005): 301-313.
- Gayretli Aydın, Seda. “7343 Sayılı Kanun’un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler”. *Terazi Hukuk Dergisi*, S.187, (2022): 15-34.
- George, Robert H. “Practitioners' Approaches to Child Welfare after Parental Separation: An Anglo-French Comparison”. *Child and Family Law Quarterly* 19, S.3, (2007):337-356.
- Gref-Bohnert, Dominique. “Das Sorgerecht in Frankreich”. *DJBZ (Zeitschrift des Deutschen Juristenbundes)* 4, (2014): 154-159.
- Güven, Aydın. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası. Ankara: 2016.
- Hennemann, Heike. § 1684 Umgang des Kindes mit den Eltern, Münchener Kommentar zum BGB, 8.A., 2020 (MüKoBGB/Hennemann)

- İmamoğlu, Selma Hülya. “Ana Baba ve Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesinin Dikkate Alınması”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, S.3, (2021): 841-865.
- Katzenmaier, Silvia: “Frankreich”, *Ausländisches Familienrecht* (Hrsg. Prof.Dr.Saskia Lettmaier), München 2022 (beck-online, E.T: 28.05.2022).
- Koçyıldırım, Gökten. Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: 2010.
- Lowe, Nigel V. “The Allocation of Parental Rights and Responsibilities-The Position in England and Wales”. Symposium on Comparative Custody Law. *Family Law Quarterly* 39, S.2 (Yaz 2005): 267-299.
- Mahoney, Margaret. “The Enforcement of Child Custody Orders by Contempt Remedies”. *University of Pittsburgh Law Review* 68, S.4, (Summer 2007): 835-878.
- Mardin, Çağrı: “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası”. Ankara: 2019.
- Mardin, Çağrı. “Enforcement of Custody and Contact Orders: Opinions on the New Provisions of The Child Protection Code”. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 18, S.51, (2022):189-218.
- Özbay, İbrahim. “Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 4, S:2, (2017): 31-110.
- Özbek, Mustafa Serdar. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Öztan, Bilge. Aile Hukuku. Ankara: Filiz Kitapevi, 2015.
- Pekcanitez, Hakan, Mine Akkan. “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 35, S.161 (2022): 259-297.
- Sarısözen, M. Serhat. “İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S.2, (2015): 53-96.
- Serdar, İlknur. “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”. Prof.Dr.Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. Özel, (2007): 739-781.
- Serozan, Rona. Çocuk Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Stahelin, Daniel. Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO). Art.343, 3.A., (2016): 2756-2769.

Türkmen, Ahmet. “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, S.2, (2020):1126-1156.

Yılmaz, Canan. “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, S.1, (2015): 103-141.

Yüksel, Sera Reyhani. “Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof.Dr.Ferit Hakan Baykal Armağam)* 25, S.2, (2019) 1539-1556.

Zimmermann, Walter. “Abschnitt 8. Vollstreckung”. in *Münchener Kommentar zum FamFG* (hrsg.Thomas Rauscher), 3.A 2018 (Beck-online, E.T.10.05.2022) (MüKoFamFG/Zimmermann).

KADININ BEYANI ESASTIR İLKESİ VE BAĞLAMSALLIK

Principle of Women's Statement is Essential and the Contextuality

Olca KARACAN*

ÖZ

Kadının beyanı esastır ilkesi cinsel suçların soruşturulması ve kovuşturulması aşamalarından itibaren yargılama süreçlerinde kadınların söylediklerinin ciddiye alınıp onlara özen gösterilmesini şart koşmaktadır. Hatta kimi durumlarda bu ilkedен hareketle cinsel suçlarla ilgili hüküm verilirken kadının beyanının tek başına kanıt olarak kabul edilmesi de talep edilmektedir. Yargıtay da dâhil olmak üzere mahkemeler olayın bağlamına bakarak şüpheden sanık yararlanır ilkesine rağmen bazı ölçütlerden hareketle kadının beyanını tek başına kanıt olarak kabul edebilmektedir. Ancak Yargıtay tarafından getirilen bu ölçütler toplumca makbul kabul edilen kadınların beyanlarının ciddiye alınmasına dayalı olduğu için cinsel suçlar bakımından kadınlar arasında iffetli iffetsiz ayrımı başta olmak üzere bazı ayrımların yapılmasına zemin hazırlamaktadır. Oysa bağlama duyarlı yaklaşım sadece kadın beyanı esastır ilkesini değil, diğer ilkeleri gözetmeyi de gerektirmektedir. Bu çalışmada cinsel suçlar bakımından kadının beyanı esastır ilkesi, bağlamın değerlendirilmesinde kadınlara özen gösterilmesini gerektirse de, kadın beyanının tek başına kanıt olarak kabul edilerek faile ceza verilmesini zorunlu kılıp kılmadığı tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: kadın beyanı esastır, bağlam, ilke, cinsel suçlar.

ABSTRACT

With the principle that woman's statement is essential, it is requested that what women say should be taken seriously and cared during the judicial

Makalenin Geliş Tarihi: 31.05.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.06.2022.

* Dr. Arş. Gör. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, e-posta: olcaykrcan@yahoo.com, ORCID 0000-0003-0066-8097.

processes, starting from the stages of investigation and prosecution of sexual crimes. Even in some cases, based on this principle, it is sometimes requested that the woman's statement be accepted as evidence alone, while making judgments about sexual crimes. Courts, including the Court of Cassation, consider woman's statement as a stand-alone evidence, based on some criteria, despite the principle that the accused benefits from doubt based on the context of the event. However, these criteria brought by the Court of Cassation are based on taking the statements of women who are accepted socially. For this reason, it paves the way for some distinctions to be made, especially the honourable-dishonourable distinction among women in terms of sexual crimes. However, the context-sensitive approach also requires consideration of other principles. In this study, although the principle that the woman's statement is essential in terms of sexual crimes requires attention to women and the context, it is discussed whether woman's statement can be considered as evidence alone to punish the perpetrator.

Keywords: woman's statement is essential, context, principle, sexual crimes.

I. GİRİŞ

“Kuramsal olarak cinsel suçları bir başkası üzerinde gayrimeşru bedensel hâkimiyet kurarak, cinsel ‘saik’ taşıyan ya da cinsel ‘yöntem’i içeren davranışların gerçekleştirilmesi olarak anlamak mümkündür. Gayrimeşruluğun temel ölçütü ise rızanın yokluğudur.”¹

Her ne kadar cinsel suçlar bakımından bir başkasının bedeni üzerinde gayrimeşru hâkimiyet kurmanın ölçütü kişinin rızasının yokluğu olsa da 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nda cinsel suçlar kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmeyip, bu suçlar genel adap ve aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.²

Cinsel suçlar genel adap ve aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlendiğinde kadın kendi başına bir birey olarak kabul edilmeyip kocaya, aileye veya topluma ait olarak kabul edilir. Bu suçlardan bizzat kadının

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, (olcaykrcn@yahoo.com, ORCID 0000-0003-0066-8097).

¹ Türkân Yalçın, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınları, Ankara 2019, s. 88.

² Yalçın, 2019, s. 86-90.

değil, ailesinin ve içinde bulunduğu toplumun zarar gördüğü düşünülmektedir. Böylelikle genel ahlakın korunması ön planda tutulduğunda kadının cinsel bütünlüğü, onuru, özel yaşamının korunması hedeflenmemektedir. Bu nedenle 765 sayılı TCK'daki cinsel suçlarla ilgili düzenlemelerin ataerkil bir anlayışı yansıttığı rahatlıkla söylenilebilir.³ Ancak 2547 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte cinsel suçlar artık genel ahlak ve aile nizamına karşı suç olmaktan çıkartılıp kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Evlilik içi tecavüz, her ne kadar şikâyete bağlı suç olarak düzenlense de bir tür cinsel saldırı olarak kabul edilmiştir.⁴ Irza tasaddi, namusa tasaddi, irza tecavüz gibi namusu kadın bedeni üzerinden tanımlayan ifadeler yeni TCK'da yer verilmemiştir.⁵ Yine de cinsel suçlarla ilgili TCK'da yapılan tüm bu önemli değişiklikler cinsel suçlarla ilgili yargılama süreçlerindeki cinsiyetçi tutumların, ikincil mağduriyetlerin hatta cinsel suçların cezasız bırakılması gibi cinsel suçlar bakımından kadınlara yönelik adaletsizliklerin ortadan kalkması için yeterli olmamıştır.⁶

Türkiye'de cinsel suçlarla ilgili yargılama süreçlerindeki adaletsizlikler karşısında feminist kadınlar cinsel suç mağduru olduklarında kadınların beyanının esas alınarak hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ancak kadının beyanı esastır ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda feministler arasında da fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bazı feministler kadın beyanının esas alınmasıyla, cinsel suçlar söz konusuysa, soruşturma ve kovuşturma süreçleri de dâhil olmak üzere tüm yargılama süreçlerinde kadınların söylediklerinin ciddiye alınıp onlara karşı cinsiyetçi tutumları bir yana bırakarak onların ikincil mağduriyete uğramayacakları bir yargılama sürecini dile getirmektedir. Ancak diğer bir grup feminist ise sadece yargılama süreçlerinde kadınların söylediklerinin ciddiye alınmasının yeterli

³ Yalçın, 2019, s. 86-90.

Cinsel suçlar sadece kadınlara karşı işlenmez. Erkeklere lgbti+ bireylere, çocuklara karşı da işlenebilir. Ancak bu çalışmanın konusu kadının beyanının esas alınmasıyla sınırlı olduğu için 765 sayılı eski TCK ile 2547 sayılı yeni TCK kanundaki cinsel suçlarını düzenleniş biçimi sadece kadın üzerinden karşılaştırılmıştır.

⁴ Fahri Gökçen Taner, "Kadının Cinsel Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, (Ed. Gülriz Uygur/ Nadire Özdemir) Seçkin Yayınevi, 2. baskı, Ankara 2019, s. 244-256.

⁵ Zeki Hafizoğulları, "Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu" <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc> (E.T: 27.10.2021).

⁶ Seher Kırbas Canikoğlu, "Kadının Beyanı Esastır: Çok Bilinmeyenli Denklem", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2015/4, 2015, s. 231-235.

olmadığını, cinsel suçların kanıtlanmasının zorluğu nedeniyle bazı hallerde kadının beyanının tek başına kanıt olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Dolayısıyla kadının beyanının bazı hallerde tek başına kanıt olarak kabul edip edilemeyeceği hususunda feministler arasında bir uzlaşma bulunmadığı söylenebilir.⁷

Kadının beyanının bazı hallerde tek başına kanıt olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda her ne kadar feministler arasında fikir ayrılıkları olsa da bu tartışmanın kanıt odaklı yürütülmesinin asıl nedeni feministler arasındaki görüş ayrılığı değildir. Bu tartışmanın kanıt odaklı yürütülmesinin asıl nedeni cinsel suçlar söz konusu olduğunda çoğunlukla failer ve mağdurlar dışında bu suçların tanığının olmayışı, özellikle de cinsel tacizin maddi izlerinin tespitinin çok zor olmasıdır.⁸

Kadının beyanının tek başına kanıt olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışmanın diğer bir nedeni de yerel mahkeme hatta Yargıtay kararlarında kadının beyanının bazı ölçütler dâhilinde kanıt olarak kabul edilmesidir.⁹ Ancak kadın beyanının esas alınması hususu sadece kanıt odaklı tartışıldığında, kadının beyanı esastır ilkesiyle dile getirilmek istenilen yargılama süreçlerinde bilgisel adaletsizlikler başta olmak üzere cinsiyetçi tutumlardan kaynaklı adaletsizlikler gereği gibi konuşulmamaktadır. Oysaki kadının beyanı esastır ilkesinin yargılamada bilgisel adaletsizlik başta olmak üzere cinsiyetçi tutumların yol açtığı adaletsizliklerin ortaya çıkmasındaki rolünün tartışılması gerekmektedir.

II. KADININ BEYANININ ESAS ALINMASI VE YARGILAMADAKİ ADALETSİZLİKLER

Cinsel suçlarla ilgili yargılamalarda çoğunlukla kadınlar cinsel suçların faillerinden daha fazla suçlamaya maruz kalmaktadırlar. Özellikle de kadınlar tecavüz mağduru olduklarında erkekleri davranışlarıyla yönlendiren ahlaksız insanlar olarak marjinalleştirilmektedirler.¹⁰

⁷ Kırbas Canikoğlu, 2015, s. 235-249.

⁸ Pınar Bacaksız/ Tuğba Bayezit, “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı”, *D.E.U. Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, C.21, Özel S., 2019, s. 388-390.

⁹ Bacaksız/ Bayezit, 2019, s. 388-394.

¹⁰ Esra Demir Gürsel, “N.Ç Davası: Tecavüze Razı Olmak ve Kadınların Ahlakı”, *Sınır Bilgisi: Siyasal İktidar, Toplumsal Mekân ve Kadına Yönelik Şiddet*, (Derleyen: Elif Çelebi/ Didem Havlioğlu/ Ebru Kayaalp), Ayizi Kitap, Ankara 2014, s. 147-158.

Her türlü marjinalleştirilme gibi ahlaksızlıkla suçlanarak marjinalleştirilmek de bir ayrımcılık biçimidir. Ve ayrımcılığa uğrayan insanların kendilerini ifade etmeleri kolay olmadığı gibi onlar kendilerini ifade etseler dahi ciddiye alınmamaktadırlar. Dolayısıyla bazı kadınlar ahlaksız insanlar olarak yaftalanıp marjinalleştirildiklerinde onların cinsel suçlarla ilgili yargılamalarda yaşadıkları adaletsizlikleri ortaya koymaları mümkün olmamaktadır.¹¹

Cinsel suçlarla ilgili yargılamalarda kadınlar ahlaksızlıkla suçlanıp marjinalleştirildiklerinde onların söylediklerinin ciddiye alınıp onlara özenli yaklaşıldığı söylenemez. Kadınların söylediklerinin ciddiye alınmaması ise yargılama süreçlerinde kadınlara yönelik bilimsel adaletsizlikleri beraberinde getirir.¹²

Bu konuyla ilgili *Gülriiz Uygur*'un *Miranda Fricker*'in görüşlerine yer vererek açıkladığı bilimsel adaletsizlikten söz etmek mümkündür. Bilimsel adaletsizlik güç ilişkilerinin bilgiyi etkilemesiyle ilgilidir. Özellikle marjinalleştirilen kişilerin bilgilerine değer verilmeyip onların bilen özne olarak kabul edilmemeleriyle ilgilidir. *Uygur*, *Fricker*'in bilimsel adaletsizliği tanıklıkla ilgili adaletsizlik (*testimonial injustice*) ve hermeneutik adaletsizlik (*hermeneutic injustice*) olarak ikiye ayırdığını belirtmektedir.¹³ Tanıklıkla ilgili adaletsizlik kişilere kadın olmaları, siyah olmaları vb. özellikleri nedeniyle yargılama süreçlerinde marjinalleştirilerek onlara önyargılı davranmasıyla ilgilidir. Bu adaletsizlik türü toplumda daha az güç sahibi olanlara daha az inanmaya ve güvenmeye dayalıdır. Bu kişilere güvenilmemesi de onların dinlenmeye değer görülmemesine ve deneyimlerinin ciddiye alınmamasına sebep olmaktadır. Bu hususla ilgili *Uygur*, kamuoyunda N.Ç davası olarak bilinen davadan söz etmektedir. Kendisini fuhuş yapmaya zorlayan iki kadın ve kendisiyle ilişkiye giren erkekler hakkında açtığı davada N.Ç katlanmak zorunda kaldığı cinsel davranışlara rıza göstermediğini söylediğinde mahkemede ciddi alınmaması tanıklıkla ilgili adaletsizlik olarak kabul edilebilir.¹⁴ Diğer bir bilimsel

¹¹ Gülriiz Uygur, "Yargılamada Karşılığı Bulmayan Anlatılar-Karşılığı Bulunamayan Anlatılar", *Hukukta Anlatı Hukukun Anlatısı*, (Ed. Gülriiz Uygur/ Zeynep İspir), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 42-54.

¹² Uygur, 2021, s.42-52.

¹³ Miranda Fricker, *Epistemic Injustice: Power the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, s. 1-2;
Gülriiz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 103-111.

¹⁴ Uygur, 2021, s. 47.

adaletsizlik türü olan hermeneutik adaletsizlik ise bilginin üretim sürecinden güçsüz konumda olanların deneyimlerinin dışlanmasıyla ilgilidir. Bu adaletsizlik türü kişinin kendisinin veya içinde bulunduğu grubun içinde bulunduğu yapısal adaletsizliklerden kaynaklı olarak marjinalleştirilmesiyle ilgilidir. Bu doğrultuda hermeneutik adaletsizliğe maruz kalan kişilerde kendi deneyimini aktaracağı veya onu anlamlı kılacağı bilgisel kaynaklarından kişilerin yoksun bırakılmaktadırlar. Ancak buradaki adaletsizlik dinleyenlerin kendi önyargılardan ziyade, yapısal adaletsizliklerden (*structural injustices*) kaynaklı önyargılardan kaynaklanmaktadır.¹⁵

Cinsel tacizin kamusal bir sorun olarak ortaya koyulmadığı dönemlerde, bu tür davranışla ilgili önyargılar söz konusu olup, (“istemediği cinsel davranışa maruz kalanlar histerik veya frijittirler”, “siyah kadınlar tecavüze uğramazlar”, “yakın ilişkide tacize uğradığını söyleyenler ilişkilerinde başarısız oldukları için intikam almak isteyenlerdir”, “erkekler sürekli cinsel arzu duydukları için bir kadının tacizinden rahatsız olmazlar”, “evlilik için tecavüz, tecavüz değildir” gibi) tacize uğrayanların deneyimlerine yer verilmediği için bu örnekler hermeneutik adaletsizlik olarak nitelendirilebilir.¹⁶

İster tanıklıkla ilgili adaletsizlik isterse hermeneutik adaletsizlik olsun, bilgisel adaletsizliğin her iki türü de güç ilişkilerinin bilgiyi etkilemesiyle ilgilidir. *Fricker*'dan hareket eden *Uygur*, bu adaletsizlik türünün daha az güç sahibi olanların bilen olarak kabul edilmemesi anlamına geldiğini, bu şekilde kişilerin görmezden gelinmesinin, onların yok sayılması anlamına geldiği için kişilerin sessizleştirilmesine neden olduğunu belirtmektedir.¹⁷ Bu noktadan yola çıkıldığında kadının beyanının esas alınması talebi kadınlara yargılama süreçlerinde güvenilmesi ve bu süreçte onlara sözlerine değer verilen varlıklar olarak muamele edilmesi anlamına gelmektedir.

Kadının beyanının esas alınması cinsel suçlar bağlamında kadınların adalete erişiminde çok önemli olmasına rağmen bu ilke tüm yargılama sürecine olan etkisinden ziyade genellikle bu beyanının bazı hallerde başka delil olmaksızın tek başına kanıt olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu etrafında tartışılmaktadır. Ancak bu kanıt odaklı tartışmalarda da ilkelerin

¹⁵ Uygur, 2013, s. 103-111.

¹⁶ Debra L. Jackson “Me Too: Epistemic Injustice and the Struggle for Recognition”, *Feminist Philosophy Quarterly*, Volume 4, Issue 4, Article 7, s. 1-10.

¹⁷ Uygur, 2013, s. 103-111.

hukuki akıl yürütmede içinde bulunan bağlamın değerlendirilmesindeki işlevi göz ardı edilmektedir. Oysa kadının beyanının cinsel suçlarda tek başına kanıt olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunu tartışmadan önce, ilkelerin hukuki akıl yürütmede bağlamın değerlendirilmesindeki rolünün tartışılması gerekmektedir.

III. BAĞLAMIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İLKELER

Hukuki akıl yürütme sadece hukuk normlarının değerlendirilmesiyle sınırlı değildir. İçinde bulunulan bağlamın değerlendirilmesi de hukuki akıl yürütmenin olmazsa olmazıdır. Ancak *Uygur*'a göre hukuki aklı yürütmede bağlama yer verilmesi, somut olayın değer yargılarından, kişisel tutumlardan veya önyargılardan hareketle ele alınması değildir. Aksine her tek durumun nedenlerini niçinlerini anlayıp, her tek durumu insanın değeriyle ilişkilendirmeye¹⁸ ve insanın değeri ve değerleri bilgisinden hareketle bağlantıları kavramaya dayalıdır.¹⁹ Dahası *Uygur* bağlamın kavranmasının, bir şeyin anlamlılığı ve bütünlüğünü içinde ilkeleri de göz önüne alarak doğru yargılama ve isabetlilikle de alakalı olduğunu söylemektedir. *Uygur*'un söylediklerinden yola çıkıldığında bağlama duyarlı olacak biçimde hukuki akıl yürütmede ilkelerin rolü önem taşımaktadır.²⁰ Zaten ilkeler, değerlendirme yaparken bağlamın dikkate alınmasının engellenmesi için oluşturulmuş değildir. Aksine ilkeler ilgilenilen durumun özelliklerini değerlendirirken nelerin dikkate değer kabul edileceği, nelere odaklanılacağı hususunda yol göstermektedirler.²¹

İlkeler, her şeyden önce adalet başta olmak üzere hukukun değerlerle ilişkisinin kurulmasına etkileri bakımından hukuki akıl yürütmede büyük önemi haizdirler. Ancak ilkelerin hukuki akıl yürütmedeki rolünün anlaşılabilmesi için ilkelerin hukuk kurallarından farklı özelliklerinin ortaya koyulması gerekmektedir. Zira ilkeler de hukuk kuralları gibi bir norm türü

¹⁸ İoanna Kuçuradi'ye göre ilkeler işkence yapmamak gerekir, sözünde durmak gerekir gibi doğrudan veya dolaylı olarak insanın değerinin bilgisinden hareketle yapılan çıkarımlardan oluşan yapılması veya yapılmaması gerekene ilişkin gereklilik önermeleridir. (Bkz: İoanna Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak ve Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2014, s. 33-34).

¹⁹ Uygur, 2013, s. 38.

²⁰ Uygur, 2013, s. 165-167.

²¹ Daniel Engster, *The Heart of Justice: Care Ethics and Political Theory*, Oxford Scholarship Online, 2007, s. 5.

olsalar da onlar hukuk kurallarıyla aynı işleve sahip değillerdir. Bu noktadan hareketle *Robert Alexy*'e göre kurallar kesin bir şekilde yapılması gerekeni belirleyen, bir şeyi kesin olarak emreden, yasaklayan veya bir şeye kesin olarak yetki veya izin veren normlardır. Oysa ilkeler kurallar kuralar gibi kesin olarak değil ancak fiili ve hukuki imkânlar çerçevesinde çerçevesinde olabildiğince en yüksek derecede gerçekleştirmeyi emreden normlardır.²² *Alexy*'e paralel biçimde *Ronald Dworkin* de kurallar ve ilkeler arasında mantıksal bir fark olduğunu öne sürmektedir. *Dworkin*'e göre kurallar ya hep ya hiç olarak uygulanırken, ilkeler bir kararı destekleyici neden bildirdiğinden mutlaka belirli bir kararı almaya zorlayıcı nitelikte değildirler.²³ Dahası *Dworkin* ilkelerin kurallardan farklı olarak önem ve ağırlık boyutuna sahip olduklarını bu nedenle ilkelerin kurallar gibi ya hep ya hiç olarak uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. *Dworkin*'e göre de ilkeler “ *kuraldan farklı olarak, belirli bir kararı zorunlu kılmamaktadır. İlke daha çok belirli bir yönde tartışmaya dair neden sağlamakta veya belirli bir sonuca işaret etmektedir. Bununla ilgili olarak ilkelerini uygulandıkları bütün davalarda hukuki sonucu belirlemedikleri, sadece bir sonuçansa diğer sonuca normatif bir önem vererek, sonucun belirlenmesine yardımcı olmaktadır.*”²⁴ Bu doğrultuda *Dworkin*, ilkelerin kuralın öngördüğü unsur gerçekleşirse uygulanır gerçekleşmezse uygulanmaz gibi bir anlayışa dayalı olmadığından ilkelerin hukukçulara bir nedenin hesaba katılması hususunda yol gösterici olduğu söylemektedir.²⁵

Dolayısıyla kadının beyanı esastır ilkesi kadınlara yargılama süreçleri boyunca özen gösterilmesini gerektirse de, bu ilke her zaman kadının beyanının kanıt olarak kabul edilip faile ceza verilmesini zorunlu kılmamaktadır. Yargılama süreçleri boyunca sanık şüpheden yararlanır ilkesi de göz ardı edilmemelidir. Ancak her iki ilke de yargılamada nelere odaklanılacağı hususunda yol göstermekte olup, durumun özelliğine göre hâkime sonucun belirlenmesinde referans noktası vermektedirler.²⁶ Bu noktadan hareketle *Türkân Yalçın*'a göre “ *Yargıç olayı değerlendirirken*

²² Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, No.3, 2000, s. 294-301; Gülriiz Uygur, *Hukuk Etik ve İlkeler, Ronald Dworkin ve Robert Alexy'nin Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 81.

²³ Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Kitabevi Yayınları (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), 2007, s. 49-55.

²⁴ Uygur, 2006, s. 15-16.

²⁵ Dworkin, 2007, s. 49-55.

²⁶ Dworkin, 2007, s. 50.

klişelerden tamamen uzaklaşmalı; mağdurun beyanından başka delil olmamasını şüpheden sanık yararlanır genel ilkesiyle mağdurun aleyhine çevrilmemelidir. Öyle olayla gerçekleşebilir ki, mağdurun beyanı bütün şartlar dikkate alındığında tek başına delil olabilirken; bazen de birçok delile rağmen yargıç şüphesini yenemeyip sanık lehine karar verebilir.”²⁷

Yukarıda da belirtildiği gibi ilkeler kurallar gibi kesin olarak değil, sadece fiili ve hukuki imkânlar çerçevesinde olabildiğince en yüksek derecede gerçekleştirilmeyi emreden normlardır. Dolayısıyla somut olaydaki başka unsurlarla birlikte değerlendirme yaparken durumun özelliklerine göre ilkelerden birinin hâkimin kararına daha fazla etki edeceği ileri sürülebilir. Ancak Uygur’a göre “ilkeler kendi kendine uygulanamaz normlar değildir. İlkeleri uygulayan kişilerdir. Bu kişilerinde belirli karakter özellikleri de vardır. Karakterleri yapıp etmelerini etkilediği gibi, ilkeleri uygulamalarını da etkiler. Bu anlamda karakter insanın dünyayı görmesini etkiler. Öyle ise insanların karakterlerini dışarıda bırakarak, ilkeleri uyguladığından söz etmek problemli görülebilir.”²⁸ Bu doğrultuda hâkimin kararına ilkelerin nasıl etki edeceği de hâkimin karakter özelliklerinden bağımsız düşünülemez. Dolayısıyla ilkelerin hâkimlerin kararına nasıl etki edeceğinin hâkimin karakterinden bağımsız olmaması beraberinde hâkimin önüne gelen somut olayı değerlendirirken ilkelere göz önüne alsa dahi onun değer yargılarından ideolojisinden, önyargılarından hareket etmesine kapı aralama ihtimali göz ardı edilemez.

Hâkimlerin kararlarına ilkelerin etki etme biçiminin hâkimin keyfi davranmasına kapı aralama ihtimali olması, ilkeleri reddetmek anlamına gelmez. Zira hâkimlerin açık fikirlilik, ilgilenme, akli başındalık gibi bazı erdemlerden hareketle her durumu kendi tekliğinde değerlendirmeleri için ilkeleri birer referans noktası olarak kabul etmeleri onların keyfi karar vermesinin önüne geçer.²⁹ Zaten feministler kadının beyanı esastır ilkesiyle yargılama süreçlerinde kadınlara özen gösterilip onların ciddiye alınmasını bu süreçlerde onlara cinsiyetçi tutumlardan kaynaklı adaletsizliklerin yapılmamasını talep etmektedirler. Diğer bir ifadeyle feministler özellikle de yaşamın kıyısında yer aldığı için ötekileştirilen, marjinalleştirilen kadınların deneyimlerinin yargılama süreçlerinde anlaşılmasını

²⁷ Yalçın, 2019, s. 222.

²⁸ Uygur, 2013, s. 16.

²⁹ Uygur, 2016, s. 223.

istemektedirler. Ancak kadının beyanı esastır ilkesine yer verilen bazı mahkeme kararları feministlerin bu talepleriyle örtüşmemektedir.

Zira her ilke gibi kadının beyanı esastır ilkesi de kendi kendine uygulanmamaktadır. Bu ilkenin uygulanma biçiminde bu ilkeyi uygulayan hâkimlerinin kadınları görme biçiminden bağımsız değildir. Zaten aşağıda yer alan kararlarda da görülebileceği gibi ahlaksız olduğu ileri sürülerek ötekileştirilen veya marjinalleştirilen kadınların ciddiye alınıp onlara özen gösterilmesi söz konusu değildir. Alt başlıkta kadının beyanı esastır ilkesine de yer verilerek kadınlar arası hiyerarşiyi, cinsiyetçi önyargıları yeniden üreten bazı mahkeme kararları da bu hususu doğrulamaktadır.

IV. KADININ BEYANI ESASTIR İLKESİNİN CİNSİYETÇİ UYGULAMASI

Kadının beyanı esastır ilkesiyle sadece toplumca makbul kabul edilen kadınların yargılama süreçlerinde ciddiye alınıp onlara özen gösterilmesi talep edilmemektedir. Bu ilkeyle deneyimlerini özellikle de yaşamın kıyısında yer aldığı için ötekileştirilen, marjinalleştirilen kadınların deneyimlerinin anlaşılması istenilmektedir. Ancak hâkimlerin kadınları görme/görmeme biçimleri kadınların deneyimlerini anlamaları/ anlamamalarını etkilemektedir. Bu doğrultuda hâkimlerin kadınları anlamamaları kadının beyan esas alınmasıyla ilgili olarak hayatın olağan akışını uygunluk, direnme, akıl sağlığının yerindeliği gibi mahkemelerce getirilen ölçütlerin içinin cinsiyetçi önyargılarla doldurulmasında kendini göstermektedir.³⁰

Bu saptamanın izlerini görebileceğimiz ilk örnek Rus bir kadının karakolda bir komiserin kendisine tecavüz ettiği iddiasıyla açtığı davadır.³¹ Bu davayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı faile nitelikli cinsel saldırıdan 18 yıl ceza verilmesi talebiyle iddianame düzenlemiştir. Ancak ceza mahkemesinde oy çokluğuyla üstelik de 2 kadın hâkim üyenin oyuyla “...Hayatın olağan akışı nazara alındığında hiçbir kadın her ne sebeple olursa olsun, kendisine tecavüz etmek isteyen birine direnmemelik yapamaz.

³⁰ Kırbaş Canikoğlu, 2015, s. 232-233; Gökşun Gökçe Göndermez, “Hangi Kadının Beyanı Esastır?”, <https://birikimdergisi.com/guncel/10092/hangi-kadinin-beyani>, (E.T: 23.03.2021).

³¹ Bu haber ironik biçimde karakolda komiserine tecavüzden kadın hâkimlerin rızasıyla beraat başlığıyla verilmiştir.

<https://www.gazetevatan.com/yasam/komisere-karakolda-tecavuz-den-kadin-hakimlerin-riza-siy-la-beraat-868035> (E.T: 21.03.2021).

*O kişinin orada görevli komiser olması, müştekinin direnmemesi için sebep değildir. Zira reşit bir insanın rızasıyla cinsel ilişkide bulunmaması suç değildir...”*³² şeklinde karar verilmiştir. Aşağıda da açıklanmaya çalışılacağı gibi kararda geçen hayatın olağan akışı ve direnme kavramlarının içini mahkemedeki 2 kadın hâkim kadın deneyimlerini hiç hesaba katmadan cinsiyetçi bir tutum takınarak doldurmuşlardır.

Her ne sebeple olursa olsun kadın kendisine tecavüz etmek isteyen birine direnememezlik yapamaz denilerek, kadınlardan tecavüze canları pahasına karşı koymaları, tecavüze uğramamaları için ölümü göze almaları beklenilmektedir. Bu beklenti kadının namusunu kadının yaşamından üstün görmeye dayalıdır. Bu noktadan hareketle de kadının kendi yaşamını korumak için katlanmak zorunda kaldığı cinsel ilişkiye rızasının olduğu yönünde karar vermektedir. Ancak kadın deneyiminden hareket edildiğinde direnme imkânları olmadığı için kadınların cinsel ilişkiye katlanmak zorunda kalmaları o ilişkiye rıza gösterdikleri anlamına gelmemektedir.³³ Dahası hayatın olağan akışı kavramı da içinde bulunulan durumdaki eşitsiz güç ilişkilerini göz ardı ederek yorumlanmaktadır. Ölmek için cinsel ilişkiye direnememeyi hayatın olağan akışına aykırı olarak görülmektedir. Oysa hukuki akıl yürütmede bağlamı hesaba katmak her tek durumdaki güç eşitsizliklerini anlamayı gerektirmektedir.³⁴ Ayrıca komiserinin kamu görevlisi üstelik de can güvenliği başta olmak üzere kişilerin güvenliğini sağlamakla görevli kamu görevlisi olduğu hiç hesaba katılmamaktadır. Dolayısıyla hayatın olağan akışı ve direnme kavramları kadın deneyimleri hiçe sayarak yorumlandığında yabancı bir kadının kendisine yabancı bir ülkede silahlı bir kamu görevlisine direnmesinin ölümü göze almak olduğunun hayatın olağan akışında bazı kadınların ölüm korkusu altında tecavüze direnemeyecekleri kadın hâkimler tarafından anlaşılmamaktadır.³⁵

³² <https://www.gazetevatan.com/yasam/komisere-karakolda-tecavuz-den-kadin-hakimlerin-riza-siyla-beraat-868035> (E.T: 21.03.2021).

³³ “...Mağdur direnmemişse rıza göstermiş olacağına ilişkin yanlış bir yargı oluşmuştur. Ya da “cebir yoksa rıza vardır” şeklinde klişeleşen bir anlayış, yargıya ve doktrine hâkim olmuştur. Oysa kişi çok çeşitli nedenlerle direnemeyebilir, katlanmak zorunda kalabilir. Katlanmak zorunda kalmak rızanın varlığı şeklinde yorumlanmamalıdır. ...” (Bkz Yalçın, 2019, s. 213-214).

³⁴ Nadire Özdemir, *Kültürel Savunma: Dönüştürücü Adalet Yaklaşımıyla Bir Değerlendirme*, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 244, 301-302.

³⁵ Fatma Süzgül Şahin/ Dilara Ağaoğlu Canay, “Suç İşlemiş Kadının Failliği Üzerine Çocuk Öldürme Suçu Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Ed. Gülriz Uygur/ Nadire Özdemir) Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 280-281.

Her ne kadar bazı kadınların ölüm korkusu altında tecavüze direnemeyecekleri mahkemedeki iki kadın hâkim tarafından anlaşılınmışsa da aynı mahkemenin başkanı ve mahkemedeki tek erkek hâkim kadının içinde bulunduğu durumu anlamaya çalışmıştır. Ve iki kadın hâkimin oy çokluğuyla verdiği karara katılmayarak aşağıdaki muhalefet şerhini yazmıştır.

“...Gözüaltındaki müştekinin arkadaşlarının olayı öğrenmesi üzerine ihbar etmeleri sonucunda soruşturma başlatılmıştır. Her iki ilişkinin de prezervatifle olduğu, sanığın aracından ele geçen 12’lik prezervatif kutusundan ikisi kullanılmış 10 prezervatifin bulunması, sanığın müştekinin ardından karakol tuvaletine girdiğinin kamera kayıtlarıyla ortaya çıkması ve sanığın müştekiyi odasında tuttuğunun anlaşılması hususları bir arada değerlendirildiğinde sanığın gözüaltında bulunan müştekiye onun karşı koyamayacağı bu durumdan yararlanmak suretiyle cinsel saldırıda bulunduğu sonuç ve vicdani kanısına vardığımdan, çoğunluğun kararına muhalifim...”³⁶

Mahkemedeki tek erkek hâkim “.....hususları bir arada değerlendirildiğinde sanığın gözüaltında bulunan müştekiye onun karşı koyamayacağı bu durumdan yararlanmak suretiyle cinsel saldırıda bulunduğu sonuç ve vicdani kanısına vardığımdan ...”³⁷ ifadesiyle Uygur’un bağlamın kavranması hususunda dile getirdiği bir şeyin anlamlılığı ve bütünlüğü içinde ele alınması gerektiği tespitiyle örtüşecek bir değerlendirme yapmaktadır.

Diğer bir örnekte, genç bir kadının avukat olarak çalıştığı avukatlık bürosunun yöneticisi olan avukatın cinsel saldırısına uğradığına ilişkin iddiasına sadece kadının beyanını esas alarak büronun sahibi olan avukata verilen cezayı Yargıtay 5. Ceza Dairesi onamıştır.

“...Suç kanıtı aramanın birçok olayın karşılıksız ve cezasız kalması gibi istenmeyen bir sonuca yol açacağı ve şikayetçinin başkasına zarar vermek için kendisine zarar vermesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı , söz konusu olan olayda henüz avukatlık mesleğinin başlangıcında bekar genç bir bayan olup kendisiyle ilgili böyle bir iddiayı ortaya

³⁶ <https://www.gazetevatan.com/yasam/komisere-karakolda-tecavuz-den-kadin-hakimlerin-riza-siyla-beraat-868035> (E.T: 21.03.2021).

³⁷ <https://www.gazetevatan.com/yasam/komisere-karakolda-tecavuz-den-kadin-hakimlerin-riza-siyla-beraat-868035> (E.T: 21.03.2021).

koymasında toplumumuzda hakim olan sosyal ve ahlaki değerler de gözetildiğinde, kişiliğinin ve mesleki saygınlığının zarara uğrayacağı muhakkaktır. Başkasını zarara uğratmak isterken kendisini zarara uğratması insanın doğasına aykırı bir olgudur... ”³⁸

Yargıtay 5. Ceza Dairesi “*şikâyetçinin genç bir kadın avukat olduğunu, cinsel saldırıya uğradığının duyulmasının kendi itibarına zarar vereceğini, buna rağmen, bunu bilerek ve göze alarak yine de şikâyet etmesinin iddianın doğruluğuna karine*” olarak kabul etmektedir. Bu doğrultuda genç avukatın toplumca makbul olarak kabul edilecek bir kadın olduğundan hareketle onun beyanını tek başına delil olarak kabul etmektedir. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken bir noktada söz konusu olaya ilişkin kadının beyanı tek başına delil olarak kabul edilse de avukat bir kadının bu olayı yargıya taşımamasının kişiliğini ve mesleki saygınlığını zarara uğratacağı ifadesi de düşündürücüdür. Zira kadın cinsel saldırıya uğramışsa kişiliği ve mesleki saygınlığı eksilir yaklaşımı da cinsiyetçi önyargılardan azade değildir.³⁹

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nca verilen “*...Kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkârda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekâr bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söylemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren tutarlı iddialarına itibar etmek gerekmektedir... ”⁴⁰ Kararda da kadınlar arasında iffetli iffetsiz ayrımı yapılmaktadır. Kadın iffetliyse sözüne güvenilir ona itibar edilir anlayışından hareket edilmektedir. Diğer bir ifadeyle iffet mağdura inanma kriteri olarak kabul edilmiştir.⁴¹*

Kadınların beyanının esas alınıp alınmayacağı hususunda sadece iffetli iffetsiz ayrımı yapılmamaktadır. Aşağıdaki Y.C.G.K. kararında da görüleceği gibi mental retardasyon rahatsızlığı olan kadının beyanına başkalarınca doğrulanıyor olmasından hareketle beyanı ciddiye almaktadır.

³⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi E: 2003/4048 K:2004/2528.

³⁹ Kırbas Canikoğlu, 2015, s. 233-235.

⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2008/5-187, 2009/128 T: 26.05. 2009, YCGK’unca iffetli iffetsiz ayrımı yapılması her hangi bir ceza mahkemesinde yapılan ayrımcılıktan daha vahimdir. Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulu; Yargıtay Ceza Dairesi Başkan ve Üyelerinden oluşan, ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunursa, veya Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamakla görevlidir.

⁴¹ Yalçın, 2019, s. 224-225.

“...demek ki mağdurenin anlatmış olduğu olaylar esasında başkaları tarafından ifade edilebilecek veya denetlenebilecek durumda ise veya başkalarınca da doğrulanıyor ise itibar edilebilir düzeydedir. Sırf mağdurenin mental retardasyon rahatsızlığının olması, hiçbir beyanına anlattığı hiçbir olaya itibar edilemeyeceği ve kendisine değer atfedilmeyeceği sonucunu doğurmaz. Mağdurenin özellikle sanık tarafından polis tarafından telefon ile haber verildiği beyanı sanık tarafından da ikrar edildiğine göre, mağdurenin anlatımları gerçek ile bağdaşır ve itibar edilmesi gerekir bir düzeydedir...”⁴²

Yine de söz konusu Y.C.G.K ‘ında Yalçın’ın “...mağdurun beyanından başka delil olmamasını şüpheden sanık yararlanır genel ilkesiyle mağdurun aleyhine çevrilmemelidir. Öyle olayla gerçekleşebilir ki, mağdurun beyanı bütün şartlar dikkate alındığında tek başına delil olabilirken Öyle olayla gerçekleşebilir ki, mağdurun beyanı bütün şartlar dikkate alındığında tek başına delil olabilir...”⁴³ ifadesiyle örtüşür biçimde karar verdiği de göz ardı edilmemelidir.

“...mağdure aşamalarda genel hatlarıyla sanığın kendisine yönelik cinsel istismar eylemini istikrarlı bir şekilde anlatmış ve ifade etmiştir. Mağdurenin sanığın kendisine cinsel istismarda bulunduğunu isnat etmesini gerektirecek herhangi bir husumeti olmadığı gibi, sanığın olay öncesinde birkaç aydan beri de mağdure ile aynı evde kaldığı, gerek sanığın beyanları gerek mağdur ve tanık anlatımları ile sabittir. Öncelikle arada her hangi bir gönül ilişkisi ve yakınlaşma olmayan sanık ile mağdurenin herhangi bir gerekçe veya amaç olmaksızın evden birlikte kaçıp metruk bir binada 3 gün boyunca arada hiçbir cinsel yakınlaşma geçmeden kalmaları olayın gelişimi nazara alındığında mahkememizce mümkün görülmemektedir...”⁴⁴

Yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi Yargıtay tarafından kadının beyanının alınması hususunda getirilen bazı ölçütler toplumca makbul kabul edilen kadınların beyanlarının ciddiye alınmasına dayalı olduğu için cinsel suçlar bakımından kadınlar arasında iffetli iffetsiz ayrımı başta olmak üzere bazı ayrımların yapılmasına zemin hazırlamaktadır. Ancak bağlama duyarlılık ister toplumca makbul kabul edilen ister edilmeyen kadınlarla ilgili olsun, her tek durumun cinsiyetçi önyargıların ve kişisel tutumların bir

⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/481, K: 2019/652, Tarih 7.11.2019.

⁴³ Yalçın, 2019, s. 222.

⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/481 K.:2019/652, Tarih 7. 11.2019.

yana atılıp ele alınmasını gerektirmektedir.⁴⁵ Oysaki hâkimler kadınların, özellikle de makbul kadın olarak kabul edilmediği için ötekileştirilen kadınların deneyimlerini anlamaya istekli olmadıkları takdirde onlar deneyimlerini aktarma imkânı bulamazlar. Bu noktadan yola çıkıldığında kadınların kendi deneyimlerini kendi perspektiflerinden anlatabilmeleri için hâkimlerin onlara özen göstermesi, onların yaşadıklarını ciddiye alması ve açık fikirlilik, ilgilenme, akli başındalık gibi bazı erdemlerden hareketle onların deneyimlerini kendi tekliğinde değerlendirmesi gerekmektedir.

V. SONUÇ

Kadının beyanının esas alınması cinsel suçlar söz konusu olduğunda kadınların adalete erişimi bakımından son derece önemlidir. Ancak kadının beyanının esas alınması faillere yönelik kadınların yaptığı her suçlamanın doğru olduğu anlamına gelmez. Bu ilke, sadece kadınların yargılama süreçlerinde cinsiyetçi tutumlara önyargılara ötekileştirmelere maruz bırakılmadan, ikincil mağduriyet yaşamadan yargılanmaları içindir.⁴⁶

Yukarıda da belirtildiği gibi kadının beyanının esas alınması kadınların yargılama süreçlerinde ötekileştirmelere, marjinalleştirmelere maruz kalmamaları ve onların bu süreçlerde çeşitli ataerkil önyargılar ve cinsiyetçi tutumlarla ikinci kez mağdur edilmemesi için talep edilmektedir. Oysa bazı mahkeme kararlarında kadının beyanı esastır ilkesinin içini cinsiyetçi kriterlerle doldurularak kadınlara yönelik ataerkil önyargılar ve cinsiyetçi tutumlar yeniden üretilmektedir. Ayrıca hukuki akıl yürütmeye bağlama duyarlı yaklaşım ister toplumca makbul kabul edilen ister edilmeyen kadınlarla ilgili olsun, her tek durumun cinsiyetçi önyargıların ve kişisel tutumları bir yana bırakmayı gerektirdiği kadar her tek durumun kadının beyanı esastır, şüpheden sanık yararlanır gibi ilkeleri de gözetenek değerlendirilmesini gerektirir. Zaten ilkeler değerlendirme yaparken bağlamın dikkate alınmasının engellenmesi için oluşturulmuş değıldir. Aksine ilkeler ilgilenilen durumun özellikleri değerlendirirken nelerin dikkate değer kabul edileceği, nelere odaklanılacağı hususunda yol göstermektedirler.⁴⁷ Dolayısıyla cinsel suçlar bakımından kadının beyanı esastır ilkesi

⁴⁵ Cinsiyetçi önyargılar mantık hatalarına dayalı olduğu için hukuki akıl yürütmeyi bozmaktadırlar. Bkz. Nadire Özdemir, "Hukukta Ad Hominem Mantık Hatası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 4, 2019, ss. 863-891.

⁴⁶ Gülriiz Uygur/ Nadire Özdemir, *Kadınların Adalete Erişimi Haritalama ve İzleme Çalışması*, Ceid Yayınları, 2021, s. 58-59.

⁴⁷ Engster, 2007, s. 5.

bağlamının değerlendirilmesinde kadınlara yargılama süreçleri boyunca özen gösterilmesini gerektirse de kadının beyanının tek başına kanıt olarak kabul edilip faile ceza verilmesini zorunlu kılmamaktadır. Ancak Y.C.G.K'nun kararındaki gibi bazı tek durumlarda “*mağdurun beyanından başka delil olmamasını şüpheden sanık yararlanır genel ilkesiyle mağdurun aleyhine çevrilmemelidir. Öyle olayla gerçekleşebilir ki, mağdurun beyanı bütün şartlar dikkate alındığında tek başına delil olabilirken; bazen de birçok delile rağmen yargıç şüphesini yenemeyip sanık lehine karar verebilir.*”⁴⁸

⁴⁸ Yalçın, 2019, s. 222.

KAYNAKÇA

- Alexy Robert, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, No.3, 2000, ss. 294-304.
- Bacaksız Pınar/ Bayezit Tuğba, “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, C.21, Özel S., 2019, ss. 379-414.
- Demir Gürsel Esra, “N.Ç Davası: Tecavüze Razi Olmak ve Kadınların Ahlakı”, *Sınır Bilgisi: Siyasal İktidar, Toplumsal Mekan ve Kadına Yönelik Şiddet*, (Derleyen: Elif Çelebi/ Didem Havlioğlu/ Ebru Kayaalp), Ayizi Kitap, Ankara 2014, ss. 137-161.
- Dworkin Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Kitabevi Yayınları (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), 2007.
- Engster Daniel, *The Heart of Justice: Care Ethics and Political Theory*, *Oxford Scholarship Online*, 2007.
- Fricker Miranda, *Epistemic Injustice: Power the Ethics of Knowing*, *Oxford University Press*, 2007.
- Göndermez Göksun Gökçe, “Hangi Kadının Beyanı Esastır?”, <https://birikimdergisi.com/guncel/10092/hangi-kadinin-beyani>, (E.T: 23.03.2021).
- Hafizoğulları Zeki, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu” <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc> (E.T: 27.10.2021).
- <https://www.gazetevatan.com/yasam/komisere-karakolda-tecavuz-den-kadin-hakimlerin-riza-siyla-beraat-868035> (E.T: 21 Mart 2021).
- <https://www.gazetevatan.com/yasam/komisere-karakolda-tecavuz-den-kadin-hakimlerin-riza-siyla-beraat-868035> (E.T: 21.03.2021).
- Jackson Debra L., “Me Too: Epistemic Injustice and the Struggle for Recognition”, *Feminist Philosophy Quarterly*, Volume 4, Issue 4, Article 7, ss. 1-19.
- Kırbaş Canikoğlu Seher, “Kadının Beyanı Esastır: Çok Bilinmeyenli Denklem”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2015/4, 2015, ss. 229-253.
- Kuçuradi İoanna, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak ve Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2014.
- Özdemir Nadire, “Hukukta Ad Hominem Mantık Hatası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 4, 2019, ss. 863-891.

Özdemir Nadire, *Kültürel Savunma: Dönüştürücü Adalet Yaklaşımıyla Bir Değerlendirme*, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.

Şahin Fatma Süzgün/ Ağaoğlu Canay Dilara, “Suç İşlemiş Kadının Failliği Üzerine Çocuk Öldürme Suçu Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Ed. Gülriz Uygur/ Nadire Özdemir), Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 277-301.

Taner Fahri Gökçen, “Kadının Cinsel Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (Ed. Gülriz Uygur/Nadire Özdemir) Seçkin Yayınevi, 2. baskı, Ankara 2019, s. 243-275.

Uygur Gülriz/ Özdemir Nadire, *Kadınların Adalet Erişimi Haritalama ve İzleme Çalışması*, Ceid Yayınları, 2021.

Uygur Gülriz, “Yargılamada Karşılığı Bulmayan Anlatılar-Karşılığı Bulunamayan Anlatılar”, *Hukukta Anlatı Hukukun Anlatısı*, (Ed. Gülriz Uygur/ Zeynep İspir), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 41-69.

Uygur Gülriz, *Hukuk Etik ve İlkeler, Ronald Dworkin ve Robert Alexy'nin Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006.

Uygur Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.

Yalçın Türkân, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi E: 2003/4048 K:2004/2528.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2008/5-187, 2009/128 T: 26.05. 2009.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/481 K.:2019/652, Tarih 7. 11.2019.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/481, K: 2019/652, Tarih 7.11.2019.

SİVİL TOPLUM-DEVLET İKİLİĞİNE YÖNELİK ELEŞTİREL DURUŞ VE BUNUN KURAMSAL ÖNCÜLLERİ

*Critical Stance Against Civil Society-State Duality and Theoretical
Premises of It*

Emek BAYRAK*

ÖZ

Sivil toplum, teorik tartışmaların önemli kavramlarından biridir. Sivil toplum ve devlet ikiliği, moderniteyle birlikte karşımıza çıkan bir ikiliktir. Tarihsel süreçte bu ikiliğe, farklı anlamlar yüklenmiştir. Bu ayrımın en belirgin ifadesi, klasik ekonomi politikçilerde görülür. Sivil toplum alanı, ekonomik bir kategori olarak, devletten bağımsız ve egoist bireylerin kendi çıkarlarını maksimize ettiği bir alan olarak görülür. Bu ikiliğe yönelik eleştirel anlatılar, Hegel’de ve Marx’ta görülür. Hegel’in anlatısı eleştirel olmakla birlikte; kısmi bir proje olarak kalır. Hegel, bir yozlaşma alanı olarak gördüğü sivil toplum alanına müdahale edilmesi gerektiğini savunur. Bu alana müdahale edecek aktör, etik yaşam projesinin en yüksek uğrağı olan devlettir. Marx’ın projesiyse; bu ikiliğin köktenci bir şekilde aşılmasını amaçlar. Marx’ta belirleyici olan devlet değil, sivil toplumdur. Devlet, sivil toplumdaki sınıf çatışmalarının bir ürünüdür. Marx bu ikiliği, diyalektik bir ilişki olarak kavrar. Bunlardan birinin ortadan kalkmasıyla, diğer öge de ortadan kalkacaktır. Bunu gerçekleştirecek aktörse, proletaryadır. Bu ikiliğin aşılmasının anlamı; sınıfsal yapının ortadan kalkması, yabancılaşmanın aşılması ve özgürleşmedir. Ve bütüncül bir kurtuluş projesi olarak bu demokrasiye karşılık gelir. Çalışmada, Hegel’in ve Marx’ın bu ikiliğe yönelik eleştirel görüşlerine ve bu görüşlerin içeriğine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sivil Toplum, Devlet, Klasik Ekonomi Politik, Hegel, Marx

Makalenin Geliş Tarihi: 31.03.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.08.2022.

* Dr. Öğretim Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: imge26@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-6827-517X.

ABSTRACT

Civil Society is an important concept in theoretical debates. The duality of civil society and state is a duality that appeared with modernity. Various meanings have been attributed to this duality during historical process. The most explicit expression of this distinction is seen in writings of political economists. Civil society sphere, as an economic category, is viewed as a sphere independent from the state in which egoistic individuals maximizing their benefits. Critical narratives against this duality are seen in Hegel's and Marx's works. Despite being critical, Hegel's narrative treats it as a partial project. Hegel, who views civil society as a sphere of corruption, argues that an intervention should be made against it. The actor that should intervene this sphere is the highest resort of ethical life project – the state. However, Marx's project aims to overcome this duality radically. In Marx's project, the determinant is not the state, rather it is civil society. The state is a product of class struggles within civil society. He comprehends this duality as a dialectical relationship. Once one of this elements gets eliminated, the other element also gets eliminated. The actor that will perform this is proletariat. The meaning of overcoming this duality is the elimination of class structure, the elimination of alienation and providing emancipation. And this, as a holistic emancipation project, refers to democracy. In this work, Hegel's and Marx's views toward this duality and contents of these views will be elaborated.

Keywords: Civil Society, The State, Classical Political Economy, Hegel, Marx

GİRİŞ

Siyasal tartışmalarda, en çok gönderme yapılan kavramlardan biri de sivil toplumdur. Bazı yazarlar, sivil toplumu ulaşılacak bir model olarak kurgulamakta ve ona bütünüyle olumlu değerler yüklemektedir. Kavram, hem küreselleşme tezlerinde, hem de son dönemlerde bazı sosyalist projelerde olumlanmaktadır.

Moderniteyle birlikte ortaya çıkan kavramın, tarihsel bağlamlarda farklı anlamlar kazandığı görülmektedir. Antik Yunan'dan klasik ekonomi politikçilere ve farklı ekollere kadar kavrama değişik anlamlar yüklenmiştir. Bu ikiliği temel bir öncül kabul eden kuramların en özlü anlatımı, klasik

ekonomi politikçilerde görülmektedir. Klasik ekonomi politikçiler için sivil toplum, devletten bağımsız ve egoist bireylerin kendi çıkarlarını maksimize ettiği ekonomik bir kategoridir. Bu anlam, sivil toplumun politik varoluşa karşılık geldiği Antik Yunan'dan farklılaşmayı ifade etmektedir.

Ekonomi politikçilerin sivil topluma olumlu bir anlam yüklemesine karşın, sivil topluma eleştirel bir bakış da bulunmaktadır. Devlet ve sivil toplum ikiliğine yönelik eleştirel kuramların ve öncüllerin anlaşılması noktasında, Hegel'in ve köktenci bir eleştiri olması nedeniyle de Marx'ın anlatıları önem kazanmaktadır. Çünkü eleştirel bakışın kökleri, Hegel'e ve Marx'a gitmektedir. Eleştirel geleneğin iki düşünürünün sivil toplumu kavrayışları bazı noktalarda benzerlik taşısa da pek çok noktada farklılaşmaktadır. Ancak sivil toplum ve devlet ilişkisini diyalektik bir ilişki olarak kavrayan Marx'ın bakışı, bu ikiliğin aşılması noktasında daha köktencidir.

Makalede, sivil topluma tarihsel süreçte yüklenen anlamlara ve kavramın tarihselliğine değinilecektir. Bu ikiliğe yönelik eleştirel bakışın anlaşılması noktasındaysa, Hegel'in ve Marx'ın sivil topluma yönelik eleştirel anlatılarına yer verilecektir.

I. Kavramın Tanımı ve Tarihselliği

Kavramın günümüzdeki savunucuları için sivil toplum, devletin müdahalesi dışında kalmış ve bireylerin kendi kendilerini yönlendirdikleri bir alanı ifade etmektedir¹. Sivil toplum kavramının bugün çağdaş politik sözlüğün bir parçası haline geldiği ve söylemde popülarite kazandığı görülmektedir. Ancak kavramın, Avrupa'da çeşitli tarihsel-zamansal bağlamlarda farklı teorik konumlara sahip düşünürler ve kuramcılar tarafından, farklı anlamlar yüklenen bir kavram olduğu da belirtilmelidir. Bu yüzden kavramın, çok fazla teorik belirsizlik ve kavramsal karmaşıklık ile karakterize olduğu söylenebilir².

Wood sivil toplum kavramının liberal yorumunda, bazı esaslı özelliklere dikkat çekmektedir. Bunlar; I.Sivil toplumu, özel mülkiyetin evrimi ile ilişkilendirerek, sürekli bir bireyselleşme süreci olarak görme eğilimi; II. Komünal prensiplerden bireyselliğe ve özel mülkiyete doğru olan bu evrime

¹ Gülnur Acar Savran, Sivil Toplum ve Ötesi Rousseau, Hegel, Marx, 3.Baskı., İstanbul: Belge Yayınları, 2013, s.17.

² Tanvir Anjum, Historical Trajectory of the Development of the Concept of Civil Society in Europe: From Aristotle to Gramsci, Journal of Political Studies, Vol.1, Issue 2, 2010, s.147.

yanıt olarak bir devlet düşüncesi, III.Tarihsel devinimi, birey ve devlet ile çelişkili bir noktada konumlandırılan ilerleyici, evrimsel özgürlük ve tarih görüşü; IV.Esas referans ve tarihsel dönüm noktasını, zengin sınıfların yükselişi olarak tespit etme eğilimi³.

Modern bir kavram olmasına rağmen sivil toplumun izi, Aristo'ya kadar sürülebilir. Aristo'da sivil toplum kavramının kökeni, Yunan koinonia politikè (politik toplum) kavramına götürülebilir. Ancak bazı sivil toplum düşünürlerine göre Aristo'nun koinonia politikè kavramı, modern anlamdaki bir sivil topluma karşılık gelmemektedir. Koinonia politikè, bir insanın ahlaki statüsünü tam olarak gerçekleştirebileceği bir alana karşılık gelmektedir. Bu nedenle Yunanlılar için sivil toplum, ahlaki bir topluluk olan polisle eş sınırlara sahiptir⁴. Bunun diğer bir anlamı kavramın, Antik Yunan'da yurttaşların siyasal var oluş tarzını ifade etmesidir. Ve bu var oluşun gerçek içeriğini, siyasal devlet oluşturmaktadır⁵.

Roma'da da politika, bireyin temel etkinlik alanı olmakla birlikte; özel hukukun ortaya çıkmasıyla bireysel haklar nosyonu gelişmeye başlamıştır. Bu da nüve halinde de olsa kamusal ve özel alan ayrımının ortaya çıkmasını sağlamıştır⁶.

İlk modern düşünürlerde, sivil toplum ve devlet arasında bir ayrım yoktur. Hegel'den önceki yaygın ayrımın, devlet ile sivil toplum arasında değil; devlet ile doğa durumu arasında olduğu görülmektedir⁷. Sivil toplum, toplumsal sözleşme ile nitelenen bir devlet çeşididir. Herkesin (hükümdar dahil – en azından Lockçu düşünceye göre) hukuka tabi olduğu, yasalar önünde eşitliği baz alan, yasalarla yönetilen bir toplumdur. Başka bir deyişle, toplumu oluşturan bireylerce kabul edilmiş olan toplumsal sözleşmedir. 19.yüzyıla kadar sivil toplum, devletten ayrı bir kavram olarak anlaşılmamıştır⁸.

Sivil toplum ve devlet ayrımının en belirgin ifadesi, klasik ekonomi politikçilerde görülür. Klasik ekonomi politikçilerde, sözleşme kuramcılarının

³ Ellen Meiksins Wood, "The Uses and Abuses of Civil Society", Socialist Register, Eds. Ralph Miliband, Leo Panitch, John Saville, London: Merlin Press, Vol.26, 1990, s.61.

⁴ Anjum, s.148.

⁵ Mehmet Yetiş, "Marx ve Sivil Toplum", Praksis, Sayı:10, 2003, s.44.

⁶ Melek Halifeoğlu-Mehmet Yetiş, "Gramsci, Sivil Toplum-Devlet İkililiği ve Kuramsal Kökenler", Mülkiye Dergisi, 37(1), 2013, s.166.

⁷ Mark Neocleous, Sivil Toplumu Yönetmek Devlet İktidarı Kuramına Doğru, Çev: Bahadır Ahıska, 1.Baskı, Ankara: NotaBene Yayınları, 2013, s.17.

⁸ Mary Kaldor, "The idea of global civil society", International Affairs 79, 3, 2003, s.584.

tarih dışı ve spekülâtif sivil toplum anlatısının aksine bilimsel bir görünüm kazanan sivil toplum anlatısı vardır⁹.

Klasik ekonomi politikçiler, toplumları gelişkinliklerine göre sınıflandırır. Buna göre; bütün toplumlar geleneksel toplumdan modern topluma geçiş yaşarlar. Sivil toplumun gelişmediği toplumlar geri bir aşamayı ifade ederken, kapitalist toplumlar ileri bir evrede yer alır¹⁰. Sivil toplum, burada gelişkinliği belirleyen temel bir kategori olarak kabul edilir. Bir gelişkinlik ölçüsüdür ve despotizm tanımlaması sivil toplum üstünden yapılır. Buna göre; batının demokratik toplumlarıyla doğu despotizmi arasındaki fark da sivil toplumun etkinlik alanıyla doğrudan ilişkilidir. Klasik ekonomi politikçilere göre sivil toplum, insanlığın ulaştığı nihaî ve en ileri evreyi ifade eder¹¹. Bu noktada, önceki anlatılarda temel karşıtlık olarak kurgulanan sivil toplum-doğa durumu karşıtlığının yerini, sivil toplumu olan-olmayan şeklinde bir karşıtlık alır.

Toplumsal aşamaları koşullandıran ise; üretim tarzıdır. Üretim tarzı, belirleyici öge olarak anlatıya katılır. Siyaset karşısında öncelik kazanan ekonomi kategorisi, böylelikle temel belirleyicilik vasfına ulaşır. İktisadi yapı, üst yapısal düzeyi de belirlemektedir. Bu noktada, Marx ile ekonomi politikçiler arasında bir süreklilik görülür. Sivil toplum, piyasayla ilişkilendirilerek, devletten bağımsız bir alan olarak netleştirilir¹².

Bu anlatının temel köşe taşı da “egoistik birey” nosyonu oluşturur. Klasik ekonomi politiğin yücelttiği egosistik birey, Hegel’in eleştirilerinin merkezinde yer alır. Klasik ekonomi politikçilere göre; kendi çıkarlarının peşinde koşan ve çıkarlarını maksimize etmeye çalışan birey, kamusal çıkarlara da katkıda bulunur. Sivil toplum da kendi çıkarları peşinde koşan bireylerin kendilerini buldukları, gereksinimlerini karşıladıkları alandır. Başka bir deyişle sivil toplum, evrensel egoizm alanıdır. Sivil toplum, medeni toplum olarak da adlandırılırken; ona bir temel teşkil etmesi açısından piyasa ekonomisinin gelişimine vurgu yapılır¹³.

Bu anlatıya göre; bireyselci varoluşla, kolektif çıkarlar arasında bir çatışki ve bireycilik-kolektiflik ikiliği yoktur. Kendi çıkarı peşinde koşan ussal bireyin gereksinimleri, toplumsal tutunumu da sağlayacaktır. Bu liberal tahayyüle göre; bireylerin çıkarlarını maksimize eden etkinlikleri, toplumsal

⁹ Halifeoğlu-Yetiş, s.168.

¹⁰ Neera Chandhoke, *State and Civil Society: Explorations in Political Theory*, London: Sage, 1995, s.91.

¹¹ Wood, s.60.

¹² John Ehrenberg, *Civil Society: The Critical History of an Idea*, New York: New York Univ. Press, 1999, s.97.

¹³ Anjum, s.152.

zenginliği arttıracak ve ona katkıda bulunacaktır. Toplumların zenginliğini sağlayan siyasal iktidarın etkinliği değil; birey etkinliklerinin toplamıdır. Yapılacak dışsal müdahaleler, toplumların ilerleme potansiyelini sakatlar ve sivil toplumu boğar. Ussal bireyler hayatlarını idare edebilirler ve sivil toplum da kendini yönetme kapasitesine sahiptir. Bu nedenle de piyasa ve sivil toplum alanına devletin yapacağı siyasal içerikli müdahaleye kuşkuyla bakılır¹⁴.

Klasik ekonomi politikçiler, burada “gizli el” metaforuna başvururlar. Smith’e göre bu gizli el sayesinde, özel çıkarlar genel iyiliğe ve kamusal yarara, refaha ve zenginleşmeye dönüşecektir. Ve toplumsal fayda maksimize edilecektir¹⁵. Piyasa, kendiliğinden doğal bir uyuma ve bütünleşmeye sahiptir. Piyasaya koşulsuz ve sınırsız bir güven vardır. Bu durumda; devlet müdahalesi verimli olmadığı gibi etik de değildir. Smith’e göre, devletten bağımsız olan ve kendi yasalarıyla yönetilen sivil toplum, kendini düzenleyen bir alan olduğundan, devletin ona müdahale etmesine gerek yoktur¹⁶.

Ayrıca; devlet müdahalesi birey özgürlüğüne de aykırıdır. Klasik ekonomi politikçilerin temel sloganı, “bırakınız yapsınlar” da ifadesini bulur. Kendi kendini yöneten toplum imgesini meşrulaştırmaya yönelik bir kavramsallaştırma vardır. Ancak; devlet bütünüyle dışlanmaz. Devlet, insanlar arasındaki ilişkileri hukuki çerçeveye oturtacak, yaşam hakkı, mülkiyet ve özgürlüğü güvenceye alacaktır¹⁷. “Gece bekçisi devlet” ifadesi, liberallerin bu kurgusuna uymaktadır.

Bugünlerde dillendirilen minimal devlet söylemi de aynı öncülleri kullanmakta ve sivil topluma güçlü bir vurgu yapmaktadır. Özellikle; yeni sağın refah devletin olumsuzlanması üstünden yürüttüğü ideolojik söylem bu öncüllere yaslanmaktadır¹⁸.

Klasik ekonomi politikçilerin anlatısında ekonomi öncelikli bir alan olarak şekillenirken, sivil toplum da devlet karşısında ayrıcalıklı bir konum kazanmaktadır. Politik toplumun ekonomi karşısında ikincilleştiği bu kavrayış, politik toplumun belirleyici olduğu Antik Yunan’dan kopuşu temsil etmektedir¹⁹.

¹⁴ Halifeoğlu-Yetiş, s.171.

¹⁵ Songül Sallan Gül, Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa! Yeni Liberalizm ve Muhafazakarlık Kıskaçında Refah Devleti, 1.Baskı, İstanbul: Etik Yayınları, 2004, s.24.

¹⁶ Anjum, s.152.

¹⁷ Halifeoğlu-Yetiş, s.171.

¹⁸ Sonay Bayramoğlu, “Küreselleşmenin Yeni Siyasal İktidar Modeli: Yönetişim”, Praksis Dergisi, S.7, 2002, s.88.

¹⁹ Halifeoğlu-Yetiş, s.170-171.

II. Devlet ve Sivil Toplum İkilğine Yönelik Eleştirel Duruş ve Bunun Kuramsal Öncülleri

Bu ikiliğe yönelik eleştirel bakışın iki kuramsal öncüsü; W.Hegel ve K.Marx'tır. Her iki düşünürün, bu ikiliğin kavranması ve aşılması noktasında ortaklaştıkları yönler olduğu gibi, çok farklılaştığı noktalar da bulunmaktadır.

Her iki düşünür için de sivil toplum devlet ayrımı, modernitenin tanımlayıcı özelliğidir. Yani modern toplumun en belirleyici özelliğidir. Ve diğer bir nokta da sivil toplum içerisindeki bireylerin izole ve atomize oluşlarıdır. Her ikisi de bu alanı, bir egoizm ve gereksinimler alanı olarak betimler ve ona bir olumluluk atfetmez. Bu alan, aşırı zenginlik ve yoksulluk üretir. Ve her iki düşünür için de bu ayrım değiştirilmesi gereken bir ikilik olarak görülür. Ancak bu ikiliğin nasıl değiştirileceği noktasında, her iki düşünürün kurguları oldukça farklılaşmaktadır²⁰.

Sivil toplum alanının sorunlarının ve çatışmacı doğasının açığa çıkmasında, Hegel'in ve Marx'ın anlatıları ön plana çıkar. Ancak; sivil topluma dair bu eleştirel duruş her iki düşünürde farklı argümanlarla emellendirilir ve sonuçta projeler farklılaşır. Hegel'in anlatısı eleştirel olmakla birlikte; bu ikiliğin baştan kabulüne dayanır. Hegel bu ikilik çerçevesinde düşünerek, bu ikiliği meşrulaştırır. Köktenci bir bakış olmadığı için de bu anlatı Hegel'i sivil toplumdan koparmaz, onu yeniden üretir. Eleştirellik de devletin meşrulaştırılmasına yöneliktir. Bu nedenle de eleştirellik kısmi bir eleştirinin ötesine geçemez²¹. Marx'ın bu ikiliğe bakışıysa, köktencidir ve bu ikiliğin gerçek bir demokrasiyle aşılması, kaldırılması yönündedir²².

A.Hegel

Hegel'in etik yaşam projesinde; aile, sivil toplum ve devlet olmak üzere üç farklı alan bulunur. Ailedeki ilişkileri sevgi, saygı ve tolerans, sivil toplumunsa kişisel çıkarlar yönlendirir²³. Sivil toplum, aile ve devlet arasında önemli bir geçiş aşamasıdır ve özsel nitelikleri bakımından, hem evrensellik ilkesinin gerçeklik kazandığı devletten hem de tikel çıkarlar arasındaki

²⁰ Neocleous, s.17-19.

²¹ Savran, s.241.

²² Karl Marx, Hegelin Hukuk Felsefesinin Eleştirisi, Çev: Kenan Somer, 1.Baskı, Ankara: Sol Yayınları, 1997, s.239.

²³ Mete Kaan Kaynar, "Sivil Toplumun Kavramsal Tarihi ve Sivil Toplumla İlgili Güncel Tartışmalar", H.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2005, s.348.

ayrışma dinamiklerinin doğal bir birlik halinde aşıldığı aileden farklıdır. Özel çıkarları temsil eden sivil toplum; genel çıkarı temsil eden devletin karşıtı olarak kabul edilir. Düşünür, devleti etik yaşam projesinin diğer aşamaları olan aile ve sivil toplumdaki daha üstün bir konuma yerleştirir²⁴.

Hegel’de etik yaşam projesinde evrenselliği temsil eden devlet, birincil konuma yükselir. Bunun nedeni, toplumun kendi kendini yönetme potansiyeline duyulan kuşkuudur. Antikiteye özgü politik toplumu, modernde kurmanın mümkün olmadığını farkında olan düşünür, sınıflara bölünmüş bir toplumda organik birliğin nasıl sağlanacağı sorunsalıyla ilgilenir²⁵.

Hegel’de sivil toplum, üç alanı içerir: 1.Bireyin, ihtiyaçların tatmini sayesinde tatmin bulması; İhtiyaçlar sistemi, 2.Mülkiyetin yargı gücüyle korunması 3.Kamu yönetimi ve korporasyon vasıtasıyla ortak menfaatlerin korunması²⁶. Düşünürün projesinde, sivil toplum alanı; gereksinimler sistemini, piyasa ekonomisini, toplumsal sınıfları, korporasyonları, polisi, hukuk ve idareyi içine alır. Bu alanın, aileden ve devletten farklı olarak, insanlar arasındaki doğrudan siyasal nitelikli olmayan, bireysel çıkara dayalı ilişkilerin biçimlendirdiği karmaşık bir yapılanmaya sahip olduğu görülmektedir²⁷.

Bartonek’ e göre Hegel, sistematik olarak kapitalizm terimini kullanmasa da (her ne kadar kapital metinlerde geçiyor olsa da) onun sivil toplum teorisini ve “ihtiyaçlar sistemi” kavramını, erken kapitalist toplumun özünü ve mekanizmalarını kavrama çabası olarak tercüme etmek mümkün görünmektedir. Hegel’de ihtiyaçlar sistemi, toplumsal iş bölümü üzerinden birbirlerine aracılık eden kişilerin bireysel çıkarlarının üzerine kurulu bir alan olarak kavramsallaştırılır. Maddi birey veya bencil kişi sivil toplumun kuruluşunda temel unsurdur²⁸.

Hegel, sivil toplumun çatışmacı doğasının farkındadır. Düşünür, klasik ekonomi politikçilerin yücelttiği egoistik bireyin yaratacağı tehlikelere yoğunlaşır. Hegel, rekabetçi ilişkileri ve sıkı iş bölümüyle modern uygarlığın, bireyin devlete ve topluma yabancılaşmasına neden olduğunun farkındadır.

²⁴ Yetiş, s.36-38.

²⁵ Halifeoğlu-Yetiş, s.171.

²⁶ G.W.F. Hegel, Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev: Cenap Karakaya, 2.Baskı, İstanbul: Sosyal Yayınları, 2004, s.163.

²⁷ Yetiş, s.36-37.

²⁸ Anders Bartonek, “Labour Against Capitalism?Hegel’s Concept of Labour in Between Civil Society and the State”, Culture Unbound, Journal of Current Research,Volume:6, 2014, s.115, 117.

Çünkü her kişi, diğer tüm her şeyi görmezden gelerek yalnızca kendi çıkarının peşindedir. Bu da sivil toplumu dağılma tehlikesi ile karşı karşıya getirecektir²⁹.

Bu noktada Hegel, sivil topluma ilişkin kuşkularını açığa vurur ve egoist bireyi yerer. Hegel'in eleştirileri, tikelliğin yol açtığı tahribatlar üstünde yoğunlaşır. Sivil toplum eleştirisi şeyleşme, ben merkezilik ve yozlaşma argümanlarıyla temellendirilir. Sivil toplum alanı, özel çıkarların karşı karşıya geldiği, çalkantılı bir savaş meydanına benzemektedir³⁰.

Düşünüre göre, tikel çıkarlar alanı olan sivil toplum; bencil bireyin, toplumun diğer öğelerini araçsal bir bakışla değerlendirmesine olanak tanımaktadır. Öz çıkara dayalı toplumsal ilişkiler, benmerkezciliğin ve egoizmin etkinlik kazanmasını sonuçlayarak, insanlar arasındaki bütünleşme ve dayanışma dinamiklerini zaafa uğratar. Bu da etik yaşamın sakatlanmasına yol açar³¹. Hegel'e göre karmaşıklığı ve zıtlıkları içinde barındıran sivil toplum *"hem sefahat ve sefalet, hem de bu ikisi için ortak olan fizik ve moral yozlaşma manzaraları gösterir"*³².

Görüldüğü gibi sivil toplum, ahlaki yozlaşmışlık alanı olarak betimlenir ve bu eleştirilerin üstünden etik yaşam projesi yükselir. Temel sav, modernlikle ortaya çıkan tikelliğe müdahale edilmelidir. Eğer; müdahale edilmezse, toplum yok oluşa gidecektir. Sivil toplum, zaten sorunludur ve kendisi sorunlu olan bir alan çözüm üretmez, tikellikler alanı kendi başına bırakılamaz. Bu öncül, klasik ekonomi politikçilerin anlatısından bir kopuşu ifade etmektedir. Anlatı, bundan sonra tikelliğin zararlı etkilerinin ortadan kaldırılması ve tikelliğin aşılaraq evrenselciliğe varılması üstüne yoğunlaşır. Kurgu, etik yaşam projesidir. Bunun temel aktörü de devlettir. Bir diğer ifadeyle, bireysel çıkarlar ve bencillik alanı olarak tanımlanan sivil toplumun aşılacağı yer devlettir. Hegel'de devlet, sivil toplum alanındaki öz çıkarlardan ve toplumsal sınıf/zümre çatışmalarından bağımsızdır. Onun kurguladığı modelde, toplumsal uzamdaki değişik örgütlenme biçimleri belirli bir hiyerarşik düzenleme içerisinde aileden sivil topluma, oradan devlete uzanan aşamalı bir yapılanma gösterir. Evrenselliği temsil eden devletin, sivil toplum

²⁹ Bartonek, s.117-118.

³⁰ John Keane, "Despotizm ve Demokrasi", Sivil Toplum ve Devlet Avrupa'da Yeni Yaklaşımlar, Derleyen: John Keane, Ed: Savaş Köse, Çev: Levent Köker, Ahmet Çiğdem, Mehmet Küçük, Erkan Akın, Aksu Bora, Ayşe Nur, 1.Baskı, Ankara: Yedi Kıta Yayınları, 2004, s.68.

³¹ Yetiş, s.37.

³² Hegel, s.160.

karşısında belirgin bir üstünlük ve belirleyicilik yeteneği bulunmaktadır³³. Bir anlamda Hegel'in etik yaşam adını taşıyan çözüm projesinde devlet, sivil toplumun atomize edici, kutuplaştırıcı ve yabancılaştırıcı etkilerinin üstesinden gelmesi için yetkilendirilmiştir³⁴.

Hegel'de devlet aşamasında yer verilen monark egemenliği, devlet işleri alanındaki son karar aşamasını temsil etmesi nedeniyle, ayrıcalıklı bir yerde bulunmaktadır. Hegel, kendi monarşik bakış açısını "halk egemenliği" kavramının eleştirisi üzerinden meşrulaştırmaya çalışır. Halk egemenliği kavramı, demokrasiyi ima ettiği için Hegelci bakış açısından kabul edilmez. Düşünürün demokrasi konusundaki kuşkucu yaklaşımının dışavurumu, etik yaşam projesinde yer verdiği dolayım kurumlarında görülebilir. Dolayım organı işlevindeki meclisler, hükümet gücü ile tekil bireyler ve özel alanlar biçiminde ortaya çıkan halk arasında yer almaktadır. Hegel sivil toplumun; tekil bireyler olarak oy hakkını kullanması yoluyla doğrudan temsilcilerini seçmesi yöntemini reddeder³⁵.

Düşünürün kurgusunda siyasal katılım, elitist ve sınırlayıcıdır. Hegel'e göre halk yığınları akıldışı hareketlerle siyasal gelişimi yönlendirebilecekleri için, onların yasama etkinliğine dolaysız katılımı savunulamaz. Temsil ilkesinde ancak korporatif yöntemlere başvurulabilir³⁶. Hegel'e göre zaten sivil toplumda bireyler, kolektif varlıklar halinde bulunurlar ve en yüksek evrensellik alanı olan siyasi hayata adım attıkları sırada bağımsız bireyler halinde dağılmaları doğru olmaz. En yüksek evrensellik alanına bu şekilde girmeleri, siyasi hayatı adeta kökü havada bir duruma sokar³⁷.

Aileden sivil topluma geçerken, aileye ilişkin etoslar bütünüyle dağıldığı için; düzenleyici bir aktöre gereksinim vardır. Yani; bu tikellikler alanının evrensellekle dolayımlanması gerekir. Böylece sivil toplumdaki tikelliğin yıkıcı etkileri azaltılacaktır. Burada dolayım kurumları devreye girer. Bu kurumlar, bireyi toplumun bütününe bağlar. Dolayım organlarının diğer bir özelliği; bireyi devletle ilişkilendirmektir³⁸. Bireyin devletle çıplak, aracısız bir ilişki içinde olmaması gerekir. Diğer taraftan bu organlar "*bireyleri devlet*

³³ Yetiş, s.36-41.

³⁴ Kanishka Goonewardena-Rankin, Kanishka- N.,Katharine "The Desire Called Civil Society: A Contribution to the Critique of a Bourgeois Category", Planning Theory, Vol 3(2), 2004 , s.123.

³⁵ Yetiş, s.49-51.

³⁶ Yetiş, s.51.

³⁷ Hegel, s.246.

³⁸ Gökhan Demir-Dünya Ahtem Öztogay, "Hegel ve Marx'ta Sivil Toplum", Doğu Batı, 2011, s.115-117.

*karşısında bir yığın oluşturmaktan ve inorganize bir kanı ve irade olarak organize devletin karşısında yer almaktan alıkoyar*³⁹.

Düşünürün sivil toplumdan devlete geçişi sağlamak ve sivil toplum/devlet kopukluğunu aşmak üzere önerdiği dolayımardan biri zümrelerdir⁴⁰. Zümreler sadece ekonomik gruplaşmaları değil, bireyi ortak toplumsal yapılara dâhil etme işlevi gören, ona topluluk bilinci kazandıran bütünlükleri de ifade eder. Ayrıca bireyin, toplumsal ve siyasal olarak tanınmış bir grubun üyesi olarak bir statüye sahip olmasını sağlar⁴¹. Bir diğer dolayım organı korporasyonlardır. Tarım, ticaret ve sanayi şeklindeki üç korporasyon (meslek birlikleri) alanı, üyelerine bir amaç sağlar ve düzensiz bir kalabalığın ortaya çıkma tehlikesini savuşturur⁴². Atomize olmuş bireylerin, kimlik ve aidiyet kazanmasını sağlar. Ve bireyler korporasyonlar aracılığıyla varlık, saygı ve itibar kazanır. Hegel'e göre; *"birey eğer yasal bir korporasyona üye değilse, meslek haysiyet ve şerefine sahip olamaz"*⁴³. Ayrıca düşünür aileyle korporasyonlar arasında bir benzerlik kurar. Hegel'e göre korporasyon adeta ikinci bir aile gibi davranır⁴⁴.

Ancak halk ile devlet arasındaki dolayım organlarının bu şekilde oluşturulması, korporasyonlarda örgütlenemeyen kesimlerin siyasal katılım süreçlerine eklenmelerini zorlaştırır. Korporasyon üyeliği için gerekli görülen bazı niteliklere (gelir, mülkiyet, beceri vb.) sahip olmayan emekçi sınıflar ve yoksullar, daha baştan, siyasal alan dışında tutulmuş olurlar. Bu nokta, Hegel'in evrensellik ilkesini gerçekleştirmeye yönelik etik yaşam projesinin çözemediği temel bir sorun olarak kalır. Böylece, mülk sahibi sınıflar arasında yer almayan geniş kesimler, etik yaşamın sağlayacağı insani varoluş biçimlerinden yoksun bırakılırlar⁴⁵.

Hegel, yoksulluğu sivil toplumun yapısal, kaçınılmaz bir sorunu olarak görür. İşbölümünün ve üretkenliğin bir sonucu olarak servet birikimi artarken; nüfusun önemli bir bölümü de yoksullaşır. Ancak; Hegel için önemli olan yoksulluk sorununu çözüp, evrensel bir proje kurmak değildir. Önemli olan; yoksulların bir güruha dönmesini önlemektir⁴⁶. Çünkü, yoksullar bir güruh olduklarında, etik yaşam için bir tehlike oluşturacaklardır. Böylece; burjuva

³⁹ Hegel, s.245.

⁴⁰ Savran, s.230.

⁴¹ Jean L. Cohen, *Class and Civil Society: The Limits of Marxian Critical Theory*, Amherst: University of Massachusetts Press, 1982, s.54.

⁴² Neocleous, s.21.

⁴³ Hegel, s.197.

⁴⁴ Hegel, s.196.

⁴⁵ Yetiş, s.52.

⁴⁶ Yetiş, s.39.

sınıfı ve bu sınıfa ilişkin çelişkiler Hegel'in etik yaşam projesinde özel, ayrıcalıklı bir konuma yerleşir. Bu proje, sınıfsal bir renk taşımaktadır ve burjuvazinin kendini ifade edişinin en olgun biçimidir⁴⁷.

B.Marx

Marx için de Hegel'de olduğu gibi bu ikilik, modern toplumun en belirleyici özelliğidir⁴⁸. Hegel'e göre modern toplumda insanın ikili bir varoluşuna karşılık gelen iki düzlem bulunur. İlki, sivil toplum üyesi insan diğeryse; devlet yurttaşı. İnsan bir tarafta kendisi için çalışıp etkinliklerde bulunurken; yurttaş olarak da evrensel ilkeler doğrultusunda hareket eder. Hegel'e göre bu iki nitelik birleşir ve aşılması gereken bir çatışkı olarak görülmez. Hegel, bu iki düzlem arasında bir denge oluşturmaya çalışır⁴⁹. Marx da bu ikili varoluş tarzına dikkat çeker: Sivil toplumun üyesi birey ve devlet düzeyinde yurttaş. Bu şekilde bir bölünmenin bir gerilim yarattığını ve bunun da modern dönemin temel bir görünümü olduğunu söyler⁵⁰.

Marx'ın sivil toplumu betimleyişinde; klasik ekonomi politikçilere ve Hegel'e yönelik eleştiriler dikkat çeker. Marx, klasik ekonomi politikçileri; toplumu bencil çıkarlar alanı olarak sivil toplumla sınırladıkları ve onu atomize olmuş, egoist bireyler arasındaki çıkara dayalı araçsalcı ilişkiler tarafından belirlenen bir kategoriye indirgedikleri için eleştirir⁵¹. Hegel'i ise idealist yöntemi, modern devlet ile özel mülkiyet arasındaki temel ilişkiyi göz ardı edişi ve bu ilişkiye dokunmayışi sebebiyle eleştirir. Diğer bir eleştirisi de burjuva toplumundaki sivil ve siyasal yaşam arasında var olan ayrıma dair getirdiği çözüm önerisine yöneliktir⁵².

Marx'ın sivil toplum eleştirisi; köktenci bir bakışla şekillenir. Marx'ta sivil toplum eleştirisinin niteliği ve öncüller farklılaşmıştır. Bu, aynı zamanda projeye ilişkin bir farklılaşmayı da işaretler. Marx'ın projesi Hegel'in projesi gibi sınırlı bir proje değil, kuşatıcı bir kurtuluş projesidir. Marx, Hegel'den farklı olarak sivil toplum-devlet ikiliğinin kendisinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir proje geliştirir. Bu ikiliğin aşılması noktasında geliştirdiği değerlendirme, Hegel'den uzaklaştığı noktalardan biridir⁵³.

⁴⁷ Savran, s.241.

⁴⁸ Neocleous, s.19.

⁴⁹ Avineri, s.104.

⁵⁰ Yetiş, s.45.

⁵¹ Yetiş, s.58.

⁵² Goonewardena-Rankin, s.123.

⁵³ Neocleous, s.36.

Marx'a göre Antik Yunanda siyasal devlet, yurttaşın bireysel varoluşunu belirliyordu. Dolayısıyla siyasal toplum karşısında bağımsız bir sivil toplumun varlığından söz edilemezdi⁵⁴. Feodalitenin niteliğini belirleyen şeyse, sivil toplumun doğrudan politik bir karakter taşımasıydı:

“...örneğin mülkiyet ya da aile ya da çalışma tarzı sivil toplum öğeleri, senyörlük, katman ve korporasyon biçiminde, politik yaşamın öğeleri düzeyine yükselirler”⁵⁵. Feodal topluma son veren burjuva devrimi, politik boyunduruğun sökülüp atılması ve sivil toplumun politikadan özgürleşmesi anlamına geliyordu⁵⁶. Başka bir ifadeyle; sivil toplumun politik niteliğinin ortadan kalkmasıydı: “Politik devrim, halkın topluluktan ayrılmış olduğunun belirtisi olan tüm katmanları, korporasyonları, loncaları ve ayrıcalıkları dağıtır. Politik devrim böylece, sivil toplumun politik niteliğini ortadan kaldırır”⁵⁷. Ve burjuva egemenlik ilişkilerinin yaygınlaşmasıyla birlikte, feodal toplumda ayrılmamış olan siyasal iktidar ekonomik egemenlik biçimlerinden ayrılır⁵⁸.

Marx, devlet sivil toplum arasındaki ilişkilerin doğasına ilişkin çözümlemesinde Hegelyen belirleyiciliği ve onun “atomize bireyler arasındaki tutunumu sağlayan devlettir” şeklindeki önermesini yadsır. Marx'a göre, sivil toplumu koşullandırıp düzenleyen devlet değildir. Devleti koşullandırıp düzenleyen, sivil toplumdur⁵⁹.

Modern devlet, sivil toplumun bir ürünüdür. Marx, sivil toplumun kapitalist ilişkiler temelinde sınıfsal bir çözümlemesini yapar ve liberallerin çatışmasız bir alan olarak gördüğü sivil toplumu, sınıfsal olarak bölünmüş bir alan olarak tanımlar. Marx'a göre; sivil toplumun bu parçalı yapısını ortadan kaldırmayı hedeflemeyen projeler, kısmi çözümler olarak kalacaktır. Politik özgürleşme büyük bir ilerleme olsa da insani özgürleşmenin sonlandırılmış biçimi değildir⁶⁰. İnsani özgürleşme, kapsamlı bir dönüşüm tasarımı oluşturmaktadır. Genel insani özgürleşme, öncelikli olarak sivil toplum ile siyasal devlet arasındaki ayrılığın köktenci bir biçimde aşılmasına dayanır⁶¹.

⁵⁴ Halifeoğlu-Yetiş, s.174.

⁵⁵ Karl Marx, Yahudi Sorunu, Çev: Niyazi Berkes, 1.Baskı, Ankara: Sol Yayınları, 1997, s.38.

⁵⁶ Marx, s.38.

⁵⁷ Marx, s.38.

⁵⁸ Yetiş, s.56.

⁵⁹ Anjum, s.155.

⁶⁰ Marx, s.15, 20.

⁶¹ Yetiş, 53-54.

Marx biçimi ne olursa olsun Hegel'in savunduğu türden “anayasal” bir biçimde bile olsa, bütün özgül görünüşleriyle birlikte monarşizmin kendisine karşı çıkar⁶². Çünkü hangi biçimiyle olursa olsun monarşizm, sonuçta egemenliğin tek bir kişide toplanması anlamına gelir⁶³. Marx Paris Komünü analizlerinde, yürütme organı *minimizasyonuna* ve yürütmenin halk egemenliğine tam olarak tabi kılınmasına yer verir⁶⁴.

Marx, demokratik yapılanmada halkın gücünün belirleyiciliğine, varlık koşulları üzerinde etkili olan siyasal-toplumsal kurumları denetim altına almasına vurgu yapar. Bu durumda devlet ile halk arasındaki karşıtlık sona erebilir⁶⁵. Marx'a göre demokraside, siyasal ana yapının temelinde gerçek insan bulunur ve siyasal ana yapı halkın var oluşunun bir uğrağıdır: “*Demokrasi bütün siyasal ana yapıların çözülmüş bilmecesidir. Burada siyasal ana yapı yalnız kendinde, kendi özünde değil ama kendi var oluşunda, sürekli olarak kendi gerçek temeline, yani gerçek insana ve gerçek halka indirgenen gerçekliktedir de ve kendini onun kendine özgü yapıtı olarak gösterir.demokrasinin özgül farkı şudur ki genel olarak siyasal ana yapı halkın var oluşunun uğrağından başka bir şey değildir*”⁶⁶.

Marx, Hegel'in siyasal katılım süreçlerine ilişkin elitist ve sınırlayıcı görüşlerini de eleştirir. Hegel'e göre yasama etkinliğine dolaysız katılım savunulamaz ve temsil ilkesinde ancak korporatif yöntemlere başvurulabilir. Marx bunu eleştirirken, seçim ilkesinin taşıdığı öneme vurgu yapar. Ve Hegel'in olumsuz baktığı genel oy hakkının, özel alan ile siyasal alan arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde radikal bir etkinliğin başlangıcı olabileceğini düşünür. Marx'a göre seçimlerin, salt temsili bir ilişkinin dolayım mekanizmasını oluşturmanın ötesinde anlamları olmalıydı, bu da; sivil toplumun devlet ile kurduğu “*gerçekten var olan bir ilişkisi*” olmalıydı. Ve seçimler, sivil toplumun siyasal alanla organik ilişki kurabilmesi bakımından vazgeçilemez nitelikte bir araçtı⁶⁷. “*Bir başka deyişle seçim burjuva-sivil toplumun siyasal devlete dolayimsız, doğrudan, imgesel olmayan, gerçekten var olan ilişkisini oluşturuyor.Burjuva sivil toplum....*”

⁶² Hal Draper, Karl Marx's Theory of Revolution, vol. I: “State and Bureaucracy”, New York: Monthly Review Press, 1977, s.87.

⁶³ Yetiş, s.49.

⁶⁴ Hal Draper, “Marx On Democratic Forms Of Government”, Socialist Register, Vol.11, 1974, s.115.

⁶⁵ Yetiş, s.49.

⁶⁶ Marx, 1997, s.46.

⁶⁷ Yetiş, s.50-51.

*kendi gerçek evrensel, özsel var oluşu durumuna gelen siyasal var oluşa ancak aktif olduğu kadar pasif seçimlidir ki gerçekten yükseliyor*⁶⁸.

Marx'a göre insanlığın kurtuluşunu hedefleyen bir proje, siyasal düzeydeki değişimlerle sınırlı kalırsa bu sivil yapıdaki çelişkileri yeniden üretecektir. Ve kurtuluş, kapitalizm var olduğu sürece mümkün değildir. Marx, Hegel'in çıkarımının; burjuva sorunlarının eleştiri getirmeksizin çözüm kılığındaki kabulü anlamına geldiğini yineler⁶⁹.

Marx bu noktada; Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne gönderme yapar ve bildirmede yer verilen hakların (mülkiyet, özgürlük ve güvenlik) sivil toplumun bencilliğini aşmaya elverişli olmadığı söyler. Çünkü; sayılan haklar, yalıtılmış bireyi temel alır ve insanın türsel bir varlık olduğunu görmezden gelir. Marx, 1789 devriminin, bütün insanlığın kurtuluşu yerine egoist bireyin kurtuluşunu gerçekleştirdiğini söyler: *"Biz her şeyden önce, insan hakları denen hakları,.....sivil toplum üyesinin, yani egoist insanın, öteki insanlardan ve topluluktan koparılmış insanın haklarından başka bir şey olmayan haklar olarak kaydediyoruz"*⁷⁰.

Marx, Alman İdeolojisinde sivil toplum çözümlemesi yaparken *"karşılıklı ilişkiler"* kavramını kullanır: *"İçinde bulunduğumuz aşamadan önceki bütün tarihsel aşamalarda mevcut üretici güçlerin koşullandırdığı ve buna karşılık kendisi de bu güçleri koşullandıran karşılıklı ilişki biçimi sivil toplumdur"*⁷¹. İlerleyen sayfalarda sivil toplum, maddi karşılıklı ilişkilerinin tümünü ifade eder: *"Sivil toplum, üretici güçlerin belirli bir gelişme aşaması içerisinde, bireylerin maddi karşılıklı ilişkilerinin hepsini birden kucaklar"*⁷².

Marx'ın anlatısında üretim ilişkileri, belirleyicilik vasfına sahiptir. Buradan yapı-üst yapı çözümlemesi yapar. Buna göre; maddi üretim ilişkileri üst yapıyı yani; toplumun siyasal-hukuksal yapısını belirler. Bu belirlemenin anlamı; siyasal yapı (devlet) bağımlı, ekonomik ilişkiler alanı (sivil toplum) belirleyendir⁷³. *"Demek ki, daha şimdiden de açıkça anlaşılıyor ki, bu sivil toplum, bütün tarihin gerçek ocağı, gerçek sahnesidir"*⁷⁴.

⁶⁸ Marx, s.177.

⁶⁹ Joseph V. Femia, *Marxism and Democracy*, Clarendon Press-Oxford, 1993, s.20.

⁷⁰ Marx, Yahudi sorunu, s.32.

⁷¹ Karl Marx -F. Engels, *Alman İdeolojisi*, Feuerbach, Çev: Sevim Belli, 3.Baskı., Ankara: Sol Yayınları, 1992, s.58.

⁷² Marx-Engels, s.106.

⁷³ Yetiş, s.64-65.

⁷⁴ Marx-Engels, s.63.

Marx, devletin “etik düşüncenin realizasyonu” veya “aklın görüntüsü” olduğuna yönelik Hegelci kavramsallaştırmayı reddetmiştir. Ona göre devlet, kamu için hareket eden bağımsız bir kamusal güç değildir; esasen devlet, mülkiyet sahibi kişilerin ayrıcalıklarının sürdürmeye çalışan, uzlaştırılmaz durumdaki sınıf karşıtıklarının bir ürünüdür⁷⁵. Yani; devlet sivil toplumdaki çatışmaların yansımasıdır. Bu, Hegel’in devletin evrensellik iddiasını çürütmektedir. Bu çözümlenme, hem sivil topluma hem de devlete yönelik bir eleştiri niteliğindedir.

Marx’a göre sivil toplumda sınıfsal karşıtıklar ve bölünme eğilimleri var oldukça, devletin evrenselliği temsil ettiğini söylemek *mistifikasyona* katkı sağlayacaktır, Hegel’in kuramsal modelindeki devletin evrenselliği temsil ettiğine ilişkin önermeler, gerçeği yansıtmaktan uzaktır. Çünkü, devletin kendine muhatap aldığı özne artık yurttaş değil, doğal insan olarak burjuvadır⁷⁶.

Marx’ta devlet ile sivil toplum arasındaki ilişki, diyalektik bir ilişki olarak kavranır. Diyalektik ilişkinin sonucu olarak; ikiliği oluşturan öğelerden biri kalkınca, karşıt diğer öğe de ortadan kalkar. Devlet-sivil toplum ikiliğini aşmak için, sivil toplumun sınıflı yapısının ortadan kaldırılması gerekir. Sivil toplum çözümlenince, bunun koşulladığı devlet de ortadan kalkacaktır. Marx, sivil toplum-devlet ikiliğinin aşılmasında, sivil toplum içindeki özneye vurgu yapar. Bu özne; Hegel’in projesinden dışlanan proletaryadır. Marx’ın proletaryaya yaptığı vurgu, Hegel’in sivil toplumun kaçınılmaz bir sorunu olarak gördüğü ve çözümsüz bıraktığı yoksulluk sorununa verilmiş yanıt olarak da okunabilir⁷⁷. Çünkü Marx, yoksulluğun kapitalist ilişkilerin doğasından kaynaklandığını ve bu sorunun da tarihsel özne olarak gördüğü proletaryanın etkinliğiyle çözüme kavuşturulacağını düşünür⁷⁸.

Marx’a göre proletarya, sivil toplumun ona sunabileceği herhangi bir şeye sahip olmayan; insanlığı ve esenliği mevcut toplumun ve onun sınıf yapısının radikal biçimde reddi ile ancak telafi edilebilecek olan bir sınıftır. Proletaryanın özgürleşmesi; sivil toplumun bütünüyle reddi ile mümkün olacak ve böylece toplumsal düzen özgürleşecektir⁷⁹. Bu aynı zamanda;

⁷⁵Femia, s.46.

⁷⁶Yetiş, s.46.

⁷⁷Yetiş, s.62.

⁷⁸Yetiş, s.40.

⁷⁹Nanette Funk, “Socialism and Democracy”, *Socialism and Democracy*, 3:1, 1989, s.86 vd.

demokrasi kavramına karşılık gelir. Çünkü böylece egemenlik ilişkileri ortadan kalkar ve devlet ile sivil toplum arasındaki yabancılaşma aşılır⁸⁰.

Sonuç olarak; Marx'ın sivil toplum eleştirisinin sınıfsal bir eleştiri olduğu ve devlet-sivil toplum ikiliğinin aşılmasına yönelik köktenci önermeler içerdiğini söylenebilir.

SONUÇ

Sivil toplum ve devlet ikiliği, modern döneme aittir. Sivil toplum kavramının tarihselliğine bakıldığında, kavrama farklı zamanlarda ve farklı ekollerde değişik anlamlar yüklendiği görülür.

Kavram, Antik Yunan'da politik varoluşu ifade etmekte ve bu da politik devlete karşılık gelmektedir. Roma'daysa, özel hukukun ortaya çıkmasıyla birlikte farklılaşma görülür. Bu fark, haklar nosyonunun gelişmeye başlamasıyla birlikte nüve halinde de olsa kamusal ve özel alan ayrımının ortaya çıkmasıdır. Sözleşmecî düşünürlerdeyse sivil toplum, doğa durumunun karşıtı olarak kurgulanmıştır. Ama sivil toplum, devletten ayrı düşünülmez.

Sivil toplum ve devlet ayrımı en belirgin biçimiyle, klasik ekonomi politikçilerde görülür. Sivil toplum, devletten ayrı bir alandır ve bir gelişkinlik ölçüsüdür. İnsanlık tarihi değişik aşamalardan geçerek kapitalist topluma ulaşmıştır. Varılan nihai ve ileri aşama, kapitalist toplumdur. Bu toplumlar sivil toplumun geliştiği modern toplumlarken; sivil toplumun gelişmediği toplumlar geri ve despotik toplumlar olarak nitelendirilir. Bu anlatıda ekonomik bir kategori olarak ortaya çıkan sivil toplum alanı belirleyicilik kazanır ve siyaset karşısında ayrıcalıklı bir konum kazanır. Sivil toplum alanı, egoist bireylerin çıkarlarını maksimize etmeye çalıştıkları bir alandır. Devlet, bu alana müdahale etmeyecek sadece güvenliği sağlayacak, hakları ve özgürlükleri güvenceye alacaktır.

Sivil topluma yönelik eleştirel bakış, Hegel'de ve Marx'ta görülür. Her iki düşünür için de sivil toplum, moderniteye ait bir kavramdır. Ve iki düşünür de bu alanın yarattığı sorunların ve çatışmacı doğasının farkındadır. Ancak eleştiriler, farklı argümanlarla temellendirilir ve bu da kurguları, çözüm projelerini farklılaştırır.

Hegel, modernde etik yaşam projesinin nasıl kurulacağıyla ilgilenir. Sivil toplum bencil bireylerin alanıdır ve yozlaşma görünümüleri sergiler. Onun için

⁸⁰Draper, 1977, s.86.

bu alana müdahale edilmelidir. Bu alana müdahale edecek aktör devlettir. Sivil toplumun varlık güvencesi devlete bağlanır ve sivil toplum devlete bağımlı kılınır. Ve devlet, Hegel'in etik yaşam projesinin en üstünde yer alır. Böylece devlete belirleyicilik vasfı yüklenir.

Düşünür sivil toplumdan devlete geçişi sağlamak için dolayım kurumları getirir. Ancak; dolayım kurumlarında (dolayısıyla da sivil toplumda) yer almanın koşullara bağlanması, yoksulların etik yaşam projesinin dışında bırakılmasını sonuçlar.

Marx, bu dışlayıcılığı, “*sivil toplum içinde yer alıp da sivil toplumda olmayanlar*” ifadesiyle yerer. Hegel'in projesinde yer almayan yoksullar, Marx'ın projesinde önem kazanır. Hegel'in projesi evrenselci söylemine karşın, paradoksal bir şekilde evrenselliği dışlayan, kısmi bir kurguya dönüşür. Kuşatıcı olmayan bu etik yaşam projesinde yer alacak olanlar, sadece mülk sahibi sınıflardır. Zaten; Hegel, sivil toplumdaki çatışmaları mülk sahibi sınıflarla-mülsüzler arasında görmez. Bu alana ilişkin çelişkiler, mülk sahibi sınıflara ilişkin çelişkiler olarak görülür. Marx, bu noktada da Hegel'i yadsır.

Marx'ın anlatısı, klasik ekonomi politikçilerin ve Hegel'in eleştirisi üstünden yükselir. Marx, devletin belirleyiciliğini yadsır ve onun anlatısında sivil toplum belirleyicilik kazanır. Devletin, sivil toplumdaki sınıf çatışmaları tarafından belirlendiğinin söylenmesi, Hegel'in evrensel devlet kavramsallaştırmasının reddi anlamına gelir.

Hegel'e göre bencillik alanı olarak tanımlanan sivil toplum ancak devletle aşılrken, Marx sivil toplumun kendi içindeki dinamiklerle aşılaacağını söyler. Bunu gerçekleştirecek olan aktör, “*sivil toplum içinde yer alıp da sivil toplumda olmayanlar*” diye isimlendirdiği proletaryadır. Hegel'in sivil toplumun kaçınılmaz ve çözülemeyecek sorunu olarak gördüğü yoksulluk, Marx'ın anlatısında öne çıkar. Marx, Hegel'in çözümsüz bıraktığı yoksulluk sorununa odaklanır. Onun projesi aynı zamanda yoksulların kurtuluşuyla ilgili bir projedir.

Marx, sivil toplum ve devlet ilişkisini diyalektik bir biçimde kavrar. Buna göre sivil toplum ve devlet ilişkisinde ikiliği oluşturan öğelerden birinin kalkmasıyla, diğer öğe de ortadan kalkar. Yani sivil toplum ortadan kalkınca devlet de aşılacaktır. Bu ikiliğin aşılması; sınıfsal yapının ortadan kalkması, yabancılaşmanın aşılması ve özgürleşme anlamına gelir. Bu anlamda bütüncül bir kurtuluş projesine ve demokrasiye karşılık geldiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- ANJUM, Tanvir, “Historical Trajectory of the Development of the Concept of Civil Society in Europe: From Aristotle to Gramsci”, *Journal of Political Studies*, Vol. 1, Issue 2, 2010, s.147-155.
- AVİNERİ, Shlomo, *Hegel’s Theory of the Modern State*, Cambridge: Cambridge University Press., 1972.
- BARTONEK, Anders, “Abstract Labour Against Capitalism? Hegel’s Concept of Labour in Between Civil Society and the State”, *Culture Unbound, Journal of Current Research*, Volume:6, 2014, s.115-118.
- BAYRAMOĞLU, Sonay, “Küreselleşmenin Yeni Siyasal İktidar Modeli: Yönetişim”, *Praksis Dergisi*, S.7, 2002, s.88.
- CHANDHOKE, Neera., *State and Civil Society: Explorations in Political Theory*, London: Sage, 1995.
- COHEN, Jean L. *Class and Civil Society: The Limits of Marxian Critical Theory*, Amherst: University of Massachusetts Press, 1982.
- DEMİR, Gökhan - ÖZTOĞAY, Dünya Ahtem, “Hegel ve Marx’ta Sivil Toplum”, *Doğu Batı*, 2011, s.115-117.
- DRAPER, Hal, “Marx On Democratic Forms Of Government”, *Socialist Register*, Vol.11, 1974, s.115.
- DRAPER, Hal, *Karl Marx’s Theory of Revolution, Vol.I: “State and Bureaucracy,”* New York: Monthly Review Press, 1977, s.86-87.
- EHRENBERG, John, *Civil Society: The Critical History of an Idea*, New York: New York Univ. Press, 1999.
- FEMİA, Joseph V., *Marxism and Democracy*, Clarendon Press-Oxford, 1993.
- FUNK, Nanette, “Socialism and Democracy”, *Socialism and Democracy*, 3:1, 1989, s.86 vd.
- GOONEWARDEN, Kanishka- RANKİN, Katharine N., “The Desire Called Civil Society: A Contribution to the Critique of a Bourgeois Category”, *Planning Theory*, Vol 3(2), 2004, s.123.
- GÜL, Songül Sallan, *Sosyal Devlet Bitti, Yaşamın Piyasa! Yeni Liberalizm ve Muhafazakarlık Kıskaçında Refah Devleti*, 1.Baskı, İstanbul: Etik Yayınları, 2004.
- HALİFEOĞLU, Melek-YETİŞ, Mehmet, “Gramsci, Sivil Toplum-Devlet İkilği ve Kuramsal Kökenler”, *Mülkiye Dergisi*, 37(1), 2013, s.170-174.

- HEGEL, G.W.F., Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev: Cenap Karakaya, 2.Baskı, İstanbul: Sosyal Yayınları, 2004.
- KALDOR, Mary, “The idea of global civil society”, International Affairs 79, 3, 2003, s.584.
- KAYNAR, Mete Kaan, “Sivil Toplumun Kavramsal Tarihi ve Sivil Toplumla İlgili Güncel Tartışmalar”, H.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2005, s.348.
- KEANE, John “Despotizm ve Demokrasi”, Sivil Toplum ve Devlet Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar, Derleyen: John Keane, Ed: Savaş Köse, Çev: Levent Köker, Ahmet Çiğdem, Mehmet Küçük, Erkan Akın, Aksu Bora, Ayşe Nur, 1.Baskı, Ankara: Yedi Kıta Yayınları, 2004, s.68.
- MARX, Karl, Hegel’in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi, Çev: Kenan Somer, 1.Baskı, Ankara: Sol Yayınları, 1997.
- MARX, Karl- ENGELS, F., Alman İdeolojisi, Feuerbach, Çev: Sevim Belli, 3.Baskı, Ankara:Sol Yayınları, 1992.
- MARX, Karl, Yahudi Sorunu, Çev: Niyazi Berkes, 1.Baskı, Ankara: Sol Yayınları, 1997.
- SAVRAN, Gülnur Acar, Sivil Toplum ve Ötesi Rousseau, Hegel, Marx, 3.Baskı, İstanbul: Belge Yayınları, 2013.
- WOOD, Ellen Meiksins, “The Uses and Abuses of Civil Society”, Socialist Register, Eds. Ralph Miliband, Leo Panitch, John Saville, London: Merlin Press, 1990, Vol 26, 1990, s.61.
- YETİŞ, Mehmet, “Marx ve Sivil Toplum”, Praksis, Sayı:10, 2003, s.37-52.

HUKUKBİLİME KÜRESEL BİR BAKIŞ: WILLIAM TWINING

A Global View of Jurisprudence: William Twining

Nadire ÖZDEMİR*

ÖZ

Bu çalışma anaakım hukuk felsefesi literatüründen ayrılan görüşlere sahip William Twining'in küresel hukuk yaklaşımını betimleyici bir şekilde tanıtmayı amaçlamaktadır. Çok mercekli, eleştirel, bağlamsal ve olguya dayalı bir bakış açısını temel alan Twining, küreselleşmenin ortaya çıkardığı sorunları ele almak üzere hukukbilimin nasıl bir çerçeve sunması gerektiğini tartışmaktadır. Söz konusu çerçeve, 21. yüzyılın kendine özgü sorunlarıyla şekillenen hukuki meselelere çözüm sunmak açısından önem arz etmektedir. Çalışma Twining'in yaklaşımına ilişkin ana hatları çizmeyi amaçlamakta olup bu kapsamda yazarın üzerinde durduğu temel kavram ve esaslar belirtilecektir. Bu doğrultuda yazarın 'nerede durarak değerlendirmede bulunduğunu' açıklamaya özen gösterdiği yaklaşımı, ana akım hukukbilime yönelik eleştirileri ve bu eleştiriler doğrultusunda ortaya koyduğu küresel hukukbilim yaklaşımının temel noktaları tartışılacaktır. Twining'in, araştırmacının geçmişinin ve içinde bulunduğu konumunun, araştırdığı konuya ilişkin bakış açısını şekillendirdiğini vurgulamak üzere kullandığı "standpoint" terimi ve (hukuki) kavramların farklı hukuk kültürleri arasında rahatça yer değiştirmesine yönelik kullandığı "travel well" terimi konu kapsamında sınırlı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: William Twining, küresel hukuk, hukukbilim, hukuk felsefesi, kozmopolit hukuk.

Makalenin Geliş Tarihi: 28.07.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 06.09.2022.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, e-posta: naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003- 1406-4833.

ABSTRACT

This study aims to introduce William Twining's global view of law, which is shaped through the criticisms of the mainstream legal philosophy. Based on a multi-lensed, critical, contextual, and empirical perspective, Twining discusses what kind of framework should jurisprudence offer to address the problems posed by globalization. This framework is also important in terms of providing solutions to the legal problems shaped by the characteristics of the 21st century. The study aims to highlight the main points of Twining's approach, in this regard, the basic concepts and principles emphasized by the author will be discussed. In this direction, the author's concern to explain where he stands and evaluates, his criticisms of mainstream jurisprudence, and the outlines of the global jurisprudence approach he put forward in line with these criticisms will be discussed. The term "*standpoint*", which Twining uses to emphasize that the researcher's background and position shapes his perspective on the subject he researches, and the term "*travel well*", which he uses for the meaningful replacement of (legal) concepts between different legal cultures, will be discussed within the scope of the subject.

Keywords: William Twining, global law, jurisprudence, legal philosophy, cosmopolitan law.

I. Giriş

Hukuk felsefesi meselelerini çağın kendine özgü sorunlarına yönelik bir çerçevede ele almaya çalışan William Twining bütünsel ve zengin bakış açısıyla literatüre pek çok eser sunmuştur. Twining'in, çalışmalarında genel olarak dört farklı konuda odaklandığı söylenebilir: Multidisipliner bir alan olarak ispat hukuku, hukuk eğitimi, küreselleşme ve hukuk ve genel hukuk felsefesi (bilimi).¹ Yazarın bu dört farklı konuya ilişkin tüm çalışmalarını değerlendirmek bu makalenin amacını aşacağından, burada sınırlı olarak özellikle küreselleşme ve hukuka yönelik düşünceleriyle ilgili olan birkaç temel hususa dikkat çekilecektir. Bu kapsamda, Twining'in genel olarak çalışmalarında önemli bir yer tutan *standpoint* yaklaşımı, küresel hukuka

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1406-4833

¹ William Twining, *Jurist in Context: A Memoir*, New York: Cambridge University Press, 2019, s. 259.

yönelik bakış açısı ve bu bakış açısıyla çizdiği genel çerçeve ele alınacaktır. Bu doğrultuda, Twining'in anaakım hukuk felsefesi literatüründen ayrılan görüşleri betimleyici bir şekilde aktarılmaya çalışılacaktır.

II. “Çok azımız entelektüel köklerimizden çok uzaklaşabiliriz”: Twining'in *Standpoint* Yaklaşımı

Twining'in çalışmalarında çoğu zaman ‘nerede durarak değerlendirmede bulunduğunu’ açıklama gereksinimi içerisinde olduğunu görmekteyiz. Bakış açısını olabildiğince netleştirme arzusu, sonraki başlıklarda ele alınacağı üzere yazarın sıklıkla dile getirdiği geleneksel hukuk felsefesi teorisyenlerinin bakış açılarını genişletmesi ve zenginleştirilmesi gerektiği eleştirisi kapsamında yorumlanabilir. Twining'in, sahip olduğu (ve bir hukukçunun sahip olması gerektiğini savunduğu) çok perspektifli bakış açısını oluşturmasında ise akademik ve özel yaşamının farklı ülkelerde ve kültürlerde geçmiş olması etkili olmuş gibidir.

Twining 1934'te Uganda'da doğmuştur. Hayatının ilk 10 yılı Uganda ve Morityus'ta geçmiştir. İngiltere'ye eğitim için gitmiş, Oxford'ta hukuk okumuş ve hukuk eğitimi sırasında hukuka ve bilime bakış açısını değiştiren H. L. A. Hart'ın öğrencisi olmuştur. Mezuniyeti sonrası Hartum ve Darüsselam'da hukuk eğitimi vermiş, sonraki yıllarda da Sudan, Tanzanya, Kenya, Ruanda ve Etiyopya gibi Doğu Afrika ülkelerinde akademisyen olarak görev yapmıştır.² Bunun yanı sıra Amerika Birleşik Devletleri'nde gerek eğitim gerekse araştırma kapsamında bulunmuş ve entelektüel gelişimini oldukça etkilediğini her fırsatta belirttiği³ Karl Llewellyn'le birlikte çalışmıştır.⁴ Twining, kendi ifadesiyle “sömürgeci” bir çocukluk, “sömürgekarşıtı” bir ergenlik geçirmiş; kariyerine “neo-sömürgeci” bir başlangıç yapmış ve “sömürge dönemi sonrası”⁵ bir orta yaş ve devamı deneyimine

² Manuel Atienza and Raymundo Gama, “An intellectual journey with William Twining: an interview”, *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts, Essays in Honour of William Twining* içinde, Edited by U. Baxi, C. McCrudden and A. Paliwala, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 2.

³ Llewellyn'nin görüşlerinin izlerini özellikle Doğu Afrika deneyimi esnasında sıklıkla takip ettiğini ve bu görüşler üzerinden fikirlerini geliştirdiğini söylemektedir. (Twining, 2019, s. 79).

⁴ Atienza/Gama, s. 4-7.

⁵ Twining, her ne kadar geçmişini açıklamada kullandığı bu ifadenin kısmen tanımlayıcı olduğunu düşünse de gerek kavramın belirsizliği gerekse kavrama sonradan yüklenen siyasi mesajların kendi ifadesinin anlamını artık aştığını son çalışmalarında vurgulamaktadır. (Twining, 2019, s. 8).

sahip olmuş bir akademisyendir.⁶ Babasının Afrika'da sömürge yönetiminde görevli olarak çalışması, ebeveynlerinin yetiştirme tarzına yansıyan sömürgeci fikirlerle dolu bir çocukluk geçirmesinde etkili olmuştur. Bu fikirlere karşı görüşlerini 21 yaşına geldiğinde gerek dönemin siyasi hareketlerinden gerekse Avrupa'da bir araya geldiği Afrikalı arkadaşlarından etkilenerek oluşturmuştur.⁷ Sonraki yıllarda, "Batılı" bir hukuk hocası olarak Doğu Afrika ülkelerinde hukuk eğitimi vermek üzere çalışmış ve bu deneyimleri ona çok şey katmıştır. Zira Twining, üzerine kafa yorduğu herhangi bir araştırma konusunu sadece kitaplarla değil; algılarıyla, dahil oluşuyla ve tecrübesiyle de incelemektedir.⁸ Kendisini araştırmacı olarak yerleştiği bu dinamik konum, en az araştırdığı konu kadar önem verdiği araştırmacının bakış açısını da her seferinde açıklığa kavuşturma ısrarını beraberinde getirmektedir. Bu anlamda bakış açısı (*standpoint*), Twining yaklaşımında çok temel kavramlardan biridir. Ancak Twining, bu yaklaşımı literatürde bilinen şekliyle feminist duruş teorisine başvurarak değil, daha farklı bir bağlamda ortaya koyar.

Feminist duruş veya bakış açısı teorisi, geleneksel nesnellik iddiasını reddederek bilimsel bilginin, araştırmacının sosyal konumuyla etkilenerek ortaya konduğunu iddia eder.⁹ Feminist epistemolojide, nesnellik ve tarafsızlık iddiası arkasında gizlenen eril kültürün kadın bilgisini de gölgelediğine, kadın deneyimlerinin de gözetilmesi ve bu anlamda "bilginin kaynağının mukteditinden mağdura kayması" gerektiğine dikkat çekilmektedir.¹⁰ Ancak Twining'in *standpoint* yaklaşımı feminist epistemolojiden bağımsız olarak gelişmiş gözükmektedir.

Twining *standpoint* yaklaşımını ünlü İngiliz tarihçi Collingwood ve yazar Lubbock'tan esinlenerek geliştirmiştir. Ancak hukukçu kimliğine olan katkısını her seferinde vurguladığı hocası Hart'ın da bakış açısına ilişkin sorgulamalarında etkisi olduğunu belirtir. Hart'ın Oxford'da verdiği dersler

⁶ William Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. xiii-xiv.

⁷ Twining, 2019, s. 8-9.

⁸ Peer Zumbansen, "Why Global Law Is Transnational; Remarks on the Symposium around William Twining's Montesquieu Lecture" *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013): 463.

⁹ "Standpoint theory", <https://www.britannica.com/topic/standpoint-theory>, Erişim tarihi: 8.6.2022.

¹⁰ Fehmiye Ceren Akçabay, "Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* içinde, Ed. G. Uygur/N. Özdemir, Ankara: Seçkin, 2022, s. 39-40.

ve konuşmalarda “adalet nedir”, “sanat nedir” gibi soruların cevaplanmadan önce kavramların sorgulanması gerektiğine, çünkü belirsizliğin şüpheli varsayımlar üzerinden şekillenen yorumlara yol açabileceğine dikkat çekmesi, Twining’in ‘bakış açısı’ üzerine ilk defa düşünmesine sebep olmuştur.¹¹ Hart’ın dikkat çekmesi sayesinde belirsiz kavramları içeren soruları ‘kimin, hangi bağlamda ve hangi nedenle’ sorduğuna göre verilecek cevabın da şekillenebileceğini fark etmiştir. Bu fark ediş, *standpoint* üzerine kafa yormasına da vesile olmuştur.¹² Ancak bu konuda bir tür “aydınlanma” yaşaması Collingwood ve Lubbock eserlerini okumasıyla başlamıştır. Ona göre farklı uzmanlıklara ve geçmişlere sahip olmak farklı bakış açıları kazandırmaya ve bu bakış açıları eşliğinde olayları farklı merceklerden değerlendirmeye yardımcı olacaktır. “Mercek” kavramı gerek teorik gerekse pratik hukuk sorunlarındaki bakış açısı yaklaşımıyla ilgili olarak da önem arz eder.¹³

Öte yandan feminist duruş yaklaşımından farklı olarak, Twining’in *standpoint* yaklaşımı epistemolojik bir arayıştan ziyade, çoklu bir bakış açısını oluşturmada gözetilmesi gereken pratik bir meseleyle ilgilidir. Keza Twining de bakış açısına ilişkin ilgisinin ve yaklaşımının felsefi olmaktan ziyade pragmatik olduğunu altını çizer.¹⁴ Hatta kendisine yöneltilen, “*standpoint* yaklaşımının ‘herhangi bir yerden bakmamak’ (*view from nowhere*) anlamına mı geldiği” sorusunun nesnellik, bilgi, özgürlük, benlik gibi derin ve karmaşık felsefi sorunları içerdiğini, kendisinin ise bunlara verecek hazır bir cevabı olmadığını ve nesnellik ve öznelliği göreceli bir mesele olarak gördüğünü belirtir.¹⁵

Twining, bireysel hikayelerin hukuka bakış açısını etkilediğini ve bu anlamda teorisyenlerin hukuka ilişkin yorumlarını şekillendirdiğini farklı bağlamlarda da ortaya koymaktadır. Örneğin küresel bir hukuk anlayışı için görüşlerine önem verilmesi gerektiğini düşündüğü Güneyli teorisyenlerin yaklaşımlarını, söz konusu teorisyenlerin geçmişleriyle bağlantı kurarak ele almaktadır. Bu kapsamda Francis Deng, Abdullahi An’Naim, Yash Ghai ve Upendra Baxi’nin insan hakları görüşlerini, bu yazarların yetiştikleri

¹¹ Twining, 2019, s. 116-117.

¹² Twining, 2019, s. 116.

¹³ Twining, 2019, s. 117-118.

¹⁴ Twining, 2019, s. 123.

¹⁵ Twining, 2019, s. 123.

ortamlara vurgu yaparak değerlendirmektedir.¹⁶ Twining'e göre farklı bir kişisel geçmişe sahip veya farklı bir hukuk geleneğinde yetişmiş bir hukukçu önemli ölçüde farklı bir resim sunacaktır. Zira “çok azımız entelektüel köklerimizden çok uzaklaşabiliriz.”¹⁷ Bu doğrultuda yaptığımız her yorumda, belirli bir bağlam, bakış açısı, rol ve amaçla şekillenmiş olan kendi duruşumuzu da sergileriz.¹⁸ Twining, hemen hemen her çalışmasında araştırmacının bakış açısını açıklığa kavuşturmanın bir yolu olarak şu sorunun altını çizer: “Kim, kime, hangi bağlamda, hangi soruyu/soruları sormaktadır?”¹⁹

Twining, bakış açısı yaklaşımına gerek hukuk eğitimi verirken gerek hukukbilime²⁰ ilişkin metinleri çözerken gerekse hukuk teorisine ilişkin farklı görüşleri anlamaya çalışırken başvurduğunu belirtir.²¹ Bir İngiliz hukukçu olarak önyargılarının farkında olduğuna ve değerlendirmelerinin bu önyargılardan ister istemez etkilenmiş olabileceğine dikkat çeker.²² “Geçmişim, deneyimim ve bakış açım oldukça kozmopolittir, ancak önyargılarım ve kültürüm İngiliz; eğitimim ortak hukuk ve ana dilim İngilizcedir.”²³ Dolayısıyla kendisinin bir İngiliz hukukçu bakış açısıyla olayları değerlendirdiğini, ancak kendi geçmişinin bu bakış açısını zenginleştirdiğini ve nihayetinde küresel hukuka ilişkin kafa yormasında önemli bir rol oynadığını söyler.²⁴ Zira bu zengin bakış açısı, oldukça ‘karmaşık’ bir meseleye ışık tutmakla kalmamış, söz konusu meseleyi keskin (kendi deyimiyle ‘sıkıca paketlenmiş’) teoriler üretmekten kaçınarak daha çok sorunları keşfetmekle ilgilenen bir ‘sorgulama faaliyeti’ yaklaşımıyla hareket etmesini sağlamıştır.²⁵ Kısacası, araştırmacının bakış açısındaki zenginlik,

¹⁶ William Twining, "Human Rights: Southern Voices - Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai, Upendra Baxi," *Review of Constitutional Studies* 11, no. 2 (2006): 275.

¹⁷ Twining, 2009, s. xiv.

¹⁸ Wiliam Twining; David Miers, *How to Do Things with Rules*, New York: Cambridge University Press, 2010, s. 15.

¹⁹ Twining, 2019, s. 116.

²⁰ *Jurisprudence* kavramı literatürde “hukuk bilimi” veya “hukukbilim” olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada söz konusu kavrama ilişkin ikinci çeviri esas alınmıştır. (Esinlenen çeviri ve ilgili kavramların diğer açıklamaları için bkz. Eveline T. Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Paradigma, 2010, s. 3, dn. 2; s. 15-21).

²¹ Twining, 2019, s. 120.

²² Twining, 2009, s. 323-324.

²³ Twining, 2009, s. xiv.

²⁴ Twining, 2009, s. xiv.

²⁵ Twining, 2009, s. xiv.

araştırdığı meseleleri ele alış tarzına da yansır. Bu anlamda Twining’in çalışmalarının özü olan hukuka geniş bir perspektiften ve çok mercekli bir bakış açısıyla yaklaşılması gerektiği iddiası, akademik yaşamına yön vermiş olan hayat tecrübesinden beslenmiştir.²⁶ Bu doğrultuda, Twining *standpoint* yaklaşımını genel hukuk teorisini oluşturmada kullanır. Zira yazara göre bir hukukçunun, içinde bulunduğu hukuk geleneği ve kültürü dışındaki fikir ve değerlerden bihaber olarak “evrensel” bir yaklaşım ortaya koyması zordur.²⁷ Keza, daha adaletli bir uluslararası düzen ve kozmopolit hukuk disiplini, Batılı olmayan insanların ve geleneklerin bakış açılarının da değerlendirilmesini gerektirir.²⁸ Nihayetinde böyle bir değerlendirme sonucunda Twining küresel hukukbilime yönelik saptamalarını ortaya koymuştur.

III. “Her çağ kendi hukukunu yaratır”: Küresel Hukukbilim²⁹

Çağdaş literatürde temel bir kavram olarak küreselleşme, hukuka ilişkin sorunların karmaşıklığını ve değişkenliği de vurgulamaktadır ve bu vurgu Twining’in özellikle sonraki çalışmalarında oldukça öne plandadır.³⁰ Twining’e göre her çağ kendi hukukunu yaratma ihtiyacındadır, dolayısıyla küresel hukuk da aslında küreselleşmenin getirdiği sorunlara cevap bulmak amacını taşır.³¹

Twining’in son 20-25 yıl boyunca çalışmalarını küreselleşme ve hukuk alanında yoğunlaştırdığını görmekteyiz. Yazar, tüm bu çalışmalarını özellikle dört yönlü bir strateji kapsamında ortaya koyduğunu belirtir. Bu strateji doğrultusunda öncelikle, küreselleşmeyle ilgili genel literatürü incelemiş, ikinci olarak Anglo-Amerikan hukuk geleneğini küreselleşme bakış açısıyla

²⁶ Kendi deyiimiyle her ne kadar küreselleşme üzerine 1990’larda çalışmaya başlamış olsa da “panoramik görünüm” ve “bütünü görme” arzusu yaşamı boyunca kendisini takip etmiştir (Twining, 2019, s. 228).

²⁷ Twining, 2006, s. 204.

²⁸ Twining, 2006, s. 274.

²⁹ Twining’e göre hukukbilim (*jurisprudence*) hukuk disiplinin teorik kısmıdır. Yazar hukukbilimi ve hukuk teorisini (*legal theory*) eşanlamlı olarak kullanırken hukuk felsefesini, hukukbilimin en soyut alanı olarak tanımlamaktadır. (Twining, 2009, s. 8). Öte yandan normatif ve analitik hukukbilimin yanı sıra hukuk sosyolojisi de hukukbilimin olgularla ilgilenen yanı olarak belirlemektedir. (Sururi Aktaş, “Hukuk Kavramının Analizi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67 (2) 2018, s. 233).

³⁰ DJ Galligan, "Concepts the Currency of Social Understanding of Law: A Review Essay on the Later Work of William, Twining," *Oxford Journal of Legal Studies* 35, no. 2 (Summer 2015), s. 376.

³¹ William Twining, "Responding to Globalization," *Osgoode Hall Law Journal* 49, no. 2 (2011), s.355.

eleştirel olarak yeniden gözden geçirmiş, daha sonra ilk iki adımdan yola çıkarak oluşturmaya başladığı teorisini birtakım vaka dizisi bağlamında somutlaştırıp temellendirmiş ve nihayetinde hukuka küresel bir bakış açısına yönelik genel ve geçici birtakım sonuçlara varmıştır.³² İzlediği bu yol doğrultusunda, küreselleşme ve hukukla ilgili önceki çalışmalarını da genişletip topladığı üç temel eser vermiştir. Bu eserler, *Globalisation and Legal Theory* (1999-2000), *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective* (2009) ve *Globalisation and Legal Scholarship* (2011) isimli kitaplarıdır. Özellikle ilk çalışmasının genişletilmiş versiyonu olan ikinci kitabı, küreselleşme ve hukuk alanında yazdığı en temel eser olarak belirtilebilir. Bu alandaki son çalışmasında ise küresel bakış açısını hukuk akademisyenlerine yönelik ele almakta ve küreselleşmenin dayattığı değişime ayak uydurmak adına, bir anlamda “devrimci” hukukçuların yetişmesi gerektiğinin altını çizmektedir.³³ Bu başlıkta, daha çok yazarın ilk iki kitabı ve ilgili makaleleri ışığında küresel hukuk yaklaşımına yönelik ana hatlar ortaya konacaktır.

A. Anaakım Hukukbilime Yönelik Eleştiri

Twining, pek çok çalışmasında anaakım Batı hukuk literatürünün³⁴ zengin mirasına rağmen küresel bir açıdan bakıldığında oldukça dar görüşlü olduğu, deneysel olmayan (*unempirical*)³⁵ bir nitelik arz ettiği ve hatta etnosentrizme kayan bir çizgi üzerinden ilerlediği eleştirisini getirmektedir.³⁶ Bu özellikleri haiz söz konusu hukuk sistemlerinin diğer hukuk geleneklerini ve kültürlerini göz ardı etmeyi bırakarak bakış açısını eleştirel bir gözle genişletmesi gerekmektedir.³⁷ Bu doğrultuda küreselleşme, Twining’in

³² Twining, 2019, s. 235.

³³ Sas Ansari, "Globalisation and Legal Scholarship: William Twining's Call for Revolutionary Jurisprudence," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013), s. 661.

³⁴ Yazar özellikle (fakat sınırlı olmayacak şekilde) Kant, Bentham, Rawls, Llewellyn ve Hart'ın çalışmalarının ve aynı çizgide ilerleyen diğer çalışmaların ana hatlarını çizdiği literatürü ‘Batılı anaakım hukuk felsefesi literatürü’ olarak nitelendirmektedir. Diğer yandan bu literatürü eleştirel ve çok perspektifli bir çerçeveye sokma çabası içerisinde olduğunu düşündüğü Patrick Glenn, Boaventura Santos, Brian Tamanaha, Thomas Pogge ve John Tasioluas gibi Batılı akademisyenleri de takdir etmeden geçmez (Twining, 2009, s. xv).

³⁵ Yazarın geleneksel Batı literatürünün deneysel (ampirik) olmamasından kastı, söz konusu yaklaşımların genellikle kavramlara ve kurallara odaklanması ve hukukun fiili işleyişine ve sonuçlarına çok az ilgi göstermesidir. (Twining, 2009, s. 236-237).

³⁶ Twining, 2009, s. xi.

³⁷ Twining, 2009, s. xi.

analitik hukuk felsefesi eleştirisine meydan okuduğu bir bağlam olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸

Twining'in anaakım Batı hukuk literatürüne yönelttiği eleştiriler başlıca üç konuda toplanabilir. Öncelikle pek çok Anglo-Sakson hukuk teorisyeni sadece Batı hukuk geleneği içerisinde çalışmalar ortaya koymuştur. Twining ise diğer hukuk geleneklerini daha çok önemsemek veya hukuka yönelik genel bir çerçeve çizerken dikkate almak gerektiğini ısrarla vurgulamaktadır. Ayrıca neredeyse tüm Batı hukukbilimi, devlet hukukuna odaklanmıştır³⁹ ve küresel bir bakış açısını bu yaklaşıma sığdırmak mümkün değildir.⁴⁰ Oysa ki hukukun hem uygulamaları hem de disiplini gittikçe daha kozmopolit hale gelmekte ve hukukbilimin de bu değişime ayak uydurması gerekmektedir.⁴¹ Daha kozmopolit bir hukuk disiplini, farklı hukuk kültürleri veya gelenekleri ya da düzenleri arasında beliren genelleme sorunlarıyla yüzleşmek zorundadır.⁴² Keza Twining'e göre ulus ötesi reform programlarına getirilen eleştirilerden birisi de bu hususla ilgilidir. Söz konusu programlar çoğunlukla yerel koşulları, gelenek ve kültürleri göz ardı ederek tek tip hukuki kurum ve araçlar sunmakta ve böylece bir anlamda etnosentrizme kaymaktadır.⁴³ Oysaki Twining, "kavram stokumuzun ne kadarının yerel ve bağlama özel" olduğu sorgulamasıyla hareket edildiğinde farklı bir sonuç alacağına inanmaktadır.⁴⁴

Bağlama ve yerele olan bu vurgu, kimi yazarlarca Twining'in analitik hukuk felsefesinin sosyolojiyi yeteri kadar ciddiye almadığı eleştirisiyle ilgili olarak yorumlanmaktadır.⁴⁵ Bu doğrultuda analitik hukukbilime ilişkin çalışmaların felsefeye yakınlaştıkça gündelik sorunlardan uzaklaştığı

³⁸ Dennis Patterson, "Twining's Complaint," *University of Miami International & Comparative Law Review* 15, no. 1 (2007), s. 61.

³⁹ Yazar özellikle Hart'ın birincil ve ikincil kurallar kapsamında ortaya koyduğu tanıma kuralı yaklaşımının modern hukuk sistemlerini incelemede sıklıkla kullanıldığını, ancak artık gerek Avrupa Topluluğu Hukuku gibi bölgesel kuralları gerekse dini hukukun geçerli olduğu topluluk kurallarını açıklamada yetersiz olan bu yaklaşımın ulusal, ulusötesi ve ulusüstü her seviye etkileşimi artık kapsayamadığını ileri sürmektedir. (Twining, 2009, s. 12)

⁴⁰ Twining, 2009, s. 12.

⁴¹ Twining, 2009, s. 12.

⁴² Twining, 2009, s. 60.

⁴³ Twining, 2009, s. 60. Kimi yazarlara göre Twining'in eleştirdiği Batı hukuku dışındaki hukuk geleneklerine yönelik bu tutum, söz konusu gelenekleri madun görmek veya onları "ötekileştirmek"tir. (Basil Ugochukwu, "From Reaction to Agency: A Subaltern Response to William Twining's Globalisation and Legal Scholarship," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013), s. 550). 549-565

⁴⁴ Twining, 2009, s. 61.

⁴⁵ Patterson, s. 62.

belirtilmektedir.⁴⁶ Bu eleştirilerin işaret ettiği ortak bir nokta analitik hukukbilimin hukukun doğasına ilişkin genel geçer bir çerçeve sunmaya çalışırken bağlamın inceliklerini takdir etmekten uzaklaştığıdır.⁴⁷

Bağlamsallık Twining'in küresel hukuk yaklaşımında öne çıkan temel bir unsurdur. Ona göre hukuk doktrini ve kavramları belirli bir bağlam içerisinde anlaşılmalıdır. Her ne kadar analitik hukukbilim uzun bir süre bağlamsallığı ve sosyo-hukuki bakış açılarını dışlamış olsa da (hatta bu görmezden gelme karşılıklıdır) bu hususun gittikçe değişmekte olduğu açıktır.⁴⁸ Twining'in küresel hukuk yaklaşımı da bu değişimden etkilenerek şekillenmiştir.

Twining, küresel hukuka yönelik “genel hukukbilim” olarak ifade ettiği araştırmasını “iki veya daha fazla hukuk geleneğinin, kültürünün veya düzeninin mikro karşılaştırmalıdan evrensele doğru teorik bir şekilde çalışılması” olarak tanımlamaktadır.⁴⁹ Evrensellik veya genellik iddialarına şüpheyle yaklaşan Twining, şu soruyu sorar: “*Hukuki gelenekler ve kültürler arasında -kavramsal, normatif, ampirik, yasal olarak- genelleme yapmak ne kadar anlamlıdır ve bu nasıl uygulanabilir?*”⁵⁰ Küresel bir hukuk yaklaşımında önemli bir noktaya işaret eden bu eleştirel sorudan hareketle de *travel well* kavramına açıklık getirir.

B. Kavramlar seyahate ne kadar dayanıklıdır: “Travel Well”

Küresel bir hukuk anlayışı yolculuğunda Twining, karşılaştırmalı hukuk metodolojisine de göndermede bulunmaktadır. Zira Denis Galligan'ın deyimiyle Twining analitik, normatif, realist, antropolojik ve karşılaştırmalı yaklaşımların tümünün “tutarlı bir bütünde birleştirilmesi amacına hizmet eden”⁵¹ bir görüş ortaya koymaktadır.⁵² Bu doğrultuda Twining, anaakım hukukbilimde kullanılan mevcut kavram dizisinin, farklı hukuk gelenekleri ve kültürleri hakkında anlamlı bir şekilde konuşmak için yeterli olup olmadığını

⁴⁶ Walter Probert, "Twining on Legal Theory," *Law and Society Review* 21, no. 5 (1988), s. 849.

⁴⁷ Patterson, s. 62.

⁴⁸ Örneğin Twining Cotterrell, Griffiths ve Roberts'ın Hart'ın “Hukuk Kavramı” çalışmasının sosyal bilimlere olan katkısını vurguladıklarını belirtmektedir. (Twining, 2009, s. 60).

⁴⁹ Twining, 2009, s. 20-21.

⁵⁰ Twining, 2009, s. 20.

⁵¹ Furkan Kararmaz, Dilara Buket Tatar, “Dünyanın Hukuk Kuramı”, *Hukuk Kuramı*, C. 3, S. 2, Mart-Nisan 2016, s. 35.

⁵² Galligan, s. 373.

sorgular. Bu sorgulamayı da “hangi kavramların görece daha iyi ya da kötü 'seyahat ettiği’” ve bunun sebeplerinin neler olduğu sorusu ışığında yapar.⁵³

Twining’in kavramların seyahati için kullandığı İngilizce ifade “travel well”⁵⁴ dir. Aslında *travel well*’in şarap için kullanılan bir deyim olduğunun altını çizerek kendisinin söz konusu deyimde ulus ötesi veya kültürlerarası hukuk kavramlarını değerlendirmede ampirik ve pragmatik bir test olarak başvurduğunu belirtir. Bu anlamda *travel well* olarak nitelendirdiği, bir kavramın (veya terimin) yer değiştirmeye ne kadar müsait olduğuna ilişkin uygunluk değerlendirmesidir.⁵⁵ Söz gelimi, bir kavram İngiltere’de kullanılan anlamını İtalya’da da korumakta mıdır? Veya Japonya’da söz konusu kavram benzer şekilde kullanılmakta mıdır?⁵⁶ Kısacası kavramların ve terimlerin seyahate dayanıklı olması, onların “farklı bağlamlara aktarılabilirliği” ile ilgilidir.⁵⁷ Söz konusu seyahat hukuk kültürleri arasında olabileceği kadar aynı hukuk kültürü içerisinde farklı hukuk alanları arasında da gerçekleşebilir.⁵⁸

Örneğin “hak” kavramı İslam hukukunda ve Batı hukukunda aynı anlama mı sahiptir? “İnsanlık dışı ve aşağılayıcı muamele”nin tam sınırlarının belirlenmesi ne ölçüde genel ilkelere veya yerel kültür ve koşullara dayanmaktadır? Farklı hukuk kültürleri ve gelenekleri veya farklı iflas rejimi modelleri olan ülkeler için tek tip iflas hukuku taslağı hazırlamak mümkün müdür?⁵⁹ Bu ve benzeri sorularla neye işaret etmeye çalıştığını daha somutlaştırmak adına Twining, “yolsuzluk” ve “rüşvet”in farklı kültürlerdeki anlamını ele alır. Örneğin Gana’da “*dakh*” denilen, otorite sahibi kişilere ufak hediyeler sunma pratiği, görev ve saygı meselesi olarak yorumlanmaktadır. Arapçadaki “*baksheesh*” sözcüğü de bağlama göre hediye, ikramiye veya bahşış anlamlarına gelebilmektedir.⁶⁰ Bu sözcüklerin ceza hukuku açısından karşılıklarını karşılaştırmalı olarak inceleyen Twining, bu incelemede seyahat

⁵³ William Twining, "Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context," *International Journal of Law in Context* 1, no. 1 (March 2005), s. 5.

⁵⁴ Bu makalede “seyahate dayanıklı” veya “iyi seyahat edebilen” olarak çevrilmiş olan *travel well*’in sözlük anlamı “gıda gibi ürünlerin, zarar görmeden veya kaliteleri bozulmadan uzun bir mesafeye taşınabilmeleri” olarak açıklanmaktadır. [<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/travel-well> (Erişim tarihi: 15.06.2022)].

⁵⁵ Twining, 2009, s. 44.

⁵⁶ Twining, 2009, s. 43.

⁵⁷ Twining, 2009, s. 44.

⁵⁸ Twining, 2009, s. 44.

⁵⁹ Twining, 2005, s. 5.

⁶⁰ Twining, 2005, s. 26.

etmesi zor kavramlara işaret etmektedir. “Rüşvet” veya “yolsuzluk” gibi sözcüklerde açıklayıcı unsurları suçlayıcı/kınayıcı unsurlardan ayırmanın pratikte zor olduğuna dikkat çeken yazar, bu tarz duygusal çağrışımları olan terimlerin karşılaştırmalı analizleri zorlaştırdığını düşünmektedir.⁶¹ Ayrıca, ulus devlet ve modern kamu sektörü söz konusu olduğunda belirtilen kavramlara ilişkin karşılaştırma yapmanın bir nebze daha kolaylaştığına, ancak farklı bağlamlar açısından bunun giderek zorlaştığına da dikkat çekmektedir.⁶²

Öte yandan insanlık dışı muamele kavramını çeşitli ülkelerdeki hapisane koşulları kapsamında (daha çok temiz suya erişim özelinde) tartışan Twining, söz konusu kavramın farklı hukuk kültürlerine rahatça taşınabilir ve bu anlamda seyahate dayanıklı olduğunu ileri sürer. Çeşitli vaka incelemelerinde insanlık dışı muameleyle ne ifade edilmeye çalışıldığı, somut olayın özelliklerine göre birtakım anlaşmazlıklara yol açabilse de ilgili kavram makul bir tartışma yürütmek açısından ortak bir zemin bulmaya engel olacak kadar bambaşka anlamlara gelmemektedir. Zira Twining’e göre öncelikle söz konusu kavram, ilgili konuları tartışabilmek adına genel bir çerçeve sunabilmektedir. İkinci olarak, bu tartışma çerçevesi temel insan ihtiyaçlarının ne olduğu fikrine doğrudan bir bağlantı sağlamaktadır. Son olarak söz konusu kavram, farklı sosyal ve ekonomik bağlamlarda yorumlanmak ve uygulanmak açısından belirli bir derece esnekliğe sahiptir.⁶³ Dolayısıyla hukuki bir kavramın veya terimin seyahate dayanıklı olması hususu, onun ilgili tartışmalara sunduğu zemin, bu zeminde yürütülen tartışmaların ortak bir anlama işaret etmesi ve bu anlamın esnekliği doğrultusunda değerlendirilmektedir.

Twining, taşınabilir kavramlarla ilgili olarak, önceki başlıkta da zikredilmiş olan ulus ötesi reform programlarına yönelik eleştiriye de dikkat çeker. Bu programlarda genellikle yerel koşullardan, geleneklerden ve kültürlerden bihaber şekilde, ‘tek beden herkese uyar’ varsayımıyla hareket edilmektedir. Bu yaklaşımı eleştiren Twining, eleştirisinin aslında kavramsal bir meseleye işaret etmekte olduğunu iddia eder. Söz konusu programlarda kullanılan kavram dizisinin ne ölçüde yerel ve bağlama özgü olduğunu sormak, başarılı bir program yönetmek açısından önem arz eder.⁶⁴ Bu

⁶¹ Twining, 2005, s. 32.

⁶² Twining, 2005, s. 33.

⁶³ Twining, 2005, s. 10.

⁶⁴ Twining, 2005, s. 34.

doğrultuda seyahate dayanıklı kavramlar, farklı kültür ve geleneklerin hukuki sorunlarına işaret etmek ve bunlara yönelik çözüm sunmak açısından da anahtar bir rol üstlenecektir.

Kısacası, kavramların farklı hukuk kültürlerine ve geleneklerine taşınabilirliği aslında bir “genelleme” meselesidir ve bu husus da Twining’in küreselleşmenin beraberinde getirdiği sorunlara hukukun cevap vermesi amacıyla ortaya koymaya çalıştığı küresel hukukbilimle doğrudan ilgilidir.⁶⁵ Zira Twining, hukuki olguları küresel bir perspektiften ele almak adına az çok esneklik arz eden bir kavram çerçevesi ortaya koymayı ve küresel hukuk yaklaşımını bu çerçevede inşa etmeyi amaçlar.⁶⁶

C. Hukuka Küresel Bir Yaklaşım

Twining, hukuka küresel bir bakış açısının, mevcut tarihsel koşullarda bir zorunluluk olarak belirdiğini ileri sürer. Ancak her ne kadar (özellikle ekonomi, sosyoloji ve uluslararası ilişkilerde) küreselleşme tartışmaları 1990’larla birlikte görünür olmuş olsa da hukuk bu tartışmalara daha geç (1990’ların sonunda) dahil olmuştur.⁶⁷

Twining’e göre küreselleşme⁶⁸ sadece ekonomi ve ticaret açısından değil, aynı zamanda iletişim, bilim, teknoloji, dil, göç, ekoloji, iklim, hastalık, savaş ve barış, güvenlik gibi hususlar kapsamında da etkileşimi ve karşılıklı bağımlılığı artıran süreçlere işaret etmektedir.⁶⁹ Küreselleşme, alt-küresel aşamalarda, farklı bağlamların karşılıklı bağımlılığıyla gerçekleşir.⁷⁰ Yazarın alt-küreselleşmeden kastı hukuk geleneklerinin, diasporaların, dilin, ticari ilişkilerin, bölgesel ve diğer anlaşmaların, vb. etki alanlarının tüm dünya çapında değil; alt-küresel düzeyde hüküm sürmesidir.⁷¹

Twining, 'küreselleşme' terimini, bu sürecin ulusal sınırları aşmasına veya bir bütün olarak dünyayı etkileyip etkilemediğine bakmaksızın, “insan

⁶⁵ Sol Picciotto, "Review Essay", *International Journal of Law in Context* 1, no. 4 (December 2005), s. 427.

⁶⁶ Twining, 2009, s. 87.

⁶⁷ William Twining, "Responding to Globalization," *Osgoode Hall Law Journal* 49, no. 2 (2011), s. 353.

⁶⁸ Küresel veya küreselleşme gibi sözcüklerin oldukça belirsiz olduğunun farkında olarak, yukarıda aktarılmış olan kendi küreselleşme tanımını Anthony Giddens’tan esinlenerek oluşturduğunu belirtir. (Twining, 2009, s. 14).

⁶⁹ Twining, 2009, s. 14.

⁷⁰ Twining, 2009, s. 445.

⁷¹ Twining, 2019, s. 232.

ilişkilerini daha bağımsız hale getirme eğiliminde olan herhangi bir süreç” anlamında geniş olarak kullanılmaktadır.⁷² Bu doğrultuda, hukuka ilişkin küresel bir bakış açısı, sadece ulus devlet, bölgesel ve küresel üçlemesi kapsamında değil her seviyeden ilişki ve düzeni göz önünde bulundurmaya gerektirmektedir.⁷³ Bu kapsamda Twining, bir “büyük teori” ileri sürmekten kaçınmakla birlikte, çalışmasının birtakım ana saptamalar üzerinden ilerleyip şekillendiğine de dikkat çekmektedir. Bunlar arasında öne çıkanları şu şekilde sıralamak mümkündür:⁷⁴

- Sözde 'küreselleşme' süreçlerinin çoğu alt-küresel düzeylerde gerçekleşmektedir.
- He ne kadar kimi zaman küresel veya küreselleşmek (“k-sözcükleri”⁷⁵) abartılı ve içi boş anlatımlara araç olsa da küresel bir bakış açısı benimsemek aydınlatıcıdır.
- Kavramlar veya normlarla ilgili evrensellik veya genellik iddiaları, yalnızca tek bir hukuk geleneğine aşinalığa dayanıyorsa bunlar dikkatle ele alınmalıdır.
- Faaliyet olarak hukukbilimin alanları analitik, normatif ve ampirik araştırmalara uygun bir şekilde bölünebilir, ancak çoğu teorik araştırma kavramsal, normatif ve ampirik boyutları içerdiğinden bu ayrımlara çok fazla ağırlık verilmemelidir.
- Feminizm ve diğer eleştirel hukuk akımları, hukukun küresel bir bakış açısı oluşturmaya önemli katkılar sunmaktadır.

Küresel bir bakış açısı, hukukun farklı düzeylerinin, devlet dışı hukukun, normatif ve hukuki çoğulculuğun önemini ortaya çıkarmaktadır.⁷⁶ Bu doğrultuda Twining’e göre “küresel bir perspektiften hukuk, bir veya daha fazla bağlantı ve düzen seviyesindeki özneler arasındaki ilişkileri düzenlemeye yönelik bir tür kurumsallaşmış sosyal pratiktir.”⁷⁷ Dolayısıyla

⁷² Sas Ansari, "Globalisation and Legal Scholarship: William Twining's Call for Revolutionary Jurisprudence," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013), s. 662.

⁷³ Twining, 2009, s. 15.

⁷⁴ Twining, 2009, s. xviii-xx.

⁷⁵ Yazar global sözcüğünü esas alarak “g-words” olarak ifade etmektedir.

⁷⁶ Twining, 2009, s. 121.

⁷⁷ Twining, 2009, s. 117. Twining, bu tanımı, Anglo-Amerikan pozitif hukuk anlayışından yola çıkarak şekillendirmektedir. Bu kapsamda Hart’ın pozitivizmin iki temel özelliği olan ayırma tezi ve sosyal kaynak tezini kabul etmekle beraber küresel hukuk anlayışına daha

yazar, hukuku kurallar, ilkeler, kavramlar ve kural sistemleri olarak ele alan dar bir görüşün ötesinde; sosyal uygulamaları, kuralları, kurumları, süreçleri ve süreçteki kişileri de kapsayan bütünsel bir bakış açısı ortaya koymaktadır.⁷⁸

Twining, küreselleşmenin hukukun pek çok alanına yön verici nitelikte olduğuna dikkat çekerek, orta ve uzun vadede bu etkinin daha da baskın olacağını öngörmektedir. Söz konusu etki, uluslararası kamu hukuku veya uluslararası ticaret gibi yerleşik ulus ötesi alanlarda olduğu gibi sınırların belirsizleştiği geçiş hukuku (*transitional justice*) veya internet hukuku gibi yeni alanlara da hareketlilik kazandırmaktadır.⁷⁹ Bu hareketlilik, hukukta iklim değişikliği, göç, yoksulluk, medya gibi konuların da daha fazla tartışılmasına sebep olmaktadır.⁸⁰ Ayrıca özellikle çokkültürel toplumların kaçınılmaz bir sonucu olarak daha önceden ulusal hukuk sınırlarında tartışılan (aile hukuku, ceza hukuku, iş hukuku gibi çeşitli alanları ilgilendiren) kimi hukuki meselelerin artık ulus ötesi tartışmaları tetiklediği gözlenmektedir.⁸¹ Bu doğrultuda Twining, küresel bir bakış açısı benimsemenin, devletleri merkezileştirmek anlamına geldiğini ileri sürer.⁸² Hukukun seviyeleri (*levels of law*) çeşitli, karmaşık, çok perspektifli ve dinamikdir.⁸³ Dolayısıyla normatif düzenlerin keskin sınırlar içerisinde hüküm sürmediğine, aralarında bir etkileşim olduğuna ve görünen kısımların aslında arkasında daha karmaşık yapıları barındırdığına dikkat etmek gerekir.⁸⁴ Twining, söz konusu karmaşık hukuki yapıların çeşitli bağlamlarda küreselleşmeyle ilişkisini ortaya koyan bu öngörülemez yol boyunca, hukukçuların bakış açısını yeniden gözden geçirmesi ve gerekirse değiştirmesi gerektiğinin altını çizmektedir.⁸⁵

uygun bulduğu Tamanaha ve Llewellyn'nin görüşlerini kullanarak söz konusu hukuk anlayışını ortaya koymaktadır. Ancak yazar bunun bir tanım ("Twining'in hukuk tanımı") olmadığını altını çizerek farklı bağlamlarda farklı hukuk kavramlarına başvurduğunu, küresel hukukbilime ilişkin çalışması kapsamında bu tanım üzerinden meseleyi ele aldığını belirtmektedir (Twining, 2009, s. 117).

⁷⁸ Twining, 2009, s. 443.

⁷⁹ Twining, 2009, s. 446.

⁸⁰ Twining, 2009, s. 446-447.

⁸¹ Ancak bunu belirtirken devletlerin demokrasi ve hakların korunmasındaki rolünün yadsınmayacağını altını çizer (Twining, 2009, s. 447).

⁸² William Twining, "Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 20, 2010, s. 514.

⁸³ Twining, 2009, s. 69-70.

⁸⁴ Twining, 2009, s. 69.

⁸⁵ Peer Zumbansen, "Theorizing as activity: transnational legal theory in context", *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining* içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 284.

IV. Sonuç

Twining'in yaklaşımında çok mercekli, eleştirel ve olguya dayalı⁸⁶ bir bakış açısının temel olduğunu söyleyebiliriz. Bu bakış açısından küresellik, tarihsel bir koşul olmanın yanı sıra bir analiz çerçevesi olarak da karşımıza çıkmaktadır.⁸⁷ Keza yazar, çağın koşullarına özgü hukuki sorunları tespit etmek ve bunlara yönelik çözümler üretmek adına küresel bir yaklaşımın gerekliliğine dikkat çekmektedir. Hukuka küresel bir bakış açısı, hukuka dair daha ayrıntılı, daha incelikli ve dolayısıyla daha karmaşık bir resim oluşturmamıza yarayacak çokdisiplinli bir merceğin kullanımını gerektirir.⁸⁸

Küresel hukuk analizinde Twining'in bağlamsallığa yaptığı vurgu da göze çarpmaktadır. Zira yazar hukuk teorilerinin filizlendiği sosyal koşulları göz önünde bulundurarak "hukuki gerçekliği daha büyük sosyal gerçekliğe dair perspektiflerin içine"⁸⁹ yerleştirmektedir. Bu doğrultuda küreselleşmenin "normatif sonuçlar üreten sosyal, tarihsel ve politik yapıları" göz önünde bulundurarak bağlamsal bir şekilde yorumlanması gerektiğine dikkat çekmektedir.⁹⁰ Yine, farklı sosyal gerçekliklerde aynı hukuk kavramlarının nasıl kullanıldığını incelerken, kavramların başka hukuk kültürlerine aktarılabilirliğiyle ilgili bağlamsal bir analiz ortaya koymaktadır.⁹¹

⁸⁶ Belirtmek gerekir ki Twining'in olgusalılığı öne çıkarması sadece küresel hukuk çalışmalarını değil; diğer konudaki çalışmalarını da etkilemiştir. Örneğin ispat hukukunun olgusalılığı, hukukbilimi olabildiğince sosyal gerçekliğe bakarak yorumlayan Twining için cezbedicidir. Keza yazara göre hukuki akıl yürütme ve yorum 'şeylerin' dünyada nasıl durduğuna ilişkin bir çıkarım yapma çabasıdır. Bu doğrultuda ispatın doğasına ilişkin bir akıl yürütme, hukuk kuralları ve ilkelerinin doğasına ilişkindir (Peter Tillers, "Introduction of William Twining," *Seton Hall Law Review* 38, no. 3 (2008), s. 876).

⁸⁷ Peer Zumbansen, "Why Global Law Is Transnational; Remarks on the Symposium around William Twining's Montesquieu Lecture," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013), s. 466.

⁸⁸ Ansari, s. 664.

⁸⁹ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, Çev. Saim Üye, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018, s. 43. Bu doğrultuda Cotterrell'in "hukuk felsefesini bağlamsal olarak yorumlamak" şeklinde nitelendirdiği yaklaşım Twining'in çalışmalarına uzak görünmemektedir. Cotterrell'in karmaşık ve bütünsel bir mesele olarak gördüğü bu yaklaşım, teorileri "kendi başına ve kendi bağlamında" incelemeyi öngörür. (Cotterrell, s. 39-43).

⁹⁰ Maria Panezi, "Mapping the Territory: Contextual Jurisprudence, Legal Pluralism and WTO Law and Development: A Response to William Twining's Internal Critique Thesis from the Point of Transnational Jurisprudence," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013), s. 575, s. 577.

⁹¹ Sol Picciotto, "Review Essay" *International Journal of Law in Context* 1, no. 4 (December 2005), s. 428.

Cotterrell'in belirttiği üzere “*hukuk ortamının hızla değişmekte olduğu bir bağlamda hukuk teorisinin görevlerinin statik kalamayacağı*” bir gerçektir.⁹² 21. yüzyılın koşullarında beliren ulusal ve ulus ötesi pek çok topluluk ağı ve bunların çeşitli düzenleme türleri, kavramsal ve kuramsal olarak analiz edilmeye ihtiyaç duymaktadır.⁹³ Bu ihtiyaç da kuşkusuz, söz konusu bağlamın bizzat kendisinin anlaşılmasını mümkün kılmak adına ortaya çıkmaktadır.⁹⁴ Twining'in ortaya koyduğu çalışmaların bu ihtiyaca bir cevap niteliği taşıdığı söylenebilir. Zira özellikle çokkültürel toplumlarda ve hukukun değişimini tetikleyen teknoloji çağında, Twining'in eleştiri konusu yaptığı devlet odaklı geleneksel hukuk anlayışının sarsılmaya başladığı ileri sürülmektedir. Her ne kadar Twining'in küresel hukuk yaklaşımı bu gelişmelere doğrudan bir cevap niteliği taşımasa da yazar, hukukçuları bakış açılarını genişletmeleri ve konfor alanlarından çıkmaları hususunda cesaretlendirmektedir.⁹⁵ Nihayetinde hukuka ilişkin genel bir teori ortaya koymanın amacı da bu tür meydan okumaları anlamlandırmak, eleştirilere yanıt bulmak, değişimi teşvik etmek ve bu yolda rehberlik etmektir.⁹⁶

⁹² Cotterrell, s. 403.

⁹³ Cotterrell, s. 403.

⁹⁴ Cotterrell, s. 403.

⁹⁵ Twining'in değişimi destekleyen bu girişimleri kimi yazarlarca “devrimci” bir hareket (Ansari, s. 668-669), kimi yazarlarca ise “ajan provokatör” rolünü üstlenmiş bir yenilikçi olarak yorumlanmaktadır (Zumbansen, 2015, s. 284).

⁹⁶ Twining, 2009, s. 445.

Kaynakça

- Fehmiye Ceren Akçabay, "Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* içinde, Ed. G. Uygur/N. Özdemir, Ankara: Seçkin, 2022: 17-56.
- Sururi Aktaş, "Hukuk Kavramının Analizi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67 (2) 2018: 227-252.
- Sas Ansari, "Globalisation and Legal Scholarship: William Twining's Call for Revolutionary Jurisprudence," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013): 660-685.
- Manuel Atienza and Raymundo Gama, "An intellectual journey with William Twining: an interview", *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts, Essays in Honour of William Twining* içinde, Edited by U. Baxi, C. McCrudden and A. Paliwala, Cambridge: Cambridge University Press, 2015: 1-17.
- Roger Cotterrell, *Hukukbiliminin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, Çev. Saim Üye, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018.
- Eveline T. Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Paradigma, 2010.
- DJ Galligan, "Concepts the Currency of Social Understanding of Law: A Review Essay on the Later Work of William Twining," *Oxford Journal of Legal Studies* 35, no. 2 (Summer 2015): 373-402.
- Furkan Kararmaz, Dilara Buket Tatar, "Dünyanın Hukuk Kuramı", *Hukuk Kuramı*, C. 3, S. 2, Mart-Nisan 2016: 20-42.
- "Standpoint theory", <https://www.britannica.com/topic/standpoint-theory>, (Erişim tarihi: 8.6.2022).
- "Travel well" [<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/travel-well>] (Erişim tarihi: 15.06.2022)].
- William Twining, "Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context," *International Journal of Law in Context* 1, no. 1 (March 2005): 5-40.
- William Twining, "Human Rights: Southern Voices - Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai, Upendra Baxi," *Review of Constitutional Studies* 11, no. 2 (2006): 203-280.
- William Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- William Twining; David Miers, *How to Do Things with Rules*, New York: Cambridge University Press, 2010.

- William Twining, "Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 20, 2010: 473-517.
- William Twining, "Responding to Globalization," *Osgoode Hall Law Journal* 49, no. 2 (2011): 353-374.
- William Twining, *Jurist in Context: A Memoir*, New York: Cambridge University Press, 2019.
- Maria Panezi, "Mapping the Territory: Contextual Jurisprudence, Legal Pluralism and WTO Law and Development: A Response to William Twining's Internal Critique Thesis from the Point of Transnational Jurisprudence," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013): 574-606.
- Dennis Patterson, "Twining's Complaint," *University of Miami International & Comparative Law Review* 15, no. 1 (2007): 61-68.
- Sol Picciotto, "Review Essay", *International Journal of Law in Context* 1, no. 4 (December 2005): 427-434.
- Walter Probert, "Twining on Legal Theory," *Law and Society Review* 21, no. 5 (1988): 849-852.
- Peter Tillers, "Introduction of William Twining," *Seton Hall Law Review* 38, no. 3 (2008): 871-878.
- Basil Ugochukwu, "From Reaction to Agency: A Subaltern Response to William Twining's Globalisation and Legal Scholarship," *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013): 549-565.
- Peer Zumbansen, "Why Global Law Is Transnational; Remarks on the Symposium around William Twining's Montesquieu Lecture" *Transnational Legal Theory* 4, no. 4 (2013): 463-475.
- Peer Zumbansen, "Theorizing as activity: transnational legal theory in context", *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining* içinde, Cambridge: Cambridge University Press, 2015: 280-302.

İSLAM VE KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA NESEP İKRARI

*Acknowledgement of Lineage in Islamic and Classical Period
Ottoman Law*

Yasemin KURTOĞLU*

ÖZ

Korunmasına ve sağlıklı yürütülmesine her daim önem verilmiş olan nesep, kişilerin üst soylarıyla bağlantısını ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam hukuku, anne ile nesep ilişkisinin kurulmasını doğum gibi biyolojik bir olaya bağlamışken; baba ile nesep ilişkisinin kurulmasını ise anne ile evli olma yahut annenin babanın cariyesi olması gibi çeşitli hukuki şartlara tabii kılmıştır. Nesep ilişkisinin kurulmasına yönelik getirilen bu sınırlamalar, bazı durumlarda gerçeklere uygun bir nesep bağının oluşmasına engel oluşturmuştur. Diğer taraftan, kaybolmuş yahut bulunmuş çocukların da anne ve babalarının kim olduğu bilinmediğinden neseplerinin kurulması mümkün olamamıştır. İşte bu gibi durumlarda nesep ikrarı yoluna gidilebileceği kabul edilmiş ve bu sayede kişilerin kendi irade beyanlarıyla nesep ilişkilerinin kurulmasına imkan tanınmıştır. Nesep ikrarına başvurabilmek için de çeşitli şartlar öngörülmüştür. Bunlar bir yandan bu kurumun gerçeklere aykırı olacak şekilde kullanılmasını engellemeye yönelik olduğu gibi bir yandan da hali hazırda nesebi bulunan yahut da zina sonucu dünyaya geldiği bilinen kimselerin nesebinin kurulmasını engelleyerek toplumsal düzenin korunmasını sağlamaya yönelik şartlardır. Çalışmada, İslam ve Osmanlı hukukunda nesep ve nesebin kurulması yolları hakkında bilgi verildikten sonra nesep ikrarı konusuna geçilmiş ve bu kurum; nedenleri, şartları, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte detaylıca incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nesep, Nesep İkrarı, İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku, Babalık Davası

Makalenin Geliş Tarihi: 26.07.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 18.08.2022.

* Dr. Arş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, e posta: yasemin-toros@hotmail.com, ORCID 0000-0002-9760-5326.

ABSTRACT

As it has always given importance to its protection and proper implementation, lineage represents the relationship between a person and his lineal ancestors. While Islamic law connected the maternal lineage to such a biologic fact which is birth, paternal lineage has been connected to some legal conditions such as being married with the mother or being a concubine of the father. In some cases, these limitations can prevent the establishment of an actual lineal relationship. On the other hand, lost or found child also can't have a lineal relationship as it is impossible to determine their actual parents. For all these conditions, acknowledgement of lineage institution has been accepted and thus, people can set their lineal relationship by their own declaration of intent. There are some conditions accepted to apply this institution which are both aim to prevent untrue results about lineage and to protect the public order by inhibiting the establishment of lineage of the people who has already have one or who has born as a result of adultery. In this study, firstly the concept of lineage and the ways of establishing lineage in Islamic and Ottoman law has been examined and then the institution of acknowledgement of lineage has been handled by its reasons, provisions, effects and consequences.

Keyword: Lineage, Acknowledgement of Lineage, Islamic Law, Ottoman Law, Paternity Case

GİRİŞ

İnsanoğlunun kendi neslinin geçmişini öğrenmek ve ardından gelecek sağlıklı nesiller yetiştirmek konusuna her daim önem verdiği bilinmektedir. İnsanların geçmişle bağlantısını kurarak kökenlerini öğrenmelerine yarayan ve bu sayede gelecek nesillerle de bağlantı kurabilmelerine de imkan sağlayacak olan bu kurum nesep kavramıyla ifadesini bulmuştur.

Nesep kurumu diğer pek çok toplumda olduğu gibi İslam toplumunda da önemsenmiş ve çeşitli sınırlandırılmalara tabi tutularak korunması ve aslından sapmasının engellenmesi amaçlanmıştır. İslam hukukunca da nesep ilişkilerinin sağlıklı bir şekilde kurulmasını ve nesebin bozulmadan devam etmesini sağlamak adına çok sayıda hüküm getirilmiştir. Hadislerde nesebi bozucu eylemlerde bulunanların ağır yaptırımlarla karşılaşacaklarının belirtilmesi ve ayrıca zinanın hadd suçları arasında sayılarak ağır bir şekilde

cezalandırılması, bu durumun başlıca göstergelerindendir. Nesep ilişkisinin sağlıklı işleyebilmesi için kabul gören temel kural, anne ve baba arasında meşru bir evlilik ilişkisi bulunması, diğer bir deyişle çocuğun, böylesi bir evlilik birliğinin içinde dünyaya gelmiş olmasıdır. Diğer taraftan, aslında olağan yollarla anne ve babasıyla yahut çocuğuyla nesep ilişkisi kurulabilecekken çeşitli sebeplerden dolayı bunun gerçekleşmemesi halinde meydana gelen bu eksikliğin nesep ikrarında bulunma yoluyla doldurulabilmesi de mümkün kılınmıştır.

Söz konusu bu çalışma, İslam hukukunca korunmasına böylesi önem verilen nesep ilişkilerinin olağan yollarla kurulamaması halinde, kişinin kendi iradesiyle bu ilişkiyi kurabilmesine imkan tanıyan nesep ikrarı kurumunun incelenmesi amacıyla hazırlanmıştır. Konuya nesep kavramı hakkında genel bir bilgi verilerek ve İslam'ın nesebe bakış açısı ortaya konularak giriş yapılmış, ardından İslam ve klasik dönem Osmanlı hukukunda nesebin olağan kurulma yöntemlerinin incelenmesine geçilmiştir. Bu doğrultuda, anne ve baba ile nesebin kurulması halleri ayrı ayrı ele alınmış, baba ile nesebin kurulması da evlilik ve istilad başlıkları altında detaylandırılmıştır. Sonrasında nesebin kurulma yolu olarak nesep ikrarı kurumuna geçilmiş, nesep ikrarı kurumunun kabul ediliş sebeplerine bakıldıktan sonra bu kuruma başvurabilmek için gereken şartlar da ikrarda bulunmaya özgü genel şartlar ve nesep ikrarına ilişkin özel şartlar başlıkları altında ayrı ayrı incelenmiştir. Son olarak da nesep ikrarının hüküm ve sonuçları, doğrudan ve dolaylı nesep ikrarında bulunulmasına göre ayrı ayrı açıklanmıştır. Çalışmada İslam fihına ilişkin genel kaynaklardan ve Türk hukuk tarihi eserlerinden geniş ölçüde yararlanılmış, ayrıca konunun örneklendirilmesi amacıyla yeri geldikçe o konuda verilmiş fetvalara ve mahkeme kararlarına da yer verilmiştir.

I. NESEP KAVRAMI

Nesep, sözlükte “*soy, sop, atalar, dedeler silsilesi*” olarak tanımlanmakta¹ ve ayrıca “*nesil*”le eş anlamlı olacak şekilde kullanılmaktadır.² Fıkıhta ise nesep, biri dar diğeri geniş olmak üzere iki farklı anlamda tanımlanmıştır. Geniş anlamıyla nesep, bir kişinin üst soyuyla arasındaki bağları ifade ederken; dar anlamıyla nesep ise çocukla anne ve

¹ İlhan Ayverdi, Misalli Büyük Türkçe Sözlük (İstanbul: Kubbealtı Lugatı, 2008), s. 2361.

² Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat (Ankara: Aydın Kitabevi, 2007), s. 823.

babası arasındaki ilişkiyi işaret etmekte ve fıkhîta neseb daha çok bu anlamıyla ele alınmaktadır.³

Tarih boyunca insanoğlunun anne babasından ve onların atalarından gelen bağlarını öğrenmeye önem verdiği ve bu bağları korumaya özen gösterdiği bilinmektedir. Bu doğrultuda, nesebin kurulmasının ve bunun sağlıklı bir şekilde devam etmesi adına korunmasının insanoğluna özgü bir nitelik olduğu belirtilerek bu durumun insanlığın yaratılışından geldiği ve hatta nesebin, insanları hayvanlardan ayıran özelliklerden biri olduğu ifade edilmiştir.⁴

İslam hukukunda da nesebe ve toplumdaki neseb ilişkilerinin korunmasına oldukça dikkat edildiği görülür. İslam'da insan neslinin korunması, vazgeçilmez temel değerler arasında sayılmış ve nesebin insanın asli ihtiyaçlarından biri olduğu kabul edilmiştir.⁵ Öyle ki, insanların nesepleriyle şereflendiği ve nesepsizlikleriyle de kötülendiği ve bundan utanç duydukları ifade edilmiştir.⁶

İslam hukukunun temel kaynaklarından da nesebin yeri ve önemi hakkında bilgi edinebilmek mümkündür. Furkan Suresi'nde geçen “*Sudan bir insan yaratıp onu neseb ve sıhriyete dönüştüren O'dur. Rabbinin her şeye gücü yeter*”⁷ ayeti bir yandan nesebin Kur'an'daki kaynağını oluştururken bir yandan da neseb ilişkisi yaratmanın Allah'ın gücünün göstergelerinden biri olduğunu söyleyerek İslam'ın nesebe verdiği öneme işaret etmektedir.

Hz. Muhammed'in hadislerinde de nesebe sahip çıkılmasının önemine ve bunu yapmayanların karşılaşacakları ağır yaptırımlara dair bilgi edinebilmek mümkündür. “*Bile bile babasından başkasına ait olduğunu iddia eden her kim küfretmiş olur. Kim kendisinin aralarında neseb bağı olmayan bir kavme ait olduğunu iddia ederse cehennemden yerine hazırlansın.*”⁸, “*Bir kimsenin,*

³ İbrahim Kafî Dönmez, “Neseb”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 32 (İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2006), s. 573.

⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslamiye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 2 (İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985), s. 397; H. İbrahim Acar, Ana Hatlarıyla İslam Aile Hukuku (Bursa: Emin Yayınları, 2014), s. 197.

⁵ Dönmez, “Neseb”, s. 573; İbrahim Halebi, İslam Fıkhı: Kelime Manalı Yeni Mülteka Tercümesi, C. 4, haz. Hüsameddin Vanlıoğlu (İstanbul: Yasin Yayınevi, 2014), s. 326.

⁶ Abdullah b. Mahmud el-Mavsili, El-İhtiyar: Li-Ta'lili'l-Muhtar, C. 2, çev. Mehmet Keskin (İstanbul: Ravza Yayınları, 2019), s. 362.

⁷ Furkan 5/24.

⁸ Sahih-i Buhari: Muhtasarı Tecrid-i Sarih, çev. Abdullah Feyzi Kocaer, (Konya: Hüner Yayınevi, 2012), s. 446; Zekiyyüddin Abdulazim el-Münziri, Sahih-i Müslim Muhtasarı, çev. Harun Yıldırım / Rabbani Sağlam (İstanbul: Ravza Yayınları, 2013), s. 31.

babasından başkasını iddia etmesi...iftiraların en büyüklerindedir."⁹ ve *"İnsanlarda iki haslet vardır ki bu iki haslet onlarda küfürdür. Nesebe dil uzatmak ve ölüye feryad ederek ağlamak"*¹⁰ hadisleri İslam'ın konuya bakış açısını gösteren başlıca örneklerdendir. Benzer şekilde, Hz. Muhammed'in *"Allah, mahlukatı yarattı...sonra kabileleri yarattı...sonra hayırlı aileleri yarattı..."*¹¹ sözünde de insanların yaratılmasının akabinde kabilelerin ve ailelerin yaratıldığının belirtilmesi, insan toplumunun bu iki kurum çerçevesinde şekillendirildiğini göstermesi bakımından dikkate değerdir.

Nesebin devamlılığı, kadın ve erkeğin cinsel birlikteliği sonucunda meydana gelecek doğumla sağlanabileceğinden insan neslinin devamının sağlıklı ilerleyebilmesi, bu birlikteliğin meşru bir zemine dayandırılmasını gerektirmiştir. Bu doğrultuda kadın ve erkek arasında usulüne uygun olarak kurulacak bir evlilik, meşru cinsel birlikteliğin ve dolayısıyla da neslin korunmasının temel kaydı haline gelmiştir. Böylesi bir evlilik olmaksızın meydana gelen cinsel birliktelikler ise neslin sağlıklı ilerlemesine zarar verebileceğinden yasaklanmış ve ağır yaptırımlarla karşılanmıştır. Bu gibi ilişkilerin başında hiç şüphesiz insanlık tarihinin en eski suçlarından birini oluşturan ve kadın ve erkek arasında evlilik dışı meydana gelen cinsel ilişki olarak tanımlanabilen zina gelmektedir.¹² İslam hukuku da neslin korunması amacıyla zinayı hadd suçları arasında sayıp ağır bir yaptırıma bağladığı gibi, bunun da ötesine geçerek evlat edinme kurumunu dahi yasaklamıştır. Evlat edinme nedeniyle kişilerin, gerçek anne babalarından ayrılarak kendilerini evlat edinen kimselerin nesebine dahil edilmesi, neslin doğru bir çizgide ilerlemesini engelleyeceğinden İslam hukukunca uygun bulunmamıştır. Ahzab Suresi'nde yer alan *"Allah...evlatlıklarınızı öz çocuklarınız gibi kılmamıştır."*¹³ ve *"Onları (evlatlıklarınızı) babalarına nispet ederek çağırın. Bu, Allah katında daha doğru ve adaletlidir. Eğer babalarını bilmiyorsanız onlar sizin din kardeşleriniz ve dostlarınızdır."*¹⁴ ayetleri kökleri çok eskilere dayanan ve bu sebeple İslam'ın ilk yıllarında da uygulanmış bulunan evlat edinme kurumunu İslam toplumundan kaldırmıştır.¹⁵

⁹ Sahih-i Buhari, s. 446.

¹⁰ el-Münziri, Sahih-i Müslim, s. 34.

¹¹ İmam Tirmizi, Sünen'üt-Tirmizi, çev. Mehmet Türk (İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2019), s. 670.

¹² Nevin Ünal Özkorkut, Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2009), s. 13.

¹³ Ahzab 33/4.

¹⁴ Ahzab 33/5.

¹⁵ Mehmet Akif Aydın, "Evlat Edinme", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 11 (İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1995), s. 528.

II. NESEBİN KURULMASI

A. Anne İle Nesebin Kurulması

Nesep kavramı, hem anne hem de baba tarafından meydana gelen bağı ifade ettiğinden nesebin kurulması da bu doğrultuda ikili bir ayrımla ele alınmaktadır. Bunlar arasında nesebin anneye kurulması, biyolojik bir şarta dayandırılmış ve bunun sonucunda diğerine kıyasla hakkında daha az ihtilaf çıkan bir konu olmuştur. Buna göre, nesebin anne ile kurulmasında kural, çocuğu doğuran kadının onun annesi olmasıdır.¹⁶ Diğer bir deyişle, doğumla birlikte çocuğun anneye olan nesep ilişkisi kurulmuş olur.

Annenin hamileliğinin meşru yahut gayri meşru bir ilişkiden meydana gelmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁷ Çocuğun anne tarafından dünyaya getirilmesinin bir alternatifinin bulunmaması ve bunun yanında bu olaya şahit olabilecek kişilerin nispeten daha kolay bulunabilecek olması, doğum olayını anneye nesebin kurulması için yeterli kılmıştır.

B. Baba İle Nesebin Kurulması

Baba ile nesebin kurulması, annenin aksine doğrudan biyolojik bir olaya bağlanmamış, onun yerine kimi şartlara tabi kılınmıştır. Hz. Muhammed'in "*Çocuk, yatağa (yatak sahibi olan erkeğe) aittir.*"¹⁸ sözü, baba ile kurulacak nesep ilişkisinin dayanağını ortaya koymaktadır. Buna göre baba ile nesep, doğal yolla değil; hukuki yolla kurulur.¹⁹

Baba ile çocuk arasında iki farklı şekilde nesep ilişkisi kurulabildiği kabul edilir. Bunlar: baba ile çocuğu doğuran anne arasında evlilik ilişkisinin bulunması hali ve çocuğu doğuran kadının, babanın cariyesi olması (istilad) halidir.

1. Evlilik Yoluyla Nesebin Kurulması

a. Sahih Evlilik İle

Sahih evlilik, kurucu unsurları, kuruluş şartları ve sıhhat şartlarının tamam olduğu evliliklerdir.²⁰ Diğer bir deyişle, İslam hukukunun evliliğin

¹⁶ Hayreddin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, C.2 (İstanbul: Ensar, 2016), s. 137.

¹⁷ Acar, *İslam Aile Hukuku*, s. 199; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk* (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2014), s. 449.

¹⁸ *Sahih-i Buhari*, s. 288.

¹⁹ Karaman, *İslam Hukuku*, s. 138.

²⁰ Acar, *İslam Aile Hukuku*, s. 152; M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta, 2012), s. 277.

gerçekleşmesi için aradığı tüm şartları taşıyan ve geçerliliğini olumsuz yönde etkileyecek herhangi bir sebep barındırmayan evlilikler sahih evlilik olarak adlandırılırlar. Sahih evlilikler, nesep başta olmak üzere nafaka, mehir, mirasçılık gibi evliliğin bütün sonuçlarını doğurur.²¹

Baba ile nesebin kurulmasının temel yolu, çocuğu doğuran anne ile baba arasında evlilik birliğinin mevcut olmasıdır.²² Buna göre, usulüne uygun olarak kurulmuş bir evlilik birliği içinde doğan çocuklar kural olarak babanın nesebine dahildir. İslam hukukunda baba ile nesep ilişkisinin kurulmasının hukuki bir sebebe dayandığının örneğini burada gözlemleyebilmek mümkündür; zira çocuğun gerçek babasının başka biri olduğu biliniyor olsa dahi, evlilik birliği içinde doğduğu sürece çocuğun baba bakımından nesebi kocaya bağlanacaktır.²³ Böyle bir durumda, nesebin kendisine bağlanmasını istemeyen kocanın elindeki tek imkan doğum henüz gerçekleşmeden önce yahut da en geç doğumun gerçekleşmesinden itibaren yedi gün içinde lian yoluna başvurmak ve hem evliliğini hem de çocukla arasındaki nesep ilişkisini sona erdirmek olacaktır.²⁴

Ne var ki bu genel kural da kimi sürelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre, annenin yaptığı doğumun ancak evliliğe dair belli alt ve üst sınırlar içinde gerçekleşmiş olması halinde çocuğun nesebinin kocaya bağlanabilmesi mümkün olacaktır. Bu sürelerin alt sınırı doğumun, evliliğin kurulmasından itibaren en az altı ay geçtikten sonra meydana gelmiş olmasıdır; zira hamilelik süresinin en az altı ay olabileceği kabul edilmektedir. Kur'an ayetlerinin hükümleri değerlendirilerek tespit edilmiş olan bu altı aylık alt sınır konusunda fakihler arasında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.²⁵ Şöyle ki, Ahkaf Suresi'nde "*Onun (insanın) anne karnında taşınması ve süttten kesilme süresi otuz aydır.*"²⁶ hükmü yer alır. Bu hüküm, Bakara Suresi'ndeki "*Emzirmeyi tamamlamak isteyenler için anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler.*"²⁷ ayeti ve yine Lokman Suresi'ndeki "*Annesi onu her gün biraz daha güçsüz düşerek karnında taşımıştır. Onun süttten kesilmesi de iki*

²¹ Halil Cin / Ahmed Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011), s. 513.

²² Dönmez, "Nesep", s. 573.

²³ Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 449.

²⁴ Coşkun Üçok / Ahmet Mumcu / Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), s. 127.

²⁵ Dönmez, "Nesep", s. 574.

²⁶ Ahkaf 46/15.

²⁷ Bakara 2/233.

*yıl içinde olur.*²⁸ ayeti ile birlikte ele alındığında, otuz aylık süreden iki tam yıl çıktığında kalan altı aylık sürenin hamilelik süresi olduğuna ittifakla karar verilmiştir.²⁹

Hamileliğin alt sınırı altı ay olarak kabul edildiğinden, sahih bir evlilik içerisinde dahi olsa evliliğin kurulmasından altı ay geçmeden annenin doğum yapması halinde doğan çocuğun nesebi kural olarak kocaya ait kabul edilmeyecektir.

Evliliğe dair söz konusu olan üst sınır ise evliliğin sona ermesinin ardından kadının doğum yapması halinde çocuğun nesebinin eski kocaya bağlanıp bağlanamayacağı noktasında kendisini gösterir. Bu üst sınır konusunda Kur'an ve Hadis'te açık bir hüküm bulunmaması mezhepler arasında görüş ayrılığına neden olmuştur. Hanefiler, hamileliğin üst sınırının iki yıl olduğunu kabul eder. Hz. Ayşe'nin, kendisine sorulan soru üzerine bir çocuğun ana rahminde iki yıldan fazla kalamayacağı yönündeki sözleri, bu sürenin tespitinde etkili olmuştur.³⁰ Buna göre, evliliğin sona ermesinin ardından iki yıl içinde doğan çocukların nesebi kocaya bağlanacaktır.³¹ Bu iki yıllık süre yerine kimi fakihler dokuz ay, bir yıl gibi daha kısa; yahut üç, beş ve hatta yedi yıl gibi çok daha uzun süreleri de kabul etmişlerdir.³² Her ne kadar biyolojik olarak böylesi uzun hamilelik sürelerinin gerçekleşmesi imkan dahilinde görülme de doğacak olan çocuğu baba tarafından nesepsiz bırakmamak adına tedbirli davranmak ve bu doğrultuda her türlü ihtimali göz önünde bulundurmak amaçlarıyla bu sürelerin tespit edildiği söylenebilir.³³

²⁸ Lokman 31/14.

²⁹ el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 3, s. 237.

³⁰ el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 3, s. 238; Acar, İslam Aile Hukuku, s. 199.

³¹ Bu noktada ric'i talak iddeti bekleyen kadınları ba'in talak ve ölüm iddeti bekleyenlerden ayrı tutmak gerekir. Ric'i talak iddeti içerisinde kocanın karısına her an dönme ihtimali bulunduğundan Hanefiler, ric'i talak iddeti bekleyen kadınların azami süre olan iki yıl geçtikten sonra doğum yapmaları halinde dahi doğan çocuğun nesebinin kocaya bağlanabileceğini kabul etmişlerdir. Ahmed el-Kuduri, Muhtasarı'l Kuduri, çev. Soner Duman / Osman Güman (İstanbul: Beka, 2019), s. 423; Dönmez, "Nesep", s. 574; Cin/Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, s. 537.

³² Üçok/Mumcu/Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 127; Dönmez, "Nesep", s. 574.

³³ Öyle ki bugün artık hamileliğin en uzun süresi bilimsel olarak dokuz ay on gün veya buna yakın bir süre olarak tespit edilmiş olmasına rağmen günümüz İslam dünyasında hamileliğin en uzun süresinin yine tedbirli davranılarak bir yıl olarak kabul edildiği görülmektedir. Dönmez, "Nesep", s. 574. Burada da fakihlerin eskiden olduğu gibi çocuğu korumak amacıyla tedbirli davrandıklarını gözlemleyebilmek mümkündür.

Zira nesebin, ispatında tedbirli davranılan hususlardan olduğu kabul edilmiştir.³⁴

Kural olarak evliliğin sona ermesinin ardından kadının iddet beklemesi gerekeceğinden bu iki yıllık süre hesaplanırken kadının iddetinin bittiğini iddia etmemesine de bakılacaktır. İddet beklemenin öncelikli amacı kadının hamile olup olmadığını tespit etmek ve eğer ki hamileyse doğacak olan çocuğun nesebini kocaya bağlayabilmek ve böylece olası nesep karışıklıklarının önüne geçmek olduğundan³⁵ kadının iddetinin bittiğini iddia etmesi, aynı zamanda sona eren evliliğinden dolayı hamile kalmadığını da kabul etmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla, iddetinin bittiğini açıklayan bir kadının daha sonradan çocuk doğurması halinde her ne kadar henüz iki yıllık sürenin içinde dahi olsa bu çocuğun nesebini o evlilikteki kocaya bağlayabilmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, evliliğin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde doğan çocuğun nesebinin kocaya bağlanacağı kuralına, kadının iddetinin bittiğini ilan etmemesi gerektiği şartını da ilave etmek yerinde olacaktır.³⁶

Ne var ki, kadın her ne kadar iddetinin bittiğini ileri sürse dahi, evliliği sona erdikten sonraki altı ay içinde doğum yaptığı takdirde o süre içinde başka birinden hamile kalıp da doğum yapması mümkün olamayacağından çocuğun babasının koca olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu noktada kadının, iddetinin bittiği konusunda yalan söylemiş olduğu düşünülür; zira altı ay içindeki doğumunu başka türlü açıklama yolu bulunmamaktadır. Kadının yalan ikrarda bulunduğu kesinleştiğinden ikrarı geçerli sayılmaz ve doğan çocuğun nesebi kocaya bağlanır.³⁷

³⁴ el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 3, s. 65; Bilmen, Kamus, C. 2, s. 398.

³⁵ Acar, İslam Aile Hukuku, s. 375.

³⁶ Bu noktada, iki yıllık sürenin ancak evliliğin lian dışındaki bir yöntemle sona ermesi halinde işletileceğini de belirtmek gerekir. İslam hukukunda karısına zina isnadında bulunup da bunu dört erkek tanıkla ispat edemeyen kocanın başvurması gereken bir kurum olan lian; karısının hamile olduğunu öğrenen ancak çocuğun nesebinin kendine bağlanmasını istemeyen kocanın bu durumu engellemek adına kullanabileceği tek imkandır. Dolayısıyla lian kurumuna başvurulması sonucunda eşler arasında ayrılık meydana gelmiş, diğer bir deyişle evlilik lian sebebiyle sona ermişse artık kadının doğuracağı çocuğun nesebini kocaya bağlamak elbette mümkün olmayacaktır. Üçok/Mumcu/Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 126-127.

³⁷ el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 3, s. 238; el-Kuduri, Muhtasar, s. 423. Benzer şekilde, ba'in talak iddeti bekleyen bir kadının iddetinin bittiğini ikrar ederek yeni bir evlilik yapması ve bu yeni evliliğin üzerinden henüz altı ay geçmeden çocuk doğurması halinde, bu çocuğun eski kocadan olduğu sabit olduğundan, kadının ikrarının ve yaptığı yeni evliliğin batıl olduğuna

Doğumun evlilikle ilgili kabul edilen alt ve üst sınırlar içerisinde gerçekleşmesinin yanında erkeğin baba olabilecek yaşta olması da aranan şartlardan bir diğeridir.³⁸ Hanefilerin küçük yaştaki çocukların bile velilerince evlendirilebilmelerini mümkün kılan görüşü karşısında henüz baba olmaya müsait olmayan küçük çocukların neseb ikrarında bulunmaları geçerli olmayacağı gibi, bir hastalık yahut fizyolojik bir sebepten dolayı çocuk sahibi olamayacağı kesin olan erkeklerin yapacakları ikrar da geçerli olmayacaktır.³⁹

Öngörülen süreler içinde ve erkeğin baba olacak yaşta olduğu sahih bir evlilikte doğan çocuğun nesebinin kocaya bağlanabilmesi için eşlerin bu sürelerde fiilen birlikte olmuş olmaları şartının aranıp aranmayacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Hanefilere göre eşler arasında sahih bir evlilik mevcut olduktan ve yukarıda anılan süreler içinde doğum gerçekleştikten sonra eşler arasında cinsel birleşmenin yaşanmış olup olmadığına bakılmaz.⁴⁰ Her halde doğan çocuk, kocanın nesebine bağlanır. Ne var ki bu durumda dahi eşler arasında olağan dışı bir şekilde de olsa bir araya gelme ihtimalinin mevcut olması gerektiği ileri sürülmüştür. Şöyle ki, eşler birbirinden uzak iki farklı şehirde yaşıyor olsalar dahi evlilikten sonra belirtilen süreler içinde bir doğum gerçekleşmesi halinde eşlerin bir araya gelmiş olmaları çok zor olsa da ihtimal dahilinde olacağından doğan çocuğun nesebi kocaya bağlanabilecektir.⁴¹ Örneğin, üç yıldır ortada olmayan Zeyd'in eve döndüğü zaman karısının hamile olduğunu görmesi üzerine ne şekilde hareket edileceği sorusuna Şeyhülislam Ebüssu'ud Efendi, bu çocuğun nesebinin Zeyd'e bağlanması gerektiği; Zeyd'in bunu kabul etmemesi halinde ise isterse lian yoluna gidebileceği cevabını vermiştir.⁴² Hanefilerin haricindekilere göre ise evlilik birliği içinde doğan çocuğun nesebinin kocaya bağlanabilmesi için eşler arasında fiili birlikteliğin (zifafın) gerçekleşmesi ya da en azından buna imkan verecek şekilde eşlerin yalnız kalmış olmaları (halvet) gerekir.⁴³ Aksi halde çocuğun nesebi kocaya bağlanamaz.

karar verilmesi ve çocuğun nesebinin eski koca ile kurulması yönünde Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi tarafından verilmiş bir fetva bulunmaktadır. Behcetü'l Fetava, haz. Süleyman Kaya / Betül Algın / Zeynep Trabzonlu / Asuman Erkan (İstanbul: Klasik Yayınları, 2011), s. 123.

³⁸ Cin/Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, s. 537; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 297.

³⁹ "Yedi yaşında olan Zeyd-i sağırin menkuhası Hind bir veled doğursa ol veledin nesebi Zeyd'den sabit olur mu? el-Cevap: Olmaz." Behcetü'l Fetava, s. 123.

⁴⁰ Dönmez, "Nesep", s. 574; Acar, İslam Aile Hukuku, s. 200.

⁴¹ Bilmen, Kamus, C. 2, s. 400.

⁴² H. Necati Demirtaş, Fetvaları ile Şehülislam Ebüssu'ud Efendi (İstanbul: Akıl Fikir Yayınları, 2016), s. 384.

⁴³ Dönmez, "Nesep", s. 574.

b. Fasit Evlilik İle

Baba ile çocuk arasında nesep ilişkisinin kurulabilmesi için baba ile çocuğun annesi arasında sahih bir evlilik olması şartının haricindeki bir diğer hal, fasit evlilikten doğan çocuğun nesebinin babaya bağlanması halidir.

İslam hukukunda evlilikler sahih, fasit ve batıl olmak üzere başlıca üç çeşide ayrılır. Kurucu unsurları ve şartlarında herhangi bir eksiklik olmayan ve temel evlilik çeşidi olan sahih evliliklerinin aksine batıl evlilikler kurucu unsurlarında yahut kuruluş şartlarında eksiklik bulunan evliliklerdir ki bunlar yok hükmündedir.⁴⁴ Eşler arasında zifaf gerçekleşsin yahut gerçekleşmesin bu evlilik hiçbir hüküm doğuramaz. Dolayısıyla batıl bir evlilikten doğan çocuğun nesebi de kocaya bağlanamaz.⁴⁵ Fetva kitaplarında yer verilen bir olay, konuyu açıklayıcı niteliktedir: Kocası Zeyd'den ba'in talakla boşanan Hind, bu boşanmanın üzerinden iki yıl geçmeden bir çocuk dünyaya getirir. Ne var ki Hind, henüz iddet içindeyken bir yandan da Amr ile evlenmiş ve onunla birlikte olmuştur. Doğan çocuğun nesebinin kime ait olacağı sorusuna, nesebin Hind'in boşandığı kocası Zeyd'e ait olduğu cevabı verilmiştir.⁴⁶ Ne de olsa, iddet bekleyen bir kadınla evlenmek evlenme engelleri arasında sayıldığından böylesi bir evlilik kurucu unsurları eksik olması nedeniyle batıldır ve dolayısıyla yok hükmündedir.⁴⁷ Burada, batıl bir evlilikle nesebin kurulması mümkün olmadığından ve Hind'in Zeyd'den boşanmasının üstünden henüz iki yıl geçmediğinden yapılan ikinci evlilik göz ardı edilerek nesebin eski kocaya ait olduğuna karar verildiği görülmektedir.

Fasit evlilikler ise kurucu unsurları ve kuruluş şartları tamam olan; ancak sıhhat şartlarında eksiklik bulunan evliliklerdir.⁴⁸ Evliliğin şahitler huzurunda yapılması sıhhat şartlarından olduğundan şahitsiz yapılan evlilikler fasit evliliklere örnek olarak gösterilebilir.⁴⁹ Fakihlerin çoğunluğu batıl evlilikler ile fasit evlilikler arasında bir ayrıma gitmezken Hanefiler bu iki evliliği

⁴⁴ Acar, İslam Aile Hukuku, s. 153.

⁴⁵ Ebu Hanife ise batıl evlilik çeşitlerinden biri olan kendisiyle evlenme yasağı bulunan bir kadınla evlenme halinde eğer zifaf gerçekleştirilmişse bu evliliğin batıl değil; fasit sayılması gerektiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla böylesi bir evlilikten meydana gelecek çocuğun nesebinin de babaya bağlanması mümkün hale gelecektir. Cin/Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, s. 513.

⁴⁶ Neticetü'l-Fetava, der. es-Seyyid Ahmed Efendi/es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi (İstanbul: Klasik Yayınları, 2014), s. 78; Behcetü'l Fetava, s. 122.

⁴⁷ Acar, İslam Aile Hukuku, s. 87.

⁴⁸ Karaman, İslam Hukuku, s. 102.

⁴⁹ Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 278.

birbirinden ayırmış ve fasit evliliklere batıl olanlara kıyasla bir takım hukuki sonuçlar tanımışlardır.⁵⁰

Fasit evliliklerde eşlerin derhal ayrılması gerekir. Ne var ki, eşlerin ayrılmalarına kadar geçen süre içinde aralarında cinsel ilişki gerçekleşmiş ve bunun sonucunda da kadın hamile kalmış olabilir. Böylesi bir durumda Hanefiler, doğacak olan çocuğu nesepsiz bırakmamak adına çocuğun nesebinin kocaya bağlanacağını kabul ederler. Nesep konusunda İslam'ın tedbirli davranmak yolunda takındığı tavır, burada da kendisini göstermiş olmaktadır.⁵¹ Dikkat edilmesi gereken nokta, sahih evliliklerde olduğu gibi eşlerin fiilen bir araya gelmiş olmalarına bakılmama durumunun burada söz konusu olmamasıdır. Fasit evlilikten doğan çocuğun nesebinin kocaya bağlanabilmesi için eşler arasında zifafın gerçekleşmiş olması şarttır.⁵² Dolayısıyla, zifafın gerçekleşmesi şartıyla fasit bir evliliğin kurulmasından altı ay geçtikten sonra ve sona ermesinden itibaren de iki yıl içine doğacak olan çocukların nesebi kocaya bağlanmış olacaktır.⁵³

c. Evlilik Şüphesi Altında Birleşme İle

Çocuğun annesi ile baba arasında sahih ya da fasit bir evlilik bulunmaması; ancak tarafların evli oldukları zannıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde evlilik şüphesi altında birleşmeden söz edilebilir.⁵⁴ Normal şartlarda kadınla erkek arasında bir evlilik ilişkisi bulunmaması ya da kadının, erkeğin cariyesi olmaması hallerinde taraflar arasında meydana gelen bir cinsel ilişki zina kapsamında değerlendirilebilecektir. Buna rağmen, eşler arasında bir evliliğin var olma ihtimali söz konusu olduğunda, tarafların bu zanna dayalı olarak ilişkiye girdikleri kabul edilir. İşte aralarındaki ilişkinin sebebine dair böylesi bir şüphe, tarafları zinadan dolayı cezalandırılmaktan korur. Evlilik şüphesi altında birleşmenin anılan bu cezai boyutunun yanı sıra aile hukuku açısından sonucu ise böylesi bir ilişkiden doğan çocuğun nesebinin babaya bağlanacak olmasıdır. Burada da yine İslam hukukunun nesep konusunda

⁵⁰ Acar, İslam Aile Hukuku, s. 152.

⁵¹ el-Mavsili, El-İhtiyar, C. 3, s. 65.

⁵² Dönmez, "Nesep", s. 574; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 297; Cin/Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, s. 514.

⁵³ Fasit evliliklerde evliliğin sona ermesinin ardından doğan çocuğun nesebinin kocaya bağlanabilmesi için doğumun, sona ermeden itibaren iki yıl değil; bir yıl içinde meydana gelmiş olması gerektiği de savunulmuştur. Bkz. Karaman, İslam Hukuku, s. 139; Acar, İslam Aile Hukuku, s. 153.

⁵⁴ Halil Cin / Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi (Konya: Sayram Yayınları, 2014), s. 451.

tedbirli davranmasının ve mümkün olduğu kadar çocukları baba tarafından nesepsiz bırakmak istememesinin etkisini görebilmek mümkündür.

Tabiidir ki evlilik şüphesi altında birleşme halinde çocuğun nesebinin babaya bağlanabilmesi için doğumun, birleşmeden itibaren en erken altı ay sonra ve tarafların ayrılmasından itibaren de en geç iki yıl içinde gerçekleşmiş olması gerekecektir.⁵⁵

2. İstilad Yoluyla Nesebin Kurulması

Çocuk ile baba arasında nesebin kurulmasının evlilik dışındaki ikinci yolu istiladdir. Fıkıhta istilad, efendilerin kendi cariyelerinden çocuk sahibi olmaları anlamına gelir.⁵⁶ Nisa Suresi'nde evlenme ile ilgili yer alan "... *Haksızlık yapmaktan korkarsanız bir tane alın; yahut da sahip olduğunuz cariyeler ile yetinin.*"⁵⁷ ayetinde de görüldüğü üzere İslam, efendilerin evlilik ilişkisi olmaksızın kendi cariyeleriyle cinsel ilişki kurabilmelerine izin vermiştir. Bu ilişkiye "istifraş", böylesi cariyelere de "müstefrişe" ya da "odalık" adı verilir.⁵⁸

Diğer taraftan, kölelerin durumunu iyileştirmeyi hedefleyen İslam hukuku, Cahiliye Dönemi'nin aksine, böylesi bir ilişki sonucunda çocuk dünyaya gelmesi halinde hem cariye hem de doğan çocuk lehine kimi düzenlemeler getirmiştir. Efendisinden çocuk doğuran cariye'nin lehine getirilen düzenleme, bu çocukla birlikte onun ümmü'l veled statüsüne geçmesi, böylece efendinin ölümü üzerine özgürlüğüne kavuşacak olmasıdır. Çocuk lehine getirilen düzenleme ise efendinin kendi cariyesinden olan çocuğun doğum anından itibaren özgür olması ve efendi ile arasında babalık ilişkisinin kurulacak olmasıdır. Burada, nesebin evlilik yoluyla kurulması temel ilkesine bir istisna getirildiği görülmektedir. Normal şartlarda taraflar arasında bir evlilik bulunmadığından doğacak çocuğun nesebinin babaya bağlanması mümkün olmayacakken bu yolla efendilerin kendi cariyeleriyle yaşadıkları ilişkiden doğan çocukların neseplerinin babaya bağlanması mümkün kılınmıştır. Fakihlerin çoğunluğu bu nesep ilişkisinin kurulması için efendinin, cariye'nin hamileliğinin kendisinden olduğunu kabul etmesini yeterli görürken Hanefiler, efendinin sadece bunu kabul etmesini yeterli

⁵⁵ Dönmez, "Nesep", s. 574.

⁵⁶ Hamza Aktan, "İstilad", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 23 (İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2001), s. 361.

⁵⁷ Nisa 4/3.

⁵⁸ Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 428.

görmez ve ayrıca cariyenin hamileliğinin yahut doğumdan sonra çocuğun kendisinden olduğunu da ayrıca kabul etmesi gerektiğini savunurlar.⁵⁹

Efendinin, çocuğun kendisinden olduğunu bir kere kabul ettikten sonra artık bundan dönmesi mümkün değildir.⁶⁰ Örneğin Zeyd'in, cariyesinden doğan bir çocuğu 'Veled bendendir' diyerek kabul ettikten sonra o çocuğun aslında kendisinden değil, kölesi Amr'dan olduğunu ifade etmesi, çocuk ile arasında kurulmuş olan nesep ilişkisinin sona ermesine sebep olmaz.⁶¹

Efendinin çocuğun kendisinden olduğunu kabul etmemesi halinde ise sırf cariyenin bu yönde bir nesep ikrarında bulunması hüküm ifade etmeyecektir.⁶²

Ümmü'l veled statüsünde olan cariyelerin başka bir kimseye satılması kural olarak mümkün değildir.⁶³ Ne var ki cariyenin hamile olduğu bilinmeden başkasına satılması halinde eğer cariyeye altı aydan kısa bir süre içinde doğum yaparsa, satış anında aslında hamile olduğu ortaya çıkmış olur. Cariyeyi satmış olan efendinin, doğan çocuğun kendisinden olduğunu kabul etmesiyle birlikte çocuğun nesebi kendisine bağlanır ve cariyeye de ümmü'l veled statüsüne geçer. Bu nedenle de yapılmış olan satış feshedilir.⁶⁴ Bu durumun aksine, satılmış olan bir cariyenin bu satımın üzerinden altı ay geçtikten sonra bir çocuk doğurması halinde, onu satan eski efendi bu çocuğun aslında kendisinden olduğunu kabul etse dahi, aralarında nesep ilişkisinin kurulabilmesi için cariyenin yeni sahibinin bunu kabul etmesi aranacaktır. Yeni efendinin yapılan bu nesep ikrarını kabul etmemesi halinde, eski efendiyle çocuk arasında nesep ilişkisinin kurulamayacağı kabul edilmiştir.⁶⁵

III. NESEP İKRARI

Nesebin anne ile kurulmasında çocuğu doğurmuş olmanın tek başına yeterli olduğu; baba ile nesebin kurulmasında ise ya baba ile anne arasında evlilik ilişkisi olması yahut da babanın kendi cariyesinden çocuk sahibi olması gerektiği hususlarına yukarıda yer verilmiştir. Bu sayılanlar, nesebin olağan kurulma yollarıdır. Dolayısıyla anılan hususlara uygun olarak doğacak olan bir çocuğun anne ve babasıyla nesebi doğrudan kurulabilecektir. Ne var ki,

⁵⁹ Aktan, "İstilad", s. 361.

⁶⁰ Üçok/Mumcu/Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 127.

⁶¹ Neticetü'l-Fetava, s. 79.

⁶² Fetava-yı Feyziye, haz. Süleyman Kaya (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), s. 81.

⁶³ Cin/Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, s. 325.

⁶⁴ Halebi, Mülteka, s. 262; Fetava-yı Feyziye, s. 82; Behcetü'l Fetava, s. 124-125.

⁶⁵ Fetava-yı Feyziye, s. 82.

doğumun bu sınırlar dışında gerçekleşmesi halinde artık çocuğun nesebinin doğrudan kurulması mümkün değildir. Bu durum, nesepsiz çocukların ortaya çıkmasına sebep olur. Nesep ilişkilerine bu derece önem veren İslam toplumunda nesepsiz olmak hoş karşılanan bir durum olmadığı gibi kişinin aleyhine hüküm ifade eden bir özellik de arz etmektedir. Ne de olsa nesep ilişkisinin, kişiye kimi manevi katkılar sağlamanın yanı sıra nafaka ve miras hakkına sahip olabilme gibi kimi maddi katkıları da bulunmaktadır.

Nesepsizlik hallerine iki farklı grup örnek gösterilebilir. Bunlardan birincisi, nesebin olağan kurulma yollarına ilişkin yukarıda sayılan şartları taşımayan birliktelikler sonucunda doğan çocuklardır. Evliliğin gerçekleşmesinden itibaren henüz altı ay geçmeden yahut evliliğin sona ermesinden itibaren -ric'i talak hali hariç olmak üzere- iki yıl geçtikten sonra dünyaya gelen çocuklar bu kapsamda verilebilecek başlıca örneklerdendir. Nesepsizlik halinin anılan bu ilk grubunda çocuğun annesi ve hatta babası aslında bilinmekte ya da en azından tahmin edilebilmekte, sadece İslam hukukunca öngörülen şartları taşımadığından nesep kurulamamış olmaktadır.

Nesepsizlik haline ilişkin ikinci grupta ise nesep ilişkisinin kurulamaması, çocuğun anne ve babasının kim olduğunun bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. İşte bu ikinci hal, genel olarak lakitlere ilişkindir. Fıkıhta lakit, “terkedilmiş ya da kaybolmuş olup başkası tarafından bulunan ve anne babası da bilinmeyen çocuk” anlamına gelir.⁶⁶ Böylesi kimselerin anne ve babası bilinemediğinden bu kimselerle nesep ilişkisinin kurulması da mümkün olamamıştır. Lakit bir çocuğu bulanın o çocuğu yanına alabileceği ve çocuk üzerinde hak sahibi olabileceği kabul edilmektedir.⁶⁷ Kimsesiz çocukların korunması ve aile ortamında bakılıp yetiştirilmeleri amacıyla kabul edilen bu uygulamanın bir nevi fiili evlat edinme olduğu söylenebilecekse de⁶⁸ lakiti bulan kimseyle çocuk arasında nesep yahut velayet ilişkisi kurulması kural olarak söz konusu değildir. Lakit çocuk üzerinde anne ya da babası olduğu iddiasıyla nesep ikrarında bulunulabilmesine ise izin verilmiştir.⁶⁹

⁶⁶ Saffet Köse, “Lakit”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 27 (Ankara: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2003), s. 68.

⁶⁷ Bu konudaki hakim görüş, bir çocuğun en fazla ergenlik yaşına gelinceye alınabileceği yönündedir. İbn Rüşd, *Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid: Mezheblerarası Mukayeseli İslam Hukuku*, çev. Ahmed Mevlani, C.3 (İstanbul: Beyan Yayınları, 1991), s. 312.

⁶⁸ M. Akif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Klasik, 2018), s. 86.

⁶⁹ el-Mavsili, *El-İhtiyar*, C. 2, s. 362.

Hangi sebeple olmuş olursa olsun nesepsizliğin olumsuz pek çok yönünün bulunması; bunun karşısında kişinin nesepsiz olmasında kendi kusuru yahut iradesinin söz konusu olmaması gerçeği karşısında İslam hukuku, nesepsizlik halinin sonradan ortadan kaldırılabilmesine imkan vermiş ve bu doğrultuda kişilere nesep ikrarında bulunabilme hakkı tanımıştır. Böylece nesepsiz kişilerin nesep sahip olabilmelerinin önü açılmıştır. Ne var ki, nesep ikrarını yeni bir nesep ilişkisi kurma yolu olarak düşünmemek gerekir. Bu yolla amaçlanan, aralarında doğal yollarla nesep ilişkisi kurulabilecekken çeşitli sebeplerle bundan mahrum kalan kişilerin neseplerinin kurulmasını sağlamaktır. Bu açıdan nesep ikrarını yeni bir nesep kurma yolu değil; taraflar arasında aslında mevcut bulunan nesep ilişkisini ispat etmeye yarayan bir vasıta olarak nitelendirebilmek de mümkündür.⁷⁰

Nesep ikrarı iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi doğrudan nesep ikrarıdır ki burada bir kimse, başka bir kimsenin kendisinin çocuğu olduğunu yahut da kendisinin annesi yahut babası olduğunu iddia etmektedir. İkincisi ise dolaylı nesep ikrarıdır ki burada kişi, başka bir kimsenin kendisinin kardeşi, amcası yahut torunu vs. olduğunu, diğer bir deyişle doğrudan anne-baba ve çocuk ilişkisi dışında kalan başka bir akrabalık bağıını iddia etmektedir. Bu ikinci durumda ikrarda bulunan ve hakkında ikrarda bulunulan haricinde nesep ikrarına üçüncü bir taraf daha dahil olmaktadır ki o da kendisine nesep yüklenilen kişidir. İkrarın üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade etmemesi genel kuralı karşısında⁷¹, söz konusu bu dolaylı nesep ikrarının hükmü aşağıda yer verilecek kimi ek koşullara tabi kılınmıştır.

Bir kimse hakkında nesep ikrarında bulunmak yahut o kimsenin kendi nesebine dahil olduğunu iddia etmek için fıkhıta aynı zamanda “di’ve” terimi de kullanılmıştır.⁷²

A. Nesep İkrarında Bulunabilmek İçin Gereken Şartlar

İkrar, ‘bir kimsenin kendisiyle ilgili olup da başkasında bulunan bir hakkı haber vermesi’ şeklinde tanımlanabilir.⁷³ İkrarla birlikte kişi, aslında kendisi aleyhine ve ikrarda bulunduğu kişi lehine bir durumu itiraf etmektedir. Bir

⁷⁰ Dönmez, “Nesep”, s. 574.

⁷¹ Ferhat Koca, “İkrar”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 22 (İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2000), s. 38.

⁷² Dönmez, “Nesep”, s. 574.

⁷³ Halebi, Mülteka, s. 275.

kimsenin yalan yere kendisi aleyhinde hüküm ifade edecek bir beyanda bulunması olağan görülmediğinden İslam hukukunda ikrarın bağlayıcı olduğu, diğer bir deyişle kişilerin ikrarlarıyla ilzam olunacakları kuralı benimsenmiştir.⁷⁴ Kendisine böylesi önemli sonuçlar bağlanan ikrarın geçerli olabilmesi için ise kimi şartlar öngörülmüştür. Nesep ikrarının da bir ikrar çeşidi olduğu düşünüldüğünde öncelikle bu ikrarın geçerli olması için ikrara özgü genel şartların mevcut olması gerekeceği muhakkaktır. Ardından da nesebin kurulmasına yönelik ikrara dair özel şartlara bakılması gerekecektir.

1. İkrarda Bulunabilmek İçin Gereken Genel Şartlar

İkrara ilişkin şartlar fıkhıta; ikrarda bulunan kişi, lehinde ikrarda bulunulan kişi ve ikrarın konusu olarak üç ayrı başlık altında ele alınmaktadır. Çalışmanın konusu bakımından nesep ikrarına ilişkin önem arz eden ikrarın şartları şu şekilde sıralanabilir:

Her şeyden önce ikrarda bulunan kişinin mümeyyiz ve ergin olması gereklidir.⁷⁵ Bu şartları taşımayan kişilerin kendi başlarına ikrarda bulunmaları mümkün olmadığı gibi velileri ya da vasilerinin yapacağı ikrar da geçerli olmayacaktır.

İkinci olarak, ikrarda bulunan kişinin bunu kendi rızasıyla yapmış olması gerekir. Dolayısıyla korkutulduğu yahut tehdit edildiği için bir kişi zorla ikrarda bulursa, bu ikrarı geçerli sayılmaz.⁷⁶

İkrarın görünen duruma ve aynı zamanda şer'i hükümlere aykırı olmaması gerekliliği de bir diğer şarttır.⁷⁷ Dolayısıyla herkesçe bilinen yahut akıl ve mantığın kabul ettiği hususlara açıkça aykırı olduğu görünen bir durum hakkında yapılacak ikrar geçerli sayılmayacaktır. İkrarın İslam hukuku hükümlerine aykırı olmaması gerektiği de muhakkaktır. Örneğin, İslam hukukunda nesebi belli olan bir kimse üzerinde ikinci bir nesep kurulamayacağından, evlilik birliği içinde ve kabul edilen süreler dahilinde doğan, dolayısıyla nesebi doğrudan kocaya bağlanan bir çocuk hakkında nesep ikrarında bulunulması geçerli kabul edilemez.

⁷⁴ Cin/Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, s. 388.

⁷⁵ el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 2, s. 199.

⁷⁶ Behcetü'l Fetava, s. 451.

⁷⁷ Bilmen, Kamus, C. 8, s. 43; Koca, "İkrar", s. 38. Aşağıda nesep ikrarına ilişkin özel şartlar sayılırken bu konuya daha detaylı olarak yeniden değinilecektir.

İkrarın töhmet altında yapılmamış olması ve ikrarda bulunanın aslında kendisine yönelik bir fayda sağlamak amacıyla bu ikrarı yaptığı şüphesi oluşmaması da gereken diğer şartlardandır.⁷⁸ Örneğin elinde herhangi bir delil olmaksızın, çok zengin bir kişinin aslında kendi babası olduğu yönünde yapılacak bir ikrarın töhmet altında olduğu dile getirilebilir.

Diğer taraftan, lehinde ikrarda bulunulan kişinin bilinebilir olması da gereklidir.⁷⁹ Dolayısıyla bir kimsenin aslında bir çocuğu olduğunu ikrar etmesi ancak bu çocuğun kim olduğunu bilmemesi halinde, üzerinde nesep ilişkisi kurulacak kişi belli olmadığından bu ikrar bir hüküm ifade etmeyecektir.

2. Nesep İkrarında Bulunabilmek İçin Gereken Özel Şartlar

Nesep ikrarında bulunabilmek için gereken özel şartların başında, hakkında nesep ikrarında bulunulan çocuğun halihazırda nesepsiz olması, diğer bir deyişle nesebi meçhul olması gerekliliği gelir.⁸⁰ İslam hukukunda bir kimse üzerinde birden fazla kişiyle nesep ilişkisi kurulması kural olarak kabul edilmediğinden bir kimsenin halihazırda babası ile nesebi kurulmuşsa; artık üçüncü bir erkeğin nesep ikrarında bulunması bir hüküm ifade etmeyecektir.⁸¹ Bu iddianın gerçekten doğru olması dahi önem taşımaz.

Bir çocuğun nesebinin meçhul olması için, nesebin olağan kurulma yöntemlerinin haricinde bir yolla dünyaya gelmiş olması gerekir. Örneğin, boşanmış bir kadının, evliliğin sona ermesinden iki sene geçtikten sonra çocuk doğurması halinde, bu çocukla kadının eski kocası arasında nesep ilişkisi kurulamayacağından çocuk, nesebi meçhul durumunda olacaktır.

Çocuğun nesebinin belirsiz olması şartıyla bağlantılı olarak ele alınması gereken bir diğer şart ise çocuğun zina mahsulü olmaması gerekliliğidir.⁸² Zina ilişkisi, nesebin olağan kurulma yolları arasında bulunmadığından zina

⁷⁸ Koca, "İkrar", s. 38.

⁷⁹ Halebi, Mülteka, s. 275; Koca, "İkrar", s. 38.

⁸⁰ Acar, İslam Aile Hukuku, s. 201. Burada bahsedilen nesepsizlik hali, hem anne hem baba tarafından nesepsizlik olabileceği gibi sadece baba tarafından nesebinin belli olmaması hali de olabilir. Anne ile nesep doğumla birlikte kurulmuş olacağından, İslam fihiinde nesep meseleleri daha çok baba ile alakalı olarak ortaya çıkmış ve nesep ilişkisinin kurulmasına dair ilkeler de bu doğrultuda şekil almıştır.

⁸¹ "Zeyd, Amr'ın oğlu olup marufu'n-neseb olan Bekir için 'Oğlumdur' deyu ikrar eylese Bekir'in nesebi Zeyd'den sabit olur mu? el-Cevab: Olmaz." Fetava-yı Feyziye, s. 323.

⁸² Acar, İslam Aile Hukuku, s. 201.

sonucu doğan bir çocuk da aslında nesebi meçhul çocuklar kapsamındadır. Bu bakımdan onların da nesep ikrarı yoluyla babaları ile nesep ilişkisinin kurulabilmesi akla gelebilecekse de İslam hukukunca bu mümkün görülmemiştir. Zina, İslam hukukunda topluma karşı işlenen bir suç olarak görülmüş ve zina nedeniyle aile düzeninin yanı sıra kamu düzeninin, genel ahlakın, namusun ve nesebin bozulacağı kabul edilmiştir.⁸³ Bu nedenlerle de hadd suçları arasında sayılmış ve ağır bir yaptırıma tabii tutulmuştur. Bu durum da zina mahsulü çocukların neseplerinin kurulmasına izin verilmemesi sonucunu yaratmıştır. Zira aksi bir durum zinaya hukuki sonuç bağlanması ve zinanın olumsuz etkilerinin bir nebze olsun giderilmesini sağlayacak ve bir bakıma zinaya meşruiyet kazandıracaktır ki İslam bunu asla kabul etmemiştir.

Dolayısıyla, nesebi belirsiz bir çocuk hakkında nesep ikrarında bulunulurken bu ikrarın geçerli olabilmesi için o çocuk hakkında daha önceden zina mahsulü olduğu yönünde ifadede bulunulmamış olması gerektiğine de bakılması icap edecektir.

Yukarıda anılan iki şart birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonucu bir örnek üzerinden anlatmak gerekirse; evliliğin kurulmasının üzerinden henüz altı ay geçmeden kadının bir çocuk doğurması halinde bu hamileliğin evlilik birliği kurulmadan önce gerçekleştiği yani henüz evli değilken kadının hamile kaldığı kesinleşmiş olur. Bu durumda çocuk, nesebi meçhul olarak doğmuş olacaktır. Bu aşamada eğer ki koca, çocuğun kendisinden olmadığını, karısının başka birinden hamile kalmış olduğunu söylerse, nesebi meçhul olan bu çocuk aynı zamanda zina mahsulü olarak nitelendirilmiş olacak ve bu nedenle ne kocanın ne çocuğun gerçek babasının ne de başka bir erkeğin artık nesep ikrarında bulunması mümkün olabilecektir. Bunun yerine koca, çocuğun kendisinden olduğunu kabul eder ve karısıyla evlenmeden önce zina yaptıklarından dolayı karısının hamile kaldığını da dile getirmezse, nesebi meçhul olan bu çocuk lehine nesep ikrarında bulunabilecek ve böylece aralarında nesep ilişkisi kurulabilecektir.

Zina mahsulü olduğu dile getirilmiş olsun veya olmasın, bir çocuğun evlilik birliğine dair getirilen alt ve üst sınırlar dışında doğmuş olması halinde aslında tarafların zinada buldukları gerçeği ortaya çıkmış olmaktadır. Çocuğun zina mahsulü olduğu dile getirilmedikçe evlenmeden sonraki altı ay içinde yahut evliliğin sona ermesinden iki yıl geçtikten sonra doğmuş olan çocukların o evlilikteki koca tarafından nesep ikrarında bulunma yoluyla

⁸³ Ünal Özkorkut, Zina, s. 74.

nesep ilişkilerinin kurulmasına izin verilmesi, taraflar arasında evlilik şüphesiyle birleşme halinin varlığına dayandırılmıştır. İhtimaldir ki taraflar, evliliğin hukuken kurulmasından önce yahut evlilik sona erdikten sonra aslında evli olduklarını zannederek cinsel ilişkiye girmiş ve bunun sonucunda da bir çocuk sahibi olmuş olabilirler. Gerek bu ihtimali göz ardı etmemek gerekse de çocuğu mümkün olduğu kadar nesepsiz bırakmamak adına nesep ikrarı yolu kabul edilmiş ve böylesi çocukların nesepsiz kalmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Nesep ikrarında bulunabilmek için gereken özel şartlardan üçüncüsü, aralarında nesep bağı kurulması istenen kişiler arasında birinin diğerinin anne babası yahut çocuğu olmasına imkan tanıyan bir yaş farkının bulunmasıdır.⁸⁴ Bu şart, ikrarda bulunmaya ilişkin genel şartlardan olan ikrarın açık gerçeğe, akıl ve mantığa aykırı olmaması şartının bir uzantısı niteliğindedir. Doğaldır ki bir kimsenin, kendisinden sadece birkaç yaş küçük birinin babası olduğu yönünde yapacağı ikrar, gözle görünen gerçeğe aykırı olacağından geçerli kabul edilmeyecektir. Çocuk sahibi olabilmek için ergenliğe girmiş olmak gerekeceğinden ve fakihlerce kabul olunan hakim görüş uyarınca kızların dokuz; erkeklerin on iki yaşından itibaren ergenliğe girmeye başlayacakları düşünüldüğünden⁸⁵, nesep iddiasında bulunulan taraflar arasında en az bu kadarlık bir yaş farkını olması gerektiği söyleyebilmek mümkündür. 1667 yılında Bab Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Aişe bt. Osman isimli bir kadın, ölen Fatıma bt. Mustafa'nın annesi olduğunu iddia etmiş ve terekeden payını istemiştir. Aişe'nin, iddiasını şahit ifadeleriyle ispat etmesi üzerine mahkeme karara varmak için önce tarafların yaşlarına bakmış ve Aişe'nin seksen; kızı olduğu iddia edilen Fatıma'nın da elli yaşında olduğunu belirterek taraflar arasında anne-kız olmaya müsait bir yaş farkı bulunduğunu tespit ederek davacının lehinde karara varmıştır.⁸⁶

Nesep ikrarında bulunabilmek için gereken şartlardan sonuncusu da hakkında ikrarda bulunulan tarafın bu ikrarı kabul etmesidir.⁸⁷ Tabii bunun için, bu kimsenin mümeyyiz olması gerekir.⁸⁸ Mümeyyiz olduktan sonra kişinin ergenliğe ulaşmış olup olmadığına bakılmaz.

⁸⁴ Dönmez, "Nesep", s. 574; Acar, İslam Aile Hukuku, s. 201.

⁸⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 105.

⁸⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, C.17, ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM, 2011), Hüküm No. 461, s. 396.

⁸⁷ el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 2, s. 219; Halebi, Mülteka, s. 329.

⁸⁸ Dönmez, "Nesep", s. 574; Acar, İslam Aile Hukuku, s. 201.

İslam hukukunda ikrarın geçerli sayılması için kural olarak lehinde ikrarda bulunulan kimsenin kabulü aranmaz.⁸⁹ Oysa burada, nesep ilişkisinin özellikli durumu nedeniyle karşı tarafın da bu ikrarı kabul etmiş olması aranmıştır. Böylece nesepsiz kimselerin sadece tek bir kişinin beyanıyla istemedikleri yahut doğru olduğunu düşünmedikleri kimselerle aralarında nesep ilişkisi kurulması engellenmiş ve bir bakıma da yanlış nesep ilişkileri kurulmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Kaldı ki nesebi belli olmayan bir çocuğun bir adamın kendisinin babası olduğu yönünde yapacağı bir nesep ikrarı, çocuğa babası tarafından nafaka ve miras gibi çeşitli faydalar sağlayacağından, baba olduğu iddia edilen kimsenin rızasının alınmayacak olması, ikrar beyanıyla bir kimsenin maddi zarara uğratılması anlamına gelebilecektir.

Bu bağlamda ancak henüz temyiz kudretine erişmemiş olan küçük çocuklarla yahut akıl hastası kimselerle nesepi belli değilse, zina mahsulü oldukları belirtilmemişse ve baba olduğunu iddia eden kişiyle ile yaş farkı da müsaitse tek taraflı bir irade beyanı olan nesep ikrarı yoluyla nesep ilişkisinin kurulması mümkün olacaktır.

Hakkında nesep ikrarında bulunulan kişinin ölmüş olması halinde ise artık kendisinin onayının alınması mümkün olmayacağından bu sefer ölenin mirasçılarının onayının alınması gerekecektir. Ne de olsa bu ikrarın geçerli olması ile o kişi diğer mirasçılarının aleyhinde olacak şekilde ölenin mirasından pay almaya hak kazanacaktır. Örneğin, Zeyd'in ölümünün ardından geriye mirasçıları olarak eşi ve üç çocuğu kalmış olmasına rağmen Amr'ın gelip aslında kendisinin de Zeyd'in oğlu olduğu yönünde yapacağı bir nesep ikrarı, Zeyd ölmüş olduğundan ancak mirasçıların bu iddiayı kabul etmesiyle geçerli olabilecektir. Mirasçılar bu iddiayı kabul ettikleri anda artık Amr ile Zeyd arasında nesep ilişkisi kurulmuş sayılacağından Amr, Zeyd'in mirasçısı olacaktır.⁹⁰

Hakkında nesep ikrarında bulunulan ölen kişinin bu ikrarı kabul edecek hiçbir mirasçısı olmaması halinde ise ikrarda bulunanın delil göstermesi gerekecektir. Bu delillerin gösterilmesiyle birlikte nesep ilişkisi kurulabilecektir. 1520 yılında Üsküdar Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta Nesimi b. Mehmed isimli bir kimsenin, ölmüş bulunan Habib Cüllah'ın aslında kendi oğlu olduğunu iddia etmesi üzerine kendisinden delil

⁸⁹ Koca, "İkrar", s. 39.

⁹⁰ Neticetü'l-Fetava, s. 301; Fetava-yı Feyziye, s. 323.

göstermesi istenmiştir. İki şahidin Nesimi b. Mehmed'in iddiasını doğrulayacak şekilde ifade vermeleri üzerine mahkeme, bu iki kişi arasında nesep ilişkisinin kurulmasına ve ölen kimsenin terekesinin mirasçı sıfatıyla Nesimi b. Mehmet'e verilmesine hükmetmiştir.⁹¹

Bu noktada dolaylı nesep ikrarıyla ilgili bir istisnaya değinmek gerekir. Doğrudan nesep ikrarlarında hakkında ikrarda bulunulan kişinin bunu kabul etmesi yeterliyken; dolaylı ikrarlarda ise bir de kendisine nesep yüklenilmiş olan üçüncü kişinin bu ikrarı kabul etmesi aranacaktır. Örneğin, bir kimsenin başkası için kendisinin kardeşi olduğunu dile getirmesi halinde bu ikrarın geçerliliği için sadece kardeş olduğu iddia edilen kişinin onayı yeterli olmaz. İleri sürülen iddianın doğru olması demek aynı zamanda o kardeşin, iddiada bulunan kimsenin babasının oğlu olması demektir. Diğer bir deyişle, burada baba konumunda bulunan kişiye de nesep yüklenmiş olmaktadır. İşte bu nedenle böylesi bir dolaylı nesep ikrarının geçerliliği için kardeş olduğu iddia edilen kişinin yanı sıra baba olduğu iddia edilmiş olan kimsenin de onayı gerekecektir. Bu ikinci onay verilme dahi ikrarda bulunan kişinin iddiasını ispat edecek delil getirmesiyle de nesep ilişkisinin kurulabilmesi mümkündür.⁹²

Nesep ikrarının geçerli olabilmesi için çocuğun annesinin yahut kocanın mevcut eşinin buna onay vermesi gerekmediği gibi kural olarak herhangi bir delil göstermeye de gerek yoktur.⁹³ Ancak, yapılan nesep ikrarının aksine olacak şekilde bir başkasının delil getirmesi halinde, örneğin nesep ikrarında bulunan kimsenin o çocuğun babası olmayacağı yönünde iki şahidin ifade vermesi halinde ikrar karşısında delile öncelik verileceği ve bu nedenle ikrarın hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmiştir.⁹⁴ Benzer şekilde, aynı kişi üzerinde birden fazla kimsenin nesep ikrarında bulunması halinde de delil getiren tarafın iddiası üstün tutulacaktır. Birden fazla kişinin aynı çocuk üzerinde nesep iddiasında bulunması meselesi fıkıhta özellikle lakit çocuklar hakkında ele alınmış ve bu meseleyi çözüme kavuşturmak adına çeşitli kriterler getirilmiştir. Bunlar esasında çocuğun yararını en üst şekilde gözetmek amacıyla kabul edilmiş kriterlerdir. Buna göre, bir gayrimüslimle bir Müslümanın aynı anda çocuk üzerinde nesep iddia etmesi halinde Müslüman

⁹¹ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, C. 2, ed. Coşkun Yılmaz (İstanbul: İSAM, 2010), Hüküm No. 645, s. 327.

⁹² Dönmez, "Nesep", s. 574; Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 449.

⁹³ Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 449.

⁹⁴ Acar, İslam Aile Hukuku, s. 202.

olana, bir hürle kölenin iddiasında ise hür olana öncelik verilecektir. Ne de olsa bir çocuğun Müslümanların yahut hür kimselerin yanında yetişmesi diğerlerine kıyasla onun daha lehine olacaktır. Benzer şekilde, çocuğun vücudundaki bir iz hakkında bilgi verene de diğerine kıyasla öncelik tanınacaktır. Ancak aynı anda nesep iddiasında bulunan kişiler arasında içlerinden birine öncelik verilmesini gerektirecek herhangi bir farklılık söz konusu olmazsa, yine çocuğun yararını korumak amacıyla her ikisi üzerinde de nesebin kurulacağı kabul edilmiştir.⁹⁵

Nesep ikrarına ilişkin şartlar konusunda değinilmesi gereken son bir hal de kadının nesep ikrarında bulunması halidir. Anne ile nesep doğum anında kurulmuş olacağından bir kadının sonradan nesep ikrarında bulunması erkeklerinkine kıyasla daha nadir görülen bir durumdur ve esas olarak lakit çocuklarla nesep ilişkisinin kurulması noktasında kendisini göstermektedir.

Bir erkek nesep ikrarında bulunduğu karısının bu ikrarı onaylaması aranmazken kadının nesep ikrarında bulunması halinde bu ikrarın geçerli olabilmesi için ya koca tarafından onaylanması ya da bu konuda ebenin şahitlikte bulunması gerekir.⁹⁶ Zira kadının bir çocuğun annesi olduğunu ileri sürmesi üzerine kocası da kural olarak o çocuğun babası olmuş olacak, diğer bir deyişle çocuğun baba bakımından nesebi de kocaya bağlanacaktır. Bu sebeple, bir kadının nesep ikrarında bulunmasıyla aynı zamanda çocukla baba arasında da nesep ilişkisinin kurulacağı kabul edilir.⁹⁷ Çocuğun nesebinin kocaya bağlanmasıyla da çocuğun o koca üzerinde nafaka ve miras başta olmak üzere çeşitli hakları doğmuş olacağından, kadınların nesep ikrarında kocanın da kabulü aranmıştır.

Kocanın kabul beyanında bulunmaması halinde ise eğer bu doğum olayına bir ebe şahitlik etmişse, ebenin yapacağı şahitlik de ikrarın geçerliliği için yeterli sayılacaktır. Bu durumda koca her ne kadar ikrarı kabul etmemişse de çocuk ile kadın arasında nesep ilişkisinin kurulmasıyla birlikte kocayla da babalık ilişkisi kurulmuş olacaktır.

Kadının evli olmaması yahut evli olmasına rağmen nesep ikrarında bulunduğu çocuğun kendisinin önceki evliliklerinden olduğunu iddia etmesi hallerinde ise kocanın onayının alınmasına gerek kalmayacaktır. Şeyhülislam Feyzullah Efendi tarafından verilen bir fetvada, halihazırda Zeyd ile evli olan

⁹⁵ el-Mavsili, El-İhtiyar, C. 2, s. 362-363.

⁹⁶ Halebi, Mülteka, s. 330; el-Mavsili, El-İhtiyar, C. 2, s. 219.

⁹⁷ el-Mavsili, El-İhtiyar, C. 2, s. 219.

Hind'in, nesebi meçhul olan ve kızı olması için yaşça uygun olan Zeynep'in, Zeyd'le evlenmeden önce kendisinden doğmuş olan kızı olduğunu ikrar etmesi halinde, Zeyd'in rızasına bakılmaksızın Hind ile Zeynep arasında nesep ilişkisinin kurulacağı belirtilmiştir.⁹⁸

B. Nesep İkrarının Hüküm ve Sonuçları

Nesep ikrarının hüküm ve sonuçlarını nesep ikrarı çeşitlerine göre ayrı ayrı ele almak daha yerinde olacaktır.

1. Doğrudan Nesep İkrarının Hüküm ve Sonuçları

Nesep ikrarı için gereken şartları taşıyan bir doğrudan nesep ikrarının yapılmasıyla birlikte ikrarda bulunan kişi ile hakkında ikrarda bulunulan kişi arasında nesep ilişkisi doğmuş olur. Bu ikrardan dönülemez. Kişinin ikrarında yalancı olduğunu söylemesi yahut ikrarından vazgeçmesi hüküm ifade etmez.⁹⁹

Taraflar arasında nesep ilişkisinin kurulmasıyla birlikte tıpkı çocuğun doğumu anında nesebi olağan şekilde kurulmuş gibi hareket edilir. Diğer bir deyişle, nesep ilişkisi bir kere kurulduktan sonra bunun sahil evlilikle yahut başka bir yolla kurulmuş olmasının bir farkı kalmaz.¹⁰⁰

Anne baba ile çocuk arasında gerçekleşmesi muhtemel her türlü hukuki ilişkinin aynı zamanda nesebin sonuçlarından olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bunların başlıcası çocuk üzerinde babanın nafaka yükümlülüğü ile çocuğu terbiye ve himaye etme yükümlülüğünün doğması, tarafların birbirlerinin mirasçısı haline gelmeleri ve taraflar arasında evlenme yasağının doğmasıdır.¹⁰¹

2. Dolaylı Nesep İkrarının Hüküm ve Sonuçları

Dolaylı nesep ikrarında bulunmanın doğrudan bir hüküm ifade etmeyeceğine yukarıda yer verilmişti. Böylesi bir ikrar ancak, hakkında ikrarda bulunulan kimsenin yanı sıra, kendisine nesep yüklenilmiş olan üçüncü kişinin de bu ikrarı kabul etmesiyle birlikte hüküm doğurabilecektir.

⁹⁸ Fetava-yı Feyziye, s. 323.

⁹⁹ el-Mavsili, El-İhtiyar, C. 2, s. 220.

¹⁰⁰ Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 298.

¹⁰¹ Karaman, İslam Hukuku, s. 140.

Doğrudan nesep ikrarında ikrardan geri dönülemeyeceği kuralı burada geçerli değildir. Diğer bir deyişle, kişinin dolaylı nesep ikrarından dönmesi mümkün görülmüştür.¹⁰² Örneğin, Amr'ın kendisinin kardeşi olduğu yönünde dolaylı nesep ikrarında bulunan Zeyd'in, bu ikrarından dönmesi ve sonrasında da başka bir mirasçı bırakmadan ölmesi üzerine Amr Zeyd'in mirasçısı olamayacak ve bu yüzden terekenin de beytü'l-mala aktarılması gerekecektir.¹⁰³

İkrarda bulunanın dönmesine rağmen kendisine nesep yüklenen üçüncü kişinin, eğer bu nesep ilişkisinin doğruluğu kabul ediyorsa, doğrudan nesep ikrarında bulunabilmesi imkan dahilindedir.

Kendisine nesep yüklenen üçüncü kişinin bu ikrarı kabul etmemesi, aralarında nesep ilişkisi kurulmasını engelleyecekse de bu durum, nesep ikrarının tamamen hükümsüz olması anlamına gelmeyecektir. Şöyle ki, dolaylı nesep ikrarında bulunan kişinin, bir başkasının kendisinin kardeşi, amcası vs. olduğunu iddia etmesiyle, o kimse ile aralarında doğrudan nesep ilişkisi kurulamayacaksa da, o kimselerin kendisine mirasçı olmasına rıza gösterdiği kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle dolaylı nesep ikrarının, hakkında nesep iddiasında bulunulan kimse lehine mal ikrarında bulunmak anlamına geldiği ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Bu nedenle, başka bir mirasçısı olmaması şartıyla, ikrar sahibinin ölmesi halinde nesep iddiasında bulunduğu kimseler ona mirasçı olacaklardır.¹⁰⁵ Bu süreçte kendisine nesep yüklenmiş olan üçüncü kişinin bu iddiayı kabul edip etmemesinin önemi bulunmamaktadır. Aynı zamanda böylesi bir ikrar, ikrarı yapan kişiyi, eğer şartları uygunsa lehine ikrarda bulunana nafaka ödeme yükümlülüğü altına dahi sokacaktır.¹⁰⁶ 1666 yılında Bab Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta Ali b. Abdullah isimli bir kimse, bilinen bir mirasçısı olmadan öldüğü için terekesi emaneten Hüseyin Ağa'nın elinde tutulan Mustafa Bey b. Abdullah'ın kendi kardeşi olduğunu iddia etmiş ve bu nedenle müteveffanın terekesinin kendisine verilmesini talep etmiştir. İddiasının ispatı için kendisinden delil göstermesi istendiğinde mahkeme huzuruna gelen iki şahit Mustafa Bey'in de hayattayken Ali'nin kendi kardeşi ve varisi olduğunu ikrar ettiği yönünde şهادette bulunmuşlardır. Bu şahit ifadeleri üzerine mahkeme, ölenin

¹⁰² el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 2, s. 220.

¹⁰³ Neticetü'l-Fetava, s. 301.

¹⁰⁴ el-Mavsılı, El-İhtiyar, C. 2, s. 220.

¹⁰⁵ Halebi, Mülteka, s. 331.

¹⁰⁶ Bilmen, Kamus, C. 2, s. 69.

terekesinin Ali'ye verilmesi yönünde karara varmıştır.¹⁰⁷ Görüldüğü üzere burada tarafların kardeş olduklarını ikrar etmeleri üzerine babaları ile nesebin kurulması söz konusu olmamış, sadece taraflar arasında mirasçılık ilişkisi bulunduğu hükümlenmiştir.

SONUÇ

Dar anlamıyla çocukla anne babası arasındaki ilişkiyi ifade eden nesep, İslam hukukunun temel kaynaklarında yerini alan ve korunmasına önem verilen kurumlardan biridir. Bu amaçla İslam hukuku zinayı kesin bir dille yasakladığı gibi nesep ilişkilerinin gerçeklerden sapmasına neden olacağından evlat edinme kurumunu da kaldırmıştır.

Nesebin devamlılığı yeni doğacak çocuklarla mümkün olabileceğinden bu doğumların hangi şartlar altında nesebin sağlıklı ilerlemesini sağlayacağını tespit etmek gerekmektedir. İslam hukukuna göre iki halde gerçekleşen doğumlar nesebin doğal yollarla yani kendiliğinden kurulmasını sağlar. Bunlar; nesep ilişkisi kurulacak çocuğun anne ile babasının evlilik birliği içinde bulunması ve çocuğun annesinin, babanın cariyesi olmasıdır. Anne ile babanın evli olması haline ilişkin de çeşitli sınırlamalar getirilmiş, söz konusu evliliğin kural olarak sahih bir evlilik olması, doğumun evliliğin kurulmasından en az altı ay geçtikten sonra yahut da böyle bir evliliğin sona ermesinden itibaren en geç iki yıl içinde gerçekleşmiş olması ve ayrıca kocanın, baba olabilecek yaşta ve imkanda olması aranmıştır. Taraflar arasında birleşmenin fiilen gerçekleşmiş olup olmaması ise tartışma konusu olmuş; Hanefilerin görüşü uyarınca olağanüstü şartlar altında dahi olsa bu birleşmenin gerçekleşme ihtimalinin bulunması yeterli görülmüştür.

Sahi bir evlilik dışında, sıhhat şartlarında eksiklik taşıyan fasit evlilikler yoluyla da nesep ilişkisinin olağan şekilde kurulabilmesi de yine Hanefi mezhebinin görüşleri doğrultusunda kabul edilmiş ve bu sayede Osmanlı hukukunda da uygulama alanı bulmuştur. Son olarak taraflar arasında sahih ya da fasit bir evlilik ilişkisi bulunmamasına rağmen tarafların evli olduklarını zannederek ilişkiye girmeleri halinde doğacak çocuğun nesebinin de yine taraflara bağlanmasına karar verilmiştir.

Fasid evlilik ile nikah şüphesi altında birleşme hallerinin sahih evlilikle nesebin kurulması genel kuralının istisnaları olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Anılan iki halde de, aralarında sahih bir evlilik akdi olmaksızın

¹⁰⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, Hüküm No. 36, s. 111.

cinsel ilişkiye girdikleri aşikar olan tarafların bu eyleminin zina kapsamına girebileceği dahi düşünülebilecekken, onun yerine bu ilişkiden doğacak çocuğun doğal yollarla nesebinin kurulmasının tercih edildiği görülmektedir. İslam'ın, nesebi insanlığın vazgeçilmez ihtiyaçlarından biri olarak görmesi ve bireylerin mümkün olduğunca nesepsiz kalmalarının engellenmek istenmesi, bu tercihte etkili olmuştur.

Nesep ikrarı kurumunun da bir bakıma bu amaçlar doğrultusunda ortaya çıktığını söyleyebilmek mümkündür. Çalışmada, nesep ikrarının yeni bir nesep ilişkisi kurma yolu olmadığına dikkat çekilmiştir. Ne de olsa gerçeğe aykırı bir nesep ilişkisinin ikrar vasıtasıyla kurulması İslam'ın kabul edeceği bir yol olmayacaktır. Nesep ikrarıyla ulaşılmak istenen amaç, aralarında olağan yollarla nesep ilişkisi kurulabilecek kişilerin, bir sebepten dolayı bu ilişkinin kurulamaması nedeniyle nesepsiz kalmalarının önüne geçmek ve ikrar yoluyla bu eksikliği gidermelerine imkan sağlamak, diğer bir deyişle gerçeklerin ortaya çıkmasına fırsat tanımaktır.

Nesep ikrarında bulunabilmek için öncelikle ikrarda bulunabilmenin şartlarını taşıyor olmak gerekir. Ardından da nesep ikrarına ilişkin kabul edilmiş dört şarta uyulmalıdır ki bunlar; hakkında nesep ikrarında bulunulan kişinin nesebinin meçhul olması, bu kişinin zina mahsulü olduğunun belirtilmemiş olması, aralarında nesep ilişkisi kurulacak kişiler arasında uygun bir yaş farkının olması ve hakkında nesep ikrarında bulunulan kimsenin bu ikrarı kabul etmesidir.

Nesep ikrarının hüküm ve sonuçlarına bakıldığında ise bu kurumun asli çeşidi olan doğrudan nesep ikrarında bulunulmasıyla birlikte artık ikrardan dönülemeyeceği ve diğer şartların da uygun olması halinde nesep ilişkisinin doğrudan kurulacağı görülmektedir. Nesep ikrarının geçerliliği için delil gösterilmesine gerek yoksa da özellikle karşı tarafın bu ikrarı kabul etmemesi yahut kabul edebilecek durumda olmaması hallerinde delile başvurulmaktadır. Dolaylı nesep ikrarında ise bu ilişkiye üçüncü bir kişi daha taraf olmaktadır ki o da kendisine nesep yüklenilendir. Böylesi bir ikrarın geçerli olabilmesi için artık bu kimsenin de ikrarı kabul etmesi gerekecektir. Üçüncü kişi ikrarı kabul etmese, yani taraflar arasında nesep ilişkisi doğmasa dahi lehinde nesep ikrarında bulunulan kişinin, ikrarda bulunana varis olabileceği ve başka mirasçı bırakmadan ölmesi halinde ikrarda bulunan kimsenin terekesinde hak sahibi olacağı kabul edilmiştir.

Nesep ikrarı kurumunun sebepleri, şartları, hüküm ve sonuçları birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşabilmek mümkündür: Her şeyden önce

İslam'da nesepsizlik hali hoş karşılanmamakta ve nesepsizliğin kişiye hem maddi hem manevi yönden zarar verdiğine inanılmaktadır. Bu nedenle de mümkün olduğu kadar bireylerin nesepsiz kalmamasına çalışılmıştır. Nesep ikrarı kurumunun getiriliş sebeplerinin başında da aslında bu amacın gerçekleştirilmesi yatmaktadır. Bu yolda da fazlasıyla ihtiyatlı davranılmış, ortaya çıkan her şüpheli durumda, nesebin kurulmasını sağlamaya yönelik yorum yapma yoluna gidilmiştir. Örneğin, evliliğin kurulmasından itibaren altı ay geçmeden bir doğumun meydana gelmesi halinde, kocanın nesep ikrarında bulunmasıyla çocuğun nesebinin kocaya bağlanabilmesi mümkün kılınmıştır. Burada, aslında zina mahsulü olduğu düşünülebilecek olan bu çocuğun nesebi, tarafların birbirlerinin evli olduklarını sanarak ilişkiye girmiş oldukları şüphesiyle kocaya bağlanabilmiştir. Böylece çocuğun nesepsiz kalmasının da önüne geçilmiş olmaktadır.

Bunu yaparken, elbette gerçeklere uygun hareket edilmeye de özen gösterilmiştir. Nesep ilişkisi kurulacak kişiler arasında uygun bir yaş farkının aranması ve hakkında ikrarda bulunulan tarafın bu ikrarı kabul etmesi gerekliliği, bu amacın gerçekleşmesini sağlamaya yönelik şartlardandır.

Diğer taraftan, nesebin bozulmasına sebep olan unsurların başında görülen zina kurumuna karşı tutunulan sert tavır, bazı durumlarda nesebin gerçeklere uygun bir şekilde kurulması ve mümkün olduğunca nesepsiz kimse bırakılmaması amaçlarından sapılmasına yol açmıştır. Başka bir ifadeyle, zinanın engellenmesi ile nesebin gerçeklere uygun bir şekilde kurulması hususları karşılaştırıldığında galip gelen taraf her zaman zinanın engellenmesi olmuştur. Zina mahsulü olduğu ifade edilmiş olan çocuklar hakkında nesep ikrarında bulunulamayacak olması, bu durumun açık göstergesini oluşturur. Böyle bir çocuğun babasının gerçekte kim olduğu herkes tarafından malum olsa dahi çocuk ile babası arasında nesep ilişkisi kurulabilmesine müsaade edilmemiştir. İşte bu noktada, İslam'ın çocukları nesepsiz bırakmama arzusu ikinci plana geçmekte ve öncelik, zina yapmaya kalkışan kimseleri cezalandırmak ve toplumun geri kalanını böyle davranmaktan kaçınmaya yöneltmek olmaktadır. Bu amaçtan, zina mahsulü olmasında hiçbir katkısı olmayan çocuk da elbette payını almaktadır.

Tüm bu bilgiler ışığında, nesep ikrarının nesebin sağlıklı ilerlemesine katkı sağlayan ve toplumda nesepsiz kimselerin sayısını azaltmaya yarayan bir kurum olduğu; ancak bu kurumun zina gibi İslam hukukunca kesinlikle yasaklanmış fiiller karşısında gerçekleri ortaya çıkartma noktasında etkisiz kaldığı söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

- Acar, H. İbrahim. Ana Hatlarıyla İslam Aile Hukuku. Bursa: Emin Yayınları, 2014.
- Aktan, Hamza. "İstilah". TDV İslam Ansiklopedisi, C. 23. İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2001, s. 361-362.
- Aydın, Mehmet Akif. "Evlat Edinme". TDV İslam Ansiklopedisi, C. 11. İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1995, s. 527-529.
- Aydın, M. Akif. Osmanlı Aile Hukuku. İstanbul: Klasik, 2018.
- Aydın, M. Akif. Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta, 2012.
- Ayverdi, İlhan. Misalli Büyük Türkçe Sözlük. İstanbul: Kubbealtı Lugatı, 2008.
- Behcetü'l Fetava. haz. Süleyman Kaya / Betül Algın / Zeynep Trabzonlu / Asuman Erkan. İstanbul: Klasik Yayınları, 2011.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.
- Cin, Halil / Ahmed Akgündüz. Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- Cin, Halil / Gül Akyılmaz. Türk Hukuk Tarihi. Konya: Sayram Yayınları, 2014.
- Demirtaş, H. Necati. Fetvaları ile Şehülislam Ebüssu'ud Efendi. İstanbul: Akıl Fikir Yayınları, 2016.
- Develliöğlü, Ferit. Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat. Ankara: Aydın Kitabevi, 2007.
- Dönmez, İbrahim Kafi. "Nesep". TDV İslam Ansiklopedisi, C. 32. İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2006, s. 573-575.
- Ekinci, Ekrem Buğra. Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2014.
- el-Kuduri, Ahmed. Muhtasarı'l Kuduri. çev. Soner Duman / Osman Güman. İstanbul: Beka, 2019.
- el-Mavsili, Abdullah b. Mahmud. El-İhtiyar: Li-Ta'lili'l-Muhtar. C. 2. çev. Mehmet Keskin. İstanbul: Ravza Yayınları, 2019.
- el-Münziri, Zekiyyüddin Abdulazim. Sahih-i Müslim Muhtasarı. çev. Harun Yıldırım / Rabbani Sağlam. İstanbul: Ravza Yayınları, 2013.
- Fetava-yı Feyziye. haz. Süleyman Kaya. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Halebi, İbrahim. İslam Fıkhı: Kelime Manalı Yeni Mülteka Tercümesi. C.4. haz. Hüsameddin Vanlıoğlu. İstanbul: Yasin Yayınevi, 2014.

- İbn Rüşd. Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid: Mezheblerarası Mukayeseli İslam Hukuku. çev. Ahmed Meylani. C. 3. İstanbul: Beyan Yayınları, 1991.
- İmam Tirmizi. Sünen'üt-Tirmizi. çev. Mehmet Türk. İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri. Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil. C.17. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri. Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil. C.2. ed. Coşkun Yılmaz. İstanbul: İSAM, 2010.
- Karaman, Hayreddin. Ana Hatlarıyla İslam Hukuku. C.2. İstanbul: Ensar, 2016.
- Koca, Ferhat. "İkrar". TDV İslam Ansiklopedisi. C. 22. İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2000, s. 38-40.
- Köse, Saffet. "Lakit". TDV İslam Ansiklopedisi, C. 27. Ankara: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2003, s. 68-69.
- Neticetü'l-Fetava. der. es-Seyyid Ahmed Efendi/es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi. İstanbul: Klasik Yayınları, 2014.
- Sahih-i Buhari: Muhtasarı Tecrid-i Sarih. çev. Abdullah Feyzi Kocaer. Konya: Hüner Yayınevi, 2012.
- Üçok, Coşkun / Ahmet Mumcu / Gülnihal Bozkurt. Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Ünal Özkorkut, Nevin. Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2009.

ESKİ ORTA-ASYA TÜRK KAMU HUKUKU'NDA KAĞANLARIN NİTELİK VE VASIFLARI

*Qualifications of Kagans in the Ancient Turkish Middle-Asian
Public Law*

Aybars PAMİR*

ÖZ

Kağan, eski Orta-Asya Türk Kamu Hukuku'nun temel sujesiydi. Bilindiği gibi, Türk Kağanı egemenlik yetkisini Gök Tanrı'dan almaktaydı. Bu hakkı doğrudan kullanan kağanın çok önemli görev ve sorumlulukları bulunmaktaydı. Bilge olmaktan akıllı ve bilgili olmaya, cesaretli, kuvvetli, kahraman olmaktan, asil soydan gelmeye ve dürüst olmaya, sözünde durmaya, fazilet sahibi, cömert, alçakgönüllü, ihtiyatlı, uyanık, sabırlı, merhametli, affedici, tatlı dilli, tok gözlü, nefesine hakim ve adaletli olmaya vb. kadar çok sayıda önemli vasıf eski Türklere ait kaynaklarda tek tek sıralanmıştır. Öte yandan kibirli olmamak, harama el uzatmamak, içki içmemek, kumar oynamamak, kin gütmemek, dünya malına değer vermemek, gibi çeşitli hasletler de bunlara ilave edilmektedir. Tüm bu vasıflar güçlü bir devlet yapısının sağlanabilmesinin temel koşulu sayılmışlar ve uzun yüzyıllar boyu Türk Kamu Hukuku'na ışık tutmuşlardır. Ancak kaynaklarda dile getirilen hususların, mevcut durumdan çok ideal bir devlet yapısı için öngörüldükleri unutulmamalıdır. Anılan prensiplere uygun davranıldığı müddetçe devletin uzun süreli olması mümkün olabilmiş, aksi halde parçalanma süreci kolaylaşmıştır. Eski Orta-Asya Türk tarihi bunun çok sayıda çarpıcı örnekleriyle doludur.

Anahtar Kelimeler: Kağan, Orta-Asya, Egemenlik Kavramı, Orhun Yazıtları, Kutadgu Bilig.

Makalenin Geliş Tarihi: 29.09.2021, **Makalenin Kabul Tarihi:** 17.08.2022.

* Dr. Öğr. Üyesi. Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, e-posta: aybarspamir@hotmail.com ORCID: 0000-0002-0596-1340.

ABSTRACT

Kagan was the basic subject of the ancient Turkish Middle – Asian Public Law. As known, Turkish kagan had his sovereignty power from the Tengri. Kagan, who directly used the right of sovereignty had important duties and responsibilities. Lots of essential qualifications which kagans should have had as being sophisticated, wise, encouraged, powerful, hero, honest, virtuous, generous, humble, cautious, awake, patient, merciful, forgiving; smooth spoken, fulfilled, self contained, coming from ancestry and keeping his word, ect. were determined in different sources belonged to ancient Turks. On the other hand, not to be arrogant, not to touch the illicit, not to drink alcohol, not to gamble or not to hold a grudge can be added to the list.

All these qualifications were considered as the basic conditions of providing strong state structure and they enlightened the Turkish Public Law for long centuries. However, the principles expressed in the sources were presented for an ideal state structure, not for present situations. As long as obeying the expressed principles, it was possible that the states would be long termed, otherwise the process of breaking would start, easily. The ancient Middle-Asian Turkish history is full of many samples of this fact.

Keywords: Kagan, Middle-Asia, Concept of Sovereignty, Orhon Inscriptions, Kutadgu Bilig.

GİRİŞ

Eski Orta – Asya Türk Kamu Hukuku alanında incelenmeyi bekleyen çok sayıda konu bulunmakta, bu konular arasında da kağanla ilgili olanları başı çekmektedir. Bilindiği gibi, kağan Orta-Asya Türk devlet düzeninin temel sujesi konumundadır. Gök-Tanrı temelli egemenlik anlayışı kağana toplumda özel bir yer kazandırmıştır. Disiplinli ve dirayetli bir kağanın devletini güçlü bir şekilde yönetebildiği, aksi halde devletin parçalanma eğilimleri gösterdiği bilinen bir gerçektir. Bu durum, kağana devlet yönetiminde çok özel görev ve sorumluluklar yüklemiş, ayrıca onun sahip olması gerekli çeşitli nitelikleri de ortaya çıkarmıştır. “*Bilge olunması*”ndan “*akıllı, bilgili olunması*”na, “*cesaretli, kuvvetli ve kahraman olunması*”ndan, “*asil soydan gelinmesi*” ve “*dürüst olunması*”na varıncaya kadar çok sayıda önemli nitelik kaynaklarda sıralanmış, hükümdarlara ders olması istenen çeşitli öğütler tarihten güzel örnekler sunularak aktarılmıştır.

Çalışmamızda, kağanların tabii olmaları istenilen nitelik ve vasıflar eski Türk toplumunun çeşitli kaynaklarına yer verilmek suretiyle ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Sadece tarihin derinliklerinde kalmayıp günümüze de ışık tutan bu nitelikler göz önüne alındığında, Türkler'in çağın çok ötesine geçen ileri görüşlü Kamu Hukuku kültür ve anlayışları çok net bir biçimde anlaşılacaktır.

I. GENEL OLARAK

Türkler çok eski dönemlerde tarih sahnesine çıkmışlar ve büyük devletler kurmuşlardır. Bilindiği gibi, Türkler'in anayurdu "*Orta-Asya*" olarak adlandırılan son derece geniş bir ülkedir. Sözü edilen bölge, bazı yerlerde tarıma elverişli sulak ve bereketli araziler bulunsa da, çoğunlukla bozkır veya çöldür. Bu durum, Türkler'in göçebe tarzı bir yaşamı benimsemelerinde etkili olmuştur.¹ Çok sayıda kabileler halinde dağınık biçimde yaşayan Türkler'in bir araya getirilerek devlet düzeninin oluşturulması elbette ki kolay bir iş değildi. Bunu başarıyla sağlayan kağanlar güçlü ve disiplinli bir yönetim kurabilmişler, bu sayede devletleri de uzun süre ayakta kalabilmiştir.

İşte bu çok önemli ve zor görevi yapmak durumunda olan kağanların büyük görev ve sorumlulukları bulunmaktaydı. Bunun yanında, kağanlardan çeşitli niteliklere sahip olmaları da istenmekteydi. Yüzyılların tecrübesi ile deneye yanıla tespit edilen bu nitelikler kağanla halkı arasında sıkı bir bağın kurulmasının temelini oluşturmuşlardır. Şüphesiz kağanlara yüklenen görev ve sorumluluklar ile, sahip olmaları istenen çeşitli nitelikler birbirini bütünleyen çok önemli konulardır; bunların birbirinden ayrı düşünülebilmesi mümkün değildir.

Makalemizde konu edilen kağanların sahip olmaları istenilen nitelikleri eski Orta-Asya Türk Kamu Hukuku'nun temel kaynakları incelenerek ayrıntılarıyla ele alınmış ve her bir nitelik için tarihten güzel örnekler sunulmuştur.

¹ Göçebe tarzı yaşam ve bunun doğurduğu hukukî ve siyasi sonuçlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun Üçok / Ahmet Mumcu / Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Turhan, 2015), s. 18 vd.

II. KAĞANLARIN SAHİP OLMALARI İSTENİLEN VASIFLARI

A. Bilge Olmalı

Bu vasıf devlet yöneticilerinin belki de sahip olmaları gereken en önemli özelliği göstermektedir. Bilgi sahibi olmayan, cahil bir kimsenin devlet yönetebilmesi elbette düşünülemez. Böyle hükümdarlar kimi zaman tahta çıksalar da, bunların başarılı olabilmeleri ya da uzun süre tahta kalabilmeleri asla mümkün olmamıştır. Eski Orta-Asya Türk tarihi bunun çok sayıda örneği ile doludur. Nitekim, güçlü ve bilge kağanlar döneminde itaat altına alınan kavimleri bir arada tutabilmek ve devletin bekasını sağlamak mümkün olabilmişken, güçsüz ve dirayetsiz hükümdarlar bunu sağlamada güçlük çektiklerinden devletin çöküş sürecine girmesi kaçınılmaz olmuştur.

Konu ile ilgili Orhun Yazıtları ve Kutadgu Bilig’de önemli bilgiler yer almaktadır: Orhun Yazıtları’nda geçen **“Onlar bilge kağanlar, yiğit kağanlar imiş, tüm subayları bilge imiş, yiğit imiş, beylerinin ve halkının tümü dürüst imiş. Bunun için bunca büyük bir imparatorluğu yönetebilmiş ve devleti yönetirken de yasalar koymuşlar”**² ifadeleri bilgeliğin önemini çok net bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu ifadede sözü geçen vasfın sadece kağanlara özgü olmayıp, devletin çeşitli yöneticileri için de aranan bir nitelik olduğu ayrıca vurgulanmıştır.

Öte yandan, Kutadgu Bilig’deki şu beyitte de kağanın bu vasfı sade bir dille anlatılmıştır: **“Halkı idare eden bilge beyler bilgisizin işini kılıç ile halletmişler.”**³ Söz konusu beyit, bu niteliğe sahip olmayan yöneticilere karşı taviz verilmeyeceğini göstermesi bakımından da önemlidir.

B. Akıllı ve Bilgili Olmalı

Kutadgu Bilig’de yer alan **“Dünya beylerinden hangileri bilgili olmuş ise, iyi nizam koyanlar ve iyilikte ileri gidenler onlar olmuştur”**⁴, **“Dünyaya hakim olmak ve onu idare etmek için pek çok fazilet, akıl ve bilgi lâzımdır”**⁵, **“Ey hükümdar! Ölüm henüz yaklaşmadan uyan, bilgini kullan, işini tanzim**

² Vilh. Thomsen, Çözülmüş Orhun Yazıtları, Çev. Vedat Köken (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1993), s. 90.

³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig, Çev. Reşid Rahmeti Arat (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1991), B.223.

⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 252.

⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 281.

et"⁶, "*Tanrı kime bu beylik işini verirse, ona işi ile mütenasip (orantılı) akıl ve gönül de verir*"⁷ gibi beyitlerde kağan için çok önemli faziletler olan "*akıl*" ve "*bilgi*" üzerinde durulmuştur. Aklını bilgisiyle birleştiren bir kağanın halkını en iyi biçimde yönetecek töreleri hazırlayabileceği, aynı zamanda toprağı ve nüfusu çoğaltarak ülkesini genişletebileceği ve koruyabileceği düşünülmüştür. Akıl aynı zamanda toplumu gelişen şartlara en iyi şekilde uydurabilmenin şartını oluşturmaktadır.

Sözü edilen vasfın Kur'an'ın en öne oturtmaya çalıştığı ilkelerden biri olduğunun özellikle altı çizilmelidir.⁸

C. Cesaretli, Kuvvetli, Kahraman Olmalı

Kağanın bu vasfı ile ilgili en çarpıcı örnek şüphesiz Büyük Hun Devleti'nin kurucusu Mete Han'ın döneminden verilebilir. Mete'nin gençlik dönemine kadar Çin için büyük bir tehlike arz etmeyen Hun boyları uzun süre bir araya gelerek güçlü bir birliktelik oluşturamamışlardır. O sebeple bir süre Çin kaynaklarında Türkler ile ilgili bilgiler çok sınırlı kalmış ve bunlar tamamen kulaktan dolma biçimde, hikâye veya masal üslubunda verilmişlerdir.

Mete'nin tarih sahnesine çıkmasıyla, Türkler'deki gözle görülür değişim ve gelişim Çinlilerin bu ulusa olan ilgisinde bir artışa neden olmuştur. Böylece, Çin kaynaklarında Türkler'le ilgili bilgilerde bir zenginleşme dikkati çekmektedir. Bu çerçevede, son derece disiplinli, karizmatik ve güçlü kişiliğiyle Mete Orta-Asya'da yaşayan çok sayıda boyu bir araya getirerek devletini kurmayı başarmıştır.⁹ Asya'nın göçebe tarzı bir yaşama olanak veren nitelikleri Türkleri cesaretli, kuvvetli ve kahraman bir yönetici etrafında birleştirmiştir. Nitekim Mete, bu üstün vasıflarıyla kısa sürede çok sayıda sefere çıkmış, ülkesinin sınırlarını da çok genişletmiştir. Mete'nin seferlerinden en çok çeken ulus ise herhalde Çinliler olmuştur. Çinliler, Kuzey-batı komşuları olan Türkler'den çok çekindikleri için, onlara karşı büyük savunma hatları oluşturmaya çalışmışlar ve yaklaşık 10 yıl gibi kısa bir

⁶ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1366.

⁷ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1933, 1934.

⁸ Bkz. Kur'an; Yunus Suresi, A. 100.

⁹ Bahaeddin Ögel, Türk Mitolojisi, C. I (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1993), s. 1. Sözü edilen sorumluluk Mete'den sonra Orta – Asya'da kurulan tüm Türk devletlerinde de kağanın en temel görevlerinden biri olmuştur. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Kaplan, "Orhun Abideleri'nde Mekân-İnsan Münasebeti", Türklük Araştırmaları Dergisi, C. I, (1985), s. 1-6.

süre içinde Çin Seddi'ni inşa etmişlerdir. Yapının inşasının M.Ö. 214 gibi bitirildiği Çin kaynaklarından öğrenilebilmektedir.¹⁰

Bir başka Hun Kağanı Çi-Çi de cesaret, kahramanlık ve bağımsızlık konularında şu fikirleriyle tanınmaktadır: **“Hunlar cesaret ve kuvveti takdir eder. Yenilgi ve esaret onlara en adî ne varsa, öyle gelir. At üzerinde savaş ve mücadeleyle imparatorluk kuruldu. Dağınık boylar arasında kuvvet ve otorite sağlandı. Ölünceye kadar savaşan yiğit savaşçılara her zaman sahibiz...”**¹¹

Konuyla ilgili olarak Orhun Yazıtları'nda geçen **“... Bilge kağan imiş, cesur kağan imiş ...”**¹² ve **“İleriş Kağan bilge olduğu için, cesur olduğu için”**¹³ ifadelerini Kutadgu Bilig'de yer alan **“Bey cesur, kahraman, kuvvetli ve pek yürekli olmalıdır”**¹⁴ ve **“Korkak askerinin cesaret alması için komutanın kahraman ve cesur olması lâzımdır”**¹⁵ beyitleriyle birlikte değerlendirdiğimizde, eski Türkler'de kendisine Gök Tanrı tarafından kut verilmiş bulunan kağanın sahip olması istenen olağanüstü yetilerine tanık olmaktayız. Kağanın, sıradan bir liderin çok ötesinde, kitleleri peşinden sürükleyebilecek niteliklere sahip olması gerekmektedir. Bunlar içinde ön plânda gelmesi gerekenleri ise, devletin askerî niteliği göz önünde tutularak her halde **“kahraman”**, **“gözü pek”** ve **“cesaretli”** olunması olarak sıralanabilir.

D. Asil Soydan Gelmeli

Eski Orta-Asya Türk Kamu Hukuku'nda kağanın Gök Tanrı tarafından seçildiğine inanılan bir aileden gelmesi gerekiyordu. Bu, doğrudan eski Türk egemenlik anlayışıyla alâkalı bir konudur. Nitekim, eski Orta-Asya Türk egemenlik anlayışına göre, Gök Tanrı topluluk içinde bir aileyi seçmekte ve bu ailenin erkek üyelerinin hepsine egemenlik yetkisini vermektedir. Sözü edilen ailenin erkek üyelerinin hepsi de devleti yönetmede eşit hak sahibi oluyordu.¹⁶ Bu ailenin kutsallığına mutlak surette inanılmaktaydı. O sebeple, hanedan üyeleri kendilerini hep yüce bir soya bağlamak istemişler ve

¹⁰ Halil Cin / Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi (Konya: Sayram, 2011), s. 12.

¹¹ İlhami Durmuş, Bilge Kağan, Köl-Tigin ve Bilge Tonyukuk (Ankara: Akçağ, 2012), s. 82.

¹² Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 90.

¹³ Erhan Aydın, Tonyukuk (İstanbul: Kronik, 2019), s. 187.

¹⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1949.

¹⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2044, 2045.

¹⁶ Geniş bilgi için bkz.: Mahmut Arslan, “Eski Türk Devlet Anlayışı ve Çifte Hükümdarlık Meselesi”, F.Ü. Tarih Metodolojisi ve Türk Tarihinin Meseleleri Kollokyumu (Elazığ: 1990), s. 235; Üçok / Mumcu / Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 201 vd.

şecerelerini müşterek bir ataya götürmüşlerdir.¹⁷ Bu noktada, bir inanışa göre kağanlar çoğunlukla gökten inen bir ışıktan gebe kalmış prensesin çocuklarıdır. Uygur, Kırgız, Moğol ve Hitaylar'da bu inanış hakimdir.¹⁸ Birçok Moğol oymağının büyükannesi sayılan Alangoa gökten inen bir ışıktan hamile kalmış, dünyaya getirdiği çocuklar da bütün insanların hanı olmuşlardır.¹⁹ Cengiz Han'ın bu soydan geldiğine inanılmaktaydı. Bir diğer inanışa göre ise, han soyu bir kurtla çiftleşen bir prens veya prensesten inmiştir. Kurt menşei efsanesi M.Ö. II. yüzyılda Wu-Sunlar'a kadar çıkarılabilmektedir. Göktürk ve Moğollar'da bu efsaneye rastlanmaktadır.²⁰

Bu inanışlardan hangisi kabul edilirse edilsin, kağan ve ailesi kutsal sayılmakta ve tahta geçecek kağanın da mutlaka bu soydan gelmesi şart koşulmaktaydı. İrsiyet sisteminin gereği budur. Söz konusu şart yerine getirildikten sonra, kağan seçiminde Primogenitur (En Büyük Evlât = Evlâd-ı Ekber) ya da Senioratus (Hanedanın En Yaşlı Erkek Üyesi) sistemlerinden birinin uygulanmasının bir önemi kalmamaktadır.²¹

Konuyla ilgili olarak, ünlü Göktürk hükümdarı Bilge Kağan'ın kitabesinde yer alan şu ifadeleri okuyabilmekteyiz: **“Babam kağan öldüğünde, kendim sekiz yaşında kaldım; töre mucibince amcam kağan oldu.”**²² Bu cümledeki **“töre mucibince”** ifadesinden, egemenliğin ailenin en yaşlı erkek üyesine kaldığı sonucu çıkmaktadır. Bir başka ünlü Göktürk hükümdarı İşbara Kağan öldüğünde de, oğlu çok küçük yaşta olduğu için devletin ileri gelenleri toplanmışlar ve İşbara Kağan'ın küçük kardeşini kağan yapmışlardır. Yeni kağan bir nezaket gereği İşbara'nın oğluna bir elçi göndermiş, kendisinin İşbara Kağan'ın soyunun yaprakları, oğlunun ise kütüğü olduğunu hatırlatarak kendisini kağanlık tahtına davet etmiştir. Ancak, İşbara'nın oğlunun kağan olan amcasının **“hem kendisinin hem de ailenin büyüğü”** olması sebebiyle yapılan daveti reddettiği ve kağanlığı amcasına bıraktığı anlaşılmaktadır.²³

¹⁷ Halil Cin / Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, C. I (Konya: Selçuk Üniversitesi, 1989), s. 40.

¹⁸ Halil İnalçık, “Osmanlılarda Saltanat Veraseti Usulü ve Hakimiyet Telâkkisiyle İlgisi”, S.B.F.D., C. XIV / I (1959), s. 75.

¹⁹ B. Y. Vladimirtsov, Moğolların İçtimaî Teşkilâtı, Moğol Göçebe Feodalizmi, Çev. Abdülkadir İnan (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1987), s. 75; Moğolların Gizli Tarihi, Çev. Ahmet Temir (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1995), s. 8.

²⁰ İnalçık, “Osmanlılarda Saltanat”, s. 76.

²¹ Arslan, “Çifte Hükümdarlık”, s. 237.

²² Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 100.

²³ Bahaeddin Ögel, Türk Kültürünün Gelişme Çağları, C. II (İstanbul, Milli Eğitim Bakanlığı, 1971), s. 23.

Verilen örneklerde, tahta geçişin hep aynı aile üyeleri arasında gerçekleştiği dikkat çekmekte, irsiyet usulünün önemi böylece ortaya çıkmaktadır.

Türkler'e çok yakın gelenekleri olan Moğollar'da da, egemenliğin Tanrısal kökene dayanmakta olduğunu ve irsiyet sisteminin önemini gösteren şu örnek üzerinde durulmalıdır:

Moğollar'da Cengiz Han'ın ceddinin Gök-Tanrı'nın takdiri ile yaratılmış bir boz kurt ve eşinin ise beyaz bir dişi geyik olduğunun varsayıldığı bilinmektedir.²⁴ Bu soydan gelen Alangoa'nın, kocası Dobun Mergan'dan iki oğlu bulunmaktaydı. Kocasının ölümünden sonra üç oğlu daha dünyaya gelince, daha önceki iki oğlu anneleri hakkında dedikodu yaparak **“Bizim annemiz, kocası ve erkek akraba kardeşleri olmadığı halde üç erkek çocuğu doğurdu. Evde yegâne erkek Şu Maalih Baiyutlar'dan olan kimsedir. Bu üç çocuk ondan olsa gerektir”** dediler. Bu dedikoduları çocukların annesi Alangoa duydu. Kendisini savunarak **“Siz bu üç çocuk hakkında ananızdan şüphe ederek aleyhimde dedikodu yaptınız. Şüphenizde haklısınız, fakat her gece sarışın bir adam çadırın bacasından sızan bir ışık vasıtasıyla girerek karnımı okşuyor ve onun nuru vücuduma geçiyordu. Çıkarken de güneş veya ayın nurları üzerinden sarı bir köpek gibi sürünerek çıkıyordu. Siz nasıl böyle düşünmeden konuşuyorsunuz? Bu hadise üzerinde fikir yürütülürse, onların Tanrı oğlu oldukları meydana çıkar. Kardeşlerinizi kara başlı insanlarla mukayese ederek nasıl öyle konuşabiliyorsunuz? Onlar bütün insanların hanı oldukları zaman, halk hakikati anlayacaktır”** sözlerini sarfetti.²⁵

Cengiz Kanunnamesi'nde de, Cengiz Han'ın evlâd-ı ahfadından olmayan hiçbir kimsenin kendisini han ilân edemeyeceği ifade edilmiş, bu soydan olmak koşuluyla, statüleri eşit olan zevce ve hatunlardan olan oğulların hepsinin de taht üzerinde eşit hakkının bulunacağı belirtilmiştir.²⁶ Ayrıca, kanın temizliğine de bütün kabile üyelerince önem verilmiş, bu husus çok sıkı takip edilmiştir. Bu konuda, Cengiz Han'ın karısı Börte'nin Merkitler tarafından esir alınarak Çilger adlı bir pehlivana verildiği hadise üzerinde de durmak gerekmektedir:

²⁴ Moğolların Gizli Tarihi, s. 3.

²⁵ Moğolların Gizli Tarihi, s. 7,8.

²⁶ Arslan, “Çifte Hükümdarlık”, s. 237.

Börte esir alındığı zaman gebe imiş. Esaretten kurtarılıp getirildiğinde bir oğul dünyaya getirmiş. Bu çocuğun adını Coçi koymuşlar. Coçi Cengiz Han'ın büyük oğlu olarak kabul edilmiş, ancak onun menşei hakkında dedikodular da hiç eksik olmamıştır. Cengiz Han veliahtlık meselesini oğullarıyla konuşurken, ikinci oğlu Çağatay'ın şu sözleri söylediği bilinmektedir: *“Baba! Sen Coçi'den bahsediyorsun; Onu mu varis yapmak istiyorsun? Fakat o Merkitler'den getirilmiştir. Bizi idare etmesine müsaade edebilir miyiz?”*²⁷

Bu örnek de açıkça göstermektedir ki, eski Orta – Asya Türk devletlerinde kağan olabilmek için Gök Tanrı tarafından seçildiğine inanılan bir ailenin soyundan geliniyor oluşu o ailenin tüm bireyleri tarafından her daim çok sıkı takip edilmekteydi.

E. Dürüst Olmalı, Doğruluktan Ayrılmamalı

Bu vasıfla ilgili olarak yine Orhun Yazıtları ve Kutadgu Bilig'den geniş ölçüde yararlanabilmek mümkündür: Orhun Yazıtları'nda geçen *“Tanrı kut verdiği için kağan oturdum; kağan oturup aç, fakir milleti hep toplattım. Fakir milleti zengin kıldım, az milleti çok kıldım. Yoksa bu sözümde yalan var mı?”*²⁸ ve *“Beyleri de milleti de doğru imiş. Onun için ili öylece tutmuş. İli tutup töreyi düzenlemiş”*²⁹ satırlarında dürüstlüğe önem verilmeyle devletin düzene sokulması arasındaki doğru orantı dile getirilmeye çalışılmıştır.

Yine, Kutadgu Bilig'de yer alan *“Bey ne kadar doğru olur ve iyi hareket ederse, halk için o kadar mesut bir devir ve hayat başlar”*³⁰, *“Bu dünya ve servet seni aldatmasın. Bütün işlerde daima doğruluğu göz önünde bulundur”*³¹, *“Halka kanunu doğru ve dürüst tatbik et ki, kıyamet gününde bahtiyar olasın”*³², *“Doğru ile eğriyi ayırt edemeyen bir kimse nasıl bey ve halk üzerinde hakim olur?”*³³, *“Baş nereye giderse, onu takip eden bütün insanlar da ona uyarlar”*³⁴ ve *“Halk bozulursa onu beyler düzene koyar;*

²⁷ Vladimirtsov, Moğolların İçtimaî Teşkilâtı, s. 83.

²⁸ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 130.

²⁹ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 90.

³⁰ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 455.

³¹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1373.

³² Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1374.

³³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5885.

³⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5202.

*eğer beyler bozulursa, onları kim düzeltir?*³⁵ gibi beyitlerle de yöneticilerin mutlaka dürüst olması gerektiği hatırlatılmıştır. Dürüstlüğün adaletin gerçekleştirilmesindeki önemi de tartışılmayacak kadar açıktır. Kağanın toplumda adaletin baş temsilcisi olduğu unutulmamalıdır.

F. Sözüde Durmalı, Verdiği Sözden Dönmemeli

Bu vasıf şüphesiz kağanı kağan yapan en önemli niteliklerden birisidir ve *“adalet”* ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Sözü edilen vasfın belirişi elbette her kağanın başa geçtiği sırada koyduğu kanunlarla ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi, devlet kuran ve yöneten her kağan bunu töre koyarak gerçekleştirirdi. Örneğin Göktürk Devleti'nin kurucusu Bumin Kağan tahta oturduktan sonra Türk ulusunun ülkesini ve töresini düzenlemiş, ardından da dört tarafa egemenliğini yayarak imparatorluğunu kurmuştu. Böylece kağanın yarası Türk toplumunun bir töresi haline gelmiş oluyordu.³⁶ Kağan yarasını koyarken, bir yandan da ulusu için kendi dönemine ait çeşitli sözler vermiş olmaktadır. Bu sözlerin başında şüphesiz, töreye en başta kendisinin uyacağına dair sözü gelmektedir. Bu, o kadar büyük bir sorumluluktur ki, aksi davranış halkın gözünde kağanın değerini azaltır, hatta sıfıra bile indirilebilir. Nitekim, ünlü Göktürk hükümdarı Bilge Kağan'ın Türk ulusuna karşı sorumluluklarını yerine getirdiğine dair Orhan Yazıtları'nda dile getirdiği *“Türk ulusu için gece uyumadım, gündüz oturmam ... ondan sonra Tanrı irade ve lütfettiği ve talih ve kismetim olduğu için ölecek ulusu diriltip kaldırdım, çıplak ulusu giyimli ettim, yoksul ulusu zengin ettim, nüfusu az ulusu çok ettim, başka elli uluslar, başka kağanlı uluslar arasında onları pek üstün kıldım. Dört bucaktaki bütün ulusları hep barışa mecbur ettim ve düşmanlıktan vazgeçirdim”*³⁷ sözleri hükümdarın ulusuna verdiği sözleri tuttuğuna dair ifadeleri içermektedir. Söz konusu ifadeler Bilge Kağan'ın bu

³⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5203.

³⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aybars Pamir, “Orta – Asya Türk Hukuku'nda “Töre” Kavramı”, A.Ü.H.F.D., C. 58, S.II (2009), s. 363 vd. Orhun Yazıtları'ndaki bilgilerden anlaşılabilirliği kadarıyla, teşkilatlı Türk devletlerinin varlığı töre hükümlerinin uygulanmasına bağlıydı. Törenin ortadan kalkması devlet nizamının da sona ermesi anlamına geliyordu. Devlet düzeninin işlemesi ve halkın huzur içinde yaşaması törenin uygulanmasına bağlıydı. Töre hükümleri yeni şartların oluşmasıyla değiştirilebilirdi. Ancak Türkler'de törenin hiç değişmeyen hükümleri de vardı. Bunlar adalet (könilik), iyilik, faydalılık (uzluk), eşitlik (tözlük) ve insanlık (evrensellik) olarak sıralanabilir. Bu hükümler sayesinde kişi hak ve hürriyetleri güvence altında tutulabiliyordu. İbrahim Kafesoğlu, Türk Millî Kültürü (İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, 1989), s. 235.

³⁷ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 108, 110.

konuda ulusuna adeta hesap verircesine seslendiğini de bizlere göstermektedir.

Konuyla ilgili olarak Kutadgu Bilig'de geçen şu beyitlerde de kağanın sözüne bağlı kalmasının önemi vurgulanmış, bu vesileyle *“dürüst olma”* vasfıyla paralellik kurulmak istenmiştir. Bu vasıfların, toplumda adaletin temsilcisi konumundaki kağan için ne kadar önemli olduğu böylece ortaya çıkmış olmaktadır:

*“Halk için beyin çok seçkin olması lâzımdır; beyin özü, sözü doğru ve tabiatı güzide olmalıdır.”*³⁸

*“Beyin dili dürüst ve kalbi doğru olmalı ki, halka faydalı olsun ve güneşi doğsun. Eğer bunlar olmazsa, saadet o memlekette dolaşamaz, kaçar.”*³⁹

*“Beyler sözlerinde durmazlarsa, itimatlarını kaybederler; itimat kaybolunca mal da gider.”*⁴⁰

*“Bir bey için verdiği sözden dönmek çok fena bir şeydir. Verdiği sözden dönen bey hiçbir zaman büyüklüğe ermesin.”*⁴¹

G. Fazilet Sahibi Olmalı

Kutadgu Bilig'de geçen *“Eğer halkı idare edecek bir duruma gelersen, işle ve sözle her vakit iyilik et”*⁴², *“Dünyaya hakim olmak ve onu idare etmek için pek çok fazilet, akıl ve bilgi lâzımdır”*⁴³, *“Bey iyi olursa, halk da daima ona itaat eder; iyi ve güzel tavır ve harekete sahip olur”*⁴⁴, *“Hayatı boşuna geçirme, iyilik yap”*⁴⁵, *“İyilik ihtiyarlamaz, onun ömrü ebedîdir. İyiliğin kötü olma ihtimali yoktur”*⁴⁶ ve *“Hayat çabuk geçer, bu beylik kalır, sana lâzım olan iyi adıdır”*⁴⁷ gibi cümlelerle kağanın fazilet sahibi, iyi bir insan olması gereği hatırlatılmıştır. Aksine, zalim, gaddar ve tiranlıktan hoşlanan bir

³⁸ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1963.

³⁹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2010-2012.

⁴⁰ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2812.

⁴¹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5072, 5073.

⁴² Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 236.

⁴³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 284, 285.

⁴⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 887, 888.

⁴⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1333.

⁴⁶ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1639, 1640.

⁴⁷ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5247 - 5249.

hükümdarın halkına mutluluk veremeyeceği açıktır. Fazilet sahibi ve sürekli toplumunun menfaatleri için uğraşan bir kağanın toplum içindeki itibarının güçlenmesi ve bu kişinin bir anda karizmatik bir lider konumuna gelmesi kaçınılmazdır. Hunlar'da Mete Han'ın ve Göktürkler'de de Bilge Kağan'ın geldiği nokta konumuz açısından güzel bir örnek oluşturmaktadır.

H. Eli Açık ve Cömert Olmalı

Konu ile ilgili olarak Orhun Yazıtları'nda çok önemli satırlar bizleri karşılamaktadır. Nitekim, Yazıtlar'da hükümdarın halkına karşı temel görevi olarak karabudunu doyurmak, giydirmek ve onu zengin etmek sayılmıştır. Bilge Kağan demektedir ki “... *Kağan olup yoksul, fakir budunu hep bir araya getirdim, fakir budunu zengin yaptım, az kavmi çok kıldım*”⁴⁸, “... *Amcam kağan (tahta) oturarak Türk milletini yüce etti, doğrulttu. Fakiri zengin kıldı, azı çok eyledi.*”⁴⁹

Tonyukuk Anıtı'nda da, “*dağınık boyları toplayıp nüfusu çoğaltmak, halkı doyurmak ve giydirmek*” kağanın temel görevleri olarak zikredilmiştir.⁵⁰

Kutadgu Bilig'de de şu öğütler karşımıza çıkmaktadır:

“*Ey hükümdar! Hasis olma, cömert ol. Cömertliğin adı ebedî kalır, ölmez.*”⁵¹

“*Bey gönlünü alçak tutmalı, eli açık olmalıdır.*”⁵²

“*Hizmetkâr darlıkta kalır ve muhtaç duruma düşerse, onun sıkıntısını duyan bey ihsan (iyilik) fermanını göndermelidir.*”⁵³

“*Dünya beylerinin eli açık olursa, onlar her iki dünyada da baş köşeye otururlar.*”⁵⁴

“*Cömert ol, başışla, yedir ve içir.*”⁵⁵

⁴⁸ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 110.

⁴⁹ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 100.

⁵⁰ Aydın, Tonyukuk, s. 180.

⁵¹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1402.

⁵² Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2073.

⁵³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2815.

⁵⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 3034.

⁵⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2053.

“Halka hizmetlerine göre bol ihsanlarda bulunmalı, çıplak ise giydirilmeli, aç ise doyurulmalıdır.”⁵⁶

“Halk tok olmalıdır.”⁵⁷

“Memlekette bir kimse bir gece aç kalsa, onu Tanrı sana soracaktır.”⁵⁸

Kağanlar için ***“Eli açık ve cömert olunması”*** vasfı, eski Orta-Asya Türk Kamu Hukuku uygulanmasında özellikle kurultay toplantıları sonrasında düzenlenen toy etkinliklerinde kendisini göstermekteydi. Bu şenlik ve ziyafetlere halkın her kesiminden insanların katılımı gerçekleşir, bu sayede halkın birbiriyle kaynaşması ve devlete yakınlaşması sağlanırdı.⁵⁹ Öte yandan yaklaşan seferler öncesinde halkın ve ordunun maneviyatının yüksek tutulması da burada önemli bir amaç sayılabilir.⁶⁰

Konuyla ilgili Mete Han dönemine ait bir kurultay örneğiyle karşılaşmaktayız. Hükümdar, altı oğluyla birlikte dünyayı fethedip ana yurduna döndükten sonra büyük bir kurultay toplamış ve bir toyun hazırlanmasını emretmiştir. Mete Han'ın emirleri doğrultusunda şenlik için 90 000 koyun ve 900 kısırak kesilmiştir. Şenlik bitiminde de, Hükümdar beyleri içinden savaşlarda yararlılık göstermiş olanlara köyler, şehirler ve sığır sürüleri bağışlamıştır.⁶¹

Dede Korkut kitabında da çeşitli vesilelerle toplanan kurultayların ardından düzenlenen toylarda kadın-erkek bir arada kımız içildiği ve müşterek çalgılı eğlenceler yapıldığı anlatılmıştır.

Yine, Dede Korkut Destanı'nda geçen Dirse Han'ın şu sözleri konuyu aydınlatmaktadır:

“Attan aygır, deveden buğra, koyundan koç kırdırdı, aç görse doyurdu, yalın görse donattı.”⁶²

⁵⁶ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2982.

⁵⁷ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 3031.

⁵⁸ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5165.

⁵⁹ Aybars Pamir, “Eski Orta-Asya Türk Hukuku'nda Kurultay Müessesesi”, Ç.Ü.H.F.D., C. II, S. 3 (Haziran 2015), s. 46.

⁶⁰ Bahaeddin Ögel, Türkler'de Devlet Anlayışı, (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1982), s. 101, 102; M. Işık, Türkler'in Kültür Kökeni (İstanbul: Yediveren, 2014), s. 174 vd.

⁶¹ Ögel, Türk Mitolojisi, s. 206.

⁶² Muharrem Ergin, Dede Korkut Kitabı, C. I (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1958), s. 80 vd.

Kağanın vasıfları arasında çok önemli bir yer tuttuğu anlaşılan *“eli açık ve cömert olunması”*, kaynaklarda yer alan ifadelerden de rahatlıkla anlaşılacağı gibi halkını refaha kavuşturan bir kağanın egemenliğinin de hep devam edeceği konusunda bir uyarı sayılmalıdır.

I. Yumuşak Huylu, Alçak Gönüllü ve Haya Sahibi Olmalı

*“Hükümdar mütevazı tabiatlı, alçak gönüllü ve tatlı dilli olmalıdır.”*⁶³

*“Tanrı kime haya ve ızan vermişse, ona devlet ile birlikte bütün şerefleri vermiş demektir.”*⁶⁴

*“Bey türlü iyiliğe el uzatmalı, haya sahibi, yumuşak huylu ve asil tabiatlı olmalıdır.”*⁶⁵

Yukarıdaki beyitler iyi bir devlet yönetiminin nasıl olması ve siyasal egemenliğin nasıl kullanılması gerektiğinin yanı sıra, toplumu oluşturan türlü sınıflara nasıl muamele edileceğinin de gösterildiği Kutadgu Bilig’den alınmıştır. Eser, çoğu konuda olduğu gibi kağanın bu vasfını açıklarken de oldukça titiz davranmış, onu bütün iyi davranış kalıplarına sokmaya çalışmıştır. Yalnız, şurası unutulmamalıdır ki, Kutadgu Bilig yazıldığı dönem itibarıyla mevcut durumu değil de, olması gerekeni ifade etmeye çalışan bir eserdir;⁶⁶ bir başka deyişle, eserdeki tüm beyitler idealist bir Türk toplumundan bahsetmektedirler. Şu durumda, kağanın diğer vasıfları gibi, bu vasfı açısından da değerli öğütler ileri sürülmüş, ama sonuçta davranış kalıbı kağanın şahsiyetine bırakılmıştır.

J. İhtiyatlı Olmalı

*“Her yerde insana tedbir ve ihtiyat lâzımdır; beylik işinde ise daha fazla dikkatli olunmalıdır.”*⁶⁷

*“... Bu ihtiyat aynı zamanda memlekete fayda getirir, bu fayda ile memlekette huzur temin edilir.”*⁶⁸

⁶³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 552.

⁶⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2007.

⁶⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1965.

⁶⁶ Üçok / Mumcu / Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 36, 37.

⁶⁷ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 439.

⁶⁸ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 446-448.

“İhtiyatluluk beylerin ülkesini genişletir, ihmalkârlık ise beyliğin temelini göz göre göre sarsar.”⁶⁹

Yine Kutadgu Bilig'den alınan yukarıdaki beyitlerde kağana devlet yönetiminde ve diğer görevlerinde hassasiyetle üzerinde durması gereken önemli bir görevi hatırlatılmaktadır. Bu niteliği göstermeyen hükümdarın halkına güvenli bir gelecek hazırlaması beklenemez. Sözü edilen vasıf, hükümdarın halkının sevgi ve güvenini sağlamasının temel şartlarından biri olarak kabul edilmiştir. Hükümdar devletin her türlü işinde, özellikle de savaş ve barış konularında daima temkinli olmalı, halkını boş hayal ve serüvenlere sürüklememelidir. Aksi halde, devletin bekası tehlikeye girebilir, parçalanma süreci yaşanabilir.

K. Uyanık Olmalı

Yusuf Has Hacip'in Kutadgu Bilig'de yer alan ***“Ey hükümdar! Avunma ve huzura güvenme. Bu avunman ve güvenmen seni gaflet uykusuna düşürür”***⁷⁰ ve ***“Ey hükümdar! Sen bugün halkın başında bulunuyorsun; halkı gözet, aklın başında ve uyanık ol”***⁷¹ satırlarında bu vasıf gayet açık ve sade bir biçimde ifade edilmiştir.

Orta-Asya'nın göçebelige imkân veren çok zor yaşam koşulları, bölgede yaşayan Türk kavimlerini her daim uyanık ve dikkatli olmaya zorlamıştır. Düşman kabileleri ya da devletlerin saldırıları çok sık ve amansız yaşandığından, ayakta kalabilmek için tetikte bulunulması bir zorunluluk olmuştur. Bu durum, halkın her bir bireyi için gerekli olduğu kadar, kağan için de büyük bir sorumluluk oluşturmuştur.⁷² Sözü edilen niteliği lâıykıyla yerine getirebilen kağanlar devletlerini ayakta tutabilmişler, onların döneminde Türkler Orta-Asya'ya başarıyla hükmedebilmişlerdir.

L. Sabırlı Olmalı, İnatçı Olmamalı

Yusuf Has Hacip Kutadgu Bilig'de kağan için en önemli erdemlerden birisi olarak ***“Sabırlı olma”***yı işaret etmiştir. Konuyla ilgili eserden alınan önemli beyitler aşağıda verilmiştir:

⁶⁹ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 2021.

⁷⁰ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1424.

⁷¹ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1436.

⁷² Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçok / Mumcu / Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 18 vd.

“Hangi işte acele edilirse, o iş uzar ve gecikir. Acele ile yapılan işler pişmanlıkla sonuçlanır. Acele etmemek ve işin zamanını beklemek gerekir.”⁷³

“Eğer öfkelenirsen, kendini tut, sabırlı ol, sabırlı insan sonunda sevince kavuşur.”⁷⁴

“Heves ve öfke anında hiçbir iş yapma; her iki halde de dişini sık, sabret.”⁷⁵

Yine, aynı eserde yer alan “... ***İnatçı kimse hiç şüphesiz çok sıkıntı çeker***”⁷⁶ ve “... ***inatçılıktan kendini kurtar ve onunla savaş***”⁷⁷ beyitlerinde de hükümdarın inatçı olmaması istenmiştir.

Bu nitelikler kağanın aldığı kararlarda ve yapacağı işlerde halkına karşı sorumluluk taşımasını da izah edebilmektedir. Gerçekten de, görevlerini yerine getirirken tedbirli ve sabırlı olan, buna mukabil inatçılık göstermeyen bir kağanın tahtının sürekli olması anlaşılabilir.

Öte yandan, devlet yönetiminde asla mutlak bir egemen gibi davranmama, bilâkis istişare ve danışma ilkelerine yer verme de kağanlar için önemli bir erdem sayılmıştır. Bu nitelik ***“sabırlı olunması, inatçı olunmaması”*** vasıflarını bütünlemektedir. Sözü edilen erdemi gösterebilen büyük hükümdarlar zamanında devlet yönetiminin gayet başarılı bir biçimde sürdürülebildiği anlaşılmaktadır. Bunun güzel bir örneğini ünlü Göktürk Hükümdarı Kutluk (İlteriş) Kağan döneminden verilebilmek mümkündür. Çin esaretinin son bulmasından sonra Göktürk Devleti’ni VII. yüzyılın sonlarına doğru tekrar ayağa kaldıran Kutluk Kağan dağınık boyları bir araya getirme mücadelesini verdiği o çok zor yıllarda Veziri, Çin asıllı devlet adamı Tonyukuk’un büyük desteğini görmüştür. Sözü edilen dönemde, özellikle Oğuz ve Kıtanlar’a karşı girişilen sefer öncesinde Tonyukuk’un söz ve öğütlerini dikkate alan Kağan, belki de bu öğütlere uymasının karşılığını seferinin başarıya ulaşmasıyla almıştır.⁷⁸ Kutluk Kağan’ın, karar alırken uyguladığı bu danışma usulü Orhun Yazıtları’nda da ifade edilmiştir. Tonyukuk Anıtı’nda, Vezir’in hükümdarını mahcup etmemek üzere savaş için

⁷³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 556, 557.

⁷⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1317.

⁷⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1453.

⁷⁶ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2064.

⁷⁷ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2066.

⁷⁸ S.G. Clauson, Some Notes on the Inscription of Tonyuquq, (Budapest: 1971), s. 127.

gece uyumadan, gündüz oturmadan plânlar yaptığı anlatılmaktadır. Konuyla ilgili satırlar “... **Kağanım, ben Tonyukuk'un sözlerine kulak verdi, gönülümce orduyu yönetmemi söyledi**” cümleleri ile son bulmaktadır.⁷⁹

Bilge devlet adamı Tonyukuk Kutluk Kağan'dan sonra Kapgan Kağan ve Bilge Kağan dönemlerinde de vezirlik yapmış,⁸⁰ yeri geldiğinde hükümdarlara yine öğütleriyle yol gösterici olmuştur. Nitekim, Bilge Kağan'ın bir kurultay toplantısında Göktürk şehirlerinin etrafının surlarla çevrilmesi ve Budizm'in halk tarafından benimsenmesi yolundaki iki teklifi Vezir Tonyukuk'un araya girmesiyle kabul görmemiştir.⁸¹ Bu örnek, Hükümdar'ın, aldığı kararlar üzerinde inatla durmadığını, bilâkis vezirinin öğüdünü dinlemek suretiyle değerbilir kişiliğini yansıttığını ortaya koymaktadır.⁸²

M. Zalim Olmamalı

Sözü edilen vasıfla ilgili olarak Orhun Yazıtları'nda Bilge Kağan'ın halkına öğüt verirken dile getirdiği şu ifadeler dikkat çekicidir: “**Bilgisiz kağanlar, korkak kağanlar tahta çıkmış; subayları bilgisizmiş, korkakmış. Beyleri ve halkı hak tanımaz (zalim) olduğu için, Çin halkı tatlı dilli, çekici ve kurnaz olduğu için ... Türk halkı kendi imparatorluğunun dağılmasına, kendine kağan seçtiği kağanının da yok olmasına yol açmış. Beylerin**

⁷⁹ Aydın, Tonyukuk, s. 178, 179.

⁸⁰ Vezir Tonyukuk'un İltiş Kağan'la birlikte Göktürk Devleti'nde görev alması ve başarıları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Saadetin Gömeç, Kök-Türk Tarihi (Ankara: Berikan, 2011), s. 174 vd.

⁸¹ Bir defa Tonyukuk'a göre, Çinliler gibi yerleşik hayata geçmek ve böylece şehirlerin etrafını surlarla çevirmek Türkler'in askerî gücünü çok zayıflatırdı. Çünkü Türkler, sayıca az bir orduya sahip olsalar da, göçebe hayat tarzının verdiği dinamizm ile savaş meydanlarında büyük üstünlük göstermekteydiler. Şayet, surlarla çevrili şehirler inşa edip içinde otururlarsa, eski gelenekleri değişir ve Çin'deki T'ang Hanedanı'na karşı yenilgi kaçınılmaz olurdu.

Öte yandan, Bilge Kağan'ın ülkede Budizm'in kabul edilmesi ve şehirlere bu dinin tapınaklarının inşa edilmesi yolundaki düşüncesi de Tonyukuk'a göre yanlıştı; zira O'na göre, çok büyük bir dinî hoşgörü ve din serbestisi içinde yaşayan Türk ulusunu zorla bir dine sokmaya çalışmak doğru değildi; üstelik Budizm'in ilkeleri Türkler'i zayıflatır, onların savaşçı karakterini bozardı. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kafesoğlu, “Eski Türkler'de Devlet Meclisi – Toy”, Birinci Millî Türkoloji Kongresi (İstanbul: Kervan, 1980), s. 206; Aybars Pamir, “Büyük Göktürk Hükümdarı Bilge Kağan ve Eski Türk Orta-Asya Kamu Hukuku'ndaki Yeri”, Ç.Ü.H.F.D., C. 3, S.5 (Haziran 2016), s. 33, 34; J.M. Deguignes, Hunların, Türklerin, Moğolların ve daha sair Tatarların Tarih-i Umumi'si, C. II (İstanbul: Tanin, 1924), s. 402; Durmuş, Bilge Kağan, s. 84.

⁸² Ahmet Taşağıl, Kök Tengri'nin Çocukları (İstanbul: Bilge Kültür Sanat, 2013), s. 168.

oğulları Çin halkına köle olmuş, öz kızları da onların cariyesi olmuş.⁸³ Söz konusu cümlelerde Hükümdar Türk halkını Çin'e karşı uyarırken, geçmişte Türk ulusunun yaptığı bir hatadan da ders çıkartılmasını arzulamaktadır. Bahsedilen hata, özellikle beylerin halka karşı zulüm uygulamış olmasıdır. Bu durum, halkın Türk idaresinden çıkıp düşman Çin'e sığınmalarına ve giderek bu ulusun elinde oyuncak olunmasına yol açmıştır:

Kutadgu Bilig'den alınan şu beyitlerde de bu önemli konu ile ilgili olarak hükümdara bazı öğütlerde bulunulmuştur:

“Beylik bana kötülük ile birlikte gelecekse istemem. O beylik senin olsun.”⁸⁴

“Eğer her iki dünya beyliği istiyorsan zulüm etme, halk üzerinden zulmü kaldır.”⁸⁵

“Zalim olma, zulmü kötülere karşı tatbik et, bütün memleketi kötülerden temizle.”⁸⁶

N. Merhametli ve Şevkatli Olmalı

Türk Kağanı'nın bu niteliği halkı ile arasında güçlü bir bağın kurulabilmesi için adeta temel kabul edilmiştir. Kağanın ulusuna karşı her daim yardımsever ve müşfik olmasının başarılı ve uzun bir yönetim açısından değeri tabi ki çok büyüktür. Orhun Yazıtları özellikle Bilge Kağan'ın ulusuna karşı yaptığını söylediği çok sayıda iyiliğin anlatıldığı satırlarla doludur. Kağan, dile getirdiği sözleriyle bir yandan örnek bir kağan portresi çizmekte, bir yandan da ulusuna adeta hesap verircesine hizmetlerini sıralamaktadır. Yazıtlar'ın bir yerinde dile getirdiği ***“Yirmidokuz yıl boyunca şad oldum, yirmidokuz yıl boyunca da kağan oldum, devleti yönettim. Otuzbir yıl boyunca Türklerime, halkıma bunca iyilik ettim ...”***⁸⁷ sözleri O'nun halkına karşı ne kadar merhamet ve şevkat dolu olduğunu veciz bir ifade ile ortaya koymaktadır.

Kağanın diğer vasıfları gibi bu vasfı ile ilgili olarak da Kutadgu Bilig'de önemli beyitler karşımıza çıkmaktadır:

⁸³ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 92.

⁸⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 925.

⁸⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1432-1434.

⁸⁶ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5505.

⁸⁷ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 156.

“Bütün halka içten gelen bir merhamet göster; daima iyilik yap ve kendin iyilik bul.”⁸⁸

“Bey hizmetkârlarına şevkatle muamele etmelidir.”⁸⁹

Yusuf Has Hacıp'in bu ifadelerinde iyilik timsali bir yöneticiye olan ihtiyaç gözler önüne serilmiştir. Kağandan bu niteliği ile halkına daima güven vermesi ve onlarla bütünleşmesi istenmiştir.

O. Affedici Olmalı

Kağanın bu yönünü ön plâna çıkararak tarihten çok sayıda örnek verilebilir. Ünlü Göktürk Hükümdarı Bilge Kağan Orta-Asya'daki çok sayıda kabileyi bir araya getirerek imparatorluğunu kurarken çoğu kez son derece sert ve tavizsiz tavırlar sergilemiş, ancak bu seferlerinde bazen de merhametli ve affedici yönünü ortaya koymuştur. 718'de, bir süredir devletin başına büyük dertler açan Tatabılar'ı dağıtan Hükümdar, aynı yıl içinde Karluklar'a da bir sefer düzenlemiş, bu seferini de zaferle sonuçlandırmıştır. Zaferi sonrasında Karluk halkının Bilge Kağan için ***“Kağanımız geldi”*** diye sevinerek Göktürkler'e bağlılık göstermesi karşısında bundan çok etkilenen ve memnun olan Bilge Kağan Karluklu yöneticilerin unvan ve derecelerini yükseltmiştir.⁹⁰

“Yabancıнын kusurunu bağışla, onu yedir ve içir.”⁹¹

“... Bey suçlu kimselerin suçlarını affetmelidir.”⁹²

Kutadgu Bilig'de yer alan bu beyitler ise, ***“affedici olma”*** erdeminin, ***“merhametli ve şefkatli olma”*** vasfıyla birlikte düşünüldüğünde kağan için ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadırlar. Sözü edilen vasıf özellikle devlet yöneticilerine karşı ayrı bir anlam kazanmaktadır. Bu sayede, huzurlu ve verimli bir çalışma ortamının sağlanması hedeflenmiştir.

Ö. Adaletli Olmalı, Yalancı Olmamalı, Yalandan Hoşlanmamalı

Toplumda düzen ve halkın refahı için konulmuş bulunan hukuk kurallarının ve bunların uygulanmasının daima ***“adalet”*** ilkesine uygun olması istenmiş, Türk kağanları da ülkelerinde adaletin sağlanmasına büyük

⁸⁸ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2160.

⁸⁹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2965.

⁹⁰ Gömeç, Kök-Türk Tarihi, s. 168 vd.

⁹¹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 495.

⁹² Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2122.

önem vermişlerdir.⁹³ Bir Çin kaynağının naklettiğine göre, Tabgaç Türk hükümdarı T'ai-Wu "**Ben devletimin içinde küçüklerin haydutluk etmesine ve halkımın ezilmesine göz yumamam**" şeklindeki sözleriyle adalete verdiği önemi dile getirmiştir.⁹⁴

Adaletli olunması herkes için, ama her şeyden önce de kağan için aranan bir erdemdir. Bu niteliği taşımayan bir hükümdarın halkın güvenini kazanabilmesi mümkün değildir. Eski Orta-Asya Türk Kamu Hukuku geleneğinin temelini "**adalet**" ilkesinin oluşturduğu unutulmamalıdır. Nitekim, Kutadgu Bilig'in dört kahramanından biri olan hükümdar Kül Tigin Han adaleti ve kanunu canlandırmaktadır.⁹⁵ Bu ünlü eserde kağanın daima doğru olmasını öğütleyen şu satırları okuyabilmekteyiz:

"Ey devletli hükümdar! En kötüsü, beylerin adının yalancıya çıkmasıdır."⁹⁶

"Yalancı adamdan vefa bekleme ..."⁹⁷

"Yalancı ve öfkeli insan hiçbir zaman dünyaya hakim olmasın."⁹⁸

Bu veciz sözlerin tarihin her dönemine ışık tutan öğretici niteliği gerçekten etkileyici gözükmektedir.

P. Tath Dilli Olmalı

"Ağızdan çıkan sözler şekerden daha tatlı olsun; böylece herkes sana boyun eğer."⁹⁹

"İnsanlara kaba söz söyleme, kaba söz alev alev yanan bir ateştir."¹⁰⁰

"Beyin sözü kapalı gönülleri açar. Bey kula iltifat ederse, kul bunu hayatı boyunca unutmaz."¹⁰¹

⁹³ Adem Tutar, "İslâm Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı", Ed. H. Celal Güzel/Kemal Çiçek/Salim Koca, Türkler, C. II. (Ankara: Yeni Türkiye, 2002), s. 868 vd.

⁹⁴ Abdülkadir Donuk, "Eski Türkler'de Hükümdarın Vazifeleri ve Vasıfları", Türk Dünyaları Araştırma Dergisi, No.: 17 (Nisan 1982), s. 108.

⁹⁵ Üçok / Mumcu / Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 37.

⁹⁶ Yusuf Has Hacı, Kutadgu Bilig; B. 2037.

⁹⁷ Yusuf Has Hacı, Kutadgu Bilig; B. 2042.

⁹⁸ Yusuf Has Hacı, Kutadgu Bilig; B. 5074.

⁹⁹ Yusuf Has Hacı, Kutadgu Bilig; B. 2070.

¹⁰⁰ Yusuf Has Hacı, Kutadgu Bilig; B. 1415.

¹⁰¹ Yusuf Has Hacı, Kutadgu Bilig; B. 3182, 3183.

“Halk içinde seçkin olan beylerin hareket ve sözleri de kendileri gibi seçkin olmalıdır.”¹⁰²

Yusuf Has Hacıp bu başlık altında iyi bir kağanda bulunmasını istediği çok önemli bir özellikten daha bahsetmektedir. ***“Tatlı Dilli Olmak”*** diğer beyitlerde de sık sık vurgulanan halk ile kağan arasındaki güven bağının oluşturulmasında önemli bir yere oturtulmuştur. Bu nitelik, devlet yönetiminde huzurun sağlanmasının da temel motiflerinden birini oluşturmaktadır. Sözü edilen niteliğin olmadığı bir toplumda halkın devleti ile gereği gibi bütünleşmesinden söz edilemeyecektir.

R. Kibirli Olmamalı

“Sen bu dünyanın beyisin. Fazla kibir ve gurura kapılma, bu dünyaya güven olmaz.”¹⁰³

“Beyler büyüklük taslar ve kibirli olurlarsa, itibar görmezler.”¹⁰⁴

“Ey hükümdar! Bu kof ve boş dünya çok eski bir âlemdir. O, senin gibi birçok beyleri sevdi ve nihayet onlardan yüz çevirdi. Şimdi senin için hazırlandı, fakat seni de çabuk bırakacaktır.”¹⁰⁵

“Senden önce dünyaya hâkim olanlar hani? Nereye gittiler? O kudret ve ihtişamları nerede?”¹⁰⁶

Yine Kutadgu Bilig'den alınan bu sarsıcı sözlerden, ilk bakışta dünya hayatının geçici olduğu ve asıl olarak ahiretin düşünülmesi gerektiği sonucu çıkarılsa da, hayatın kısalığı göz önünde tutularak toplum için çok çalışmak ve kısa sürede büyük işler yapmanın da önemi vurgulanmış olmaktadır.

Bu nitelik, aynı zamanda kağanın egemenliğinin mutlak hale gelmesinin önlenmesi noktasında onu frenleyici bir rol de oynamaktadır. Kağan, devlet yönetiminde asla sadece kendi kararlarını üstün görmeyecek, alınacak kararlarda danışma ve istişare usulleri her zaman uygulanacaktır. Orta-Asya eski Türk devletlerinin hepsinde de karar alınırken devletin çeşitli kademelerinde görev yapan beylere danışılması ve onların görüşlerinin alınması güzel bir gelenek oluşturmuştur. Sözü edilen bu örnek çalışma

¹⁰² Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5083.

¹⁰³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1377.

¹⁰⁴ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5174.

¹⁰⁵ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5133, 5134.

¹⁰⁶ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5137.

modeli **“Kurultay”** adını verdiğimiz meclislerde gerçekleştirilir ve bu toplantılarda herkes fikrini serbestçe söyleyebilirdi. Ancak son karar kağana bırakılıyordu. Günümüzden yüzyıllarca önce gayet başarılı bir biçimde uygulanan ve dönemin pek çok devletine göre son derece gelişkin bir seviyeyi işaret eden bu düzen, kimi eksik noktaları olsa da adı konmamış bir demokrasi uygulamasının bir temeli kabul edilebilir.¹⁰⁷

S. Tok Gözlü Olmalı

Kutadgu Bilig'deki **“Bey tok gözlü olmalıdır. Gözü aç olana bütün dünya nimeti kâfi gelmez. Aç gözlülük, ilâcı ve devası bulunmayan bir hastalıktır.”**¹⁰⁸ ve **“Gözü tok olan, kul bile olsa beydir”**¹⁰⁹ sözleriyle bir yandan hükümdar için önemli bir erdem dile getirilirken, bir yandan da onun halkını düşünmesi, mal dağıtması, aç ve fakiri doyurması, donatması istenmektedir. Aşırı mal düşkünlüğünün ve şatafatın halkın kağanına olan güvenini sarsacağı açıktır.

Bu nitelik, hükümdar için daha önce belirtilen **“Eli açık ve Cömert Olunması”** vasfıyla büyük bir paralellik göstermektedir. Sözü edilen bölümde konuyla ilgili ayrıntılı bilgi verilmiştir.

Ş. Nefsine Hakim Olmalı

Bu başlık altında da, Kutadgu Bilig'de yer alan şu beyitlerle karşılaşmaktayız:

“Vücut arzusuna tabi olan insan nefsinin esiridir; onun esiri olma, olursan da kendini kurtarmaya bak.”¹¹⁰

“Her işi akıl ile işle; nefsin esiri olma, gönlünü diri tut.”¹¹¹

Bu önemli öğütte kağana devlet yönetiminde çeşitli zevklere kaçmadan işine odaklanması salık verilmektedir. Devlet yönetimi alelâde bir iş değildir; çok özenli ve dikkatli olmayı gerektirmektedir. Beyitlerde özellikle altı çizilen **“aklın kullanılması”** öğüdü herhalde konunun temelini teşkil etmektedir. Devlet yönetiminde akli ile birlikte bilimin verilerini en iyi şekilde kullanan bir yöneticinin sırtının asla yere gelmeyeceği anlatılmak istenmiştir. Bu

¹⁰⁷ Pamir, Kurultay Müessesesi, s. 48.

¹⁰⁸ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2000 – 2004.

¹⁰⁹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2619, 2620.

¹¹⁰ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1438.

¹¹¹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5196.

konuda Yusuf Has Hacıp'in ne kadar ileri görüşlü olduğu ve vermeye çalıştığı mesajın asırlar üstü bir nitelik taşıdığı net bir şekilde sezilebilmektedir.

T. Harama El Uzatmamalı

*“Harama karışma, el uzatma, haram yiyenin yeri cehennem dibidir.”*¹¹²

*“Helâl yiyen kimse Tanrı'ya karşı günah işlemez.”*¹¹³

Has Hacıp'den alınan bu beyitlerde de, iyi ahlâk sahibi bir hükümdar için aranan başka bir nitelikten söz edilmektedir. Bu nitelik **“doğruluk”** ve **“dürüstlük”** vasıflarıyla birlikte değerlendirildiğinde, yine devletin devamlılığı için kağanın halkı ile olan bütünleşmesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Kağan, bu çok önemli vasfı üzerinde taşımakla kalmayacak, aynı zamanda halkı için de örneklik teşkil edecektir.

U. Tanrı'ya Kulluk Etmeli, İbadet Etmeli

Tanrı'ya kulluk ve O'na duyulan saygı tüm eski Orta-Asya Türk devletlerinde karşımıza çıkan bir ritüeldir. Gök-Tanrı inancı eski Türk egemenlik anlayışının dayandığı temel prensip olurken, Gök-Tanrı'nın her zaman Türk ulusunun yanında olduğu ve ona hep yardım ettiği yönündeki ifadeler kaynaklarda yer almıştır. Orhun Yazıtları'nda karşımıza çıkan **“... Türk Tanrısı ile Türkler'in yer ve su melekleri Türk halkı yok olmasın diye, yeniden halk olsun diye...”**¹¹⁴, **“Tanrı güç verdiği için babamın ordusu kurt gibi imiş, düşmanları da koyun gibi imiş”**¹¹⁵ ve **“... sonra Tanrı'nın lütfü ile, talihim olduğu için ve kader benimle olduğu için ölmekte olan halkı dirilttim, çıplak halkı giyimli, fakir halkı zengin ettim, az sayıdaki halkı çoğalttım...”**¹¹⁶ gibi ifadeler Gök-Tanrı'nın Türk ulusu için ne kadar önemli olduğunu kanıtlamaktadır. Nitekim, Orta-Asya Türkleri arasında temel dinî inanç olarak karşımıza çıkan Şamanizm'de de Gök Tanrı inancı en önemli yeri işgal etmiştir. Türkler, bu inanç çerçevesinde Gök-Tanrı başta olmak üzere göğün diğer katmanlarında yer alan ikinci dereceden tanrılara ve bu arada yüksek dağlarda ve ırmak kıyılarında bulunan **“Yer-Su”** adlı iyilik seven

¹¹² Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1433.

¹¹³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 5348 – 5350.

¹¹⁴ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 94.

¹¹⁵ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 96.

¹¹⁶ Thomsen, Orhun Yazıtları, s. 108, 110.

ruhlara tapınır ve onlara kurban sunarlardı.¹¹⁷ Bu tarz ritüellerin yıl içerisinde toplanan çeşitli kurultaylarda gerçekleştirildikleri¹¹⁸ ya da girişilen bir seferin başarıya ulaşabilmesi için savaş meydanlarında yapıldığı dikkat çekmektedir.¹¹⁹

Öte yandan, Kutadgu Bilig’de yer alan çeşitli beyitlerde de bu önemli niteliğin altı çizilmiştir:

“... Tanrı’ya kulluk et; her türlü iyiliği ve kötülüğü Tanrı hükmü bil. Neye ihtiyacın varsa ondan dile. Bil ki, sana yardım edecek ondan başka kuvvet yoktur. Onun bütün emirlerine itaat et. Tanrı seni bugün de yarın da aziz eder.”¹²⁰

“Ölüm gelmeden sen ölüme hazırlan. Hayatta iken Tanrı’nın emirlerini yerine getir, ibadette kusur etme.”¹²¹

Sözü edilen öğütlerde hükümdara bir Tanrı korkusu verilmeye çalışılmış ve bu suretle onun egemenlik gücünün sınırlanması hedeflenmiştir. Hükümdar, bu sayede dünyadaki hareket ve kararlarını düzen altına alacak, toplumu daha özenle yönetecektir. Bu da, halkının kendisine olan güvenini artıracaktır.

Ü. İçki İçmemeli, Kumar Oynamamalı, Fesattan Uzak Durmalı

Bu konuyla ilgili yine Kutadgu Bilig’den yararlanabilmekteyiz:

“Bey içki içmemeli ve fesatlık yapmamalıdır. Dünya beyleri şarabın tadına alıştırlarsa, memleketin ve halkın bundan çekeceği çok acı olur.”¹²²

“Bey içki içer ve oyunla vakit geçirirse, memleket işini düşünmeye ne zaman fırsat bulur?”¹²³

Yusuf Has Hacıp bu sözleriyle, içki ve kumar gibi alışkanlıkların kağanlığa ve dolayısıyla devlete büyük zararları dokunacağı uyarısında bulunmaktadır. Şurası unutulmamalıdır ki, devlet yönetimi çok ciddî bir iştir

¹¹⁷ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Üçok / Mumcu / Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, s. 50.

¹¹⁸ Pamir, Kurultay Müessesesi, s. 19 vd.

¹¹⁹ Ögel, Türkler’de Devlet Anlayışı, s. 82. Öte yandan, savaş sırasında gerçekleştirilen bir kurultay örneği için bkz. Cin / Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, s. 27.

¹²⁰ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1278 – 1281.

¹²¹ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 1370 – 1372.

¹²² Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2091, 2092.

¹²³ Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig; B. 2103.

ve asla savsaklanamaz. Şu durumda, devlet işlerini sekteye uğratabilecek hiçbir olumsuzluk kağıanda bulunmamalıdır. Has Hacip hükümdardan daima ciddî ve disiplinli olmasını istemekte ve öğütlerinin tümünün bu çerçevede ele alınmasını beklemektedir.

V. Kan Dökmemeli, Düşmanlık Beslememeli, Kin Gütmemeli

*“Ey hükümdar! Başkasının malını alma ve kan dökme. Ölüm döşğinde insan bu iki günah yüzünden inler.”*¹²⁴

*“Eğer iki dünya beylğini de istiyorsan, harama karışma, zulmetme, insan kanı dökme, düşmanlık besleme ve kin gütme.”*¹²⁵

Yusuf Has Hacip bu öğütleriyle de iyi ahlâkın bir diğer gereği üzerinde durmakta, beyitlerde belirtilen kötü şeylerin toplumdaki insanları birbirine düşürerek devlete zarar vereceğine işaret etmektedir. Halbuki, birlik ve beraberliğin devlet yaşamındaki yeri yadsınamayacak kadar önemlidir.

Y. Dünya Malına Değer Vermemeli, Dünyaya Aldanmamalı

*“Ölüm olmasa ve insan baki kalsa idi, beylik ne güzel bir şey olurdu.”*¹²⁶

*“Ölümü unutma, ona karşı hiçbir silâh yoktur. Ölüm pusudan çıkar gibi bir gün karşına çıkar. Ölüme gafil avlanma, gönlünü diri tut, ne kadar çok yaşarsan yaşa, bir gün toprağa gireceksin.”*¹²⁷

*“Ey hükümdar! Sen saray ve köşkler yaptırma. Kara toprak altında senin evin hazırdır.”*¹²⁸

*“Dünya uğrunda hayatı boşuna harcama, dünya geçicidir.”*¹²⁹

*“Hazinem çok diye bu mala güvenme, hizmetkârım ve askerim çok diye gururlanma.”*¹³⁰

*“Ölüm nice cesur ve kendine güvenen büyük beyleri toprağa soktu. Ey yaşayan insan! Dikkat et!”*¹³¹

¹²⁴ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1395.

¹²⁵ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1432, 1433.

¹²⁶ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1078.

¹²⁷ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1381 – 1383.

¹²⁸ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1418.

¹²⁹ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 1425.

¹³⁰ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 5214.

¹³¹ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 6071 – 6073.

Kutadgu Bilig'den alınan bu beyitlerde vurgulanan temel nokta dünya hayatının geçici olmasıdır. Dolayısıyla Yusuf Has Hacip hükümdarı ahiret hayatı ile korkutarak onu dünya işlerinde daha dikkatli olmaya çağırmaktadır.

Z. Güler Yüzlü, Yakışıklı, Saçı Sakalı Düzgün ve Orta Boylu Olmalı

Yine Kutadgu Bilig'den alınan aşağıdaki beyitlerde, sözü edilen niteliklere sahip bir hükümdarın toplumda iyi bir itibar kazanacağına, bunun ise halkın ona güven duymasında rol oynayacağına işaret edilmiştir:

“Bey güler yüzlü, tatlı sözlü, saç sakalı düzgün, yakışıklı ve orta boylu olmalı.”¹³²

“Yüzünü gören herkes bakınca onu sevmeli, memleketi ve halkı ona bakıp güvenle yaşmalıdır.”¹³³

“Asık suratlı, kaba sözlü, kibirli ve mağrur insan herkesi kendisinden nefret ettirir, işini yoluna koyamaz.”¹³⁴

SONUÇ

Bilindiği gibi, eski Orta-Asya Türk egemenlik anlayışına göre Gök Tanrı toplum içinden bir aileyi seçmekte ve bu ailenin erkek üyelerinin her birine egemenlikten pay vermekteydi. Bu erkek üyelerin içinden kimin kağan yapılacağı ise Tanrı'nın iradesine bırakılıyordu. Tanrı kime kağanlık verirse, ona işi ile orantılı akıl da verirdi; kağan olabilmek o sebeple herkese kısmet olabilecek bir paye değildi.

Tahta çıkıldıktan sonra kağanı bekleyen çok önemli görev ve sorumluluklar bulunmaktaydı. Tabii bunların yerine getirilebilmesi için kağanın bazı temel nitelik ve vasıflara da sahip olması gerekiyordu. Sözü edilen özellikleri üzerinde gereği gibi taşıyamayan bir kağanın görevinde başarılı olamayacağı açıktır. Bu kimsenin görevinden alınması, hatta öldürülmesi bile mümkündür. Ancak yerine, yine aynı aileden bir başka kimsenin hükümdar yapılması gerekiyordu.

Bu çerçevede, eski Türk Kamu Hukuku'nun kağana yüklediği görev ve sorumluluklar ile kağanın sahip olması gerekli çeşitli nitelik ve vasıflar devlet yönetiminde en temel konuları oluşturmaktadırlar. Bu gerçek, eski Orta –

¹³² Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 2072.

¹³³ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 2084.

¹³⁴ Yusuf Has Hacip, Kutadgu Bilig; B. 2077.

Asya Türk Kamu Hukuku'na ait kaynaklarda çok net bir biçimde altı çizilerek vurgulanmıştır. Çin kaynakları, Orhun Yazıtları ve Kutadgu Bilig konuyla ilgili çok çarpıcı örneklerle doludur. Sözü edilen kaynaklardan özellikle Kutadgu Bilig'de ideal bir Türk toplumu için dile getirilen çok sayıda beyit karşımıza çıkmaktadır. Bu eserde eski Türk Kağanı'na hitaben yazılmış önemli öğütler yer almaktadır. Bugün için de halâ geçerliliğini koruyan beyitlerin hayranlık uyandırdıkları söylenebilir. Yüzyılların derinliklerinden gelen ve büyük yaşam tecrübelerinin bir ürünü oldukları kesin olan bu öğütler devletin ayakta kalabilmesi için temel düsturlar olmuşlardır. Bilge kişiliğe sahip ve değerbilir kağanlar döneminde kesinlikle dikkate alınan ve uygulanan bu prensiplerin güçlü bir devlet yapısının da çıkış noktasını oluşturdukları muhakkaktır.

Sözü edilen prensipler sadece tarihte kalmış değerler olarak düşünülmemelidir. Yakından incelendiklerinde, bu prensiplerin döneminin çok ötesinde, bugünkü her türden yöneticiye de hitap edebilen nitelikleri kolayca görülebilmektedir. Böylece, Türklerin atalarının çağdaşı pek çok devletin sisteminde karşılaşmadığımız oldukça ileri seviyede prensipleri günümüzden yüzyıllar önce benimsenmiş oldukları gerçeği de ortaya çıkmış olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Mahmut. “Eski Türk Devlet Anlayışı ve Çifte Hükümdarlık Meselesi”. F.Ü. Tarih Metodolojisi ve Türk Tarihinin Meseleleri Kollokyumu. Elazığ: 1990, s. 223-239.
- Aydın, Erhan. Tonyukuk. İstanbul: Kronik, 2019.
- Cin, Halil / Ahmet Akgündüz. Türk Hukuk Tarihi. C. I. Konya: Selçuk Üniversitesi, 1989.
- Cin, Halil / Gül Akyılmaz. Türk Hukuk Tarihi. Konya: Sayram, 2011.
- Clauson, S.G. Some Notes on the Inscription of Tonyuquq. Budapest: 1971.
- Deguignes, J.M. Hunların, Türklerin, Moğolların ve daha sair Tatarların Tarih-i Umumisi. C. II. İstanbul: Tanin, 1924.
- Donuk, Abdülkadir. “Eski Türkler’de Hükümdarın Vazifeleri ve Vasıfları”. Türk Dünyaları Araştırma Dergisi. No.: 17 (Nisan 1982), s. 103-152.
- Durmuş, İlhami. Bilge Kağan, Köl-Tigin ve Bilge Tonyukuk. Ankara: Akçağ, 2012.
- Ergin, Muharrem. Dede Korkut Kitabı. C. I. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1958.
- Gömeç, Saadettin. Kök-Türk Tarihi. Ankara: Berikan, 2011.
- Işık, M. Türkler’in Kültür Kökeni. İstanbul: Yediveren, 2014.
- İnalçık, Halil. “Osmanlılarda Saltanat Veraseti Usulü ve Hakimiyet Telâkisiyle İlgisi”. S.B.F.D., C. XIV / I (1959), s. 69-94.
- Kafesoğlu, İbrahim. “Eski Türkler’de Devlet Meclisi – Toy”. Birinci Millî Türkoloji Kongresi. İstanbul: Kervan, 1980, s. 205-209.
- Kafesoğlu, İbrahim. Türk Millî Kültürü. İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 1989.
- Kaplan, Mehmet. “Orhun Abideleri’nde Mekân-İnsan Münasebeti”. Türklük Araştırmaları Dergisi. C. I. 1985, s. 1-6.
- Moğolların Gizli Tarihi. Çev. Ahmet Temir. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1995.
- Ögel, Bahaeddin. Türk Kültürünün Gelişme Çağları. C. II. İstanbul, Milli Eğitim Bakanlığı, 1971.
- Ögel, Bahaeddin. Türk Mitolojisi. C. I. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1993.
- Ögel, Bahaeddin. Türkler’de Devlet Anlayışı. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1982.
- Pamir, Aybars. “Büyük Göktürk Hükümdarı Bilge Kağan ve Eski Türk Orta-Asya Kamu Hukuku’ndaki Yeri”. Ç.Ü.H.F.D., C. 3, S.5 (Haziran 2016), s. 13-36.

- Pamir, Aybars. "Eski Orta-Asya Türk Hukuku'nda Kurultay Müessesesi". Ç.Ü.H.F.D., C. II, S. 3 (Haziran 2015), s. 11-50.
- Pamir, Aybars. "Orta – Asya Türk Hukuku'nda "Töre" Kavramı". A.Ü.H.F.D., C. 58, S.II (2009), s. 359-375.
- Taşığıl, Ahmet. Kök Tengri'nin Çocukları. İstanbul: Bilge Kültür Sanat, 2013.
- Thomsen, Vilh. Çözülmüş Orhun Yazıtları. Çev. Vedat Köken. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1993.
- Tutar, Adem. "İslâm Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı". Ed. Güzel, H.Celal/Çiçek, Kemal/Koca, Salim, Türkler, C. II. Ankara: Yeni Türkiye, 2002, ss. 868–873.
- Üçok, Coşkun / Ahmet Mumcu / Gülnihal Bozkurt. Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Turhan, 2015.
- Vladimirtsov, B.Y. Moğolların İctimai Teşkilâtı, Moğol Göçebe Feodalizmi. Çev. Abdülkadir İnan. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1987.
- Yusuf Has Hacip. Kutadgu Bilig. Çev. Reşid Rahmeti Arat. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1991.

ISRARLI TAKIP SUÇU (TCK m. 123/A)

The Crime of Stalking (Artical 123/A of the Turkish Criminal Code)

Süleyman ÖZAR*

ÖZ

Israrlı takip fiili 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 123/A. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte artık müstakil bir suçtur. Bu düzenleme, bireyin huzurlu bir ortamda, rahatsız edilmeden, belirli bir sükûnet, psikolojik rahatlık ve esenlik içinde yaşamını sürdürmesini ve bu suretle kişilerin manevi varlığını korumak ve geliştirme hakkını temin etmeyi amaçlamaktadır.

Israrlı takip, kasten işlenebilen neticeli bir suçtur. Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun aksine bu suç genel ve tamamlayıcı nitelikte değildir; işlendiğinde başlıbaşına uygulanır. Düzenlemenin bu özelliği, kadına yönelik şiddete karşı mücadeleye de güç katacak niteliktedir. Unutulmamalıdır ki, kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddet, hukuk sistemleri tarafından çoğunlukla göz ardı edilen bir insan hakkı ihlalidir. Bu ihlallere karşı farkındalığın artması, üretilen politikalara ve yasal düzenlemelere bağlıdır.

Bu çalışmada suçun TCK m. 123/A'daki düzenleniş şekline ve gerekçesine yer verilerek, hukuki konusu, faili, mağduru, unsurları, ortaya çıkış biçimleri, nitelikli halleri, yaptırımı ve muhakeme usulü incelenmiştir. Böylece, düzenlemenin kadına yönelik şiddetle mücadelenin etkinliğini artırma amacına hizmet edip etmediğinin de ortaya konulması planlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Israrlı takip, kadına yönelik şiddet, ısrar, kişi hürriyeti, fiziken takip.

Makalenin Geliş Tarihi: 12.05.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 3.10.2022.

* Dr., Adalet Bakanlığı Mevzuat Gn. Mdr. Yrd., suleyman.ozar@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-0934-9594

ABSTRACT

Act of stalking is a crime in itself thanks to coming into force of the artical 123/A of Turkish Criminal Code number 5237. This regulation aims at ensuring one's right to live in a peaceful environment, without being disturbed, in mental quiescence, serenity and peace, which would assure a person's right to protect and improve his/her moral existence.

It is a crime which can only be perpetrated with intent, and has outcome. Unlike the crime of "deterioration of peace and order", stalking is not a general and complementary type of crime. It is applied independently when perpetrated. This aspect of the regulation also adds strength to the fight against violence against women. Violence against women and domestic violence is the most ignored human rights violation by legal systems. Increasing awareness of these violations mostly depends on the policies and legislative acts.

In this study, substance, offender, victim, elements, forms of appearance, qualified forms, penal and criminal procedure of article 123/A are examined through mentioning the legal form and basis of the regulation. Thus, it has been planned to prove whether this regulation is able to meet the need to increase the effectiveness of the combating violance against women.

Keywords: Stalking, violence against women, insistence, right to liberty, physical pursuit.

GİRİŞ

Şiddet olgusu, yıllar içinde giderek daha kapsayıcı biçimde tanımlanmış, bilinçli olarak verilen fiziki zararın yanında, zarar veya yoksunluğa sebep olması muhtemel, fiziksel, psikolojik, ekonomik ve hatta politik açıdan dezavantaj yaratacak her türlü eylemin şiddet kapsamında değerlendirilmesine yönelik ciddi bir mesafe kat edilmiştir.¹ Israrlı takip de bu gelişmenin bir ürünü olarak bugün şiddet türlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bünyesinde şiddetin bilhassa psikolojik tarafını barındıran ısrarlı takip, özellikle kadınlara yönelik daha ağır ve ciddi suçların ilk basamağı

¹ Gizem Özkan, "Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7/1 (Haziran 2017): 534-564, 535.

olabilmesiyle de cinsiyet temelli şiddetin önemszenmesi gereken bir köşesinde durmaktadır. Dolayısıyla bu fiili önceden tespit edip cezalandırmak hayati önem taşımaktadır. Toplum, son yıllarda vicdanları yaralayan her bir kadın cinayetinde bu eksikliği derinden hissetmiştir. Üstelik çoğu olayda failin birçok suç kaydının bulunduğu, yaralama veya öldürme fiilinden önce mağdurun ısrarla takip edildiği, adli ve idari mekanizmaların harekete geçmekte ağır kaldığı bilinen bir gerçektir. Bu anlamda kabul etmek gerekir ki, “hukukun kadınlara çok borcu vardır.”²

Türkiye’de her 10 kadından 3’ü hayatında en az bir kez ısrarlı takibe maruz kalmaktadır.³ Acil durum çağrılarının yüzde 20’sinin ısrarlı takipten kaynaklandığı ifade edilmektedir.⁴ Sadece ülkemizde değil, tüm dünyada ısrarlı takip ciddi bir sorun ve kadına yönelik şiddetle mücadele başlıklarından biridir. ABD’de yapılan bir araştırmaya göre kadın cinayetlerinin %76’sı, kadına şiddet davalarının da %67’sinin gerisinde belli bir süre “ısrarlı takip” filli bulunmaktadır.⁵ Bütün bu tehlikeliliğine ve yaygınlığına rağmen gerek ülkemizde gerekse karşılaştırmalı hukukta ısrarlı takibin hukuksal geçmişi çok eski değildir. 6284 sayılı Kanunla Türk hukukuna bu kavramın girişi sadece on yıl öncesine dayanmaktadır. Fiilin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi ise Türk Ceza Kanunu’na 12.05.2022 tarihli Kanun değişikliği ile eklenen m. 123/A ile gerçekleşmiştir.

Bu çalışmada önce ısrarlı takip fiiline yönelik çeşitli tanımları ortaya koymayı, sonra ceza kanunumuzdaki normu doğuran ihtiyacı ve arka plandaki süreci incelemeyi planlıyoruz. Kanundaki suç tipini ele alacağımız bölümde ise suçun seçimlik hareketlerini ve maddede aranan neticeyi değerlendireceğiz. Bu değerlendirmede suçun kişilerin huzur ve sükûnunu bozma ile cinsel taciz gibi benzer davranışlardan farklarını da belirlemeye çalışacağız. İsrarlı takip suçunun en baştan doğru bir temellendirme ile uygulamaya konulması hem kanunilik ilkesi hem de kişilerin hukuk güvenliği

² Türkân Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın (Ankara: Savaş Y., 2019), 314.

³ Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü “Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması”, (Ankara 2015), 118.

<http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11655/23338/KKSA-TRAnaRaporKitap26Mart.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (erişim: 12.06.2022)

⁴ <https://www.ntv.com.tr/turkiye/kadinlardan-gelen-acil-cagrilarin-yuzde-20si-issarli-takipten,20EDTbu4DkCCFkUZhjJ55w> (erişim: 12.06.2022)

⁵ İsrarlı Takip Model Kanunu Raporu, ABD Adalet Departmanı Suç Mağdurları Ulusal Merkezi (Ocak 2007), 13. <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/model-stalking-code-revisited-responding-new-realities-stalking> (erişim: 13.06.2022)

açısından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle suçun, genel ve tamamlayıcı norm niteliğindeki huzur ve sükûn bozma suçundan ayrıldığı noktaların belirginlik kazanmasını, uygulamada yaşanabilecek duraksamaları önlemek açısından gerekli buluyoruz.

I. ISRARLI TAKİP KAVRAMI

İngilizce’de ısrarlı takip eylemi “stalking” kelimesiyle karşılanmaktadır. Ülkemizde özellikle sosyal medya kullanıcılarının aşına olduğu bu kelime, bir kişiyi onun rızası olmaksızın sürekli bir şekilde gözetlemek anlamına gelmektedir.⁶ Kelimenin kökeni ise avcılık faaliyetine dayanmakta; avını sessizce ve dikkatlice izleyip ürkütmeden ve sezdirmeden ona yaklaşmayı ifade etmektedir.⁷

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin (İstanbul Sözleşmesi) *stalking*⁸ başlıklı 34. maddesinde ısrarlı takip, “*başka bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkâr davranışlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Cinsiyet Eşitliği Avrupa Enstitüsü’ne (EIGE) göre de *stalking*, mağdurun yaşam tarzına ciddi şekilde zarar verecek ve hedeflenen kişide doğrudan ya da dolaylı olarak endişe, korku veya hasar uyandıracak şekilde yakınlık kurma çabasıdır.⁹ Kavramın doğduğu Amerikan doktrininde de benzer şekilde, makul davranan bir insanın tehdit olarak algılayacağı veya korku duyacağı şekilde sürekli olarak tekrarlanan ve takip şeklinde gerçekleşen kasıtlı davranışlar *stalking* olarak ifade edilmektedir.¹⁰

Türk hukuk öğretisinde yapılan tanımlar da karşılaştırmalı hukukun izini sürmektedir. Bir tanıma göre ısrarlı takip; tekrarlanan davranışlarla mağdurun

⁶ <https://en.wikipedia.org/wiki/Stalking#Definitions> (erişim: 13.06.2022)

⁷ https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/stalk_2 (erişim: 13.06.2022)

⁸ Resmi çeviride *stalking* kelimesi “taciz amaçlı takip” ibaresiyle karşılanmıştır. Sözleşmenin resmi çevirisi için bkz. <https://rm.coe.int/1680462545> (erişim: 13.06.2022)

⁹ EIGE 2014 Raporu: AB’de Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet konulu İdari Veri Kaynakları: Karşılaştırılabilir Veri Toplama Sürecine İlişkin Mevcut Durum ve Potansiyel http://eige.europa.eu/sites/default/files/MH0113492ENN_PDF.Web_.pdf (erişim: 13.06.2022)

¹⁰ Alper Uyumaz, İdris Akdağ, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve İsrarlı Takip Kavramı İle İsrarlı Takip Mağdurunun Korunması", Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19 (Nisan 2015): 45-94, 53.

takip ve taciz edilmesinin neticesinde korku duymasındır.¹¹ Bir başka tarife göre bu eylem; fail tarafından ısrarlı olarak gerçekleştirilen ve mağdurun kendisinin veya yakınlarının güvenliğine yönelik korku duymasına sebebiyet verecek nitelikteki rahatsız edici davranıştır.¹² Diğer bir tanım açısından ise ısrarlı takip, cinsel taciz, tehdit, şantaj, cebir, özel hayatın gizliliğini ihlal gibi suçların maddi unsurlarını bünyesinde barındırabilen, birbirinden bağımsız adeta biri diğeri üzerine inşa edilen ve birbirini izleyen eylemler zincirini ifade etmektedir.¹³

Belirtmek gerekir ki, çoğu zaman ısrarlı takip suçunun cinsel özgürlüğü ihlal eden karakteri öne çıkar. Bunun içindir ki *Celia Wells* 'e göre bu suç, genellikle karşı tarafa yönelik gizli veya açık cinsel bir istek veya yönelim sebebiyle, bir kimsenin sarkıntılık veya taciz olarak nitelenebilecek fiilleriyle oluşur. *Richard Lingg* 'e göre de bu fiil, taciz veya sarkıntılık hallerinin diğeri bir ifade biçimidir.¹⁴

Israrlı takip, fail ve yöntem bakımından çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır. Fail bakımından, eski partner takibi/ tanıdık kişi takibi/yabancı tarafından gerçekleştirilen takip (*ex-partner stalking/acquaintance stalking/stranger stalking*) şeklinde bir ayırım yapılırken; yöntem bakımından da gerçek takip ve siber takip (*real-life stalking/cyberstalking*) gibi alt isimlendirmeler bulunmaktadır.¹⁵

Temelde kadına yönelik ayrımcılığın bir tezahürü olan şiddet, bireysel bir sorun ya da münferit bir durum değildir.¹⁶ Bu bağlamda ısrarlı takibi failin obsesif kişiliğine ve psikolojik dengesizliğine atıfla açıklama eğilimini indirgemeci ve suçun özündeki bilinçli erkek şiddetini perdeleyen bir

¹¹ Ahmet Türkmen, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11 (Nisan 2010): 1387-1434, 1394.

¹² Selin Türkoğlu, Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip (İstanbul: On İki Levha Y., 2020), 13.

¹³ Recep Doğan, Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu, Ankara Barosu Dergisi (2014):136-154, 138.

¹⁴ Tanımları aktaran; Doğan, 138.

¹⁵ Demet Başar, Stalking As A New Form Of Violence: Its Relationship With Ambivalent Sexism, Honor Endorsement And Gender-Based Violence Attitudes, (Ankara: ODTÜ Sos. Bil. Ens. Y. Lisans Tezi, 2019), 5.

¹⁶ Güneş Okuyucu Ergün, Kadına Yönelik Şiddet Bağlamında Kötü Muamele Suçu, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk C. II (Ankara: On İki Levha Y., 2021), 227.

yaklaşım olarak gören Soygüt¹⁷ ile aynı görüşte olduğumuzu ilave etmek isteriz.

II. CEZA NORMUNUN ARKA PLANI

İsrarlı takip, toplum hayatında çok eskiden beri görünen ve bilinen bir davranış olmakla birlikte, fiilin hukuki nitelik kazanması oldukça yeni bir durumdur. Bir suç tipi olarak ısrarlı takibe ilk kez 1990'ların başında ABD'nin Kaliforniya eyaletinde rastlıyoruz. Ünlü aktrist Rebecca Schaeffer'in takıntılı bir hayranı tarafından haftalar süren takip sonrası öldürülmesi o tarihte bu yasanın çıkmasına zemin hazırlamıştır.¹⁸ Bugün Birleşik Krallık, Avustralya ve AB ülkelerinin tamamına yakını olmak üzere modern hukuk sistemlerinde ısrarlı takip genellikle cezalandırılan bir davranış biçimidir.¹⁹

İsrarlı takip olgusu mevzuatımıza ilk kez 2012 yılında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrası ile girmiştir. Bu düzenlemeyle, yasal koruma ve önleme halkası içine "tek taraflı"²⁰ ısrarlı takip" mağdurları da alınmıştır. Ayrıca, bu kanuna dayanarak 2013 yılında çıkarılan yönetmelikte, tek taraflı ısrarlı takip tanımı yapılmış,²¹ kanunun doğal sonucu olarak korunacak kişi grupları içinde ısrarlı takip mağduru da gösterilmiştir.

¹⁷ M. Buket Soygüt, "Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (İsrarlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Nisan-Mayıs 2020): 2781-2814, 2785.

¹⁸ Olivia De Smet, *Unwanted Pursuit Behavior After Breakup*, (Gent: Universiteit Gent, PhD Thesis, 2013), 14. (<https://biblio.ugent.be/publication/4094241/file/4336620.pdf> erişim: 14.06.2022)

¹⁹ Susan Van Der Aa, "New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States", *European Journal on Criminal Policy and Research* 24 (2018): 315-333.

²⁰ Hukuka aykırı bir hareket olarak ısrarlı takibin doğası gereği tek taraflı olacağı, yani böyle bir fiilde karşılıklı/takipleşme olamayacağı düşüncesiyle kanundaki 'tek taraflı' ibaresinin anlatım bozukluğu içerdiği kanısındayız. Nitekim Ceza Kanununda yapılan düzenlemede tek taraflı ibaresi terk edilmiş, suçun adı "ısrarlı takip" olarak konulmuştur. Bu kez de mevzuatta bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Bu uyumsuzluğu gidermek için 6284 sayılı Kanun ve Yönetmelik'te geçen "tek taraflı" ibarelerinin kaldırılması uygun olacaktır.

²¹ Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının (ş) bendinde yer alan bu tanıma göre tek taraflı ısrarlı takip, "Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı" ifade eder.

Görüldüğü üzere ısrarlı takip, mülki amir tarafından re'sen veya talep üzerine koruyucu tedbir kararına sebep olmaktadır (6284 SK m. 3). Fakat kanun koyucu tarafından TCK'nın 123/A. maddesi yapılarına kadar bu davranışları suç olarak düzenleyen müstakil bir hüküm bulunmamaktaydı.

Bu süreçte ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesine yönelik duyarlılığı artıran iki önemli başlıktan biri AİHM'in 9 Haziran 2009 tarihli *Opuz-Türkiye* kararı,²² diğeri de 11 Mayıs 2011 tarihli İstanbul Sözleşmesi²³ olmuştur.

2 Mart 2021 tarihinde kamuoyuna açıklanan İnsan Hakları Eylem Planı'nın 6.3 numaralı "Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetle Mücadelenin Etkinliğinin Artırılması" hedefi altında öngörülen faaliyetlerden biri de "tek taraflı ısrarlı takip fiilleri ayrı bir suç olarak düzenlenecek ve böylelikle

²² Kadına yönelik şiddet konusunda devletin pasifliğinin cinsiyet temelli ayrımcılığın bir türünü oluşturduğuna yönelik tespitler içeren bu kararda AİHM, mevcut yasaların kadınlar ve erkekler arasında ayırım yapmadığını, ancak uygulamada kadınları şiddete karşı korumamanın kasti olmasa bile ayrımcılık oluşturabileceğini ifade etmiştir. (Yalçın, s. 317 vd.) Karara ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ayşe Havutcu, "Devletin Kadına Yönelik Şiddeti Önleme Görevi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz-Türkiye Kararı", *Fasikül Hukuk Dergisi* 6/60 (Kasım 2014): 6-16.

²³ Örneğin Kadın ve Demokrasi Derneği (KADEM), İstanbul Sözleşmesi kapsamında düzenlediği bir çalıştayda ısrarlı takibin niçin suç olarak düzenlenmesi gerektiğini şöyle ifade etmiştir: "Bunun yapılmaması ve mağdura karşı işlenen eylemlerin, mahkemelerce birbirinden farklı taciz veya sarkıntılık eylemleri olarak ele alınması halinde, faillere verilen cezalar caydırıcılıktan uzak olacak, bu da kadınları ısrarlı takip fiiline karşı korumasız bırakacaktır. Ayrı bir suç olarak tanımlanması, takip eylemlerinin mağdura yönelik fiziksel bir şiddet eylemine veya mağdurun vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırıya dönüşmeden önlenmesi ve failin eylemlerinin kontrol altına alınması için önemlidir." (KADEM, "Kadına Yönelik Şiddet Ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesinde İstanbul Sözleşmesi" Çalıştay Raporu (İstanbul 2014), 29. <https://kadem.org.tr/istanbul-sozlesmesi-calistayi-30-09-2014/> erişim: 15.06.2022)

Yine, İstanbul Sözleşmesi uyarınca kurulan uzmanlar komitesi (GREVIO) 15 Ekim 2018 tarihli Türkiye değerlendirme raporunda ısrarlı takip ile ilgili olarak şu değerlendirmelere yer vermiştir: "Tek taraflı ısrarlı takip, TCK'da cezai bir suç olarak tanınmamakta, dolayısıyla tek taraflı ısrarlı takibe ilişkin herhangi bir kovuşturma, eziyet (Madde 96), cinsel taciz (Madde 105), tehdit (Madde 106), şantaj (Madde 107) huzur ve sükunun bozulması (Madde 123) ve özel hayatın gizliliğini ihlal (Madde 134) gibi diğer suçların kapsamı içinde kalmaktadır. Bununla birlikte, bu hükümlerin hiçbiri tek taraflı ısrarlı takip suçunu oluşturan unsurları İstanbul Sözleşmesi'nin 34. maddesinde tanımlandığı gibi yeterince kapsayıcı ve söz konusu suçun ciddiyetini yansıtacak bir ifade içermemektedir. GREVIO, Türk yetkili makamlarını tek taraflı ısrarlı takibi ayrı bir suç olarak tanımaya ve dijital ortamdaki olası tezahürlerini göz önünde bulundurularak, etkili ve caydırıcı bir ceza ile cezalandırmaya ısrarla teşvik eder." (<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2018/11/13/grevio-rapor-turkce.pdf> erişim: 21.06.2022)

mağdurlara sağlanan güvence artırılacaktır” şeklinde olmuştur.²⁴ Her ne kadar, 19 Mart 2021 tarihinde yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İstanbul Sözleşmesinden çekililmiş ise de, ısrarlı takip düzenlemesi konusunda herhangi bir duraksama yaşanmamıştır. Nihayet, TCK'nın 123/A. maddesiyle ısrarlı takip suçu mevzuatımızdaki yerini almıştır.

III. YASAL DÜZENLEME

En başta belirtmek isteriz ki bu suç düzenlenmeden önce ısrarlı takip fiilleri somut olayın özelliklerine göre cinsel taciz, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma gibi suçlardan cezalandırılabilmekteydi.²⁵ Ancak ısrarlı takibin bağımsız bir suç olmaması, Yargıtay'ın özellikle cinsel taciz suçunu kanunilik ilkesine aykırı olarak yorumlayarak, hukuki korumanın alanını genişletmeye yönelik kararlar vermesine²⁶ ve cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olmayan iltifat, arkadaşlık veya buluşma tekliflerini dahi cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirmesine yol açmıştır.²⁷ Öte yandan, mesaj içeriğinden hareketle eylemin huzur ve sükûn bozma olarak tanımlandığı kararlar da bulunmaktadır.²⁸

²⁴ İnsan Hakları Eylem Planı tam metin için: <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf> (erişim: 21.06.2022)

²⁵ “*Olay günü yürüyerek işe gitmekte olan on yedi yaşındaki mağdureyi kullandığı araçla ısrarlı şekilde takip eden sanığın, korna çaldıktan sonra kendisine bakan mağdureye "gideceğiniz yere kadar sizi götüreyim" şeklinde beyanda bulunması eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek cinsel taciz suçundan beraatine karar verilmesi...*” (9. CD, E: 2021/1858, K: 2021/9223, 21.11.2021). <https://intranet.uyap.gov.tr/>

²⁶ Fahri Gökçen Taner, “İsrarlı Takip Davranışları Neden Bağımsız Bir Suç Haline Getirilmelidir?”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Özet Kitabı (Elazığ: Asos Y. 2021), 140.

²⁷ Değerlendirme ve örnek kararlar için bkz. Muharrem Özen, Atacan Köksal, “Kişilerin Huzur Ve Sükûnunu Bozma Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 68/2 (2019): 479-527, 516.

²⁸ “*Sanığın, ilgi duyduğu katılanın kendisini istemediğini belirtmesine rağmen, katılana hitaben ısrarla mesaj atması ve mesaj içerikleri karşısında, eylemlerinin TCK'nın 123/1. maddesinde düzenlenen huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi...*” (4. CD., E:2020/23955, K: 2021/13869, 17.05.2021) <https://intranet.uyap.gov.tr/>

Israrlı takip suçu, TCK'nın *kişilere karşı suçlar* kısmının *hürriyete karşı suçlar* bölümünde m. 123/A ile hüküm altına alınmıştır. Düzenleme şu şekildedir:

Israrlı takip

MADDE 123/A- (1) Israrlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) *Suçun;*

- a) *Çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi,*
- b) *Mağdurun okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması,*
- c) *Hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi,*

halinde faile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) *Bu maddede düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.*

Madde gerekçesine göre bu düzenlemenin amacı, mağdurun maddi ve manevi kişiliğine veya vücut bütünlüğüne yönelik daha ağır fiiller ortaya çıkmadan önceki aşamada ısrarlı takip fiillerinin orantılı bir yaptırıma bağlanmasıdır. Yine gerekçeye göre düzenlemenin hedefi, özellikle kadına yönelik şiddet içeren suçlar işlenmeden önce ısrarlı takip fiilleriyle etkin mücadele edilmesi ve mağdurların korunmasıdır.²⁹

IV. SUÇUN HUKUKİ KONUSU, FAİL VE MAĞDUR

Şüphesiz, ceza hukuku özel hükümlerinin hukuki konu bakımından kapsamı ve sınırları, Anayasa'da ifadesini bulan hukuki değer veya menfaatlerdir.³⁰ Bu kapsamda, TCK m. 123/A düzenlemesiyle kişinin yaşama,

²⁹ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss323.pdf> (erişim: 22.06.2022)

³⁰ Zeki Hafizoğulları, Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBB Dergisi 69 (Mart 2007): 21-50, 27.

maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı (Anayasa m. 17), kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19) ile özel hayatın gizliliği (m. 20) gibi anayasal hakların korunduğu görülmektedir.³¹

Suçların tasnifi hukuki konularına göre yapılır.³² Israrlı takip suçu Kanununun *hürriyete karşı suçlar* bölümünde yer aldığına göre sistematik açıdan burada korunan hukuki değer kişi hürriyetidir. Suçun kanundaki yeri, kanun koyucunun bu suçla ihlal edilen değerlerden kişi hürriyetini, huzur ve güvenliğini esas aldığına işaret etmektedir.

Hürriyet, dış ve iç hürriyet olmak üzere ikiye ayrılır. Kişinin özgür iradesiyle kendi kararını alabilmesi iç hürriyet, bu karar doğrultusunda hareket edebilmesi ise dış hürriyettir.³³ Bireylerin korku ve endişeden uzak, ruhsal açıdan sulh ve sükûn içinde olması da iç hürriyete dâhildir.³⁴ O halde ısrarlı takip normuyla iç hürriyet korunmaktadır.

Hürriyet konusunda öğretilerde yapılan bir diğer sınıflandırma; tabii hürriyet, metafizik hürriyet ve siyasi hürriyet şeklindedir.³⁵ Bu çerçevede ısrarlı takip suçunun ihlal ettiği hukuki varlık, tabii hürriyettir.

Suç öngören bir norm birden fazla hukuksal değeri koruyabilir.³⁶ Israrlı takip suçu da bu durumun örneklerinden biridir. Normun koruma şemsiyesi altındaki değerlerden biri de cinsel özgürlüktür.

Sonuç olarak bu kadar çeşitli hukuki değerler yelpazesini bir üst başlıkta toplamak gerekirse bu başlık “yaşama hakkı” olmalıdır. Yaşamak basitçe nefes alıp vermektен ibaret biyolojik bir faaliyet değildir. Yaşam hakkı aynı zamanda huzur ve güven içinde yaşama hakkıdır.³⁷

³¹ Türkoğlu, 73.

³² Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (İstanbul: Beta Y. 2020), 236; Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Ankara: Savaş Y. Tıpkı Basım 2019), s. 87 vd.

³³ Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku C. III (Ankara: Seçkin Y. 1985), 227.

³⁴ Meral Ekici Şahin, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m.123), Ceza Hukuku Dergisi 8/23 (Aralık 2013): 21-52, 26.

³⁵ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Adalet Y. 2020), 390.

³⁶ Mahmut Koca/, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Y. 2021), 119.

³⁷ Özlem Yenerer Çakmut, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları (İstanbul: Beta Y. 2014), 6.

TCK'nın 123/A. maddesinde farklı bir özellik aranmadığından suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Israrlı takip suçunun ortaya çıkışı, bizatihi kadına yönelik erkek şiddetinin bir ürünü olsa da³⁸ bu suçun temel şekli özgü suç değildir. Nitelikli haller bakımından ise farklı bir durum söz konusudur, bunu aşağıda "suça etki eden nedenler" başlığı altında ele alacağız.

Suç mağdur bakımından da bir özellik arz etmez. Herkes, yani herhangi bir kimse bu suçun mağduru olabilir.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

1. Hareket

Suç, seçimlik ve bağlı hareketlidir. Suçun maddi unsurunu iki seçimlik hareket oluşturmaktadır. Bunlardan birincisi; ısrarlı bir şekilde fiziken takip etmek, ikincisi ise (haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak) ısrarlı bir şekilde temas kurmaya çalışmaktır.

Israr, her iki seçimlik hareketin de kurucu unsurudur. Israr yoksa seçimlik hareketlerin varlığını-yokluğunu tartışmaya da gerek yoktur.

Seçimlik hareketlerin ikisinin birden gerçekleştirilmesi halinde iki suç değil, yine tamamlanmış tek suç oluşacaktır. Seçimlik hareketin bir sonucu olarak, kanunda gösterilenler dışında bir hareketle bu suçun oluşması mümkün olmaz.³⁹ Örneğin, ısrarlı bir şekilde hediye ve çiçek gönderme, bir mal veya hizmet ısmarlama, kamera ile görüntü alma gibi davranışlar ısrarlı takip suçunu oluşturmayacak, yerine göre huzur ve sükûnu bozma veya cinsel taciz suçundan sorumluluk doğabilecektir.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu suçun serbest hareketli işlenmesine kapı aralamamıştır. Başka deyişle ısrarlı takip suçu bağlı hareketlidir. Oysa ısrarlı takibe ilişkin Avrupa Konseyi raporunda ısrarlı takip tanımı doğrultusunda tüketici olmayan bir listeye yer verilmesi tavsiye edilmiştir.⁴⁰ Nitekim Finlandiya, Almanya, Belçika ve Portekiz ceza kanunlarında bu suç serbest hareketlidir. İspanya, Avusturya ve İsveç gibi bazı ülkelerde ise suç bağlı hareketli olmakla birlikte liste hayli uzun tutulmuş; mal ve hizmet satın almak,

³⁸ Soygüt, 2788.

³⁹ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: US-A Y. 2012), 214.

⁴⁰ Türkoğlu, 80.

kiralamak, mülkiyet hakkını ihlal etmek, gözetlemek gibi davranışlar da seçimlik hareketler arasına dâhil edilmiştir.⁴¹ TCK düzenlemesinde ise tüketici ve dar bir liste bulunmaktadır. 123. maddede yer alan “hukuka aykırı başka bir davranış” gibi bir serbest hareket de öngörülmemiştir. Gerekçede bu tercihe ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte, kanun koyucunun belirlilik ve öngörülebilirlik endişesiyle bu yolu seçtiğini tahmin ediyoruz. Kanımızca seçimlik hareket listesinin daha uzun tutulmasıyla bu sorunun üstesinden gelinebilirdi.

a. Israr

Sözlükte ısrar, “direnme, ayak direme, üsteleme, üstünde durma” anlamlarına gelmektedir.⁴² Israrlı olma hali de bir şeyin tekrarlanarak yapılmasıdır. Hukuksal anlamda ısrar, başkasının karşı yönde oluşan iradesine aykırılık teşkil eden davranışların kayıtsızca ve bilinçli bir şekilde yapılmasıdır. Yasaklanan davranışlar çok uzun olmayan zaman aralıklarıyla tekrarlandığında ve aralarında amaç birliği olduğunda ısrarla gerçekleştirildikleri kabul edilir.⁴³

TCK’da bir davranışın ısrarla yapıldığı sonucuna varılabilmesi için kaç kez tekrarlanması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğrusu da budur. Her olayın somut özelliklerine ve kendine özgü koşullarına göre davranışta ısrar olup olmadığı tespit edilir. Örneğin, mağdurun rahatsızlığını ifade etmiş olmasına ve aynı veya benzer davranışların bir daha yapılmaması konusunda faili uyarmasına rağmen; failin davranışına devam etmesi dikkate alınmalıdır.⁴⁴ Israr olgusunun tespitinde, yapılan hareketlerin mağdurun iç huzurunu, yaşam alanını bozma ya da kişisel yaşam alanına zarar vermesi de göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁵

Kanun “ısrarlı bir şekilde” dediğine göre bu şartın gerçekleşmesi failin ısrar “göstermesine” bağlıdır. Yani burada ısrar iradesinden değil, ısrar davranışından söz etmek gerektir. Israrın ispatı için fiile bakılmalıdır.

Yargıtay bir kararında failin telefon etmesi, mağdurun evinin önüne gelmesi ve mağduru takip hareketlerini bir bütün olarak ısrar unsurunun

⁴¹ Türkoğlu, 34 vd.

⁴² <https://sozluk.gov.tr/>

⁴³ Özen/Köksal, 487.

⁴⁴ Ekici Şahin, “Kişilerin...”, 39.

⁴⁵ Rezzan İtişgen, “Kişilerin Huzur Ve Sükûnunu Bozma Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9/113 (Ocak-Şubat 2014): 109-130, 117.

oluşması olarak kabul etmiş,⁴⁶ başka bir kararında ise mağdurun karşılık verip vermediği hususuna dikkat çekmiştir.⁴⁷ Huzur ve sükûn bozma suçuna ilişkin olarak verilen bu kararlar, ısrarlı takip suçundaki ısrar ögesini saptamak bakımından da yol gösterici olacaktır.

b. Israrlı Bir Şekilde Fiziken Takip Etmek

Birini takip etmek, belli bir süre boyunca görsel veya fiziksel yakınlığı kasten korumaktır.⁴⁸ Fiziki takip; mağdurun peşinden gitmek, peşine düşmek biçiminde olabileceği gibi, onun yakınlarında dolaşmak, varlığını bir şekilde hissettirmek, gittiği yerlere gitmek biçiminde de olabilir. Yalnız burada tesadüfi veya olağan karşılaşmaları ayırt etmek gerekir. Aksi takdirde kişilerin hareket hürriyetine orantısız müdahalede bulunulmuş olacaktır. Madde gerekçesinde iş yeri, okul, çarşı, pazar ve benzeri yerlerde sıklıkla mağdurun karşısına çıkılması veya takip edildiğinin hissettirilmesi ya da konutunun önünde, sokağının girişinde beklenmesi gibi fiillerin ölçüsüz biçimde tekrarlanması, fiziki takip olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. İşte bu noktada failin ısrarlı takip kastıyla mı hareket ettiği yoksa eski alışkanlıklarının etkisinden çıkamadığı için bulunduğu yerde tesadüfen mi karşılaştığı ihtimali ihmal edilmemelidir. Bütün bunlar somut olaya bakan uygulamacı tarafından tespit edilebilecek hususlardır.

Takip olgusunun içinde ısrar zaten vardır. Bununla birlikte Kanun, suçun oluşumu için mağdurun fiziken takip edilmesini yeterli görmemiş, bunun bir de ısrarlı olmasını istemiştir. Ancak bu durum takibin farklı zaman dilimlerinde birden fazla kere yapılmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Elbette fiziki takip uzun zamana yayılabileceği gibi, aynı gün içerisinde ısrarlı tek bir takip eylemiyle de tüketilebilir. Bazen tek bir takip eylemi de ısrarlı olabilir ve huzursuzluğa, endişeye yol açabilir. O halde fiziken takipte gösterilen ısrar ile iletişim kurmak için gösterilen ısrar aynı görünüme sahip değildir, bunları aynı zaman birimleriyle değerlendirmemek gerekir.

⁴⁶ 4. CD, E: 2021/27098, K: 2021/29961, 22.12.2021 <https://intranet.uyap.gov.tr/>

⁴⁷ “Sanık ile katılan arasındaki iletişim kayıtları getirtilerek, sanığın ne sıklıkla katılanı aradığı, konuşmaların ne kadar sürdüğü ve katılan tarafından karşılık bir aramanın olup olmadığı belirlendikten sonra ısrar unsurunun oluşup oluşmadığı değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun takdiri gerektiğinin gözetilmemesi...” (4. CD, E: 2021/21142, K: 2021/25277, 25.10.2021) <https://intranet.uyap.gov.tr/>

⁴⁸ Türkoğlu, 84.

Suç, failin takibe başladığı anda değil; mağdurun bu takibi fark etmesinden kaynaklanan huzursuzluğun başladığı anda tamamlanmış sayılmalıdır. Fark edilmesine rağmen takibe devam etmek suretiyle belirginlik kazanan ısrar unsurunu yere, zamana, içinde bulunulan şartlara ve olayın öyküsüne göre değerlendirmek gerekir. Sözgelimi, gece vakti ıssız bir mahallede birkaç dakika takip edilmek bile insana gündüz vakti kalabalık bir çarşıda birkaç saat takip edilmekten daha uzun gelebilir.

Failin mağdur tarafından fark edilince takibi kesmesi durumunda ise üç ihtimal tartışılabilir: Birincisi gönüllü vazgeçme kuralları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme (TCK m. 36), ikincisi teşebbüsten dolayı doğacak sorumluluk (TCK m. 35) ve üçüncüsü ısrar yokluğu nedeniyle suçun icrai hareketlerine hiç başlanmamış olması şeklinde bir değerlendirme.

Kanaatimizce, fail ilk kez ve kısa bir süre takip edip de fark edilince takibi kesmişse burada tipik hareketin bir unsuru olarak “ısrarlı bir şekilde” şartı gerçekleşmemiştir, sorumluluk doğmaz. Fakat belirli bir süre ısrarlı bir şekilde yaptığı takibini mağdur tarafından fark edilince sona erdirmişse teşebbüsten sorumluluk yoluna gidilmelidir.

Aynı hedefe yönelmiş çeşitli faaliyetler arasında uzunca bir zaman aralığı yoksa tek hareket ve tek suç vardır.⁴⁹ Bunun gibi, failin düzenli veya düzensiz zaman aralıklarıyla mağduru birden fazla kez takip etmesi halinde de tek suç vardır. Tabii bu durum failin kastının yoğunluğunu gösterir, cezanın belirlenmesinde teşdit nedeni olarak dikkate alınmalıdır.

Takibin “fiziken” olması şarttır. Bu durumda teknolojinin imkânlarını kullanarak bulunduğu yerden takip etmek ya da gözetlemek, ısrarlı takip suçunu oluşturmayacaktır. Örneğin mağdurun dijital bir ağ üzerinden izlenmesi, GPS yazılım ile takip etmek, insansız hava aracı (drone) kullanarak izleme gibi davranışlar m. 123/A kapsamı dışındadır. Bu tarz davranışlar ısrarlı takip suçunu oluşturmasa da, “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” çerçevesinde sorumluluk doğabilecektir. Bununla birlikte, coğrafi sınır tanımayan siber ısrarlı takibin bugün fiziki takipten daha yaygın olduğu ve mağdurlar üzerinde fiziki takibin sebep olduğu travmalara benzer sonuçlara yol açtığı açıktır.⁵⁰ Bu nedenle düzenlemede sanal ortamların dikkate alınmayarak takibin fiziki alanla sınırlandırılmasını doğru bulmadığımızı belirtmeliyiz.

⁴⁹ Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, (Ankara: Savaş Y. 2020), 136.

⁵⁰ Suzan van der Aa, “International (Cyber) Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution”, *Studies in Global Justice* No. 8 (2011): 191-213, 194.

c. Israrlı Bir Şekilde Temas Kurmaya Çalışmak

Maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden diğeri, mağdurla ısrarlı bir şekilde temas kurmaya çalışmaktır. Kanun failin mağdura ulaşmasını şart koşmamıştır, temas kurmaya çalışma ısrarı yeterlidir. Dolayısıyla, mağdur tarafından okunmamasına rağmen ona müteaddit kereler e-posta göndermek, mağdur cevapsız bıraksa da çok sayıda arama/çağrı, telesekretere mesajlar bırakmak ve hatta sosyal medya mecralarında defalarca arkadaşlık isteği göndermek bu suçu oluşturabilecek davranışlardır.⁵¹ Mağdura ulaşılmasa da, suçta aranan neticenin gerçekleşebilmesi için mağdurun kendisiyle temas kurulmaya çalışıldığından haberdar olması şarttır.

Temas kurmanın vasıtası önemlidir, çünkü Kanun temasın aracını da belirlemiştir. Buna göre fail şu üç vasıttan en az birini ısrarla kullanmış olmalıdır: Haberleşme ve iletişim araçları, bilişim sistemleri, üçüncü kişiler.

Haberleşme ve iletişim araçlarının neler olabileceği konusunda madde gerekçesinde çeşitli örnekler verilmiştir. Mektup, faks, kısa mesaj, e-posta, telefon, internet üzerinden oluşturulan programlar, uygulamalar ve sosyal mecralar gibi vasıtalarla temas kurulabilir. Bunların yanında bu dinamik sektörün ileride sunabileceği yeni iletişim imkânları da temas yöntemi olabilecektir.

Bilişim sistemi, “enformasyonun” otomatik makinelerle otomatik olarak işlenmesine ilişkin süreci ifade eder.⁵² Israrlı takip düzenlemesinin gerekçesinde bilişim sistemine ilişkin bir tanımlama getirilmemiştir. Bu eksiği gidermek için TCK’nın “bilişim sistemlerine girme” suçunu düzenleyen 243. maddesinin gerekçesinden yararlanılabilir: “*bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağı veren manyetik sistemlerdir.*” Buna göre bilişim sistemi, internet veya bulut bilişim uygulamaları gibi “dijital erişim” sağlayan her türlü elektronik araç olabilecektir.

Temas kurmaya çalışmanın suça vücut veren bir diğer yöntemi de üçüncü kişilerin kullanılmasıdır. Failin üçüncü kişiyi tanıyıp tanınamasının bir önemi yoktur, yeter ki onu mağdurla temas kurmak için “kullansın”. Üçüncü kişi, fail adına veya fail için mağdurla fiziken temas kurmaya çalışabileceği gibi iletişim ve haberleşme araçlarını kullanmak suretiyle de fail-mağdur temasını

⁵¹ Türkoğlu, 87.

⁵² Muammer Ketizmen, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, (Ankara: Adalet Y. 2008), 11.

sağlamaya çalışabilecektir. Üçüncü kişi ile fail arasında ısrarlı takip suçunun birlikte icra edilmesi iradesi varsa artık burada üçüncü kişi kullanımı değil, müşterek faillik söz konusu olacaktır.

Fail, kusur yeteneği olmayan bir çocuğu veya akıl hastasını bu suçu işlemek için vasıta olarak kullanmışsa dolaylı faillik söz konusu olur (m. 37/2).

2. Netice

a. Suç tehlike suçu değil, zarar suçudur; sırf hareket değil, netice suçudur. Suçun neticesi, mağdur üzerinde “*ciddi bir huzursuzluk oluşması*” ya da mağdurun “*kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duyması*”dır. Neticeye yol açan hareketler tek başına hukuka aykırı hareketler olmayabilir. Asıl olan bu davranışların ısrarla yapılmasının mağduru huzursuzluğa ya da endişeye sevk etmesidir. Suçun oluşması için mağdurda bu sonuç veya sonuçların ortaya çıkması gereklidir. Bu da ancak hareket ile netice arasındaki nedensel ilişkinin ortaya konulmasıyla belirlenebilir.

Suçta aranan netice, mağdurun failin hareketlerinden kaygı ya da endişe duyup duymadığını araştırmayı da gerektirmektedir. Bu durumda, bir bakıma objektif olarak ısrarlı takip oluşturabilecek davranışlar, sırf mağdurun bu hareketler neticesinde huzursuzluk veya endişe duymaması nedeniyle cezasız kalabilecektir.⁵³ Tehdit suçunda salt tehditte bulunmayı yeterli görerek⁵⁴ zarar tehlikesinin objektif varlığı ile yetinen⁵⁵ kanun koyucunun ısrarlı takibe gelince mağdurda ciddi huzursuzluk ya da güvenlik endişesi aramasının, hürriyete karşı suçların amaçsal, tarihsel ve sistematik temeline de ters düştüğü düşüncesindeyiz. Karşılaştırmalı hukuk da bu düşüncemizi doğrulamaktadır. Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, İtalya ve ABD gibi pek çok ülke mevzuatında bu suç tehlike suçu olarak yer almakta, fiilin mağdurda gerçek bir korku (*actual fear*) yaratması aranmamaktadır.⁵⁶

Mağdurda oluşan huzursuzluğun ciddi boyutta olması gerekmektedir. İsrarlı takibin mağdur için büyük stres kaynağı olması, gündelik hayatın akışını etkilemesi, mağdurun psikolojisini bozması gibi sonuçları olmalıdır.

⁵³ Türkoğlu, 96.

⁵⁴ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: US-A Y. 2010), 166.

⁵⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Seçkin Y. 2020), 406.

⁵⁶ Türkoğlu, 95.

Kanaatimizce madde metninde huzursuzluğa ciddi sıfatının eklenmesi yerinde olmamıştır. Madem hareketin tehlikeliliği ile yetinilmeyip bir de zarar sonucu aranıyor, makul bir huzursuzluk ve kaygı düzeyi suçun oluşumu için yeterli görülmeliydi. “Ciddi huzursuzluk” ölçütünün suçun uygulanma alanını daraltması yanında, bu ölçütün tespiti de ayrı bir tereddüt noktasıdır. Tereddüt şuradadır: Bu tespit hekim/adli tıp raporuyla mı olacaktır yoksa hâkimin dosya kapsamından ulaşacağı kanaatiyle mi? Bize göre mağdurun beyanı ve hâkimin genel, olağan hayat tecrübesiyle varacağı sonuç yeterli olmalıdır. Ancak süreçte uygulama farklarının ve kanunun murad etmediği işlemlerin doğması muhtemeldir.

Cidde boyutlara varmayan huzursuzlukta bir rahatsızlık hissedilse de netice gerçekleşmiş sayılmaz. Bu durumda failin suça teşebbüs ettiği kabul edilmelidir.

Suçu oluşturabilecek bir diğer netice de mağdurun kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasıdır. Burada artık “ciddi huzursuzluk” gibi sübjektif bir olgudan ziyade, güvenlik endişesine dair daha somut, ölçülebilir ve araştırılabilir bir netice söz konusudur. Kanunun güvenlik endişesi içine mağdurun yakınlarını da dâhil etmesi isabetli olmuştur. Ancak burada yakın ile kimin veya kimlerin kastedildiği belli değildir. Kanaatimizce bu bağ geniş yorumlanmalı, mağdurun kişisel olarak önem ve değer verdiği, ifadesinde öne çıkardığı kimseler de yakınlık çemberi içine dahil edilmelidir.

b. Israrlı takip mütemadi suçtur. Bilindiği üzere mütemadi suçlarda ihlal bir anda olup bitmez; zaman içinde, failin iradesi veya başka bir neden ile kesintiye uğrayıncaya kadar devam eder.⁵⁷ Diğer anlatımla unsurun gerçekleşmesi ile suçtaki hareketler bitmez, yaratılan hukuka aykırı durum devam eder.⁵⁸ Yani suç tamamlanmış ama bitmemiştir;⁵⁹ tıpkı konut dokunulmazlığını ihlal, ruhsatsız silah taşıma veya hakkı olmayan yere tecavüz suçlarında olduğu gibi. Burada kesintisiz süren unsurun netice mi yoksa hareket mi olduğu konusunda doktrinde bir oydaşma yoktur. Bize göre bazı suçlarda icrai hareketin devamlılığı (trafik güvenliğini tehlikeye sokma), bazı suçlarda neticenin devamlılığı (kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma), bazen her ikisinin de devamlılığı (örgüt suçu) ama son tahlilde ve her halükarda ihlalin devamlılığı bir suç mütemadi yapar.

⁵⁷ Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, 215.

⁵⁸ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Y. 2020), 250.

⁵⁹ Kayıhan İcel, Ceza Hukuku Genel Hükümler (İstanbul: Beta Y. 2018), 288.

Bu konu huzur ve sükûnu bozma suçu bağlamında tartışılırken, bir görüş davranıştaki ısrarın suçu mütemadi hale getirdiğini savunurken,⁶⁰ diğer bir görüş ise tekrar edilen hareketlerin suça “itiyadi” olma vasfını kazandırdığını ileri sürmekteydi.⁶¹ Bu tartışmayı ısrarlı takip suçuna taşıdığımızda; ısrarlı davranışların huzur bozucu/endişe verici noktaya gelmesiyle birlikte doğan ihlalde bir devamlılık olduğunu görüyoruz. Çünkü suçun tarifindeki fiilin icrası süreklilik arz etmektedir.⁶² Gerek fiziken takip davranışı gerekse telefon etme, mektup gönderme, kısa mesaj iletme gibi temas kurmaya çalışma davranışı ısrar boyutuna geldikten sonra kişi hürriyetine yönelik ihlal süreklilik gösterir.

İsrarlı hareketleri itiyadi suç kuralları çerçevesinde değerlendiren görüşler ise belki suçlunun kriminolojisine uygundur ama normatif olarak doğru değildir. İtiyadi suçlu deyiminden; kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi anlaşılmalıdır (TCK m. 6/1-h). O halde kanunumuzda itiyat, harekete ilişkin değil, suça ilişkin olmalıdır. Kısacası, aynı suçun bir yıl içinde en az üç kez işlenmesi halinde itiyadi suçluluk söz konusu olacaktır.⁶³ Bu suçtaysa failin ilk telefon edişinde suç oluşmaması, bu davranışın tekrar tekrar sergilenmesiyle itiyat değil, ısrar unsuru gerçekleşmektedir. Aksi düşüncenin izlenmesi halinde fail hakkında 58/9. madde gereğince mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanması gerekecek ve bu kabul, ilk kez ısrarlı takip suçu işleyen fail hakkında adaletsiz sonuçlara yol açacaktır.

c. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış ısrarlı takip suçu düzenlenmemiştir.

Failin hiçbir şekilde öngörmediği ve istemediği, yasayla belirli daha ağır sonucun meydana gelmesi halinde “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” oluşur.⁶⁴ Kanunda bu tarz suçlarda (örn. TCK m. 87, m. 99/3-4, m. 102/5) nitelikli cezanın uygulanabilmesi için manevi unsuru düzenleyen genel kural ise TCK m. 23’tür: “*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir*

⁶⁰ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, 213; Recep Gülşen, “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu”, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 1 (Eylül 2012): 5-20, 14; Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar (Ankara: Seçkin Y. 2008), 563.

⁶¹ Ekici Şahin, “Kişilerin...”, 23; Ümit Kocasakal, “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)”, Ankara Barosu Dergisi S. 2 (2015): 109-146, 134.

⁶² İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Y. 2014), s. 168.

⁶³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, 693.

⁶⁴ İçel, 476.

neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” Böylece, daha ağır netice bakımından kusur şekli taksir olarak tespit edildiğinde, ceza o suçun taksirli hali için öngörülen cezadan daha ağır olmaktadır.⁶⁵ Örneğin, TCK m. 87/4’te öngörülen kasten yaralama sonucunda meydana gelen ölüme taksiri olan fail, taksirle öldürme suçunun cezasından daha ağır bir cezayla cezalandırılır.

Öte yandan, ısrarlı takibin neticesinde failin kastettiğinden daha ağır bir netice meydana gelirse bu neticeden özel bir “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” sorumluluğu doğmayacaktır. Çünkü ısrarlı takibi düzenleyen normda kastedilenden daha ağır veya başka suçlar gösterilmemiştir. TCK m. 23 ancak özel hükümler içinde netice sebebiyle ağırlaşmış suç hali ayrıca ve açıkça düzenlenmiş ise uygulanabilir.⁶⁶ Şu halde failin ısrarlı takip hareketiyle kastettiğinden daha ağır veya başka bir suç doğarsa o suçtan sorumluluk genel kurallara göre belirlenecektir. Oysa madde gerekçesinde de kabul edildiği gibi, ısrarlı takibin mağdurda korku ve endişe yaratmanın ötesinde çok daha ciddi sonuçlara yol açması her zaman mümkündür. Örneğin, ısrarlı takip edilen mağdurun akıl sağlığının bozulması ya da otomobil ile takipten kaçmak isterken trafik kazasıyla ölüm gibi neticeler ortaya çıkabilir.⁶⁷ Bu gibi sonuçlarda failin alacağı ceza, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç öngörülseydi alacağı cezadan daha az olacaktır.

B. Manevi Unsur

Israrlı takip suçunun oluşabilmesi için genel kasıt gerekli ve yeterlidir. Suç olası kasıtle da işlenebilir.

Failin ısrarlı takip fiilini hangi maksatla gerçekleştirdiğinin suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, fail ile mağdur arasında önceden var olan duygusal veya kişisel bir ilişki, fiili hukuka uygun hâle getirmeyecektir. Dolayısıyla, failin mağdur ile daha önceden kişisel veya duygusal bir ilişkiye sahip olduğu, bu eylemleri mağduru tekrar ilişkiye ikna etmek amacıyla işlediği gerekçesiyle failde suç kastının bulunmadığı sonucuna varılamaz.

⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, 399.

⁶⁶ Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, 2/4 (Ağustos 2007): 223-246, 229.

⁶⁷ Soygüt, 2808.

Suçun işlenmesinde özel kasıt/saik aranmamasının doğru bir tercih olduğu düşüncesindeyiz. Eski eş, sevgili veya mağdurla ilişki kurmak isteyen herhangi bir kimsenin saik veya niyetine önem verilmemesi, kadına şiddetle mücadelenin etkinliğini artırma anlamına gelecektir.

C. Hukuka Aykırılık

Genel hukuka uygunluk nedenleri olan meşru savunma ve zorunluluk hali (TCK m. 25), kanun hükmü ve görevin ifası (m. 24), hakkın kullanımı (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2); kanundaki tarife objektif olarak uyan fiili hukuka uygun hale getirir.⁶⁸ Bu açıdan, hukuka uygunluk nedenleri için ‘‘izin normları’’ denilebilir.⁶⁹ Israrlı takip suçunda da bu nedenler aynı etkiyi gösterebilecektir. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinden meşru savunma ve zorunluluk haline ısrarlı takipte rastlanmasını beklemek pek gerçekçi ve olası değildir.

Kanun hükmünü yerine getirme anlamında CMK’nın 90. maddesi örnek gösterilebilir. 90. maddenin birinci fıkrasında herkese, ikinci fıkrasında kolluk görevlilerine yakalama yetkisinin esasları düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca suç işleyen bir kişiyi yakalamak amacıyla yapılacak bir ısrarlı takip hukuka uygun olacaktır.

Bir kimsenin alacağını istemek için borçluya ısrarla telefon etmesi durumunda hakkın kullanımı nedeniyle suç oluşmayacağı ifade edilmekte ise de⁷⁰ biz alacak hakkının alacaklıya borçluyu rahatsız etme hakkı vermediği kanısındayız. Yargıtay’ın yaklaşımı da görüşümüzü doğrulamaktadır.⁷¹

⁶⁸ Centel/Zafer/Çakmut, 296 vd.

⁶⁹ Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza (İstanbul: On İki Levha Y. 2012), 107.

⁷⁰ Hafızoğulları/Özen, Özel Hükümler, 214.

⁷¹ “Dosyaya yansıyan olayda, şikâyetçi vekili, iki cihaz için de şikâyetçiye borç çıkarıldığını, bu borç nedeniyle sürekli şikâyetçinin arandığını ve şikâyetçiye mesaj gönderildiğini ileri sürmüştür. Borçların ne şekilde tahsil edilebileceği, icra iflas hukukunda ve borçlar hukuku kapsamında belirlenmiştir. Yasal yollara başvurulmadan önce borçlunun borcundan haberdar edilmesi amacıyla borçluya mesaj, uyarı yazısı ya da ihtar gönderilmesi veya borçlunun telefonla aranması mümkündür. Ancak bu mesaj, uyarı yazısı ya da ihtarın veya aramanın süreklilik arz etmemesi, muhatapları açısından çekilmez bir hale gelmemesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından şikâyetçinin iddia ettiği arama ve mesaj gönderme sıklığının tespiti bakımından şikâyetçiye ait telefon dökümlerinin temin edilmesi, arama veya mesaj gönderme sıklığı nazara alınarak gerektiğinde, şüpheliler tespit edilerek savunmalarının alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.” (4.CD., E: 2019/3198, K: 2019/11771) <https://intranet.uyap.gov.tr/>

Buradan hareketle, alacağı tahsil için ısrarlı takip fiilinin de hukuka uygun olmayacağı sonucuna varmak gerekir.

Israrlı takip suçunu tanımlayan normda “hukuka aykırı olarak” veya mağdurun “rızası olmaksızın” gibi bir ibareye yer verilmemiş olsa da, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olmaktan önce tipik fiilin ortaya çıkmasını engeller. Çünkü bu suç zarar suçudur, mağdurun rızası varsa hareketin neticesi (huzursuzluk, endişe) gerçekleşmeyecek ve dolayısıyla suçun unsurları oluşmayacaktır. Objektif olarak var olan rıza, fiilin suç tipine uygun olmasına engel olacaktır.⁷²

Bansın mensuplarının, magazin gazetecilerinin veya “paparazzilerin” ünlü kişileri ısrarlı takibinin hakkın kullanımını olmadığı düşüncesindeyiz. Bu tarz eylemlerde özel hayatın gizliliği suçu kapsamında değerlendirme yapılabileceği gibi⁷³ mağdurda ciddi huzursuzluğa neden olunması halinde ısrarlı takip suçundan da sorumluluk doğabilecektir.

VI. SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

Israrlı takip suçundan verilecek cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller m. 123/A’nın ikinci fıkrasında üç bent halinde yer verilmiştir. Birinci bentteki (ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe karşı) suçun işlenmesi ile üçüncü bentte sayılan haller, failin belli bir hukuki veya fiili bir durumda olmasını gerektirdiğinden⁷⁴ özgü suç ortaya çıkmaktadır. Kanun özel failliği suçun temel şeklinde değil de nitelikli şekilde aradığından burada “gerçek özgü suç” değil de “görünüşte özgü suç”⁷⁵ ihdas edilmiş sayılmalıdır. Bu ayırım, nitelikli hale iştirak varsa önem arz edecektir. Kanunun aradığı özelliği taşıyan fail (örneğin uzaklaştırma tedbiri verilen kişi) ile bu vasfı taşımayan başka biri suçu birlikte işlemiş ise özel fail durumundaki kişi nitelikli halden, diğer kişi suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır.⁷⁶

Kanunda nitelikli hal kataloğu biraz daha geniş düzenlenebilirdi. Suçun silahla işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Aynı suçu daha önce işlemiş olmak da suça etki eden bir neden değildir. Yine, suçun dil, ırk,

⁷² Ekici Şahin, ...Rıza, 176.

⁷³ Behiye Eker Kazancı, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9/1 (Haziran 2007): 131-164, 135.

⁷⁴ Toroslu, 107.

⁷⁵ Tanım için bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, 115.

⁷⁶ Koca/Üzülmez, 484.

milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle işlenmesi de nitelikli haller arasında değildir.

Suçta etki eden nedenler şunlardır:

- **Suçun, çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi**

Israrlı takibin, on sekiz yaşından küçüklere karşı ya da ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe karşı işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Akran ilişkisinde bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı uygulamada tereddüt meydana getirebilir. 16-17 yaşında liseli bir gencin okulundaki diğer bir öğrenciye karşı bu suçu işlemesi halinde bu nitelikli halin uygulanması ceza adaletine uygun görünmemektedir. Ancak bu konuda kanunda kısıtlayıcı bir düzenleme de yoktur.

Mağdurun yaşının tespitinde ısrarlı davranışın kesildiği veya ısrarı oluşturan son davranışın yapıldığı gün dikkate alınmalıdır.

Eş ile ilgili nitelikli hal, aslında mağdurla fail arasındaki ilişkiyi merkeze almaktadır. O halde burada eski ilişkiye dayanan takip eylemlerinin bütünüyle yer alması gerekirdi. Failin tehlikeliliği ve şiddet riskinin yüksek olması noktasında eski sevgili şiddeti ya da eski nişanlı şiddeti, eski eş şiddetinden geride değildir. İtalyan Ceza Kanunu'nda bu mesele '*filin hakkında ayrılık kararı verilmiş veya boşanmış olan eş ya da mağdurla önceden duygusal ilişkisi olan kişi tarafından işlenmesi*' şeklinde bir düzenlemeyle çözülmüştür.⁷⁷

- **Suçun, mağdurun okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması**

Burada sonuç bakımından bir nitelikli hal söz konusudur. Bu nitelikli halin temelinde mağdurun günlük hayatın alışılmış ve olağan gereklerini yerine getirmede ciddi bir şekilde zorluk çekmesi bulunmaktadır. Bir başkası yüzünden hayatını değiştirmek zorunda kalan mağdurun uğradığı haksızlık elbette daha büyüktür. Ne var ki bu düzenleme başka bazı ciddi sonuçları kuşatmamaktadır. Örneğin, çok önemli bir iş randevusunu/mülakatını kaçırmak ile iş değiştirmek arasında bir fark yoktur, ama Kanundaki ifade

⁷⁷ Eker Kazancı, 2807.

bunu karşılamamaktadır. Yine, ısrarlı takip mağduru bir gencin korkudan üniversite sınavına gidememesi de kişi hayatında çok ciddi bir tahribattır. Bu gibi durumlarda suçun temel şeklinden verilecek cezada alt sınırdan uzaklaşmaktan başka çare bulunmamaktadır.

- **Suçun, hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi**

Uzaklaştırma ve konuta, okula veya işyerine yaklaşmama, 6284 sayılı Kanunun 5/1, b ve c maddeleri gereğince hâkim tarafından verilen önleyici tedbir kararlarıdır. Bu tedbire rağmen ısrarlı takip suçunun işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. 6284 sayılı Kanun gereğince verilen tedbir kararlarının yüzbinlerle ifade edildiği ülkemizde,⁷⁸ ısrarlı takip suçunun en yaygın şeklinin bu bentte ifade edilen hal olacağını düşünüyoruz.

Burada 6284 sayılı Kanunun 5. maddesindeki diğer tedbirlerin düşünülmemesi bir eksikliklerdir. Örneğin “*korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemek*” tedbiri uygulanan kişi, ısrarlı bir şekilde temas kurmaya çalışmak suretiyle ısrarlı takip suçunu işlediğinde tehlikeliliğini ortaya koymuş bulunmaktadır. Uzaklaştırma tedbiri verilen fail tarafından işlendiğinde niçin nitelikli hal oluyorsa, bu gibi eylemler de aynı nedenle nitelikli hal olarak düzenlenebilirdi.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Diğer deyişle, failin fiziki takibe ya da iletişim araçları/üçüncü kişi vasıtasıyla temas kurmak için çalışmaya başlamasına rağmen neticenin elinde olmayan nedenlerle meydana gelmemesi söz konusu olabilir. Yine, fail hareketlerini tamamlamış ancak mağdur bundan hiç etkilenmemiş olabilir. Bütün bunlar eylemin teşebbüs aşamasında kalması sonucunu doğurur. Çünkü Kanun, huzur ve sükunu bozma suçundan farklı olarak bu suçun tamamlanması için mağdurda huzursuzluk veya endişe doğmasını aramaktadır. Yani ısrarlı takip hareketlerinin yapılmış olması suçun tamamlanması için yeterli değildir.

⁷⁸ Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre son 5 yılda 1.5 milyonun üzerinde tedbir kararı verilmiştir. Adalet Bakanlığı Adli İstatistikler (Ankara: 2021), 207.

B. İştirak

Bu suç genellikle tek kişi tarafından işlenir. Ancak, suçun iştirak halinde işlenmesinin önünde bir engel yoktur. Birlikte suç işleme kararı çerçevesinde bu suçu işleyenler, yani fiil üzerinde müştereken hâkimiyet kuranlar müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır.⁷⁹ Örneğin, mağduru birlikte takip edenler müşterek faildir. Birlikte suç işlemek kararı çerçevesinde bir gün biri, öbür gün diğeri mesaj atmak suretiyle mağduru huzursuz edenler de müşterek faildir. Öte yandan, faile takip edeceği adresi bulan, mağdurun telefon numarası iş yeri bilgilerini vs. temin eden kişi ise “yardım eden” olarak sorumlu olur (TCK m. 39). Aralarında iştirak iradesi bulunmayan birden fazla kişinin aynı mağduru ısrarlı takip etmesi ise ayrı ayrı sorumluluklara yol açacaktır.

Faille mağdur arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan cezayı artıran neden (m. 123/A/2, a) sadece kendisinde bu neden bulunan suç ortağı açısından sonuç doğuracaktır.⁸⁰ Nitelikli hale doğrudan doğruya iştirak edenlerin sorumluluğu için ise yukarıda “suça etki eden nedenler” başlığı altındaki değerlendirmelerimizin yeterli olacağı kanısındayız.

C. İçtima

1. Zincirleme Suç

TCK'nın 43/1. maddesi gereğince; bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.

İsrarlı takipte davranışın birden fazla gerçekleşmesi söz konusudur. Diğer anlatımla, suçun niteliği ısrarı gerektirdiğinden, ısrarla tekrarlanan davranışlar zincirleme suça değil, bir bütün olarak tek suça vücut verecektir. Tekrarlanan davranışların farklılık göstermesi durumunda da, örneğin bir süre telefonla sonra bir süre mail atarak suçun işlenmesi halinde yine tek suç vardır.⁸¹ İsrarlı davranışların teselsül anlamına gelmeyeceği konusunda huzur

⁷⁹ Koca/Üzülmez, 452.

⁸⁰ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (Ankara: Seçkin Y. 2020), s. 438. Bu konuda ayrıca bkz. Meral Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64/3 (2015): 637-686, 646.

⁸¹ İtişgen, 124. Aynı doğrultuda; “*Sanığın, farklı zamanlarda ve birden çok kez telefon etme, mesaj gönderme ve evin önüne not bırakma şeklinde gerçekleştirdiği suça konu eylemlerinde, TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma*

ve sükûnu bozma suçundaki ısrara ilişkin daha önceki uygulamaların⁸² geçerliliğini koruyacağı düşüncesindeyiz.

Sıklıkla ve ısrarla gerçekleştirilen davranışların tümü 123/A'yı bir kez ihlal etme anlamına geleceğinden, bu suçun aynı kişiye birden fazla kez işlenmesi ve zincirleme suç uygulanması çok olası değildir, ancak imkânsız da değildir. Örneğin mağdur bir hafta takip edildikten sonra şikâyetçi olmuşsa, soruşturma devam ederken failin yeniden harekete geçmesi halinde zincirleme suçun ortaya çıkması mümkündür.⁸³ Bu durumda açılan soruşturmanın birleştirilmesi ve zincirleme suçtan ceza istenmesi gerekmektedir. Ancak araya uzun zaman girdikten sonra bu suçun yeniden işlenmesi halinde suç işleme kararının yenilendiği düşünülmesi, zincirleme suç uygulanmamalıdır. Yine, ısrarlı takip fiili kesinleşen bir mahkûmiyet kararından sonra tekrar icra edilirse yeni bir suç söz konusu olacaktır.⁸⁴

Israrlı takip suçu, TCK m. 43/2 anlamında tek bir hareketle birden çok kişiye karşı da işlenebilir.⁸⁵ Ancak bunun için, tek hareketten birden çok kişinin etkileneceğinin fail tarafından bilinmesi gerekir.⁸⁶

suçunun "ısrar" ögesinin oluşması karşısında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, aynı Kanunun 43/1. maddesinin tatbiki suretiyle fazla ceza belirlenmesi..." (4. CD. E: 2018/7076, K: 2021/18701, 10.06.2021) <https://intranet.uyap.gov.tr/>

⁸² Örneğin, "Sanığın, müştekiye yönelik farklı zamanlarda gerçekleştirdiği, telefona mesaj gönderme şeklindeki suça konu eylemlerinin, TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun "ısrar" ögesini oluşturması karşısında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, aynı Kanun'un 43/1. maddesinin uygulanması..." (4. CD. E: 2020/22848, K: 2022/6156, 01.03.2022). <https://intranet.uyap.gov.tr/>

⁸³ Ekici Şahin, "Kişilerin...", 45.

⁸⁴ Ekici Şahin, "Kişilerin...", 45; Gülşen, 16.

⁸⁵ Yargıtay'ın TCK m. 123 kapsamında vardığı bu sonuç, ısrarlı takip suçu bakımından da kabul edilebilir özelliktedir: "Sanığın, gece vakti katılanlar ve şikâyetçinin birlikte yaşadıkları eve giderek onları rahatsız ettiğinin ve katılan Hale Yıldız'ı tehdit ettiğinin kabul edilmesi, yine katılan Hale Yıldız ile şikâyetçi Azime Yıldız'a farklı günlerde birden fazla tehdit içeren mesaj gönderdiğinin tespit edilmesi karşısında, sanık hakkında hükmedilen cezalarda, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu açısından TCK'nın 43/2. maddesi delaletiyle aynı Kanun maddesinin 1. fıkrası, tehdit suçu açısından ise anılan Kanun'un 43/1. maddesine göre artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi..." (4. CD. E: 2019/2009 K: 2021/25261, 25.10.2021) <https://intranet.uyap.gov.tr/>

⁸⁶ Özen/Köksal, 507.

2. Fikri İçtima

TCK'nın 44. maddesi gereğince işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Burada önemli olan “bir fiil” tabirinden neyin anlaşılması gerektiğidir. Fiil, dış dünyadaki değişiklik olduğuna göre fikri içtimanın bulunabilmesi için, her şeyden önce netice tek olmalı⁸⁷ ve bu tek neticeye bağlanan farklı ihlaller (suçlar) aynı anda doğmalıdır.⁸⁸

Bu açıklamalar ışığında ısrarlı takip suçuna bakıldığında, hareketten ayrı bir neticesi olduğu için suçu oluşturan fiilin aynı anda başka bir suça da vücut verebileceği düşünülebilir. Ne var ki bu suçu oluşturan seçimlik hareketlerin mütemadi özelliği bu olasılığı zayıflatmaktadır. Unutmamak gerekir ki, mütemadi suçlarla ani suçlar arasında icra hareketlerinin çakışmasından, yani fikri birleşmeden söz etmek mümkün değildir.⁸⁹ Mütemadi bir suç yine kendisi gibi başka bir mütemadi suçla örtüşebilecektir. Bu da zor bir ihtimaldir. Yalnızca başka birini aynı anda hem fiziki takip edip hem de hürriyetinden yoksun kılmak gibi sıra dışı hallerde fikri birleşme oluşabilir.

Suçun ısrarla temas kurmaya çalışmak şeklindeki hareketinden fikri içtima doğması da teorik olarak mümkün ama pratikte pek olası değildir. İsrarla temas kurmaya çalışmak bir davranışlar bütünü olduğuna göre, o bütünü oluşturan parçalarda başka başka suçlar varsa da fikri birleşme söz konusu olmaz çünkü icra hareketlerinde tam çakışma, örtüşme değil, kesişme söz konusudur; farklı fiiller vardır. Örneğin mağdurla ısrarla iletişime geçmek isteyen failin bir mesajı cinsel taciz içeriyorsa tacizden, diğer bir mesajı hakaret içeriyorsa hakarettten, başka bir mesajı tehdit içeriyorsa tehditten ayrı ayrı sorumluluklar doğar. Ve bunların hepsi bir bütün olarak ısrarlı takip suçundan ayrı bir sorumluluğa daha yol açar. Failin bütün mesajlarında aynı suç varsa, mesela fail ısrarlı bir şekilde hakaret ederek temas kurmaya çalışıyorsa yine aynı görüşteyiz; tek fiil yoktur, zincirleme hakaret suçu ve bir ısrarlı takip suçu oluşacaktır.⁹⁰

⁸⁷ İçel, s. 580; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, 380; Centel/Zafer/Çakmut, 520; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II (İstanbul: Der Y. 2019), 684.

⁸⁸ İçel, 584.

⁸⁹ İçel, 585.

⁹⁰ Aksi görüş; Özbek/Doğan/Bacaksız, 490. Yazarlar, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından yaptıkları değerlendirmede, bir kişiye çok sayıda hakaret içerikli mesaj gönderilmesiyle oluşan iki ayrı suç arasında fikri içtima ilişkisi olduğu kanısındadırlar. İsrarlı takip suçu bakımından da aynı sonuca varacaklarını düşünüyoruz.

3. Asli Norm-Tali Norm

Hareketin bir normla beraber zorunlu olarak diğer bir normu da ihlal etmiş olması halinde ortaya çıkan “asli-tali norm” ilişkisi, yardımcı normun sonradanlığı ilkesiyle çözümlenir.⁹¹ Bazen tali/yardımcı norm olduğunu normun kendisi ifade eder. Örneğin TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” diyerek kendisinin tali norm olduğunu baştan söylemektedir.⁹² Bazen de kanundaki düzenlemeden bir normun tali olduğu örtülü olarak anlaşılır.⁹³ Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu böyledir.⁹⁴

Israrlı takip suçu ise genel ve tamamlayıcı bir suç olmayıp, unsurları oluşmuş ise başlı başına sorumluluk doğurmaya yetecektir. Madde gerekçesinde bu durum, “*Israrlı takip suçu, 123 üncü maddede yer alan suçun özel bir şeklini oluşturmaktadır. Böylelikle, bu suçun oluştuğu durumlarda 123 üncü madde uyarınca işlem yapılamayacaktır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁹¹ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Y. 2007), 441.

⁹² Demirbaş, 553.

⁹³ Demirbaş, 553.

⁹⁴ “TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç olup, bu suçun oluşması için eylemin Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerekmektedir. (...) Sanığın, gönderdiği mesajlarla katılan Hülya Keçeci’ye hakaret ettiği kabul edilmesi ve bu suçtan hüküm kurulurken zincirleme suç hükümlerinin uygulanmış olması karşısında, sanığın hangi eylemlerinin TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen genel ve tamamlayıcı nitelikte olan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu sanığın kastının ne şekilde sırf huzur ve sükunu bozma saiki olarak kabul edildiği yöntemince açıklanmadan, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” (4. CD, E: 2020/8881 K:2020/16640, 17.11.2020) Bu yaklaşımın ceza adaleti bakımından hakkaniyetli sonuçlar doğurmadığı, fiilin tekliği kıstasına da aykırı olduğu hakkında bkz. Bahar Topsakal, “Kişilerin Huzur Ve Sükununu Bozma Suçu Bakımından Gerçek İçtima Ve Fikri İçtima Kurallarının Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi S. 157 (Kasım 2021), 187-207. Öte yandan, aynı dairenin farklı bir yaklaşım benimsediği kararları da bulunmaktadır: “Sanığın, katılanın kullandığı telefona yüzlerce mesaj göndermesi, el konulan telefonunda çok sayıda porno içerikli resim ve videoların yer alması, soruşturma aşamasında dinlenen diğer mağdurlara da şantaj, hakaret ve cinsel taciz içeren mesajlar gönderdiğinin anlaşılması, katılanın aşamalarda değişmeyen birbirini doğrulayan ve oluşa uygun beyanları ve diğer katılan Necmi’nin, aşamalarda; sanığın kendisini arayarak Nurcan’ın resimlerini yayınlayacağını söyleyip para istediğini beyan etmesi karşısında, sanığın eylemleriyle, katılana yönelik kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun yanında, cinsel taciz ve şantaj suçlarını da işlediğinin anlaşılması ve bu suçlardan da sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın katılana yönelik bütün eylemlerinin, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu kabul edilerek, yalnızca kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,” (4. CD, E: 2019/4748, K: 2020/21587, 24.12.2020) <https://intranet.uyap.gov.tr/>

Israrlı takip ile huzur ve sükûn bozma suçu arasında asli-tali norm ilişkisi varken, ısrarlı takip ile başka bir suç arasında ise asli-asli bir ilişki olacak, gerçek içtima uygulanacaktır. Örneğin yukarıda fikri içtima bahsinde belirttiğimiz üzere, ısrarla atılan ve huzur bozan/endişe veren mesajların içeriğinde hakaret varsa ısrarlı takibin yanı sıra şikâyet halinde fail hakaret suçundan da cezalandırılabilir.

VIII. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM

Suçun hem temel şeklinin hem de nitelikli hallerinin takibi şikâyete bağlıdır.⁹⁵ Dava zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, mağdurun fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren 6 ay içinde şikâyetçi olması gerekir. (TCK m. 73/2). Mütemadi suç olduğu için fiil sürdüğü müddetçe ve en geç temadinin kesildiği tarihten itibaren 6 ay içinde şikâyet şartı gerçekleşmiş olmalıdır.⁹⁶

Israrlı takip suçu uzlaştırma kapsamı dışında tutulmuştur (CMK m. 253/3). Dolayısıyla muhakeme şikâyetle başlayabilir ise de uzlaştırmayla sonuçlandırılmaz. Bununla birlikte, Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkündür (CMK m. 171).

Suç tarihi fiziki takibin sona erdiği veya kesildiği tarih, temas kurmaya çalışmakta da son davranışın yapıldığı tarihtir. 8 yıllık dava zamanaşımı süresi buna göre hesaplanmalıdır (TCK m. 66/6).

Kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkilidir (CMK m. 12/2). Buna göre, fiziki takibin bittiği veya temas kurmak için son davranışın yapıldığı yer asliye ceza mahkemesi davaya bakmaya yetkili olacaktır.

Asliye ceza mahkemesince, suçun temel şeklinden sunulan iddianamenin kabulünden sonra basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir (CMK m. 251/1).

Israrlı takip mağduru, soruşturma ya da kovuşturma evresinde vekili bulunmaması halinde baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkına sahiptir (CMK m. 234). Davaya katıldığında da mağdurun aynı hakkı bulunmaktadır (CMK m. 239/1).

⁹⁵ Nitelikli hallerde de şikâyet şartının aranmasının bu suçla etkin mücadele etme politikası ile tezat teşkil ettiği kanısındayız.

⁹⁶ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Y. 2020), 590.

Mağdurun desteklenmesi ve ruhsal açıdan daha fazla örselenmemesi için ifadesinin adli görüşme odası olan adliyelerde bu odalarda, yoksa özel ortam sağlanarak alınmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz (CMK m. 236/3-4).⁹⁷

Suçun temel şekli, altı aydan iki yıla kadar, nitelikli halleri ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Seçimlik ceza söz konusu değildir.

Suçun temel şeklinden tutuklama olmaz (CMK m. 100/4). Temel şekilden verilecek ceza hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/5) ve erteleme (TCK m. 51/1) kapsamındadır. Bir yıl veya daha az süreli hapis cezası verilmesi halinde bu ceza seçenek yaptırıma çevrilebilir (TCK m. 50/1).

Israrlı takip, hükmün istinafta kesinleştiği suçlardandır (CMK m. 286/2).

SONUÇ

Israrlı takip fiillerinin müstakil bir düzenlemeyle ceza kanunumuza dahil olması memnuniyet vericidir. Böylece kadına yönelik şiddetle mücadelede yönelik normlardan bir yenisi hukuk sistemimize kazandırılmıştır. Gerçekten, bu suç herkes tarafından işlenebilir ise de, yaygın olarak “erkek şiddetinin” bir parçası olarak ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu düzenlemeyle bu alandaki ihtiyacın tamamen karşılandığını söyleyebilmek ise güçtür. Elbette fiilin tabiatı gereği ısrarlı takip suçunu belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinden sapmadan düzenlemek kolay bir iş değildir. Kanun koyucunun bu güçlüğü farkında olduğu, madde gerekçesinden ve maddede aranan sınırlı seçimlik hareketlerden anlaşılmalıdır. Bu gerçeğe rağmen, şiddetle mücadele araçlarından biri olmak iddiasındaki normun kanunilik ilkesini aşındırmadan da uygulanma kabiliyeti artırılabilirdi. Bu anlamda, siber takip, dijital izleme, insansız hava aracı (*drone*) takibi gibi fiziki/bizzat yapılamayan takiplerin suç kapsamına alınmaması akla ilk gelen eksiklerdir.

Mağdurda “ciddi huzursuzluk/güvenlik endişesi” aranması suretiyle suçun tehlike suçu yerine zarar suçu olarak düzenlenmesi, ısrarlı takibin uygulanma alanını daraltabilecek bir diğer durumdur. Üstelik davranışın mağdurda yarattığı huzursuzluğun boyutlarını saptamak da uygulamada sorun

⁹⁷ Bkz. Adalet Bakanlığı'nın 01.04.2021 tarih 176 numaralı “Adli Görüşme Odaları” genelgesi.

teşkil edebilecek bir güçlük taşımaktadır. Çünkü bu saptamanın, çözümü uzmanlık gerektiren bir işlem mi yoksa hâkimin takdirinde olan bir husus mu olduğu tartışmaya açıktır. Biz ikinci ihtimalden yanayız ama uygulamada birlik olup olmayacağı konusunda tereddütlerimiz bulunmaktadır.

Israrlı takip, daha ciddi suçların başlangıç noktasını oluşturabilmektedir. Bu nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemelerine karşılaştırmalı hukukta yer verilmiştir. Türk hukukunda ise bu husus genel hükümlere bırakılmış durumdadır. Bu suçun daha ağır neticelere neden olması halinde, yeni neticeye ilişkin kusurluluğa göre sorumluluk belirlenecektir. Bu sorumluluğa daha ağır bir ceza öngören düzenleme yoluna gidilmemiştir.

Suçun hem temel şeklinin hem de nitelikli hallerinin takibi şikâyete bağlıdır. Nitelikli hallerin resen takip edilmesinin tercih edilmemesini, normun arka planındaki hukuk politikasına tezat buluyoruz. Yine, cezayı ağırlaştırıcı nedenin eski sevgiliye, eski nişanlıya uygulanmaması da aynı çelişkiyi taşımaktadır.

Suç tarihi, şikâyet süresi, zamanaşımı, yetkili mahkeme gibi konularda suçun mütemadi karakteri göz önünde bulundurulmalıdır. Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, normun “asli norm” olmasıdır. Yani genel ve tamamlayıcı olmayan bu düzenleme, diğer suçların yanında başlı başına sorumluluk doğurmaya yetecektir.

KAYNAKÇA

- Başar**, Demet. Stalking As A New Form Of Violence: Its Relationship With Ambivalent Sexism, Honor Endorsement And Gender-Based Violence Attitudes. Ankara: ODTÜ Sos. Bil. Ens. Y. Lisans Tezi, 2019.
- Centel**, Nur, **Zafer** Hamide, **Çakmut** Özlem. Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: Beta Y., 2020.
- De Smet**, Olivia. Unwanted Pursuit Behavior After Breakup. Gent: Universiteit Gent, PhD Thesis, 2013.
- Demirbaş**, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Y., 2020.
- Doğan**, Recep. “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”. Ankara Barosu Dergisi, 2014/2.
- Dönmezer**, Sulhi, **Erman**, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II. İstanbul: Der Y., 2019.
- Eker Kazancı**, Behiye. “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 Çerçevesinde Korunması”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 9, Haziran 2007.
- Ekici Şahin**, Meral. Ceza Hukukunda Rıza. İstanbul: On İki Levha Y., 2012.
- Ekici Şahin**, Meral. “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m.123)”. Ceza Hukuku Dergisi, 8/23, Aralık 2013.
- Ekici Şahin**, Meral. “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64/3, 2015.
- Erem**, Faruk. Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku C. III. Ankara: Seçkin Y., 1985.
- Gülşen**, Recep. “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu”. Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Eylül 2012.
- Hafizoğulları**, Zeki, **Güngör** Devrim. “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”. TBB Dergisi, S. 69, Mart 2007.
- Hafizoğulları**, Zeki, **Özen** Muharrem. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: US-A Y., 2012.
- Hafizoğulları**, Zeki, **Özen** Muharrem. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: US-A Y., 2010.
- Hakeri**, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Y., 2007.
- Havutcu**, Ayşe. “Devletin Kadına Yönelik Şiddeti Önleme Görevi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz-Türkiye Kararı”. Fasikül Hukuk Dergisi, 6/60, Kasım 2014.

- İçel**, Kayıhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Y., 2018.
- İtişgen**, Rezzan. “Kişilerin Huzur Ve Sükûnunu Bozma Suçu”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9/113, Ocak-Şubat 2014.
- Ketizmen**, Muammer. Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları. Ankara: Adalet Y., 2008.
- Koca**, Mahmut, **Üzülmez** İlhan. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Adalet Y., 2020.
- Koca**, Mahmut, **Üzülmez** İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Y., 2021.
- Kocasakal**, Ümit. “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)”. Ankara Barosu Dergisi, 2015/2.
- Meran**, Necati. Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar (Madde 81-124), Ankara: Seçkin Y., 2008.
- Okuyucu Ergün**, Güneş. Kadına Yönelik Şiddet Bağlamında Kötü Muamele Suçu. Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk C. II, Ankara: On İki Levha Y., 2021.
- Özbek**, Veli Özer. “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”. Ceza Hukuku Dergisi, 2/4, Ağustos 2007.
- Özbek**, Veli Özer, **Doğan**, Koray, **Bacaksız**, Pınar. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Seçkin Y., 2020.
- Özen**, Muharrem, **Köksal** Atacan. “Kişilerin Huzur Ve Sükûnunu Bozma Suçu”. AÜHFD, 68/2, 2019.
- Özgenç**, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Y., 2014.
- Özkan**, Gizem. “Kadına Yönelik Şiddet-Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1, Haziran 2017.
- Öztürk**, Bahri, **Erdem**, Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara: Seçkin Y., 2020.
- Soygüt**, M. Buket. “Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu”. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/1, Nisan-Mayıs 2020.
- Taner**, Fahri Gökçen. “Israrlı Takip Davranışları Neden Bağımsız Bir Suç Haline Getirilmelidir?”. 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Özet Kitabı. Elazığ: Asos Y., 2021.
- Topsakal**, Bahar. “Kişilerin Huzur Ve Sükununu Bozma Suçu Bakımından Gerçek İçtima Ve Fikri İçtima Kurallarının Değerlendirilmesi”. TBB Dergisi, S. 157, Kasım 2021.

- Toroslu**, Nevzat. Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu. Ankara: Savaş Y., Tıpkı Basım 2019.
- Toroslu**, Nevzat, **Toroslu** Haluk. Ceza Hukuku Genel Kısım. Ankara: Savaş Y., 2020.
- Türkmen**, Ahmet. “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”. DEÜHFD 11, Nisan 2010.
- Türkoğlu**, Selin. Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip. İstanbul: On İki Levha Y., 2020.
- Uyumaz**, Alper, **Akdağ** İdris. “Türk Özel Hukukunda Şiddet Ve Israrlı Takip Kavramı İle Israrlı Takip Mağdurunun Korunması”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XIX/ 2, Nisan 2015.
- Van der Aa**, Susan. “International (Cyber) Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution”. Studies in Global Justice, No. 8, 2011.
- Van Der Aa**, Susan. “New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States”. European Journal on Criminal Policy and Research, vol. 24, 2018.
- Yalçın**, Türkân. Türk Ceza Hukukunda Kadın. Ankara: Savaş Y.2019.
- Yenerer Çakmut**, Özlem. Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları. İstanbul: Beta Y., 2014.
- Yenisey**, Feridun, **Nuhoğlu**, Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Y., 2020.

İnternet Siteleri:

KADEM 2014 “Kadına Yönelik Şiddet Ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesinde İstanbul Sözleşmesi” Çalıştay Raporu:

<https://kadem.org.tr/istanbul-sozlesmesi-calistayi-30-09-2014/>

GREVIO 2018 Türkiye Değerlendirme Raporu:

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2018/11/13/grevio-rapor-turkce.pdf>

Cinsiyet Eşitliği Avrupa Enstitüsü 2014 Raporu:

http://eige.europa.eu/sites/default/files/MH0113492ENN_PDF.Web_.pdf

Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması:

<http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11655/23338/KKSA-TRAnaRaporKitap26Mart.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ABD Israrlı Takip Model Kanunu Raporu:

<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/model-stalking-code-revisited-responding-new-realities->

İstanbul Sözleşmesi: <https://rm.coe.int/1680462545>

İnsan Hakları Eylem Planı:

<https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf>

Yargıtay Kararları: <https://intranet.uyap.gov.tr/>

Madde Gereçesi: <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4006.pdf>

<https://www.ntv.com.tr/turkiye/kadinlardan-gelen-acil-cagrilarin-yuzde-20si-israrli-takipten,20EDTbu4DkCCFkUZhjJ55w>

<https://en.wikipedia.org/wiki/Stalking#Definitions>

https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/stalk_2

<https://sozluk.gov.tr/>