



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 6 Sayı 2 - Aralık 2020

Volume 6 Issue 2 - December 2020

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 6 Sayı 2 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2020.602

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN : 2149-5890 / E-ISSN 2757-5209

Sahibi

Doç. Dr. Mustafa AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Zeynep AKYAR

Editör/Editor

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

Editör Yardımcıları/Associate Editor

Arş. Gör. Cansu BAŞARAN

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör/Administrative Coordinator

Tamer Bayrak

Türkçe Redaksiyon/Turkish Proofreading

Süheyla AĞAN

İngilizce Redaksiyon/English Proofreading

Neslihan İSKENDER

Grafik Tasarım/Graphic Desing

Gözde KILIÇ

Dil/Language

Türkçe

Yayın Periyodu/Publication Period

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yıl 6 Sayı 2 - Aralık 2020

Volume 6 Issue 2 - December 2020

Yazışma Adresi/Correspondence Address

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı/Printed by

Armoninuans Matbaa

Adres: Tavukçuyolu Cd. Palas Sk.

No:3 Y.Dudullu Ümraniye - İstanbul

Tel: 0216 540 36 11 - Faks: 0216 540 42 72

E-mail: grafik2@armoninuans.com

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yedigir İZMİRLİ, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Kadir ARICI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Erciyes Üniversitesi

Bilimsel Danışma Kurulu

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ebru CEYLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emre ESEN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Tevfik GÜLSOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şahin AKINCI, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ufuk AYDIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ekrem KURT, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Musa AYGÜL, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Umur YENİOCAK, İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Evrim KERMAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gizem PERÇİN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Hakan ERKİNER, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla BİNGÖL, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Nuri ERDEM, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Şaban Cankat TAŞKIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

Araştırma Makalesi

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı

Woman's Surname In The Light Of The Constitutional Court Decisions On The Individual Application

Prof. Dr. Ayşe HAVUTCU, Arş. Gör. Yasemin KALKANCI.....135

Covid-19 Pandemisi; İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar Ve Çözüm Önerileri

The Problems and Solutions Caused By Covid-19 Pandemic in Labour and Social Security Law

Prof. Dr. Ufuk AYDIN.....181

Alman Möhk Madde 47 İle Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Hukuk Uyarınca Kazanılan Soyadın İntibakına Dair Düşünceler

Reflections on Adaptation of Surnames Acquired Upon Birth Pursuant to Foreign Laws

Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNING.....215

Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı Ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi

Participation Claim of Surviving Spouse and Its Effects on His / Her Heirship

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL.....231

Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba

Biological Father in the Case of Denial of Lineage Case

Arş. Gör. Dr. Fatma Zeynep ALTINER YOLCU.....249

Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip Zaptı Ve İlk Duruşma

Admission of Indictment, Preliminary Proceedings Report and First Hearing in Criminal Procedure Law

Arş. Gör. Burak TAŞ.....287

Konferans Bildirisi

Birlikte (Ortak) Velayete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Analysis of the Swiss Judicial Decisions for Joint Parental Responsibility

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN.....315

Doi Listeleri - DOI Numbers

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 6 Sayı 2 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2020.602

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı

Woman's Surname In The Light Of The Constitutional Court Decisions On The Individual Application

Prof. Dr. Ayşe HAVUTCU, Arş. Gör. Yasemin KALKANCI

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2001

Covid-19 Pandemisi; İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar Ve Çözüm Önerileri

The Problems and Solutions Caused By Covid-19 Pandemic in Labour and Social Security Law

Prof. Dr. Ufuk AYDIN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2002

Alman Möhk Madde 47 İle Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Hukuk Uyarınca Kazanılan Soyadın İntibakına Dair Düşünceler

Reflections on Adaptation of Surnames Acquired Upon Birth Pursuant to Foreign Laws

Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNING

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2003

Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı Ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi

Participation Claim of Surviving Spouse and Its Effects on His / Her Heirship

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2004

Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba

Biological Father in the Case of Denial of Lineage Case

Arş. Gör. Dr. Fatma Zeynep ALTINER YOLCU

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2005

Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip Zaptı Ve İlk Duruşma

Admission of Indictment, Preliminary Proceedings Report and First Hearing in Criminal Procedure Law

Arş. Gör. Burak TAŞ

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2006

Birlikte (Ortak) Velayete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Analysis of the Swiss Judicial Decisions for Joint Parental Responsibility

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2007

Editörden

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015 yılında başladığı yayım hayatına on birinci sayısı ile devam etmektedir. Her sayıda akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının, hukuki görüşlerini bildirdikleri değerli eserlerini yayımlama hedefimizi bu sayıda da gerçekleştirdik.

Dergimizin bu sayısında; Prof. Dr. Ayşe Havutcu ve Arş. Gör. Yasemin Kalkancı'nın "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı" isimli makaleleri, Prof. Dr. Ufuk Aydın'ın "Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri" isimli makalesi, Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning'in "Alman MÖHK Madde 47 ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Hukuk Uyarınca Doğumla Kazanılan Soyadın İntibakına Dair Düşünceler" isimli makalesi, Doç. Dr. Mehmet Akçaa'ın "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi" isimli makalesi, Arş. Gör. Dr. Fatma Zeynep Altiner Yolcu'nun "Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba" isimli makalesi, Arş. Gör. Burak Taşın "Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip Zaptı ve İlk Duruşma" isimli makalesi ve Dr. Öğr. Üyesi Adem Yelmen'in "Birlikte (Ortak) Velayete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi" isimli konferans bildirisi bulunmaktadır.

Editörlük sürecinin her aşamasında gösterdiği destek için İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Vahit Doğan hocamıza, derginin bilim dünyasına kazandırılmasında katkısı olan kıymetli tüm yazarlara teşekkür ederim.

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı

Prof. Dr. Ayşe HAVUTCU¹, Arş. Gör. Yasemin KALKANCI²

Öz

Türk Medeni Kanunu'nda, aile fertlerinin aynı aile adını taşıyarak diğer ailelerden ayırt edilebilmesi ve ailevi bağın kuvvetlenmesi düşüncesiyle aile adında birlik ilkesi benimsenmiştir. İlk kez belirlenmesi dışında, aile adının belirlenmesinde kadına veya erkeğe seçme yetkisi verilmemiştir. Kanun koyucunun toplumsal cinsiyet eşitliğine aykırı olarak, seçimi erkeğin soyadından yana, kendisi yapmıştır.

Soyadı, kimliğin bir parçası olması nedeniyle taşıdığı büyük değere rağmen Türk Medeni Kanunu m.173 ve m.187 uyarınca evlenme ve boşanma ile kadının soyadı sürekli değişmektedir. Üstelik bu değişiklik kadına seçim hakkı tanınmadan, tamamen iradesi dışında ve kanunen gerçekleşmektedir. Görüldüğü üzere aile adı olarak sadece erkeğin soyadının tercih edilmesi nedeniyle kadın, cinsiyete dayalı farklı hukuki muameleye maruz kalmaktadır. Evlenen kadının ancak talep ettiği takdirde önceki soyadını kocasının soyadından önce gelecek şekilde taşımaya devam etmesine izin verilmesi ve boşanan kadının boşandığı kocasının soyadını ancak hâkimin izniyle taşımaya devam edebilmesi, kadının kişilik değerlerine yönelik ihlali ortadan kaldırmamaktadır.

Çalışmamızda kadının soyadına ilişkin düzenlemeler ve önem arz eden içtihatlar kronolojik sıra ile ortaya konmuş, gelişen çağla birlikte değişen toplumsal ihtiyaçlara ayak uydurmaya çalışan kanun koyucunun ve yargıçların yönelimleri vurgulanmıştır. Türk Hukukunda kadının soyadı meselesinin tarihsel gelişimi ikiye ayrılarak incelenmiş, Anayasa Mahkemesine bireysel

¹ Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ayse.havutcu@yasar.edu.tr; ORCID: 0000-0002-6290-4131

² Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, yasemin.kalkanci@yasar.edu.tr; ORCID: 0000-0002-0225-4632

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10.11.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 27.11.2020

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2001

başvuru yolu açılmadan önceki durum ile sonraki durum kategorize edilerek güncel gelişmeler ve kararlar ışığında konu mümkün olduğunca gözler önüne serilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Kadının soyadı, bireysel başvuru kararları, kadın hakları, eşitlik ilkesi, cinsiyet ayrımcılığı*

Woman's Surname In The Light Of The Constitutional Court Decisions On The Individual Application

Abstract

In the Turkish Civil Code, the principle of unity in the name of family has been adopted with the thought of distinguishing family members from the rest of the society by having the same name and strengthening the family bond. Apart from determining the family name for the first time, no choice was given to either the woman or the man. However, it is striking that the legislator himself made the choice in favor of the man's surname, contrary to gender equality.

Despite the great value of the surname due to being part of the identity, the surname of the woman constantly changes with marriage and divorce in accordance with the Turkish Civil Code Art.173 and Art.187. Moreover, this change takes place completely against her will and by law, without granting the woman the right to choose. As can be seen, women are subjected to different legal treatments based on gender, since only the surname of the man is preferred as the family name. The fact that allowing the married woman to continue to use her previous surname preceding her husband's surname only if requested and the divorced woman to continue to use the surname of her husband only with the permission of the judge, does not eliminate the violation of women's personality values.

In our study, regulations regarding the surname of the woman and important jurisprudence are presented in chronological order, and the tendencies of lawmakers and judges who try to keep up with changing social needs by the developing age are emphasized. The historical development of the surname of women in Turkish Law has been divided into two, the situation before and after the individual application to the Constitutional Court has been

categorized and the issue has been revealed as much as possible in the light of current developments and decisions.

Keywords: *Woman's surname, individual application decisions, women's rights, principle of equality, gender discrimination*

I. Genel Olarak: Soyadının İşlevi, Soyadının Kazanılması ve Soyadının Hukuken Korunan Kişilik Değerlerinden Olması

Geleneksel işleviyle soyadı, aynı aileden gelenleri diğer ailelerden ayırt etmeye yarayan bir addır. Adın bir çeşidi olarak soyadı; kişinin toplum içinde bireyselleşmesini, soy bağı ve soyadına yüklediği toplumsal statüyü dış dünyaya yansıtabilmesi gibi işlevlere sahip olarak kimliğin en önemli unsurlarından birisi olarak karşımıza çıkar³. AİHM kararlarında klasik işlevinden ayrı olarak soyadı; bireylerin mesleki yaşamı, özel ve aile yaşamında, diğer insanlarla sosyal, kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından önemli olup kişiyi dış dünyaya tanıtmaya fonksiyonu üstlenir. AİHM kararlarında ayrıca soyadının kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olduğu da ifade edilmiştir⁴.

Adın bir çeşidi olan soyadı; söz konusu fonksiyonları nedeniyle kişinin kimliğinin bir parçasıdır⁵. Soyadı, ön ad ile birlikte kişilik hakkı kapsamına

3 CENGİZ, Bilal: *Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.7 vd.; ABİK, Yıldız: *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2005, s.18, 49; Aynı yönde; ATASOY, Hakan: *Evli Kadının Soyadı Sorunu 'Anayasal mı?', 'Bireysel mi?'*, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 5 (70. Yıl Armağanı), 2015, ss.131-170, s.138; BAŞOĞLU, Başak: *Adın Ne Değeri Var?-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi*, *Legal Hukuk Dergisi*, 15. Cilt, 176. Sayı, 2017, ss.3881-3918, s.3882; Aynı yönde AKİPEK ÖCAL, Şebnem: *Kişisel Durum Sicillerinde Kadının Evlenme Ve Boşanma Hallerinde Durumu*, II. Uluslararası Kadın Ve Hukuk Sempozyumu (Ed. GÖKALP ALICA S., Suzan/BASA, Necdet), Cilt 1, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Sayı 381, Ankara, 2019, ss.373-387, s.375, 376.

4 AİHM kararlarında soyadının, bireylerin hem mesleki hem de özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemli olduğu ve kişileri dış dünyaya tanıtmaya fonksiyonunu üstlendiği ifade edilmiştir. Bakınız; *Burghartz-İsviçre Davası*, Başvuru No:16213/90, Karar Tarihi:22.2.1994, s.24; *Stjerna-Finlandiya Davası*, Başvuru No:18131/91, Karar Tarihi:25.11.1994, s.37; *Niemietz-Almanya Davası*, Başvuru No:13710/88, Karar Tarihi:16.12.1992, s.29.

5 Aynı yönde; AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya: *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku*, 1. Cilt, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.432, 433; ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.208, 209; SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk, Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul,

giren kişilik değerleri arasındadır ve kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde korunduğu gibi özel olarak adın korunmasına yönelik sevk edilen hukuki düzenlemeler kapsamında da korunmaktadır. Soyadının kişilik hakkı kapsamında olması, farklı cinslere eşit muamele prensibi açısından önem taşır⁶.

2525 sayılı Soyadı Kanunu m.4 uyarınca *ilk kez* soyadı alınırken bu yetki/görev kocaya verilmiştir. Maddeye göre soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olarak kabul edilen kocaya aittir. Hüküm uyarınca kocası ölen ve hâlâ evlenmemiş olan kadın ile evliliği devam etse de kocası akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebebiyle vesayet altında bulunan kadının bu hak ve vazifeye sahip olacağı düzenlenmiştir. Maddenin devamında kocanın ölümüyle kadının evlenmesi veya kocanın önceki fıkra da yer alan sebeplerle vesayet altına alındığı ve evliliğin de zeval bulmuş olduğu durumlarda bu hak ve vazifenin, çocuğun baba tarafından olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına, bunlar da olmadığında da vasiye ait olduğu düzenlenmiştir.

İlk kez soyadı alınmasına ilişkin bu durum dışında, soyadının kazanılmasında kadınlar açısından evlenme, çocuklar açısından doğum olgusu önem taşımaktadır. Kadın evlendiğinde yine kendiliğinden, kanun gereği kocanın soyadını kazanmakta, aile adı olarak kocanın soyadını taşımaktadır. Böylece aile,

2014, s.472; OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku*, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.116; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Medeni Kanun Açısından Kadın- Erkek Eşitliği*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, Ankara, 1991, ss.9-17, s.12; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Medeni Hukuk-Temel Bilgiler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.451, 454; ATASOY, s.138; HELVACI, Serap: *Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı*, *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (17-18-19-20 Şubat 2016): 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku (Ed. AKİPEK ÖCAL, Şebnem/ KAZMACI, Uzun/ AYAR, Ahmet/ SAYIN, Zeliha Gizem/ ÖZÇELİK, Nesli Şen)*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, Cilt 2, ss.771-788, s.772, 777 dipnot 19; MOROĞLU, Nazan: *Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 25, Sayı 99, 2012, ss.245-268, s.246, 266; BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3883; ERBERK ODABAŞI, Özge: *Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, İzmir, 2017, ss.43-109, s.46; ERGENE, Deniz: *İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının Ve Çocuğun Soyadı Meselesi Ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi*, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 31, Sayı 2, Ankara, 2011, ss.123-176, s.132, 133; YILMAZ, Merve: *Evli Kadının Soyadı*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, *Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım KAYNAK'a Armağan*, Yıl 3, Sayı 10, Temmuz 2012, ss.129-151, s.131; ÇELEBİ, Özgün: *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı*, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2019, ss.537-614, s.550.

⁶ ABİK, s.40.

kocanın/babanın soyadını “aile adı”⁷ olarak taşımaktadır. TMK m.321 uyarınca çocuk, evlilik içi doğumda aile adı olarak babanın soyadını kendiliğinden kazanmaktadır. Ana baba evli değilse, çocuk kural olarak ananın soyadını alır. Ancak evlilik dışı doğan çocuk babaya soybağı ile bağlandığında yine babanın soyadını almaktadır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁸ m.28 uyarınca tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilmektedir. 2505 sayılı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği⁹ madde 12 uyarınca çocuğun soyadının belirlenmesinde soybağı esas alınır. 2/1759 sayılı Soyadı Nizamnamesi’nin¹⁰ 2009/14848 sayılı Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzükle¹¹ değiştirilen 15. maddesi uyarınca evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşır, evlilik dışında doğan çocuklar ise analarının soyadını alırlar. Maddenin devamına göre; önceki evliliğinden dolayı annenin çift soyadı taşıdığı durumda çocuk, onun bekarlık

7 BERKİ, Şakir: *Türk Medeni Kanunu’nda Evlenmenin Evli Kadınla İlgili Neticeleri*, Prof. Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU’na Armağan (Ed. İNAN, Ali Naim/ CANSEL, Erol/ ÖZTAN, Bilge/ SİRMEN, Lale/ ERTEN, Ali), Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, ss.101-118, s.114; ÖZTAN, Bilge: *Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu*, Prof. Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU’na Armağan (Ed. İNAN, Ali Naim/ CANSEL, Erol/ ÖZTAN, Bilge/ SİRMEN, Lale/ ERTEN, Ali), Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, ss.421-439, s.422; ÖZTAN (Aile Hukuku), s.209; ZEYİN, Zafer: *Türk Medeni Kanunu’nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler*, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye Armağan (Ed. TEOMAN, Ömer), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss.1649-1693, s.1654-1657; AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya: *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, 2. Cilt, 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.117; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.419; KILIÇOĞLU (Medeni), s.454; ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTCU, Ayşe: *Medeni Hukuk-Temel Bilgiler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.132; ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre: *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler, Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş* 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.373; ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTCU, Ayşe/ ACABEY, M. Beşir/ GÜRPINAR, Damla: *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 10. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2018, s.108; HELVACI (Kararlar), s.772; BAYGIN, Cem: 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunun’un Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP’e Armağan* (Ed. ÜLGEN, Hüseyin/ KAYA, Arslan/ NILSSON, Okutan), Cilt 2, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2003, ss.437-461, s.451; ERBERK ODABAŞI, s.47; ERGENE, s.138.

8 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu 29.04.2006 tarihinde 26153 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

9 2020/2505 sayılı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği 09.05.2020 tarihli ve 31122 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

10 Soyadı Nizamnamesi, 24/12/1934 tarihli ve 2/1759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulmuş, 27.12.1934 tarihinde 2891 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. 53. Madde uyarınca nizamname hükümleri, 02.01.1935 tarihinden itibaren uygulanmıştır.

11 2009/14848 sayılı Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük, 29.04.2009 tarihinde 27214 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

soyadını taşır, evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hâkimin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır.

II. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Açılmadan Önce Evli Kadının Soyadı Konusundaki Gelişmeler

743 sayılı mülga Medeni Kanun'da, aile fertlerinin aynı adı taşıyarak diğerlerinden ayırt edilmesinin kolaylaşacağı ve aralarındaki ailevi bağın kuvvetleneceği düşüncesinde şekillenen *aile adında birlik ilkesinin* benimsenmiş¹² ve kocanın soyadı aile adı olarak tercih edilmişti. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da aile adının belirlenmesinde aynı düşünce etkili olmuştur.

Gerek önceki Medeni Kanun'da geren yürürlükteki Medeni Kanunu'muzda aile adı olarak kocanın soyadının tercih edilmesi, 1954 yılından beri iç hukukumuzda dahil olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (*AİHS*)¹³, aile ve özel hayata saygıyı düzenleyen sekizinci maddesini ihlal edici niteliktedir. Bu durum aynı zamanda, 1985 yılından beri taraf olduğumuz *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)*¹⁴ ile girdiğimiz taahhütlere de aykırıdır: CEDAW 16/c maddesi ile taraf devletler, eşlerin, evlilik döneminde ve boşanma sırasında aynı haklara ve yükümlülüklere

12 HELVACI, Serap/ KOCABAŞ, Gediz: *Fransız, Alman, İsviçre Ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN'a Armağan, 21. Cilt, 2. Sayı, 2015, ss.615-644, s.633, 634; HELVACI, Serap: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 35, Sayı 1, 2015, ss.157-169, s.158; eTMK m.153 için değerlendirme; HAVUTÇU, Ayşe: *Türk Medeni Kanunu'nda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları*, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1, İzmir, 1998, ss.7-17, s.12 vd.

13 Türkiye, Avrupa Konseyinin 04.11.1950'de kabul ederek üye devletlerin imzasına açtığı ve 03.09.1953'de yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi) 04.11.1950 tarihinde ihtirazi kayıt koyarak imzalamıştır. İhtirazi kayıta, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesinin, 03.03.1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal edemeyeceği ifade edilmiştir. Sözleşme, 10.03.1954 yılında 6366 sayılı İnsan Haklarını Ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi Ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun onaylanıp 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilmiş, sözleşmenin onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinde depo edildiği 18.05.1954 tarihte Türkiye için yürürlüğe girmiştir.

14 Türkiye, 01.03.1980 tarihinde imzaya açılan ve 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)'ne çekincesiz katılmış ve 18792 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 11.06.1985 tarihli, 3232 sayılı Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.07.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14.10.1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

sahip olmasını sağlayıcı düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. CEDAW m.16/g uyarınca soyadı, hem kadın hem de erkek için kişisel hak olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan, Türk Medeni Kanunu'nun aile adına ilişkin düzenlemeleri, en üst hukuk normu olarak, Anayasa'mızın ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, kadın-erkek arasındaki eşitliğe dayalı olduğuna dair 41'inci maddesine de aykırı düşmektedir¹⁵.

Pozitif hukukumuzda evli kadının evlenmekle kendiliğinden aile adı olarak kocanın soyadını taşıma zorunluluğunun yargı kararlarında tartışılmaya başlanılmasında ilk adım ÜNAL-TEKELİ kararı ile atılmıştır.

Ayşe ÜNAL TEKELİ'nin, evlenmekle kocasının soyadını aile adı olarak almak istememesi, bekarlık soyadını taşımaya devam etmek üzere açtığı davada 1995 yılında Karşıyaka 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, 743 sayılı Medeni Kanun'un 153. Maddesinin emredici olduğu gerekçesiyle davacının talebini reddetmiştir. Karar Yargıtay tarafından da onanmıştır. Ancak, toplumsal ihtiyacı daha fazla göz ardı edememiş olacak ki, kanun koyucu; 1997 tarihinde m.153'te değişikliğe¹⁶ giderek; evlenmekle kocasının soyadını alacak olan kadının, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabileceğini ancak daha önce iki soyadı kullanan kadın bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceğini hüküm altına almıştır. Bu düzenleme ile kadının, kocanın soyadı olan aile adını taşıma mecburiyeti kaldırılmasa da kadına sınırlı bir seçim hakkı tanınarak aile adında birlik ilkesinin katılığında ödün verilmiştir¹⁷. Ancak düzenleme sosyal ihtiyacı karşılamaya yetmemiş ve soyadına ilişkin çeşitli talepler, yargıya intikal

15 Özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve CEDAW'nin iç mevzuatta yürürlüğe girmesi ve toplumsal ihtiyaçların kadının soyadı ile ilgili düzenlemenin gözden geçirilmesini gerekli kılması nedeniyle; 1990 yılında 743 sayılı mülga Medeni Kanun m.141'de boşanan kadının bekarlık soyadını geri alacağı düzenlenmiş ve boşandığı kocanın soyadını taşımakta menfaati olduğu ve kocanın bu durumdan zarar görmeyeceği sabit olduğunda kadının talebi üzerine kocanın soyadını taşımasına izin verilebileceği, şartlar değiştiğinde de kocanın iznin kaldırılmasını isteyebileceği yönünde değişikliğe gidilmişti. Ancak, bu küçük değişiklik dışında aile adı konusunda temel düzenlemeden taviz verilmemişti. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da aynı tutum sürdürülmüştür.

16 14.05.1997 tarihli 4248 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 153 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun, 22.05.1997 tarihli ve 22996 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi m.153, 4248 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişikliğe uğramıştır.

17 ABİK, s. 92; HELVACI (Kadının Soyadı), s.158, 159.

etmeye devam etmiştir¹⁸.

1998 yılında Anayasa Mahkemesi, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m.153'ün, Anayasa m.12 ve 17'ye aykırı olduğu iddiası ile yapılan *iptal başvurusuna red cevabı vererek*¹⁹, bu konu hakkındaki görüşünü ortaya koymuştur. Mahkeme, Anayasanın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin niteliğini düzenleyen 12. maddesi, kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. maddesi kapsamında değerlendirme yapmış ve sosyal gerçekler ile kamu yararı ve kamu düzeni gibi nedenlere dayanarak red kararı vermiştir.

İptal talebini esastan red eden kararın gerekçesine göre; soyadı seçme görevi ve hakkı evlilik birliğinin başkanı olan kocaya ait olduğundan kocasının soyadını taşıyan evli kadının tek başına soyadının değiştirilmesini isteme yetkisi bulunmamaktadır. Kararda evlenen kadının kocasının soyadını alacağına dair düzenlemenin sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yıllar boyu kökleşmiş bir geleneğin kurumsallaştırılmasından kaynaklandığı, ayrıca kuşaktan kuşağa doğumla geçen aile isminin, aile birliği ve bütünlüğünü devam ettirici özelliği olduğu, aile birliğinin sağlanması için yasakoyucunun eşlerden birisine öncelik tanıdığı ve kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar nedeniyle soyadının kocadan geçmesinin yasakoyucu tarafından tercih edildiği, kadının başvurması halinde kocasının soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanabileceği, kadının kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yaratmadığı, Anayasa'nın 10. Maddesinde öngörülen eşitliğin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmediği ifade edilmiştir. 743 sayılı Medeni Kanun'un m.153 hakkındaki iptal talebini bu gerekçelerle esastan red eden Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl boyunca aynı maddenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali istenemeyeceğinden²⁰, 2008 yılına kadar soyadına ilişkin düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi önüne götüremeyecek olan Ayşe ÜNAL TEKELİ, evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanma talebini 2004 yılında AİHM'e taşımıştır²¹.

18 BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3888 vd.

19 Anayasa Mahkemesi, T.29.09.1998, E.1997/61, K.1998/59 (15.11.2002 tarihli ve 24937 sayılı Resmi Gazete).

20 1982 tarihli T.C. Anayasasının "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı m.152/4 uyarınca; "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

21 Ünal Tekeli-Türkiye Davası, Başvuru No:29865/96, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Daire

Bu sırada, kadın ile erkek arasındaki eşitliği anaysal güvence altına almak gereksinimi duyan kanun koyucu, 2001 yılında Anayasa m.41'e ekleme²² yapmış ve Türk toplumunun temeli olan ailenin, *eşler arasında eşitliğe* dayandığını ifade etmiştir. Ancak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı *Türk Medeni Kanununda*, tüm bu gelişmelere rağmen ilgili maddede önemli bir değişikliğe gidilmemiştir. TMK m.187 uyarınca kadının, evlenmekle kocasının soyadını alacağı, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadının önünde önceki soyadını da kullanabileceği ve daha önce iki soyadı kullanan kadının, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği düzenlenmiş ve m.173 uyarınca da boşandıktan sonra kadının, evlenmeden önceki soyadını yeniden alacağı, ancak boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispatlaması halinde istemi üzerine hâkimin kocasının soyadını taşımasına izin vereceği, ancak daha sonra koşulların değişmesi halinde kocanın bu iznin kaldırılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Bu sırada 2003 yılında iç hukuka dâhil olan ve ayrımcılığı her ne sebeple olursa olsun yasaklayan *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi*²³; tüm medeni ve siyasi hakların kullanılmasında cinsiyet eşitliğinin gözetilmesi gerektiğini ve sözleşmeye taraf devletlerin, *evlilik devam ederken ve sona erdiğinde eşlerin evlilik konusunda eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması* için gerekli önlemleri alacağını ifade etmiştir²⁴. Kadın ve erkek arasındaki

Kararı, Karar Tarihi: 16.11.2004.

22 03.10.2001 tarihi ve 4709 sayılı Kanunun 17. maddesiyle bu fıkranın sonuna “ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” ibaresi eklenmiştir. Kanun, 17.10.2001 tarihli ve 24556 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

23 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1966 yılında kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*, Türkiye tarafından 2000 yılında imzalanıp 2003 yılında onaylanarak 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun* ile iç hukukumuzda kabul edilmiştir. Kanun, 18.06.2003 tarihinde 25142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

24 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 28 No’lu Genel Yorumu’nda; kadınların erkeklerle eşit haklardan yararlanmasını engelleyen temel etmenler; gelenek, tarih, kültür ve dini eğilimler olarak açıklanmıştır. Komite, ayrımcılığın tamamen ortadan kaldırılması için taraf devletlerin sunacakları raporlarda ayrımcılığın hangi sebeple gerçekleştiğine, kadınların haklardan eşit faydalanmalarını engelleyen kültür, gelenek gibi faktörlere ilişkin bilgilere yer verilmesini istemiştir. Komite’nin ayrımcılık yasağına ilişkin 18 No. ’lu Genel Yorumu’nda ise; taraf devletlerin ayrımcılığı engellemeye yönelik yasal tedbirler almasının yanında, özel ve tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilen ayrımcı uygulamalara da yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, evlilikten doğan hak ve yükümlülükler hususunda eşlerin eşit olduğu, evlenmeyle beraber uyrukluk kazanma,

eşitliğin açıkça anayasal güvence altına alınması ihtiyacına sessiz kalamayan kanun koyucu, 2004 tarihinde Anayasa m.10'a eklediği²⁵ fıkra ile *kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğunu* ve devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir.

Mülga Kanun'da olduğu gibi Türk Medeni Kanunu'nda da *aile adında birlik ilkesi* kabul edilmiş²⁶ ve aile adının belirlenmesinde -ilk kez belirlenmesi dışında- kadına veya erkeğe seçme yetkisi verilmemiş, erkeğin soyadı aile adı olarak belirlenmiştir. Kadının sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına ya da kocanın evlenme ile kadının soyadını taşımaya başlamasına dair yapılan anlaşmalar, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir, emredici düzenlemeler karşısında uygulanabilirliği olmaz²⁷. Kadına

kaybetme, soyadı seçme konularında ayrımcılık yapılamayacağı da belirtilmiştir. Türkiye'nin 2012 yılında sunduğu rapora ilişkin gözlemlerini 13.11.2012 tarihinde açığıklayan Komite, 2006 yılında Sözleşme'ye Ek İhtiyari Protokol I ve II'nin onaylanmış olmasını olumlu karşılığa da, Türkiye'nin ayrımcılığa ilişkin mevcut mevzuatının kapsamlı olmamasına ve cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı yasaklayan maddeye atf bulunmamasına dikkat çekilmiştir. Bknz.; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 2015 yılı başlangıç raporuna ilişkin sonuç gözlemleri için bkz. (<http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/CCPR:C:TUR:CO:1.pdf>); Türkiye'nin başlangıç raporuna ilişkin olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin sonuç gözlemleri için bkz. (<http://www.insanhaklari.info/dokumantasyon/items/show/394>).

25 07.5.2004 tarihli 5170 sayılı Kanunun 1. Maddesi ile Anayasa m.10'da değişiklik yapılmış, kanun 22.06.2004 tarihli ve 25469 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

26 ZEVKLİLER/ HAVUTCU, s.218; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.180; HELVACI (Kararlar), s.771, 772; AYAN, Serkan: Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16. Cilt, 4. Sayı, Ankara, 2012, ss.19-90, s.20, 40; Aynı yönde; EKŞİ, Nuray: Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi, Özel Sayı: (Cilt 8, Sayı 2, Yıl 2011 ve Cilt 9, Sayı 1, Yıl 2012) Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan (Ed. BUDAK, Ali Cem), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2012, ss.311-331, s.312.

27 Aynı yönde; HELVACI (Gerçek Kişiler), s.181; HELVACI/ KOCABAŞ, s. 637; HELVACI (Kadının Soyadı), s.160; HELVACI (Kararlar), s.772, 778; YILMAZ, s. 139; AYAN, s.186; ERGENE, s. 129; Emredici hüküm nedeniyle nüfus memurunun bu anlaşmaya uyarak kayıt yapması mümkün değildir. KILIÇOĞLU (Kadın-Erkek Eşitliği), s.12; Ancak farklı bir görüşe göre; eşler evlenme akti yapmadan önce kendi aralarında anlaşarak aile soyadı olarak kadının soyadını belirleyebilir; bu çerçevede hareket eden erkek de TMKm.27/1 uyarınca soyadını haklı sebebe dayanarak değiştirebilir. Bu görüş uyarınca haklı sebebin kapsamı dar tutulmamalıdır. ÖZTAN (Aile Hukuku), s.212, 213; Aynı yönde; ABİK, s.92; ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, ss.261-598, s.574; DOĞAN, Murat: Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, ss.93-129, s.126; Aksi görüş uyarınca bu yöntemi kullanmak, kanuna karşı hiledir. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.117; Aynı yönde; YILMAZ, s.140.

verilen ve genişletilmesi mümkün olmayan seçim hakkında²⁸ geçen “*önceki soyadı*” ifadesinin amacı; kadının evlenmeden önce nüfus kütüğünde yer alan soyadıdır ve kadının bu soyadını aile adından önce kullanmayı tercih etmesi halinde çocuklarının bu soyadı taşıması mümkün değildir²⁹. Evlenen kadının ayrıca bir işlemine gerek kalmaksızın kocasının soyadını kanuna dayanarak edinmesinin karşısında, kendi soyadını kocasının soyadının önünde kullanmak isteyen kadının bu hakkını kullanabilmek için ayrıca işlem yapmaya mecbur kalarak, yetkili merciiere bu iradesini bildirmek zorundadır³⁰. Üstelik evlendikten sonra böyle bir talepte bulunulacaksa, yazılı olarak talepte bulunması bir geçerlik şartıdır³¹. Neyse ki; burada en azından belli bir süre içinde talepte bulunma zorunluluğu olmaması olumlu sayılabilir; kadın böylelikle, nikah akdi üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin, dilediği zaman bu hakkını kullanabilecektir³².

Aile adının belirlenmesinde, ilgili düzenlemelerde ailede birlik ilkesi esas alınarak eşlerin ortak soyadı taşıması benimsenecek ise bu, eşlerden her birine ortak soyadının belirlenmesinde eşit hak tanınarak da sağlanabilir. Bu durumda, ne AIHS’ne ne de Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme’ye aykırılık yaşanır³³. Aile adında birlik ilkesinin, cinsiyetler arası eşitlik prensibi ile birlikte yürüyebilmesi için hangi eşin soyadının ortak

28 Eşin kişiliğinin korunmasının güçlendirilmesi prensibi çerçevesinde kadının, kocasının soyadının önünde bekarlık soyadının kullanılabilmesine dair seçimlik hak tanınmıştır. ÖZTAN (Aile Hukuku), s.189, 209; Aynı yönde; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tuğan/ GÜMÜŞ, M. Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt 3, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.165; ÖCAL APAYDIN, Bahar, Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselsi Çözümüne Kavuşmuş Mudur?, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6. Cilt, Sayı 2, 2015, ss.545-458, s.437.

29 HELVACI/ KOCABAŞ, s.638; HELVACI (Kadının Soyadı), s.160; MORTAŞ, Süleyman: Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde “Kocanın Soyadı” Parametresi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, Ankara, 2016, ss.311-369, s.322 dipnot 45; AYAN, s.23; ERGENE, s.139.

30 HELVACI/ KOCABAŞ, s. 638.

31 Kadının başvurusunun sadece biçimsel bir anlam taşıdığını, evlendirme ya da nüfus memurunun iznine gerek olmadığı, durumun sadece aleni hale gelmesi için düzenlemenin öngörüldüğü yönünde bakınız. ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s.375; ABİK, s.91; Ancak öngörülen işlemin biçimsel işlev taşıdığı, hak sahipliğine etki etmeyeceği ifade edilse dahi aleniyet için öngörülen başvuru işleminin geçerliliği yazılı olmasına bağlanmıştır. Bekarlık soyadını fiilen kullanabilmesi için kadının, yine başvuruda bulunarak ek külfeti yerine getirmesi gerekecektir.

32 DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tuğan: Türk Özel Hukuku, Cilt 2, Kişiler Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s.177; ABİK, s.79, 91; HELVACI/ KOCABAŞ, s. 638; HELVACI (Gerçek Kişiler), s.181; YILMAZ, s.139; AYAN, s.40.

33 AYAN, s.74, 75.

aile adı olacağı konusunda taraflara seçim hakkı tanınması zorunludur³⁴. Aksi takdirde, TMK m.187'deki düzenleme örneğinde olduğu gibi kadın ile erkek arasındaki eşitliği bozan³⁵ ve soyadının kişiliğin parçası olması

34 ÇELEBİ, s.602, 603.

35 Aynı yönde; MOROĞLU (Kadının Soyadı), s.255; MOROĞLU, Nazan: Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadın İnsan Hakları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hukuk Fakültesi Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı, Sayı 1: Özel Sayı, Cilt 13, 2016, ss.285-317, s.306; ÖZTAN (Aile Hukuku), s.210, 211; ABİK, s.93; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.45, 123; SEROZAN (Medeni Hukuk), s.470; SEROZAN, Rona: Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (Ed. ÖGÜZ, Tufan/ HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss. 137-167, s.151, 153; NOMER, Haluk: Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde Ve Türkiye'de Evlenen Kadının Ve Ortak Çocuğun Soyadı, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2: Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, Beta Basım Yayın, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss.421-450, s.421; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler, Prof. Dr. Zahit İMRE'ye Armağan (Ed. HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ERMAN, Hasan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, DER Yayınları, İstanbul, 2009, ss.289-307, s. 292, 293; ZEVKLİLER/ HAVUTCU, s.241; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTCU/ ACABEY/ GÜRPINAR, s.256; ZEYTİN, s.165, 166; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Soyadı Ve İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, ss.2017-2032, s.227; ATASOY, s.147, 165 vd.; AYAN, s.41; BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3883, MORTAŞ, Süleyman: ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması (Aileye Multidisipliner Bir Yaklaşım), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.521, 523; MORTAŞ (Kocanın Soyadı), s.344; ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.239; HELVACI (Kararlar), s.772; GÖZTEPE, Ece: Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 2, Ankara, 2015, ss.101-130, s.113; AYAN, s.41; ERBERK ODABAŞI, s.63, 69; ERGENE, s.130, 131; CEYLAN, Ebru: Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Hukuki Durumu, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, Cilt 1, 2016, ss.75-125, s.95; ÇELEBİ, s.602; ÖZTÜRK, Necla: Türk Hukukunda Kadına Yönelik Düzenlemeler: Geçmişten Günümüze Genel Bakış, Türk Hukukunda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler Ve Uygulama (Ed. ÖZTÜRK, Necla/ YARAR, Güven/ ARSLAN, Şule), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, ss.1-41, s.11; AYDIN, Gülşah Sinem: Türk Medeni Kanunu M.187 (Anayasa Mahkemesinin 187. Maddenin İptali İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme), Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan (Ed. ÖGÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper/ SARI, Suat/ ÖZEN, Burak/ KURT, Ekrem/ SAĞLAM, İpek), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss.246-275, s.248; GÜLER, Zeynep: Türk Hukukunda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.50; ÇAKIRCA, Seda İrem: Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 70. Cilt, 2. Sayı, 2012, ss.145-164, s.163, 164; ÇAKIRCA, Seda İrem: Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187'nin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan (Ed. ENGİN, Baki İlkay/ BAYSAL, Başak/ AYDIN ÜNVER, Tülay), Cilt 1, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, İstanbul, ss.703-749, s.743; YÜKSEL, Reyhani Sera: Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 18, Sayı 2, Ankara, 2014, ss.175-200, s.183, 184; ŞANLI ATAY, Yeliz: Kadının Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının Cinsiyet Ayrımcılığı Üzerine Düşündürdükleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Uluslararası Kadın Konferansı (09-11 Mayıs 2012) Kadın Olmak Farkındalık ve Özgürleşme Bildiriler

nedeniyle vazgeçilmez niteliğine aykırı bir düzenleme söz konusu olur³⁶.

2004 yılında Ünal-Tekeli davasını³⁷ sonuçlandıran AİHM; AİHS'nin 8. maddesinin, kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak insanın isminin özel ve aile yaşamını etkilediğini, isimlerin kullanımını düzenlemede kamu çıkarının bulunmasının kişinin ismini özel ve aile hayatı alanının dışında bırakmak için yeterli olmadığını ifade etmiş ve soyadına ilişkin iç hukuktaki düzenlemenin AİHS 8. maddesindeki hakkı ihlal ettiğini kabul etmiştir.

Kadın-erkek arasındaki ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS 14. maddesi çerçevesinde değerlendirmeye giden mahkeme; evli kadınların evlendikten sonra yalnızca kızsık soyadlarını yasal olarak kullanamamasına karşın, evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmesinin benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı “farklı muamele” teşkil ettiğini kabul etmiş ve farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği müddetçe AİHS m.14 uyarınca aile birliğini yansıtmaya yönelik önlemlere dair takdir hakkı kapsamında uygulanacak önlemlerin erkek ve kadına eşit şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda değerlendirmeye giden mahkemeye göre, kadın ile erkeğe farklı muamelede bulunabilmek için nesnel ve makul bir nedene dayanılması gerekir; kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmek istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ yoksa, AİHS m.14 ihlal edilmiş olur. Aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneği, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklansa dahi ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem çerçevesinde kadın erkek eşitliğine verilen değer, Devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemelidir. Yine mahkemeye göre, aile birliğinin ortak bir aile ismi ile yansıtılmaması ne evli kişiler ne de üçüncü

Kitabı (Ed. TECİM, Vahap/ TARHAN, Çigdem/ AYDIN, Can), DEKAUM (Dokuz Eylül Üniversitesi Kadın Hakları ve Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi), İzmir, 2012, ss.182-198, s. 195; Karş. HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.86, 87; HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.55; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.118.

36 Aynı yönde; MOROĞLU (Kadının Soyadı), s.246; HELVACI/ KOCABAŞ, s.640, 641; HELVACI (Kararlar), s.772; ABİK, s.265; ERBERK ODABAŞI, s.63; AYAN, s.19-90, s.81; ÖCAL APAYDIN, s.442; ATASAYAN, Gözde: Kadının Soyadı da Yok, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan (Ed. ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper/ SARI, Suat/ ÖZEN, Burak/ KURT, Ekrem/ SAĞLAM, İpek), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss.199-220, s.217; ATASOY, s.165, 166; GÖZTEPE, s.115; KILIÇOĞLU (Kadın- Erkek Eşitliği), s.12, Karş. HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK (Aile Hukuku), s.87; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK (Kişiler Hukuku), 55; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.118-120.

37 Ünal Tekeli-Türkiye Davası, Başvuru No:29865/96, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Daire, Karar Tarihi:16.11.2004.

kişiler için önemli, somut sorun yaratır, kamu menfaatini zedeler. Aile birliği düşüncesiyle evli kadınların kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmaları –önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de– nesnel ve makul bir neden değildir. Çünkü, aile birliği başka yollarla da -kadının soyadının aile adı olarak benimsenmesiyle ya da eşlerin kendi soyadları dışında başka bir adı aile adı olarak seçip benimsemeleriyle de- yansıtılabilir. Türk Hukukunda kadın evlenmekle kızlık soyadını kocasının soyadı önüne ekleyerek kullanabilir ancak evlenme ile otomatik olarak kendi soyadını kaybetmektedir. Bu, evlenmekle soyadının değişikliğe uğramasını istemeyen kadınların çıkarlarının dikkate alınmadığını göstermektedir.

ÜNAL-TEKELİ davasında AİHM; kocanın soyadına dayalı aile ismi sisteminden başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulmasında sorun yaratabileceğini kabul etse de, bireylerin seçtikleri isme göre saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemenin makul olacağını ifade etmiştir. Böylece kararda; aile birliğinin dış dünyaya ortak bir aile adı ile aksettirilmesi amacı, cinsiyete dayalı ayrımın meşrulaştırılması için yeterli görülmemiş, aile adının belirlenmesinde erkeğin soyadını temel alan iç hukuk düzenlemesinin AİHS -m.8 ile beraber düşünüldüğünde- m.14'ü ihlal ettiği kanısına varılmıştır.

2010'da; evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda eşlerin kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde *medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacağı* ve devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına bu maddenin engel olamayacağı düzenleyen *İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 14 Numaralı Protokol (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 14 Numaralı Protokol)*³⁸, iç hukukta yürürlüğe girmiştir. Aynı yıl Anayasa m.10'a eklenen³⁹ cümle ile kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olmasını yaşama

38 Protokol, 13.05.2004 tarihinde imzaya açılmış ve 1.06.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol'ü 06.10.2004 tarihinde imzalamıştır. 01.06.2006 tarih ve 5512 sayılı Onaya Uygun Bulma kanunu, 6.06.2006 tarih ve 26190 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 29.06.2006 tarih ve 2006/10693 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi, 08.08.2006 tarih ve 26253 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 02.10.2006 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Protokol, Türkiye bakımından 01.06.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 14 Numaralı Protokol, Sözleşme'nin 22/2. ve 24. maddelerini kaldırıp; 23., 28., 29., 31., 32., 35/3., 36., 38., 39., 46. ve 59. maddelerini değiştirmiştir. Ayrıca, 27.maddenin numarası 26 olarak değişmiş ve 26. ile 27.maddeler yeniden düzenlenmiştir. 39 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile eklemeler gerçekleştirilmiştir.

geçirmekle yükümlü olan devletin, bu amaçla alacağı tedbirlerinin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı düzenlenmiş ve ayrıca anayasaya hüküm eklenerek⁴⁰ *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru* yolu açılmıştır.

TMK m.153'ün iptali talebini 1998 yılında red eden Anayasa Mahkemesi, 2011 yılında da görüşünden dönmemiş; Anayasanın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddesine aykırılık iddiasına dayanan *TMK m.187'nin iptali davasını red etmiştir*⁴¹. Kadının, kocasının soyadını taşımaya yükümlü olmasını hak ihlali olarak değerlendirmeyen AYM'ye göre; iptali talep edilen düzenleme kapsamında kuşaktan kuşağa geçen soyadı, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamını sağlamaktadır. Mahkeme; Anayasa m.10 ile kanun önünde eşitliğin değil, hukuksal eşitlik düzenlendiğini ve kanun önünde eşitliğin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmeyeceğini ifade ederek hukuken farklı durumda olanların farklı kurallara tabi olmasının, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik prensibinin ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca; kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yaratmadığını, farklı durum ve konumlarındaki özellikler ile kimi kişiler, topluluklar için değişik kuralların gerekli olduğuna dikkat çekmiştir. Bir adım ileri giden mahkeme, kadının önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabilmesi yolunun açılmasıyla, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulduğunu ifade etmiştir. Kararda; Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunması nedeniyle, yasakoyucunun nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaya yetkili olduğunu ifade edilmiştir. Mahkemeye göre; kişilik hakkı çerçevesinde korunan soyadının kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olması koşuluyla müdahalede takdir hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda kararda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve

40 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa m.148/3'e hüküm eklenmiş ve herkesin, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği düzenlenmiştir. Ancak hükmün devamına göre; başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

41 *Anayasa Mahkemesi*, T.10.03.2011, E.2009/85, K.2011/49 (21.10.2011 tarihli ve 28091 sayılı Resmi Gazete).

bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi amacıyla ve kamu yararı ile kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamıştır. Mahkeme ayrıca talebin, Anayasa m.90⁴² ile ilgisinin olmadığını ifade ederek⁴³ konuya değinmekten adeta imtina etmiştir. 21.10.2011 tarihinde Resmi Gazete’de kararın yayımlanmasıyla da, yayın tarihinden itibaren on yıl boyunca TMK m.187’nin aynı nedenle iptali talep edilemez hale gelmiştir⁴⁴.

Bu karardan sonra sadece bekârlık soyadının kullanımına izin veren ilk derece mahkemesi kararları üzerine Yargıtay’ın, Anayasa Mahkemesinin red kararına dayanarak bozma yönünde eğilim gösterdiği gözlemlenmektedir⁴⁵. Görüldüğü üzere; AİHM’ne yapılan hak ihlali başvurularında mahkeme, evli kadının soyadına dair iç hukuk hükümlerinin hak ihlali teşkil ettiğini tespit etmiş ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ni tazminata mahkum etmişse de, somut norm denetimi yapan Anayasa Mahkemesi TMK m.187’yi hukuka aykırı bulmamıştır⁴⁶.

2013 yılında *Levenoğlu-Abdulkadiroğlu*⁴⁷ davasında AİHM, TMK m.187’ye ilişkin değişiklik tasarılarını öne sürerek başvuranın günlük yaşamda ayrımcılığa uğramadığı savunmasını yapan hükümetin hilafına, AİHS

42 1982 tarihli T.C. Anayasasının “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlıklı m.90/5 uyarınca; Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) 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.

43 Kararın eleştirisi için bkz. ODER, Bertil Emrah: Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı, *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)* (Ed. ÖGÜZ, Tufan/ HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss.1-19, s.16; KANADOĞLU, Korkut: Evlilik Ve Ailenin Korunması, *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)* (Ed. ÖGÜZ, Tufan/ HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss.93-117, s.103.

44 Anayasa m.152/4 uyarınca TMK m.187’nin on yıl boyunca tekrar somut norm denetimine tabi tutulması mümkün değildir.

45 Yargıtay 2.HD, T.18.06.2012, E.2011/7737, K.2012/16695 (Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020)

46 KAYA, Emir: *Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısına Etkisi; On Yıl Yasağı ve Kadının Soyadı Örneği, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1* (Ed. SAĞLAM, Musa/ GÜLENER, Serdar/ KAPLAN, Recep), Anayasa Mahkemesi Yayını, 1. Baskı, Ankara, 2013, s.117-154, s.141.

47 *Levenoğlu Albülkadiroğlu-Türkiye Davası, Başvuru No:7971/07, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Daire, Karar Tarihi:28.05.2013.*

ile korunan hakkın ihlal edildiği yönünde karar vermiş ve aynı yıl içinde benzer iddia ve savunmaların yer aldığı *Tuncer-Güneş*⁴⁸ ve *Tanbay-Tüten*⁴⁹ davalarını da aynı yönde sonuçlandırmıştır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması öncesinde AİHM'ne yapılan başvurular sonucunda AİHM, kişinin soyadının kimliği ve aile bağlarını etkilediğinden söz ederek soyadına ilişkin iç hukuk düzenlemesinin (eMK m. 153/TMK m.187), AİHS m.8 kapsamında olan -özel hayat- aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği görüşünü sürdürmüştür.

III. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Açıldıktan Sonra Yaşanan Gelişmeler

2010 yılında yapılan değişiklik sonucu Anayasa m.148/3 uyarınca, olağan kanun yollarını tüketen herkesin, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği düzenlenmiş; 2012 yılı Eylül ayı itibariyle⁵⁰ de *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru* yolu açılmıştır. Bu sayede, AİHM'ne başvurmadan önce tüketilecek iç başvuru yolu daha ortaya çıkmış, TMK m.187'ye ilişkin talepler bu kapsamda Anayasa Mahkemesine ileilmeye başlanmıştır.

Sevim AKAT EŞKİ Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvurusunda⁵¹; evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan TMK m.187 uyarınca yapılan uygulamanın, kendisini cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz bıraktığı, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmediği, bu sebeple Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde yer alan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve bu ihlalin tespitiyle, uğranılan manevi zararın tazminine karar verilmesi talep etmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın görüş yazısını da dikkate alan Anayasa Mahkemesi; Birleşmiş Milletler Medeni Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü

48 *Tuncer Güneş-Türkiye Davası, Başvuru No:26268/08, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Daire, Karar Tarihi:03.09.2013.*

49 *Tanbay Tüten-Türkiye Davası, Başvuru No:38249/09, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Daire, Karar Tarihi:10.12.2013.*

50 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un bireysel başvuruya dair düzenleme getiren 45. ve 51. maddeleri, yine aynı kanunun 76. maddesi uyarınca 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

51 *Anayasa Mahkemesi, Sevim AKAT EŞKİ Başvurusu, Başvuru No:2013/2187, T.19.12.2013 (07.01.2014 tarihli ve 28875 sayılı Resmi Gazete).*

Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), AİHS, ve AİHM içtihatlarına değinerek, Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı kenar başlıklı 17. maddesi ve AİHS'in özel ve aile hayatına saygı hakkı başlıklı 8. maddesi çerçevesinde başvuruyu incelemiştir. AİHM içtihatlarında geçtiği şekliyle soyadın işlevine değinen mahkeme, kadının soyadının AİHS'nin 8. maddesinin koruma kapsamında olduğunu, kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddeye aykırı olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca isim hakkını Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendiren Anayasa Mahkemesi, evlenmeden önceki soyadın münhasıran kullanımına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesinin, kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadın vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerini ihlal ettiğini, TMK m.187'nin uygulanmasının AY m.17'de tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik müdahale oluşturduğunu ifade etmiştir. Kararda; manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının m.17 kapsamında bir sınırlanma nedeni bulunmasa da, mutlak hak olmayan bu hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu ve bu nedenle de AY m.13 çerçevesinde güvence ölçütleri kullanılarak bu hakkın sınırlandırılabilceği, ancak AİHS'nin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca AİHS'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak müdahalenin meşru olabilmesi için öncelikle söz konusu müdahalenin yasa ile gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkemeye göre Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin yasallık şartını sağladığının kabulü için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur. Anayasa m.90 çerçevesinde değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi; m.90 uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerektiğini, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan -başta yargı mercileri olmak üzere- uygulayıcıların kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulamaya yükümlü olduklarını ve bu düzenleme uyarınca, AİHS'nin iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetine haiz olduğunu belirtmiştir. Kararda; Anayasa m.90/5 uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin hukuk sistemimizin bir parçası olarak sözleşmeler, kanunlar gibi uygulanması gerektiği, bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluk

çıkması durumunda uygulama esnasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerinin esas alınmasının zorunlu olduğu, bu kuralın bir zımni ilga kuralı olduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususların, insan hakları ile ilgili diğer uluslararası hukuk belgelerinde de yer aldığına dikkat çeken mahkeme; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi haricinde ayrıca Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.23/f'ye ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin m.16/1-g'ye de dikkat çekmiş, TMK m.148'in hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığını tespit etmiştir. Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyuşmazlık açısından esas alınması gerektiğini belirten ve manevi varlık kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespitinde bulunan Anayasa Mahkemesi; uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan TMK m.187'ni karara esas almayarak uyuşmazlık açısından AY m.90 uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen Gülsim GENÇ bireysel başvurusu⁵² ve Neşe ASLANBAY AKBIYIK bireysel başvurusunda⁵³ da konuyu Anayasa m.17 uyarınca incelemiş ve m.90 çerçevesinde m.17'nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak AYM'nin uluslararası sözleşmeler çerçevesinde TMK m.187'nin zımnen ilga edildiği yönündeki yorumuna da ihtiyatla yaklaşmak gerekir⁵⁴.

Bazı yazarlara göre, TMK m.187'nin zımnen ilga edildiği düşüncesi

⁵² Anayasa Mahkemesi, Gülsim GENÇ Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439, T. 06.03.2014 (25.04.2014 tarihli ve 28982 sayılı Resmi Gazete).

⁵³ Anayasa Mahkemesi, Neşe ASLANBAY AKBIYIK Başvurusu, Başvuru No: 2014/5836, T. 16.04.2015 (11.07.2015 tarihli ve 29413 sayılı Resmi Gazete).

⁵⁴ Eleştiri için bkz. ERGÜL, Ozan: Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Methoduna Odaklanmak: Norm Somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme, Anayasa Yargısı, Cilt 35, Sayı 1, 2018, ss.225-239, s.236, vd.

çekincelere yol açmaktadır⁵⁵. Zira TMK m.187'nin artık uygulanabilir bir hüküm olmadığı, yürürlükten kalkmış olduğu kabul edildiği takdirde; bu maddeye dayanarak tutulan evraklar ve hatta nüfus sicilleri gerçeğe aykırı düşer, kocasının soyadını taşıyan kadınlar da bu nedenle nüfus kütüğünün düzeltilmesi davası açmak durumunda kalırlar⁵⁶. Bazı yazarlar ise TMK m.187'nin yürürlükten kalktığı kabul edilecek olursa, eşinin soyadını almak isteyen kadının kanuni dayanaktan yoksun kalacağını ifade etmektedirler⁵⁷.

Hükümün ilga edildiği kabul edildiği takdirde idarenin farklı idari uygulamalarının oluşacağını ve bunların önlenmesi gerekeceğini ileri süren farklı bir görüşe göre; hakkını korumak isteyen kadının dava açmadan haklarını talep edebilmesi için hükmün zımnen ilga olup olmadığını tartışmak yerine Anayasal ilkelere uygun yorum ile ayakta tutulması gerekmektedir⁵⁸.

Öğretide, hem AİHM'in vereceği ihlal kararlarını engellemek, hem de TMK m.187'nin yokluğu ile ortaya çıkacak durumla yüzleşmemek için yapılması gereken; emredici kural olan m.187'nin sanki yorumlayıcı hukuk kuralıymışçasına değerlendirmek düşüncesi de ortaya atılmıştır: Bu düşünceye göre, eşler anlaşarak bir tarafın bekarlık soyadını ortak soyadı olarak belirleyebilmeli ya da kadın tek başına bekarlık soyadını taşımayı talep edebilmelidir, ancak taraflarca seçim yapılamazsa bu durumda TMK m.187'nin işletilmelidir⁵⁹.

Bazı yazarlar ise TMK m.187'nin ilga edilmediği, maddenin dikkate alınmayarak ihmal edildiğinin kabulü daha yerinde olacağı düşüncesindedir⁶⁰.

55 Görüşler için bakınız. BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3901-3905.

56 ÖZEN, Burak: *Evli Kadının Soyadı, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (10-11 Haziran 2016) (Ed. BADUR, Emel/ TURAN BAŞARA, Gamze), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, ss.163-173, s.167, 168.*

57 ERGÜL (Bireysel Başvuru), s.237.

58 BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3901, 3904.

59 ÖZEN, s.168 ve ayrıca yorum kuralı işletildiğinde çocukların soyadına dair bakınız; s.169, 170; Ancak nüfus idaresinin TMK m.187'yi yorumlaması esnasında yeknesaklığın sağlanması gerektiği yönünde bakınız. ÇELEBİ, s.566.

60 ERGÜL (Bireysel Başvuru), s.238, ERGÜL, Ozan: *Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, Yıldırım Uler Armağanı (Ed. ERDAL, Muhammed), Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Leşkoşa 2014. ss.65-87, s.80 vd.; KAYA, s.145 ve özellikle dipnot 24, 146; HELVACI (Kadının Soyadı), s.166; HELVACI (Kararlar), s.787; HELVACI/ KOCABAŞ, s.637; Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği karar, TMK m.187'nin iptali anlamına gelmez. Bknz. DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.165; AYM'nin AY'ya uygun bulsa da mahkemelerin, AY m.90/5 uyarınca bu hükmü uygulamaktan imtina etmesi gerekir. DUYMAZ, Erkan: *Anayasa Mahkemesi'nin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2014, ss. 37-53, s.42; CEDAW m.16/g'nin içerdiği hak, AY m.90 nedeniyle kanun hükmündedir**

Temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası sözleşme hükümlerinin TMK m.187 ile çakıştığı durumlarda TMK m.187 uygulanmayacak, uluslararası sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır⁶¹. Böylece; AY m.90 işletilmek suretiyle kanun hükmü dikkate alınmayarak uluslararası sözleşme hükümleri her dava kapsamında ayrıca değerlendirilip yargı mercilerinince uygulanacak ve alınan karar sadece tarafları bağlayacaktır⁶².

TMK m.187'yi ihmal ederek AY m.90/5 çerçevesinde öncelik verilecek uluslararası sözleşme hükmü olarak, CEDAW m.16/g öne çıkarılmaktadır.

Düşüncemize göre CEDAW m.16/g hükmü soyadı konusunda iç hukukta doğrudan uygulanacak bir kural değildir⁶³. CEDAW m.16/g hükmü ile taraf devletlere kadınlara evlilik ve aile ilişkileri konusunda kadına yapılan ayrımcılığı önlemek için gerekli bütün önlemleri alma görevi verilmekte, özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak örnekseyici olarak sayılan hususlarda ve bunlardan biri olarak kadınlara aile adı, meslek ve iş seçimi de dahil karı koca için eşit kişisel haklar sağlamakla yükümlülüğü getirilmektedir⁶⁴. Bu hükümle Türkiye, taraf devlet olarak sadece eşlere eşit hak sağlamayı taahhüt etmektedir. Bu taahhüdünü, ilgili kanunlarda değişiklik yaparak sağlamakla yükümlüdür ve ne yazık ki halen bu yükümlülük yerine getirilmemiştir, TMK m.187 yürürlüğünü korumaktadır⁶⁵. Hal böyle

ve kadının soyadına dair getirdiği düzenleme ile TMK'ya göre özel hüküm niteliğindedir. TMK'nın ilgili maddesi bu özel hükme aykırı olduğu için AY m.90/5 uyarınca, hakimın sözleşme hükümlerini öncelikle ve doğrudan doğruya uygulaması gerekir. ERGENE, s.160.

61 Aynı yönde; ERBERK ODABAŞI, s.80; ERGENE, s.161; ÇAKIRCA (Gelişmelerin Değerlendirme), s.157; ÖCAL APAYDIN, s.448, 449; ATASOY, s.147; AKİPEK ÖCAL, 381, 382; MORTAŞ (Kocanın Soyadı), s.351; ŞANLI ATAY, s.196; REYHANİ YÜKSEL (Kadın-Erkek Eşitliği), s.185.

62 Aynı yönde; BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3901.

63 Aynı yönde; BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3900; AKBULUT, Pakize Ezgi: Uygulamadaki Güncel Gelişmeler Işığında Evli Kadın Soyadı, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (20 Nisan 2017) (Ed. ENGİN, Baki İlkay), Cilt 2: Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2019, ss.99-145, s.119, 122; Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında da, doğrudan uygulanabilecek bir hüküm belirtilmemiştir. BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3900, 3901; AY m.90/5 nedeniyle öncelikle ve doğrudan uygulanması gereken CEDAW m.16/g, somut ve ayrıntılı bir düzenleme içermediğinden doğrudan uygulanamamaktadır. ERGENE, s.161; Karş. CEDAW m.16/g, doğrudan doğruya kadının soyadını düzenlemektedir. TMK m.187'yle çatışan CEDAW m.16/g'nin uygulanması gerekir. ERBERK ODABAŞI, s.80.

64 AIHS'ne taraf devlet olarak Türkiye'nin pozitif yükümlülüklerine ilişkin bakınız. YÜZER ELTİMUR, Dilara: AIHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.318-320.

65 Aynı yönde; HELVACI (Kararlar), s.788; ÖZEN, s.101; ÖCAL APAYDIN, s.443; DURSUN, Esra: Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.106; TMK m.187 iptal edilmemiştir, yürürlüğünü korumaktadır. ERBERK ODABAŞI, s.102; ÇELEBİ,

olsa da; TMK m.1 uyarınca kanunu özüyle ve sözüyle uygulayacak olan hakimlerin, CEDAW'a ve hatta Anayasaya aykırı düşecek biçimde kadın-erkek eşitliğine aykırı olan düzenlemeyi uygulaması düşünülemez⁶⁶. Zira TMK m.187, soyadı hakkının⁶⁷ kullanımını AY m.17 ve 13'e uygun olmayan biçimde sınırlandırmaktadır. Bu nedenle evli kadının soyadı konusunda örtülü bir boşluk olduğu kabul edilebilir ve evli kadının soyadının değişmesini engellemek üzere mahkemeye başvurması halinde hakim TMK m. 187'yi uygulamaktan kaçınabilir.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin verdiği bireysel başvuru kararlarının akabinde sadece bekârlık soyadının kullanımını kabul eden kararlar çıksa da Yargıtay bazı kararlarında ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmaya devam etmiştir⁶⁸. Bu kararlarında Yargıtay, taraf olunan temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası sözleşmelerde evli kadının evlenmeden önceki soyadını taşıyabileceğine dair açıkça bir hükmün olmaması nedeniyle Anayasa m. 90 çerçevesinde aynı konuda çatışan hükümlerin söz konusu

s.567; Bir görüşe göre; AİHS ve CEDAW hükümleri ile AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararları ve AYM'nin bireysel başvuru kararları, TMK m.187'yi iptal etmemekle birlikte maddeyi emredici hüküm olmaktan çıkarır. GÜVEN, Kudret: Milletlerarası Andlaşmaların Aile Hukukuna Etkisi, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (10-11 Haziran 2016) (Ed. BADUR, Emel/ TURAN BAŞARA, Gamze), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, ss.139-155, s.150; Anayasa mahkemesinin bireysel başvuru kararlarından sonra evli kadının bekarlık soyadını kullanmayı seçebileceği, aksi halde TMK m.187'nin işletileceği yönünde bakınız. ÖZTAN (Aile Hukuku), s.211, 212, dipnot 750.

66 Aynı yönde; GÜVEN, s.152.

67 KILIÇOĞLU bu hakkı "kendi ismini devam ettirme ve kullanma hakkı" olarak ifade etmiştir. KILIÇOĞLU (Kadın- Erkek Eşitliği), s.12; ÖDEN/ ESEN ise bu hakkı "kendi soyadını seçme ve kullanma hakkı" olarak ifade etmiştir. ÖDEN, Merih/ ESEN, Selin: Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı, Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Yayınları, No: 391, Ankara, 2013, ss.817-837, s.832.

68 Yargıtay 2.HD, T.18.06.2012, E.2011/7737, K.2012/16695 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020); Yargıtay 2.HD, T.12.11.2013, E.2013/6920, K.2013/26077 (Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020); Yargıtay 2.HD, T.27.11.2014, E.2014/16089, K.2014/234993 (Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020); Bireysel başvuru kararlarının dikkate alınarak karar verilmesi gereğine dair karşı oy içeren karar için bakınız: Yargıtay 2.HD, T.21.04.2014, E.2013/23893, K.2014/9497 (Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi:24.10.2020); Evli kadının sadece bekarlık soyadını kullanma talebinin Yargıtay tarafından kabul edildiği karar için bakınız; Yargıtay 2.HD, T.28.04.2015, E.2014/20471, K.2015/8704 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020); Kararların değerlendirmesi için bkz. ERBERK ODABAŞI, s.91-95; Nüfus müdürlükleri de gelen talepleri red etmiştir. Bknz. ACABEY, Mehmet Beşir: Türk Hukukunda Ailenin Soyadı (Eşlerin Ve Çocukların Soyadı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19. Cilt, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan (Ed. AYDOĞDU, Murat/ AYAN, Serkan/ KAHVECİ, Nalan/ YAĞCIOĞLU, Ali Haydar), İzmir, 2017, ss.493-512, s.497; BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3897.

olmadığını, AİHM'nin verdiği ihlal kararlarının da iç düzenlemeleri tek başına değiştirmeye yetmeyeceğinden bahisle TMK m.187 değiştirilmediği sürece bu maddenin uygulanması gerektiğine hüküm vermiştir. Daha sonra ilk derece mahkemelerinin direnmesiyle konu, Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna taşınmıştır. 2015 yılında verdiği kararında HGK, evlendikten sonra eşin soyadını alma zorunluluğunun eşitlik ilkesine ve Anayasa'ya aykırı olduğunu vurgulayarak *sadece kendi soyadını* kullanmak isteyen kadının *Aile Mahkemesinde dava açarak* bu imkana kavuşabileceğine karar vermiştir⁶⁹. HGK kararında iptali red edilmiş olan TMK m.187'nin, yürürlükte olsa da m.90 uyarınca kanunun göz ardı edilerek uluslararası sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanacağını ve ayrıca evli kadının bekarlık soyadını kullanma hakkını öne sürmesi için haklı ya da önemli bir nedene dayanması gerekmediğini, sosyal ve mesleki hayatında tanınabilirliğini koruması gerektiğini ifade etmiştir. Daha sonra farklı dairelerce HGK kararı emsal gösterilerek aynı yönde kararlar verildiği gözlenmektedir.⁷⁰ HGK kararı çok önemli bir aşama olmakla birlikte TMK m.187'de yer alan düzenlemede değişiklik olmadığı sürece, kendi soyadını kullanmak isteyen evli her kadının hakkını dava yoluyla ileri sürmesi, olağan kanun yolları tükendiğinde de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapması gerekecektir⁷¹.

IV. Evli Kadının Soyadına Dair Getirilen Çözüm Önerileri ve KKTC Örneği

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, Aile Hukukunda köklü bir reform yapılmasına, evlenmenin genel hükümlerinin kadın-erkek eşitliği ilkesine göre revize edilmesine karşın, Kanunda kadın-erkek eşitliğinin sağlanamadığı yegane konu, evli kadının soyadı olmuştur. Türk Hukuk sisteminde ailenin ortak ad ile temsili prensibi benimsenmiş ve aile soyadı olarak erkeğin soyadı belirlenerek kadın ile erkek eş arasında farklı hukuki tutuma gidilmiştir.

TMK m.187'nin farklı cinsler arası eşitsizliğe neden olmadığını savunan bir görüş; evli kadının münhasıran bekarlık soyadı ile topluma karışmasının

69 Yargıtay HGK, T.30.09.2015, E.2014/2-889, K.2015/2011 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020)

70 Yargıtay 2.HD, T.23.12.2015, E.2015/12978, K.2015/25038 (Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 24.10.2020); Yargıtay 2.HD, T.28.04.2015, E.2015/20471, K.2015/8704 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020); Yargıtay 2.HD, T.23.02.2016, E.2015/20964, K.2016/3188 (Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi:24.10.2020).

71 Aynı yönde; HELVACI (Kadının Soyadı), s.167; ATASOY, s.163; ERBERK ODABAŞI, s.101; İNCE, Nurten: Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı, Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2017, ss.37-58, s.54.

geleneklere uygun olmayacağına ve bu durumun ailenin belirlenebilirliğini ortadan kaldıracığına, kadının bekarlık soyadını kocanın soyadının önünde de olsa kullanmasının zaten mümkün olduğunu ileri sürmüştür⁷². Ancak belirtmek gerekir ki isim hakkı; kişilik hakkı olarak erkek için tam koruma sağlar biçimde düzenlenmişken, evlenen kadının soyadının bu korumadan tam yararlanması engellenmiştir⁷³. Tüm hayatı boyunca kişiliğinin parçası haline gelen soyadını dava açmak ya da talepte bulunmak suretiyle ve ancak kocasının soyadının önünde taşıyabilecek olan kadının, soyadına sahip olma ve kullanabilme hakkını etkili bir şekilde kullandığı söylenemez⁷⁴. Erkekten farklı olarak kadın, medeni halini her değiştirdiğinde⁷⁵ soyadını, yani kimliğini de değiştirmek zorunda bırakılmıştır. Evlenen kadın, medeni halindeki değişikliği adını değiştirerek duyurmak zorunda iken, evlenen erkeğin medeni hal değişikliği dışarıdan anlaşılmamaktadır⁷⁶. Soyadını kaybeden kadın açısından konuya bakıldığında görülmektedir ki; soyadın soy belirleme ve toplumdaki yeri belli ederek statü göstergesi olma işlevleri sadece erkek için geçerli olmakta⁷⁷; kadın, anne ve babasından aldığı soyadı evlenmek suretiyle kaybederek aslında kendi soyunun belirliliğini ve var olan statüsünü kaybetmektedir. Evlilik ile yeni kurulan çekirdek ailenin birliği düşünülürken, evlenecek kişinin de aslında başka bir ailenin mensubu olduğu göz ardı edilmektedir. Ayrıca aile adının belirlenmesinde erkeğin de seçim hakkının olmadığından bahisle eşlerin eşit hukuki haklarla donatıldığı düşünülse dahi dikkat çekmek gerekir ki; yasakoyucunun aile soyadı olarak erkeğin soyadını seçmesi, kadını cinsiyetler arası eşitsizliğe maruz bırakmaktadır.

Olması gereken hukuk açısından doktrinde pek çok öneri ortaya atılmıştır:

72 AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.118, 119; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK (Aile Hukuku), s.86, 87; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK (Kişiler Hukuku), s.55.

73 Aynı yönde; ÖZTAN (Kadının Soyadı), s.430; MOROĞLU (Kadının Soyadı), s.246; ABİK, s.40; ATASAYAN, s.201; GÖZTEPE, s.115; ATASOY, s.161; ÇELEBİ, s.554.

74 Aynı yönde; AKBULUT, s.125; Karş. Yargı kararları sonucunda kadın-erkek eşitliğinin ihlali engellenmiştir. REYHANİ YÜKSEL, *Sera: Kadın Ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 145, ss.397-420, s.402.

75 TMK m.187 sebebiyle kocasının soyadını alıp tüm evrak ve kayıtlardaki bilgileri güncellemesi gereken kadının, TMK m.173 uyarınca boşanırken tekrar bilgilerini değiştirmek zorunda kalmasına dair yapılan eleştiri için bakınız. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s.126, 173.

76 Aynı yönde; ABİK, s.93, 115; AKİPEK ÖCAL, s.380; İNCE, s.52.

77 MOROĞLU (Kadının Soyadı), s.246, 247; ATASOY, s.160, 161, ATASAYAN, s.201.

Örneğin bir fikre göre, evlilik öncesinde eşler taraflardan birinin soyadını aile soyadı olarak belirleyebilmeli ya da evlilik öncesi soyadını münhasıran kullanmaya dair seçim⁷⁸ yapabilmelidir. Anlaşamazlarsa, hiçbir işleme gerek kalmaksızın kocanın soyadı aile adı olarak belirlenmeli, kadına talep etmesi halinde bekarlık soyadını taşıma hakkı tanınmalıdır⁷⁹.

Bu öneri benimsenecek olursa, ortak soyada dair eşiyile anlaşma sağlayıp bu yöndeki seçimini belirtmeyen kadının, kendi soyadının arkasında kocasının soyadını kullanmaktan başka çaresi kalmaz. Bu prensip benimsendiğinde, cinsiyetler arası farklı hukuki muamelenin devam etmesi kaçınılmazdır. Zira erkeğin soyadını kullanmaya devam edebilmesi için hiçbir işleme gerek kalmazken, evlenen kadının bekarlık soyadını, yani kendi kişiliğini koruyabilmesi için bu konuda ek işlemde bulunması ve hatta karşı tarafı ikna ederek kendi soyadını ortak aile soyadı olarak kabul ettirebilmesi gerekmektedir. Ortak soyad seçimi yapılmadığında erkek, kadının soyadını almazken; kadın yine erkeğin soyadını taşımak durumunda olacaktır. Evlenen kadının sadece karşı tarafı ikna edememesi nedeniyle erkeğin soyadını alması, bu durumu irade dışı olmaktan kurtarmaz. Bekarlık soyadını taşımaya devam etmek isteyen ancak evlenen kadının; iradesi dışında kocasının soyadını alarak ikinci bir soyadı kullanmaya mecbur bırakılması, isim hakkına yapılan bir müdahaledir. Burada önemli olan; kadının iradesi dışında soyadında eklemeye çıkarma yapılarak, isminin değişikliğe uğratılmasıdır. Bu noktada kadın, ancak aile adı olarak kendi soyadını kullanabildiğinden, kocasının insafına bırakılmaktadır. Otomatik olarak kocanın soyadını -bekarlık soyadının ardında ya da münhasıran- taşıyacak olan kadın için evlilik, kişiliğinin değişimine razı olmak anlamına gelmektedir. Bir yandan çocuk gelin ve zorla evlilik olguları gibi sosyal gerçekler göz önüne alındığında; erkek cinsinin baskın olduğu toplumlarda her kadının özgürce iradesini ortaya koyup aile soyadı olarak kendi soyadını öne sürebilmesi ve eşine bunu kabul ettirebilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde -bazen fiilen mümkün olmasa da- taraflara anlaşma imkânı tanınmasıyla bu çözümün

78 Evlenen kişileri soyadını değiştirmek mecburiyetinde bırakmamak gerekir gerekir. Şimdilik en azından, taraflara aile soyadının belirlenmesi konusunda karar verme yetkisi verilmelidir. OKTAY ÖZDEMİR (Eşitliğe Aykırı Hükümler), s.293; Taraflara bu şekilde seçim hakkının tanınmasının, aile hukukuna ait “düzenleme serbestisinin bulunmaması ilkesi”ne aykırı olacağına ilişkin bakınız. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.118.

79 Ayrıca; aile soyadı olarak kendi soyadı seçilmeyen eş, evlilik öncesi soyadını bu soyaddan önce kullanabilir. ZEYTİN, s.1655, dipnot 19, 1656, 1657; MOROĞLU (Kadının Soyadı), s.268; Aynı yönde; CEYLAN, s.96.

halihazırdaki düzenlemeye göre daha hakkaniyetli bir sistem getirdiği de gerçektir. Ayrıca birinin soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi konusunda taraflara seçim hakkı tanınmasının, evliliğin gerçekleşmesine engel olabilecek düzeyde önemli anlaşmazlıklara sebep olabileceği endişesi⁸⁰ de, kişinin iradesi dışında soyadını değiştirmeyi haklı kılar düzeyde değildir. Zira aile birliği kurmak üzere yola çıkan bir çiftin, taşıyacakları soyad konusunda uzlaşa sağlayamayıp daha yolun başında iken aile kurmaktan vazgeçmesi durumunda suçu, hukuki düzenlemede aramamak gerekir.

Bir başka öneri⁸¹ farklı cinsler arasında kanun önünde eşitliği sağlamak için her iki eşe bu konuda seçim hakkı tanınmalı, evlenmeden yapacakları anlaşma ile taraflardan birinin soyadını ortak soyadı olarak seçebilmesine imkan verilmeli ve aile adı olarak kendi soyadı seçilmeyen tarafın bekarlık soyadını bu soyadın önünde⁸² kullanmasına izin verilmelidir. Ancak seçim yapılmadığı durumda taraflar, kendi soyadlarını kullanmaya devam edebilmelidir.

Daha özgürlükçü bir yaklaşım olan başka bir düşünceye⁸³ göre; tek bir sistemin taraflara dayatılması yerine birden fazla seçenek arasından belirlenecek yol üzerinden seçimlerin gerçekleşebileceği bir sistemin kurulması daha uygun olacaktır. Tarafların iradelerine olabildiğince yer vermeyi amaçlayan bu son sistemde, eşler sadece kendi soyadlarını kullanmaya devam edebilecek ya da ortak soyadı belirleyebilecektir. Şayet ortak soyadı kullanımına karar

80 Bknz. BAYGIN, s.452.; *Problemi çözen bir görüşe göre koca, kadının bekarlık soyadını aile soyadı olarak kabul etmediğinde, her iki tarafın soyadı birlikte kullanılarak aile soyadı belirlenebilecektir. SEROZAN (Medeni Hukuk), s.473; Öne sürülen bir diğer fikre göre; hangi eşin soyadının önde yazılacağı konusunda anlaşma sağlanamadığında, alfabetik sıra takip edilebilir. GÜLER, s.214, 215.*

81 SEROZAN (Medeni Hukuk), s.473, 474; SEROZAN (Yeni Medeni Kanun), s.153; NOMER, s.448, 449; ÇAKIRCA (Eşitlik), s.747, 748; DURSUN, s.119, 120; AYDIN, s.269-271; *Taraflar anlaşmayı evlilik sonrasında da yapabilmelidir. ACABEY, s.510; Biraz farklı bir görüşe göre; kendi soyadı aile adı olarak seçilmeyen taraf, evlenme başvurusu yaparken ya da evlendikten sonra talep ederek evlilik öncesi soyadını aile adının önünde kullanabilecektir. Ayrıca, aile adı üzerinde anlaşma sağlanamadığında iki taraf da kendi soyadlarını taşımaya devam edecektir. Ancak taraflardan biri evlenme başvurusu yaparken ya da evlendikten sonra talep ederek kendi soyadının önünde eşinin soyadını taşıyabilecektir. ERGENE, s.166.*

82 *Bekarlık soyadını ön ad kapsamına alarak çözüm arayan bir görüşe göre; bekarlık soyadını aile adının önünde kullanmak isteyen taraf, bu adı ön ad kısmına eklemelidir. Bu şekilde kimliğinin ön ad kısmında ismini ve bekarlık soyadını taşımalıdır. Böylece kişinin bekarlık soyadı, evlenmeye ya da boşanmaya bağlı olarak değişmeyen ön adın kapsamında kalacaktır. MORTAŞ (Kocanın Soyadı), s.357; MORTAŞ (Aile Hayatının Korunması), s.530.*

83 GÖZTEPE, s.129, 130.

verilmişse bu soyad, eşlerden birinin soyadı olabileceği gibi tarafların ikisinin soyadını birleştiren bir isim de olabilecektir⁸⁴. Bu görüşe göre 18 yaşını henüz doldurmamış olan çocuk, eşlerden birinin soyadını ya da belirlenen ortak soyadı alacak ancak iki tarafın soyadından oluşan ortak soyadı alan çocuk 18 yaşını tamamladığında, soyadının sırasını değiştirmeyi ya da tek bir soyada sahip olmayı seçebilecektir⁸⁵.

Evlenme ile soyadın değişmemesi gerektiğini ileri süren başka bir görüşe⁸⁶ göre; ancak taraflar ortak soyadının kullanımı konusunda anlaşırsa taraflardan birinin soyadını ya da her ikisinin soyadının birleşimini ortak soyad olarak kullanmayı talep edebilmeli, evlilik sona erince de prensip olarak eşler bu soyadı kaybetmemeli, ancak önceki soyadını taşımak isteyen taraf bu talebini tek başına yöneltebilmelidir. Böylece çocuk belirlenen bu ortak soyadı taşımalı, belirleme yapılmadığında ise alfabetik sıraya göre hem annenin hem de babanın bekarlık soyadını taşımalıdır⁸⁷. Ayrıca birden fazla soyada sahip ebeveynleri olan çocuğun, anne ve babasının ilk soyadlarını alacağı da düzenlenmelidir. Eleştirel yaklaşan bir görüş uyarınca; eşler tarafından seçim yapılmadığı takdirde tarafların evlenmeden önce kullandıkları soyadları kullanmaya devam etmesinin, soyadın aile birliğini sağlama ve ailenin belirlenmesi fonksiyonuna aykırı olacağı ve ortak çocuğun eşlerden biri ile farklı soyad taşıması sebebiyle bu durumdan zarar görebileceği belirtilmiştir⁸⁸.

Belirtmek gerekir ki; aile birliğinin korunması için kadının, illa kocasının soyadını taşıması gerekmemektedir⁸⁹. Kadının, kocasının soyadını taşıması

84 GÖZTEPE, s.128, 129; Aynı yönde; Kocanın, kadının bekarlık soyadının aile soyadı olmasına yanaşmadığı ihtimalde, her iki tarafın soyadı aile adı olarak birlikte kullanılabilir. SEROZAN (Medeni Hukuk), s.473, 474; SEROZAN (Yeni Medeni Kanun), s.153; Başka bir görüşe göre ayrıca, taraflardan gelecek soyadı bekarlık soyadı olabileceği gibi, evlenme anındaki soyadları da olabilir. GÜLER, s.214, 215; Farklı bir bakış açısına göre; ortak aile adı olarak belirlenecek adın illa eşlerin adı olması ya da eşlerin adından oluşması gerekmeyp, üçüncü bir ismin de olabileceğine ilişkin bkz. MORTAŞ (Kocanın Soyadı), s.358.

85 GÖZTEPE, s.129.

86 BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3911, 3912.

87 BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.3911, 3912; BAŞOĞLU, Başak: Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, No 1, 2017, ss.351-378, s.373; Aynı yönde; MORTAŞ (Kocanın Soyadı), s.355; Çift soyadı sakıncalı gören bir görüşe göre; ortak soyadı seçilmemişse çocuk hem annenin hem de babanın soyadını alacaktır; ancak bu soyadların sırası kur'a yolu ile belirlenecektir. NOMER, s.449, 4450; Ayrıca çocuğun soyadı için bakınız; dipnot 89.

88 AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.118; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK (Aile Hukuku), s.86, 87; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK (Kişiler Hukuku), s.55, 56; ABİK, s.100.

89 Aynı yönde; ÖDEN/ ESEN, s.834; SEROZAN (Yeni Medeni Kanun), s. 152; ÇAKIRCA (Eşitlik), s.748; ERGENE, s.134, 135; BAŞOĞLU (Adın Değeri), s.373; Karş. HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK

suretiyle aile birliğinin korunacağını savunan düşünce, kocayı aile reisi olarak kabul eden düşünceden çok da uzak değildir. Aile bütünlüğünü koruma görevini, kendi benliğini değiştirme fedakârlığında bulunmasını bekleyerek, tek başına kadının omuzlarına yüklemek hakkaniyetli olmaz. Ailede birlik düşüncesinin kuvvetlenmesi ve dış dünyada ailenin tespit edilebilmesi ihtiyacı ile ortak soyadının kullanımı kabul edildiğinde, -iradenin özgürce dile getirilebildiği ihtimalde- seçim taraflara bırakılmalıdır. Ailede ortak soyadı prensibini hayata geçirmek için, aileyi kuracak iki kişiden biri olan kadının kişiliğini değiştirmesini beklemek, aile birliğinin korunması ilkesi ile bağdaşır nitelikte değildir. Ancak elbette, aile birliğinin sağlanması ve korunması kapsamında çocuğun üstün yararı ayrıca değerlendirilmelidir. Farklı soyada sahip olan ancak sadece bir tarafın soyadını taşıyan çocuğun, boşanmış ebeveynine sahip olan çocuktan farklı bir görüntüsü -en azından dışarıdan- yoktur. Boşanma halinde anne ile farklı soyad taşıyacak çocuğun korunması düşüncesi ile kocanın soyuna olan aidiyetinin kesilmesi ihtiyacı çatıştığında korunan menfaat dengesi ile evlenen kadının soyadı kapsamında değerlendirilen menfaat dengesi çok da farklı değildir. Zira evlilik sürerken ya da boşanma gerçekleştikten sonra, çocuğun anne ve babası ile olan bağları prensip itibarıyla değişmemektedir. Ancak elbette ebeveyni ile farklı soyada sahip olan çocuğun, toplumda bazı çevrelerce soyadına yüklenen statü nedeniyle, sosyal bir varlık olarak duygusal zorluklar yaşaması mümkündür. Bu zorluk, boşanan kadın ile çocuğunun farklı soyadına sahip olması meselesinde de gündeme gelmektedir⁹⁰. Ancak, evlenen eşlerin farklı soyadları taşıyabilmesi ihtimalini tamamen elemeyen önce probleme çözüm aranması faydalı olacaktır⁹¹.

(Aile Hukuku), s.55.

90 Bakınız; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (Ed. ÖGÜZ, Tuhan/ HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss.183-201, s.195, 196; OKTAY ÖZDEMİR (Eşitliğe Aykırı Hükümler), s.29-301; BİRİNCİ UZUN, Tuğba: Aile Soyadı Çıkmazı Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 4. Sayı, Ankara, 2016, ss.99-137, s.107 vd.; BAŞOĞLU (Çocuğun Soyadı), s.353 vd.; MORTAŞ (Kocanın Soyadı), s.314-343; GÜLER, s.177 vd.; YÜCEL, Yeliz: Türk Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.199 vd.; ERGENE, s.141, 142; AYAN, s.67-69.

91 Çift soyadı zararlı bulan bir görüş uyarınca çocuğun soyadı anne ya da babanın soyadından biri olacak şekilde kur'a yöntemi ile belirlenmelidir. AKBULUT, s.130, dipnot 7; Ortak aile adı konusunda herhangi bir anlaşma yapmayan ve kendi bekarlık soyadlarını kullanmaya devam eden evli çiftlerin,

Soyadın seçimi konusunda taraflara verilen tercih hakkı çerçevesinde soyadı kullanılmayan eşin bekarlık soyadını terk etmek zorunda kalacağı, bu durumda da eşitliğin tam olarak sağlanamayacağı ve tarafların soyadlarının birleşmesiyle soyad oluşturulduğunda da gelecek nesillerde adın düzen ve aileyi belirtme fonksiyonuna zarar vereceği ileri sürülen görüşler arasındadır⁹². Ortak soyadı prensibi ve eşlere seçim hakkı verme sistemi benimsendiğinde, soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen eşin soyadının değişmesi suretiyle kimliğinin değişeceği doğrudur. Ancak kişiliğinin bir parçasında değişikliğe neden olacak bir hususta öncelikle kendisinin iradesine başvuran ve kararı kişinin kendisine bırakan düzenlemenin, cinsiyetler arası farklı hukuki düzenleme oluşturmayacağı açıktır. Burada söz konusu olan şey; kişinin kendi isteğiyle kişiliğinin bir parçası olan soyadını değiştirmesidir. Burada önemli olan husus, tarafların değişikliği tercih edebilmiş olmasıdır.

evlilik öncesinde doğacak çocuğun soyadına ilişkin anlaşma yapması, sorunu çözecektir. Taraflardan birinin soyadının kaunen belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olur. AYAN, s.78, 79; Çocuğun soyadına dair yapılan anlaşmada, eşlerden birinin soyadının belirlenmesi, soyadın aidiyet işlevine de uygun olur. DURSUN, s.130, 131; Farklı bir görüş de; bu durumda hem annenin hem de babanın soyadının, kanunen çocuğun soyadı olması yönündedir. GÜLER, s.219, 220; Farklı bir görüşe göre taraflar anlaşamadığında, annenin soyadı, kanunen çocuğun soyadı olmalıdır. Babaya göre reddedilmesi daha güç biçimde annenin doğumla belli olması ve boşanma halinde genellikle anneye verilen çocuğun soyadının anneden farklı olması nedeniyle manevi olarak zorluklar yaşaması ve ayrıca soyad konusunda evlilik içi-evlilik dışı çocukları eşit konuma getirme ihtiyacı göz önünde tutulmalıdır. ERGENE, s.170; Ortak aile adı belirlemeyen eşler, çocuğun soyadına ilişkin anlaşma yapabilirler. Ancak anlaşma yapılmadığında çocuk, soybağı ile bağlı olduğu anne ve babanın soyadını alfabetik sıra ile birlikte taşımaktadır. Anne veya babanın soyadı birden fazla ise; çocuk bunlardan ilkinin almalıdır. BAŞOĞLU (Çocuğun Soyadı), s.373; Başka bir görüşe göre; çocuğun soyadı konusunda eşler anlaşamadıklarında, kur'a çekilerek hangi tarafın soyadının önce geleceğine karar verilmelidir. NOMER, s.449, 4450; Bir görüşe göre eşlerin; çocuğun soyadı konusunda anlaşamaması halinde uyumsuzluk, velayetin idaresi kapsamındaki diğer uyumsuzluklar gibi çözümlenmelidir. SEROZAN (Yeni Kanun), s.153; Evlilik içi doğan çocuğun soyadı ve evlilik dışı çocuğun soyadı velayet hakkına haiz olan tarafın soyadı olmalı, evlilik dışı çocuğun ortak velayet altında olduğu durumda ise tarafların bu konuda yapacakları anlaşma belirleyici olmalıdır. SEROZAN (Medeni Hukuk), s.473, 474; Aile adı seçememiş eşlerin çocuğun soyadı konusunda anlaşamaması halinde konunun velayet hakkının kullanılması kapsamında çözülmesi gerektiğini, ifade etmiştir. ÖZEN, s.169; Aynı yönde; Eşlerin anlaşmadığı durumda, bir tarafın mahkemeye yapacağı başvuru ile hakimın tarafları önce uzlaştırmaya çalışması, uzlaşma olmadığında da çocuğun soyadını seçme yetkisini bir tarafa bırakması gerekir. Belirlenen sürede seçimin yapılmadığı durumda bu kişinin kendi soyadını seçtiği varsılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bakınız. ACABEY, s.511, 5112. Çocuğun soyadının belirlenmesi esasen soybağına bağlı olsa da, ortak aile adı seçilmediğinde çocuğun soyadı konusunda eşlerin anlaşma yapamaması halinde, çözümün velayetin idaresi kapsamında aranması mantıklı görünmektedir. Zira, çocuğun soyadının belirlenmesi gibi yüksek önem ihtiva eden bir meselenin kur'a yöntemiyle çözülmesi ve çocuğun soyadının tespitinin şansa bırakılması, çocuğun yararına olmayacaktır. Ancak eşlerin anlaşamaması ihtimali öngörülerek kanuni düzenleme getirilmesi yararlı olacaktır.

92 DOĞAN, s.126, 127.

Bir görüş uyarınca; ortak soyadı zorunlu olmalı ve eşler evlenirken bu soyadın, hangi tarafın doğum soyadı olacağına karar vermeli, anlaşma-seçim yapılmadığı durumda iki tarafın da soyadının birleşiminden oluşan ortak soyadının kullanılması gerektiği, böylece soyadın düzen ve ailenin belirlenmesi işlevleri işlerliğini yitirmezken kadın ile erkek arasındaki eşitliğin sağlanmış olacağı ifade edilmiştir⁹³. Eşlerin ortak soyada ilişkin herhangi bir seçim yapmadığı durumda iki tarafın soyadının birleşiminden oluşan ismin, ortak soyadı olması sistemi uygulandığında bu sefer hem erkek hem de kadının kişilik haklarına müdahale söz konusu olacaktır. Hâlihazırdaki düzenlemelerle kadının kişilik hakları ihlal edilerek benliği iradesi dışı değiştirilirken, cinsiyetler arası eşitliğin sağlanması adına erkeğin de kişilik haklarını ihlal etmenin çözüm olmayacağı aşikârdır. Ayrıca doktrinde ifade edilen bir endişeye göre; farklı soyadlar kullanmasına cevaz verecek şekilde seçim hakkı tanınması ve özellikle eşlerin kendi soyadlarının birleştirilerek yeni bir soyadı oluşturması, uzun ve karışık soyadlara sahip sonraki nesillerin kişisel durum sicil kayıtlarının tutulmasında sorunlara sebep olabilecektir⁹⁴. Fıili durum açısından haklı gördüğümüz bu probleme çözüm getirmek ise, mümkündür. Bu kapsamda birleşecek soyadların sayısını sınırlı tutmak suretiyle eşlerin kendi soyadlarının birleştirilerek yeni bir soyadı oluşturmasına izin verilebilir⁹⁵. Değirmek gerekir ki; kadının bekarlık soyadını kullanmasını engeleyici argümanlardan biri olarak ileri sürülen, nüfus sicil kayıtlarında karışıklık yaşanacağı endişesi, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m.46 ve 47 çerçevesinde zaten çözülmüş durumdadır. NHK uyarınca T.C. kimlik numarası her işlem ve kayıta esas alınacak, kadının eşi ile farklı soyada sahip olması durumunda gerçekleşeceği düşünülen sicil karışıklıkları

93 Görüş için bakınız. ABİK, s.268, 269; Bu fikirden tarafların anlaşamamsı durumunda iki tarafın soyadının birleşiminden oluşacak ismin aile soyadı olacağına dair kısımla ayrılan görüş için bakınız. TURAN, Gamze: *Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı: İsviçre Ve Alman Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak, Kadın/Woman 2000, Yıl 7, Sayı 2, 2006, ss.73-87, s.82; Bir görüşe göre; zorunlu ortak aile soyadı seçimi tercihi de zorunlu olmalı, bu tercih yapılmadan evliliğe imkan verilmemelidir. Bu durumda seçilecek ortak soyad ya taraflardan birinin soyadı ya da ikisinin birleşiminden oluşan soyad olacaktır. İki tarfa da eşit derecede seçim hakkı verildiğinde, zorunlu ortak aile adı prensibi AİHS ve CEDAW hükümlerine ve AİHM kararlarına aykırı olmaz. AYAN, s.74-76; Karş. Ortak soyadı seçmeyenlerin evlenmesine izin verilmemesi nedeniyle evlenme özgürlüğü ağır ve haksız şekilde sınırlandırılmış olur. ERGENE, s.167, 168.*

94 DOĞAN, s.127; Aynı yönde; MORTAŞ (Kocanın Soyadı), s.357; Bu durum hem karışıklığa yol açar hem de ismin fonksiyonunu ortadan kaldırır. NOMER, s.449; Aile adının belirlenmesinde taraflara seçim hakkı verilmesi, kişisel durum sicillerinde karışıklığa yol açabilecektir. BAYGIN, s.452.

95 Aynı yönde; GÜLER, s.215.

yaşanmayacaktır⁹⁶.

Kadının ve çocuğun soyadına dair dikkat çeken bir düzenleme; özellikle son yıllarda hukukumuzda görmeyi özlediğimiz çağdaş, özgürlükçü, demokratik ve kadının insan haklarına saygılı, koruyucu önemli gelişmeleri gözlemlediğimiz K.K.T.C.’de gerçekleşmiştir. 34/2015⁹⁷ ve 5/2019⁹⁸ sayılı Yasalar ile değişik 1/1998 sayılı Aile (Evlenme ve Boşanma) Yasası⁹⁹ evlenen kişilerin ve çocuklarının soyadlarına ilişkin önemli düzenlemeler getirmesi sebebiyle dikkat çekmektedir. K.K.T.C. Aile Yasası madde metni genel olarak incelendiğinde; evliliğin taraflarının “eş” olarak ifade edilmek suretiyle kadın ile erkek arasında pozitif dahi olsa herhangi bir ayrımın yaratılmadığı görülmektedir. Aile Yasası’nın “Tarafların ve Çocukların Soyadları” kenar başlığını taşıyan 35. maddesinde; evlilik birliğinin taraflarının uzlaşması halinde ikisinden birinin soyadını aile soyadı olarak taşıyabileceği, bu durumda bekârlık soyadı aile soyadı olmayan eşin, evlenme bildirimini sırasında imzaladığı beyanname dışında başka hiçbir yasal işlem yapmaksızın bekârlık soyadını aile soyadından önce taşıyacağı hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkrada aile soyadı konusunda tarafların uzlaşma sağlayamadığı durumda tarafların, bekârlık soyadlarını taşımaya devam edeceklerine ilişkin evlenme bildirimini sırasında imzaladıkları beyanname dışında başka hiçbir yasal işlem yapmaksızın, bekârlık soyadını kullanmaya devam edecekleri ifade edilmiştir. Üçüncü fıkrada aile soyadı konusunda taraflar arasında uzlaşma sağlandığı durumda, çocukların aile soyadı olarak belirlenmiş soyadını alacakları ifade edilmiştir. Maddenin altıncı fıkrası uyarınca taraflar, boşanmaları halinde, boşanma hükmünü Nüfus Kayıt Dairesine sunmak suretiyle bekârlık soyadına geri döner ve boşanmış taraflardan herhangi birisi, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın aile soyadını kullanmaya devam edebilir. Maddeye göre boşanma sırasında aile soyadının kullanılmasına itirazı olan tarafın Mahkemeye başvurma hakkı

96 *Aylık yönde; ATASOY, m. 162; AKBULUT, s.122; GÜLER, s.103; İNCE, s.52.*

97 *34/2015 sayılı Aile (Evlenme Ve Boşanma) (Değişiklik) Yasası, 07.07.2015 tarihinde 111 sayılı K.K.T.C. Resmi Gazete’inde yayınlanmıştır.*

98 *5/2019 sayılı Aile (Evlenme Ve Boşanma) (Değişiklik) Yasası, 26.02.2019 tarihinde 25 sayılı K.K.T.C. Resmi Gazete’inde yayınlanmıştır.*

99 *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhuriyet Meclisi’nin 20 Ocak, 1998 tarihli olağanüstü birleşiminde kabul olunan 1/1998 sayılı Aile (Evlenme ve Boşanma) Yasası, Anayasa’nın 94(2) maddesi gereğince Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle ilan olunmuştur. 1998 tarihli Aile Yasa’sında 2015 yılında yapılan bu değişiklikle, eşlerin ve çocukların soyadı ile ilgili söz konusu yeni düzenleme eski 35. maddenin yerini alarak yürürlüğe girmiştir.*

bulunmaktadır. Taraflardan birisinin evlilik devam ederken ölümü halinde, hayatta olan tarafın, evlilik birliği içerisinde kullanmakta olduğu soyadını, herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın kullanmaya devam edeceği ancak, hayatta olan tarafın bekârlık soyadına dönmek istediğini Nüfus Kayıt Dairesine bildirmesi ve ölüm belgesini sunması ile bekârlık soyadına dönebileceği düzenlenmiştir.

Çocukların soyadına dair ayrıntılı düzenleme getiren K.K.T.C. Aile (Evlenme ve Boşanma) Yasası örnek teşkil edebilebilecek cinstendir. Aile Yasası m.35/3 uyarınca; çocuklar için doğum belgesi, kimlik, pasaport ve benzeri resmi evraklar düzenlenirken, bekârlık soyadı, aile soyadı olmayan ebeveynin kendi bekârlık soyadını, başka hiçbir işlem yapmaksızın çocuğun soyadı hanesine ve aile soyadından önce kaydettirme hakkının olduğu da hüküm altına alınmıştır. Dördüncü fıkrada evlilik akdi sonrasında bekârlık soyadlarını kullanmaya devam eden tarafların, doğacak çocuklara, doğum belgesi çıkarırken verilecek beyan dışında başka hiçbir işlem yapmaksızın, önce ana sonra baba soyadı olmak üzere her iki soyadını da aile soyadı olarak verileceği ancak bir çocuğun ebeveyninin birden fazla soyadı olması durumunda, her bir ebeveynin kendi seçeceği bir soyadını çocuğa verebileceği ve bu soyadlarının önce ana sonra baba soyadı olarak kaydedileceği ifade edilmiştir. Maddeye göre bu ihtimalde her çocuğun en fazla iki soyadı olabilecektir. Beşinci fıkrada; on sekiz yaşını bitiren çocuğun, Mahkemeye başvurarak ebeveyninden birinin veya ikisinin soyadı olacak şekilde soyadı değiştirme ve/veya soyadı alma hakkının bulunduğu da ifade edilmiştir. Aile Yasası m.35/6-c uyarınca tarafların bu maddeye uygun olarak sundukları beyannameye dayanarak soyadları belirlenmiş olan çocukların bu soyadları, on sekiz yaşını bitiren çocuğun durumu saklı kalmak üzere, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da korunmaya devam edecektir.

V. Sonuç

TMK m.187 uyarınca kadının, evlenmekle kocasının soyadını alacağı, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadının önünde önceki soyadını da kullanabileceği ve daha önce iki soyadı kullanan kadının, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği düzenlenmiş ve m.173 uyarınca da, boşandıktan sonra kadının, evlenmeden önceki soyadını yeniden alacağı, ancak boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispatlaması halinde istemi üzerine hâkimin, kocasının

soyadını taşımasına izin vereceği, ancak daha sonra koşulların değişmesi halinde koca, bu iznin kaldırılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

TMK'da isim hakkı, kişilik hakkı olarak erkek için tam olarak koruma sağlar biçimde düzenlenmişken, evlenen kadın farklı muameleye maruz bırakılarak yapılan düzenlemeler sonucunda kadının soyadı kişilik haklarına tanınan korumadan tam olarak yararlanamamaktadır. Oysa adın kapsamında olan soyadı; kişinin toplum içinde ayırt edilebilmesi, soyunun belirlenebilmesi, yüklenen sosyal statüyü dış dünyaya yansıtabilmesi gibi fonksiyonlarla, kişinin kimliğinin bir parçasıdır. Ancak evlenen ve boşanan kadının soyadı TMK m.173 ve m.187 çerçevesinde sürekli değişmektedir. Aile adının belirlenmesine yönelik hukuki düzenlemelerde, toplumsal cinsiyet eşitliğine aykırı olarak, ataerkil aile yapısına uygun biçimde, yasa koyucu eşlere seçim hakkı vermemekte, onlar yerine kendisi belirleyici olmakta ve tercih erkekten yana yapılmaktadır. Medeni hali değişikçe kadının kimliğinde yaşanan bu değişiklik, seçim hakkı tanınmadan, tamamen iradesi dışında ve kanunen gerçekleşmektedir. Evlenen kadının ancak talep ettiği takdirde bekârlık soyadını kocasının soyadının önünde taşıyabilmesine ve boşanan kadının ancak eski kocasının soyadını hâkim kararı ile kullanabilmesine ilişkin getirilen düzenlemeler de, kadının kişilik değerlerine karşı gerçekleştiren ihlali giderememektedir. Zira soyadına ilişkin irade dışı yaşadığı her değişiklikte kadının, toplumsal statüsü ile sosyal ve ekonomik kimliği, zedelenmeye devam etmektedir.

Evlenme veya boşanma ile kadının soyadı TMK m.173 ve m.187 çerçevesinde sürekli değişirken, evlenen ya da boşanan erkeğin soyadı için herhangi bir değişikliği öngören hüküm düzenlenmiş değildir. Kadın, her medeni hal değişikliğini ismine yansıtmak, bu değişikliği adeta ilan etmek durumunda bırakılırken, evlenen ya da boşanan erkeğin medeni halinin değiştiği isminden anlaşılmamaktadır. Bu haliyle medeni halde yaşanan değişikliğin topluma ilan edilmesinin zorunlu olduğu, hem de bu zorunluluğun sadece kadına yüklendiği görülmektedir. Soyadının, soyu belirleme ve toplumdaki yeri belli ederek statü göstergesi olma işlevleri de sadece erkek için geçerli olmakta, kadın evlenerek anne ve babasından aldığı soyadı kaybederek aslında kendi anne ve babasından gelen soyunun belirliliğini ve var olan statüsünü kaybetmektedir. Aile soyadı olarak sadece erkeğin soyadının belirlenmiş olması nedeniyle de kadının, cinsiyete dayalı farklı hukuki muameleye maruz kalmaktadır. Soyadının kişiliğin bir parçası

olması sebebiyle, kadının soyadın kullanımına ilişkin gerçekleştirilen dış müdahalelerin, kişiliğe yapılan saldırı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi TMK m.187'e dair 2011 yılında verdiği somut norm denetimi kararında kadının, aile birliğini sağlamak için kocanın soyadını taşıması gerektiğini düşünerek kadın-erkek arasındaki eşitliği sağlama görevi yerine ailenin korunması görevine önem vermiştir. AİHM ise Ünal-Tekeli başvurusuna ilişkin 2004 yılında verdiği kararında; soyadının, kimlik ve aile bağı üzerindeki etkisini göz önünde tutmuş, aile birliğinin ortak ad ile temsili amacının AİHS m.8'de belirtilen hak üzerinde cinsiyete dayalı ayrımı haklı kılmadığını ifade ederek m.14'deki hakkın, TMK m.187'nin uygulanmasıyla ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi kararı sonrası 10 yıl içinde konunun iptal talebi ile mahkemenin önüne tekrar gelmesi mümkün olmasa da bireysel başvuru yolu ile konuyu önünde bulan Anayasa Mahkemesi, AİHM ve taraf olunan uluslararası sözleşmeleri de dikkate alarak farklı bir yol çizmiştir. 2011'de kadının soyadına ilişkin hükmün iptali talebini reddeden ve talebin Anayasa m.90/5 ile ilgisi olmadığını ifade eden Anayasa Mahkemesi, 2010 yılında bireysel başvuru yolu açılmasıyla önüne gelen talepleri değerlendirirken toplumsal ihtiyacı ve iç mevzuata dâhil edilen uluslararası düzenlemeleri göz ardı edememiştir. Kadının soyadına dair bireysel başvuru kararlarında Anayasa Mahkemesi; kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının, kişinin manevi varlığı kapsamında kaldığına ve AİHS m.8 uyarınca özel yaşama saygı kapsamında güvence altına alınması gerektiğine dikkat çekmiştir. Kararlarda, TMK m.187'nin uygulanmasıyla isim hakkına yapılmış olan müdahalenin Anayasa m.90/5 uyarınca kanunilik şartını taşımadığı, bu sebeple Anayasa m.17'de düzenlenen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği ve TMK m.187'nin uygulanmayıp uluslararası sözleşmelerin uygulanması gerektiğini, evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanabileceği ifade edilmiştir. Mahkeme, bireysel olarak önüne gelen dosyalarda ihlali tespit ederek ihlali giderici kararlara hükmetmişse de TMK m.87'nin iptali istenemediğinden madde yürürlüğünü korumuştur. Bu nedenle de evlilik öncesi soyadını kullanmak isteyen her kadının öncelikle tüm iç hukuk yollarını tüketmesi, ancak daha sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla başvuruda bulunması gerekmiştir. Bireysel başvuru kararlarından sonra Yargıtay'ın içtihatlarında genel olarak olumlu yönde değişiklik görülse de içtihat

birliği sağlanamamıştır. Anayasa Mahkemesinin görüşü paralelinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015 yılında, evli kadının eşinin soyadını alma zorunluluğunu AİHS m.8'e ve Anayasa m.17'ye aykırı bularak, evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanmak için haklı ve önemli sebep ileri sürmeksizin talebini gerçekleştirebileceğine karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu kararı içtihadı birleştirme kararı niteliğinde ve bağlayıcılığında olmasa da, nüfus hizmetlerinde yaşanacak karışıklıkların giderilebileceğine, aile birliğinin ortak soyadına bağlı olmadığına, evlenen kadının münhasıran önceki soyadını dava yoluyla ileri sürerek kullanabileceğine dair verdiği hüküm son derece önemlidir.

Bugün geldiğimiz noktada, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonrası verdiği kararlar sonucu; soyadının kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olduğu, kişinin manevi varlığı kapsamında kaldığına ve AİHS m.8 uyarınca özel yaşama saygı kapsamında güvence altına alınması gerektiği ve TMK m.187 hükmünün kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu artık açıkça kabul edilmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, Anayasa m.10 ve 41'de yapılan değişiklikler dikkate alındığında kadının aile adı olarak kocanın soyadını taşıma yükümlülüğünün kadın-erkek eşitliğine ters düştüğü ve kadın aleyhine cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiği görülmektedir. Aile adında birlik ilkesi çerçevesinde aile adı olarak soyadının belirlenmesinde eşlerin aynı ölçüde söz sahibi olduğu hallerde AİHS'ne, AİHM içtihatlarına veya Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'ye aykırılık yaşanmayacaktır.

TMK m.187 başlı başına Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde yer alan eşitlik ilkesini, kadının soyadını erkekten farklı kullanmak zorunda bırakılması yönünden temel hak ve özgürlükleri koruyucu düzenlemeleri ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını ihlal eder niteliktedir. Gerek AİHM içtihatları gerek Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları çerçevesinde söz konusu durum açıkça ortaya konmuşsa da somut norm denetiminin 2021'e kadar talep edilememesi nedeniyle hüküm uygulamada kalmıştır. Ancak TMK'nın yargı yolu haricinde değiştirilmesi de mümkündür. Olması gereken; yasama organı tarafından gerekli değişiklik ve düzenlemelerin yapılmasıdır. Artık günümüzde evlenen kadının bekarlık soyadını münhasıran ve özgürce kullanabilmesi, gelişen toplumun ihtiyacı haline gelmiştir. 2505 sayılı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği m.24, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu Ek m.3 ve TMK m.187 birlikte değerlendirildiğinde görülmektedir

ki; evli kadının soyadına dair düzenlemeler oldukça dağınık¹⁰⁰ ve toplumsal ihtiyacı karşılamak konusunda yetersizdir. Kadınların anayasal haklarını her seferinde dava açarak kullanmak zorunda kalmaları, kadınların yıldırılmasına ve mevcut statünün devamına göz yummak anlamındadır. Bu nedenle yasa koyucu üzerine düşen görevi yapmalı, uluslararası sözleşmelerle üstlendiği taahhütleri yerine getirerek yasal değişiklikleri gerçekleştirmelidir.

TMK m.187'nin bu haliyle, kadın ile erkek arasındaki eşitliği bozan ve soyadının kişiliğin parçası olması nedeniyle vazgeçilmez niteliğine aykırı bir düzenleme olduğu açıktır. TMK m.187'nin uygulanması, kadının isim hakkına yapılan, Anayasa m.90/5 uyarınca kanunilik şartını taşımayan bir hak ihlalidir, hükmün uygulanması Anayasa m.17'de düzenlenen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal etmektedir. TMK m.187 yerine yapılacak yasal düzenlemede eşler, aile adının seçimi, konusunda eşit haklarla donatılmaları özgür bırakılmalı, ortak soyadı taşıma konusunda uzlaşa sağlanamadığında da çocuğun çıkarlarını özenle koruyan çözüm önerileri sunulmalıdır. Bu iki hassas nokta çerçevesinde kadının soyadı meselesi çözümlenmelidir. Kadının otomatik olarak kocanın soyadını aldıktan sonra bu soyadı bırakarak münhasıran kendi soyadını alabilmesine cevaz verecek düzenleme dahi soyadının kullanılması hakkı kapsamında kadın ile erkek arasındaki eşitliği sağlamayacaktır. Zira yine kadın aslında temel hakkı olan soyadını özgürce kullanma hakkını bir işlemde bulunmak suretiyle kullanmak zorunda kalacaktır. Oysa eşitlik prensibi kapsamında evlenen erkekte olduğu gibi kadının da hiçbir işleme gerek kalmadan bekarlık soyadını koruyabilmesi gerekir. Bu nedenle en uygun çözüm; evlenen kadın ile erkeğin bekarlık soyadlarını kanunen kullanmaya devam edip, ancak talep etmeleri halinde eşlerden birinin ya da ortaklaşa seçilecek başka bir soyadının, haklı bir nedene dahi dayanmaksızın ortak soyadı olarak kullanabileceğinin düzenlenmesidir. Ayrıca, kendi soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen tarafın kendi soyadını ortak soyadın önünde kullanmayı tek başına talep edebilmesi gerekir. Her halukarda, ortak bir soyadın seçildiği durumda çocuğun soyadı bu ortak soyad olmalıdır.

100 DEMİRTAŞ Ali, *Nüfus Hizmetleri Kanununda Yapılan Son Değişiklikler*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14. Cilt, Sayı 179-180, 2019, ss.1435-1461, s.1455.

Kaynakça

- [1][ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2005.
- [2] ACABEY, Mehmet Beşir: Türk Hukukunda Ailenin Soyadı (Eşlerin Ve Çocukların Soyadı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19. Cilt, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan (Ed. AYDOĞDU, Murat / AYAN, Serkan / KAHVECİ, Nalan / YAĞCIOĞLU, Ali Haydar), İzmir, 2017, ss.493-512.
- [3]AKBULUT, Pakize Ezgi: Uygulamadaki Güncel Gelişmeler Işığında Evli Kadının Soyadı, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (20 Nisan 2017) (Ed. ENGİN, Baki İlkay), Cilt 2: Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2019, ss.99-145.
- [4]AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt , 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- [5][5]AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- [6]AKİPEK ÖCAL, Şebnem: Kişisel Durum Sicillerinde Kadının Evlenme Ve Boşanma Hallerinde Durumu, II. Uluslararası Kadın Ve Hukuk Sempozyumu (Ed. GÖKALP ALICA, S. Suzan / BASA, Necdet), Cilt 1, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 381, Ankara, 2019, ss.373-387.
- [7] ATASAYAN, Gözde: Kadının Soyadı da Yok, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan (Ed. ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper / SARI, Suat / ÖZEN, Burak / KURT, Ekrem / SAĞLAM, İpek), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss.199-220.
- [8] ATASOY, Hakan: Evli Kadının Soyadı Sorunu 'Anayasal' mı?', 'Bireysel' mi?', Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 5 (70. Yıl Armağanı), 2015, ss.131-170.
- [9] AYAN, Serkan: Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16. Cilt, 4. Sayı, Ankara, 2012, ss.19-90.

- [10] AYDIN, Gülşah Sinem: Türk Medeni Kanunu M.187 (Anayasa Mahkemesinin 187. Maddenin İptali İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme), Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan (Ed. ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper / SARI, Suat / ÖZEN, Burak / KURT, Ekrem / SAĞLAM, İpek), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss.246-275.
- [11] BAŞOĞLU, Başak: Adın Ne Değeri Var?-Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, 15. Cilt, 176. Sayı, 2017, ss.3881-3918. (Adın Değeri)
- [12] BAŞOĞLU, Başak: Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, No 1, 2017, ss.351-378. (Çocuğun Soyadı)
- [13] BAYGIN, Cem: 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunun'un Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan (Ed. ÜLGEN, Hüseyin / KAYA, Arslan / NILSSON, Okutan), Cilt 2, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2003, ss.437-461.
- [14] BERKİ, Şakir: Türk Medenî Kanunu'nda Evlenmenin Evli Kadınla İlgili Neticeleri, Prof. Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU'na Armağan (Ed. İNAN, Ali Naim / CANSEL, Erol / ÖZTAN, Bilge / SİRMEN, Lale / ERTEN, Ali), Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, ss.101-118.
- [15] BİRİNCİ UZUN, Tuğba: Aile Soyadı Çıkmazı Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 4. Sayı, Ankara, 2016, ss.99-137.
- [16] CENGİZ, Bilal: Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- [17] CEYLAN, Ebru: Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Hukuki Durumu, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2 , Cilt 1, 2016, ss.75-125.
- [18] ÇAKIRCA, Seda İrem: Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70. Sayı 2, 2012, ss.145-164. (Gelişmelerin

Değerlendirmesi)

- [19] ÇAKIRCA, Seda İrem: Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187'nin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan (Ed. ENGİN, Baki İlkay / BAYSAL, Başak / AYDIN ÜNVER, Tülay), Cilt 1, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, İstanbul, ss.703-749. (Eşitlik)
- [20][20] ÇELEBİ, Özgün: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2019, ss.537-614.
- [21] DEMİRTAŞ, Ali: Nüfus Hizmetleri Kanununda Yapılan Son Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14. Cilt, Sayı 179-180, 2019, ss.1435-1461.
- [22] DOĞAN, Murat: Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, ss.93-129.
- [23] DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt 2, Kişiler Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- [24] DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt 3, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- [25] DURSUN, Esra: Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- [26] DUYMAZ, Erkan: Anayasa Mahkemesi'nin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2014, ss.37-53.
- [27] EKŞİ, Nuray: Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi, Özel Sayı: (Cilt 8, Sayı 2, Yıl 2011 ve Cilt 9, Sayı 1, Yıl 2012) Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan (Ed. BUDAK, Ali Cem), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2012, ss.311-331.
- [28] ERBERK ODABAŞI, Özge: Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, İzmir, 2017, ss.43-109.
- [29] ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

- [30] ERGENE, Deniz: İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının Ve Çocuğun Soyadı Meselesi Ve Medenî Kanun'da Değişiklik Önerisi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 31, Sayı 2, Ankara, 2011, ss.123-176.
- [31] ERGÜL, Ozan: Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, Yıldırım ULER Armağanı (Ed. ERDAL, Muhammed), Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Lefkoşa 2014. ss.65-87.
- [32] ERGÜL, Ozan: Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Methoduna Odaklanmak: Norm Somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme, Anayasa Yargısı, Cilt 35, Sayı 1, 2018, ss.225-239. (Bireysel Başvuru)
- [33] GÖZTEPE, Ece: Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 2, Ankara, 2015, ss.101-130.
- [34] GÜLER, Zeynep: Türk Hukukunda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- [35] GÜVEN, Kudret: Milletlerarası Andlaşmaların Aile Hukukuna Etkisi, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (10-11 Haziran 2016) (Ed. BADUR, Emel / TURAN BAŞARA, Gamze), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, ss.139-155.
- [36] HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. (Aile Hukuku)
- [37] HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (Kişiler Hukuku)
- [38] HAVUTCU, Ayşe: Türk Medeni Kanunu'nda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1, İzmir, 1998, ss.7-17.
- [39] HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017. (Gerçek Kişiler)
- [40] HELVACI, Serap: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ve Anayasa

Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 35, Sayı 1, 2015, ss.157-169. (Kadının Soyadı)

- [41] HELVACI, Serap: Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (17-18-19-20 Şubat 2016): 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku (Ed. AKİPEK ÖCAL, Şebnem / KAZMACI, Uzun / AYAR, Ahmet / SAYIN, Zeliha Gizem / ÖZÇELİK, Nesli Şen), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, Cilt 2, ss.771-788. (Kararlar)
- [42] HELVACI, Serap / KOCABAŞ, Gediz: Fransız, Alman, İsviçre Ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN'a Armağan, 21. Cilt, 2. Sayı, 2015, ss. 615-644.
- [43] İNCE, Nurten: Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı, Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2017, ss.37-58.
- [44] KANADOĞLU, Korkut: Evlilik Ve Ailenin Korunması, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (Ed. ÖGÜZ, Tufan / HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss.93-117.
- [45] KAYA, Emir: Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısına Etkisi; On Yıl Yaşığı ve Kadının Soyadı Örneği, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1 (Ed. SAĞLAM, Musa / GÜLENER, Serdar / KAPLAN, Recep), Anayasa Mahkemesi Yayını, 1. Baskı, Ankara, 2013, ss.117-154.
- [46] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017. (Aile)
- [47] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk-Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (Medeni)
- [48] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun Açısından Kadın- Erkek Eşitliği, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, Ankara, 1991, ss.9-17. (Kadın-Erkek Eşitliği)
- [49] MOROĞLU, Nazan: Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 25, Sayı 99, 2012, ss.245-268. (Kadının Soyadı)

- [50]MOROĞLU, Nazan: Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadın İnsan Hakları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hukuk Fakültesi Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı, Sayı 1: Özel Sayı, Cilt 13, 2016, ss.285-317. (Kadın İnsan Hakları)
- [51] MORTAŞ, Süleyman: ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması (Aileye Multidisipliner Bir Yaklaşım), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016. (Aile Hayatının Korunması)
- [52] MORTAŞ, Süleyman: Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde “Kocanın Soyadı” Parametresi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, Ankara, 2016, ss.311-369. (Kocanın Soyadı)
- [53] NOMER, Haluk: Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde Ve Türkiye’de Evlenen Kadının Ve Ortak Çocuğun Soyadı, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2: Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan, Beta Basım Yayın, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss.421-450.
- [54]ODER, Bertil Emrah: Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (Ed. ÖGÜZ, Tufan / HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss.1-19.
- [55]OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel), 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- [56] OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler, Prof. Dr. Zahit İMRE’ye Armağan (Ed. HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ERMAN, Hasan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, DER Yayınları, İstanbul, 2009, ss.289-307. (Eşitliğe Aykırı Hükümler)
- [57]OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Anayasa Mahkemesi’nin Soyadı Kanunu m. 4’ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119 /165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (Ed.

ÖGÜZ, Tufan / HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss.183-201. (Kararların Değerlendirilmesi)

- [58] OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Soyadı Ve İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, ss.2017-2032. (Soyadı)
- [59] ÖCAL APAYDIN, Bahar: Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselsi Çözüme Kavuşmuş Mudur?, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6. Cilt, Sayı 2, 2015, ss.545-458.
- [60] ÖDEN, Merih / ESEN, Selin: Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı, Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Yayınları, Sayı 391, Ankara, 2013, ss.817-837.
- [61] ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, ss.261-598.
- [62] ÖZEN, Burak: Evli Kadının Soyadı, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (10-11 Haziran 2016) (Ed. BADUR, Emel/ TURAN BAŞARA, Gamze), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, ss.163-173.
- [63] ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015. (Aile Hukuku)
- [64] ÖZTAN, Bilge: Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu, Prof. Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU'na Armağan (Ed. İNAN Ali, Naim/ CANSEL, Erol/ ÖZTAN, Bilge / SİRMEN, Lale / ERTEN, Ali), Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, ss.421-439. (Kadının Soyadı)
- [65] ÖZTÜRK, Necla: Türk Hukukunda Kadına Yönelik Düzenlemeler: Geçmişten Günümüze Genel Bakış, Türk Hukukunda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler Ve Uygulama (Ed. ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, ss.1-41.
- [66][66] REYHANİ YÜKSEL, Sera: Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Ankara, 2014, ss.175-200. (Kadın-Erkek Eşitliği)

- [67] REYHANİ YÜKSEL, Sera: Kadın Ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, Sayı 145, ss.397-420.
- [68] SEROZAN, Rona: Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (Ed. ÖGÜZ, Tufan / HELVACI, İlhan), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ss.137-167. (Yeni Medeni Kanun)
- [69][69] SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (Medeni Hukuk)
- [70] ŞANLI ATAY, Yeliz: Kadının Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının Cinsiyet Ayrımcılığı Üzerine Düşündürdükleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Uluslararası Kadın Konferansı (09-11 Mayıs 2012) Kadın Olmak Farkındalık ve Özgürleşme Bildiriler Kitabı (Ed. TECİM, Vahap / TARHAN, Çigdem / AYDIN, Can), DEKAUM (Dokuz Eylül Üniversitesi Kadın Hakları ve Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi), İzmir, 2012, ss.182-198.
- [71] TURAN, Gamze: Türk Hukuku'nda Evli Kadının Soyadı: İsviçre Ve Alman Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak, Kadın / Woman 2000, Yıl 7, Sayı 2, 2006, ss.73-87.
- [72] YILMAZ, Merve: Evli Kadının Soyadı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım KAYNAK'a Armağan, Yıl 3, Sayı 10, Temmuz 2012, ss.129-151.
- [73] YÜCEL, Yeliz: Türk Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- [74] YÜZER ELTİMUR, Dilara: AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- [75] ZEVLİLİLER, Aydın / ACABEY, M. Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler, Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

- [76] ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTCU, Ayşe / ACABEY, M. Beşir / GÜRPINAR, Damla: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2018.
- [77] ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTCU, Ayşe: Medeni Hukuk-Temel Bilgiler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- [78] ZEYTİN, Zafer: Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan (Ed. TEOMAN, Ömer), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss.1649-1693.

Elektronik Kaynaklar

- [79] Burghartz-İsviçre Davası, Başvuru No: 16213/90, Karar Tarihi: 22.2.1994.
- [80] Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 24.10.2020.
- [81] Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası, <https://legalbank.net/arama>, Erişim Tarihi: 24.10.2020.
- [82] Leventoğlu Albülkadiroğlu-Türkiye Davası, Başvuru No: 7971/07, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Daire, Karar Tarihi: 28.05.2013.
- [83] Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 24.10.2020.
- [84] Niemietz-Almanya Davası, Başvuru No: 13710/88, Karar Tarihi: 16.12.1992.<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57887%22%5D%7D>, Erişim Tarihi: 24.10.2020.
- [85] Stjerna-Finlandiya Davası, Başvuru No: 18131/91, Karar Tarihi: 25.11.1994. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57912%22%5D%7D>, Erişim Tarihi: 24.10.2020.
- [86][Tanbay Tüten-Türkiye Davası, Başvuru No: 38249/09, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Daire, Karar Tarihi: 10.12.2013.<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22tanbay%22%5D,%22respondent%22:%5B%22TUR%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-138892%22%5D%7D>, Erişim Tarihi: 24.10.2020.
- [87] Tuncer Güneş-Türkiye Davası, Başvuru No: 26268/08, Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi 2. Daire, Karar Tarihi: 03.09.2013. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22tuncer%22%5D,%22respondent%22:%5B%22TUR%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-126133%22%5D%7D>, Erişim Tarihi: 24.10.2020.

[88] Ünal Tekeli-Türkiye Davası, Başvuru No: 29865/96, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Daire Kararı, Karar Tarihi: 16.11.2004. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2229865/96%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-67482%22%5D%7D>, Erişim Tarihi: 24.10.2020.

Covid-19 Pandemisi; İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar Ve Çözüm Önerileri

Prof. Dr. Ufuk AYDIN¹

Öz

2020 yılının başlarında ortaya çıkan Covid-19 Pandemisi iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku taraflarını olumsuz etkilemiş; birçok iş yeri kapanmış ya da faaliyet hacmini düşürmüş, çok sayıda kişi işsiz kalmış ya da daha düşük koşullarla çalışmasını sürdürebilmiştir. “Covid-19 Pandemisi”nin son bulmasıyla en çok sorun yaşanacak hukuk alanlarından ikisi de yine “İş Hukuku” ve “Sosyal Güvenlik Hukuku” olacaktır. Ulusal ve uluslararası ekonomilerde yaşanan daralma, buna bağlı olarak istihdamdaki düşüşle beraber yaşanan işsizlik ve kısmi süreli çalışma ciddi boyutlara ulaşmıştır.

İş ilişkilerinde ve ekonomide yaşanan tüm bu olumsuzluklar sosyal güvenlik sistemlerini de etkilemiş; işsizlik sebebiyle işsizlik sigortası fonlarında azalma yanında aynı sebeple Sosyal Güvenlik Kurumu’nun prim gelirlerinde de düşüş yaşanmıştır. Ek olarak, işverenlerin karşılaştığı ekonomik sıkıntılar sebebiyle SGK’ya düzenli prim ödeme alışkanlıklarında değişikliklerin yaşanmış olması da çok muhtemeldir.

Bu çalışmada “Covid-19 Pandemisi”nin son bulmasıyla İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında yaşanan sorunların neler olabileceği ve bunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Pandemi, Covid-19, İş hukuku, Sosyal güvenlik hukuku, kısa çalışma, ücretsiz izin*

1 İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ufukaydin4@aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5413-9022

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.08.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 20.09.2020

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2002

The Problems and Solutions Caused By Covid 19 Pandemic in Labour and Social Security Law

Abstract

Covid-19 Pandemic which emerged at the beginning of 2020 affected both employer and employee sides of labor and social security law causing lots of workplace shutdowns and employment problems and less favorable working conditions as well as high unemployment rates. Economic depression, unemployment and increasing rate of part-time employment also caused various new problems. These unfavorable conditions also affected social security systems, such as decreases in unemployment insurance funds and less income for the social insurance funds. Due to economic problems, employers may have lost their routine to pay social insurance premiums regularly.

In this study, possible problems that may have risen in labor and social security laws after Covid-19 Pandemics are examined suggesting possible legal solutions to these problems.

Keywords: *Pandemics, Covid-19, Labour law, Social security law, short-time working, unpaid leave*

Giriş

Ülkemizde ve tüm dünyada milyonlarca kişiyi etkileyen “Covid-19 Pandemisi”nin zaman içinde etkisini azaltacağı ve söz konusu virüse karşı bir aşının bulunmasıyla bütünsel olarak tehdit olma niteliğini kaybedeceği ortak görüştür. 2020 yılı boyunca insanlığa büyük sıkıntılar yaşatan “Covid-19 Pandemisi”nin son bulmasıyla en çok sorun yaşanacak hukuk alanlarından ikisi “İş Hukuku” ve “Sosyal Güvenlik Hukuku”dur. Zira pandemi boyunca hizmet sektörünün çok büyük bir kısmının, imalat sektörünün ise önemsenecek bir bölümünün faaliyetleri durmuş, durdurulmuş ya da aksamıştır. Öte yandan ulusal ve uluslararası ekonomilerde yaşanan daralma da istihdamı etkilemiş, işsizlik ve kısmi süreli çalışma ciddi boyutlara ulaşmıştır.

İş ilişkilerinde ve ekonomide yaşanan tüm bu olumsuzluklar sosyal güvenlik sistemlerini de etkilemiş; işsizlik sebebiyle işsizlik sigortası fonlarında azalma yanında aynı sebeple Sosyal Güvenlik Kurumu’nun prim gelirlerinde de

düşüş yaşanmıştır. Ek olarak, işverenlerin karşılaştığı ekonomik sıkıntılar sebebiyle SGK'ya düzenli prim ödeme alışkanlıklarında değişikliklerin yaşanmış olması da çok muhtemeldir.

Bu çalışmada “Covid-19 Pandemisi”nin son bulmasıyla İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında yaşanan sorunların neler olabileceği ve bunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilecektir. Bu yapılırken her iki hukuk dalı birlikte ele alınacaktır.

1. Covid-19 Pandemisi Döneminde İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanlarını Etkileyen Mevzuatta Yapılan Düzenlemeler

Ülkemizde “Covid-19 Pandemisi”nin etkilerinin görülmeye başlamasıyla iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanında alınan idari kararlar ve yasal düzenlemelerle dönemin ihtiyaçları karşılanmaya çalışılmıştır.

Bu anlamda ilk etapta İçişleri Bakanlığı ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nca çıkarılan genelgeler ve duyurular dikkati çekmiştir. İçişleri Bakanlığı'nca yayımlanan “65 Yaş ve Üzeri/20 Yaş Altı/Kronik Rahatsızlığı Bulunan Kişilerin Sokağa Çıkma Kısıtlaması Genelgesi”², Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının “Kısa Çalışma Ödeneği”nden³ yararlanmayı kolaylaştıran duyurusu iş ve sosyal güvenlik hukuku alanlarını etkileyen ilk düzenlemeler olmuştur.

Bunların devamında 7226 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁴ ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılmıştır.

Pandeminin etkilerinin artarak yaygınlaşması kanun koyucuyu yeni önlemler almaya itmiş ve bu amaçla “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁵ kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanunla 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununda, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda,

2 22.03.2020 tarih ve 5762 sayılı Genelge ve 03.04.2020 tarih ve 6235 sayılı Genelge; <http://www.icisleri.gov.tr>

3 İşkur'un Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında 22.03.2020 tarihli duyurusu; <http://www.iskur.gov.tr>

4 R.G. T. 26.03.2020, S. 31080.

5 R.G. T. 17.04.2020, S. 31102.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır.

Pandemi döneminin etkilerinin azalması ve (yeni) normale dönüş aşamasında çıkarılan 7252 sayılı Kanunla⁶ kısa çalışma ve ücretsiz izin uygulamasının sona erdiği işyerlerinin işverenlerine üç ay süreyle ama 25/12/2020 tarihini geçmemek üzere kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteği almış işçilerle sınırlı olmak üzere sosyal sigorta primi desteği sağlanmıştır. Buna göre söz konusu işçilerin prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanacak primlerinin sigortalı ve işverene düşen paylarının tamamı işsizlik sigortası fonunca karşılanacaktır (4447 s. Kanuna eklenen Geç. M. 26). Cumhurbaşkanı bu süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkilidir.

Yine aynı Kanunla Cumhurbaşkanına kısa çalışma ödeneğinin süresini sektörel olarak ayrı ayrı veya bir bütün olarak uzatma yetkisi verilmiştir. Böylece Cumhurbaşkanının süre uzatma yetkisi daha esnek şekilde kullanılabilir hale gelmiştir (7252 s. K. M.3 / 4447 s. Kanun geç. 23. Maddede değişiklik).

Bunun dışında 4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. Maddesiyle işverenlere fesih yasağı getirilmiştir⁷. Söz konusu hükme göre *“Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemez. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir. Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrafta yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir”* Belirtelim ki,

⁶ Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. T. 28.07.2020, S. 31199.

⁷ R.G. T. 28.7.2020, S. 31199. Kanun no: 7252., Kabul T. 23.7.2020.

bu süre 4/9/2020 tarihli ve 31234 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2930 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen sürelerin 17/9/2020 tarihinden itibaren iki ay uzatılmıştır.

Pandeminin süresine ve etkisine bağlı olarak yeni idari ve yasal önlemlerin alınması çok muhtemeldir. Pandemi sona erse dahi, çalışma yaşamında ve sosyal güvenlik hukuku alanında önemli gelişmeler yaşanacağı, iş ilişkilerinin yapısı ve esnekliğine ilişkin yeni düzenlemelerin yapılacağı söylenebilir.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, ülkemize benzer şekilde birçok ülke de pandemi karşısında çeşitli (ve çoğunlukla olağanüstü) tedbirler almıştır. Örneğin Fransa, pandeminin başında 24 Mart 2020’de Parlamento Hijyen Güvenliği Yönetimi’ne (état d’urgence sanitaire) geçmiş, iki ay olarak belirlenen bu rejimin süresiz uzatılması yetkisi de saklı tutulmuştur⁸. Benzer şekilde Almanya’da Federal Bakanlar Kurulu 22 Mart 2020’de aldığı kararlarla sosyal yaşama sınırlar getirmiş, hemen ardından “Sosyal Koruma Paketi”ni yürürlüğe sokmuştur⁹. Başta sürü bağışıklığı yöntemini uygulayan ama bu yöntemle yaşanabilecek kayıpları göze alamayıp kararından dönen İngiliz Hükümeti ise 19 Mart 2020’de ilk önlemleri hayata geçirmiş; yaşlı ve kronik rahatsızlığı olanların sokağa çıkmasını yasaklamış, ertesi gün okulları kapatmış, 23 Mart’ta ise kritik görevlerde çalışanlar hariç olmak üzere sokağa çıkma yasağı getirmiştir¹⁰.

2. Pandemi Döneminde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yaşanan Gelişmeler

Covid-19 Pandemisi’nin etkilerini göstermeye başlamasıyla birlikte çalışma yaşamında önemli gelişmeler yaşanmaya başlamıştır. Mart 2020’nin ortalarında bazı işyerlerinin idari kararlarla kapatılması, belli kişilere evden çıkma yasağı getirilmesi, dönemsel nitelikli sokağa çıkma kısıtlamalarıyla birlikte; market, lojistik, kargo gibi sektörlerin iş hacimlerinde yaşanan devasa büyüme, buna karşılık özellikle hizmet sektöründe yaşanan çok ciddi daralma iş hukuku bakımından çözümü güç soru ve sorunlara yol açmıştır.

⁸ Nicolas Moizard, “COVID-19 and Labour Law: France”, *Italian Labour Law E-Journal, Special Issue 1*, vol:13, 2020, s. 1.

⁹ Rüdiger Krause, Jonas Walter Kühn, “COVID-19 and Labour Law: Germany”, *Italian Labour Law E-Journal, Special Issue 1*, vol:13, 2020, s.2.

¹⁰ Tonia Novitz, “COVID-19 and Labour Law: United Kingdom”, *Italian Labour Law E-Journal, Special Issue 1*, vol:13, 2020, s. 2.

İşsizlik Sigortası Fonu verilerine bakıldığında Covid-19 Pandemisi'ne karşı işverenlerin gösterdiği ilk tepki “**işten çıkarma ya da ücretsiz izin**” olmuştur¹¹. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın “Kısa Çalışma Ödeneği”nden yararlanmayı kolaylaştıran açıklamalarından sonra ise işverenlerin kısa çalışmaya yöneldikleri söylenebilir¹². Bu yönelimde 7226 ve 7244 sayılı Kanunlarla başta SGK primleri ve vergi borçları ile diğer bazı süreli işlemlerin ertelenmesinin etkili olduğu söylenebilir. Bunların yanında işverenlerce başvuru yollar arasında işçi ücretlerinden indirim talepleri, vardiyaların eksiltilmesi, dönüşümlü/kısmi süreli çalışmaya geçiş ve evden/tele çalışma uygulamaları sayılabilir.

Covid-19 Pandemisi'nin yaşanmaya başlamasıyla iş hukuku alanında ortaya çıkan gelişmeler şöyle sıralanabilir;

- İşten çıkarma (iş sözleşmelerinin feshi),
- Ücretsiz izne çıkarma (anlaşma olmaksızın, işverenin inisiyatifiyle),
- Kısa çalışma ödeneği başvuruları,
- Evden/tele çalışmaya yönelme,
- İş sürelerinde azaltım, kısmi süreli çalışmaya gitme,
- İş güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle çalışmaktan kaçınma,
- Ücretlerde indirim talebi,
- Toplu İş ilişkilerinde sürelerin uzatılması.

a. İşten Çıkarma (İş Sözleşmelerinin İşverence Feshi)

Pandemi döneminin başında ve dönemin istihdamda yarattığı zorluklara karşı işverenlerin en çok başvurduğu yolun iş sözleşmelerinin feshi olduğunu söylemek mümkündür. İşsizlik sigortasına ilişkin sayılar da bunu göstermektedir. Bu dönemde, yani Mart 2020'de işsizlik sigortası başvuruları 600.000'e yaklaşmıştır. Ülkemizdeki kayıt dışı istihdam ve işsizlik sigortasından yararlanma koşullarının ağırlığı da dikkate alındığında milyonlar düzeyinde feshin gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Her ne

¹¹ Mart 2020-Nisan 2020 Aylarında işsizlik sigortasına başvuru sayısı 530.000'i aşmıştır. (<http://www.iskur.gov.tr>)

¹² Mart 2020-Nisan 2020 aylarında Kısa Çalışma Ödeneği başvurusu 3.500.000'e ulaşmış, başvuruların yaklaşık 2.700.000'i kabul edilmiştir. (<http://www.iskur.gov.tr>)

kadar 7244 sayılı Kanunla işverenlere fesih yasağı getirilmiş olsa da bu Kanunun yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihine kadar çok sayıda feshin yaşandığı görülmektedir. Ayrıca Kanunun getirdiği fesih yasağı 3 ayla sınırlı olduğu için -bu süre Cumhurbaşkanınca altı aya çıkarılabilecektir- bu sürenin dolduğu 17.07.2020 tarihinden itibaren yeni feshlerin yaşanması da muhtemeldir. Bu durum Pandemi sonrası çalışma ilişkilerinde ciddi sorunlar yaratacak niteliktedir.

Bu durumu gören Kanun koyucu 7252 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 10. Maddesinde revizyona giderek "...belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi hallerini" de fesih yasağı kapsamı dışına çıkarmıştır. Başka bir ifadeyle bu sebeplerle iş/hizmet sözleşmelerinin sona ermesi, yerinde olarak, fesih yasağının dışına çıkarılmıştır. Benzer şekilde ve yine esnekleştirici bir hükümle Cumhurbaşkanına tanınan fesih yasağı süresini altı aya kadar uzatma yetkisine ilişkin hüküm "...Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir" şeklinde revize edilmiştir (7252 s. K. M.5 / 4857 s. Kanun geç. 10. Maddede değişiklik). Bunun devamında işten çıkarma yasağı Cumhurbaşkanınca bir ay süre ile uzatılmıştır¹³. Bu uzatmanın yinelenmesi olasıdır.

b. Ücretsiz İzne Çıkarma

4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin tek taraflı irade beyanıyla işçiyi ücretsiz izne çıkarması düzenlenmiş değildi. Her ne kadar tarafların anlaşmasıyla ücretsiz izne gidilmesi mümkün kabul edilse de işçinin muvafakat etmemesine rağmen ücretsiz izne gidildiğinde bu, işverenin haksız feshi olarak değerlendirilmekteydi. Yargıtay da verdiği kararlarla bu görüşü paylaşmaktaydı. Pandeminin ilk günlerinde, en azından iş ilişkisini korumak ve bu ilişkiyi askıda da olsa sürdürmek amacıyla işçilerin işverenlerinden gelen ücretsiz izne çıkarma taleplerine olumsuz cevap ver(e)medikleri bilinmektedir. İşsiz kalmak istemeyen işçiler, feshi gitmek veya işveren aleyhine dava açmak yerine çoğunlukla sessiz kalmayı tercih etmişlerdir.

¹³ Cumhurbaşkanlığı Karar no: 2811, R.G.T. 31.07.2020, S. 31202.

7244 sayılı Kanun işverenlere işçilerini kısmen ya da tamamen ücretsiz izne çıkarma yetkisi vermiş ve hatta “*Ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez.*” şeklindeki ifadesiyle bu yetkiyi özel olarak korumuştur (m.9). Yine aynı Kanun ücretsiz izne ayrılan işçilerin yararlanması amacıyla “*nakdi ücret desteği*” uygulamasıyla ücretsiz izne ayrılan işçilere 17.04.2020 tarihinden itibaren maddi bir destek sağlasa da (m. 7), yine aynı Kanununun yürürlük süresi dolduktan sonra ücretsiz izin uygulamaları ve buna bağlı sorunların yaşanması muhtemeldir.

Öte yandan, bu dönemde kronik rahatsızlığı olanlarla, gebe ve 65 yaşın üstündeki çalışanlar ve 20 yaşın altındakilere getirilen sokağa çıkma yasağı sebebiyle; bu işçilere zorlayıcı sebebe dayalı olarak yedi gün yarım ücret ödenmesi ve sonrasında kısa çalışma, kısa çalışmanın koşullarının bulunmaması halinde ise ücretsiz izne çıkarma uygulamalarıyla da yaygın biçimde karşılaşmıştır. Kısa çalışmaya başvurulmayan işyerlerinde çalışan işçilerle, kısa çalışma koşullarını taşımayan işçiler ücretsiz izne çıkarıldıklarında nakdi ücret desteğine hak kazanmakta, işverenler de dilerlerse söz konusu işçilere ilave destek ödemesi yapabilmektedirler. Kanımızca bu durumda olan -ve hatta kısa çalışma sebebiyle çalışma yapmayan- işçilere işverenin kendi inisiyatifiyle destek ödemesi yapmasına engel bir düzenleme yoktur. Hatta dönemin koşulları dikkate alındığında, işverenin yaptığı böylesi bir ödeme taraflar arasında gerilebilecek ilişkileri yumuşatma işlevi dahi görebilir.

c. Kısa Çalışma Ödeneği Başvuruları

Kısa çalışma düzenlemesinin gerisinde, kriz ya da zorlayıcı sebeplerle işi duran ya da önemli ölçüde aksayan işverenlerin bu sebeplerle işçilerine karşı ücret ödeme yükümünü yerine getirememesi yatmaktadır¹⁴. Kanun koyucu bu amaçla işsizlik sigortası bünyesinde faaliyet göstermek üzere kısa çalışma uygulamasını düzenlemiştir¹⁵. Pandeminin etkileri hissedilmeye başlamadan önce kısa çalışma ödeneğinden yararlanma oldukça zor ve katı koşullara bağlanmış idi. Bu ödenekten yararlanmak için, kriz ya da zorlayıcı sebeple işi duran veya önemli ölçüde azalan işverenin İşkur’a başvuru yapması,

¹⁴ *Almanya uygulaması için bkz. Krause-Kühn, s.3.*

¹⁵ *Kısa çalışmaya ilişkin hükümler başlangıçta 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almakta iken 15.05.2008 gün ve 5763 sayılı Kanunla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa aktarılmış, sonrasında ise 13.02.2011 gün ve 6111 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. O dönemki uygulama ve tartışmalar için bkz. Ufuk AYDIN, “Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler”, SİCİL, S. 13, Mart 2009, s. 29 vd.*

işyerinin müfettişlerce yapılan inceleme sonucu uygunluk denetimini aşması gerekmekte; bu aşamadan sonra ise son 3 yılda kendileri için en az 600 gün prim bildirilen ve son 120 gün aralıksız çalışan işçiler kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmekteydi (4447 s. Kanun Ek m.2). Pandeminin beklenmedik şekilde ortaya çıkışı ve yaşanması muhtemel kriz/zorlayıcı sebep dalgası sebebiyle Bakanlık son derece yerinde ve tartışmaları ortaya çıkmadan önleyecek yaklaşımıyla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na, 7226 sayılı Kanun'la geçici 23.maddenin eklenmesini sağladı. Böylelikle 29.02.2020 tarihinden itibaren, 30.06.2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, kısa çalışma koşullarında değişikliğe gidildi. Hatta söz konusu tarihi 31.12.2020 tarihine kadar uzatabilme hususunda Cumhurbaşkanı'na da yetki verildi. Ayrıca 7252 sayılı Kanunla Cumhurbaşkanına sektörel bazda da olabilecek şekilde kısa çalışma süresini uzatma yetkisi tanındı. Getirilen özel hükme göre, Covid-19 kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışmalarda ödenek alabilmek için, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olarak çalışmak ve son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş bulunmak yeterli sayıldı¹⁶. Bunun devamında, yine süreci kolaylaştıracak bir adım atıldı. Kısa çalışma ödeneği ile ilgili olarak 7244 sayılı Kanun'la getirilen ve salgın sürecinde geçerli olacak bu değişiklikle “*Yeni koronavirus (Covid-19) sebebiyle işverenlerin yaptıkları zorlayıcı sebep gerekçeli kısa çalışma başvuruları için, uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin, işverenlerin beyanı doğrultusunda kısa çalışma ödemesi gerçekleştirilir.*” (geç.m.23) hükmü 4447 Sayılı Kanun'a eklenmiştir¹⁷. Öte yandan Cumhurbaşkanınca ödeneğin ödenme süresi bir ay uzatılmıştır¹⁸.

İstatistikler incelendiğinde yasama ve yürütme organlarının Pandemi karşısında devreye soktukları kısa çalışma ödeneğinin ciddi bir işlev gördüğü söylenebilir. Şubat 2020'de 17.862 olan kısa çalışma ödeneği alan işçi sayısı, Mart 2020'de 96.636, Nisan 2020'de ise 2.590.589'a yükselmiştir¹⁹. Bu büyük artışın gerisinde kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşullarının kolaylaştırılması yanında, bu ödeneye duyulan ihtiyacın olduğunu söylemek de mümkündür. Bu noktada vurgulamak gerekir ki, ödenek alanların sayısındaki

¹⁶ Levent AKIN, “COVID 19'un İş İlişkilerine Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, C.34, S. 3, Mayıs 2020, s. 46.

¹⁷ AKIN, s.47.

¹⁸ Cumhurbaşkanlığı Karar no: 2810, R.G.T. 31.07.2020, S. 31202.

¹⁹ Bkz. <https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni/> s. 3. (14.05.2020)

devasa artışa rağmen, İşsizlik Sigortası Fonu'nda sadece 2.000.000 TL. düzeyinde bir eksilme olmuştur. Bu meblağ fon büyüklüğünün (133.222.637 TL.) %1,5'i düzeyindedir²⁰. Dolayısıyla kısa çalışma ödeneği ödemelerinin işsizlik sigortası fonlarını tüketeceği yönünde kaygı duymaya gerek olmadığı söylenebilir.

d. Evden/Uzaktan/Tele Çalışmaya Yönelim

Pandeminin çalışma ilişkilerinde yarattığı önemli bir gelişme de evden/uzaktan/tele çalışma uygulamalarının yaygınlaşmasıdır. Bir yandan kronik hastalığı olan ya da 65 yaşı aşkın kişilere getirilen sokağa çıkma yasağı²¹, diğer yandan Covid-19'un yüksek bulaşma riski karşısında, niteliği uygun olan iş ve işyerlerinde evden/tele çalışma uygulamasına geçilmiştir. Bu uygulamaya geçilmesinde kamuda çalışanlar için uzaktan çalışma gibi esnek çalışma modelleri uygulamasını öngören Cumhurbaşkanlığı Genelgesi de²² etkili olmuştur.

Uzaktan çalışma İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre uzaktan çalışma, işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir. Öte yandan Türk Borçlar Kanunu da “evde hizmet sözleşmesi” başlığıyla “işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir” (m.461) hükmünü getirmiştir.

Pandemi döneminde en sık rastlanan uzaktan çalışma yöntemi, özellikle büro personeli olarak çalışan ve işinin esaslı kısmını ofiste bilgisayar yardımıyla yapan çalışanların bu çalışmalarını ofis dışından (evden) sürdürmeleri olmuştur²³. Esasen salgın sebebiyle bu çalışma şekline geçilmesi, geçici bir amaca dayalıdır ve bu amaç iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ve işverenin işçiyi gözetme borcuyla ilişkilendirilebilir²⁴. Bu anlamda hastalanma riski

20 Bkz. <https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni/> s. 5. (14.05.2020)

21 Bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-gengelgesi> (14.05.2020)

22 R.G.T.22.03.2020, Mükerrer, S. 31076.

23 Tele Çalışma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ufuk AYDIN, “Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi”, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, 2008, s. 351 vd.

24 Bkz. Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, B.5, Eskişehir, 2017, s. 130 vd.; Ömer EKMEKÇİ-Esra YİĞİT, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2020, s. 242 vd.,

ortadan kalktığına ya da normal çalışmayı engellemeyecek orana düştüğünde işveren, çalışanlarının ofise dönmelerini ve işlerini ofiste yapmalarını isteyebilir. Bunun için yönetim hakkı kapsamında kendisine tanınan talimat verme yetkisini kullanması yeterli olur ve böylece işin işleyişini eski haline getirebilir. İşçi de olağan koşulların gerçekleşmesi halinde bu talimata uymak zorundadır. Hiç şüphesiz ki sağlık koşullarında beklenen iyileşme gerçekleşmeden verilen bu tür talimatlara işçinin uyma zorunluluğu yoktur. Böyle bir halde eski çalışma düzenine dönme talimatı, çalışma (sağlık) koşulları sağlanmadığından, esaslı değişiklik niteliği kazanarak İş Kanunu m. 22'nin uygulanması sonucunu doğurabilir²⁵.

Bu noktada önemli bir konu da evden çalışmaya yöneltilen işçilerin ücret ve diğer haklarının durumudur. Aslolan evden/tele çalışan işçinin aldığı ücret ve eklentilerinde hiçbir indirim yapılmamasıdır. Durum bu olmakla beraber, kanımca işverenin işçilerin işyerine gelmeleri sebebiyle sunduğu sosyal haklarda (yol masrafı, yemek ücreti vb.) kesinti yapması dahi, iş sözleşmesinin ihlali sonucunu yaratmaz. Ancak salgın gerekçesiyle, işverenin bunun dışında kesinti yapması mümkün olmamalıdır²⁶.

e. İş Sürelerinde Azaltım, Kısmi Süreli Çalışmaya Gitme

Pandeminin işletmelerinin işlem ve hizmet alanını daraltması iş ilişkilerinde de etkisini göstermiş, birçok işveren işçilerine daha az süreyle/kısmi süreli çalışma yapmayı teklif etmiş, bazıları ise vardiyalarda eksiltmeye/dönüşümlü çalışmaya gitmiştir. İşverenlerin bu yönetime başvurmasının nedenleri arasında, salgın sebebiyle yaşanan ekonomik sorunu küçülerek aşma veya kapasiteyi düşürerek işçi maliyetini azaltma çabası sayılabilir. Maliyeti azaltma yöntemlerinden biri de işçi çıkarmak yerine, eldeki çalışanların çalışma sürelerini azaltmak yani kısmi süreli çalışmaya geçmektir. Bu uygulamanın işçinin çalışma süresindeki indirime bağlı olarak ücretinde de bir kesintiye sebep olacağı açıktır. Bu yüzden işverenin bu tür talepleri teknik anlamda iş sözleşmesinde esaslı değişikliktir²⁷.

²⁵ AKIN, s. 40.

²⁶ Aynı görüş AKIN, s. 41.

²⁷ AKIN, 38; GÜVEN-AYDIN, 191; Nuri ÇELİK-Nurşen CANİKLİOĞLU-Talat CANBOLAT, *İş Hukuku Dersleri*, B.31, İstanbul, 2018, 567 vd.; ayrıca bkz. Ufuk AYDIN, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", *SİCİL*, S.23, 2011, s. 22.vd.; Ufuk AYDIN, "4857 sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesinde Değişiklik Kayıtları", *SİCİL*, S.5, 2007, s.57 vd.

Bilindiği gibi iş sözleşmesinde esaslı bir değişikliğe gitmek isteyen işveren bunu işçiye yazılı olarak bildirmek ve işçinin yazılı olurlarını almak zorundadır. İşverenlerin bu tür değişikliğin gerekçelerini işçiye doğru ve gerçekçi biçimde açıklaması ve özellikle bu durumun geçici olduğunu bildirmesi halinde, işini kaybetmek istemeyen işçilerin bu teklifi ve pandemi sona erdiğinde normal çalışmaya dönme teklifini kabul etmeleri muhtemeldir. Nitekim Pandemi Dönemi uygulamaları da bu öngörüye doğrular niteliktedir. Buna karşın; işçinin işverence yapılan daha az süreyle/kısmi süreli çalışma teklifini kabul etmemesi hali bir de 7244 Sayılı Kanun’la işverenlere getirilen fesih yasağı ile birleşirse, çözümü oldukça güç bir durum ortaya çıkar. İşçinin işverence yapılan daha az süreyle/kısmi süreli çalışma teklifini kabul etmemesi ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden işverenin böyle bir durumda fesih yasağına takılması muhtemeldir. Kanımca işçinin böylesi olağanüstü bir dönemde makul bir mazereti olmaksızın işverenin teklifini kabul etmemesi halinde işverence ücretsiz izne çıkarılması düşünülebilecek bir yoldur. 7244 Sayılı Kanun’la getirilen bu imkân özellikle tam süreli çalışması işverene ekonomik yük getiren işçiler bakımından düşünülebilecek bir yoldur.

f. İş Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması Sebebiyle Çalışmaktan Kaçınma

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun “Çalışmakta Kaçınma Hakkı”²⁸ başlıklı 13. maddesi’ne göre, “(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. (2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. (3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden

28 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gaye BAYCIK, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 105-107; Melda SUR, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, A. Can TUNCAY’a Armağan, İstanbul, 2005, s. 395 vd.

dolayı hakları kısıtlanamaz.”

Pandemi Döneminde sıkça karşılaşılan sorunlardan biri de çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması olmuştur. Gerçekten, son derece ciddi ve yakın bir tehlike oluşturan Covid-19 virüsüyle enfekte olmak çalışanların işyerlerinde karşılaşılabilecekleri önemli bir tehlikedir. Bu anlamda Covid-19’un bulaşma riski yakın ve ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Çalışanlar da birçok işyerinde 6331 Sayılı Kanun’un 13. Maddesi’ndeki süreci işleterek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma yoluna gitmeyi denemişlerdir. İşverenlerse, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı²⁹, Sağlık Bakanlığı ve Bilim Kurulu’nun kararlarıyla paralel şekilde çok sayıda önlemi alarak -sosyal mesafe uygulaması, ateş ölçümü, işyerinin sterilizasyonu vb.- işçilerin çalışmaktan kaçınmalarını önlemeye çalışmış, bunun yanında evden çalışma, ücretsiz izne çıkarma gibi önlemlerle bu dönemi atlama gayreti içine girmiştir. Bu noktada karşılaşılan bir husus da işverenin kendince yeterli ve gerekli önlemlerin alındığını bildirmesine rağmen işçinin çalışmaktan imtina etmesidir. Covid-19’un bulaşıcı ve ölümcül niteliği bazı işçileri tedirgin edip, işe gitmeyi tercih etmemelerine yol açmış olabilmektedir. Bu durumda işçinin endişesini İş K. m.25/2 anlamında fesih için bir haklı sebep olarak değerlendirmek yerine bu işçileri ücretli izin kullanmaya teşvik etmek, bu teklif kabul görmezse ücretsiz izin yoluna gitmek tercih edilebilecektir. Ancak bu durum işçinin nakdi ücret desteği ile yetinmesine yol açabilecek, çalışmaktan kaçındığı için kendi normal ücretine hak kazanamayacaktır.

g. Ücretlerde İndirim Talebi

Ücret iş sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. İş Kanunu’nun 22. Maddesi’ne göre, *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin*

²⁹ [https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/bakanligimizin-yeni-tip-koronavirusle-mucadele-kapsaminda-is-yerlerinde-alinacak-onlemlere-iliskin-kilavuzu-yayimlandi/\(19.05.2020\)](https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/bakanligimizin-yeni-tip-koronavirusle-mucadele-kapsaminda-is-yerlerinde-alinacak-onlemlere-iliskin-kilavuzu-yayimlandi/(19.05.2020)) <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/isyerlerinde-koronavirus-ile-etkin-mucadelede-bakanligimizin-yuruttuğu-calismalar/> (19.05.2020)

bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21'inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

Pandemi döneminde sıkça karşılaşılan bir başka hususta faaliyet hacmi daralan işverenlerin, yaptığı iş değişmeyen işçilerin ücretlerinde indirim gitme teklifidir. Çoğunlukla kendi gelirlerindeki düşüğe bağlı olarak işverenlerce sunulan bu teklife pandemi koşulları gerekçe oluşturmakta ve işçilerden ücrette indirim talep edilmektedir. Belirttiğimiz gibi, işçinin iş sözleşmesinin esaslı unsuru olan “ücrette değişiklik” önerisini kabul zorunluluğu bulunmamakta ve işçinin bu öneriyi reddetmesi de iş sözleşmesinin feshi için haklı sebep oluşturmamaktadır. Dururum bu olmakla beraber, “...*taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir*” hükmü gereği işverenin içinde bulunduğu durumu değerlendiren işçinin bu teklif kabul etmesi de mümkündür.

h. Toplu İş İlişkilerinde Sürelerin Uzatılması

Toplu iş hukukuna ilişkin faaliyetlerin birçoğu taraflarca ortaklaşa ve ortak mekânlarda gerçekleşmektedir. Bu anlamda toplu pazarlık, arabuluculuk, grev, grev oylaması ve benzeri hususları sokağa çıkma ve seyahat kısıtlamalarının yaşandığı pandemi döneminde yürütmek oldukça güçtür. Öte yandan, HSK'nın tavsiye niteliğindeki kararıyla³⁰ adliye ve icra dairelerindeki faaliyetlerin asgari düzeye indirilmesi, toplu iş ilişkisi süreçlerinde yargı yoluna gidilmesini de engellemiştir. Bu durumun yarattığı sıkıntılar başlangıçta Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 23.03.2020 tarihli “Korona Virüs Tedbirleri” başlıklı yazıyla giderilmeye çalışılmışsa da bu yazının yeterli gelmemesi üzerine 7244 Sayılı Kanun'a eklenen bir hükümle³¹ toplu iş hukukuna ilişkin sürelerin üç ay süreyle uzatılması yoluna gidilmiştir. Bu anlamda toplu iş hukuku bakımından her türlü süre 7244 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği

³⁰ HSK'nın “Korona Virüs Karşısında Alınacak Tedbirler” başlıklı yazısı; <http://hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/8de3b0fa-1cf2-4c58-8b3f-647eaa19c5d4.pdf>

³¹ 7244 sayılı K. m.2/1-(ı) hükmüne göre “18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamındaki yetki tespitlerinin verilmesi, toplu iş sözleşmelerinin yapılması, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü ile grev ve lokavta ilişkin süreler bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle uzatılmıştır. Cumhurbaşkanı, bu bentte yer alan üç aylık süreyi bitiminden itibaren üç aya kadar uzatmaya yetkilidir.”

17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay süre ile ertelenmiştir. Kanun yerindeliği ve getirdiği rahatlama kanımızca çok doğru bulunmuştur.

3. Pandemi Dönemi Sonrası İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2020 Nisan ayında yayınladığı bir rapora göre, Covid-19 Pandemisi sonrası 1,25 milyar kişi işini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalabilecektir³². Aynı raporda en riskli sektörlerin konaklama, yemek hizmetleri, perakende satış ve bazı imalat faaliyetleri olduğuna dikkat çekilmekte ve devletlerin bu sektörlerdeki işsizliği önlemek için çok ciddi kaynak aktarımları yaptığı ifade edilmektedir. ILO bu kaynak aktarımlarının sonuçlarının dikkatle izlenmesi gerektiğini dile getirmektedir³³.

Ülkemizde pandeminin yaratabileceği işsiz sayısına ilişkin bir çalışma henüz yayınlanmamıştır. Ancak uzmanlar bu sayının 7,5 milyona çıkabileceğini ifade etmektedirler³⁴.

Pandemi sonrası olası sorunlar ve çözüm önerileri aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır ancak şunu önemle vurgulamak gerekir ki; sorunların çözümünde sosyal diyalogu esas alan, proaktif düzenlemelere odaklanan, kısa ve uzun vadeli hedefler arasında uyumu sağlayan, sürdürülebilir sosyal politikalarla sorunları azaltan ve toplumsal bağımızı güçlendiren yöntemler tercih edilmelidir³⁵. Pandemi sonrası işin ve işyerlerinin demokratikleştirilmesi, işin meta olmaktan çıkarılması ve çevresel sürdürülebilirlik amacıyla binlerce aydının oluşturduğu "işin demokratikleştirilmesi (democratizingwork.org)" inisiyatifinin de benzer öneriler getirdiğini vurgulamak gerekir³⁶.

32 ILO: COVID-19 causes devastating losses in working hours and employment. Retrieved from International Labour Organization: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_740893/lang--en/index.htm (19.05.2020)

33 Ayrıntılı bilgi için bkz. Umut OMA, "Kovid-19 Sonrası Çalışma Hayatı", Kovid-19 Salgınunun Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Etkileri ve Türkiye'ye Yönelik Öneriler, (ed. Dilek Demirbaş, Veysel Bozkurt, Sayın Yorgun), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, İstanbul, 2020, s.38 vd. Örneğin İngiltere 17 Mart 2020'de 330 Milyar Pound tutarında Çalışma Koruma Planını (Job Retention Scheme) yürürlüğe sokmuştur. Bkz. NOVITZ, s.3.

34 Aziz Çelik, "Salgın 7,5 Milyon Yeni İşsiz Yaratabilir", <https://www.birgun.net/haber/salgın-7-5-milyon-yeni-issiz-yaratabilir-298345> (14.05.2020).

35 Sayım YORGUN, "Kovid-19 Salgınunun Sosyal Politikalara Etkileri", Kovid-19 Salgınunun Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Etkileri ve Türkiye'ye Yönelik Öneriler, (ed. Dilek Demirbaş, Veysel Bozkurt, Sayın Yorgun), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, İstanbul, 2020, s.94.

36 Ayrıntılı bilgi için bkz. democratizingwork.org (17.05.2020)

Kanımızca Pandemi Dönemi sonrası ortaya çıkacak en önemli iş hukuku sorunu işsizlik ve buna bağlı sonuçlar olacaktır. 17.04.2020 gün ve 7244 Sayılı Kanun’la getirilen fesih yasağı öncesinde iş sözleşmelerinin feshi, fesih yasakları, yasak sonrası fesih uygulamaları; feshe bağlı davalar ve dava süreçleri gündemi uzun süre meşgul edecek gibi görünmektedir. Bunun yanında işin/çalışmanın yapısının değişmesi, mevzuatta ortaya çıkan boşluklar, toplu iş hukukunda ortaya çıkan ihtiyaçlar ve sosyal güvenlik fonlarına ilişkin gelişmeler de dikkat çeken hususlar arasında yer almaktadır. Bütün bu sorunlar ve çözüme ilişkin görüşlerimiz aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

a. İş sözleşmelerini fesih yasağı bir süre daha devam etmeli; buna bağlı kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteği uygulamaları gözden geçirilmelidir.

17.04.2020 gün ve 7244 sayılı Kanunla işverene (ve kısmen de işçiye) getirilen fesih yasağı oldukça faydalı olmuş, işçileri pandeminin yıkıcı etkilerinden korumuştur. Bu sayede iş ilişkisi ayakta tutulmuş, buna paralel olarak işçilere nakdi ücret desteği sağlanmıştır. Ancak bilindiği gibi, getirilen fesih yasağı 3 aylık bir süreyi kapsamakta; Cumhurbaşkanına bu süreyi üç ay daha uzatma yetkisi tanınmış bulunmaktadır (4857 s. İş K. Geç.m.10). Bu bağlamda, “nakdi ücret desteği ile desteklenen fesih yasağı bazı fesihleri üç ay süreyle ertelemiştir” denilebilir. İşte tam da üç ayın sonunda uzatılacak fesih yasağı işverenlerde caydırıcı bir etki yapabilecek, bu süreçte ekonomide yaşanabilecek bir genişleme ile fesih gündemden kalkabilecektir.

Diğer taraftan fesih yasağının birden kaldırılması mahkemeler üzerinde ciddi bir iş yükü baskısı yaratabilecek, bunun yanında zaten nakdi ücret desteği ile normal gelirinin altında bir kazançla yaşamak zorunda kalan işçi feshe maruz kalmakla daha da zor duruma düşebilecektir. 7244 Sayılı Kanun’la getirilen düzenleme ile iş ilişkisi korunmakta, işverene de ilave bir yük getirilmemektedir. Dolayısıyla uygulamanın sürdürülmesi işverenler yönünden zorluk yaratmayacaktır.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, bazı yazarlarca “Covid Ödeneği³⁷” olarak

37 AKIN, s.67. Yazar “Esas itibarıyla da gerek kaynağı gerek onu alabilecek olanlar dikkate alındığında, kısa çalışma ödeneği ile önemli benzerlikler içermektedir. Her ikisi de İşsizlik Sigortası Fonundan İş-Kur tarafından ödenmekte ve aynı amaca yönelik hizmet etmektedir; her ikisi de, gelir sıkıntısı yaşayan işçilere, işlerini kaybetmeden gelir desteği sunmaktadır. Miktarlarındaki farklılıklar

da adlandırılan nakdi ücret desteği ülkenin yaşam koşulları ve desteğe kaynak oluşturan işsizlik sigortası fonunun büyüklüğü dikkate alındığında oldukça düşük kalmıştır. Mevcut tutar kısa çalışma ödeneğinden de oldukça düşüktür ve uygulamada kısa çalışma ödeneğine başvurulmadan ücretsiz izin/nakdi ücret desteği başvurusu yapıldığında işçinin aradaki farkı işverenden talep edebileceği ileri sürülmektedir³⁸. Kanımızca bu görüşe katılmak zordur. Zira işveren kısa çalışmaya gitmeyi gerektirecek düzeyde iş kaybına uğramamış olabilir ya da işçinin kendisi kronik hastalık ya da hamilelik gibi sebeplerle işe gidemiyor olabilir. Bu durumlarda işverenden kısa çalışma ödeneğine başvuru yapılması mümkün değildir. Ancak hem bu tartışmaları sonlandırmak ve hem de ücretsiz izne çıkarılan işçiye insan onuruna yakışır bir gelir sunmak bakımından nakdi ücret desteğinin kısa çalışma ödeneği ile eşitlenmesi ve her iki ödemenin de asgari ücret düzeyine çıkarılması doğru olacaktır. İşsizlik Sigortası Fonu'nda bu tutarları karşılayabilecek kaynak, bu ödemelerin geçici süre ile yapılacağı da dikkate alındığında, fazlasıyla vardır³⁹.

Ek olarak belirtelim ki, her ne kadar Bakanlık kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşullarında kolaylaştırmaya gitmişse de; atipik istihdam edilenler, mevsimlik işçiler, işe yakın tarihte girenler ve benzerleri bakımından söz konusu kolaylaştırılmış koşullar işe yaramamıştır⁴⁰. Kanımca kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşullarının olabildiğince aşağı çekilmesi ve bu ödemedeki olabildiğince çok kişinin yararlanması sağlanmalıdır. Bu sayede sosyal devlet idealine yaklaşmak da mümkün olacaktır. Öte yandan kanun koyucunun kısa çalışma ve ücretsiz izin sürelerini uzatması halinde (ki bu 28/07/2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7252 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiş, uzatma yetkisi 2021 yılı ortalarına kadar götürülmüştür) her iki uygulamanın da sıkı biçimde denetlenmesi, arızı/istisnai nitelikli bu

bu ortak noktalarına etkili değildir. Gerek bu yakın özellikleri gerek nakdi ücret desteğinin ücret ile karşılabile ihtimali sebebiyle, söz konusu ücret desteğinin "Covid Ödeneği" şeklinde de ifade edilebileceğini" ifade etmektedir.

38 Nakdi ücret desteğinin aylık tutarı 1.170 TL. düzeyinde iken, kısa çalışma ödeneğinin asgari aylık tutarı 1.765 TL. düzeyindedir.

39 Üç milyonu aşkın kişiye kısa çalışma ödeneği, nakdi ücret desteği ve ücret garanti fonu imkânı sunan İşsizlik Sigortası Fonu Nisan 2020 itibarıyla kaynaklarının %2'sini bile yitirmemiştir. Bkz. <https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni/> s. 5. (14.05.2020)

40 YORGUN, s.106. Yazara göre, "... Kısa çalışmadan yararlanma şartları yeniden düzenlenmeli, son üç yılda ödenen prim gün sayısı daimi işçiler için 300 gün, sezonluk işçiler için 150 güne indirilmelidir. Kısa çalışmadan önce aranan prim gün şartı sezonluk işçiler için tamamen, diğer işçiler için en az iki yıl kaldırılmalıdır."

uygulamaların kural haline gelmemesi ve işçiye verilecek ödenek ve desteklerin insan onuruna yakışacak bir düzeye çıkarılmasına özen gösterilmelidir.

b. SGK primi ve vergi avantajları ile istihdam teşvik edilmelidir.

Ülkemizde istihdam artışı yıllar boyu birçok araçla teşvik edilmiştir. Bunlar arasında SGK prim teşvikleri, vergi indirim ve istisnaları en başta yer almaktadır. Üstelik bu teşvikler toplumun bütününe etkileyen pandemi gibi dönemlerde değil, ülke içinde yaşanan genel, bölgesel ya da sektörel krizlerde uygulamaya konulmuş ve çoğu zaman işçi/işveren/devlet üçlüsünün oluşturduğu işsizlik sigortası fonu ile finanse edilmiştir.

Yaşanan pandemi krizi toplumun tamamını derinden etkilemiş ve ciddi bir işsizlik dalgası riskine sebep olmuştur. 17.04.2020 tarihinde getirilen fesih yasağına rağmen krizin etkili olmaya başladığı günden itibaren ciddi bir işsiz kitle ortaya çıkmıştır⁴¹. Fesih yasağı uzatılsa dahi yine de yasağın bitimiyle önemli sayıda işçinin işsiz kalması muhtemeldir. Dolayısıyla böyle bir dönemde, yukarıda bahsettiğimiz fesih yasağının devam etmesiyle beraber, yasağın önce ve sonrasına etki edecek biçimde, vergi ve sigorta prim teşvik ve istisnalarını kullanarak istihdam artışı sağlanabilir. Belirmek gerekir ki, ülkemizin bu konuda oldukça sağlam bir tecrübesi de vardır. Nitekim kanun koyucu 28/07/2020 gün ve 7252 sayılı Kanunla⁴² kısa çalışma ve ücretsiz izin uygulamasının sona erdiği işyerlerinin işverenlerine üç ay süreyle ama 25/12/2020 tarihini geçmemek üzere kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteği almış işçilerle sınırlı olmak üzere sosyal sigorta primi desteği sağlanmıştır. Buna göre söz konusu işçilerin prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanacak primlerinin sigortalı ve işverene düşen paylarının tamamı işsizlik sigortası fonunca karşılanacaktır (4447 s. Kanuna eklenen Geç. M. 26). Cumhurbaşkanı bu süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkilidir.

Söz konusu önlemler pandemi sonrasında işe başlatmak koşuluyla belli sayıda işçi istihdam eden işverenlere vergi veya sigorta primi indirimi, primlerin

⁴¹ Mart ve Nisan 2020'de işsizlik sigortasından yararlanan kişi sayısı 600.000 düzeyindedir. Buna kayıtdışı istihdam ile işsizlik ödeneği koşullarını sağlayamayanlar da eklendiğinde sayının milyonu aşmış olma ihtimali yüksektir. Ek olarak ücretsiz izin ve fesih yasağı sonrası da düşünüldüğünde sayı inanılmaz boyutlara ulaşabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. [https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni/s.1.\(20.05.2020\)](https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni/s.1.(20.05.2020))

⁴² Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. T. 28.07.2020, S. 31199.

kısmen ya da tamamen devletçe ödenmesi, bazı harcamaların vergiden istisna edilmesi, vergi oranlarında indirimle gidilmesi gibi yöntemlerle gerçekleştirilebilir.

Aslen istihdamı teşvik sadece ülkemizde uygulanan bir yöntem değildir. Çin’de⁴³ İşçi Sendikaları Konfederasyonu ACFTU’nun yardımıyla ve devletin öz kaynakları kullanılarak; İtalya’da⁴⁴ 17 Mart 2020 ve 8 Nisan 2020 tarihlerinde çıkarılan ve kamuoyunda “*Cura Italia*” adıyla anılan iki yasama kararnamesiyle benzer önlemler uygulamaya konulmuştur.

c. İş ilişkisinin devamını sağlayan esnek çalışma modelleri geliştirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun kabul gerekçelerinden biri de iş ilişkilerinde duyulan esneklik ihtiyacıdır⁴⁵. Kanun koyucu bu ihtiyacı karşılamak amacıyla, önceki 1475 sayılı İş Kanunu’nda yer almayan geçici iş ilişkisi (m. 7), kısmi süreli iş sözleşmesi (m.13), çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışma (m.14), fazla sürelerle çalışma ve çalışma karşılığı serbest zaman uygulaması (m.41), denkleştirme süresi (m. 63), telafi çalışması (m.64) ve nihayet önce İş Kanunu’nda düzenlenip sonra İşsizlik Sigortası Kanunu’na aktarılan⁴⁶ kısa çalışma (4447 s. K. ek m.2) düzenlemelerini uygulamaya koymuştur.

İstihdama dost bir iş hukuku, bu hukuk dalında kaçınılmaz olarak belirli alanlarda esneklik getirilmesini zorunlu kılar. Aynı şekilde, üretim ilişkilerinde esnek çalışma yöntemlerinin tıkanması kayıt dışı çalışmaları artırabilir. Bununla beraber, bireysel iş hukukunda esnekleştirmelere gidilirken, esnekleşmeye konu olacak alanlar ülkenin koşul ve ihtiyaçlarına uygun olarak dikkatle seçilmeli, esnekleştirmenin sınırları da işçiyi koruyucu nitelikteki asgari emredici kurallarla belirlenmelidir. Bu yapılırken işçiye de bazı güvenceler sağlanmalı ve işçiler hepten korumasız kalmamalı, “Esnek Güvence (flexicurity) İlkesi”nden yararlanılmalıdır⁴⁷.

Pandemi dönemi esneklik ihtiyacının en net hissedildiği dönemlerdendir.

43 Wenwen Ding, “COVID-19 and Labour Law: China”, *Italian Labour Law E-Journal, Special Issue 1*, vol:13, 2020, s. 4.

44 Chiara Gaglione, Iaria Purificato, Olga Pavlovna Rymkevich, “COVID-19 and Labour Law: Italy” *Italian Labour Law E-Journal, Special Issue 1*, vol:13, 2020, s. 2.

45 GÜVEN-AYDIN, s. 9.

46 Bkz. 15.05.2008 gün ve 5763 s. K. m. 37. (R.G.T. 26.05.2008, S. 26887).

47 Sarper SÜZEK, “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, *SİCİL*, S. 14, Haziran 2009, s. 7.

Pandemi döneminde yasama ve yürütme organları esnek iş hukuku araçlarını günün ihtiyaçlarına göre yeniden şekillendirerek ve çoğu zaman kolaylaştırarak işçi ve işverenlerin hizmetine sunmuşlardır⁴⁸. Bunlar arasında kısa çalışma ve telafi çalışmasına ilişkin düzenlemeler sayılabilir. Ayrıca işverenler bu dönemde kısmi süreli iş sözleşmeleri, denkleştirme uygulamaları, uzaktan çalıştırma gibi modellere de sıkça başvurmuşlardır.

Kanımızca mevzuatta düzenlenen bu esneklik uygulamaları Pandemi Döneminde önemli işlevler görmüş; ücret ve çalışma koşullarında önceki dönemden geriye gidişe yol açsa dahi, en azından iş ilişkisini ayakta tutmuş ve bu ilişkinin devamını sağlamıştır⁴⁹. Pandemi zamanlarında aslanan geçici nitelikli bu dönemde istihdamın korunması ve iş ilişkisinin devamının sağlanmasıdır. Bu bağlamda esnek çalışma modelleri son derece faydalı bir rol üstlenmiştir. Yapılması gereken, sadece pandemi dönemlerinde değil, her türlü zorlayıcı ve mücbir sebeple karşılaşılan dönemlerde başvurulabilecek esnek çalışma modellerini geliştirmek ve sağlam bir ikincil mevzuatla desteklemektir.

d. Mevzuat geliştirilmeli, eksiklikler tamamlanmalıdır.

Pandemi döneminde ortaya çıkan bir gerçek de mevzuatta bazı eksikliklerin bulunduğu, yeni düzenlemelerin ise eski hükümlerle bağlantısının kurulmamış olduğudur.

Uygulamada yaşanan en önemli kanuni sorunlardan biri kısa çalışma uygulamasına gidilen işyerlerinde işverenin işçisine kendi inisiyatifi ile ek ödeme yapıp yapamayacağına ortaya çıkmıştır. Gerçekten işçinin normal ücretine göre oldukça düşük olabilecek kısa çalışma ödeneğine işverenin ekleme yapıp yapamayacağı konusunda hem doktrinde hem de uygulamacılar arasında görüş birliği oluşmamıştır. Kanımızca bu hususun bir hukuki temele oturtulması yerinde olacaktır⁵⁰.

48 Yukarıda da belirtildiği gibi 7244 sayılı Kanunla kısa çalışmada ciddi düzenlemelere gidilmiştir. Benzer şekilde 7226 sayılı Kanunla telafi süresi iki aydan dört aya çıkarılmış ve Cumhurbaşkanına bu süreyi iki katına çıkarma yetkisi tanınmıştır (m.43)

49 Aksi görüş YORGUN, s. 102. Yazara göre "... Esnek çalışma modellerinin hızla devreye girmesi yeni sorunları ve çatışma alanlarını gündeme getirmiş, çalışanların günlük çalışma süreleri, çalışmanın başlangıç ve bitiş saatleri, fazla çalışmanın hesaplanması, yemek ve yol parası ödemeleri, iş sağlığı ve güvenliği gibi alanlarda sorunlar yoğunlaşmaya başlamıştır."

50 Aynı görüş AKIN, s. 48.

Benzer bir durum mevzuatımıza 7244 Sayılı Kanun’la getirilen nakdi ücret desteğinde de söz konusudur. İşçisini kanundan da aldığı yetkiyle ücretsiz izne çıkarmak zorunda kalan ve fakat iyi niyetiyle işçisine nakdi ücret desteğine ilave ödeme yapmak isteyen işverenin durumu da belirsizdir. Nakdi ücret desteğini düzenleyen 7244 sayılı Kanun m.7’de herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Aynı maddeyle yetkilendirilen Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın çıkardığı Usul ve Esasların⁵¹ 10. maddesinin 3. Fıkrasına göre, “*Fazla ve yersiz ödemeye sebep işverenlerden, ödenen nakdi ücret desteği, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte tahsil edilir.*” Bu düzenleme her ne kadar açıkça ek ödeme yapmayı yasaklamasa da işverenleri tedirgin etmekte, nakdi ücret desteği alan işçisine iyi niyetle ödeme yapmak isteyen işverenler bu ödemeyi yapmaktan kaçınmaktadırlar. Oysa kanımızca kısa çalışma ödeneği alan işçilere olduğu gibi nakdi ücret desteği alan işçilere de işverenlerin kendi inisiyatifleriyle destek ödemesi yapmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak belirttiğimiz gibi en iyi yol bunu açık bir biçimde hukuki temele oturtmaktır.

Tartışılan bir başka husus da yukarıda ifade ettiğimiz gibi, işverenin ücretsiz izne gitmeden önce mutlak surette kısa çalışma başvurusu yapıp yapamayacağına ilişkindir. Öyle ki, bazı yazarlar ücretsiz izin sonrası işçilerin alacağı nakdi ücret desteği ile kısa çalışma ödeneği arasındaki farkın işverenlerden tazminat olarak istenebileceğini dahi iddia etmektedirler. Böyle bir tazminat davasının mümkün olamayacağını, iki ödemenin gerisinde yatan sebeplerin çok farklı olduğunu düşünüyor olsak da konunun bir mevzuat düzenlemesiyle halledilmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Benzer bir kanuni eksiklik her iki ödeneğin de işsizlik sigortasıyla net biçimde ilişkilendirilmemiş olmasında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteğinin finansman kaynağı işsizlik sigortası fonudur ancak bu iki ödemenin işsizlik ödeneği süresinden indirilip indirilmeyeceği belli değildir. Her ne kadar normal dönem kısa çalışma ödeneğini düzenleyen 4447 Sayılı Kanun’un Ek 2. Maddesi’nin 7’nci fıkrası “...*Bu maddede yer alan kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Cumhurbaşkanlığı yetkilidir*” hükmünü içerse de, pandemi sebebiyle yeniden

51 Bkz. <http://www.acsh.gov.tr>

4447 SAYILI İŞSİZLİK SİGORTASI KANUNUNUN GEÇİCİ 24 ÜNCÜ MADDESİ KAPSAMINDA YAPILACAK NAKDİ ÜCRET DESTEĞİ UYGULAMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24304011> (22.04.2020)

düzenlenen ve yeni koşullara tabi kılınan kısa çalışma ödeneği ve yepyeni bir uygulama olan nakdi ücret desteğinin işsizlik ödeneği süresinden mahsup edilip edilmeyeceği net olarak düzenlenmelidir.

Bunun dışında Covid-19 virüsüyle işyerinde enfekte olan işçilerin bu enfeksiyonunun iş kazası/meslek hastalığı mı, yoksa hastalık mı sayılacağı konusu da mevzuattaki eksiklik sebebiyle tartışmalara yol açmıştır. SGK söz konusu enfeksiyona ilişkin bildirimlerin “hastalık kapsamında provizyonla” yapılması yönünde bir Genelge yayınlamış⁵² ve bu Genelge tartışmaları daha da alevlendirmiştir. Eğer konuya ilişkin mevzuatta bir değişiklik yapılmazsa bu tartışmalar yargıya da yansıtacak ve mahkemeleri uzun süre meşgul edecektir. Kanımızca, işyerinde enfekte olan işçinin bu enfeksiyonu tartışmasız bir biçimde iş kazasıdır⁵³. Her ne kadar enfeksiyonun işyerinde kapıldığına ispatı güç olsa da⁵⁴ bu güçlük işyerinde ortaya çıkan enfeksiyonun iş kazası olduğu gerçeğini değiştirmemelidir. Yargıtay benzer bir durumda ortaya çıkan enfeksiyonu iş kazası saymıştır⁵⁵.

Son olarak belirtelim ki, 7244 Sayılı Kanun’la işverene tanınan “*işçisini kısmen ya da tamamen ücretsiz izne çıkarma*” yetkisi (7244 s. K. m. 9) hem iş hukukunun temel ilkelerine uymaması, hem İş Kanunu’nun sistematığı ve esprisine aykırı olması ve hem de taraflar arasındaki dengeyi işçi aleyhine ciddi biçimde bozması sebebiyle sadece Pandemi Dönemine özgü bir önlem olarak kalmalı, dönemin sona ermesiyle uygulamadan kaldırılmalıdır. Aksine ücretsiz izni salt işveren inisiyatifine bırakmak ve kalıcı hale getirmek İş Kanunu’nun 22. maddesi ile çelişkili bir durum yaratacaktır.

Bu somut örnekler dışında özellikle esnek çalışma modellerini işlevsel hale getirecek mevzuat değişiklikleri acilen yapılmalı ve uygulamaya konulmalıdır.

52 SGK’nın 07.05.2020 tarih ve 2020/12 sayılı Genelgesi (<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/22620739>)

53 Aynı görüş AKIN, s.22 vd.; Murat ÖZVERİ, “SGK’nin Covid-19 hastalığını “iş kazası” tanımından çıkarması”, <https://www.youtube.com/watch?v=JC0sieFAA7E> (18.05.2020)

54 AKIN bu hususta Sağlık Bakanlığınca uygulanan filyasyon yönteminin enfeksiyonun işyerinde kapıldığına ilişkin nedensellik bağının kurulmasında faydalı olabileceğini belirtmektedir. (AKIN, s. 29 vd.)

55 Yarg. 21. HD., T. 15.04.2019, E. 2018/5018, K. 2019/2931 Kararda, yurtdışına gönderilen işçinin domuz gribi sonucu ölmesi iş kazası sayılmıştır. (Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 64, 2020/1)

e. Online çalışma için bilgi ve altyapı geliştirilmeli, ikincil mevzuat oluşturulmalıdır.

Covid-19 Pandemisi'nin çalışma yaşamında ortaya çıkardığı önemli gelişmelerden biri de uzaktan çalışmanın özel bir türü olarak düzenlenen tele çalışmanın yaygınlaşması olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu m.14/4 ile uzaktan çalışmayı “*Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.*” şeklinde tanımlamış olsa da bu dönem yaygınlaşan uzaktan çalışma türü tele çalışma olmuştur.

Tele çalışmayı; “*işverence oluşturulan organizasyon çerçevesinde, işyerinden uzak bir mekânda, işverenle yapılan iş sözleşmesindeki koşullara uygun ve isteğe bağlı şekilde, iletişim teknolojileri (telefon, bilgisayar, internet) kullanılarak yapılan çalışma*” biçiminde tanımlamak mümkündür. Bu tür çalışmayı yapan kimseye ise “*tele çalışan*” denir⁵⁶.

Pandemi döneminin getirdiği sokağa çıkma kısıtlamaları (özellikle sokağa çıkmaları yasaklanan gebe kadınlar, kronik rahatsızlığı bulunan işçiler, 20 yaş altı ve 65 yaş üstü çalışanlar), Covid-19'un yakın temasla bulaşma özelliği ve buna bağlı olarak sosyal mesafe zorunluluğu birçok işvereni ve işçiyi tele çalışmaya itmiştir.

Durum bu olmakla beraber çalışanların ve işverenlerin önemli bir kısmı tele çalışmaya imkân verecek teknik bilgiden uzaktır, ülkemizin internet altyapısı yeterli değildir ve bu tür çalışmaya ilişkin mevzuat ihtiyaçları karşılayamamaktadır.

Gerçekten de özellikle yaptığı iş tele çalışmaya uygun olan işçilerin önemli bir kısmı bu tür çalışmaya hazırlıksız yakalanmıştır. Öte yandan bu dönüşüm bazı mesleklerin “eskimesi” tehlikesine yol açmış, bazı işçiler bilgi ve becerilerini ve hatta kimliklerini yenilemelerine yönelik olarak sürekli bir “*Hayat Boyu Öğrenme*” baskısı altına girmişlerdir⁵⁷. Bu anlamda pandemi sonrası dönemde, yaptığı iş tele çalışmaya uygun olan işçilerin yenileme/teknoloji eğitiminden geçirilmesi büyük önem taşımaktadır.

2019 yılında yayınlanan bir araştırmaya göre, internet altyapısının yeterliklerini gösteren kişi başına fiber optik uzunluğu ülkemizde 3,1 metre düzeyindedir.

⁵⁶ AYDIN, “Tele...”, s.351.

⁵⁷ OMA, s. 40.

Bu miktar İsveç'te 770 metredir. Aynı rapora göre OECD ülkelerinde ortalama internet hızı 15.3 Mbps iken, Türkiye'de 7.6 Mbps'dır. Bu veriler de göstermektedir ki, Avrupa ülkeleriyle aramızda kişi başı fiber optik uzunluğu bakımından 200 kat, ortalama internet hızı bakımından 2 kat fark vardır⁵⁸. Bu durum Pandemi Döneminin (dönemlerinin) önemli bir gereksinimi olan internet işleyişinde önemli zorluklara yol açmakta, işleri aksatmaktadır.

Tele çalışma ile ilgili son bir sorun mevzuatın yetersizliğidir. Tele çalışma ile ilgili ilk uluslararası hukuki belge Avrupa Birliği düzeyinde ve sosyal taraflarca hazırlanıp kabul edilen “Tele Çalışma Çerçeve Sözleşmesi”dir (Framework Agreement on Telework). Sözleşme, 16 Temmuz 2002 tarihinde Avrupa düzeyinde örgütlü sosyal taraflar ETUC, UNICE, UEAPME ve CEEP tarafından Roma Anlaşmasının 139. Maddesi'nin 2. Fıkrası çerçevesindeki usule göre hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur⁵⁹. Sözleşme aynı zamanda Avrupa düzeyinde sosyal diyalogun yaratıcı ve katılımcı bir örneği olarak kabul edilmektedir. Ülkemizde ise tele çalışma, uzaktan çalışma türleri arasında yer almış ve mevzuatımıza ancak 2016 yılında⁶⁰ girebilmiştir⁶¹. Her ne kadar 2016 değişikliği ile tele çalışmaya ilişkin iş sözleşmesinde; “... işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler yer alır.” (m.14/5) ifadesi yer alsın ve konunun ayrıntılarının bir yönetmelikle düzenleneceği (m.14/son) belirtilmiş olsa da söz konusu yönetmelik henüz çıkarılmamıştır⁶². Bu tür çalışmanın artan önemi karşısında konunun ayrıntılı olarak ikincil mevzuatla ve acilen düzenlenmesi kanımızca yerinde olacaktır.

58 Ayrıntılı bilgi için bkz. TELKODER, “2018 Yılı Sektör Düzenlemelerine Yönelik Değerlendirmeler Raporu”, Eylül 2019 (<https://telkoder.org.tr/wp-content/uploads/2019/10/TELKODER-2018-Değerlendirme.pdf> 19.05.2020)

59 Antlaşma metni için bkz. <https://www.worker-participation.eu/EU-Social-Dialogue/Interprofessional-ESD/Outcomes/Framework-agreements/Framework-agreement-on-telework-2002>. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, s.351 vd.

60 Bkz. 06.05.2016 gün ve 6715 s. “İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” m. 2. R.G. T. 20.05.2016, S. 29717.

61 Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜVEN-AYDIN, s.75 vd.,

62 EKMEKÇİ-YİĞİT, s. 60; ÇELİK-CANIKLIOĞLU-CANBOLAT, s. 212-213; ayrıca bkz. Mustafa ALP, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Sarper SÜZEK'e Armağan, C.1, İstanbul, 2011, s. 795 vd.

f. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatı gözden geçirilmelidir.

İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan en önemli borçlarından biri “işçiyi gözetme borcu”dur. Bu borcun doğası işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasını; işin sağlıklı ve güvenli bir ortamda yapılması için her türlü çabayı harcamasını gerektirir.

Konuyu düzenleyen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4. Maddesi’ne göre “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.”

Covid-19 Pandemisi bakımından ise, işveren işçilerini virüsten kaynaklanan riske maruz bırakmamak için 4. madde kapsamında gereken her türlü önlemi almayı tercih ederek üretimi/hizmeti sürdürmeyi seçebileceği gibi; onunla mücadele edemeyeceğini idrak ederek, işyeri ortamını işçilerden tecrit etmeyi de tercih edebilir. Diğer bir deyişle işçileri çalıştırmaya devam edebileceği gibi, işyerinde çalışanları bu virüse (riske) maruz bırakmayıp, bu hastalığın işle ilgili (illiyetli) bir sağlık sorununa dönüşmesini engelleyerek, tüm çalışanları işyerinden uzaklaştırabilir. Bu kararların her ikisi de işverenin gözetme borcu kapsamında alacağı karar niteliğindedir ve her ikisi de Covid-19 riskini gidermeye yönelik atılabilecek adımlardandır. O sebeple bu adımların atılmaması, gözetme borcunun ihlali sayılacağından, iş ile uygun nedensellik bağı kurulduğunda, ona bağlanan sonuçların doğmasına yol açacaktır. Tüm dünyayı etkiliyor olması ve halen bir çözüm üretilmemesi, işverenin Covid-19’u kaçınılmazlık ya da mücbir sebep görerek hareketsiz kalmasına gerekçe olamaz. Gözetme borcu yükümlülüğü, işverenden, yapabileceği düzeyde kendine düşeni yapmasını bekler⁶³.

İşverenin gözetim borcu ve Covid-19 ilişkisine ilişkin bir kanuni değişiklik

63 AKIN, s. 18.

kanımızca gerekli değildir. Zira soyut ve dinamik bir kavram olan gözetim borcu ve işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünün içinin günün gereklerine göre yargı kararlarıyla doldurulması daha iyi olacaktır. Aksine bir düşünüş ile bu borcun sınırlarının kanuni düzenleme ile belirlenmesi, beklenmedik yeni ihtiyaçlar çıkması halinde, kanunu yetersiz bırakacaktır.

Kanımızca Pandemi Döneminde iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ile ilgili en büyük sorun işçinin “*çalışmaktan kaçınma hakkı*” hususunda yaşanmıştır. 6331 Sayılı Kanun’un konuyu düzenleyen 13. Maddesine göre “(1) *Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. (2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınuncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. (3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz. (4) İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.”*

Kanun bu hükmü ile uzun sayılabilecek ve çoğu zaman olayın aciliyetine cevap vermekten uzak bir prosedür düzenlemiştir. İş sağlığı ve güvenliğinin önleyici karakterini yansıtan en temel haklarından biri durumundaki çalışmaktan kaçınma hakkı, kaza ve hastalıkların önüne geçerek daha büyük zararların oluşmasının engelleyebilme potansiyeli sebebiyle özendirilmeli ve hakkın kullanımı kolaylaştırılmalıdır. Bu anlayış iş dünyasının dünyada karşılaştığı en büyük iş sağlığı sorunu durumundaki Covid-19 salgınında öncelikle geçerlidir⁶⁴.

Kanunun düzenlemesine göre ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde

64 AKIN, s. 34.

işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işverene başvuracak; kurul acil toplanıp karar verecek, durum yazılı olarak işçiye bildirilecek, kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilecektir. Hatta önlem almayan işverenlerin işçileri iş sözleşmelerini haklı sebeple feshedebilecektir.

Kanımızca bu düzenleme işlevsellikten oldukça uzaktır. Bir kere işçinin talebine rağmen kurul ya da işveren karar vermezse gidilecek yol belli değildir. İkincisi çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması güvence altında değildir; iş sözleşmesinin feshi bir güvence gibi görünse de sonuç olarak işçiyi işsiz bırakmaktadır. İşçi çalışmaktan kaçınması sebebiyle pekâlâ ayrımcı muameleye hatta feshe maruz kalabilecektir. Üçüncüsü, kanun maddesinin konuyu kamu makamlarıyla ilişkilendirmemiş olması ve süreci işverenin inisiyatifine bırakmış olmasıdır.

Bütün bu açıklamalar ışığında, iş sağlığı ve güvenliği bakımından, pandemi dönemlerinde de faydalı olabilecek çalışmaktan kaçınma hakkını işlevsel hale getirebilecek yasal düzenleme ve değişiklikler yapılmalıdır.

g. Toplu iş hukukunun ihtiyaçları karşılanmalıdır.

Pandeminin etkilerinin ciddi biçimde hissedilmeye başlanılmasıyla beraber toplu iş hukuku alanında önemli bir duraksama yaşanmıştır. Özellikle kişilerin bir araya gelmesinde ve ulaşımda yaşanan sınırlandırmalar toplu iş hukukuna ilişkin süreçlerin nasıl işletileceği konusunda duraksamalara yol açmıştır. Bu anlamda; yetki süreçlerinin işletilmesi, toplu pazarlıkların nasıl yürütüleceği, sendika yönetim ve genel kurullarının nasıl toplanacağı, arabuluculuk görüşmelerinin nasıl tertipleneceği, grev oylamalarının nasıl gerçekleştirileceği, greve ve lokavta nasıl gidileceği gibi konular önemli fikir ayrılıklarına yol açmıştır. Bir görüş süreçlerin bu dönemde de yürütülebileceğini söylerken, bizim de katıldığımız bir başka görüş bunun mümkün ve hukuki olmayacağını, birçok hak kaybını doğuracağını dile getirmiştir. Yaşanan karışık duruma bir de adliye ve icra dairelerinde faaliyetin durdurulması/dönüşümlü hale getirilmesi eklenince, toplu iş ilişkisi süreçlerinin birçok aşamasında yer alan yargısal itiraza gitmek de mümkün olamamıştır. Başka sözlerle ifade etmek gerekirse, Pandeminin önemli etkilerinden biri de toplu iş ilişkileri sistemini kilitlemek olmuştur.

Bu gelişme karşısında önce yürütme ve sonra yasama organı toplu iş

hukukuna ilişkin süreçleri erteleme yolunu tercih etmiştir⁶⁵. Vurgulamak gerekir ki, sağlam bir hukuki temele dayanmayan, sadece günlük ihtiyaca çare arayan palyatif nitelikli bu düzenlemeler bir de kötü kaleme alınınca gerek doktrinde ve gerekse uygulamada tereddütler daha da artmıştır.

17.04.2020 gün ve 7244 sayılı Kanun'un Toplu İş Hukuku'na ilişkin hükmüne göre "18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamındaki yetki tespitlerinin verilmesi, toplu iş sözleşmelerinin yapılması, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü ile grev ve lokavta ilişkin süreler bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle uzatılmıştır. Cumhurbaşkanı, bu bentte yer alan üç aylık süreyi bitiminden itibaren üç aya kadar uzatmaya yetkilidir." (m.2/1-1)

Maddenin lafzı önemli sorunları da beraberinde getirmiştir. Örneğin grev oylaması görevli makama başvurulduktan sonraki altı işgünü içinde yapılmak zorundadır (6356 s. K. m. 61/1). Maddedeki ifadeden bu sürenin 6 işgünü + üç ay uzatılmış mı olduğu, yoksa ertelenmiş olduğu mu anlaşılamamaktadır.

Benzer biçimde, 6356 sayılı Kanun'un m. 60/1 hükmüne göre "Grev kararı, ... uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Bu süre içerisinde, grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer." Bu hükümden grev ilan etmiş bir sendikanın grev uygulama kararını ne zaman gerçekleştireceği, ne zaman uygulayabileceği anlaşılamamaktadır. Üstelik maddenin yaptırım yetkinin düşmesidir.

Kanımızca, yapılması gereken Pandemi Döneminin hemen ardından toplu iş hukuku süreçlerini olabildiğince online hale getirmektir. Mevzuatı online işlemlere elverişli hale getirmek ve süreçleri hızlandırmak öncelikler arasında yer almalıdır. Aslen sendika üyeliğinin e-devlet üzerinden yapılmasına imkân tanıyan hükümle (6356 s. Kanun m.17/5) bu yönde ilk adım atılmıştır. Bunun devamının getirilmesi mümkündür. Üstelik yukarıda bahsettiğimiz; yetki süreçlerinin işletilmesi, toplu pazarlıklar, sendika yönetim ve genel kurul toplantıları, arabuluculuk görüşmeleri, grev oylamaları ve hatta grev

65 Sorunlar başlangıçta Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 23.03.2020 tarihli Korona Virüs Tedbirleri başlıklı yazıyla giderilmeye çalışılmışsa da, bu yazının yeterli gelmemesi üzerine 7244 sayılı Kanuna eklenen bir hükümle toplu iş hukukuna ilişkin sürelerin üç ay süreyle uzatılması yoluna gidilmiştir. Bu anlamda toplu iş hukuku bakımından her türlü süre 7244 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay süre ile ertelenmiştir.

ve lokavt uygulamaları online ortamlarda rahatlıkla gerçekleştirilebilecek niteliktedir. Yapılması gereken 6356 sayılı Kanun ve ikincil mevzuata online işlemlere ilişkin hükümler koymak ve sendikaları bu yönde işlem yapmaya yönlendirmektir.

h. Sosyal sigorta (özellikle işsizlik sigortası) fonlarının korunmasına özel önem verilmelidir.

Türk Sosyal Güvenlik Sistemi'nin en önemli sorunlarından biri sistemde oluşan fonların siyaset kurumu eliyle amaç dışı faaliyetlere yönlendirilmesidir. Bunun yanında sosyal güvenlik kuruluşlarının otonomisine yönelik siyasi müdahaleler ve sosyal sigorta fonlarının düşük faizli devlet tahvillerine yatırılarak üstü kapalı biçimde kaynak transferi sıkça karşılaşılan kötü uygulamalar arasında yer almaktadır⁶⁶.

İşsizlik Sigortası Fonu Pandemi Döneminde en çok tartışılan fonlardan olmuştur. Zira bu fon bu dönemde yaygın olarak kullanılan işsizlik ödeneği, kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteğine kaynaklık etmiştir. İşkur'un verilerine göre işsizlik sigortası fonunun büyüklüğü 133 milyar TL'yi aşmıştır. Yine İşkur'un verilerine göre fonun maddi ve mali varlığının %76,58'i tahvillere, %23,42'si mevduattan oluşmaktadır⁶⁷. Bu enstrümanların yeterli getirisinin olduğu ve fonların enflasyon karşısında değerini koruduğu şüphelidir.

Fonun 2018 ve 2019 yılı giderlerine bakıldığında en önemli gider kalemlerinin (2018'de 23.7 Milyar giderin 10.7 milyar TL'si; 2019'da 36.4 Milyar giderin 16.05 TL'sinin) teşvik ve destek ödemeleri olduğu görülmektedir. Bu noktada vurgulamak gerekir ki, fonun giderlerini düzenleyen 4447 s. K. m.53, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçen yaklaşık 20 yılda yedi defa değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin birçoğunda Kanuna yeni gider kalemleri eklenmiştir⁶⁸. Dikkat çekici bir husus da aynı maddede yer

66 Ufuk AYDIN, "Social Security Reform Process In Turkey And Two Years After", Tankut Centel'e Armağan, İş Dünyası ve Hukuk, 2011, Sayı: 720, s. 371 vd.

67 <https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni/s.5-6>.

68 İlgili Kanun değişiklikleri; 25.06.2003 gün ve 4904 sayılı Kanunla, 17.04.2008 gün ve 5754 sayılı Kanunla, 15.05.2008 gün ve 5763 sayılı Kanunla, 28.01.2010 gün ve 5951 sayılı Kanunla, 31.05.2012 gün ve 6322 sayılı Kanunla ve en son 29.01.2016 gün ve 6663 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir. Bunlardan 2008 yılında yapılan değişiklik ve etkileri ilginçtir. 4447 sayılı Kanuna 15.05.2008 günlü, 5763 sayılı Kanunla eklenen geçici 6. maddeyle, 2008 yılı için, Fonun mevcut nema gelirlerinden 1 milyar 300 milyon liranın, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu

alan gelir kalemlerinde hiçbir değişiklik yapılmamış olmasıdır.

Ülkemizdeki işsizlik sigortası ve işsizlik sigortası fonu; işçi, işveren ve devlet temsilcilerinden oluşan özerk bir kurum tarafından yönetilir. Özerk ve üçlü bir yapıda yönetilmesine rağmen, işsizlik sigortası fonunun amaç dışı alanlarda değerlendirilmesi ve Kanunda sürekli değişikliklere gidilmesi eleştiri konusu olmaktadır. Bu durum, özerk yönetim biçimiyle de çelişmektedir⁶⁹Sosyal tarafların şiddetle karşı çıkmalarına karşın fon kaynakları çıkartılan kanunlarla amaç dışı kullanılmakta; bu durum, İşsizlik Sigortası Fonu'nun da diğer fonlar gibi başarısız olacağı kuşkusunu yaratmaktadır.

İşsizlik Sigortası Fonu kurulurken fon kaynağının çabuk tükenmemesi amacıyla gelirler yüksek, giderler yani işsizlik sigortası ödeneği düşük tutulmuştur. Bunun sonucu olarak fonda birikim meydana gelmiştir. Fondaki bu birikim ise devlet tarafından fonun amacından başka alanlarda değerlendirilmektedir. Oysa, işsizlik sigortasına erişimin kolaylaştırılmasına, işsizlik ödeneğinin miktarının artırılmasına ve süresinin uzatılmasına ihtiyaç vardır. Geçmişte diğer fon örneklerinde görüldüğü gibi bu fon kaynağı da amacından saparak israf edilme tehlikesi altındadır. Bu sebeple fonun başka alanlarda kullanılmasının önü kesilmelidir⁷⁰. Bu konuda özellikle siyasetin çok dikkatli olması gerekir. Zira Pandemi Döneminde işçi ve işverenlerin finansal ihtiyaçları işsizlik ödeneği, kısa çalışma ödeneği, istihdam destekleri ve nakdi ücret desteği gibi kalemlerle ve işsizlik sigortasınca sağlanmıştır. Gelecekte yaşanması muhtemel kriz ve zorlayıcı sebep dönemlerinde de aynı kaynağı kullanabilmek için fonun siyasi ve popülist amaçlardan korunması, sağlam güvencelerle donatılması ve enflasyon karşısında değer kaybetmesinin önlenmesi, mümkünse profesyonel yöneticiler tarafından yönetilmesi sağlanmalıdır.

Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere Hazineye aktarılmasından;32 geçici 6. Maddeye 11.08.2009 günlü, 5921 sayılı Kanunla yapılan ek ve değişikliklerle, 2009-2010 yıllarında Fon tarafından tahsil edilecek nema gelirlerinin dörtte üçü, 2011-2012 yıllarında dörtte biri Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere Hazineye aktarılmıştır.

69 Namık TAN-Güldane KARSLIOĞLU, *İşsizlik Sigortası Fonundan Elinizi Çekin, Türk İş Yayını, Mart 2010, s. 44. (<http://www.turkis.org.tr/dosya/4Xk3cDnR3rNs.pdf> 19.05.2020)*

70 TAN-KARSLIOĞLU, s. 72.

Sonuç

2020 yılı başlarında Çin’de ortaya çıkan, giderek tüm dünyaya yayılan ve pandemi düzeyine ulaşan “Covid-19” salgını ekonomik olduğu kadar sosyal sorunlara da yol açmıştır. Ortaya çıkan sosyoekonomik sorunların başında işsizlik ve buna bağlı sonuçlar gelmektedir. İşsizlik ülke ekonomisindeki daralmanın sebebi ve sonucu olabilmekte ama her durumda hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir.

Covid-19 Pandemisi’nin yaşanmaya başlamasıyla beraber devletler ortaya çıkan sorunlara hızlıca tepki vererek zararın büyümesini önlemeye, geçici çözümler üretmeye çalışmışlardır. Ancak pandemi sonrasının bilinmezlikleri devletleri ciddi bir biçimde zorlamaktadır.

Ülkemizde de Pandeminin etkisinin hissedilmeye başlanmasıyla İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku’nu ilgilendiren çok sayıda ve önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu anlamda özellikle yasama ve yürütme organının ortaya çıkan sorunların ve zararın artmaması için ciddi bir refleks gösterdiğini ve bu refleks sayesinde önemli yol alındığını söylemek mümkündür. Bu noktada vurgulamak gerekir ki, zorlayıcı/mücbir sebeplere dayalı kriz dönemlerinde devletlerin müdahalesi ekonomik sorunları önlemek ve bu amaçla sosyal destek programlarını uygulamaya koymak şeklinde gerçekleşir. Bu müdahalenin düzeyi ise ülkelerin ekonomik zenginlikleriyle yakından ilişkilidir. Dolayısıyla Covid-19 Pandemisi karşısında devletimizin uygulamaya koyduğu ekonomik programların yeterliliğini de bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

2020 Covid-19 Pandemisi’nin ortaya çıkmasıyla ülkemizde büyük bir işten çıkarma (iş sözleşmelerinin feshi) dalgası yaşanmış, bunun yanında yine yüksek sayıda ücretsiz izne çıkarma olgusuyla karşılaşmıştır. Öte yandan kısa çalışma ödeneği başvuruları ile nakdi ücret desteği uygulamaları yaygınlaşmış, evden/tele çalışmaya yönelen/yöneltilenlerin sayısı büyük boyutlara ulaşmıştır. İşverenlerden gelen; iş sürelerinde azaltıma gidilmesi ve ücretlerde indirim talepleri, buna eşlik eden kısmi süreli çalışma ve benzer esnek çalışma uygulamaları yaygın hale gelmiş, iş güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı hayata geçmeye başlamıştır. Toplu iş ilişkilerinde ise başta duraksama yaşanmış ama önce yürütme organının sonra yasama organının devreye girmesiyle, ortaya çıkan sorunlar geçici olarak giderilmiştir.

Bilim insanları pandeminin etkilerinin 2020'nin ikinci yarısından itibaren hafifleyeceğini, 2021'de ise sona ereceğini öngörmektedir. Ancak bu durum İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nda sorun yaşanmayacağı ya da sorunların sona ereceği anlamına gelmez. Bu durumda yapılması gereken, temelde 2020 Covid-19 Pandemisi'nin olumsuz sonuçlarını giderecek ve devamında ise benzer durumların yaşanması halinde sorunları doğmadan önleyebilecek önlemleri belirlemek ve uygulamaya konulmasını sağlamaktır.

Kanımcı, ilk başta yapılması gereken iş sözleşmelerini fesih yasağının bir süre daha devam etmesi; buna bağlı kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteği uygulamaları gözden geçirilmesidir. İkinci olarak vergi ve prim teşvikleriyle istihdamın korunması ve arttırılmasına çalışılmalıdır. Üçüncü olarak Pandemi Döneminde çok faydalı sonuçlar sağlayan esnek istihdam modellerinin geliştirilmesine çaba sarf edilmelidir. Dördüncü olarak pandemi dönemlerine karşı hazırlıksız yakalanan mevzuat, dönemin gereklerine göre gözden geçirilmeli ve eksiklikler giderilmelidir. Beşincisi, Pandemi Döneminin yükselen istihdam biçimi olan online çalışma için bilgi kaynakları ve altyapı geliştirilmeli, ikincil mevzuat oluşturulmalıdır. Altıncı olarak iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı gözden geçirilmelidir. Yedincisi toplu iş hukukunun internet üzerinden, online işleyişi için altyapı ve hukuki düzenlemeler gerçekleştirilmelidir. Ve nihayet, bu dönemlerde yaşanan ekonomik sorunlara kaynak oluşturması beklenen, başta işsizlik sigortası fonu olmak üzere sosyal güvenlik fonları korunmalı ve fonların siyasi müdahalelerden uzak tutulmasına özen gösterilmelidir.

Covid-19 Pandemisi insanlığın hiç beklemediği, tehlikeli ve ölümcül bir salgın olmasının yanında iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında da devasa sorunlara yol açmıştır. Bu sorunlara çözüm bulmak hiç de kolay değildir ancak soruna ilişkin çözüm önerilerimiz bir başlangıç noktası oluşturabilir.

KAYNAKÇA

- [1]AKIN Levent, "COVID 19'un İş İlişkilerine Etkileri", Çimento İşveren Dergisi, C.34, S. 3, Mayıs 2020.
- [2]ALP Mustafa, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", *Sarper SÜZEK'e Armağan*, C.1, İstanbul, 2011.
- [3]AYDIN Ufuk, "4857 sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesinde Değişiklik Kayıtları", *SİCİL*, S.5, 2007.

- [4]AYDIN Ufuk, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, *SİCİL*, S.23, 2011.
- [5]AYDIN Ufuk, “Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler”, *SİCİL*, S. 13, Mart 2009.
- [6]AYDIN Ufuk, “Social Security Reform Process In Turkey And Two Years After”, Tankut Centel’e Armağan, İş Dünyası ve Hukuk, 2011, Cilt: - Sayı: 720.
- [7]AYDIN Ufuk, “Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi”, *Devrim Ulucan’a Armağan*, İstanbul, 2008.
- [8]BAYCIK Gaye, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3.
- [9]ÇELİK Aziz, “Salgın 7,5 Milyon Yeni İşsiz Yaratabilir”, <https://www.birgun.net/haber/salgın-7-5-milyon-yeni-issiz-yaratabilir-298345> (14.05.2020).
- [10]ÇELİK Nuri - CANİKLİOĞLU Nurşen - CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, B.31, İstanbul, 2018.
- [11]DING Wenwen, “COVID-19 and Labour Law: China”, Italian Labour Law E-Journal, Special Issue 1, vol:13, 2020.
- [12]EKMEKÇİ Ömer - YİĞİT Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2020.
- [13]GAGLIONE Chiara, Purificato Ilaria, Rymkevich Olga Pavlovna, “COVID-19 and Labour Law: Italy” Italian Labour Law E-Journal, Special Issue 1, vol:13, 2020.
- [14]GÜVEN Ercan-AYDIN Ufuk, Bireysel İş Hukuku, B.5, Eskişehir, 2017.
- [15][http:// democratizingwork.org](http://democratizingwork.org) (17.05.2020)
- [16]<https://www.iskur.gov.tr/yayinlarimiz/issizlik-sigortasi-bulteni>. (14.05.2020)
- [17]<https://www.worker-participation.eu/EU-Social-Dialogue/Interprofessional-ESD/Outcomes/Framework-agreements/Framework-agreement-on-telework-2002>.

- [18]ILO: COVID-19 causes devastating losses in working hours and employment. Retrieved from International Labour Organization: https://www.ilo.org/global/about-theilo/newsroom/news/WCMS_740893/lang--en/index.htm (19.05.2020)
- [19]KRAUSE Rüdiger, Kühn Jonas Walter, “COVID-19 and Labour Law: Germany”, *Italian Labour Law E-Journal*, Special Issue 1, vol:13, 2020.
- [20]MOIZARD Nicolas, “COVID-19 and Labour Law: France”, *Italian Labour Law E-Journal*, Special Issue 1, vol:13, 2020.
- [21]NOVITZ Tonia, “COVID-19 and Labour Law: United Kingdom”, *Italian Labour Law E-Journal*, Special Issue 1, vol:13, 2020.
- [22]OMAY Umut, “Kovid-19 Sonrası Çalışma Hayatı”, Kovid-19 Salgınının Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Etkileri ve Türkiye’ye Yönelik Öneriler, (ed. Dilek Demirbaş, Veysel Bozkurt, Sayım Yorgun), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, İstanbul, 2020.
- [23]ÖZVERİ Murat, “SGK’nin Kovid-19 hastalığını “iş kazası” tanımından çıkarması”, <https://www.youtube.com/watch?v=JC0sieFAA7E> (18.05.2020)
- [24]SUR Melda, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, *A. Can TUNCAY’a Armağan*, İstanbul, 2005.
- [25]SÜZEK Sarper, “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, *SİCİL*, S. 14, Haziran 2009.
- [26]TAN Namık - KARSLIOĞLU Güldane, İşsizlik Sigortası Fonundan Elinizi Çekin, Türk İş Yayını, Mart 2010, s. 44. (<http://www.turkis.org.tr/dosya/4Xk3cDnR3rNs.pdf> 19.05.2020)
- [27]TELKODER, “2018 Yılı Sektör Düzenlemelerine Yönelik Değerlendirmeler Raporu”, Eylül 2019 (<https://telkoder.org.tr/wp-content/uploads/2019/10/TELKODER-2018Degerlendirme.pdf> 19.05.2020)
- [28]YORGUN Sayım, “Kovid-19 Salgınının Sosyal Politikalara Etkileri Kovid-19 Salgınının Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Etkileri ve Türkiye’ye Yönelik Öneriler”, (ed. Dilek Demirbaş, Veysel Bozkurt, Sayım Yorgun), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, İstanbul, 2020.

Alman MÖhk Madde 47 İle Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Hukuk Uyarınca Kazanılan Soyadın İntibakına Dair Düşünceler

Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNING¹

Öz

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) ada uygulanacak hukuk ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralıyla düzenlenmemiştir. Bunu takiben yabancı hukuka göre kazanılan adın intibak usulü de MÖHUK'ta yer almamaktadır. Bu iki düzenleme birbirinden farklıdır. Kişinin, yabancı hukuka göre kazandığı soyadı Türkiye'de nasıl kullanacağını serbestçe belirlemesi, ada bağlı kişilik haklarına saygı duyulması ve yabancı hukuk uyarınca kazandığı soyadın kullanımının kolaylaştırılması intibak kapsamında açıklanmaktadır. Ada uygulanacak hukuk, kişinin adına dair ihtilaflarda uygulanacak hukuku tespit ederken, adın intibakı, kişinin adı üzerindeki intibak hakkını kapsamaktadır. İntibak sistemi, adın hangi şekilde Türk hukukuna intibak edileceğini belirlemeye hizmet etmektedir. Türkiye'de yabancılar nüfus kütüğüne kayıtlı bir yabancının, dava açarak adını değiştirmesi nedeniyle kayıtlı adının silinerek yeni adının kaydedilmesi intibak ile karıştırılmamalıdır.

Kişinin yabancı hukuk uyarınca doğumla kazandığı soyadını özgürce belirleyebilmesine hizmet eden intibak hakkı çeşitli hallere ortaya çıkabilir. Mukayeseli hukukta farklı soyad düzenlemeleri olduğu görülmektedir. Münferit soyad uygulaması, Sri Lanka, Vietnam gibi Uzakdoğu ülkeleriyle Hindistan ve Pakistan'da yürürlüktedir. Bu sistemde öz ad Türk hukukundaki soyad işlevini görmektedir. Ana, baba ve çocuk farklı soyadlar taşımakta, çocuk ise öz ad olarak babasının öz adını almak zorundadır. Bu hukuka

1 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hselinpurselim@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3067-4335

Eser, yazarın "Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad" kitabında yer alan incelemeden alınmış ve genişletilmiştir.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.11.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 30.11.2020

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2003

göre soyadını kazanan kişi, daha sonra Türk vatandaşı olursa, Türk nüfus kütüğündeki soyadı ne olacaktır? İslam hukuku, Singapur hukuku ve Slav hukuk sistemlerinde ise değişken soyad uygulaması kabul edilmiştir. Bu hukuk sistemlerinde, soyada cinsiyete göre bir takı eklenmektedir. Bu halde, baba ile kızının ve ana ile oğlunun soyadı aynı olmayacaktır. Bu ülkelerden birinin vatandaşı olan erkeğin başka bir ülke vatandaşı olan eşiyle olan evliliğinden doğan çocuk, erkeğin ülkesinde cinsiyetine göre soyad kazanacaktır; ancak bu soyadın Türk nüfus kütüğüne aynı şekilde işlenmesi mümkün müdür? Diğer bir soyad farklılığı ise apellidos kayıtlarda ortaya çıkmaktadır. İspanya'da ve hukuk sistemini bu ülkeden intibak eden birçok Latin Amerika ülkesinde çocuk birden fazla soyad taşımaktadır. Mukayeseli hukuk doktrinde de apellidos olarak kullanılan kavram, çocuğun anasından ve babasından soyad alması anlamına gelmektedir. Ancak bu sayı bazı hukuk sistemlerinde artabilmekte ve çocuğun aldığı soyad sayısı dörde kadar çıkabilmektedir. Apellidos uyarınca iki soyadı olan kişi, Türk vatandaşlığını kazandığında Türk nüfus kütüğüne kaydolurken yabancı hukuka göre kazandığı soyadlardan hangisi esas alınmalıdır?

Bilindiği zere, Türk vatandaşlığını kazanmak öz ad ve soyad değişikliğini gerektirmemektedir. Yukarıda yer alan sorular Türk vatandaşlığını kazanmış kişinin yabancı hukuka göre doğumla kazandığı soyadın istikbaline yöneliktir. İncelememizde, intibakı özel olarak düzenleyen Alman Milletlerarası zel Hukuk Kanunu md. 47 ve yabancı mahkeme kararları ile mukayese yapılarak, yabancı hukuk uyarınca doğumla kazanılan soyadın Türkiye'deki intibakına dair Öneriler sunulacaktır.

***Anahtar kelimeler:** Yabancı soyad, intibak, Alman Milletlerarası zel Hukuk Kanunu md. 47, Apellidos, doğumla kazanılan soyad*

Reflections on Adaptation of Surnames Acquired Upon Birth Pursuant to Foreign Laws

Abstract

There is no specific conflict of laws rule related to names under the Turkish Code on Private International Law and International Procedural Law (MHUK). In parallel, there is no procedure provided under MHUK on adaptation of names acquired pursuant to foreign laws. These two matters are

different from one another. A person's right to freely determine the way the surname he/she obtained pursuant to foreign law is used in Turkey, respect to be shown to personal rights related to name and facilitation of the use of surnames obtained pursuant to foreign laws is encompassed within the notion of adaptation. The law applicable to names determines the law to be applied by the courts in a dispute concerning one's name; meanwhile, adaptation of a name signifies one's right to adaptation on his/her name. The adaptation system serves to determine how a name should be adapted into Turkish law. The scenario where the registration of the new name of an alien registered to the Register of Aliens in place of the former upon filing an action for such change should not be confused with adaptation.

The right to adaptation, which allows a person to freely determine his/her surname obtained pursuant to foreign law, can come into question in different cases. As it can be seen from comparative law, surnames have been regulated in different ways under different jurisdictions. The practice of individual surname is in effect in the Far East countries such as Sri Lanka and Vietnam as well as in India and Pakistan. Under this system, first name functions in the same way as surname under Turkish law. Fathers, mothers and children carry different surnames; however, children obtain their fathers' first name as their first name. What will be the surname in Turkish civil registry of a person who obtained his/her surname pursuant to one of these systems and afterwards acquired Turkish citizenship? Furthermore, a flexible surname system is accepted under Islamic law, Singapore law and Slavic legal systems. Under these legal systems, surnames are formed by adding suffixes depending on one's gender. Accordingly, a father's surname will not be the same as his wife and his daughter. The child to be born from a marriage between a man carrying the citizenship of one of these countries and a woman carrying the citizenship of a different country will obtain a surname in the father's country depending on his/her gender; however, is it possible for this surname to be registered into the Turkish civil registry in the same way? Another type of difference in surnames arises in the system of apellidos. In Spain and many Latin American countries, which have adopted their legal systems from the former, children carry more than one surname. This notion of apellidos, which is also named this way under comparative law, means that the child obtains surnames from both his/her father and mother. However, this number can increase in some legal systems and the total number of surnames that the child can obtain can raise up to four.

Which surname obtained under foreign law should be taken into account when a person having two surnames pursuant to the Apellidos system is to be registered to the Turkish civil registry upon acquiring Turkish citizenship?

As it is known, acquiring Turkish citizenship does not require one to change his/her first and surname. The questions raised above concern the outcome of surnames acquired upon birth according to a foreign law by a person who afterwards acquired Turkish citizenship. In our examination, we will be making suggestions regarding the adaptation of surnames acquired pursuant to foreign laws upon birth, by making comparisons with the German Code of Private International Law Art. 47, which has a dedicated regulation on adaptation, and foreign court decisions.

Keywords: *Foreign surname, adaptation, German Code of Private International Law Art. 47, Apellidos, surname obtained upon birth*

Giriş

Türk hukuk sistemi uyarınca, kişinin kimliğini işaret eden, onu diğer bireylerden ayırmaya yarayan, toplumsal düzeni sağlama vazifesi içeren ad, kişinin hangi aileye ait olduğunu belirtmektedir. Milletlerarası ad hukuku ise engin bir deniz gibidir ve birbirinden farklı birçok uygulamayı barındırmaktadır. Yabancı bir ülke hukuku uyarınca soyad kazanan kişi, daha sonra Türk vatandaşlığına geçtiğinde Türkiye’de Türk vatandaşı olarak muamele görecektir. Ancak bu kişinin yabancı hukuka göre kazandığı soyadın Türk nüfus kütüğüne işlenmesinde sorunlar doğabilir. Muhtelif sorunlar Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) uyarınca bir kanunlar ihtilafı kuralı ile çözülmektedir; zira soyadın yabancı hukukun tesirinde olduğu kabul edilmektedir. Çalışmamızda Alman MÖHK dikkate alınarak soyadın intibakından doğacak sorunlara yer verilecektir.

I. Ad Hukukunun MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi

Milletlerarası ad hukukuna dair ihtilaflar, milletlerarası özel hukukun en problemlili kısımlarından bir tanesini oluşturmaktadır. Ülkelerin farklı ön ad ve soyad uygulamaları nedeniyle birçok kişi, farklı ülkelerde farklı adlarla ilgili yer nüfus kütüğüne kaydedilmektedir.

Ad hukukuna dair düzenlemeler MÖHUK kapsamında iki halde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz intibak hususudur.

İkincisi ise ada uygulanacak hukuk meselesidir. Ada uygulanacak hukuk doğum, evlenme, boşanma, evlat edinme gibi hallerde yabancılık unsuru içeren ada dair ihtilafa uygulanacak hukuku tespit etmektedir. Avusturya § 13/I MÖHK, Alman MÖHK md. 10 ve İsviçre MÖHK md. 37 uygulamalarının aksine MÖHUK'ta ada uygulanacak hukuka dair ayrı bir kaide bulunmamaktadır. Ortaya çıkan ihtilaflar aile hukuku statüsü uyarınca çözülmekte, bu işlem veya ilişkinin öz ad ve soyada dair hukuki neticeleri dikkate alınmaktadır². Ada uygulanacak hukukun aile hukukuna dair işlem veya ilişkiye bağlanması yönündeki görüşe katılmamaktayız³. MÖHUK'ta ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmaması kanımızca bir eksiklik ve bu konudaki önerimiz şu şekildedir: MÖHUK'ta bu konuda bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmesi gerektiğine inanmaktayız. Önerimiz şu şekildedir: “Ada kişinin milli hukuku uygulanır. Eşlerin soyadına, müşterek milli hukukları, yoksa taraflardan birinin milli hukuku veya taraflardan birinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukuku uygulanır. Çocuğun soyadına, ana ve babanın müşterek milli hukuku, yoksa ana babadan birinin milli hukuku, yoksa ana babadan birinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukuku uygulanır. Evlatlığın soyadı, milli hukukuna tabidir. Ad değiştirme davasında Türk Hukuku uygulanır”⁴. Doktrinde bir görüş ada uygulanacak hukukun milli hukuka tabi olması gerektiğini ifade etmektedir⁵. MÖHUK sistemimiz bu haliyle Alman hukukunda 1970’li yıllarda uygulanan prensibi devam ettirmektedir.

Kıta Avrupası’nda ada uygulanacak hukukun belirlenmesinde dönüm noktası 12.05.1971/IV ZB 52/70 tarihli Alman Federal Yargıtay kararıdır⁶. Bu kararı kısaca özetlemek gerekirse, “davaya konu olan vakada, Alman vatandaşı erkek (H.J.P.) ve İspanyol vatandaşı kadın (A.N.V.), 04.06.1965 tarihinde Almanya’da yetkili makam huzurunda evlenmiştir. Çiftin 10.05.1967 tarihinde bir çocuğu doğmuştur. A.N.V., evlilik akdi sırasında imzaladığı belgeleri ve çocuğun doğum kayıtlarını “evlilik öncesi soyadı N.V. olup,

2 ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 8.B., İstanbul 2020, s. 127.

3 Bu görüş için bkz., ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE s. 127; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. B., İstanbul 2020, s. 208, NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. B., İstanbul 2017, s. 228 vd.

4 PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad (Ada, Ad Değiştirme Davasına, Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü), Ankara 2014, s. 378.

5 TEKİNALP, Gülören/UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk, 12. B., İstanbul 2016, s. 125; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 6.B., Ankara 2020, s. 303.

6 BGH, 12.05.1971/IV ZB 52/70, NJW 1971, s. 1516.

yeni soyadı A.P.'dir" ibaresiyle imzalamış; 02.10.1968 tarihinde, yetkili makama (Standesamt) dilekçe vererek kayıtlardaki adının A.N.V. şeklinde düzeltilmesini talep etmiştir. Yetkili makam, ilk derece mahkemesi, ikinci derece mahkemesi ve eyalet yargıtayı bu talebi reddetmiştir. Almanya Federal Yargıtayı'nda görülen davada, ada uygulanacak özel bir kanunlar ihtilafı olmamasının uygulamada ve hakların korunmasında sakıncalara yol açtığı tespit edilmiştir. (...) O tarihte yürürlükte olan Alman hukuku uyarınca evli kadın eşinin soyadını alacak; kadının talebi halinde, evlilik öncesi soyadı kocasının soyadının yanında eklenecektir. İspanyol hukuku uyarınca, kadının soyadı evlilik nedeniyle değişmemektedir; ancak kadının seçim hakkı saklıdır. Kadın, erkeğin soyadını kendi soyadının önüne ekleyebilir. (...) Dava görüldüğü sırada Almanya'da ada uygulanacak bir kanunlar ihtilafı kuralı olmamasından dolayı (yani uygulama şu an yürürlükte olan Türk MÖHUK uygulamasıyla aynıydı) uyuşmazlıkla ilgili mahkemeye dört doktrin görüşü sunulmuştur. İlk görüş, erkeğin milli hukukunu; ikinci görüş eşlerin milli hukuklarında birbiriyle örtüşen hukuk kaidesinin tespit edilerek vakaya uygulanmasını; üçüncü görüş eşlerin yerleşim yeri hukukunu; son görüş, eşlere serbest seçim hakkı tanınarak, taraflara evlilikte kullanacakları soyadı belirleme hakkı verilmesini önermekteydi. Bunların haricinde, uygulamada ada uygulanacak hukuka dair Alman mahkemeleri tarafından önceki tarihlerde verilen iki karar da mevcuttu. Ancak Yargıtay, bu davada iki içtihadın da uygulanamayacağını ifade etmiştir. Evliliğin genel hükümlerine uygulanan (mülga) MÖHK md. 14'e göre, evlilik nedeniyle değişen soyada evlilik statüsünün uygulanması gerekmekteydi. Federal Yargıtay, aile hukuku düzenlemelerinin yanı sıra Almanya'da ad ile ilgili düzenlemelerin de bulunduğuna dikkat çekerek, ada dair mevzuat uyarınca, adın kişiye sıkı suretle bağlı bir hak olduğunu, ad ile ilgili düzenlemelerin kişiler hukukuna dahil olduğunu karara bağlamıştır. Federal Yargıtay'a göre, kişiler hukukuna dahil olan bir konu aile hukukuna dahil edilemez. Evlilik nedeniyle değişen soyadına uygulanacak hukuk için iki seçenek vardır: Evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen (mülga) MÖHK md. 14 ve şahsi statü. Federal Yargıtay, bu iki kaidenin de incelenmesini; neticede, üstün olan hakkın belirlenerek, korunması gerektiğine karar vermiştir. Karar uyarınca, üstün olan ve öncelikli olarak korunması gereken kişinin adıdır. Federal Yargıtay, yabancı devlet vatandaşı olan bir kişiye Alman hukuku uyarınca, "zorla" ad verilmeyeceğini ve aynı şekilde yabancıнын mevcut adının Alman hukukuna göre değiştirilemeyeceğini, A olan adın Alman hukukuna uygun

olsun diye B yapılamayacağını ifade etmiş; yabancılık unsuru olan ihtilafta adın tespiti yapılırken kadın-erkek arasında ayrımcılık yapılmaması ve ada kişinin milli hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Federal Yargıtay, bu kararı verdiği tarihte, Alman hukuku eşlerin farklı soyadlar taşımasına izin vermiyordu. Şahsi statü uygulandığı takdirde, eşlerin farklı soyad taşımaları ihtimali doğacağından, Federal Yargıtay, yabancı hukuk uyarınca, kadın evli olmasına rağmen milli hukuku uyarınca eşinden farklı soyad taşıyabiliyorsa, bu durumun Alman kamu düzenini ihlal etmeyeceğini de karara bağlamış; kişinin adı üzerinde mutlak ve devredilemez bir hakkı olduğunu ve adın kişiliğe ait çok önemli ve devamlı bir rolü bulunduğunu gerekçe göstererek, bu hakkın evlilikte soyadı birliğinin sağlanmasından daha üstün olduğunu ifade etmiştir. Federal Yargıtay'a göre, öncelikli olarak korunması gereken, kişilik hakkına dair olan ad üzerindeki haktır. Kararda ada uygulanacak hukukun şahsi statüye yani kişinin milli hukukuna göre tespit edilmesi, temel ilke olarak kabul edilmiştir⁷. Alman Federal Yargıtayı'nın görüşlerine katılmakta ve Türk MÖHUK uygulamasının da bu yönde olması gerektiğini düşünmekteyiz.

MÖHUK kapsamında değerlendirilecek bir başka konu ad değiştirme davasına uygulanacak hukuktur. Yabancı ülke vatandaşı, örneğin yabancılar kütüğüne kayıtlı adının değiştirilmesi talebiyle Türkiye'de dava açabilir. İsviçre MÖHK md. 38'in aksine MÖHUK'ta ad değiştirme davasına uygulanacak hukukla ilgili bir düzenleme de yer almamaktadır. Bir görüş davada ilgilinin milli hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁸. Bazı ülkelerde ad değişikliği belirli bir sınıra tabi olmadan ve oldukça basit bir usulle yapılmaktadır; bu ülke vatandaşlarının açtığı davada milli hukukları uygulandığı takdirde Türkiye'de birçok kez ve herhangi bir haklı sebebe dayanmadan ad değiştirme davası açabileceklerdir⁹. Bu nedenle ad değiştirme davasında Türk hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktayız; örneğin mevcut ad Türk kamu vicdanıyla bağdaşmayan, hakaret veyahut alay konusu olan bir ad ise bu ad Türk ad mevzuatına uymadığından alınamayacaktır¹⁰.

Çalışmamızın konusunu olan intibak meselesi ise yabancı hukuka göre kazanılan adın intibakına dairdir ve yukarıda açıklanan meseleler içerisinde değerlendirilemez. Zira yabancı hukuka göre kazanılan adın intibakından

7 Karara dair bkz., PÜRSELİM ARNING, s. 242'den aynen.

8 TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 125.

9 PÜRSELİM ARNING, s. 295 vd.

10 PÜRSELİM ARNING, s. 299 vd.

doğan sorunlar, ada uygulanacak hukuk veya ad değiştirme davasında uygulanacak hukuk yardımıyla çözülmemelidir. Soyadın intibakı, farklı bir ad hukuku mevzuatına göre kazanılan soyadın başka bir hukuk sistemine sahip ülkede intibakını kapsamaktadır.

II. Yabancı Hukuk Uyarınca Kazanılan Soyadın İntibakı

Kişinin yabancı ülke hukukuna göre kazandığı soyadı Türkiye’de nasıl kullanacağı intibak konusunun çekirdeğini oluşturmaktadır. *İlgilinin dört adet soyadı varsa* nüfus kütüğüne kaydedilirken acaba bu soyadların hangisi kütüğe esas alınacaktır veyahut ilgilinin adını kazandığı *ülke hukuku uyarınca soyadı yoksa ne yapılması gerekir?* Kanımızca bu ve benzeri hususlarda soyadı nüfusa kaydedilecek kişi ve nüfus memuru bir tartışma içine sokulmamalı, hukuku kaideler çerçevesinde yeknesak uygulamaların yerleşmesine gayret edilmelidir. Tavsiye ettiğimiz usul öncelikle ilgilinin soyadını Türkiye’de nasıl kullanacağını kendisinin tespit etmesidir. Bir kişiyi nüfus kütüğüne kaydetmek, o kişinin soyadının zorla değiştirilmesi anlamına gelmemelidir. Yabancı ülke hukuku uyarınca dört tane soyadı kazanmış kişinin hangi soyadının nüfusa kaydedilmesi gerektiği veya yabancı hukuk uyarınca soyadın parçası olarak kullanılan müstear adın kütüğe kaydedilip kaydedilmemesi meselesi, kişinin adı üzerindeki hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu meseleler kişiden kişiye veya nüfus memurluğundan nüfus memurluğuna göre değişen münferit meseleler olarak kabul edilmemelidir. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ada dair açılan ihtilafları İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin özel hayatın ve aile hayatını korunması başlıklı 8. maddesi ile ayrımcılık yasağı başlıklı 14. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.* Kanımızca bu mesele ülkemizde de temel bir hakkın korunması kapsamında değerlendirilmesi ve yeknesak bir düzenleme tertip edilmelidir.

İntibak sistemi, adın hangi şekilde Türk hukukuna intibak edileceğini belirlemeye hizmet etmektedir. Türkiye’de yabancılar kütüğüne kayıtlı bir yabancının, dava açarak adını değiştirmesi nedeniyle kayıtlı adının silinerek yeni adının kaydedilmesi intibak ile karıştırılmamalıdır. İntibaka başvuran kişi, vatandaşlığına geçiş işlemleri yapılmış olan bir Türk vatandaşı olmalıdır. Bu halde akla ad değiştirme davası gelebilir. Zira hâlihazırda bir Türk vatandaşlığını kazanmış kişi ad değiştirme davası açabilir. Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 27 uyarınca, adın değiştirilmesi, ancak haklı

sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilan olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmemektedir. Ancak şu nokta gözden kaçırılmamalıdır; ad değiştirme ve intibak farklı meselelerdir. Yabancı devlet vatandaşı kişi, vatandaşlığa alınma işlemleri tamamlandığı anda artık Türk vatandaşdır; fakat statü değişikliği olmasına rağmen doğumla kazandığı soyad, yabancı hukuka göre kazanılmış yabancı bir soyadadır. Ayrıca intibakta kişi adını değiştirmek istememektedir; yabancı hukuka göre kazanmış olduğu adını muhafaza ederek Türk nüfus kütüğüne kaydedilmesini talep etmektedir.

TMK md. 27'nin ortaya çıkacak ihtilaflara hizmet etme kabiliyeti olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. İntibak ile TMK md. 27'nin hizmet ettiği alanlar farklıdır. TMK md. 27'nin sunduğu çözüm sınırlıdır. Türk vatandaşlığını kazanmış kişi yabancı hukuk uyarınca kazandığı soyadı değiştirebilir. Ancak prensip, kişinin Türk vatandaşlığı kazanması nedeniyle soyadını değiştirmek zorunda kalmamasıdır; zira Türk vatandaşlığını kazanmak mevcut soyadı değiştirmek için zorlayıcı bir neden değildir. Bunun haricinde kanun koyucunun TMK md. 27'yi düzenlerken Türk mevzuatından hareket ettiğini unutmamak gerekir. Türk vatandaşlığını kazanmış kişi önce sicile Türk vatandaşı olarak kaydedilmelidir ki aldığı nüfus cüzdanı ile ad değiştirme davası açabilsin. Bu halde yabancı hukuk uyarınca soyadı uygulaması olmayan bir ülkede adını kazanmış kişinin önce nüfus kütüğüne kaydedilmesi, ardından da TMK md. 27 uyarınca dava açması düşünülebilir. Fakat bu kişi hangi soyadla nüfus kütüğüne kaydedilecektir? Zaten ilk mesele çözüldüğünde ilgilinin TMK md. 27 uyarınca dava açmasına gerek kalmayabilir.

III. Alman MÖHK Madde 47 Uyarınca Soyadın İntibakı ve MÖHUK ile Karşılaştırılması

Yabancı hukuk uyarınca kazanılmış adın intibakı, yabancılık içeren bir kanunlar ihtilafı meselesi olarak kabul edilmiş ve Alman MÖHK md. 47'de düzenlenmiştir. MÖHK md. 47 ile adını yabancı hukuka göre kazanmış olan kişiye, Alman ad mevzuatındaki temel ilkelere uyumlu bir ada sahip olma imkânı sunulmaktadır¹¹. Bu kaidenin klasik bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığı görülmektedir. Alman vatandaşlığına geçmiş kişinin yabancı hukuka göre kazandığı ad MÖHK kapsamında statü değişikliği olarak kabul edilmiş

¹¹ HEPTING, Reinhard: *Angleichung im internationalen Namensrecht*, StAZ 2001, s. 260.

ve MÖHK md. 47’de bu adın intibak usulü düzenlenmiştir¹². Ad intibakı, Alman yetkili makamlarınca sıklıkla uygulanan bir kaide olmasına rağmen, talebe bağlı olup, zorunlu bir muamele değildir; hakkı kullanmak belirli bir süreye tabi değildir; prensip olarak bu hak sadece bir kez kullanılabilen ileriye yönelik etki doğuran bir haktır¹³. Aşağıda Alman MÖHK 47’de yer alan haller tek tek incelenecektir¹⁴.

Kişinin yabancı hukuka göre kazandığı ad zincirleme ad (Namensketten) şeklindeyse, örneğin kişinin Arapça adı Bedriye binti Zekiye (Bedriye kız) Zekiye) şeklindeyse bu adlardan hangisinin ön ad hangisinin soyad olarak kullanılacağına ilgili karar vermek zorundadır¹⁵. Hindistan’da ve Pakistan’da adın bir parçası olarak kullanılan singh, kaur, khan, mirza, begum gibi dini unvanlar ve soyluluk işaretleri adın eki ve ayrılmaz parçası olarak yer alıyorsa, kişi bu adlardan birini soyadı olarak seçebilir¹⁶. Türk MÖHUK sistemi uyarınca da kişiye benzer bir hak sunulması görüşünderiz. Bu halde kişi hangi adın soyad hangisinin ön ad olduğuna kendisi karar verecektir. Mevcut bir kaide olması, münferit hallerde yaşanacak tartışmaların önüne geçecektir.

Bir başka mesele Türk vatandaşlığına geçen kişinin toplamda sadece bir adının (münferit ad) olmasıdır. Bu halde ne yapılması gerekir? Örneğin kişinin adı Ay ise ne yapılması gerekir? Ay öz ad mıdır yoksa soyad mıdır; bu halde nasıl bir muamele yapılması gerekir? Alman MÖHK 47/I/2 uyarınca böyle bir halde kişiye tamamlama imkânı sunulmuştur; yani tek adı Ay olan kişi Ay’ın ön ad mı yoksa soyad mı olduğunu bizzat belirleyebilir. Örneğin adı Ay olan kişi Alman vatandaşlığına geçtiğinde, adını Ay Gottwald olarak belirleyebileceği gibi Marlene Ay olarak da belirleyebilir¹⁷. Münferit ad halinde hangi adın hangi fonksiyonu taşıyacağına kişi kendisi karar vermektedir¹⁸. Aynı

¹² HEPTING, Reinhard: *Die Angleichung in Art. 47 EGBGB*, StAZ 2008, s. 176; HENRICH, Dieter: *Die Angleichung im internationalen Namensrecht-Namensführung nach Statutenwechsek*, StAZ 2007, s. 198.

¹³ MANKOWSKI, Peter: *in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Bürgerliches Gesetzbuch-Band I, 2. Auflage, Baden Baden 2012, EGBGB Art. 47, Rn. 10.*

¹⁴ *Ayrıntılı bilgi için bkz., PÜRSELİM ARNİNG, s. 23 vd.*

¹⁵ HEPTING, StAZ 2008, s. 161; MAESCH, Gerald: *Art. 47 EGBGB und die neue Freiheit im internationalen Namensrecht - oder Casanovas Heimfahrt*, IPRax 2008, s. 16-17.

¹⁶ HEPTING, StAZ 2008, s. 170.

¹⁷ MANKOWSKI, EGBGB Art. 47, Rn. 20.

¹⁸ HEPTING, StAZ 2008, s. 168; HENRICH, s. 200; MANKOWSKI, EGBGB Art. 10, Rn. 75; HORN, Detlef: *Namensrecht in Sri Lanka*, StAZ 1984, s. 53; LOOSCHELDERS, Dirk: *Internationales Privatrecht, Artikel 3-46 EGBGB, Heidelberg 2004.*

şekilde bu kişinin birden çok adı varsa, MÖHK 47/I/2 uyarınca hangisinin öz ad olduğunu belirleme yetkisi kişiye bırakılmıştır. Örneğin kişinin adı A... B... C... D... ise, bu kişi A... B...’nin öz ad, C... D...’nin soyad olduğunu belirleme hakkı vardır. Aynı kişi A... B...’nin silinmesini, öz adının C... soyadının D... olmasını da Alman MÖHK md. 47/I/2 uyarınca talep edebilir. Alman Federal Yargıtayı’nın bir kararında¹⁹ Endonezyalı kadının adı A... B... C... D... şeklinde olup, kişinin Endonezya hukuku uyarınca kazandığı adda öz ad ve soyad ayrımı yoktur. Bu kişi Alman vatandaşı E. F. ile evlenmiş ve taraflar Alman MÖHK md. 10 uyarınca kendilerine Alman hukuku uyarınca bir aile soyadı seçmiştir. Bu seçim neticesinde tarafların soyadı F olmuştur. Ancak ilgili Alman nüfus idaresinde kadının ön adı A... B... C... D..., soyadı ise F şeklinde görünmektedir. Açılan davada, kadın öz adının A... B... ve evlilik öncesi soyadının C... D... olarak sicile işlenmesini talep etmiştir. Federal Yargıtay talebin idare tarafından reddini yerinde bulmuş; burada Alman vatandaşı olmayan kadının MÖHK md. 47 uyarınca değil ada uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHK md. 10 kapsamında dava açabileceğini ifade etmiştir.

Kişi, adının Alman mevzuatında yer almayan kısmını kullanmak istemiyorsa, bu kısmın silinmesini MÖHK md. 47/I/3 uyarınca talep edebilir. Örneğin ara adı (Mitteldname/Zwischendname/middle name) olan kişi bu adı kullanmak istemiyorsa ara adının silinmesini talep edebilir. Ara ad Alman hukukunda ön ada dair kabul edildiğinden örneğin John Fitzgerald Kennedy’nin adı için soyadı siciline sadece Kennedy yazılacaktır²⁰. Bu noktada ara adın ülkemizde kullanılan göbek adından farklı olduğunu, daha çok Amerika Birleşik Devletleri hukukunda kullanıldığını kısaca **açıklamak isteriz. Bunun haricinde adında** dini unvan veya soyluluk işareti bulunan kişi, bunların silinmesini de aynı fıkra uyarınca talep edebilir²¹. İran Hukuku’na göre Yussuf Ahmadi İmani Hasheminia adını taşıyan kişinin soyadı Ahmadi İmani Hasheminia’dır ve üç kelimededen oluşan soyad, kelime kelime değil, bir bütün halinde anlam ifade etmektedir²². Bu soyada sahip kişi Alman

s. 136.

19 BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2014 - XII ZB 101/14 - OLG Karlsruhe, http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/xiizb101_14.htm (Erişim: 21.08.2020)

20 LOOSCHELDERS, s. 137; MANKOWSKI, EGBGB Art. 10, Rn. 70; MÖRSDORF-SCHULTE, Juliana: in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, Köln 2014 (EGBGB Art. 10), EGBGB Art. 10, Rn. 3.

21 HEPTING, StAZ 2008, s. 172.

22 KUBITZ, Joachim: Namensführung von aethiopischen Staatsangehörigen, StAZ 2000, s. 180.

vatandaşlığına geçtiğinde, soyadını oluşturan isimlerden sadece birini seçip diğerlerinin silinmesini isteyebilir. Kanımızca Türk hukukunda da taraflara bu hak tanınabilir.

Değişken soyad, soyada cinsiyete göre takı eklenmesidir. Bu örnekte ailedeki erkeklerin soyadı aynı olurken, ana ve oğlun soyadı farklı olacaktır. Aynı şekilde baba ile kızlarının soyadı da farklı olacaktır. Daha çok İslam hukuku ve Slav hukuk sistemlerinde bu soyadlara rastlanılmaktadır. Ananın adı Dilnoza Azimova iken babanın soyadı Rashid Azimov, oğullarının adı Murad Azimov, kızlarının adı ise Nigara Azimova olacaktır. Bu örnekte -ova takısı kızı anlamına gelirken, -ov takısının oğlu anlamına gelmektedir. Bu soyadların Türk nüfus kütüğüne kaydı nasıl olacaktır? Alman MÖHK md. 47/I/4 uyarınca değişken soyadlarda kişi soyadının takısız halde yazılmasını (yukarıdaki örnekte buna göre çiftin soyadı Azim olarak sicile işlenebilir) talep edebilir²³. Türk hukukunda da taraflara bu seçim hakkının verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

MÖHK md. 47/I/5'te yer alan adın Almancaştırılması ise kişiye sunulan son imkândır. Örneğin adı Nikolai olan bir kişi adının Niklas olarak Alman sicile işlenmesini talep edebilir. Bu hal, soyad için de geçerlidir²⁴. Örnek bir davada²⁵ 1983 yılında İstanbul'da doğan Burcu 11.02.1999 tarihinde Alman vatandaşı olmuştur ve 11.05.2016'da Marlene Burcu adını almıştır. Davacı burada Burcu adını MÖHK md. 47/I/5 uyarınca Almancaştıramadığını, bu nedenle adına Almanca bir ön ad eklemek istediğini ifade etmiştir. Görüşümüz uyarınca, kişinin talebi olması halinde Mahmodi şeklinde olan soyadı Türk nüfus kütüğüne Mahmut olarak işlenebilir.

Son olarak değinmek istediğimiz mesele, mukayeseli hukukta Apellidos olarak kullanılan soyada dair özel bir kavramdır. Apellidos uygulaması nedeniyle birçok Latin Amerika ülkesinde kişiler birden fazla soyad taşımaktadır. Bu soyadların hangisinin sicile işlenmesi gerektiği mukayeseli hukukta ciddi tartışmalara neden olmuştur, fakat nihai sonuca ulařılmıřtır²⁶. Apellidos uyarınca dört soyadı olan kişi, Türk vatandaşlığını kazandığında Türk nüfus kütüğüne kaydolurken yabancı hukuka göre kazandığı soyadlardan hangisi

²³ MANKOWSKI, EGBGB Art. 47, Rn. 28.

²⁴ MAESCH, IPRax 2008, s. 21.

²⁵ AG München 08.08.2016 721 UR III 206/16, StAZ 2017, s. 178.

²⁶ MANKOWSKI, EGBGB Art. 10, Rn. 71; FLAEGEL, Peter: *Wie löst das spanische Recht im Vergleich zum deutschen die Probleme des bürgerlichen Namens?*, Hamburg 1996, s. 73.

esas alınmalıdır? Alman hukukunda milletlerarası özel hukuku uzun süre meşgul eden Apellidos'un sicile kaydı meselesinde, her iki soyadın da sicile kaydedilmesi gerektiği neticesine varılmıştır; ancak nesilden nesile geçecek olan Apellidos' u oluşturan ilk soyad olacaktır. Kanımızca aynı düzenlemeye Türk hukukunda da yer verilebilir.

Sonuç

Türk hukuk sistemi ayrıntılı bir ad hukuku mevzuatına sahip olmasına rağmen ada dair yabancılik içeren ihtilaflar, ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı ile düzenlenmemiştir. Bu kapsamda MÖHUK'ta ada uygulanacak hukuka, ad değiştirme davasında uygulanacak hukuka ve adın intibakına dair özel bir kanunlar ihtilafı kuralı olmamasını eleştirmekteyiz.

Adın intibakı, ada uygulanacak hukuk veya ad değiştirme davasına uygulanacak hukuk meselelerinden farklıdır. Türk vatandaşlığına geçmiş fakat soyadı yabancı hukukun tesirinde kalmış kişinin adının, Türk nüfus kütüğüne nasıl yazılacağı yabancı hukuk uyarınca kazanılan soyadın intibakını ifade etmektedir. Adın intibakı kişinin hayatına dair en önemli meselelerden bir tanesidir. Bilindiği üzere, Türk vatandaşlığını kazanmak ön ad ve soyad değişikliğini gerektirmemektedir. İncelememizde, intibakı özel olarak düzenleyen Alman MÖHK md. 47 ile mukayese yapılarak, yabancı hukuk uyarınca kazanılan soyadın Türkiye'deki intibakına dair öneriler sunulmuştur. Mukayeseli hukukta farklı soyad uygulamaları olduğu görülmektedir. Bu ülkelerin vatandaşları adları Türk nüfus kütüğüne kaydedilirken problemler yaşayabilir.

Bu konuda çıkan ihtilafın çözülmesi son derece ehemmiyet içeren bir meseledir. Kişi intibak edilen adını -ilke olarak- ilelebet taşımak ve kişiliğinin bir parçası olarak muhafaza etmek zorunda kalacaktır. Bu nedenle Türk MÖHUK sisteminde ivedilikle adın intibakına dair kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin kişiye adını Türkçeleştirme imkânı (Suleymanov soyadının Süleymanoğlu şeklinde yazılabilmesi gibi) sunulabilir. Soyada cinsiyete göre takı ekleniyorsa, bu takının eklenip eklenmemesi kararı ilgiliye bırakılabilir. Ara ad uygulamasına sahip ülke hukukuna göre soyad kazanmış kişiye bu adla ilgili tercih hakkı tanınabilir. Yabancı hukuka göre kazanılmış tek bir ad varsa, öz ad ve soyada dair karar hakkı ilgiliye tanınabilir ve kişinin rızası ön planda tutulabilir. Yabancı hukuka göre kazanılan ad zincirleme ad (Namensketten) şeklindeyse, bu

adlardan hangisinin ön ad hangisinin soyad olarak kullanılacağına yine ilgili karar vermelidir. Kanaatimiz uyarınca bu ve benzeri hallerde öncelik kişinin rızasının olmasıdır.

Kaynakça

- [1]ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. B., İstanbul 2020.
- [2] DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6.B., Ankara 2020.
- [3]FLAEGEL, Peter: *Wie löst das spanische Recht im Vergleich zum deutschen die Probleme des bürgerlichen Namens?*, Hamburg 1996.
- [4] ENRICH, Dieter: *Die Angleichung im internationalen Namensrecht-Namensführung nach Statutenwechsel*, StAZ 2007.
- [5]HEPTING, Reinhard: *Angleichung im internationalen Namensrecht*, StAZ 2001.
- [6]HEPTING, Reinhard: *Die Angleichung in Art. 47 EGBGB*, StAZ 2008 (Kısaltma: Art. 47).
- [7]HORN, Detlef: *Namensrecht in Sri Lanka*, StAZ 1984.
- [8]KUBITZ, Joachim: *Namensführung von aethiopischen Staatsangehörigen*, StAZ 2000.
- [9]LOOSCHELDERS, Dirk: *Internationales Privatrecht, Artikel 3-46 EGBGB*, Heidelberg 2004.
- [10]MAESCH, Gerald: *Art. 47 EGBGB und die neue Freiheit im internationalen Namensrecht - oder Casanovas Heimfahrt*, IPRax 2008 (IPRax 2008).
- [11]MANKOWSKI, Peter: in: *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Bürgerliches Gesetzbuch-Band I, 2. Auflage*, Baden Baden 2012.
- [12]MÖRSDORF-SCHULTE, Juliana: in: *Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, (EGBGB Art. 10)*, Köln 2014.
- [13]NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. B., İstanbul 2017.
- [14]PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, (Ada, Ad Değiştirme Davasına,*

Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü)
Ankara 2014.

[15]ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci,
Milletlerarası Özel Hukuk, 8.B., İstanbul 2020.

[16]TEKİNALP, Gülören/ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel
Hukuk, 12. B., İstanbul 2016.

[17]BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2014 - XII ZB 101/14 - OLG
Karlsruhe, http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/xiizb101_14.htm
(erişim: 21.08.2020).

Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı Ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL¹

Öz

Katılma alacağı, mal rejimi hukukuna ilişkin nispi bir hak niteliğindedir. Katılma alacağının hesaplanması ve ileri sürülmesi, tasarruf edilebilir kısmın hesaplanması bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Katılma alacağı, duruma göre ya tereke mevcudu ya da bundan çıkarılacak değerler belirlenirken göz önünde bulundurulur. Katılma alacağının ödenmesi bakımından sağ kalan eşin hukukî durumu ise özellik arz eder. Sağ kalan eş, mirasbırakanın ölümünden önce evlilik birliğinin sona ermiş olması, mirasın reddi veya mirastan yoksunluk gibi bir sebeple mirasçı sıfatına sahip bulunmayabilir. Sağ kalan eş aynı zamanda mirasbırakanın mirasçısı durumunda da olabilir.

Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda belirlenen katılma alacağı, terekeye ait bir borçtur. Bu borcun miras paylaşılmasından önce ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mirasçılık sıfatını kaybetmemiş tüm mirasçılar, tereke borçlarından dolayı kişisel olarak ve müteselsilen sorumludurlar. Terekeye ait borç ödendikten sonra kalan miktar ise, mirasçılar arasında miras payları oranında paylaşılır.

Anahtar Kelimeler: *Artık Değer, Katılma Alacağı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, Tereke Borçları*

¹ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mehmetakcaal@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3228-8486

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.11.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 19.11.2020

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2004

Participation Claim of Surviving Spouse and Its Effects on His / Her Heirship

Abstract

Participation claim is a relative right to claim under property regime law. Calculation and assertion of the participation claim are of particular importance in terms of disposable part. The participation claim is taken into consideration when determining either deceased's assets or debts deducted from it. The legal status of the surviving spouse is characteristic in terms of the payment of participation claim. The surviving spouse may not have the title of heir due to reasons such as the termination of the marriage before the death of the inheritance, disclaim of the inheritance or disinheritance. However, the surviving spouse may also be the inheritor of the inheritance.

The participation claim determined as a result of the liquidation of the property regime is a debt of the estate, and it must be paid before the division of the estate. The heirs are jointly and severally liable for the debts of the deceased. The amount remaining after the payment of the debt of the estate is shared among the heirs in proportion to the inheritance shares.

Keywords: *Surplus, Participation Claim, Heirship of Surviving Spouse, Marital Property Regime of Participation in Acquired Property, Debts of the Estate*

Giriş

Sağ kalan eş, ölen eşin ardından evlilik birliğinden kaynaklanan birtakım haklara sahip olur. Bu kapsamda, öncelikle sağ kalan eşin miras hakkı akla gelir. Ancak, en az bu kadar önemli, mirasın tasfiyesini de çok yakından ilgilendiren, sağ kalan eşin mal rejiminden kaynaklanan bazı hakları da bulunmaktadır. Bu kapsamda, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eş lehine katılma alacağı doğabilir. Bu takdirde, hem edinilmiş mallara katılma rejiminin hem de terekenin tasfiyesi gerekir. İşte, incelemenin esas amacı böyle bir durumda sağ kalan eşin aile hukukundan ve miras hukukundan doğan söz konusu haklarının ilişkisinin ortaya konulmasıdır. Bu konu, teorik boyuta sahip olduğu gibi, uygulama için de oldukça yararlıdır. Aşağıda sözü edilen Yargıtay kararları da bunu göstermektedir.

I. Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu gereğince kanunî mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir (TMK. m. 202/I)². Edinilmiş mallara katılma rejiminin hangi hallerde sona erdiği hususu ise TMK. m. 225'te düzenlenmektedir. Buna göre, eşler başka bir mal rejimini kabul ederse, mahkeme evliliğin iptaline, boşanmaya veya mal ayrılığına geçilmesine karar verirse ya da eşlerden biri ölürse mal rejimi sona erer. Görüldüğü üzere, eşlerden birinin ölümü halinde mal rejimi sona erer ve bundan sonra mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçilir. Başka bir deyişle, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine bağlanan sonuç mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçilmesidir³.

Kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejimini düzenlerken aynı paylaşım esasını benimsememiştir. Tam tersine, mal rejiminin tasfiyesine bağlı olarak eşlere katılma alacağı denilen bir alacak hakkı tanımıştır. Katılma alacağının hesaplanması bakımından temel kavram ise artık değerdir. TMK. m. 231/I'de artık değer nasıl hesaplanacağı belirtilmektedir. Buna göre, artık değer, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Burada edinilmiş malların toplam değeri belirlenirken eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da göz önünde bulundurulur.

2 8 HD. T. 13.12.2011, E. 2011/5910 K. 2011/6967 "...Başka mal rejimi seçildiği ileri sürülmediğine göre, eşler arasında evlilik tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar 743 sayılı MK'nın 170. maddesi uyarınca "mal ayrılığı", bu tarihten mal rejiminin sona erdiği boşanma davasının açıldığı tarihe kadar ise 4721 sayılı TMK'nın 202. maddesi hükmü uyarınca yasal "edinilmiş mallara katılma" rejimi geçerlidir..." (KBİBB).

3 Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümtüş, M. Alper, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2020, N. 1110 vd. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II*, 22. Baskı, İstanbul 2020, s. 161 vd.; Hatemi, Hüseyin / Kalkan Oğuztürk, Burcu, *Aile Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2014, § 9, N. 34; Erdem, Mehmet, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 282 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 287-288; Şıpka, Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 141 vd.; Zeytin, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiye*, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 106; Sarı, Suat: *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007, s. 83 vd.; Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Medenî Hukuk*, 25. Baskı, İstanbul 2019, s. 261; Zevkililer, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Acabey, M. Beşir / Gürpınar, Damla, *Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler)*, 10. Baskı, Ankara 2018, s. 281; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 288; Helvacı, Serap / Ertüle, Fulya, *Medenî Hukuk*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 172-173; Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer, *Türk Medenî Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 186; Yıldırım, Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku*, Ankara 2014, s. 103-104; Köroğlu, Emre, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)*, ERÜHFD., C. 11, S. 1, 2016, s. 230 vd.

Artık değer, her eş için ayrı ayrı hesaplanır. Bunun sonucunda, her eş veya mirasçıları diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olurlar (TMK. m. 236/I, c. 1)⁴. Varsa, karşılıklı alacaklar takas edilir (TMK. m. 236/I, c. 2). Bu şekilde belirlenecek eşlerin artık değer alacakları kanun gereği kendiliğinden takasa girer. Söz konusu takas sonrasında ise, eşlerden biri lehine mal rejimi hukukuna ilişkin bir alacak hakkı olarak katılma alacağı doğar⁵.

II. Katılma Alacağının Hesaplanmasının Tasarruf Edilebilir Kısımın Hesaplanması Bakımından Önemi

Katılma alacağının hesaplanması ve ileri sürülmesi, tasarruf edilebilir kısmın hesaplanması bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Katılma alacağı, duruma göre ya tereke mevcudu ya da bundan çıkarılacak değerler belirlenirken göz önünde bulundurulur. Gerçekten de, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden sonra vefat etmiş mirasbırakan ile eşi arasında kanunî mal rejimi niteliğindeki edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olabilir. Bu takdirde, mirasbırakanın sağ kalan eşe karşı sahip olduğu katılma alacağı tereke mevcudu belirlenirken hesaplama dâhil edilmelidir. Bu alacak, ölüm üzerine doğduğundan hareketle hesaplama dışı bırakılamaz⁶.

Sağ kalan eşin mirasbırakana karşı sahip olduğu katılma alacağının da tereke mevcudundan indirilmesi gerekir⁷. Çünkü, edinilmiş mallara katılma rejiminin

4 Bununla birlikte, TMK. m. 236/I, c. 1 hükmü emredici nitelikte olmadığı için, artık değere katılma bakımından başka bir esas benimsenebilir. Ancak, söz konusu anlaşmalar eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez (TMK. m. 237).

5 Gümüş, M. Alper, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281), İstanbul 2008, s. 377 vd.; Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 527 vd.; 8. HD. T. 4.4.2013, E. 2012/11116 K. 2013/4970 "...Dava dilekçesinin içeriği, taraflar arasındaki evlenme tarihi, aracın edinme tarihi ve dosya kapsamına göre davacının talebi, 4721 sayılı TMK. nın 202 ve devamı maddeleri gereğince kabul edilen yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan ve TMK.nın 231, 232, 235 ve 236. maddeleri gereğince açılan katılma alacağı isteğine ilişkindir. Bu tür davalarda, eklenecek değerlerden (TMK. m. 229) ve denkleştirmeden (TMK. m. 230) elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere edinilmiş malın (TMK. m. 219) toplam değerinden mala ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan artık değerın (TMK. m. 231) yarısı üzerinden (TMK. m. 236/1) tarafların kazanılmış hakları da gözetilerek taşınmazın tasfiye tarihindeki değeri dikkate alınarak (TMK. m. 235/1) katılma alacağı belirlenmelidir..." (KBİBB.).

6 Dural, Mustafa / Öz, Turgut, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2017, N. 1100; Acar, Faruk, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Bağlamında Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi*, Ankara 2003, s. 123; Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012, § 3, N. 23-24.

7 Gençcan, Ömer Uğur, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 444; 8. HD. T. 24.06.2014, E. 2014/5192 K. 2014/13289 "...Terekenin net miktarının (net terekenin) bulunması için öncelikle tasfiyede sağ kalan eşin katılma alacağının çıkarılması gerekmektedir. Böylece terekenin tasfiyesinden

ölüm sebebiyle sona ermesi halinde katılma alacağının borçluları, ölen borçlu eşin mirasçılarınıdır. Burada mirasçılardan mirasbırakanın borçlarından dolayı herhangi bir üçüncü kişiye karşı sorumluluklarından farklı bir durum söz konusu değildir⁸.

III. Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağının Terekeye Ait Borç Niteliğinde Olması

Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda belirlenen katılma alacağı, terekeye ait borç niteliğindedir. Uygulamada bunu mirasçılardan miras paylaşımından önce ödemesi gerektiği kabul edilmektedir⁹. TMK. m. 641/I'e göre ise, mirasçılık sıfatını kaybetmemiş tüm mirasçılar, tereke borçlarından dolayı kişisel olarak ve müteselsilen sorumludurlar¹⁰. Bununla beraber, Yargıtay'a göre, tereke borcundan sağ kalan eşin de miras payı oranında sorumlu olduğu gözetilerek karar verilmesi gerekir¹¹. Başka bir deyişle, Yüksek Mahkeme'ye göre, mirasçı sağ eş tarafından mal rejiminin tasfiyesi sebebiyle talep edilen ve terekeye ait borç sayılan alacak miktarından, o da dâhil bütün mirasçılar miras payları oranında sorumludurlar¹². Ancak, söz konusu borçtan dolayı

düşecek paydan önce, eş mal rejiminin tasfiyesinden düşecek paya sahip olacaktır..." (KBİBB.).

8 Kılıçoğlu, Ahmet M., *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 69.

9 8. HD. T. 10.7.2012, E. 5463 K. 6949 (Karamercan, *Katılma Alacağı*, s. 472); 8. HD. T. 11.3.2013, E. 2012/7283 K. 2013/3188 (Karamercan, *Katılma Alacağı*, s. 471); 8. HD. T. 10.06.2014, E. 2014/2640 K. 2014/11919 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ErisimTarihi:03.10.2020>). Katkı payı alacağı bakımından bu yönde bir karar için bkz. 8. HD. T. 1.3.2012, E. 2011/4278 K. 2012/1393 (Karamercan, *Katılma Alacağı*, s. 471).

10 Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek, *Türk Miras Hukuku*, Ankara 2019, s. 447; Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2004, § 13, N. 1. Ancak, 743 sayılı eski Medenî Kanun dönemine ilişkin olarak mirasın intikalinden sonra terekeye yüklenen borçlar bakımından müteselsil sorumluluğun bulunup bulunmadığı hakkındaki tartışma için bkz. Oğuzman, Kemal, *Miras Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul 1978, s. 383, dpn. 250.

11 8. HD. T. 5.12.2016, E. 2015/7964 K. 2016/16467 "...Tüm bu açıklamalar nedeniyle, davacı mirasçı sağ eşin mal rejiminin tasfiyesi sebebiyle talep ettiği ve terekeye ait borç sayılan alacak miktarından, davanın mirasçılar arasında görülmesi nedeniyle, davacı da dâhil bütün mirasçılar miras payları oranında sorumludurlar. Buna göre, hüküm altına alınan tereke borcundan davacının da miras payı oranı gözönünde bulundurularak davalıların sorumlu olduğu miktarın, talep miktarı da dikkate alınmak suretiyle hüküm fıkrasında açıkça gösterilmesi gerekirken..." (KBİBB.).

12 8. HD. T. 21.5.2019, E. 2018/14507 K. 2019/5344 "...Tüm bu açıklamalar nedeniyle, davacı mirasçı sağ eşin mal rejiminin tasfiyesi nedeniyle talep ettiği ve terekeye ait borç sayılan alacak miktarından, davanın mirasçılar arasında görülmesi nedeniyle, davacı da dahil bütün mirasçılar miras payları oranında sorumludurlar..." (Karamercan, *Katılma Alacağı*, s. 473); 8. HD. T. 17.12.2019, E. 5130 K. 11418 (Karamercan, *Katılma Alacağı*, s. 474); 8. HD. T. 21.2.2018, E. 2016/20241 K. 2018/2570 "... Tüm bu açıklamalar uyarınca, mahkemece, aracın dava tarihi itibarıyla tespit edilen değerinin %50 katkı oranı ile çarpılması sonucu bulunan katkı payı alacağının davalıların her birinin 1/4'er miras payının olduğu da gözetilerek davalılardan tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde

mirasçılarının miras payları oranında sorumlu olduklarının kabul edilmesi eleştiriye açıktır. Çünkü burada sağ kalan eş karşısında birden fazla mirasçının bulunması halinde bunlar arasında müteselsil sorumluluk bakımından bir iç ilişki değil, aksine dış ilişki söz konusudur. Dolayısıyla, sağ kalan eş, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçlu durumdaki diğer mirasçılarının hepsinden dilerse sadece birinden isteyebilir (TBK. m. 163/I). Kendisinden ifa istenen mirasçı, bu borçtan sadece miras payı oranında sorumlu olduğunu ileri sürememelidir. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlu ise diğer mirasçılara ancak payı oranında rücu edebilmelidir (TBK. m. 167/II)¹³. Aynı gerekçeyle, Yargıtay'ın böyle bir davada davalı mirasçılar arasında mecburî dava arkadaşlığının bulunduğunu kabul eden yaklaşımı¹⁴ da isabetli değildir. Söz konusu içtihadı göre, mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde açılan mal rejiminin tasfiyesi davasında, davacı dışındaki davalı durumundaki diğer kanunî mirasçıları arasında mecburî dava arkadaşlığı vardır. Hâlbuki, burada ihtiyarî dava arkadaşlığının varlığı kabul edilmelidir (HMK. m. 57-58).

IV. Katılma Alacağının Ödenmesi Bakımından Sağ Kalan Eşin Hukukî Durumu

Katılma alacağının ödenmesi bakımından sağ kalan eşin hukukî durumu özellik arz eder. Burada farklı alternatifleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekir:

1) Sağ kalan eş, mirasbırakanın ölümünden önce evlilik birliğinin sona ermiş olması, mirasın reddi veya mirastan yoksunluk gibi bir sebeple mirasçı sıfatına sahip bulunmayabilir. Bu ihtimalde, sağ kalan eş katılma alacağının tümünün ödenmesini diğer mirasçılardan isteyebilir¹⁵.

2) Yukarıdaki ihtimalin aksine, sağ kalan eş aynı zamanda mirasbırakanın mirasçısı durumunda olabilir. Bu takdirde ise, sağ kalan eşin tek başına mirasçı olup olmamasına göre sonuç değişir.

a) Mirasbırakanın tek mirasçısı sağ kalan eş ise, alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşir (TBK. m. 135). Dolayısıyla katılma alacağı da sona erer.

karar verilmesi doğru olmamıştır...” (KBİBB.). Katkı payı alacağına ilişkin aynı yönde karar için bkz. 8. HD. T. 20.11.2018, E. 2017/15270 K. 2018/18926 (Karamercan, Katılma Alacağı, s. 474).

13 Özer Deniz, Miray, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul 2016, s. 117; Berki, Şakir, Miras Hukuku, Ankara 1975, s. 110-111; Dural / Öz, N. 1894.

14 8. HD. T. 24.12.2015, E. 2014/143124 K. 2015/23133 (Karamercan, Katılma Alacağı, s. 1083-1084).

15 Akıntürk / Ateş, s. 173; Kılıçoğlu, Mal Rejimi, s. 69.

b) Sağ kalan eşin diğer mirasçılarla birlikte mirasçı olması da muhtemeldir. Bu durumda ise, sağ kalan eş sahip olduğu miras payı nispetinde katılma alacağının borçlusu sayılacağı için onun bu kısma karşılık gelen miktarı isteyememesi gerekir. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir¹⁶. Meselâ, mirasbırakanın mirasçıları, önceki eşinden olan çocukları ile sağ kalan eştir. Sağ kalan eşin katılma alacağı da 100.000 TL olarak hesaplanmış olsun. Bu durumda, 1/4 miras payına sahip durumdaki sağ kalan eş, çocuklardan ancak 75.000 TL'yi isteyebilir¹⁷.

V. Uygulamada Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinin Terekenin Paylaşılmasının Ön Şartı Olarak Değerlendirilmesi

Yukarıda izah edildiği üzere, sağ kalan eşin mirasın tasfiyesinden kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekir¹⁸. Bu sebeple, Yargıtay edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesini, terekenin paylaşılmasının ön şartı olarak değerlendirmektedir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'ye göre, “*Ölümlü sona eren edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi, ölen eşin terekesinin paylaşılmasının bir ön koşulu olarak ortaya çıkmaktadır. Katılma alacağı terekenin öncelikle ve peşin ödenmesi gereken borçlar arasında yer almaktadır*”¹⁹. Çünkü ancak bundan sonra ölen eşin

16 8. HD. T. 18.4.2013, E. 2013/1927 K. 2013/5882) “... Ancak, davacı sağ kalan eş olduğundan sağ eşin mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak hakkı, terekeye ait borç olup, davacının 1/4 oranında miras payı bulunmamaktadır. Bu durumda, davalı, belirlenen katılma alacağının tamamının sorumlu tutulamaz. Yeniden yapılacak keşif sonucunda taşınmazın karar tarihine en yakın tarihteki sürüm değeri tespit edilerek bu değerden taşınmaz için ödenen kredi borcunun düşülmesi suretiyle artık değer bulunmalı, artık değer tespitinden sonra katılma alacağına karar verilirken, sağ kalan eş davacının 1/4 oranında mirasçı olduğu dikkate alınarak terekeden davacıya düşen pay mahsup edilmeli ve bu şekilde elde edilecek miktara katılma alacağı olarak karar verilmesi gerekir...” (KBİBB.). Aynı yönde karşı oy görüşü için bkz. 8. HD. T. 18.4.2013, E. 2013/1927 K. 2013/5882 “...5-Katılma alacağı, miras bırakanın borcudur; 6-Miras bırakanın ölümü ile borçlu olma sıfatı mirasçılara geçer ve mirasçılar TMK'nun 641. maddesine göre borçlardan müteselsilen sorumludurlar; 7-Davacı sağ eş, hem katılma alacağı nedeniyle tereke alacaklısı ve hem de tereke borcundan dolayı mirasçı sıfatıyla tereke borçlusudur. Bu nedenle alacaklı ve borçlu sıfatı davacı sağ eşte birleşmiş durumdadır; 8-Katılma alacağı alacaklısı miras payı oranında tereke borçlarından sorumludur...” (KBİBB.). Ayrıca bkz. 8. HD. T. 31.5.2016, E. 2016/8527 K. 2016/9582 (KBİBB.); 8. HD. T. 30.3.2016, E. 2014/27588 K. 2016/5782 (KBİBB.).

17 Acabey, M. Beşir: *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2020, s. 143.

18 Turan Başara, Gamze, *Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi*, THD., C. 10, S. 111, s. 66; 8. HD. T. 10.06.2014, E. 2014/2640 K. 2014/11919 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/Bilgi/Bankasi/IstemciWeb/Erisim/Tarihi:03.10.2020>).

19 8. HD. T. 24.6.2014, E. 2014/5192 K. 2014/13289 (KBİBB.).

terekesi hesaplanabilir. Kanun koyucu, söz konusu tasfiyeyi terekenin paylaşılmasının bir şartı olarak düzenlememiştir. Bununla beraber, isabetli bir tereke paylaşımı da, önce mal rejiminin tasfiyesini gerekli kılmaktadır²⁰. Bu tasfiye sonucunda mal rejiminden kaynaklanan alacağını elde eden sağ kalan eş daha sonra terekenin hesaplanması üzerine ölen eşin mirasçıları ile birlikte terekeden miras payını da alır. Demek ki, mal rejiminin tasfiyesi, tereke tasfiyesinin temelidir. Bu sebeple Yargıtay, katılma alacağının tasfiyesi ile terekenin tasfiyesinin birlikte yapılmasını mümkün görmemektedir²¹. Diğer taraftan, sağ kalan eş tarafından mal rejiminden kaynaklanan katılma alacağına yönelik dava açılmış iken terekenin tasfiyesi de istenmiş olabilir. Bu takdirde, katılma alacağı davası bekletici sorun olarak kabul edilir (HMK. m. 165). Böylece, hâkim terekenin tasfiyesine yönelik davayı katılma alacağına yönelik dava sonuçlanana kadar bekletebilir²².

Özetle, sağ kalan eş için bu süreçte iki tür tasfiye söz konusu olur. Öncelikle sağ kalan eş ile ölen eş arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Bu tasfiye sonucunda sağ kalan eşin katılma alacağı ortaya çıkabilir. Tam tersine, katılma alacaklısı ölen eş ise, bu takdirde borçlu eş bu miktarı ölenin mirasçılarına ödemekle yükümlü olur.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinden sonra mirasın tasfiyesine geçilir. Mirasın tasfiyesine sağ kalan eş mirasçılarla birlikte dâhil olur. Bu durumda sağ kalan eş için iki defa; önce edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, sonra da terekenin tasfiyesinde maddî koruma sağlanmış bulunmaktadır.

Sağ kalan eşin katılma alacağı varsa bu aynı zamanda ölenin terekesinin borcudur. Bu katılma alacağı ölen eşin terekesinden çıkarıldıktan sonra ölen

20 Acabey, s. 142; Özer Deniz, s. 117.

21 8. HD. T. 24.06.2014, E. 2014/5192 K. 2014/13289 (KBİBB.). 8. . HD. T. 17.12.2013, E. 2013/17871 K. 2013/19233 “...Tüm bunlar gözönünde bulundurulduğunda, katılma alacağı ile terekenin birlikte tasfiyeye tabi tutulmasının doğuracağı sakıncaların ve ortaya çıkabilecek çözümsüzlüklerin şimdiden kestirilmesi oldukça güçtür. Bu bakımdan istek olsun ya da olmasın sağ kalan davacı eşe ait miras payının katılma alacağından düşürülmesi; katılma alacağına hakim olan ilkeler ile miras hukukuna hakim olan ilkelere aykırı düşer. O halde, öncelikle davacının katılma alacağının terekenin öncelikli borcu olarak terekeden ödenmesi, ondan sonra mirasçıların kalan net terekeyi aralarında miras payları oranında paylaşmaları gerekecektir. Davacının terekeye olan borcu ancak, terekenin tasfiyesi sırasında gözönünde bulundurulmalı ve terekeye olan borcu miras payından düşürüldükten sonra kalan miras payı varsa kendisine ödenmelidir...” (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 30.09.2020).

22 Acabey, s. 142; Karamercan, Fatih, Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 468.

eşin net terekesi elde edilir. Sağ kalan eş bu miktar üzerinden kaçınıcı zümre ile birlikte mirasçı ise, ona uygun orandaki miras hakkını alır. Bu itibarla denilebilir ki, sağ kalan eşin katılma alacağı aslında terekeyi azaltarak etkileyen, ancak terekeden bağımsız bir alacaktır²³.

VI. Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağını İsteme Hakkı ile Miras Hakkı Arasındaki Farklar

Sağ kalan eşin katılma alacağından ve miras hukukundan kaynaklanan hakları arasındaki farkların Yargıtay tarafından bazı kararlarda ayrıntılı olarak izah edildiği görülmektedir²⁴. Buradan hareketle tespit edilen farklar aşağıda açıklanmıştır.

1) Edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan sağ kalan eşin alacak hakkının talep edilmesinin, sağ kalan eşin miras payından kaynaklanan hakkına göre zaman itibariyle önceliğinden yukarıda söz edilmişti. Sağ kalan eşin söz konusu iki hakkının hangi mallar üzerinde doğduğunu da açıklamak gerekir. Sağ eşin aldığı katılma alacağı, ölenin evlilik süresince edindiği mallara katkısının bir karşılığıdır. Başka bir deyişle, katılma alacağı sadece evlilik birliği devam ederken karşılığı verilerek elde edilen mallar, yani edinilmiş mallar üzerinde doğar²⁵. Miras payının hesaplanmasında ise herhangi bir zaman ayırımı gözetilmeksizin ölenin hem edinilmiş malları hem de kişisel malları, yani tüm malvarlığı hesaba dâhil edilir. Zira katılma alacağı alacaklısının miras hakkı, ölenin mirasçısı olması sebebiyle alınan bir karşılıktır²⁶.

2) Sağ kalan eşin söz konusu iki hakkının türü bakımından da bir ayırım yapmakta yarar vardır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde mal rejimi sona erdiğinde edinilmiş malların değeri üzerinde esas itibariyle nakdî (parasal) bir paylaşım söz konusu olur. Katılma alacağı niteliği itibariyle şahsî bir haktır²⁷. Oysa miras hakkı, sağ kalan eşe ölen eşin terekesi üzerinde miras

23 Erdemir, Gülfer, *Sağ Kalan Eşin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Kaynaklanan Hakları ve Miras Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., İstanbul 2011, s. 109.

24 8. HD. T. 24.06.2014, E. 2014/5192 K. 2014/13289 (KBİBB.); 8. HD. T. 10.06.2014, E. 2014/2640 K. 2014/11919 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 03.10.2020).

25 Özer Deniz, s. 116; 8. HD. T. 24.06.2014, E. 2014/5192 K. 2014/13289 (KBİBB.).

26 Özer Deniz, s. 116; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 88; 8. HD. T. 10.06.2014, E. 2014/2640 K. 2014/11919 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 03.10.2020).

27 Özer Deniz, s. 117; 8. HD. T. 9.11.2015, E. 2015/11537 K. 2015/20072 “Davacı, evlilik birliği

payı oranında bir aynî hak tanımaktadır²⁸. Başka bir deyişle, sağ kalan eş mirastan feragat etmemiş, mirası reddetmemiş, mirasçılıktan çıkarılmamış ve mirastan yoksun kalmamış ise, kanunî mirasçı sıfatıyla terekeden miras payına ilişkin aynî hakkını talep edebilir. Sağ kalan eşin miras hakkının aynî bir hak olması, onun bu hakkı kendiliğinden kazanmasına yol açar. Dolayısıyla taşınmazlarda tapuda tescile, taşınırlarda teslim ve alacaklarda da temlike gerek yoktur²⁹.

Miras hakkının aynî bir hak olması onu herkese karşı ileri sürülebilir kılar. Katılma alacağı ise katılma alacağı borcunu ödemekle yükümlü olan eşe veya ölmüşse mirası reddetmemiş mirasçılara karşı ileri sürülebilir. Bunun tek istisnası ise TMK. m. 241'deki üçüncü kişilere başvurma durumunda söz konusu olur³⁰.

3) Sağ kalan eşin katılma alacağının hesaplanması bakımından onun mirasçılık konumu önemli değildir. Sağ kalan eşin mirasçılık sıfatına sahip olup olmadığına bakılmaksızın sağ kalan eş ölenin artık değeri üzerinden katılma alacağına hak kazanır. Yani sağ kalan eşin mirasçılık konumu onun katılma alacağını ilgilendirmez. Sağ kalan eş mirastan feragat, mirası ret, mirastan çıkarma ve yoksunluk gibi bir sebeple mirasçılık sıfatı sona ermiş olsa da kanunî mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan katılma alacağını mirasçılardan isteyebilir. Mirastan feragat veya mirasın reddi katılma alacağından feragat anlamına gelmez. Dolayısıyla, sağ kalan eş katılma alacağını aldıktan sonra borca batık terekeyi reddedebilir³¹.

içinde davalı adına alınan taşınmazın tapu kaydının iptali ile kendi adına tescil edilmesini talep ve dava etmiştir... Mal rejimi sona erdiğinde eşlerin ya da mirasçılarının tasfiye davası sonucunda katkı payı, değer artış payı ve artık değere katılma alacak hakları doğar. Kural olarak, eşlerden birine ait mal varlığında, diğer tarafın mülkiyet veya başka aynı hak talebi söz konusu olamaz. Mal rejiminin tasfiyesi isteğinde bulunan eşe ya da mirasçılarının tanınan hak aynı olmayıp, şahsi alacak hakkıdır. Borcun ayın olarak ödenmesi borçlu eşe tanınmış bir haktır. Tasfiye alacaklısı ayrık durumlar hariç aynı hak isteğinde bulunamaz, ancak borçlu eş isterse, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin dava sonuçlanıncaya kadar borcunu ayın olarak ödemeyi kabul edebilir. Davacının mal rejiminin tasfiyesi sonucunda oluşan hakkı kişisel hak niteliğindeki bir alacak hakkı olup, ayın (mülkiyet) istenemeyeceğinden; davacı tarafından katılma alacağına ilişkin bir talepte de bulunulmadığına göre, davanın bu gerekçeyle reddi gerekir...” (KBİBB.).

28 8. HD. T. 24.06.2014, E. 2014/5192 K. 2014/13289 “...Terekeden doğan hak şahsî hak niteliğinde bir nispi alacak hakkı olmayıp, miras hukukundan kaynaklanan bir aynî hak, yani bir aynî paylaşım...” (KBİBB.).

29 Kılıçoğlu, Miras, s. 88; Erdemir, s. 104.

30 TMK. m. 241 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karamercan, Fatih, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK m. 229, 241), Ankara 2019, s. 25 vd.

31 8. HD. T. 16.12.2019, E. 5848 K. 11381 “...Yukarıda belirtilen Dairemizin ilke ve uygulamalarına

4) Katılma alacağı oranı kanun gereğince 1/2 (artık değerın yarısı) olup, sabit bir oran olarak belirlenmiştir (TMK. m. 236/I). Hâlbuki, sağ kalan eşin miras payı deęişkendir³². Sağ kalan eşin kanunî miras payı birinci zümre ile 1/4, ikinci zümre ile 1/2, üçüncü zümrede büyük ana ve büyük babaları veya onların çocukları ile 3/4 ve bunlar da yoksa tamamıdır (TMK. m. 499).

5) Edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilmiş malların sürüm değerleri esas alınır (TMK. m. 232). Edinilmiş mallar, sürüm değerleri bakımından tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar (TMK. m. 235/I). Yargıtay uygulamasına göre tasfiye tarihi karar tarihi, daha doğrusu karar tarihine en yakın tarihtir³³. TMK. m. 507/I gereğince terekenin hesaplanmasında ise terekedeki tüm kişisel ve edinilmiş malların sürüm değeri ölüm anındaki duruma göre belirlenir³⁴.

6) TMK. m. 678 ile kanun koyucu mirasçılara henüz miras açılmamışken beklenen miras hakları üzerinde tasarruf etme imkânı sağlamıştır. Oysa edinilmiş mallara katılma rejiminde henüz doğmayan katılma alacağı üzerinde eşler devir veya rehin gibi işlemleri tasfiye tamamlanmadan önce gerçekleştiremezler³⁵.

7) Terekenin tasfiyesi ve mal rejiminin tasfiyesi konularında görevli mahkeme bakımından da fark vardır. Terekenin tasfiyesi ile ilgili tüm davalarda

göre, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı sona ermiş olsa da (mirastan feragat, mirası ret, mirastan çıkartma, mirastan yoksunluk gibi) yasal mal rejimi tasfiyesinden kaynaklanan katılma alacağı isteyebileceği, mirastan feragat ve mirasın reddinin, katılma alacağı bakımından feragat anlamına gelmeyeceği...” (Karamercan, Katılma Alacağı, s. 470); Tellioglu, Filiz Rozelin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ölümle Sona Ermesi Halinde Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı, Dicle Üniversitesi SBE., mlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2019, s. 79. Bunun dışında, paylaşma sözleşmesinin (TMK. m. 676) yapılmış olmasının da mal rejimi hükümlerine göre alacak isteğine engel olmayacağına yönelik karar için bkz. 8. HD. T. 23.01.2014, E. 2013/7339 K. 2014/980 (Karamercan, Katılma Alacağı, s. 469-470).

32 Kılıçoğlu, Ahmet M., Medenî Kanun ’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2004, 291 vd.; Tellioglu, s. 84-85.

33 8. HD. T. 18.4.2013, E. 2013/1927 K. 2013/5882 (KBİBB.); 8. HD. T. 24.1.2017, E. 2015/8274 K. 2017/686 (KBİBB.).

34 Kocayusuşpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1978, s. 376; Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M., Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1991, s. 183; Köprülü, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1976, s. 262; Öztan, Bilge, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 91; Antalya, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, Ankara 2019, N. 1237; İşgüzar, Hasan / Demir, Mehmet / Yılmaz, Süleyman, Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 91; İmre, Zahit / Erman, Hasan, Miras Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 239; İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. Baskı, İzmir 2012, s. 329.

35 Erdemir, s. 105.

mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi görevli ve yetkilidir (TMK. m. 658). Mal rejiminin tasfiyesinde ise ölümle sona erme halinde ölenin son yerleşim yeri aile mahkemesi görevli ve yetkilidir (4787 s. K. m. 4/b.1; TMK. m. 214, b. 1)³⁶.

8) Mal rejimine ilişkin tasfiye davası herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tâbi değildir³⁷. Süre sınırının belirlenmesindeki esas ölçüt dürüstlük kuralıdır (TMK. m. 2). Tasfiye sonrası doğan katılma alacağı ise, Yargıtay'ın kabul ettiği üzere muacceliyet tarihinden itibaren 10 yıl içinde zamanaşımına uğrar (TBK. m. 146)³⁸. Yargıtay'a göre zamanaşımı süresi mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlar³⁹.

Mirasın paylaşılması için kanunda herhangi bir süre yer almamaktadır. Bu itibarla mirasçılardan her biri, ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir (TMK. m. 642/I).

SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eş lehine katılma alacağı doğabilir. Bu takdirde, söz konusu katılma alacağı net terekenin hesaplanmasında terekeden indirilmesi gereken değerler

36 8. HD. T. 20.2.2014, E. 2013/8312 K. 2014/2769 "...Davada dayanılan temel istek katılma alacağının belirlenmesine ilişkin olduğundan davanın çözüm yeri 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinde 4721 sayılı TMK.nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere Aile Hukukundan (TMK.nun 118-395 md.) kaynaklanan bütün davalara aile mahkemesinde bakılacağı hükmüne bağlandığında aile mahkemesidir. Görev kamu düzenine ilişkin olmakla yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözönünde bulundurulur..." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 01.10.2020); Efedayioğlu, Kübra Kamelya, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE., Ankara 2019, s. 125-126.

37 Dural / Ögüz / Gümüş, N. 1237.

38 HGK. T. 12.6.2013, E. 2013/8-1013 K. 2013/816 "...743 sayılı TKM.nin 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde katkı payı alacağına yönelik tüm davalar sözleşme olsun veya olmasın 743 sayılı TKM.nin (4721 sayılı TMK.nun) 5. maddesinin yollamasıyla BK.nun 125. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir. TMK'nun 225/1. maddesi uyarınca mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ermiş (ki başka bir mal rejiminin kabulü halinde sözleşme söz konusu olur) ya da aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince mahkemece evliliğin iptaline karar verilmesi hallerinde de 4721 sayılı TMK.nun 5. maddesinin yollamasıyla BK.nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı uygulanmaktadır. 01.01.2002 tarihinden sonra eşler arasında mal rejimi konusunda yapılmış bir sözleşme söz konusu ise, yine 10 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır..." (KBİBB.). Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, M. Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008, s. 389 vd.

39 2. HD. T. 5.2.2007, E. 2006/9383 K. 2007/1228 (KBİBB.).

kapsamında göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bu alacak, tereke borcu olarak değerlendirilir. Bundan dolayı mirasçılarının müteselsil sorumluluğu doğar. Ancak, bu noktada Yargıtay'ın katılma alacağı miktarı bakımından mirasçılarının miras payları oranında sorumlu tutan anlayışına katılmak mümkün değildir. Çünkü böyle bir yaklaşım müteselsil sorumluluğun mahiyetine uygun düşmez.

Katılma rejiminin tasfiyesi ile terekenin tasfiyesi yukarıda açıklanan farklılıkla sebebiyle birlikte yapılamaz. Bu konuda isteğin olup olmaması da sonuca etkili değildir. Bu bakımdan istek olsun ya da olmasın sağ kalan davacı eşin ait miras payının katılma alacağından düşürülmesi; katılma alacağına hâkim ilkeler ile miras hukukundaki ilkelere aykırı düşer. Şu halde öncelikle sağ kalan eşin katılma alacağının terekenin öncelikli borcu olarak terekeden ödenmesi, ondan sonra mirasçılarının kalan net terekeyi aralarında miras payları oranında paylaşmaları gerekir.

KAYNAKÇA

- [1] Acabey, M. Beşir: *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2020.
- [2] Acar, Faruk: *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Bağlamında Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi*, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Acar, Miras Payı).
- [3] Acar, Faruk: *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi*, 4. Baskı, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Acar, Mal Rejimleri).
- [4] Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya: *Medenî Hukuk*, 25. Baskı, İstanbul 2019 (Kısaltılmışı: Akıntürk / Ateş, Medenî).
- [5] Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya: *Türk Medenî Hukuku*, Aile Hukuku, C. II, 22. Baskı, İstanbul 2020 (Kısaltılmışı: Akıntürk / Ateş, Aile).
- [6] Antalya, O. Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku*, C. III, Ankara 2019.
- [7] Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 1991.
- [8] Berki, Şakir: *Miras Hukuku*, Ankara 1975.
- [9] Özer Deniz, Miray: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, İstanbul 2016.
- [10] Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, M. Alper: *Türk Özel Hukuku*, C. III, Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2020.
- [11] Dural, Mustafa / Öz, Turgut: *Türk Özel Hukuku*, C. IV, Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2017.
- [12] Efedayioğlu, Kübra Kamelya: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE., Ankara 2019.*
- [13] Erdem, Mehmet: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2019.
- [14] Erdemir, Gülfem: *Sağ Kalan Eşin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Kaynaklanan Hakları ve Miras Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., İstanbul 2011.*

- [15] Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek: *Türk Miras Hukuku*, Ankara 2019.
- [16] Gençcan, Ömer Uğur: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2016.
- [17] Gümüş, M. Alper: *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281), İstanbul 2008.
- [18] Hatemi, Hüseyin: *Miras Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2004.
- [19] Hatemi, Hüseyin / Kalkan Oğuztürk, Burcu: *Aile Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- [20] Helvacı, Serap / Erlüle, Fulya: *Medenî Hukuk*, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- [21] İmre, Zahit / Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2013.
- [22] İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan: *Türk Medeni Hukuku*, Miras Hukuku, 8. Baskı, İzmir 2012.
- [23] İşgüzar, Hasan / Demir, Mehmet / Yılmaz, Süleyman: *Miras Hukuku*, Ankara 2019.
- [24] Karamercan, Fatih: *Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, 6. Baskı, Ankara 2020 (Kısaltılmışı: Karamercan, Katılma Alacağı).
- [25] Karamercan, Fatih: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı* (TMK m. 229, 241), Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Karamercan, TMK m. 241).
- [26] Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Ankara 2018 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Medeni).
- [27] Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Aile).
- [28] Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 2. Baskı, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Yenilikler).
- [29] Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 2. Baskı, Ankara 2002 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Mal Rejimi).
- [30] Kılıçoğlu, Ahmet M.: *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2012 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Miras).
- [31] Kocayusufpaşaoğlu, Necip: *Miras Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1978.

- [32] Köprülü, Bülent: *Miras Hukuku Dersleri*, C. I, İstanbul 1976.
- [33] Köroğlu, Emre: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225), ERÜHFD., C. 11, S. 1, 2016, s. 229-251.
- [34] Oğuzman, Kemal: *Miras Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul 1978.
- [35] Öztan, Bilge: *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2012 (Kısaltılmışı: Öztan, Miras).
- [36] Öztan, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2015 (Kısaltılmışı: Öztan, Aile).
- [37] Sarı, Suat: *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007.
- [38] Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012.
- [39] Şıpka, Şükran: *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- [40] Tellioğlu, Filiz Rozelin: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ölümle Sona Ermesi Halinde Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE., Diyarbakır 2019.
- [41] Turan Başara, Gamze: Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi, *THD.*, C. 10, S. 111, s. 58-77.
- [42] Yıldırım, Abdulkerim: *Türk Aile Hukuku*, Ankara 2014.
- [43] Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Acabey, M. Beşir / Gürpınar, Damla: *Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler)*, 10. Baskı, Ankara 2018.
- [44] Zeytin, Zafer: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiye*, 4. Baskı, Ankara 2020.
- [45] Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer: *Türk Medenî Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2018.

KISALTMALAR CETVELİ

b.	: bent
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
N.	: Numara
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SBE.	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
THD.	: Terazi Hukuk Dergisi
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba

Arş. Gör. Dr. Fatma Zeynep ALTINER YOLCU¹

Öz

Kanun koyucu, babanın kim olduğuna dair tespitteki zorlukları, hayatın olağan akışına uygun karineler benimseyerek çözmüştür. Babalık karinesi olarak isimlendirilen bu karineler, ana ile evli olan kişi ile çocuk arasında soybağını kurmaktadır. Soybağının reddine karar verilmesi ise ancak babalık karinesinin çürütülmesine dayanan soybağının reddi davası ile mümkündür. Soybağının reddi davası dışında çocuk ile koca arasında kurulmuş olan soybağını ortadan kaldırmanın başka bir yolu bulunmamaktadır. Bu nedenle soybağının reddi davasını açmaya hak sahibi olabilmek büyük önem taşımaktadır. TMK m. 286 hükmü, soybağının reddi davasını açma hakkını kural olarak, koca ve çocuğa tanımaktadır. Biyolojik babaya dava açma hakkı “diğer ilgililerin dava hakkı” TMK m. 291 hükmünde tanınmıştır. Biyolojik babaya tanınan bu hak, yine Türk Medeni Kanunu’nda belirtilen şartlara tabidir. Dava kimin tarafından açılırsa açılsın, soybağının reddi davası ile, koca ile çocuk arasında soybağının kaldırılması ile birlikte, çocuk baba yönünden soybağı açısından hiç kimseyle bağı olmayan, evlilik dışında doğmuş çocuk statüsüne dahil olur. Davanın soybağının kaldırılması kararı ile sonuçlanması, biyolojik babaya, tanıma ya da babalık davası yolu ile çocuk ile soybağını kurma imkanını sağlar. Biyolojik baba ile çocuk arasında soybağının kurulması halinde, soybağının reddeden koca açısından da, çocuk için önceden ifa ettiği eğitim, bakım giderleri ve diğer nafaka yükümlerinin iadesi ve manevi tazminata ilişkin talepleri gündeme gelebilir. Çalışmamızda soybağının reddi davasının şartlarını biyolojik baba açısından değerlendirmeye ve dava sonucunda doğabilecek bu talepleri irdelemeye çalışacağız. Konuyu sınırlamak açısından, davanın sonuçlarına ilişkin bölümde özellikle yakın

¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, fatma.zeynep@marmara.edu.tr; ORCID: 0000-0002-1816-2804

Bu makale, İstanbul Aydın Üniversitesi Aile Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Online) 23-24 Eylül 2020’de bildiri olarak sunulmuştur.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.11.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 26.11.2020

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2005

zamanda oldukça dikkat çeken Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19.3.2019 t., E.2019/4-85, K.2019/314 Sayılı Kararını da dikkate alarak, soybağının reddi davasını açan kocanın biyolojik babaya yöneltebileceği talepleri değerlendireceğiz.

Anahtar Kelimeler: *Biyolojik Baba, Soybağının Reddi, Masrafların İadesi, Maddi Tazminat, Manevi Tazminat*

Biological Father in the Case of Denial of Lineage Case

Abstract

The legislator solves the challenges in determining who the father is by adopting presumptions in accordance with the ordinary course of life. These presumptions, which are called paternity presumption, establish a lineage between the person married to the mother and the child. Decision to reject paternity is only possible with the denial of paternity case which is based on the refutation of paternity. There is no other way to eliminate the paternity established between the child and husband, except in the case of denial of paternity lawsuit. For this reason, it is of great importance to be entitled to file a case for denial of paternity. At this point, provisions of TMK 286 grants the husband and child the right to file a case for denial of paternity. The right of the biological father to file a lawsuit has been recognized by TMK 291, under the category of “the right of other persons to sue”. This right granted to the biological father is subject to the conditions specified in the Turkish Civil Code. Regardless of the person who filed the case, with the denial of paternity, with the abolition of the family relationship between the husband and the child, the child is included in the status of a child born out of wedlock, who has no connection with anyone in terms of paternity. The verdict of the case with the decision to abolish the paternity provides the biological father with the opportunity to establish a parentage with the child through recognition or paternity lawsuit. In the event of a family bond being established between the biological father and the child, the demand for the return of the education, care expenses and other alimony obligations previously performed for the child and non-pecuniary compensation may be raised. In our study, we will try to evaluate the conditions of the denial of paternity case from the point of view of the biological father and to

examine these demands that may arise as a result of the case. In order to contain the matter, in the section on the results of the case, we will evaluate the requests that the husband who filed a paternity denial case can make to the biological father, especially taking into account the recent decisions of YHGK (Assembly of Civil Law Chambers of the Court of Cassation) 19.3.2019 t, E.2019/4-85, K.2019/314

Keywords: *Biological father, The Lawsuit of Rejection of Paternity, Return of Costs, Pecuniary Compensation, Non-pecuniary Compensation*

I. Soybağının Reddi Davasının Şartları Açısından Biyolojik Babanın Durumu

Çocuğun soybağının anne ile kurulmasını doğum sağlar ve doğum olgusu tespiti kolay ve belli bir olgudur. Buna karşılık, baba ile soybağının kurulabilmesi için gereken olgu aynı netliği taşımaz. Baba olmak, gizlilik içinde gerçekleşen dölleme faaliyetine dayanır. Döllemenin kimin tarafından yapıldığına dair uyuşmazlık söz konusu olduğunda, başvurulacak yol bilimdir. Ancak bilim de çocuğun sadece belli bir erkekten olma ya da olmama ihtimalini belirler ama biyolojik babanın kim olduğu sorusuna cevap veremez. Bilimin babayı tespit edebilmesi, gerçek babanın teste katılmasına bağlıdır. Kanun koyucu, babanın kim olduğuna dair tespitteki zorlukları, hayatın olağan akışına uygun karineleri benimseyerek çözmüştür. Babalık karinesi olarak isimlendirilen bu karineler, ana ile evli olan kişi ve çocuk arasında soybağını kurmaktadır².

Babalık karinesi olarak adlandırılan bu karine TMK m. 285 hükmünde düzenlenmiş olup, hükme göre “evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası”nın koca olduğunu belirtmektedir³. Bu karine, çocuğun ana rahmine düşmesi ile başlar

2 *Sevgi USTA: Velayet Hukuku, İstanbul 2016: s.178; K. Ali SONAT: Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri, MÜHF – HAD, C.19, S.3: s.324 vd.*

3 *Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m.1 hükmü gereğince, yalnızca çocuk sahibi olamayan evli çiftler; yapay dölleme ve embriyo transferi tedavisi görebilirler. Adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların saklanması, başka adaylarda kullanılması veya aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması yasaklanmıştır. Bu çerçevede hukukumuzda, yumurta ve sperm bağışı ve taşıyıcı annelik yolu çocuk sahibi olma yolu kapanmıştır. Bkz. USTA: (Velayet), s.173.*

Ancak hukuken yasak olmasına rağmen, spermelerin üçüncü kişiden alınması suretiyle heterolog bir dölleme fiilen gerçekleştirilmişse, ortaya çıkacak durumun kanun boşluğu olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten USTA, bu durumda kocanın rızasının olup olmadığına bakmak gerektiğini belirtmektedir. Kocanın rızası varsa, kocaya soybağının reddi hakkı tanınmayacaktır. Ancak kocaya

ve mahkeme kararı ile kaldırılmadığı sürece devam eder. Bu karine üçüncü kişiler için de bağlayıcıdır. Öyle ki, üçüncü bir kişinin evlilik içinde doğan çocuğun babası olduğunu ileri sürmesi, ana ve kocanın kişilik hakkını ihlal olarak kabul edilebilir⁴.

Soybağının reddine karar verilmesi, babalık karinesinin çürütülmesi suretiyle, soybağının reddi davası ile mümkündür. Soybağının reddi davası çocuk ile baba arasındaki soybağının kaldırılması için açılan bozucu yenilik doğuran davadır. Babalık karinesinin çürütülmesine dayandırılan bu dava; açılma sebepleri, süresi gibi şartlarının yanı sıra davayı açacak kişilerin de kanun tarafından belirlendiği özel bir davadır. Soybağının reddi davası dışında çocuk ile baba arasında soybağı kurulmuş olan soybağını ortadan kaldırmanın başka bir yolu bulunmamaktadır. Bu nedenle soybağının reddi davasını açmaya hak sahibi olabilmek büyük önem taşımaktadır⁵. Soybağının reddi davasında hüküm verilirken, çocuğun yararı gözetilmez. Soybağının reddi davasının özel bir dava olması nedeniyle, koca ile çocuk arasındaki soybağının gerçek olmadığı iddiası, tespit davası ya da nüfus kaydının düzeltilmesine konu teşkil etmez, görülmekte olan bir davada da ileri sürülmesi mümkün değildir⁶.

TMK m. 286 hükmü bu noktada, soybağının reddi davasını açma hakkını kural olarak, koca ve çocuğa tanımaktadır. Çocuğun babasının koca olduğu düşüncesine dayandığı için babalık karinesinin çürütülmesi üzerine temellenen

tanınmayan red hakkı, ana babasını bilme hakkı gereği çocuğa tanınmalıdır. Bkz. USTA: (Velayet), s.180. Aynı yönde bkz. Rona SEROZAN: *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2017, s.131, N.5; Ahmet M. KILIÇOĞLU: *Aile Hukuku*, Ankara 2019, s.417; Bilge ÖZTAN: *Aile Hukuku*, Ankara 2015, s.877. Yapay döllenme konusunda kanunun eksikliklerinin eleştirisi için bkz. Rona SEROZAN (Çocuk): s.131, N.5.

4 USTA: (Velayet), s.178; Rona SEROZAN: (Çocuk), s.168, N.31 vd.. SEROZAN babalık karinesinin sosyal işlevini, "evlilik içinde doğan ya da döllenen çocuğun babasının kim olduğu araştırılmamalı, çocukların soybağı statüsü askıda kalmamalı, çocuk sorgusuz, sorusuz, babası belli, evlilik içinde doğmuş çocuk sayılmalı ve öylece kalmalıdır. Böylece karine en başta soybağı hukukunun "çocuk yararını gözetme" ve "kararlılık-kalıcılık" isteğine yanıt vermiş olur. Karinenin genelde gözden kaçan başka bir işlevi de şudur: Çocuğu aslında kendisinden olmadığı halde benimseyip kendisinden sayan kocanın ve aynı zamanda onun ailesinin erinci soybağı çekişmeleriyle kaçırılmamalıdır." Bkz. SEROZAN: (Çocuk), s.171, N.32.

5 Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ/Alper GÜMÜŞ: *Türk Özel Hukuku Cilt III*, İstanbul 2020, s.264 vd.; USTA: (Velayet), s.181.

6 USTA: (Velayet), s.181. SEROZAN, soybağının reddi davasını genetik kökene bağlılık ilkesinin, çocuğu istikrarı ve ailenin huzurunu koruma kaygılarına ağır basması olarak nitelendirmekte ve "kocaya, kendisinden olmayan bir çocuk, evliliğin bedeli ve karısına beslediği güvenin kefareti olarak, kendi çocuğu olarak dayatılmayacaktır." Şeklinde ifade etmektedir. Bkz. SEROZAN: (Çocuk), s.176, N.35.

bu dava ilk planda kocaya tanınmıştır. TMK'nın “baba” yerine “kocadan bahsetmesi bilinçli bir tercih olarak nitelendirilmektedir. Çünkü davayı açan kişi, babalık karinesi gereğince evlilikte doğan çocuğun ya da evlilik sona ermiş olsa bile, sona erdikten sonra 300 gün içinde doğan çocuğun babası olarak sayılmaktadır ve her iki halde de hakkında babalık karinesinin doğmasının sebebi evliliğidir. Reddettiği babalık olgusu nedeniyle, koca olarak adlandırılması doğru kabul edilmektedir⁷.

Soybağının reddi davası kural olarak koca ve çocuğa tanınan bir dava hakkı olmakla birlikte, bazı şartların varlığı halinde kanunda “diğer ilgililer” olarak tanınan kişilere de tanınmıştır. Biyolojik babaya dava açma hakkı da “diğer ilgililerin dava hakkı” başlığını taşıyan TMK m. 291 hükmünde tanınmıştır. Hükümde biyolojik baba, “baba olduğunu iddia eden kişi” olarak ifade edilmiştir.

Kocaya ve çocuğa bağımsız olarak tanınan bu hak kişiye sıkı surette bağlı bir haktır⁸. Bu nitelik, baba olduğunu iddia eden kişi için de geçerlidir.

818 Sayılı MK'da baba olduğunu iddia eden kişiye dava açma hakkı tanınmaz iken, bu hak TMK'da tanınmıştır. TMK m.291 hükmüne göre, “Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu

7 KILIÇOĞLU: (Aile), s.416.

8 Hüseyin HATEMİ: Aile Hukuku, İstanbul 2020, s.147, N. 662. Tam ehliyetsiz koca açısından temsilen dava açılıp açılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bilge ÖZTAN'a göre, kocanın tam ehliyetsiz olması durumunda kocanın yararı gerektiriyorsa, yasal temsilcisinin vesayet makamının iznini alarak dava açmasına imkân tanınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Ancak bu husustaki tartışmanın asıl dayandığı nokta, bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak mutlak bir hak niteliği mi taşıdığı yoksa nisbi bir hak niteliği hususundadır. Kişiye mutlak sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilirse tam ehliyetsiz adına temsilcisi tarafından dava açılmaz. Kişiye nisbi sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edildiği takdirde, kocanın yararınaysa, vesayet makamından izin almak suretiyle yasal temsilcinin de dava açması mümkündür. ÖZTAN da soybağının reddi davasını açma hakkını kişiye nisbi surette sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul etmektedir. Bkz. ÖZTAN: s.880. Aynı yönde Feride DEMİRBAŞ: Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y.2018, S.3, s.9 vd. SEROZAN, Çocuk, s.192, N.45. Aksi yönde bkz. M. Alper GÜMÜŞ: Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki “Diğer İlgililerin” (Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)) Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m.291/1. III), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.569; Cem BAYGIN: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s.27. BAYGIN'a göre, koca ayırt etme gücünü soybağının reddi davasını açtıktan sonra kaybetmişse, o zaman yasal temsilcinin açılmış davaya devam etmesi mümkün olur. Bkz. BAYGIN: (Soybağı), s.27.

ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir.”

Diğer ilgililere tanınan dava hakkı, koca ve çocuğa tanınan soybağının reddi davasından farklı olarak tali bir dava hakkıdır. Ayrıca bu dava hakkı şartların gerçekleşmesi halinde diğer ilgililerin kendi kişiliklerinde doğan bir dava hakkıdır. Kocadan söz konusu ilgililere dava açma hakkının geçmesi söz konusu değildir⁹.

Biyolojik babaya tanınan bu hak, kocanın dava açma olanağını kaybetmesine bağlıdır. Dava açma olanağını kaybettiği haller olarak, dava açma süresinin sona ermesinden önce, kocanın ölmesi, gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halleri sayılmaktadır.

Hükümde “dava açma süresinin sona ermesinden önce” ifadesine yer verildiği için dava süresinin sona ermesinden sonra, kocanın dava olanağını kaybetme sebeplerinden birine maruz kalması diğer ilgililerin dava açma hakkına sahip olmasını sağlamaz. Kocanın çocuğu açık ya da örtülü biçimde kabul etmesi halinde ise, dava açma süresi sona ermeden ölse, gaipliğine karar verilse ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetse dahi, yine ilgililer dava açma hakkına sahip olamayacaktır¹⁰. Burada doktrinde, diğer ilgililerden kocanın anne babası ile altsoyunun dava hakkının hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle reddedilmesi gerektiği, ancak biyolojik babanın dava hakkının varlığını koruyacağı savunulmaktadır¹¹.

Kocanın dava açma hakkının sona ermesi çocuğun kendisinden olmadığını öğrendikten sonra bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Bu süre içinde kocanın ölmesi halinde, ölüm tarihi dikkate alınacak, dava açma hakkının süresi içinde olup olmadığı tespit edilecektir. Diğer ilgililerin dava hakkı da ölüm tarihi ile başlayacaktır. Ölüm lafzının, ölüm karinesini de içine alacak şekilde yorumlanması gerekir¹².

Kocanın sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde ise, bu durumun uzman sağlık kuruluşu raporu ile belgelendirilmesi gerekir¹³.

9 GÜMÜŞ: (Soybağı) s.569.

10 KILIÇOĞLU: (Aile), s.426; GÜMÜŞ: (Soybağı) s.574 vd.

11 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.287, N.1397 özellikle d.n.74.

12 KILIÇOĞLU: (Aile) , s.426, GÜMÜŞ: (Soybağı) s.575.

13 KILIÇOĞLU: (Aile), s.426.

Kocanın gaipliği halinde, diğer ilgililere soybağı reddi davası açabilme hakkının doğması için gaiplik kararının kesinleşmesi aranmalıdır¹⁴.

TMK m. 291/I ilgililerin dava hakkı bakımından bir yıllık hak düşürücü süre öngörmüştür. Bu süre, ilgililerin doğumu, kocanın ölümünü, sürekli ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı verildiğini öğrenmelerinden itibaren başlar. TMK m.291/III hükmüne göre “Kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır”. TMK m.291/III hükmü gereği diğer ilgililerin açacağı soybağının reddi davası için TMK m. 289/III hükmündeki “gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar.” hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁵.

Biyolojik babaya tanınan dava hakkı doktrinde eleştirilmektedir¹⁶. Biyolojik babanın, kendi hukuka aykırı davranışına dayanarak dava açma hakkına sahip olmaması gerektiği öne sürülmektedir. Daha önemli bir neden ise, biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin dava açma hakkına sahip olmasının evliliğe zarar verici etkileri olmasıdır¹⁷. Nitekim, evlilik içinde doğan ya da evlilik içinde ana rahmine düşen çocuğun, koca ile soybağının kurulmasını sağlayan babalık karinesi de, çocuğun yararını gözetme ve çocuğa kalıcı bir soybağı statüsü kazandırma amacını taşır¹⁸.

Doktrinde bir görüşe göre, Kanun’un “baba olduğunu iddia eden kişi” ile işaret ettiği kişinin, evli kadınla evlilik dışı ilişkiye giren erkeğin değil, babalık karinelerinin çakışması haline özgü bir ihtimal olarak önceki evlilikteki koca olduğu yönündedir. Anne ile hiçbir zaman kocalık ilişkisi bulunmayan biyolojik babaya soybağına müdahale hakkı tanınmaması gerekir¹⁹. Doktrinde başka bir görüşe göre, biyolojik babaya farklı şartlara

14 GÜMÜŞ’e göre, eMK’nda gaiplik durumuna ilişkin m.245 hükmündeki “kocanın bulunduğu yerin bilinmemesi veya herhangi bir sebepten dolayı çocuğun doğumundan haberdar edilememesi” düzenlemenin TMK. m.291 hükmündeki diğer ilgililerin dava hakkına ilişkin düzenleme için de uygulama alanı bulması gerekir. Aksi takdirde özellikle uzun zamandır haber alınamama ihtimalinde beş yıl haber alınamama süreci, arkasından gaiplik davası ve vavadaki ilan süreçleri göz önüne alındığında, hele beş yıllık sürenin sonlarına doğru haber alınamayan kişiden gelen bir haberle beş yıllık sürenin kesilmesi ve yine sonrasında tekrar bir haber alınamama durumunun başlaması ihtimallerinde dava açmak için süre on yılı bulabilir. Bkz. GÜMÜŞ: (Soybağı), s.575 vd.

15 GÜMÜŞ: (Soybağı), s.577.

16 BAYGIN: (Soybağı), s.35. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.274, d.n.59.

17 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.274, d.n.59.

18 USTA: (Velayet), s.179.

19 Hüseyin HATEMİ: Aile Hukuku, İstanbul 2020, s.149, N.670.

bağlı olarak dava hakkı tanınabilirdi. Hatta bu durumda biyolojik babaya tanınacak dava hakkı tali değil, birincil bir dava hakkı olmalıydı. Bu şartlar, soybağına müdahalenin aileyi sarsacak nitelik taşımaması, koca ve annenin evliliklerinin ölüm dışında başka bir nedenle sona ermesi ile birlikte, annenin iddet müddeti içinde biyolojik baba ile evlenmesi veya babalık karinelerinin çakışması olarak ifade edilmektedir. Biyolojik babaya dava hakkının sadece bu şartların varlığına bağlı olarak tanınması gerekirdi²⁰. Kanaatimizce, burada kastedilen ilk ihtimalde ikinci kocanın biyolojik baba olması söz konusudur ve anne ile ilk kocanın evliliğinin sona erdiği tarih ile anne ile biyolojik babanın evlendiği tarihler arasında iddet müddeti içinde çocuğun doğması ihtimalidir. Çünkü babalık karinelerinin çakışmasını düzenlen TMK m.290 hükmü zaten ilk evliliğin iddet müddeti devam ederken yapılan ikinci evlilikteki kocayı karine gereği baba saymaktadır ve aynı zamanda biyolojik baba da ikinci koca ise zaten soybağının reddi davası açamayacaktır. İkinci ihtimal ise ilk görüşte de savunulduğu gibi iddet müddeti içinde doğan çocuğun babasının ilk koca olması ihtimalidir. Doktrinde biyolojik babaya dava hakkının asla tanınmaması gerektiğini öne süren yazarlar da vardır²¹.

Doktrinde bir başka görüş ise biyolojik babaya evlilik birliği devam ederken kocanın ayırt etme gücünü kaybetmesi nedeniyle dava hakkının tanınmasını eleştirmektedir. Evlilik devam ederken ayırt etme gücünden yoksun kalan koca aleyhine biyolojik babaya dava hakkının tanınmasını evlilik birliğinin mahremiyetini ihlal teşkil edeceği öne sürülmektedir²².

Soybağının reddi davasının diğer ilgililer tarafından açılması halinde, TMK m. 291/III hükmü gereğince kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, biyolojik babanın açacağı davada ispat, gecikmenin haklı bir sebebe dayanması halinde sürenin uzaması, yetkili ve görevli mahkemenin tespiti gibi hususlarda yani kocanın soybağının reddi davası açısından uygulanan hükümler uygulama alanı bulur²³.

20 GÜMÜŞ: (Soybağı), s.572 vd.

21 BAYGIN her ne kadar biyolojik babaya soybağının reddi hakkı tanınmış olmasını eleştirmekte ise de, 4721 S. TMK'nun eski kanuna nazaran dava açmaya hakkı olan kişileri daha net olarak ifade etmiş olmasını yerinde görmektedir. Bkz. Cem BAYGIN, *Kan Bağına Dayanan Soybağı*, AÜEHFD. C.VI, S.1-4, 2002, s.262.

22 ÖZTAN: s.882

23 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.288; GÜMÜŞ: (Soybağı), s.577.

II. Soybağının Reddi Davasının Biyolojik Baba Açısından Sonuçları

A. Genel Olarak

Bozucu yenilik doğuran bir dava olan soybağının reddi davası ile koca ile çocuk arasında soybağının kaldırılması ile birlikte, çocuk baba yönünden soybağı açısından hiç kimseyle bağı olmayan, evlilik dışında doğmuş çocuk statüsüne dâhil olur²⁴. Koca ile soybağının kaldırılmasına ilişkin karar, biyolojik baba olduğunu ileri süren üçüncü kişi ile kendiliğinden soybağının kurmaz. Biyolojik baba, tanıma yoluna başvurarak soybağının kurulmasını sağlayabilir ya da biyolojik babaya açılacak babalık davasının sonucunda babalığa hükmedildiği takdirde, mahkeme kararı ile soybağı kurulmuş olur²⁵. Tek istisnası olarak babalık karinelerinin çakışması halinde, sonraki kocanın soybağının reddetmesiyle birlikte verilen mahkeme hükmünün karine gereği ilk evlilikteki kocayı baba saymasıdır²⁶. Doktrinde bir görüşe göre, soybağının reddi davasının biyolojik baba tarafından açıldığı hallerde, biyolojik babanın açtığı bu davayı mahkemeye yapılan yazılı başvuru ile tanıma saymak ve soybağının reddine karar verildiği takdirde, biyolojik baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulduğuna hükmetmek hem TMK m.295/I hükmüne, hem de usul ekonomisine daha uygundur²⁷. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Soybağının reddi kararı ile birlikte çocuk ile koca arasındaki soybağı ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar²⁸. Soybağının reddi kararı sonucunda, koca ile çocuk arasındaki bağın geçmişe etkili olarak kalkması ile birlikte kocanın çocuğa karşı soybağının bulunmasından kaynaklanan eğitim ve bakım giderlerini karşılama veya nafaka yükümlülükleri de ortadan kalkar. Çocuk için ana ve babanın bakım, eğitim ve korunması için giderleri karşılama yükümlülüğü velayet hakkına bağlı değildir. Ana ve baba için bu yükümlülük, çocuk ile soybağının bulunması nedeniyle kanun gereğince kendiliğinden doğar²⁹. Soybağının reddi davası, kocanın çocuğa karşı bu

24 Hayrunnisa ÖZDEMİR/Ahmet Cemal RUHİ: *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı) İstanbul 2019*, s.228 vd.; USTA, *Velayet*, s.181. Soybağının reddi hükmüyle, babasız kalan çocuk, soyadı, velayet ve vatandaşlık yönünden anaya bağlanır. Bkz. USTA, *Velayet*, s.181.

25 USTA: (*Velayet*), s.181; DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ: s.281 vd.

26 SEROZAN: (*Çocuk*), s.182, N.40.

27 BAYGIN: (*Soybağı*), s.50.

28 ÖZTAN: s.898.

29 Mehmet AKÇAAL: *Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuklar İçin Koca Tarafından Yapılan Giderlerin Biyolojik Babadan Talebinin Hukuki Dayanağı*, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.14, Aralık 2019, s.434 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.356, N.1674; ÖZTAN: s.1045. Aksi

yükümünü sona erdirir. Bu durumda, kocanın daha önceden yerine getirdiği edimlerin iadesini talep edebileceğini kabul eden doktrin, bu talebin anneye ve biyolojik babaya yöneltilebileceğini, çocuğa ise yöneltilmesinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu talebin biyolojik babaya ileri sürülebilmesi ise biyolojik baba ile çocuk arasında soybağının kurulmuş olması şartına bağlıdır³⁰.

B.Biyolojik Babadan Masrafların Talep Edilmesi

Masraflara ilişkin biyolojik babaya yöneltilecek talebin hukuki dayanağı açısından doktrin ile Yargıtay farklı görüştedir. Doktrine göre, biyolojik babaya yöneltilecek bu talep, vekaletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerinden kaynaklı bir taleptir³¹. Çocuğa talebin yöneltilmesi açısından ise, TBK m.79/I hükmü engel teşkil etmektedir³². Yargıtay ise yakın tarihli bir HGK kararında biyolojik babanın masrafları ödeme yükümlülüğünü haksız fiilden doğan bir talep olarak kabul etmiştir.

1. Yargıtay HGK, 19.3.2019 t., E.2019/4-85, K.2019/314 Sayılı Kararı

Yargıtay HGK, 19.3.2019 t., E.2019/4-85, K.2019/314 Sayılı kararında soybağını reddeden kocanın, biyolojik babadan masrafları istemesini haklı bulmuştur. Kararda İlk Derece Mahkemesi, davalı eşin davacı ile evlenmeden önce de diğer davalı biyolojik baba ile beraberliğinin olduğu, evlendikten sonra da bu beraberliği devam ettiren davalının aldatma şeklinde gerçekleşen eyleminin boşanmaya neden olduğu, bu nedenle manevi tazminat isteminin haklı olduğu gerekçesiyle davalılar biyolojik baba ve aldatan eş yönünden manevi tazminat istemine ilişkin birleşen davanın kısmen kabulüne, maddi tazminat yönünden ise; davacı tarafından çocuklar için yapıldığı iddia edilen masrafların kanıtlanamadığı, davacının geçiminin annesi tarafından

görüş için bkz. KILIÇOĞLU: *Aile*, s.500.

30 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.290; BAYGIN: (*Soybağı*), s.50; USTA: (*Velayet*), s.181.

31 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.282, N.1402; BAYGIN: (*Soybağı*), s.50; SEROZAN: (*Çocuk*), s.197, N.49; ÖZDEMİR/RUHI: s.237. ÖZTAN'a göre, çocuk için yapılan masraflar anadan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir. Koca anaya ve biyolojik babaya karşı sebepsiz zenginleşme davası yanında vekaletsiz iş görme gerekçesiyle de bir alacak hakkına sahiptir. Bkz. ÖZTAN: s.899. AKÇAAL ise, soybağını reddeden kocanın, biyolojik baba adına iş gördüğü hususunda bilinç ve iradeye sahip olmaması nedeniyle, gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanılamayacağını belirtmektedir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri açısından, iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak nitelendirildiğinde de, yine iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılacağını belirtmektedir. Bkz. AKÇAAL: s.453. Bu hususa ilişkin ayrıca aşağıda bkz. II. B. 2. b. *Biyolojik babaya yöneltilecek talebin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre incelenmesi*.

32 AKÇAAL: s.437.

sağlandığı, iş bulduğu zaman çalıştığı, ne iş yaptığının tespit edilemediği, davalı çocukların herhangi bir eylemlerinin bulunmadığı ve oluşan zarar ile illiyet bağının kurulamadığı, ayrıca diğer davalılar açısından annenin çocuklarla ilgili ortak giderlere katılımının hayatın olağan akışına uygun olduğu, tanık anlatımları ile de diğer davalı biyolojik babanın çocuklarına ve eşine çeşitli yardımlarda bulunduğu ispatlandığı gerekçesiyle maddi tazminat talebine ilişkin asıl davanın ve birleşen ek davanın tüm davalılar yönünden reddine karar vermiştir.

Davacı ve davalı tarafça kararın temyizi ile birlikte uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 12.02.2013 t., E.2012/838, K.2013/2297 S. Kararı ile ilk derece mahkemesinin kararını kocanın giderlerini davalı karısından ve çocuklardan isteme imkanının bulunmadığını ancak biyolojik baba tarafından yapılması gereken masrafları ödemiş olması nedeniyle, dava konusu giderlerin tazminini biyolojik babadan isteyebileceğini, burada tazmin edilecek miktarın tam olarak tespiti mümkün değilse 818 S. BK.'nın 42/2 maddesi gereğince hakim in adalette tevfik an bir tazminata hükmedebileceği gerekçesiyle bozmuştur.

HGK'nun önüne gelen uyuşmazlık biyolojik babadan masrafların istenmesinin maddi tazminat talebi olarak ileri sürülmesini incelememiş, hukuki sorunun soybağını reddeden kocanın bu husustaki maddi tazminat talebinin belirlenmesinde maddi zararın tam hesaplanamaması halinde 818 S. BK. m.42 hükmü çerçevesinde uygun bir tazminatın takdir edilmesi gereken bir durum olup olmadığının tespitine yönelik olduğunu belirtmiştir. HGK'nun, Kararda *“Eldeki davada, soybağının reddi davası ile çocukların davacıdan olmadığı ve biyolojik babalarının davalı A. K. olduğu tespit edilinceye kadarki dönemde, davacının TMK'nın 327 ve 328. maddeleri gereğince, velâyet hakkına sahip olan baba sıfatıyla çocukların bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamış olması hayatın olağan akışına uygundur.*

Şu durumda, davacının maddi zararını kanıtlaması ve miktarının tam olarak tespiti mümkün değilse de, yerel mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler dikkate alınarak çocukların yaşı, eğitim durumu ve diğer şartlar birlikte değerlendirilip, BK'nın 42/2. maddesi gereğince takdir edilecek uygun bir miktar maddi tazminatın davalı A. K. 'dan tahsiline hükmedilmesi gerekmektedir.” hükmüne vardığı görülmektedir.

2. Kararın İncelenmesi

Bu noktada öncelikle altını çizmek istediğimiz nokta şudur; Yargıtay'ın, çocuk için yapılan masrafların biyolojik babadan istenebilmesinin dayanacağı sebep açısından, talebin maddi tazminat olarak ileri sürülmesini kabul ettiği görülmektedir. Bu yönden Yargıtay, doktrinden ayrılmıştır. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere doktrine göre, biyolojik babadan masraflar, sebepsiz zenginleşme veya gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak istenilebilir³³.

a. Biyolojik babadan talep edilecek masrafların haksız fiil sorumluluğunun unsurları açısından değerlendirilmesi

Masrafların bir haksız fiil tazminatı talebine konu olup olamayacağı sorusunun üzerinde duran SEROZAN, evlilikte sadakat yükümünün klasik mutlak haklar kategorisinden ziyade, kendine özgü bir aile hakkı olarak sayılabileceğini, ihlali halinde de bu yüzden eşe karşı haksız fiil tazminatına dayanak oluşturmayacağını ancak boşanmaya bağlı kendine özgü bir tazminat hükmü olduğunu belirtmektedir. Kocanın eşinden isteyemeyeceği bir sadakatsizlik tazminatını, eşinin sadakatsizliğine ortak olan biyolojik babadan istemesinin de olanaksız sayılması gerektiğini öne sürmektedir. Bu sadakatsizliğin ancak konut dokunulmazlığının ve başkaca kişilik haklarının ihlali nedeniyle haksız fiil tazminatına konu edinilebileceğini ifade etmektedir, ancak evliliğin ihlaline dayanan bir davaya yer olmadığı kanaatinde³⁴. Doktrinde, aldatılan eşin kişilik hakkı ihlaline örnek olarak, aldatan üçüncü kişi tarafından taciz ve rahatsız edilmesi gibi örnekler verilmektedir³⁵.

Yargıtay HGK'nın ilgili kararını inceleyen AKÇAAL, talebin hukuki niteliğinin haksız fiilin unsurlarını taşımadığını öne sürmektedir. Haksız fiil unsurlarından, hukuka aykırı fiil unsuru irdelendiğinde, fiil unsuru açısından failin olumlu ya da olumsuz bir fiilde bulunmasının aranması gerekmektedir. Biyolojik babanın ödemesi gereken masrafları ödemiş olmasının olumlu bir fiil sayılamayacağı açıktır. Olumsuz fiil yönünden failin davranışta bulunması gerekirken hareketsiz kalması aranacaktır, ancak

33 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.282, N.1402; SEROZAN: (Çocuk), s.197, N.49. ÖZTAN'a göre, çocuk için yapılan masraflar anadan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir. Koca anaya ve biyolojik babaya karşı sebepsiz zenginleşme davası yanında vekaletsiz iş görme gerekçesiyle de bir alacak hakkına sahiptir. Bkz. ÖZTAN: s.899.

34 SEROZAN: (Çocuk), s.198, N.49.

35 Kadir Berk KAPANCI: Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), İstanbul 2016, s.109.

biyolojik babanın, babalık karinesinin koca açısından devam ettiği aşamada yapması gereken ama yapmadığı bir davranışından söz etmek de mümkün değildir. Zarar unsuru açısından maddi tazminat talebinin haklı sayılabilmesi için maddi bir zarardan söz edebilmek lazımdır ki, burada kocanın yaptığı masraflar, malvarlığında bir azalma olarak nitelendirilirse, zarar unsurunun da ortaya çıktığını söylemek mümkün olur. Ancak malvarlığındaki zarardan söz edebilmek için de, zarar görenin malvarlığındaki azalmanın irade dışında meydana geldiğini söyleyebilmek gerekir. Kocanın yaptığı masrafların, malvarlığında irade dışı azalma olarak nitelendirilemeyeceği de ortadadır. Bu noktada AKÇAAL farklı bir ihtimali daha göz önüne almaktadır. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin doktrinde bir görüş, giderin belli bir amaçla yapılması halinde, bu amacın gerçekleşmemesine fail kusurlu davranışı ile neden olduğu takdirde, bu nedenle ortaya çıkan malvarlığı azalmasının da zarar olarak nitelendirilebileceğini kabul etmektedir. Bu görüşten hareket edilirse, kocanın masraflarını da zarar olarak nitelendirebilmek mümkün olabilir. Bu takdirde, haksız fiil unsurlarından zarar şartının oluştuğu söylenebilirdi³⁶.

Ancak, zarar unsurunu kabul edebilsek dahi, biyolojik babadan masrafları talep açısından, haksız fiil sorumluluğunu uygulayabilmemiz için diğer unsurlar açısından incelediğimizde, uygun illiyet bağının varlığını kabul edebilmek de kolay değildir. Uygun illiyet bağı açısından failin sonucu öngörmesinin değil, objektif olarak failin zararlı sonucu meydana getirebileceğinin olayların akışına göre normal kabul edilebilmesidir ve AKÇAAL'a göre burada biyolojik baba tarafından giderlerin karşılanmamış olması da uygun illiyet bağını kuran bir davranış olarak nitelendirmek mümkün değildir³⁷.

Haksız fiil unsurlarından kusur ise, hukuk düzeninin hoş görmediği kınadığı davranış biçimidir. Kişinin, hukuka uygun davranma hususunda yeterli dikkat ve özen göstermemesi kusur olarak kabul edilir ve sorumluluğuna yol açar. Biyolojik babanın kim olduğu tespit edilinceye kadarki dönemde masrafları ödemek yönünden bir davranışta bulunabilmesi beklenemez, bir özen eksikliği söz konusu değildir. Evli bir kişiden çocuk meydana getirmiş olmak ihmal açısından değerlendirilebilirse de, burada kusur nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için hukuka aykırı bir davranışta bulunmuş olmasını aramak gerekecektir³⁸.

36 AKÇAAL: s.439 vd.

37 AKÇAAL: s.440.

38 AKÇAAL: s.442.

Bu durumda, son olarak hukuka aykırılık unsuru üzerinde durmak gerekir. Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık, başkalarının zarar görmesini engellemek amacıyla, belli bir şekilde davranmayı emreden veya belli davranışları yasaklayan hukuk kurallarına aykırılığı ifade eder. Bu açıdan biyolojik babanın, herhangi bir hukuka aykırı davranışından söz edemeyeceğini ifade eden AKÇAAL, zinanın suç olarak düzenlenmediğini ve özel hukukta da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan hukuk kuralının bulunmadığından cihetle biyolojik babanın fiilinin hukuka aykırılığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir³⁹. Hukuka aykırı bir fiilden bahsedilemediği için, TBK m.49/I hükümlerine gidilemeyecektir.

Ancak hukuka aykırılık söz konusu olmasa dahi, haksız fiil sorumluluğu ahlaka aykırı bir fiilden de doğabilir. Bu nedenle, ahlaka aykırılık nedeniyle sorumluluğun doğup doğamayacağı hususunda değerlendirmede bulunmak gerekir⁴⁰.

TBK m.49/II hükmü, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı olmasa bile, ahlaka aykırı fiille kasten başkasına zarar veren kimsenin sorumluluğunu düzenleyen hükümdür. Bu sorumluluğun doğabilmesi için de yine bazı unsurların varlığı aranmaktadır. Sorumluluğun doğabilmesi için genel ahlaka aykırı bir fiil aranacaktır ki, olayda evli bir kişi ile birlikte olmanın ahlaka aykırı fiil olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. İkinci unsur ise zararın kasten verilmiş olmasıdır. Bu noktada, failin hem ahlaka aykırı fiili, hem de zararı bilerek istemesi gerekir. Biyolojik babanın sorumluluğunun TBK m.49/II hükümleri çerçevesinde doğabilmesi için de birlikte olduğu kişinin kocasına zarar verme anlayışı güttüğünü kabul etmek gerekir. Sadece birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilmesi, zarar verme kastı olarak nitelendirilmemektedir⁴¹. Gerçi bu hususta doktrinde azınlık kalan bir görüşe göre, evli kişi ile birlikte olmak ahlaka aykırı fiil niteliği taşır ve zarar verme kastı güder⁴². Ancak, doktrinde baskın görüş, TBK m.49/II hükmünü, aldatılan eşin tazminat talebini dayandırabileceği bir hüküm olarak kabul etmemektedir. Tüm bu unsurları birlikte değerlendiren AKÇAAL, Yargıtay HGK. Biyolojik babadan masrafların talebinin maddi tazminat

³⁹ AKÇAAL: s.440 vd. Evlilikte üçüncü kişiye yöneltilecek tazminat talebine ilişkin tartışmalar yönünden aşağıda bkz. II. C. Manevi Tazminat Talebi.

⁴⁰ AKÇAAL: s. 441.

⁴¹ AKÇAAL: s.441 vd.

⁴² HATEMİ: s.138, N.624 vd.

talebi olarak kabul edilmesinin isabetsiz olduğunu belirtmiştir⁴³.

Aynı talebe ilişkin olarak haksız fiil sorumluluğu hükümlerini uygulamayı yerinde gören İsviçre Federal Mahkemesi ise, soybağının reddi davasında biyolojik babanın kocaya zarar verici eylemini, gizli ilişki kurmak yerine, kocanın babalık karinesine ve soybağının reddi davasına yol açmak olarak kabul etmiştir. Zararla eylem arasında nedensellik bağıını bu yönden değerlendiren yaklaşımla, biyolojik babadan masrafların talebi de haksız fiile dayandırılmıştır⁴⁴.

b. Biyolojik babaya yöneltilecek talebin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre incelenmesi

Yargıtay'ın somut olayda tazminat talebi olarak önüne gelen uyuşmazlığı haksız fiil hükümleri çerçevesinde incelediğini bir tarafa bırakarak, teorik açıdan, soybağını reddeden kocanın biyolojik babaya yöneltmek istediği masraflara ilişkin iade talebini hangi hükümlere göre temellendirmenin yerinde olacağına baktığımızda karşımıza doktrinde de kabul gören sebepsiz zenginleşme hükümleri ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumluluğun kurulduğu kabul edilse dahi, burada vekaletsiz iş gören konumunda olan kocadır, biyolojik baba ise istenecek masraflar açısından işi görülen kişi yani iş sahibidir. AKÇAAL'a göre, soybağını reddeden kocanın, biyolojik baba adına iş gördüğü hususunda bilinç ve iradeye sahip olmaması nedeniyle, gerçek vekaletsiz iş görme olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri açısından, soybağını reddeden kocanın kötüniyetli iş gören olarak kabul edilemeyeceği, iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak nitelendirildiğinde de, yine iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılacağını belirtmektedir⁴⁵. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş görenin, yaptığı masraflar sonunda iş sahibi masraflardan kurtulmakta ve dolayısıyla tasarrufta bulunmaktadır. Bu nedenle iş sahibinin malvarlığında bir artış ve zenginleşme meydana gelmektedir. İş gören bu artışı sebepsiz zenginleşme davasıyla talep edebilecektir⁴⁶. Dolayısıyla, soybağını reddeden

43 AKÇAAL: s.442.

44 BGE 109 II 4. Ayrıca bkz. SEROZAN: (Çocuk), s.198, N.49.

45 AKÇAAL: s.453.

46 Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014,

kocanın durumunu vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendiresek dahi, masrafların dayanacağı talep sebepsiz zenginleşme talebidir.

Sebepsiz zenginleşme bir kimsenin malvarlığının haklı bir sebep olmaksızın, başka bir kimse aleyhine çoğalmasdır. TBK m.77/I hükmü gereğince bir başkasının emeğinden ya da malvarlığından zenginleşen kimse, bunu iade etmekle yükümlüdür. Sebepsiz zenginleşme için de haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi bazı unsurlar aranır⁴⁷.

Bu unsurlardan ilki zenginleşmedir. Zenginleşmenin görünümlerinden biri olarak zenginleşme alacaklısının iradi olarak yaptığı harcamaların malvarlığında azalmaya yol açması karşımıza çıkar. Malvarlığındaki azalmadan söz edilmesi nedeniyle zarar kavramı ile benzerlik gösterse de, zararda malvarlığı azalması irade dışı ortaya çıktığı için sebepsiz zenginleşmedeki malvarlığı azalmasından ayrılır. Bu açıdan kocanın çocuk için iradi olarak yaptığı harcamalar haksız fiil zararından çok sebepsiz zenginleşme hükümleri ile benzerlik gösterir⁴⁸.

Sebepsiz zenginleşmede fakirleşme unsuru artık aranmamaktadır, artık malvarlıkları arasında meydana gelen kaymanın, “başkası aleyhine zenginleşme” olarak nitelendirilmesinin daha yerinde olacağı düşünülmüştür. Malvarlığından bir değer çıkıp başkasının malvarlığına geçmesi de, zenginleşme alacaklısının malvarlığında gerçekleşecek olan bir artışın engellenmesinin de başkası aleyhine zenginleşme için yeterli olduğu kabul edilmektedir⁴⁹.

Sebepsiz zenginleşme hallerinden hukuki sebebin geçersiz olmasından kaynaklanan sebepsiz zenginleşme eksik kurulmuş veya geçersiz bir hukuki ilişkinin varlığında söz konusu olur, ancak koca ile biyolojik baba arasında böyle bir ilişkiden söz edilemeyeceği için bu halin elenmesi gerekir. Gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşmelerde ise, zenginleşmenin sebepsiz olmadığı ancak temelinde yatan beklentinin de boşa çıkması ile birlikte kazandırmanın baştan itibaren sebepsiz sayıldığı kabul edilmektedir. Kocanın yaptığı masraflar için kazandırmanın temelinde yer alan beklentiden de, bu beklentinin boşa çıkmasından da söz edilemez. Bu nedenle kocanın

s.1332; Fikret EREN: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, N.2645; Haluk Nami NOMER: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2020, s.300, N.141.13.

47 AKÇAAL: s.443.

48 AKÇAAL: s.443.

49 AKÇAAL: s.444.

yaptığı masraflar gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşme hali de sayılmamaktadır⁵⁰.

Yukarıda bahsettiğimiz iki hali eledikten sonra, sebepsiz zenginleşme hallerinden geriye kalan iki hali göz önüne almak, yani kocanın masrafları açısından sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşme ve borçlanılmayan edimin yanlışlıkla ifası hallerini irdelemek gerekir. AKÇAAL'a göre, kocanın masrafları ödemekle yükümlü olmasının sebebi olan soybağı, sonradan ortadan kalkan sebep olarak nitelendirilmeye uygundur. Burada başlangıçta mevcut ve geçerli bir sebebin, soybağının reddi davasında verilen hükümle birlikte, geçmişe etkili olarak ortadan kalkması söz konusudur. Öte yandan, kocanın masrafları yaparken baba olduğu inancı ile hareket etmesini, borçlanılmayan edimin yanlışlıkla ifa edilmesi olarak nitelendirmek de makul görülebilmektedir. Ancak, soybağının reddi hükmü ile soybağı ilişkisi sonradan kalkmışsa da ifa edildiği sırada var olan bir borç ilişkisine göre koca söz konusu masrafları yapmıştır. Masrafları yapma yükümlülüğü masrafların yapıldığı anda mevcut bir yükümlülük olduğu için borçlanılmayan bir şeyin ifası hali bazı noktalardan uygunluk gösterse de tam olarak kocanın talebinin dayanağını teşkil etmeye uygun değildir. Bu hale ilişkin olarak zenginleşme alacaklısının yanılmayı ispat etmesi gerekirken, sonradan ortadan kalkan sebepte bu ispat sorunu da yaşanmayacaktır. Ancak yine de, maddi hukuk açısından borcun hiç bulunmadığı, bu nedenle de borçlu olmadığı masraflara katlandığı noktadan hareket edilerek ve yanılmayı da ispat etmek kaydıyla borçlanılmayan edimin ifası halinden hareket etmek de mümkündür⁵¹.

Haksız fiil ile sebepsiz zenginleşme borç kaynakları arasında, olayın niteliğine sebepsiz zenginleşmenin uygun olması, davacının talep konusunun kapsamını ve talep için uygulanacak zamanaşımını da etkiler. Tazminat da zarar hesabı yapılır ki, Yargıtay'ın mesnetsiz olarak haksız fiil olarak nitelenmesi eleştiriye açık olsa da, tazminatın hesaplanması açısından vardığı hüküm, haksız fiil sorumluluğuna uygundur. Ancak nitelik itibariyle uygun olan sebepsiz zenginleşme uygulandığı takdirde, zenginleşenin yani biyolojik babanın iyiniyetli olup olmadığı da önem kazanacaktır. İyiniyetli zenginleşen iade anında elinde kalan değeri vermekle yükümlü iken, kötüniyetli zenginleşen zenginleşme anında elde ettiği değerini tamamını vermekle yükümlüdür.

50 AKÇAAL: s.445.

51 AKÇAAL: s.446 vd.

Biyolojik baba kötünietli olduğu ispatlanmadığı sürece, TMK m.3/I hükmü gereğince iyiniyet asıl olduğundan, iyiniyetli zenginleşen sayılacak ve iade borcunun kapsamı da buna göre belirlenecektir⁵².

Öte yandan, zamanaşımı açısından da sebepsiz zenginleşmede kocanın iade talebinde bulunmak için tabi olduğu süre, iade hakkını öğrendiği andan itibaren iki yıl, zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır. Haksız fiilde ise fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yıl, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıldır.

Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre soybağını reddeden kocanın, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilmesi için zenginleşme teşkil eden fiilin hukuka aykırılığını veya zenginleşenin kusurunu ispat etmesi gerekmez. Yine zararı ispat etmesi de gerekmez sadece malvarlığında haklı bir sebep olmaksızın eksilmenin varlığını kanıtlaması yeterli olacaktır⁵³. Bu açıdan değerlendirildiğinde, soybağını reddeden kocanın, masrafları biyolojik babadan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep etmesi, haksız fiilin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair tartışmaları da ortadan kaldıracaktır.

Soybağının reddedilmesine neden olan biyolojik babanın sorumluluğunun maddi tazminat talebinden doğan bir alacağın haksız fiil unsurlarına göre değerlendirilmesi ile birlikte haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmemesi gerektiği ortaya çıkmıştır. Çünkü söz konusu talebe sebepsiz zenginleşme kurumunun hükümlerinin uygulanması nitelik açısından daha uygun düşmektedir. Ancak maddi tazminat talebi açısından yapılan bu tartışmalar ve haksız fiil unsurlarının nitelik olarak uygun olmadığını belirlemek, kocanın biyolojik babaya manevi tazminat talebini öne sürebilmek için de dikkate alınması gerekir.

c. Biyolojik Babadan Manevi Tazminat Talebi

1. Genel Olarak

Doktrinde pek çok eserde soybağının reddi davasında manevi tazminat talebine yer olup olmadığına ilişkin olumlu ya da olumsuz bir görüşe yer verilmez iken, azınlık olarak sayılabilecek bazı eserlerde, soybağını reddeden kocanın, TMK m. 25 ve TBK m. 56 hükümleri gereğince, biyolojik babadan

⁵² AKÇAAL: s.449

⁵³ Ahmet M. KILIÇOĞLU: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011, s.491 vd.; EREN: s.959, N.2639.

manevi tazminat talebinde de bulunabileceği belirtilmiştir⁵⁴.

Manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi kişilik hakkının ihlali nedeniyle zararın giderilmesi için talepte bulunulmasına bağlıdır. Kişilik hakkının ihlali kaynaklı manevi zararın tazminini düzenleyen genel hüküm TBK m. 58 hükmüdür. Ayrıca manevi tazminat talebini düzenleyen özel hükümler de mevcuttur. (TMK m.121, TMK m.158/II, TMK m.174/II, TBK m.56) Manevi tazminat talebinin şartları, mağdurun bir kişilik hakkının hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın ihlali, failin kusurlu olması, bu fiil nedeniyle mağdurun manevi bir zarara uğramış olması ve hukuka aykırı kişilik hakkı ihlali ile uğranılan manevi zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmasıdır⁵⁵.

TBK m.58 hükmü duygusal ve sosyal kişilik değerleri olarak da nitelendirilen maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara saldırı sonucu doğan manevi zararlarının tazminini, TBK m.56 hükmü ise maddi kişilik değerlerinin ihlalinden kaynaklanan ölüm ve bedensel zarar halinde manevi zararların tazminini düzenlemektedir⁵⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere biyolojik babadan masrafların talep edilmesinin

54 ÖZTAN: s.899; USTA: (Velayet), s.182. ÖZTAN, bu görüşünü BGE 109 II 4 no.lu İsviçre Federal Mahkeme kararına dayandırmaktadır. USTA'nın da aynı görüş için ÖZTAN'a atıfta bulunduğu görülmektedir. Her ne kadar TBK m.56 hükmü olarak ifade edilmişse de, kanaatimizce sehven TBK m. 56 hükmü yazılmış olsa gerektir. Genel olarak kişilik hakkı ihlali çerçevesinde manevi tazminat talebi TBK m. 58 hükmünde düzenlenmiş olup, TBK m.56 hükmü özel olarak maddi kişisel varlıklara saldırı sonucu ölüm ve bedensel zarar halinde manevi tazminatı düzenlemektedir. Bkz. Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ: *Kişilik Hakkının İhlali Halinde Manevi Tazminat, Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, Sayı 115, Mart 2016, s.40; NOMER: s.272 vd. N 134; EREN: s.882, N.2434.

TBK m. 56 hükmünü, soybağını reddeden kocanın manevi tazminat talebi ile ilişkilendirmek, söz konusu ihlalin kocanın ruhsal bütünlüğünü ihlal ettiğine dayandırıldığı düşüncesini doğurabilir. Ancak ruhsal bütünlüğün ihlali ile kastedilen mekanik bir etki ya da psikişik bir müdahale sonucu kişinin beden anatomisinde bir sonuç meydana getirmese dahi, duygu irade ve zeka yeteneklerinde değişime yol açılması olarak tanımlanmaktadır. Dış etkiler sonucu yaşanan kalp çarpıntısı, sinir hastalığı, kişilik değişimi, fikri yorgunluk gibi haller ruh bütünlüğünün ihlaline örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. EREN: s.892, N2458 atfı gereğince, s.842 vd. N.2329 vd. Aynı yönde, O. Gökhan ANTALYA: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1,2, İstanbul 2019, s.259, N.1049. Kanaatimizce, burada biyolojik babanın fiilini, ruhsal bütünlüğün ihlali ile ilişkilendirmek kolay değildir. Bu nedenle biz çalışmamızda, biyolojik babadan manevi tazminat talebinin yerinde olup olmadığını, genel hüküm olan TBK m.58 hükmüne göre değerlendireceğiz.

55 L. Müjde KURT: *Aldatılan Eşin Eşinin İlişki Kurduğu Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Meselesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67 (4) 2018, s.859 vd.; Etem Saba ÖZMEN/ Gülşah YARDAR HAMAMCIOĞLU: *Evli Kişiyile Birlikte Olan Kadına/ Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, MÜHFHAD, C.22, S.3, 2016, s.2362 vd.

56 KILIÇOĞLU YILMAZ: s.40; Mahmut BİLGEN: *Aldatılan Eşin ve Birlikte Yaşayan Nikahsız Eşin Manevi Tazminat Davası*, İKÜHFD, 16 (2) 2017, s.419.

haksız fiil alacağı olarak nitelendirilmesinde haksız fiil unsurlarının hepsinde bazı hususlar akla takılmakla birlikte, en önemli tartışmanın hukuka aykırılık hususunda yaşandığına işaret etmiştik. Biyolojik babadan masrafların talebine ilişkin sorun sebepsiz zenginleşme hükümleri ile daha isabetli olarak çözümlenebilirken, manevi tazminat talebi için bu çözüm söz konusu olamayacaktır. Bu durumda manevi tazminat talebinin mümkün görülebilmesi de, manevi zararın tazmini için yine yukarıda belirttiğimiz haksız fiil unsurlarının aranmasını gerektirecek ve bu da bizi biyolojik babanın manevi zararı tazminle yükümlü tutulmasını gerektirecek hukuka aykırı bir fiilini aramaya yöneltecektir. Bu noktada, yine, aldatılan eş ve üçüncü kişi arasındaki manevi tazminat talebine ilişkin tartışmaların üzerinde daha ayrıntılı durmak gerekir.

2. Aldatılan Eşin, Aldatan Eşin İlişki Kurduğu Kişiden Tazminat Talebine İlişkin Tartışma

Eşlerin sadakat yükümünü ihlalinin, evlilik dışındaki kişiler için tazminat yükümlülüğüne yol açması hususunda yakın zamanda yaşanan önemli bir tartışma, aldatılan eşin, aldatan eşin ilişki kurduğu üçüncü kişiden, aldatılma eylemine katılması nedeniyle tazminat talebinde bulunması üzerinedir. Yargıtay İBGK Kararına konu olan bu sorun Yargıtay'ın kimi kararlarında tazminat istenebileceği, kimi kararlarında ise tazminat istenemeyeceği yönünde karar vermesi hususundaki çelişkiden doğmaktaydı. Yargıtay 4. HD.'nin 2015 yılından önce verdiği kararlar⁵⁷ ve Yargıtay HGK'nun 2010⁵⁸ ve 2017⁵⁹ yıllarında verdiği kararlarda üçüncü kişiden tazminat talebine olumlu bakıldığı görülürken, Yargıtay 4. HD.'nin 2015 yılında verdiği kararda⁶⁰ manevi tazminat talebinin reddedildiği görülmektedir.

Tazminat talebini haklı gören kararlarda eşlerin sadakat yükümlülüğünün ihlalinin haksız fiil olduğu belirtilmiş, üçüncü kişinin de karşı tarafın evli olduğunu bilerek ilişkiye girmesi halinde, zina⁶¹ suç olmaktan çıkarılmış

57 Yargıtay 4. HD. 18.03.2010 t., 6382/3083; Yargıtay 4. HD. 24.01.2013 t., 1646/946. (www.kazanci.com)

58 Yargıtay HGK. 24.03.2010 t., E.4-129/173. (www.kazanci.com)

59 Yargıtay HGK 22.03.2017 t., 4-1334/545; Yargıtay HGK. 29.03.2017 t., E.4-1482/556. (www.kazanci.com)

60 Yargıtay 4 HD. 11.06.2015 t., 8510/7762. (www.kazanci.com)

61 Zinanın tanımı ve Türk Hukukundaki düzenlemesine ilişkin bkz. İsmail DEDE: Türk Boşanma Hukukunda Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır, MÜHF –HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, s.645 vd. Boşanma sebebi olarak zinaya ilişkin bkz. İpek SAĞLAM: Turkish Family Law (Engagement, Marriage, Divorce and the Consequences

olsa da, fiilin ahlaka aykırılığını ve haksızlığını ortadan kaldırmayacağını ve üçüncü kişinin de aldatan eş ile birlikte aldatılan eşe karşı haksız fiilinden sorumlu olduğu ve manevi tazminat ödemekle yükümlü tutulmasının yerinde olduğuna karar verilmiştir⁶².

Üçüncü kişiden tazminat istenilemeyeceğine dair kararlarda ise TMK m. 185 hükmünde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün eşlerin arasında olduğu, eşlerin evlilik tarafı olarak iradeleriyle bu yükümlülük altına girdiklerini, ihlali halinde sadakat yükümlülüğünün ihlalinin boşanma sebebi teşkil edebileceği ve boşanma sebebiyle manevi tazminat talebinde de bulunulabileceği, ancak sadakat yükümlülüğünün mutlak değil nisbi hak sebebiyle, bu tazminat talebinin üçüncü kişiye yöneltilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

Yargıtay'ın çelişkili kararları yönünden, Yargıtay İBGK, tartışmalara son noktayı koyarak, aldatılma nedeniyle sevgiliden tazminat istemenin yerinde olmadığına karar vermiştir⁶³.

Aldatılan eşin üçüncü kişiye aldatılma nedeniyle manevi tazminat talebini yöneltmesi, doktrinde de tartışmaya neden olmuştur. Yargıtay İBGK Kararı öncesinde alevlenen bu tartışmaların da odak noktası, özellikle, bu tazminat talebini haklı kılacak bir haksız fiilden söz edebilmek için hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususundadır.

Doktrinde baskın görüşe göre, aldatılan eş, zinaya katılan üçüncü kişiden tazminat isteyemez. Sadakat yükümlülüğünün evlilik birliğinden kaynaklanan nisbi bir nitelik taşıdığı, bu nedenle üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı bir yükümlülüğünün bulunmadığı, aldatılan eşin mutlak bir hakkını ihlale yönelik bir davranışın bulunmadığı, bu nedenle üçüncü kişinin fiilinin hukuka aykırılık taşımadığı hususunda doktrinin büyük çoğunluğunun hemfikir olduğu rahatlıkla söylenebilir⁶⁴. Bu açıdan bakıldığında, YİBBGK

of Divorce), İstanbul 2019, s.120 vd.; ÖZTAN: s.645 vd..

62 AKÇAAL: s.449.

63 Yargıtay İBGK. 6.7.2018 t., E.2017/5, K.2018/7. (www.kazancı.com)

64 M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:2*, İstanbul 2020, s.263, N.733; Mehmet ERDEM: *Aile Hukuku*, Ankara 2019, s.198 vd..; Sevgi USTA: *Bir Boşanma Sebebi Olarak Zinada Üçüncü Kişi Üzerine*, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8-9 Kasım 2018, s.311; Başak BAYSAL: *Haksız Fiil Hukuku BK m.49-76*, İstanbul 2019, s.568, N.6.49; Gamze TURAN BAŞARA: *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi*, Ankara 2018, s.219 vd; Bilge ÖZTAN/Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA: *Yargıtay Hukuk Genel*

kararı, doktrindeki baskın görüşü ve bu görüşteki yazarların eleştirilerini dikkate almış bir karardır.

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş, zina eylemini, aldatılan eşi bulunduğu çevrede küçük düşürmek suretiyle şeref ve haysiyetini ihlal edici bir fiil olarak kabul etmekte, şeref ve haysiyetin ihlali sebebiyle manevi zararın tazmini sorumluluğunu doğuracağını savunmaktadır⁶⁵. Bu görüşle ilgili olarak doktrinde ileri sürülen başka bir görüş, evli kişi ile birliktelik kurmanın eşin şeref ve haysiyetini ihlal edip etmediği hukuk tekniği ve teorisinin dışında kalan, bu konuda benimsenecek hukuk politikasının alanına girdiğini öne sürerek şeref ve haysiyet ihlali çerçevesinde manevi tazminat talebine açık kapı bırakmışsa da⁶⁶, salt aldatma fiiline katılan üçüncü kişinin şeref ve haysiyet ihlal edici davranışta bulunmadığını öne süren yazarlar çoğunluktadır⁶⁷.

Doktrinde bir başka görüş ise, aldatılma nedeniyle aldatılan eşin duygusal kişiliğinin önemli ölçüde ihlal edileceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, evlilik ilişkisinin evli kişiler açısından yoğun ve özel bir duygusal öneme sahip olması nedeniyle kişilik hakkı kapsamında sayılarak korunduğunu kabul etmek gerekir. Evliliğin yoğun ve duygusal öneme sahip olduğu hallerde bu ihlalin gerçekleşeceği, ancak temelinden sarsılmış fakat henüz sonlandırılmamış bir evlilikte bu durumdan söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu görüş evlilik birliğini kişilik hakkının kapsamına sokmamakta, ancak aldatılma nedeniyle kişinin duygusal dünyasında gerçekleşen yıkımı

Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s.219 vd.; Rona SEROZAN: Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlüğüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi? İKÜHFD S.1-2, Ocak-Şubat 2016, s.452 vd.; Emel BADUR/ Gamze TURAN BAŞARA: Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, Ankara ÜHFD 65 (1) 2016, s.131 vd.; H. Reyhan DEMİRCİOĞLU: Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru, Ankara Ü.H.F.D., 65 (3), 2016, s.709 vd..; Gökçe KURTULAN: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, MÜHF HAD, C.23, S.1, s. 483 vd.; Ferhat KAYIŞ: "Karar İncelemesi" Ahlaka Aykırı Bir Fiil ile Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat ve Hukuka Aykırılık Unsuru, Terazi Hukuk Dergisi, C.6, S.53, Ocak 2011, s.25 vd.; Bahattin ARAS: Sadakat Yükümlülüğünün İhlali Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.116, Nisan 2016, s.22 vd..

65 Nisim FRANKO: Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.57 vd.

66 DEMİRCİOĞLU: s.707.

67 Rona SEROZAN: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, s.464; M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİCİ/ Saibe OKTAY ÖZDEMİR: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2020, s.196 vd.; OĞUZMAN/ÖZ: s.264.

kişilik hakkı ihlali olarak kabul etmektedir⁶⁸. Doktrinde evlilik birliğinin aldatılmak suretiyle ihlalini, üçüncü kişi tarafından da gerçekleştirilen bir kişilik hakkı ihlali olarak nitelendiren yazarlar da vardır⁶⁹. Baskın görüşü savunan yazarların, bu görüşün evlilik birliği ilişkisinin bir kişisel değer olarak korunmasına karşı çıkmasının altında yatan fikir, kişilerin doğumdan ölüme kadar sahip olduğu ve koruyacağı değerlerin kişilik hakkına dair kabul edilmesi gerektiği, kendi kişilik hakkına sahip ve kendi özgürlük alanı içinde harekette bulunan bir başka kişinin (aldatan eşin) kişilik hakkına dahil edilmesinin yerinde olmadığıdır⁷⁰.

Doktrinde salt aldatılmak eylemine katılan üçüncü kişinin fiilini kişilik hakkı ihlali olarak görmeyen yazarların kişilik hakkı ihlali olarak kabul ettikleri durumlar, aldatılmakla birlikte gerçekleştirilen başka kişilik hakkı ihlalleridir. Başka bir deyişle, aldatılan eşin, üçüncü kişiye manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için, zina fiilinin yanı sıra ayrıca bir kişilik hakkı ihlalinde bulunmuş olması aranacaktır. Bu duruma örnek olarak, aldatılan eşin fiziksel özellikleri, zekâsı veya cinsel yeterliliği ile zina fiilini ilişkilendiren alay ve imalarda bulunmak zinadan ayrı olarak şeref ve haysiyetin ihlali teşkil eder. Aldatan eş ile birlikteliği sayesinde aldatılan eşin bilgi, anı, fotoğraf gibi bazı unsurları kullanmak suretiyle eşin sır çevresini, özel hayat alanını, konut dokunulmazlığını ihlal etmek de yine üçüncü kişinin sorumluluğunu doğuran davranışlara örnek kabul edilmektedir⁷¹.

Evlenmeyle birlikte oluşan “aile bütünlüğü” ve “evlilik birliği” menfaatlerinin kişilik hakkı içinde korunan değerlerden olduğu kabul edildiği takdirde, ihlallerinin kişilik hakkı ihlali olarak manevi tazminat talebini mümkün kılacağı

68 Bilgehan ÇETİNER: *Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir mi? İKÜHFD*, C.15, S.1-2, Temmuz – Ağustos 2016, s.526. ÇETİNER bu görüşünü İsviçre Federal Mahkemesi'nin 84 II 329 No.lu kararına dayandırmaktadır. Aynı yönde, O. Gökhan ANTALYA: *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Türk Hukukunda Manevi Tazminatın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Teorisi*, İstanbul 2017, s.138 vd.

69 Aslı AÇIKGÖZ: *Bilerek Evli Kişiyile Birlikte Olan Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat İstenemeyeceği Hakkındaki Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararına İlişkin Bir Değerlendirme*, Bahçeşehir ÜHFD, Mart-Nisan 2019, C.14, S.175-176, s.376 vd.

70 STARK'a göre, kişiler hayatlarında sayısız ilişki kurarlar; ilişki sahibi olmak doğumdan ölüme kadar insan olma özelliği nedeniyle sahip olduğu bir olgudur. Ancak kişilik hakkının konusunun ilişkiler değil, ilişkiye girme, ilişkiyi yürütme ve koruma hakkı oluşturur. İlişkinin taraflardan birince ihlal edilmesi dahi, onun kişilik alanında kalır ve ilişkinin diğer tarafının kişilik hakkına yönelik bir ihlal olarak dahi kabul edilemez. Bkz. Emil W. STARK, *Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen Verpflichtet werden? Festschrift für Cyril HEGNAUER zum 65. Geburtstag*, 1986, s.518 vd., ilgili atf için bkz. ÇETİNER: *Manevi Tazminat*, s.518.

71 DEMİRCİOĞLU: s.702; KURT: s.866; SEROZAN: (Çocuk), s.198, N.49.

üzerinde durulmuştur. Ancak, buna karşılık, yine kişilik hakkı kapsamında korunması gereken evlilik dışı üçüncü kişinin “başkalarıyla iletişim kurma” menfaatinin de dikkate alınması gerektiği eleştirisi yöneltmiştir. Ancak doktrinde bir görüşe göre ilk saydığımız menfaatlerin bir kişilik değeri olarak korunması şüphelidir. Öte yandan bu menfaatleri kişilik hakkı değeri kabul ettiğimizde dahi, üçüncü kişinin bu menfaatler nezdinde aldatılan eşin kişilik hakkını ihlali kendi kişilik hakkını kullanmasından doğmaktadır. Bu nedenle aldatılan eşin kişilik hakkı ihlalinin hukuka aykırılığı, üçüncü kişinin de kendi kişilik hakkı çerçevesinde hareket ediyor olması nedeniyle hukuka uygun hale gelecektir. Bu nedenle de tazminat sorumluluğunun doğmayacağını kabul etmek gerekir. Somut olayın özelliklerine göre, örneğin diğer eşe zarar verme kastı ispat edilebiliyorsa, ancak o zaman TBK m.49/ II hükmünün şartları gerçekleştiği için sorumluluktan söz etmek mümkün olabilecektir⁷².

Bu konuda en çarpıcı eleştirilerden birini getiren ÖZ’e göre de, bu aldatılan eşe zarar verme kastıyla hareket edildiğine dair ihtimali, “sadece film senaryolarında görülebilecek şekilde, üçüncü kişinin evli kadın veya erkekle ondan hoşlandığı için değil de sırf kocasına ya da karısına zarar vermek kastı ile hareket edilmesi” olarak ifade etmiştir⁷³.

72 Mustafa Alper GÜMÜŞ: *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008, s.7 vd.; KAPANCI: s.108, dn.476. BAYSAL’a göre Yargıtay da İBBGK E. 2017/5, K.2018/7 sayılı kararında aldatma eylemini TBK m.49/II hükmü çerçevesinde değerlendirirken, kast unsuru açısından eleme yaptığını, fiilin ahlaka aykırılığını ise kabul ettiğini belirtmektedir. BAYSAL: s.570, N.6.52.

73 OĞUZMAN/ÖZ: s.264, dn.30. OĞUZMAN/ÖZ’e göre, böyle bir manevi tazminat talebinin varlığının kabul edilmesinin pek çok hukuki soruna yol açacağını belirterek şu örnekleri vermiştir: “Bu manevi tazminat için evliliğin aldatma sebebiyle açılan boşanma davasıyla sona ermesi aranacak mıdır? Şayet aranacaksa, evliliği sürdürmeye razı olan aldatılmış eşin çoğu kez boşanandan daha ağır ve uzun süreli manevi acılar çekmesi karşısında bu adil midir? Aranmayacaksa, MK m. 161 uyarınca zina bile öğrenilmesinden itibaren altı ay geçmekle veya bundan önce ayla boşanma sebebi olmaktan çıkarken, aldatan eşini sorumlu tutamayan nasıl olup da üçüncü kişiye tazminat davası açabilecektir? Aldatılan eşin de evlilikten doğan bazı yükümlülüklerini ihlali söz konusu ise, üçüncü kişiye yöneltilecek tazminatta, bunlar ileri sürülerek, birlikte kusur sebebiyle indirim yapılması istenebilecek midir? Kocasını bir seks işçisiyle ücret karşılığında ilişkide bulunan kadın bu seks işçisinden de tazminat isteyebilecek midir? İsteyebilecek ise, seks işçilerinin (hukuka aykırı veya hukuka uygun) faaliyetlerinin müşterilerinin evli olup olmasına göre farklı sonuçlar doğurması doğru mudur? İsteyemeyecekse, evli erkeğe aşık olduğu için onunla ilişki kuran kadın para karşılığı evli erkekle birlikte olan kadından daha fazla mı manevi tazminat ödemeyi hak etmektedir? Ergin olmayan çocukların bazen bu olaylarda eşlerden daha kötü etkilenmeleri karşısında, onlara da anne veya babalarıyla ilişki kuran kişiye karşı manevi tazminat isteme hakkı verilecek midir? Nişanlılar arasındaki sadakat yükümü evlilikteki sadakat yükümünden farklı olmadığına göre, nişanlı başkasına gidenler de bu üçüncü kişiye karşı manevi tazminat davası açabilecekler midir? Görüldüğü gibi bu

Öte yandan doktrinde bazı yazarlar kişilik hakkı ihlalinin TBK m. 49/II hükmünün alanına girmeyeceğini savunmaktadır. Buna göre TBK m.49/II hükmü sadece maddi tazminatı konu edinir. Bu nedenle kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminatın tartışıldığı bir konuda TBK m.49/II hükmünden söz etmek de mümkün değildir⁷⁴.

3. Değerlendirme

Görüldüğü üzere, aldatılan eşin üçüncü kişiden aldatılması nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunulabileceği savı, hukuka aykırı fiil unsurunda tıkanmaktadır. Yukarıda da izah etmeye çalıştığımız üzere, aynı tartışma, biyolojik babadan masrafların iadesi için talepte bulunulmak istendiğinde, bu talebin haksız fiil hükümlerine dayandırılması noktasında da karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar Yargıtay, bahse konu kararında masrafların iadesine ilişkin talebe haksız fiil hükümlerini uygulamakta sakınca görmemişse de, doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, biyolojik babanın masrafları ödeme yükümlülüğü sebepsiz zenginleşmeden doğan bir yükümlülüktür. Ancak masrafların talebine konu teşkil eden, biyolojik babanın fiilinin hukuka aykırı fiil olmadığının kabulü, aynı fiilden doğacak manevi tazminat talebinde de “hukuka aykırı fiilin” varlığını belirlemeyi gerektirir. Maddi tazminat talebi açısından, fiilin hukuka aykırı fiil olduğunu kabul edemediğimiz takdirde, manevi tazminat talebini doğurduğunu nasıl ileri sürebiliriz?

Manevi tazminattan sorumluluğa yol açan hukuka aykırı fiil, kişilik hakkı ihlalinden, ölüm ya da vücut bütünlüğü ihlalinden ya da Kanun’da özel olarak düzenlenen hükümlerden doğabilir. Biyolojik babadan manevi tazminat talebini hukuki zemine oturtabilmek için, biyolojik babanın evli bir kadınla kurduğu ilişkinin bir çocuğun dünyaya gelmesine ve doğan çocuğun babalık karinesi gereğince kocanın soybağına bağlanmasına neden olunmasını ve bunun sonucunda soybağının reddi davasının açılmış olmasını kişilik hakkı ihlali olarak nitelendirebilmemiz gerekir. Bu takdirde, manevi tazminat talebinin doğmasına sebep olan hukuka aykırı fiilden bahsetmek mümkün olur. Bu noktada, biyolojik babanın kocanın kişilik hakkını ihlal

kapının açılması pek çok mantıksız ikileme ve uzayıp gidecek hukuki sorunlara yol açabilecektir.” Bkz. OĞUZMAN/ÖZ: s.264. dn.30. Aynı yönde, ARAS: s.22.

HATEMİ/GÖKYAYLA, ahlaka aykırı fiille zarar verilmesinde zarar verme kastının aranmadığı Yargıtay kararlarını, içtihatla kusursuz sorumluluk yaratmak olarak belirtmekte ve eleştirmektedir. 74 ERDEM: s.199. Aynı yönde bkz. Dilşad KESKİN: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016, s.208 vd..

ettiğini kabul edebilmek ancak evlilik birliğinden doğan menfaatinin veya çocukla arasındaki ilişkinin bir kişisel değer olarak kişilik hakkı çerçevesinde korunmasına bağlıdır.

Aldatılan eşin sevgiliden tazminat talebine ilişkin olarak azınlıkta kalan görüşün kabul edildiği yani evlilik birliğinin ihlali bir kişisel değer olarak tanımlanıp korunduğu takdirde, zina ilişkisinin sebep teşkil ettiği soybağının reddi davasının bir sonucu olarak manevi tazminat talebi akla gelebilir. Ancak bu hususta fiilin hukuka aykırılığını sadakat yükümlülüğünün ihlaline dayandırmamız, yukarıda da izah ettiğimiz gerekçelerle, aldatılan eşin tazminat talebindeki eleştirilerin tekrar ileri sürülmesine yol açacaktır. Ayrıca evlilik birliğinin kişisel değer olarak korunduğu kabul edilseydi dahi, koca tarafından soybağının reddi davasının açılması evlilik birliğinin sona ermesi şartına bağlı değildir⁷⁵ ve soybağının reddi davasının konusu, evlilik birliğinin ihlali değildir. Nitekim evlilik birliğinin ihlalinin kişilik hakkı kapsamında korunan duygusal kişilik alanına dair bir değer olarak kabul eden görüş, sağlıklı bir evliliğin aldatılma nedeniyle duygusal bir yıkıma uğramasını dikkate alır. Başka bir deyişle çiftin arasındaki evlilik bağı aldatılmadan önce zaten kopma aşamasına gelmişse, duygusal kişilik değeri olarak kabul edilebilecek durumda bir evlilik bağı kalmamıştır. Çocuğun, biyolojik babanın anne ile ilişkisinden doğmasının, evlilik birliğine yönelik bir ihlal niteliğine bürünmesi ve bu açıdan biyolojik babanın sorumluluğu kanaatimizce aldatılan eşin sevgiliye manevi tazminat talebinde tartışılan boyutudur. Ancak, evliliğin aldatılmadan önce güçlü ya da zayıflamış bir bağ olması, kocanın soybağını reddetmekle ilgili kararının sadece bir etkeni olabilir, ama soybağının reddi davasının açılması evlilik birliğinin güçlü ya da zayıf olmasından bağımsızdır. Anne ile biyolojik baba arasında vuku bulmuş ilişkinin, çocuğun soybağının reddine sebep olması halinde ise, her ne kadar aynı ilişkiden doğsa da, ihlal koca ile çocuk arasındaki ilişkiye etki etmektedir. Bu nedenle de, ihlal edilen değeri sadece evlilik birliği kapsamında düşünmemek gerekir, başka bir hukuki zemine yerleştirebilmek gerekir.

Bu durumda, çocuğunun başka bir erkekten olduğunu öğrenen koca (eşi tarafından sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması dışında), soybağının reddi davası açısından ayrıca velayet hakkının ihlal edildiğini öne sürülebilir mi? Velayet, çocukların şahıslarının, mallarının korunması ile temsilieri için ana ve babanın sahip oldukları tüm hak ve yükümlülükler olarak

75 ÖZTAN: s.879.

tanımlanır. Ana ve babanın çocuk yararına kullanması gereken görevlerini içeren hak-yüküm niteliği taşır. Velayet anaya ve babaya ait bir şahıs varlığı hakkı olarak kabul edilmekle birlikte, ana ve babanın kendi yararına değil, çocuğun yararına tanınan bir hak olarak ifade edilmektedir⁷⁶. Velayet hakkı doktrinde mutlak bir hak tanımlanırken⁷⁷, bazı yazarlar velayet hakkının mutlak haklara özgü istemlerden yararlanmasına işaret etmektedir⁷⁸. Buna göre, velayet hakkı sahibi, mutlak haklara özgü iade istemlerinden ve haksız fiil korumasından yararlanabilir. Çocuğu haksız yere alıkoyan kişiden zorla geri alınmasını sağlayabilir ve bu kişinin ayrıca haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilir⁷⁹. Ancak her ne kadar mutlak haklara özgü istemlerden niteliğine göre yararlanılabilirse de, çocuk bir nesne değil öznedir, bu nedenle de üzerinde egemenliğin olamayacağı ileri sürülmüştür⁸⁰. Doktrinde, velayet hakkını kişilik hakkına dayandıran yazarlar olduğu gibi, kişilik hakkının bireyin kişisel değerleri üzerinde geçerli olan bir hak olmasına dayanılarak, kişilik hakkının konusunu kural olarak başka kişilerin oluşturamayacağını ve başkaları üzerinde mutlak ve tekeli hakka sahip olunamayacağını savunan yazarlar da vardır⁸¹. Velayet hakkının kişilik hakkına ilişkin bir değer olarak korunabilmesi kabul edilirse, kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminat talebine hukuki bir zemin olarak kabul edilmesi de mümkün olabilir.

76 Ebru CEYLAN: *Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. ŞerefERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.352; USTA: (Velayet), s.23 vd.

77 O. Gökhan ANTALYA/Murat TOPUZ: *Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri)*, C.1, Ankara 2019, s.200, N.620 vd.; M. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS: *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, İstanbul 2020, s.162, N.540.

78 SEROZAN: (Çocuk), s.151, N.16.

79 Martin A. KESSLER/Heinrich HONSELL/Isenring BERNHARD: *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2013, s.58, N.14

80 SEROZAN: (Çocuk), s.151, N.16. Velayet hakkının başkaları üzerinde mutlak hak olduğu yönünde bkz. O. Gökhan ANTALYA/Murat TOPUZ: *Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri)*, C.1, Ankara 2019, s.200, N.620 vd.; M. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS: *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, İstanbul 2020, s.162, N.540.

DURAL/SARI da, kişilerin başkaları üzerinde mutlak hakları olabileceğine işaret etmiş ama bu duruma örnek olarak gösterdiği velayet hakkını bir yönüyle hak, bir yönüyle yükümlülük olarak kabul etmiştir. Bkz. Mustafa DURAL/Suat SARI: *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2019, s.165, N.985.

81 Doktrindeki bu görüşler için bkz. USTA: (Velayet), s.26, dn.87.

Velayetin sadece hak olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı ancak velayet kaldırıldığında dahi yükümlülüklerin devam edebileceği ya da velayet sona erdikten sonra dahi çocukla kişisel ilişki kurma hakkı istenebileceği dikkate alındığında, velayetin sadece görev ya da külfetten ibaret görmenin de mümkün olmadığı yönünde bkz. Selma ÇETİNER: *Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği*, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. ŞerefERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı- 2017, s.39 vd.

Öte yandan kişilik hakkı kapsamında korunmaya yol açabilecek bir değer olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir kavram da soybağıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, biyolojik babadan manevi tazminat talep edilebileceğini savunan yazarlar⁸², bu görüşlerini, İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 109 II 4 kararına dayandırmaktadır. SEROZAN ise, maddi tazminat talebine ilişkin olan bu kararda Federal Mahkeme, biyolojik babanın kocaya zarar verici hukuka aykırı fiilini, zina eylemi olarak değil, babalık karinesine ve soybağının reddi davasına yol açmak olarak nitelendirdiğini belirtmektedir. Zarar ile eylem arasındaki uygun illiyet bağımlı farklı kuran bu kararın haksız fiil sorumluluğunu kabul etmesini, kararın kendi içinde çelişkisiz doğal bir sonucu olarak yorumlamaktadır⁸³.

İlgili kararda, evlilik birliğine zarar veren ve ortadan kalkmasına sebep olan bir ilişkiye dahil olmak maddi ve manevi tazminat talebini haklı kılan bir kişilik hakkı ihlali olarak kabul edilmiştir. Buna göre evlilik birliği kişisel olarak taraflar için ifade ettiği büyük anlam göz önüne alındığında, üçüncü kişinin de evlilik birliğinin dağılmasına neden olması halinde, diğer tarafın kişilik hakkını ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Hatta Federal Mahkemeye göre, bu sonucun sadece üçüncü kişinin fiili ile meydana gelmemiş olması ve sadakatsiz eşin de bu fiile katılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir. Aldatmaya sebep olan üçüncü kişi konumundaki biyolojik babanın, kendi fiilinden çocuk doğması sonucunu öngörebileceği de ayrıca belirtilmiştir⁸⁴.

Federal Mahkemenin soybağının reddine yol açmak nedeniyle biyolojik babayı sorumlu tutan bakış açısının kabulü, her ne kadar Federal Mahkemenin incelediği uyuşmazlığın odak noktasında manevi tazminat talebi yer almasa da, kanaatimizce benzer uyuşmazlıklarda biyolojik babaya manevi tazminat talebinin ileri sürülmesine de hukuki zemin teşkil eder. Burada, soybağı bir aile hukuku ilişkisi olarak kişilik hakkı kapsamında mı korunacaktır, soybağının ihlalinin duygusal kişilik değeri açısından ciddi etkileri olan ihlal niteliği taşıması ve duygusal kişiliğin de kişilik hakkı olarak korunması mı söz konusu olacaktır? Bir kez daha altını çizmek gerekir ki, Türk Doktrininde azınlıkta kalan görüşün aldatma nedeniyle üçüncü kişiden tazminat istenebileceği savında dayandıkları nokta, İsviçre doktrininin ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının görüşü ile aynıdır⁸⁵. İsviçre Doktrini

⁸² Bkz. Dn. 52.

⁸³ SEROZAN: (Çocuk), s.198, N.49.

⁸⁴ BGE 109 II 4, 2.

⁸⁵ Bkz. ÇETİNER: (Manevi Tazminat), s.523 vd.; AÇIKGÖZ: s.375 vd. Her iki yazar da, evlilik

ve Federal Mahkeme, evlilik birliği, aile ilişkileri ve dostluk ilişkilerinin bozulmasına yol açmayı kişilik hakkı ihlali olarak kabul etmektedir⁸⁶. Zina gibi evlilik birliğinin ihlaline yol açan ilişkiler ise, duygusal kişiliğin ihlali anlamını taşıyabilmektedir⁸⁷. Kanaatimizce, BGE 109 II 4 kararında da bu bakış açısı hakimdir. Öte yandan İsviçre Doktrininde de daha yeni tarihli bazı eserlerde, Türk Doktrininde baskın görüşü savunan yazarlarla benzer şekilde, evlilik birliğinin, kişilik hakkı çerçevesinde korunan bir değer olarak nitelendirmeyeceği ve sadakat yükümüne aykırılık nedeniyle evlilik birliğinin ihlalinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesinin yerinde olmadığı öne sürülmüştür⁸⁸. Başka bir deyişle, aile hukuku ilişkilerinin ihlallerine, kişilik hakkı korumasının kapılarının açılması İsviçre doktrininde de tartışmalıdır.

Duygusal kişilik alanının ihlali, kişilik hakkı kapsamında kabul edildiği takdirde ise, soybağının reddinin de bu gözle değerlendirilmesi gerekir. Red davasına konu olan soybağı kavramı, dar anlamda soybağı olup⁸⁹, çocuk ile anne baba arasındaki bağı ifade eder⁹⁰. Velayeti kural olarak sadece anne ve babaya tanıyan TMK m.335 hükmü göz önüne alındığında, annenin ve özellikle de babanın kim olduğunu belirlemede soybağı temel kriter olarak ön plana çıkar. Bunun yanı sıra soybağı anne ve baba ile çocuk arasındaki ilişkide velayet hakkının dışında kalan diğer düzenlemelerin de temelinde yer alır. Kişinin velayeti altında bulunmayan ve kendisine bırakılmayan çocuğu ile kendisi arasında kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı gibi. Nitekim doktrinde, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının anne ve babanın kişilik hakkı içinde yer aldığı kabul edilmektedir. Aynı zamanda anayasal

birliğini kişilik hakkı kapsamında korunması gereken bir duygusal kişilik değeri olarak kabul etmektedir.

86 Matthias INDERKUM: Schadenersatz, Gemütuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 2008, s.40, N.99, ayrıca özellikle d.n.163.te belirtilen yazarlar ve d.n.164.te belirtilen Federal Mahkeme kararları. Aile bağlarının ihlalinin tazmininin gerekliliğini, aileden birinin ölmesi halinde yakınlarına tanınan tazminat hakkı ile bağlantılı kabul eden bir bakış açısı ve bazı yönlerden kritiği için bkz. Bernhard STEHLE: Versorgungsschaden, AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 2010, s.11, N.44 vd.

87 INDERKUM, s.99, N.40.

88 Arnold F. RUSCH: Brennpunkt Familienrecht, 2017, s.490 vd. Yazar evlilik birliğinin kişilik hakkı kapsamında korunması gerektiği görüşüne karşı çıkmaktadır.

89 Geniş anlamda soybağı, bir kimse ile onun üst soyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantı anlamında kullanılmaktadır. Ancak TMK m. 282 vd. hükümlerine konu olan soybağı, dar anlamda soybağıdır. Bkz. Turgut AKINTÜRK/Derya ATEŞ, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2020, s.321. Bkz. Aynı yönde ÖZDEMİR/RUHİ: s.224.

90 AKINTÜRK/ATEŞ: s.321; ÖZDEMİR/RUHİ: s.224.

ana baba hakkının uzantısı olarak kabul edilmiş, velayet hakkına sahip olmayan kişinin özlem giderme hakkı olarak nitelendirilmiştir⁹¹.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, ana ve baba ile çocuk arasındaki sevginin ve tüm aile hukuku ilişkilerinin hukuki zemini soybağdır. Bu nedenle, kanaatimizce, kocanın, sadece aldatılmanın da ötesine geçerek, kendisinden olduğunu varsaydığı çocuğu ile arasındaki soybağını reddetmek zorunda hissetmesine ve her ne kadar koca tarafından iradi olarak dava açması suretiyle meydana gelen bir sonuç da olsa soybağının ortadan kalkmasına sebep olmanın, ayrıca bir kişilik hakkı ihlali olarak kabul edilmesi, manevi tazminat talebi için dayanak oluşturabilirdi. Ancak soybağını, kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olarak kabul edebilmek, kişinin bir başkası ile ilişkisini kişisel değer olarak nitelendirebilmeyi gerektirir ki, bu da kişinin başkası üzerinde kişilik hakkına sahip olamayacağı kuralına⁹² ters düşmektedir. Bu nedenle sadece soybağının bir kişilik değeri olarak korunmasından söz edemesek de, soybağının reddinin kişinin duygusal alanında yıkıcı etkisi olacağını öngörmek güç değildir. İsviçre Hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da, kişilik hakkı⁹³, duygusal kişilik değerinin

91 SEROZAN: (Çocuk), s.240 vd. N.90.

92 Yukarıda aldatılan eşin sevgiliden tazminat talebinde de bahsedildiği üzere, eşin sevgiliden tazminat talebi isteyemeyeceğini savunan yazarların ve Yargıtay'ın önemli bir dayanak noktası da kişinin eşi üzerinde mutlak hakkı olamayacağına dairdir. Bkz. II.C.2. Doktrinde SEROZAN'a göre, Aile haklarının nesnesi yoktur, özneleri vardır. Ne eş, ne de çocuk nesne sayılabilir. Başkasının şahsı üzerinde hak olamayacağı gibi, öz kişilik değerleri üzerinde de hak olamaz. Bkz. SEROZAN: (Medeni Hukuk), s.200, N.1.

ANTALYA/TOPUZ'a göre, kişiler üzerinde mutlak haklar olabilir, ancak bu kişinin hakkın konusunu oluşturduğu anlamına gelmemektedir. Hukuk düzeninde kişi bir hakkın konusu olamaz, ancak öznesi olabilir. Kişi üzerindeki mutlak haklar kişinin bizzat kendine veya başkalarına ilişkin sahip bulunduğu yetkileri içerir. Kişi kendi üzerinde mutlak hak sahibi olduğu gibi, bazı hallerde başkalarına ilişkin olarak da mutlak hak sahibi olabilir. Kişinin bizzat kendi üzerindeki mutlak hakkı kişilik hakkıdır, başkaları üzerindeki mutlak hakkı ise aile hukukundan kaynaklanan hakkıdır. Bu haklar vazgeçilemez ve devredilemez, ancak ihlali halinde tazminat talebine konu olurlar. Kişinin maddi ve manevi varlığı korunur. Bkz. ANTALYA/TOPUZ: s.198, N.617.

93 Türk Hukukunda ise kişilik hakkı kapsamında korunan değerler kapsamında hayat, sağlık ve beden bütünlüğü, şeref ve haysiyet, özel hayat ve sır çevresi, resim ve ses, mesleki ve iktisadi değerler, cinsel bütünlük ve faaliyet özgürlüğü özellikle sayılmaktadır. Bkz. Serap HELVACI: Gerçek Kişiler, İstanbul 2017, s.108 vd.; Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, s. 104 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR: s.174 vd.; TURAN BAŞARA: s.56 vd.; KESKİN: s.170 vd.; Bu değerler, kişilik hakkının kapsamı belirlenirken sınırlı sayıda sayılmamış olup, somut olaya göre uyumsuzluğun kişilik değerlerinden birine ilişkin olup olmadığını belirleme görevinin hakime ait olacağı da kabul edilmektedir. Diğer değerler olarak verilen örneklerde hak sahibinin özel önem atfettiği eşyalar ve hayvan üzerindeki haklar karşımıza çıkmaktadır. Bkz. KESKİN: s.170.

de korunmasını içerecek şekilde yorumlanırsa⁹⁴, soybağının reddi davasına sebep olmak, duygusal alanın ihlali olarak ilk sırada yer almalıdır. Nitekim, evlilikte aldatılma açısından duygusal kişiliğin ihlali görüşünü savunan ÇETİNER, evlilik birliğini kişilik değeri olarak kabul etmediğini, evlilik birliğinin ihlalinin neden olduğu “eşin duygusal alanında doğrudan ve kalıcı zedelenmenin” ihlal niteliği taşıdığını ifade etmiştir. “Duygusal alandaki zedelenmeler”, kişilik hakkı ihlali olarak kabul edildiği takdirde, soybağının reddi davasının, koca (ve hatta çocuk) için de aynı etkiyi taşıyacağı kuşkusuzdur. Bu yaklaşım, bir bakıma aldatılan eşin, aldatılma nedeniyle duygusal kişiliğinin ve dolayısıyla da kişilik hakkının ihlal edildiğini savunan görüşün bakış açısının⁹⁵, soybağını reddeden kocanın biyolojik babadan manevi tazminat talebine yansıtılmasıdır. Nitekim aynı bakış açısının, çocuk açısından da, soybağı reddi davasında davacı ya da davalı tarafta yer alması fark etmeksizin manevi tazminat talebinde bulunmaya imkân tanıyacağı kanaatindeyiz. Gerçi bu noktada, Yargıtay İBKG 6.7.2018 t., E.2017/5, K.2018/7 kararında “Bir kişiye sırf evlilik bağı ile bağlı olmanın, evli kişilerin şahıs varlıklarına dâhil bağımsız bir kişilik değeri yarattığını kabul etmek ise, sınırlı sayıdaki bazı değerleri korumayı amaçlayan temel koruma normlarının, kişilik hakları üzerinden genişlemesi sonucunu doğurur. Gerçekten de, evlilik statüsünü, mutlak bazı haklara da dayanak hâle getirmek; aile hukuku açısından sadakat yükümlülüğünün nisbiliğini, haksız fiil hukuku açısından ise “eşi tarafından sadakatsizliğe uğratılmama (!)” gibi bir temel koruma normunun bulunmayışını, kişilik hakları üzerinden dolanmak demektir.” Gerekçesi göz önüne alındığında, Yargıtay’ın kişilik hakkını korumak yönünden, nisbi aile ilişkilerinin ihlallerine kapalı bir bakış açısı olduğu görülmektedir. Buna rağmen, bu yorumun, tamamen nisbi bir yükümlülük olan sadakat yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olduğu, mutlak hak niteliği kabul edilebilen velayet hakkı ile diğer hak, yükümlülüklerin kaynağı olan soybağı ilişkisinin farklı bir bakış açısı ile değerlendirilmesine

94 Evlilik birliğinde taraflar arasındaki ilişkinin duygusal boyutunun dikkate alınması gerektiği, bu nedenle aldatılma fiiline katılan üçüncü kişinin de, aldatılan eşin duygusal alanında doğrudan ve kalıcı biçimde bir zedelenmeye yol açması nedeniyle, aldatılan eşin kişilik hakkını ihlal etmiş sayılacağı yönünde bkz. ÇETİNER: (Manevi Tazminat), s.524 vd. ÇETİNER, benzer bir bakış açısını, Kanun Koyucunun, TBK m.56 hükmünde ağır bedensel zarar veya ölüm halinde mağdurun yakınlarına manevi tazminat hakkı tanımak suretiyle sergilediğini öne sürmektedir. Buna göre, zarar görenle yoğun ve özel duygusal ilişki içinde olan kişi, zarar verici davranış nedeniyle duygusal kişiliğinin ihlali olarak manevi tazminat talebinde bulunabilmektedir. Bkz. ÇETİNER: (Manevi Tazminat), s.525.

95 ÇETİNER: (Manevi Tazminat), s.524 vd.

engel teşkil etmediği kanaatindeyiz.

Koca ile çocuk arasında red davasına konu olan soybağının bir kişilik değeri olarak korunması halinde, bazı noktaların üstünde durulmasında da fayda vardır.

Buna göre, reddedilen soybağının, kişilik hakkı ihlaline konu bir kişilik hakkı değeri olarak kabul edilebilmesi için, kocanın çocuğun kendisinden olmadığını öğrenene kadar geçen sürede, çocuğu benimsemiş olması ve ona karşı ailevi yükümlülüklerini yerine getirmesi aranmalıdır⁹⁶.

Bu durumda dahi, hayat akışında karşılaşılması mümkün bazı ihtimallerin üzerinde durulması gerekir. Manevi tazminata konu bir ihlalden söz edebilmek için, koca ile evliliğin mevcut olduğu sırada kadın eş ile bilerek yaşanan cinsel ilişkiden yani dölleme faaliyetinden söz edebilmek gerekir. Çünkü, babalık karinesi evlenme anında itibaren başlamaktadır. Bu nedenle evlenme kurulduğu andan itibaren bir saat sonra bile bir çocuk dünyaya gelse, bu çocuk evlilik içinde doğmuş bir çocuk olarak kabul edilir. Ancak çocuk ana rahmine düştüğü sırada, henüz mevcut bir evlilik yoktur. Bu husus, sadece koca soybağını reddetmek istediğinde, babalık karinesini çürütmesi için kolaylık sağlar. Kanun koyucunun babalık karinesini düzenlerken evlenmeden önce ana rahmine düşmüş, ancak evlilik içinde doğmuş çocukları da soybağı ile kocaya bağlamak istemesinin altında çiftlerin nişanlılık döneminde de cinsel yakınlaşma yaşama ihtimalini yüksek görmesi yatar. Ancak bu ihtimalde, çocuğun biyolojik babasından manevi tazminat talebini haklı gösterecek bir evlilik ilişkisi de yoktur. Kaldı ki kocanın nişanlısının başka bir erkekten çocuk sahibi olduğunu bilerek dahi evlenmesi, az bir ihtimal gibi görünse de ihtimal dahilindedir. Koca, çocuğun kendisinden olmadığını bilerek evlenmiş ve çocuğu benimsemişse, zaten soybağının reddi davası gündeme gelmeyecektir⁹⁷. Soybağının reddi talebinde bulunmaya hakkı olan koca, durumu bilmeden evlenen ve çocuğun kendisinden olmadığını sonradan öğrenen kocadır. Bu durumda kocanın soybağının reddi davası açması ve davanın soybağının reddi kararı ile sonuçlanması halinde, biyolojik babaya manevi tazminat talebi yöneltilmesi haklı görülemez. Biyolojik

96 Nitekim, evlilik birliğinin duygusal bir kişilik değeri olarak korunması ve evlilik birliğine zarar verici davranışın kişilik hakkı ihlali olarak kabul edilebilmesi için de sağlıklı bir evlilik aranmıştır. Bkz. ÇETİNER, (Manevi Tazminat), s.526.

97 SEROZAN: (Çocuk), s.195, N.48. SEROZAN, hamile bir kadınla çocuğun başka bir erkekten olduğunu bile bile evlenmenin de soybağının ret hakkını etkisizleştirecek bir çelişkili davranış olduğunu ifade etmektedir.

babanın sorumluluğunun sebebi, anne ile evli olduğunu bilerek kurduğu ilişki ile kocanın babalık karinesinin doğmasına, doğan çocuğa soybağı ile bağlanmasına neden olmasıdır⁹⁸. Evlilik öncesi kurulan ilişkide biyolojik babanın, beraber olduğu kadının evlenmesi ihtimalini göz önüne alması kendisinden beklenemez.

Babalık karinelerinin çatıştığı hallerde de ikinci evlilikteki koca soybağının reddi davası açarak babalık karinesini çürüttüğü takdirde, ilk evlilikteki koca karine gereği baba sayılacaktır. Bu durumda ikinci evlilikteki kocanın, varsa çocuk için yaptığı masrafları ilk evlilikteki kocadan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istemesi yerinde olur. Ancak, ilk evlilikteki kocanın, ikinci evlilikteki kocaya manevi tazminat ödemekle yükümlü hale geleceğini kabul ettiğimiz bir kişilik hakkı ihlali, yine mümkün görülmemektedir. Babalık karinelerinin çakışması haline özgü olarak karinesi canlanan ilk kocanın da, ikinci kocanın kişilik hakkının ihlaline yönelik kusurundan söz etmek yine mümkün olmaz.

Sonuç

Sonuç olarak, biyolojik babanın çocuğu ile soybağı kurabilmesi, ancak babalık karinesi gereğince koca ile çocuk arasında kurulmuş olan soybağının, soybağının reddi davası ile birlikte kaldırılmasına bağlıdır. Biyolojik baba ile çocuk arasında soybağı kurulduğu takdirde, kocanın çocuk için yapmış olduğu masrafları (gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri dahi uygulansa) sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ödeme yükümlülüğü doğar. Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu talebi maddi tazminat olarak nitelendirmişse de, çalışmamızda incelediğimiz üzere, masraf talebine sebepsiz zenginleşme hükümlerini uygulamak daha yerinde bir tercihtir. Bu tercih, maddi tazminat talebinde öne sürülebilecek hukuka aykırılık tartışmalarından uzak olduğu gibi, her iki sorumluluk kaynağının diğer tüm unsurlarına göre değerlendirilme yapıldığında da, daha uygun düşmektedir.

Biyolojik babadan manevi tazminat talebi ise, aldatma nedeniyle sevgiliden tazminat taleplerine ilişkin öne sürülen hukuka aykırılık tartışmasından etkilenmeye açıktır. Kişilik hakkı kapsamında, duygusal kişilik değerinin korunmasına olumlu bakılırsa ve kişinin duygusal alanında doğrudan, kalıcı

98 Nitekim Federal Mahkeme de BGE 109 II 4 no.lu kararında da biyolojik babanın bu ilişkisinden çocuk doğması ihtimalini göz önünde bulundurabileceğini belirtirken bu öngörüğü kusur saymıştır ve sorumluluk için kusurun (her türlü kusurdan bahsederek ihmale dahi işaret etmiştir) yeterli olacağını belirtmiştir. Bkz. BGE 109 II 4, E.4.

ve ağır zarar verilmesi kişilik hakkı ihlali olarak kabul edilirse, soybağının reddinin de koca ve çocuk yönünden bu şekilde değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda soybağının reddi davasının açılmasına neden olan biyolojik babanın, kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminat ile sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Bu yaklaşım kabul edildiğinde dahi, biyolojik babanın fiilinin kişilik hakkı ihlali kabul edilmesi ile birlikte, masrafların iadesi talebine ilişkin olarak maddi tazminat kapısını açar gibi görünse de, kanaatimizce, hukuka aykırılık unsuru dışında diğer unsurlara göre de değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle, masrafların iadesi için hukuki açıdan en uygun tercih, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması olacaktır.

Kaynakça

[1] AÇIKGÖZ, Aslı: Bilerek Evli Kişiyle Birlikte Olan Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat İstenemeyeceği Hakkındaki Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, *Bahçeşehir ÜHFD*, Mart-Nisan 2019, C.14, S.175-176: 357-385.

[2] AKÇAAL, Mehmet: Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuklar İçin Koca Tarafından Yapılan Giderlerin Biyolojik Babadan Talebinin Hukuki Dayanağı, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.14, Aralık 2019: 433-457.

[3] AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İkinci Cilt, İstanbul 2020.

[4] ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1,2, Ankara 2019. (Borçlar)

[5] ANTALYA, O. Gökhan: *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Türk Hukukunda Manevi Tazminatın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Teorisi*, İstanbul 2017. (Manevi Tazminat)

[6] ANTALYA, O. Gökhan / TOPUZ, Murat: *Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk* (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri), C.1, Ankara 2019.

[7] ARAS, Bahattin: Sadakat Yükümlülüğünün İhlali Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, S.116, Nisan 2016.

[8] BADUR, Emel / TURAN BAŞARA, Gamze: Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, *Ankara ÜHFD* 65 (1) 2016: 101-136.

[9] BAYGIN, Cem: Kan Bağına Dayanan Soybağı, *AÜEHFD*. C.VI, S.1-4, 2002. (Kan Bağı)

[10] BAYGIN, Cem: *Soybağı Hukuku*, İstanbul 2010. (Soybağı)

[11] BAYSAL, Başak: *Haksız Fiil Hukuku* BK m.49-76, İstanbul 2019.

[12] BİLGİN, Mahmut: Aldatılan Eşin ve Birlikte Yaşayan Nikahsız Eşin Manevi Tazminat Davası, *İKÜHFD*, 16 (2) 2017: 417-446.

[13] CEYLAN, Ebru: Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017: 349-375.

[14] ÇETİNER, Bilgehan: Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?, *İKÜHFD*, C.15, S.1-2, Temmuz – Ağustos 2016: 513-528. (Manevi Tazminat)

[15] ÇETİNER, Selma: Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı- 2017: 25-46. (Velayet)

[16] DEDE, İsmail: Türk Boşanma Hukukunda Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır, *MÜHF – HAD* C.23, S.3, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan: 643-664.

[17] DEMİRBAŞ, Feride: Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y.2018, S.3: 3-36.

[18] DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan: Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiyeye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru, *Ankara Ü.H.F.D.*, 65 (3), 2016: 687-721.

[19] DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: *Türk Özel Hukuku* Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.

[20] DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper: *Türk Özel Hukuku* Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2020.

- [21] DURAL, Mustafa / SARI, Suat: *Türk Özel Hukuku* Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2019.
- [22] ERDEM, Mehmet: *Aile Hukuku*, Ankara 2019.
- [23] EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019.
- [24] FRANKO, Nisim: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973.
- [25] GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki “Diğer İlgililerin (Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)) Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m.291/I, III)*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013. (Soybağı)
- [26] GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008. (Evlilik)
- [27] HATEMİ, Hüseyin: *Aile Hukuku*, İstanbul 2020.
- [28] HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2017.
- [29] HELVACI, Serap: *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2017.
- [30] INDERKUM, Matthias: *Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung*, AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 2008.
- [31] KAPANCI, Kadir Berk: *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini* (TBK 49 II), İstanbul 2016.
- [32] KAYIŞ, Ferhat: “Karar İncelemesi” Ahlaka Aykırı Bir Fiil ile Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat ve Hukuka Aykırılık Unsuru, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.6, S.53, Ocak 2011: 15-26.
- [33] KESKİN, Dilşad: *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Ankara 2016.
- [34] KESSLER, Martin A. / HONSELL, Heinrich / BERNHARD, Isenring: *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2013.
- [35] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, Ankara 2019. (Aile)
- [36] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara

2011. (Borçlar)

[37] KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: Kişilik Hakkının İhlali Halinde Manevi Tazminat, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, Sayı 115, Mart 2016: 39-55.

[38] KURT, L. Müjde: Aldatılan Eşin Eşinin İlişki Kurduğu Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Meselesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67 (4) 2018: 857-890.

[39] KURTULAN, Gökçe: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, *MÜHFHAD*, C.23, S.1: 465-504.

[40] NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2020.

[41] OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk Giriş*, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2020.

[42] OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt:2, İstanbul 2020.

[43] OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2020.

[44] ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemal: *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)* İstanbul 2019.

[45] ÖZMEN, Etem Saba / VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/ Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, *MÜHFHAD*, C.22, S.3, 2016: 2361-2376.

[46] ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, Ankara 2015.

[47] RUSCH, Arnold F.: *Brennpunkt Familienrecht*, 2017.

[48] SAĞLAM, İpek: *Turkish Family Law (Engagement, Marriage, Divorce and the Consequences of Divorce)*, İstanbul 2019.

[49] SEROZAN, Rona: *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2017. (Çocuk)

[50] SEROZAN, Rona: Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi? İKÜHFD S.1-2, Ocak-Şubat 2016: 451-458. (Sadakat)

[51] SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*,

İstanbul 2017. (Medeni)

[52] SONAT, K. Ali: Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri, *MÜHF – HAD*, C.19, S.3: (323-377)

[53] STEHLE, Bernhard: Versorgungsschaden, AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 2010.

[54] TURAN BAŞARA, Gamze: *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi*, Ankara 2018.

[55] USTA, Sevgi: Bir Boşanma Sebebi Olarak Zinada Üçüncü Kişi Üzerine, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8-9 Kasım 2018: 291-316. (Üçüncü Kişi)

[56] USTA, Sevgi: *Velayet Hukuku*, İstanbul 2016. (Velayet)

[57] YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014.

Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip Zaptı Ve İlk Duruşma

Arş. Gör. Burak TAŞ¹

Öz

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinden teşekkül eden muhakemede esas amaç adli yolla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşmanın yegâne yolu da yargılamayı bir düzene sokmak, yargılamayı bir plan dahilinde gerçekleştirmektir. Kovuşturma evresinde yer alan duruşma hazırlığı devresi de tam bu noktaya işaret etmektedir. Duruşma hazırlığı devresi sayesinde yargılamanın omurgası oluşturulur. Bu devre ile maddi gerçeğe ulaşmak için yapılması gereken şekli işlemler ile yargılama makul sürede tamamlanmış olmaktadır.

İddianamenin kabulü ile duruşma hazırlığı devresine adım atılmış olur. Bu aşamada uygulamada tensip zaptı denilen ara kararlar yargılamaya yönelik şekli işlemler gerçekleştirilmektedir. Tensip işlemleri tamamlandıktan sonra karşımıza ilk duruşma çıkmaktadır. İlk duruşma ise duruşma devresinde gerçekleşen ilk oturumdur. Bu oturumda gerçekleştirilen birçok şekli işlem bulunmaktadır.

Çalışmada önce duruşma hazırlığı devresi ve önemi incelenmiş ardından iddianamenin kabulü ve bu işleme karşı doktrindeki görüşler eleştirel şekilde tahlil edilmiştir. Ardından tensip zaptı ve muhteviyatı incelenmiş ve en son ilk duruşmada hangi işlemlerin yapıldığı CMK sistematüğinde ayrıntılı olarak incelenmiştir. İlâveten uygulamadaki sorunlara yeri geldikçe değinilmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma Hazırlığı Devresi, İddianamenin Kabulü, Tensip Zaptı, İlk Duruşma*

¹ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, burak.tas@asbu.edu.tr , ORCID: 0000-0001-6481-1580
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.06.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 11.09.2020
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2006

Admission of Indictment, Preliminary Proceedings Report and First Hearing in Criminal Procedure Law

Abstract

The main purpose of the judgment consisting of the investigation and prosecution phases is to reach the material fact by judicial means. The only way to reach material fact is to bring the trial into order, to carry out the trial within a plan. The trial preparation circuit in the prosecution phase also points to this point. The backbone of the trial is created thanks to the trial preparation circuit. With this circuit, the procedures to be carried out in order to reach the material fact have been completed within a reasonable time.

With the admission of the indictment, a step towards the preparation of the hearing is taken. At this stage, in the practice, judicial proceedings are carried out with an interim decision called the preliminary proceedings report. After the trial procedures are completed, the first hearing appears. The first hearing is the first session in the hearing circuit. There are many forms of transactions performed in this session.

In the study, the trial preparation period and its importance were first examined, then the admission of the indictment and the opinions in the doctrine against this process were critically analyzed. Subsequently, the preliminary proceedings report and its content were examined, and at the end, which procedures were performed at the first hearing, was examined in detail with the CMK systematic. In addition, the problems in practice were addressed in places and suggested solutions.

Keywords: *Criminal Procedure Law, Preliminary Proceedings, Admission of Indictment, Preliminary Proceedings Report, First Hearing*

Giriş

Ceza muhakemesi, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki ana evreden oluşmaktadır. Kovuşturma evresi de dört devreden meydana gelmektedir. Bunlar: duruşma hazırlığı, duruşma, hüküm ve kanun yolu olarak sıralanabilir.² Tensip Tutanağı da bu devrelerden, duruşma hazırlığı devresinde yer almaktadır. Duruşma hazırlığı devresi sayesinde yargılamada adli yolla maddi gerçeğe

² Nevzat Toroslu; *Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Ekim 2017, s.282.*

ulaşma amacı daha somut bir şekilde gerçekleşecek ve suç isnadı ile karşı karşıya kalan sanık savunması için zaman kazanacaktır. Ayrıca muhakeme bir sistem dahilinde ilerleyecektir.

İlk duruşmaya gelmeden önce bu süreçte geçirilecek aşamalar tek tek incelenmiştir. İnceleme; duruşma hazırlığı devresi ve bu devrenin önemi, iddianamenin kabul edilmesi, tensip tutanağının düzenlenmesi ve en son aşamada ilk duruşma olarak adlandırılabilir süreçten ibarettir. Duruşma hazırlığı devresi incelendikten sonra tensip tutanağında ve ilk duruşmada yapılması gereken işlemler ile bu aşamada yapılan işlemlerin kapsamı ayrıntılı olarak anlatılmış ve bunların ceza muhakemesinde hizmet ettiği ilkeler üzerinden inceleme gerçekleştirilmiştir. Bu süreçler, doktrinde yer alan görüşlere yer verilerek incelenmiş ve uygulamada karşılaşılan sorunlar tespit edilerek çözüm önerileri getirilmiştir.

I. Duruşma Hazırlığı Devresi

Duruşma hazırlığı devresi, iddianamenin kabulünden veya dava açan belgenin mahkemeye verilmesinden duruşmanın başlamasına kadar geçen süreci ifade etmektedir.³

Duruşma hazırlığı devresi temel olarak duruşmaya hizmet eder. Duruşma hazırlığı devresinde mahkeme, kovuşturma sürecinin ana hatlarını belirler ve bu süreci en etkin nasıl yöneteceğini belirler.⁴ Mahkeme aynı zamanda yargılamanın en etkili, en hızlı ve en az masrafla sona erdirilmesi için gerekenleri yapmak; yani usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmek için bu devreye ihtiyaç duymaktadır. Örneğin eğer bir hâkimin davayı görmemesini kanun gerektiriyorsa duruşma başlamadan hâkimin davadan el çekmesi, hem usul ekonomisi açısından hem de duruşmaların yoğunluğu ilkesi açısından gereklidir. Duruşmanın yoğunluğu ilkesi (CMK m. 190) açısından hâkim delillere doğrudan ulaşmalı ve onlarla münasebeti kesintiye uğramadan en kısa zamanda davayı sonlandırabilmesi için duruşma hazırlığı devresinin oldukça verimli geçirilmesi çok önemlidir.

Bir yargılama kapsamında deliller, hukuka aykırı veya bir arama emrinin kapsamı dışında elde edilmiş olabilir⁵. Duruşma hazırlığı devresinin varlığı,

³ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.282.

⁴ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.282.

⁵ FindLaw's Team, Pre-Trial Motions, <https://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/pre-trial-motions.html>, Erişim Tarihi: 20.03.2020.

aynı zamanda hukuka aykırı elde edilen deliller ile hukuka aykırı delillerin davada dikkate alınmasının önüne geçilmesine yardımcı olabilir. Duruşma başlamadan ve deliller değerlendirilmeye başlamadan önce hukuka aykırı deliller yüzünden hâkimde bir ön yargı oluşmaması açısından bu devrede bu delillerin mahiyetinin ortaya konulması, masumiyet karinesinin gereği olarak da önem arz etmektedir. Örneğin hukuka aykırı olarak arama yapan kolluk kuvvetlerinin bu arama işlemi sonucu elde ettikleri delillerin hukuka aykırılığı bu devrede anlaşılacaktır.⁶

Duruşma hazırlığı devresinde özellik arz eden bir başka durum da suçun hukuki niteliğinin değişmesidir. CMK madde 6'ya göre duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez. Ancak bu maddenin zıt kanıt yolu ile yapılacak yorumu sonucu; duruşma hazırlığı devresinde suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle dava dosyası alt dereceli mahkemeye gönderilebilecektir.⁷ Bu aşamada mahkeme, madde itibarıyla yetkisine girmeyen bir suçu yargılamak istemiyorsa duruşma hazırlığı devresini çok iyi değerlendirmelidir.

Duruşma hazırlığı devresinde yapılacak işlemler belli bir sıraya tabidir⁸. Bu işlemler tensip tutanağında yer alması gereken işlemdir. Öncelikle CMK madde 175/2 gereği duruşma günü belirlenmelidir. Tutuklu işler CMK madde 331/2 gereği adli tatilde de görülecek acele işlerden olduğundan duruşma günü belirlenirken hâkimin bu hususa dikkat etmesi gerekmektedir⁹. Duruşma için gereken çağrılar ve tebliğler yapılmalıdır. Ardından tanık dinlenmesi veya bilirkişiye başvurulması için gerekli işlemler yapılacaktır.(CMK m. 180). Devamında da mahkemece zorunlu müdafî atanması, keşif işlemi, müdafî atanması talepleri, katılma talepleri gibi işlemler yapılacaktır.(CMK madde 150, 83, 237)

II. İddianamenin Kabul Edilmesi

Soruşturma evresinin sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda

⁶ *Offices of the United States Attorneys, Justice 101 Pre Trial Motions*, <https://www.justice.gov/usao/justice-101/pretrial-motions>, Erişim Tarihi: 20.03.2020.

⁷ *Ahu Karakurt, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi*, <http://dergipark.org.tr/en/download/article-file/213912>, Erişim Tarihi: 17.04.2020, s.87

⁸ *T.C. Adalet Bakanlığı, Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi – Caza Muhakemesi Hukuku Ders Notu*, s.46. <http://www.edb.adalet.gov.tr/e-book/7-CEZAMUHAKEMES%C4%B0HUKUKU.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2020

⁹ *Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.283.*

yeterli şüphe oluşturuyorsa, somut olayda fiilin suç oluşturduğu ve suçlananın da bu fiilin faili olduğu konusunda Cumhuriyet savcısı mevcut deliller dairesinde yeterli şüpheye ulaşmışsa yani şüphelinin soruşturulan suçunun kovuşturması yapılması durumunda mahkumiyetinin, beraatine oranla daha büyük bir ihtimal olacağına inanırsa¹⁰ bu durumda yer yönünden ve madde yönünden yetkili mahkemeye hitaben bir iddianame düzenler (CMK 170/2)¹¹. Ancak savcı yeterli şüpheye ulaşmazsa kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verir.

Cumhuriyet savcısının kamu davasını iddianame düzenleyerek açma yetkisine ilişkin kurallar ve ilkeler CMK madde 170’te¹² belirtilmiştir.

10 Fatih Birttek, Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri Ve Fiili Takdir Yetkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, Sa. 2, Yıl 2013, s. 954, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48280/623183> Erişim Tarihi: 9.09.2020.

11 Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.278.

12 CMK Madde 170 - (3) Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede;

a) Şüphelinin kimliği,

b) Müdafii,

c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,

d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi,

e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,

f) Şikâyette bulunan kişinin kimliği,

g) Şikâyetin yapıldığı tarih,

h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,

i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,

j) Suçun delilleri,

k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, Gösterilir.

(4) İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır. (5) İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.

(6) İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir. İddianamenin yazılı olma özelliği ve CMK madde 169/2 gereği soruşturmanın her işleminin tutanağa bağlanması zorunluluğu dikkate alındığında iddianamede savcının imzasının bulunması şarttır. Ancak bu şart kanunda düzenlenmemekle beraber Yargıtay uygulamalarında iddianamede imza zorunlu unsur olarak kabul edilmelidir: “Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 14.2.1984 gün ve 7290 – 841 sayılı kararında “kamu davasının açılmasına esas olan iddianamenin Cumhuriyet savcısı tarafından imzalanmadığı, bu nedenle usulen açılmış bir kamu davası bulunmadığı düşünülmeden duruşmaya devamlı yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” şeklindeki kararı ve Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 29.11.1984 gün ve 6888 – 8428 sayılı kararında da aynı düşüncelerle “Cumhuriyet savcısı tarafından imzalanmayan iddianame ile yetinilerek duruşma yapılp hüküm kurulamaz” şeklindeki kararları da bu hususa temas etmektedir.” Murat Aydın, İddianamenin Unsurları ve İadesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. X, Sa.1,2 Yıl 2006, s. 379-380, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789834> Erişim Tarihi: 09.09.2020.

İddianamenin kabulü kurumu, CMK madde 175'te "Kovuşturma" başlığı altında düzenlenmiştir.¹³ Söz konusu maddeye göre iddianamenin kabulü ile kamu davası açılır ve kovuşturma evresine geçilir. İddianame iki şekilde kabul edilir. Hâkim, iddianameyi okur ve CMK madde 174'e bakarak eksiklik görmezse veya CMK madde 174/4 dahilinde daha önceden iade ettiği iddianamede başta belirtilen eksiklikler tamamlanmışsa iddianameyi kabul eder ya da CMK madde 174/3 gereği on beş gün içinde iddianameyi kabul etme kararı vermezse iddianame kabul edilmiş sayılır ve kovuşturma başlar. Ancak uygulamada; madde yönünden yetkisiz mahkemeye sunularak kabul edilmiş iddianamenin CMK madde 7¹⁴ uyarınca iade edilmiş sayılacağına yönelik yanlış bir tutum söz konusudur. Halbuki iddianame kabul edilmekle birlikte artık kovuşturma evresine geçilmiştir. Bu aşamada madde bakımından yetkisiz mahkeme bu kabul kararını verse dahi; kovuşturma evresinden soruşturma evresine geri dönülemeyeceğinden iddianamenin kabulü kararı geçerliliğini koruyacaktır.¹⁵ Mahkeme madde bakımından yetkisizlik kararı verip dosyayı yetkili mahkemesine gönderecektir.

Yukarıda anlatıldığı üzere Cumhuriyet savcısı kamu davasını açamamakta, sadece kamu davasının açılmasını sağlamak için usulüne uygun olarak düzenlediği iddianameyi yer yönünden ve madde yönünden yetkili mahkemeye göndermektedir. Kamu davası mahkemenin iddianameyi kabul etme şeklinde verdiği bir ara karar ile açılmış bulunmaktadır. Doktrinde kamu davasını açan ve iddianameyi kabul eden makamın mahkeme olması ile itham etme ve yargılama görevinin aynı kişide toplanmasının sakınca yarattığına yönelik görüşler bulunmaktadır.¹⁶ Mevcut ceza muhakemesi sistemimiz tahkik ve itham sisteminin olumlu yönlerinin birleşiminden meydana gelen iş birliği sistemine dayanmaktadır.¹⁷ İddianameyi kabul eden ve yargılamayı yürüten makamın aynı oluşu görünüşte iş birliği sistemine aykırı görülmekte hatta tahkik sistemini andırmaktadır. Hatta mahkeme iddianameyi kabul etmekle

¹³ M. Sezgin Tanrikulu, *Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü – İadesi – Tebliği*, s.84, *TBB Dergisi*, Sayı 64, 2006, <https://docplayer.biz.tr/293033-Adil-yargilanma-hakki-ve-iddianamenin-kabulu-iadesi-tebliği.html>, Erişim Tarihi: 2.4.2020.

¹⁴ CMK 7 – "Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür."

¹⁵ *Cumhur Şahin; Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 235.*

¹⁶ *Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.279*

¹⁷ *Serhat Sinan Kocaoğlu, Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî, Ankara Barosu Dergisi, C. 3, S. 68, Yıl 2010, s.131* <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-3/2010-3-mudafi.pdf>, Erişim Tarihi: 14.4.2020.

birlikte ihsas-ı reyde bulunmuş gibi bir sonuca da varılabilmektedir. Ancak özünde iddianameyi hazırlayan başka bir makam bunu kabul eden de başka bir makam olmakla beraber mahkeme iddianameyi kabul etmekle birlikte iddianamenin içeriğini kesinkes kabul etmiş değildir. Mahkemenin kabul ettiği; iddianamede olayın akış şeklinin anlatılışının, delillerin olayla irtibatlandırılışının, olaya uygulanması gereken sevk maddelerinin, CMK madde 170'e uygun olarak hazırlandığının ve artık bu aşamadan itibaren soruşturma evresinin kapatılıp kovuşturma evresine geçilebileceğidir. Kaldı ki böylesine bir uygulama çelişme ilkesine de hizmet etmektedir. Mahkeme burada iddianamenin yani tezin tartışmaya değer olup olmadığına karar vermektedir. Ancak, hâkimler bu farkı kavramaktan yoksun ise bu durumda adil yargılanma hakkı elbette fiiliyatta ihlal edilebilecektir; fakat hukuken ihlal oluşturacak sistematik bir problem bulunmamaktadır. Fiiliyatta yaşanabilecek ve ihsas-ı reye vücut verebilecek olumsuz durumlara karşı bir çözüm önerisi olarak; iddianameyi kabul etme işleminin, esas hakkında yargılamayı yapacak mahkeme yerine numara olarak kendisini izleyen aynı derecedeki mahkemece yapılabilmesine yönelik kanun değişikliğine gidilebilir. Ancak çelişme ilkesinin doğal gereği olarak iddianameyi kabul etme görevinin, yargılamayı gerçekleştirecek olan mahkemeye ait olması gerekmektedir. Burada sorun; kanunun iddianamenin kabulüne ilişkin sistematığında değil, uygulamada var olan ön yargı, bilimsel ve objektif olamama, etik bilgi eksikliği gibi şahısların kendilerindeki arzılardadır.

Çeşitli kanunlarda yer alan düzenlemeler gereği bazı durumlarda iddianame olmadan da kamu davasının açıldığı görülebilmektedir ve dava açılması için kurumlarca düzenlenen bu belge iddianame yerine geçebilmektedir.¹⁸ İddianame yerine dava açan belgenin ya da iddianame yerine geçen belgenin¹⁹ mahkemeye verilmesi ile de kamu davası açılabilir. Dava açan belgeler karşımıza YÖK Soruşturma Kurulunun tutanağı, AYM'nin Yüce Divan sıfatı ile yapacağı yargılamalarda ve mevzuatımızda daha pek çok yerde karşımıza çıkmaktadır. İddianame yerine geçen belgenin de mahkemesine verilmesi ile beraber artık soruşturma evresi tamamlanacak ve kovuşturma evresine geçilecektir. Ancak unutulmaması gereken nokta,

¹⁸ Özkan Gültekin, *Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılamada İddianamenin İadesi ve Yargılama Yolu*, para.4., <https://jurix.com.tr/article/918>, Erişim Tarihi: 2.4.2020.

¹⁹ Ersan Şen; Bilgehan Özdemir; *Yüce Divan Yargılaması*, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2012, s.190, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/ankara-barosu-dergisi/ankara-barosu-dergisi2012-1.html> Erişim Tarihi: 14.04.2020.

iddianame yerine geçen belgelerin de kendilerine uygun olduğu oranda iddianamede bulunması gereken unsurları²⁰ (CMK madde 170'te sayılan şartları) haiz olması gerekliliğidir.²¹

CMK, iddianamenin kabul edilebilmesi için madde 170'te belli başlı birçok şart koşturmuştur. Bu şartlardan birisi de olayla ilgili mevcut bütün delillerin olayla irtibatlandırılarak iddianameye eklenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. TANRIKULU'na göre iddianamenin kabulü kararı veren mahkeme, savunma olmaksızın esasa ilişkin bir karar vermektedir ve ilaveten sübut bakımından mevcut bütün delillerin toplanmış olmasının anlamı ispat için kovuşturma evresinde yeni bir işleme gerek duyulmamasıdır. Yine TANRIKULU'na göre iddianamenin kabul kararı ile birlikte esas ile ilgili karar da önemli ölçüde verilmiş olacak ve ortaya çıkan sonuç, savunma hakkı bakımından dezavantajlı olacaktır. Ayrıca hâkimin tarafsızlığından şüphe duymak için de yeterli bir neden olarak ileri sürülebilecektir.²² Kanımızca iddianamenin kabulü, kovuşturmayı etkileyecek şekilde sübûta yönelik kesin kabulleri teskin edecek bir kurum değildir. İddianamede, yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır (CMK madde 170/4). Böylece kamu adına iddiada bulunma yetkisine sahip olan savcılık makamı, gerçekleşen vakıaları somutlaştırılacak şekilde mevcut delillerle irtibatlandırarak bir tezde bulunacaktır. Bu tezi oluştururken şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri de dikkate alacaktır (CMK 170/5). Ancak sübûta yönelik bir belirlemede bulunamayacaktır. Bunun yanında savunma makamını teşkil eden sanık ve müdafî de bu teze karşı bir antitez oluşturacaktır. Bu karşı fikirlerin çatışma ortamı olan duruşmada hâkim tüm elde edilen verileri sentezleyerek bir sonuca yani hükme varacaktır.²³ Çelişme denilen bu yöntemin aşamaların başlangıcı savcının iddianamesi ile başlamaktadır. Bu yüzden en dikkat edilmesi gereken aşama bu olmalıdır. İddianamenin kabul edilmesi aşaması ne kadar titizlikle sonuçlandırılırsa, hem sanık için hem de kamu için en doğru yola varma yani maddi gerçeğe ulaşma amacı en doğru şekilde elde edilecektir. Ayrıca iddianame kabul edilince delil ikamesi işlemleri son bulmuş da olmayacaktır. CMK madde 207'ye göre delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç

²⁰ Aydın, a.g.m., s. 381.

²¹ Özkan Gültekin, a.g.e, para.6.

²² M.Sezgin TANRIKULU, a.g.m., s.84.

²³ Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 70.

bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez. Bu açıdan değerlendirildiğinde iddianamenin kabulü kurumu adil yargılanma hakkı ile çelişmemekte aksine bu hakka hizmet etmektedir.

III. Tensip Tutanağı (Zaptı)

“İddianamenin kabulü kararı ve tensip ayrı işlemler ise de uygulamada, iddianamenin kabulü kararı ile duruşma gününün belirlendiği tensip tutanağı bir arada düzenlenmekte ve her iki işlem tensip zaptı başlıklı bir tutanağa yazılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir; tutanak başlığında mahkemenin adına yer verildikten sonra tensip zaptı alt başlığı yazılmakta ve bunun altında dosya numarası, hâkim, zabıt kâtibi, davacı, şikâyetçi, şüpheli ve müdafii ile suç tarihinin yer aldığı alt başlıklara yer verilmektedir.”²⁴ Uygulamada iddianamenin kabulü ile başlayan bu süreç “iddianamenin değerlendirilmesi sonrası açılış” olarak belirtilmektedir.

Tensip tutanağı, kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı devresinde hazırlanan ve kovuşturmaya yön veren bir ara karardır.²⁵ Tensip tutanağı mahkeme tarafından hazırlanır. Ara karar niteliğindeki bu tutanak mahkeme kararı niteliğindedir.²⁶ CMK m. 267 gereği kanunda itiraza cevaz verilen hallerde itiraz kanun yoluna başvurulabileceğinden ve tensip tutanağına karşı da kanunda itiraz kanun yolu öngörülmediğinden dolayı tensip kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulamaz. Kanunun bu düzenlemesi de hali hazırda usul ekonomisi ve duruşmanın yoğunluğu gibi birçok muhakeme hukuku ilkesine hizmet ettiğinden adil yargılanma hakkına aykırı görülmemelidir.

Tensip tutanağının bir ara karar olmasından hareketle değerlendirilmesi gereken başka bir husus da tensip kararının gerekçeyi içermemesinin adil yargılanma hakkına etkisidir. Bilindiği üzere adil yargılanma hakkının üç temel unsurundan birisi gerekçe hakkıdır. 2709 sayılı 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasına göre “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” Ara karar nitelendirmesi de “her türlü kararlar” kategorisine girmektedir. Ancak tensip kararı doğası gereği gerekçe içermemektedir. Çünkü tensip

²⁴ Fahrettin Demirağ, *Örneklerle Ceza Muhakemesi İşlemleri ve Adli Yazışmalar*, Seçkin Yayınları, Ekim 2018, Ankara, s.343.

²⁵ Veli Özer Özbek; Koray Doğan; Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 576.

²⁶ Yener Ünver; Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1462.

kararı davayı sona erdirmeyen, esasa ilişkin olmayan yani hâkimin veya mahkemenin sübuta girmeksizin yargılamayı yönlendirmek amaçlı verdiği bir ara karardır. Ayrıca tensip kararı şekli açıdan da yazılı bir işlemdir.²⁷ Anayasa'nın 141. maddesi salt lafzi olarak yorumlanmamalıdır. Bu hüküm amaca uygun yorumlandığında, anayasada yer alan usul ekonomisi ilkesi gibi birçok ceza muhakemesi hukuku ilkeleriyle anlamlı bir bütün sağlanmış olacaktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde bu durum Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilmemelidir.

İstinaf yargılamasında duruşmalı işlerde de CMK madde 175'te öngörülen tensip sistematiğine uyularak karar verilmektedir. CMK madde 281'e göre Bölge Adliye Mahkemesi daire başkanı veya görevlendireceği üye, duruşma hazırlığı aşamasında ilk duruşma gününü belirleyecek, gerekli çağrılar yapacak ve mahkemece gerekli görülen tanık ve bilirkişilerin dinlenilmesi ile keşif yapılmasına karar verecektir.

Tensip tutanağı bir ceza davasının omurgasını oluşturduğu için bu tutanakta öncelikle yargılamanın şematini ortaya çıkaracak işlemler yapılmalıdır. Bu işlemler esasen duruşma gününün belirlenmesi, duruşma için çağrılar yapılması ve iddianamenin sanığa tebliği, delillerin toplanması ve diğer işlemlerden oluşmaktadır. Bunları sıra ile incelemek gerekmektedir.

A. Duruşma Gününün Belirlenmesi

Mahkemenin iddianameyi kabul ettikten sonra yapacağı ilk iş duruşma günü belirlemektir (CMK madde 175/2).²⁸ Mahkeme, duruşma gününü davalarda geliş sırasına göre belirleyecektir; ancak tutuklu işler CMK madde 331/2 gereği adli tatilde de görülebilen acele işlerden olduğu için duruşma günü belirlenirken bu işlerin duruşmasına öncelik tanınmalıdır.²⁹

Duruşmanın yoğunluğu ilkesi, duruşma devresinin mümkün oldukça ara verilmeksizin tek seferde tamamlanmasını ifade etmektedir.³⁰ Bu ilkenin ve usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesi amacı ile çabukluğun, en az masrafla yargılamanın ve kolayca maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının gereği olarak duruşma devresi kısa sürede tamamlanmalıdır. Bunun için de sanıkların, tanıkların, bilirkişilerin, uzman kişilerin ilk oturuma teşrif edebilecekleri

²⁷ Demirağ, a.g.e., s.346.

²⁸ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.283.

²⁹ Centel; Zafer, a.g.e., s.753.

³⁰ Centel; Zafer, a.g.e., s.764.

herkes için makul bir tarih seçilmelidir.³¹ Böylece sübuta en kısa sürede ve en etkili yolla varılması sağlanacaktır.

Tebliğat Kanunu madde 62'ye göre duruşma saatinin de isabetli olarak belirlenmesi gerekmektedir. Uygulamada aynı saate veya birbirine yakın saatlere birden çok duruşma konulabilmektedir. Mahkeme başkanının veya hâkimin duruşma gün ve saatlerini duruşmaların içeriğine ve yoğunluğuna göre tasnif etmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi³² de 31 Aralık öğleden sonrası resmi tatil olduğu halde duruşma günü verilen ve bu günde yapılan yargılama sonucu hüküm kurulmasını kanuna aykırı bulmuştur.³³

Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan makul sürede yargılanma hakkının temini olarak duruşma gününün, duruşma hazırlığında yapılması gereken işlemlerin bitirilmesini sağlayacak kadar uzun hem de yargılamayı uzatmayacak kadar kısa bir süre için verilmesi gerekir ve duruşmanın mümkün olduğunca tek celsede bitirilmesi sağlanmalıdır.(CMK madde 190)³⁴

B. Duruşma İçin Çağruların Yapılması ve İddianamenin Sanığa Tebliği

Adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin gereği olarak sanığa savunma için makul bir süre tanınmalıdır. Sanığın savunmasını etkili olarak yapabilmesi için duruşma günü ile iddianamenin çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliği arasında makul ve yeterli bir zaman bulunmalıdır. CMK madde 176/4 gereği bu süre 1 haftadan az olamamakla birlikte; bu süreye mahkeme tarafından uyulmaması halinde yine de duruşmaya gelmek zorunda olan sanık, duruşmaya ara verilmesini CMK madde 190/2 sayesinde isteyebilecektir.³⁵

Mahkeme, iddianameyi kabul edip duruşma gününü belirledikten sonra iddianameyi çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ eder (CMK madde 175/2, 176/1). Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kâğıdına mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır (CMK madde 176/2). Çağrı kâğıdında zorla getirmeye ilişkin bir bildirimde bulunulmamışsa zorla getirme işlemi hukuka aykırı olur ve bu durumda koruma tedbirleri nedeniyle tazminat gündeme gelebilir. Sanığın hazır bulunmamasına rağmen

31 *Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.283.*

32 *Y4CD, 25.03.1977-2290/1928; Centel; Zafer, a.g.e., s.753.*

33 *Centel; Zafer, a.g.e., s.753.*

34 *Feridun Yenisey; Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2019, s. 696.*

35 *Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.283.*

duruşma yapılabilen hallerde, davetiyeye sadece hazır bulunmasa da duruşma yapılacağı yazılır (CMK madde 195).³⁶

Çağrı bildirimini ihtaratlı davetiyeye ile yapılır; ancak çağrının sms, e posta vb. araçlarla yapılması mümkündür. Ancak böylesi bir durumda sanık, tanık veya bilirkişi çağrıya uymazsa haklarında zorla getirme tedbiri uygulanamayacaktır. Ayrıca dava konusu suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektiriyorsa sanık gelmese de duruşma yapılabileceğinden sanığa yapılacak çağrı kâğıdında gelmese de duruşmanın yapılacağı belirtilecek (CMK madde 195); ancak sanık duruşmaya gelmediğinde kolluk aracılığıyla zorla (izharen) duruşmaya getirilemeyecektir.³⁷

Duruşma günü aynı zamanda tutuklu bulunan sanığa da tebliğ olunacaktır. CMK madde 176/3 uyarınca tutuklu sanığın çağrılması duruşma gününün tebliği suretiyle yapılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir; müdafii de sanıkla birlikte davet olunur. Bu işlem, tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi kâtibi veya bu işle görevlendirilen personel yanına getirilerek tutanak tutulmak suretiyle yapılır. İster sanık tarafından isterse baro tarafından görevlendirilmiş olsun, mahkemeye bildirilmiş olması şartıyla müdafii de duruşmaya davet edilecektir (CMK madde 188/1).³⁸

Sanığa gönderilen iddianamede yer almayan tanık, bilirkişi veya uzman kişilerin ad ve soyadlarının, delil olabilecek araçların da çağrı kağıdında belirtilmesi, çelişmeli muhakeme ilkesi ve silahların eşitliği prensibi ile doğrudan ilgilidir.³⁹ Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10. maddesinin⁴⁰ gereği olarak sanığın tam bir eşitlik ortamında yargılanmasına imkân sağlanmalıdır.⁴¹

CMK madde 223/9'a göre derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez. Bu hüküm, delil değerlendirmesi gerektirmeyen ve yargılama faaliyeti yapılmadan

³⁶ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.283.

³⁷ Centel; Zafer, a.g.e., 755.

³⁸ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.285.

³⁹ Centel; Zafer, a.g.e., 755.

⁴⁰ İHEB Madde 10 – “Herkesin, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve kendisine herhangi bir suç isnadında bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, hakça ve kamuya açık olarak yargılanmaya hakkı vardır.”.

⁴¹ Centel; Zafer, a.g.e., 755.

karar verilebilen durumlarda işlerlik kazanabilecektir.⁴² Uygulamada tensip aşamasında suçtan zarar görenin davadan haberdar edilmeyip davaya katılma hakkı da tanınmadan, sanık hakkında beraat kararı verildiği hallere rastlanmaktadır. Her ne kadar derhal beraat kararı verilmekle birlikte sanığın daha fazla suç şüphesi altında kalmaması sağlanıp adalete hizmet edilmiş olsa da davaya katılma hakkı adil yargılanma hakkının bir gereği olduğundan aradaki hassas denge bozulmuş olacaktır. Bu konuyla ilgili Yargıtay 6. Ceza Dairesinin kararı önem arz etmektedir. Yargıtay’a göre: “Suçtan zarar gören kurum davadan haberdar edilip katılma olanağı tanınmadan, tensip kararı ile duruşma açılmaksızın yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” bozmayı gerektiren bir sebep olarak görülmüştür.⁴³ Böylece bireysel iddia makamını oluşturan katılanın hakları ile bireysel savunmayı oluşturan sanığın hakları arası hassas denge sağlanmalı ve tensip işlemi ile duruşma açılmadan sanık hakkında beraat kararı verilmemelidir.

C. Delillerin Toplanması

Deliller kural olarak soruşturma evresinde toplanır.⁴⁴İlgililerin duruşmaya çağırılması dışında soruşturma aşamasında toplanmayan delillerin de toplanmasına tensip zaptı ile karar verilebilir.⁴⁵ Sübuta etki eden deliller halihazırda iddianamede bulunmalıdır. Ancak iddianame kabul edildikten sonra yeni deliller ortaya çıkabilmektedir ve bu delillerinde duruşmaya getirilmesi istenebilir.⁴⁶ Bunlar duruşma hazırlığı devresinde toplanır ve soruşturma evresinin eksikliklerinin giderilmesi sağlanır.⁴⁷ Delillerin mahkemeye getirilmesine ilişkin talebe tevsii tahkikat (soruşturmanın veya kovuşturmanın genişletilmesi) talebi denilmektedir.⁴⁸

Mülga CUMK madde 214’te mahkeme başkanının veya yargıcının tanık veya bilirkişi celbine ve başkaca sübut sebeplerinin toplanmasına karar verebileceği hükmüne benzer bir düzenleme mer’i CMK da yer almamaktadır.⁴⁹ YENİSEY’e göre iddianamede gösterilmeyen tanığın re’sen mahkeme tarafından çağırılması mümkün değildir ve bu durum mahkemenin re’sen

42 Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 774.

43 Y6CD, 24.02.2010-14948/1109; Ünver, *Hakeri*, a.g.e., s. 1791.

44 Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.285.

45 Baran Doğan, *Tensip Zaptı Hazırlanması ve Örneği*, <https://barandogan.av.tr/tensip-zapti-hazirlandi-ne-demek.html>, Erişim Tarihi: 1.4.2020.

46 Centel; Zafer, a.g.e., s.757.

47 Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.285.

48 Centel; Zafer, a.g.e., 757.

49 Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.285.

maddi gerçeği araştıramayacağı şeklinde yorumlanmaktadır.⁵⁰ Başkan veya yargıcın kendiliğinden tanık veya bilirkişi celbine veya delillerin toplanmasına karar verip veremeyeceği konusu açık olmamakla beraber⁵¹ ceza muhakemesi hukukunda resen araştırma ilkesinin bu yetkiyi hâkim veya mahkeme başkanına bahşettiği sonucuna varılmalıdır.

CMK madde 234/1-a-1’de mağdur ve şikâyetçinin haklarından biri olarak, soruşturma evresinde delillerin toplanmasını isteme hakkının varlığından bahsedilmiş ve bu hak soruşturma evresi ile sınırlandırılmıştır. CENTER/ZAFER’e göre bu hakkın soruşturma evresinde tanınıp kovuşturma evresinde tanınmaması silahların eşitliği ilkesi ile çelişmektedir.⁵² CMK madde 178’e göre “*Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.*” Soruşturma evresi ile sınırlanan delillerin toplanmasını isteme hakkı bu madde ile beraber değerlendirildiğinde aslında kovuşturma evresinde de katılanın delil toplanmasını isteme hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılabilir. Kaldı ki mağdur veya katılan delil toplanmasını isteyemese bile hâkim veya mahkeme başkanı, re’sen araştırma ilkesi gereği kendiliğinden delil toplamakla yükümlüdür.⁵³

D. Diğer İşlemler

Kural olarak duruşma hazırlığı devresinde usule ilişkin işlemler gerçekleştirilmektedir. Ancak istisnai olarak bazı durumlarda mahkeme bu devrede esasa ilişkin işlemleri bizzat yapabilmekte ya da yaptırılmasına karar verebilmektedir.⁵⁴ Mahkeme, tanık veya bilirkişilerin naip veya istinabe olunan hâkim aracılığıyla erken dinlenmesine karar verir veya yeniden keşif yapılmasına ve muayeneye ihtiyaç duyulursa da aynı hüküm uygulanır (CMK 180/1,2).⁵⁵ Müdafî tayini gereken durumlarda da müdafî tayinine de bu devrede karar verilebilmektedir.

⁵⁰ Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.698.*

⁵¹ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.285.

⁵² Centel; Zafer, a.g.e., 759.

⁵³ Re’sen araştırma ilkesi CMK da yer almamasına rağmen doktrinde ve AYM’nin 2012 tarihli kararında ceza muhakemesinde resen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bkz.: AYM E:2011/43, K:2012/10, K.T.:19.1.2012.

⁵⁴ Centel; Zafer, a.g.e., 752.

⁵⁵ Centel; Zafer, a.g.e., 752.

IV. İLK DURUŞMA

Duruşma, kovuşturmanın en önemli devresidir; çünkü adli yolla maddi gerçeğe ulaşmaya çalışan mahkeme sanığın suçluluğu veya suçsuzluğunu ortaya koyacaktır.⁵⁶ Duruşma hazırlığı devresinde, tensip tutanağı ile yapılan işlemler ile yargılama bir üst aşamaya taşınacak ve iskeleti oluşmuş yargılama neticesinde nihai hükme ulaşılacaktır.

Ceza muhakemesinde duruşma devresi üç ana aşamadan teşekkül etmektedir. Bunlar: duruşmanın başlaması, duruşmanın yapılması ve duruşmanın bitirilerek son kararın verilmesi şeklindedir. İlk duruşma ise duruşmanın başlayıp mahkemenin CMK 190'daki şartların varlığı durumunda duruşmayı ertelemesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. Ve yine ilk duruşmanın, duruşmanın başlaması aşamasına tekabül ettiği uygulamadaki örneklerle bakarak söylenebilir.

İlk duruşmada genel olarak yapılacak işlemler sırayla incelenmelidir. İncelemeye ilk olarak hazır bulunmadan başlanması icap etmektedir.

A. Hazır Bulunması Zorunlu Kişilerin Yerini Alması

Duruşma, CMK madde 192 gereği mahkeme başkanı veya hâkim tarafından yönetilir. Duruşmanın başlangıcında yapılacak ilk iş duruşmayı başlatmaktır.⁵⁷ İlk duruşmanın başlaması için öncelikle duruşmada hazır bulunması kanunen zorunlu kişilerin yerlerini alması gerekmektedir. CMK madde 188'e göre kanunen duruşmada hazır bulunması gerekenler sırasıyla; hükme katılacak hâkimler⁵⁸ ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafidir. Sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır. Nitekim hazır bulunması kanunen zorunlu olan kişilerin yokluğunda duruşma yapılması CMK madde 289/1-e gereğince mutlak bozma nedenidir.

Sanık, duruşmaya bağımsız (kelepçesiz) olarak alınır. Bunun amacı, sanığın herhangi bir baskı ve sınırlama altında kalmadan savunma hakkını etkili

⁵⁶ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.287.

⁵⁷ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.298.

⁵⁸ Hakimlerin duruşmada maddi ve manevi olarak hazır bulunmaları kanuni bir gerekliliğin ötesinde doğrudan doğruyalık (vasıtasızlık) ilkesinin bir gereğidir. Bahri Öztürk; Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem; Özge Sırma Gezer; Yasemin Saygılar Kırıt; Esra Alan Akcan; Efsen Erden Tütüncü; Özdem Özeydin, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Eylül 2017, Ankara, s.429.

şekilde kullanabilmesidir. Bu usul kuralına riayet edilmeden ilk duruşmaya başlanması hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Nihayetinde duruşmada hazır bulunması gerekenler yerini aldıktan sonra ilk duruşmaya başlanır. Bu aşamada hâkim veya mahkeme başkanı duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını sesli okuyarak ve tutanağa geçirerek açıklar (CMK madde 191/1).⁵⁹ İddianame CMK madde 174/3 gereği kabul edilmiş sayılsın ya da açıkça kabul edilsin mahkeme iddianamenin kabulü hususunda bir karar vermek zorundadır.⁶⁰

Saptama işlemi tamamlandıktan sonra tanıklar, sırası geldikçe birer birer içeri alınmak üzere, duruşma salonundan çıkarılır (CMK madde 52/1, 191/2).⁶¹ CMK madde 191/3'te belirtildiği üzere “*duruşmada, sırasıyla; a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır, b) İddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır.*”. 2016 tarihli değişiklikten önce iddianame sanığa ilk duruşmada okunurdu. Geniş kapsamlı veya birden çok sanıklı davalarda iddianamelerin okunması büyük bir zaman kaybı oluşturuyor ve bu da yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep oluyordu. Bu açıdan iddianamenin okunması yerine anlatılmasına yönelik yeni düzenleme yerinde kabul edilebilir.

İddianamenin sanığa tebliği ile duruşma günü arasında bir hafta geçmemişse, mahkeme başkanı veya hâkim, CMK madde 190/2 gereği duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunu sanığa hatırlatır. Sanığa yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve CMK madde 147'deki diğer hakları bildirilir. Ayrıca burada mahkeme her somut olayda yargılamanın yoğunluğuna göre bu bir haftalık süreyi ayarlamalıdır. Her durumda sanığa savunmasını hazırlamak için bir hafta süre verilmesi adil olmayabilir. Örneğin AİHM Öcalan/Türkiye kararında, 17.000 sayfalık doküman bakımından savunmayı hazırlamak için tanınan iki haftalık süreyi yetersiz bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.⁶²

59 Yenisey, a.g.e., s.733.

60 Yenisey, a.g.e., s.733.

61 Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.298.

62 Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları*, s.204, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/331512>, Erişim Tarihi: 5.4.2020.

B. Sanığın Sorgusu

Sanığın sorgusuna geçmeden önce yer yönünden yetkisizlik iddiaları ve yargıcın reddi taleplerinde bulunulur.⁶³ CMK 191/3-d uyarınca sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde usulüne göre sorgusu yapılır. Sorgu işlemi CMK 147 ve 148⁶⁴ dikkate alınarak mahkeme başkanı veya hâkim tarafından yapılır.

CMK madde 196/4 gereği hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir. Mahkeme, eğer sanığın huzura getirilmesi mümkün değilse ve atılı suç alt sınırı 5 yıl veya daha az cezayı öngörüyorsa; sorgu işlemini istinabe yoluyla da yapılabilir. Ancak bu aşamada mahkeme istinabe yoluna başvuracaksa, sorgulama yapacak olan mahkemeye iddianameyi göndermek zorundadır. Çünkü önce iddianame anlatılacak ve ardından da sorgu işlemine geçilecektir.(CMK madde 191/1-b, d)

Sanığın sorgusu, ceza muhakemesi işlemleri açısından bir mahkeme makamı işlemidir. Toplu mahkemelerde sorgunun mahkeme başkanı

63 Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.299.

64 CMK Madde 147 – (1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

- a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.
- b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.
- c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.
- d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.
- e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.
- f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.
- g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.
- h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.
- i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:
 1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.
 2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.
 3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.
 4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.
 5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.

tarafından yapılmış olması bu işlemin hukuki niteliğini etkilemeyecek; sorgu işlemi şekli yönden fiili ve sözlü bir işlem olduğu için sanığın sorgu beyanları duruşma tutanağına geçirilecek ve bu işlem yazılı hale getirilmiş olacaktır.⁶⁵ Bu açıdan sorgu işlemi mahkeme makamı kararı olduğu ve bu işleme karşı da CMK'da itiraz öngörülmediğinden yapılan sorguya karşı itiraz kanun yolu kapalıdır. Muhakemenin seyrini etkileyen sorgu gibi bir işleme karşı itiraz imkânı öngörülmemesi silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilir; hatta istinaf kanun yolu kapalı olan bir dava ise bu durum daha da büyük sorun oluşturmaktadır.

Mahkeme ilk duruşmaya gelen sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunmasını sağlar ve savuşmasını önlemek için gereken tedbirleri alır (CMK 194/1); ancak sanık savuşur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse, dava yokluğunda bitirilebilir (CMK 194/2).⁶⁶ Eğer sanık gaipse ya da ilk duruşmaya getirilememişse bu durumda duruşma yapılamayacak, dolayısıyla duruşma başlayamayacak olup duruşma başka bir güne bırakılacaktır.⁶⁷ Burada duruşmaya ara vermeden söz edilemeyecektir; çünkü ara verme ancak başlamış duruşmalarda söz konusu olacak, bu durumda duruşmanın başlaması için yeni bir tarih tayin edilecektir.⁶⁸ Duruşma yapılmasına başlanmaması gereken hallerde duruşma yapılmaya başlanmışsa, duruşmada gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılmalıdır.⁶⁹ Ancak CMK madde 193/2 ve 195 gibi istisnai durumlarda yoklukta duruşma yapıp mahkumiyet dışında hüküm kurmak da mümkün olabilecektir.⁷⁰

Sanık duruşmaya gelmediği için sorgusu yapılamamış olsa dahi duruşmaya devam edilebilecek; sonradan duruşmaya gelmesi halinde o ana kadar ikame edilen deliller bildirilecektir.⁷¹

C. Duruşmadan Bağışık Tutulma

Sanığın duruşmadan bağışık tutulması (vareste tutulma) talebi de ilk duruşma aşamasında söz konusu olabilecektir. CMK 196/1 uyarınca mahkemece

⁶⁵ Demirağ, a.g.e., s.351

⁶⁶ Toroslu; Feyzioğlu, a.g.e., s.299-300

⁶⁷ Yenisey, a.g.e., s.731-732.

⁶⁸ Yenisey, a.g.e., s.732.

⁶⁹ Yenisey, a.g.e., s.732.

⁷⁰ *Cumhur Şahin; Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku –II-, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 127.*

⁷¹ *Şahin; Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku – II, s. 127.*

sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hallerde müdafî isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan başışık tutabilir. Burada önem arz eden husus, sanığın varestede tutulabilmesi için mutlaka sorgusunun önceden yapılmış olması şartıdır. Bu şart AİHS madde 6'da ve T.C. Anayasası madde 36'da düzenlenen adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

D. Ön Ödemenin Uzlaşmanın veya Seri Muhakeme Usulünün Hatırlatılması

CMK madde 174'e göre ön ödemeye veya uzlaştırmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılın işlerde ön ödeme veya uzlaştırma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianame Cumhuriyet Başsavcılığına iade edilir. Ön ödemeye tabi olan işler, sehven iddianamede göz önünde bulundurulmamış ve mahkeme de bu eksikliği fark etmeden iddianameyi kabul edip kovuşturmayı başlatmışsa ya da özel kanunlar gereği cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi halinde mahkeme, kovuşturmadan soruşturmaya dönülemeyeceği için sanığa ön ödeme yolunu hatırlatmalı ve bu usulü uygulamalıdır.⁷² Bu aşamada mahkeme iddianameyi iade edemeyecek veya görevsizlik kararı veremeyecektir.

Uzlaştırmada ise durum farklıdır. Uzlaştırmaya tabi bir suçla ilişkin kamu davasında bu usul uygulanmadan iddianame düzenlenip mahkemece kabul edildiğinde uzlaştırma işlemleri gerçekleştirilmek üzere mahkemece dosya uzlaştırma bürosuna gönderilecektir (CMK madde 253, 254/1).⁷³ Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten (bir defada) yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231'inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir (CMK madde 254/2).

İddianamenin iadesi sebeplerinde biri olarak seri muhakeme usulüne tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılın işlerde seri muhakeme usulü uygulanmaksızın iddianame düzenlenmesi CMK madde 174/1-c'de belirtilmiştir. Ancak henüz uygulamada seri muhakeme usulü uygulanmadan

72 Şahin; Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, s. 81.

73 Yenisey, *a.g.e.*, s.736

iddianame düzenlenip ve bu iddianame kabul edildikten sonra bu eksikliğin fark edilmesi ihtimali üzerine ne yapılacağı hususu açık değildir. Kanuni bir çözümü de olmayan böylesi bir ihtimalde kanımızca mahkeme; kovuşturmadan soruşturma evresine dönülmezlik ilkesi gereği iddianameyi Cumhuriyet Başsavcılığına iade edemeyecektir. Bu durumda mahkeme durma kararı verip seri muhakeme usulü denenmek üzere dosyayı ilgili savcılığa göndermeli ve savcının taleplerine uygun olarak seri muhakeme usulünü işletmelidir. Eğer seri muhakeme usulü uygulanıp hüküm kurulma olanağı olursa bu durumda durma kararı neticesinde davanın düşmesi kararı verilmeli; eğer böyle bir ihtimal yoksa durma kararı sonrası yargılamaya devam edilmelidir.

E. Duruşmanın Kapalılığı

Genel ahlakın ya da kamu güveninin kesin olarak gerekli kıldığı durumlarda duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece ilk duruşmada karar verilebilecektir. Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır (CMK 182).

Zorunlu kapalılık halinde yani sanık 18 yaşından küçükse mahkeme ilk duruşmada kapalılık kararı verecektir (CMK 185). Açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kısıktacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklayacak ve kararını açık duruşmada açıklayacaktır. Ancak uygulamada bu kurala riayet edilmediği; başta özel hayatın gizliliği olmak üzere pek çok temel hak ve hürriyetin basın hürriyeti adı altında ihlal edildiği görülmektedir.⁷⁴

F. Diğer İşlemler

Kural olarak duruşmaya ara verilmeksizin devam edilir. Ancak, zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir (CMK madde 190). Mahkeme, ilk duruşmada hangi işlemleri yapacağına, ilk duruşmayı ne zaman sonlandıracağına duruşmaya ara vermek suretiyle kendisi karar verecektir.

İstinaf yargılamasında duruşmalı işlerde de ilk duruşma, ilk derece yargılaması ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bununla birlikte duruşma açıldığında 282. maddede gösterilen istisnalar dışında bu kanunun duruşma hazırlığı, duruşma

⁷⁴ Öztürk, Tezcan; Erdem; Sırma Gezer; Saygılar Kırıt; Alan Akcan; Erden Tütüncü; Özyayın, a.g.e., s.627.

ve karara ilişkin hükümleri uygulanır. Bu istisnalar sırasıyla şu şekildedir:

- a) Duruşma, bu Kanunun öngördüğü genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu anlatılır.
- b) İlk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü anlatılır.
- c) İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları ve bilirkişi raporu anlatılır.
- d) Bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar anlatılır.
- e) Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır.
- f) Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi hâlinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, 195'inci madde hükümleri saklı kalmak üzere, sanık hakkında verilecek ceza, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır ise, her hâlde sanığın dinlenmesi gerekir.

Temyizde duruşma (murafaa) yapılacağı zaman uygulanacak usul CMK madde 300'de belirtilmiştir. Bu maddeye göre duruşmadan önce görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor üyelere açıklanır. Üyeler, ayrıca bizzat dosyayı incelerler. Bu hususlar gerçekleştikten sonra duruşma açılır. Yargıtay hukukilik denetimi yapmakla görevli olduğu için tanık ve bilirkişi beyanlarına başvurma, keşif gibi sübuta erişmeye yönelik işlemler gerçekleşmeyecektir.

Değerlendirme

Çalışma bağlamında değerlendirilmesi gereken önemli konulardan birisi hakimin tensip zaptının düzenlenmesine katılmasının ihsas-ı rey oluşturup oluşturmayacağı meselesidir. CMK madde 23/1'e göre bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamayacaktır. Tensip zaptı da ara karar niteliğinde olduğu için ilk bakışta tensip zaptının düzenlenmesine katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece verilecek karara katılamayacağı sonucuna varılabilir. Ancak salt lafzi yorum, uygulama bakımından amaca hizmet edecek nitelikte sonuç doğurmayacaktır. Kanun lafzi anlamıyla kabul edildiğinde

muhakeme işlemlerinin etkili ve hızlı bir şekilde yürümeyeceği açıktır. Bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2010 tarihli bir kararına da konu olmuştur.⁷⁵ Söz konusu karara göre “1- İlk derece yargılama sırasında, sadece mahkemece yapılan ve sanık, müşteki ve tanıkların mahkemeye çağrılması ile sanığın doğum ve sabıka kaydının istenmesine ilişkin olan tensip zaptının düzenlenmesine katıldığı anlaşılan hakimin, aynı dava hakkında verilen hükme yönelik olarak yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması üzerine Yargıtay Özel Dairesi`nce gerçekleştirilen incelemeye ve inceleme sonunda verilmiş bulunan kararlara katılmış bulunması; «tensip kararının», «hakimin, sanığın suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturduğunu gösteren kararlardan» olmaması nedeniyle, 5271 sayılı TCY'nin 23. maddesine aykırılık oluşturmaz.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararında tensip zaptının düzenlenmesine katılan hakimin aynı dava hakkında verilen hükme yönelik olarak yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması üzerine Yargıtay özel dairesince gerçekleştirilen incelemeye ve inceleme sonunda verilen kararlara katılabileceği ve tensip kararının hakimin sanığın suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturduğunu gösteren kararlardan olmadığı **sonucuna ulaşmıştır.**

Son olarak, yargılamanın etkili ve makul sürede sonuçlandırılmasına hizmet eden tensip aşamasının, ceza muhakemesinin temel ilkeleri başta olmak üzere hiçbir usuli kurala aykırı olmadığı açıktır. İhsas-ı rey bakımından akıllarda şüphe oluşturan husus ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yerinde olan kararı ile aydınlatıldığı söylenebilir.

Çalışmanın dördüncü ve son ayağı olan ilk duruşma aşamasında değinilmesi gereken noktalardan biri uygulamadaki hukuka aykırılıklardır. Uygulamada bazı davalarda, tensip zaptı düzenlendikten sonra verilen ilk duruşma gününden önce mahkeme dosyayı kendiliğinden değerlendirebilmektedir. Mahkeme ilk duruşma gününden önce, yargılamada hazır bulunması gerekenler olmadan, mahkeme heyeti ve Cumhuriyet savcısı ile toplanıp oturum açabilmektedir.⁷⁶ Bu uygulamanın sebebini ise tanıkların şehir dışında bulunması ve ilk duruşma gününden önce dinlenmesi gerekliliği üzerinden gereksiz talike

75 YCGK E. 2010/11-246, K. 2010/266, T. 21.12.2010. Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 256.

76 Fahrettin Kayhan, Ceza Muhakemesinde Göstermelik Duruşma, Hukuki Haber İnternet Sitesi Süreç İncelemesi, <https://www.hukukihaber.net/makale/ceza-muhakemesi-uygulamasinda-gostermelik-durusma-ilkisi-h432499.html>, Erişim Tarihi: 17.04.2020., para.3-4.

sebeplere dayanarak bahanelere dayandırdıkları da görülmektedir.⁷⁷ Halbuki böylesi bir durumda müdafinin tanıklar dinlenmemekte ve CMK 201'in⁷⁸ müdafinin tanıklara ve yargılama ilgililerine doğrudan soru sorma hakkı vermesi dikkate alındığında çelişme ilkesi hiçe sayılmaktadır. Ayrıca bu durum ceza muhakemesinde sözlülük ve yüze karşılık (vicahilik) ilkeleri ihlal edilmiş olacak ve duruşmadan beklenen amaç gerçekleşmemiş olacaktır.

İlk duruşma hususunda değineceğimiz son nokta, CMK madde 177/1'de⁷⁹ yer alan, duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime dilekçeyi verme hükmüne uyulmadığında; yani tanıklar dinlenilmek üzere doğrudan mahkeme huzuruna getirildiklerinde ne olacağıdır.

Beş gün önceden bildirimde bulunmanın amacı; mahkeme sanığın tanık dinletme isteğini kabul ettiğinde bu tanıkların Cumhuriyet savcısına, mağdur veya suçtan zarar görene⁸⁰ bildirilmesini sağlamaktır.⁸¹ Böylece tanıklıktan çekinme sebepleri varsa bunların ileri sürülmesi (çekinme hakkının hatırlatılması) ya da Cumhuriyet savcısı, mağdur veya suçtan zarar gören tarafından tanık beyanlarına karşı savunma ve karşı görüş belirtme imkanının sağlanması mümkün olabilecektir.⁸² Ancak sanığın bu beş günlük bildirim süresine uymadığı gerekçesi ile ilk duruşmaya getirilen tanıkların dinlenilmesi talebi reddedilmemelidir; zira CMK madde 178/1⁸³ hükmü dolaylı olarak beş günlük süreye uyulmadığında da duruşmaya getirilen tanıkların mahkemece dinlenilmek zorunda olduğu sonucunu doğurur.⁸⁴ Burada mahkeme, beş

77 Fahrettin Kayhan, a.g.e., para.4

78 CMK Madde 201 – (1) Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.

(2) Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.

79 CMK Madde 177 – (1) Sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir.

80 Burada katılardan bahsedilmemesinin nedeni, henüz ilk duruşma gerçekleşmediği ve katılan sıfatını kazanmanın da katılma isteğinin duruşma tutanağına geçirilmesine bağlı olmasıdır.(CMK madde 238/1)

81 Özen, a.g.e., s. 899.

82 Özen, a.g.e., s. 899.

83 CMK Madde 178 – (1) Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.

84 Mahkemenin tanık dinletme dilekçesini reddettiğinde duruşmaya getirilen tanıkları dinleme

günlük süreye uyulmadığında ilk duruşmayı erteleme kararı almalıdır; çünkü Cumhuriyet savcısı, mağdur veya suçtan zarar görenin, tanık beyanlarına karşı bunları bertaraf edebilme imkanı sağlamaya yönelik süre kazanması gerekmektedir.⁸⁵ Eğer Cumhuriyet savcısı, mağdur veya suçtan zarar görene görüşlerini bildirme imkanı vermeden tanık dinlenirse ve bu tanık ifadeleri de hükme esas alınırsa bu durum bozma nedeni sayılmalıdır.⁸⁶

Sonuç

Ceza muhakemesinin en önemli amacı adli yolla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu amaca ulaşmak için muhakemenin ilerleyişine yönelik plan ve program oluşturmak, muhakeme faaliyetinin etkinliğini artıracaktır.

Ceza muhakemesi iki büyük evreden oluşmaktadır. Soruşturma evresi suç şüphesinin araştırılıp iddia oluşturmaya; kovuşturma evresi ise sanığın bu iddiadan kurtulmak üzere bunu bertaraf edici savunmada bulunmayı ve nihayetinde hâkimin iddia ve savunmayı harmanlayıp bundan bir sonuç çıkarmasına dayanmaktadır. Kovuşturmanın dört ana devresinden ilkini oluşturan duruşma hazırlığı devresi de hükme ulaşmada yapılması gereken teknik işlemlerin haritasını oluşturmaya yardımcı olmaktadır. Bu devre aynı zamanda yargılamanın en kısa sürede ve en az masrafla sonuçlandırılmasını sağlayarak usul ekonomisi ilkesine; sanığa savunma imkanı için süre ve imkan tanıyarak silahların eşitliği ilkesine ve çelişme ilkesine, yargılamanın plan dahilinde ilerlemesini sağlayarak makul sürede yargılanma hakkına, yargılamanın en az celsede, hakim delillerle daha kısa zaman aralığında etkileşimde bulunması ve duruşmanın en etkili şekilde sonlandırılmasına yönelik olması ile duruşmanın yoğunluğu ilkesine hizmet etmektedir.

Duruşma hazırlığı devresi, iddianamenin ilgili mahkemesince kabul edilmesi ile başlamaktadır. İddianamenin kabulü aşaması soruşturma evresinin son aşamasında yer almasına binaen çok önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Bu aşamada muhakeme hukuku ilkelerinin hâle görmemesi ve sanık ile mağdur haklarının zedelenmemesi için oldukça özenli davranılmalıdır. Binaenaleyh iddianameyi kabul eden makam ile yargılamayı yürütecek

zorunluluğu varsa beş günlük süreye uyulmadığında duruşmaya getirilen tanıkları evliyetle dinlemek zorunluluğu söz konusudur. Kaldı ki bu durum AIHS madde 6/3-d (İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek) ve silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir.

85 Özen, a.g.e., s. 899.

86 Özen, a.g.e., s. 899.

makamın aynı oluşunun mahkemede ihsas-ı reye vücut vereceğine yönelik doktrinde eleştiriler bulunmaktadır. Ancak iddianamenin kabulü kararı çelişme ilkesi ışığında okunduğunda bu eleştirilerin yerinde olmadığı ve mevcut durumun mahkemede ihsas-ı reye vücut vermeyeceği anlaşılacaktır.

Tensip duruşması ile mahkeme ilk duruşma gününü de belirlemektedir. İlk duruşmada da yapılması gereken işlemler mahkemenin duruşmaya ara verip vermemesi durumuna göre değişmektedir. Kural olarak duruşma tek oturumda bitirilmelidir. Bu kurala doktrinde duruşmanın yoğunluğu ilkesi denir. Ancak zorunlu sebeplerin varlığı durumunda mahkeme duruşmaya ara verebilecek ve böylece ilk duruşma tamamlanıp duruşmaya ikinci celsede devam edilecektir. İlk duruşmada özellikle kapalılık ve açık duruşmanın gizliliğinin ihlali ve yazılı yargılamaya yol açabilecek uygulamalara son verilmeli ve mevcut hak ihlallerine son verecek uygulamalar kanun koyucu tarafından düzenlenmelidir.

Seri muhakeme usulünün uygulanmasının ihmal edildiği ve bu ihmalin kovuşturma aşamasında ortaya çıkması ihtimalinde yargılamanın akıbetinin nasıl olacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu eksikliğin, uygulamada henüz bir örneğinin olmamasına rağmen büyük bir sorunu temsil ettiği açıktır. Bu çalışmada olması gerekene yönelik belirtilen görüş, uygulamada mevcut olabilecek sorunu çözmeye oldukça elverişlidir. Çalışmada bahsedilen görüşe göre seri muhakeme usulünün uygulanmadığının kovuşturma aşamasında fark edilmesi durumunda mahkeme durma kararı verip seri muhakeme usulü denenmek üzere dosyayı ilgili savcılığa göndermeli ve savcının taleplerine uygun olarak seri muhakeme usulünü işletmelidir. Eğer seri muhakeme usulü uygulanıp hüküm kurulma olanağı olursa bu durumda durma kararı neticesinde davanın düşmesi kararı verilmeli; eğer böyle bir ihtimal yoksa durma kararı sonrası yargılamaya devam edilmelidir. Bu yöntem ile mahkeme, usul ekonomisi ilkesine uygun şekilde davayı sonlandırabilecek ve aynı davanın bir daha mahkeme önüne taşınmasına engel olabilecektir.

Uygulamada ilk duruşmanın başı ve sonu sınırlandırılmamıştır. Duruşma hazırlığı devresi ile amaçlanan ve daha iyi bir yargılamayı sağlamaya yönelik tensip zaptı gibi uygulamalardan beklenen etkinin sağlanabilmesi için duruşma devresinde de belli başlı planlara gereksinim vardır. Ceza muhakemesinde de, hukuk yargısında olduğu gibi bir ön duruşma mahiyetinde kısa bir duruşma aşamasına ihtiyaç vardır. Bu aşamada sübuta varmadan evvel usule ilişkin, muhakeme şartlarına ilişkin, hükmün istinafta ve temyizde

usulen bozulmasını engellemeye yönelik bir araştırmaya yoğunlaştırıldığı bir aşama gerekmektedir. Yargılama her ne kadar tek oturumda bitirilmesi gerekmektedir de uygulamada bunun imkânsız olduğu açıktır. Bu açıdan bakıldığında kanun koyucu tarafından duruşma devresinin oturum bazında aşamalara ayrılması gerekmektedir. Ön duruşma, esas duruşması ve hüküm duruşması olarak duruşmaların ayrıştırılması uygulamada gereksiz celse ertelemelerinin de önüne geçebilecektir.

Kaynakça

[1]AYDIN Murat; İddianamenin Unsurları ve İadesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. X, Sa.1,2 Yıl 2006, s. 379-380, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789834> Erişim Tarihi: 09.09.2020.

[2]BIÇAK Vahit; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

[3]BİRTEK Fatih; Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri Ve Fiili Takdir Yetkisi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, Sa. 2, Yıl 2013, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48280/623183> Erişim Tarihi: 9.09.2020.

[4]DEMİRAĞ Fahrettin, Örneklerle Ceza Muhakemesi İşlemleri ve Adli Yazışmalar, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2018.

[5]FindLaw's Team, Pre-Trial Motions, <https://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/pre-trial-motions.html>, Erişim Tarihi: 20.03.2020.

[6]GÜLTEKİN Özkan, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılamada İddianamenin İadesi ve Yargılama Yolu, para.4., <https://jurix.com.tr/article/918>, Erişim Tarihi: 2.4.2020.

[7]KARAKEHYA Hakan, Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015.

[8]KARAKURT Ahi, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8-9, Sayı: 8-9-10-11, 2004.

[9]KAYHAN Fahrettin, Ceza Muhakemesinde Göstermelik Duruşma, Hukuki Haber İnternet Sitesi Süreç İncelemesi, <https://www.hukukihaber>.

net/makale/ceza-muhakemesi-uygulamasinda-gostermelik-durusma-ilkeli-h432499.html, Erişim Tarihi: 17.04.2020.

[10]KOCAOĞLU Serhat Sinan, Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafı, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı:2010/3.

[11]Offices of the United States Attorneys, Justice 101 Pre Trial Motions, <https://www.justice.gov/usao/justice-101/pretrial-motions>, Erişim Tarihi: 20.03.2020.

[12]ÖZBEK Veli Özer; DOĞAN Koray; BACAKSIZ Pınar; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

[13]ÖZEN Mustafa; Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

[14]ÖZTÜRK Bahri; TEZCAN Durmuş; ERDEM Mustafa Ruhan; SIRMA GEZER Özge; SAYGILAR KIRIT Yasemin; ALAN AKCAN Esra; ERDEN TÜTÜNCÜ Efsen; ÖZAYDIN Özdem, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Eylül 2017, Ankara.

[15]ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan; *Ceza Muhakemesi Hukuku 1*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

[16]ŞAHİN Cumhur; GÖKTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku -II-*, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

[17]ŞEN Ersan; ÖZDEMİR Bilgehan, Yüce Divan Yargılaması, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2012, s.190, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/ankara-barosu-dergisi/ankara-barosu-dergisi2012-1.html> Erişim Tarihi: 14.04.2020.

[18]T.C. Adalet Bakanlığı, Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi – Caza Muhakemesi Hukuku Ders Notu, <http://www.edb.adalet.gov.tr/e-book/7-CEZAMUHAKEMES%C4%B0HUKUKU.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2020

[19]TANER Fahri Gökçen; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 70.

[20]TANRIKULU M. Sezgin, Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü – İadesi – Tebliği, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 64, 2006.

[21]TOROSLU Nevzat; FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*,

Ankara Ekim 2017.

[22]ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan; *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3 Cilt), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

[23]YENİSEY Feridun; NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019.

Birlikte (Ortak) Velayete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN¹

Öz

Ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki bir ideale dayanmaktadır. Bu da, çocuğun her iki ebeveynle de ilişkiyi sürdürebilmesi ve birlikte (ortak) velayet durumunda her iki ebeveyn de eşit mesafede olmasıdır. Bunun yanında, eşler boşanmış olsalar dahi çocukları konusunda birlikte hareket etmeye devam etmelidir.

Çalışmada, İsviçre kanton mahkemelerinin ve Federal Mahkemenin, birlikte (ortak) velayet ile ilgili vermiş oldukları bazı kararlar incelenmiştir. Bu kararlarda birlikte (ortak) velayete hükmedilebilmesi için gözetilen kriterler ve sistemin olumlu ve olumsuz yönleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Özetle, başarılı bir birlikte (ortak) velayetin bir kazan-kazan durumu olduğu ifade edilebilir. Gerçekten de sistem sağlıklı işlediğinde, çocuklar ile sadece bir değil her iki ebeveyn arasındaki ilişki güçlenmektedir. Ayrıca birden fazla çocuk durumunda, kardeşlerin birbirinden ayrılmaması da sağlanır. Bunun yanında ebeveynler kendi özel hayatlarını da dengeleme imkânına sahip olabilmektedir. Ancak birlikte (ortak) velayete hükmedilirken birtakım kriterlerin gözetilmesi gerekmektedir. Bu çalışma ile söz konusu kriterler, İsviçre yargı kararlarına yansıyan olaylar çerçevesinde izah edilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Velayet, birlikte (ortak) velayet, çocuğun menfaati, çocuğun iradesi.*

¹ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ademyelmen@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3310-8216

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.11.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 23.11.2020

İstanbul Aydın Üniversitesi, 23-24 Eylül 2020, Aile Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu tebliğ metnidir.

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v06i2007

Analysis of the Swiss Judicial Decisions for Joint Parental Responsibility

Abstract

The relationship between parent and child is based on an ideal. This means that child can maintain the relationship with both parents and is equidistant to both parents in the case of joint parental responsibility. Besides, even if spouses are divorced, they should continue to act together about their children.

In the study, some of the decisions taken by the Swiss cantonal courts and the Federal Court on joint parental responsibility are examined. In these decisions, the criteria and the positive and negative aspects of the system were tried to be determined in order to rule on joint parental responsibility. In summary, it can be stated that a successful joint parental responsibility is a win-win situation. Indeed, when the system functions well, the relationship between children and both parents is strengthened. It is also ensured that siblings do not separate from one another in case of more than one child. In addition, parents can have the opportunity to balance their private lives. However, some criteria should be taken into consideration while deciding on the joint parental responsibility. With this study, all the issues mentioned will be explained within the framework of the events reflected in the Swiss judicial decisions.

Keywords: *Parental responsibility, joint parental responsibility, child's interest, child's will*

I. GİRİŞ

İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesinde 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren düzenlemeler ile birlikte (ortak) velayet uygulaması gündeme gelmiştir. Söz konusu maddede 1 Ocak 2017 itibariyle yürürlüğe giren son düzenlemeler neticesinde birlikte (ortak) velayete yönelik uygulamaların kapsamı daha da şekillenmiştir. Mahkemeler, bu düzenlemelerin bir sonucu olarak, bir anne veya babanın ya da çocuğun talep etmesi halinde birlikte (ortak) velayet ihtimalini değerlendirmektedir.

Boşanma sonrasında anne-baba ile çocuk arasındaki ilişki bir ideale dayanmaktadır. Bu da, çocuğun hem annesi hem de babasıyla ilişkiyi

sürdürebilmesi ve her ikisine de eşit mesafede olmasıdır. Bunun yanında, eşler boşanmış olsalar dahi çocukları konusunda birlikte hareket etmeye devam etmelidir. Bu idealin gerçekleşmesi için karşımıza birlikte (ortak) velayet müessesesi çıkmaktadır. Ancak birlikte (ortak) velayetin işletilmesi kolay değildir. Öncelikle birlikte (ortak) velayetin söz konusu olabilmesi için, birtakım kriterlerin gözetilmesi gerekmektedir. “Bu kriterler neler olabilir?” sorusunun cevabı, en azından önemli bir kısmı İsviçre yargı kararlarında karşımıza çıkmaktadır.

İsviçre yargı kararlarına yansıyan söz konusu kriterleri sekiz başlık altında toplamak mümkündür. Çocuğun üstün yararı çerçevesinde ele alınan bu kriterler;

- Çocuk yetiştirme yeteneği
- İletişim ve işbirliği becerileri
- İlişkilerin sürekliliği/istikrarı
- Coğrafi şartlar
- Kişisel bakım imkânı
- Çocuğun yaşı
- Kardeşler ile ilişki
- Çocuğun istekleridir.

II. İSVİÇRE YARGI KARARLARINA YANSIYAN KRİTERLER

1. Çocuk Yetiştirme Yeteneği

Burada dikkat edilen, anne ve babanın tek başlarına çocuğa bakabilme yetenekleridir. Anne babadan her birinin çocuğa gerekli sevgi, ilgi ve şefkati gösterip gösteremeyeceği değerlendirilmelidir. Bunun yanında, güvenilirlik, öngörülebilirlik, tutarlılık ve süreklilik kriterleri de göz önünde tutulmalıdır. Bu kapsamda, anne veya babaya, her birine ayrı ayrı çocuk yetiştirmede güvenilmelidir. Sorumsuz, düşüncesiz hareket ve hayat biçiminin olup olmadığına bakılmalıdır. Sergilenecek davranışlarda veya çocuğa yaklaşımda öngörülebilir tutum ve eylemler gösterilip gösterilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Keza davranış ve iletişimde tutarlılık da önem arz etmektedir. Aynı şekilde, güvenilirlik, öngörülebilirlik ve tutarlılıkla birlikte, çocukla

İlgilenmenin de belirli bir düzeyde süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Zira düzensiz çalışma saatlerine sahip olan bir pilot babanın bulunduğu bir davada birlikte (ortak) velayet reddedilmiştir.

Çocuğun ihtiyaçlarına cevap verilebilecek olup olmaması da gözetilmelidir. Burada özellikle bebeklerin veya beş yaşına kadar olan çocukların gelişim ve eğitimi ile ilgili bilinmesi gereken özel bilgilere sahip olunup olunmadığı da araştırılmalıdır. Bu konuda da eşlerin tek başlarına ehil olup olmadıklarına bakılmalıdır. Bunların yanında anne ve babanın çocukla ve birbirleriyle ilişkilerinde sınırlar belirleme ve bunlara uyma noktasında gerekli çabaları gösterip göstermeyeceğinin de gözetilmesi gerekmektedir.

2. İletişim ve İşbirliği Becerileri

Birlikte (ortak) velayet, ortak önlemler ve karşılıklı bilgi gerektirdiğinden, anne ve babanın çocuk ile ilgili konularda birbirleriyle iletişim ve işbirliği içinde olmaları da büyük öneme sahiptir. Eğer anne baba arasında çatışma varsa ve devam ederse, çocuk da arada ciddi zarar görür. Anne ve baba arasında iletişim ve işbirliği sağlanamayacaksa birlikte (ortak) velayete hükmedilmemelidir.

3. İlişkilerin Sürekliliği / İstikrarı

Burada, çocuğun önceki hayat tarzının temel olarak devam edip edemeyeceğine bakılmaktadır. Bu noktada bir taraftan, çocuğun anne babası ile arasındaki ilişkinin aynı düzlemde devam etmesi, diğer taraftan çocuğun sosyal çevresini koruması gözetilmelidir. Mesela çocuğun aynı okula devam edebilmesi, arkadaşlarından kopmaması, hobilerine vs. devam edebilmesine bakılmalıdır.

4. Coğrafi Şartlar

Boşanmadan sonra anne ve babanın ikamet yerleri arasındaki mesafe de büyük önem arz etmektedir. Zira bu mesafe ne kadar uzak olursa, çocuk da o kadar daha çok yıpranır ve birlikte (ortak) velayetin sürdürülebilme ihtimali de o kadar düşer. Çünkü bölgeden bölgeye sürekli değişim, sürekli eşyaların toplanması ve transfer süreci çocuğa büyük külfetler getirebilir. Dolayısıyla çocuğun anne ve babası arasındaki geçişleri kolay ve pratik olmalıdır. Çocuk, diğer tarafta bir eşyasını unuttuğunda kolay bir şekilde

ona erişebilecek olmalıdır.

İkamet yerleri arasındaki yakınlık, aynı zamanda çocuğun sosyal çevresini korumasını da sağlar. Ayrıca ikamet yerleri arasındaki uzak mesafe yüzünden çocuğun okulunu nasıl ve nerde devam ettireceği sorunu ortaya çıkmamalıdır.

5. Kişisel Bakım İmkânı

Burada anne ve babanın tek başlarına çocuğa bakmaya uygun olup olmadıkları da gözetilmelidir. Anne ve babanın yeterli maddi imkânı, istekliliği ve zamanın olup olmadığına da bakılmalıdır. Burada zaman noktasında sadece sürenin miktarı önemli değildir, aynı zamanda çocukla geçirilen vaktin kalitesi de önem arz etmektedir.

6. Çocuğun Yaşı

Yukarıda ifade edilen kriterler çocuğun yaşına bağlı olarak farklı şekilde ağırlıklandırılabilir. Zira bebekler ve küçük çocuklar için farklı, okula yeni başlamış çocuklar için farklı, gençler için farklı öncelikler söz konusudur. Dolayısıyla birlikte (ortak) velayete hükmedilecekken çocuğun yaşı ve o yaştan getirdiği beklenti ve gereklilikler de göz önünde tutulmalıdır.

7. Kardeşler ile İlişki

Birden fazla çocuk varsa, kardeşler mümkün olduğunca birbirinden ayrılmamalıdır. Ancak kardeşler arasında özlük-üveylik durumunda da dikkat edilmelidir. Zira üvey kardeşler arasında çatışma olabilmektedir. Böyle durumlarda çocukların en menfaatine olan durum tercih edilmelidir.

8. Çocuğun İstekleri

Çocuk ne kadar büyükse ve görüşü ne kadar netse, karar verme sürecinde onun iradesine o kadar fazla ağırlık verilmelidir. Gerektiğinde uzman yardımı ile çocuğun istekleri tespit edilmelidir. Ancak çocuğun iradesi her zaman onun menfaatine olmayabilir. Çocuk, belirsizlik, güvensizlik ve hasarı kontrol etme psikolojisi içerisinde kendi menfaati açısından doğru kararlar veremeyebilir. Aynı şekilde çocuk, anne veya babasından birinin baskısı altında kalıyor olabilir. Bunlara da dikkat edilmelidir.

III. KARARLARDAKİ EN YAYGIN BİRLİKTE (ORTAK) VELAYETİN REDDİ SEBEPLERİ

İsviçre yargı kararlarına yansımış en yaygın ret sebeplerinin aşırı coğrafi mesafe, anne-babanın iletişim ve işbirliği içinde olmaması, anne ve babanın ayrı olarak çocuk yetiştirme yeteneğinin bulunmaması ve ilişkilerin sürekliliğinin/istikrarının bozulması olduğu gözlemlenmiştir.

IV. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Birlikte (ortak) velayet, başarılı bir şekilde işletildiğinde herkes açısından bir kazan-kazan durumudur. Gerçekten de sistem sağlıklı işlediğinde, çocuklar ile sadece bir değil her iki ebeveyn arasındaki ilişki güçlenmektedir. Ayrıca birden fazla çocuk durumunda, kardeşlerin birbirinden ayrılmaması da sağlanır. Bunun yanında ebeveynler kendi özel hayatlarını da dengeleme imkânına sahip olabilmektedir. Ancak birlikte (ortak) velayete hükmedilirken birtakım kriterlerin gözetilmesi gerekmektedir.

Başarılı bir birlikte (ortak) velayetin ön şartı, imkân dahilinde çocukların da velayete yönelik düzenlemelere katılımı ve bu düzenlemelerin ilgili herkesin değişen ihtiyaçlarına ve imkanlarına adapte edilmesidir. Bunun yanında hem ebeveynler hem de çocuklar birlikte (ortak) velayete istekli ve yetenekli olmalıdır. Ebeveynlerin ayırabilecekleri zaman ve finansal durumları da göz önünde tutulmalıdır.

Çocuğun her iki ebeveynle de iyi bir ilişki sürdürebilmesi için ebeveynler tarafından gerektiği kadar zaman ayrılmalıdır. Ancak çocuğun refahı için belirleyici faktör, sadece çocukla ilgilenilen sürenin miktarı değil, onun kalitesidir.

Ebeveynlerin ikamet yerleri arasındaki mesafe de göz önünde tutulmalıdır. Mesafe ne kadar kısa ise, çocuk açısından daha olumlu sonuçlar doğar. Gerçekten de çocuk sosyal temaslarının devamlılığını sağlama ve aynı okula gidebilme imkânına sahip olur. Elbette ki bütün söz konusu kriterler çocuğun veya çocukların yaşına bağlı olarak farklı şekil alabilir.

Hal böyle olmakla birlikte, birlikte (ortak) velayetin çok yaygın bir şekilde uygulanması mevcut şartlarda çok mümkün gözükmemektedir. Zira boşanmaların büyük bir çoğunluğu sorunlu bir şekilde (hatta bazen ağır olaylı bir şekilde) gerçekleşmektedir. Eşler boşandıktan sonra genellikle birbirleriyle görüşmeyi tercih etmemektedir. Ayrıca boşanan eşler yeniden

evlendiklerinde, eski eşleriyle görüşmeye devam etmeleri mevcut evlilikleri açısından da sorunlara sebebiyet verebilmektedir. Bu da eşlerin iletişim ve işbirliği içinde olma kriterini ortadan kaldırdığı için, birlikte (ortak) velayet imkânı da ortadan kalkmaktadır. İsviçre uygulamasında tespit edebildiğimiz kararların yarısından fazlasında da birlikte (ortak) velayet talebi bu ve benzer sebeplerle reddedilmiştir. Bu ret oranı ülkemiz açısından muhtemelen daha fazla olacak, birlikte (ortak) velayete hükmedilmesi sınırlı düzeyde kalacaktır. Çünkü anlaşmalı boşanma dışında kalan boşanmalarda yukarıda yer verilen kriterlerin gerçekleşme ihtimali düşüktür. Aynı şekilde, aslında anlaşmalı boşanmalarda da bu kriterlerin sağlanması yine mümkün olmayabilir. Zira anlaşmalı boşanma şeklinde bir görüntü olsa da, taraflarda mahkeme süreci ile uğraşmak istemeden bir an önce mevcut evlilikten kurtulma reflexleri olabilmekte ve arka planda ciddi çatışmalar bulunabilmektedir. Böyle durumlarda da birlikte (ortak) velayet imkânı pek mümkün gözükmemektedir.

Bütün bu gerekçelere ve gerçekleşme ihtimalinin düşük olmasına rağmen, birlikte (ortak) velayet idealinin çok değerli olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu kriterlere uygun bir şekilde işletilebilecek bir birlikte (ortak) velayet imkânının tanınmış olması, şartlar elverişli olduğunda değerlendirilebilecek olması bunların muhatapları açısından güzel bir imkân olacaktır.

KAYNAK KARARLAR

- [1] BGE 142 III 612.
- [2] BGE 142 III 617.
- [3] BGE 131 III 209, 212, E. 5.
- [4] BGE 131 III 334, E 5.2.
- [5] BGE 133 III 553, E 3.
- [6] BGer 5A_714/2015, E 4.2.1.2.
- [7] BGer 5A_373/2018.
- [8] BGer 5A_105/2016, E. 2.2.
- [9] BGer 5A_361/2010, E. 4.4.4.
- [10] BGer 5A_191/2016, E. 4.5.
- [11] BGer 5A_527/2015, E. 4.

- [12] BGer 5A_991/2015, E. 4.3.
- [13] BGer 5A_46/2015, E. 4.4.5.
- [14] BGer 5A_512/2017, E. 5.1.
- [15] BGer 5A_901/2017, E. 2.2.
- [16] BGer 5A_985/2014, E. 3.2.1.
- [17] BGer 5A_719/2013, E. 4.4.
- [18] BGer 5A_459/2015, E 6.2.2.
- [19] BGer 5A_627/2016.
- [20] BGer 5A_397/2018.
- [21] BGer 5A_54/2018.
- [22] BGer 5A_620/2016.
- [23] BGer 5A_512/2017.
- [24] BGer 5A_17/2017.
- [25] BGer 5A_794/2017.
- [26] BGer 5A_34/2017.
- [27] BGer 5A_1023/2017.
- [28] BGer 5A_888/2016.
- [29] Zivilgericht Basel-Stadt (BS), Urteil vom 28.6.2017 (EA.2017.14594).
- [30] Regionalgericht Bern-Mittelland (BE), Urteil vom 16.8.2017 (CIV 16 3971).
- [31] Regionalgericht Bern-Mittelland (BE), Urteil vom 14.11.2017 (CIV 17 1682).
- [32] Kreisgericht St. Gallen (SG), Urteil vom 26.9.2017 (IN.2015.176) und 27.9.2017 (SF.2017.189).
- [33] Kantonsgericht Obwalden (OW), Urteil vom 25.5.2017 (P 16/074/III).
- [34] Bezirksgericht Meilen (ZH), Urteil vom 19.6.2017 (EE170014).
- [35] Zivilgericht Basel-Stadt (BS), Urteil vom 5.6.2018 (EA.2017.14739).

- [36] Kantonsgericht Zug (ZG), Urteil vom 3.10.2017 (ES 2017 170) und 29.8.2018 (A1 2014 74).
- [37] Bezirksgericht Kreuzlingen (TG), Urteil vom 14.6.2018 (Z2.2017.154) und 9.7.2018 (Z2.2018.58).
- [38] Regionalgericht Bern-Mittelland (BE), Urteil vom 15.1.2018 (CIV 14 4612).
- [39] Kantonsgericht Zug (ZG), Urteil vom 11.9.2017 (ES 2017 334).
- [40] Kantonsgericht Zug (ZG), Urteil vom 3.10.2017 (ES 2017 12).
- [41] Kreisgericht St. Gallen (SG), Urteil vom 16.10.2017 (SF.2017.111).
- [42] Kreisgericht St. Gallen (SG), Urteil vom 7.2.2018 (IN.2016.40).
- [43] Richteramt Dorneck-Thierstein (SO), Urteil vom 4.7.2018 (DTZPR.2018.164).
- [44] Bezirksgericht Kriens (LU), Urteil vom 8.8.2018 (2C2 17 573).
- [45] Kantonsgericht Glarus (GL), Urteil vom 15.10.2018 (ZG.2018.00686).
- [46] Bezirksgericht Pfäffikon (ZH), Urteil vom 10.5.2017 (EE150015).
- [47] Bezirksgericht Hinwil (ZH), Urteil vom 19.6.2017 (EE170036).
- [48] Bezirksgericht Zürich (ZH), Urteil vom 14.12.2017 (EE170157).
- [49] Kreisgericht St. Gallen (SG), Urteil vom 10.8.2017 (SF.2017.12) und 10.10.2018 (SF.2018.122).
- [50] Bezirksgericht Meilen (ZH), Urteil vom 29.9.2017 (EE170018).
- [51] Bezirksgericht Andelfingen (ZH), Urteil vom 2.3.2018 (FE150008).
- [52] Kantonsgericht Glarus (GL), Urteil vom 26.1.2017 (ZG.2016.00813).
- [53] Bezirksgericht Winterthur (ZH), Urteil vom 26.4.2017 (EE160002).
- [54] Bezirksgericht Zürich (ZH), Urteil vom 17.7.2017 (FE150286).
- [55] Bezirksgericht Zürich (ZH), Urteil vom 26.7.2017 (EE170086).
- [56] Tribunal du district d'Entremont (VS), Urteil vom 16.8.2017 (20181213174034500.00).
- [57] Bezirksgericht Dielsdorf (ZH), Urteil vom 23.10.2017 (EE170034).

- [58] Bezirksgericht Dietikon (ZH), Urteil vom 3.4.2018 (EE170115).
- [59] Regionalgericht Emmental-Oberaargau (BE), Urteil vom 20.7.2018 (CIV 17 2203).
- [60] Bezirksgericht Kriens (LU), Urteil vom 29.10.2018 (2C2 18 313).
- [61] Regionalgericht Viamala (GR), Urteil vom 11.12.2018 (135-2018-182).
- [62] Kantonsgericht Graubünden (GR), Urteil vom 10.7.2017 (ZK1 17 31).
- [63] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 12.10.2017 (LY170009) und 19.7.2018 (PQ180028).
- [64] Cour de Justice Genève (GE), Urteil vom 5.12.2017 (ACJC/1576/2017).
- [65] Kantonsgericht Schwyz (SZ), Urteil vom 3.5.2017 (ZK2 2016 66).
- [66] Obergericht Zürich (ZH), zwei Urteile vom 7.6.2018 (PQ180014 und PB180014).
- [67] Obergericht Solothurn (SO), Urteil vom 30.10.2018 (ZKBER.2018.32).
- [68] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 13.7.2017 (LE170016).
- [69] Tribunal cantonal vaudois (VD), Urteil vom 1.3.2018 (TD14.05138).
- [70] Obergericht Solothurn (SO), Urteil vom 7.6.2018 (ZKBER.2018.21).
- [71] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 12.7.2018 (LE170070).
- [72] Cour de Justice Genève (GE), Urteil vom 21.8.2018 (ACJC/1127/2018).
- [73] Tribunal cantonal vaudois (VD), Urteil vom 28.12.2017 (JI17.02501).
- [74] Tribunal cantonal vaudois (VD), Urteil vom 24.7.2018 (TD13.03351).
- [75] Appellationsgericht Basel-Stadt (BS), Urteil vom 1.2.2018 (ZB.2017.32).
- [76] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 23.2.2018 (LC170015).
- [77] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 18.9.2018 (LY180015).
- [78] Cour de Justice Genève (GE), Urteil vom 25.7.2018 (ACJC/1010/2018).
- [79] Cour de Justice Genève (GE), Urteil vom 24.3.2017 (ACJC/360/2017) und 15.8.2017 (ACJC/1046/2017).

- [80] Obergericht Obwalden (OW), Urteil vom 18.7.2017 (OGVE 2016/2017 Nr. 1).
- [81] Kantonsgericht St. Gallen (SG), Urteil vom 18.8.2017 (FO.2015.22).
- [82] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 10.11.2017 (LC170016), vom 12.12.2017 (LE170024), vom 13.3.2018 (LE170061), vom 15.3.2018 (LE180001) sowie vom 18.5.2018 (LY180010).
- [83] Obergericht Bern (BE), Urteil vom 22.2.2018 (ZK 17 641) und 31.8.2018 (ZK 18 384).
- [84] Kantonsgericht St. Gallen (SG), Urteil vom 14.6.2018 (FO.2016.18) und 7.8.2018 (ZV.2018.103).
- [85] Kantonsgericht Schwyz (SZ), Urteil vom 4.3.2019 (ZK2 2018 49).
- [86] Obergericht Glarus (GL), Urteil vom 31.3.2017 (OG.2017.00006).
- [87] Obergericht Solothurn (SO), Urteil vom 16.5.2018 (ZKBER.2018.2).
- [88] Kantonsgericht Freiburg (FR), Urteil vom 1.10.2018 (101 2018 57).
- [89] Tribunal Cantonal Neuchâtel (NE), Urteil vom 5.9.2017 (CMPEA.2017.14).
- [90] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 22.11.2017 (LE170049).
- [91] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 9.2.2018 (LC170031).
- [92] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 2.3.2018 (PQ170081).
- [93] Obergericht Zürich (ZH), Urteil vom 6.11.2017 (LE170026).
- [94] Kantonsgericht Luzern (LU), Urteil vom 28.6.2018 (LGVE 2018 II Nr. 4).

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler, Microsoft Word programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 1,5 satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 12 punto, dipnotlar tek satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 9 punto olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili Türkçedir. Makaleler Türkçe yazılmış olsalar da, her makalede en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce öz ile her iki

dilde yazı başlığı ve beşer anahtar kelimenin makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.

6. Yazarların, dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.

Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla düzeltmelerini yapabilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılır, iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları İstanbul Aydın Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce

özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örneğin: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara, 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN: s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji): s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları): s.65

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. Örneğin: GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, 1(2): 35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim tarihi: 10 Şubat 2016), Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır. GÜVEN: s.135.

İLETİŞİM BİLGİLERİ:

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul
PK:34295

Tel: 444 1 428 / Dahili: 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well. The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

1. Hukuk Fakültesi is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydin University, the Faculty of Law twice a year (June and December).
2. The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.
3. The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.

4. The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in bold letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in bold whereas the addresses must be typed in italic letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide keywords consisting of at least 3 and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered. The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information

in an orderly way. All the section (regular) and sub (italics) titles must be written in 12- point size, bold characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydın University, Faculty of Law

Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr



Her türlü bilgiye ihtiyaç duyduğunuzda bilgi merkezi **7/24** kapıları sizlere açık!

"Aydınlık bir geleceğe"